

Juristische Hilfsbücher für Studium und Praxis

mit besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen
des Reichsgerichts, der Oberlandesgerichte und des
preußischen Oberverwaltungsgerichts

Von

Ludwig Mohn

Rechtsanwalt am Kammergericht



Berlin

Verlag von Julius Springer

1919

Das Bürgerliche Gesetzbuch

Erster Band
Allgemeiner Teil

Von

Ludwig Mohn
Rechtsanwalt am Kammergericht



Berlin
Verlag von Julius Springer
1919

ISBN 9783-642-94040-8

ISBN 978-3-642-94440-6 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-642-94440-6

**Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung
in fremde Sprachen, vorbehalten.**

Softcover reprint of the hardcover 1st edition 1919

Vormort.

Das vorliegende Werk bezweckt vor allem die Einführung der Kandidaten der ersten und zweiten juristischen Prüfung in die Kenntnis der wichtigeren Entscheidungen unserer obersten Gerichtshöfe, die im systematischen Zusammenhange eines Lehrbuches unter Wiedergabe von Tatbeständen und Entscheidungsgründen — soweit dies im Einzelfall erforderlich erschien — abgedruckt sind. Daneben wird das Werk infolge seiner Anlage geeignet sein, auch in der Praxis als Hilfe zur schnellen Orientierung über die wichtigeren Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte zu dienen, ohne erst ein Nachschlagen der Sammlungen und Zeitschriften zu erfordern. Insbesondere wird das Werk auch den aus dem Felde heimgekehrten Juristen förderlich sein, die sich nach jahrelanger Abwesenheit mit der Judikatur insbesondere auch der Kriegsjahre befassen wollen. Das Kriegsrecht wurde — soweit es für das bürgerliche Recht in Frage kam — entsprechend berücksichtigt, da es auch nach Kriegsbeendigung seine Bedeutung für schwebende Prozesse nicht verloren hat.

Zu einer eingehenden theoretisch-wissenschaftlichen Behandlung des gesamten Stoffes lag für mich bei dem Vorhandensein einer ganzen Anzahl vortrefflicher Lehrbücher kein Anlaß vor. Die „Hilfsbücher“ sollen eine Ergänzung zu den theoretischen Lehrbüchern bilden und jüngeren Juristen die Anschaffung der großen Sammlungen von Entscheidungen und der Zeitschriften — soweit sie bisher erschienen sind — zunächst ersparen. In Verbindung mit einer zusammenhängenden Darstellung des gesamten Stoffes schien mir die auszugsweise Wiedergabe von Entscheidungen auch für das Studium praktischer Rechtsfälle, für Prüfungen und Praxis von Wert. Soweit ich ermitteln konnte, ist ein derartiges Werk noch nicht vorhanden. In der ausführlichen Kritik meines Anfang 1918 erschienenen „Preußischen Verwaltungsrechts“ in der Jurist. Wochenschrift 1918 S. 674/5 durch den Senatspräsidenten am Oberverwaltungsgericht, Wirkl. Geh. Oberregierungsrat Dr. Schulkenstein, ist der Wunsch ausgesprochen worden, daß die Anlage des „Verwaltungsrechts“ als Vorbild für die Behandlung weiterer, dem gleichen Zwecke dienender Werke dienen möge. Diesem Wunsche entspricht die Anlage des

„Bürgerlichen Rechtes“ und werden auch die weiteren Werke entsprechen. Die Berücksichtigung des öffentlichen Rechtes — soweit es für die vorliegenden Materien von Bedeutung ist — schien mir durch die Zweckbestimmung des Hilfsbuches und durch die wachsende Bedeutung des öffentlichen Rechtes geboten.

Ich hoffe, die übrigen Bände des Bürgerlichen Gesetzbuches in absehbarer Zeit erscheinen lassen zu können. Die allgemeinen Lehren der Schuldverhältnisse sind druckfertig. Die einzelnen Schuldverhältnisse liegen fast vollständig im Manuskript vor. Dem bürgerlichen Recht soll das Strafrecht und das Zivilprozeßrecht folgen; beide Werke liegen im Manuskripte vor.

Berlin, im Februar 1919.

W. 50, Regensburger-Str. 3.

Ludwig Mohn.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite:
§ 1. Grundbegriffe	1
I. Rechtsgeschäfte (S. 1). — II. Arten derselben (S. 1). — III. Rechtshandlungen (S. 2). — IV. Realakte (S. 4). — V. Abstrakte und kausale Rechtsgeschäfte (S. 5). — VI. Fidu- ziarische Rechtsgeschäfte (S. 6). — VII. Verfügungen (S. 8). — VIII. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen (S. 12).	
§ 2. Grundbegriffe. Fortsetzung	13
I. Rechtsverhältnisse und Arten derselben (S. 13). — II. An- sprüche (S. 15).	
§ 3. Rechtsfähigkeit. Volljährigkeit. Entmündigung. Wohnsitz. Namensrecht	16
I. Rechtsfähigkeit (S. 16). — II. Volljährigkeit (S. 16). — III. Entmündigung (S. 19). — IV. Wohnsitz (S. 23). — V. Das Namensrecht (S. 30).	
§ 4. Todeserklärung	35
I. Das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung (S. 35). — II. Materielle Voraussetzungen der Todeserklärung (S. 37). — III. Die Todeserklärung Kriegsverschollener nach der Bundesratsbekanntmachung vom 18. April 1916 und vom 9. August 1917 (S. 40).	
§ 5. Juristische Personen	46
I. Arten (S. 46). — II. Vereine (S. 46). — III. Verfassung eines Vereins (S. 52).	
§ 6. Die Haftung der juristischen Personen	53
I. Die Organe der juristischen Personen und ihre Stellung (S. 53). — II. Die Hauptgrundsätze der Haftung (S. 55). — III. Haftung aller juristischen Personen (auch des öffentlichen Rechts) auf dem Gebiete des Privatrechts (S. 57). — IV. Haftung juristischer Personen des öffentlichen Rechts für Schadenszufügungen von Beamten in Ausübung der öffent- lichen Gewalt (S. 66). — A. Rechtslage vor den Gesetzen von 1909/1910 (S. 66). — B. Jetztige Gestaltung. Haftung des Reichs (S. 67). — 1. Militärfiskus (S. 67). — 2. Marine- fiskus (S. 73). — 3. Postfiskus (S. 75). — C. Haftung Preußens (S. 76). — 1. Justizfiskus (S. 76). — 2. Fiskus des Innern (S. 87). — 3. Fiskus der geistlichen und Unter- richtsangelegenheiten (S. 89). — D. Haftung einer Gemeinde (S. 98). — E. Haftung der kriegswirtschaftlichen Organi- sationen (S. 99).	

§ 7.	Mitgliederversammlung. Mitgliedsrechte. Ausschließung von Mitgliedern	101
§ 8.	Die Auflösung des Vereins und der Verlust der Rechtsfähigkeit I. Auflösung des Vereins (§. 107). — Verlust der Rechtsfähigkeit (§. 107).	107
§ 9.	Eingetragene Vereine	108
§ 10.	Erwerbsbeschränkungen für juristische Personen in Preußen	112
§ 11.	Nicht rechtsfähige Vereine I. Begriff und Wesen (§. 113). — II. Ausdrückliche Gesetzesbestimmungen (§. 113). — III. Prozesse (§. 113). — IV. Die Verfassung des nicht rechtsfähigen Vereins und das Vereinsvermögen (§. 115). — V. Die Haftung für die Vereinsschulden (§. 116). — VI. Der Austritt aus dem Verein (§. 119). — VII. Die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen nicht rechtsfähigen Vereine im Gebiet des RR. (§. 124). — VIII. Umwandlung eines nicht rechtsfähigen Vereins in einen rechtsfähigen Verein (§. 125).	113
§ 12.	Stiftungen I. Begriff und Wesen (§. 127). — II. Arten der Stiftungen (§. 129). — A. Stiftungen des öffentlichen Rechtes (§. 129). — B. Stiftungen des bürgerlichen Rechtes mit der Unterart der Familienstiftungen (§. 130). — III. Entstehung der Stiftung (§. 130). — IV. Umwandlung der Zweckbestimmung der Stiftung (§. 132). — V. Milde Stiftungen (§. 132). — VI. Familienstiftungen in Preußen (§. 133). — VII. Sogen. fiduziarische Stiftungen (§. 136). — VIII. Anhang. Sogen. Sammelvermögen (§. 137).	127
§ 13.	Familienfideikommiſſe	139
§ 14.	Sachen I. Gegenstände (§. 143). — II. Sacheinheit (universitas facti) (§. 144). — III. Rechtseinheit (universitas juris) (§. 144). — IV. Verkehrsunfähigkeit und beschränkte Verkehrsfähigkeit (§. 145). — V. Öffentliche Sachen (§. 146). — VI. Verfügungsbeschränkungen durch Veräußerungsverbote (§. 158).	143
§ 15.	Die gesetzlichen Bestimmungen über Sachen Sachen, insbes. der Leichnam (§. 160). — Vertretbare Sachen (§. 161). — Verbrauchbare Sachen (§. 162). — Teile und wesentliche Bestandteile von Sachen (§. 162). — Bestandteile (§. 166).	160
§ 16.	Zubehör I. Begriff (§. 168). — II. Rechtliche Bedeutung des Zubehörs (§. 175).	168
§ 17.	Früchte, Nutzungen und Lasten I. Früchte (§. 183). — II. Nutzungen (§. 183). — III. § 101 BGB. (§. 183). — IV. Lasten (§. 185).	183

Rechtsgeschäfte.

§ 18.	Geschäftsfähigkeit	187
	A. Geschäftsunfähigkeit und nichtige Willenserklärungen	187
	I. Geschäftsunfähigkeit (S. 187). — II. Nichtige Willenserklärungen (S. 187).	
	B. Beschränkte Geschäftsfähigkeit	189
§ 19.	Nichtige Rechtsgeschäfte	204
§ 20.	Die Anfechtung	208
	I. Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen (S. 208). — II. Wirkung der Anfechtung (S. 211). — III. Unwiderruflichkeit der Anfechtung (S. 212). — IV. Die Anfechtung im Prozeß (S. 213).	
§ 21.	Die Anfechtung wegen Irrtums	213
	I. Voraussetzungen (S. 213). — II. Begriff des Irrtums (S. 214). — III. Irrtum im Motiv (S. 226). — IV. Unterschied zwischen Irrtum und verstecktem Dissens (§ 155) (S. 229). — V. § 120 BGB. (S. 230). — VI. Form und Frist der Anfechtung aus §§ 119, 120 BGB. (S. 232). — VII. Wirkungen der Anfechtung aus §§ 119, 120 BGB. (S. 234).	
§ 22.	Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	235
	I. Voraussetzungen (S. 235). — II. Die Täuschung (S. 241) — III. Form und Frist der Anfechtung (S. 242). — IV. Die Rechtsfolgen der Anfechtung (S. 242).	
§ 23.	Die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung	244
	I. Voraussetzungen (S. 244). — II. Der Drohende (S. 246). — III. Anfechtungsberechtigter (S. 246). — IV. Anfechtungsfrist (S. 246). — V. Wirkungen (S. 247). — Physischer Zwang (S. 247). — VII. Besondere Fälle (S. 247).	
§ 24.	Konkurrenz des Anfechtungsrechts wegen arglistiger Täuschung oder Drohung mit den Schadenersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung	247
§ 24a.	Die Ausdehnung der Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB. auf die Anstellung von Beamten	249
§ 25.	Formvorschriften	252
	I. § 125 BGB. (S. 252). — II. Auslegung formeller Rechtsgeschäfte (S. 252). — III. Vorverträge (S. 254). — IV. Ausnahmen (S. 255). — V. Gesetzliche Schriftform (§ 126) (S. 255). — VI. Gewillkürte Schriftform (§ 127) (S. 257). — VII. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 128) (S. 258). — VIII. Öffentliche Beglaubigung (§ 129) (S. 258).	
§ 26.	Wirksamwerden von Willenserklärungen	258
	I. §§ 130/1 BGB. (S. 258). — II. Abgabe der Erklärung (S. 259). — III. § 132 BGB. (S. 263).	
§ 27.	Die Auslegung der Rechtsgeschäfte und der Gesetze	264
	I. Auslegung von Willenserklärungen (§ 133 BGB.) (S. 264). — II. Gesetzesauslegung (S. 268).	

§ 28.	Verbotene Rechtsgeschäfte (§§ 134—141)	270
	I. § 134 (S. 270). — II. §§ 135/6 (S. 275). — III. § 137 (S. 279). — IV. § 138 (S. 282). — V. Bordellkauf und Vorbeslshypothek in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (S. 313). — VI. Insbesondere das Wuchergeschäft (S. 321). — VII. § 139 BGB. (S. 327). — VIII. § 140 BGB. (S. 331). — IX. Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte (§ 141 BGB.) (S. 334).	
§ 29.	Verträge	335
	I. Begriff und Arten (S. 335). — II. Gefälligkeitsverträge (S. 338). — III. Der sogen. Kontrahierungszwang (S. 340). — IV. Vorverhandlungen (Traktate u. Punktationen) (S. 345). — V. Vorverträge (S. 347). — VI. Der Vertragsantrag und seine Annahme (§§ 145 bis 153 BGB.) (S. 349). — VII. Die Versteigerung (§ 156 BGB.) (S. 359). — VIII. Die Auslegung von Verträgen (§ 157) (S. 363).	
§ 30.	Bedingung, Zeitbestimmung	381
	I. Bedingungen im allgemeinen (S. 381). — II. Die aufschiebende Bedingung (S. 391). — III. Die auflösende Bedingung (S. 398). — IV. Die Befristung (S. 399).	
§ 31.	Stellvertretung, Vollmacht	401
	A. Allgemeines. I. Stellvertreter und Bote (S. 401). — II. Stellvertreter und Organ (S. 402). — III. Stellvertreter und Erfüllungsgehilfe (§ 278) (S. 402). — IV. Stellvertreter und Substitut (S. 402). — V. Stellvertreter und Treuhänder (S. 403). — VI. Unmittelbare und mittelbare Stellvertretung (S. 404). — VII. Zwangsvertretung (S. 404). B. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Stellvertretung. I. Allgemeines (S. 405). — II. Geltungsgebiet der §§ 164 ff. (S. 408). — III. § 164 (S. 409). — V. § 166 (S. 420). — VI. Die Vollmacht (S. 423). — VII. Das Selbstkontrahieren des Vertreters (§ 181) (S. 439).	
§ 32.	Handeln ohne Vertretungsmacht	445
	I. Allgemeines (S. 445). — II. §§ 177/8 (S. 446). — III. § 179 (S. 449). — IV. § 180 (S. 451).	
§ 33.	Einwilligung, Genehmigung	451
§ 34.	Fristen und Termine	460
§ 35.	Verjährung	467
	I. Erwerbende und erlöschende Verjährung (S. 467). — II. Unverjährliche Verjährung (S. 467). — III. Verjährung im Wechselrecht (S. 471). — IV. Unverjährbare Rechte (S. 471). — V. Verjährung von Einreden (S. 472). — VI. Verjährung bei konkurrierenden Ansprüchen (S. 472). — VII. Verjährung im Steuerrecht (S. 474). — VIII. Die Beweislast (S. 475).	
§ 36.	Verjährungsfristen und ihre Berechnung	475
§ 37.	Hemmung und Unterbrechung der Verjährung	486
	I. Die Hemmung der Verjährung (S. 486). — II. Ablaufshemmung (S. 487). — III. Unterbrechung der Verjährung	

	(S. 488). — IV. Anrechnung der Verjährungszeit bei Befignachfolge. (Sogen. accessio temporis) (S. 494).	
§ 38.	Wirkung der Verjährung	495
§ 39.	Rechtsgeschäfte bezüglich der Verjährung	500
§ 39 a.	Kriegsrechtliche Bestimmungen über Verjährung und Ausschlussfristen	503
§ 40.	Die Ausübung der Rechte	505
§ 41.	Selbstverteidigung	509
§ 42.	Notstandshandlungen	513
§ 43.	Selbsthilfe	515
§ 44.	Sicherheitsleistung	519
§ 45.	Anhang I. Die preußische Hinterlegungsordnung vom 21. April 1913	521
§ 46.	Anhang II. Gefestegerte.	
	I. Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverlegungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt. Vom 1. August 1909 . . .	526
	II. Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten. Vom 22. Mai 1910	528
	Nachträge	531
	Sachregister	554



§ 1.

Grundbegriffe.

I. Ein **Rechtsgeschäft** ist eine private Willenserklärung, welche die Hervorrufung privater Rechtsverhältnisse bezweckt. Wenn die auf eine Rechtswirkung gerichtete Absicht fehlt, liegt ein Rechtsgeschäft nicht vor (RG. 68 S. 324/5).

Vgl. RG. 58 S. 54:

„Willenserklärungen sind solche Erklärungen, welche eine ihrem Inhalt kongruente Rechtsfolge vermöge der die Wirksamkeit des Parteiwillens in gewissen Grenzen aner kennenden Gesetzesmacht hervorzubringen bestimmt sind.“

Und ferner RG. 64 S. 167:

„Zur Wirksamkeit einer Willenserklärung gehört nicht, daß der Erklärende sich der rechtlichen Tragweite des von ihm Erklärten nach allen Richtungen hin bewußt ist oder gar die juristische Konstruktion, die bei der Subsumption seiner Erklärung unter die vom Gesetz aufgestellten Rechtsregeln zur Anwendung kommt, kennt. Vielmehr ist es im Streitfalle Sache der richterlichen Auslegung, die rechtliche Bedeutung, die einer Willenserklärung nach Inhalt und Zweckbestimmung zukommt, zu ermitteln und festzusetzen.“

II. Unter den **Rechtsgeschäften** unterscheidet man:

1. einseitige Rechtsgeschäfte als solche, bei denen die Willenserklärung einer Partei genügt, um eine Rechtswirkung hervorzurufen, und zwar

a) streng einseitige Rechtsgeschäfte, wie z. B. Anweisung, Auslobung, Aneignung, Besitzerwerb, Testament

b) empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, die einer bestimmten Person oder Begoroe gegenüber vorgenommen werden müssen, z. B. Offerte, Annahme der Offerte (mit den Ausnahmen des § 151), Kündigung, Anfechtung, Aufrechnung; Aufgabeerklärungen hinsichtlich dinglicher Rechte an Grundstücken (§ 875) und Lösungsberwilligungen (RG. in Rsp. d. OLG. 6 S. 208). Auch die Verpfändungsanzeige gemäß § 1280 BGB. ist keine bloße tatsächliche Mitteilung, sondern eine Willenserklärung und damit ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (RG. 89 S. 289, welches darauf hinweist, daß, wenn es im Sinne des Gesetzes nur darauf ankomme, daß der Schuldner der verpfändeten Forderung von der Verpfändung

tatsächlich Kenntnis erhalte, nicht bestimmt worden sei, daß die Anzeige durch den verpfändenden Gläubiger erfolgt sein müsse. Daraus sei zu entnehmen, daß die Anzeige nicht lediglich die Bedeutung einer tatsächlichen Mitteilung habe, sondern daß es sich dabei um eine Willenserklärung des Verpfänders handle, durch die der Schuldner die Gewißheit erhalten solle, daß der Verpfänder die Verpfändungserklärung gegen sich gelten läßt).

2. Zweifelhafte Rechtsgeschäfte oder Verträge, bei denen die Willenserklärungen zweier Personen erforderlich sind, um die gewollte Rechtswirkung zu erzeugen. Sie sind

a) einseitige Verträge, bei denen nur eine Partei verpflichtet wird, z. B. Darlehensversprechen, unverzinsliches Darlehn, Bürgschaft, grundsätzlich auch Marktvertrag, Schuldversprechen und Schuld-
anerkennnis;

b) zweifelhafte Verträge, bei denen eine Verpflichtung beider Parteien eintritt und zwar

aa) möglicherweise (sogen. unvollkommen zweifelhafte Verträge) wie Leihe, Schenkung, Auftrag, Hinterlegung, ungentgeltliche Verwahrung, Bürgschaft (RG. 65 S. 48) konstitutio

bb) stets (sogen. vollkommen zweifelhafte oder gegenseitige Verträge) wie Kauf, Miete, Pacht, verzinsliches Darlehn, Dienst- und Werkvertrag, entgeltliche Verwahrung, Gesellschaft, Leibrente, Versteigerung. Nur für diese gelten die §§ 320 ff., für die Gesellschaft jedoch nicht uneingeschränkt (RG. 78 S. 305). Vgl. hierüber Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt. § 51,

III. Rechtshandlungen sind rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, die eine Rechtswirkung erzeugen, ohne daß der Wille auf diese Rechtswirkung gerichtet sein muß wie beim Rechtsgeschäft. Z. B. Mahnung, Fristung, Abtretungsanzeige, Vollmachtserteilungsanzeige nach §§ 171, 173 BGB., Mängelanzeige, Erklärungen nach §§ 295, 250 BGB., Ausstellung einer Schuldurkunde, Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes.

Auch die „Zustimmung“ zum Ehebruch (§ 1565) und die „Verzeihung“ eines ehewidrigen Verhaltens (§ 1570) dürfte als „Rechtshandlung“ aufzufassen sein, da sie ohne weiteres den Untergang des Scheidungsrechtes zur Folge hat. Empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte sind sie jedoch nicht. Vgl. jedoch RG. in Gruchots Beiträgen Bd. 54 S. 1040 bezüglich der „Zustimmung“:

„Die Zustimmung im Sinne des § 1565 Abs. 2 BGB. ist nicht . . . ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie hat überhaupt nicht einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Es genügt zur Zustimmung, daß der Ehegatte in irgend einer Form vor oder nach Begehung des Ehebruchs zu erkennen gibt, das ehewidrige Verhalten des anderen Letztes berührt ihn nicht und mache ihm die Ehe nicht unerträglich . . .“

Diese Zustimmung kann aber jederzeit widerrufen werden und ein solcher Widerruf ist regelmäßig in der Anstellung einer auf Ehebruch gegründeten Scheidungsklage zu sehen (RG. a. a. D.).

Eine „Verzeihung“ in diesem Sinne liegt auch in der Fortsetzung des ehelichen Verkehrs nach Kenntnis des Scheidungsgrundes, insofern hierdurch die Wiederherstellung der ehelichen Gefinnung und der Wille, die eheliche Lebensgemeinschaft mit dem schuldigen Teil ungeachtet des bisherigen ehewidrigen Verhaltens fortzusetzen zum Ausdruck gebracht wird (RG. 72 S. 322).

A. A. Künze in Gruchots Beiträgen 58 S. 800ff. („Die Verzeihung in § 1570 BGB.“), der die Verzeihung nicht als Rechts-handlung, sondern als „innere Tatsache“, an die Rechtsfolgen geknüpft sind, die sie zu einer „juristischen Tatsache“ stempeln, charakterisiert. Das OLG. Hamburg in Rsp. d. OLG. 12 S. 316 hält die „Verzeihung“ für eine „Willenserklärung und eine Tatsache, ein Vorgang, der, wenn er einmal erfolgt, nicht wieder aus der Welt geschafft werden kann.“ Bedingte Verzeihung ist nach dieser Entscheidung möglich, wenn der Wille zu verzeihen, von irgend einem Ereignis aufschiebend bedingt abhängig gemacht ist. Das OLG. Bamberg in Rsp. d. OLG. 10 S. 280 hält die Verzeihung für eine Willenserklärung, deren wesentliche Voraussetzung sei, daß der Verzeihende eine überzeugende und in allen wesentlichen Punkten genaue Kenntnis von der Schuld des anderen Ehegatten habe. Überzeugend ist die Kenntnis nach dieser Entscheidung dann, wenn sie sich auf solche Beobachtungen oder Quellen stützt, denen auch ein besonnener Mensch Bedeutung beilegen würde. Auf eine genaue Kenntnis der Einzelheiten kommt es nicht an, aber dem Verzeihenden muß so viel bekannt sein, daß er die Tiefe der Pflichtverletzung ermessen konnte. Stellt sich bei einer verziehenen Handlung später heraus, daß sie unter Umständen verübt wurde, welche einen höheren Grad moralischer Versunkenheit kennzeichnen, so gilt die Verzeihung nicht. Aber den Begriff der Verzeihung führt das OLG. Bamberg a. a. D. aus:

„ . . . Unter Verzeihung (i. F. des § 1570 BGB.) versteht man nach BGB. — übereinstimmend mit dem früheren kath. und protest. Eherecht — die entweder ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen abgegebene Willenserklärung einer Person, eine ihr zugefügte Verletzung nicht nachtragen zu wollen (vgl. Freudenberg, Verzeihung S. 4, Pfirsinger, Bayer. Ehescheidungs- und Ehescheidungsrecht S. 120). Sie beruht nicht auf verstandemäßiger Erwägung allein, sondern stellt einen seelischen Vorgang dar, der zunächst ganz ohne den Willen und das Bewußtsein, irgendwelche andere Wirkung als die Ausöhnung mit der entzweiten Person zu erzeugen, in die Erscheinung tritt. Diesem ihrem Charakter als seelischem Vorgange entspricht die Tatsache, daß eine direkte und ausdrückliche Äußerung der Verzeihung nicht in allen Fällen erfolgt, sondern daß sie häufig nur durch schlüssige Handlungen offenbart wird. Sie ist an keine Form gebunden Welche Äußerungen und

Handlungen im Rechte der Ehescheidung als stillschweigende Verzeihung anzusehen sind, hängt zunächst von der sozialen Stellung der Eheleute ab; denn die ehelichen Beziehungen in den höheren und niederen Gesellschaftsklassen sind erheblich voneinander verschieden. Sehr häufig wird die stillschweigende Verzeihung auf die Behauptung gestützt, daß der verletzte Ehegatte die eheliche Pflicht geleistet habe Oft können auch persönliche Aufmerksamkeiten, die über die Erfordernisse gewöhnlicher Höflichkeit hinausgehen, z. B. Geschenke, Zärtlichkeiten, Küsse u. dgl. als Äußerungen der Verzeihung angesehen werden (Freundenberg S. 9—10, 44).“

Die Rechtshandlungen werden den Rechtsgeschäften analog behandelt, insbesondere in bezug auf Geschäftsfähigkeit, Anfechtbarkeit, Stellvertretung.

Eine ganz andere Bedeutung hat der Begriff der „Rechtshandlung“ in der Konkursordnung und im Anfechtungsgesetz. Dort bezeichnet er jede auf Begründung, Erhaltung, Änderung oder Aufhebung von Rechten betreffende Tätigkeit, umfaßt also alle Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen im obigen Sinne und prozessualen Akte, z. B. Vollstreckungspfändungen.¹⁾

IV. Realakte sind „erlaubte Handlungen, die sich nicht auf ein Rechtsverhältnis, sondern auf einen tatsächlichen Zustand oder Vorgang beziehen, aber nach den Vorschriften der Rechtsordnung Rechtswirkungen hervorrufen.“ (Eneccerus, BGB. I 1 § 128 Ziff. 3).

Hierzu gehören der Fund, die Spezifikation, die Herstellung eines Kunstwerkes. Auch die „Geschäftsführung ohne Auftrag“ ist — soweit sie nicht Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung ist — als Realakt aufzufassen, da sie sich nicht auf Rechtsverhältnisse zu beziehen braucht, wie z. B. bei Verpflegung eines zugelaufenen Hundes. Da die Realakte den Rechtsgeschäften nicht analog behandelt werden, darf man auch auf Seiten des Geschäftsführers keine Geschäftsfähigkeit fordern — wie dies Eneccerus B. Recht, I. 2. Abt. S. 439 Anm. 8 verlangt — zumal § 682 BGB. ausdrücklich die Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit des „Geschäftsführers“ erwähnt.

Aber den Rechtsbegriff der „Geschäftsbeforgung“ führt das DLG. Celle in Rsp. d. DLG. 12 S. 273 aus:

„Das BGB. verwendet den Ausdruck „Beforgung eines Geschäfts“ übereinstimmend in den §§ 662 ff., 675 und 677 ff. Nirgends aber findet sich eine Bestimmung, die zu dem Schlusse berechtigt, das Gesetz habe unter dem „Geschäft“ lediglich ein Rechtsgeschäft verstanden wissen wollen. Daß jedenfalls unter Geschäft des § 677 nicht nur ein (zivilrechtliches) Rechtsgeschäft begriffen ist, folgt schon aus § 682, wonach auch geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen als auftraglose Geschäftsführer tätig werden können, während zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts nach § 104 ff.

¹⁾ Vollstreckungspfändungen sind stets Rechtshandlungen i. S. der R.D., im Sinne des Anf. Gesetzes jedoch nur dann, wenn sie im kollusiven Einverständnis mit dem Gläubiger zustande gekommen sind (R.G. 69 S. 164/5).

volle Geschäftsfähigkeit erforderlich ist. Als Geschäft ist deshalb nicht nur jedes Rechtsgeschäft oder jede Rechtshandlung, sondern auch jedes tatsächliche Geschäft anzusehen, ohne Rücksicht darauf, ob es der Beurteilung nach zivilem oder nach öffentlichem Rechte unterliegt. Geschäft nach § 677 ist somit überhaupt jede Angelegenheit, die zu dem Interessenkreise — dem Rechts- wie dem Pflichtenkreise — eines anderen gehört, also auch die durch öffentlich-rechtliches Gesetz normierte Pflicht zur Armenunterstützung Hiernach bezieht der § 677 auch nicht etwa nur solche Geschäfte, die der Geschäftsführer selbst vornehmen kann, sondern es fällt darunter auch ein solches Geschäft, das der Geschäftsherr nur durch Stellvertreter, Beauftragte oder Dienstverpflichtete auszuführen vermag. Das Geschäft, zu dessen Ausführung er sich der Tätigkeit dieser Personen bedienen muß, bleibt darum doch ein Geschäft des Geschäftsherrn und wird nicht zum Geschäft der Ausführungspersonen.“

Wenn auch die „Spezifikation“ ein Realakt ist, so ist doch als „Hersteller“ auch derjenige anzusehen, der zur Ausführung fremde Hilfe in Anspruch nimmt, z. B. der Meister, der den Gesellen für sich arbeiten läßt, die Hausfrau, welche die Köchin kochen läßt. Wenn die Neuherstellung auf Grund eines Werkvertrages mit einem Besteller erfolgt, z. B. beim Einbinden eines Buches, Präparieren eines Tieres, so gilt die Verarbeitung als Rechtsgeschäft, auf welches die Vorschriften der Stellvertretung unmittelbar Anwendung finden. So auch RG. in Straff. 37 S. 329/330:

„Geschieht die Verarbeitung von Stoff zu einer neuen Sache auf Grund eines Vertrages, dann richten sich die Wirkungen der Neuherstellung zunächst nach dem Inhalte dieses Vertrages. Die Neuherstellung bildet dann die Erfüllungshandlung eines Rechtsgeschäftes, die unter der Herrschaft des Vertragswillens steht und Anwendung der Grundsätze des Bürgerlichen Rechts über Stellvertretung zuläßt. Daß derjenige, welcher auf Grund eines Werkvertrages für einen anderen aus dem von diesem dazu hergegebenen Stoffe eine neue Sache herstellt, nicht nur für sich, sondern für den Besteller das Eigentum an letzterer erwirbt, erkennt das Gesetz selbst an; denn § 647 BGB.'s gibt dem Unternehmer für diesen Fall ein Pfandrecht an der von ihm hergestellten Sache des Bestellers.“

V. Abstrakte und kausale Rechtsgeschäfte.

a) Abstrakte Rechtsgeschäfte sind solche, bei denen der Eintritt einer Rechtswirkung unabhängig von dem verfolgten Zweck ist.

Vgl. RG. 68 S. 100: „Abstrakte Rechtsgeschäfte sind solche, die von ihrem Rechtsgrund losgelöst sind, in dem sie ihre Veranlassung finden, und weil ihre rechtliche Wirkung an sich unabhängig ist von der Wirkbarkeit des Rechtsgrundes.“

Notwendig abstrakt, d. h. keine Bezugnahme auf den Rechtsgrund bilden die Auflassung, die Grundschuld und der Wechsel. Alle andern abstrakten Rechtsgeschäfte, wie Abtretung, Schuldversprechen und Schuldanerkennnis, die dinglichen Verträge („Einigung“), sind nicht notwendig abstrakt und können daher in ihrer Wirkbarkeit von der des Kausalgeschäfts abhängig gemacht werden.

b) Kausale Rechtsgeschäfte sind solche, bei denen die Erreichung des Zweckes Bedingung des vollen Bestehens des Rechtsgeschäftes ist, z. B. Kauf, Miete etc.

Die Nichtigkeit des abstrakten dinglichen Geschäfts hat an sich keinen Einfluß auf die Gültigkeit des kausalen Geschäfts (vgl. RG. 70 S. 428), während umgekehrt die Nichtigkeit des kausalen Geschäfts grundsätzlich keinen Einfluß auf die Gültigkeit des dinglichen Geschäfts hat, das auf Grund desselben vorgenommen wird (RG. 63 S. 184—186).

VI. Fiduziarische Rechtsgeschäfte.

Hierunter versteht man solche Rechtsgeschäfte, bei denen der rechtliche Erfolg weiter geht als der wirtschaftliche Zweck. Sie sind keine Suerlegeschäfte, weil der rechtliche Erfolg ernstlich gewollt ist und ihre Rechtswirksamkeit im BGB. § 223 Abs. 2 anerkannt ist. Stets tritt nach außen eine andere Wirkung in die Erscheinung, als nach innen tatsächlich gewollt ist.

Man kann die fiduziarischen Geschäfte auch als Treuhändergeschäfte bezeichnen. Auch das RG. bezeichnet das Rechtsverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder als Treuhänderverhältnis und führt hierüber aus:

„Von einem solchen (d. h. Treuhänderverhältnis) kann man schon nach allgemeinen Verkehrsbegriffen, jedenfalls aber im Rechtsinne nur dann sprechen, wenn der eine (Treugeber) aus seinem Vermögen dem anderen (Treuhänder) einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, d. h. übereignet und zwar derart, daß der andere das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll. Das Treugut scheidet hierbei rechtlich, wenn auch nicht wirtschaftlich, aus dem Vermögen des Treugebers aus. Der Begriff des Treuhänderverhältnisses würde aber völlig ins Unbestimmte zerfließen, wenn man dabei vom Erfordernisse des „Unvertrauens zu treuen Händen“ ganz absehen und ein solches Verhältnis überall schon da als vorhanden ansehen wollte, wo jemand im Auftrag eines anderen für dessen Rechnung, aber im eigenen Namen handelt.“ (RG. 84 S. 217/8).

Es gibt zwei Arten fiduziarischer Rechtsgeschäfte, nämlich

1. Die fiduziarische Übereignung (sogen. Sicherheitsübereignung, ungenau auch Sicherungskauf genannt).

Sie liegt vor, wenn der Veräußerer dem Erwerber das Eigentum an Gegenständen überträgt und den Erwerber obligatorisch verpflichtet, das Eigentum nur in bestimmter Richtung zu gebrauchen und nach Erreichung des Zweckes der fiduziarischen Übertragung wieder an den Veräußerer zurückzuübertragen (vgl. RG. 62 S. 391).

Sie ist auch zu pfandrechtlichen Zwecken zulässig, wobei aber stets zu prüfen ist, ob nicht etwa eine verschleierte Verpfändung vorliegt, in welchem Falle die Verpfändung ohne Übergabe nach §§ 117 Abs. 2, 1205 BGB. nichtig ist. Nur dann liegt hier eine wirkliche Sicherungsübereignung vor, wenn der Wille der Vertragsschließenden

ernstlich auf die Übertragung des Eigentums gerichtet war. (Vgl. RG. 61 S. 432/3, 57 S. 177, 59 S. 146, 62 S. 126).

In letzter Hinsicht ist es bedenklich, wenn z. B. die Veräußerung sich auch auf verbrauchbare Sachen erstreckt, wobei allerdings zu beachten ist, daß deshalb noch nicht die Veräußerung der anderen nicht verbrauchbaren Gegenstände nichtig zu sein braucht (RG. 62 S. 129). Unbedenklich dagegen ist der Umstand, daß die veräußerten Gegenstände für den Erwerber ohne Verwendbarkeit sind oder daß der Preis hinter dem wahren Wert erheblich zurückbleibt (RG. a. a. O.).

Die Sicherheitsübereignung kann abstrakt als reine Veräußerung — oder als abstraktes Geschäft (Abereignung) in Verbindung mit einem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen sein. Meist tritt anstelle der körperlichen Übergabe als Ersatz das *constitutum possessorium* (§ 930 BGB.). Ein ausdrücklicher Rückkaufsvorbehalt für den Veräußerer ist nicht erforderlich. Die Rückgabe der fideuziarisch veräußerten Gegenstände erfolgt erst dann, wenn der Gläubiger befriedigt ist (wie beim Pfand: § 1223 Abs. 1 BGB.). So auch RG. in J. W. 43 S. 76:

„Die Befriedigung des Gläubigers bildet die Vorleistung für die Rückgabe der Pfandsachen und Sicherungsgegenstände; es ist der Zweck der Pfand- und Sicherheitsverträge, dem Gläubiger die Befriedigung wegen seiner Forderung in der Weise zu gewährleisten, daß er die Gegenstände bis zu seiner Befriedigung in der Hand behält und im Falle der Nichtbefriedigung oder nicht vollständigen Befriedigung, die deshalb der Rückgabe des Pfandes vorausgehen muß, darüber verfügt.“

Die Vorschriften des Pfandverkaufs (§§ 1233 ff BGB.) braucht der Gläubiger hierbei nicht zu wahren. So auch RG. a. a. O. S. 77:

„Die Sicherungsübereignung stellt den Gläubiger freier als die Pfandbestellung; er verkauft die zur Sicherheit übereigneten Gegenstände als sein Eigentum, nicht kraft dinglichen Rechts an fremder Sache; seine Sorgfaltpflicht bei der Veräußerung bestimmt sich nach dem persönlichen Auftragsverhältnissen, in welchem er zum Abereigner und Schuldner steht.“

Zulässig ist bei der Sicherungsübereignung die Abrede, daß die Tilgung der Schuld binnen bestimmter Frist erfolgen soll, und daß andernfalls der Gläubiger die sämtlichen ihm übereigneten Sachen an Zahlungsstatt behalten darf. Die Vereinbarung ist auch vor Ablauf der Zahlungsfrist zulässig:

„Der Ansicht, daß eine derartige Abrede vor Ablauf der Zahlungsfrist ungültig sei (vgl. Staub, BGB. 2 S. 1384⁹⁹), kann nicht beigegeben werden. Das dafür angezogene Verbot beim Pfandvertrag (§ 1229) kann hier ebensowenig wie andere Sonderbestimmungen des Pfandvertrags (§§ 1205, 1233 ff) ohne besondere gesetzliche Vorschrift angewandt werden. In beiden Rechtsinstituten hat der Gläubiger von vornherein eine wesentlich andere Stellung zu den zu seiner

Sicherung bestimmten Sachen. Bei der Sicherungsübereignung erhält er sofort das Eigentum daran übertragen, das nur infolge des Sicherungszweckes dem Schuldner gegenüber obligatorisch gebunden ist. Ob und wie sich dieses gebundene Eigentum in freies Eigentum verwandeln kann, bleibt mangels gegenteiliger Vorschriften der Vereinbarung der Parteien überlassen. Die Abrede, daß es dem Gläubiger bei Nichtzahlung der Schuld binnen bestimmter Frist ganz an Zahlungsstatt verfallen sei, stellt eine zulässige bedingte Hinaabe der Sachen an Zahlungsstatt dar . . ." (OLG. Düsseldorf in Rsp. b. OLG. 20 S. 169).

Im Konkurse des Fiduziars gibt die Praxis dem Fiduzianten (Veräußerer) ein Aussonderungsrecht, weil sich sonst die Gläubiger auf Kosten des Fiduzianten befriedigen würden. So RG. 45 S. 85 mit der Begründung, daß der fiduziarisch übereignete Gegenstand zwar formell und juristisch dem Gemeinschuldner gehöre, nicht aber materien und wirksamlich.)

2. Die fiduziarische Abtretung (sog. Sicherheitszession).²⁾

Hierüber führt das RG. 59 S. 191/2 aus:

„Die Zession zur Sicherheit enthält begreiflich einen Auftrag und begründet ein Treuverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Zessionar. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 662 ff. BGB. ist ein solcher Zessionar einer Forderung verpflichtet, das Interesse des Zedenten wahrzunehmen, also z. B. die Forderung ordnungsmäßig beizutreiben oder so gut wie möglich zu verwerten und den Erlös, insoweit er die geforderte Forderung überschreitet, an den Zedenten herauszugeben (§ 667 BGB).“

Die fiduziarische Abtretung kann auch zu dem Zwecke erfolgen, dem Zessionar keine Sicherung, sondern nur Kredit zu verschaffen, was insbesondere bei fiduziarischer Abtretung einer Hypothek der Fall sein kann. Wenn in solchem Falle der Zessionar die Forderung oder das Recht trotz des Verbotes der Übertragung einem Dritten überträgt, erwirbt der Dritte die Forderung oder das Recht, da das Verbot nur obligatorische Wirkungen zwischen Zedent und Zessionar erzeugt, die Forderung aber aus dem Vermögen des Zedenten ausgeschieden war und damit den Verlust des Gläubigerrechtes zur Folge hatte (RG. bei Gruchot 55 S. 634—636).

VII. Eine **Verfügung** ist ein Rechtsgeschäft, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet oder in seinem Inhalt geändert oder aufgehoben wird (vgl. RG. in Rsp. d. OLG. 6 S. 209).

Hierunter fallen die Veräußerung, Belastungen, Erlaß, Aufrechnung, Verzicht, Annahme der geschuldeten Leistung (sie bewirkt den Untergang der Forderung).

¹⁾ Steuerrechtlich gilt das fiduziarische Eigentum als vollwirksames Eigentum. So OLG. 68 S. 23 zum Zuwachsteuererges.

²⁾ Aber fiduziarische Abtretung, zu der auch die sogen. Inkassozession gehört, vgl. das Recht der Schuldverhältnisse § 18 lb.

Die Verfügung setzt die Existenz der Sache oder des Rechtes nicht voraus. So ist insbesondere auch eine Verfügung über künftige Rechte, besonders die Abtretung künftiger Forderungen, von der Praxis für zulässig erachtet. Jedoch muß eine gewisse Bestimmtheit der zukünftigen Forderungen vorhanden sein. Vgl. hierüber das Recht der Schuldverhältnisse § 13 I c.

Eine „Verfügung“ ist insbesondere auch die Zahlung von Geld. Sie ist

1. stets seitens des Zahlenden: Verfügung über die einzelnen Gegenstände (Veräußerung);

2. ev. seitens des Empfängers: ~~eine Verfügung über die Forderung, welche durch Annahme der geschuldeten Leistung untergeht (§ 362 I BGB.). Dies gilt für die Zahlung solvendi causa, nicht aber für die Zahlung donandi causa bei der Handschenkung und nicht für die Zahlung credendi causa, es sei denn, daß ein Darlehensvorvertrag abgeschlossen wurde; sie bewirkt schließlich das~~

3. Erlöschen des Schuldverhältnisses bei der Zahlung solvendi causa.

Die Zahlung als Vermögenszuewendung erfolgt ferner — wie jede andere Leistung —

1. obligandi oder credendi causa (beim Darlehn),

2. donandi causa (bei der Schenkung),

3. solvendi causa (zwecks Schuldtilgung),

4. zur Erreichung anderer Zwecke, insbesondere zu dem Zwecke, den Empfänger zu wohlthätigen, gemeinnützigen oder idealen Handlungen zu veranlassen. Hier liegt keine Schenkung vor, so z. B. wenn jemand einem Feuerbestattungsverein 50000 M. zur Errichtung eines Kolubariums zusagt; der Versprechende wird auch bei formlosem Versprechen zur Zuewendung verpflichtet! Eine Schenkung liegt in Ermangelung einer endgültigen Bereicherung des Empfängers hier nicht vor (RG. 62 S. 389—391).

Die Löschungsbewilligung hinsichtlich einer Hypothek ist ~~dann als Verfügung über die Hypothek anzusehen, wenn der Gläubiger an seine Erklärung gebunden ist,¹⁾ denn nur in diesem Falle hat er seine Gläubigerrechte rechtsverbindlich aufgegeben und es ist unmittelbar eine Rechtsveränderung eingetreten (RG. in Rsp. d. OLG. 6 S. 209).~~

Als „Verfügung“ ist ferner die Zustimmung eines Beteiligten zur Verfügung eines Nichtberechtigten i. S. des § 185 an-

¹⁾ Der Gläubiger ist nach § 875 Abs. 2, § 1168 Abs. 2 Satz 2 und § 1183 BGB. dann an seine Löschungsbewilligung gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben (durch Erklärung vor demselben oder durch schriftliche Einreichung der Löschungsbewilligung) oder wenn er dem Eigentümer eine den Vorschriften der BGB. entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat.

auflegen. So auch Bayr. Ob.-Landesgericht in Rsp. d. OLG. 4 S. 414/5:

„Eine Verfügung kann nicht bloß durch Vornahme des zur Herbeiführung der Rechtsänderung erforderlichen Rechtsgeschäftes, sondern auch dadurch getroffen werden, daß der Berechtigte ein solches Verfügungsgeschäft eines Nichtberechtigten durch seine Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung) nach § 185 BGB. wirksam macht. Die Verfügung setzt sich in diesem Falle aus dem Verfügungsgeschäfte des Nichtberechtigten und der Zustimmung zusammen, durch die der Berechtigte dieses mit seiner Verfügungsmacht ausstattet und dadurch den Gegenstand ihm unterwirft. Man mag die Zustimmung insofern eine mittelbare Verfügung nennen, als der Berechtigte sich des Verfügungsgeschäftes des Nichtberechtigten bedient, um es wirksam zu machen und dadurch die Rechtsänderung herbeizuführen. Aber daraus, daß das BGB. Rechtsgeschäfte, welche die Verpflichtung zur Herbeiführung einer Rechtsänderung begründen, von dem Begriffe der Verfügung ausschließt, kann nicht gefolgert werden, daß es die Veräußerung einer Sache durch den Eigentümer nicht als Verfügung ansieht, wenn sie dadurch erfolgt, daß der Eigentümer in die Veräußerung durch einen Anderen einwilligt, und dem Vormunde die Veräußerung von Grundstücken des Mündels ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gestattet, wenn er sie dadurch bewirkt, daß er dem Veräußerungsgeschäfte eines Anderen zustimmt. Ebenso ist es bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand, bei welchen die Teilhaber über die gemeinschaftlichen Gegenstände nur gemeinschaftlich verfügen können (§§ 709, 1472, 1497, 2040), gleichgültig, ob sie das Veräußerungsgeschäft gemeinschaftlich vornehmen oder ob einer von ihnen den Gegenstand veräußert und die übrigen ihre Zustimmung erteilen. Eine Verfügung liegt aber in der Zustimmung zu dem Veräußerungsgeschäft des anderen Teilhabers auch dann, wenn dieser im allgemeinen allein zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens berechtigt ist, zu gewissen Verfügungen aber der Zustimmung des anderen Teilhabers bedarf. Bei Gütergemeinschaft erstreckt sich die in dem Verwaltungsrechte des Mannes enthaltene Verfügungsmacht nicht auf die in den §§ 1444 bis 1446 bezeichneten Verfügungen, sie bedarf insoweit der Ergänzung durch die Einwilligung der Frau. Die Frau wirkt zur Herbeiführung der Rechtsänderung mit, indem sie mit dem Verfügungsgeschäfte des Mannes ihre ergänzende Einwilligung verbindet und trifft damit die Verfügung aus ihrem Rechte mit. Das Gleiche gilt bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft von der Einwilligung der anteilsberechtigten Abkömmlinge, die nach § 1487 Abs. 1 die rechtliche Stellung der Frau haben . . .“

Eine besondere Art der „Verfügung“ ist die „Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung“ (vgl. § 135 Abs. 1 S. 2), z. B. die Pfändung. Im allgemeinen ist davon auszugehen, daß dann, wenn das Gesetz nur von „Verfügung“ schlechthin spricht, nur die rechtsgeschäftliche Verfügung zu verstehen ist, z. B. im Falle des § 185 (so auch RG. 60 S. 72), denn sonst erwähnt das Gesetz die Gleichstellung der nicht rechtsgeschäftlichen Verfügungen mit den rechtsgeschäftlichen ausdrücklich, z. B. in § 135 Abs. 1 S. 2, 161, 185 Abs. 2, 353 zc. Dies gilt jedoch nicht immer. So führt z. B. das RG. 59 S. 179 ff. zu § 573 BGB. aus:

„Einzuräumen ist zuvörderst, daß der Wortlaut des Gesetzes, namentlich die Wahl der tätigen Form „Eine Verfügung, die der Vermieter“ „getroffen hat“, für die Beschränkung der Vorschrift auf rechtsgeschäftliche Verfügungen spricht. Dabei kommt jedoch in Betracht, daß auch an anderen Stellen des BGB.'s sich eine gleiche Ausdrucksweise findet, daß aber an diesen kein Zweifel darüber besteht, daß der eigenen Verfügung des Berechtigten die aus seinem Rechte abgeleitete im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Verfügung gleich steht. Hierher gehört der § 588 Absf. 1, S. 2, wonach der Pächter eines Grundstücks, wenn er das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung übernommen hat, es bei Beendigung der Pacht zu diesem Werte zurückzugewähren, „über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen“ kann; ferner der § 747, wonach „jeder Teilhaber einer Gemeinschaft über seinen Anteil verfügen“ kann Endlich ist hierher zu zählen der § 2033 Absf. 1. S. 1: Jeder Miterbe kann über seinen Anteil am Nachlasse verfügen.“

Daß hiermit eine Verfügung über den Anteil gegen den Miterben im Wege der Zwangsvollstreckung nicht ausgeschlossen ist, ergibt der § 859 Absf. 2 ZPO., wodurch ausdrücklich ausgesprochen ist, daß ein solcher Anteil der Pfändung unterworfen sei. Hieraus erhellt jedenfalls soviel, daß aus dem Umstande allein, daß die maßgebenden Vorschriften des BGB.'s die Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen den Verfügungsberechtigten nicht der rechtsgeschäftlichen Verfügung über ein bestimmtes Vermögenstück ausdrücklich gleichstellen, nicht gefolgert werden darf, daß das Gesetz eine solche Gleichstellung nicht zulasse. Es muß vielmehr in denjenigen Fällen, in denen eine solche nicht ausgesprochen ist, wie dies ausdrücklich gesehen ist in den §§ 135, 161, 184 Absf. 2, 353 Absf. 2, 499, 883 Absf. 2 und 2115, nach dem sonstigen Inhalte, dem Grunde und Zwecke der Vorschrift geprüft werden, ob das Gesetz unter dem Verfügen nur eine rechtsgeschäftliche Verfügung des Berechtigten verstanden wissen will, oder ob trotz der Wahl der tätigen Form, als der für den regelmässigen Fall zutreffenden, darunter doch auch Verfügungen fallen sollen, die gegen den Berechtigten im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung, aber aus seinem Rechte getroffen werden. Jedenfalls ist die Frage, mit dem Hinweise darauf, daß nach § 851 ZPO. und den §§ 398 und 400 B. im allgemeinen Forderungen, die abgetreten werden können, auch der Pfändung unterworfen sind, allein nicht zu entscheiden, weil eben behauptet wird, daß gerade in dem eigentümlich gefaßten § 573 eine besondere Vorschrift gegeben sei, die für die von ihr betroffenen Fälle eine Abweichung von jener Regel festsetze.“

„In jedem Falle sprechen Grund und Zweck des Gesetzes mit Deutlichkeit dafür, daß unter den Verfügungen des Vermieters über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers fallenden Mietzins, auf die sich der § 573 bezieht, auch diejenigen Verfügungen verstanden werden sollen, die darüber im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Rechte des Vermieters getroffen werden. Ersichtlich beruhen die Bestimmungen auf dem Gedanken, daß, ganz abgesehen von der rechtlichen Gestaltung der Befugnis des Vermieters einerseits und des neuen Erwerbers des vermieteten Grundstücks andererseits zur Verfügung über die in die Zeit nach dem Eigentumswechsel fallenden Mietzinsen, ein wirtschaftliches Bedürfnis dafür besteht, daß mindestens bis

zu einer gewissen zeitlichen Grenze der Vermieter auch für den Fall einer späteren Veräußerung des vermieteten Grundstücks über die künftig fällig werdenden Mietzinsen mit unbeschränkter Rechtswirksamkeit, ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder Nichtkenntnis des Erwerbers von einem solchen Vorgange, müßte verfügen können und zwar ebensowohl im Interesse seines Credits, wie in dem der tunlichsten Sicherung oder Befriedigung seiner Gläubiger. Diesem wirtschaftlichen Bedürfnisse des Vermieters bezweckt zunächst der Satz 1 des § 573 entgegen zu kommen, indem er die Verfügungen, die der Vermieter über den Mietzins schon im Voraus über den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges hinaus getroffen hat, auch wenn sie dem Erwerber zurzeit des Eigentumsüberganges unbekannt sind, insoweit für wirksam erklärt, als sie sich auf den Mietzins für das laufende und das folgende Kalendervierteljahr beziehen.

Aus dem gleichen Grund wird aber sogar auch noch darüber hinaus der Erwerber an die Verfügungen des Vermieters über den Mietzins für die spätere Zeit gebunden, wenn er sie zurzeit des Eigentumsüberganges kennt, offenbar in der Erwägung, daß er dann noch der Regel nach in der Lage sei, durch entsprechende Maßnahmen dem Veräußerer gegenüber seine Schadloshaltung durchzusetzen. Was aber hiernach für die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen des Vermieters über den Mietzins gilt, das beansprucht auch für die Verfügungen Geltung, die aus seinem Rechte heraus im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen ihn getroffen werden. Denn wenn der Grund und Zweck für die ausgedehnte Wirksamkeit der ersteren das wirtschaftliche Bedürfnis des Vermieters zu solchen Vermietungen bildet, so besteht das Gleiche auch für die Maßnahmen der Vollstreckung. Ob der Vermieter selbst durch die Vorausverfügung über den Mietzins eine bestehende Schuld tilgt oder sich die Mittel zum Erwerb eines Gebrauchsgegenstandes verschafft, oder ob durch Zwangsvollstreckung in den Mietzins einer seiner Gläubiger befriedigt wird, begründet in dieser Hinsicht keinen Unterschied; immer kommt im letzten Grunde die Wirksamkeit solcher Verfügungen dem Vermögen des Vermieters zugute. Mit Recht ist schon in der Literatur darauf hingewiesen, daß gerade die Rücksicht auf den Vermieter die gleiche Behandlung der Pfändung des Mietzinses und seiner eigenen rechtsgeschäftlichen Verfügungen über sie erheischt, daß die Unstatthaftigkeit der Pfändung der Mietzinsforderungen in den im § 573 bestimmten Umfange lediglich zur Folge haben würde, daß statt ihrer sofort die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung von dem Gläubiger beantragt würde, die doch in vielen Fällen dann alsbald zum wirtschaftlichen Zusammenbruche des Schuldners führe.“

VIII. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen.

Zweifelhaft ist die Rechtsnatur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen. Die herrschende Meinung steht mit Recht in den Handlungen des Vormundschaftsgerichts innerhalb seiner Zuständigkeit obrigkeitliche Handlungen, die jedoch den Vorschriften der Rechtsvorschriften unterstellt werden, so daß z. B. eine Genehmigung des VG. wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung angefochten werden kann und ein Rechtsgeschäft trotz der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nichtig sein kann. Vgl. insbesondere RG. in Rsp. d. OLG. 22 S. 130:

Es sind nun die Meinungen darüber verschieden, ob ein Rechtsgeschäft des Vormundes angefochten oder sonstwie als unwirksam behandelt werden darf, wenn der Richter sich bei Erteilung der vormundschaftlichen Genehmigung geirrt hat. Während einige den Schwerpunkt darauf legen, daß die Genehmigung ein obrigkeitlicher Akt sei und man deshalb einem Irrtum des Richters hier so wenig einen Einfluß auf das genehmigte Rechtsgeschäft einräumen, als er z. B. einem Irrtum des Konkursrichters bei Bestätigung des Zwangsvergleichs zukommen könne (vgl. z. B. Staudinger 9b zu § 1818), erachten andere die Genehmigung als eine Ergänzung der insoweit beschränkten Vertretungsmacht des Vormundes und halten in Ansehung der Folgen eines Mangels der Genehmigung nicht allein die §§ 108—111 BGB. für anwendbar, sondern auch die sonstigen allgemeinen Grundsätze über die Rechtsgeschäfte, namentlich die über Irrtum (vgl. Planck 2 zu §§ 1821—1831; Dernburg 4 § 118 V). Die Praxis, namentlich des RG., vertritt den letzteren Standpunkt. Sie betrachtet diese Genehmigung zwar auch als eine obrigkeitliche Handlung, aber gleichzeitig als eine für bestimmte Rechtsgeschäfte vorgeschriebene Mitwirkung an der Verwaltung des Vormundes und insoweit als ein dem Gebiete des Privatrechts angehöriges Rechtsgeschäft, woran der Umstand nicht irre machen dürfe, daß nach außen die verwaltende Tätigkeit dem Vormunde allein gebühre. Bei der Entscheidung dürfe das Vormundschaftsgericht nicht bloß den Standpunkt der Aufsichtsbehörde einnehmen, sondern es habe zu prüfen, ob und unter welchen sachlichen Bedingungen es selbst, wenn es den Mündel zu vertreten hätte, das Rechtsgeschäft eingehen würde. Auf dieser Rechtsnatur der Genehmigung beruhe es, daß auf sie die allgemeinen Grundsätze über Parteivollenserklärungen entsprechend anwendbar sind. Deshalb sei auch nicht ausgeschlossen, die Genehmigung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anzufochten (vgl. RG. § 1821, RG. 71 S. 170, 50 S. 281, 25 S. 281; RG. D. J. 3. 1907 S. 1029).“

Und ferner RG. 71 S. 170:

... Allerdings handelt das Vormundschaftsgericht, auch wenn es rechtsgeschäftlich den Mündel vertritt, als Behörde und erfüllt damit eine staatsamtliche Obliegenheit; allein das Rechtsgeschäft gehört dem Gebiete des Privatrechts an und untersteht deshalb in allen seinen Teilen den Vorschriften des BGBs.

§ 2.

Grundbegriffe.

Fortsetzung.

1. Rechtsverhältnisse und Arten derselben.

a) Rechtsverhältnisse sind rechtswirksame Beziehungen zu Personen oder Gegenständen (Sachen oder Rechten). (Cneccerus). Von der Seite des Berechtigten ist jedes Rechtsverhältnis ein Recht; von der Seite des Verpflichteten aus sind die Rechtsverhältnisse des Obligationenrechts eine Schuld.

Die Rechte — Privatrechte — entstehen durch Rechtsgeschäft, durch Schaffung eines Geisteswerkes, einer Erfindung oder durch

öffentlich-rechtliche Akte, so namentlich durch Gesetze und Privilegien. Vgl. hiezu RG. 80 S. 25:

„Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch durch öffentlich-rechtliche Akte, so namentlich durch Gesetze und Privilegien, Privatrechte begründet werden können. Dementsprechend sind auch in der Rechtsprechung stets die durch Verleihung oder Verjährung erworbenen realen Nutzungsrechte und Gerechtigkeiten als Privatrechte behandelt und unbedenklich dem Rechtsweg unterworfen worden. So insbesondere unter den Aneignungsrechten die Fischereiberechtigungen bei öffentlichen Flüssen, . . . aber auch Rechte, die dem Verkehrs- und Gewerberecht angehören und bei denen man zweifelhafter sein könnte, so namentlich Fähr-, Mühlen-, Apotheken-, Schank- und Abdeckereiberechtigungen.“

b) Man unterscheidet folgende Gruppen von Rechtsverhältnissen:

1. solche zwischen Personen (personenrechtliche RB.); hierunter fallen besonders die familienrechtlichen RB. zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern und andere Verwandtschaftsverhältnisse.

Nicht alle Rechtsverhältnisse des Familienrechts sind aber familienrechtliche RB., so die Unterhaltsansprüche, die schuldrechtliche RB. sind. Wohl aber fallen hierunter die RB. zwischen einem Verein und seinen Mitgliedern, sofern sie nicht vermögensrechtlicher Natur sind. Schließlich gehören hierzu die Schuldverhältnisse, die vermögensrechtliche RB. sind;

2. solche des Sachenrechts.

Dies sind die dinglichen RB.: Eigentum und begrenzte dingliche Rechte; ferner der Besitz als Rechtsverhältnis zu einer Sache;

3. solche des Urhebers eines Geisteswerks oder Erfinders¹⁾ zu seinem Geisteswerk;

4. das Erbrecht als „RB. des Erben zu einer ideellen Einheit.“ (Hellwig).

Der mit dem Erbfall eintretende Anfall der Erbschaft ist zunächst ein einseitiger, infolge des Ausschlagungsrechts vom Willen des Erben abhängiger Erwerb, jedoch weder ein auflösend-bedingter Erwerb noch ein Anwartschaftsrecht. Da er nur ein vorläufiger Erwerb ist, dem erst die wirkliche oder fingierte Annahme endgiltige Bedeutung verleiht, ist die Ausschlagung der Erbschaft seitens der Gläubiger des Erben der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz § 7 entzogen, weil der Ausschlagende nichts aus seinem Vermögen „veräußert, weggegeben oder aufgegeben“ hat (vgl. RG. 54 S. 290—297). Das Gleiche gilt vom Erwerb eines Vermächtnisses (§§ 2176, 2180 BGB.). Dagegen entsteht der

¹⁾ Das Urheberrecht entsteht mit der Schaffung des Geisteswerkes, das Erfinderrecht mit der Erfindung, jedoch gewährt letzteres erst mit der Anmeldung und Erteilung des Patentrechts das Recht auf ausschließliche wirtschaftliche Ausnutzung der Erfindung und ein Unterjagungsrecht gegen jeden Dritten (RG. 77 S. 82/3).

Anspruch auf den Pflichtteil mit dem Erbfall unabhängig vom Willen des Pflichtteilsberechtigten und sogar gegen seinen Willen kraft Gesetzes als veräußerliches und vererbliches Recht (§ 2317 BGB.). Ein Ausschlagungsrecht gibt es hierbei nicht, nur ein Verzicht auf das endgiltig erworbene Recht. Aus diesem Grunde nimmt auch das RG. 77 S. 239 ff an, daß die Erbschaftssteuer vom Pflichtteilsberechtigten auch dann zu entrichten ist, wenn er den Pflichtteilsanspruch nicht geltend macht und geltend zu machen nicht beabsichtigt. Diese Entscheidung ist unbillig, da doch das Steuergesetz in erster Linie den wirtschaftlichen tatsächlichen Vermögenszuwachs treffen will, was jedoch das Reichsgericht ausdrücklich ablehnt. Vgl. die zutreffende Kritik über diese Entscheidung in NJZ. 1912 S. 393—397. Das Reichsgericht weist in dieser Entscheidung übrigens darauf hin, daß sich der Pflichtteilsberechtigte gegen die Steuerpflicht durch einen Verzichtsvertrag bei Lebzeiten des Erblassers mit diesem schützen kann (§ 2346 BGB.).

II. Ansprüche.

a) Aus dem Rechtsverhältnisse erwachsen Ansprüche.

Anspruch ist das Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB.).

Man teilt die Ansprüche ein in

1. obligatorische Ansprüche (Forderungen),
2. dingliche Ansprüche,

und in

1. vermögensrechtliche Ansprüche von Geld und Geldeswert,
2. nichtvermögensrechtliche Ansprüche ohne Vermögenswert, z. B. auf Herausgabe eines Kindes, Herstellung der ehelichen Gemeinschaft.

b) Anspruch und Klagrecht sind nicht identisch.

Das Klagrecht ist ein öffentliches Recht, gerichtet gegen den Staat auf Fällung eines dem Kläger günstigen Urteils, auf Grund dessen er in der Regel einen privaten Anspruch zwangsweise durchsetzen kann.

Das Klagrecht geht entsprechend dem Urteil:

1. auf Beurteilung,
2. auf Feststellung,
3. auf Rechtsänderung.

c) Recht und Anspruch sind nur im Obligationenrecht identisch, sonst nicht. Der Eigentümer einer Sache hat ein Recht oder richtiger einen Komplex von Rechten, einen Anspruch aber erst bei Störung des Eigentums; ebenso der Urheber eines Geisteswerks oder Erfinder; der Hypothekengläubiger hat nur ein Recht, aus dem unter

besonderen Voraussetzungen der hypothekarische Anspruch — der Hauptinhalt dieses Rechtes — entsteht.

Wer ein Anfechtungsrecht hat, hat erst nach Ausübung desselben durch Erklärung einen Anspruch (den Anfechtungsanspruch), welcher inhaltlich eine *condictio* oder *rei vindicatio* ist. Das Anfechtungsrecht ist ferner an eine Ausschlußfrist geknüpft (§§ 121, 123), d. h. es geht nach Ablauf der Frist unter, weshalb die Fristwahrung von Amtswegen zu berücksichtigen ist, während der Anfechtungsanspruch (*condictio* oder *rei vindicatio*) der Verjährung unterliegt, daher nur auf Einrede zu berücksichtigen ist.

Nur in der Konkursordnung und im Anfechtungsgesetz fallen Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch zusammen (so auch RG. 58 S. 47): anfechtend verlangt der Konkursverwalter oder Anfechtungskläger die Rückgewähr der Leistung.

d) Rechte des rechtlichen Könnens oder Kannrechte oder Rechtsgestaltungsrechte sind Rechte auf eine Rechtsgestaltung, insbesondere auf Aufhebung eines bestehenden Rechtsverhältnisses oder Neubegründung eines solchen.

Für sie gilt der Satz, daß sie sämtlich durch einmalige Ausübung untergehen. Eine selbständige Übertragung dieser Gestaltungsrechte ist ihrer Natur nach nicht möglich.

Beispiele: Kündigung, Ausübung eines Vorkauf- oder Wiederkaufrechts, Mahnung, Erbschaftsannahme, Scheidungsrecht, Anfechtungsrechte.

§ 3.

Rechtsfähigkeit. Volljährigkeit. Entmündigung. Wohnsitz. Namensrecht.

I. Rechtsfähigkeit.

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt (§ 1). Noch unzeugten Nachkommen ist fingierte Rechtspersönlichkeit nur dann verliehen, wenn sie als Dritte in einem Verträge (§ 331) oder als Nacherben oder Vermächtnisnehmer in einer letztwilligen Verfügung bedacht sind. Insofern können sie dann auch über Forderungen und dingliche Rechte durch einen Pfleger verfügen und parteifähig darüber prozessieren (RG. 65 S. 277). Vgl. ferner § 844 Abs. 2 BGB.

II. Volljährigkeit.

Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des 21. Lebensjahres ein (§ 2). Nach § 187 Abs. 2 Satz 2 ist das 21. Lebensjahr mit dem Ablauf des letzten Tages des 21. Lebensjahres vollendet;

mit Beginn der Wiederkehr des Geburtstages hat also das 22. Lebensjahr begonnen.

Der Volljährigkeit steht die Volljährigkeitserklärung gleich (§ 3). Letztere erfordert einen Beschluß des Vormundschaftsgerichts, der nach § 56 Abs. 2 Fr. GG. zwei Wochen nach Zustellung desselben an den für volljährig Erklärten wirksam wird. Voraussetzung der Volljährigkeitserklärung ist

1. daß der Minderjährige das 18. Lebensjahr vollendet hat,
 2. daß der Minderjährige seine Einwilligung erklärt hat, die auch von dem Gewalthaber erteilt werden muß, wenn der Minderjährige unter elterlicher Gewalt steht, es sei denn, daß diesem weder die Sorge für die Person noch für die des Vermögens des Kindes zusteht, oder daß es sich um eine minderjährige Witwe handelt (§ 4 Abs. 2).

Diese Bestimmungen sind zwingender Natur. Dazu treten als „Soll“-vorschriften die weiteren:

1. daß die V. E. nur erfolgen soll, wenn sie das Beste des Minderjährigen befördert (§ 5).

Bezüglich der Frage, ob die Volljährigkeitserklärung das Beste des Minderjährigen befördert, sind neben den ökonomischen auch die ethischen Momente zu berücksichtigen, denn das Beste des Minderjährigen umfaßt nicht bloß sein wirtschaftliches, sondern auch sein sittliches Wohlergehen. Hierzu führt das RG. i. Rsp. d. DLG. 8 C. 163/4 aus:

„Die innere Berechtigung der Volljährigkeitserklärung liegt darin, daß diese im gegebenen Falle sich als eine zweckmäßige, die gesamte Lebenslage des Minderjährigen fördernde Maßregel darstellt (Motive I S. 56²). Die Volljährigkeitserklärung muß, unter Berücksichtigung der gesamten Lebensverhältnisse des Minderjährigen, dessen wahren und dauernden Vorteil befördern (vgl. URK. 18 § 713). Demgemäß kann für die Volljährigkeitserklärung auch der Umstand ins Gewicht fallen, daß sie dem Minderjährigen die Möglichkeit gewährt, statt der Fortsetzung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs mit der von ihm Geschwängerten die Eingehung der Ehe mit dieser alsbald zu bewirken und so die Geschwängerte zu Ehren zu bringen und dafür zu sorgen, daß das zu erwartende, vom Minderjährigen erzeugte Kind bereits als eheliches geboren oder doch sobald als möglich durch nachfolgende Ehe legitimiert wird (BGB. §§ 1591, 1791; vgl. Beschluß des RG. v. 2. Febr. 1903 I Y 59/03). Dieser Gesichtspunkt wird allerdings auszuscheiden haben, wenn die Geschwängerte in sittlicher und besonders auch in geschlechtlicher Beziehung bescholten ist, mag auch der Minderjährige unzweifelhaft der Schwängerer sein, wenn sie z. B. ihn auch nur zum Beischlaf verführt hat, namentlich falls er erheblich jünger ist als sie. Ein solcher Altersunterschied allein kann aber unter besonderen Umständen, z. B. wenn er so groß ist, daß er als ein Hindernis für eine gedeihliche Ehe erscheint, gegen die Heirat sprechen

Die fernere Feststellung, daß die wirtschaftliche Lage des Beschwerdeführers durch die Verheiratung nicht verbessert, sondern wesentlich erschwert

werden würde, zumal da die T. vermögenslos sei, entbehrt gleichfalls ausreichender Begründung. Zunächst kommt in Betracht, daß die Verpflichtung des Vaters des unehelichen Kindes, diesem bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres und unter Umständen über diese Zeit hinaus Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren (BGB. §§ 1708, 1709, 1710; vgl. §§ 1715, 1716), eine sehr drückende wirtschaftliche Last bilden kann, die durch die Verheiratung mit der Mutter des Kindes erheblich erleichtert wird, weil dann der Unterhalt in Natur gewährt werden kann, und von der Mutter des Kindes mit erworben wird. Außerdem habe der Vater und der Onkel des Beschwerdeführers erklärt, daß es mit Rücksicht auf die häuslichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Familie in deren und des Beschwerdeführers Interesse liege, wenn dieser die T. heirate, damit sie die Wirtschaft besorge. Danach würde die Heirat dem Minderjährigen im Hinblick auf die Arbeitskraft der T., trotz ihrer Vermögenslosigkeit, zum Vorteil gereichen.“

2. daß der Minderjährige oder derjenige gesetzliche Vertreter, welchem die Sorge für die Person zusteht, einen Antrag stellt (§ 56 Fr. GG.).

Hat die Verletzung einer zwingenden Vorschrift zur Folge, daß eine trotzdem erfolgte Volljährigkeitserklärung wirksam ist, wenn der Beschluß rechtskräftig geworden ist?

Da die Volljährigkeitserklärung ein Verwaltungsakt ist und kein Rechtsgeschäft, scheiden zunächst die §§ 125, 134 BGB. aus. Diese Vorschriften lassen sich auf Rechtsakte der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht übertragen, denn die Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Schaffung neuer Rechtsbeziehungen mit dem Untersuchungs- und Offizialprinzip (§ 12 Fr. GG.). Soweit es sich dabei um Akte des Vormundschaftsgerichts handelt, kommt dem Gericht geradezu eine quaspolizeiliche Stellung zu, nämlich die Überwachung und Fürsorge für die Rechtsverhältnisse schutzbedürftiger Personen (vgl. Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 1. Band S. 79 Ziff. 2). § 7 des Fr. GG., welcher bestimmt, daß gerichtliche Handlungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht aus dem Grunde unwirksam sind, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht oder von einem kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richter vorgenommen sind, kommt nicht zur Anwendung, da er nur eine Verfahrensvorschrift darstellt. Wohl aber kann der Grundgedanke des § 32 Fr. GG. herangezogen werden. Dieser besagt:

„Ist eine Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt, ungerechtfertigt, so hat, sofern nicht die Verfügung wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, die Aufhebung der Verfügung auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluß.“

Der Zweck dieser Vorschrift ist zweifellos der Gedanke, daß im Interesse der Rechtssicherheit derartiger Verfügungen der Organe

der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Nachprüfung hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit durch andere Organe, insbesondere auch durch Gerichte, entzogen sein sollen. Schließlich ist es auch ein anerkannter Satz des öffentlichen Rechts, daß Ukte der obrigkeitlichen Gewalt sich zunächst als rechtmäßig bezeugen und nicht schlechthin nichtig sind. Ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften ist kein Grund zur Unwirksamkeit, sondern führt nur eventuell zur Unwirksamkeitserklärung in den vorgeschriebenen Grenzen. Dies gilt für jeden Verwaltungsakt einer Behörde innerhalb ihrer gesetzlichen Kompetenz. (Vgl. Laband, Staatsrecht II § 65). Da dieser Grundsatz auch für die Bestellung von Vormündern in Theorie und Praxis anerkannt ist, wird man das Gleiche — mit der herrschenden Ansicht — von der Volljährigkeitserklärung sagen müssen. So auch RG. 81 S. 211/2.

III. Entmündigung.

Entmündigt werden kann nach § 6 BGB.¹⁾:

1. Wer infolge von Geisteskrankheit oder Geisteschwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag.

An einem zuverlässigen Merkmal zwischen Geisteskrankheit und Geisteschwäche fehlt es. Aber die begrifflichen Unterschiede zwischen beiden führt RG. 50 S. 207 aus:

„Bei der Feststellung, ob die erstere (Geisteskrankheit) oder die letztere (Geisteschwäche) im Sinne der § 6 Nr. 1 BGB. vorliegt, ist man im wesentlichen darauf angewiesen, aus der Stärke der Wirkung auf die Stärke der Ursache zu schließen, und nach diesem Maßstabe zu bestimmen, ob das Denken, Wollen und Handeln des Kranken durch die Störung seiner Geisteskräfte in einem solchen Grade regelwidrig beeinflusst wird, daß er entweder, wie ein Kind, gänzlich geschäftsunfähig, oder nach Art eines Minderjährigen, vor das siebente Lebensjahr vollendet hat, nur in beschränkter Weise geschäftsfähig erscheint. In dem ersteren Falle entspricht es der Absicht des Gesetzes, wie sie aus den entsprechend normierten Rechtsfolgen erkennbar wird, die Entmündigung wegen Geisteskrankheit, in dem zweiten, sie wegen Geisteschwäche eintreten zu lassen. Diese Entscheidung ist daher, mangels hierüber feststehender medizinischer Begriffe, keine psychiatrische, sondern eine überwiegend tatsächliche, welche der Richter trifft, und die nur zum Teil auf dem ärztlichen Gutachten, das den Stoff zu seinem Schlusse liefert, beruht.“

Trotz der Stellung des Antrags auf Entmündigung wegen Geisteschwäche kann gleichwohl die Entmündigung wegen Geisteskrankheit erfolgen, wie auch umgekehrt. Andernfalls müßte bei der erfolgreichen Anfechtung eines wegen Geisteskrankheit ergangenen Entmündigungsbeschlusses zunächst auf Grund eines neuen, ausdrücklich wegen Geisteschwäche zu beantragenden amtsgerichtlichen Verfahrens unter Wiederholung aller vom Gesetze für die

¹⁾ Unzulässig ist es, die Entmündigung gleichzeitig wegen Geisteskrankheit und wegen Verschwendung oder Trunksucht zu beantragen, weil hier verschiedene Verfahrensnormen gelten. Andererseits enthält der Antrag auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit als das Mindere gleichzeitig den Antrag auf Entmündigung wegen Geisteschwäche (OVG. Rostock in *Wp. v. OVG.* 12 S. 1).

Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geisteschwäche gleichmäßig vorgeschriebenen gerichtlichen Maßnahmen die — event. bereits feststehende — Geisteschwäche des Entmündigten abermals festgestellt und dann erst die Entmündigung deswegen ausgesprochen werden (OLG. Köln in Rsp. d. OLG. 4 S. 6).

2. Wer durch Verschwendung sich oder seiner Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt. Verschwendung liegt vor, wenn „ein Gang zu unwirtschaftlichem Gebahren vorliegt, was kein Gang zu unwirtschaftlichen Ausgaben zu sein braucht“ (RG. bei Gruchot 58, Beilageheft S. 881/5), sodaß auch die bloße Vernachlässigung der Wirtschaft genügt.

3. Wer in Folge Trunksucht seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag oder sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt oder die Sicherheit Anderer gefährdet.

Trunksucht liegt vor, „wenn der Leidende die Kraft, dem Anreize zum übermäßigen Genuße geistiger Getränke zu widerstehen, wirklich verloren hat“ (RG. in J. W. 57 S. 411.).

Über das Entmündigungsverfahren vgl. §§ 645 ff. ZPO.

Die Wirkung der Entmündigung ist bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit nach § 104 Ziff. 3 Geschäftsunfähigkeit, in den anderen Fällen beschränkte Geschäftsfähigkeit (§ 114).

Auch ein beschränkt Geschäftsfähiger kann nicht nur wegen Geisteskrankheit, sondern auch wegen Geisteschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt werden. Zwar behält er letzteren Falles nach § 114 die Stellung eines beschränkt Geschäftsfähigen, aber er behält sie auch über das 21. Lebensjahr hinaus und verliert die Testierfähigkeit — vgl. §§ 2229, 2230 Abs. 2, — mit Ausnahme des Rechts zum Widerruf bereits wirksam errichteter Testamente (§ 2253 Abs. 2).

In der Praxis wird das Fehlen einer Zentral-Auskunftsstelle über Entmündigte schwer empfunden, zumal tatsächlich nicht selten Entmündigte ein Geschäft betreiben und — wenn sie von einem ahnungslosen Verkäufer und Lieferanten belangt werden — mit dem Einwand der mangelnden Prozeßfähigkeit und Unwirksamkeit des Kaufvertrages hervortreten. Schon aus letzterem Grunde empfiehlt sich in jedem Falle, eine Klage aus einem Vertrage hilfsweise auf die Bereicherung zu stützen. Letztere wird dann durchgreifen, wenn § 819 Abs. 1 B anwendbar ist, sodaß es also auf den Wegfall der Bereicherung bei einem Entmündigten nicht ankommt, wenn dieser den Mangel des Rechtsgrundes der Leistung beim Empfang derselben gekannt hat. Auch in Rspr. d. OLG. 20 S. 249/50 wird mit Recht vom RG. darauf hingewiesen, daß die Verpflichtung aus § 818 Abs. 3 BGB. wegen Anwendbarkeit des § 819 nicht gilt, wenn ein Entmündigter die erhaltenen Waren veräußert und das Geld durch-

gebracht hat, nachdem er die Ware durch betrügerische Vorspiegelungen erhalten hat. Die gleichen Fragen erheben sich bei den Rechtsgeschäften unerkennbar Geisteskranker.¹⁾

Soweit ein Entmündigter Geld erhalten hatte, z. B. als Darlehn, ist er — sofern der gesetzliche Vertreter dem Abschluß des Rechtsgeschäfts nicht zustimmte — nicht ohne weiteres als durch den Empfang des Geldes als bereichert i. S. des § 812 BGB. anzusehen, während bei voll geschäftsfähigen Personen davon auszugehen ist, daß mit dem Besitzerwerb von Geld eine Bereicherung eingetreten ist, für deren nachträglichen Fortfall der Geschäftsfähige grundsätzlich beweispflichtig ist (§ 818 Abs. 3). Dies gilt jedoch nicht für Entmündigte (und für geschäftsbeschränkte Personen überhaupt). Vgl. hierzu RG. in Rsp. d. OLG. 22 S. 356/7:

„. . . Die Entmündigung bezweckt den Schutz des Entmündigten nicht nur gegen die nachteiligen Folgen seiner eigenen Einsichtslosigkeit, sondern auch gegen deren Ausbeutung durch andere (Denkschr. S. 2). Wollte man also annehmen, daß der Mündel durch den Empfang von Leistungen aus einem nichtigen Vertrage ohne weiteres auf die Bereicherung verhaftet würde oder seinerseits beweisen müßte, daß die Bereicherung nachträglich wieder fortgefallen sei, so würde der angestrebte Schutz in vielen Fällen versagen. Denn selten wird der Vormund in der Lage sein, nachzuweisen, daß gerade das empfangene Geld zu unnützen Zwecken verausgabt sei (RG. 65 S. 298, 72 S. 3). Zweifellos würde jene Annahme dazu führen, gewissenlose Leute, die aus der Ausbeutung leichtsinniger, unerfahrener oder geistig minderwertiger Personen ein Geschäft machen, zu begünstigen; sie würden, wenn sie auch nicht mit Sicherheit auf den Eingang des Wuchergewinnes rechnen könnten, doch kaum noch Gefahr laufen, ihren Einsatz zu verlieren. Dadurch würde ein Anreiz geschaffen werden, mit den Entmündigten hinter dem Rücken ihrer Vormünder Geschäfte abzuschließen. Ein solches Ergebnis wird den Absichten des Gesetzes nicht gerecht. Richtiger dürfte es deshalb sein, davon auszugehen, daß der Besitzerwerb des Mündels ohne Wissen und Genehmigung des Vormundes noch keine Bereicherung des Mündelvermögens enthält; denn die Vermutung spricht dagegen, daß das Mündel von dem Erlangten einen vollständigen Gebrauch machen werde. Deshalb muß der Geber in solchem Falle entweder beweisen, daß das Geld in die Verfügungsmacht des Vormundes gelangt ist, oder daß das Mündel damit notwendige oder nützliche Ausgaben bestritten hat (so auch Rsp. 11 S. 79).“

Das Reichsgericht (Gruchot 61 S. 645) dagegen legt die Beweislast für den Wegfall der Bereicherung auch dem Entmündigten auf. Aber die Frage, ob der Entmündigte schon vom Empfang der Leistung an gemäß § 819 Abs. 1 BGB. haftet, weil er den Mangel ihres Rechtsgrundes gekannt hat (was bei wegen Geisteskrankheit Entmündigten nicht in Frage kommt), oder ob für die strenge Haftung die Kenntnis des Vormundes erforderlich ist, führt das RG. bei Gruchot 61 S. 645/6 aus:

¹⁾ Vgl. die Aufsätze von Fuchs und Bernstein in J. W. 43 S. 1010—1019.

Das Beruf.-Gericht prüft weiter zu § 819 Abs. 1 BGB., ob die Beklagte (b. h. wegen Verschwendung Entmündigte, welcher 11712 M. 60 Pf. von der Klägerin geliehen waren), weil sie beim Empfange des Geldes ihre Entmündigung gekannt habe, zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet sei, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe schon zuzeiten ihres Geldempfanges rechtshängig geworden wäre. Aber es verneint eine solche gesteigerte Haftung, weil hier erforderlich gewesen wäre, daß der Vormund und der Beklagten den Mangel des Rechtsgrundes gekannt, dieser aber bei den Geschäften nicht mitgewirkt habe. Die Revision vertritt dagegen die Ansicht, für die gesteigerte Haftung nach § 819 Abs. 1 BGB. sei nur entscheidend, ob „der Empfänger“, hier also die Beklagte, den Mangel des rechtlichen Grundes gekannt habe. Diese Ansicht muß abgelehnt werden. Sie würde dazu führen, der Beklagten den Schutz, den ihr die Entmündigung wegen Verschwendung gegen nachteilige Verpflichtungen gewähren soll, tatsächlich wieder zu entziehen. Kraft der Entmündigung einem Minderjährigen, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, gleichgestellt, war sie rechtlich außerstande, ohne Einwilligung des Vormundes ein rechtswirksames Darlehn aufzunehmen (§§ 107, 114 BGB.). Sie ist insolge dessen auch nicht nach § 607 Abs. 1 BGB. verpflichtet, dem Kläger das als Darlehn empfangene Geld zurückzuerstatten. Es hieße aber die Erstattungspflicht, die für sie als Entmündigte bei den ohne Einwilligung des Vormundes aufgenommenen Darlehn entfällt, auf einem Umwege der Beklagten wieder auferlegen, wenn man sie bloß wegen der eigenen Kenntnis ihrer beschränkten Geschäftsfähigkeit nach § 819 Abs. 1 BGB. für verpflichtet erklären wollte, das Geld, das sie vom Kläger empfangen hat, alsbald wieder herauszugeben. Die Annahme einer derart gesteigerten Haftung ist mit dem Sinn der hier einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen nicht zu vereinen. Im Sinne des § 819 Abs. 1 BGB. kann unter der Kenntnis des Empfängers vom Mangel des rechtlichen Grundes, an die das Gesetz die Rechtsfolge seiner gesteigerten Haftung knüpft, nicht schon die rechtlich belanglose Kenntnis eines Geschäftsunfähigen verstanden werden. Vielmehr muß hier, wo der Kenntnis des Empfängers ähnliche Wirkungen beigelegt sind, wie sie einem rechtsgeschäftlich gestalteten Verhältnis angehören, von der Kenntnis der beschränkt geschäftsfähigen Beklagten gänzlich abgesehen und das entscheidende Gewicht allein auf die Kenntnis ihres Vormundes gelegt werden. Dies entspricht auch dem Grundgedanken, der die Vorschriften der §§ 107, 166 Abs. 1 BGB. beherrscht, wonach ein beschränkt Geschäftsfähiger zu verpflichtenden Willenserklärungen der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf (§ 107) und wonach bei der Beurteilung der rechtlichen Folgen einer durch Willensmängel beeinflussten Willenserklärung die Kenntnis des Vertreters, nicht des Vertretenen, in Betracht kommt (§ 166 Abs. 1).“

Wenn die Postverwaltung von der Entmündigung einer Person Kenntnis erhält, so verweigert sie die Aushändigung der an den Entmündigten gerichteten Schreiben und anderen Postsendungen und behandelt dieselben als „unbestellbar“. Die Aushändigung der Sendungen an den Vormund wird mit Rücksicht auf das Verbot der Verletzung des Briefgeheimnisses in § 5 des Gesetzes über das Postwesen vom 28. Oktober 1871 verweigert. Diese Praxis ist nicht begründet, da dem Vormund als gesetzlichem Vertreter des Mündels zweifellos auch das Recht zusteht, die für das Mündel bestimmten

Postsendungen in Empfang zu nehmen und Briefe zu öffnen (vgl. hierzu Allendorf in D. J. Z. 1913 S. 1378/9).

IV. **Wohnsitz.** Der Wohnsitz erfordert in objektiver Beziehung eine ständige Niederlassung, in subjektiver Beziehung den Willen, die ständige Niederlassung als Mittelpunkt der Lebensverhältnisse zu haben (vgl. Rspr. d. OLG. 33 S. 19).

Wenn jemand dauernd Räume inne hat, die nur im Sommer benutzbar sind, so hat er daselbst während des Sommeraufenthaltes keinen Wohnsitz, sondern nur einen Aufenthalt. So OVG. in den Entsch. d. Preuß. OVG. Bd. 62 S. 389ff. in einem Falle, in welchem ein Arzt in C. ein Landhaus besaß, das er im Sommer von Mitte April bis Ende September als Sommerwohnung benutzte. Es handelte sich nun um die Frage, ob ein doppelter Wohnsitz vorliege, was das OVG. mit folgender Begründung verneinte:

„Ein Wohnsitz liegt da vor, wo jemand eine Wohnung unter Umständen inne hat, welche auf die Absicht dauernder Beibehaltung einer Wohnung an dem Orte schließen lassen. Hier fehlt zwar dem Steuerpflichtigen nicht die Absicht, sein Landhaus dauernd beizubehalten, und er hat, auch während seiner Abwesenheit im Winter, das Landhaus inne, aber für den Winter ist das Landhaus keine Wohnung im Sinne des Gesetzes. Während des Winters ist es nämlich unbewohnbar. Zwar sind die Räume, mindestens sechs an der Zahl, reichlich bemessen und fortdauernd eingerichtet, so daß sie in dieser Hinsicht dem Steuerpflichtigen und seiner Familie einen standesgemäßen Aufenthalt für Tag und Nacht bieten; es befinden sich aber nur zwei Öfen im Hause, die für einen winterlichen Aufenthalt um so weniger ausreichen, als das Haus nur leicht aus Holz gebaut, mit einfachen Fenstern versehen und nur teilweise unterkellert ist. Ob, wie der Kläger betont, ohne erhebliche Änderung des Hauses eine genügende Erwärmung der Räume durch bewegliche, leichte Öfen erreicht werden könnte, mag dahingestellt bleiben; denn der Steuerpflichtige hat, ohne insoweit Widerspruch zu erfahren, ausgeführt, auch die Vermehrung der Öfen würde das nur für den Sommeraufenthalt bestimmte Haus nicht für den Winter benutzbar machen, weil die Wände naß werden, Wäsche, Kleider, Möbel zu stocken anfangen würden und infolge des dadurch entstehenden muffigen Geruchs der Aufenthalt zu einem gesundheitsschädlichen werden würde. Unter diesen Umständen ist der tatsächlichen Feststellung des Bezirksausschusses beizutreten, daß die Wohnung im Landhause des L. während des Winters nicht benutzbar ist. Von dem Innehaben einer Wohnung aber kann für den Fall körperlicher Abwesenheit nur dann gesprochen werden, wenn jemand die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit hat, die Räume jederzeit, sobald er sich dazu entschließen sollte, zum dauernden, standesgemäßen Aufenthalte zu beziehen, ohne wesentliche Änderungen an ihnen vornehmen zu müssen. Eine Sommerwohnung, die nicht, auch nach unwesentlichen Änderungen nicht geheizt werden kann oder aus sonstigem Grunde im Winter für einen Menschen mit gewöhnlichen Bedürfnissen gänzlich unbenutzbar ist, kann als die Grundlage eines Wohnsitzes für den Winter nicht angesehen werden.

Wer aber dauernd Räume inne hat, die ihm nur zeitweise, während der Sommermonate, zur Wohnung dienen können, dem fehlt auch während

des Sommeraufenthalts die Absicht, die Räume als Wohnung dauernd beizubehalten. Er ist sich alsbald dessen bewußt, daß das Innehaben der Wohnung, nämlich einer benutzbaren Wohnung, im Herbst sein Ende erreicht, und ist deshalb mit demjenigen auf gleiche Stufe zu stellen, der eine eingerichtete Wohnung auf längere Jahre, aber immer nur für das Sommerhalbjahr, gemietet hat. Jener weiß, daß ihm die tatsächliche, dieser, daß ihm die rechtliche Möglichkeit fehlt, die Wohnung in der kalten Jahreszeit zu beziehen. Beide haben in der Gemeinde der Sommerwohnung, solange sie dort sind, nicht Wohnsitz, sondern nur Aufenthalt im Sinne des § 33 des Kommunalabgabengesetzes." (OVG. a. a. O. S. 391/2).

Wenn diese Entscheidung auch unter Zugrundelegung des Wohnsitzbegriffs nach dem Doppelsteuergesetz vom 22. März 1909 erging, welcher auch für das KStG. gilt (vgl. unten), so ist die Entscheidung auch für den Wohnsitzbegriff des VGB. von Bedeutung.

Im übrigen kann ein Wohnsitz auch durch wiederholten, mehrere Monate dauernden Sommeraufenthalt in einer auf mehrere Jahre gemieteten Villa begründet werden. So das thüring. OVG. in Jena in der Jur. Wochenschr. 46 S. 561:

„Daß ein Wohnsitz durch einen wiederholten, mehrere Monate dauernden Sommeraufenthalt in einer auf mehrere Jahre gemieteten Villa begründet wird, hat das OVG. u. a. aus folgenden Gründen angenommen. Da das Wesentliche des (Wohnsitz-)Begriffs in dem Innehaben einer Wohnung liegt, ist es nicht richtig, daß es, wie die Klägerin meint, auf die rechtliche Verfügungsmacht über die Wohnung nicht ankomme. Diese ist vielmehr erforderlich, aber auch ausreichend, wenn dazu die Absicht dauernder Beibehaltung kommt. Deshalb macht es wohl einen Unterschied, ob jemand für den Fall wiederholten Aufenthalts an einem Orte eine feste Wohnung unterhält oder nur in einer Pension oder einem Gasthause jedesmal von neuem Zimmer mietet. Es kommt in dieser Beziehung nicht darauf an, ob es für eine Millionärin auch keinen größeren Luxus bedeutet, wenn sie statt wiederholten Aufenthalts in einem vornehmen Gasthause für sich eine Villa mietet, sondern allein darauf, daß sie dauernd als Inhaberin einer eigenen Wohnung erscheint. In zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen, insbesondere des Preuß. OVG., ist ferner schon betont, daß mit dem Wort Innehaben nicht das dauernde körperliche Wohnen in einer Wohnung gemeint ist und daß also vom Innehaben einer Wohnung auch gesprochen werden kann, wenn die Verfügungsberechtigte auf längere Zeit abwesend ist ... Nur das ist der Klägerin zuzugeben, daß es sich um eine „Wohnung“, d. h. um Räumlichkeiten handeln muß, die im Einzelfall auch wirklich nach der Absicht des Inhabers zum Wohnen für ihn bestimmt sind. Sie hat recht mit der Ausführung, daß ein Wohnsitz nicht begründet wird, wenn eine Wohnung nur als Ort zur Aufbewahrung von Möbeln gemietet oder z. B. eine von einem Erblasser übernommene Wohnung einstweilen nur zu diesem Zwecke beibehalten wird. Eben deshalb ist auch in der Praxis gefordert, daß Wohnung im Sinne der Steuergesetze nur eine Wohnung ist, die dem Inhaber standesgemäße Unterkunft gewährt. ... Die Beanstandung der Klägerin, daß die Villa für eine Millionärin nicht standesgemäß sei, beruht aber nur auf der Annahme, daß zur Begründung eines Wohnsitzes nicht nur die Absicht dauernder Beibehaltung der Wohnung, sondern auch dauernden ununterbrochenen Wohnens darin erforderlich sei.

Diese Ansicht ist jedoch ebenfalls rechtsirrtümlich. Auch darüber liegen zahlreiche Äußerungen der Praxis vor. So ist insbesondere die Absicht eines viermonatigen Sommeraufenthalts für ausreichend gehalten, um auf die Absicht dauernder Beibehaltung der Wohnung zu schließen.“

Die Begründung eines Wohnsitzes ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine ~~Rechtshandlung~~, woraus nach § 8 BGB. erklärt, nach welchem Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige ohne Willen des gesetzlichen Vertreters einen Wohnsitz weder begründen noch aufheben können.¹⁾

Zum Begriff des Wohnsitzes gehört es nach § 7 BGB., daß er die Person mit einem Orte in rechtliche Beziehung bringt. So RG. 67 S. 193:

„Der Wohnsitz ist der — räumliche — „Mittelpunkt des gesamten Lebens einer Person“ (Dernburg), das „Zustandsverhältnis“, das durch die Verknüpfung der Lenkung und Leitung der Angelegenheiten einer Person mit einem Orte hergestellt wird (Kohler). Ist hiermit das Wesen des Wohnsitzes, von der Bestimmung des Ortes seiner räumlichen Beziehung abgesehen, umschrieben, so läßt die letztere zwei wesentlich verschiedene Auffassungen zu. Als Ort des Wohnsitzes kann sowohl der Ort im Raume, der Flächenabschnitt angesehen werden, auf dem die ständige Niederlassung einer Person sich befindet, wie das Ortsganze, die Ortschaft, innerhalb deren die Niederlassung belegen ist.“

Erster Ansicht sind Hölder, Stölzel und Eccius, letzterer Ansicht v. Savigny und Dernburg.

Folgt man der ersteren Ansicht, so bleibt doch die Abgrenzung der Gerichtsbezirke Sache der Landesgesetzgebung. Folgt man der zweiten Ansicht, daß „Wohnsitz“ i. S. des § 7 die politische Gemeinde sei, so kann man doch nicht sagen, daß, wenn in dieser Weise der Ort des Wohnsitzes reichsgesetzlich festgelegt ist, ein Landesgesetz wie das preußische Gerichtsorganisationsgesetz für Berlin und Umgebung vom 16. September 1899 daran nichts ändern könne, denn der Ort des Wohnsitzes ist keine ein für allemal bestimmte Einheit, weil die Einteilung der Landesgebiete den Bundesstaaten überlassen ist. Wenn daher für die Organisation der Gerichte eine andere Einteilung als die allgemeine in sogen. politische Gemeinden gesetzlich eingeführt ist, so ist auch diese für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes einer Person maßgebend; „der letztere ist bei dem Gerichte desjenigen Sprengels begründet, in welchem der Raumabschnitt ihrer ständigen Niederlassung belegen ist“ (RG. 67 S. 194/5).

Die ständige Niederlassung an einem Orte setzt nicht notwendig den persönlichen Aufenthalt daselbst voraus, was besonders

¹⁾ Auch das Bayer. Oberste LG. München in Rpr. d. OLG. 25 S. 1 sieht in der Aufhebung des Wohnsitzes eine Rechtshandlung.

bezüglich anderwärts sich aufhaltender Minderjähriger beim Wohnsitzwechsel der gesetzlichen Vertreter von Bedeutung ist. Vorausgesetzt ist jedoch, daß in solchem Falle der gesetzliche Vertreter den Willen hat, den Wohnsitz auch des Minderjährigen an den neuen Wohnsitz zu verlegen. Dies ergibt sich aus der Fassung des 1. Entwurfes § 34: „Wer an einem Orte den Aufenthalt in der Absicht nimmt, dort ständig zu bleiben, begründet an diesem Orte den Wohnsitz“, welche bei der 2. Lesung durch die jetzige Fassung „wer sich an einem Orte ständig niederläßt“ (vgl. Protok. I S. 37) ersetzt wurde, um auszudrücken, daß „neben der tatsächlichen Niederlassung einer Person an einem gewissen Orte eine gewisse Willensrichtung .. erforderlich sei.“ So auch OLG. Colmar in Rpr. d. OLG. 28 S. 1—2, insbes. S. 2:

„Wurde aber hiernach mit Vorbedacht nicht sowohl der Aufenthalt, als vielmehr die Niederlassung zur tatsächlichen Voraussetzung der Wohnsitzbegründung gemacht, so kann bei der nach Lage des Einzelfalles ... zu beurteilenden Frage, wann eine solche Niederlassung nur vorbereitet und wann sie bereits vollzogen ist, die Verlegung des Aufenthalts nicht unbedingt ausschlaggebend sein ... Namentlich wird daher z. B. unter Umständen mit der Verlegung des Haushalts einer ganzen Familie der Wohnsitzwechsel aller Angehörigen dieses Haushalts als tatsächlich bewirkt gelten können, selbst wenn das eine oder andere Familienmitglied seinen Aufenthalt an den neuen Wohnort noch nicht verlegt hat.“

Der Wohnsitz kann an mehreren Orten bestehen (§ 7 Abs. 2).

Aber einen solchen „Doppelten Wohnsitz“ führt das OLG. 70 S. 313 aus:

„Ein doppelter Wohnsitz im Sinne des § 7 BGB. ist vorhanden, wenn jemandem an mehreren Orten gleichzeitig eingerichtete Wohnungen zur Verfügung stehen, die er zum dauernden, wenn auch nicht ununterbrochenen Aufenthalt bergestalt benützt, daß von jedem der Orte aus, sobald an ihm Aufenthalt genommen wird, die Lebensverhältnisse in ihrer Gesamtheit bestimmt werden.“

Hiervon verschieden ist die Einrichtung eines bloßen Absteigequartiers oder eine Niederlassung für einen kurzen Ferienaufenthalt (OLG. 70 S. 314).

Die Aufhebung desselben erfolgt durch tatsächliche Aufhebung desselben mit dem Willen des Aufgebens des bisherigen Wohnsitzes.

Der bloße Wille, eine Niederlassung aufzuheben, genügt nicht, es muß vielmehr auch die tatsächliche Lösung des Niederlassungsverhältnisses erfolgen (OLG. 70 S. 314).

Gesetzliche Wohnsitze haben

1. Militärpersonen am Garnisonort, es sei denn, daß sie nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder nicht selbständig einen Wohnsitz begründen können. Als Militärpersonen sind nach dem Milit.-Strafg.-Buch von 1872 § 4 anzusehen:

- a) Die Personen des Soldatenstandes, bestehend aus
1. Offizieren, Unteroffizieren, Gemeinen,
 2. den Mitgliedern des Sanitätskorps (also Militärärzte),
 3. den Mitgliedern des Maschinen-Ingenieur-Korps;
- b) die Militärbeamten von Heer und Marine;

Nur „zur Erfüllung der Wehrpflicht“ dienen auch die im Frieden und im Kriege einberufenen Landwehr- und Landsturmlaute (OLG. München in Rspr. d. OLG. 32 S. 299/300) sowie die Kriegsfreiwilligen (RG. in Jur. W. 45 S. 211).

2. Die Ehefrau, die grundsätzlich den Wohnsitz des Ehemanns teilt und zwar auch dann, wenn sie tatsächlich von ihm getrennt lebt und — falls der Wohnsitz im Inland liegt — selbst dann, wenn sie dem Manne nicht zu folgen braucht (RG. 59 S. 339).

Die Frau teilt den Wohnsitz nicht, wenn der Mann seinen Wohnsitz im Ausland an einem Orte begründet, an den die Frau ihm nicht folgt und nicht zu folgen verpflichtet ist (§ 10 Abs. 1 S. 2).

Ist die Frau dagegen dem Manne in das Ausland zu folgen verpflichtet, so teilt sie den Wohnsitz des Mannes im Ausland auch dann, wenn sie ihm nicht folgt. Sie teilt ihn ferner dann, wenn sie ihm folgt, ohne dazu verpflichtet zu sein. Ist sie ihm einmal ins Ausland gefolgt und verläßt sie ihn grundlos, so hat dies auf den einmal im Ausland begründeten Wohnsitz keinen Einfluß. Das Gleiche gilt dann, wenn sie ihm gefolgt ist und ihn aus Gründen verläßt, welche sie berechtigt haben würden, dem Manne nicht zu folgen, weil eine diesbezügliche ausdrückliche Ausnahmebestimmung im Gesetz fehlt (RG. in Rspr. d. OLG. 33 S. 356).

Abgesehen von letzterem Fall kann die Frau selbständig einen Wohnsitz wählen und haben, wenn der Mann keinen Wohnsitz hat oder die Frau seinen Wohnsitz kraft Gesetzes nicht teilt (§ 10 Abs. 2), oder wenn die eheliche Gemeinschaft nach § 1575 aufgehoben ist, da hier nach § 1586 die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten (abgesehen von der Zulässigkeit einer neuen Eheschließung) (vgl. RG. 59 S. 340).

Die Ehefrau behält den Wohnsitz des Ehemannes nach dessen Tod so lange, bis sie ihn rechtsgültig aufhebt. Jedoch wird alsdann sein Wohnsitz zum eigenen Wohnsitz der Witwe:

„Ist die Ehe durch den Tod des Ehemannes aufgelöst worden, so hört der gesetzliche Wohnsitz der Ehefrau auf; es besteht kein Wohnsitz des Ehemannes mehr, den sie teilen könnte. Dadurch tritt jedoch keine Wohnsitzlosigkeit der Witwe ein. Wenn es auch im § 10 BGB. an einem entsprechenden Zusätze fehlt, wie ihn § 11 bezüglich des ehelichen Kindes dahin enthält, daß dieses den Wohnsitz des Vaters behalte, bis es ihn rechtsgültig aufhebe, so muß ein Gleiches sinngemäß auch für die Witwe angenommen werden; denn aus § 11 ergibt sich der Grundsatz, daß das Gesetz den Zustand vorübergehender Wohnsitzlosigkeit hat vermeiden wollen. Ein solcher Zustand würde auch den

Lebensanschauungen und Lebensbedürfnissen widersprechen . . . Danach behält die Ehefrau den Wohnsitz des Ehemannes nach dessen Tode solange, bis sie ihn rechtsgültig aufhebt. Nur wird alsdann kein Wohnsitz zum eigenen Wohnsitz der Witwe." (DVG. 71 S. 313/4).

3. Die Kinder und zwar

a) die ehelichen Kinder, welche den Wohnsitz des Vaters teilen und zwar auch dann, wenn dem Vater die Sorge für die Person nicht zusteht,

b) die unehelichen Kinder, welche den Wohnsitz der Mutter,

c) die an Kindes Statt angenommenen Kinder, die den Wohnsitz des Annehmenden teilen, es sei denn, daß sie erst nach erreichter Volljährigkeit an Kindes Statt angenommen sind. Letzteres gilt auch für legitimierte Kinder, sofern die Legitimation erst nach der Volljährigkeit des Kindes erfolgt.

Die Kinder behalten den Wohnsitz bis zur rechtsgültigen Aufhebung.

Vom Wohnsitz ist die Wohnung zu unterscheiden. Sie hat insbesondere Bedeutung für die Zustellung der Klage, die gemäß § 180 Abs. 2 ZPO. einer Person an einem Orte, an welchem sie eine Wohnung (oder ein Geschäftslokal) hat, nur zugestellt werden kann, wenn sie die Annahme nicht verweigert. Auch ist eine Ersatzzustellung nach § 181 ZPO. nur dann zulässig, wenn die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen wird. Unter Wohnung ist die Räumlichkeit zu verstehen, welche tatsächlich zum Wohnen, insbesondere als Schlafstätte benutzt wird. Es genügt also nicht der bloße Besitz eines zum Wohnen eingerichteten Hauses (DVG. Dresden in Rspr. d. DVG. 33 S. 149). Der Beweis der Aufgabe der Wohnung wird in der Regel durch die polizeiliche Abmeldung geführt werden können, was auch für das Steuerrecht von Bedeutung ist.¹⁾

Der Wohnsitz im Steuerrecht bestimmt sich nach dem Doppelsteuergesetz vom 22. März 1909 § 1 Abs. 2:

„Einen Wohnsitz im Sinne dieses Gesetzes hat ein Deutscher an dem Orte, an welchem er eine Wohnung unter Umständen inne hat, welche auf die Absicht der dauernden Beibehaltung einer solchen schließen lassen.“

Diese Bestimmung gilt insbesondere für den Wohnsitzbegriff des preuß. Staatseinkommensteuergesetzes vom 19. Juni 1906 (§ 1

¹⁾ Beim Wohnungswechsel nach einer anderen Gemeinde empfiehlt sich stets eine sofortige Anzeige bei der Gemeindebehörde, denn nach § 60 Ziff. 2 b RWG. erlischt die kommunale Steuerpflicht an sich durch Aufgabe des Wohnsitzes (Sitzes oder Aufenthalts) mit dem Ablaufe des Monats, in welchem der Wohnsitz (Sitz oder Aufenthalt) tatsächlich aufgegeben worden ist, sofern jedoch bis zu diesem Zeitpunkte der Gemeindebehörde hier von keine Anzeige erstattet ist, erst mit dem Ablaufe des folgenden Monats, während die kommunale Steuerpflicht nach § 60 Ziff. 1 a RWG. mit dem ersten Tage des auf die Begründung des Wohnsitzes oder Sitzes folgenden Monats beginnt. Die polizeiliche Abmeldung ersetzt die Abmeldung bei der Gemeindebehörde nicht.

Ziff. 1a) und des preuß. Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893 (DVB. 69 S. 283), während für das preuß. Kirchensteuergesetz (d. h. das Kirchengesetz betr. die Erhebung von Kirchensteuern in den Kirchengemeinden und Parochialverbänden der ev. Landeskirche der älteren Provinzen der Monarchie vom 26. Mai 1905) die Vorschrift des § 7 BGG. maßgebend ist (DVB. 53 S. 151, 69 S. 28, 70 S. 313).

Auch nach dem Kirchensteuergesetz erlischt die Steuerpflicht durch das Aufgeben des Wohnsitzes mit dem Ablaufe des Monats, in welchem der Wohnsitz tatsächlich aufgegeben worden ist, sofern jedoch bis zu diesem Zeitpunkt der Kirchengemeinde (in Berlin der Berliner Stadtsynode), d. h. dem zu deren Vertretung berechtigten, geschäftsführenden Ausschusse keine Anzeige erstattet ist, erst mit dem Ablaufe des folgenden Monats (DVB. 61 S. 106). Diese Bestimmung ist dem § 60 Abs. 3 Ziff. 2b des Preuß. KAG. vom 14. Juli 1893 nachgebildet.

Steuerrechtlich sind nach § 1 Ziff. 1a St. E. St. G. Wohnsitz und Aufenthalt hinsichtlich der Steuerpflicht gleichgestellt, ebenso nach dem Preuß. KAG. gemäß §§ 33 Abs. 4, 50 Abs. 2, jedoch begründet der Aufenthalt nach dem KAG. die Steuerpflicht erst dann, wenn er die Dauer von 3 Monaten überstiegen hat (§§ 33 Abs. 4, 60 Abs. 2 Ziff. 1b KAG.); eine Heranziehung zu Gemeindesteuern vor Ablauf dieser Frist ist jedoch vorzeitig und entbehrt der rechtlichen Grundlage (DVB. 62 S. 393).

Ausländer unterliegen nach § 1 Ziff. 3 des St. E. St. G. der Staatseinkommensteuer in Preußen, wenn sie

1. in Preußen einen Wohnsitz haben, oder
2. sich in Preußen des Erwerbes wegen oder
3. länger als ein Jahr aufhalten.

Für die Besteuerung des Erwerbes wegen ist eine gewisse Stetigkeit oder ständige Dauer erforderlich: nur vorübergehendes Verweilen des Erwerbes wegen genügt nicht (DVB. in Staatssteuersachen Bd. VI, S. 290). Der einjährige Aufenthalt muß ein ununterbrochener sein, doch kann er auch an verschiedenen Orten des Staates stattfinden; vorübergehende Abwesenheit hebt die begründete Steuerpflicht nicht auf.

Was die Gemeindeeinkommensteuer betrifft, so unterliegen auch Ausländer als physische Personen an sich gemäß § 33 Ziff. 1, 2 KAG. der Gemeindeeinkommensteuer, wenn sie

1. in der Gemeinde einen Wohnsitz haben
2. in der Gemeinde, ohne einen Wohnsitz daselbst zu haben, Grundvermögen, Handels- oder gewerbliche Anlagen, einschließlich der Bergwerke haben, Handel oder Gewerbe oder außerhalb einer Gewerkschaft Bergbau betreiben oder als Gesellschafter mit beschränkter Haf-

tung beteiligt sind, hinsichtlich des ihnen aus diesen Quellen in der Gemeinde zufließenden Einkommens;

3. in der Gemeinde keinen Wohnsitz haben, sofern ihr Aufenthalt die Dauer von 3 Monaten übersteigt (§ 33 Abs. 5).

Die Gemeinde kann jedoch beschließen, Ausländer (und Angehörige anderer Bundesstaaten), welche in der Gemeinde einen Wohnsitz, aber nicht des Erwerbes wegen haben, auf die Dauer von höchstens drei Jahre zu der Gemeindeeinkommensteuer nicht oder nur mit einem ermäßigten Prozentsatz heranzuziehen. Der Beschluß bedarf der Genehmigung des Bezirks- bezw. Kreis Ausschusses (§§ 39 Abs. 2, 77 Abs. 1 RAG.).

V. Das Namensrecht.

a) § 12 gibt dem Träger eines Namens das Recht zur Klage auf Beseitigung einer Beeinträchtigung desselben und auf Unterlassung, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, sofern das Recht zum Gebrauch des Namens dem Berechtigten

a) entweder von einem andern bestritten

b) oder sein Interesse dadurch verletzt wird, daß ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht.

Gilt § 12 auch für juristische Personen, obwohl er im Abschnitt über „Natürliche Personen“ steht?

Das RG. 74 S. 115/6 bejaht die Frage mit folgender Begründung:

„Was zunächst den § 12 BGB. anlangt, so gehört er allerdings nach seiner Stellung im Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den unter der Bezeichnung „Natürliche Personen“ zusammengefaßten Gesetzesvorschriften und erst der nächstfolgende Titel handelt von den „juristischen Personen“. Allein der Wortlaut gestattet und die Gleichheit des Gesetzeszweckes erfordert eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Namen wie der juristischen Person überhaupt, so auch der rechtsfähigen Vereine und unter ihnen insbesondere der eingetragenen Vereine. Beruht auch der Vereinsname im Unterschied vom Familiennamen und dem Namen öffentlicher Körperschaften auf freier Wahl, so hat er doch die nämliche Bestimmung: er dient als ein für die Öffentlichkeit bestimmtes, dem Namensträger beigelegtes Kennwort dazu, diesen in auffälliger Weise von seinesgleichen ständig zu unterscheiden. Auf dieses Ziel weisen im Bürgerlichen Gesetzbuche alle Vorschriften hin, die bei der Regelung des Vereinswesens vom Namen des Vereins handeln. Ein Verein, der seine Rechtsfähigkeit durch Eintragung erlangen will, ist nach § 57 Abs. 1 genötigt, einen bestimmten Namen anzunehmen. Die Rechtsgültigkeit einer jeden Veränderung dieses Namens hängt von der Erfüllung bestimmter, auch in das Gebiet des öffentlichen Rechts hinübergreifender Vorschriften ab (§§ 71, 33, 60–64). Das Gesetz trifft Fürsorge nicht nur für eine amtliche Feststellung, sondern auch für die amtliche Veröffentlichung und für die ständige Offenkundigkeit des Vereinsnamens (§§ 64, 66). Gestattet das Gesetz, daß sich ein eingetragener Verein eine wechselnde Vielheit von Personen unter der Rechtsform eines einheitlichen, selbständigen Rechtsträgers zusammenschließt, so bedarf

es solcher Vorschriften, um diesem Rechtsgebilde die Verkehrsfähigkeit zu sichern. Die Verkehrsfähigkeit würde aber im Rechtsverkehr wie im bürgerlichen Leben, wenn nicht aufgehoben, so doch in erheblichem Maße beeinträchtigt sein, stände es jedem andern frei, dem eingetragenen Vereine den amtlich beurkundeten und kundgegebenen Namen streitig zu machen oder sich desselben Namens zu bedienen. Für eine entsprechende Anwendung des § 12 auf die juristischen Personen hat sich denn auch mit Recht die weit überwiegende Mehrheit der Schriftsteller ausgesprochen.“

Ein „unbefugter Gebrauch“ eines Namens liegt insbesondere dann vor, wenn ein Schriftsteller den Namen einer anderen Person — soweit es sich nicht um weit verbreitete Namen wie Müller, Meyer, Schulze u. handelt — in einer Dichtung, in einem Theaterstück und dergl. anwendet oder wenn ein Name zu Reklamezwecken für Warenbezeichnungen benutzt wird. Voraussetzung ist, daß ein „Interesse“ des zum Namensgebrauch Befugten verletzt wird. Ob ein solches vorliegt und gegebenen Falles verletzt wird, entscheiden die Umstände des Einzelfalles. Es genügt die Verletzung des Familiennamens allein, während die des Vornamens höchstens bei Fürslichkeiten ausreichen dürfte.

Vgl. hierzu RG. in Rspr. d. OLG. 30 S. 312ff. (der Kläger führte in seinem Theater ein Lustspiel auf, in welchem eine Person die Rolle des betrogenen Ehemannes unter der Bezeichnung „Literat Julius Dejus aus Berlin W.“ spielte. Der Beklagte, welcher Rudolf Dejus heißt und Schriftsteller ist, hatte die weitere Benützung seines Namens bei Aufführung und Ankündigung des Lustspiels verboten. Die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens dieses Verbotes erachtete das Kammergericht für unbegründet):

„Der § 12 erfordert weiter allerdings ein „Interesse“ des zum Namensgebrauch Befugten. Darunter fällt, wie allgemein anerkannt ist, jedes rechtlich schutzwürdige, auch ein ideales, selbst ein Affektionsinteresse. Ob aber ein solches Interesse vorliegt, und verletzt wird, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Die hiernach zu stellende Frage, ob der Beklagte ein Interesse daran hat, daß sein Name in der erwähnten Art auf der Bühne nicht benützt wird, ist unbedenklich zu bejahen. Niemand braucht es sich gefallen zu lassen, daß einer Theaterfigur, die einen betrogenen Ehemann darstellt, sein Name beigelegt wird, denn das Ehrgefühl jedes auf die Unversehrtheit seines Namens haltenden Menschen wird dadurch unangenehm berührt, daß er sich sagen muß, jeder Theaterbesucher, der ihn kennt, bringe ihn beim Anschauen dieses Lustspiels unwillkürlich mit der erdichteten lächerlichen Person in Verbindung, gleichviel ob dieser Dritte weiß oder nicht weiß, daß die erdichteten Schicksale der Theaterfigur tatsächlich nicht Erlebnisse des berechtigten Namensträgers sind. Es genügt schon der durch den Gebrauch des Namens erweckte Schein, als seien die Handlungen des andern die eigenen (Stranz D. J. Z. 1905 S. 935). Es kann freilich Fälle geben, in denen trotz äußerlicher Übereinstimmung der Namen dem berechtigten Namensträger ein Anspruch aus § 12 nicht erwächst. Dies gilt einmal dann, wenn es sich um einen weit verbreiteten Namen wie Müller, Mayer handelt und deshalb eine Beziehung auf den sich verlegt

Fühlenden ausgeschlossen ist. Benutzt der „Unbefugte“ einen solchen weitverbreiteten Namen ohne Zusätze, die erkennbare Beziehungen zu einem Träger dieses Namens schaffen, so hat der berechnigte Namensträger kein Verbotungsrecht, weil sein Interessenskreis durch die Benutzung des Namens gar nicht berührt wird. Sodann ist § 12 unanwendbar, wenn eine typische Figur mit einer entsprechend typischen Bezeichnung versehen wird. Dies traf in dem vom RG. (D. J. Z. 1906 S. 543) behandelten Falle Biedermann zu. Die dort angegriffene Darstellung in einer Zeitschrift hatte den verglichen deutschen Professor alten Schlages, also eine besonders in Witzblättern viel verwertete typische Figur zum Gegenstande. Der Name dieser Figur „Professor Biedermann“ war ihr charakteristisch angepaßt, denn mit diesem Namen wurde die biedere, gutmütige, weltfremde Natur des Professors als Typus gekennzeichnet. Das hiernach offensichtlich typische auch der Benennung schloß eine Beziehung zu einer bestimmten Person, besonders zu einem Professor Biedermann, der damals in Berlin lebte, völlig aus. Keiner dieser Ausnahmefälle liegt hier vor. Ob ein Name weit verbreitet ist und deshalb bei seiner Benutzung die Möglichkeit einer Beziehung auf bestimmte Personen dieses Namens für ausgeschlossen erachtet werden muß, ist Tatfrage. Der hier fragliche Name ist notorisch selten. Auch um eine typische Bezeichnung handelt es sich nicht. Der „ahnungslose betrogene Ehemann“ mag eine typische Figur der neuzeitlichen Lustspiel- und Poffenliteratur sein. „Schriftsteller Julius Dejus“ ist aber keine typische Benennung für eine solche Figur. Der Mann könnte ebensogut einen anderen Namen und einen anderen Beruf haben; der Typus des betrogenen Ehemannes würde dadurch nicht mehr und nicht weniger charakterisiert.

Der Umstand, daß Beklagter nicht auch mit Vornamen Julius heißt, ist unerheblich, denn der § 12 beschränkt sich nicht auf Vor- und Zunamen zusammen, sondern ist auch bei unbefugter Benutzung des Familiennamens allein gegeben, und die Änderung des Vornamens schließt hier in Anbetracht der Seltenheit des Namens die Möglichkeit einer Beziehung auf die Person des Beklagten nicht etwa aus. Dazu kommt, daß der Dejus des Lustspiels auch als „Schriftsteller“ bezeichnet ist. Durch diese Berufsbezeichnung wird jeder, der das Lustspiel sieht, auf die Person des Beklagten, sofern sie ihm bekannt ist, noch besonders hingewiesen. Wie groß der Kreis der den Beklagten kennenden Personen ist, kann dahingestellt bleiben, denn es kommt darauf nichts an. Das oben erörterte Interesse des Beklagten wird schon dadurch verletzt, daß der Kläger den Namen des Beklagten bei den öffentlichen Theateraufführungen und den Ankündigungen in Zeitungen und an Anschlagfäulen vor einem unbegrenzten Personenkreise benutzt, in dem sich Personen befinden können, die den Beklagten kennen. Andererseits wird bei der hier vertretenen Rechtsansicht dem literarischen Schaffen kein unerträglicher Zwang auferlegt. Ein phantasiebegabter Dichter wird, wenn er seinen Gestalten seltene Namen beilegen will, sie nicht von Straßenschildern ablesen, oder dem Adreßbuch entnehmen, sondern frei erfinden.“

b) § 12 gilt auch in gewissem Umfange für das Wappenrecht, d. h. „die Befugnis, zur besonderen Kennzeichnung der eigenen Person außer der Wortbezeichnung des Namens auch das aus dem Unterscheidungszeichen der Waffenrüstung entwickelte Bildzeichen des Wappens anzuwenden“ (RG. 71 S. 264). Es ist jedoch kein Bestandteil des Namensrechts, sondern ein von diesem verschiedenes,

besonderes Recht, auf welches die namensrechtlichen Bestimmungen des BGB. nur analog anwendbar sind:

„Auf der anderen Seite besteht zwischen dem Namensrechte und dem Wappenrechte zunächst insofern eine Übereinstimmung, als auch das Namensrecht auf öffentlich = rechtlichen Gesetzesvorschriften beruht. Die namensrechtlichen Vorschriften des Familienrechts gehören mit dazu, und nur die auf eigener Wahl beruhenden Vereinsnamen (§§ 57, 63, 64), sowie die zur Firmenbildung verwendeten Personennamen stehen unter besonderen, hier nicht in Betracht kommenden bürgerlichrechtlichen Vorschriften. Es kommt hinzu, daß das Wappen in gleicher Weise wie der Name zur Kennzeichnung der Person seines Trägers bestimmt ist und daß deshalb, wenn die Berechtigung zum Wappengebrauche als ein absolutes, gegen jeden Unberechtigten wirksames Recht in der Rechtsordnung Anerkennung gefunden hat, diese Regelung dem gleichen Zwecke dient wie das Namensrecht. Wegen dieser unerkennbaren Rechtsähnlichkeit im Wesen und in der inneren Zweckbestimmung unterliegt es an sich keinem Bedenken, die zunächst nur für das Namensrecht gegebenen privatrechtlichen Schugmittel — wie dies auch von seiten namhafter Schriftsteller des neuen Rechts, Blanc, BGB. Bem. 5 zu § 12, Dernburg, Bürgerl. Recht Bb. I § 55 Anm. 20, Dertmann, BGB. Bem. 5b, c zu § 12 geschieht — auf Fälle einer gleichartigen Verletzung des Wappenrechts als entsprechend anwendbar gelten zu lassen. Dies sowohl dann, wenn es sich um das Wappen einer Einzelperson, als auch dann, wenn es sich um das Wappen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt (vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht Bb. I S. 411 und 730).“

c) Unzulässig ist auch nach § 12, den Namen einer anderen Person als Wortzeichen ohne deren Einwilligung in die Zeichenrolle des Patentamts eintragen zu lassen, z. B. als Zeichen einer Zigarrenmarke das Wortzeichen „Graf Zeppelin“ (RG. 74 S. 308 ff.). Denn „das Interesse des § 12 begreift nicht bloß ein familien- oder vermögensrechtliches Interesse, sondern ein jedes überhaupt des Rechtsschutzes würdiges Interesse fällt darunter, also auch ein ideales und selbst ein Affektionsinteresse“ (S. 310/1). . . . „Dietmeyer muß allgemein als Grundsatz aufgestellt werden, daß niemand das Recht hat, den Namen eines andern ohne dessen Wissen und Willen als Warenzeichen eintragen zu lassen.“

In Romanen, Wigblättern u. dgl. erscheinen naturgemäß Personen mit Namen irgendwelcher anderer Personen. Hierbei wird man bei der Frage, ob durch den Gebrauch eines derartigen Namens eine „Interessenverletzung“ i. S. des § 12 vorliegt, besonders vorsichtig sein müssen und den Satz aufstellen können, daß eine solche Verletzung nur dann vorliegt, wenn der Name einer anderen Person unter Umständen gebraucht wird, die auf eine bestimmte Person hinweisen, nicht aber dann, wenn die bloße Möglichkeit einer Verletzung besteht (vgl. D. J. Z. 10 S. 936 („Professor Biedermeier“ und RG. in Rpr. d. OLG. 30 S. 313).

d) Unter „Namen“ ist in § 12 der Vor- und Zuname zu verstehen. Ob auch das „von“ zum Namen gehört, ist streitig. Ist

es nach öffentlichem Recht eine Standesbezeichnung — wie in Bayern und Württemberg — so ist es kein Bestandteil des Namens und § 12 gilt nur bei ausdrücklicher Bestimmung der Landesgesetze. Ist es dagegen kein Standeszeichen, weil kein besonderer „Adelsstand“ anerkannt wird, wie in Preußen, so gehört das „von“ zum Familiennamen. Nach RG. in J. W. 1904 S. 53 und 1905 S. 166 soll das „von“ — abgesehen vom bayrischen und württembergischen persönlichen Adel — nicht nur Standesprädikat sein, sondern auch stets namensrechtlichen Zwecken dienen, weshalb es auch zum Familiennamen gehöre und des Schutzes aus § 12 teilhaftig sei. Die Entscheidung über die Adelseigenschaft ist eine Frage des öffentlichen Rechts. *)

e) Das Namensrecht wird durch Geburt, Verheiratung, Legitimation, Annahme an Kindes Statt oder durch einen Verwaltungsakt erworben. In Preußen ist nach einem Rgl. Erlaß vom 12. Juli 1867 (Ges.-S. S. 1310) der Regierungspräsident zur Entscheidung über die Änderung des Vor- und Familiennamens zuständig. Auch bloße Änderung der Schreibweise des Namens gehört dazu, ebenso die Zufügung von Zusätzen, jedoch kann die Frau ohne Genehmigung ihrem Namen den Mädchennamen beifügen. Der Zusatz „geborene Schulze“ ist keine Namensänderung, auch nicht die Zufügung einer Ortsbezeichnung (Schulze-Naumburg). Das Recht der Beilegung eines Vornamens steht bei ehelichen Kindern nach § 1616 dem Vater, event. der Mutter oder dem Vormund, bei unehelichen der Mutter zu. Nach dem Personenstandsgesetz (§ 22) ist binnen 2 Monaten von der Geburt an dem Kinde ein Vorname beizulegen, sofern er nicht mit der Beurkundung der Geburt eingetragen wird (§ 22 PB.).

Bei Findelkindern hat nach § 24 PB. die Ortspolizeibehörde die erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen und dem Standesamte des Bezirks zwecks Eintragung in das Geburtsregister Anzeige zu erstatten. Nach Abs. 2 § 24 PB. soll die Eintragung auch den Namen enthalten, welcher dem Kinde beizulegen ist. Wer ihn beizulegen hat, ist im Gesetz nicht gesagt. Man wird annehmen können, daß es die Ortspolizeibehörde ist, da sie die Meldung an das Standesamt zu erstatten hat. (So auch v. Sicherer, Namensgebung, U. U. Staudinger und Gierke, welche dem Staate das Recht beilegen).¹⁾

¹⁾ Die Kontrolle der Führung des richtigen Namens ist Aufgabe der Polizei nach § 10 II 17 WRV. und § 8 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850, und zwar der Ortspolizei, „weil sie nur für einen engeren Kreis von Beteiligten, und zwar in erster Linie für die nachweislich örtliche Gemeinschaft Bedeutung hat, und weil der Umstand allein, daß ihre Bedeutung gelegentlich auch diese Grenzen überschreiten mag, nicht ausreicht, um sie zu einer landespolizeilichen Angelegenheit zu machen“ (DVE. 65 S. 273). Jedoch ist die Polizei — abgesehen von einer etwa verwirkten Strafverfolgung — nur in der Lage, die Führung des falschen Namens zu unterlagen und die des richtigen Namens aufzugeben, wobei ihr zur Durchführung ihrer Anordnung die gesetzlichen Zwangsmittel zur Verfügung stehen (DVE. a. a. D. S. 271). — Aber die Frage, ob die Gerichte an die Entscheidung des Heroldsamtes, daß jemandem ein Adelsprädikat zustehe, gebunden sind, vgl. Wohn, Zivilprozessrecht I § 3 c.

f) Das Pseudonym. Unter Pseudonym ist ein „angenommener Name“ zu verstehen. Nach herrschender Ansicht wird auch das Pseudonym nach § 12 geschützt (RG. in D. J. Z. 1905 S. 173). Aber die Frage, ob nach § 126 die Unterschrift des Pseudonyms genügt vgl. § 25 Va.

g) Die Übertragung des Namensrechts ist nur in Verbindung mit einem gewerblichen Unternehmen, z. B. einem Pensionat, einer Wirtschaft oder zwecks einer Warenbezeichnung zulässig (vgl. Staudinger I § 12 II 3).

Aber den Beweis des Namensrechts vgl. RG. in D. J. Z. 1904 S. 74/5. Danach ist in Preußen nach einer kgl. Verordnung vom 30. Oktober 1816 (Ges.-S. S. 216) i. B. mit einer Kab. D. v. 1822 die willkürliche Annahme nicht zukommender Namen schlechthin unzulässig und strafbar, soweit nicht die Erlaubnis hierzu erteilt ist. Nicht nur derjenige ist strafbar, der selbst die Änderung seines Familiennamens vornimmt, sondern auch der, dessen Vater oder sonstige Vorfahren sie unbefugt vornahmen und nun selbst diesen Namen fortführt.

h) Das Firmenrecht wird im § 37 HGB. geschützt. Danach gibt es gegen denjenigen, welcher unbefugt eine ihm nicht zustehende Firma gebraucht, ein Einschreiten seitens des Registergerichts durch Ordnungsstrafen bis 300 Mark (§§ 37, 14 S. 2) und eine Klage auf Unterlassung des Gebrauchs, wenn dadurch die Rechte einer anderen Firma verletzt werden. Daneben kommt noch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 zur Anwendung, welches im § 16 Abs. 1 und 2 bestimmt:

„Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma . . . in einer Weise benutzt, welche geeignet ist, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma . . . hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient, kann von diesem auf Unterlassung der Benutzung in Anspruch genommen werden.“

Der Benutzende ist dem Verletzten zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn er wußte oder wissen mußte, daß die mißbräuchliche Art der Benutzung geeignet war, Verwechslungen hervorzurufen.“

§ 16 des letztgen. Gesetzes wird insbesondere für Kleinkaufleute praktisch, die kein Firmenrecht und keinen Firmenschutz nach § 37 HGB. haben, aber auch neben § 37 HGB. in den Fällen, in denen der andere an sich eine Firma befugt führt, sodaß § 37 HGB. ausscheiden muß.

§ 4.

Erklärung.

1. Wer **verschollen** ist, kann im Wege des Aufgebotsverfahrens nach §§ 13—17 BGB. i. B. mit §§ 946—960 ZPO. für tot er-

klärt werden. Zuständig ist grundsätzlich das Gericht, in dessen Bezirk der Verschollene den letzten inländischen Wohnsitz hatte (§ 961 ZPO.). Antragsberechtigt ist der gesetzliche Vertreter des Verschollenen mit Zustimmung des VG. sowie jeder, der an der Todeserklärung ein rechtliches Interesse hat (§ 962 ZPO.). Die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen sind glaubhaft zu machen. Der Antrag kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gestellt werden. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen (§ 947 ZPO.). In das Aufgebot ist aufzunehmen:

1. Die Aufforderung an den Verschollenen, sich spätestens im Aufgebotstermin zu melden, widrigenfalls die Todeserklärung erfolgen werde;

2. die Aufforderung an Alle, welche Auskunft über Leben und Tod des Verschollenen zu erteilen vermögen, spätestens im Aufgebotstermin dem Gericht Anzeige zu machen (§ 964 ZPO.).

Die Aufgebotsfrist muß mindestens 6 Monate betragen (§ 965 ZPO.). Das Aufgebot wird durch Anheftung an die Gerichtstafel und durch Einrückung im Deutschen Reichsanzeiger sowie zweimalige Einrückung eines Auszuges in den zu amtlichen Bekanntmachungen für den Sitz des Prozeßgerichts bestimmten Blättern öffentlich bekannt gemacht (§§ 948, 204 ZPO.). Bei der Kriegs-, See- und Lebensgefahr-Verschollenheit kann die Bekanntmachung unterbleiben, ebenso dann, wenn seit der Geburt des Verschollenen 100 Jahre verstrichen sind. In letzterem Falle muß die Aufgebotsfrist mindestens 6 Wochen von der Anheftung des Aufgebots an die Gerichtstafel betragen (§ 966 ZPO.). Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung des Sachverhalts erforderlichen Ermittlungen zu veranlassen und geeignete Beweise zu erheben. Meldet sich der Verschollene und wird er vom Antragsteller anerkannt, so ist der Antrag zurückzuweisen und ist das Verfahren erledigt. Wird er aber vom Antragsteller oder einem derselben nicht anerkannt, so ist nach § 969 ZPO. das Verfahren auszusetzen und der Antragsteller muß gegen den Verschollenen eine negative Feststellungsklage auf Feststellung der Nichtverwandtschaft zc. im ordentlichen Prozeßverfahren anstrengen (§ 953 ZPO.). Erfolgt keinerlei Anmeldung, so hat das Gericht in öffentlicher Sitzung durch Ausschlußurteil auf Antrag die Todeserklärung auszusprechen, wenn die zur Begründung erforderlichen Tatsachen für erwiesen erachtet werden. Im Urteil ist der Zeitpunkt des Todes nach § 18 Abs. 2 BGB. festzustellen (§ 970 ZPO.).

Gegen das Ausschlußurteil gibt es kein Rechtsmittel, nur eine Anfechtungsklage nach § 957 ZPO. (bei formellen Mängeln) und nach § 973 ZPO., wenn die Todeserklärung mit Unrecht erfolgt ist oder der Zeitpunkt des Todes des Verschollenen unrichtig festgestellt ist. Antragsberechtigt ist jeder rechtlich Interessierte (§ 974 ZPO.).

Die Klage ist gegen den Antragsteller oder — falls dieser die Klage erhebt, derselbe verstorben oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Ausland ist, — gegen den Staatsanwalt des nach § 957 ZPO. zuständigen Landgerichts zu erheben (§ 974 ZPO.). Die Anfechtungsklage ist auf Aufhebung der Todeserklärung zu richten und muß binnen einem Monat seit Erlass des Ausschlußurteils erhoben werden, sofern nicht einer der Gründe des § 957 Abs. 2 ZPO. vorliegt (§ 976 ZPO.). Wird durch das Urteil die Todeserklärung aufgehoben oder eine andere Todeszeit festgestellt, so wirkt das Urteil für und gegen alle.

II. Materielle Voraussetzungen der Todeserklärung.

Zunächst muß Verschollenheit vorliegen. Aber die Verschollenheit von Ausländern vgl. Art. 9 EG. zum BGB. Verschollen ist jemand, von dem seit längerer Zeit nichts davon bekannt ist, ob er noch am Leben ist. Regelmäßig darf seit 10 Jahren keine Nachricht von dem Leben des Verschollenen vorliegen; wenn der Verschollene das 70. Lebensjahr vollendet haben würde, genügen 5 Jahre. Diese Frist beginnt mit dem Schluß des Jahres, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten nach noch gelebt hat. Die Todeserklärung darf nicht vor Schluß des Jahres erfolgen, in welchem der Verschollene das 31. Lebensjahr vollendet haben würde (§ 14 BGB.).

Bei Seeeverschollenheit kann für tot erklärt werden, wer sich bei einer Seefahrt auf einem während der Fahrt untergegangenen Fahrzeuge befunden hat und seit dem Untergang desselben verschollen ist, sofern ein Jahr seit dem Untergang verstrichen ist (§ 16 Abs. 1 BGB.). Aber die Vermutung des Untergangs des Fahrzeuges vgl. § 16 Abs. 2 BGB. Unter Seefahrt ist nur die Meerfahrt zu verstehen.

Bei Verschollenheit seit Geraten in eine Lebensgefahr, z. B. bei Bergwerksunfällen, Bränden, Überschwemmungen, Bergbesteigungen kann jemand für tot erklärt werden, wenn seit dem Ereignis, durch welches die Lebensgefahr entstanden ist, 3 Jahre verstrichen sind (§ 17 BGB.).

Die Todeserklärung begründet positiv die Vermutung, daß der Verschollene in dem im Ausschlußurteil festgestellten Zeitpunkt verstorben ist (§ 18 Abs. 1 BGB.) und damit zugleich negativ, daß er bis dahin noch gelebt hat (OLG. Kiel im Recht Bd. 9 S. 678). Damit treten hauptsächlich die familien- und erbrechtlichen Wirkungen des Todes ein. Insbesondere gilt die Ehe als aufgelöst. Kehrt der für tot Erklärte zurück, so entfällt die Todesvermutung und die Ehe gilt als fortbestehend, sofern nicht der überlebende Ehegatte nach der Todeserklärung eine neue Ehe eingegangen ist, in welchem Falle die alte Ehe durch Eingehung der neuen Ehe aufgelöst wurde, es sei denn, daß beide Ehegatten der

neuen Ehe das Überleben des für tot Erklärten gekannt haben (§ 1348 BGB.).

Vgl. RG. 60 S. 198/9:

„Nach § 18 Abs. 1 BGB. begründet die Todeserklärung die Vermutung, daß der Verschollene in dem Zeitpunkte gestorben ist, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist. Die rechtlichen Beziehungen des Verschollenen regeln sich also zunächst auf Grund der Annahme, daß er in dem durch das Urteil festgesetzten Zeitpunkte gestorben sei (Denkschrift S. 607). Dies gilt von der Beerbung des — vermutlich — Toten (vgl. §§ 1922, 1923, 2370 BGB.), aber auch in den übrigen rechtlichen Beziehungen. Insbesondere steht der Wiederverheiratung des Ehegatten das Verbot des § 1309 BGB. nicht mehr entgegen. Der Abs. 1 des § 1235 des 1. Entwurfs, der aussprach, daß auch in Ansehung der Ehe die durch die Todeserklärung begründete Vermutung bestehe, ist in der 2. Lesung als selbstverständlich gestrichen worden (Kommissionsprotokolle Bd. 4 S. 23).

Aber der Eintritt der an den Tod des Verschollenen geknüpften Rechtswirkungen beruht auf einer bloßen Vermutung. Erweist sich die durch die Todeserklärung begründete Vermutung als unrichtig, so sind die Rechtsverhältnisse der wirklichen Sachlage entsprechend zu beurteilen, wie wenn die Todeserklärung nicht erfolgt wäre (Denkschrift S. 607). Hinsichtlich verschiebener Rechtsbeziehungen des Verschollenen hat jedoch der Gesetzgeber der Todeserklärung weitergehende Wirkungen beigelegt (Denkschrift a. a. D.). Hierher gehört . . . auch § 1420 mit § 1425. Aber die Bedeutung dieser Vorschriften besteht darin, daß mit dem in der Todeserklärung festgestellten Zeitpunkt die Verwaltung und Nutznießung des Mannes endigt, auch wenn die Vermutung, daß der Ehemann in jenem Zeitpunkt gestorben sei, sich als unrichtig erweist, und daß, wenn der für tot erklärte Ehemann noch lebt, die Wiederherstellung seiner Rechte nur auf dem Wege einer Klage erfolgen kann. Insofern ist der Todeserklärung durch § 1420 mit 1425¹⁾ eine weitergehende Wirkung beigelegt, als ihr auf Grund des § 18 zukäme (vgl. Denkschrift S. 692 zu § 1403 der Entwurfs). Nicht anders verhält es sich mit der Bestimmung des § 1348. Würde es hinsichtlich der Eheschließung bei der Bestimmung des § 18 Abs. 1 verblieben sein, so wäre, wenn dargetan würde, der für tot erklärte Ehegatte habe zur Zeit der Wiederverheiratung des anderen Ehegatten noch gelebt, die neue Ehe nach § 1326 nichtig: § 1348 Abs. 1 legt der Todeserklärung eine weitergehende Wirkung bei, indem er

¹⁾ Es lauten die angezogenen Paragraphen:

§ 1420. Die Verwaltung und Nutznießung endigt, wenn der Mann für tot erklärt wird, mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt.

§ 1425. Wird die Entmündigung oder Pflegschaft, wegen deren die Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung erfolgt ist, wieder aufgehoben oder wird der die Entmündigung aussprechende Beschluß mit Erfolg angefochten, so kann der Mann auf Wiederherstellung seiner Rechte klagen. Das Gleiche gilt, wenn der für tot erklärte Mann noch lebt.

Die Wiederherstellung der Rechte des Mannes tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein. Die Vorschrift des § 1422 findet entsprechende Anwendung.

Im Falle der Wiederherstellung wird Vorbehaltsgut, was ohne die Aufhebung der Rechte des Mannes Vorbehaltsgut geblieben oder geworden sein würde.

§ 1348. Geht ein Ehegatte, nachdem der andere Ehegatte für tot erklärt worden ist, eine neue Ehe ein, so ist die neue Ehe nicht deshalb nichtig, weil der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, es sei denn, daß beide Ehegatten bei der Eheschließung wissen, daß er die Todeserklärung überlebt hat. Mit der Schließung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst. Sie bleibt auch dann aufgelöst, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird.

bestimmt, daß die neue Ehe nicht deshalb nichtig ist, weil der für tot erklärt Ehegatte noch lebt, es sei denn, daß beide Ehegatten bei der Eheschließung wissen, daß er die Todeserklärung überlebt hat. Die Verneinung der Nichtigkeit der neuen Ehe erfordert sodann, wenn nicht die neue und die alte Ehe nebeneinander bestehen sollten, eine Bestimmung des Inhalts, daß mit der Schließung der neuen Ehe die frühere Ehe aufgelöst werde. Diese Bestimmung enthält Abs. 2 des § 1348. Der § 1348 trifft hiernach nur für den Fall Vorkehrung, daß die Todeserklärung sich als unrichtig erweist, und der verschollene Ehegatte zur Zeit der Wiederverheiratung des anderen Ehegatten noch lebt. In § 1404 des 1. Entwurfs (. . . „der für tot erklärte Ehegatte aber zur Zeit der Eheschließung noch am Leben ist“ . . .) und in § 1482 des 2. Entwurfs („ist einer der Ehegatten für tot erklärt, aber noch am Leben“) war dies ausdrücklich angeführt (Kommissionsprotokolle Bd. 4 S. 453); es kann der Sinn des § 1348 aber auch in der jetzigen Fassung nicht zweifelhaft sein (Denkschrift S. 685). Wenn der Beschluß des Kammergerichts noch auf die Ablehnung der Gleichstellung des Todeserklärungsurteils mit der Sterbeurkunde hinweist, so liegt wohl ein Mißverständnis vor. Das Gesetz schützt den Ehegatten nicht, der im Vertrauen auf die Richtigkeit einer Sterbeurkunde zur neuen Heirat schreitet; aber es schützt denjenigen, der im Vertrauen auf die Richtigkeit einer Todeserklärung sich wieder verheiratet (Motive Bd. 4 S. 641; Kommissionsprotokolle Bd. 4 S. 455; Bericht der Reichstagskommission S. 2035).“

Als Zeitpunkt des Todes ist — sofern die Ermittlungen nicht eine andere Vermutung ergeben — anzusetzen:

a) bei der gewöhnlichen Verschollenheit (§ 16): Der Zeitpunkt, in welchem die Todeserklärung zulässig ist;

b) bei der Seeverschollenheit (§ 16): Der Zeitpunkt, in welchem das Fahrzeug untergegangen oder von dem an der Untergang vermutet wird;

c) bei der Gefahrverschollenheit (§ 17): Der Zeitpunkt des Ereignisses.

Ist die Todeszeit nur dem Tage nach festgestellt, so gilt das Ende des Tages — also nachts 12 Uhr — als Zeitpunkt des Todes (§ 18).

Kann der Tod oder die Todeszeit fest bewiesen werden, so kann eine Todeserklärung nicht erfolgen, weil der Verstorbene dann nicht mehr „verschollen“ ist. (So mit Recht Staudinger, Dernburg, Planck gegen Vertmann.)

§ 19 bestimmt: Solange nicht die Todeserklärung erfolgt ist, wird das Fortleben des Verschollenen bis zu dem Zeitpunkte vermutet, der nach § 18 Abs. 2 in Ermangelung eines anderen Ergebnisses der Ermittlungen als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist; die Vorschrift des § 18 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung.

Auch wenn und solange als eine Todeserklärung nicht erfolgt ist, wird hiernach das Fortleben Verschollener vermutet.

Wenn schließlich mehrere in gemeinsamer Gefahr umgekommen sind, so wird vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben

feien (§ 20). Gegenbeweis gegen diese Vermutung ist natürlich zulässig. Praktische Bedeutung hat der Satz für das Erbrecht, da hiernach keiner der Kommorienten den andern beerben kann.

III. Die Todeserklärung Kriegsverschollener nach der Bundesratsbekanntmachung vom 18. April 1916 und vom 9. August 1917.

Die Todeserklärung Kriegsverschollener ist durch Bekanntmachung des Bundesrats vom 18. April 1916 und vom 9. August 1917 neu geregelt worden.¹⁾ Die Bestimmungen der Bekanntmachung, welche vom Reichskanzler in neuer Fassung am 9. August 1917 bekannt gemacht worden ist, sind folgende:

§ 1. Wer als Angehöriger der bewaffneten Macht des Deutschen Reiches oder eines ihm verbündeten oder befreundeten Staates an dem gegenwärtigen Kriege teilgenommen hat (§ 15 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) und während des Krieges vermißt worden ist, kann im Wege des Aufgebotsverfahrens für tot erklärt werden, wenn von seinem Leben ein Jahr lang keine Nachricht eingegangen ist.

Das Gleiche gilt für Personen, die nicht zur bewaffneten Macht gehören, wenn sie sich bei ihr aufgehalten haben oder ihr gefolgt sind, oder wenn sie in die Gewalt des Feindes geraten sind.

Zur „bewaffneten Macht“ gehören die Militärpersonen des Friedensstandes, die aus dem Beurlaubtenstand einberufenen Offiziere, Ärzte, Militärbeamten und Mannschaften, alle freiwillig eingetretenen Offiziere, Ärzte, Militärbeamten und Mannschaften sowie die einberufenen Landsturmpflichtigen und schließlich die Zivilbeamten der Militärverwaltung vom Tage der Anstellung bis zur Entlassung.

Zu den im Absf. 2 bezeichneten Personen gehören insbesondere die Angehörigen der freiwilligen Krankenpflege, soweit sie sich bei der bewaffneten Macht, d. h. auf dem Kriegsschauplatz befinden und die Mitglieder des Kaiserlichen Automobilkorps, die Zivilbeamten in den besetzten Gebieten, Postbeamten der Feldpost, Kriegsberichterstatler sowie alle diejenigen Personen, welche dem Heere freiwillig, z. B. zum Zwecke der Verteilung von Liebesgaben, gefolgt sind. Auch verschleppte Zivilpersonen fallen unter Absfag 2, da sie „in die Gewalt des Feindes geraten sind.“

„Vermißt“ sind Kriegsteilnehmer dann, wenn sie entweder von der zuständigen militärischen Dienststelle als „vermißt“ gemeldet

¹⁾ Vgl. Partsch, die Bundesratsbekanntmachung über die Todeserklärung Kriegsverschollener. Berlin-Guttenberg; der Kommentar erschien jedoch vor der Neuordnung durch Bekanntmachung vom 9. August 1917. Nunmehr berücksichtigt die 2. Auflage die Neuordnung.

sind (vgl. Anlage 9 § 1 Ziff. 5, § 4 Ziff. 7 der Heer-Ordnung). Überläufer, Fahnenflüchtige oder Gefangene gelten nicht als vermißt, Gefangene nur dann, wenn ihr Aufenthalt ein Jahr seit der Gefangennahme unbekannt geblieben ist. Ob andere Personen, die nicht Kriegsteilnehmer sind, als vermißt zu gelten haben, ist Tatfrage.

Die Todeserklärung ist zulässig, wenn 1 Jahr nach dem Tage der Vermißtmeldung seitens des Truppenteils oder der Feststellung des Vermißtseins keine Nachricht von dem Leben des Vermißten eingegangen ist.

§ 2. Als Zeitpunkt des Todes ist, sofern nicht die Ermittlungen ein anderes ergeben, der Zeitpunkt anzunehmen, in dem der Antrag auf Todeserklärung zulässig geworden ist. Wird der Verschollene seit einem besonderen Kriegsereignis (einem Gefecht, einer Sprengung, einem Schiffsunfall oder dergleichen), an dem er beteiligt war, vermißt, so ist der Zeitpunkt des Ereignisses als Zeitpunkt des Todes anzunehmen, es sei denn, daß die Ermittlungen die Annahme rechtfertigen, der Verschollene habe das Ereignis überlebt.

Ausgeschlossen ist die Todeserklärung, wenn der Tod einwandsfrei festgestellt wird, sodaß die standesamtliche Beurkundung des Sterbefalles erfolgen kann, z. B. wenn nachträglich auf Grund der protokollarischen Vernehmung einwandsfreier Zeugen oder auf Grund einer ausländischen Sterbeurkunde vom Truppenteil der Tod bestätigt wird, sodaß die standesamtliche Beurkundung des Sterbefalles erfolgen kann. Als Todestag ist in erster Reihe der Tag festzusetzen, der nach den Ermittlungen als Todestag angesehen werden muß. Ist ein bestimmter Tag nicht zu ermitteln, so ist zunächst der Tag des besonderen Kriegsereignisses maßgebend, seit welchem der Vermißte verschollen ist. Zweifelhaft ist, ob die täglichen Kämpfe des Stellungskampfes als ein solches Ereignis zu betrachten sind. Die Frage dürfte aber zu verneinen sein, weil es sich hierbei nicht um „besondere“ Kriegsereignisse handelt. Läßt sich schließlich auch ein solcher Tag nicht ermitteln, so ist als Zeitpunkt des Todes das Ende des Verschollenheitsjahres festzusetzen. Gegen die Feststellung des Todestages im Ausschlußurteil ist der Gegenbeweis zulässig.

§ 3. Solange nicht die Todeserklärung erfolgt ist, wird ein Fortleben des Verschollenen bis zu dem Zeitpunkt vermutet, der nach § 2 in Ermangelung eines anderen Ereignisses der Ermittlungen als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist.

Die Lebensvermutung des § 3 ist praktisch von großer Bedeutung und entspricht dem § 19 BGB. Sie kann durch den Nachweis des Todes widerlegt werden. Sofern dies nicht möglich ist,

leben die Rechtsverhältnisse des Vermögten fort, auch im öffentlichen Recht, sodaß also z. B. Steuern grundsätzlich fortzuentrichten sind, soweit solche von Kriegsteilnehmern zu zahlen sind. (Vgl. über letztere Marcuse, Die Einkommensteuer der Kriegsteilnehmer in Preußen, Berlin 1917, W. Moeser.)

§ 4. Für das Aufgebotsverfahren in den Fällen des § 1 gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung, soweit nicht im folgenden ein anderes bestimmt ist.

Maßgebend sind die §§ 961 ff. ZPO.

§ 5. Der Antrag auf Todeserklärung ist dem Staatsanwalt mitzuteilen.

§ 6. Die Aufgebotsfrist muß mindestens einen Monat betragen.

§ 7. Die Bekanntmachung des Aufgebots durch öffentliche Blätter kann unterbleiben.

Das Gericht kann anordnen, daß das Aufgebot außer an die Gerichtstafel in der Gemeinde, in der der Verschollene seinen letzten Wohnsitz gehabt hat, an die für amtliche Bekanntmachungen bestimmte Stelle angeheftet wird.

Die Aufgebotsfrist beginnt mit der Anheftung des Aufgebots an die Gerichtstafel.

§ 8. Die Vorschrift des § 972 Abs. 1 Satz 2 der ZPO. findet keine Anwendung.

§ 972 ZPO. bestimmt: „Die Erledigung der Aufgebotsanträge kann von der Landesjustizverwaltung für mehrere Amtsgerichtsbezirke einem Amtsgericht übertragen werden. Auf Verlangen des Antragstellers erfolgt die Erledigung durch das nach § 961 zuständige Gericht.“

§ 9. Vor der Entscheidung über den Antrag auf Todeserklärung ist der Staatsanwalt über das Ergebnis der Ermittlungen zu hören. Die Entscheidung ist dem Staatsanwälte zuzustellen.

§ 10. In dem Urteil ist der Zeitpunkt des Todes nach Maßgabe des § 2 festzustellen.

§ 11. Das Gericht kann das Verfahren auf die Dauer von längstens einem Jahre aussetzen, wenn eine weitere Nachricht nach den Umständen des Falles, insbesondere nach der Entfernung des letzten bekannten Aufenthaltsorts des Verschollenen, nicht ausgeschlossen erscheint. Gegen den Beschluß findet sofortige Beschwerde statt. Nach Ablauf der Frist ist das Verfahren von Amts wegen fortzusetzen.

Diese Aussetzung ist besonders dann praktisch, wenn während des Verfahrens eine unbeglaubigte Auslandsnachricht von dem Tode

des Verschollenen eingeht und von der zuständigen Behörde die Beschaffung einer ausländischen Sterbeurkunde in die Wege geleitet ist.

§ 12. Für die Anfechtung eines nach dieser Verordnung erlassenen Ausschlußurteils gelten die Vorschriften der Zivilprozeßordnung.

Erhebt der für tot Erklärte die Anfechtungsklage, so ist die Klage nicht an die Fristen der §§ 958, 976 der ZPO. gebunden.

Ein Rechtsmittel ist gegen das Ausschlußurteil nicht zulässig.

Für die Anfechtung des Ausschlußurteils kommen die §§ 957, 958, 973—976 ZPO. zur Anwendung. Der für tot Erklärte selbst kann entweder das Ausschlußurteil anfechten oder die Aufhebung desselben gemäß § 13 beantragen.

§ 13. Hat der Verschollene die Todeserklärung überlebt, so kann er ihre Aufhebung bei dem Aufgebotsgericht beantragen.

Der Antrag kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gestellt werden. Der Antrag soll eine Angabe der ihn begründenden Tatsachen und die Bezeichnung der Beweismittel enthalten.

Der Antrag auf Aufhebung ist an keine Frist gebunden.

§ 14. Vor der Entscheidung ist der Staatsanwalt sowie derjenige zu hören, der die Todeserklärung beantragt hat.

§ 15. Der § 968 der ZPO. gilt entsprechend.

Ergeben sich Zweifel, ob der Antragsteller, der für tot Erklärte ist, so ist der Antrag zurückzuweisen und der Antragsteller auf den Weg der Anfechtungsklage zu verweisen.

§ 968 ZPO. bestimmt:

„Das Gericht hat unter Benützung der in dem Antrag angegebenen Tatsachen und Beweismittel von Amts wegen die zur Feststellung des Sachverhalts erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.“

§ 16. Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen. Sie erfolgt durch Beschluß. Gegen die Aufhebung der Todeserklärung findet kein Rechtsmittel statt; gegen die Zurückweisung des Antrags steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu.

§ 17. Der Antrag auf Aufhebung der Todeserklärung hat dieselben Wirkungen wie die Erhebung der Anfechtungsklage. Ist die Todeserklärung durch Klage angefochten, so ist das Verfahren über die Anfechtungsklage bis zur Entscheidung über den Antrag auszusetzen.

Wird die Todeserklärung aufgehoben, so wirkt der Beschluß für und gegen alle.

§ 18. Ist in einem nach den Vorschriften dieser Verordnung erlassenen Ausschlußurteile der Zeitpunkt des Todes unrichtig festgestellt, so kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die Feststellung berichtigen. Für das Verfahren gelten die Vorschriften der §§ 19, 20; die Anfechtungsklage findet nicht statt.

Diese sehr wichtige Vorschrift ist durch die Bekanntmachung vom 9. August 1917 neu aufgenommen worden, um eine Berichtigung des Ausschlußurteils auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist in den zahlreichen Fällen zu ermöglichen, in welchen die Gerichte bei Erlass des Ausschlußurteils übersehen oder nachträglich erfahren haben, daß der Vermißte seit einem „besonderen Kriegsereignis“ vermißt wird, was sich meist daraus erklärt, daß die Gerichte es unterließen, bei den Zentral-Nachweis-Büros eine „Auskunft“ einzuholen, welche das gesamte über den Vermißten vorhandene Meldungsmaterial und einen Hinweis darauf enthält, ob der Verschollene seit einem „besonderen Kriegsereignis“ vermißt wird. Die Berichtigung des Ausschlußurteils ist an keine Frist geknüpft.

§ 19. Antragsberechtigt ist jeder, der an der Berichtigung des Zeitpunkts des Todes ein rechtliches Interesse hat.

Der Antrag kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gestellt werden. Vor der Entscheidung ist der Staatsanwalt sowie derjenige zu hören, der die Todeserklärung erwirkt hat.

§ 20. Die Entscheidung, die ohne mündliche Verhandlung ergehen kann, erfolgt durch Beschluß.

Der Beschluß ist dem Antragsteller, demjenigen, der die Todeserklärung erwirkt hat, sowie dem Staatsanwalt zuzustellen. Der Beschluß, der eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Ausschlußurteil und den Ausfertigungen vermerkt.

Gegen den Beschluß, durch den eine Berichtigung ausgesprochen oder der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 21. In den Fällen der §§ 1, 11 und 18 ist auch der Staatsanwalt antragsberechtigt.

§ 22. In einem Verfahren nach den Vorschriften dieser Verordnung genügt zum Nachweis von Tatsachen, die bei dem Truppenteile des Verschollenen bekannt sind, eine mit dem Dienstsiegel versehene schriftliche Erklärung des militärischen Disziplinarvorgesetzten.

Soweit es sich um Tatsachen handelt, die bei der obersten Militärverwaltungsbehörde bekannt sind, genügt zum Nachweis die schriftliche, mit dem Dienststempel versehene Auskunft der Behörde.

Zu Absatz 1 ist eine Verfügung des preussischen Kriegsministers vom 20. April 1916 ergangen (A.-B.-Blatt 1916 S. 191). Dort ist bestimmt, daß die Erklärung der in § 17 Abs. 1 bestimmten Art vom nächsten Disziplinarvorgesetzten des Verschollenen abzugeben ist. Ist ihm die Tatsache, über die die Erklärung abzugeben ist, aus eigener Wahrnehmung bekannt, so hat er die Erklärung ohne weitere Ermittlungen abzugeben. Andernfalls hat er diejenigen Militärpersonen seines Befehlsbereiches, die von der Tatsache wissen, anzuhören.

Auf Grund ihrer Angaben hat er sodann die Sachlage zu prüfen und nach seiner Überzeugung eine den Umständen entsprechende Erklärung, mit Datum, Unterschrift und Dienstgrad versehen, abzugeben.

Die Erklärung ist mit dem eigenen oder gegebenen Falles dem Dienststempel des nächsten Dienstvorgesetzten zu versehen.

Die im § 17 Abs. 2 genannten Auskünfte der obersten militärischen Verwaltungsbehörde werden von den Zentral-Nachweise-Büros des Preussischen, Sächsischen, Württembergischen und Bagrischen Kriegsministeriums, für die Marine vom Zentral-Nachweise-Büro des Reichsmarineamts und für die Schutztruppen vom Oberkommando derselben beim Reichskolonialamt erteilt. Hierzu ist eine Allgemeine Verfügung des preussischen Justizministers vom 13. Juni 1916 über die Todeserklärung Kriegsverschollener (J. M.-Blatt S. 85) ergangen, in welcher die vorgenannten Behörden als Auskunftsstellen bezeichnet und die Amtsgerichte angewiesen werden, die Abschrift des entscheidenden Teiles der Ausschlußurteile und etwaiger Aufhebungsbeschlüsse bezw. Urteile nach Aufsechtung der Todeserklärung derjenigen Militärbehörde mitzuteilen, an welche das Ersuchen um Auskunft zu richten ist.

Die Auskünfte enthalten das gesamte Verlustmaterial einschließlich der Auslandsnachrichten, Rote Kreuz-Mitteilungen und Nachrichten aus privaten Quellen. Sie tragen in Preußen die Aufschrift „Auskunft in Aufgebotsachen zum Zwecke der Todeserklärung“ und sind nicht mit den „Vermiß-Bescheinigungen“ mit dem Aufdruck: „Dient zur Glaubhaftmachung der Kriegsverschollenheit, nicht aber als Auskunft im Sinne des § 17 der Bundesratsverordnung vom 18. April 1916“ zu verwechseln.

§ 23. Für das Verfahren nach den Vorschriften dieser Verordnung werden Gerichtsgebühren nicht erhoben.

Wird ein Ausschlußurteil gemäß § 16 aufgehoben, so können die dem Antragsteller erwachsenen außergerichtlichen Kosten (§ 91 der ZPO.) demjenigen auf-

erlegt werden, der das Ausschlußurteil erwirkt hat. Auch kann angeordnet werden, daß derjenige, der die Todeserklärung erwirkt hat, die Kosten erstattet, die gemäß § 971 der ZPO. dem Nachlaß des für tot Erklärten zur Last gefallen sind.

Für die Anfechtung des Ausschlußurteils durch Anfechtungsklage gelten die allgemeinen Bestimmungen der ZPO. (§§ 91, 95, 96, 97, 971 ZPO.) bezüglich der Kosten.

Die außergewöhnlichen Kosten fallen im Aufgebotsverfahren dem Nachlaß zur Last (§ 971 ZPO.), wenn das Ausschlußurteil erlassen wird. Hierüber hat das Urteil von Amts wegen zu bestimmen (§ 308 Abs. 2 ZPO.). Diese Kosten sind Nachlaßschulden (§ 1967 Abs. 2 BGB.) und Masseschulden im Nachlaßkonkurs (§ 224 Ziff. 3 KO.).

§ 24. Diese Verordnung tritt mit dem Tage ihrer Verkündung in Kraft.

§ 5.

Juristische Personen.

I. Das BGB. unterscheidet folgende Arten juristischer Personen:

1. Juristische Personen des Privatrechts:

- a) Vereine.
- b) Stiftungen.

2. Juristische Personen des öffentlichen Rechts:

- a) Fiskus.
 - b) Körperschaften
 - c) Stiftungen
 - d) Anstalten
- } des öffentlichen Rechts.

II. Vereine.¹⁾

§§ 21 und 22 BGB. behandeln zwei Arten von Vereinen, nämlich

1. solche, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, die mit der Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangen (§ 21),

2. solche, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, die in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften²⁾ Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung erlangen (§ 22) und nach § 33 HGB. nur dann im Handelsregister eingetragen werden, wenn sie einen wirtschaftlichen

¹⁾ Streittig ist, ob die allgemeinen Vorschriften der Vereine in §§ 21 ff. auch für die juristischen Personen des Handelsrechts, z. B. Aktiengesellschaften etc. gelten. Bezüglich RO. in der Entsch. in Angelegenh. der freien G. Bd. 3 S. 267 und 8 S. 267 und in Rpr. d. OLG. 4 S. 256 ff. bef. für die Gef. mit beschr. Haftung.

²⁾ Insbesondere des HGB. und des Gef. über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Zweck verfolgen oder zur Erreichung idealer Zwecke ein Handelsgewerbe betreiben — wie Garantievereine, Sparkassenvereine, Sterbekassenvereine. (Vgl. Düringer-Hachenburg HGB. I S. 228 Anm. 2.).

Wann ist der Zweck eines Vereins auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ gerichtet?

Hierüber führt das RG. 83 S. 233¹⁾ folgendes aus:

„Will man prüfen, ob der Zweck eines Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist oder nicht, mit anderen Worten: ob der Zweck eines Vereins darauf gerichtet ist, ein Geschäft — nicht einzelne Geschäfte — wirtschaftlicher Art zu betreiben oder nicht, so hat von vornherein der sogen. innere Geschäftsbetrieb auszuscheiden, den kein Verein, gleichviel welche Zwecke er verfolgt, entbehren kann, wenn er bestehen und wirken will. Hierher gehören die laufenden Geschäfte der Leitung des Vereins durch die Vereinsorgane, ihr Verkehr mit den Mitgliedern, die Beschaffung der Vereinsmittel, die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte und die Erfüllung der Mitgliedschaftspflichten durch die Vereinsmitglieder. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob sich die nach außen gerichtete Tätigkeit des Vereins im Verkehr mit Dritten als Geschäftsbetrieb kennzeichnet.“

Es ist zuzugeben, daß dies in manchen Beziehungen auch auf den beschwerdeführenden Verein zutrifft. Gegenstand und Hauptzweck ist nach den ... Satzungen die Vermittlung einer geregelten, angemessen entlohnten ärztlichen Berufsausübung im Dienste der Krankenkassen und anderer ähnlicher Verbände zugunsten der Vereinsmitglieder, also eine Tätigkeit, die auch sonst auf den verschiedensten Gebieten des gewerblichen Lebens als Geschäft (Stellenvermittlungsgeschäfte u. dgl.) und zwar als Geschäft wirtschaftlicher Art betrieben wird. Man kann auch, wie das Kammergericht zutreffend hervorhebt, nicht sagen, daß von einem derartigen Geschäftsbetriebe nur bei eigentlichen kaufmännischen, gewerblichen oder landwirtschaftlichen Unternehmungen gesprochen werden dürfe. Die moderne Entwicklung hat es vielmehr mit sich gebracht, daß auch die sogen. liberalen Berufe zu Erwerbszwecken ausgebildet werden und niemand nimmt daran Anstoß, wenn sich ihre Träger zur Förderung dieser Zwecke die heutigen Errungenschaften des Verkehrs- und Wirtschaftslebens in einer mit der Würde und dem Ansehen dieser Berufe vereinbaren Weise zunutze machen. Hierzu ist gerade die Vereinsbildung besonders geeignet, und der Gesetzgeber selbst hat durch § 22 BGB. das Bedürfnis anerkannt, „in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften“ auch solchen korporativen Unternehmungen die Rechtsfähigkeit zu verschaffen, denen mit Rücksicht auf die besonderen von ihnen verfolgten Zwecke die zahlreichen Gesellschaftsformen verschlossen sind, die das Reichsrecht kaufmännischen, gewerblichen und landwirtschaftlichen Unternehmungen zur Verfügung stellt. Wäre ferner die Vermittlungstätigkeit der beschwerdeführenden Vereine sonst als Geschäftsbetrieb aufzufassen, so würde sie dieses Charakters auch dadurch nicht entkleidet werden, daß die Vereine sich selbst den Abschluß der vermittelten Verträge vorbehalten, sei es,

¹⁾ Eine Reihe von Vereinen mit im wesentlichen übereinstimmenden Satzungen beantragte die Eintragung ins Vereinsregister. Zweck jedes dieser Vereine war, seinen Mitgliedern die Möglichkeit zu verschaffen, bei den im Vereinsgebiet bestehenden Krankenkassen als Kassenarzt tätig zu sein. Dieser Zweck sollte dadurch erreicht werden, daß der Verein für seine Mitglieder, und zwar entweder für die Gesamtheit oder für einzelne derselben, mit den Krankenkassen Verträge abschloß und sich an deren Durchführung beteiligte.

daß sie hierbei in eigenem Namen, oder daß sie als Stellvertreter ihrer Mitglieder handeln, daß sie die eigene Vertragsfreiheit ihrer Mitglieder nahezu ganz ausschalten, und daß sie sich für Durchführung der Verträge die weitgehendste Einwirkung auf die Mitglieder sichern. Endlich fehlt es auch nicht an anderen Merkmalen, die schon der gewöhnliche Sprachgebrauch mit dem Begriffe des Betriebes eines Geschäftes verbindet. Insbesondere ist die Tätigkeit der Vereine augenscheinlich als dauernde und sich regelmäßig wiederholende gedacht, sie ist planmäßig organisiert und wird nach bestimmten Grundsätzen von einem eigens dazu bestellten Geschäftsausschusse geleitet.

Allein es fehlt im Streitfall an einem andern wichtigen Begriffsmerkmal, ohne dessen Vorhandensein von dem Betrieb eines Geschäfts, sei es durch eine Privatperson oder durch ein körperschaftliches Unternehmen, nicht gesprochen werden kann. Die gewöhnliche Vorstellung verbindet hiermit den Begriff einer gewinnbringenden, mindestens einer auf den Erwerb von wirtschaftlichen Vorteilen irgendwelcher Art getätigten Geschäftstätigkeit. Die große Masse der gewerblichen Geschäftsbetriebe geht in der Form des Austausches von wirtschaftlichen Gütern gegen Güter, oder von Gütern gegen Arbeitsleistungen vor sich. In welcher Weise der Geschäftstreibende demnächst die so erworbenen Güter verwendet, ist selbstverständlich gleichgültig. Auch das kann nicht entscheidend sein, ob er mit dem Geschäftsbetrieb einen Gewinn bezweckt, da es auch verlustbringende und dennoch aufrechterhaltene Betriebe gibt. Unmöglich kann aber von einem Geschäftsbetriebe gesprochen werden, wenn bei dem Betrieb eines Unternehmens von vornherein jedes Entgelt für die im Zwecke des Unternehmens liegende Unternehmung oder entfaltete Unternehmung ausgeschlossen ist. Dabei mag es, wenn es sich um ein Vereinsunternehmen handelt, keinen Unterschied machen, ob jenes Entgelt dem Verein selbst, oder unmittelbar den Vereinsmitgliedern zufließt. Keinesfalls darf es ganz an einem Entgelte fehlen.

Im Streitfalle haben die Vereine selbst ausweislich der Satzungen für ihre Vermittler- und Kontrolltätigkeit überhaupt nichts, weder von den Krankenkassen usw. noch von ihren Mitgliedern zu beanspruchen. Daß sie von den eingezogenen Honoraren die Verwaltungskosten kürzen dürfen, ist keine Vergütung ihrer Leistungen. Den Mitgliedern erwächst zwar als Erfolg oder Ergebnis der Vereinstätigkeit die Möglichkeit, bei den im Vereinsgebiete bestehenden Krankenkassen als Kassenärzte tätig zu sein, und gerade den hierin liegenden wirtschaftlichen Vorteil ihren Mitgliedern zu verschaffen, ist der ausgesprochene Zweck dieser Vereine. Allein jener Erfolg, die Zulassung zur kassenärztlichen Praxis, wird den Mitgliedern nicht als Entgelt oder als Gegenleistung für die Vermittlertätigkeit des Vereins zuteil, sondern auf Grund einer vertraglichen Bindung, zu der sich die Kassen, veranlaßt durch die vermittelnde Tätigkeit der Vereine, aus eigener Entschliebung verstanden haben. Mag deshalb auch die Zulassung zur Kassenpraxis in einem gewissen ursächlichen Zusammenhange zu der satzungsmäßigen Tätigkeit der Ärztevereine stehen, so kann doch nicht gesagt werden, daß damit ein eigentliches Entgelt für eben diese Tätigkeit, noch weniger ein daraus sich ergebender Erwerb oder Gewinn, sei es den Vereinen selbst, sei es unmittelbar ihren Mitgliedern zuflöße. So wenig deshalb bei einem privaten Stellenvermittler von einem eigentlichen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe gesprochen werden könnte, wenn er sich damit begnügen wollte, nur Dienstverträge zustande zu bringen, ohne darüber hinaus, sei es für sich oder andere, eine Vergütung auszubedingen, ebensowenig betreibt ein

Verein ein wirtschaftliches Geschäft, der seiner Zweckbestimmung gemäß nach solchen Grundsätzen verfährt und der, um den unvermeidlichen, mit seiner Tätigkeit verbundenen Geldaufwand bestreiten zu können, lediglich auf die Beiträge seiner Mitglieder angewiesen ist."

Entscheidend ist der Hauptzweck. Hierüber führt Staudinger BGB. I § 21 V 6 zutreffend aus:

"Dient die Verkaufsangelegenheit nur dazu, den Belehrungszweck zu fördern, indem dadurch zur zahlreichen Ausstellung gewerblicher Muster Veranlassung gegeben wird, so ist sie diesem Zweck als dem Hauptzweck untergeordnet und der Verein kein wirtschaftlicher. Ist dagegen der Verkaufszweck ein selbständiger Vereinszweck neben dem Zwecke der technischen Förderung der Mitglieder, indem z. B. der Verein den Absatz der Produkte seiner Mitglieder in gesonderten Räumen betreibt, so sind wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck gleichgeordnet und der Verein kann weder durch Eintragung noch durch Verleihung rechtsfähig werden. Ist endlich der Verkauf der Produkte Hauptsache und die Vorführung von Mustern als Nebenerfolg gedacht, so ist der Verein als wirtschaftlicher zu betrachten."

Die Verleihung der Rechtsfähigkeit an wirtschaftliche Vereine erfolgt in Preußen durch den zuständigen Mittler (§ 1 der Verordnuna vom 16. November 1899).

Mit der Verleihung, die Ermessenssache ist und unter Bedingunaen erteilt werden kann, erlangt der Wirtschaftsverein Rechtsfähigkeit. Das bisherige Vermögen des nicht rechtsfähigen Vereins ist mit dem nunmehr entstehenden Vereinsvermögen identisch und haftet den bisherigen Gläubigern (Rspr. d. OLG. 2 S. 462). Bei Grundstücken und Grundstücksrechten wird aber vielfach eine Auflösung bezw. Übertragung im Grundbuch erfordert.

Welche Wirkung hat es, wenn ein Wirtschaftsverein unzulässiger Weise in das Vereinsregister eingetragen wurde? Hierüber führt das RG. 81 S. 208/9 aus:

"In der Rechtslehre herrscht lebhafter Streit über die Frage, welche Wirkung dem Mangel einer der Vorbedingungen, an die das Gesetz die Eintragung eines Vereins in das Vereinsregister knüpft, auf die Rechtsfähigkeit des trotzdem eingetragenen Vereins beizumessen ist. Von den verschiedenen vertretenen Ansichten verdient mit Rücksicht auf das Verkehrsinteresse, den Wortlaut und den Zweck der Vorschrift des § 21 BGB. diejenige den Vorzug, welche dem in das Vereinsregister eingetragenen Verein bis zur Löschung der Eintragung die Rechtstaugigkeit verleiht, obwohl wesentliche Vorbedingungen nicht erfüllt sind, und welche nur das zur Führung des Vereinsregisters berufene Amtsgericht und die diesem übergeordneten Instanzen für befugt erklären, in den durch §§ 159, 142, 143 Fr. G. G. geordneten Verfahren den Mangel der Voraussetzungen zu prüfen, so daß derjenige, welcher einen auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Vereinszweck oder das Fehlen einer sonstigen wesentlichen Voraussetzung behauptet, bei dem Registergericht die Löschung der Eintragung anregen muß. Diese Ansicht ist allerdings von der Mehrheit der 2. Kommission zur Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausdrücklich mißbilligt und ein Antrag, eine ihr entsprechende Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, abgelehnt worden, weil kein Bedürfnis dazu vorliege,

durch eine besondere gesetzliche Bestimmung die Folge auszuschließen, daß eine unter Verstoß gegen die zwingenden Normativbestimmungen erfolgte Eintragung die Rechtsfähigkeit nicht begründet. (Prot. Bd. 1 S. 559, 566). Trotzdem ist die hier vertretene Ansicht als die dem Sinne und Zwecke des Gesetzes entsprechende zu erachten.

Nach den übereinstimmenden Äußerungen in den verschiedenen Abschnitten der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs . . . ist das System der freien Körperschaftsbildung abgelehnt und im § 21 BGB. das sog. System der Normativbestimmungen gewählt worden, weil es die öffentliche Feststellung des Entstehens der juristischen Person in sich schließt und der Verkehrssicherheit volle Rechnung trage. Mit Rücksicht auf die eingreifende Bedeutung des Unterschieds zwischen einer Gesellschaft und einem rechtsfähigen Verein, sowohl für die Rechtsbeziehungen der Mitglieder zu dem Vereinsvermögen, als auch vor allem für dritte Personen, die mit dem Verein in Rechtsbeziehungen treten, wurde es für geboten erachtet, die Frage, ob eine Gesellschaft oder ein rechtsfähiger Verein vorliege, von Anfang an durch einen öffentlichen Akt, die Eintragung in das Vereinsregister, klarzustellen und so die für die den Rechtsverkehr erforderliche Sicherheit zu gewähren. Sinn und Zweck des Gesetzes ist es also, im Interesse der Verkehrssicherheit, durch Eintragung in das öffentliche Vereinsregister jeden Zweifel an der Rechtsfähigkeit des Vereins zu beseitigen.

Mit diesem Sinn und Zwecke des Gesetzes ist die Ansicht unvereinbar, daß die Rechtsfähigkeit des Vereins nicht nur von der Eintragung, sondern außerdem davon abhängig sei, daß die für wesentlich erachteten gesetzlichen Vorbedingungen der Eintragung vorliegen und daß die Frage, ob dies der Fall sei, der Nachprüfung der verschiedenen Prozeßgerichte, Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit und sonstigen Behörden unterliege, die über das Bestehen von Rechten und Pflichten des eingetragenen Vereins, über die Gültigkeit der von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen u. a. zu befinden habe. Denn nach dieser Ansicht müßte jeder, der mit einem eingetragenen Verein in Rechtsverkehr tritt, mit der Möglichkeit rechnen, daß dem Verein später die Rechtsfähigkeit abgesprochen wird, und könnte sich selbst dann nicht auf das öffentliche Vereinsregister verlassen, wenn bereits eine die Rechtsfähigkeit des Vereins bestätigende gerichtliche Entscheidung, selbst des Reichsgerichts, ergangen wäre. Denn an diese sind die Gerichte nicht gebunden, die in einem andern Rechtsstreit oder Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Frage zu prüfen haben. Der Verein könnte also in dem einen Rechtsstreit oder Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit für rechtsfähig, in einem andern für nicht rechtsfähig erklärt werden. Diese Möglichkeit ist umsomehr gegeben, als über das Vorhandensein der Voraussetzungen, jedenfalls über die praktisch vor allem bedeutsame Frage des Vereinszweckes, im Einzelfalle leicht verschiedene Ansichten herrschen können. Von der Verkehrssicherheit, die nach dem Willen des Gesetzgebers durch das Erfordernis der Eintragung in das Vereinsregister herbeigeführt werden sollte, würde dann keine Rede sein können, vielmehr würden die mit dem System der freien Körperschaftsbildung verbundenen Gefahren, die gerade durch Annahme des Systems der Normativbestimmungen vermieden werden sollten, zu einem erheblichen Teile bestehen bleiben.

Die hier vertretene Ansicht findet auch in dem Gesetze selbst eine Stütze. § 21 macht nach seinem Wortlaute: „Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Ein-

tragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts" die Rechtsfähigkeit nicht von der Bedingung abhängig, daß die Voraussetzungen der Eintragung wirklich gegeben sind, nicht einmal davon, daß der Zweck wirklich auf einen nicht wirtschaftlichen Zweck abgesehen ist. Er bestimmt nicht, daß die Eintragung zu den sonstigen Vorbedingungen als weitere Bedingung hinzukommen muß, sondern er knüpft die Rechtsfähigkeit lediglich an die Eintragung. Der Wortlaut des § 21 entspricht völlig dem des § 22: „Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt . . . Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung.“ § 22 ist aber dahin zu verstehen, daß der auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtete Vereinszweck die Bedingung ist und für die Zulässigkeit, nicht für die Wirksamkeit der staatlichen Verleihung, daß die Verleihung vielmehr auch beim Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen die Wirksamkeit erhält. Dies wird fast allgemein anerkannt, und die gegenteilige Meinung ist unvereinbar mit der Bedeutung des Staatsakts der Verleihung. Daher rechtfertigt die Gleichheit des Wortlautes auch die entsprechende Auslegung des § 21.

Für die Ansicht, daß ein eingetragener Verein, auch beim Mangel einer wesentlichen Vorbedingung, bis zur Löschung im Vereinsregister die Rechtsfähigkeit besitzt, spricht auch folgende Erwägung. Bei der in der Eintragung in das Vereinsregister zum Ausdruck kommenden gerichtlichen Entscheidung handelt es sich um einen Staatsakt, durch den eine Rechtspersönlichkeit geschaffen wird, einerlei ob man letztere mit der Eintragung allein oder nur dann entstehen läßt, wenn zugleich die sonstigen gesetzlichen Vorbedingungen erfüllt sind. Hat nun das Gesetz einen solchen rechtsgestaltenden Akt, der für einen großen Personenkreis Bedeutung hat, in die Hände einer bestimmten Behörde gelegt und zugleich vorgezeichnet, nur welchem Wege denselben Aufhebung erwirkt werden kann, so ist grundsätzlich, auch ohne ausdrücklichen Ausdruck im Gesetz, im Interesse der Verkehrssicherheit anzunehmen, daß der Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen des Aktes nur auf dem vorgezeichneten Wege geltend gemacht werden kann und daß der Staatsakt bis zu einer auf diesem Wege erfolgenden Aenderung an demselben wirksam ist, daß die Entscheidung darüber, ob auch seine Voraussetzungen vorliegen haben, nicht gelegentlich durch die verschiedenen Gerichte oder Behörden, die zufällig über eine aus dem Staatsakte nun ergebende Folgerung zu befinden haben, mit möglicherweise verschiedenen Ergebnissen, sondern nur einheitlich in dem oben bestimmten Verfahren erfolgen kann. Dieser Grundsatz ist z. B. auf die Volljährigkeitserklärung, die Entmündigung, die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft anwendbar. Dem entspricht die ständige Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts, wonach nur das Vormundschaftsgericht und die diesem übergeordneten Instanzen über die Voraussetzungen der Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft zu entscheiden haben, und die Gültigkeit einer solchen Anordnung von den Prozeßgerichten nicht in Zweifel gezogen werden kann. . . . Auch dieser Grundsatz rechtfertigt die Ansicht, daß der Eintragung in das Vereinsregister bis zu ihrer Löschung, trotz des Fehlens einer gesetzlichen Voraussetzung, die Wirkung der Begründung der Rechtsfähigkeit beizulegen ist, und zwar ohne Unterschied zwischen den verschiedenen Voraussetzungen, da das Registergericht darüber zu entscheiden hat, ob sie sämtlich erfüllt sind."

Nichtwirtschaftliche Vereine erlangen Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts (§ 21). Näheres über das Verfahren hierbei vgl. § 9.

Bereinsitz ist in Ermangelung einer anderen Bestimmung der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird (§ 24).

III. Die **Verfassung** eines rechtsfähigen Vereins wird durch die Vereinsatzung bestimmt, soweit nicht die Bestimmungen des BGB. hierüber eingreifen (§ 25). Ein Teil dieser Bestimmungen ist zwingend, der andere Teil nachstehenden Rechtes. Muß die Satzung schriftlich sein? Darüber führt das RG. in Straß. in der D. J. Z. 1904 S. 557 aus:

„Die zu einer Vereinsbildung stets erforderliche vertragsmäßige Bindung kann allerdings auch stillschweigend zustande kommen, aber allemal müssen die mehreren Personen, um einen Verein zu bilden, übereinstimmend ihre gegenseitige Bindung, d. h. die Unterwerfung unter ein selbst geschaffenes Gesetz, wollen und irgendwie sich einem, wenn auch nicht schriftlich fixiertem Vereinsstatut als dem Gesamtwillen der organisierten Einheit unterordnen (Johow 26 G. S. 33ff.).“

Allerdings ist nach § 59 BGB. bei der Anmeldung zum Vereinsregister die Satzung in Urchrift und Abschrift einzureichen, woraus hervorgeht, daß zur Eintragung eines Vereins eine schriftliche Satzung vorliegen muß.

Die Rechtsnatur der Vereinsatzung ist streitig. Nach Bierke hat sie die Bedeutung einer objektiven Rechtsnorm für die Körperschaft als Ausdruck ihrer Autonomie, während sie andere für einen rechtsgeschäftlichen Akt halten. Bierkes Ansicht verdient den Vorzug. Auch die Gründung des Vereins selbst wird als personenrechtliches Rechtsgeschäft aufzufassen sein, das auf Schaffung des rechtsfähigen Vereins hinzielt. Der Verein muß einen Vorstand haben, der aus mehreren Personen bestehen kann und den Verein gerichtlich und außergerichtlich vertritt. An sich ist der Umfang seiner Vertretungsmacht unbeschränkt, doch kann er durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden (§ 26). Aber die Vorstandsbestellung pal. S. 27. Die Bestellung kann von der Mitgliederversammlung als oberstem Vereinsorgan widerrufen werden (§ 32). Am wirksamsten entscheidet über die Kündigung oder Amtsniederlegung das Rechtsverhältnis zwischen Vorstand und Verein, welches Auftrag (vgl. § 671 Abs. 1) oder Dienstvertrag sein kann (vgl. §§ 626, 627). Die Satzung kann neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte besondere Vertreter bestellen, deren Vertretungsmacht sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte erstreckt, die der ihnen zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt (§ 30). Auch sie sind verfassungsmäßig berufene Vertreter des Vereins i. S. des § 51 Zw. G. und als solche Organe des Vereins.

Mitglied eines rechtsfähigen Vereins kann nur werden, wer rechtsfähig ist, wenn die Mitgliedschaft Rechte und Pflichten erzeugt. Nicht rechtsfähige Vereine können daher nicht Mitglieder eines rechts-

fähigen Vereins werden (OLG. Hamburg in Rspr. d. OLG. 20 S. 30).
Minderjährige bedürfen zum Beitritt der Zustimmung des gesetzlichen
Vertreters.

§ 6.

Die Haftung der juristischen Personen.**I. Die Organe der juristischen Personen und ihre Stellung.**

Juristische Personen handeln durch Organe, die als solche der juristischen Person gegenüber nicht als selbständige Rechtssubjekte erscheinen, vielmehr als Glieder der juristischen Person selbst angesehen werden. Die Organe sind keine Stellvertreter, denn diese stehen den Vertretern als selbständiges Rechtssubjekt gegenüber; dies ergibt sich auch aus § 26 Abs. 2 BGB., wo dem Vorstand des Vereins die Stellung eines gesetzlichen Vertreters gegeben wird: er ist also auch nach der Ansicht des BGB. kein Stellvertreter, sondern Organ. Handlungen und Unterlassungen der Organe als solcher gelten hiernach als Handlungen und Unterlassungen der juristischen Person selbst.

Natürlich kann eine juristische Person auch Stellvertreter haben; so ist z. B. der Prokurist einer Aktiengesellschaft Vertreter, der Vorstand dagegen Organ.

Besteht das Organ einer juristischen Person aus einer Mehrheit von Personen, so liegt eine rechtswirksame Handlung derselben grundsätzlich nur beim Handeln durch alle vor, da eben die Gesamtheit als Handlungsorgan fungiert, es sei denn, daß den mehreren Personen selbständige Funktionen übertragen sind.

Wird also die juristische Person durch eine Mehrheit von Personen vertreten (sogen. Gesamtvertretung), so kann sie Rechtsgeschäfte nur durch alle Vertreter abschließen; ist es einem derselben gegenüber ungiltig, so ist es überhaupt unwirksam (RG. 78 S. 354).

Eine Ausnahme gilt für Willenserklärungen, die der juristischen Person gegenüber abgegeben werden. An sich müßten diese bei Gesamtvertretung allen Vorstandsmitgliedern gegenüber erfolgen, jedoch genügt nach ausdrücklicher Bestimmung des § 28 Abs. 2 BGB. die Abgabe gegenüber einem der Vorstandsmitglieder. Dasselbe gilt nach § 171 Abs. 3 ZPO. für die Zustellungen im Zivilprozeß.

Dagegen genügt es zur Haftbarmachung der juristischen Personen bei unerlaubten Handlungen auch bei Gesamtvertretung, wenn nur eines der Vorstandsmitglieder bei dem von ihm begangenen Vorrichtung einern andern Schaden zufügt. Pal § 31: ein Mitglied des Vorstandes" und ferner RG. 57 S. 94/5:

„Wenn das Berufungsgericht annimmt, daß eine Haftung aus § 31 bei Kollektivvertretungen nur dann angenommen werden könne, wenn ein gemeinsames Handeln aller Vertreter vorliege, so faßt es den Begriff der dem Vorstände

bezw. seinen Mitgliedern zustehenden Verrichtungen zu eng. Der Begriff der Verrichtung umfaßt nicht bloß die Handlungen, die in Ausübung der Vertretungsmacht vorgenommen sind, sondern auch die den Vorstandsmitgliedern als solchen obliegenden rein tatsächlichen Verrichtungen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn die Funktionen der Kollektivvertreter geteilt sind, indem der eine die Fabrikation, der andere den kaufmännischen Betrieb leitet, und wenn dann durch eine gesetzwidrige Anordnung in der Fabrik eine Gesundheitsbeschädigung verursacht wird, die juristische Person haftet, obwohl der kaufmännische Vertreter mit dieser Anordnung nichts zu tun gehabt hatte. Ebenso werden, wenn auch der Abschluß eines Rechtsgeschäfts nur durch alle Vertreter erfolgen kann, die Vorberereitung desselben, die Vorverhandlungen, regelmäßig zu den Verrichtungen des kaufmännischen Geschäftsführers gehören, und wird daher auch wegen eines nur von diesem dabet verübten Betruges die juristische Person verantwortlich. (Ebenso RG. 78 S. 354).

Wer ist Besitzer der einer juristischen Person gehörenden Sachen? Die Ansichten hierüber gehen außerordentlich auseinander. Zu den verschiedenen Ansichten nimmt das Kammergericht in der Rspr. d. OLG. 5 S. 148 ff. durch folgende Ausführungen Stellung:

„Über die Frage: hat der Vorsteher einer juristischen Person Besitz an den Sachen, die er als solcher in seinem Gewahrsam hat, und, gegebenen Falles, von welcher Art ist dieser Besitz? herrscht in der Literatur erhebliche Meinungsverschiedenheit. Die einen erachten auf Grund des § 868 die Korporation als die mittelbare Besitzerin, den Vorstand als den unmittelbaren Besitzer (vgl. Bartels bei Gruchot 42 S. 668; Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerb S. 63; Blanck, Anm. 5 zu § 854 BGB.); andere erklären den Vorsteher für den Besitzdiener (vgl. Wendt im civ. Archiv 87 S. 66; Dernburg 3 S. 50; Jay in Fischers Abhandlungen 6 S. 284). Strohal (in Ihering's Jahrb. 38 S. 16) wiederum vertritt die Meinung, daß der Vorstand sowohl Besitzdiener als auch unmittelbarer Besitzer sein könne, während Kniep (Besitz S. 19) lehrt, daß Besitzer nur der gesetzliche Vertreter sei, da eine juristische Person nicht besitzfähig sei. Eine letzte Meinung geht schließlich dahin, daß der Vorstand überhaupt nicht Besitzer der Sachen und ebensowenig Besitzdiener ist, daß vielmehr lediglich die Korporation Besitz an den Sachen hat, die der Vorgesetzte in seinen Händen hat (vgl. Förtsch bei Gruchot 43 S. 544; Cosack, Lehrbuch 2 S. 66; Turnau-Förster 2 S. 55 Anm. 3 zu § 855 BGB.; Ullmann im civ. Archiv 92 S. 315, 316). Dieser letzten Ansicht ist beizutreten.

Abzulehnen ist zunächst die Gleichstellung des gesetzlichen Vertreters mit dem Besitzdiener. Mag man mit Strohal S. 8 das Befehlsrecht des Herrn und die Gehorsamspflicht des Inhabers als das charakteristische Kennzeichen des Besitzdienerverhältnisses ansehen (vgl. auch Leonhard S. 63) oder mit Jay (S. 285) das Wesen desselben in dem Umstande erblicken, daß die Geschäftsführung des Inhabers typisch aus objektiven äußeren Momenten für Dritte erkennbar ist, z. B. die Tätigkeit im Haushalte, im Erwerbsgeschäft des Dominus (vgl. auch Dernburg S. 49). Das Besitzdienerverhältnis setzt jedenfalls eine Abhängigkeit des Inhabers voraus. Die juristische Person steht aber zu ihrem Vorstande nicht wie der Herr zum Diener, der nur auf ihre Anweisung zu handeln hat. Vielmehr ist es gerade der Vorstand, der selbständig handelt und entscheidet (vgl. Förtsch S. 549). — Für unzutreffend ist ferner die Lehrmeinung zu erachten, daß der Vorstand der unmittelbare Besitzer ist,

während die juristische Person den mittelbaren Besitz hat. Denn wie das Reichsgericht am 8. November 1901 ausgeführt hat (vgl. Recht 1901 S. 619), ist für die Annahme eines zur Erlangung des mittelbaren Besitzes im Sinne des § 868 geeigneten, ähnlichen Verhältnisses erforderlich, daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder ein infolge eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des unmittelbaren Besitzers begründet ist. Die Schaffung eines derartig konkreten bestimmten Rechtsverhältnisses, kraft dessen der Vorstand zum Besitz der Sachen der juristischen Person berechtigt und verpflichtet ist, ist zwar nicht unmöglich, aber nicht die Regel und insbesondere für den Streitfall nicht behauptet. Der Vorstand hat die Verwaltungspflicht kraft seines Amtes, nicht infolge eines konkret bestimmten Rechtsverhältnisses. Es kommt hinzu, daß das zwischen dem unmittelbaren und mittelbaren Besitzer bestehende Rechtsverhältnis den ersteren nur auf Zeit nach § 868 berechtigen und verpflichten darf; Kntep (S. 53) ist aber darin beizutreten, daß der Vorstand nicht ein „Zeit-“, sondern ein „Dauerbesitzer“ ist.

Wie Strohal S. 1 lehrt, gebraucht das BGB. den Ausdruck „Besitz“ in einem doppelten Sinne: Entweder bezeichnet er die possessorisch geschützte tatsächliche Gewaltausübung oder das durch einen solchen Tatbestand geschaffene Rechtsverhältnis. Da nach der herrschenden, jetzt kaum noch bestrittenen Ansicht der Besitzwille zur Begründung des Besitzes nach dem BGB. im Gegensatz zum römischen Recht nicht erforderlich ist, so kann jeder Rechtsfähige, wenn auch Willensunfähige, mithin die juristische Person im zweiten Sinne des Wortes Besitzer sein. Es fragt sich nur, ob die juristische Person auch Besitz in seiner ersten Bedeutung haben, ob sie tatsächliche Gewalt ausüben kann. Dies ist mit Förtsch S. 45 zu bejahen. Ihr gesetzlicher Vertreter ist ihr nicht als unmittelbarer Besitzer nebengeordnet, er ist nicht von ihr zu trennen, er ist die juristische Person selbst (Rehbein, BGB. S. 40). In ihm konzentrieren sich sämtliche Lebensarrangements der juristischen Person. Er vertritt nicht nur sie und in ihm und durch ihn übt sie auch die tatsächliche Gewalt über die Sachen aus, die sich in den Händen des Vorstehenden befinden. Hieraus folgt, daß nicht dieser, sondern allein die von ihm repräsentierte juristische Person Besitzerin ist, daß demgemäß nur sie, nicht ihr Vorstand zur Anrechnung der Besitzklage legitimiert ist.

II. Die Hauptgrundsätze der Haftung.

Bei der Frage nach der Haftung einer juristischen Person ist folgendes zu erwägen:

1. Handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, welches ein Organ oder ein Stellvertreter der juristischen Person mit einer anderen Person abgeschlossen hat?

2. Handelt es sich um eine unerlaubte Handlung
 a) eines Organs oder anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreters der juristischen Person in Ausführung der ihm zugehörigen Verrichtungen? oder

b) eines anderen Angestellten oder einer zu einer Verrichtung bestellten Person der juristischen Person in Ausführung der ihr übertragenen Verrichtungen?

3. Handelt es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts und hat ein Beamter derselben in Ausübung der öffentlichen Gewalt gehandelt?

Bei Verletzung der den Beamten obliegenden Pflichten ist jedoch auch zu prüfen, ob diese bei der Handhabung der ihnen auferlegten Obliegenheiten diejenige Sorgfalt außer acht gelassen haben, welche im Rechtsleben nach dem bürgerlichen Gesetze zu beobachten ist. In diesem Falle haftet der Staat für den Beamten nach §§ 31, 89, 823 bezw. 831 bezw. nach §§ 276, 278 BGB. Dies gilt aber nur, wenn es sich um die Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht auf einem Gebiete handelt, auf dem nicht ausschließlich die Ausübung eines Hoheitsrechts in Frage steht, besonders in den Fällen gemischter Natur und hinsichtlich der Benutzung der öffentlichen Sachen und öffentlichen Anstalten. Vgl. die zu C Ziff. 1 abgedruckte Entsch. des RG. 78 S. 326 ff. Hierzu gehört auch folgender, vom OLG. Breslau in der Rpr. d. OLG. 34 S. 115 ff. behandelter Fall: Die beklagte Stadtgemeinde hatte zur Bekämpfung der Mückenplage Kolonnen, bestehend aus je einem Feuerwehrmann und einem Sanitätsbeamten, zum Absengen und Ausräuchern der Mücken in Kellern, Ställen zc. gebildet. Eine von ihnen nahm auf dem Grundstück des X. mit dessen Willen in dem Keller einer mit Stroh angefüllten Scheune die Mückenvertilgung dergestalt vor, daß sie die an den Wänden und der Decke des Kellers befindlichen Mücken mit der Flamme einer Lötlampe absengte. Dabei geriet das Stroh des oberen Scheunenraumes in Brand, der die ganze Scheune einäscherte. Die Ersatzklage der Feuerversicherungsgesellschaft wurde für begründet erklärt. Das OLG. Breslau geht davon aus, daß die Bekämpfung der Mückenplage eine Angelegenheit der Gesundheitspolizei war und es sich daher um eine öffentlich-rechtliche Maßnahme gehandelt habe, für die ein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis nicht in Frage kam, weil die Pflicht zur Hergabe des Kellers erzwungen werden konnte. Das Gericht führt dann aus:

„Hieraus folgt jedoch nicht, daß aus der Hingabe der Grundstücke zur Mückenvertilgung nicht auch privatrechtliche Beziehungen entstanden. Denn dazu bedurfte es nicht gerade eines Vertrages, da auch andere Tatbestände Privatrechtsverhältnisse begründen können. Ein solches entstand hier schon durch die tatsächliche Überlassung des Grundstücks, gleichwie auch bei beschlagnahmten oder zur zollamtlichen Behandlung gewonnenen Sachen zwischen den Beteiligten und dem Fiskus privatrechtliche Beziehungen entstanden (RG. 48 S. 256, 67 S. 340). Diese verpflichteten die Beklagten quasi kontraktlich, die Vausficht unversehrt wieder zurückzugeben. Haben ihre Vertreter oder die- jenigen Beamten (Angestellten), deren sie sich als „Erfüllungsgehilfen“ be- dienten, dabei die verkehrserforderliche Sorgfalt verlegt, so wurde sie ersag- pflichtig; und zwar im letzteren Falle aus § 278, der nicht notwendig ein Vertragsverhältnis voraussetzt, sondern auch bei dem Bestehen jedes anderen Schuldverhältnisses anwendbar ist (Recht 1907 S. 54).

Angeichts dieser privatrechtlichen Beziehungen war die Beklagte auch aus der unerlaubten Handlung ersatzpflichtig . . . Denn mochte es sich auch um einen bei Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden handeln, so ereignete er sich wegen jener privatrechtlicher Beziehungen doch jedenfalls auf einem Gebiete, auf dem nicht ausschließlich die Ausübung eines Hoheitsrechts in Frage stand. In derartigen Verhältnissen gemischten Rechts finden auf die Haftung aber die allgemeinen Vorschriften des BGB. Anwendung, so daß die Beklagte sowohl für ein Verschulden ihres Vertreters nach §§ 823, 31, 89 als auch für die Schadenszufügung der Kolonnenmitglieder aus § 831 einzustehen hätte (vgl. RG. 78 S. 329).“

Die Fragen zu 1 und 2 sind für juristische Personen des Privatrechts wie des öffentlichen Rechtes gleich zu entscheiden.

Im folgenden wird unter III die Haftung aller juristischen Personen auf dem Gebiete des Privatrechts, unter IV die Haftung der juristischen Personen des öffentlichen Rechtes für Schadenszufügungen durch Beamte in Ausübung der öffentlichen Gewalt behandelt.

III. Haftung aller juristischen Personen (auch des öffentlichen Rechtes) auf dem Gebiete des Privatrechts.

Die gesetzlich bestehende Haftung der juristischen Person kann insbesondere durch ~~lokal. allgemeine Geschäftsbedingungen richtiger Geschäftsbestimmungen — ausgeschlossen oder beschränkt werden.~~ Über die Bedeutung solcher ~~Geschäftsbestimmungen, die auch ein Einzelkaufmann feststellen kann,~~ führt das RG. im 58. Bande S. 154/5 aus:

„Solche allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie sie im Bankverkehr, dann aber auch in anderen Branchen, insbesondere in der Transport- und Versicherungsbranche, handelsüblich geworden sind, stellen im Interesse einer Erleichterung des Geschäftsverkehrs im Voraus und in typischer Weise die Bedingungen fest, unter welchen der Bankier, Spediteur, Versicherungsunternehmer gewisse Geschäfte zu kontrahieren gejonnen ist. Sie werden . . . in gedruckten Formularen an die Kunden gegeben und bilden, wenn demnächst ein Geschäftsabluß erzielt wird, mit ihren Einzelbestimmungen die *lex contractus*. Sie sind alsdann für den Vertragsteil bindend, von welchem nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr erwartet werden muß, daß er die ihm gemachten generellen wie speziellen Vertragspropositionen geprüft habe. Hierin erschöpft sich aber ihre rechtliche Bedeutung. ~~Keineswegs wird durch die Annahme und Billigung eines solchen, die Geschäftsbedingungen eines Bankiers enthaltenden Formulars ein selbständiger Vertrag geschlossen. Vielmehr sind jene Bestimmungen lediglich bestimmt und geeignet Bestandteile der demnächst abzuschließenden Verträge zu werden.~~“

a) Haftung aus Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen der Organe und Stellvertreter.

Eine rechtsgeschäftliche Haftung wie bei jeder physischen Person wird nach den einschlägigen Sondervorschriften oder nach §§ 276, 278 BGB. begründet. So haftet die Aktiengesellschaft, welche in einem ihr gehörigen Mietshause Wohnungen (durch ihre Organe

oder Stellvertreter) vermietet hat, nach den Grundsätzen des Mietrechts als Vermieter; eine Droschken- oder Automobilaktiengesellschaft nach §§ 276, 278 BGB. auf Grund eines Personenbeförderungsvertrages für die gefahrlose Beförderung des Reisenden an das Reiseziel (RG. 62 S. 120), der Eisenbahnfiskus nach §§ 276, 278 dafür, daß die Reisenden ungefährdet zu den Zügen gelangen oder den Bahnsteig verlassen können (RG. 55 S. 335).

b) Haftung aus unerlaubten Handlungen der Organe und anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter sowie anderer Angestellter.

Hier haften alle juristischen Personen

1. entweder nach §§ 31 (89) 823 ff. BGB. bei Schadenszufügungen der Organe oder anderer sagemäßig bestellter Vertreter der juristischen Person in Ausführung der ihnen zuzehenden Verrichtungen;

2. nach § 831 BGB. für unerlaubte Handlungen anderer Angestellter oder zu einer Verrichtung bestellten Personen, die nicht unter § 31 BGB. fallen, sofern der Schaden in Ausführung der Verrichtung verursacht wurde.

Neben dem Verein haftet bei unerlaubten Handlungen der Vorstandsmitglieder u. auch stets der Handelnde als Gesamtschuldner nach §§ 421, 840 BGB. (RG. im Recht 1907 S. 966).

Wodurch unterscheiden sich nun die Organe und verfassungsmäßig berufenen Vertreter i. S. des § 31 von den andern Angestellten des § 831?

Nach § 30 BGB. kann durch die Vereinsfassung bestimmt werden, daß neben dem Vorstände „für gewisse Geschäfte“ „besondere“ Vertreter zu bestellen seien, deren Vertretungsmacht § 30 regelt. Wer ist ein solcher beim Fiskus? Das RG. 74 S. 256 ff. führt hierüber folgendes aus:

„Die entsprechende Anwendung der Regel, daß die Bestellung des „besonderen Vertreters“ in der Vereinsfassung vorgesehen sein muß, hat der Rechtsprechung, wenn es sich um den Fiskus und die Stadtgemeinden handelt, Schwierigkeiten bereitet. In einem Urteile von 1908 hat der 6. Zivilsenat des R. G.'s (70 S. 120) hierbei u. a. Gewicht gelegt auf die Selbständigkeit der Stellung des Beamten, sowie auf die Wichtigkeit und den Umfang des ihm zugewiesenen Geschäftskreises. Das OLG. hat geglaubt, diese Gesichtspunkte auch hier verwerten zu können; es stellt den Beklagten

— verklagt war ein für den Kaiser-Wilhelm-Kanal angestellter Postf, welcher einen Dampferzusammenstoß verursacht hatte; der Reichsfiskus war dem Beklagten als Neben-Interventient beigetreten —

hauptsächlich aus dem Grunde einem Vereinsvertreter nach § 30 gleich, weil dem Posten bei der Schiffsführung „in weitem Maße ein freier Spielraum für selbständige Entscheidungen gelassen und auch eine mehr oder minder umfangreiche Tätigkeit auf einem größeren sachlichen oder örtlichen Geschäftsbetrieb zugewiesen“ sei.

Diese Beurteilung beruht auf einem Mißverständnisse. Das grundlegende Urteil findet sich im 53. Bande der Entsch. d. R. G.'s S. 280. Hier hat der 6. J. S. den Grundsatz ausgesprochen, daß der Berufung durch die Vereins-sagung beim Staate und den andern Körperschaften des öffentlichen Rechts die Berufung durch die allgemeinen organisatorischen Verwaltungsbestimmungen gleichstehe. An dieser Grundlage hat der 6. J. S. bis in die neueste Zeit festgehalten. Ob hierbei nun auch auf die größere oder geringere Selbständigkeit der Stellung des Beamten Gewicht zu legen ist, kann für die vorliegende Entscheidung unerörtert bleiben. Denn ehe die Frage aufgeworfen wird, ob der Beamte i. S. der §§ 30, 31 als „verfassungsmäßig“ berufen gelten könne, ist — was das OLG. übersieht — die Frage aufzuwerfen, ob er überhaupt „Vertreter“ ist, ob er den „Fiskus“ (§ 89) „für gewisse Geschäfte“ (§ 30) zu vertreten hat. Erst wenn diese Frage bejaht ist, kann es sich darum handeln, ob die Berufung des „Vertreters“ als eine „verfassungsmäßige“, also als eine solche anzusehen ist, die auf den allgemeinen organisatorischen Verwaltungsbestimmungen beruht.

Dies ist die sichere Grundlage, auf die das BGB. die Deliktshaftung der juristischen Person gestellt hat. Wer sie im rechtsgeschäftlichen Verkehr als ihr Willensorgan vertritt, dessen Handlungen sollen, auch wenn sie unerlaubt sind, als ihre Handlungen gelten, falls die sonstigen Voraussetzungen des § 31 vorliegen. Zwar fordert das Gesetz — wie aus den Worten „ein Mitglied des Vorstandes“ in § 31 erhellt — nicht gerade, daß der Vertreter die juristische Person für sich allein rechtsgeschäftlich verpflichten kann. Wo Gesamtvertretung besteht, gelten auch die Delikte eines einzelnen Vertreters als Delikte der juristischen Person. Wem aber rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht überhaupt nicht bewohnt, der kann die juristische Person auch nicht durch seine Delikte verpflichten, wenigstens nicht nach § 31, sondern höchstens nach § 831 B. In der Literatur findet sich freilich auch die Ansicht, das Wort „Vertreter“ sei in § 31 nicht im technischen Sinne gebraucht. Dem läßt sich aber nicht beitreten. Man verläßt damit den sicheren Boden, auf den das BGB. durch seine Bestimmungen die bis dahin viel umstrittene Materie hat stellen wollen.“

„Daß dem Kanallotfen eine Befugnis, den Reichsfiskus in Geschäften des bürgerlichen Verkehrs zu vertreten, nicht bewohnt, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Weber die Betriebsordnung für den Kanal, noch die Feststellungen des OLG.'s ergeben dafür das Geringste. Die Kanallotfen sind überhaupt nicht Vertreter des Fiskus, und ihre Handlungen fallen daher nicht unter § 31 B. Sie sind, soweit ihnen die Schiffsführung obliegt, lediglich „zu einer Verrichtung bestellt“, sodaß der Fiskus nur im Rahmen des § 31 B. für sie haftet.“

Wer ist beim Fiskus ein „verfassungsmäßig“ berufener Vertreter? Hierzu führt das RG. 53 S. 276 aus:

„Während der erste Entwurf des BGB.'s nur eine allgemeine Vertretung der juristischen Person durch den Vorstand (§ 44) und dementsprechend auch nur eine Haftung der Korporation für den durch diese allgemeine Vertretung durch den Vorstand oder ein Mitglied desselben, widerrechtlich angerichteten Schaden kannte (§ 46), hat der zweite Entwurf, und ihm folgend das zum Gesetz gewordene BGB. den Kreis der Vertreter der juristischen Person erweitert; das BGB. bestimmt im § 30, daß durch die Sagung neben dem

Vorstände für gewisse Gewählte die Bestellung besonderer Vertreter vorgesehen werden kann, die dann im Zweifel, mithin nicht notwendigerweise, auch die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftsbereiches auszuüben haben. Im Anschluß an diesen gesetzgeberischen Gedanken ist nun auch die Verantwortlichkeit der juristischen Person auf die rechtswidrigen Handlungen dieser besonderen Vertreter in § 31 B. ausgedehnt worden; sie sind die anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreter dieses Paragraphen. Die Verhandlungen der 2. Lesung ergeben, daß hierbei an Personen gedacht ist, die zwar zur Leitung der Korporation nicht berufen sind, denen aber eine mehr oder weniger umfangreiche Tätigkeit auf einem größeren sachlichen oder örtlichen Geschäftsgebiete übertragen ist. Das rechtliche Merkmal, das diese Personen von den sonstigen Angestellten unterscheidet, für welche die Körperschaft nicht nach Maßgabe des § 31, sondern nur nach § 831 B. haftet, ist hiernach ihre Berufung zur Tätigkeit innerhalb eines Geschäftsbereiches durch die Satzung der Körperschaft, bei dem Staat und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften durch die ihre Verwaltungsorganisation regelnden Bestimmungen. Diejenigen Beamten und Angestellten dagegen, die nicht durch die Satzung oder die organisatorischen Verwaltungsbestimmungen zu ihrer Tätigkeit berufen sind, sondern ihren dienstlichen Auftrag wiederum auf diese berufenen Personen zurückführen, sind nicht Vertreter der Körperschaft und des Staates nach § 31 B., sie sind zu Verrichtungen i. S. des § 831 B. bestellt, mögen diese Verrichtungen im übrigen mehr, oder weniger, oder gar nicht selbständig sein, mögen sie den Charakter rechtsgeschäftlicher Vertretung tragen oder nicht, und mögen sie aus einzelnen, oder einer Mehrheit von Verrichtungen, zeitlich vorübergehenden oder dauernden, bestehen.“ (RG. 53 S. 276).

Im 70. Bande S. 119/120 hatte das RG. den Satz aufgestellt, daß nicht notwendigerweise die Satzung oder die organisatorischen Vorschriften einen Vertreter für einen bestimmten Betriebs- oder Verwaltungszweig ausdrücklich vorgesehen haben müßten, daß es vielmehr nur erforderlich sei, daß die Berufung in Bestimmungen der Vereinsatzung oder der Verfassung der öffentlichen Körperschaft ihren rechtlichen Grund habe, daß sie auf diese Bestimmungen zurückgeführt werden könne; ob der so Berufene als Vertreter zu erachten sei, entscheide sich in der Regel nach der Selbständigkeit seiner Stellung sowie nach der Wichtigkeit und dem Umfang des ihm zugewiesenen Geschäftsbereiches. Demgemäß hatte das RG. einen Stadtbaumeister, welcher nicht Magistratsmitglied, sondern nur Angestellter der Stadtgemeinde war, für einen verfassungsmäßigen Vertreter der Stadt erklärt. Diese Ansicht hat derselbe Senat im 74. Bande S. 23 aufgegeben und einem städtischen Gasdirektor die Eigenschaft als verfassungsmäßig berufenen Vertreter abgesprochen:

„Allerdings muß der Klägerin zugegeben werden, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts schwer zu vereinigen ist mit der Auffassung, welche dem in der Entsch. Bd. 70 S. 119 ff. abgedruckten Urteile des erkennenden Senates zugrunde liegt, in dem ein ordnungsmäßig angestellter Stadtbaumeister ohne Rücksicht darauf, ob die Anstellung auf Grund einer organisatorischen Verwaltungsbestimmung oder nur durch einen einzelnen Beschluß von Magistrat

und Stadtverordneten erfolgt war, für einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Stadtgemeinde i. S. der §§ 30, 31, 89 Abs. 1 BGB. erklärt worden ist. Aber diese Auffassung kann auch nicht aufrecht erhalten und es muß zu dem wahren Sinne der a. a. O. Bd. 53 S. 277 ff. veröffentlichten Entscheidung zurückgegriffen werden, wonach nur die durch ein Gesetz oder durch eine gleichwertige allgemeine (bei einer Stadtgemeinde also statutarische) organisatorische Bestimmung vorgesehenen Beamten als Vertreter dieser Art zu gelten haben, vorausgesetzt natürlich, daß sie nach der betreffenden Bestimmung überhaupt Vertretungsgewalt Dritten gegenüber haben sollen."

Hat eine Stadtgemeinde durch ein besonderes Statut eine Sparkasse eingerichtet und in diesem einen Sparkassenvorstand und einen Rentanten mit gewissen Befugnissen eingesetzt, so sind diese „verfassungsmäßig“ berufene Vertreter der Stadtgemeinde. Es handelt sich hierbei nicht um ein der Stadtgemeinde an sich fremdes wirtschaftliches Unternehmen: es ist vielmehr anzunehmen, daß dann eine beabsichtigte und vollzogene Ausdehnung der Gemeindeorganisation auf den Betrieb einer Sparkasse vorliegt:

„Wenn auch die Möglichkeit besteht, daß eine Gemeinde der erhofften Überschüsse wegen als reines Erwerbsgeschäft nur in losem äußeren Zusammenhange mit der Gemeindeverwaltung eine Sparkasse betreibt, so ist doch das Näherliegende, daß die Gemeinde im wohlverstandenen Interesse ihrer Mitglieder zur Regelung des Geldmarkts, Befriedigung des Kreditbedürfnisses, Hebung der Landwirtschaft und des Mittelstandes, Förderung des Sparsinnes organisatorisch den Kreis ihrer Aufgaben auf dem Gebiete der gemeinen Wohlfahrt erweitert und den diesem Zwecke gewidmeten neuen Betrieb ihrer Organisation angliedert. Eine solche Absicht kann namentlich da angenommen werden, wo sich die statutarische Regelung dieses Betriebes genau in die bestehende allgemeine Verwaltung einfügt. Es ist nicht richtig, daß das Sparkassenwesen außerhalb der Gemeindeaufgaben liegt. Das entspricht weder einer zutreffenden Auffassung von dem Umfange dieser Aufgaben nach der tatsächlich in fast ganz Deutschland bestehenden Übung. Gewiß können auch andere Rechtspersönlichkeiten als Gemeinden Sparkassen gründen. Aber das beweist ebensowenig, wie das vom Berufungsgerichte gewählte Beispiel des Kleinbahnbetriebs. Auch für den Betrieb einer Kleinbahn kann in Ausübung ihrer Verkehrsfürsorge eine Gemeinde ihre Organisation ausdehnen.“ (RG. bei Gruchot 1912 S. 869.).

In der Praxis sind als „verfassungsmäßig berufene Vertreter“ i. S. des § 30, 31 angesehen worden: Kreisbaumeister (RG. 62 S. 31), 1. Staatsanwalt und Landgerichtspräsident bezüglich der Aufsicht über die Gerichtsgebäude (RG. bei Gruchot 50 S. 301), Betriebsinspektionen der Eisenbahn; nicht dagegen (vielmehr unter § 831 fallend): Stationsvorsteher, Postassistenten, Kastellane von amtlichen Gebäuden, Motowagenführer (RG. in J. W. 06 S. 377), Bahnmeister, Postillone.

Zu beachten ist, daß der Schaden i. F. des § 31 durch eine Handlung in Ausübung der vom Handelnden aufstehenden Vertretungen verursacht sein muß. Die schädigende Handlung muß

also in den Umbereich der betreffenden Person fallen (RG. bet. Urteil 1912 S. 8/10). Ein Handeln in den Grenzen der Vertretungsmacht ist zur Anwendung der §§ 31, 89 BGB. nicht erforderlich:

„Die Vorschrift (d. h. des § 31 BGB.) beruht ausschließlich auf Rücksichten der Zweckmäßigkeit. Da die Körperschaft durch ihre Vertretung die Möglichkeit gewinnt, im rechtlichen Verkehr handelnd aufzutreten, soll sie auch die Nachteile tragen, die eine solche Vertretung mit sich bringt (Mot. 1, 102). An die Stelle des ursprünglichen Erfordernisses einer Handlung „in Ausübung der Vertretungsmacht“ trat später der weitere Begriff der Handlung „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“. Im übrigen hat sich an dem Sinn und Zweck des § 31 nichts geändert. Die Vorschrift umfaßt daher gerade die Fälle, in denen . . . eine Handlung des Vertreters durch seine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht nicht gedeckt wird. . .“ (RG. in J. W. 46 S. 593/4).

Zur Begründung der Haftung aus § 31 (und event. § 89) genügt es nicht, daß durch eine vom Vorstand usw. in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene Handlung ein Dritter geschädigt wurde, es muß vielmehr stets eine an sich zum Schadensersatz verpflichtende Handlung, d. h. eine unerlaubte Handlung (§§ 823 ff.) vorliegen (RG. in J. W. 46 S. 594).

Greift § 831 Platz, so hat auch der Fiskus die Möglichkeit der Exkulpation. Wie hat er sie zu führen?

Hierüber führt das RG. im 53. Bande S. 281 gelegentlich eines Prozesses gegen den Eisenbahnfiskus als Eigentümer eines Platzes vor dem Bahnhofsgebäude, auf dem trotz Bestehens einer Polizeiverordnung¹⁾ und trotz herrschender Glätte nicht gestreut war, aus:

„Sache des Beklagten, als des Eigentümers des Bahnhofsvorplatzes, ist es, für die Erfüllung der in der Straßenordnung den Eigentümern auferlegten Pflichten Sorge zu tragen, und von dieser Verhaftung kann sich der Beklagte nicht schlechthin durch den Nachweis befreien, daß er eine geeignete Person zu der Verrichtung bestellt habe. Für die Unterlassung im einzelnen Falle kann er nach Maßgabe des § 831 B. die Verantwortung ablehnen, wenn er die Bestellung einer geeigneten Person dartut. Einer besonderen Leitung der Ausführung der Verrichtung i. S. des § 831 Abs. 1 bedurfte diese ihrer Natur nicht. Davon verschieden ist aber die allgemeine Beaufsichtigung der Beamten und ihrer Dienstverrichtungen, die dem Beklagten in seinen verfassungsmäßig berufenen Vertretern obliegt, und deren Unterlassung ihm als ein Verschulden dieser Vertreter zugerechnet werden muß. Wenn aus dieser Vernachlässigung ein Schaden erwächst, ist die juristische Person, obwohl sie eine geeignete Person zu der Verrichtung bestellt hatte, nach § 823 B. gleichwohl haftbar.“

Ist durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht ein gegenwärtiger Zustand eingegriffen, sind gesetzliche Vorschriften, die dem Schutze Dritter dienen (§ 823 Abs. 2 B.), dauernd unbeachtet geblieben, so ist für die Nichtbeachtung nicht allein

¹⁾ Nach dem preuß. Gesetz vom 1. Juli 1912 über die Reinigung öffentlicher Wege kann die Streupflicht öffentlicher Straßen und Plätze durch Polizeiverordnung nicht einem andern als den zur polizeimäßigen Reinigung Verpflichteten auferlegt werden; demnach haben ältere Polizeiverordnungen insoweit ihre Rechtswirksamkeit verloren (RG. 87 S. 159 ff.). Vgl. Mohr, Preuß. Verwaltungsrecht (Prakt. Teil) S. 65 ff. und S. 309 f.

die Person verantwortlich, der die Befolgung aufgetragen war, sondern auch die juristische Person, deren Vertreter die Nichtbeachtung duldete, obwohl er sie abstellen konnte und mußte.“

Und ferner: RG. 79 S. 105—6:

„Der Entlastungsbeweis der sorgfältigen Auswahl nach § 831 B. ist hinsichtlich des Beamten wie hinsichtlich jedes anderen zu einer Verrichtung Bestellten darauf zu richten, daß er zurzeit der Bestellung zu dieser Verrichtung ohne Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt ausgewählt war. Er kann nicht zugunsten des Staates, mit Rücksicht auf dessen Gebundenheit an die einmal angestellten Beamten . . . lediglich auf die Zeit der Anstellung abgestellt werden. Damit würde eine unterschiedliche Haftung des Geschäftsherrn, je nachdem dieser Staat oder Privatperson ist, in die Anwendung des § 831 B. eingeführt. Daß der Staat einen Beamten nicht schlechthin entfernen, sondern nur nach Maßgabe der gesetzlichen Disziplinarbestimmungen gegen ihn vorgehen kann, mag unter Umständen zu Härten führen, kann aber dem Staate dritten Beschädigten gegenüber nicht zugute kommen. Der Staat mag alsdann den Beamten, wenn er zu verantwortungsvoller Tätigkeit im Verkehr nach außen nicht mehr geeignet ist, im innern Dienste zu beschäftigen suchen. Es ist aber auch nicht schlechthin richtig, daß die Dienstbehörde auf einen Beamten, dessen Dienstführung nach einer bestimmten Richtung zu Bedenken Anlaß gibt, nur im Rahmen der Disziplinarbestimmungen einzuwirken vermöchte. Strenge Aufsicht über die Führung des seine Pflicht vernachlässigenden Beamten wird in vielen Fällen genügen, den Beamten in der Pflicht zu erhalten und Dritte vor Schaden zu schützen.“

„In der Ordnung einer großen Verwaltung, vor allem der staatlichen Verwaltungen, muß darauf gerechnet werden, daß Eigenschaften, die einen Beamten zur Führung bestimmter Geschäfte, zumal verantwortungsvoller Geschäfte im äußeren Verkehr, ungeeignet machen, zur Kenntnis der oberen Dienstbehörde kommen. Es müssen Einrichtungen getroffen sein, die die Erlangung dieser Kenntnis gewährleisten. Es ist richtig und entspricht der natürlichen Sachlage, daß der Geschäftsherr den ihm nach § 831 B. obliegenden Nachweis sorgfältiger Auswahl der Angestellten zuerst auf dessen Tüchtigkeit und auf seine Sorgfalt bei und zurzeit der Anstellung richtet. Sobald aber der Beschädigte den Nachweis geführt hat, daß sich in der Dienstzeit des Angestellten offenkundige Mängel gezeigt haben, genügt der Dienstherr seiner Entlastungspflicht nicht mehr schon mit dem Nachweise, daß der Angestellte zurzeit seiner Anstellung tüchtig und mit Sorgfalt ausgewählt war. Es entschuldigt ihn auch nicht, wenn er dargetut, daß ihm die Mängel nicht bekannt geworden seien. Er muß vielmehr den Beweis führen, daß sie ihm ohne sein Verschulden entgangen sind, daß er also die dienlichsten Einrichtungen getroffen hat, um über die Leistungen und die Amtsführung der Angestellten ständig unterrichtet zu werden, daß aber auch deren genaue Anwendung ihm nicht zur Kenntnis von den Pflichtwidrigkeiten oder der Ungeeignetheit des Angestellten verholfen habe.“

Die Frage, ob durch Benutzung einer öffentlichen Anstalt ein Vertragsverhältnis begründet wird oder nicht, hat das Reichsgericht bezüglich eines städtischen öffentlichen Schlachthauses verneint. So RG. bei Gruchot 1910 S. 906:

„Die auf Grund der preuß. Gesetze vom 18. III. 1868 und vom 9. III. 1881 errichteten kommunalen Schlachthäuser sind öffentliche Anstalten, die jedem

zur Benutzung der Räume und Einrichtungen zur Verfügung gestellt werden, und die für diese Benutzung zu zahlende Gebühr hat nicht den Charakter einer Gegenleistung, sondern stellt einen Beitrag zu den Kosten der Anlage und zur Erhaltung der gemeinnützigen Anstalt dar, gerade wie das Wege- und Brückengeld nicht eine Gegenleistung für die Benutzung des Weges oder der Brücke, sondern eine öffentliche Abgabe mit dem Zwecke der Erhaltung des Weges oder der Brücke und der Verzinsung ihrer Anlagekosten ist. Diese Abgabe wird einseitig kraft der den Gemeinden zustehenden öffentlich-rechtlichen Machtbefugnis festgesetzt und begründet für diese keinerlei privatrechtliche Bindung (RG. 49 S. 219). Die ausdrücklichen Bestimmungen des Pr. RG. vom 14. Juli 1893 lassen über den öffentlich-rechtlichen Charakter derartiger Gebühren keinen Zweifel; sie zählen sie zu den Gemeindeabgaben (§§ 4, 78, 9, 11, 69, 89, 90). Es kann dahingestellt bleiben, ob, wenn den einzelnen regelmäßigen Benutzern der öffentlichen Anstalt etwa bestimmte Räume als Kühlzellen oder Schlachtstätten zur ausschließlichen Verfügung gegen besondere Vergütung seitens der Gemeinden in den Schlachthäusern zugewiesen würden, dadurch nicht ein privatrechtliches Vertragsverhältnis oder ein vertragsähnliches Verhältnis begründet werden könnte, das die Anwendung des § 278 B. hinsichtlich der Verwahrung dieser gesonderten Räume rechtfertigen würde; für den gegenwärtigen Fall kommt ein solches nicht in Frage, da der Mittelgang der öffentlichen Schlachthalle, auf dem der Unfall sich ereignete, jedenfalls ein allgemeiner, allen Benutzern und Besuchern des öffentlichen Schlachthaus zur Verfügung stehender Raum ist, hinsichtlich dessen von einer privatrechtlichen Vertragsverbindlichkeit der beklagten Gemeinde nicht die Rede sein kann, so daß eine Haftung der letzteren für einen ordnungswidrigen und verkehrgefährlichen Zustand des Raumes nur aus dem allgemeinen Gesichtspunkte, daß sie dort einen allgemeinen Verkehr eröffnet hat, begründet wird.“

Aber die durch Aufnahme in ein öffentliches Krankenhaus entstehenden Rechtsverhältnisse vgl. Schuldverhältnisse I § 2 Nr. II und VII 4 ff.

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß §§ 31, 823 BGB. u. 2831 BGB. durch die handelsrechtlichen Sondervorschriften über die Haftung der Aktiengesellschaft ausgeschlossen werden.

So hat das RG. im 54. Bande S. 128 ff. die Frage, ob ein Aktionär, welcher durch wissentlich falsche Angaben des Vorstandes über die Verhältnisse der Aktiengesellschaft veranlaßt worden ist, bei einer Erhöhung des Aktienkapitals Bezugsrechte auszuüben, den ihm hierdurch erwachsenen Vermögensschaden von der Gesellschaft ersetzt verlangen kann, verneint, weil das Handelsgesetzbuch dafür Sorge, daß das in der Aktiengesellschaft konzentrierte Kapital nicht zum Vortheile einzelner seinem Zwecke nachträglich entfremdet werde (vgl. § 207 ff., 217, 221, 261 ff., 288 ff.).

Die Gründe sind folgende:

„Die Entscheidung der vorliegenden Frage muß vielmehr dem Wesen der Aktiengesellschaft und ihrer hierdurch bedingten gesetzgeberischen Ausgestaltung entnommen werden. Aus dieser ergibt sich zunächst die Bedeutung des Zeichnungsgeschäftes; es ergibt sich aus ihr aber weiter, daß, auch abgesehen

von diesem, dem Aktionär als solchem, solange die Gesellschaft besteht, aus seiner Eigenschaft als Gesellschafter weitere Ansprüche, als die im Handelsgesetzbuch selbst normierten, nicht zustehen können. Die Aktiengesellschaft ist eine reine Kapitalgesellschaft. Eine persönliche Haftung der Teilnehmer findet nicht statt. An Stelle jeder persönlichen Garantie der Aktionäre tritt die Garantie des in der Aktiengesellschaft konzentrierten Kapitals und ihres Vermögens. Die nur unter besonderen Umständen begründete persönliche Verantwortlichkeit der bei der Gründung beteiligten Personen oder der Gesellschaftsorgane kommt für das Wesen der Gesellschaft als reine Kapitalgesellschaft nicht in Betracht. Das Handelsgesetzbuch greift dabei mit seinen Schutzvorschriften in doppelter Richtung ein. Es trifft zunächst Vorkehrung dafür, daß das die Grundlage der Gesellschaft bildende Kapital tatsächlich vorhanden ist. Diesem Zwecke dienen die Vorschriften über die Gründung der Gesellschaft (§§ 188 ff.), über die Revision des Gründungshergangs (§ 192 ff.), über den Inhalt des Gesellschaftsvertrags (§§ 182 ff.), über die dem Registerrichter zu erbringenden Nachweise und die Aufgabe des letzteren (vgl. §§ 195 ff.). Das Gesetz sorgt aber weiter dafür, daß das in der Aktiengesellschaft konzentrierte Kapital nicht zum Vorteile einzelner seinem Zwecke nachträglich entfremdet wird. Diesem Gesichtspunkt entsprechen die Vorschriften der § 207 ff., 217, 221, 261 ff., 288 ff., ihm entspricht insbesondere der für die vorliegende Entscheidung ausschlaggebende Grundsatz des § 213, wonach die Gesellschafter ihre Einlagen nicht zurückfordern können und — solange die Gesellschaft besteht — nur Anspruch haben auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetze oder dem Gesellschaftsvertrage von der Verteilung ausgeschlossen ist. Dieser Begrenzung seiner Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnisse ist jeder Aktionär kraft seiner Beteiligung an der Gesellschaft ipso jure unterworfen. Die sowohl zum Schutze des mit der Aktiengesellschaft kontrahierenden Publikums als im Interesse der Gesamtheit der Aktionäre getroffenen Vorschriften können auch nicht dadurch außer Wirksamkeit gesetzt werden, daß im Einzelfalle ein Aktionär durch schuldhaftes Verhalten der Gesellschaftsorgane zu seiner Beteiligung veranlaßt worden ist. Vielmehr wird durch die handelsrechtlichen Vorschriften die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des BGB.'s (vgl. §§ 31, 823) ausgeschlossen (vgl. Art. 2 Abs. 1 E. G. z. HGB.). Hieraus ergibt sich, daß der einzelne Aktionär den Schaden, welcher ihm gerade durch seine Beteiligung an der Gesellschaft erwächst, niemals von der Gesellschaft selbst ersetzt verlangen kann. Es ist ausgeschlossen, daß er durch seine Beteiligung an der Gesellschaft zugleich Gläubigerrechte gegen dieselbe erlangt, welche mit den gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte der Aktionäre in Widerspruch ständen. Es bleibt dem durch das Verhalten der Gesellschaftsorgane getäuschten Aktionär nur übrig, die Rechte, welche ihm in Angelegenheiten der Gesellschaft zustehen, nach Maßgabe der §§ 250, 254 ff., 266 ff., 268 ff., 271 ff. HGB. zu verfolgen, oder die Mitglieder der Gesellschaftsorgane persönlich wegen des ihm zugefügten Schadens in Anspruch zu nehmen, falls ein besonderer Rechtsanspruch hierfür besteht." (RG. 54 S. 191/2).

An diesem Grundsatz hat das Reichsgericht auch im 71. Bande S. 98/9 festgehalten, lehnt aber eine Ausdehnung dieses Grundsatzes auf Fälle ab, in denen die Beteiligung an der Aktiengesellschaft in anderer Weise als durch Zeichnung oder Übernahme des ursprünglichen oder des erhöhten Grundkapitals bewirkt wurde:

„Ist aber die Aktiengesellschaft mit ihrem ursprünglichen oder mit dem erhöhten Grundkapital ins Leben getreten, so verbietet zwar auch jetzt das Gesetz, daß durch Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern über Rückzahlung der geleisteten Einlagen oder über den Bezug von Zinsen in bestimmter Höhe oder durch Rechtshandlungen dieser Art das Grundkapital nachträglich seinem Zweck entfremdet wird (§§ 213, 215 HGB.). Dagegen kann der Gesetzgeber weder im allgemeinen noch im speziellen eine Vorsorge dagegen treffen, daß die Aktiengesellschaft bei ihrer Betätigung im Verkehrsleben keine Einbuße an ihrem Grundkapitale erleidet. Die Aktiengesellschaft muß im Rechtsverkehre genau ebenso behandelt werden, wie jedes andere Rechtssubjekt. Sie genießt keine Privilegien, auch nicht gegenüber ihren eigenen Aktionären. Tritt sie durch ihre Organe mit diesen in rechtsgeschäftlichen Verkehr oder wird sie ihnen aus unerlaubten Handlungen der Organe verpflichtet, so ist sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten ihnen gegenüber wie gegenüber jedem Dritten verbunden. Das Gesetz bietet keinen genügenden Anhalt für die Annahme, daß die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Verkehrsrechts im Verhältnis zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär jeweils da ausgeschlossen sein sollte, wo sie in ihrer Rückwirkung für den Vermögensbestand der Aktiengesellschaft einer völligen oder teilweisen Rückzahlung der Einlage des Aktionärs gleichkommt. Der Aktionär steht in diesen Fällen der Gesellschaft überall in seiner Eigenschaft als Gläubiger gegenüber, und die Gesellschaft kann seine Eigenschaft als Gläubiger und seine sich daraus ergebenden Rechte nicht dadurch beseitigen oder unwirksam machen, daß sie geltend macht, er sei zugleich ihr Gesellschafter.“

IV. Haftung juristischer Personen des öffentlichen Rechts für Schadenszufügungen von Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt.

Rechtsgrundlagen: § 839 BGB. Art. 77 E. G. z. BGB.

Preuß. Gesetz vom 1. August 1909: Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt.

Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten. Vom 22. Mai 1910. GBD. § 12.

A. Rechtslage vor den Gesetzen von 1909/1910.

1. In Preußen haftete der Staat nach der Kabinettsordre vom 4. XII. 1831 und der Verordnung vom 16. September 1867 (neue Provinzen) im Gebiete des ALR. und der neuen Provinzen nicht bei ungehöriger Ausübung oder Nichtausübung behördlicher amtlicher Funktionen. In der Rheinprovinz sowie in Elsaß-Lothringen galt jedoch der nach Art. 89 des UG. zum BGB. aufrecht erhaltene Art. 1384 des Code civil, wonach der Staat, die Gemeinden und andere Kommunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden hafteten. Für den Reichsfiskus galten jeweils diejenigen Rechtsgrundsätze, welche für den betreffenden Landesfiskus galten (RG. 54

§. 202). Diesem zersplitterten Rechtszustande machen für Preußen und das Reich die genannten Gesetze ein Ende.

2. Über den Begriff des „Beamten“ i. S. des § 839 BGB. führt das RG. im 79. Bande S. 86/7 aus:

„Zutreffend führt das Berufungsgericht aus, daß die gemäß dem preuß. Reglement für die öffentlich anzustellenden Feldmesser vom 2. III. 1871 veredigten und angestellten Feldmesser als solche nicht Beamte i. S. des § 839 B. sind. Vor dem Erlasse jenes Reglements sind die Feldmesser in Preußen allerdings im allgemeinen als Beamte angesehen worden, und zwar auch dann, wenn sie für Private arbeiteten. Nach den jetzt geltenden Bestimmungen haben sie jedoch die Eigenschaft eines Beamten, insbesondere eines öffentlichen Beamten, wie § 839 B. voraussetzt, nicht. Für den Begriff eines solchen Beamten ist im allgemeinen erforderlich, daß er zum Staate oder einer anderen öffentlichen Körperschaft in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse steht, daß er ihnen Dienste leistet. Ausnahmsweise wird allerdings auch solchen Personen, die nur für den Einzelnen tätig sind und dem Staate oder der Körperschaft unmittelbar ihre Dienste nicht widmen, die Eigenschaft eines Beamten beigelegt, wenn die Rücksicht auf öffentliche Interessen dies ratsam erscheinen läßt, wie den Notaren und Gerichtsvollziehern, sofern letztere nicht schon als besoldete Beamte in unmittelbarem Dienstverhältnisse zum Staate stehen. Um aber solchen Personen die Eigenschaft eines Beamten zuzuerkennen, genügt es nicht, daß die Ausübung des Berufes besonders geregelt und behördlicher Aufsicht untersteht ist, wie denn auch die Beamten-eigenschaft der Gerichtsvollzieher in §§ 155, 156 BGB., die der preußischen Notare in Art. 77 ff. des preuß. Ges. über die freiwillige Gerichtsbarkeit ausdrücklich ausgesprochen ist.“

B. Jegige Gestaltung. Haftung des Reichs.

1. Militärfiskus.

Er ist — mit Ausnahme Bayerns — nicht Landesfiskus, sondern Reichsfiskus.

So auch nach RG. 54 S. 201:

„Die Existenz eines Reichsfiskus als eines von der privatrechtlichen Persönlichkeit der Bundesstaaten verschiedenen Subjekts von Vermögensrechten ist auch in der Gesetzgebung positiv anerkannt.“

So hat das BGB. der Selbständigkeit dieses Rechtssubjekts auch in besonderen Bestimmungen Rechnung getragen, indem es dem Reichsfiskus unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf den Versteigerungserlös des Fundes und Erbrecht einräumt (§§ 981 Abs. 2, 1936 Abs. 2). Je nach der Sonderung der Fonds und der Ressortverwaltung ergibt sich auch für den Reichsfiskus die Gliederung in *stationes fisci*.

Daß seit dem Jahre 1873, wesentlich infolge des Reichsgesetzes vom 25. Mai 1873 über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauche einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände, in den Bundesstaaten mit Ausnahme Bayerns der Militärfiskus nicht als Landesfiskus, sondern als Reichsmilitärfiskus zu erachten ist, wird in der Literatur überwiegend angenommen und ist auch vom Reichsgericht in eingehender Begründung anerkannt.

Daß die Vertretung des Reichsmilitärfiskus den Kontingentsverwaltungen der einzelnen Bundesstaaten zukommt, ist anerkannten Rechts und vom Reichsgericht in mehrfachen Entscheidungen ausgesprochen.

Daß diese Vertretung in der preußischen Verwaltung, abgesehen von besonderen Anordnungen, in der Regel der Intendantur obliegt, ist gleichfalls in mehrfachen Entscheidungen des Reichsgerichts ausgeführt.“¹⁾

Der hier allein interessierende Teil der Entscheidung des R. G.'s im 20. Bande S. 150 ff. lautet:

„Die Entscheidung der Frage, ob die Intendantur eines preußischen Armeekorps befugt ist, den Reichsmilitärfiskus bezüglich der ihrer Verwaltung unterstellten Gegenstände im Prozesse zu vertreten, hängt zunächst von dem rechtlichen Verhältnisse ab, in welchem verfassungsmäßig die Militärverwaltung der Einzelstaaten zum Deutschen Reiche steht. Da das Königreich Bayern in dieser Beziehung eine hier nicht in Betracht kommende Sonderstellung einnimmt und andererseits die Militärverwaltung der übrigen deutschen Staaten, mit Ausnahme von Sachsen und Württemberg, durch die abgeschlossenen Militärkonventionen an Preußen übertragen ist, so wird hier nur die Stellung der Militärverwaltung in den drei Königreichen Preußen, Sachsen und Württemberg einer Erörterung zu unterziehen sein.

Dem Revisionskläger ist zunächst darin beizutreten, daß es keine Reichsmilitärverwaltung, sondern nur Kontingentsverwaltungen der Einzelstaaten gibt. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Satz schon daraus abgeleitet werden darf, daß in der Reichsverfassung die Militärverwaltung den Einzelstaaten nicht ausdrücklich entzogen ist; denn wenn man dies auch verneinen wollte, so führen doch die in der Reichsverfassung über das Militärwesen enthaltenen Bestimmungen und insbesondere der Art. 63 der Reichsverfassung mit Notwendigkeit zu der Annahme, daß nach der Absicht der vertragschließenden Staaten die Selbständigkeit der Militärverwaltung in den Einzelstaaten im Prinzip aufrecht erhalten werden sollte. Schon der Art. 63 Abs. 3 wäre schwer mit der gegenseitigen Annahme vereinbar, da es einer Hervorhebung der darin dem Kaiser vorbehaltenen oder eingeräumten Rechte nicht bedurft hätte, wenn das Landheer der unmittelbaren Verwaltung des Reichs hätte unterstellt werden sollen. Entscheidend ist aber . . . der Absatz 5 des gen. Artikels. Wenn dort bestimmt wird:

„Behufs Erhaltung der unentbehrlichen Einheit in der Administration, Verpflegung, Bewaffung und Ausrüstung aller Truppenteile des deutschen Heeres sind die bezüglich den künftig ergehenden Anordnungen für die preußische Armee den Kommandeuren der übrigen Kontingente durch den Art. 8 Nr. 1 bezeichneten Ausschuss für das Landheer und die Festungen zur Nachachtung in geeigneter Weise mitzuteilen,“ so läßt diese Bestimmung nur die Deutung zu, daß die Militärverwaltung der Einzelstaaten an sich eine selbständige ist und nur im Interesse der Einheit durch die hier gegebene Vorschrift eine Beschränkung erleiden sollte. Auch steht damit die tatsächliche Übung im Ein-

¹⁾ Nach RG. 77 S. 355 reicht jedoch die Zuständigkeit der Intendanturen nicht weiter als ihr Ressort. Wenn eine Angelegenheit nicht zum Geschäftsbereich der Intendantur gehört, ist die Zentralstelle der gesamten Militärverwaltung, das Kriegsministerium, auch zur Prozessvertretung berufen. Dies gilt nach RG. 77 S. 355 ff. für Entschädigungsklagen aus §§ 6, 10 des RG. betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. Juli 1904, nach RG. 88 S. 326 ff. für die Geltendmachung der Ansprüche aus dem Militärhinterbliebenengesetz, da die Versorgung der Militärhinterbliebenen in die Zuständigkeit der obersten Militärverwaltungsbehörde fällt und nach RG. 89 S. 257 ff. für Klagen, welche Hinterbliebene eines an den Folgen einer Dienstbeschädigung verstorbenen Offiziers auf Grund der §§ 839, 844 BGB. und des Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. Mai 1910 erheben.

klänge; es besteht keine oberste Reichsbehörde für Militärverwaltung, es gibt nur ein preußisches, sächsisches und württembergisches Kriegsministerium, welchem die Verwaltung der einzelnen Landeskontingente obliegt. Bedenken gegen diese Auffassung lassen sich auch nicht daraus entnehmen, daß in der Verordnung vom 23. Nov. 1874, betr. die Zuständigkeit der Reichsbehörden zur Ausführung des Gesetzes vom 31. März 1873 *rc.* (RGBl. S. 135) bezw. in dem dieser Verordnung angefügten Verzeichnisse der Reichsbehörden die Rgl. preußischen, sächsischen und württembergischen Kriegsministerien zu den obersten Reichsbehörden und die Korpsintendanturen zu den höheren, der obersten Reichsbehörde unmittelbar untergeordneten Reichsbehörden gerechnet werden. Diese Bezeichnung findet ihre Erklärung durch den § 159 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873, nach welchem die Ausführung dieses Gesetzes mittels einer vom Kaiser zu erlassenden Verordnung zu regeln war; durch die letztere sollten namentlich diejenigen Behörden näher bezeichnet werden, welche unter den in diesem Gesetze erwähnten Reichsbehörden verstanden sein sollen. Aus der in der genannten Ausführungsverordnung gewählten Bezeichnung lassen sich daher keine Schlüsse ziehen auf die staatsrechtliche Stellung der Behörden in ihren sonstigen Beziehungen zu den Einzelstaaten bezw. zum Reiche. Ebensovienig kann daraus etwa gefolgert werden, daß das Gesetz vom 25. Mai 1873 über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauche einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände sich, wie nicht zu bezweifeln ist (vgl. § 7 des Gesetzes), auch auf die Militärverwaltung bezieht. Denn durch § 1 des Gesetzes wird außer Zweifel gestellt, daß unter Reichsverwaltung im Sinne dieses Gesetzes nicht bloß die Amtszweige zu verstehen sind, welche sich in der eigenen und unmittelbaren Verwaltung des Reiches befinden, sondern daß durch diesen Ausdruck jede „aus Reichsmitteln zu unterhaltende Verwaltung“ hat umfaßt werden sollen.

Wenngleich hiernach angenommen werden muß, daß die Militärverwaltung, von den aus der Verfassung sich ergebenden Beschränkungen abgesehen, den Einzelstaaten als selbständiger Verwaltungszweig verblieben ist, so wird diese Verwaltung immerhin geführt auf Rechnung und Vertretung des Reiches.

Das Reich ist Eigentümer aller derjenigen Gegenstände, welche die Militärverwaltung der Einzelstaaten zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedarf. Vor dem obenerwähnten Gesetze vom 25. Mai 1873 war dies auch trotz der Schwierigkeit der juristischen Konstruktion bezüglich der beweglichen Sachen unbestritten. Es fand dies praktische Anerkennung von seiten des Bundesrats und des Reichstages insofern, als in den Hauptetats der Militär- und Marineverwaltung die Erlöse für Gegenstände, welche sich bei Gründung des Norddeutschen Bundes bezw. des Deutschen Reiches im Eigentum der Einzelstaaten bezw. des Bundes befanden, demnächst aber als unbrauchbar verkauft wurden, für die Bundes- bezw. Reichskasse in Einnahme gestellt wurden, während diese Erlöse ohne die Voraussetzung eines dem Bunde bezw. dem Reiche an jenen Gegenständen zustehenden Eigentumes der Bundes- bezw. Reichskasse nicht hätten zu gute gerechnet werden können.

Bezüglich der unbeweglichen Sachen war die Frage aber streitig, und zur Lösung der daraus entstehenden Schwierigkeiten wurde das Gesetz vom 25. Mai 1873 erlassen, nach dessen § 1 an allen dem dienstlichen Gebrauche einer verfassungsmäßig aus Reichsmitteln zu unterhaltenden Verwaltung gewidmeten Gegenständen das Eigentum und die sonstigen dinglichen Rechte,

welche den einzelnen Bundesstaaten zugestanden haben, dem Deutschen Reiche zuzustehen. — Daß nun bezüglich der im Eigentume des Reiches stehenden Sachen in Prozessen über dieselben das Reich als Eigentümer auch der richtige Kläger und Beklagte ist, ergibt sich ohne weiteres und wird auch mittelbar durch den § 1 Abs. 3 des erwähnten Gesetzes anerkannt. Was aber von den Sachen gilt, muß auch von den Forderungen und Verpflichtungen gelten, welche die Militärverwaltung erwirbt bezw. übernimmt, da es an einem Landesmilitärfiskus überhaupt fehlt. Die Kosten zur Bestreitung des Aufwandes für das Heer werden vom Reiche getragen, die Höhe der dafür erforderlichen Summe und die Art ihrer Verwendung wird durch den Reichshaushaltsetat festgesetzt und über die Verwendung der Gelder ist durch den Reichskanzler dem Bundesrate und dem Reichstage zur Entlastung jährliche Rechnung zu legen (Art. 62, 72 R.-Verf.); Ersparnisse fallen der Reichskasse zu. Angesichts dieser Bestimmungen scheint die Annahme geboten, daß durch die von der Militärverwaltung geschlossenen Verträge nur der Reichsfiskus berechtigt und verpflichtet wird. Es wäre auch staatsrechtlich nicht zu rechtfertigen, daß eine Staatsverwaltung, deren Einnahmen und Ausgaben nur im Reichsetat festgesetzt, im Landesetat aber gar nicht erwähnt werden, den Landesfiskus zu verpflichten befugt sein sollte. Es kann daher der gegenteiligen Ansicht, nach welcher formell der Landesfiskus verpflichtet, materiell aber das pekuniäre Resultat auf das Reich übertragen werden soll, nicht beigegeben werden.

Wenn nun anerkannt werden muß, daß die Militärverwaltung von den Einzelstaaten selbständig geführt wird, daß es aber andererseits keinen Landesmilitärfiskus, sondern nur einen Reichsmilitärfiskus gibt und daß die Militärverwaltung bezüglich ihrer Einnahmen und Ausgaben dem Reiche gegenüber Rechnung abzulegen hat, so läßt sich der Schluß nicht abweisen, daß die Einzelstaaten die Militärverwaltung zwar selbständig, aber für Rechnung und in Vertretung des Reiches führen. Die selbständige Verwaltung eines bestimmten Zweiges der Staatshoheitsrechte schließt aber notwendig auch das Recht zum Abschluß von Rechtsgeschäften, welche für die Zwecke der Verwaltung erforderlich sind, und nicht minder das Recht zur Prozeßführung in sich, da ohne diese Rechte, d. h. ohne die Möglichkeit, den Staatsfiskus in privatrechtlicher Beziehung nach außen zu vertreten, die Erfüllung der der Verwaltung obliegenden Aufgaben nahezu unmöglich wäre. Bei dem Mangel einer eigenen obersten Reichsmilitärverwaltung können diese Rechte aber auch nur von der Militärverwaltung der Einzelstaaten in Vertretung des Reiches ausgeübt werden. Wenn das Berufungsgericht dies unter Hinweis auf die privatrechtlichen Grundsätze über die Verwaltung eines fremden Vermögens verneint, so ist schon früher eine derartige Übertragung dieser privatrechtlichen Rechtsätze auf staatsrechtliche Verhältnisse vom Reichsgericht für unzutreffend erklärt. Es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß, wenn den Einzelstaaten die Militärverwaltung auf Rechnung und in Vertretung des Reiches verblieben oder übertragen ist, damit ihnen auch das Recht beigelegt ist, den Reichsfiskus im Kreise dieser ihrer Verwaltung nach außen hin und insbesondere in Prozessen zu vertreten. Dies ist auch mittelbar in der Reichsgesetzgebung anerkannt, indem überall, wo in Spezialgesetzen Anlaß gegeben war, auf diese Frage einzugehen, eine Entscheidung im vorstehenden Sinne getroffen worden ist (vgl. Militärpensionsgesetz vom 27. Juni 1871 § 116; Kanongesetz vom 21. Dezember 1871 §§ 34, 42; Gesetz über Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873 § 34). Diese Gesetze als Ausnahme von der Regel hinzustellen, oder als Spezialvollmachten zu betrachten,

erscheint unrichtig; sie müssen vielmehr als Ausflüsse der aus der Verfassung zu entnehmenden Rechtsnorm aufgefaßt werden, daß der Reichsmilitärfiskus durch die Landeskontingentsverwaltung vertreten wird. Die in den obengenannten Gesetzen enthaltene Bezeichnung der speziellen Behörde der Kontingentsverwaltung, welche den Reichsfiskus zu vertreten hat, ist offenbar zur Vermeidung von Zweifeln für zweckmäßig erachtet worden, wie denn auch in § 116 des Militärpensionsgesetzes vom 27. Juni 1871 die dort getroffene Anordnung nur in Ermangelung einer anderen landesgesetzlichen Bestimmung Geltung haben soll.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß nach der Reichsverfassung die Kontingentsverwaltungen der Einzelstaaten, vorbehaltlich der sich aus der Verfassung selbst regelnden Beschränkungen, zur selbständigen, wirtschaftlichen Verwaltung des Militärwesens und insbesondere zur selbständigen wirtschaftlichen Armeeverwaltung auf Rechnung und in Vertretung des Reiches berechtigt sind, daß sie in dieser Beziehung den Reichsfiskus (Reichsmilitärfiskus) sowohl beim Abschluße von Rechtsgeschäften, als im Prozesse zu vertreten befugt sind, und daß infolgedessen eine Vollmacht des Reichskanzlers zur Führung eines Prozesses bezüglich der dem Ressort der Militärverwaltung unterliegenden Gegenstände nicht erforderlich ist, vielmehr die Frage, welche spezielle Behörde die Landeskontingentsverwaltung in einem einzelnen Prozesse zu vertreten habe, in Ermangelung reichsgesetzlicher Bestimmungen nach dem Landesrechte beurteilt werden muß.“

Der Militärfiskus kann — soweit es sich um unerlaubte Handlungen von Militärpersonen handelt — nach §§ 31, 89, 823 oder § 831 BGB., oder aber nach § 839 BGB. und dem Reichsgesetz von 1910 haften, je nachdem es sich um rein militär-fiskalische Anordnungen oder Akte oder um Handlungen in Ausübung der Militärhoheit handelt. Im ersteren Falle haftet der Militärfiskus ausschließlich nach dem BGB. Hier ist die Entscheidung des RG.'s im 55. Bande S. 171 ff. von Bedeutung, welcher folgender Tatbestand zu Grunde lag:

„Am 26. Januar 1901 hatte der Leutnant J. im Auftrage des Vorstehenden der Feldgerätverwaltungskommission mit Glühzündern aus dem Feldgerätkastende des Pionierbataillons Nr. 17 eine Probe auf deren Brauchbarkeit vorgenommen. Dabei wurde eine Anzahl solcher Zünder im Hinterhofe der Kaserne versprengt, d. h. durch Einführung des elektrischen Stromes aus dem Glühzündapparat zum Explodieren gebracht. Die verbrauchten Zünder wurden auf Befehl des Leutnants von einem Pionier über den Zaun in das hinter dem Kasernenhofe gelegene Wäldchen geworfen. Unter den so beseitigten Zündern hatten sich aber, wie sich später herausstellte, mehrere befunden, die tatsächlich nicht explodiert waren. Am 9. März 1901 fand die elfjährige Tochter des Klägers J. K. am Wege, etwa 200 Meter von der Sprengstätte entfernt, zwei Blechkapseln — Zünder der erwähnten Art — die sie ihrem achtjährigen Bruder, dem Kläger E. K. gab. Als der letztere mit der einen Kapsel spielte, explodierte diese, wobei dem Knaben die linke Hand zerschmettert wurde. Die Kläger machten neben dem Leutnant K. auch den Reichsmilitärfiskus für den Schaden verantwortlich.“

In den Gründen führt das RG. (S. 174 ff.) aus:

„Was die Frage anlangt, ob die Tätigkeit des Beklagten J., infolge deren der Unfall eingetreten ist, als eine Ausübung der öffentlichen Gewalt i. S. des Art. 77 E. O. zum BGB. oder vielmehr als eine auf privatrechtlichem Gebiet liegende Handlung zu betrachten sei, so wäre allerdings das erstere anzunehmen, wenn hierbei nur ein auf die militärische Ausbildung der Truppen abzielender Akt, nur die Betätigung der Fürsorge für die Kriegstüchtigkeit des Heeres in Frage stände. Solche Handlungen bezw. Anordnungen von Seiten der Truppenkommandos erfolgen in direkter Ausübung des Militärhoheitsrechtes. Dahin gehören beispielsweise die Schießübungen, das Gefechtschießen der Truppen, Übungen der Pioniere im Schanzen- oder Brückenbau, im Mineurdienst u. Auch der Betrieb der, einen Teil der Militärverwaltung bildenden, militärtechnischen Einrichtungen, wie Artilleriewerkstätten, mag, soweit dieser Betrieb an sich in Betracht kommt, als ein Ausfluß des Militärhoheitsrechtes zu betrachten sein; so für die Frage, ob über einen Anspruch auf Unterlassung eines solchen Betriebes der Rechtsweg zulässig sei.

Davon wesentlich verschieden sind aber Anordnungen und Handlungen der Militärverwaltung, welche lediglich aus Anlaß der Ausübung eines Hoheitsrechtes erfolgen, jedoch ihrer Natur und Zweckbestimmung nach der staatlichen Vermögensverwaltung angehören, militäriska lische Anordnungen oder Akte. Bei diesen handelt es sich um privatrechtliche Angelegenheiten des Staates, und der Staat, also auch der Militäriskus, soweit er in privatrechtliche Beziehungen zu den Beteiligten tritt, untersteht auf diesem Gebiete den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Das gilt insbesondere hinsichtlich der vom Befehl dem Eigentümer oder Besitzer auferlegten Verantwortlichkeit wegen der durch seine Sachen verursachten Beschädigungen. Die Unterhaltungspflicht an Gebäuden und mit einem Grundstück verbundenen Werken, die Fürsorge bezüglich der Gefährdungen ausschließenden Beschaffenheit oder Behandlung von Eigentumsgegenständen überhaupt sind, sofern der allgemeine Verkehr und die Sicherheit derselben hiervon berührt werden, ein Erfordernis des bürgerlichen Verkehrs und Rechtslebens.

Eine privatrechtliche Haftung trifft den Fiskus, auch den Militäriskus, wofern er bei Verwahrung, Untersuchung, Bei- oder Wegschaffung der zu fiskalischen Beständen gehörigen Materialien die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Diese Haftung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die fraglichen Einrichtungen an sich im militärischen Interesse vorgenommen werden, während sie allerdings nicht Platz greift, soweit die Handhabung oder Verwendung fiskalischer Gegenstände — Waffen, Munition, Feldgerätes — unmittelbar eine Ausübung des eigentlichen militärischen Dienstes darstellt.

Im vorliegenden Falle trifft das letztere nicht zu. Die von dem Leutnant J. vorgenommenen Sprengungen geschahen nicht zum Zweck einer Truppenübung, sondern im Auftrage der Feldgeräteverwaltung, behufs Prüfung der Glühzündapparate auf die Brauchbarkeit der fiskalischen Bestände. Würste man, wie es die Revision will, die hierbei dem beauftragten Offizier obliegende Dienstverrichtung nach ihren einzelnen Teilen trennen, so würde in dem letzten Akte, der in der Beseitigung ausgebrauchter Glühzündbestand, gewiß keine Ausübung der Militärhoheit zu erblicken sein. Eine derartige Verfügung über fiskalische Gegenstände, Verrichtung oder Vereliktation derselben von Seiten der Militärverwaltung, hat mit der Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes nichts

mehr zu tun. Es erscheint indes nicht als zulässig, die in Frage stehende Tätigkeit in ihre einzelnen Teile zu spalten. Der dem Leutnant J. erteilte Auftrag ging dahin, die Prüfung der Glühzündapparate vorzunehmen, und erstreckte sich auf alle hierzu erforderliche einzelne Anordnungen oder Einrichtungen, ohne Zweifel also auch auf diejenigen, welche die Verwahrung der Gegenstände bei und nach der Prüfung, die Untersuchung und eventuell Beseitigung der ausgetragenen Zünder betrafen. Diese ganze einheitliche Tätigkeit aber bildete die Ausführung einer militärfiskalischen Anordnung und bewegte sich jedenfalls insofern auf privatrechtlichem Gebiet, als sie den Fiskus in Berührung mit dem allgemeinen Verkehr, dem Rechtskreise Dritter brachte. Hieraus ergab sich die (privatrechtliche) Pflicht des Militärfiskus zur Rücksichtnahme auf die Interessen anderer und auf die Sicherheit des Verkehrs. Die Sache liegt in dieser Beziehung nicht anders, als in dem vom Berufungsgericht in Gegensatz gestellten Fall, wenn der Fiskus Glühzündapparate kauft und bei der Abnahme prüft, um festzustellen, ob ihm gute und ordnungsmäßige Ware geliefert ist."

Weiter wird in dieser Entscheidung das Verhältnis der §§ 31, 89, 823 zu § 831 erörtert und dann weiter ausgeführt:

„Im gegebenen Falle war demnach nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, das entscheidend, ob die Kommission für die Feldgeräteverwaltung als ein zur Vertretung des Militärfiskus nach §§ 31, 89 B. verfassungsmäßiges berufenes Organ anzusehen sei Vielmehr kam es lediglich darauf an, ob der Leutnant J., in seiner Eigenschaft als Offizier und Mitglied der Feldgeräteverwaltung, in dienstlich zuständiger Weise zu dem fraglichen Geschäft, der Prüfung der Glühzündapparate, berufen war. Daß dies zutrifft, ergibt sich aber auch schon aus der von dem Chef des Ingenieur- und Pionierkorps erteilten Auskunft, wonach der Vorsitzende der Feldgeräteverwaltung befugt ist, ein Mitglied der Verwaltung mit der Vornahme einzelner Untersuchungen, insbesondere jener Prüfung, zu beauftragen. Diese Befugnis hat in der Militärverfassung des Reiches oder in den organisatorischen Bestimmungen für die Militärverwaltung, welche die Kompetenz der Behörden und Beamten (Offiziere) für die betreffenden Geschäftskreise regeln, ihre Grundlage und ist der genannten Kommission, jedenfalls mittelbar und in letzter Instanz, durch verfassungsmäßig berufene Vertretungsorgane des Staates zugewiesen. Der Leutnant J., welcher nur im Auftrage des Vorsitzenden der Kommission tätig zu sein hatte, kann nach der Art und dem Umfang dieser Tätigkeit zwar nicht selbst als ein Vertreter des Militärfiskus i. S. von §§ 31, 89 B. angesehen werden; wohl aber war er von dem Militärfiskus gemäß § 831 B. zu der Verrichtung einer Prüfung der Glühzündapparate bestellt, und in Ausführung dieser Verrichtung hat derselbe nach dem festgestellten Sachverhalte diejenige Handlung begangen, wodurch die Körperverletzung des Klägers E. R. herbeigeführt worden ist."

2. Marinefiskus.

Vertreten wird er in Prozessen durch die Marineintendanturen in Kiel und Wilhelmshaven bezw. die Kaiserlichen Werften in Danzig, Kiel und Wilhelmshaven. (Vgl. Gesch. Anw. f. d. Stationsintendanturen der Marine vom 9. Juli 1894 § 12 bezw. die Werftdienstordnung vom 5. August 1898 Teil I Abschn. I § 7 B. 2.) Für die Schäden, die durch einen Zusammen-

stoß mit Kriegsschiffen entstehen, haftet das Reich, sofern der Schaden vorsätzlich oder fahrlässig durch einen Marineoffizier zc. verursacht wurde, nach dem Reichsgesetz von 1910, sofern es sich um Ausübung von Hoheitsrechten handelt, z. B. bei Übungsfahrten der Kriegsschiffe, vorausgesetzt, daß die Verletzung einer dem Kommandanten zc. Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht in Frage steht, z. B. die Wahrung der Vorschriften des Seestraßenrechtes:

„Denn daß das Seestraßenrecht oder die für ein bestimmtes Revier bestehenden polizeilichen Vorschriften dem Kommandanten eines Kriegsschiffes eine „Amtspflicht“ auferlegen, „die ihm einem Dritten gegenüber obliegen“, kann einem Zweifel nicht unterliegen, da diese Vorschriften in erster Linie zum Schutze der allgemeinen Schifffahrt und zur Verhütung von Zusammenstößen erlassen sind“ (RG. 72 S. 350).

Zweifelhaft ist die Rechtslage bei marinefiskalischen Anordnungen, also die Haftung des Reiches bei Schadenszufügung in Ausführung privatrechtlicher Einrichtungen. Das Reichsgericht hat zwar im 72. Bande S. 350—353 die Anwendbarkeit des Art. 7 EG. zum HGB., welcher die Vorschriften der §§ 485 und 486 Abs. 1 Nr. 3 (über die Haftung des Reeders für Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung) sowie die §§ 734—739 HGB. über die Haftung im Falle des Zusammenstoßes von Schiffen — die nach § 474 HGB. an sich nur auf Schiffe, die zum Erwerb durch die Seeschifffahrt bestimmt sind — auch dann für anwendbar erklärt, wenn die Verwendung eines Schiffes zur Seefahrt nicht des Erwerbes wegen erfolgt, dagegen für Schadenszufügungen in Ausübung der Marinehoheit (die heute unter das RG. von 1910 fallen!) verneint, sich aber nicht darüber ausgesprochen, ob sie auch bei Schadenszufügungen durch marinefiskalische Akte anzuwenden sind, z. B. bei Beförderung von Mannschaften oder Gütern vom Lande an Bord oder umgekehrt.

Nach Herz (Gruchots Beiträge Bd. 55 S. 39 ff.) gilt im letzteren Falle das Handelsgesetzbuch (Art. 7 EG. zum HGB. und § 485 und § 486 Abs. 1 Nr. 3 sowie §§ 734—739 HGB.). Nur kann nach ihm ein Pfandrecht am Kriegsschiff, solange es sich in Dienst befindet, nicht geltend gemacht werden, während diese Beschränkung wegfällt, wenn das Schiff außer Dienst gestellt wird.

(So auch RG. 72 S. 352: „Die Zwangsvollstreckung in ein Kriegsschiff ist schlechthin ausgeschlossen . . . Die Kriegsschiffe dürfen im Staatsinteresse ihrer Aufgabe, der Verteidigung des Reiches und dem Schutze seiner Seeinteressen zu dienen, nicht entzogen werden.“)

Wegen des unbefriedigenden Ergebnisses des zunächst nicht durchführbaren Pfandrechts will Herz § 774 HGB., der dem Reeder ausnahmsweise zur Aufrechterhaltung seines Betriebs gestattet, gegen Belastung seines Landvermögens mit einer gleichwertigen Haftung des Seevermögens zu gefährden, entsprechend und stets anwenden:

„Bewirkt demnach bei anderen Seeschiffen die dem Reeder oder Eigentümer als besondere Vergünstigung gestattete Entsendung des Schiffes zu einer neuen Reise ausnahmsweise die beschränkte Haftung des Landvermögens, so muß hier, da das Reich seine Kriegsschiffe zu den täglichen Übungen gemäß ihrer öffentlichen Zweckbestimmung fortgesetzt von neuem in See sendet, gegenüber dieser dauernden, auf unwandelbaren öffentlich-rechtlichen Normen beruhenden Gefährdung des Schiffsvermögens die beschränkte Haftung des Landvermögens als die Regel gelten.“ (S. 51.) „Hiernach ist aber die Verweisung des Gläubigers auf das Schiffsvermögen ausgeschlossen, weil diese Beschränkung wohl als seehandelsrechtlicher Grundsatz, nicht aber als Ausnahme vom Regelfalle der Entsendung auf eine neue Reise in See einen Sinn hat. Der beschränkt-persönliche Ersatzanspruch des Verletzten gegen das Reich hat demnach den Eintritt einer neuen Reise nicht zur Veraussetzung“ (S. 52). (Die Höchstgrenze der Haftung ist der Wert des Schiffsvermögens zur Zeit der Entstehung der persönlichen Haftung).

Zum selben Ergebnis kommt — jedoch mit anderer Begründung: Pappenheim in Gruchots Beiträgen Bd. 56 S. 19 ff.

3. Postfiskus.

Der Postfiskus haftet nicht für Versehen der Postbeamten bei Zustellung gerichtlicher Schriftstücke nach den Bestimmungen der ZPD., wenn die Zustellung infolgedessen unwirksam wird. So RG. 57 S. 153/4 (die Entscheidung erging im Gebiet des rheinischen Rechts):

„Nun findet nach § 6 Abs. 5 des Reichspostgesetzes bezüglich gewöhnlicher Briefe eine Haftung der Post überhaupt nicht statt. Schriftstücke, die durch die Post nach den Bestimmungen der ZPD. zu stellen sind, bilden aber an sich, sofern sie nicht eingeschrieben werden, nur gewöhnliche Briefsendungen. Daran ändert nichts die zur Erbringung des Nachweises der Übergabe vorgeschriebene Aufnahme einer Zustellungsurkunde. Das dem gegenwärtigen Rechtsstreit zugrunde liegende Versehen des Postboten, das darin bestand, daß er entgegen der Vorschrift des § 169 Abs. 1 ZPD. das zuzustellende Schriftstück einem Angestellten der Klägerin — die selbst Arrestschuldnerin war — nicht in deren Geschäftslokal, sondern im Postgebäude zu G. übergab, und das den Postboten selbst allerdings nach Art. 1382 Code civil verantwortlich machte, ist daher nicht ein solches, für welches die Verwaltung nach dem Postgesetze haftet, und dadurch wird auch ihre Haftbarkeit auf Grund des Art. 1384 Code civil ausgeschlossen. Es ist zwar noch von der Revisionsklägerin, wie auch in den Vorinstanzen geltend gemacht worden, durch das Postgesetz von 1871 habe nicht die Verantwortlichkeit für die erst durch die ZPD. eingeführten Zustellungen ausgeschlossen werden können. Dagegen hat indessen bereits das Oberlandesgericht mit Recht darauf hingewiesen, daß sowohl in Preußen als auch in anderen Staaten die gleiche Einrichtung — Insinuation gegen Behändigungsschein — bei Erlass des Postgesetzes von 1871 und auch des preußischen Gesetzes von 1862 längst bestand, und daß diese Gesetze auch auf jenen Geschäftszweig der Postverwaltung, der übrigens in § 50 Ziff. 6 des Postgesetzes ausdrücklich erwähnt wird, bezogen werden müssen. Daß die Zustellungen nunmehr auf Grund eines anderen Gesetzes erfolgen, hat an der Rechtslage nichts geändert, zumal da die neuen Formvorschriften im wesentlichen mit den früheren übereinstimmen.“

C. Haftung Preußens.

1. Haftung des Justizfiskus.

Prozeßvertretung: Der Oberstaatsanwalt, in Kostensachen der Rendant der betreffenden Gerichtskasse. (Allgem. Verf. des Justizm. vom 23. Mai 1885).

a) Aber die Haftung des Justizfiskus wegen vorschriftswidriger ärztlicher Behandlung von Strafgefangenen führt das RG. im 78. Band S. 326ff. aus:

„Bei der Strafvollstreckung handelt der Staat zweifellos in Ausübung eines Hoheitsrechts, in Ausübung seiner obrigkeitlichen Gewalt. Es fragt sich nur, ob die ärztliche Behandlung, die der Staat dem in der Strafanstalt befindlichen Gefangenen durch den Anstaltsarzt zuteil werden läßt, ebenfalls in Ausübung eines Hoheitsrechts erfolgt. Diese Frage ist zu bejahen. Denn die Verpflegung der Gefangenen im weitesten Sinne, also Ernährung, Bekleidung und ärztliche Behandlung in Krankheitsfällen, gehört mit zum Strafvollzuge, bildet einen Teil des Strafvollzuges Daran ändert es auch nichts, daß die ärztliche Behandlung der Strafgefangenen, für sich allein betrachtet, als ein Akt staatlicher Fürsorge erscheint. Denn . . . die Ausübung eines Hoheitsrechtes besteht nicht notwendig in der Ausübung eines staatlichen Zwangsrechtes, vielmehr kann die Ausübung eines Hoheitsrechtes auch in einem Akte des staatlichen Schutzes, der staatlichen Fürsorge liegen. Der Strafvollzug spaltet sich in eine Reihe von auf einen Zweck gerichteten einzelnen Handlungen. Alle fallen aber in den einen Bereich der öffentlichen Autorität und Gewalt. Eine Betätigung dieser liegt also auch dann vor, wenn die betreffende einzelne Handlung oder Unterlassung nicht unmittelbar auf die Ausübung eines Zwanges gerichtet ist. Daher ist es nicht zulässig, eine einzelne Äußerung der öffentlichen Gewalt, weil sie für sich allein keinen Zwangscharakter trägt, nicht mehr als die Ausübung eines Hoheitsrechtes anzusehen. Auch die ärztliche Behandlung eines Gefangenen, die nur aus Anlaß und in engster Verbindung mit dem Strafvollzuge erfolgt, die der Wiederherstellung der Gesundheit des Gefangenen und damit auch dem Strafvollzuge dient, teilt daher dessen Charakter als Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes.

Die einzelnen Tätigkeiten des Staats beim Strafvollzuge lassen sich auch nicht in der Weise von einander trennen, daß man einige davon, wie z. B. die Verwahrung der Gefangenen an sich und vielleicht auch deren Beschäftigung, als Ausübung eines Hoheitsrechtes, andere dagegen, z. B. die Verpflegung, als eine fiskalische Tätigkeit, als Teilnahme des Staates als juristische Person am Geschäftsverkehre, als Ausführung einer privatrechtlichen Verrichtung ansieht. Denn alle diese Handlungen dienen dem einen Zwecke des Strafvollzuges, sie werden in ihrem Charakter sämtlich durch diesen Zweck bestimmt und gehören deshalb auch sämtlich dem Bereiche der Ausübung eines Hoheitsrechtes des Staates an. Die Verpflegung der Gefangenen gehört nach ihrer Natur und nach ihrer Zweckbestimmung nicht der staatlichen Vermögensverwaltung an, sie ist keine privatrechtliche Verpflichtung. Ist dies richtig, so ergibt sich damit zugleich auch, daß es sich um einen in Ausführung der amtlichen Tätigkeit, nicht um einen nur gelegentlich der Ausführung der amtlichen Tätigkeit verursachten Schaden handelt. Der Revision ist zuzugeben, daß gelegentlich der Ausübung der öffentlichen Gewalt des Staates ein privatrechtliches Verhältnis entstehen kann, wie es in dem von der Revision herangezogenen Falle der Entsch.

des RG.'s Bd. 51 S. 219 angenommen worden ist, wonach der Staat für den Verlust von Gegenständen privatrechtlich haftet, die eine Partei in einem Rechtsstreite auf Anordnung des Richters auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt hat. Ebenso ist das Verhältnis, das zwischen dem Staate und dem Strafgefangenen dadurch entsteht, daß die Gefängnisverwaltung dem Gefangenen bei dessen Eintritt in die Strafanstalt die Kleidungsstücke, Geld und andere Gegenstände ab und in Verwahrung nimmt, als ein privatrechtliches Rechtsverhältnis nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Gleiches gilt . . . , wenn sich die Strafanstalt wegen Beschäftigung der Gefangenen mit gewerblichen Unternehmern in Verbindung setzt. Es wird hierdurch ein privatrechtliches Verhältnis in Beziehung auf die Arbeitstätigkeit des Gefangenen geschaffen, woraus dem Staate als Vermögenssubjekt, als Fiskus, Rechte und Pflichten entstehen. Ebenso steht eine privatrechtliche Wirkung der Beschäftigung der Gefangenen in Frage, wenn etwa durch den Arbeitsbetrieb dritte Personen, nicht die Gefangenen, beschädigt werden. In solchen Fällen kann nur davon gesprochen werden, daß die Schadenszufügung im Zusammenhang mit der Ausübung des Hoheitsrechts, bei Gelegenheit und aus Anlaß der Tätigkeit der öffentlichen Gewalt des Staates, erfolgt ist; nicht in Ausübung der öffentlichen Gewalt. Gegen den Gefangenen selbst aber tritt der Staat in der Strafvollstreckung, also auch bei ärztlicher Behandlung während und zum Zwecke des Strafvollzuges, nur als öffentliche Gewalt, als Staatshoheit, in keiner Weise als vermögensrechtliches Subjekt, als Träger privater Rechte und Pflichten, als Fiskus auf; der Gefangene ist es, gegen den sich gerade allein die öffentliche Gewalt als solche richtet. . . .

Der hiermit vertretene Standpunkt steht auch nicht etwa im Widerspruch damit, daß, wie der 6. Zivilsenat (RG. 65 S. 117) hervorgehoben hat, der Anspruch auf Ersatz des durch die Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht entstehenden Schadens regelmäßig im geordneten Rechtswege zu verfolgen und nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen ist und daß auf das Rechtsverhältnis der Parteien, soweit sich aus dem Gesetze nicht ein anderes ergibt, die Vorschriften des BGB.'s anzuwenden sind. Der Staat kann allerdings, wenn er auf Ersatz des Schadens in Anspruch genommen wird, den seine Beamten durch Vernachlässigung ihrer Dienstobliegenheiten Dritten zugefügt haben, keine gesonderte Rechtsstellung um deswillen beanspruchen, weil den Beamten die von ihnen verletzte Pflicht als öffentlich-rechtliche obliegt. Wird bei der Handhabung dieser Obliegenheit diejenige Sorgfalt außer acht gelassen, welche im Rechtsleben nach dem bürgerlichen Gesetze zu beobachten ist, so muß sich auch der Staat die Beurteilung der Handlungsweise seiner Beamten nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (§§ 276, 823 BGB.) gefallen lassen, wie seine eigene Haftung für diese den allgemeinen Vorschriften der §§ 31, 89, 831 BGB. untersteht Dies gilt aber nur, wenn es sich um die Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht auf einem Gebiete handelt, auf dem nicht ausschließlich die Ausübung eines Hoheitsrechts in Frage steht. Das ist namentlich der Fall in allen Verhältnissen gemischter Natur und insbesondere hinsichtlich der Verwahrung und Benutzung der öffentlichen Sachen und der öffentlichen Anstalten. Der Schaden, der dadurch verursacht wird, daß Verpflichtungen verletzt sind, die einer Körperschaft des öffentlichen Rechts in Ansehung einer dem Gemeingebrauche gewidmeten Sache, eines zum dienstlichen Gebrauche bestimmten Grundstücks, Gebäudes oder einer solchen beweglichen Sache oder einer öffentlichen Verkehrsanstalt als Eigentümer, Besitzer, Bau-

herren oder Unternehmer obliegen, ist allerdings als in Ausführung privatrechtlicher Verrichtungen zugefügt anzusehen. So fallen z. B. Anordnungen und Handlungen, die nur aus Anlaß der Ausübung eines Hoheitsrechts erfolgen, jedoch ihrer Natur und Zweckbestimmung nach der staatlichen Vermögensverwaltung angehören, wie die Verwahrung, Untersuchung, Bei- oder Wegschaffung der zu den fiskalischen Beständen gehörenden Materialien als militärfiskalische Akte unter den Begriff der privatrechtlichen Verrichtungen (RG. 55 S. 171). Ebenso haftet der Staat nach den Vorschriften des BGB.'s als Eigentümer eines Gerichtsgebäudes wegen eines durch die schlechte Beschaffenheit einer Einrichtung verursachten Schadens nach den Vorschriften des BGB.'s, ferner als Eigentümer eines Bahnhofes, als Betriebsunternehmer der Staatseisenbahnen, als Straßenzubauer. Anders ist dies dagegen, wenn es sich um einen von dem Beamten lediglich in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zugefügten Schaden handelt. Dann tritt eine Haftung des Staates nur ein, wenn das Landesrecht, auf das Art. 77 EG. zum BGB. verweist, eine solche für den von dem Beamten verursachten Schaden zuläßt.

b) Auch dann, wenn einem Gefangenen bei industrieller Zwangsarbeit in einer Strafanstalt ein Schaden durch Verschulden eines Beamten zugefügt wird, haftet der Staat nach § 839 BGB. bezw. dem preuß. Gesetz von 1909.

(Die Direktion einer Strafanstalt hatte mit einer Firma einen Vertrag geschlossen, nach dem der Firma die Arbeitskräfte von Gefangenen für ihren Fabrikbetrieb zur Verfügung gestellt wurden, die Firma diese gegen bestimmte, an die Strafanstalt zu zahlende Tageslöhne zu beschäftigen sich verpflichtete. Die Arbeit wurde in den Anstaltsräumen unter Aufsicht der Beamten verrichtet. Ein Gefangener wurde dabei durch eine Maschine verletzt und nahm den Staat auf Schadenserlag in Anspruch):

„Das Verfassungsgericht verkennet nicht, daß Zuchthaussträflinge wesentlich unter den Zwecken der Strafe und ihres Vollzuges auf Grund des § 15 Str. GB. zwangsweise beschäftigt werden, und daß daher die Beschäftigung des Klägers durch die Strafanstaltsdirektion an sich in Ausübung der öffentlichen Gewalt, vom vollstreckenden Arme des Staats erfolgt ist. Aber es nimmt in Übereinstimmung mit dem Landgericht an, daß es sich im gegebenen Falle mit Rücksicht auf den zwischen dem Staat und der Firma S. geschlossenen Vertrag über die Beschäftigung von Gefangenen hier nicht um die eigentliche Verwaltung des Staates, sondern um eine auf Erwerb gerichtete, privatrechtliche Tätigkeit derselben handle. Daran ändere es auch nichts, daß die von den Unternehmern der Strafanstalt vertragsmäßig zu zahlenden Beträge für letztere keinen Gewinn übrig ließen, ja selbst deren Kosten für die Verpflegung der Gefangenen zc. nicht deckten; denn wenn die Strafanstaltsverwaltung diese Einnahme nicht hätte, müßte sie umso mehr aus Staatsmitteln aufwenden. Die Beschäftigung von Sträflingen für fremde Rechnung gegen eine an die Anstalt zu zahlende Vergütung sei nicht als Ausfluß eines staatlichen Hoheitsrechts anzusehen; sie habe privatrechtliche Charakter.

Diese Ausführungen sind für zutreffend nicht zu erachten. Es ist gewiß richtig, daß auch der Strafvollzug, die Verpflegung und Beschäftigung der Gefangenen, privatrechtliche Verträge erforderlich macht, und wenn die Strafanstalt die Gefangenen nicht in eigener Regie beschäftigt, sondern sich mit gewerb-

lichen Unternehmern deswegen in Verbindung setzt, ist es natürlich, daß sie für die Gewährung der Arbeitskräfte und Arbeitsräume eine Vergütung sich zahlen läßt. Den Unternehmern gegenüber wird hierdurch ein privatrechtliches Verhältnis in Beziehung auf die Arbeitstätigkeit der Gefangenen geschaffen, aus welchem dem Staate als Vermögenssubjekt, als Fiskus, Rechte und Pflichten entstehen. Ebenso ist es unabweisbar, daß eine privatrechtliche Wirkung der Beschäftigung der Gefangenen in Frage steht, wenn etwa durch den Arbeitsbetrieb dritte Personen, nicht die Gefangenen, beschädigt werden; in solchen Fällen kann nur davon gesprochen werden, daß im Zusammenhange mit der Ausübung des Hoheitsrechtes, bei Gelegenheit und aus Anlaß der Tätigkeit der öffentlichen Gewalt des Staates die Schadenszufügung erfolgt ist, nicht in Ausübung der öffentlichen Gewalt.

Dem Gefangenen gegenüber kamen aber, wenn er zum Zwecke der Strafvollstreckung zu einer bestimmten Beschäftigung angehalten wird, für den Staat keinerlei privatrechtliche Gesichtspunkte in Frage; gegen ihn tritt der Staat in der Strafvollstreckung und in der Zuweisung der Arbeit zum Zwecke des Strafvollzugs nur als öffentliche Gewalt, als Staatshoheit, in keiner Weise als vermögensrechtliches Subjekt, als Träger privater Rechte und Pflichten, als Fiskus auf; der Gesichtspunkt des Erwerbes tritt ihm gegenüber vollständig zurück. Der Gefangene ist es, gegen den gerade allein die öffentliche Gewalt als solche sich kehrt, und die Verträge mit Gewerbeunternehmern, die selbst privatrechtlicher Natur sind, werden doch nur geschlossen, damit der Staat der öffentlich-rechtlichen, durch das Gesetz begründeten Pflicht, die Gefangenen zwangsweise zu beschäftigen, genügen kann. Wenn deshalb ein Beamter in seiner Tätigkeit im Dienste der Strafvollstreckung vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit einem Gefangenen widerrechtlich einen Schaden zufügt, so ist der Fall des Art. 77 EG. zum BGB. gegeben. Der Beamte selbst wird aus solcher Handlung dem Beschädigten auf Grund der §§ 839, 841 B. zum Schadensersatz verpflichtet; ob auch der Staat für das Verschulden des Beamten und den durch dieses verursachten Schaden einzustehen hat, entscheiden die Landesgesetze.“ (RG. 56 S. 219/220).

Aber die letzte Frage, ob der Beamte neben dem Staate haftet, vgl. die Entscheidungen zu § 6 E.

c) Haftung des Justizfiskus für Testamentsrichter.

Hierüber führt das RG. 69 S. 275/6 aus:

„Mit Recht bekämpft die Revision die Annahme des Berufungsgerichts, daß der § 2262 B., welcher lediglich davon spreche, daß die Beteiligten in Kenntnis zu setzen seien, in seiner Ausdrucksweise begrifflich nichts weiter bedeute, als eine Benachrichtigung Beteiligten, deren genaue urkundliche Kennzeichnung vorausgesetzt sei, und daß die Bekanntgabepflicht aus § 2262 B. eine Nachforschungspflicht nach dem Aufenthalt unbekannter Beteiligten, welche bei Eröffnung des Testaments nicht zugegen gewesen, nicht in sich schließe. Dieser Annahme steht in gleicher Weise Wortlaut wie Zweck der in § 2262 B. getroffenen Bestimmung entgegen. Der Wortlaut beschränkt die Pflicht des Nachlassrichters zur Inkenntnissetzung der Beteiligten nicht auf diejenigen, die urkundlich so genau gekennzeichnet sind, daß er die Benachrichtigung ohne jede weitere Erkundigung nach ihrem derzeitigen Aufenthalt ausführen kann; der Wortlaut stellt die Pflicht ohne Ausnahme auf gegenüber jedem Beteiligten, der als solcher erkennbar ist, unter der alleinigen Voraussetzung, daß er bei

Eröffnung des Testaments nicht zugegen gewesen ist. Der Zweck der Bestimmung, der auf den Schutz der Interessen der Beteiligten geht, wird offensichtlich nur in unvollkommenem Maße erreicht, wenn die Inkennntnisfestungspflicht sich auf den Kreis der Beteiligten beschränkt, deren Aufenthalt ohne weitere Erkundigung dem Nachlassrichter bekannt ist. Die Pflicht des Nachlassrichters, welche der § 2262 B. ihm auferlegt, schließt daher für den Fall, daß der Aufenthaltsort der in Kenntnis zu setzenden Beteiligten weder urkundlich gekennzeichnet noch ohnehin ihm bekannt ist, die Pflicht zur Erkundigung nach denselben, ohne daß es einer ausdrücklichen Vorschrift bedarf, als Selbstfolge in sich. In welcher Weise die Erkundigungspflicht im gegebenen Falle auszuüben ist, unterliegt dem sachverständigen Ermessen des Nachlassrichters. Im Zweifel wird, nach erfolgloser Anfrage bei den ihrem Aufenthalt nach bekannten und unschwer erreichbaren leghwillig Bedachten, von denen eine Auskunft den Umständen nach zu erwarten ist, eine Nachfrage bei der Polizeibehörde am Orte des letzten Domizils des Erblassers oder am Orte des leghbekannten Aufenthalts des Beteiligten event. eine Bekanntmachung durch die Zeitung, falls der Wert der Kenntnisaufnahme für den Beteiligten entsprechend ist, und die Kosten den Nachlass nicht unverhältnismäßig belasten, genügen."

d) Haftung des Justizfiskus für den Vollstreckungsrichter.

Hierüber führt das RG. 62 S. 352/3 aus:

„Die Ausführung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte dadurch, daß er den im Auftrage der Klägerin verhafteten Restaurateur F., ohne auf die Ergänzung des von diesem vorgelegten, in betreff seiner Außenstände nur den Vermerk „100 M.-Forderungen“ enthaltenden Vermögensverzeichnisses hinzuwirken, mit dem Offenbarungseide belegte und aus der Haft entließ, fahrlässig eine ihm der Klägerin gegenüber obliegende Amtspflicht verlegt hat, wird zu Unrecht von der Revision angegriffen mit dem Einwand, daß von einer sorgfältigen Prüfung, ob Grund und Beweismittel in betreff der Forderungen gemäß § 807 ZPO. angegeben sind, schon bei der Menge der sich in der Regel zusammendrängenden Termine nicht die Rede sein könne, daß aber auch der Richter davon ausgehen dürfe, daß die Partei selbst eventuell eine nähere Substantiierung des Verzeichnisses mit Leichtigkeit werde herbeiführen können, da die Schuldner keinen Grund hätten, nach Leistung des Eides die nähere Substantiierung des beschworenen Verzeichnisses abzulehnen. Nach Maßgabe des § 807 ZPO. ist der Schuldner verpflichtet, in betreff seiner Forderungen den Grund und die Beweismittel zu bezeichnen. Diese Verpflichtung nötigt ihn für den Fall, das er zur Angabe des Grundes oder der Beweismittel sich außer Stande sieht, zur Bezeichnung des Hindernisses. Das ergibt sich als Selbstfolge aus dem seiner Verpflichtung unterliegenden Zweck, dem Gläubiger die Prüfung, ob er Zwangsvollstreckungsanträge bezüglich der Forderungen mit Erfolg stellen kann, zu ermöglichen. Ein Vermögensverzeichnis, welches in betreff der Forderungen Grund und Beweismittel nicht anführt, ohne die Nichtanführung zu begründen, ist daher, gleich dem Verzeichnis, in dem der Ort, an dem sich die benannten Sachen befinden, ohne Begründung nicht angegeben ist, als das vom Gesetz verlangte Verzeichnis nicht zu erachten. Die Vorlegung des ordnungsmäßigen Vermögensverzeichnisses ist Vorbedingung der Eidesleistung in der Weise, daß das Gericht zur Eidesabnahme nicht schreiten darf, solange solches nicht vorliegt; denn der dem Gläubiger durch § 807 ZPO. gewährte Prozeßanspruch hat die Verpflichtung des Schuldners,

die Richtigkeit des Vermögensverzeichnisses durch assertorischen Eid zu bestätigen, zum Inhalt. Die Verletzung der Amtspflicht, welche dem Beklagten sonach zur Last fällt, gereicht ihm zur Fahrlässigkeit nicht minder in dem Falle, daß er an dem Tage, an dem der Schuldner die Eidesabnahme beantragte, eine sehr erhebliche Zahl von Offenbarungseiden abzunehmen hatte. Auch bei nur oberflächlicher Prüfung des kurz gehaltenen Vermögensverzeichnisses war der ihm anhaftende Mangel nicht zu übersehen."

e) Keine Haftung des Justizfiskus für unzulässige Haftbefehle.

Haftbefehle fallen nicht in den Bereich der im § 839 Abs. 2 vorgesehenen „Urteile“. Vgl. hierzu RG. 62 S. 369/370:

„Die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesvorschrift scheidet sie davon aus. Die bei der 3. Beratung im Plenum des Reichstages gepflogenen Verhandlungen, welche zur Folge gehabt haben, daß die in der Reichstagsvorlage enthaltenen, von der Reichstagskommission unbeanstandet gelassenen Worte „bei der Entscheidung einer Rechtsache“ dem von seiten eines Abgeordneten gestellten Antrag gemäß durch die Worte „bei dem Urteil in einer Rechtsache“ ersetzt wurden, nötigen zu der Folgerung, daß die Abänderung der Vorlage vom Reichstag gewollt ist, um die Sonderstellung des Spruchrichters in Ansehung seiner Haftpflicht auf einen Kreis von Entscheidungen zu beschränken, zu dem Haftbefehle und Verfügungen über Beschlagnahme jedenfalls nicht gezählt werden können, und daß, insofern es zur Ausschließung der Beschlüsse dieser Art geboten erscheint, der Ausdruck „Urteil“ im Anschluß an die Terminologie der Straf- und Zivilprozessordnung gebraucht ist. Die vom Reichstag beschlossene Abänderung ist vom Bundesrat an- und in das Gesetz übernommen; als ausgesprochener Wille des Gesetzgebers muß daher gelten, daß die Sonderstellung des Spruchrichters auf Haftbefehle sich nicht erstreckt. . . .

Die Feststellung, daß der Angeeschuldigte der ihm zur Last gelegten Handlung dringend verdächtig ist, unterliegt dem subjektiven Ermessen in weit höherem Grade, als die Feststellung, daß die Handlung erwiesen ist; zur Annahme, daß der Richter zur Verhaftung geschritten ist, ohne daß dringender Verdacht vorlag, bedarf es daher regelmäßig des Nachweises, daß überhaupt keine objektiven Verdachtsgründe gegeben waren, oder daß der Richter unter Außerachtlassung der gebotenen Umsicht und Vorsicht Umstände nicht berücksichtigt hat, die zur Befreiung des Verdachts offensichtlich hätten führen müssen."

f) Haftung des Justizfiskus für Grundbuchrichter.

Rechtsgrundlage: § 12 GBD.

Aber die Bedeutung des § 12 GBD. und sein Verhältnis zu § 839 BGB. führt das RG. 72 S. 329/330 aus:

„In seinem entscheidenden Teile überträgt § 12 GBD. „die im § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit“, insoweit Amtspflichtverletzungen eines Grundbuchbeamten (als solchen) in Frage kommen, von dem Beamten auf den Staat. Darin liegt auch nach den Vorarbeiten des Gesetzes seine ganze Bedeutung. In bezug auf die Voraussetzungen und den Inhalt der Haftung, insbesondere auch in bezug auf die Person des Berechtigten, bestimmt er nichts vom § 839 B. Abweichendes. In seinem Eingange vermeidet er es allerdings, im Anschluß an diesen Paragraphen, von einer Verletzung der dem Grund-

buchbeamten „einem Dritten gegenüber“ obliegenden Amtspflicht zu sprechen. Durch die allgemeinere Fassung sollte aber — nach der Denkschrift — nur klargestellt werden, daß im Sinne des § 839 sämtliche Amtspflichten des Grundbuchbeamten Pflichten sind, die ihm einen Dritten gegenüber obliegen. Diese Abweichung brachte es mit sich, daß man die im Nachsage des § 839 stehenden, auf den „Dritten“ in seinem Vorderzuge verweisenden Worte „dem Dritten“ nicht beibehalten konnte und durch den „Beteiligten“ ersetzte. Für die Annahme aber, daß hierdurch der Kreis der Entscheidungsberechtigten sachlich anders bestimmt werden sollte, als im § 839, fehlt jeder Anhalt. Ein solcher ergibt sich namentlich nicht aus jenem für die abweichende Fassung des Vorderzuges maßgebend gewesenen Grunde. „Beteiligter“ im Sinne des § 12 GBO. ist vielmehr, entsprechend dem § 839, der Dritte, dem gegenüber dem Grundbuchbeamten die verletzte Amtspflicht obliegt.

Die gemäß § 839 zu stellende Frage, wem gegenüber dem Beamten eine Amtspflicht obliegt, läßt sich der Natur der Sache nach nur im Hinblick auf die besondere Art der dem Beamten zur Amtspflicht gemachten Tätigkeit, unter Berücksichtigung des Zweckes und der Interessen, denen sie dienen soll, beantworten.

Die dem Grundbuchbeamten durch die Grundbuchordnung zugewiesene Tätigkeit dient, wie die ganze Grundbucheinrichtung, dem rechtsgeschäftlichen Verkehr auf dem Gebiet des Liegenschaftsrechts. Von ihrer pflichtmäßigen Ausübung hängt die Sicherheit dieses Verkehrs ab. Die Amtspflicht, die gehörige Sorgfalt auf sie zu verwenden, liegt dem Grundbuchbeamten demgemäß auch nicht nur demjenigen gegenüber ob, auf dessen Antrag er tätig geworden ist oder tätig werden soll, sondern allen denjenigen gegenüber, die in betreff der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse auf jenem Gebiet auf die pflichtmäßige, insbesondere pünktliche Ausübung der Tätigkeit angewiesen sind.“

Keine Fahrlässigkeit des Grundbuchbeamten liegt vor, wenn er bei streitigen Rechtsfragen nicht die Ansicht des Reichsgerichts trifft, sofern dieses sich noch nicht hierzu geäußert hat. Im übrigen muß der Grundbuchrichter die Entscheidungen des Reichsgerichts „als der für die Praxis maßgebenden (!) höchsten Instanz“ kennen (RG. 60 S. 395 und 59 S. 388). Fahrlässige Amtspflichtverletzung liegt dagegen bei Nichtbeobachtung des § 17 GBO. wie bei Nichtbeobachtung der Rangverhältnisse der Eintragungen vor (RG. 57 S. 279).

Die Frage, ob der Grundbuchrichter außer dem Entwurfe des Gerichtsschreibers auch noch die Ausfertigung der Urkunden, z. B. eines Hypothekenbriefes selbst zu prüfen habe, bejaht das RG. im 77. Bande S. 423 ff.:

„Die Pflichtverletzung der Beklagten (Amtsrichter T. — der Fiskus nahm Regreß gegen ihn!) ist mit Recht darin gefunden worden, daß er die Ausfertigung des der Sparkasse erteilten Hypothekenbriefes weder mit dem Inhalt des Grundbuchs noch mit dem Entwurfe des Grundbuchführers verglichen, daß er vielmehr den Hypothekenbrief der Sparkasse hat zugehen lassen, ohne sich von der Richtigkeit seines Inhalts überzeugt zu haben. Wenn der Beklagte meint, er habe nur die Pflicht gehabt, die Richtigkeit des Entwurfs zu prüfen, während für die Richtigkeit der nach dem Entwurfe her-

gestellten Ausfertigung nur der Grundbuchführer einzustehen habe, so ist das mit dem Gesetze nicht vereinbar. Da Art. 7 preuß. Ausf.-Ges. zu G.B.D. ausdrücklich vorschreibt, daß die Hypothekenbriefe usw. von dem Richter und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben sind, so läßt sich nicht bezweifeln, daß das Gesetz die Verantwortlichkeit für die Angaben der Urkunde nicht nur dem Gerichtsschreiber, sondern auch dem Richter hat aufbürden wollen, und daß es demgemäß auch ihm eine selbständige Prüfungspflicht aufgelegt hat. Eine solche Regelung mußte im Hinblick auf die große Wichtigkeit, die der Hypothekenbrief für den Verkehr hat und haben soll, geradezu als geboten erscheinen. Denn bestimmungsgemäß soll der Hypothekenbrief eine öffentliche Auskunft nicht nur über das Bestehen des Rechtes überhaupt, sondern auch über alle seiner Sicherheit dienenden Umstände geben und so schließlich das Einsehen des Grundbuchs selbst für den Verkehr überhaupt entbehrlich machen. Und daß der Hypothekenbrief diesen Aufgaben umso besser zu genügen vermag, wenn sich jeder Betheilte darauf verlassen kann, daß auch die Richtigkeit der in Verkehr gesetzten Ausfertigung nicht nur vom Gerichtsschreiber, sondern auch vom Grundbuchrichter geprüft worden ist, leuchtet ohne weiteres ein. Daß in die Ausfertigung auch dann eine unrichtige Angabe gelangen und daß anderseits in ihr eine wichtige Angabe auch dann fehlen kann, wenn der Entwurf des Gerichtsschreibers in jeder Hinsicht fehlerlos gewesen war, lehrt schon der vorliegende Fall, da feststeht, daß aus der Urschrift des demnächst der Sparkasse erteilten Hypothekenbriefs der voreingetragenen Grundschuld ersichtlich gewesen war, daß dagegen der Inhalt der Ausfertigung den Anschein erweckte, als hafete die Grundschuld zur Zeit nicht mehr auf dem Grundstücke.

Gerade der vorliegende Fall zeigt mithin auch, daß es für die Rechtssicherheit des Verkehrs in der Tat nicht genügt, wenn der Grundbuchrichter es bei der Prüfung des Entwurfs bewenden läßt und die Verantwortung für die Richtigkeit der Ausfertigung, auf die es schließlich allein ankommt, lediglich dem Gerichtsschreiber überläßt."

Aber die Frage, ob in einem Falle der vorliegenden Art grobe Fahrlässigkeit vorliegt (sodasß der Regreßfall gegeben ist), führt das R.G. in derselben Entscheidung (S. 427/8) aus:

"Grobe Fahrlässigkeit — ein vom Gesetze nicht näher gekennzeichnete Begriff — wäre dann gegeben, wenn nach den Umständen des Falles angenommen werden müßte, daß der Beklagte die von ihm zu bewährende Sorgfalt in besonders schwerer Weise vernachlässigt hat. Das Vorhandensein grober Fahrlässigkeit wäre dagegen zu verneinen, wenn die gesamten Umstände des Falles oder auch nur ein einzelner besonders bedeutungsvoller Umstand zu dem Ergebnisse führten, daß eine so schwere Pflichtvernachlässigung nicht angenommen werden könne.

An sich betrachtet, können nur sowohl eine erst geringe dienstliche Erfahrung, wie auch eine etwaige dienstliche Überlastung, wie endlich auch die dem Beklagten bekannt gewordene Art und Weise der Geschäftserledigung, zumal in ihrem Zusammenwirken, als Entlastungsgründe recht wohl in Betracht kommen. Auch wäre es unter Umständen keineswegs ohne jede Bedeutung, daß der Beklagte geltend gemacht hat, der Grundbuchführer sei ein erprobter zuverlässiger Beamter gewesen, auf den man sich verlassen könne. Grundsätzlich freilich durfte der Beklagte sich auf die Bewährtheit des Gerichtsschreibers niemals verlassen, und wenn er es tat, handelte er schließlich immer auf seine Gefahr. Aber hätte der Beklagte die nochmalige Prüfung des

Hypothekenbriefs etwa wegen Zeitmangels infolge einer Überlastung unterlassen, so macht es für den Grad seines Versehens möglicherweise doch einen Unterschied, ob er es mit einem wenig zuverlässigen oder einem besonders zuverlässigen Grundbuchführer zu tun hatte.

Einen Punkt, der allerdings geeignet wäre, den Beklagten jedenfalls schwer zu belasten, hat das Berufungsgericht überhaupt nicht völlig aufgeklärt. Die Frage nämlich, ob der Beklagte wenigstens den Entwurf des Gerichtsschreibers geprüft und mit dem Grundbuche verglichen hat. . . . Wäre wirklich festzustellen, daß der Beklagte sich sogar der Prüfung des Entwurfs entzogen hat, dann würde das zweifellos ein so mißliches Licht auf seine ganze Geschäftsführung werfen, daß ihm der Vorwurf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung nicht erspart werden könnte, gleichgültig, ob jene Versäumnis für den Schaden der Sparkasse kausal geworden ist oder nicht.“

g) Haftung des Justizfiskus für Gerichtsvollzieher.

Hierüber führt das RG. 56 S. 89—92 aus:

„Daraus, daß der Gerichtsvollzieher im Zwangsvollstreckungsverfahren eine Zwangsgewalt nur gegen den Schuldner und dritte Personen, nicht aber dem ihn beauftragenden Gläubiger gegenüber ausübt, folgt nicht, daß der Gerichtsvollzieher dem auftraggebenden Gläubiger gegenüber sich nur in einem Vertragsverhältnisse, also einem lediglich privatrechtlichen Verhältnisse, befindet und dem Gläubiger gegenüber die dem ihm übertragenen Imperium entspringende Handlung den Charakter einer dem zugewiesenen Ressort angehörigen Amtshandlung verliert.¹⁾ Die vom Prozeßbevollmächtigten des Revisionsklägers angezogene Ausführung des Beschlusses der vereinigten Zivilsenate „das den Gerichtsvollziehern notwendige und verliehene Imperium komme bei der von ihnen vorzunehmenden Zwangsvollstreckung dem Schuldner, gegen den dieselbe vollzogen werde, sowie dritten Personen gegenüber zur Geltung, dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger gegenüber könne dagegen von einer Zwangsgewalt, die der Gerichtsvollzieher im Namen des Staates zu üben hätte, nicht die Rede sein, ihm gegenüber komme von der doppelten Eigenschaft, mit der der Gerichtsvollzieher bei Ausübung seiner Dienstgeschäfte bekleidet sei, die des Beauftragten als maßgebend in Betracht“ (RG. 16 S. 409), könnte etwa den Schein erwecken, als habe dieser Beschluß diese Konsequenzen ziehen wollen. Wie aber in der Entscheidung des 4. Zivilsenats vom 10. I. 1887 (RG. 17 S. 332) ausgeführt wird, ist auch in dem Beschlusse der vereinigten Zivilsenate anerkannt, daß der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsbeamter sehr wohl zugleich öffentlicher Beamter und Mandatar der Partei sein könne, die ihm erteilten Aufträge nach den gesetzlichen Vorschriften auszuführen habe, in Ausführung des erteilten Auftrages eine Amtshandlung vornehmen wolle, und daß nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung die Zwangsvollstreckung sich als ein Akt der vollziehenden Gewalt des Staates darstelle, und der Staat dem Gerichtsvollzieher die gesetzliche Befugnis erteile, das staatliche Zwangsrecht auszuüben. Hiernach ist nicht anzunehmen, daß die Konsequenz gezogen werden sollte, dem beauftragenden Gläubiger gegenüber stehe der Gerichtsvollzieher lediglich in einem Vertragsverhältnisse, also in einem nur privatrechtlichen Verhältnisse.

¹⁾ In der Entsch. in Bd. 82 S. 85 ff. haben die VZS. entschieden, daß bei der Zwangsvollstreckung auch im Verhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher das bürgerliche Recht keine Anwendung finde. Vgl. den letzten Absatz von 1g).

Ist auch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts anzunehmen, daß auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Haftung des Gerichtsvollziehers dem ihn beauftragenden Gläubiger gegenüber nach den Grundsätzen des Auftrages im Sinne des früheren Rechts, dem jetzt der eine Geschäftsbeforgung betreffende Dienstvertrag der §§ 675 und 611 BGB. entspräche, zu beurteilen ist, dem Gerichtsvollzieher also die Subsidiarität des § 839 B nicht zu statten käme, so folgt daraus nicht die Veränderung oder Aufhebung des Charakters einer vom Gerichtsvollzieher vorgenommenen, zur Zwangsvollstreckung gehörigen Handlung, als einer Amtshandlung, die in den Bereich des ihm auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung eingeräumten Imperiums fällt.

Mit Recht nimmt der Berufsrichter an, daß die Ablieferung des gepfändeten Geldes den letzten Akt der Zwangsvollstreckung bildet. Er weist mit Recht ferner darauf hin, daß die Bestimmung des § 815 Abs. 2 ZPO., der §§ 45 und 46 der Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher in Elsaß-Lothringen und der §§ 11 und 12 des Gebührengesetzes für Gerichtsvollzieher die Auffassung der Ablieferung des gepfändeten Geldes als einer Amtshandlung unzweifelhaft entnehmen lassen. Der § 815 Abs. 2 ZPO. trifft für den Fall, daß an gepfändetem Gelde ein die Veräußerung hinderndes Recht eines Dritten besteht, Weisungen und Anordnungen, die nicht durch den Inhalt des Auftrages des Gläubigers bestimmt werden, sondern die dienstliche Obliegenheit des Gerichtsvollziehers für diesen Fall regeln. Die §§ 45 und 56 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher legen dem Gerichtsvollzieher die Beschleunigung der Durchführung der Zwangsvollstreckung zweifellos als Amtspflicht auf. Der § 11 der Geb.-D. für G.-V. setzt eine besondere Gebühr für freiwillige Leistung an den G.-V. fest, während der § 12 der Geb.-D. unter Ziff. 4 als Einzelhandlungen, welche unter die durch die Gebühren der §§ 4–11 abgelohnte gesamte Tätigkeit des G.-V.'s fallen, die Ablieferung oder Hinterlegung der schuldigen Leistungen, sowie des gepfändeten oder erlösten Geldes aufführt.

Die rechtswidrige Zueignung solcher Gelder begründet gemäß § 350 Str. G. B. den Tatbestand eines Vergehens der Unterschlagung im Amte. Entscheidend wäre dies für die vorliegende Frage für sich allein allerdings insofern nicht, als dieses Amtsvergehen nicht notwendig eine mit der Ausübung von Hoheitsrechten ausgestattete Beamtenstellung voraussetzt. Ob dies zutrifft, entscheidet der Inhalt der dem Amte zugewiesenen Befugnisse.

Daß dem Gerichtsvollzieher in der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen die Ausübung eines staatlichen Zwangs, somit die Ausübung öffentlicher Gewalt, anvertraut ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Die Verletzung einer Amtspflicht kann aber ebensowohl durch das Tun des Unzulässigen, als auch durch das Nichttun des Gebotenen, also durch Handlungen wie durch Unterlassungen, begangen werden. Hier handelt es sich überdies nicht bloß um die Unterlassung der Ablieferung, sondern auch um die rechtswidrige Zueignung des vereinnahmten Geldes."

Der Justizfiskus haftet auch für mangelhafte Zustellungen der Gerichtsvollzieher, z. B. bei Zustellung einer Abschrift der Klage für den Gegner, auf welcher die Terminsnotiz nicht übertragen war. So auch RG. 51 C. 258 ff.:

„Nach § 170 Abs. 1 ZPO. besteht die Zustellung, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in deren Übergabe, in den übrigen Fällen in der Über-

gabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks. Die über die Zustellung aufzunehmende Urkunde muß u. a. die Bemerkung enthalten, daß eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks der Person, welcher zugestellt ist, übergeben worden ist (§§ 190, 191 Ziff. 4 und 6 ZPO.). Im vorliegenden Falle sollte eine Klage, also nicht eine Ausfertigung zugestellt werden. Der verklagte Gerichtsvollzieher, welcher die Zustellung vornahm, mußte sich deshalb die Gewißheit verschaffen, daß das Schriftstück, welches er dem Gegner zum Zwecke der Zustellung übergeben wollte, eine beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks war, da er, ohne diese Gewißheit zu haben, namentlich amtlich nicht bescheinigen konnte, daß er eine beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks übergeben habe. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes enthielt die zuzustellende Klage den Terminsvermerk; die für den Gegner (— also den Kläger —) bestimmte Abschrift enthielt ihn aber nicht. Das Berufungsgericht konnte deshalb annehmen, daß der Beklagte die ihm obliegende Prüfung in grob fahrlässiger Weise unterlassen habe.

Der Beklagte (Gerichtsvollzieher) hat nicht nur die Vorschriften der preuß. Geschäftsanweisung für G.-V., sondern auch die Vorschriften der ZPO. verletzt, aus denen klar die Prüfungspflicht des G.-V.'s hervorgeht, so daß ihre Verletzung nur auf die Außerachtlassung der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt zurückgeführt werden kann.“

Der Justizfiskus haftet für jeden Schaden, den der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger bei Ausführung einer Zwangsvollstreckung schuldhaft verursacht. So nach RG. 82 S. 85 ff. (Vereinigte Zivilsenate). Das Reichsgericht verwirft in dieser Entscheidung die Ansicht, daß bei der Zwangsvollstreckung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher das bürgerliche Recht Anwendung finde. In den — sehr ausführlichen — Gründen weist das RG. darauf hin, daß sich in der Zwangsvollstreckung die staatliche Zwangsgewalt betätige, die sich auch in der Fürsorge für den Einzelnen durch Ausübung von Zwang gegen den Schuldner betätige, daß die Aternahmepflicht des Vollstreckungsauftrags auf öffentlichem Recht beruhe, daß ferner die Freiheit des bürgerlichen Vertragsrechts für den Gerichtsvollzieher keine Geltung habe, da er die Annahme des Auftrags nur in bestimmten Fällen verweigern dürfe, auch ihm kein Kündigungsrecht zustehe; daß ferner der Gebührenanteil des Gerichtsvollziehers keine vertragliche Gegenleistung des Gläubigers sei, da er diese Tätigkeit deshalb ausübe, weil ihn sein Amt dazu verpflichte, und weil er durch die ihm vom Staate gewährte Versorgung in die Lage versetzt sei, diese seine Pflicht zu erfüllen, ohne von dem Einzelnen, dem seine Tätigkeit zugute komme, eine Vergütung beanspruchen zu müssen. Insbesondere geht auch nach RG. aus § 755 ZPO. klar hervor, daß der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger gegenüber lediglich in einem Beamtenverhältnis steht, da dem § 755 ZPO. entgegenstehende Weisungen des Gläubigers unverbindlich sind. Schließlich weist das RG. in dieser Entscheidung zum Schlusse ausdrücklich darauf hin, daß diese sich nicht mit der

Frage befaße, nach welchen Grundsätzen die Schadenersagpflicht des Gerichtsvollziehers für ein Verschulden bei der Zustellung, Vornahme einer Versteigerung in den Fällen der §§ 383, 1235 ff. BGB. oder bei Vornahme von freiwilligen Versteigerungen zu beurteilen sei.

2. Haftung des Fiskus des Innern.

Grundsätzlich vertritt ihn der Minister des Innern, event. der Regierungspräsident, in Berlin der Polizeipräsident, was jedoch streitig ist.

Besonders praktisch ist diese Haftung auf dem Gebiete der Polizei.

Jedoch ist nach § 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 „über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen“ eine Schadenersagklage gegen den Polizeibeamten, welcher durch eine Polizeiverfügung einem Andern Schaden zugefügt hat, nur dann zulässig, wenn die polizeiliche Verfügung im Beschwerdewege als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben ist. Dies gilt jetzt nach § 5 des preuß. Gesetzes betr. die Haftung des Staates zc. vom 1. August 1909 auch dann, wenn — was jetzt erforderlich ist — anstelle des Beamten der Staat oder die Gemeinde in Anspruch genommen wird.

„Der § 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 ist auch nicht etwa durch § 839 B. aufgehoben. Denn in dem letzteren ist nur bestimmt, inwieweit der Beschädigte einen Anspruch auf Schadenersag gegen einen Beamten hat, der seine Amtspflichten verletzt hat. Darüber aber, unter welchen Voraussetzungen ein derartiger Anspruch im Rechtswege geltend gemacht werden kann, verhält sich der § 11 C. G. zum BGB. Nach diesem ist aber, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, der § 6 ... in Kraft geblieben“ (RG. 51 C. 327—330).

Aber die Frage, ob § 6 des Gesetzes von 1842 nicht durch § 11 C. G. zum BGB. aufgehoben ist, führt das RG. im 20. Bande C. 301 aus:

„Dieses Gesetz (von 1842) hat es nach Überschrift und Inhalt mit der generellen Abgrenzung der Zuständigkeit der Behörden zur Entscheidung über Streitigkeiten aus Anlaß polizeilicher Verfügungen, also auf einem sachlich bestimmten Gebiete zu tun und überweist solche grundsätzlich den Verwaltungsbehörden und nur unter gewissen, in den folgenden Paragraphen gegebenen, näheren Bestimmungen den Gerichten. Zu diesen Bestimmungen gehört nun auch der fragliche § 6, welcher lautet:

„Wird eine polizeiliche Verfügung im Wege der Beschwerde als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben, so bleiben dem Beteiligten seine Gerechtfame nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungsverbindlichkeiten der Beamten vorbehalten.“

Unleugbar statuiert diese Vorschrift eine Beschränkung der gerichtlichen Geltendmachung gewisser Regreßansprüche gegen eine Klasse von Beamten. Allein sie hat nicht die Natur eines den Beamten um ihrer Eigenschaft als solcher willen erteilten Privilegiums, sondern sie ist ein für notwendig erachteter Ausfluß des in dem Gesetze überhaupt durchgeführten Prinzips der sachlichen

Zuständigkeit, ein einzelnes Glied in der Kette der hierauf bezüglichen Bestimmungen. Diejenigen, dem öffentlichen Interesse entnommenen Gründe, welche den Gesetzgeber veranlaßten, die Entscheidung über die Gesetzmäßigkeit, Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit polizeilicher Verfügungen im Falle direkter Anfechtung den vorgelegten Verwaltungsbehörden zu übertragen, mußte es nicht minder geboten erscheinen lassen, auch die aus Anlaß solcher Verfügungen gegen die Person der verantwortlichen Beamten erhobenen Ansprüche einer entsprechenden Beschränkung zu unterwerfen, damit nicht auf indirektem Wege eine als unzulässig angesehene Einwirkung gerichtlicher Entscheidungen auf die Ausübung der Polizeigewalt ermöglicht und folgeweise eine für das Gemeinwesen nachteilige Lähmung der letzteren herbeigeführt werde. Nur aus dieser Rücksicht soll der Polizeibeamte nicht wegen einer von den vorgelegten Instanzen gebilligten oder unangefochten gebliebenen Verfügung mit Regreßklagen behelligt werden. Eben deshalb fällt aber auch dieses Hindernis der Rechtsverfolgung weg, wenn eine die Verfügung mißbilligende Entscheidung der vorgelegten Dienstbehörde vorliegt. Denn solchenfalls ist dem in Betracht kommenden öffentlichen Interesse, welches der Sache, nicht der Person des Beamten gilt, Genüge geschehen. Demgemäß hat denn auch die Entscheidung der vorgelegten Dienstbehörde keine unmittelbare Beziehung zu der — vielleicht gar nicht beabsichtigten — gerichtlichen Inanspruchnahme des Beamten, und wenn ihr Ergebnis den Rechtsweg frei macht, ist sie für die demnächstige gerichtliche Entscheidung über die Haftbarkeit des Beamten ohne materielle Bedeutung.

Nach dem dargelegten Zusammenhange des § 6... mit dem sonstigen Inhalte des Gesetzes und nach dem Zweck des letzteren, darf man ihm zwar nicht, wie bisweilen geschehen ist, die Aufstellung einer materiell-rechtlichen und deshalb von dem § 11 Abs. 1 des angeführten Einf.-Gesetzes (zum GVB.) unberührt gebliebenen Voraussetzung für den Regreßanspruch gegen Polizeibeamte zuschreiben, dessen Mangel nicht die Unzuständigkeit der Gerichte, sondern nur die Abweisung der erhobenen Klage zur Folge haben könnte. Wohl aber gehört er, als integrierender Bestandteil, einem Komplex von sachlichen Zuständigkeitsnormen an, welcher an sich nach richtigem Verständnis des § 11 Abs. 1 a. a. D. außerhalb des Anwendungsgebiets derselben liegt“.

Hiernach haftet der Fiskus des Innern bei Schadenszufügungen durch königliche Polizeibeamte, wenn ihre Verfügung durch die vorgelegte Behörde oder im Verwaltungsstreitverfahren aufgehoben wurde. Es haftet aber der Staatsfiskus auch dann, wenn es sich um Schadenszufügungen durch Ortspolizeibeamte, z. B. Bürgermeister, Amtsvorsteher, Gemeindepolizeibeamte (Schugleute) handelt. (Streitig!) Dieser Ansicht folgt auch das RG. 73 S. 202:

„Die Verwaltung der örtlichen Polizei ist ihrem Wesen nach nicht Gemeindefache. Dadurch, daß in § 1 des Polizeiverwaltungsgesetzes von 1850 gesagt ist:

„Die örtliche Polizeiverwaltung wird . . . im Namen des Königs“ geführt, wird zum Ausdruck gebracht, daß die mit der örtlichen Polizeiverwaltung betrauten Gemeindebeamten lediglich eine ihnen übertragene staatliche Tätigkeit ausüben. Diese Gemeindebeamten haben daher weder die Fähigkeit noch die Macht, durch das, was sie in Ausübung dieser Tätigkeit tun, die Gemeinde zu verpflichten und hierbei in deren Vertretung zu handeln. Sie

stehen in dieser Beziehung nicht anders da, als die in großen Städten mit der örtlichen Polizeiverwaltung betrauten staatlichen Beamten.“

Und ebenso RG. bei Gruchot 48 S. 598/9:

„Weil nun die Polizeigewalt im Namen des Königs ausgeübt wird, folgt, daß ein bei Ausübung der Polizeigewalt etwa begangenes Versehen vom Staat und nicht von der Gemeinde zu vertreten ist.“

U. U. ist jedoch Kraft in Gruchots Beiträgen Bd. 58 S. 388, welcher für das Verschulden städtischer — nicht königlicher — Polizeibeamte den Verband haften läßt, für dessen Dienst der schuldige Beamte angestellt ist. Nach Kraft hätte die Rechtsprechung die Haftung des Staates in solchen Fällen überwiegend abgelehnt, weil für die Handhabung der Ortspolizeigewalt als ein auf gesetzlicher Delegation beruhendes Attribut der Gemeindeverwaltung anzusehen sei (RG. vom 23. April 1900 im Rhein. Arch. 96 II 90, DLG. Köln vom 9. April 1906 im Rhein. Arch. 103 S. 45). Auch in der J. W. 47 S. 220/1 hält das Reichsgericht die Verurteilung der beklagten Stadtgemeinde wegen Amtspflichtverletzungen ihrer Polizeibeamten aufrecht. Diese Ansicht ist jedoch nicht haltbar. Wenn Kraft aus § 4 des preuß. Gesetzes, welcher schlechthin von den „für den Dienst des Kommunalverbandes angestellten Beamten“ spreche, ohne zu unterscheiden, ob sie im Einzelfalle kommunale oder staatliche Verrichtungen vorgenommen haben, schließt, daß hierdurch jeder Zweifel an seiner Auffassung ausgeschlossen sei, so muß auf die ähnliche Rechtslage der Lehrer an Gemeindeschulen und städtischen höheren Schulen in Preußen hingewiesen werden, die nunmehr allerdings für Volksschulen durch Nachtragsgesetz vom 15. Mai 1914 hinsichtlich der Haftpflicht des Schulverbandes gesetzlich geregelt ist. In der unter Ziff. 3 zum Abdruck gelangten Entscheidung des Reichsgerichts im 84. Bande S. 27 ff. ist den Lehrern die Eigenschaft der unmittelbaren Staatsbeamten i. S. des § 4 des Gesetzes vom 1. August 1909 zugesprochen worden. Da nach den vorstehend angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts im 73. Bande und bei Gruchot Bd. 48 S. 598/9 nicht zu zweifeln ist, daß auch die städtischen Polizeibeamten Staatsbeamte i. S. des Gesetzes von 1909 sind, weil die gesamte Polizeiverwaltung eine staatliche Tätigkeit ist, dürfte auch bei Schadenszufügungen der städtischen Polizeibeamten § 1 des Gesetzes von 1909 anzuwenden sein.

3. Haftung des Fiskus der geistlichen und Unterrichtsangelegenheiten.

Grundsätzlich vertritt ihn der Minister; in geistlichen Anlässen auch die Regierung, Abteilung für Kirchen- und Schulsachen (Reg. Instr. vom 23. Oktober 1817 § 2, Rab. O. vom 31. Dezember 1825 D. II 2, Konf. Instr. vom 23. Oktober 1817 § 9), in Berlin die Ministerial-, Militär- und Baukommission bezügl. der landesherrlichen Patronatsrechte, sonst der Polizeipräsident (letzteres

streitig, vgl. RR. bei Gruchot 31 C. 1831); vgl. B. vom 5. September 1877, LZG. § 44; event. der evang. Oberkirchenrat bezw. die Konfistorien (bezügl. der äußeren Angelegenheiten der Landeskirche (vgl. preuß. Gesetz vom 3. Juni 1876 Art. 21, 23, Konfist. Instr. vom 23. Oktober 1817). In Schulsachen vertritt die Universitäten meist der Rektor, in Kollegeldersachen die Quästur; die königl. Gymnasien das Provinzialschulkollegium (städtische Gymnasien werden von der Stadtgemeinde vertreten), Volksschulen werden als Gemeinbeanstalten von der Gemeinde vertreten; event. durch besondere korporative „Schulgemeinden“.

Sehr streitig war es vor dem Nachtragsgesetz vom 14. Mai 1914, ob Schülern der Volksschulen bei Verletzung infolge mangelhafter Beaufsichtigung seitens der Lehrer oder bei Schadenszufügungen durch Lehrer solcher Anstalten, z. B. durch unerlaubte Züchtigungen, der Staat oder die Gemeinde haftet (nach dem preuß. Gesetz von 1909). Die Beantwortung dieser Frage hing von der Rechtsstellung der Lehrer ab. Im 80. Bande (S. 338ff.) hatte das Reichsgericht die Haftung der Gemeinde für einen Lehrer (welcher die Turnübungen am Reck ohne erforderliche Hilfsstellung vornehmen ließ, sodaß ein Schüler vom Reck stürzte und sich den Arm brach) verneint. Die Begründung ist in der Hauptsache folgende:

(Im Entwurf zum Gesetz von 1909 war die Haftung des Schulverbandes für Lehrer und Lehrerinnen eines solchen ausdrücklich vorgesehen, nach langer Debatte aber vom Abgeordnetenhaus völlig gestrichen worden; das Herrenhaus schloß sich dem an).

„Es fragt sich nun, was die Rechtsfolge der Streichung der die Haftung für Amtspflichtverletzungen der Lehrer betreffenden Bestimmung ist. Hierüber waren die Meinungen schon bei den Verhandlungen in beiden Häusern des Landtags geteilt. Von der einen Seite wurde die Ansicht vertreten, das Gesetz vom 1. August 1909 lasse die Haftung der Volksschullehrer unberührt, während andere meinten, das Gesetz finde auch auf die Volksschullehrer Anwendung, wenn sie nach ihrer staatsrechtlichen Stellung als unmittelbare Staatsbeamte (§ 1) oder als „für den Dienst eines Kommunalverbandes angestellte Beamte“ (§ 4) anzusehen seien. Diese letztere Ansicht ist zu billigen. Denn das Gesetz enthält keinen Satz des Inhalts, daß es auf die Lehrer und Lehrerinnen eines Schulverbandes nicht anwendbar sei. Dieser Satz ist auch nicht im Wege der Auslegung in das Gesetz hineinzutragen, da in beiden Häusern des Landtags durchaus bestritten war, ob dieser Satz die Folge der Streichung sei.

Für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits kann die Frage, ob die Lehrer eines Schulverbandes als unmittelbare Staatsbeamte anzusehen sind, dahingestellt bleiben, da es ihrer Beantwortung nur bedürfte, wenn der Staat wegen der behaupteten Amtspflichtverletzung des Lehrers in Anspruch genommen wäre. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob die Lehrer eines Schulverbandes unter den „für den Dienst eines Kommunalverbandes angestellten Beamten“ i. S. des § 4 Abs. 1 des Gesetzes mitbegriffen sind.

Dies ist schon deshalb zu verneinen, weil der Schulverband nicht ein Kommunalverband i. S. des § 4 des Gesetzes vom 1. August 1909 ist. Der

Ausdruck „Kommunalverband“ im § 4 ist, wie sich aus der Begründung zum Entwurfe des Gesetzes ergibt, in Anlehnung an den § 1 des Gesetzes, betr. die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten, vom 30. Juli 1899 gewährt. Unter Kommunalverbänden im Sinne dieses Gesetzes sind aber nach dessen §§ 8 bis 22 nur die Stadtgemeinden, die Landgemeinden, die Landbürgermeistereien in der Rheinprovinz, die Ämter in der Provinz Westfalen, die Amtsbezirke, die auf Grund der Landgemeindeordnungen gebildeten Zweckverbände, die Kreis- und Provinzialverbände zu verstehen, nicht aber die Schulverbände.

Die Frage, ob die Lehrer eines Schulverbandes unter den „für den Dienst eines Kommunalverbandes angestellten Beamten“ i. S. des § 4 Abs. 1 des Gesetzes mitbegriffen sind, ist auch nach der ganzen Entwicklung des Volksschulwesens in Preußen zu verneinen.

Nach § 59 Abs. 5 S. 2 des Gesetzes, betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen, vom 28. Juli 1906 erfolgt die Anstellung der Volksschullehrer unmittelbar durch die Schulaufsichtsbehörde „für den Schulverband“. Diese Worte sind nicht dahin zu verstehen, als ob die Schulaufsichtsbehörde in Vertretung des Schulverbandes handle, sie bedeuten nach der Absicht des Gesetzes nicht, daß der Lehrer in ein Dienstverhältnis zu dem Schulverbande trete, sollen vielmehr nur besagen, daß dem Lehrer der Schulverband, d. h. alle dort befindlichen Schulen, als örtlicher Wirkungskreis zugewiesen wird, so daß der Lehrer wider seinen Willen auf eine andere Stelle innerhalb des Schulverbandes versetzt werden kann. Dies ergibt sich zunächst aus dem Berichte der Kommission des Abgeordnetenhauses über den Entwurf des Schul-Unterhaltungsgesetzes.

Es steht aber auch im Einklang mit der ganzen Stellung der Volksschule in Preußen. Die Trennung der Zuständigkeit von Staat und Gemeinde auf dem Gebiete des Volksschulwesens in Preußen entspricht der Unterscheidung zwischen inneren und äußeren Schulangelegenheiten. Äußere Schulangelegenheiten sind diejenigen, welche die Errichtung, Ausstattung und Unterhaltung sowie das Vermögen der Schule betreffen. Zu den äußeren Schulangelegenheiten gehört wesentlich die Herstellung der für den Betrieb der Schule erforderlichen Vorbedingungen und die Beschaffung der dazu nötigen Mittel. Zu den innern Angelegenheiten gehört alles, was sich auf das innere Leben der Schule, auf den Unterricht, den Lehrplan, die Methode, den Schulbesuch und die Schulzucht bezieht.

Die Leitung der äußeren Angelegenheiten ist Sache der Gemeinde, jetzt des Schulverbandes, die Verwaltung der innern Angelegenheiten, die sogen. Schulaufsicht, steht dem Staate zu. Schon das WR. II 12 § 1 bezeichnete die Schulen als Veranstaltungen des Staates. Dies bedeutete, daß dem Staate hinsichtlich aller Schulen das Recht der Genehmigung, Beaufsichtigung und Leitung zustehe. In WR. II 12 § 12 ff. ist von der Aufsicht und Direktion der gemeinen Schulen durch die Gerichtsobrigkeit die Rede, und die Geschäftsinstruktion für die Regierungen vom 26. Dezember 1808 § 3 sagt, daß die Direktion und Aufsicht sämtlicher Schulen der Regierung gebühre. Nach § 18d, e der Instruktion zur Geschäftsführung der Regierung in den Königl. Preussischen Staaten vom 23. Oktober 1817 gebührt der Regierung die Direktion und Aufsicht über sämtliche öffentliche und Privatschulen sowie die Aufsicht und Verwaltung des gesamten Elementarschulwesens.

Diese Anschauung ist auch weiterhin, namentlich bei der Beratung des Art. 23 der preuß. Verf.-Urkunde, aufrecht erhalten worden.

(Dies wird eingehend ausgeführt).

Aus dem Angeführten ergibt sich, daß der Volksschullehrer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit nicht Geschäfte erledigt, die dem Schulverband obliegen, denn diesem liegt nur die Beschaffung der für die Schule erforderlichen Mittel ob. Der Volksschullehrer übt vielmehr eine Tätigkeit aus, die als Staatsaufgabe anzusehen ist. Das Wesen des Wirkens des Lehrers ist die Erfüllung einer staatlichen Pflicht, weil das Volksschulwesen nach der Verfassung eine Aufgabe des Staates ist, die öffentliche Natur der Schule als Anstalt außer Zweifel steht und die Natur des Dienstes sich nach der Natur der Anstalt richtet. Der Auftrag zum Schulamte wird dem Volksschullehrer vom Staate erteilt. Die ganze lehramtliche Tätigkeit des Volksschullehrers ist nicht als Dienst des Schulverbandes anzusehen, weil dieser mit ihr gar nichts zu tun hat. Der Schulverband ist gegenüber dem Volksschullehrer nicht der Berechtigte aus dem Anstellungsverhältnis, er hat gegenüber dem Lehrer keinerlei Aufsichts- oder Disziplinarbefugnisse. Nicht er, sondern der Staat stellt den Lehrer an, beaufichtigt, beurlaubt, versetzt, diszipliniert, pensioniert und entläßt ihn. Wie der Abgeordnete Dr. v. Wofß bei der Beratung des Entwurfs des Gesetzes vom 1. August 1909 im Abgeordnetenhaus zutreffend bemerkte, wirkt der Lehrer bei Ausübung seiner Tätigkeit nicht für den Schulverband, sondern im Schulverbände für die Erfüllung staatlicher Aufgaben. Der Lehrer übt rein staatliche Funktionen aus; denn die Erteilung des Unterrichts, der Stundenplan, die Abhaltung des Turnunterrichts, der Jugendspiele, die Führung der Aufsicht in den Klassen usw. werden durch Instruktionen der vorgesetzten Behörden, insbesondere der Regierung, nicht etwa durch Maßnahmen der Schulverbände (Gemeinden) geregelt. Die ganze praktische Tätigkeit des Lehrers fußt auf staatlichen Anordnungen. Gerade diese Erwägung, daß der Schulverband auf das Verhalten des Lehrers, auf seine Dienstführung nicht den mindesten Einfluß habe, da dessen gesamte Tätigkeit unter der Leitung und Aufsicht des Staates stehe, ist auch bei den Beratungen des Entwurfs im Herrenhause dafür geltend gemacht worden, dem Staate die Haftung für die Amtspflichtverletzungen der Volksschullehrer aufzulegen.

Aber nicht nur die ganze Entwicklung des Volksschulwesens in Preußen macht es unmöglich, die schulamtliche Tätigkeit als Dienst eines Kommunalverbandes anzusehen. Die Volksschullehrer sind nach dem Stande der Preussischen Gesetzgebung und der Praxis der Verwaltungsbehörden auch nicht als Kommunalbeamte behandelt worden. Sie sind nicht Kommunalbeamte im Sinne des Gesetzes betr. die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten, vom 30. Juli 1899; denn sie werden nicht von der Kommune angestellt, und diese hat auch keine Disziplinargewalt über sie. Nach der herrschenden Meinung gehört ein Beamter dem Gemeinwesen an, dessen Beamter ihn anstellt (Laband, Meyer-Anschütz), nach einer anderen Meinung dem Gemeinwesen, dessen Gewalt er ausübt und in dessen Zuständigkeit seine Amtsfunktionen wurzeln (Preuß). Nach beiden Theorien waren die Volksschullehrer als Staatsbeamte anzusehen. Eine dritte, namentlich in der älteren Literatur vertretene Lehre, nach welcher der Beamte in zweifelhaften Fällen demjenigen Gemeinwesen anzugehören soll, dessen Kasse ihn bezahlt (Voenting), ist nicht zu billigen. Sie vermag auch bei unbefoldeten Beamten.

Die Frage, ob der Volksschullehrer Beamter und wessen Beamter er ist, ist durch die vorkonstitutionelle Gesetzgebung nicht ausdrücklich entschieden worden. Auch in der konstitutionellen Gesetzgebung ist die Frage nicht beantwortet. Nach Art. 23 Abs. 2 der preußischen Verf.-Urkunde . . . haben die öffentlichen Lehrer die Rechte und Pflichten der Staatsdiener. Dieser Artikel ist zwar durch Art. 112 der Verf.-Urkunde suspendiert, d. h. bis zum Erlasse des in Art. 26 vorgesehenen, das ganze Unterrichtswesen regelnden Gesetzes bewendet es hinsichtlich des Schul- und Unterrichtswesens bei den geltenden gesetzlichen Bestimmungen. Dies ist aber dahin zu verstehen, daß durch Art. 112 die Art. 20 bis 25 der Verfassungsurkunde nur soweit suspendiert sind, als sie zu ihrer Verwirklichung noch des Erlasses des im Art. 26 verheißenen Unterrichtsgesetzes bedürfen.

Die neuere Gemeindegesetzgebung hat nichts darüber bestimmt, ob die Volksschullehrer als Gemeindebeamte anzusehen sind. Ob daraus, daß die §§ 17, 30 der Städteordnung vom 30. Mai 1853 und die entsprechenden Bestimmungen der übrigen Städteordnungen und der Landgemeindeordnungen die Lehrer in einen Gegensatz zu den Gemeindebeamten stellen, zu folgern ist, die Eigenschaft der Lehrer als Gemeindebeamten habe dadurch verneint werden sollen, ist bestritten. Das Preuß. DVG. (14 S. 75) nimmt es an. Von anderer Seite wird geltend gemacht, der Gesetzgeber habe durch jenen Gegensatz nur der Frage nicht vorgreifen wollen und die Lehrer vorsichtshalber besonders namhaft gemacht für den Fall, daß die künftige Gesetzgebung, nämlich das in Art. 26 der Verf.-Urkunde verheißene Unterrichtsgesetz, sie nicht zu den Gemeindebeamten rechnen würde. Nach der Praxis der Disziplinarbehörden fallen die Lehrer unter das Disziplinalgesetz vom 21. Juni 1852, werden mithin insoweit als nicht richterliche Staatsbeamte angesehen. Von der Verwaltungspraxis sind die Lehrer nie als Gemeindebeamte i. S. der Gemeindeordnungen und des Kommunalabgabengesetzes behandelt, insbesondere ist dem Bürgermeister keine Disziplinargewalt über sie zugestanden worden. . . . Auch der § 20 des Zuständigkeitsgesetzes ist nicht auf sie angewendet worden; sie sind also nach der durch diesen § 20 bewirkten Scheidung der Gemeindebeamten von den Staatsbeamten auf dem Gebiete des Disziplinarrechts bei der Gruppe der Staatsbeamten verblieben. Das Gesetz, betr. die Heranziehung der Beamten, Elementarlehrer und Kirchendiener zur Gemeindeeinkommensteuer vom 16. Juni 1909 stellt in der Überschrift die Elementarlehrer in einen Gegensatz zu den Beamten, im § 1 in einen Gegensatz zu den unmittlebaren und auch zu den mittelbaren Staatsbeamten. Daraus kann aber nicht mehr geschlossen werden, als daß auch hier wieder die Frage der Rechtsstellung der Lehrer offen gelassen ist. Das Gesetz vom 1. August 1909 hat, wie bereits erwähnt, die Frage auch nicht entschieden.

Daß die Volksschullehrer keine Kommunalbeamten sind, nimmt auch v. Bremen an. In der Rechtsprechung sind sie nicht zu den Gemeindebeamten gerechnet worden.

In der Entscheidung des Preuß. DVG.'s vom 5. Januar 1904 (Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 25 S. 870 ff.) werden die Volksschullehrer als mittelbare Staatsbeamte bezeichnet; dabei wird auf die Entsch. des DVG. Bd. 34 S. 172, Bd. 37 S. 121 verwiesen. Nach dem Urteile des RG.'s vom 3. XI. 1898 (Bd. 42 S. 282) ist ein Lehrer an einer städtischen Volksschule mittelbarer Staatsbeamter i. S. des § 69 UR. II 10.

Endlich wird die Ansicht des Berufungsgerichts, daß für Amtspflichtverletzungen der Volksschullehrer der Schulvorstand oder die Gemeinde auf Grund des Gesetzes vom 1. August 1909 hafte, in der Literatur, soweit ersichtlich, nirgends vertreten.“

Aus dieser Entscheidung folgt lediglich, daß die Volksschullehrer keine Gemeindebeamte sind. Man wird sie in der Tat als unmittelbare Staatsbeamte bezeichnen müssen,¹⁾ für welche der Staat auch vor dem Nachtragsgesetz haften muß, denn die Ansicht des OVG., daß sie zwar mittelbare Staatsbeamte, aber keine Gemeindebeamten seien, ist unhaltbar. Wer soll denn der Mittler sein? Man kann zur Begründung dieser Ansicht sehr wohl die Tätigkeit der Lehrer anführen, welche ja in einem Akt staatlicher Fürsorge besteht. Das Reichsgericht selbst hat auch im 80. Bande — wie erwähnt — ausgeführt, daß das Schulwesen in der Hauptsache eine Staatsangelegenheit sei. Dasselbe hat ja das RG. auch bezüglich der städtischen Polizeibeamten angenommen, für welche das RG. selbst den Staat haften läßt (streitig, vgl. Ziff. 2).

Dieser Ansicht ist auch jetzt das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 5. Mai 1914 in RG. 85 S. 22 gefolgt, hat aber ausdrücklich erklärt, daß Volksschullehrer, obwohl sie unmittelbare Staatsbeamte seien, nicht als „unmittelbare Staatsbeamte“ i. S. des § 1 des preuß. Ges. vom 1. August 1909 angesehen werden könnten, weil sich aus der Entstehungsgeschichte ergäbe, daß alle gesetzgebenden Faktoren die Lehrer nicht darunter begriffen hätten, denn eine diesbezügliche ausdrückliche Gesetzesbestimmung in dem Gesetzentwurf sei ausdrücklich gestrichen worden, zumal der Justizminister während der Verhandlungen auf dem Standpunkte gestanden habe, daß die Volksschullehrer nicht als unmittelbare Staatsbeamte i. S. des § 1 des Entwurfs anzusehen seien. Vgl. insbes. S. 24 ff a. a. O.:

„Die Volksschullehrer sind vielmehr unmittelbare Staatsbeamte. Dies ergibt sich aus folgendem. Für den heutigen Kulturstaat ist die Versorgung der breiten Volksschichten mit Unterricht eine unbedingte Staatsnotwendigkeit. Der Staat erkennt demgemäß für sich die Pflicht an, für allgemeine Volksschulbildung zu sorgen. Diese Pflicht erfüllt er dadurch, daß er auf die Errichtung der zu diesem Zweck erforderlichen Schulen hinwirkt, indem er den Gemeinden die gesetzliche Verpflichtung zu ihrer Errichtung auferlegt, ferner dadurch, daß er die erforderliche Zahl von Lehrern beruft und das ganze innere Leben der Schulen, nämlich den Unterricht, den Lehrplan, die Methode, den Schulbesuch und die Schulzucht, regelt. Der Volksschullehrer erledigt also bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit Staatsgeschäfte, er übt eine Tätigkeit aus, die Staatsaufgabe ist. Das Wesen des Wirkens des Volksschullehrers ist die Erfüllung einer staatlichen Pflicht. Dazu kommt folgende Erwägung. Nach der richtigen Meinung gehört grundsätzlich ein Beamter dem Gemeinwesen an, von dem er angestellt wird. Der Anstellungsakt ist regelmäßig das für die Begründung des Beamtenverhältnisses Wesentliche.

¹⁾ Vgl. auch Anschütz, Verf.-Urkunde für den preuß. Staat I S. 425 ff.

Nun finden sich allerdings . . . einzelne Fälle, in denen Gemeindebeamte von staatlichen Organen ernannt werden. Derartige vereinzelte Ausnahmen rechtfertigen also nicht ein Abgehen von dem Grundsatz, daß die Ernennung eines Beamten regelmäßig einen richtigen Anhalt für den Charakter seines Dienstverhältnisses abgibt und dafür entscheidend ist, in wessen Diensten er steht. Die Anstellung der Volksschullehrer in Preußen erfolgt nach § 59 Abs. 5 S. 2 des Ges. betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen vom 28. Juli 1906 unmittelbar durch die Schulaufsichtsbehörde, also ein staatliches Organ. Durch diese Anstellung wird ein unmittelbares Dienstverhältnis des Lehrers gegenüber dem Staate begründet. Sind hiernach die Volksschullehrer in Preußen unmittelbare Staatsbeamte, so sind sie doch unmittelbare Staatsbeamte ganz eigener, besonderer Art. Das besondere ihrer Stellung gegenüber allen übrigen unmittelbaren Staatsbeamten ergibt sich aus ihrer eigentümlichen Stellung zur Gemeinde. Das Eigentümliche ihrer Stellung erklärt sich aus der Entwicklung, die das Volksschulwesen in Preußen genommen hat. Diese Entwicklung geht von unten, von der Gemeinde aus. Demgemäß hat der Staat bei der Regelung des Volksschulwesens die Erfüllung der von ihm auf diesem Gebiet als Staatsnotwendigkeit erkannten Pflicht nicht etwa zur vollständigen eigenen Durchführung in die Hand genommen, die Durchführung vielmehr in wesentlichen Teilen in die Hand der Gemeinde gelegt und sie diesen zur Pflicht gemacht. Nicht der Staat errichtet die Schulen und stattet sie aus, sondern die Verpflichtung hierzu hat er den Gemeinden auferlegt. Nicht der Staat bringt, wie das bei der Bedeutsamkeit dieser Staatsaufgabe an sich natürlich und gegeben wäre, durch allgemeine Steuern die Mittel für die Volksschulen auf, sondern die Last der Errichtung und Unterhaltung der Schulen hat er grundsätzlich den Schulgemeinden als den unmittelbar Beteiligten auferlegt. Die Volksschule steht hierdurch in einer außerordentlichen engen Beziehung zur Gemeinde, und in diese enge Beziehung tritt auch der an der Volksschule angestellte Lehrer ein, wenn er auch durch seine Tätigkeit eine reine Staatsaufgabe erfüllt und vom Staat angestellt wird. Hierin liegt das Besondere der Stellung des Volksschullehrers gegenüber allen übrigen unmittelbaren Staatsbeamten."

Praktische Bedeutung hat die Frage für die preußischen Volksschullehrer, welche nach § 59 Abs. 5 S. 2 des Ges. betreffend die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen vom 28. Juli 1906 unmittelbar durch die Schulaufsichtsbehörde „für den Schulverband“ angestellt werden, was nach der RGE. 80 S. 338 ff. nur die Bedeutung hat, daß dem Lehrer der Schulverband, d. h. alle dort befindlichen Schulen als örtlicher Wirkungskreis mit Beförderungsmöglichkeit innerhalb des Verbandes zugewiesen wird, nicht mehr, nachdem durch Nachtragsgesetz vom 14. Mai 1914 die Vorschriften der §§ 1—3 des Gesetzes vom 1. August 1909 auf die Lehrer und Lehrerinnen eines Schulverbandes Anwendung finden.

Hiernach haftet jetzt nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift für Schadenszufügungen durch Amtspflichtverletzungen der Lehrer und Lehrerinnen eines Schulverbandes der Staat. Das Gleiche gilt für die Lehrpersonen der Schulsozietäten sowie der sonstigen zur Unterhaltung von öffentlichen Unterrichtsanstalten verpflichteten Verbände und Stiftungen des öffentlichen Rechtes.

Wie steht es aber mit den Lehrern und Lehrerinnen an den von der Gemeinde unterhaltenen höheren Lehranstalten?

Nach *DBS.* 72 *S.* 228 ff. sind die Lehrer an nichtstaatlichen höheren Lehranstalten weder Gemeindebeamte i. *S.* der Gemeindeverfassungsgesetze noch Kommunalbeamte i. *n. S.* noch Beamte der Lehranstalt als einer juristischen Person, sondern Beamte, welchen die Rechte und Pflichten der unmittelbaren Staatsbeamten ausdrücklich beigelegt worden sind. Das *DBS.* führt hierzu auf *S.* 234 ff. aus:

„Unrichtig ist die Annahme, daß B. als Lehrer an einer von der Gemeinde unterhaltenen höheren Lehranstalt Gemeindebeamter im Sinne der Gemeindeverfassungsgesetze oder Kommunalbeamter im Sinne des Kommunalbeamtengesetzes sei. Die Lehrpersonen an den nichtstaatlichen höheren Schulen sind dies ebensowenig wie die Volksschullehrer. Schon § 65 Tit. 12 T. II *WR.* bestimmt wegen der Lehrer an den höheren Schulen: „Die Lehrer bei den Gymnasien und anderen höheren Schulen werden als Beamte des Staates angesehen.“ Dementsprechend setzt Art. 23 Abs. 2 der Preussischen Verfassungs-urkunde fest: „Die öffentlichen Lehrer haben die Rechte und Pflichten der Staatsdiener.“ Sie sind daher weder Gemeindebeamte im Sinne der Gemeindeverfassungsgesetze noch Kommunalbeamte im engeren Sinne. . . . Es kann auch, namentlich im Hinblick auf die Vorschrift in § 65 Tit. 12 T. II *WR.*, nicht davon die Rede sein, daß die Lehrer an denjenigen höheren Schulen, welchen nach § 54 a. a. D. die äußeren Rechte der Korporationen zukommen, also insbesondere an den Gymnasien, Beamte dieser juristischen Personen seien. Die Vorschrift des § 54 hat nur die Bedeutung, daß sie jenen höheren Schulen die Vermögensfähigkeit verleiht; weiter gehen die „äußeren Rechte der Korporationen“ (§§ 81 ff. Tit. 6 T. II *WR.*) nicht. Die Lehrer werden wohl an einem Gymnasium, aber nicht von einem Gymnasium angestellt; das Gymnasium ist niemals der Dienstherr der an ihm beschäftigten Lehrer. . . . Die Lehrer an den nichtstaatlichen höheren Lehranstalten sind zu den „Staatsbeamten“ in jenem Sinne zu rechnen. Nach den vom Preussischen Staatsministerium auf Grund des § 66 Abs. 5 a. a. D. beschlossenen Bestimmungen vom 1. Juni 1888 zur Ausführung des § 66 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 und 6. Mai 1880 (*M. Bl. d. i. V. S.* 121, *J. Bl. f. d. gef. Unterrichtsverwaltung S.* 621) sind unter den Staatsbeamten in jenem Sinne nicht nur die unmittelbaren Staatsbeamten zu verstehen, sondern auch alle sonstigen Beamten, denen die Rechte und Pflichten der unmittelbaren Staatsbeamten ausdrücklich beigelegt worden sind (*Ziff. I und II a. a. D.*). Diese Bestimmung steht mit dem Gesetz nicht im Widerspruch; denn wenn gewissen Beamten allgemein die Rechte der unmittelbaren Staatsbeamten beigelegt worden sind, kommen ihnen auch die diesen nach § 66 a. a. D. eingeräumten Vermögensrechte zu. Es bedarf nun keiner Erörterung, ob die Lehrer an den nichtstaatlichen höheren Schulen schon an sich unmittelbare Staatsbeamte sind und deshalb auf jene Vergünstigung Anspruch haben; denn jedenfalls sind sie Beamte, denen die Rechte und Pflichten der unmittelbaren Staatsbeamten ausdrücklich beigelegt worden sind. Dies ist durch § 65 Tit. 12 T. II *WR.* und Art. 23 Abs. 2 der Preussischen Verfassungsurkunde gesehen. Wenn § 65 a. a. D. die Lehrer bei den Gymnasien und anderen höheren Schulen als Beamte des Staates angesehen wissen will, so wollte und konnte er ihnen nur

die Rechte und Pflichten der unmittelbaren Staatsbeamten beilegen. Nach § 68 Tit. 10 T. II WR. sind „alle Beamten des Staates, welche zum Militärstande nicht gehören, unter der allgemeinen Benennung von Zivilbedienten begriffen“, und nach § 69 daselbst stehen „dergleichen Beamte entweder in unmittelbarem Dienste des Staates oder gewisser demselben untergeordneter Kollegien, Korporationen und Gemeinden.“ Die im Dienste dieser Kollegien, Korporationen und Gemeinden stehenden Beamten gehören danach schon an sich zu den Beamten des Staates in dem allgemeinen Sinne des § 68. Deshalb hätte es, wenn man sie überhaupt als im Dienste jener Kollegien usw. stehend und deshalb als mittelbare Staatsbeamte ansieht, nicht erst der Beilegung der Rechte und Pflichten der Beamten des Staates im weiteren Sinne des § 68 a. a. O. bedurft. Vielmehr bleibt nur die Schlussfolgerung übrig, daß sie nach § 65 a. a. O. als in unmittelbarem Dienste des Staates stehend angesehen werden sollen. Das gleiche gilt für die Auslegung des Art. 23 Abs. 2 der Preussischen Verfassungsurkunde. Diese versteht, wenn sie vom „Staatsdienst“ und von „Staatsbeamten“ spricht, darunter nur das unmittelbare Staatsdienerverhältnis (vgl. Art. 47, 98, 102, 108 a. a. O.).

Nach RG. 84 S. 27—41 dagegen haben die Lehrpersonen an den von den Gemeinden unterhaltenen höheren Lehranstalten den Charakter mittelbarer Staatsbeamter i. S. des § 4 des preuß. Gesetzes vom 1. August 1909:

„Man hat die Lehrpersonen an den von den Gemeinden unterhaltenen höheren Lehranstalten früher als mittelbare Staatsbeamte bezeichnet. Dies ist sowohl von denen geschehen, die sie für Gemeindebeamte erklären, als auch von denen, die sie nicht für Gemeindebeamte halten. Zunächst ist der Begriff eines mittelbaren Staatsbeamten als solchen, der keines eigenen Gemeinwesens unmittelbares Organ ist, juristisch unhaltbar. Denn es muß begrifflich ein Gemeinwesen vorhanden sein, durch welches das Verhältnis des Beamten zum Staate vermittelt wird. Die Lehrpersonen an den von den Gemeinden unterhaltenen höheren Lehranstalten sind zwar mittelbare Staatsbeamte, jedoch nicht im Sinne des § 69 WR. II. 12, das vom Standpunkte des Polizeistaats die Gemeinden nicht als selbständige Verwaltungskörper innerhalb des Staates, sondern lediglich als Staatsanstalten, mithin auch ihre Tätigkeit als Staats-tätigkeit und ihre Beamten als Staatsbeamten ansah. Den Begriff des mittelbaren Staatsbeamten im Sinne des allgemeinen Landrechts gibt es bei den heutigen völlig veränderten staatsrechtlichen Verhältnissen, insbesondere bei dem völlig veränderten Verhältnis des Staates zu den selbständigen Gemeinden, nicht mehr. Die Lehrpersonen an den von den Gemeinden unterhaltenen höheren Lehranstalten sind auch deswegen mittelbare Staatsbeamte, weil die höheren Unterrichtsanstalten nach § 54 WR. II. 12 die Rechte der Korporationen haben (vgl. Weber, Preuß. Verw.-Bl. Bd. 31 S. 438 flg.). Denn § 54 a. a. O. hat diesen Anstalten nur die äußeren Rechte der Korporationen beigelegt. Die an ihnen angestellten Lehrpersonen sind genau ebenso, wie alle übrigen Gemeindebeamten, mittelbare Staatsbeamte insofern, als das Gemeinwesen, dessen unmittelbare Organe sie sind, die Gemeinde, dem Staate als dem höheren Organismus angegliedert ist. Nur kraft dieser Angliederung treten die Organe der heutigen Selbstverwaltungskörper in ein mittelbares Verhältnis auch zu dem höheren Organismus des Staates. Ihr Amt ist und bleibt aber ein Amt des kommunalen Selbstverwaltungskörpers.“

Die Lehrpersonen an den von den Gemeinden unterhaltenen höheren Lehranstalten sind mithin im Sinne des § 4 des Gesetzes vom 1. August 1909 für den Dienst der Gemeinde angestellt.“ (RG. 84 S. 40/1).

Folglich haftet z. B. eine Stadtgemeinde für den Schaden, welchen eine Schülerin einer städtischen höheren Mädchenschule im Turnunterricht infolge des Verschuldens der Turnlehrerin erleidet, nach § 4 des Ges. vom 1. April 1909.

D. Haftung einer Gemeinde für ein Verschulden des Gemeindevorstehers bei Beglaubigung einer Unterschrift.¹⁾

Vgl. RG. 71 S. 60 ff:

(Ein Gemeindevorsteher hatte ohne Prüfung der Echtheit einer Bürgerschaftserklärung die Unterschrift des Bürgen beglaubigt, die sich nachträglich als gefälscht erwies.)

„Der Gemeindevorsteher als solcher, als allein handelnder Beamter, hatte im Gebiete des URN.'s eine . . . Zuständigkeit, insbesondere auch zur Beglaubigung von Unterschriften, nirgends befehlen. Nach dem gegenwärtig geltenden Rechte sind in Westfalen ebenso wie im sonstigen Rechtsgebiete des URN.'s, für welches die frühere Zuständigkeit der Dorfgerichte in den Art. 104, 107—109, 119 des preuß. Ges. über die freim. Gerichtsbarkeit noch weiter beschränkt ist, nach § 167 Abs. 2 des RG. über die Angelegenheiten der FrG. nur die Amtsgerichte und Notare zur Beglaubigung von Unterschriften zuständig.

Es ist auch die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, daß die vom Beklagten vorgenommene Unterschriftsbeglaubigung in keiner Beziehung zu seinen sonstigen amtlichen Funktionen steht und danach eine Verletzung der für diese gegebenen besonderen Vorschriften nicht in Frage kommt. Zu den Pflichten des Beamten gehört es jedoch auch, die Grenzen seiner Zuständigkeit innezuhalten, sich der Vornahme solcher Handlungen zu enthalten, die ausschließlich Beamten anderer Art vorbehalten sind. Auch diese Pflicht ist eine Amtspflicht, die ihm nicht nur dem Gemeinwesen, sondern jedem gegenüber obliegt, der von den Folgen der Amtsüberschreitung betroffen werden kann. Nun hindern die gesetzlichen Bestimmungen, welche bestimmten Behörden oder Beamten die Befugnis zur Ausstellung öffentlicher Beglaubigungen

¹⁾ Häufig pflegt auch die Polizeibehörde sogen. „Beglaubigungen“ und „Bescheinigungen“ auszustellen, so z. B. in Preußen. Dies sind keine öffentlichen Beglaubigungen und keine Polizeiverfügungen (vgl. Mohn, Preussisches Verwaltungsrecht S. 110). Andererseits sind jedoch nach RG. im Recht 1909 S. 678 an sich zur Unterschriftsbeglaubigung nicht befugte Beamte überhaupt — also auch Polizeibeamte — ebensowenig wie Privatpersonen zur Beglaubigung der Echtheit einer Unterschrift und zur Beifügung ihres Amstititels befugt. Jedoch darf solchen Beglaubigungen nicht der Anschein einer amtlichen Beurkundung gegeben, also die Bezeichnung als „Beglaubigung“ gegeben oder ein Amtsiegel beige drückt werden (letzteres geschieht aber meistens!). In der Praxis sind solche „Beglaubigungen“ besonders auf dem Gebiete der Unfall- und Invaliditätsversicherung üblich und die Zulässigkeit derselben ergibt sich „aus der allgemeinen Verpflichtung aller öffentlichen Behörden, auch ohne ausdrückliche Anordnung innerhalb ihrer Zuständigkeit an der Durchführung der Gesetze nach Kräften mitzuwirken.“ (Erlaß des Ministers des Innern und des Handelsministers an die Regierung zu Düsseldorf vom 13. Dezember 1893, abgedruckt im Preuß. Verm.-Bl. 32 S. 244). Auch hierbei handelt es sich nicht um öffentliche Beglaubigungen im Rechtsinne, da die Zuständigkeit der Polizeibehörde hierfür durch keine gesetzliche Bestimmung begründet ist. Man bezeichnet sie wohl am besten als „amtliche Bescheinigungen“ (so Appellus im Preuß. Verm.-Bl. 32 S. 244) einer vermäße ihrer amtlichen Stellung besonders glaubwürdigen Person (vgl. hierzu Appellus im Preuß. Verm.-Bl. 31 S. 453, 33 S. 67).

beilegen, freilich nicht, daß auch andere Beamte gleich jeder Privatperson durch eine schriftliche Erklärung die Echtheit einer Unterschrift bezeugen; sie mögen sich dabei auch zur Kennzeichnung ihrer Person ihres Amtstitels bedienen. Unzulässig ist es aber, daß sie eine solche Erklärung in einer Form abgeben, die den Anschein einer öffentlichen Urkunde erweckt. Eine solche in der Form einer amtlichen Beurkundung ausgestellte Beglaubigung ist geeignet, das Publikum, insbesondere die Beteiligten, irre zu führen, sie zu veranlassen, ihr das Vertrauen einer öffentlichen Urkunde entgegenzubringen, worauf sie keinen Anspruch hat, und so die Sicherheit des Geschäftsverkehrs ernstlich zu gefährden. Wenn sich der Verkehr gleichwohl vielfach mit den in amtlicher Form abgegebenen Unterschriftsbeglaubigungen unzuständiger Beamter begnügt, so geschieht dies meist in Unkenntnis der Zuständigkeitsnormen und der Tatsache, daß es für die Beglaubigungen solcher unzuständiger Beamter selbstverständlich an jeder gesetzlichen Regelung und damit an der Grundlage ihrer Zuständigkeit fehlt. Jedenfalls vermag diese Gewohnheit des Verkehrs die Berechtigung des unzuständigen Beamten zu einer derartigen Beurkundung nicht zu begründen.

Die Form, in welcher der Beklagte die falsche Unterschrift des *GR.* beglaubigt hat, ist die einer amtlichen Beurkundung. Er tritt darin nicht als Privatperson, sondern als Inhaber seines Amtes auf. Er hat deshalb als Beamter handelnd seine Amtsbefugnisse überschritten und objektiv eine Amtspflicht verletzt, die ihm auch der Klägerin gegenüber oblag, als derjenigen Person, für welche die von dem Beklagten beglaubigte Bürgschaftserklärung bestimmt war und der sie übergeben worden ist".

E. Haftung der kriegswirtschaftlichen Organisationen.

Die kriegswirtschaftlichen Organisationen sind entweder Behörden oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung; letzteres dann, wenn dies im Gesetz oder der Organisationsverordnung des Bundesrats ausdrücklich bestimmt ist. Meist sind die Tätigkeiten derselben in der Weise verteilt, daß die eigentlichen Verwaltungsangelegenheiten den Behörden, der Abschluß von Verträgen und ihre Durchführung den Gesellschaften zustehen, jedoch ist dies nicht immer durchgeführt, da auch die Gesellschaften sich mit Tätigkeiten zu befassen haben, deren Ausübung als solche öffentlicher Gewalt anzusehen ist. Soweit es sich um eine Tätigkeit handelt, welche den Organisationen als Behörden zusteht, haftet das Reich, der Bundesstaat oder der betreffende Kolonialverband, je nachdem es sich um die Schadenszufügung eines Beamten handelt, welcher im Dienste des Reichs, eines Bundesstaats oder Kommunalverbandes steht. Andernfalls haftet die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem Spezialgesetz bezw. den allgemeinen Grundsätzen der Vereinshaftung. Vgl. hierzu und zu der Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges für Schadensersatzansprüche *Delius* in der *Zur. Wochenschrift* 1918 S. 163/4. *Delius* weist zutreffend darauf hin, daß die Verpflichtung der bei Behörden oder in kriegswirtschaftlichen Organisationen beschäftigten Personen durch Handschlag nicht die Beamteneigenschaft verleihe, wie denn § 1 Abs. 1 der *Bek.* vom 3. Mai 1917 (*RG.-Bl.* 1917 S. 393) ausdrücklich sagt: „Wer, ohne Beamter zu sein,

bei Behörden oder in kriegswirtschaftlichen Organisationen beschäftigt ist, kann auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten durch Handschlag verpflichtet werden.“ Auch aus dem Umstand, daß nach § 2 des Gesetzes über den vaterländischen Hilfsdienst vom 5. Dezember 1916 die in kriegswirtschaftlichen Organisationen jeder Art tätigen männlichen Personen (vom vollendeten 17. bis zum vollendeten 60. Lebensjahr, vgl. § 1 des Gesetzes) als im vaterländischen Hilfsdienst tätig gelten, folgt nicht die Beamteneigenschaft dieser Personen, denn hierzu gehören auch die in Privatbetrieben und -Berufen tätigen Personen, die für Zwecke der Kriegsführung oder Volksversorgung unmittelbar oder mittelbar Bedeutung haben, soweit die Zahl dieser Personen das Bedürfnis nicht übersteigt.

Für Schadenszufügungen eines Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt gilt das Reichsbeamtenhaftpflichtgesetz vom 22. Mai 1910 bzw. die entsprechenden Landesgesetze, in Preußen das Gesetz vom 1. August 1909. Im einzelnen vgl. den Aufsatz von Delius.

F. Verhältnis des § 839 B. und des preuß. Gesetzes von 1909 sowie des Reichsgesetzes von 1910 zu den allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB.

Dem Wortlaut des preuß. Gesetzes von 1909 und des Reichsgesetzes von 1910 entsprechend trifft die im § 839 des BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat, „bzw. das Reich“ d. h. es haftet nur der Staat oder das Reich, wenn die Voraussetzungen des § 839 gegeben sind. Dafür erwirbt der Fiskus nach § 3 des preuß. Gesetzes und § 2 des Reichsgesetzes von 1910 den Regressanspruch gegen den Beamten.

Aber das Verhältnis des § 839 Abs. 1 Satz 2 zu § 823 Abs. 1 führt das RG. im 74. Bande S. 252/3 folgendes aus: ¹⁾

„Über das Verhältnis der besonderen Beamtenhaftung des § 839 zu der allgemeinen Verantwortlichkeit für „Unerlaubte Handlungen“, wie sie der so

¹⁾ „Der Kläger nahm den beklagten Kanallotfen J. auf Schadenersatz in Anspruch, weil dieser den Zusammenstoß seines, des Klägers, Dampfer mit dem vom Beklagten im Kaiser Wilhelm-Kanal geführten Dampfer verschuldet hatte. Der Schadenersatzanspruch gegen den Kanallotfen wurde für begründet erklärt. Der Beklagte machte geltend, als Beamter hafte er nach § 839 BGB. nur insoweit, als der Kläger nicht auf andere Weise Ersatz erlangen könne, Kläger könne sich aber an den Reichsfiskus halten, der ihn angestellt habe. Das Reichsgericht führt nach den mitgeteilten Ausführungen weiter aus, daß der Beklagte kein Beamter sei, für den das Reich nach §§ 81, 89 BGB. hafte, obwohl der Kanallotfe an sich Reichsbeamter sei, denn die Verfehlung des Beklagten hinsichtlich der Schiffsführung sei keine Wahrnehmung von Hoheitsrechten — trotz des Lotsenzwanges —, sondern eine solche bei Dienstleistungen des bürgerlichen Verkehrs. Es gälten daher für die Haftung des Reiches §§ 81, 823 bzw. 881 BGB. Da der Kanallotfe kein „verfassungsmäßig berufener Vertreter des Reichsfiskus“ sei, weil er den Fiskus im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht als ihr Willensorgan vertrete, käme hier lediglich § 831 zur Anwendung, d. h. er sei „eine zu einer Verrichtung bestellte Person.“ Wenn auch diese beschränkte Haftung ausreiche, den anderweitigen Ersatz herbeizuführen, von dem in § 839 Abs. 1 Satz 2 die Rede sei, so käme dies jedoch im vorliegenden Falle nicht in Betracht, weil der Beklagte, dem in dieser Hinsicht die Darlegungspflicht obgelegen habe, die Haftung des Reiches ausschließlich aus § 81 BGB. abgeleitet und nicht dafür vorgebracht habe, daß sie auch auf Grund des § 831 mit Erfolg durchgesetzt werden könne, das Reich also den Entlastungsbeweis nach Satz 2 etwa nicht zu führen vermöge. Folglich verfrage die Verteidigung des Beklagten.

überschriebene Titel des BGB.'s sonst regelt, sind in der Literatur verschiedene Ansichten aufgestellt. Auf der einen Seite wird die Meinung vertreten, daß auch der Beamte beim Vorliegen eines der allgemeinen Delikte unbeschränkt hafte und daß ihm die Schutzbestimmungen des § 839 nur dann zur Seite ständen, wenn ausschließlich der besondere Tatbestand dieses Paragraphen, die Schadenszufügung durch Verletzung der Amtspflicht, vorliege. Andere lehren, daß die Abschwächung der Haftung, wie sie § 839 regelt, in allen Fällen Platz greifen müsse, wo sich das allgemeine Delikt zugleich als eine Verletzung der Amtspflicht darstelle. Wie die Frage in diesem weiten Umfange zu beantworten ist, soll hier nicht entschieden werden. Es handelt sich im vorliegenden Falle nur um das Verhältnis des § 839 Abs. 1 S. 2 zu § 823 Abs. 1, d. h. um die Frage, ob dem Beamten der Rechtsatz, daß er bei Fahrlässigkeit nur aushilfsweise zu haften brauche, auch dann zur Seite steht, wenn sich die ihm zur Last fallende Verletzung der Amtspflicht zugleich als widerrechtliche Verletzung fremden Eigentums darstellt. In dieser Beschränkung tritt der Senat der zweiten Meinung bei. Das Gesetz hat die Abschwächung der Haftung der Beamten in Fällen bloßer Fahrlässigkeit im öffentlichen Interesse eingeführt. Es soll vermieden werden, daß sich die Beamten, um Ersatzansprüchen zu entgehen, einer übertriebenen Angstlichkeit hingeben, die den Dienst verlangsamen und für den Staat sowohl, wie für die Bevölkerung selbst nachteilig wirken mußte. Dieser Zweck des Gesetzes würde nur in sehr unvollkommener Weise erreicht werden, wenn die subsidiäre Haftung ausschließlich auf solche Fälle der Vermögensbeschädigung bezogen werden dürfte, die nicht zugleich eines der in § 823 genannten Rechtsgüter betreffen. Ein innerer Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Beamtenhaftung in diesen beiden Fällen ist nicht zu erkennen.

Die Revision macht geltend, daß bei Anwendung des § 839 der eigene Fiskus des Beamten als Hauptverpflichteter grundsätzlich nicht in Betracht gezogen werden dürfe. Da die Haftung des Staates, wo sie Platz greife, zu der Haftung des Beamten selbst nur hinzutrete, so könne das Gesetz mit dem „Ersatz auf andere Weise“ nur an dritte Verpflichtete, nicht aber an den Staat gedacht haben, der hinter dem Beamten stehe. Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden. Es ist nicht richtig, daß die Haftung des Staates zu der Haftung der Beamten in einem bloß akzessorischen Verhältnisse stehe, und es liegt auch sonst kein Grund vor, den Staat, der den Beamten angestellt hat, von den andern Personen auszunehmen, an die der Beamte den Verletzten verweisen kann. Wenn nach § 12 BGB. und nach § 1 des Gesetzes vom 22. Mai 1910 der Staat sogar an Stelle des Beamten haftet, so ist nicht einzusehen, warum er im Rahmen des § 839 B. nicht auch als Hauptverpflichteter in Betracht kommen könnte (vgl. auch den 2. Halbsatz des Art. 77 EG. zum BGB.).“

§ 7.

Mitgliederversammlung. Mitgliedsrechte. Ausschließung von Mitgliedern.

Die Mitgliederversammlung ist das oberste Vereinsorgan. Soweit Vereinsangelegenheiten nicht vom Vorstand oder anderen dazu bestellten Vereinsorganen zu erledigen sind, entscheidet über sie die Mitgliederversammlung durch Beschlußfassung. Zur Gültigkeit eines

Beschlusses ist grundsätzlich die Berufung der Mitglieder erforderlich, bei welcher der Gegenstand des Beschlusses¹⁾ angegeben werden muß, es sei denn, daß alle Mitglieder ihre Zustimmung zum Beschluß schriftlich erklärt haben. Bei der Beschlußfassung entscheidet die Mehrheit der Mitglieder (§ 32), bei Satzungsänderungen eine Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen Mitglieder, bei Änderung des Vereinszweckes die mündliche oder schriftliche Zustimmung aller Mitglieder (§ 33).

Vgl. ferner § 33 Abs. 2.

Ein Vereinsbeschluß ist nicht deshalb unwirksam, weil Minderjährige an ihm teilgenommen haben. So RG. in Rspr. der OLG. 15 S. 324:

„Der Minderjährige ist an sich willens- und handlungsfähig. Die in den §§ 106 ff. ausgesprochenen Beschränkungen seiner Geschäftsfähigkeit beziehen sich grundsätzlich nur auf vermögensrechtliche Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die der Minderjährige in eigenen Angelegenheiten vornimmt . . . Mindestens muß aber in der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, die zum Eintritte des Minderjährigen in den Verein erforderlich war, auch die im voraus erklärte Einwilligung zu allen Handlungen, die der Minderjährige in Ausübung seiner Mitgliedschaft vornehmen wird, erblickt werden. Es würde zu einer im Verkehr unerträglichen Hemmung des Vereinslebens führen, wenn bei jeder durch Abstimmung der Mitglieder erfolgenden Bildung eines Gesamtwillens durch Versammlungsbeschluß noch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder des Vormundschaftsgerichts zu der Abstimmung der minderjährigen Vereinsmitglieder beschafft werden sollten.“ (Dies gilt nach RG. auch für nicht rechtsfähige Vereine wenigstens insoweit, als nicht der Minderjährige durch seine Abstimmung eine eigene vermögensrechtliche Haftung gegen sich begründet.)

Nicht stimmberechtigt ist ein Mitglied, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Vereine betrifft. Nicht hierunter fällt der Fall, daß ein Mitglied in den Vorstand oder Aufsichtsrat des Vereins gewählt werden soll, in welchem Falle es selbst mitstimmen kann (so RG. 60 S. 172 für die Aktiengesellschaft). Bei Entlastung des Vorstandes oder anderer Vereinsorgane sind diese nicht mit stimmberechtigt, da niemand sich selbst „entlasten“ kann.

¹⁾ Hierüber führt das Bayer. Ob.-Landesgericht in Rspr. der OLG. 32 S. 331 aus:

„Die Vorschrift, daß der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird, bezweckt, die Mitglieder in den Stand zu setzen, sich auf den Stoff der Tagesordnung ordentlich vorzubereiten und sich gegen Aberrumpelungen durch Beschlüsse, deren Inausichtnahme sie nicht kannten, zu schützen. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn die Tagesordnung ersehen läßt, welche Gegenstände zur Beratung und Beschlußfassung gelangen sollen. Soll daher die veröffentlichte Tagesordnung dem § 32 genügen, so muß in ihr selbst angegeben werden, über welche Gegenstände beschlossen werden soll, also auch, wenn es sich um „Anträge“ handelt, welche Gegenstände diese betreffen. Die bloße Bezeichnung „Anträge“ genügt nicht, denn solche können alle denkbaren Gegenstände betreffen und daher ist aus einer so allgemein gefaßten Ankündigung nicht zu ersehen, was etwa als Gegenstand der Beschlußfassung in Betracht kommt.“

Unzulässige und unwirksame Vereinsbeschlüsse darf der Vorstand nicht zur Ausführung bringen. Auch kann jedes Mitglied auf Feststellung der Nichtigkeit eines Vereinsbeschlusses nach § 256 ZPO. klagen; wenn mehrere darauf klagen, so bilden sie eine notwendige Streitgenossenschaft, da das Rechtsverhältnis — die Nichtigkeit des Vereinsbeschlusses nur einheitlich festgestellt werden kann.

Sonderrechte eines Mitglieds können nicht ohne dessen Zustimmung durch einen Beschluß der Mitgliederversammlung entzogen werden (§ 35). Das BGB. selbst erwähnt als einziges Recht des Mitglieds das von Siz und Stimme in der M.-Versammlung (§ 32), das aber kein Sonderrecht ist. Sonderrechte können nur durch die Satzung eingeräumt werden, z. B. als satzungsmäßige Vorzugsrechte, Befreiung von Beitragspflichten etc. Zweifelhaft ist, ob das Mitgliedschaftsrecht selbst ein Sonderrecht ist, sodaß die Ausschließung eines Mitglieds aus dem Verein ohne dessen Zustimmung unzulässig ist, wenn nicht die Satzung ein anderes bestimmt. Das OLG. Dresden hat die Annahme eines Sonderrechts abgelehnt, (Senff.-Archiv Bd. 61 S. 285). Ebenso das RG. 49 S. 150. Und in den Entsch. Bd. 73 S. 190—192 hat das Reichsgericht die Frage der Ausschließung eines Vereinsmitgliedes ohne ausdrückliche Satzungsbestimmung mit folgenden Gründen verneint:

„Hat man bei der Gründung des Vereins oder bei einer Neuregelung seiner Verfassung durch die Vereinsatzung nicht für nötig befunden, der Vereinsversammlung oder einem andern Vereinsorgane ein solches Recht der willkürlichen Ausschließung beizulegen, so ist es schlechterdings nicht verständlich, wie sich aus den Anforderungen des Verkehrs oder gar aus der Rücksicht auf die dem Verein zu gewährende Existenzmöglichkeit eine derartige Rechtsfolge ergeben sollte. Gerade im Gegenteil ließe es sich als Regel annehmen, daß das Bestehen des Vereins aufs ernstlichste gefährdet sein würde, wenn seine Mitglieder nicht rechtlich dagegen geschützt wären, daß die Zufallsmehrheit einer ordnungsmäßig berufenen Versammlung sie durch eine in ihr freies Belieben gestellte Ausschließung aus dem Vereine maßregeln, dadurch aber in ihrem Ehrempfinden verletzen oder sie auch vermögensrechtlich schädigen könnte. Mit der „Autonomie“ des Vereins hat die Ausschließung eines einzelnen Mitgliedes überhaupt nichts zu tun. Will man den Begriff der Selbstgesetzgebung nicht sinnwidrig auf das ganze Gebaren des Vereins ausdehnen, so läßt sich darunter nur das Recht verstehen, sich seine Satzung und damit seine Verfassung, soweit sie nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruht, selbst zu geben (§ 25 BGB.). Dadurch aber, daß der Verein einem einzelnen Mitgliede die Mitgliedschaft entzieht, handelt er entweder — sofern er sich dieses Recht satzungsmäßig beigelegt hat — in Ausübung bestehender Rechte und vollführt alsdann einen Akt nicht der Autonomie, sondern der Vereinsverwaltung (vgl. RG. 49 S. 154), oder er bricht die Verfassung. Denn diese gewährleistet, soweit sie nicht einzelne Mitglieder durch Einräumung besonderer Einzelrechte bevorzugt (§ 35 BGB.), allen anderen Mitgliedern die gleichen Mitgliedschaftsrechte.

Sonderrechte darf der Verein nach § 35 BGB. ohne die Zustimmung des bevorrechtigten Mitgliedes nicht beeinträchtigen; und zwar weder durch

eine Verwaltungsmaßregel noch auch durch einen Akt der Selbstregelung seiner Verfassung. In beiden Beziehungen steht er gegenüber den allgemeinen Mitgliedschaftsrechten der einzelnen Mitglieder allerdings freier da; er kann also z. B. für alle Mitglieder Bestimmungen treffen, die in gleichmäßiger Weise die Benützung des Vereinsvermögens (Gebrauch der Vereinsräume für ihre Privat Zwecke, Benützung der Vereinsbücherei usw.) gegen früher einschränken. Er kann jedoch nicht durch einen bloßen Verwaltungsakt einzelnen Mitgliedern oder einer Gruppe von ihnen einen Vorzug einräumen oder, was dem gleich käme, die Rechte der anderen im Vergleich zu ihnen heruntersetzen. Will er dies tun, so bedarf es hierzu einer Satzungsänderung mit den dafür gesetzlich (§§ 33, 71, 60—64) oder satzungsmäßig (§ 40) vorgeschriebenen Erfordernissen.

Muß hiernach davon ausgegangen werden, daß schon die Einzelrechte des Mitgliedes in dieser Weise unter dem Schutze des Gesetzes stehen und von dem Vereine nicht durchbrochen werden dürfen, so kann vollends keine Rede davon sein, daß die von den Mitgliedschaftsrechten begrifflich unterschiedene Mitgliedschaft selbst (vgl. § 38 BGB.), in der sich die Gesamtheit aller Mitgliedschaftsrechte, der Sonderrechte ebenso wie der allgemeinen Mitgliedschaftsrechte vereinigt findet, einer freien und willkürlichen Verfügung des Vereins oder einzelner Vereinsorgane unterworfen sei — immer vorausgesetzt, daß die Satzung darüber nichts enthält. Der Verein kann deshalb die Schranken, die er den Mitgliedschaftsrechten gegenüber einzuhalten hat, auch nicht in der Weise durchbrechen, daß er ein Mitglied ausschließt und es dadurch aller seiner Einzelrechte überhaupt entsetzt. Schon die Erwägung, daß nach vernünftigem Ermessen dem Odium einer willkürlichen Ausschließung doch höchstens der ausgesetzt sein könnte, der sich freiwillig einer in der Satzung vorgesehenen so weit gehenden Machtbefugnis durch seinen Beitritt oder durch sein Verbleiben im Verein unterworfen hat, mußte, wenn alle anderen Gründe versagen, mit Notwendigkeit zu einer derartigen Gesetzesauslegung hinführen.“

Ist eine Ausschließung aus dem Verein unzulässiger Weise erfolgt, so kann das zu Unrecht ausgeschlossene Mitglied auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vereinsbeschlusses und Fortbestehen der Mitgliedschaft nach § 256 ZPO. gegen den Verein klagen. Falsch ist jedoch eine Klage auf Aufhebung des betreffenden Vereinsbeschlusses, „denn die bürgerlichen Gerichte bilden nicht eine Instanz hinsichtlich der von den Vereinsorganen erlassenen Beschlüsse; sie sind daher nicht in der Lage, solche Beschlüsse aufzuheben. Sie können ihnen nur die Rechtswirksamkeit versagen oder absprechen.“ (RG. in J. W. 34 S. 315). Mit Rücksicht auf die Vereinsautonomie steht den Gerichten aber nur die Prüfung der formellen Ordnungsmäßigkeit der Ausschließung eines Vereinsmitgliedes zu, wozu natürlich die Unzulässigkeit der Ausschließung überhaupt auch gehört. Im übrigen kann also von den Gerichten nicht nachgeprüft werden, ob jemand eine „unehrenhafte Gesinnung“ gezeigt hat, wenn etwa nach der Satzung aus diesem Grunde eine Ausschließung erfolgen kann (vgl. RG. 49 S. 154/5, 78 S. 137, 82 S. 248—251). Die Bestimmung in der Vereinsatzung, daß die von der Mitglieder-

versammlung beschlossene Ausschließung eines Mitgliedes gerichtlich unanfechtbar sein soll, ist ungültig. So auch RG. 80 S. 190/1:

„Der Streit darüber, auf welche Weise und zu welcher Zeit der Kläger aus dem beklagten Verein ausgeschlossen ist, stellt seinem Gegenstande nach eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit dar. Er unterliegt gemäß § 13 GVG. der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte, es sei denn, daß in rechtswirksamer Weise ein schiedsgerichtliches Verfahren dafür angeordnet ist (§§ 851, 852, 1048 ZPO.). Eine derartige Anordnung ist in der Satzung des beklagten Vereins nicht enthalten. Beschließt das als „Schiedsgericht“ bezeichnete Vereinsorgan, bei der Mitgliederversammlung die Ausschließung eines Mitglieds zu beantragen, so ist dies nicht ein Rechtspruch in streitiger Sache, sondern eine Verwaltungsmaßregel in einer inneren Angelegenheit des Vereins. Beschließt alsdann die Versammlung, dem Antrage zu entsprechen, so handelt es sich dabei um die Frage, ob dem einzelnen Mitgliede gegenüber ein satzungsmäßiges Recht ausgeübt werden soll. Zur Entscheidung über die sachlichen Gründe solcher Rechtsausübung sind nach feststehender Rechtsprechung die Gerichte überhaupt nicht berufen. Dagegen kann dem durch den Ausschließungsbeschluß betroffenen Mitgliede beim Nichtbestehen einer schiedsgerichtlichen Zuständigkeit das rechtliche Gehör nicht abgeschnitten werden, wenn es dem Verein gegenüber geltend machen will, die beschlossene Ausschließung entspreche in den äußeren Bedingungen des Zustandekommens nicht den Anforderungen der Satzung. Denn dabei handelt es sich um die Grenzen des Ausschließungsrechts. Was § 15 der Satzung des beklagten Vereins anlangt, so nimmt der Berufungsrichter ohne Rechtsverstoß an, es werde mit der darin vorgesehenen Unanfechtbarkeit des Ausschließungsbeschlusses nur auf die ohnehin bestehende Nichtzuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung über die sachlichen Gründe der Ausschließung hingewiesen. Wäre dies anders und hätte man jene Satzungsvorschriften so zu verstehen, daß die Versammlung auch im Umfange der sonst den Gerichten obliegenden Entscheidung, also über die Erfüllung der äußeren Bedingungen einer Ausschließung in unanfechtbarer Weise selbst zu befinden hatte, so würde damit der Versammlung eine Entscheidung in eigener Sache anvertraut sein. Eine derartige Bestimmung ist wirkungslos (vgl. RG. 55 S. 326; J. W. 1906 S. 396 Nr. 26). Sie widerspricht, wie der Berufungsrichter mit Recht annimmt, den öffentlichrechtlichen Normen, die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten den Beteiligten das richterliche Gehör gewährleisten. Die auf § 15 der Satzung hergeleitete Einrede des Beklagten ist daher mit Recht zurückgewiesen worden.“

Das rechtliche Interesse aus § 256 ZPO. ist einem unzulässiger Weise ausgeschlossenen Mitglied auch dann nicht zu verlagern, wenn es nach unzulässigem Ausschluß seinen Austritt aus dem Verein ordnungsmäßig erklärt hat. Denn es hat immer noch ein schutzwürdiges Interesse daran, gerichtlich festgestellt zu sehen, daß der Ausstoßungsbeschluß unwirksam ist, es mithin freiwillig ausgeschlossen sei. So auch RG. 80 S. 192:

„Von der Dauer der Mitgliedschaft abgesehen, ist die Bedeutung einer solchen Entscheidung für die Ehre, für die gesellschaftliche Stellung und möglicherweise für das spätere Fortkommen des davon Betroffenen auch schon in ähnlichen Fällen als ein geeigneter Grund

angesehen worden, das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung anzuerkennen (vgl. J. W. 1905 S. 315 Nr. 1, RG. 78 S. 134 ff.).“

Die Feststellung der Unwirksamkeit des Vereinsbeschlusses, durch den ein Mitglied zu Unrecht aus demselben ausgeschlossen wurde, hat aber nicht die Bedeutung der Feststellung der Fortdauer der Mitgliedschaft. So RG. in J. W. 43 S. 461:

(Zunächst hält das Reichsgericht an seiner bisherigen Rechtsprechung trotz der von Lenel in D. J. Z. 1913 S. 84 und Heinsheimer, Mitgliedschaft und Ausschließung, vorgebrachten Bedenken fest):

„Wird die Rechtswirksamkeit einer, dem Austritte nachfolgenden Ausschließung zivilrechtlich festgestellt, so hat das weder, wie Heinsheimer a. a. O. S. 66 meint, die Bedeutung einer die Fortdauer der Mitgliedschaft aussprechenden und hierin dem beiderseitigen Parteivorbringen widerstrebenden Entscheidung, noch auch ist der Zeitpunkt, in dem die Mitgliedschaft ihr Ende gefunden hat, das Wesentliche der Feststellung, das Urteil spricht vielmehr mit der Feststellung, daß die Ausschließung rechtsunwirksam sei, dem Verein das Recht ab, sich dem Kläger gegenüber auf den Standpunkt zu stellen, dieser sei nach der Sagung verpflichtet, sich eine derartige, seiner Ehre und seine soziale Stellung schwer beeinträchtigende Maßregelung durch den Verein gefallen zu lassen. Es entzieht dem Verein die Befugnis, sich dem früheren Mitgliede gegenüber auf das formelle Zurechtbestehen des in seiner sachlichen Begründung einer gerichtlichen Nachprüfung nicht unterliegenden Ausschließungsbeschlusses zu berufen, schneidet ihm daher insbesondere für den Fall des Privatklageverfahrens, das die widersprechenden Schriftsteller dem nachträglich Ausgeschlossenen allein offenhalten wollen, die Berufung darauf ab, daß die ehrenrührige Ausschließung in der Wahrnehmung berechtigter Interessen geschehen sei (§ 193 StrGB.) und kann in einem solchen Verfahren mit Rücksicht auf seine präjudizielle Bedeutung auch zu einer Auslegung nach § 261 StrGB. führen.“

Dagegen kann in der Sagung wirksam bestimmt werden, daß für ein aus dem Verein ausgeschlossenes Mitglied die Anrufung des Gerichts erst dann zulässig sein soll, wenn es den in der Sagung geregelten Weg der Anfechtung des Ausschlusses erfolglos beschritten hat (RG. in J. W. 44 S. 18).

Aber die Berufung der Mitgliederversammlung vgl. §§ 36, 37 BGB.

Aber den Austritt: § 39 (jus cogens).

Dem Austritt steht der zulässige, ordnungsmäßige Ausschluß gleich. Ist jemand durch Austritt ausgeschieden, so ist ein nachfolgender Ausschluß auch formell unzulässig, weil das ausgeschiedene Mitglied vom Augenblick des Ausscheidens an — unbeschadet seiner noch unerledigten vermögensrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen — aus dem Machtbereich der Sagungen entrückt wird (RG. 51 S. 67 und 78 S. 136).

§ 8.

Die Auflösung des Vereins und der Verlust der Rechtsfähigkeit.

I. Der Verein wird aufgelöst:

1. Durch Ablauf der satzungsmäßig bestimmten Zeit;
2. durch Beschluß der Mitgliederversammlung (§ 41) mit grundsätzlicher Dreiviertel-Mehrheit der erschienenen Mitglieder;
3. durch Verlegung des Vereinsstizes in das Ausland (vgl. RG. 7 S. 69 ff. für die Aktiengesellschaft);
4. durch Beschluß der Ortspolizeibehörde in Preußen nach § 2 des Reichsvereinsgesetzes, wenn der Vereinszweck den Strafgesetzen zuwiderläuft. (Vgl. Romen, Vereinsgesetz, § 2 Ziff. 5 S. 40);
5. durch Austritt aller Mitglieder, was aus dem Vereinsbegriffe folgt.

II. Der Verein verliert die Rechtsfähigkeit:

1. durch Konkursöffnung (§ 42),
2. durch Entziehung nach § 43¹⁾, in Preußen auf Grund einer Klage des Landrats bzw. der Ortspolizeibehörde beim Bezirksauschuß (Verordnung vom 16. November 1899 i. B. mit § 44 BGB.).

In diesen Fällen besteht der Verein für das öffentliche Vereinsrecht fort. Ob ein privatrechtlicher Unterschied zwischen den Fällen zu I und II besteht, ist streitig. Cosack und Eck verneinen es. Nach Staudinger (I § 41 V) besteht bei der Entziehung der Rechtsfähigkeit der Verein als nicht rechtsfähiger Verein fort, ohne daß er aber Gesamtnachfolger des rechtsfähigen Vereins sei, welchem Gedanken §§ 45—53 über die Liquidation im Wege stünden. Es bestehen daher nur bei der Entziehung der Rechtsfähigkeit zwei Vereine, der Liquidationsverein und der nicht rechtsfähige Verein.

III. Folgen der Auflösung und Entziehung der Rechtsfähigkeit: §§ 45—47.

In allen Fällen, in denen das Vereinsvermögen nicht an den Fiskus fällt, muß nach § 47 eine Liquidation stattfinden, die grundsätzlich durch den Vorstand erfolgt (§ 48), aber auch durch

¹⁾ § 43 lautet:

Dem Vereine kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er durch einen gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet.

Einem Vereine, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen solchen Zweck verfolgt.

Einem Vereine, der nach der Satzung einen politischen, sozial-politischen oder religiösen Zweck nicht hat, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen solchen Zweck verfolgt.

Einem Vereine, dessen Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt.

andere Personen als Liquidatoren erfolgen kann, welche dann die rechtliche Stellung des Vorstandes haben, also den Verein — der als fortbestehend gilt, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert (§ 49 Abs. 2) — gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

Aufgabe der Liquidatoren: §§ 49¹⁾, 50—52 BGB.

Haftung der Liquidatoren: § 53.

§ 9.

Eingetragene Vereine.

I. Die Eintragung der nicht wirtschaftlichen Vereine erfolgt beim Amtsgericht, in dessen Bezirk der Verein seinen Sitz hat (§ 55). Die Eintragung hat konstitutive Bedeutung für die Entstehung des Vereins.

Der Verein soll mindestens 7 Mitglieder haben (§ 56) und sein Name soll sich von dem Namen der an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Vereinen deutlich unterscheiden (§ 57 Abs. 2).

Über den Inhalt der Satzung vgl. §§ 57, 58 BGB.

Die Anmeldung erfolgt durch den Vorstand — d. h. sämtliche Vorstandsmitglieder — unter Beifügung der Satzung in Urschrift und Abschrift mit Unterschrift von mindestens 7 Mitgliedern und Angabe des Tages der Errichtung sowie einer Abschrift der Urkunde über die Bestellung des Vorstandes (§ 59) und zwar persönlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Registergerichts oder durch den Notar (§§ 159, 129 FrGG.) in beglaubigter Form (§ 77 FrGG.). Fehlt ein Formerfordernis, so erfolgt die Zurückweisung des Antrags unter Angabe der Gründe durch Beschluß, gegen welchen die sofortige Beschwerde nach der ZPO. § 577 zulässig ist. Dagegen weitere Beschwerde nach der ZPO. (so bayr. Oberste LG.) oder weitere Beschwerde nach §§ 27, 28 FrGG. nach RG. (Rspr. OLG. 8 S. 19 ff.).

Erfolgt die Zulassung, so hat das Amtsgericht in Preußen dem Landrat bezw. der Ortspolizeibehörde (Preuß. AB. 3. BGB. Art. 3) davon Mitteilung zu machen.

Die Verwaltungsbehörde kann gegen die Eintragung Einspruch erheben, wenn

¹⁾ § 49 lautet:

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger zu befriedigen und den Überschuß den Anfallberechtigten auszuantworten. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen. Die Einziehung der Forderungen sowie die Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld darf unterbleiben, soweit diese Maßregeln nicht zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung des Überschusses unter die Anfallberechtigten erforderlich sind.

Der Verein gilt bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert.

1. der Verein nach öffentlichem Vereinsrecht unerlaubt ist oder verboten werden kann, d. h. nach RVO. § 2, wenn sein Zweck den Strafgesetzen zuwiderläuft, z. B. in den Fällen der §§ 128, 129 u. 285, 6 StrGB., ferner § 49 RMilitG. von 1874, § 3 Preuß. Gesetz vom 24. April 1854 betr. die Verletzungen der dienstpfl. des Gefindes und der ländlichen Arbeiter, oder wenn er

2. einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt.

a) Ein Verein verfolgt einen politischen Zweck, wenn er „eine einwirkung auf politische Angelegenheiten bezweckt“ (RVO. § 3 Abs. 1), d. h. wenn er auf Angelegenheiten einzuwirken sucht, welche „unmittelbar den Staat, dessen Verfassung, Verwaltung, Gesetzgebung, die staatsbürgerlichen Rechte der Untertanen und die Beziehungen der Staaten zu einander in sich begreifen“ (RG. in Strafsachen 46 S. 426).

Vgl. ferner OVB. 66 S. 330:

„Politische Zwecke hat derjenige Verein, dessen Bestrebungen auf Beeinflussung der Gesetzgebung oder der Verwaltung des Staates gerichtet sind (OVB. 39 S. 444, 42 S. 414). Allerdings genügt es zur Annahme eines politischen Zweckes nicht, wenn für eine Gesetzes- oder Verwaltungsänderung durch der Boden bereitet wird, daß der Verein durch Ausbreitung seiner Gedanken neue Anhänger einer solchen Änderung wirbt (Pr. Verw.-Bl. 26 862), auch nicht, wenn der Verein wünscht, daß die in ihm verkörperten Ideen gesetzliche Anerkennung finden Es muß hinzukommen, daß der Verein gemäß seiner Satzung oder durch die Vereinstätigkeit sein Bestreben erkennen gibt, seinerseits auf die Gesetzgebung oder die Organe des Staates im Sinne der Aufgabe des bisherigen Standpunkts einzuwirken.“

Bei der Ermittlung des Vereinszweckes ist nicht allein die Satzung maßgebend, es kann auch das sogenannte Vereinsleben in Betracht gezogen werden (OVB. 63 S. 297 und 44 S. 442).

b) Sozialpolitische Zwecke sind nach OVB. 41 S. 399/400 und 63 S. 298

solche, die der Staat verfolgt, wenn er sich einer sozialen Aufgabe unterzieht; gegen wird nicht alles sozialpolitisch, was von anderer Seite ohne unmittelbare Beziehung auf den Staat zu sozialem Zwecke geschieht; sonst . . . würden alle gemeinnützigen Unternehmungen mit Rücksicht auf die sozialen Aufgaben, die sich der heutige Staat und die ihm untergeordneten öffentlichen Korporationen stellen, ebenso beurteilt werden müssen, und das hat zweifellos nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen. Im Sinne des § 61 Abs. 2 BGB. ist der Begriff des sozialpolitischen Zweckes nicht als bloße Wiederholung des politischen Zweckes anzusehen, sondern er umfaßt alle auf Besserung der sozialen Zustände gerichteten Bestrebungen, bei denen eine Gesellschaftsklasse im Gegensatz zu einer anderen steht.“

c) Religiöse Zwecke sind solche, welche sich die Förderung des inneren oder äußeren religiösen Lebens zur Aufgabe machen,

auch wenn die Religion bekämpft werden soll, z. B. die Aufgabe des Monistenbundes (OVG. 66 S. 329—330).

Zu beachten ist hier Art. 84 GG. z. BGG. und Art. 13 Pr. Verf.-Urk., dem zufolge in Preußen Religionsgesellschaften und geistliche Gesellschaften Rechtsfähigkeit nur durch Gesetz und nicht durch Eintragung in das Vereinsregister — von dem sie demgemäß ausgeschlossen sind — erlangen können.

Wenn die Verwaltungsbehörde auf Grund vorstehender Bestimmungen Einspruch erhoben hat, hat das Amtsgericht den Einspruch dem Vorstand mitzuteilen. Letzterer kann den Einspruch in Preußen im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens anfechten (§ 62 BGG.). Dann entscheidet der Bezirks-Ausschuß und auf Berufung das Obergerverwaltungsgericht (OV. z. B. BGG. von 1899 Art. 2). Eine Frist für die Klagerhebung beim Bezirksausschuß besteht nicht. Das Verwaltungsgericht hat nur nachzuprüfen, ob der Einspruch materiell zulässig war, d. h. ob der Verein einen politischen zc. Zweck verfolgt, nicht aber, ob der Einspruch notwendig oder zweckmäßig war (OVG. 39 S. 440).

Die Eintragung des Vereins in das Vereinsregister erfolgt erst, wenn seit der Mitteilung der Anmeldung an die Verwaltungsbehörde sechs Wochen verstrichen sind und Einspruch nicht erhoben wurde oder wenn der erhobene Einspruch endgültig aufgehoben ist (§ 63). Bei Verletzung dieser zwingenden Vorschrift ist gleichwohl ein rechtsfähiger Verein entstanden.

Das Verfahren bei der Eintragung selbst regelt § 64. Die Satzung selbst wird nicht eingetragen, bleibt vielmehr nur eine Beilage des Registers. Dagegen werden Satzungsänderungen in das Register eingetragen (vgl. § 68).

Mit der Eintragung, die nach §§ 159, 130 FrGG. bekanntzugeben ist, erhält der Name des Vereins den Zusatz „eingetragener Verein“ (§§ 65/6). Die Urschrift der Satzung wird mit der Bescheinigung der Eintragung dem Vorstand zurückgegeben, während die Abschrift vom Gericht beglaubigt und aufbewahrt wird (§ 66 Abs. 2).

Jede Änderung des Vorstandes sowie die erneute Bestellung von Vorstandsmitgliedern ist vom Vorstand zur Eintragung anzumelden (§ 67). Die Anmeldung hat auch dann von sämtlichen Vorstandsmitgliedern zu erfolgen, wenn in der Satzung bestimmt ist, daß Erklärungen des Vorstandes für den Verein bindend sind, wenn sie nur von einigen Vorstandsmitgliedern abgegeben sind. Dies ergibt sich aus dem Sinne des Gesetzes:

„Zwar steht es im allgemeinen den Vereinen frei, durch die Satzung darüber zu verfügen, in welcher Weise ein mehrgliedriger Vorstand für den Verein nach außen zu handeln hat (§§ 28¹, 40). Allein bei den Anmeldungen

zum Vereinsregister steht überhaupt nicht ein Akt in Frage, bei welchem der Vorstand den Verein vertritt. Der Vorstand erfüllt mit der Anmeldung vielmehr eine ihm selbst, und nicht eine dem Verein obliegende Aufgabe. Nicht der Verein, der nach allgemeinen Grundsätzen gerichtlich durch seinen Vorstand vertreten wird (§ 26 Abs. 2), sondern der Vorstand ist zu den Anmeldungen berufen. Die dem Vorstände als solchem gesetzlich obliegende Funktion trifft aber mangels einer im Gesetze zum Ausdruck gelangten Einschränkung sämtliche Mitglieder des Vorstandes, und dem Vereine steht, wiederum in Ermangelung einer Abweichungen freistellenden Gesetzesbestimmung, nicht die Befugnis zu, hieran etwas durch die Satzung zu ändern. Die Richtigkeit dieser Auffassung findet auch in sonstigen Vorschriften des BGB. ihre Bestätigung. Nach § 77 sind die Anmeldungen zum Vereinsregister von den Mitgliedern des Vorstandes sowie von den Liquidatoren mittels öffentlich beglaubigter Erklärung zu bewirken. Mag auch zunächst nur beabsichtigt gewesen sein, mit dieser Bestimmung die Form der Anmeldung festzustellen, so folgt doch aus der Fassung: „den Mitgliedern des Vorstandes“, „den Liquidatoren“, daß von der Anmeldung durch alle Vorstandsmitglieder bezw. Liquidatoren ausgegangen ist. Ferner ist im § 78 dem Amtsgerichte die Befugnis beigelegt, die Mitglieder des Vorstandes (die Liquidatoren) zur Befolgung der §§ 67, 71, 74^{II}, 76 durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Auch hierdurch wird bestätigt, daß das Gesetz die Verpflichtung zur Anmeldung als eine auf allen Vorstandsmitgliedern lastende ansieht“ (RG. in Rpr. d. OLG. 3 S. 38/9).

Eine Änderung des Vorstandes kann bei Rechtsgeschäften zwischen den bisherigen Vorstandsmitgliedern und Dritten letzteren nur entgegengesetzt werden, wenn die Änderung zur Zeit der Vorannahme des Rechtsgeschäfts im Vereinsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt war. Ist sie eingetragen, so braucht sie der Dritte bei Unkenntnis dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn die Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht (§ 68). Alle andern Einwendungen, z. B. die Richtigkeit einer Vorstandsbestellung überhaupt, Geschäftsunfähigkeit des Vorstandsmitgliedes u. müssen sich Dritte auch bei Gutgläubigkeit entgegenhalten lassen. § 68 gilt auch für Bestimmungen, welche den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes beschränken oder die Beschlußfassung desselben abweichend von § 28 Abs. 1 regeln (§ 70).

Satzungsänderungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit gleichfalls der Eintragung (§ 71).

Die Mitgliederzahl muß dem Amtsgericht auf Verlangen jederzeit vom Vorstand mitgeteilt werden (§ 72).

Entziehung der Rechtsfähigkeit bei Herabsinken der Mitgliederzahl auf zwei: § 73.

Eintragung der Auflösung, Entziehung der Rechtsfähigkeit und Konkurseröffnung: §§ 74—75.

Liquidation: § 76. Ordnungsstrafe: § 78.

Das Vereinsregister ist nebst den Anlageurkunden öffentlich (§ 79).

§ 10.

Erwerbsbeschränkungen für juristische Personen in Preußen.

Auf Grund der Art. 86—88 des EG. zum BGB. hat das preuß. Ausf.-Gesetz zum BGB. vom 20. September 1899 folgende Erwerbsbeschränkungen für juristische Personen in den Art. 6 und 7 aufgestellt:

A. Zuwendungen jeder Art über 5000 Mark = Wert.

1. Schenkungen oder Zuwendungen von Todes wegen an juristische Personen mit Ausnahme von Familienstiftungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit ihrem vollen Betrage nach der Genehmigung des Königs oder der durch Kgl. Verordnung bestimmten Behörde, wenn sie Gegenstände im Werte von über 5000 Mark betreffen (Art. 6).

B. Erwerb von Grundstücken.

2. A. Juristische Personen mit dem Sitz in Preußen bedürfen zum Erwerb von Grundstücken im Werte von über 5000 Mark der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde.

Ausgenommen sind hiervon:

- a) Familienstiftungen;
- b) juristische Personen, deren Rechtsfähigkeit auf einem neben dem BGB. bestehenden Reichsgesetze beruht (also Aktienges., G. m. b. H. u.),
- c) solche juristische Personen des öffentlichen Rechts, welche nach den für sie geltenden Gesetzen ohne Staatsgenehmigung Grundeigentum erwerben können,
- d) Sparkassen, welche durch staatliche Verleihung rechtsfähig sind, können von ihnen beliehene Grundstücke im Zwangsversteigerungsverfahren ohne Staatsgenehmigung erwerben (Art. 7 § 1).

B. Juristische Personen mit dem Sitz in einem andern Bundesstaat bedürfen zum Erwerb von Grundeigentum im Werte von über 5000 Mark stets der Genehmigung des Königs oder der durch Kgl. Verordnung bestimmten Behörde.

C. Ausländische juristische Personen bedürfen zum Erwerb von Grundstücken ohne Rücksicht auf den Wert der zu B. erwähnten Genehmigung.

In den Fällen zu 2. A bis C bedarf es der Genehmigung zum Erwerb von Grundeigentum dann nicht, wenn er auf Grund einer nach A 1 genehmigten Schenkung oder Zuwendung von Todes wegen erfolgt.

Handwritten note:
 Juristische Personen bedürfen
 der Genehmigung nicht, wenn sie einen Erwerb
 auf Grund einer Schenkung oder Zuwendung
 von Todes wegen über 5000 Mark auf
 Grund einer nach A 1 genehmigten Schenkung
 oder Zuwendung von Todes wegen erfolgt.

§ 11.

Nicht rechtsfähige Vereine.

I. Aber Begriff und Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins führt das RG. 76 S. 27 aus:

„Das Wesen eines solchen Vereins hat das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung in einer dauernden Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes erblickt, wenn diese sich eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisation enthaltende Gestaltung gegeben hat, die einen Gesamtnamen führt, und bei der ein Wechsel des Mitgliederbestandes naturgemäß, nicht vermöge besonderen Ausnahmerechts, stattfindet.“

II. Die einzigen ausdrücklichen Bestimmungen über nicht rechtsfähige Vereine sind

a) § 54 BGB:

„Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln Mehrere so haften sie als Gesamtschuldner.“

b) § 50 Abf. 2 ZPO.:

„Ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, kann verklagt werden. In dem Rechtsstreit hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins.“

c) § 735 ZPO.:

„Zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins genügt ein gegen den Verein ergangenes Urteil.“

d) § 213 KO. i. V. mit §§ 209, 210 KO., welche ein Konkursverfahren über das Vermögen des nicht rechtsfähigen Vereins zulassen.

III. Obwohl der Verein einen Namen hat, muß doch in Aktivprozessen die Gesamtheit der Mitglieder als Prozeßpartei auftreten oder doch, wenn der Vorstand als gewöhnlicher Bevollmächtigter die Klage erhebt (§§ 54, 714 BGB.), sämtliche Mitglieder in der Klageschrift angegeben werden (RG. in J. W. 1903 S. 4). Letztere können, wenn zuerst unter dem Vereinsnamen geklagt wurde, auch noch in zweiter Instanz — ohne Klageänderung angegeben werden. (RG. in J. W. 03 S. 4). Ein Wechsel der Mitglieder nach Klageerhebung bleibt einflußlos, da § 265 ZPO. Platz greift, weil die Anteile der ausscheidenden Mitglieder am Vereinsvermögen den übrigen Mitgliedern anwachsen: „Diese Übertragung ihrer Anteile kraft Gesetzes stellt sich als eine Veräußerung dar, die nach § 265 Abf. 2 ZPO. keinen Einfluß auf den Prozeß hat.“ (RG. 78 S. 105).

Ferner muß der Erwerb des nicht rechtsfähigen Vereins von Grundstücken und Grundstücksrechten im Grundbuch auf die Namen der sämtlichen Vereinsmitglieder mit dem Zusatz, daß ihnen das Recht zur gesamten Hand als Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins K. V. zustehe, eingetragen werden (§ 48 GVO.).

Bei Passivprozessen wird der nicht rechtsfähige Verein — welcher hierfür parteifähig ist — durch den Vorstand vertreten, der die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Beim Fehlen eines solchen gilt § 57 ZPO. Die Mitglieder des Vereins können als Zeugen vernommen werden, da ja der Verein als Partei gilt. Als Beklagter kann der Verein auch Widerklagen nach §§ 33, 280 ZPO. erheben.

Was die Aktivprozesse betrifft, so kann der Vorstand für die Vereinsmitglieder, die — wie erwähnt, namentlich aufzuführen sind — dann die Klage erheben, wenn er infolge der verbindlichen Kraft der Satzung hierzu befugt ist, in welchem Falle selbst der Widerspruch einzelner Mitglieder die Vertretung nicht hindert (RG. 57 S. 93).

Im Parteiprozesse muß allerdings die Vollmacht nachgewiesen werden (§ 80 ZPO.) Nach RG. 57 S. 92 bedarf es aber nicht der Vorlegung einer von der Partei schriftlich ausgestellten Vollmachtsurkunde, es genügt vielmehr die Vorlegung urkundlichen Materials, aus dem das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die behauptete Vollmacht erteilt worden ist. Hierzu kann die unterschriebene Satzung genügen. Entgegengesetzt entschied aber das RG. im Jahre 1912 in J. W. 1913 S. 43:

„Aus § 80 Abs. 2 ZPO. ergibt sich mit unabwiesbarer Notwendigkeit, daß der Prozeßbevollmächtigte auf das vom Beklagten gestellte Verlangen eine zum mindesten beglaubigte Vollmacht aller einzelnen Kläger beizubringen hatte. Durch den Hinweis auf die satzungsmäßigen Befugnisse des Vorstandes ließ sich dieses Erfordernis nicht darauf einschränken, daß nur die Bevollmächtigung durch den Vereinsvorstand nachgewiesen war.“

Mit Recht weist Radbaj in Gruchots Beiträgen Bd. 58 S. 79 darauf hin, daß bei diesem Standpunkt ein großer nichtrechtsfähiger Verein völlig rechtlos sei, da er vielfach nicht in der Lage sein wird, die Unterschriften von Hunderten oder gar Tausenden seiner Mitglieder zu erhalten. Nach Radbaj muß die Satzungsbestimmung, derzufolge der Verein durch den Vorstand vertreten wird, als ein Beschluß der Mitgliederversammlung auf Bevollmächtigung des Vorstandes aufgefaßt werden und demzufolge ein Mehrheitsbeschluß eine genügende Legitimation des Vorstandes zur Vertretung aller Vereinsmitglieder darstellen, die es sich, da sie sich der Satzung unterwerfen, gefallen lassen müssen, sämtlich als Kläger aufgeführt zu werden. (Radbaj, a. a. O. S. 87). Wenn Radbaj weiterhin bemerkt, daß die Vereinsmitglieder auch persönlich zur Tragung

der Prozeßkosten verpflichtet würden, so ist dem nicht beizustimmen, da der nicht rechtsfähige Verein grundsätzlich nur mit dem Vereinsvermögen haftet.

IV. Die Verfassung des nicht rechtsfähigen Vereins und das Vereinsvermögen. Die Vereinsverfassung wird wie beim rechtsfähigen Verein durch die Satzung bestimmt, die aber einen anderen Charakter als die des rechtsfähigen Vereins hat. Vgl. RG. 78 S. 53:

„Der Satzung eines nicht rechtsfähigen Vereins hinsichtlich der Rechtsbeziehungen der Vereinsmitglieder zu einander ist die gleiche rechtliche Bedeutung beizumessen, wie dem Gesellschaftsvertrage (§ 705 BGB.) für die Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaften. Sind demnach Vereinsmitglieder zu Mitgliedern des in der Satzung vorgesehenen Vorstandes satzungsgemäß erwählt, so sind sie hinsichtlich ihre Rechte und Verpflichtungen gegenüber den übrigen Vereinsmitgliedern denjenigen Gesellschaften gleichzustellen, welchen gemäß § 710 BGB. die Führung der Geschäfte im Gesellschaftsverkehr übertragen worden ist.“

Auf der verbindlichen Kraft der Satzung beruht es auch, daß die Forderungen auf ausstehende Vereinsbeiträge zum Vereinsvermögen gehören, obwohl § 718 Abs. 1 besagt: „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen).“ Dem steht andererseits § 718 selbst entgegen, welcher die „Beiträge“ zum Gesellschaftsvermögen rechnet; nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes sind aber „Beiträge“ die zu bewirkenden Leistungen (§§ 705, 706, 707, 735 S. 2) im Gegensatz zu den „Einlagen“, womit die bereits bewirkten Leistungen bezeichnet werden (§§ 707, 733 Abs. 2, 3, 734, 735 S. 1, 739). So auch RG. 76 S. 278/9, insbes. S. 279:

„Ihre beste Stütze findet die vom erkennenden Senat vertretene Ansicht in folgenden sachlichen Erwägungen. Wenn die Gesellschaftsbeiträge vor ihrer Einziehung noch nicht zum Gesellschaftsvermögen gehörten, so ergäbe sich daraus, daß den Gläubigern der Gesellschaft die Möglichkeit genommen wäre, bei der Zwangsvollstreckung ins Gesellschaftsvermögen die Beitragsforderungen zu fassen. Dieses Ergebnis wäre namentlich dann unbefriedigend, wenn die Gesellschaft den Gläubigern nur mit dem Gesellschaftsvermögen haftete, ein Fall, der bei rechtsunfähigen Vereinen oft vorkommt. Gerade auch die gegenwärtige Streitfrage zeigt, daß bei Annahme der hier bekämpften Ansicht ein wesentlicher Teil, unter Umständen sogar der allein verwertbare Teil des Vereinsvermögens, tatsächlich dem Zugriffe der Gläubiger entzogen werden könnte. Der Gedanke, daß regelmäßig von den Gläubigern eine rechtzeitige Untersuchung darüber zu erwarten sei, ob die ausstehenden Beiträge ihnen hafteten, und wie weit danach die Kreditgefährdung ausgedehnt werden dürfe, widerspricht der Lebenserfahrung. Weiter ergäbe sich die sehr unzumutbare Folge, daß die Geschäftsführer der Gesellschaft oder der Vorstand des nicht rechtsfähigen Vereins nicht verpflichtet wären, die Beiträge zur Gesellschafts-

oder Vereinskasse einzuziehen, ja, daß sie als Geschäftsführer dazu nicht einmal das Recht hätten.“

Einer Form bedarf die Vereinsverfassung nicht.

Das Vereinsvermögen steht der Gesamtheit der Mitglieder des Vereins zu (RG. 57 S. 92). Die einzelnen Mitglieder haben zwar nach § 738 einen „Anteil“ am Vereinsvermögen, mit welchem sie auch für die Schulden des Vereins haften, er unterliegt aber nicht dem Verfügungsrecht des einzelnen Mitglieds, da grundsätzlich nur die Gesamtheit bezw. der Vorstand über Vereinsgegenstände verfügen kann (§ 719). Nur über die einem Mitglied aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche gegen die Gesellschaft — soweit die Befriedigung vor der Auseinandersetzung überhaupt verlangt werden kann — sowie die Ansprüche auf Gewinnanteile und den Auseinandersetzungsanspruch kann ein Mitglied verfügen (§ 717). Nicht übertragbar ist der Anspruch auf Rechnungslegung (RG. 52 S. 35). Die gewisse Selbständigkeit des Vereinsvermögens zeigt sich in der Haftung desselben (§ 739 ZPO.) und in der Zulässigkeit eines Sonderkonkurses (§ 213 KO.).

V. Die Haftung für die Vereinsschulden. Für die Schulden des nicht rechtsfähigen Vereins, die kraft Rechtsgeäfts des Vorstandes oder sonstiger befugter Vertreter desselben oder kraft Gesetzes (z. B. § 833) entstehen, haften:

1. Das Vereinsvermögen. Dies ergibt sich aus § 739 ZPO., welcher eine Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen vorsieht;
2. die für den Verein Handelnden — und zwar auch Nichtmitglieder (RG. 77 S. 430) bei Abschluß von Rechtsgeäften. Handeln Mehrere, so haften sie stets als Gesamtschuldner. Diese Bestimmung ist dispositiver Natur, jedoch muß mit der Unterstellung eines stillschweigenden Ausschlusses der Haftung vorsichtig verfahren werden. So RG. 82 S. 298/9:

„Der Anspruch aus § 54 Satz 2 BGB. ist ein gesetzliches, nicht ein vertragsmäßiges Recht, das mithin davon, ob der Handelnde in die entsprechende Verpflichtung positiv willigt, in keiner Weise abhängt. Maßgebend für den Erlaß der Vorschrift war die Rücksicht auf diejenigen, welche sich mit dem Vertreter eines nicht rechtsfähigen Vereins einlassen. Der Bestand eines Vereinsvermögens, erwog man, sei für Dritte nicht erkennbar; es fehle auch an jeder Gewähr dafür, daß das Vermögen nicht ohne Rücksicht auf die Gläubiger verteilt werde; ebenso fehle es an dem Schutze, den § 42 Abs. 2 BGB. im Falle der Überschuldung des Vereinsvermögens gewähre. Daher müsse der Dritte befugt sein, sich an den handelnden Vertreter zu halten (vgl. Prot. der 2. Kommission Bd. 2 S. 459). Wer von einem auf solche Gesetzesermägungen beruhenden Rechte Gebrauch macht, wird von dem Vorwurfe, gegen Treu und Glauben zu verstoßen, nicht berührt.“

Allerdings gehört die Vorschrift des § 54 Satz 2 dem nachgiebigen Rechte an. Es ist möglich ihre Anwendung vertragsmäßig auszuschließen. Aber mit der Unterstellung eines stillschweigenden Ausschlusses muß vorsichtig

verfahren werden, wenn anders der Gedanke des Gesetzgebers verwirklicht werden soll. Schließt jemand für einen nicht rechtsfähigen Verein einen Vertrag, so wird die Sache in den meisten Fällen so liegen, daß weder er selbst noch sein Vertragsgegner von dem Eingreifen der Vorschrift eine Vorstellung hat. Nicht selten kann auch als wahrscheinlich angesehen werden, daß der Handelnde, wenn er darum gefragt worden wäre, die Übernahme einer persönlichen Haftung abgelehnt haben würde. Dies allein genügt nicht, um einen auf Abweichung von Gefahr gerichteten Vertrag anzunehmen. Irgendwelche schlüssigen Umstände konkreter Art hat aber das Kammergericht nicht festgestellt. Die Tatsache, daß die Rückerstattungspflicht den Verein treffen sollte, ist mit einem Ausschlusse der gesetzlichen Haftung der Handelnden für die Rückerstattung schlechterdings nicht gleichbedeutend. Muß doch im Namen des Vereins gehandelt sein, wenn § 54 Satz 2 überhaupt Anwendung finden soll."

Die Verjährung des Anspruchs aus § 54 Satz 2 vollendet sich in der gleichen Frist wie der Anspruch gegen den Hauptschuldner, was sich aus dem Wesen dieses Anspruchs ergibt, denn der Handelnde nimmt die Verpflichtung des nicht rechtsfähigen Anspruchs auf sich (OLG. Breslau in Rspr. d. OLG. 12 S. 4);

3. an sich nach §§ 54, 715 bei rechtsgeschäftlichen Handlungen des Vorstandes oder anderer berechtigter Vertreter des Vereins die einzelnen Vereinsmitglieder auch persönlich. Wenn aber im Namen des nicht rechtsfähigen Vereins gehandelt wird, so wird damit zum Ausdruck gebracht, daß nur mit dem Vereinsvermögen haftet werden soll. So steht auch — unter Weglassung der Beschränkung in RG. 63 S. 65 — das RG. 74 S. 374:

"Der Berufsrichter legt bei der Begründung seiner Annahme, die Beklagte sei als Verein nicht anzusehen, entscheidendes Gewicht darauf, daß das Statut keine Bestimmung darüber enthält, daß nur das Gesellschaftsvermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften solle. Eine derartige ausdrückliche Beschränkung der persönlichen Haftbarkeit der Vereinsmitglieder auf das Vereinsvermögen ist aber keineswegs ein charakteristisches Merkmal des nicht rechtsfähigen Vereins. Nur soviel ist anzuerkennen, daß als Regel anzunehmen ist, die Vollmacht des Vorstandes solle nach dem Willen der Mitglieder auf deren Verpflichtung mit ihren Anteilen am Vereinsvermögen beschränkt sein. Diese Auffassung hat das Reichsgericht wiederholt vertreten (RG. 63 S. 65, J. W. 1907 S. 136 Nr. 16). Der von der Revision vermiften Bestimmung bedurfte es hiernach in dem Statute nicht; eine ausdrückliche Anordnung wäre vielmehr nur erforderlich gewesen, um die Haftbarkeit der Mitglieder mit ihrem eigenen Vermögen zu begründen."

Im 90. Bande S. 173 ff. führt jedoch das Reichsgericht wieder einschränkend aus, daß eine Vermutung dafür, daß die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins ihre Haftbarkeit für Verbindlichkeiten, welche der Vorstand im Namen des Vereins eingegangen ist, jahungsgemäß auf ihre Anteile am Vereinsvermögen beschränkt haben, nicht bestehe. Es handelte sich um folgenden Fall: Der Beklagte war Mitglied eines nicht rechtsfähigen Vereins, eines Jagdvereins, dessen Mitglieder sich zur gemeinsamen Jagdausübung

zusammengeschlossen hatten. Der Verein veranstaltete eine Stöberjagd, bei welcher der Kläger, welchen der Beklagte zur Leistung von Treiberdiensten angenommen hatte, von einer Schrotladung derart getroffen wurde, daß er das rechte Auge verlor. Nach Behauptung des Klägers sollte er vom Beklagten getroffen worden sein oder dieser wenigstens zugleich mit anderen Jagdteilnehmern auf die heranahende Treiberkette geschossen haben. Der Kläger nahm ihn wegen der Folgen des Schusses nicht nur auf Grund des § 823 Abs. 1 oder des § 830 Satz 2 BGB., sondern auch als Vertragschuldner in Anspruch, weil der Vorstand des Jagdvereins seine Fürsorgepflicht aus § 618 BGB. ihm gegenüber schuldhaft nicht erfüllt habe und der Beklagte für die vertraglichen Verbindlichkeiten des Vereins nach den §§ 54, 714, 427 BGB. auch persönlich als Gesamtschuldner hafte. Landgericht und Oberlandesgericht erachteten den letztgenannten Klagegrund für unbegründet und erkannten auf einen Eid für den Beklagten über die Schußabgabe. Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Das Reichsgericht führte a. a. O. S. 175 ff. aus:

„Der Satz, daß eine Haftung des Beklagten aus § 618 BGB. überhaupt nicht zu begründen sei, ist rechtsirrig. Unstreitig hat der Jagdverein den Kläger als Treiber angenommen, also mit ihm einen Dienstvertrag geschlossen. Dieser verpflichtete den Verein, die unter seiner Anordnung oder Leitung vorzunehmenden Dienstleistungen des Klägers derart zu regeln, daß eine Gefahr für dessen Leben und Gesundheit soweit ausgeschlossen war, als die Natur seiner Dienste es gestattete. Erfüllten die, welche für den Verein zu handeln berufen waren, diese vertragliche Fürsorgepflicht nicht und kam der Kläger dadurch zu Schaden, so war ihm der Verein ersatzpflichtig. Dann aber war — was das Oberlandesgericht verkannt hat — nach den §§ 54, 714, 427 BGB. auch die Möglichkeit einer gesamtschuldnerischen Haftbarkeit der Mitglieder, also auch des Beklagten, mit dem eigenen Vermögen gegeben.

Auf einen nicht rechtsfähigen Verein finden nach § 54 BGB. die Vorschriften über das Gesellschaftsrecht Anwendung. Der Vorstand ist daher, wenn und soweit ihm im Innenverhältnis die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, im Zweifel auch nach außenhin ermächtigt, die Vereinsmitglieder zu vertreten (§ 714 BGB.). Der Umfang der Vollmacht, d. h. der Berechtigung des Vorstandes, im Einzelfalle für die Vereinsmitglieder handelnd aufzutreten, bestimmt sich nach der Satzung. In ihr findet sie ihre Grundlage und zugleich ihre Schranken. Der Dritte, der mit einem Vereinsvorstand einen Vertrag abschließt, muß sich wie jeder, der sich mit einem Bevollmächtigten in rechtsgeschäftliche Verhandlungen einläßt, nach dem Umfange der Vollmacht in dem angedeuteten Sinne erkundigen, wenn er sich nicht der Gefahr einer Schädigung aussetzen will. Soweit sich der Vorstand aber im Rahmen seiner satzungsmäßigen Befugnisse hält, sind die von ihm begründeten Rechte und Pflichten, da dieser ebensowenig wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes eine selbstständige juristische Persönlichkeit darstellt, tatsächlich Rechte und Pflichten der einzelnen Vereinsmitglieder. Daraus folgt weiter, daß mangels anderweiter Regelung die Vereinsmitglieder für die Vereinsschulden mit ihrem Privatvermögen einzustehen haben.

Nun hindert sie aber nichts, die nachgiebigen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts durch das dem Gesellschaftsvertrage gleichstehende Statut abzuändern oder auszuschließen. Deshalb hat im Einklange mit der Mehrzahl der Schriftsteller . . . auch das Reichsgericht bereits wiederholt ausgesprochen, daß eine ausdrückliche oder stillschweigende Satzungsbestimmung zulässig und wirksam ist, durch welche die Ermächtigung, die Mitglieder über das Vereinsvermögen hinaus zu verpflichten, dem Vorstande versagt wird Bei dem Fehlen einer derartigen ausdrücklichen Vorschrift ist es Sache der Auslegung, aus dem sonstigen Satzungsinhalte, aus dem Vereinszweck, aus der Zahl und dem Stande der Mitglieder, überhaupt aus der Gesamtheit der Umstände zu ermitteln, ob von den Vereinsmitgliedern eine Vollmachtsbeschränkung in dem erörterten Sinne gewollt und erkennbar zum Ausdruck gebracht ist. Sie wird in einer großen, vielleicht in der Mehrzahl der Fälle unschwer zu bejahen sein, aber eine Vermutung zugunsten der Haftungsbeschränkung der Mitglieder befreit nicht. Eine solche Vermutung würde mit dem Wortlaute des § 54 BGB. unvereinbar sein und den Unterschied, welchen der Gesetzgeber hinsichtlich der Rechtsstellung der rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen Vereine nun einmal gemacht hat, teilweise wieder verwischen. Sie würde auch nicht selten, z. B. dann, wenn eine kleine, allerdings dem Wechsel unterworfenen Anzahl wohlhabender Personen lediglich zur Verfolgung von Genuß- oder Vergnügungszwecken sich zusammengetan hat und, was nicht immer offenkundig, kein oder nur ein unbedeutendes Vereinsvermögen vorhanden ist, zu Schädigungen der Vereinsgläubiger führen, welche das Gesetz nicht nur nicht gewollt, sondern gerade zu vermeiden beabsichtigt hat. Auch aus dem zweiten Satze des § 54 a. a. D. läßt sich die Vermutung nicht herleiten. Denn er bestimmt nur, daß derjenige, welcher namens eines Vereins handelt, mit seinem Privatvermögen dem Vertrauensgeber stets, d. h. auch im Falle der satzungsmäßigen Beschränkung der Vorstandsvollmacht, haften wird, nicht aber, daß eine solche Beschränkung zu unterbreiten sei. Von der Pflicht, den Umfang der Mitgliedsverpflichtung in jedem einzelnen Falle an der Hand der einschlägigen Verhältnisse einer Prüfung zu unterziehen, haben auch die oben genannten Urteile des Reichsgerichts den Richter nicht entbinden wollen.“

Wechselfähig kann der nicht rechtsfähige Verein weder berechtigt noch verpflichtet werden (RG. in J. W. 08 S. 545). Für unerlaubte Handlungen haftet der Verein nicht nach §§ 31, 823 BGB., da § 31 nicht für nicht rechtsfähige Vereine gilt. Wohl aber ist eine Haftung aus § 831 (vgl. OLG. Stettin in Rspr. d. V. W. 4 S. 201) und in allen Fällen der gesetzlichen Haftung, z. B. aus § 833 und § 830 BGB. möglich. Alle Vorstände haben die für den Verein handelnden für unerlaubte Handlungen persönlich, soweit nicht zugleich schuldhaftes Vertrauensverlehen vorliegen, nur welche die Vorstände über rechts-gleichmäßige Haftung eingreifen.

VI. Der Austritt aus dem Verein.

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung im Statut gilt § 724, wenn der Beitritt auf Lebenszeit erfolgte; es ist also der Austritt — der hier anstelle der Kündigung tritt — nach § 723 jederzeit zulässig, was auch dann gilt, wenn der Beitritt auf un-

bestimmte Zeit erfolgte. Diese Bestimmungen sind zwingenden Rechtes. So auch RG. 78 S. 136 bezüglich der Frage, ob ein „Alter Herr“ durch einseitige Erklärung aus einem studentischen Korps austreten könne:

„Es kann dahin gestellt bleiben, ob das Verhältnis, in das der Kläger zu dem Korps getreten ist, ein Gesellschaftsverhältnis ist, wie das erste der beiden erwähnten Urteile befagt. Denn es genügt, daß nach § 54 BGB. auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden. Dann aber ist die rechtliche Grundlage in §§ 724, 723 BGB. gegeben. Unterstellt man, daß die Zugehörigkeit zu einem Korps als auf Lebenszeit eingegangen anzusehen sei, so würde gemäß § 724 BGB. der Austritt, der hier an die Stelle der dort erwähnten Kündigung tritt, vgl. — Dertmann, BGB. § 54 Anm. 2c Abf. 2 — nach den Vorschriften zu beurteilen sein, die für die Kündigung gegenüber einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gelten. Nimmt man dagegen keine auf Lebenszeit beabsichtigte Bindung an, so kann es sich doch für einen Alten Herrn eines Korps nie um eine auf bestimmte Zeit eingegangene Bindung handeln. Dann finden also die Bestimmungen des § 723 BGB. unmittelbar Anwendung, die von der Kündigung einer nicht für eine bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft sprechen. Danach steht die Kündigung, d. h. hier der Austritt, jedem Alten Herrn jederzeit zu. Diese Bestimmung ist eine zwingende, denn nach § 723 Abf. 3 BGB. ist eine Vereinbarung, durch „die das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird“, nichtig. Würde man mit dem Berufungsgericht in den Satzungen des Korps ein Verbot des einseitigen Austritts zu finden haben, so würde dieses wegen Verstoßes gegen § 723 BGB. unverbindlich sein, und zwar bezieht sich diese Unverbindlichkeit, wie vom 1. Zivilsenate in den Entsch. des RG's Bd. 61 S. 329 ausgeführt wird, auch auf vor 1900 entstandene Gesellschaften und daher ebenso auf vor 1900 entstandene nicht rechtsfähige Vereine.“

Bezüglich der Frage der formellen Nachprüfung des Austritts durch die Gerichte gelten die zu § 7 angeführten Grundsätze und Entscheidungen in gleicher Weise.

Wenn durch die Vereinsatzung vorgeschrieben ist, daß ein ausgeschlossenes Mitglied erst dann auf Feststellung der Unwirksamkeit des Ausschließungsbeschlusses klagen kann, wenn eine in der Satzung vorgeschriebene höhere Vereinsstelle angerufen ist, so ist dies für das Mitglied bindend und der Rechtsweg ist bis zur Entscheidung der höheren Vereinsstelle unzulässig. So RG. 85 S. 356 ff.:

„Wird durch die Satzung eines Vereins eine Anfechtung der Ausschließung in der Weise zugelassen, daß dem ausgeschlossenen Mitgliede die Anrufung eines übergeordneten Vereinsorgans freigestellt ist, so kommt dadurch der eine Satzungsnorm enthaltende Wille zum Ausdruck, daß im Falle der Anrufung bis zur Entscheidung der höchsten dafür vorgesehenen Vereinsinstanz die Ausschließung nicht als endgültig beschlossen gelten darf, daß jedoch die Nichtanrufung der höheren Vereinsinstanz als Unterwerfung unter den Ausschließungsbeschuß zu gelten hat. Wer sich deshalb durch seinen Beitritt zum Verein an derartige Satzungsvorschriften bindet, muß im Falle seiner Aus-

schließung den sachungsmäßig ihm gewiesenen Weg der Anfechtung beschreiten wenn sein Verhalten nicht in gleicher Weise beurteilt werden soll, wie wenn er freiwillig aus dem Verein ausgeschieden wäre. Daß hierin eine unzulässige Beeinträchtigung oder eine gänzliche Abschneidung des ordentlichen Rechtsweges läge, kann der Revision nicht zugegeben werden. Die Möglichkeit einer Anrufung des Richters bleibt, wenn das ausgeschlossene Mitglied in dem sachungsmäßig vorgeschriebenen Verfahren nicht zum Ziele gelangt, ihm immer noch gewahrt. Sie führt in den Grenzen, die dafür nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen überhaupt bestehen, zur gerichtlichen Entscheidung über die Rechtsgültigkeit des von dem obersten Vereinsorgan über die endgültige Bestätigung der Ausschließung gefaßten Beschlusses. Im übrigen dient die Regelung eines Instanzenzuges innerhalb des Vereins auf der einen Seite zum größeren Schutze der Mitglieder gegen übereilte und unbillige Ausschließungsbeschlüsse und schützt auf der anderen Seite auch den Verein dagegen, daß, bevor das Ausschließungsverfahren die sachungsmäßig vorgesehenen Wege erneuter reiflicher Erwägung durchlaufen hat, er vorzeitig mit Prozessen überzogen und für unfertige, weil noch nicht endgültige Beschlüsse im ordentlichen Rechtswege verantwortlich gemacht werden darf. Wenn daher der Kläger die Umgehung der sachungsmäßig zur Beschluffassung an höherer Stelle berufenen Vereinsorgane damit zu rechtfertigen sucht, daß es ihm freistünde, auf das Recht zu deren Anrufung Verzicht zu leisten, so steht ihm entgegen, einmal daß es sich hierbei zugleich um eine Beeinträchtigung der sachungsmäßigen Rechte des Vereins handelt, und sodann daß vermöge seiner Gebundenheit an die Vereinsfassung die Abstandsnahme von der Anrufung der höheren Vereinsinstanzen eine dem freiwilligen Austritt gleichstehende Annahme und Anerkennung des Ausschließungsbeschlusses in sich schließt. Auch die dem Ausschließungsbeschlusse und dem Verfahren der unteren Vereinsinstanz etwa anhaftenden formellen Mängel verlieren dadurch ihre rechtliche Erheblichkeit und rechtfertigen nicht eine Umgehung der sachungsmäßig zuständigen höheren Vereinsstellen. Denn, wie der erkennende Senat in Sachen deutscher Musikvereine gegen J. Rep. IV. 354/12 durch Urteil vom 9. Januar 1913 (Warnener 1913 Nr. 182) näher dargelegt hat, erstreckt sich die Beschluffassung des über die endgültige Ausschließung entscheidenden höheren Vereinsorgans nicht nur auf die sachliche Rechtmäßigkeit und auf die administrative Zweckmäßigkeit der Ausschließung, sondern ebenso auf die Frage, ob das die endgültige Entscheidung nachsuchende Vereinsmitglied durch Verfahrensmängel der nachgeordneten Vereinsinstanz oder durch äußere Mängel des von ihr erlassenen Beschlusses in seinen formellen Rechten verkürzt ist. Damit erledigt sich die Rüge der Revision, daß der Ausschließungsbeschluff am 9. Januar 1913, weil er auf einem „tumultuarischen Verfahren“ beruhe, überhaupt rechtsunwirksam sei.“

Wenn dagegen eine Sazungsbestimmung lautet, daß ein Schiedsgericht unter Ausschluß des Rechtsweges für alle Streitigkeiten der Mitglieder unter einander oder mit dem Verbande zuständig sein soll, so gilt diese Klausel nicht für bereits ausgeschiedene Mitglieder, da die Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit des Schiedsgerichts lediglich ein Ausfluff der Mitgliedschaft ist und mit dieser nach dem Wortlaut der Sazung aufhört (OLG. München in Rspr. der OLG. 30 S. 319). Ebenso RG. 88 S. 398/9 für Streitigkeiten über die Dauer der Mitgliedschaft.

„ Für die statutarische Einführung einer zeitlich über die Austritts=erklärung hinausreichenden Schiedsgerichtszuständigkeit setzt § 39 Abs. 2 BGB. dem Verein bestimmte Grenzen.

Diese zwingende Gesetzesvorschrift, deren Unnachgiebigkeit schon aus ihrer Nichteinreihung unter die in § 40 angegebenen nachgiebigen Vorschriften ersichtlich ist, beschränkt die Satzungsfreiheit insofern, als das Recht, beliebig auszutreten, den Mitgliedern nicht über die daselbst vorgesehenen Einschränkungs=möglichkeiten hinaus verkürzt werden darf. Eine darüber hinausgehende Bindung des austretenden Mitgliedes darf aber auch nicht in der Weise bestehen bleiben, daß zwar im allgemeinen eine Beendigung der Mitgliedschaft eintritt, das Mitglied aber dessen ungeachtet in einzelnen Beziehungen der Satzung unterworfen bleibt. Undernfalls wäre damit die Möglichkeit einer Umgehung des Gesetzes gegeben, vermöge deren sich die sachliche Einschränkung der Austrittswirkungen beliebig und bis zu einem der Aufrechterhaltung aller Mitgliederpflichten gleichkommenden Maße ausdehnen ließe. Dies gilt auch von der Gebundenheit der Mitglieder an die schiedsgerichtlichen Normen der Satzung. Es folgt daraus, daß auch eine etwa für die Zeit nach der Austrittserklärung vorgesehene Zuständigkeit des Schiedsgerichts sachlich nicht weiter ausgedehnt werden kann, als darauf, ob die Mitgliedschaft zeitlich bis zur äußeren Grenze des § 39 Abs. 2 nach der Austrittserklärung fortbestanden hat oder innerhalb dieser Grenzen noch fortbesteht. Enthält die Satzung eine Kündigungsbeschränkung, so fehlt auf der einen Seite den Mitgliedern die Befugnis, sich von der Mitgliedschaft mit der Erklärung loszusagen, sie hörten damit sofort auf, Mitglieder zu sein, um sich auf diese Weise zugleich einem Schiedsgericht zu entziehen, das nach der Satzung über die Dauer der Mitgliedschaft mit der Zeitbeschränkung des § 39 Abs. 2 zu entscheiden, etwa berufen sein könnte; es fehlt aber auch andererseits dem Verein die Befugnis, sich unter Berufung auf satzungsmäßige Kündigungsbeschränkungen der gerichtlichen Entscheidung durch den Einwand zu entziehen, das Schiedsgericht habe ohne jede Einschränkung über das Bestehen und über die Dauer der Mitgliedschaft zu befinden, selbst wenn der deswegen entstehende Streit einen der Zeitgrenzen des § 39 Abs. 2 überschreitenden Zeitraum umfaßt.“

Die Zuständigkeit eines Vereinschiedsgerichts kann nur auf der Satzung selbst beruhen, d. h. auf solchen Normen, denen auch wirklich die Eigenschaft von Satzungsnormen und nicht etwa nur von bloßen Ausführungsnormen zukommt, wie etwa den Normen einer nur die Ordnung des inneren Geschäftsbetriebes im Verein regelnden Geschäftsordnung, Hausordnung, Bücherordnung, Festordnung oder dergleichen. Enthält eine Satzung lediglich die Bestimmung, daß zur Schlichtung aller Streitigkeiten ein Schiedsgericht berufen werden soll, dessen Zusammensetzung, Zuständigkeit und Verfahren einer besonderen Schiedsgerichtsordnung vorbehalten bleiben soll, so ist die Satzung unvollständig, da sie die künftige Aufstellung von Vereinsnormen vorbehält, weil sich erst aus diesen ergibt, was überhaupt zur schiedsgerichtlichen Entscheidung verwiesen werden soll, sowie eine Antwort auf die Frage, wer als Schiedsrichter zur Entscheidung berufen ist oder in welcher Art die Auswahl der mehreren Schiedsrichter getroffen werden soll:

„Eine Satzung, die sich der Bestimmung hierüber enthält, andererseits aber, was die Ernennung der Schiedsrichter anlangt, durch einen Vorbehalt einem Inkrafttreten der in den §§ 1028ff. ZPO. enthaltenen Gesetzesvorschriften vorbeugen will, ist wirkungslos und entspricht auch nicht den Anforderungen einer gesetzlich statthafter Schiedsgerichtsordnung im Sinne des § 1048 ZPO. . .“ (RG. 88 S. 401).

Ist eine „Schiedsgerichtsordnung“ in einem solchen Falle später erlassen, nachdem der Verein ins Vereinsregister eingetragen war, so stellt sie sich nach RG. 88 S. 402

„als eine wesentliche, über den Inhalt einer bloßen Ausführungsverordnung weit hinausgehende Satzungsergänzung, eine Satzungsänderung im Sinne des § 71 BGB. dar, und sie ist alsdann, wie diese Gesetzesvorschrift ergibt, nur unter der Voraussetzung in Wirksamkeit getreten, daß sie in das Vereinsregister eingetragen worden ist. Von der Einhaltung der Vorschrift des § 71 sowie der im Abs. 2 daselbst herangezogenen Vorschriften der §§ 60–64 und des § 66 Abs. 2 BGB. kann sich der Verein nicht selbst befreien, indem er sich formfreie und der amtlichen Prüfung nicht unterliegende Satzungsänderungen in der Satzung vorbehält.“

Wenn das Vereinschiedsgericht eine ständige, dem Verein selbst eingegliederte Einrichtung bildet, insbesondere die Berufung der Schiedsgerichtsmitglieder zu ihren Obliegenheiten etwa von dem Verein allein ausgeht, oder wenn das Schiedsgericht in seiner Zusammensetzung auch sonst dazu berufen ist, in den Geschäften des Vereins für diesen ständig tätig zu werden, so entsteht nach RG. 88 S. 402 die Frage, ob man es mit einem Vereinsorgan zu tun hat, dessen Beauftragung mit einer schiedsgerichtlichen Entscheidung im Rechtsinne der Rechtswirksamkeit entbehrt, wenn der rechtsfähige Verein dabei selbst als Partei beteiligt ist. Vgl. hierzu RG. 90 S. 308/9:

„Wohl muß an sich an dem Grundsatz festgehalten werden, daß niemand Richter in eigener Sache sein kann. Würde die Satzung eines Vereins die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern dem Vereine selbst übertragen, sei es, daß er sie mittelbar durch die Gesamtheit der Mitglieder, oder sei es, daß er sie unmittelbar durch ein sonstiges, den Verein vertretendes und in seinem Namen handelndes Organ zu entscheiden hätte, so würde jener Grundsatz verletzt sein (vgl. RGZ. Bd. 88 S. 402 . . .). Aber das kann keineswegs schon dann angenommen werden, wenn die Satzung die Entscheidung durch ein Schiedsgericht vorsieht, an dem einzelne Vereinsmitglieder auf Grund einer im voraus erfolgten Abordnung teilzunehmen haben (RGZ. Bd. 51 S. 392). Es mag zwar sein, daß auch schon dadurch die dem Vereine gegenüberstehenden Mitglieder eine gewisse Beeinträchtigung in ihrer prozessualen Stellung erleiden; aber das ist nur eine Folge ihrer durch Eintritt in den Verein und Unterwerfung unter seine Satzung erklärten Einwilligung in eine derartige Regelung. Der öffentlichen Ordnung widerspricht es ebensowenig, wie wenn in einem gewöhnlichen Schiedsvertrag eine Partei die Ernennung der Schiedsrichter der anderen Partei überläßt. Sollten sich im einzelnen Falle bestimmte Anhaltspunkte dafür ergeben, daß das mit dem Vereine streitende Mitglied bei dem auf diese Weise berufenen Schiedsgerichte nicht auf unparteiische Entscheidung rechnen können, so bietet

ihm das nach §§ 1032, 1045 ZPO. gewährleistete Recht, Schiedsrichter abzulehnen, das Mittel zur Abhilfe.“

Das Gleiche wird für ein Vereinschiedsgericht eines nicht rechtsfähigen Vereins zu gelten haben.

Kann ein aus dem Verein ausscheidendes Mitglied nach § 738 BGB. Auszahlung dessen verlangen, was ihm bei der Auseinandersetzung zurzeit seines Ausscheidens zukommen würde, wenn die Sazung nicht das Gegenteil bestimmt?

Die Frage muß verneint werden, da sie für den nicht rechtsfähigen Verein nicht paßt, wie auch § 714 grundsätzlich für den Verein nicht angewendet wird. Das Vereinsvermögen soll den Vereinszwecken dauernd zur Verfügung stehen. So auch Enneccerus I 1 § 109 Ziff. 5.

Hat beim Ausscheiden eines Mitglieds letzteres üblicher Weise von dem vorhandenen Bar- und Bankbestand nach Abzug der Schulden einen Kopfteil ausgezahlt erhalten, ohne an den ausstehenden Forderungen des Vereins berechtigt zu werden, so ist zu beachten, daß eine solche Abung für den Verein kraft der Autonomie objektives Recht schafft; weshalb auch keine Verpflichtung des Vereins auf Rechnungslegung in dieser Hinsicht besteht:

„Diese ununterbrochene Abung weist alle Merkmale des Herkommens auf, wie solche nach Analogie des Gewohnheitsrecht innerhalb der Autonomie des Vereins objektives Recht schafft. Es ist nicht erforderlich, daß eine solche Gewohnheit schriftlich niedergelegt sei (vgl. RG. in D. J. Z. 1904 S. 557). Die Kenntnis einer solchen Obsernanz ist nicht notwendig, um sie für das Vereinsmitglied verbindlich zu machen; wie denn allgemeine Rechte des Vereinsmitglieds als solchen nicht auf besonderen Verträgen mit dem Verein, sondern auf dessen autonomer Sazung beruhen (Motive z. BGB. 1 S. 10, 94; RG. 58 S. 34, HansGZ. 1888 Nr. 178)“ (Rspr. d. OLG. 32 S. 333).

Ebenso wie beim Ausscheiden eines Mitgliedes dessen Anteil am Vereinsvermögen den übrigen Mitgliedern anwächst (§ 738 Abs. 1 S. 1), wird ein in den Verein neu eintretendes Mitglied ohne weiteres Mitigentümer, Mitberechtigter und Mitverpflichteter mit allen übrigen Vereinsmitgliedern.

VII. Gelten die Bestimmungen des BGB. über nicht rechtsfähige Vereine auch für solche, die vor 1900 im Gebiete des UR. entstanden sind?

1. Nach RG. 51 S. 160—162 gelten solche Vereine grundsätzlich auch weiterhin als sogen. „erlaubte Privatgesellschaften“ i. S. der § 2, 11 ff. II 6 UR., die nach innen korporativ gestaltet sind, nach außen der Korperationsrechte ermangeln. Das RG. geht dabei von dem Grundsatz aus, daß neue Geseze in der Regel auf die bestehenden Privatrechte keine rückwirkende Kraft haben, was sich aus den Übergangsvorschriften der Art. 153—218 des EG. zum BGB. ergäbe und daß es sich um bestehende Privatrechte auch bei der

kooperativen Gestaltung der erlaubten Privatgesellschaften nach innen, in dem Verhältnis der Mitglieder zur Gesellschaft und die Ansehung des Gesellschaftsvermögens handele, wie sich diese Gestaltung insbesondere aus § 14 II 6 U.R. ergäbe.¹⁾ Sonach ist insbesondere die Festsetzung von Geldstrafen gegen Vereinsmitglieder durch die Vereinsorgane weiterhin zulässig. Vgl. §§ 14, 43—47 II 6 U.R.

2. Nach R.G. 77 S. 430 gilt für die vor 1900 entstandenen Vereine die Vorschrift des § 54 Satz 2 B.G.B.:

„Diese regelt nicht die Haftung der Mitglieder nicht rechtsfähiger Vereine und auch nicht die der Vorstandsmitglieder als solcher; sie bestimmt vielmehr ganz im allgemeinen, daß jeder, der im Namen eines nicht rechtsfähigen Vereins durch Vornahme von Rechtsgeschäften einem Dritten gegenüber handelt, daraus persönlich haftet, ohne Rücksicht darauf, ob er überhaupt Mitglied des Vereins ist, und ob er zu dessen Vertretung berechtigt war oder nicht. Hat das Gesetz hiernach die persönliche Haftung schlechthin und allein an die Tatsache, daß jemand für den Verein handelt, geknüpft, so muß es auch auf alle Fälle, in denen sich unter seiner Herrschaft der von ihm behandelte Tatbestand verwirklicht, angewendet werden. Auch der Grund, aus dem der Gesetzgeber die in Frage stehende Vorschrift getroffen hat, nämlich das Bedürfnis, den Dritten, der sich mit einem nicht rechtsfähigen Verein in rechtsgeschäftlichen Verkehr einläßt, zu schützen (vgl. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B.'s Bd. 2 S. 459), trifft für Geschäfte mit älteren Vereinen in gleicher Weise zu, wie bei erst nach dem 1. Januar 1900 begründeten Vereinen. Auch in der Literatur wird die vorstehend dargelegte Auffassung ganz überwiegend vertreten.“

VIII. Umwandlung eines nicht rechtsfähigen Vereins in einen rechtsfähigen Verein. Im allgemeinen ändert sich bei Umwandlung eines nicht rechtsfähigen Vereins in einen rechtsfähigen Verein nur die Rechtsform des bestehenden Vereins, wenn der Zweck des rechtsfähigen Vereins der Gleiche ist wie der des nicht rechtsfähigen, und der rechtsfähige Verein hat für die Verpflichtungen einzustehen, die er in seiner früheren Rechtsform übernommen hatte. So auch R.G. 85 S. 258 ff.:

„Ob ein eingetragener Verein die Fortsetzung eines bereits bestehenden nicht eingetragenen oder eine Neugründung ist, hängt zunächst von den tatsächlichen Verhältnissen ab. Wenn die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins einen eingetragenen Verein gründen, der sich nach Namen, Zweck und Verfassung erheblich von dem älteren unterscheidet, so wird es sich selbst bei Identität der Mitglieder regelmäßig um einen neuen Verein handeln, neben dem der alte Verein fortbestehen kann. Im vorliegenden Falle führt aber der rechtsfähige Verein den gleichen Namen wie der frühere, nur mit dem Zusätze „eingetragener Verein“, sein Zweck ist der gleiche, so daß ein Nebeneinander beider Vereine nicht gewollt sein kann. Von der Sitzung sagt der Vorderrichter, daß sie keine erheblichen Veränderungen gegenüber der älteren

¹⁾ § 14 II 6 U.R. lautet: „Unter sich aber haben derlei Gesellschaften, solange sie bestehen, die inneren Rechte der Korporationen und Gemeinden (§ 25 Iqa).“

aufweist und daß die Änderungen weder den Vereinszweck noch die Organisation in ihrem Wesen berühren. Die organisatorischen Veränderungen betreffen namentlich den Vorstand, der jetzt aus drei Personen besteht und nach § 24 in seiner Vertretungsmacht mehrfach beschränkt ist. Weder er noch Direktorium und Ausschuß sind zur Übernahme von Bürgschaften, zur Erteilung von Kreditaufträgen, zur Eingehung von Verbindlichkeiten irgendwelcher Art oder zum Erwerb von Grundbesitz befugt, während es in der älteren Satzung nur hieß, daß der aus zwei Personen bestehende Vorstand den Verein gerichtlich wie außergerichtlich zu vertreten hat. Aber weder diese noch die sonstigen Änderungen betreffen, wie der Vorderrichter mit Recht sagt, das Wesen der Organisation; sie sind mit der Annahme, daß der ursprüngliche Verband in etwas geänderter Form weiter bestehen sollte, völlig vereinbar. Es kommt hinzu, daß schon die Satzung vom November 1906 den Eintrag in das Vereinsregister vorsah und daß der in einer Mitgliederversammlung des alten Vereins gewählte Vorstand die Anmeldung zum Vereinsregister bewirkt hat. Wenn daher der Vorderrichter tatsächlich feststellt, daß der eingetragene Verein eine Fortsetzung des nicht eingetragenen sei, so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Unerheblich ist es namentlich, wenn eine Anzahl der Mitglieder bei der Umwandlung des Verbandes in einen rechtsfähigen Verein ausgeschieden sein sollte, weil ein Wechsel des Mitgliederbestandes in der Satzung (§ 7 bis 10) vorgesehen war und die Identität des Vereins nicht beeinträchtigt; vgl. auch RGZ. Bd. 60 S. 99, Bd. 74, S. 373, Bd. 76 S. 27.

Rechtlicher Natur ist dagegen die Frage, in welcher Weise die Eintragung eines schon bestehenden nicht rechtsfähigen Vereins auf dessen rechtliche Stellung einwirkt. Hier ist zunächst die Auffassung abzulehnen, daß der eingetragene Verein deswegen, weil er juristische Persönlichkeit besitzt, den nicht eingetragenen Verein nicht fortsetzen könne. Der Wortlaut des Gesetzes (BGB. § 21, vergl. auch §§ 55, 59) läßt im Gegenteil erkennen, daß ein Verein die Rechtsfähigkeit erlangen kann, ohne hierdurch im übrigen in seinem Bestehen beeinflusst zu werden. Der bereits vorhandene Verein besteht von der Eintragung an als juristische Person weiter, als solcher stellt er zwar ein neues Rechtssubjekt dar, aber dieses Rechtssubjekt setzt ein bereits vorher vorhandenes Rechtsgebilde fort. Hieraus folgt, daß Eigenschaften, die dem nicht rechtsfähigen Verein als solchem zukamen, bei dem eingetragenen fort-dauern, ohne daß ein Rechtsnachfolger angenommen werden mußte. In prozessualer Hinsicht hat das die Bedeutung, daß die Erlangung der Rechtsfähigkeit während eines gegen den nicht rechtsfähigen Verein anhängigen Rechtsstreits an der prozessualen Lage nichts ändert. Passive Parteifähigkeit besaß schon der nicht rechtsfähige Verein, eine Klageänderung durch Einführung eines neuen Prozeßbeteiligten aber kann wegen der sachlichen Identität des neuen rechtsfähigen mit dem älteren nicht rechtsfähigen Verein nicht angenommen werden. Hinsichtlich des materiellen Rechtes ist es zwar nicht zweifelhaft, daß bei dem nicht rechtsfähigen Verein nur seine Mitglieder als Träger der Rechte und Verbindlichkeiten in Frage kommen. Das hindert aber nicht, daß ein Gesellschaftsvermögen als gesondertes Zweckvermögen rechtlich anerkannt wird (BGB. §§ 719, 725 Abs. 2, 738 Abs. 1; ZPO. § 735; RD. § 213) und die Rechtsprechung hat angenommen (RGZ. Bd. 74 S. 324), daß als Regel die Vollmacht des Vorstandes eines nicht rechtsfähigen Vereins sich dahin beschränkt, daß er die Mitglieder nur mit ihren Anteilen am Vereins-

vermögen verpflichten darf. Der Zweckbestimmung dieses Sondervermögens würde es widersprechen, wenn man annehmen wollte, das Vermögen stehe den Mitgliedern des früheren nicht rechtsfähigen Vereins auch nach der Eintragung in das Vereinsregister zu; es muß vielmehr daraus, daß der eingetragene Verein nur die Fortsetzung des nicht rechtsfähigen ist, geschlossen werden, daß das seinen Zwecken dienende Vermögen aktiv und passiv auf den rechtsfähigen Verein übergeht. Daß es vorher den Mitgliedern des nicht rechtsfähigen Vereins gehörte, steht nicht entgegen, weil diese es nur in ihrer Eigenschaft als Vereinsmitglieder besaßen und die von ihnen beschlossene Umwandlung des Vereins im Zweifel auch bedeutet, daß das Vereinsvermögen künftig nach Maßgabe der neuen rechtlichen Verhältnisse besessen werden soll. Wie sich die Sachlage gestaltet, wenn die Mitglieder oder der Vorstand des nicht rechtsfähigen Vereins wegen früherer Schulden nach Erwerb der Rechtsfähigkeit von den Gläubigern in Anspruch genommen werden, wie sich ferner der Übergang von Grundstücken auf den rechtsfähigen Verein vollzieht, bedarf jetzt keiner Entscheidung.

Das von der Revision angeführte, in Seuff. Archiv Bd. 67 Nr. 171 abgedruckte Urteil des RG.'s VII. JS.'s vom 11. April 1911 steht der angenommenen Ansicht nicht entgegen, erkennt vielmehr an, daß sich durch die spätere Erlangung der Rechtsfähigkeit nur die Rechtsform des bestehenden Vereins ändert und daß der Verein als rechtsfähiger für die Verpflichtungen einzustehen hat, die er in seiner früheren Rechtsform übernommen hatte. Wenn sodann die Einschränkung gemacht wird, der rechtsfähig gewordene Verein sei nur insoweit gebunden, als die Übernahme von Verpflichtungen vor dem Erwerb der Rechtsfähigkeit notwendig gewesen sei, während Rechtsgeschäfte, die weder der Vereinsgründung als solcher noch der Erlangung der Rechtsfähigkeit dienten, sondern schon zu dem Vereinsbetriebe gehörten, auszuscheiden seien, so wird dabei vorausgesetzt, daß die Absicht der Beteiligten auf die alsbaldige Gründung eines rechtsfähigen Vereins gerichtet war. Den späteren gesetzlichen Vertretern desselben soll im Gründungsstadium möglichst wenig vorgegriffen werden. Im vorliegenden Falle muß dieser Gesichtspunkt ausgescheiden. Der beklagte Verein hat eine längere Reihe von Jahren als nicht rechtsfähiger Verein bestanden und seine Tätigkeit entwickelt, er kann daher nicht nur als eine Art „Vorverein“ und als Vorbereitung des eingetragenen Vereins aufgefaßt werden. Daß die Satzung vom 15. November 1906 die Eintragung in das Vereinsregister in Aussicht nimmt, ändert hieran nichts; denn tatsächlich bestand der nicht eingetragene Verein trotz des § 4 der Satzung noch bis zum März 1913 fort.“

§ 12.

Stiftungen.

I. Begriff und Wesen. Unter Stiftung versteht man eine lediglich aus Organen bestehende juristische Person zur Erreichung eines bestimmten Zweckes, der meist ein bestimmtes Vermögen zur Erreichung dieses Zweckes gewidmet ist.

Nicht genau ist die Definition von Staudinger, wonach unter Stiftung „eine rechtsfähige Verbandsperson“ zu verstehen ist, „deren

Daseinszweck die Durchführung des Willens ihres Gründers durch Verwendung eines hierzu gewidmeten Vermögens ist," weil zeitweise ein Stiftungsvermögen fehlen kann (vgl. Enneccerus I § 110 I).

Der Stiftung fehlen die Mitglieder. Den Verwaltungsorganen stehen nur die sogen. Destinatare des Stiftungsvermögens gegenüber.¹⁾ Als solche können das Publikum z. B. bei Stiftung eines Parkes, oder bestimmte Personenkreise in Frage kommen, z. B. bei Stiftungen zu Gunsten bestimmter Studierender. Aber die Frage, ob ein Destinatar eine Klage auf Auszahlung bzw. Feststellung der Verpflichtung zur Auszahlung eines Stipendiums gegen die Stiftung hat, führt das OLG. Rostock in Rspr. der OLG. 28 S. 14/5 folgendes aus:

" . . . auf der Grundlage des in der Stiftungsurkunde erklärten Willens des Stifters muß die Frage beantwortet werden, ob einer einzelnen Person ein klagbarer Anspruch auf Teilnahme an den Nutzungen einer Stiftung zusteht (Seuff. 56 S. 394). Hat der Stifter bereits bestimmt, wann der einzelne etwas erhalten soll und wieviel, und ist darum für eine Entscheidung der Verwaltung der Stiftung kein Raum mehr, so hat diese den bereits erklärten Willen des Stifters auszuführen und kann dazu im Wege der Klage angehalten werden. Anders aber liegt die Sache, wenn die Berechtigung des einzelnen von Voraussetzungen abhängt, die nicht objektiv und unabänderlich

¹⁾ Ist das Einkommen eines nutzungsberechtigten Familienmitgliedes aus einem Stiftungsvermögen einer Familienstiftung, das in Grundstücken angelegt ist, Einkommen „aus dem Grundbesitz“? Das RG. hat die Frage für das Doppelsteuergesetz von 1870 (jetzt vom 22. März 1909, vgl. dessen § 3: Der Grund und Gebäudebesitz . . . sowie das aus diesen Quellen herrührende Einkommen dürfen nur in demjenigen Staate besteuert werden, in dessen Gebiete der Grund- und Gebäudebesitz liegt) für den Fall bejaht, daß der Stifter selbst zum Hauptteil der Stiftung Grundstücke bestimmt und deren Nutzung den zum Genuß der Stiftung berufenen Familienmitgliedern zugewiesen hatte. Im übrigen spricht das Reichsgericht ausdrücklich aus, daß die Frage an sich weder glatt mit ja oder nein zu beantworten sei. Es führt in Band 61 S. 35 ff. aus:

„Wenn man den . . . Grundsatz, daß derjenige ein Einkommen aus Grundbesitz nicht bezieht, der nur obligatorisch berechtigt ist, von dem Eigentümer eines Grundstückes die Entrichtung des Ertrages des Grundstückes ganz oder teilweise zu begehren, hier schematisch anwenden wollte, so würde die gestellte Frage ohne weiteres zu verneinen sein. Denn nach der gemeinen Meinung haben die nutzungsberechtigten Familienmitglieder kein dingliches Recht an dem Grundbesitz der Familienstiftung, sondern nur ein obligatorisches Forderungsrecht gegen die Stiftung. Es genügt in dieser Beziehung, . . . auf folgende Äußerungen von Gerber (Jahrbuch für Dogmatik Bd. 1 S. 57 und 71, Bd. 2 S. 358 und 363) zu verweisen: „Der Familienstiftung gehört das Vermögen, die Bedachten sind nur Gläubiger, denen ein fremdes Subjekt gewisse Leistungen zu machen hat. Alle diejenigen, welche stiftungsmäßig zum Genuße des Vermögens berufen werden, stehen mit der juristischen Person (der Stiftung) in einem obligatorischen Verhältnis. Ihr (der Familienmitglieder) Recht an dem gestifteten Vermögen ist nur ein persönliches Rentenrecht.“ In diesem Sinne hat sich auch bereits das Reichsgericht ausgesprochen (Entsch. in Zivils. Bd. 5 S. 143). Allein es erscheint bedenklich, hiernach unterchiedslos den obigen Satz auf die nutzungsberechtigten Familienmitglieder zur Anwendung zu bringen. Es wird allerdings anzuerkennen sein, daß die nutzungsberechtigten Familienmitglieder kein dingliches Nutzungsrecht am Grundbesitz der Stiftung haben; denn dieser ist ihnen in Ansehung der Nutzung nicht unmittelbar unterworfen; vielmehr steht zwischen ihnen und diesem Grundbesitz eben ein Mittler in Gestalt der juristischen Persönlichkeit der Stiftung. Indessen darf man sie deswegen doch nicht schlechweg mit sonstigen, gewöhnlichen Forderungsberechtigten auf gleiche Stufe stellen; denn die Verwaltung erfolgt in ihrem Interesse, zu Nutz und Frommen der gegenwärtigen einzelnen Familienmitglieder. Ihr Recht hat zwar weniger zum Inhalt als ein dingliches Nutzungsrecht, aber erheblich mehr als ein sonstiges gewöhnliches persönliches Recht. Sie stehen in einem ganz anders gearteten engeren und intimeren Verhältnis zum Stiftungsvermögen als alle anderen Gläubiger der Stiftung. Wenn ihr Recht auch nicht geradezu eine Realkaufberechtigung sein mag, so nähert es sich doch mindestens dem Wesen dieser Gattung von Rechten in erheblichem Maße. Wie man aber auch

feststehen, über deren Vorhandensein vielmehr nach den tatsächlichen Verhältnissen zu entscheiden ist. Die vom Stifter noch nicht im voraus abgegebene Entscheidung ist der von ihm bestellten Verwaltung übertragen, diese handelt daher innerhalb ihrer aus dem Stiftungsakte sich ergebenden Zuständigkeit, wenn sie über das Vorhandensein der sachungsmäßigen Voraussetzungen über die Gewährung der Zuwendung entscheidet. Diese auf dem Willen des Stifters beruhende Verwaltungshandlung kann derjenige, der seinen Anspruch ebenfalls nur auf den Willen des Stifters stützen kann, nicht durch Klage anfechten.“

II. Arten der Stiftungen.

A. Stiftungen des öffentlichen Rechtes. Dies sind solche Stiftungen, deren Entstehung und Verfassung in der Regel auf öffentlichem Recht beruht. Über das Wesen derselben führt Staudinger (I Vorbem. zu §§ 80—88 VII 2) unter Bezugnahme auf die Protokolle der 2. Kommission folgendes aus:

„Stiftungen des öffentlichen Rechtes sind solche, die dem Organismus des Reiches, eines Bundesstaats, einer als Juristische Person im öffentlichen Rechte anerkannten Kirche, einer politischen Gemeinde einverleibt sind, daß sie als Glied und Einrichtung dieses öffentlich-rechtlichen Organismus erscheinen. Darüber, wann eine solche Einverleibung anzunehmen ist, entscheidet das öffentliche Recht. Eine Stiftung des öffentlichen Rechtes ist zunächst anzunehmen, wenn dieselbe ausschließlich durch einen Akt des öffentlichen Rechtes,

im einzelnen dieses besondere Verhältnis der Familienmitglieder zum Stiftungsvermögen rechtlich auffassen mag, die Tatsache, daß es besteht, läßt sich nicht leugnen. Sie hat sogar zu der Ansicht geführt, daß das Stiftungsvermögen materiell den Familienmitgliedern gehöre, indem ausgeführt ist (Oerber, Jahrbuch für Dogmatik Bd. 2 S. 364 und 365), nicht bloß diejenigen Güter ständen im Vermögen einer Person, die ihr kraft eines direkten Rechtstitels zuständen, sondern nicht minder diejenigen Werte, die unter der Scheinherrschaft eines fingierten Subjekts ihr durch Vermittlung von Obligationen gehörten; den Familienmitgliedern gehörten die Güter der Stiftung daher zwar nicht als unmittelbare Objekte ihres Rechts, sondern nur durch Vermittlung juristischer Zwischenverhältnisse; aber sie gehörten ihnen praktisch darum nicht minder vollständig.

Ob nun diese Erwägungen ausreichen, um in allen Fällen einer Familienstiftung anzunehmen, daß das aus dem Grundvermögen stammende, den Nutzungsberechtigten Familiengliedern zustehende Einkommen auch für diese ein Einkommen aus Grundbesitz ist, mag zweifelhaft sein. Es kann indessen davon abgesehen werden, in eine Erörterung derjenigen Fälle, die in dieser Beziehung Zweifel erwecken, sowie dieser Zweifel einzutreten, da der erkennende Senat sich jedenfalls davon überzeugt hält, daß in einem Falle der vorliegenden Art die zur Entscheidung stehende Frage auf Grund der obigen Erwägungen zu bejahen ist. Der Stifter hat selbst zum Hauptteil der Stiftung Grundstücke bestimmt und deren Nutzung den zum Genuß der Stiftung berufenen Familienmitgliedern zugewiesen. Wenn die Verwalter der Stiftung das außerdem ausgelegte Kapital zur Verbesserung dieser Grundstücke verwandt haben, so haben sie damit ohne Zweifel nicht nur innerhalb des Rahmens ihrer Befugnisse, sondern auch in der von dem Stifter gewollten Richtung gehandelt, wonach die Anlage des Stiftungsvermögens in Grundbesitz die wesentliche Einkommensquelle für die Nutzungsberechtigten Familienmitglieder bilden sollte. Verufen zur Nutzung ist nur die engste Familie, nämlich neben der Witwe des Stifters die Nachkommenschaft seines Sohnes. Unter diesen Umständen muß angenommen werden, daß es sich in den Grenzen des Begriffs des Einkommens aus Grundbesitz im Sinne des Reichsgesetzes über die Doppelbesteuerung hält, wenn das Einkommen der Klägerinnen aus dem Grundbesitz der großväterlichen Stiftung in Hamburg zur Steuer von dem Einkommen aus Grundbesitz herangezogen ist. Der erkennende Senat wird in dieser Auffassung durch die Erwägung bestärkt, einerseits daß der Begriff des Einkommens, wie von selten der Revisionsbeklagten mit Recht hervorgehoben ist, seinem Wesen nach wirtschaftlicher Art ist, dem gegenüber formale, juristische Gesichtspunkte in den Hintergrund treten müssen, und daß andererseits der in dem Reichsgesetz gebrauchte Ausdruck des „Herrührens“ [dieser Ausdruck findet sich auch in dem RG. von 1909] von Einkommen aus Grundbesitz kein fest geprägter ist (RG. 50 S. 103), sondern einer gewissen Dehnbarkeit fähig ist.“

z. B. einen Gesetzgebungsakt, ins Leben gerufen wird. Aber auch Stiftungen, die durch Privatrechtsgeschäfte begründet wurden, können als Stiftungen des öffentlichen Rechtes ins Leben treten, wenn sie nämlich „vermöge ihrer eigenen Beschaffenheit dem Organismus des Staates, einer Kirche oder anderer öffentlich-rechtlicher Juristischer Personen derart eingefügt werden, daß sie aus diesem Grunde unter die Kategorie der Stiftungen des öffentlichen Rechtes fallen.“

Damit jedoch eine auf Privatrechtsgeschäft beruhende Stiftung öffentlich-rechtliche Gültigkeit erlange, ist ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der Aufsichtsbehörden erforderlich. Unter dieser Voraussetzung werden auch die ursprünglich auf Privatrecht beruhenden besonderen Rechtstitel zu solchen des öffentlichen Rechtes (DBG. im Preuß. Verw.-Bl. 14 S. 414 und RG. 78 S. 9).¹⁾

Das BGB. selbst erwähnt sie in § 45 Abs. 2 als „öffentliche Stiftung“.

B. Stiftungen des bürgerlichen Rechtes mit der Unterart der Familienstiftungen. Auch diese unterstehen der staatlichen Aufsicht und zwar gilt in Preußen für Stiftungen, die nicht Familienstiftungen sind (über diese vgl. § 12 VI) als Aufsichtsbehörde oberster Instanz der Minister des Innern, bei kirchlichen und Schulstiftungen der Kultusminister; in unterer Instanz sind Aufsichtsorgane je nach dem Ortsbereich des Stiftungszweckes der Regierungs- bzw. Oberpräsident, bei Schul- und Unterrichtsstiftungen das Provinzialschulkollegium. Die Stiftungsurkunde kann jedoch die Aufsicht einer anderen Behörde übertragen. Vgl. VI d. Keine Stiftungen sind die sogen. fiduziarischen Stiftungen (vgl. VII) und die sogen. Sammelvermögen (vgl. VIII).

III. Entstehung der Stiftung. Zur Entstehung einer Stiftung ist erforderlich:

1. ein Stiftungsgeschäft,
2. staatliche Genehmigung der Stiftung seitens des Bundesstaates, in dessen Gebiet die Stiftung ihren Sitz (Ort der Verwaltung) haben soll.

1. Das Stiftungsgeschäft, das von einer Mehrheit von Personen errichtet werden kann, ist ein einseitiges, schriftliches Rechtsgeschäft (§ 81. Vgl. ferner § 83). Normaler Weise zerfällt das Geschäft in zwei Teile, in einen sogen. personenrechtlichen Teil, der auf die Gründung der juristischen Person gerichtet ist, und in einen vermögensrechtlichen Teil, der in der Vermögenszuwendung an die Stiftung beruht.

Hauptaufgabe ist die Regelung der Verfassung der Stiftung, die insbesondere den Zweck und Sitz der Stiftung und ihre Organe

¹⁾ Es genügt also z. B. nicht, daß das Statut eines kirchlichen Armenfonds vom Bischof genehmigt ist (DBG. 72 S. 187/8).

angeben muß sowie die Mittel, durch welche der Zweck erreicht werden soll. Die Vermögenszuwendung an die Stiftung wird vom R.G. 5 S. 143 als eigentümliche Art der Schenkung betrachtet, soweit eine rechtliche Verpflichtung zu ihrer Errichtung nicht vorliegt. Für das BGB. trifft diese Auffassung nicht zu, da die Schenkung ein Vertrag, die Stiftung aber ein einseitiges Rechtsgeschäft ist. Die Stiftung ist vielmehr eine einseitige unentgeltliche Verfügung.

2. Die Genehmigung der Stiftung wird in Preußen (abgesehen von Familienstiftungen, vgl. V) nach der Ausf. B. z. BGB. v. 16. November 1899 Art. 4 vom König erteilt.¹⁾ Das Gesuch ist bei dem Regierungspräsidenten einzureichen, in dessen Bezirk die Stiftung ihren Sitz haben soll. Ist sie erteilt, so ist die Stiftung rechtsfähig geworden. Man wird mit Rücksicht auf die Natur des staatlichen Verwaltungsaktes annehmen müssen, daß die Rechtsfähigkeit auch bei ungültigem Stiftungsgeschäft infolge der Genehmigung des Staates erworben wird (A. U. Staudinger I § 80 V 3). Die Genehmigung selbst ist freie Ermessenssache.

Aber das Recht zum Widerruf bis zur Erteilung der Genehmigung: § 81 Abs. 2 BGB. Mit der Genehmigung der Stiftung wird der Stifter verpflichtet, das im Stiftungsgeschäft zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen. Nach § 398 BGB. durch bloßem Vertrag abtretbare Rechte gehen im Zweifel ohne weiteres auf die Stiftung über (§ 82). Hierzu gehören insbesondere Forderungsrechte, dingliche Ansprüche und Urheberrechte.

Besteht das Stiftungsgeschäft in einer Verfügung von Todeswegen (Testament oder Erbvertrag), so haben Erbe, Testamentvollstrecker bezw. Nachlassgericht die Genehmigung nachzusuchen (§ 83).

Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so gilt sie für Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden (§ 84). Dies ist vor allem für Erbeinsetzungen wichtig, da Erbe an sich nur werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls lebt oder als juristische Person bereits entstanden ist. (Fall Städel in Frankfurt a. Main). § 86 erklärt eine Reihe von Vorschriften des Vereinsrechts als für die Stiftungen anwendbar, insbesondere auch § 31.

¹⁾ Bis zur Genehmigung der Stiftung besteht ein Schwebezustand. Nichtgenehmigte Zuwendungen sind aber nicht nichtig, sondern nur in ihrer Wirksamkeit von der Erteilung der Genehmigung abhängig. Dieser Schwebezustand ähnelt dem von rechtsgeschäftlichen Bedingungen (§§ 158 ff. BGB.) zweifelhaft ist, ob es sich dabei um eine aufschiebende Bedingung handelt (J. W. 1898 S. 639 Nr. 4) oder um eine auflösende (Gruchot 32 S. 1074, Johow Bd. 31 S. A. 61, Bd. 40 S. A. 32). Jedenfalls besteht während des Schwebezustandes ein Rechtsverhältnis, das nicht nur eine Feststellungsklage, sondern z. B. auch die Eintragung von Hypotheken ermöglicht. Daher kann vor der Entscheidung über die Genehmigung der Zuwendung die Löschung der für eine bisher nicht genehmigte Stiftung eingetragenen Hypothek nicht verlangt werden. Dies gilt insbesondere auch für andere, der Genehmigung bedürftige letztwillige Zuwendungen (R.G. 88 S. 339/340).

IV. Aber die Umwandlung der Zweckbestimmung der Stiftung vgl. § 87.

Nach Art. 5 der Ausf. V. z. BGB. vom 16. November 1899 entscheidet in Preußen über die Umwandlung des Zweckes, Verfassungsänderung oder Aufhebung der Stiftung der König.¹⁾

Mit dem Erlöschen der Stiftung fällt das Vermögen an die in der Verfassung bestimmten Personen bezw. an den Fiskus oder an die Körperschaft, wenn sie von einer Gemeinde oder sonstigen Körperschaft des öffentlichen Rechts errichtet oder verwaltet war (§ 88 BGB., Preuß. Ausf. V. z. BGB. Art. 5 § 2).

V. **Milde Stiftungen.** Von besonderer, insbesondere steuerrechtliche Bedeutung sind die sog. „milden Stiftungen“.²⁾ Nach § 12 Ziff. 2 des Reichserbschaftssteuergesetzes vom 3. Juni 1906 unterliegen u. a. Stiftungen, die ausschließlich kirchliche, mildtätige oder gemeinnützige Zwecke verfolgen, sofern ihnen die Rechte juristischer Personen zustehen, einer Erbschaftsteuer von fünf vom Hundert des Erwerbes von Todes wegen. Ferner sind nach § 5 Ziff. 1 d des preußischen Stempelsteuergesetzes vom 30. Juni 1909 von der Stempelsteuer befreit: „Stiftungen, welche als milde ausdrücklich anerkannt sind.“ Für die vor Inkrafttreten des preußischen Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 — dem 1. April 1896 — schon vorhandenen Stiftungen ist eine ausdrückliche Anerkennung der Stiftungen als einer „milden“ nicht Voraussetzung für eine Stempelfreiheit, sodas es für diese sachlich darauf ankommt, ob sie die Merkmale einer „milden Stiftung“ zeigen.

Hierüber führt das RG. 80 S. 146 aus:

„Für das preußische Stempel- und Erbschaftsteuerrecht ist in ständiger Rechtsprechung der Begriff der milden Stiftung in dem Sinne verstanden worden, daß als eine solche nicht schon jede wohltätige oder gemeinnützige Stiftung anzusehen ist, sondern nur eine solche, deren Hauptzweck darauf gerichtet ist, hilfsbedürftigen Personen durch unentgeltliche Zuwendungen Unterstützung zu gewähren, also der Not zu steuern. . . . Dieser Begriff entspricht dem gewöhnlichen Sprachgebrauch („milde Gaben“) und auch demjenigen des Allgemeinen Landrechts, das im 19. Titel des Teil II unter der Überschrift „Von Armenanstalten und anderen milden Stiftungen“ den letzteren die Armenhäuser, Hospitäler, Waisen- und Findel-, Werk- und Arbeitshäuser gleichstellt (§§ 32, 75; D. Trib. Entsch. Bd. 40 S. 78, 95).“

Auch das Oberverwaltungsgericht weist in Bd. 53 S. 156 darauf hin, daß als „milde Stiftungen“ nur solche angesehen werden können, welche auf die Unterstützung solcher Personen gerichtet sind, die zur Beseitigung ihrer Notlage der Mildtätigkeit bedürfen.

¹⁾ Vgl. Thieffing, Zur Aufhebung und Änderung der Verfassung einer Stiftung in D. J. Z. 1913 S. 318—324.

²⁾ Das Kriegssteuergesetz vom 21. Juni 1916 berücksichtigt in § 22 Stiftungen mit gemeinnützigen Zwecken.

(Zum Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 § 24 h, nach welchem „Gebäude, welche milden Stiftungen angehören und für deren Zwecke unmittelbar benutzt werden,“ von der Realsteuer vom Grundbesitz befreit sind).

VI. Familienstiftungen in Preußen.¹⁾ Nach § 85 BGB. kann die Verfassung einer Stiftung auch auf Landesgesetz beruhen. Hiervon hat das preuß. Ausf.-Ges. zum BGB. vom 20. September 1899 Gebrauch gemacht und in den Art. 1—4 Sondervorschriften über Familienstiftungen gegeben.

a) Eine Familienstiftung ist eine Stiftung, die nach der Stiftungsurkunde ausschließlich dem Interesse der Mitglieder einer bestimmten Familie oder mehrerer bestimmten Familien dient (Art. 1 § 1).

Zuständig für die Genehmigung derselben ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Stiftung ihren Sitz haben soll. Da jedoch der Justizminister mit der Verwaltung und Beaufsichtigung das Landesgericht oder Oberlandesgericht beauftragen kann (Art. 1 § 1 Abs. 2), das dann auch für die Genehmigung der Stiftung und für die Aufnahme und Genehmigung etwaiger Familienschlüsse zuständig ist, hat das Amtsgericht vor der Genehmigung einer Familienstiftung die Entscheidung des Oberlandesgerichtspräsidenten einzuholen, ob wegen etwaiger Übertragung an den Justizminister zu berichten ist (UB. vom 3. Juni 1907, J. M. Bl. 1907 S. 400 und § 29 UB. BGB.).

b) Das Gericht hat zu prüfen, ob die Stiftungsurkunde deutlich und bestimmt gefaßt ist und ausreichende Bestimmungen über die Bestellung des Vorstandes enthält. Bei Bedenken in dieser Beziehung ist die Genehmigung zu versagen oder eine angemessene Frist zur Beseitigung der Bedenken zu bestimmen. Gegen die Erteilung oder Versagung der Genehmigung ist die sofortige Beschwerde zulässig.

Besteht das Stiftungsgeschäft in einer Verfügung von Todes wegen, so hat das Gericht vor der Genehmigung der Mitglieder der berufenen Familie öffentlich aufzufordern, sich in einem bestimmten Termine zu erklären, widrigenfalls ihnen gegen die Entscheidung die Beschwerde nicht zustehe. Die Beschwerde steht jedem Erben, dem Testamentsvollstrecker und den im Termine erschienenen Mitgliedern der berufenen Familie zu (Art. 1 § 2).

c) Für die Verfassung der Familienstiftung gibt das Ausf.-Gesetz in Art. 2 besondere Bestimmungen. So kann die Änderung derselben sowie die Aufhebung der Stiftung durch Familienschluß

¹⁾ Der Gesetzentwurf von 1917 (wie der von 1913) über Familienfideikomisse, Stammgüter und Familienstiftungen ist nicht Gesetz geworden. Vgl. über denselben Ludwig Cohn, Gemischte Stiftungen im Gesetzentwurf über FF., Stammgüter und F.-Stiftungen, in der Jur. W. 46 S. 574 ff.

erfolgen und zwar auch dann, wenn dies in der Stiftungsurkunde verboten ist. Der Familienschluß muß im Zweifel einstimmig gefaßt werden und bedarf der Genehmigung des aufsichtführenden Gerichts. Über die Zuziehung der Familienmitglieder vgl. Art. 2 §§ 4—11. Die Zustimmung zum Familienschluß muß im Termin oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde erklärt werden.

In den Fällen des § 87 BGB. entscheidet über Zweckumwandlung, Verfassungsänderung und Aufhebung der Stiftung der Justizminister (Ausf.-V. zum BGB. vom 16. Nov. 1899 Art. 5 Abs. 2).

d) Das staatliche Aufsichtsrecht über Familienstiftungen. Die Frage der Beaufsichtigung einer Familienstiftung gehört dem öffentlichen Rechte an. Ist die Verwaltung der Aufsicht der Stiftung einem Gericht übertragen, so ist dieses, sonst aber stets das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Stiftung ihren Sitz hat, für die Aufnahme und Genehmigung von Familienbeschlüssen berufen, was für alle bestehenden Familienstiftungen in ganz Preußen gilt. (Vgl. RG. in Rspr. d. OLG. 7 S. 200 Anm. 1).

Kann die Aufsichtsbehörde Streitigkeiten z. B. über die Vorstandschaft einer Stiftung entscheiden, wenn ihr diese Entscheidung durch die Stiftungsurkunde nicht besonders übertragen ist? Das RG. hat diese Frage verneint und hierbei über das staatliche Aufsichtsrecht überhaupt folgendes ausgeführt:

„Das UR. erwähnt eine staatliche Einwirkung auf Familienstiftungen nur bei der Prüfung und Bestätigung von Stiftungsurkunden und Familienbeschlüssen. Indessen ist in der Verwaltungspraxis niemals zweifelhaft gewesen, daß es sich hierbei nur um speziell hervorgehobene Ausflüsse eines bestehenden allgemeinen Oberaufsichtsrechts des Staates handelt, und auch in der Rechtsprechung des Kammergerichts ist ein solches grundsätzlich anerkannt (Jahrb. 18 S. 131). Hieran ist durch die neue Gesetzgebung nichts geändert . . . Diese Oberaufsicht ist aber nicht etwa der obervormundschaftlichen gleich, sondern greift, soweit nicht die Stiftungsurkunde der Aufsichtsbehörde eine weitere Befugnis verleiht, nur insoweit Platz, als die Stiftung derselben zu ihrer Erhaltung und zur Erreichung ihrer Zwecke bedarf (Jahrbuch 18 S. 133). Damit sind die Grenzen für das Einschreiten der Aufsichtsbehörde gesteckt“ (RG. in Rspr. der OLG. 7 S. 201). Wenn z. B. die Stiftungsurkunde bestimmt, daß die Stiftungsvorsteher zur gewissenhaften Beobachtung ihrer Verbindlichkeiten vom Gericht mittels Handschlags wie Vormünder zu verpflichten sind, so ist nach der zit. RG.-Entsch. dem Gericht nicht die Bestellung der Vorsteher gleich den Vormündern übertragen, sondern der Richter hat nur, um den Vorstehern die Pflichten ihres Amtes besonders zum Bewußtsein zu bringen, eine feierliche Form ihrer Bestellung angeordnet und diese der Bestellung der Vormünder nachgebildet.“

Für die Verwaltung des Stiftungsvermögens sind die Vorschriften des Vormundschaftsrechts nicht anwendbar:

„In Ermangelung besonderer Bestimmungen kann daher der Umfang der Aufsicht über die Verwalter der Stiftung nur durch das bestimmt werden, was entweder im allgemeinen mit Rücksicht auf den Zweck oder die Wirksamkeit einer Aufsicht an sich geboten oder ausdrücklich in den Satzungen der einzelnen Stiftung vorgeschrieben ist. Aus dem Zwecke der Aufsicht kann aber nicht hergeleitet werden, daß die Verwaltung des Stiftungsvorstandes allen Sicherheitsmaßregeln unterliege, denen das Gesetz die Verwaltung der Vormünder unterwirft, regelmäßig schon deshalb nicht, weil bei der Auswahl der Vorstandsmitglieder die Rücksicht auf geschäftliche Gewandtheit in ganz anderer Weise bestimmend zu sein pflegt als bei der Bestellung zum Vormund, für die vielfach verwandtschaftliche Beziehungen entscheiden“ (OLG. Rostock in Rspr. d. OLG. 26 S. 115).

e) Gemischte Stiftungen sind solche, die nicht ausschließlich dem Interesse der Mitglieder einer bestimmten oder mehrerer bestimmter Familien dienen. Sie können in zwei Arten erscheinen:

a) entweder bestimmt die Stiftungsurkunde, daß für den Fall des Aussterbens der genußberechtigten Familien eine anderweitige gemeinnützige oder sonstige Verwendung des Stiftungsvermögens stattfindet. Solche Stiftungen — sog. sukzessive Stiftungen — gehören ihrem Wesen nach zu den Familienstiftungen. Da jedoch in solchem Falle außer der Familienstiftung noch eine gewöhnliche Stiftung begründet werden soll, bedarf es zu ihrer Entstehung außer der Genehmigung des Amtsgerichts für erstere noch der des Königs für letztere. (Vgl. RG. in Rspr. der OLG. 2 S. 515 Nr. 24 und RG. in Rspr. der OLG. 19 S. 271);

b) oder die Stiftung dient von vornherein nicht ausschließlich dem Interesse der Mitglieder einer bestimmten Familie oder mehrerer bestimmter Familien, so wenn z. B. ausdrücklich vorgesehen ist, daß auch Nichtfamilienangehörige unter gewissen Voraussetzungen neben den Mitgliedern der Familie oder abwechselnd mit ihnen oder endlich an ihrer Stelle in den Genuß der Stiftungsnutzungen gelangen sollen. Dies sind gemischte Stiftungen i. e. S., bei denen mithin schon während des Bestehens der Familie die Stiftungserträge nicht nur Familienangehörigen, sondern auch anderen außerhalb der Familie stehenden Personen in gemeinnütziger Absicht zum Zwecke der Unterstützung zugewendet werden.

Derartige Stiftungen werden dann den Familienstiftungen entsprechend behandelt, wenn sie vornehmlich zum Wohl einer bestimmten Familie oder mehrerer bestimmter Familien bestimmt sind, während Familienfremde nur in verhältnismäßig geringem Umfange zur Nutzung zugelassen sind. Dies war schon die Praxis unter der Geltung des ALR. (Ebenso nach den Gesetzesentwürfen über Fideikommiss und Familienstiftungen von 1913 und 1917, vgl. Cohn, gemischte Stiftungen, in Jur. Wochenschr. 46 S. 574 ff.). Sie sind daher nach Art. 6 und 7 Pr. UG. zum BGB. den Erwerbsbeschränkungen der Nichtfamilienstiftungen nicht unterworfen.

Anders jedoch dann, wenn die Nichtfamilienmitglieder in verhältnismäßig größerem oder demselben Umfange zum Genuß der Nutzungen zugelassen sind wie die Familienmitglieder. Dann gelten für solche gemischten Stiftungen lediglich die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der gewöhnlichen Stiftungen und hinsichtlich der Beaufsichtigung derselben die Vorschriften über die gemischten Stiftungen. Letztere sind in den §§ 32—41 II 19 A.R. enthalten. Zwar stehen diese Paragraphen unter den Marginalen: „Von öffentlichen Armenanstalten; Verhältnis des Staates gegen dieselben“. (Die Überschrift des 19. Titels lautet: Von Armenanstalten und anderen milden Stiftungen). Sie gelten aber nach herrschender Ansicht auch für die anderen milden Stiftungen. Letztere stehen nach diesen Vorschriften „unter dem besonderen Schutze des Staates“ (§ 32 a. a. O.), nicht aber ohne weiteres unter der Aufsicht der Gerichte. So RG. in Rspr. der OLG. 19 S. 272. (Es handelte sich um eine Stiftung zur Aufnahme und zum Unterhalt mehrerer Studierender aus einer bestimmten Familie; für den Fall, daß Kognaten und Agnaten der Familie nicht vorhanden wären, sollten die Nutzungen der Stiftung für diesen Zeitraum zwecks stündiger Zweckerfüllung derselben anderen Fremden als der Stadt oder Diözese zufallen, sofern sie bestimmten Anforderungen entsprachen. Dies sollte auch dann gelten, wenn die Familie nicht ausgestorben war, wenn nur zeitweise geeignete männliche Anwärter fehlten. Mithin sollte die Verleihung der Stellen an Fremde im vollen Umfange neben oder anstelle von Familienangehörigen erfolgen, nicht erst beim Aussterben der Familie, sondern bereits während des Bestehens derselben).

VII. Sogen. fiduziarische Stiftungen.

Hierdurch versteht man Zuwendungen an bestehende juristische Personen, z. B. Gemeinden, Schulen, Universitäten, zu besonderen Zwecken ohne die Absicht der Errichtung einer besonderen Stiftung. Die Vermögenszuwendungen sind Schenkungen unter einer Auflage unter Lebenden oder von Todes wegen (§§ 525, 2194 BGB.).

Auch die „fiduziarischen“ Zuwendungen werden allgemein als „Stiftungen“ bezeichnet, obwohl sie solche im Sinne der §§ 80 ff. BGB. nicht sind, was für die Auslegung von Testamenten von Bedeutung ist. Vgl. auch RG. 88 S. 338:

„... es ist nicht richtig, daß unter einer „Stiftung“, selbst wenn sie Gegenstand eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden ist, stets nur eine „rechtsfähige“ Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB. verstanden werden kann. Eine solche Annahme würde weder dem gewöhnlichen, noch dem gesetzlichen Sprachgebrauch entsprechen. Die §§ 80 ff. BGB. regeln nicht erschöpfend das ganze Gebiet der Stiftungen (vgl. Komm.-Prot. Bd. I S. 585 ff., Denkschr. zur Reichstagsvorl. §§ 77 ff.). Sie lassen nicht nur die Stiftungen des öffentlichen Rechtes (§ 89 BGB.), sondern auch alle diejenigen privatrechtlichen Zuwendungen

außer Betracht, die zwar einem bestimmten Zwecke gewidmet sind, aber keine selbständige Natur und keine Rechtsfähigkeit besitzen. Auch diese unselbständigen Zuwendungen, die ebensogut auf einem Rechtsgeschäft unter Lebenden (z. B. einer belasteten Schenkung) wie auf einer letztwilligen Anordnung beruhen können, werden herkömmlich und gesetzlich wenigstens insoweit, als sie andern juristischen Personen, namentlich öffentlichen Korporationen zufallen, unter dem vieldeutigen Ausdrucke „Stiftungen“ mitbegriffen.“

VIII. Anhang. Sogen. Sammelvermögen.

Wenn für einen bestimmten Zweck eine Sammlung veranstaltet wird,¹⁾ so muß man unterscheiden, ob bereits eine juristische Person, von der die Sammlung ausgeht, vorhanden ist oder nicht. Sammelt z. B. das Rote Kreuz²⁾ für bestimmte Zwecke, so fallen alle Zuwendungen in das Vermögen des Roten Kreuzes als besondere Zweckzuwendungen. Wenn dagegen erst eine Reihe von Personen zur Erreichung eines bestimmten Zweckes, z. B. zur Errichtung eines Denkmals, zusammentritt und Sammlungen zu diesem Zweck veranstaltet, so wird man im allgemeinen eine Gesellschaft oder einen nicht rechtsfähigen Verein der das Komitee bildenden Personen annehmen, die an den Zuwendungen — die keine Schenkungen sind — fideuziarisches Gesellschaftseigentum erwerben. Die Ansicht von Gierke und Hellwig, daß hier Gesellschaftsvermögen der Beitragenden vorliege, entspricht zweifellos nicht der Verkehrsauffassung und bietet besonders prozessual die größten Schwierigkeiten. Auch die Dernburgsche Ansicht, daß das Sammelvermögen den Stiftungen analog zu behandeln sei, ist abzulehnen, da die analoge Anwendung von Vorschriften über juristische Personen auf nicht juristische Rechtsgelände höchst bedenklich ist. Eneccerus (BR. I § 110 II) nimmt an, daß die Sammler eine Gesellschaft bilden, die aber nach dem Zwecke derselben durch Wegfall einzelner Sammler nicht erlösche, und daß die Beitragenden das Eigentum an ihren Zuwendungen auf die Sammler unter der Auflage zweckentsprechender Verwendung dergestalt übertragen, daß das Vermögen als fideuziarisches Sondervermögen dem Zugriff der Gläubiger der Sammelnden entzogen ist. Auch das Reichsgericht steht auf dem Standpunkt des fideuziarischen Eigentums in der Entscheidung über die Frage, ob dann, wenn jemand einem Feuerbestattungsverein in bloßer Schriftform eine Summe zur Errichtung eines Kolubariums anbietet, ein unwirkames Schenkungsversprechen vorliegt. Das Reichsgericht hat die

¹⁾ Nach der Bek. über Wohlfahrtspflege während des Krieges vom 15. Februar 1917 (RGBl. S. 143 ff.) bedarf u. a. die Veranstaltung einer Sammlung zu Zwecken der Kriegswohlfahrtspflege oder sonst zu vaterländischen oder gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken (Wohlfahrtszwecken) der Erlaubnis durch die zuständige Behörde. Ergeben sich Mißstände, so ist ein Verwalter zu ernennen, welcher sich in den Besitz des Unternehmens zu setzen hat und zu allen Rechtshandlungen für das Unternehmen befugt ist.

²⁾ Vgl. den Aufsatz von Voethke, Begriff und Wesen des Roten Kreuzes i. Jur. W. 45 S. 703 ff.

Frage in Band 62 S. 390/1 mit folgender Begründung verneint und die Zahlungspflicht des Versprechenden trotz formlosen Versprechens angenommen:

„Unerheblich ist ferner die Ausführung der Revision, daß der Kläger (d. h. der Feuerbestattungsverein, dem Beklagter die Zahlung zugesichert hatte) durch die Zuwendung doch zunächst und unmittelbar bereichert wurde. Denn auch wenn man dies mit Rücksicht darauf zugibt, daß das zugewendete Geld zunächst in das Eigentum des Klägers übergehe, bis es zu dem Zwecke der Erbauung des Kolubariums wirklich verwandt wurde, so würde doch hieraus nicht eine Bereicherung des klagenden Vereins in dem Sinne, wie die Lehre von der Schenkung fordert, folgen. Denn hierzu wird erfordert, daß die Bereicherung des Beschenkten eine endgültige, materielle, nicht bloß eine formale sei. . . .

Auch bei den Beratungen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist dieser Gesichtspunkt von der Mehrheit als richtig anerkannt worden. In den Erwägungen, die über das Erfordernis der Vermögensverschiebung angestellt wurden, findet sich (Protokolle Bd. 2 S. 4) folgende Bemerkung:

„Von einer Seite wurde darauf hingewiesen, daß z. B. Beiträge, die zu einem durch das Zusammenwirken Vieler zu erreichenden Zwecke gegeben werden, etwa zur Errichtung eines Denkmals für einen verdienten Mann, keine Geschenke seien, auch nicht als solche angesehen würden, und daß es sich ebenso verhalte mit Beiträgen zu wohltätigen Zwecken; zwar seien die Wohltaten, die mit dem gesammelten Gelde erwiesen werden sollen, Geschenke; aber diejenigen, welche zusammen-treten, um die Mittel zur Erweisung der Wohltaten aufzubringen, wollen nicht den Geschäftsführern, dem Vereine oder der Anstalt ein Geschenk machen, sondern sich an dem Unternehmen mit den gespendeten Gelde beteiligen, sei es als eigentliche, sei es als stille Gesellschafter.“

Mag man auch über die Richtigkeit der hier zuletzt aufgestellten juristischen Konstruktion streiten können: so viel ist hiernach unzweifelhaft, daß auch die Mehrheit jener Kommission in Fällen der hervorgehobenen Art die Auffassung verworfen hat, daß es sich dabei um Schenkungen oder Schenkungsversprechen an die für das betreffende Unternehmen als Geschäftsführerin auftretende Anstalt oder Vereinigung handele. Was aber hiernach von Zuwendungen zu einem wohltätigen Zwecke und durch eine größere Anzahl von Personen gilt, muß der Natur der Sache nach auch Geltung haben von Zuwendungen zu einem gemeinnützigen oder idealen Zwecke und durch nur eine Person.

Daß endlich der Begriff des fiduziarischen Eigentums hier vom BGB. zu Unrecht angewandt wäre, kann der Revision ebenfalls nicht gegeben werden. Fiduziarisch ist das Eigentum überall da, wo der Eigentümer obligatorisch verpflichtet ist, es nur in bestimmter Richtung zu gebrauchen, es, nachdem der Zweck der fiduziarischen Übertragung erreicht ist, wieder zurück- oder an einen Dritten herauszugeben. . . . Ein solcher Fall liegt aber hier gerade vor.“

Haben die Destinatare bei derartigen Sammlungen einen klagbaren Anspruch auf Auszahlung der gesammelten Gelder, wenn sie für einen gewissen Personenkreis gesammelt sind? Man wird hier

der von Heinsheimer in der D. J. Z. 1909 S. 423 vertretenen Anſicht folgen können, daß es darauf ankommt, ob die Sammlung für einen unbestimmten Personenkreis, z. B. die Opfer eines Erdbebens bestimmt ist oder für eine bestimmte Person oder einen Kreis individuell bestimmter Personen bestimmt ist. Im letzten Falle kann man nach § 328 BGB. die Frage bejahen, da es sich um einen Akt der Fürsorge für Dritte handelt (vgl. Protok. I S. 753).

Das BGB. selbst bringt über diese Sammelvermögen nur die Bestimmung des § 1914:

„Ist durch öffentliche Sammlung Vermögen für einen vorübergehenden Zweck zusammengelegt worden, so kann zum Zwecke der Verwaltung und Verwendung des Vermögens ein Pfleger bestellt werden, wenn die zu der Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen sind.“¹⁾

§ 13.

Familienfideikommiſſe.

I. Das Familienfideikommiß bezweckt wie die Familienstiftung die Bindung eines bestimmten Vermögens in einer Familie. Im Anschluß an das römische Familienfideikommiß entwickelte sich das deutsche Fideikommiß gewohnheitsrechtlich unter dem Einfluß des Werkes von Knipschildt de fideicommissis familiarum nobilium (1654). Die Grundgedanken des Rechtsinstituts waren die Unveräußerlichkeit des Fideikommißvermögens und die Zurückführung der Nutzungen auf die Verfügungen des Stifters („ex pacto et providentia maiorum“). Dabei wurde im Gebiet des gemeinen Rechts der jeweilige Inhaber des Fideikommisses als Eigentümer der Fideikommißgrundstücke angesehen und die Fideikommißeigenschaft der Grundstücke hatte für ihn nur die Bedeutung, daß er zugunsten seiner Nachfolger in der Veräußerungs- und sonstigen Verfügungsfähigkeit beschränkt war (RG. 61 S. 33).

Dieser Auffassung folgt auch das preuß. Ausf.-Gesetz zur Grundbuch-D. vom 26. September 1899 in Art. 16, demzufolge die Eintragung der Fideikommißeigenschaft in der Abteilung für Verfügungsbeschränkungen, die des Fideikommißinhabers in der Abteilung I (Eigentümer) erfolgt.

Nach UR. §§ 72, 3 II 4 dagegen wird dem jeweiligen Fideikommißbesitzer nur das nutzbare Eigentum am Fideikommißvermögen, der Familie dagegen das Obereigentum daran zugesprochen. Nach Förster-Eccius (Preußisches Privatrecht, 7. Aufl. Bd. 4 S. 269) stellt dieses nutzbare Eigentum im Grunde ein wirkliches, jedoch beschränktes Eigentum dar.

¹⁾ Vgl. auch § 8 der Bek. über Wohlfahrtspflege während des Krieges vom 15. Februar 1917.

Nach dem EG. zum BGB. Art. 59 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikomnisse unberührt.

II. In Preußen gelten die §§ 43—226 II 4 U. A. und für Schlesien das Ges. betr. die Familienfideikomnisse zc. im Herzogtum Schlesien und in der Grafschaft Glatz vom 15. Februar 1840 (Ges. S. S. 25), das nur bezüglich der Familienstiftungen durch das Ausf.-Ges. zum BGB. Art. 89 Ziff. 11 aufgehoben ist.

Familienfideikomnisse sind „Güter oder Güterkomplexe“, deren bis zur Erlöschung des Namens und Stammes eines Geschlechts währende Unveräußerlichkeit sich lediglich auf eine zugleich die Ordnung der Erbfolge bestimmende ein- oder mehrseitige Privatdisposition innerhalb des Familienkreises gründet.“ (Gengler, Dtsch. Privatrecht, 4. Aufl., 1892 S. 198).

Die Zweckbestimmung von F.-Fideikommiß und F.-Stiftung ist die gleiche. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß nur die F.-Stiftung eine juristische Person ist (RS. 61 S. 34).

a) Zur Errichtung eines F.-Fideikommisses ist jeder Geschäftsfähige befugt und zwar „zum Besten einer gewissen Familie“, die nicht die eigene zu sein braucht (§ 47 II 4). Zu F. F. können nur gewidmet werden:

1. Kapitalien von mindestens 10 000 Talern;

2. Mit Ackerbau und Viehzucht verbundene Grundstücke (nicht also Häuser und Wälder), die nach Abzug der Lasten und Schulden einen Reinertrag von mindestens 2500 Talern abwerfen. Fehlt dieser Reinertrag, so kann er durch ein entsprechendes Kapital ergänzt werden, das „mit dem Grundstück untrennbar verbunden“ sein muß (§§ 48—56 II 4).

Als Zubehör können einem bestehenden Fideikommiß Häuser, Gebäude, Mobilien und Kostbarkeiten zugeschlagen werden (§§ 60, 1 II 4).

b) Die Errichtung des Fideikommisses kann durch schriftlichen Vertrag oder durch einseitige Erklärung des Stifters unter Lebenden oder von Todes wegen — letzteres in Form der letztwilligen Verfügungen des BGB. — erfolgen, bedarf aber der Verlautbarung und Bestätigung durch das Fideikommißgericht (§§ 62, 28, 29 II 4), d. h. heute durch das Oberlandesgericht als Gericht der freiw. Gerichtsbarkeit. (§ 49 Z. 1 Preuß. Ausf.-Ges. zum BGB., § 25 Nr. 4 B. vom 2. Januar 1849 und Ges. vom 5. März 1855 §§ 1, 3).

Die Verlautbarung erfolgt bei Lebzeiten des Stifters durch diesen, nach seinem Tode durch „den Vorsteher der zum Genusse berufenen Familie“ (§§ 62, 30 II 4).

Mit der Verlautbarung und Beſtätigung als integrierendem Beſtandteil des Verlautbarungsaktes tritt das Familienkommiß in Kraft (Ob. Trib. 51 S. 268).

Bei Grundſtücksfideikommiſſen mit einem Reinertrag von über 10 000 Talern bedarf es der Beſtätigung des Königs (§ 56 II 4).

Das Oberlandesgericht hat die Eintragung der Fideikommiß-eigenschaft im Grundbuch zu veranlaſſen — (Art. 16 Ausf.-Gef. zur G. B. D.) und die Aufnahme eines vollſtändigen beglaubigten Verzeichniſſes der Fideikommißgegenſtände zu veranlaſſen (§ 71 II 4).

c) Der jedesmalige Grundſtücks-Fideikommißbeſitzer zieht die Nutzungen des Fideikommiſſes (§ 72 II 4), iſt Beſitzer derſelben und nach heutiger Auffaſſung auch — allerdings in der Verfügungsmacht beſchränkter — Eigentümer. Prozeſſe über die Subſtanz kann er führen, muß aber nach §§ 117, 118 II 4 „im Fortgang des Prozeſſes die nächſten Anwärter zuziehen oder Vollmacht von ſelbigen beibringen“. Die Entſcheidung in einem ſolchen Prozeſſe bindet auch die Anwärter und alle künftigen Fideikommißbeſitzer (§ 119 II 4).

Bei Geldfideikommiſſen ſteht dem F.-Beſitzer nur der Zinsgenuß zu. Eine Abtretung oder ſonſtige Verfügung über das Kapital iſt unzuläſſig. Wird die Sicherheit des Kapitals gefährdet, ſo muß er mit Zuziehung der nächſten Anwärter für die Einziehung und anderweitige Anlage ſorgen, wobei das F.-Gericht die Aufſicht führt (§§ 126—133 II 4).

d) Zu Rechtsgeschäften über die Subſtanz des F. F. ſowie zur Aufhebung, Abänderung oder Ergänzung der Stiftungsurkunde bedarf es grundsätzlich eines Familienschluſſes nach näherer Beſtimmung des Geſetzes über Familienschluſſe bei Familienfideikommiſſen zc. vom 15. Februar 1840 (G. S. 20). Derſelbe bedarf der Beſtätigung durch das Fideikommiß-Gericht.

In gewiſſen Fällen bedarf es keinen Familienschluſſes, ſondern nur der Zuziehung zweier Anwärter, z. B. beim Umtauche einzelner Gutsparzellen gegen andere Grundſtücke in der nämlichen oder unmittelbar dem F.-Gut angrenzenden Feldmark, bei Ausleihung und Einziehung von Fideik.-Kapitalien zc. (§ 15 des Gef. von 1840).

e) Eine Veräußerung des Fideikommiſſes iſt — abgesehen von den zu d) erwähnten Fällen des § 15 des Gef. von 1840 — nur auf Grund eines beſtätigten Familienschluſſes und auf Grund eines Unſchädlichkeitsattteſtes der Auseinanderſetzungsbehörde (RG. 28 S. 338) zuläſſig. Ferner kann es bei Enteignung, Gemeinheitsteilungen, Regulierungen und Ablösungen zur Veräußerung kommen, jedoch fällt der Erlös hierbei in das Fideikommiß.

Auch gutgläubiger Erwerb des Fideikommiſſes oder von Zubehörſtücken iſt möglich, da nach Art. 61 des E. G. zum BGB. i. B.

mit Art. 59 die Vorschriften des BGB. zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden. Sog. Tabularerfzigung und gewöhnliche Erfzigung bei Zubehör ist möglich.

Jeder zur Nachfolge gelangende Anwärter kann unzulässig veräußerte Fideikommißgegenstände zurückverlangen (§ 79 II 4: „Die Handlung anfechten und auf Verzekung der Sache in den vorigen Stand antragen“). Schon vor dem Anfall kann ein Anwärter bei Gefährdung des Fideikommißvermögens, z. B. bei Pfändungen, das Obereigentum der Familie geltend machen (RG. 39 S. 389).

f) Das Fideikommiß haftet für Schulden des Stiflers, die aus seinem übrigen Vermögen nicht bezahlt werden können sowie für solche Schulden, mit denen er das Fideikommiß belastet hat. Die Einkünfte des Fideikommisses haften hierfür nicht (§§ 104, 105 II 4). Auch durch Familienschluß kann die Substanz belastet werden, selbst dann, wenn der Stifter dies verboten hatte, da dies ein minus gegenüber der zulässigen Veräußerung ist. Schließlich kann der Stifter dem jeweiligen Fideikommißbesitzer das Recht einräumen, das Fideikommiß zu belasten.

g) Revenüenfideikommißhypotheken belasten das Fideikommiß und werden wie Substanzschulden (f) begründet. Für die Aufnahme notwendiger Darlehn und deren hypothekarischer Sicherstellung gibt das ALR. in §§ 80 ff. II 4 und §§ 16 ff. des Gef. vom 15. Febr. 1840 erleichternde Vorschriften.

Revenüenhypotheken kann der Fideikommißbesitzer selbst bestellen; sie belasten nur die Einkünfte.

h) Die Nachfolge in das Fideikommiß erfolgt auf Grund des Willens des Stiflers und ist keine Vererbung, sondern der Anfall eines Sondervermögens. Bei Verzicht eines Anwärters auf das Recht der Nachfolge tritt der nächste Anwärter — event. sein Sohn — an seine Stelle. Maßgebend ist der Zeitpunkt des Todes des letzten Besitzers, doch werden diejenigen, welche innerhalb des 302. Tages nach dem Ableben des letzten Besitzers zur Welt kommen, „dafür, daß sie in dem Zeitpunkte der eröffneten Sukzession schon vorhanden gewesen, angesehen“ (§§ 205, 203 II 4). Über die Nachfolgefähigkeit entscheidet die Stiftung. Gewöhnlich beschränkt sich die Nachfolge auf Männer; in diesem Falle wird das Fideikommiß nach Erlöschen der gesamten männlichen Deszendenz des Stiflers in den Händen des letzten männlichen Deszendenten dessen freies Vermögen (§ 189 II 4). Beim Fehlen einer bestimmten Sukzessionsordnung tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Unzulässig sind bei Landfideikommissen Seniorate (§ 140 II 4), d. h. Sukzessionsbestimmungen, bei denen der Älteste einer Familie ohne Rücksicht

auf Linie und Grad der Verwandtschaft zur Nachfolge gelangt. Beim Majorat gelangt der nächste aus der Familie, dem Grade nach, zur Sukzession, unter mehreren gleich nahen der ältere (§ 145 II 4).

Beim Minorat entscheidet die Gradesnähe derart, daß unter mehreren gleich nahen der jüngere den älteren ausschließt (§ 146 II 4). Primogenituren sind solche Fideikommisse, bei denen die Sukzession nach Linien mit dem Rechte der Erstgeburt angeordnet ist (§ 147 II 4). Hat jemand zwei oder mehrere Fideikommisse, eins für die erstgeborene, und die andern zum Besten der nachgeborenen Linien errichtet (Sekundogenituren), so gelangen die Deszendenten des Stifters aus der ersten Linie in dem zweiten Fideikommiß niemals zur Sukzession, solange noch ein anderer von dem Stifter entsprossener Mannesstamm vorhanden ist (§ 166 II 4). Stirbt die zweite männliche Linie aus oder gelangt sie durch Erlöschen der älteren zur Sukzession im ersten Fideikommiß, so verfällt das zweite an die von dem dritten Sohn des Stifters abstammende Linie (§ 167 II 4).

§ 14.

Sachen.

I. Das BGB. unterscheidet unter dem Oberbegriff „**Gegenstände**“ **körperliche Sachen und Rechte**. Es gibt aber noch andere Rechtsgüter, die unter keinen beider Begriffe fallen, z. B. die Rundschaft eines Handelsgeschäfts (RG. 63 S. 60) oder Droschkennummern. Aber letztere vgl. RG. in Rspr. der DLG. 26 S. 65:

„Eine Droschkennummer ist an sich nur eine Kontrollmaßregel und gibt dem Fuhrherrn weder einen privat- noch öffentlich-rechtlichen Anspruch auf dauernde Belassung gerade dieser Nummer gegen die Polizeibehörde. Aber deren ständige tatsächliche Übung hat hinsichtlich der Nummern ein tatsächliches Verhältnis geschaffen, welches dem Eigentümer eines mit einer Nummer versehenen Wagens eine wirtschaftlich verwertbare Macht gibt, die wie ein Vermögenstreit wirkt, und Gegenstand von Rechtsgeschäften, besonders auch eines Kaufs sein kann (RG. 13 U. 2827.10). Dieses tatsächliche Verhältnis ist aber keine „Sache“ i. S. des § 932 und kommt nach dem Inhalt der polizeilichen Übung nur dem Eigentümer einer nummerierten Droschke zu. Darum ist auch nur er in der Lage, ein zum Ziele der Übertragung der Nummer führendes Rechtsgeschäft abzuschließen.“

Auf derartige Rechtsgüter sind die Vorschriften z. B. des Kaufs entsprechend anzuwenden, soweit das einzelne Gut eine solche analoge Anwendung gestattet (RG. 63 S. 60). Bloße „Gedanken“ sind keine Rechtsgüter (RG. bei Gruchot 58 S. 655/6). Keine „Sache“ ist auch der Körper des Menschen. Dagegen sind künstliche Gliedmaßen an sich Sachen, doch der Verkehrsfähigkeit entzogen, solange

sie dem Gebrauch des Menschen dienen. Der Leichnam dagegen wird als Sache aufgefaßt. Vgl. hierüber § 15 I.

Die „elektrische Kraft“ ist an sich keine „Sache“ im Sinne des Gesetzes, weil sie kein körperlicher Gegenstand ist. Gleichwohl ist der elektrische Strom ein Erzeugnis, das für den Güteraustausch geeignet ist, im Verkehr durchaus als Ware behandelt wird und den Gegenstand zahlloser Lieferungsverträge bildet (vgl. RG. 67 S. 232, 86 S. 13). Auch hier werden die Vorschriften des Kaufs entsprechend angewendet.¹⁾

II. Unter einer Sacheinheit versteht man einen Komplex von Einzelgegenständen, der rechtlich als Sacheinheit ausserari iure, z. B. ein Sand- oder Kbniennamen. Unter Sachgesamtheit (universitas facti) wird eine Reihe von Gegenständen wirtschaftlich zu einer Einheit zusammengefaßt, z. B. ein Paar Schuhe, ein Anbau, ein aus mehreren Bänden bestehendes Werk, ein Warenlager, das eingebrachte Gut, das Inventar eines Grundstücks. Das BWB erwägt die Sachgesamtheit an verschiedenen Stellen, z. B. in den §§ 92, 587, 1035, 1048.

III. Unter einer loen. universitas iuris (Rechtseinheit) wird ein Anbegriff von Gegenständen, also Sachen und Rechte, zu einer Einheit zusammengefaßt. Hierzu gehören die Erbschaft, das gesamte Vermögen oder ein Obvermögen. In gewissen Beziehungen wird hier ein Komplex von Sachen rechtlich als Einheit behandelt. Zu beachten ist, daß ein allgemeines Surrogationsprinzip fehlt und nur in gewissen Fällen ausdrücklich erwähnt ist, z. B. in den §§ 718 Abs. 2, 2019, 2041, 2111, 2374; 1370, 1381/2, 1440 Abs. 2 u.

¹⁾ Zweifelhaft ist, ob ein Vertrag mit einem Elektrizitätswerk auf Lieferung elektrischer Energie für Licht-, Kraft- und sonstige Zwecke gemäß Tarifstelle 71 Nr. 2 des preuß. Stempelsteuergesetzes vom 30. Juni 1909 als „Vertrag über sonstige vermögensrechtliche Gegenstände, wenn keine andere Tarifstelle zur Anwendung kommt“, mit 3 Mark zu verkempeln ist oder ob ein solcher Vertrag gemäß Tarifstelle 32 Abs. 10 Nr. 3 des Gesetzes stempelfrei ist. Letztere besagt: „Befreit sind Kauf- und Lieferungsverträge über Mengen von Sachen oder Waren, sofern dieselben entweder zum unmittelbaren Verbrauch in einem Gewerbe oder zur Wiederveräußerung in derselben Beschaffenheit oder nach vorgängiger Bearbeitung oder Verarbeitung dienen sollen oder im Deutschen Reiche in dem Betrieb eines der Vertragsschließenden erzeugt oder hergestellt sind.“ Das RG. hat im 86. Band S. 12 ff. die Anwendbarkeit der Tarifstelle 32 Abs. 10 Nr. 3 und damit die Stempelfreiheit angenommen. Das Reichsgericht weist darauf hin, daß sich ein neues Stempelgesetz, soweit es sich mit privatrechtlichen Begriffen befaßt, in der Regel auf den Boden des gerade geltenden bürgerlichen Rechtes stellen werde, daß es aber nicht ausgeschlossen sei, daß bei einer einzelnen Bestimmung ein solcher Begriff einmal in einem anderen Sinne gebraucht wurde. Es führt dann aus: „Im vorliegenden Falle würde, wenn der Gesetzgeber in Abs. 10 Nr. 3 den Sachbegriff des bürgerlichen Gesetzbuchs im Auge gehabt hätte, eine große Anzahl von Rechtsgeschäften, die nach bisherigem Rechte stempelfrei gewesen waren, dieses Privilegs nunmehr verlustig gegangen sein. Ein hierauf gerichteter Wille ist aber bei Beratung der Stempelnovelle von 1909 niemals hervorgetreten, und es kann deshalb nur angenommen werden, daß man es verabsäumt hat, die Befreiungsvorschrift, die sachlich eine Änderung, namentlich eine Einschränkung nicht erleiden sollte, dem inzwischen in Kraft getretenen bürgerlichen Gesetzbuche anzuweisen. — Besagen hiernach die Worte Sachen oder Waren in Absatz 10 Nr. 3 nichts anderes, als was in Abs. 1 c durch den Ausdruck „Gegenstände aller Art“ bezeichnet worden ist, so muß die Befreiungsvorschrift wie nach früherem Rechte auch bei Verträgen über Lieferung elektrischer Kraft anwendbar sein. Daß man auch bei elektrischer Kraft von einer Menge (Menge von Sachen oder Waren) sprechen kann, ist bereits im Urteile vom 5. Februar 1904 (RG. 56 S. 410) dargelegt.“

Als Sondervermögen kennt das Recht das der Gesellschaft, das „eingebrachte Gut“ der Frau, das Vorbehalts- und Gesamtgut, das Kindesvermögen, Schiffsvermögen des Reeders, das Fideikommiß und die Konkursmasse.

IV. Eine Reihe von Sachen sind verkehrsunfähig oder nur beschränkt verkehrsfähig. Meer und Luft sind verkehrsunfähig. Das Wasser der Binnenflüsse unterliegt dem Eigentum und zwar stehen nach dem neuen preußischen Wassergesetz vom 7. April 1913 die Wasserläufe 1. Ordnung grundsätzlich im Eigentum des Staates, die der 2. und 3. Ordnung grundsätzlich in dem der Anlieger. Das Eigentum an den Wasserläufen wird als Privateigentum behandelt, das in Preußen bisher nur an Privatflüssen anerkannt wurde, und erstreckt sich auf den Fluß in seiner Gesamtheit, erfährt also auch die über dem Flußbett sich fortbewegende Wasserwelle.¹⁾ Flüssige Luft und Gas sind verkehrsfähig, ebenso Wasser in Wasserleitungen. In letzter Beziehung sind die Rechtsverhältnisse zwischen Produzent und Konsument zweifelhaft und von besonderer Bedeutung für den Konkurs und das Strafrecht. Das OLG. Braunschweig führt in Rspr. der OLG. 27 S. 243/4 über die Gas- und Wasserlieferungsverträge mit städtischen Gas- und Wasserwerken folgendes aus:

„Den Abschluß dieser Geschäfte hat man so zu konstruieren gesucht, daß die Stadt zunächst einen Vorvertrag über die Zuführung jener Stoffe schließt; und daß später jedesmal durch Entnahme von Gas (Wasser) ein besonderer Kaufvertrag über die entnommene Menge zustande komme (D. J. Z. 03 S. 149). Ein solcher Vorvertrag hat zwar dann praktische Bedeutung, wenn die Auswahl bestimmter Waren, wie z. B. frischer Blumen (RG. im sächs. Archiv 12 S. 246) erst im Einzelfalle erfolgen kann. Bei der Lieferung von genau feststehenden vertretbaren Sachen wie Gas (Wasser) fehlt aber ein Bedürfnis nach einem Vorvertrage. Vor allem steht jedoch im Wege, daß hier die Entnahme einseitig durch den Abnehmer erfolgt, folglich keinen Vertragschluß darstellen kann. — Eher könnte man den rechtlichen Vorgang so auffassen, daß die Stadt ein dauernd bindendes Angebot mache, Gas zu bestimmten Preisen zu liefern, und daß die Abnehmer durch Entnahme jedesmal von dem Angebote Gebrauch machen (RG. im Recht 08 Nr. 2918, 1909 Nr. 234). Die Stadt, die die Leitungsröhren nach den Grundstücken der Abnehmer beschafft und unterhält, will sich jedoch nicht mit der bloßen Aussicht auf Geschäftsabschlüsse begnügen, sondern die Abnehmer von vornherein verpflichten. Es ist ferner unnatürlich, die sich unter Umständen auf eine lange Zeit ausdehnende Entnahme von Gas als eine Willenserklärung aufzufassen. Es entspricht auch nicht dem mutmaßlichen Willen der Parteien und es ist praktisch nicht durchführbar, eine Menge einzelner Kaufverträge anzunehmen, welche in bezug auf Preis, Mängelrüge zc. gesondert zu behandeln wären. Danach bleibt nur die Annahme übrig, daß von vornherein ein fester Kauf abgeschlossen werde, und daß sich die Ent-

¹⁾ Vgl. Risler, Das neue preußische Wassergesetz, Sonderabdruck aus der „Wochenschrift des Architekten-Vereins zu Berlin“, 9. Jahrgang 1914 Nr. 16 S. 2.

nahme nur als Erfüllungshandlung darstelle (Müller im Verm.-Bl. 07 S. 879). Diese Auffassung ist rechtmäßig möglich, wenn der Kaufgegenstand durch die Bezugnahme auf den Bedarf des Abnehmers hinreichend bestimmt ist (RG in J. W. 07 S. 1035) und führt zu praktisch brauchbaren Ergebnissen."

Vgl. ferner RG. in Straßachen 14 S. 123:

„Wenngleich freifliehendes Wasser in der Regel als *res communis omnium* gilt, so kann es doch durch Schöpfen, Herausheben, Ableiten zc. ein Gegenstand der Okkupation sein. Man wird also davon auszugehen haben, daß das in den Reservoirs und Röhren der städtischen Wasserleitung befindliche Wasser Eigentum der Stadtgemeinde war, selbst wenn eine Verarbeitung des natürlichen Wassers zu Trinkwasser nicht anzunehmen wäre. Das Wasserleitungswasser bleibt demnach regelrecht solange im Gewahrsam der Stadtgemeinde, bis es uns den zum Einachverbrauche bestimmten Vorkehrungen in den Gewahrsam derjenigen gelangt, welchen die Stadtgemeinde ein Recht Wasser aus der Leitungsröhre zu entnehmen, zugestanden hat.

Ist ein Wassermesser angebracht, so wird man aus diesem Umstande schließen können, daß nach dem Willen der Unternehmern die Unternehmung des Wassers ~~bestimmt~~ im Inhalt des von Wassermeister passiert hat.

V. Öffentliche Sachen.

a) Was zunächst die *res sanctae, sacrae, religiosae* des römischen Rechtes betrifft, so wird heute allgemein ein Privateigentum an diesen Gegenständen angenommen. In den Rechtsverkehr mit Privatpersonen treten diese Gegenstände nur insoweit, als die genannten Gegenstände nicht dadurch ihrer Zweckbestimmung entfremdet werden. Letzteres ist insbesondere nicht der Fall bei Einräumung von Kirchenstühlen.

Gibt es ein Recht auf bestimmte Kirchenstühle und Kirchenstühle, insbesondere auch in der katholischen Kirche? Das RG. hat im 7. Bande der Entsch. S. 137/8 die Frage mit folgenden Gründen bejaht:

„Nach heutigem Rechte sind die dem Gottesdienste geweihten Sachen dem Verkehr nicht entzogen. Sowohl die Kirchengebäude selbst als die einzelnen für den Gottesdienst bestimmten Gegenstände können im Privateigentum stehen. Folgerichtig ist auch die Möglichkeit an dinglichen oder persönlichen Gebrauchsrechten an letztgenannten Gegenständen, zu welchem unter anderen die Kirchenstühle und Kirchenstühle gehören, nicht ausgeschlossen. Diese Gebrauchsrechte sind nicht bloß als Ausfluß der allgemeinen Benutzung und damit als öffentlich-rechtliche Befugnisse denkbar, welche im Streitfalle der Entscheidung durch die Verwaltungsbehörden unterliegen; sie können ebensowohl auf privatrechtlichen Erwerbstiteln beruhen und verschaffen in diesem Fall dem einzelnen Kirchengliede einen privatrechtlichen Anspruch auf die Benutzung eines bestimmten Kirchenstuhles und Kirchenstuhles.

In fast völliger Übereinstimmung hat denn auch die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis in dem sogenannten Kirchenstuhlrechte ein je nach seinem Erwerbstitel verschiedenes gestaltetes Privatrecht anerkannt, welches zwar den Einschränkungen unterliegt, die aus der Bestimmung des Gegenstandes zum

Gottesdienste sich ergeben, und durch die kirchliche Ordnung bedingt sind, das aber im übrigen gerichtlichen Schutze auf dem Wege petitorischer und possessorischer Rechtsmittel beanspruchen kann.

Nun ist zwar den Revisionsklägern zuzugeben, daß die eben erwähnte Doktrin und Praxis überwiegend aus evangelischen deutschen Gebieten stammt und hauptsächlich dort ausgebildet worden ist. Dies mag sich daraus erklären, daß in katholischen Kirchen auf den Besitz eigener Kirchenstühle tatsächlich weniger Gewicht gelegt wird; unbekannt sind eigene, von anderen abgetrennte Kirchenstühle auch in katholischen Kirchen keineswegs. Abgesehen von dem Ehrensitze, welcher schon durch das kanonische Recht dem Patrone der Kirche eingeräumt ist, bezeugt Müller (Lexikon des katholischen Kirchenrechtes Bd. 3 S. 443), daß der Gebrauch gewisser Kirchenstühle nach besonderen Rechtstiteln einer bestimmten Familie zustehen können und daß Streitigkeiten, welche bezüglich solcher Stühle entstehen, vor die weltlichen Gerichte gehören. Auch Schulte (Lehrbuch des katholischen Kirchenrechtes, 2. Aufl. S. 556) räumt ein, daß in katholischen Kirchen oft das Recht auf einen bestimmten Sitz, sogen. Kirchenstuhlrecht, bestehe, teils als ein persönliches durch Vertrag erworbenes, teils als ein der Familie zustehendes. Damit ist die Privatnatur eines privatrechtlichen Charakters dieses Rechtes gleichzeitig angedeutet. Wenn aber Schulte a. a. O. beifügt, keineswegs könne dem Pfarrer und dem Bischofe das Recht bestritten werden, dergleichen gesperrte Sitze zu entfernen und es lasse sich dieserhalb nicht der Rechtsweg, sondern nur eine Beschwerde ergreifen, so ist dies ein Satz, für welchen Schulte jegliche Begründung aus allgemeinen oder aus den besonderen Grundsätzen des katholischen Kirchenrechtes schuldig bleibt. Nur soviel ist richtig, daß bezüglich der Kirchenstühle und ihres Gebrauchs, da sie dem Gottesdienste dienen sollen, gewisse kirchenpolizeiliche Befugnisse der Kirchenbehörden naturgemäß nicht ausgeschlossen sind und daß, soweit sich der Einzelne durch Ausübung solcher Befugnisse verletzt erachtet, die Betretung des Zivilrechtsweges nicht offen steht. Selbstredend kann aber dadurch die Existenz privatrechtlich geschützter und deshalb zivilrechtlich verfolgbarer Ansprüche auf die Kirchenstühle nicht verneint sein.

Ist hiernach die Möglichkeit eines privatrechtlichen Charakters des sogenannten Kirchenstuhlrechtes auch für katholische Kirchen gegeben, so muß der Rechtsweg für den von dem Kläger erhobenen Anspruch zugelassen werden. Denn letztere behaupten, daß ihnen ein durch Verjährung erworbenes Privatrecht auf den streitigen Kirchenstuhl zustehen, und die verjährte Kirchenparochie hat dieses Recht als solches bestritten, also nicht etwa nur aus kirchenpolizeilichen Gründen dessen Ausübung verweigert.⁸

Das Kirchenstuhlrecht geht durch Untergang der Kirche nicht unter, wenn im vorhergehenden Urtheile der vishertigen Kirche eine neue gebaut wird. Jedemfalls gilt dies nur das ständige Realrecht, das dem jeweiligen Grundstücksbesitzer eingeräumt ist. Es gibt jedoch keine Kirche auf Grund einer neuen Kirche im Neubau der Kirche, weil die Verteilung der Sitze in der neuen Kirche eine der Anordnung der Kirchenparochien entsprechende unterliegende Angelegenheit ist, vielmehr nur einen Anspruch auf Schadenersatz, da auf Realübertragung des Rechtes nicht erkannt werden kann. (AG. 10 S. 109—163 und AG. 24 S. 174—176).

Vgl. insbes. RG. 24 S. 175/76:

„Sowohl nach evangelischem wie nach katholischem Kirchenrechte kann das Recht auf Benützung bestimmter Kirchensitze von der Kirchengemeinde dem Besitzer eines Grundstücks als Realrecht verliehen werden, und unwordenkliche Ausübung dieses Rechtes durch die wechselnden Besitzer eines Grundstücks begründet die Vermutung rechtmäßiger Erwerbung des Rechtes als Realrechtes. Der Inhalt dieses Rechtes ist aber nicht ein jus in re aliena an der einzelnen Kirchstuhlvorrichtung oder an dem Kirchengebäude selbst, sondern das Recht, von der Kirchengemeinde die dauernde Überlassung bestimmter Kirchensitze zum ausschließlichen Gebrauche bei der Teilnahme am Gottesdienste der Gemeinde zu fordern. Es ist nicht das Grundstück, sondern die Kirchengemeinde selbst belastet; die Gemeinde wird durch das Realrecht gehindert, über die von demselben besetzten Kirchenstühle anderweitig zu verfügen, und zugleich verpflichtet, dem Realberechtigten die Nutzung zu gewähren. Auf diesen Anspruch des Berechtigten können die Grundsätze des römischen Rechtes über den ususfructus, speziell die Vorschriften über den Untergang eines an einem Gebäude legierten ususfructus durch die Zerstörung des Gebäudes, keine Anwendung finden. Das Realrecht ist an keine Zeitgrenze gebunden; es gewährt dem jedesmaligen Inhaber des Grundstücks die Befugnis, die Überlassung eines bestimmten Kirchensitzes zum ausschließlichen Gebrauche bei der Teilnahme am Gottesdienste der Gemeinde zu fordern, und wenn der Berechtigte sich auch eine durch Umbau oder durch den Neubau des Kirchengebäudes veranlaßte Unterbrechung seines Nutzungsrechtes gefallen zu lassen hat, so ist er doch nach Beseitigung des Hindernisses zu dem Verlangen berechtigt, daß ihm gewährt werde, worauf er nach seinem Realrechte Anspruch hat. Das Recht des Klägers ist daher auch durch die Zerstörung des früheren Kirchengebäudes keineswegs erloschen. Auch hat der Beklagte nicht dargelegt, ja nicht einmal darzulegen versucht, daß es unmöglich sei, dem Kläger in der neuen Kirche eine gleiche Anzahl entsprechender Sitze einzuräumen. Seine Weigerung ist daher ohne Grund und berechtigt den Kläger, welcher auf Erfüllung seines Anspruchs nicht klagen kann, zur Forderung einer Entschädigung. Der erhobene Entschädigungsanspruch muß daher dem Grunde nach anerkannt werden; dagegen versteht es sich von selbst, daß der Beklagte sich der Entschädigungsforderung durch Einräumung einer gleichen Anzahl von Sitzen gleicher Beschaffenheit entziehen kann.“

b) ~~Auch die Friedhöfe sind öffentliche Sachen, weil sie der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sind, und stehen im Eigentum der politischen Gemeinde oder der Kirchengemeinde.¹⁾ Bei den politischen Friedhöfen hat in Preußen nach § 130 II 11 ABR jedes Gemeindeglied ohne Unterschied der Religion auf ein Begräbnis daselbst Anspruch, aber nur auf ein sogen. Reihengrab. Über das Recht zur Benützung eines solchen Grabes entscheidet nach § 34 Ziff. 1 des preuß. Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 der Gemeindevorstand. Wegen dessen Beschluß ist nach § 34 Abj. 2~~

¹⁾ Vgl. Bälcher, die Rechtsverhältnisse an Friedhöfen, Krematorien und Urnenhallen in Preußen. (Dissert. Greifswald). 1914.

die Klage im Verwaltungsverfahren zulässig. Was Selbstmörder betrifft, so brauchen sie nach Ortsgebrauch oder sonstigen ausdrücklichen Bestimmungen der Friedhofsordnung — die als lex contractus gilt — „nicht in der Reihe“ beerdigt zu werden, können vielmehr auf einem besonders abgegrenzten Teil des Friedhofs bestattet werden (D. B. 21 S. 124).

Auf den Friedhöfen der Kirchengemeinden haben grundsätzlich nur die Mitglieder derselben ein Bestattungsrecht. Jedoch bestimmt § 189 II 11 U. R., daß die im Staat ausgenommenen Kirchengesellschaften der verschiedenen Religionsparteien einander wechselweise in Ermangelung eigener Kirchhöfe das Begräbnis nicht versagen dürfen. Das Reichsgericht gibt dem Mitgliede einer Kirchengemeinde gegen letztere ein im ordentlichen Rechtswege verfügbares Recht auf Bestattung „der Reihe nach.“ Aktiv legitimiert hierzu ist das Familienhaupt bezw. die Erben, denen die Bestattung obliegt (R. G. 12 S. 288):

„Nach § 183 II 11 U. R. stehen die zu den einzelnen Kirchen gehörigen Kirchhöfe und Begräbnisplätze der Regel nach . . . im Eigentume der betreffenden Kirchengesellschaften und bilden alsdann einen Teil des Kirchenvermögens (§ 160 a. a. D.). Unter den Kirchengesellschaften, als juristischen Personen und Subjekten des Kirchenvermögens, versteht aber das U. R. anerkanntermaßen die lokalen, korporativ organisierten Kirchengemeinden, nicht die Gesamtkirche der betreffenden Konfession. Jene bestehen aus geistlichen und weltlichen Mitgliedern (§ 58 a. a. D.), und die letzteren haben das Recht, sich der Anstalten der Gesellschaft zu ihren Religionshandlungen nach Maßgabe der bei dieser Gesellschaft eingeführten Ordnungen und Verfassungen zu bedienen, wogegen sie auch nach eben diesen Verfassungen zur Unterhaltung der Anstalten beizutragen haben (§§ 108–110 a. a. D.). Dementsprechend bestimmt denn auch § 761 a. a. D., daß die Unterhaltung der Begräbnisplätze, als gemeine Last, allen obliegt, „die an dem Kirchhof teilzunehmen berechtigt sind (§§ 183 ff.).“ Hieraus ergibt sich, daß jeder Eingepfarrte, als Mitglied der Kirchengesellschaft, ein Recht auf die bestimmungsmäßige Benutzung des derselben gehörigen Kirchhofes für sich und seine, der nämlichen Parochie angehörenden Familienglieder hat, wie er andererseits zu den Unterhaltungskosten beizutragen verbunden ist, und demgemäß stellt denn auch der § 453 a. a. D., allerdings zunächst zum Zwecke der Regelung des Anspruchs auf die Stollgebühren, aber doch immerhin in ersichtlicher Anerkennung des korrespondierenden Rechtes, den Grundsatz auf, daß jeder Eingepfarrte der Regel nach in seiner Parochie begraben werden müsse. Das hiernach aus der Gemeindegliedschaft entspringende Teilnahmerecht ist . . . wesentlich verschieden von dem etwa auf § 189 II 11 U. R. gegründeten Anspruche eines außerhalb der Gemeinde Stehenden auf Gewährung eines Begräbnisses; es gehört nach der für alle Korporationen aufgestellten Regel des § 72 a. a. D. II 6 in Verbindung mit § 4 a. a. D. I 17 zu den besonderen Rechten der einzelnen Mitglieder und stellt sich auch seinem Gegenstande wie seinem Inhalte nach als eine private Berechtigung dar, insofern es nicht der Ordnung des Gemeinwesens dient, sondern — wenigstens in erster Reihe — dem einzelnen zur Befriedigung eines individuellen Bedürfnisses gewährt ist. . . .

Zu einem wesentlichen Teile wird dies Recht sogar in den meisten Fällen als ein vermögensrechtliches zu qualifizieren sein, da derjenige, welchem die Sorge für die Bestattung des Verstorbenen und die Bestreitung der dadurch erwachsenden Kosten obliegt, an der Gewährung der ihm gebührenden Grabstätte auch ein beachtungswertes pekuniäres Interesse zu haben pflegt und in dieser Gewährung zugleich das Äquivalent für seinen Beitrag zu den Unterhaltungskosten des gemeinsamen Begräbnisplatzes empfängt. Indes kommt es hierauf nicht entscheidend an, da auch andere als Vermögensinteressen, sofern sie überhaupt rechtliche Anerkennung gefunden haben und dem Bereiche des Privatrechtes angehören, den Schutz der ordentlichen Gerichte genießen.

Der demzufolge, in Anwendung des an die Spitze gestellten Grundsatzes,¹⁾ gebotenen Anerkennung des streitigen Rechtes als eines im Wege des Zivilprozesses verfolgbaren, steht auch nicht entgegen, daß der Gegenstand desselben in gewisser Hinsicht — keineswegs absolut — dem bürgerlichen Verkehr entzogen ist. Denn so wenig diese Eigenschaft der Kirchhöfe das Vorkommen privaten Eigentums (sei es der Kirchen- oder politischen Gemeinden oder einzelner) an denselben ausschließt, ebensowenig hindert dieselbe das Bestehen solcher Nutzungsrechte an ihnen, welche ihrer Bestimmung nicht zuwiderlaufen, und dies gilt sicherlich von dem in Frage stehenden Beerdigungsrechte. So ist denn auch der Erwerb von persönlichen, Erb- und Familienbegräbnisstätten in verbreiteter und rechtlich geschützter Übung; und man wird kaum anstehen, auch den auf §§ 685, 591 A.L.R. II 11 gestützten Ansprüchen auf unentgeltliche Anweisung von Begräbnisplätzen die Natur der klagbaren Ansprüche beizulegen.

Wenn gleichwohl der Berufungsrichter dem Auspruche des Klägers diese Anerkennung verweigert hat, so beruht dies in erster Reihe auf der Annahme, daß die Mitglieder einer öffentlich-rechtlichen Korporation (welches die Beklagte zweifellos ist) gegen dieselbe klagbare Ansprüche auf Teilnahme an dem Korporationsvermögen aus ihrer Mitgliedschaft allein nicht herleiten könnten, hierzu vielmehr noch eines weiteren (speziellen) Erwerbstitels bedürften. — Allein ein allgemeiner Grundsatz dieses Inhalts ist dem preussischen Rechte fremd. Aus dem bereits angezogenem § 72 A.L.R. II 16 geht im Gegentheil hervor, daß das Unrecht jedes Korporationsmitgliedes an dem der Benützung der Mitglieder unterworfenen Korporationsvermögen zu dessen besonderem Vermögen gehört und demgemäß wie gegen jedermann, so auch gegen die Korporation selbst im Rechtswege geltend gemacht werden kann, und es ist nicht zweifelhaft, daß diese Vorschrift, wie alle einschlägigen Bestimmungen des gedachten Titels, grundsätzlich auch auf die Korporationen des öffentlichen Rechtes anzuwenden sind“ (dies wird weiter ausgeführt). (R.G. 12 S. 281—4).

Umgekehrt gibt es auch gegebenen Falles einen Anspruch auf Gestattung der Ausgrabung der Leiche. So R.G. 71 S. 22 (f. d. Gebiet des gemeinen Rechtes):

¹⁾ Daß nach § 1 der Einl. zur A.O. „alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte, welche einen Gegenstand des Privateigentums ausmachen, durch richterlichen Auspruch entschieden werden“, wobei unter den Gegenständen des Privateigentums nicht bloß die Objekte des eigentlichen Eigentums oder der Vermögensrechte überhaupt, sondern alle Gegenstände privater Berechtigung im Gegensatz sowohl zu den Befugnissen des öffentlichen Rechtes, als auch zu denjenigen Betätigungen des Willens zu verstehen sind, welche ihrer Natur nach nicht den Inhalt eines subjektiven Rechtes zu bilden vermögen.

„Im übrigen ist in der Sache selbst . . . davon auszugehen, daß der Art. 133 Einf.-Ges. zum BGB., wonach unberührt geblieben sind die landesgesetzlichen Vorschriften über das Recht zur Benugung eines Plazes auf einer öffentlichen Begräbnisstätte, hier maßgebend ist. Denn unbedenklich darf sowohl der israelitische Friedhof in H., obwohl er das Unternehmen eines Privatvereins¹⁾ ist, doch, weil für einen größeren Kreis von Menschen zur Benugung dargeboten, als „öffentliche Begräbnisstätte“ im Sinne des Art. 133 angesehen, als auch das „Recht zur Benugung“ in so weitem Sinne verstanden werden, daß die in Ansehung der Ausgrabung beerdigter Leichen entstehenden Rechtsfragen darunter mitbegriffen sind“

Zuzugeben ist nun, daß abgesehen von dem, was sich nach gemeinem Rechte zugunsten der Klägerin aus ihrem Rechte zur Benugung der fraglichen Grabstätte ergibt, das dingliche Herrschaftsrecht der Beklagten über den ganzen Friedhof zunächst der letzteren zur Seite steht . . . Dieses berechtigt an sich die Beklagte, der Ausgrabung einer dort beerdigten Leiche entgegenzutreten Mit Recht hat aber das Oberlandesgericht angenommen, daß demgegenüber hier doch das besondere Recht der Klägerin in Ansehung der Grabstätte, in der ihr der Chemann beerdigt ist, durchbringen muß. Ob es sich dabei um ein nur persönliches, oder um ein dingliches Recht handelt, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls entspricht es der im deutschen Volke herrschenden sittlichen Auffassung, daß, wenn ganz besonders dringende Gründe für die Ausgrabung und Überführung einer Leiche vorliegen, der Eigentümer des Friedhofes oder der diesen sonst dinglich Beherrschende sein Recht nicht zur Hinderung jenes Vorhabens benutzen darf. Hier hat nun das Berufungsgericht mit Recht solche dringenden Gründe in dem Wunsche der Klägerin, nach ihrem Tode neben ihrem Mann im Grab zu ruhen, in Verbindung mit dem Umstande, daß dieser Wunsch nach Lage der Sache auf andere Weise nicht erfüllt werden könnte, gefunden. Auch gegen die Feststellung, daß dem auch die jüdischen Ritualgesetze nicht entgegenstehen, sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben; so daß es unentschieden bleiben kann, ob diese Frage überhaupt von Erheblichkeit sein würde“

Zu bemerken ist, daß die zuständige Behörde — das Bremische Medizinalamt — die Ausgrabung der Leiche gestattet hatte. In RG. 16 S. 152—3 wird ausgeführt, daß — nach gemeinem Recht — beerdigte Leichen ohne Genehmigung der Obrigkeit nicht aus dem Friedhof entfernt werden dürfen und daß es gegen die staatliche Verwaltungsbehörde keine Klage auf Gestattung der Ausgrabung der Leiche gebe. Man wird diese Grundsätze auch für das Gebiet des UR. anwenden können, da dasselbe besondere Vorschriften über diese Frage nicht gibt und lediglich bestimmt, daß in den Kirchen und in bewohnten Gegenden der Städte keine Leichen beerdigt werden sollen (§ 184 II 11 UR.).

Nach RG. in J. W. 44 S. 595/6 haben in Preußen nach §§ 455, 460 II 11 UR. „die Hinterbliebenen“, d. h. nicht die Erben, sondern die nächsten Familienangehörigen die Wahl des

¹⁾ Der Israelitischen Gemeinde in Bremen.

Begräbnisortes und die Befugnis der Bestimmung, ob die Leiche wieder ausgegraben und an einem andern Orte beerdigt werden soll. Diese Bestimmungen gelten noch nach Art. 133 Einf.-Ges. zum BGB. Unter diesen Familienangehörigen kommen zunächst der überlebende Ehegatte und nach diesem die Kinder zur Geltung.

Was speziell die sogen. Erb- oder Familiengrabstätten betrifft, so wird ein Recht auf sie durch einen besonderen Vertrag mit dem Friedhofseigentümer erworben, über dessen Inhalt zunächst die Friedhofsordnung als *lex contractus* entscheidet. Die rechtliche Natur eines solchen Rechtes ist bestritten. Als dingliches Recht kann das Recht am Erbbegräbnis nur durch Abschreibung der betreffenden Grundstücksparzelle, Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes dafür und Eintragung des Rechtes als Nießbrauch oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden. Das wird in der Praxis kaum vorkommen und überwiegend wird das Recht lediglich ein obligatorisches Recht sein. Als solches kann zunächst ~~Ärtere bestatet nicht in Frage kommen, weil ein~~ ~~unlösbar nur auf 50 Jahre neuau. werden kann~~ (§§ 564, 567 BGB.). ~~Näher wird man mit Josef im „Recht“ 1903 S. 92 annehmen können, daß es sich hier um ein im BGB. nicht geregeltes obligatorisches Rechtsverhältnis handelt, welches dem Berechtigten den Besitz — richtiger wohl Mitbesitz mit dem Eigentümer des Friedhofs — an der Begräbnisstätte verleiht.~~ Ein Recht auf die Begräbnisstätte erwirbt der Besteller derselben und seine Erben bezw. die Erben derjenigen, welche nach dem Vertrag in dem Erbbegräbnis bestattet werden sollen. Wenn der Friedhof verlegt oder geschlossen wird, so wird die weitere Benutzung des Erbbegräbnisses durch die Benutzung für die festgesetzte Zeit nur dann ausgeschlossen, wenn aus besonderen polizeilichen, z. B. gesundheitlichen Gründen die weitere Benutzung der Grabstätte untersagt wird. (Vgl. die Rab. Order vom 18. Oktober 1822 und Reskript des Kultusministers vom 28. April 1845). Man wird jedoch — wenn in dem Vertrage hierüber nichts bestimmt ist — in entsprechender Anwendung der Grundsätze für Kirchenstühle beim Neubau einer abgebrannten Kirche dem Berechtigten ein Recht auf Gewährung eines neuen entsprechenden Platzes auf dem neuen Friedhof bezw. ein Recht auf Schadenserlag gewähren.

Was schließlich die Grabsteine und Denkmäler auf Gräbern betrifft, so ~~fallen sie nach §§ 940, 93, 94 BGB. in das Eigentum des Friedhofseigentümers.~~ Ein Recht zur Entfernung besteht bei ~~Entstehung des Friedhofs nur dann, wenn es besonders vereinbart wurde.~~ Üblich ist in solchem Falle die öffentliche Aufforderung zur ~~Abholung der Denkmäler durch die Berechtigten.~~

c) Was die dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen — die sog. *res publicae* — betrifft, so stehen auch sie im Privateigen-

tum des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Verbände und können nur insoweit dem Rechtsverkehr unterliegen, als sie nicht der öffentlichen Zweckbestimmung entfremdet werden, es sei denn, daß eine „Entwidmung“ erfolgt. Ob eine Sache dem öffentlichen Zwecke gewidmet ist, entscheidet sich lediglich nach öffentlichem Recht. Darunter fallen z. B. Straßen, Plätze, Hafenanlagen usw. Auch Gemeindeanstalten gehören hierher.¹⁾ In letzterer Hinsicht gewährt das preuß. Zuständigkeitsgesetz nach § 34 einen Beschwerde- und Klageweg im Verwaltungstretverfahren bei Beschwerden und Einsprüchen betreffend „das Recht zur Mitbenutzung der öffentlichen Gemeindeanstalten, sowie zur Teilnahme an den Nutzungen und Erträgen des Gemeindevermögens.“ Im übrigen ist ein Klagerecht zu verlagen. Auch das RG. 53 S. 384—387 steht auf dem Standpunkt, daß die gemeinrechtlichen Normen über den Schutz des Gemeingebrauches an öffentlichen Plätzen und Wegen seit dem 1. Januar 1900 nicht mehr bestehen. (Vgl. Einf.-Ges. zum BGB. Art. 55!) Was speziell die öffentlichen Straßen betrifft, so ist die Stadt an der privatwirtschaftlichen Ausnutzung derselben nur insoweit gehindert, als dadurch die Zweckbestimmung der Straßen, dem öffentlichen Verkehr zu dienen, dauernd entzogen würde und die Rechte der Straßenanlieger beeinträchtigt werden. Die Vermietung eines Platzes zu Marktzwecken entfremdet die Straße nicht dem Verkehr, auch nicht die widerrufliche Gestattung der Benutzung eines Teiles der Straße zu Restaurationszwecken, in welchem Falle die Stadt meist eine sog. Auerkennungsgebühr verlangt.²⁾ Andererseits muß die Stadt die sogen. Straßenanliegerrechte wahren. Hierüber führt das RG. 70 S. 79 ff. folgendes aus:

„Wenn die fraglichen Straßenanlagen . . . von Seiten der dabei Beteiligten dem öffentlichen Verkehr gewidmet worden sind, dann ist, wenn nichts Besonderes bestimmt wurde (vgl. J. W. 1902 S. 387 Nr. 16), davon auszugehen, daß das Nutzungsrecht der an den Straßen angebauten Häuser die Eigenschaft des in zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts behandelten Anliegerrechts bei öffentlichen Straßen in städtischen und ländlichen Ortschaften haben sollte.“ . . .

(Weiter wird ausgeführt, daß das Anliegerrecht keine Grundgerechtigkeit sei und nicht im Grundbuch eingetragen werden könne, zumal die Verwirklichung eines solchen Rechtes auch bei den alten Anliegerrechten schwerlich ausführbar sei).

¹⁾ Z. B. Schulen, Krankenhäuser, Schlachthäuser. Nur an den Bestand eines öffentlichen Schlachthauses i. S. des § 23 Gew. D. ist reichsrechtlich die ~~Eintragung des Eigentumsmanages~~ geknüpft (vgl. RG. 47 S. 86).

²⁾ Praktische Bedeutung hat diese Gebühr heute nicht mehr. Sie diente vor 1900 vor allem dazu, klarzustellen, daß dem Benutzer des Grundstücksteiles kein dingliches Recht am Grundstück zustehe, schützt also vor allem gegen die Erfindung, was heute ohne Eintragung im Grundbuch — abgesehen vom Falle der Kontratabularerfindung — nicht möglich ist. Vgl. Preuß. Verw.-Blatt 32. Band S. 322.

„Das in den grundlegenden Entscheidungen des Reichsgerichts (RG. 7 S. 213, 10 S. 271, 37 S. 252, 44 S. 282 u. a.) konstruierte Anliegerrecht ist dort zwar als ein servitutisches oder servitutähnliches Recht bezeichnet; es ist aber keineswegs in allen Beziehungen als Grundgerechtigkeit behandelt worden. Der Hauptton wurde auf die privatrechtliche Natur des durch den Umbau an einer öffentlichen Straße entstandenen, dem Vermögensrechte angehörigen Nutzungsrechts an dieser Straße gelegt; diese privatrechtliche Natur aber bleibt bestehen, auch wenn man den zur Begründung herangezogenen Vertrag nicht den privatrechtlichen Vorschriften, sondern ausschließlich den Vorschriften des öffentlichen Rechts unterstellt (§§ 36 ff., 65 ff. WRN. I 8 und Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875). Es unterliegt keinem Zweifel und ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, daß es für die Frage, ob ein klagbarer Anspruch vorliegt, nicht auf den Ursprung des Rechts ankommt. Auch Ansprüche, die im öffentlichen Rechte wurzeln und öffentlich-rechtlichen Vorgängen (Gesetzen, Privilegien, Konzessionen, vertragsähnlichen Genehmigungen und Übereinkommen) ihre Entstehung verdanken, haben privatrechtliche Natur und sind dem Rechtswege zugänglich, wenn sie dem Vermögensrechte angehören, und der Rechtsweg nicht durch besondere Vorschriften ausgeschlossen ist.

Baut sich jemand in Gemäßheit der bestehenden Vorschriften an einer öffentlichen Straße an, so hat er auch den Anspruch auf Schutz in der ihm in Aussicht gestellten Benutzung der Straße, und dieser Anspruch, bei dem erhebliche Vermögenswerte in Frage stehen, ist wesentlich vermögensrechtlicher Natur. Ob man die Vorgänge, die dem Ausbau vorhergehen, als einen Vertrag oder vertragsähnlichen Rechtsakt auffassen will, ist nicht von entscheidender Bedeutung; man kann den Anspruch auf Rechtsschutz und den Anspruch selbst auch unmittelbar aus dem Gesetze ableiten Nimmt man einen vertragsähnlichen Vorgang an, so sind doch dafür nicht die Formen des Privatrechts, sondern die des öffentlichen Rechts, die dem Vorgang seine Bedeutung verleihen, maßgebend. Diese Vorschriften gehören dem Landesrecht an und werden von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berührt; daselbe gilt kraft des Vorbehalts im Art. 113 Einf.-Ges. zum BGB. von dem daraus entsprungenen privatrechtlichen Anspruch. Denn unter der in diesem Artikel erwähnten Regulierung der Wege sind auch die Verhältnisse der Stadt- und Dorfstraßen, insbesondere die aus der Baufluchtregulierung sich regelnden Verhältnisse, zu verstehen (Prot. Bd. 6 S. 743). Eine Eintragungsverpflichtung für diesen landesrechtlichen Anspruch aber besteht nicht.“

Über den Umfang, in welchem eine Stadt zu der privatwirtschaftlichen Ausnutzung der Straße berechtigt ist, führt das RG. 62 S. 87—90 folgendes aus:

(Eine Brauerei hatte mit Erlaubnis der Stadtgemeinde auf dem Bürgerstege vor ihrem Grundstücke ein Zelt errichtet, in welchem im Sommer eine Wirtschaft betrieben wurde. Der Kläger betrieb als Eigentümer eines unmittelbar daneben gelegenen Grundstücks in demselben ein Juweliergeschäft, dessen Schaufenster durch das Zelt dem von einer Seite her kommenden Publikum verdeckt waren; nach der Behauptung des Klägers verkehrte ein großer Teil des Publikums auf dem bei dem Zelte freigebliebenen Streifen des Bürgersteigs wegen der Belästigungen des Wirtschaftsverkehrs nicht,

was einen schlechteren Geschäftsgang zur Folge hatte. Er klagte daher darauf, daß die beklagte Stadtgemeinde verurteilt werde, die Wirtschaftsvorgartenanlage zu untersagen, eventuell die Erlaubnis zur Anlage so zu beschränken, daß eine Beeinträchtigung seines Hauses ausgeschlossen sei. Die Klage blieb erfolglos):

„ . . . Zutreffend verneint der Berufungsrichter die Anwendbarkeit des § 907 BGB. Dagegen hält er die Klage für begründet aus dem Rechtsgrunde des Grunddienstbarkeitsverhältnisses, das — wie er mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts annimmt — nach französischem Rechte durch Umbau an einer öffentlichen städtischen Straße durch einschneidenden Vertrag zwischen dem Anlieger und dem Eigentümer der Straße zustande kommt. Als Inhalt dieser Grunddienstbarkeit nimmt der Berufungsrichter an das Recht des Anlegers darauf, daß er von seinem Hause aus ungehindert und ungehindert auf die Straße gelangen kann, und daß die freie Entwicklung des Verkehrs auf der Straße nicht gehemmt wird, und die Pflicht des Straßeneigentümers, keine Einrichtungen zu treffen oder solchen Einrichtungen die Genehmigung zu verweigern, die das Recht des Anlegers verletzen, ohne durch ein öffentliches Interesse geboten zu sein. Wie aus dem Eingange seiner Begründung hervorgeht, nimmt der Berufungsrichter als Inhalt der Dienstbarkeit auch ein Recht des gewerbetreibenden Anlegers an, daß seine Schaufenster von allen Seiten der Straße aus gesehen werden können. Irgendwelche gesetzliche Bestimmungen, denen die Begrenzung der Rechte und Pflichten des Straßeneigentümers gegenüber den Straßenanliegern entnommen werden könnte, gibt es nicht. Es muß auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Beziehungen und Bedürfnisse zurückgegangen werden, wobei nicht außer acht gelassen werden darf, daß nach dem allgemeinen Grundsatz von der Freiheit des Eigentumes die Auslegung des stillschweigenden Willens sich im wesentlichen im Sinne der Einengung des Grunddienstbarkeitähnlichen Rechts der Anlieger zu bewegen hat. Von diesem Grundsatz ausgehend, hat das Reichsgericht in zahlreichen auf Grund des rheinisch-französischen und des preussischen Rechts gefällten Entscheidungen den Inhalt des Straßenanliegerrechts bestimmt. Danach hat der Anlieger weder ein Recht darauf, daß die freie Entwicklung des Straßenverkehrs nicht gehemmt werde, noch darauf, daß seine Ladenfenster von allen Seiten sichtbar sind, sondern er hat nur darauf ein Recht, daß ihm durch nachträgliche Änderungen der Straße der Zugang zu dieser und der Verkehr mit dem an sie sich anschließenden Straßenneze nicht dauernd wesentlich erschwert wird,
vgl. die Zusammenfassung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung von Voebell in Gruchot's Beitr. Bd. 41 S. 33—41 und die neueren Urteile des Reichsgerichts in den Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 44 S. 282 flg., Bd. 56 S. 101 und in der J. W. 1901 S. 144 Nr. 16,
sowie darauf, daß ihm Luft und Licht durch Bauten vor seinem Grundstücke nicht dauernd entzogen werden.

Vgl. Gruchot's Beitr. Bd. 44 S. 970.

Auf das Fortbestehen weiterer Vorteile, die ihm aus dem Bestehen der Straße erwachsen, hat er keinen Anspruch (Voebell a. a. O. S. 37—39). Die Straßeneigentümerin kann z. B. die Straße unmittelbar neben seinem Hause zur Sackgasse machen, ohne daß er dies hindern oder auch nur Entschädigungsansprüche geltend machen kann,

vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 56 S. 101,

sofern ihm nur der Zugang zur Straße und dem sich anschließenden Straßennetze im übrigen verbleibt. In den meisten zur Entscheidung des Reichsgerichts gekommenen Fällen ruhten die Anlieger sich durch Änderungen beschwert, die zu Straßenzwecken vorgenommen worden waren; es ist aber niemals der Grundsatz aufgestellt worden, daß dem Straßeneigentümer die Ausnutzung der Straße zu anderen, wenn auch rein privatwirtschaftlichen, Zwecken völlig, also auch dann untersagt sei, wenn dadurch den Anliegern die Ausübung ihres Rechts nur unwesentlich erschwert werde. Das konnte auch nicht ausgesprochen werden; denn für den Inhalt des grunddienstbarkeitsähnlichen Rechts ist es ohne Einfluß, zu welchem Zwecke Änderungen an oder auf der Straße vorgenommen werden. Daher kann auch ununtersucht bleiben, ob in Großstädten die Benutzung zur Aufstellung von Erfrischungszelten nicht auch einen Zweck der Straße bildet.

Im vorliegenden Falle ist dem Kläger weder Luft und Licht entzogen, noch ist ein Verkehrshemmnis vor seinem Hause geschaffen. Er kann nach wie vor die Straße und das anliegende Straßennetz vor seinem Hause erreichen und kann auch an dem Nachbarhause, vor dem das Bierzelt errichtet ist, vorbei gehen, da der Bürgersteig zwischen dem Zelte und dem Hause noch in einer Breite von 4,50 Meter dem Verkehr frei bleibt. Der Umstand, daß die Gäste und Kellner zwischen dem Zelte und Hause hin und her gehen, bildet jedenfalls kein wesentliches Erschwerens.

Auch dann kann eine Entschädigung seitens des Straßenanliegers nicht verlangt werden, wenn in einer Straße, in welcher bisher nur ein Straßenbahngeleise bestand, an dessen beiden Seiten anderen Fuhrwerken genügender Raum blieb, zu fahren oder vor den Häusern zu halten, ein zweites Geleise zwischen dem ersten und der Straßenseite, an der das betreffende Haus des Anliegers liegt, dergestalt gelegt und in Betrieb genommen wird, daß Wagen vor dem Hause des Anliegers nur auf dem Geleise halten, dort aber stets den in Zwischenräumen von wenigen Minuten sich folgenden Straßenbahnwagen Platz machen müssen (RG. bei Gruchot Bd. 52 S. 704). Anders liegt die Sache nur dann, wenn durch eine Veränderung der Straße der Anlieger tatsächlich von dem Verkehre mit Wagen vor seinem Hause nach der Stadt abgeschnitten, die Straße für ihn als fahrbarer Weg ausgeschaltet wird. Hier ist der Entschädigungsanspruch gegeben (RG. 56 S. 101).

Voraussetzung des Straßenanliegerrechts nach preussischem Recht ist die Lage des Grundstücks an einer zum Ausbau bestimmten Ortsstraße. Zur Ansiedlungen an Landstraßen besteht ein bloßer Anspruch, der nur als dem Zwecke dienend, daß Häuser an ihnen errichtet werden. So RG. bei Gruchot 58 S. 503/4:

„Mag das Anliegerrecht . . . als ein servitutisches oder servitutähnliches, das durch einen stillschweigenden Vertrag begründet ist, zu beurteilen sein oder mag man den Anspruch der Anlieger darauf, daß ihnen der Zugang zur Straße nicht dauernd wesentlich erschwert werden darf, aus dem Gesetz unmittelbar herleiten, wie dies in der Literatur befürwortet ist (RG. 70 S. 77), immer bleibt bestehen, daß das Grundstück, für dessen Schädigung aus dem Anliegerrecht

Ersatz gefordert wird, anlegen muß an einer Straße, die zur Zeit ihrer Veränderung schon zur Bebauung bestimmt war. Die aus dem Anliegerrecht in Anspruch zu nehmende Gemeinde muß vor der schädigenden Veränderung der Straße ihren Willen, die Straße solle zum Anbau benützt werden, allgemein zu erkennen gegeben haben. Die Verhältnisse müssen so liegen, daß der Bau, den der Anlieger kraft seines Eigentumsrechts und in seinem Interesse ausführt, zugleich auch im Interesse der Gemeinde als Inhaberin des Straßennetzes und Vertreterin des öffentlichen Wohles liegt und in diesem Sinne als eine Leistung an sie erscheinen kann, der gegenüber sie ihrerseits wiederum rechtliche, auf die Benutzung der Straße bezügliche Vorteile bietet (vgl. Ur. des erkennenden Senats vom 31. Januar 1902 i. S. H. wider S. VII. 377/01, Gruchots Beitr. 46, 629)."

Der objektive Zustand einer Straße allein entscheidet hierbei nicht:

"Es mag zutreffen, daß der objektive Zustand einer Straße nicht überall das allein entscheidende Moment zu sein braucht, daß unter besonderen Umständen vielmehr auch noch nicht regulierte Straßen als schon zum Anbaue bereitgestellte angesehen werden können und deshalb in gewissem Umfange Anliegerrechte auch an ihnen begründet sind. Liegen aber für letzteres sprechende besondere Tatsachen nicht vor, so ist für die Beurteilung, ob eine Straße nach dem Willen der Gemeinde schon zum Anbau in der Weise bestimmt war, daß der Bauende das gleiche Recht, wie an einer fertigen Straße haben sollte, die Feststellung des objektiven Zustandes von Erheblichkeit." (RG. bei Gruchot 46 S. 504).

Zur Straße gehört der Straßendamm und der Bürgersteig (§ 1 Abs. 3 des Preuß. Ges. vom 2. Juli 1875). Was die zwischen der Straßen- und Baufluchtlinie befindlichen Vorgärten betrifft, so dürfen sie nicht bebaut werden. Sie stehen im Eigentum des Grundstückseigentümers. Ihre gewerbsmäßige Benutzung ist in Preußen meist durch Polizeiverordnungen ausgeschlossen. So bestimmt z. B. die Berliner Polizeiverordnung vom 27. Oktober 1855 (Sammlung Bd. 3 S. 121):

"Wo Vorplätze zwischen den Baufluchtlinien und den Bürgersteigen resp. Fahrdämmen der öffentlichen Straßen und Plätze zugelassen worden sind, dürfen dieselben nur zu Gartenanlagen benützt und nur mit einer aus Gitterwerk bestehenden Einfriedigung versehen werden. Zu Abweichungen von dieser Vorschrift ist besondere polizeiliche Erlaubnis erforderlich."

Derartige Bestimmungen sind nach der Praxis des Oberverwaltungsgerichts gültig.¹⁾ So insbesondere OVG. im Preuß. Verwalt.-Bl. 15 S. 584:

¹⁾ Baufluchtlinien sind nach § 1 Abs. 3 des sogen. Baufluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 die Grenzen, über welche hinaus die Bebauung ausgeschlossen ist. Die Straßenfluchtlinien fallen regelmäßig mit ihnen zusammen, doch kann aus besonderen Gründen eine von der Straßenfluchtlinie verschiedene, jedoch in der Regel höchstens drei Meter von dieser zurückweichende Baufluchtlinie festgesetzt werden.

¹⁾ A. U. Biermann in „Privatrecht und Polizei in Preußen“ S. 146, der darauf hinweist, daß die Grundlage der Berliner Verordnung § 78 I 8 AVR. ist, welcher bestimmt: „Die Straßen und öffentlichen Plätze dürfen nicht verengt, verunreinigt oder sonst verunstaltet werden“ sowie § 82 daf.: „Nähere Bestimmungen über die §§ 78–81 berührten Gegenstände bleiben den besonderen Polizeigesetzen eines jeden Ortes vorbehalten.“ Biermann weist darauf hin, daß die Polizei nur negativ, nicht positiv einschreiten könne und nach diesen Bestimmungen nur Verunstaltungen entgegenreten dürfe.

„Die Vorgärten sind nicht Teile der öffentlichen Straßen. Sie stehen im Eigentum Privater, diese haben über sie aber nicht das Maß freier Verfügung, wie über ihre sonstigen Grundstücke. Durch die Festsetzung, daß die Baufluchtlinien hinter den Straßenfluchtlinien zum Zwecke des Entstehens von Vorgärten gezogen werden, wird den so entstehenden Vorgärten eine gewisse Bestimmung gegeben. Sie sollen nicht nur als Mittelglied zwischen Straße und Haus den Zugang zwischen beiden vermitteln, sondern, soweit sie nicht Zugang sind, weiter, worauf ihre Bezeichnung als „Vorgärten“, deren Quelle, das für ihre Einrichtung namentlich in Städten seit lange bestehende und verbreitete Herkommen, und endlich auch ihre Lage hinweisen, als Gärten die Salubrität der Wohnplätze durch Zuführung von Licht und Luft wie durch Pflanzenwuchs fördern und zugleich Verunstaltungen der Straßen ausschließen.

Die so aus polizeilichen Gesichtspunkten geschaffenen und nicht nur privaten, sondern auch öffentlichen Interessen dienenden Vorgärten sind der freien Verfügung ihrer Eigentümer durch ihre Bestimmung entzogen. Wie ihr Bestand überhaupt, so untersteht auch ihre Einrichtung und Verwendung insoweit der polizeilichen Obhut, als es sich um die Erhaltung ihrer Bestimmung handelt. Mit gutem Grunde hat daher auch der Stadtausschuß von Berlin in seiner vorgedachten Entscheidung der Polizeibehörde die Bestimmung über die Benutzung des Vorgartens zum Gewerbebetriebe, d. h. die Entschliefung darüber, welcher Beschränkung die private Dispositionsbefugnis des Besitzers des Vorgartens mit Rücksicht auf die öffentlich-rechtliche Bestimmung des letzteren unterliegt, überlassen und in dieser Beziehung die Vorgärten der öffentlichen Straße gleichgestellt (Entsch. des OVG. Bd. 2 S. 333 ff., Bd. 18 S. 376).

Die Umwehrung und Einrichtung der Vorgärten ist für Berlin zum Gegenstand einer Polizeiverordnung vom 27. Oktober 1855 gemacht worden. Indem sie im § 1 als Regel aufstellt, daß die „Vorplätze“ zwischen Bau- und Straßenfluchtlinien genannten Vorgärten nur zu Gartenanlagen benutzt werden dürfen, steht diese Regel nicht im Widerspruch mit der vorgedachten rechtlichen Bestimmung der Vorgärten, bei denen die Polizeiverordnung die erforderlichen Zugänge zu den Hauseingängen als selbstverständliche Bestandteile voraussetzt.“ (Weiter wird ausgeführt, daß die Erlaubnis zur Benutzung dieser Vorgärten zu Schankzwecken versagt werden könne).

VI. Verfügungsbeschränkungen durch Veräußerungsverbote.

~~Nur beim Bestehen eines absoluten Veräußerungsverbot~~
~~im öffentlichen Interesse und diesem zumiderlaufende Verfügungen~~
~~schlechthin unwirksam, z. B. bei der Beschlagnahme des Vermögens~~
~~nach § 93 StrGB. und §§ 333—335, 480 StrPD. oder bei der~~
~~Einziehung nach § 94 StrPD., ferner i. F. der §§ 1 und 2 des~~
~~Lohnarrestgesetzes.~~

~~Über nicht jedes Gesetz, das eine Handlung verbietet oder unter~~
~~Strafe stellt, hat die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts~~
~~zur Folge. Vgl. RG. 58 S. 280:~~

„Vielmehr ist aus dem einzelnen Verbotsgesetze der Grund des Verbotes und die Absicht des Gesetzes zu ermitteln, und danach die zivilrechtliche Wirkung des Verbotsgesetzes zu bestimmen.

Es widerspricht aber auch nicht den Bestimmungen des gemeinen Rechtes, daß ein Rechtsgeschäft in einzelnen rechtlichen Beziehungen gegen das Verbotsgesetz verstößen und ungültig sein kann, in anderen Beziehungen aber rechtlichen Bestand haben kann.

Vgl. Henrici, in Gruchots Beiträgen Bd. 36 S. 163 ff.

Solchen Klagen kann keineswegs stattgegeben werden, die von dem Beklagten ein Handeln verlangen, durch das er sich der Begehung der gesetzlich unter Strafe gestellten Handlung oder der Teilnahme an derselben schuldig machen würde."

Im Anschluß an diesen Grundsatz hat das Reichsgericht für das gemeine Recht entschieden, daß derjenige, welcher in Gemeinschaft mit einem andern in einer in Preußen verbotenen Lotterie gespielt hat, eine Klage auf Herausgabe der Hälfte des auf das Los gefallenen, von jenem erhobenen Gewinnes erheben könne. Dasselbe gilt auch zweifellos für das heutige Recht.

Ebenso hat das RG. in Band 60 S. 273 ff. entschieden, daß ein Vertrag über das Abhalten von Bieten bei einer öffentlichen Versteigerung gegen Zusicherung eines Vorteils, welcher gegen § 270 des preuß. Strafgesetzbuchs von 1851 verstößt, der noch in Geltung ist (RG. in Straff. 35 S. 393), nicht aus diesem Grunde nach § 134 BGB. nichtig sei, weil nur der mit Strafe bedroht sei, der vom Bieten abhält, weshalb nur die Täterschaft des einen Kontrahenten verworfen werde, nicht aber das Rechtsgeschäft als solches. Im Anschluß hieran führt das Reichsgericht folgendes aus:

„Es gibt vielfach Strafvorschriften und Verbotsgesetze, durch deren Übertretung sich der Täter zwar der ihm angedrohten Strafe schuldig macht, die aber nicht denjenigen treffen, der zu ihrem Abschluß als Gegenkontrahent auf der anderen Seite mitgewirkt hat, und die noch weniger die zivilrechtliche Gültigkeit desjenigen Rechtsgeschäfts, als dessen Bestandteil sich die verbotene oder unter Strafe gehende Handlung darstellt, beeinflussen. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch zählen zu § 105 des ersten Entwurfs (Bd. 1 S. 210) eine Reihe derartiger Fälle auf, ohne damit eine erschöpfende Zusammenstellung geben zu wollen. Sie erwähnen den Art. 69 des damals geltenden Handelsgesetzbuchs, die §§ 1, 2, 6 des Gesetzes, betr. die Inhaberpapiere mit Prämien, vom 8. Juni 1871 (RG.-Bl. S. 210), die §§ 7, 11, 42, 43, 55—58 des Bankgesetzes vom 14. März 1875 (RG.-Bl. S. 177), den § 146 Ziff. 1 verbunden mit §§ 115—119 Gew.-D. in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Juli 1883 (RG.-Bl. S. 177), das Gesetz, betr. den Wucher, vom 24. Mai 1880 (RG.-Bl. S. 109), die §§ 301, 302, auch § 288 deutsch. StrGB. und die zu letzterem ergangene Entscheidung des Reichsgerichts, 3. Zivilsenat, vom 31. Januar 1882 (Entsch. in Zivilf. Bd. 6 S. 169). Man könnte weiter auch in derselben Richtung auf die Strafbestimmungen über die Verkäufe an Sonntagen (§ 41 a. Gew.-D.), den verbotswidrigen Handel mit giftigen Stoffen (RG. vom 14. Mai 1879, 29. Juni 1887, 5. Juli 1887), oder mit nicht geeichten Maßen (RG. vom 16. Juli 1884) und ähnliche Fälle verweisen. Allen diesen Strafbestimmungen oder Verbotsgesetzen ist gemeinsam, daß sie nur die Tätigkeit des einen der Kontrahenten, die beim Abschluß derartiger Geschäfte mitgewirkt haben, unter Strafe stellen oder verbieten, und es besteht in Ansehung ihrer

allseitig Übereinstimmung darüber, daß sie die zivilrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts selbst, als dessen Bestandteil die verbotene oder strafbare Tätigkeit in Betracht kommt, nicht in Frage stellen. Dementsprechend heben auch die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch a. a. D. als Regel hervor, daß in den Fällen, in denen bei einem Vertrage das Verbot nur den einen Teil trifft, der Vertrag als solcher nicht ungültig sein soll. Sie fügen hinzu, daß diese Regel auch im Gesetz genügenden Ausdruck gefunden habe, weil sie mit durch den in den Worten „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“ enthaltenen Vorbehalt gedeckt werde. Ob letzteres zutrifft, kann dahingestellt bleiben; es genügt, um das Gesetz im gleichen Sinne zu verstehen, auf die Eingangsworte des § 134 BGB. hinauszusehen, in denen vorausgesetzt wird, daß das Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.“

§ 15.

Die gesetzlichen Bestimmungen über Sachen.

Sachen sind nur „körperliche Gegenstände“ (§ 90).

Was den Leichnam betrifft, so faßt ihn das Strafgesetzbuch in den §§ 168 und 367 zwar nicht als „Sache“ auf, sondern behandelt ihn gesondert, woraus auch Rausnik im „Recht“ 1903 S. 593 ff. schließt, daß der Leichnam erst mit Schließung der Kirchhöfe „Sache“ werde. Die herrschende Ansicht dagegen steht auf dem Standpunkt, daß der Körper des Menschen mit dem Tode zur Sache werde. Zweifelhaft ist auch die Eigentumsfrage. Man wird mit Verhältnen, BGB. I Anm. 6e je zu § 90 (1908) annehmen müssen, daß die Erben Eigentümer sind, da ihnen ja auch ein gewisses Verfügungrecht über den Leichnam zusteht. Rechte für Dritte können hinsichtlich des Leichnams begründet werden, sofern die Begründung — was meist der Fall sein wird — nicht gegen die guten Sitten verstößt. So ist der Verkauf des künftigen Leichnams seitens des Menschen selbst an eine Anatomie unzulässig, im übrigen aber, da die Erben den Leichnam bestatten müssen, nichtig. In Preußen bestimmt § 188 II 11 A.R., daß Niemandem das ehrliche Begräbnis auf dem öffentlichen Kirchhof versagt werden dürfe. Fraglich ist es, ob den Angehörigen von Armenleichen oder Leichen von Strafgefangenen das Recht zur Beerdigung ihrer in der Armenanstalt oder in der Strafanstalt verstorbenen Angehörigen durch Ablieferung der Leichen an eine Anatomie entzogen werden kann. Bezüglich der Strafgefangenen ist die Frage zweifellos zu verneinen, da § 486 Abs. 5 Str.P.O. ausdrücklich bestimmt, daß der Leichnam eines Hingerichteten den Angehörigen auf Verlangen zur einfachen, ohne Feierlichkeit vorzunehmenden Beerdigung zu verabfolgen ist. Bezüglich der Armenleichen liegt eine Entscheidung des Württembergischen Verwaltungsgerichtshofes vom 16. Oktober 1912 vor, die die Frage

nach der Gültigkeit einer württembergischen Minist.-Verf. vom 4. Juni 1862 bejaht, welche anordnet, daß neben den Leichen hingerichteter Verbrecher und von Selbstmördern alle diejenigen Leichen natürlich Gestorbener an die anatomischen Anstalten abzuliefern sind, bei welchen die Begräbniskosten einer Gemeinde- oder Stiftungskasse, öffentlicher Armen- oder Strafanstalt zur Last fallen würden, obwohl nach Art. 1 des württ. Ausf.-Ges. zum Unterstützungsmohnsitzgesetz vom Armenverband u. a. ein angemessenes Begräbnis zu gewähren sei. Die Gründe — abgedruckt in der D. J. Z. 1913 S. 360 — sind folgende:

„Die württemb. Ständeversammlung habe bei Beratung des Ausf.-Ges. die nachher von der Regierung sanktionierte Voraussetzung ausgesprochen, daß, solange nicht für das Bedürfnis an Leichnamen gegenüber den anatomischen Anstalten anderweitige Fürsorge getroffen sei, es bei den Vorschriften verbleibe, daß übrigens im Wege der Änderung den Gemeindebehörden die Möglichkeit zu gewähren sei, da, wo besondere Verhältnisse es begründen, das Begräbnis Armer auf Kosten einer öffentlichen Kasse ausnahmsweise eintreten zu lassen. Hilfsbedürftig in der Art, daß das Einschreiten der öffentlichen Armenpflege geboten ist, sei nicht schlechtweg jeder, der selbst der nötigen Mittel entbehrt, solche Hilfsbedürftigkeit liege vielmehr erst vor, wenn das Einschreiten der Armenbehörde nicht durch Dritte, durch die freiwillige Armenpflege oder, wie im vorliegenden Falle, durch anderweite öffentliche Maßnahmen ausgeschlossen werde. Auch sei das Preuß. Ausf.-Ges. vom 8. März mit dem württemb. bezüglich Art und Maß der Unterstützung gleichlautend, und trotzdem werden auch in Preußen Armenleichen zur Ablieferung an die Anatomien herangezogen; endlich sei die Ablieferung von Armenleichen an die Anatomien auch in Bayern, Baden, Hessen und anderen deutschen Staaten vorgeschrieben und werde ausgeführt.“

Die Richtigkeit dieser Entscheidung muß im Hinblick auf die Bestimmung der StrPD. bezweifelt werden. Angesichts der Zweifelhafthigkeit der Frage würde sich eine gesetzliche Regelung derselben empfehlen.

Das Gesetz unterscheidet:

a) Vertretbare Sachen als solche, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (§ 91), z. B. Getreide, Wein, i. a. Tiere, Papier, Stoffe zc.

• Maschinen bekannter, gewöhnlicher Art und üblicher Beschaffenheit, bei denen es auf eine bestimmte Leistungsfähigkeit nicht ankommt, sind vertretbare Sachen, sofern dieselben nicht einem bestimmten Raum oder Betrieb angepaßt sein müssen (RG. 45 S. 64).

Noch können vertretbare Sachen rechtsgeschäftlich als nicht vertretbare behandelt werden. Gattungssachen i. S. der §§ 243, 279, 480 zc. BGB. sind regelmäßig auch vertretbare Sachen. So sind z. B. auch Uhren — mit Ausnahme besonders kunstvoller — für die Händler i. a. vertretbare und Gattungssachen, für den einzelnen Käufer aber, der eine zum Kauf ausgewählt hat, wird die Uhr nur als Speziessache in Frage kommen. Auch das Geld ist vertretbare

Sache. Urkunden sind regelmäßig vertretbar, wenn es sich um Inhaberpapiere handelt. Dagegen werden Rektas- und Orderpapiere nicht als Sachen behandelt, folgen vielmehr nach besonderen Grundsätzen der Forderung (§ 952 BGB. und Wechselordnung).

Darlehen (§ 607), irregulärer Verwahrungsvertrag (§ 700), Anweisung (§ 783), kaufmännische Anweisungen des § 363 HGB. können sich nur auf vertretbare Sachen beziehen. Die Vertretbarkeit ist insbesondere auch für den Werklieferungsvertrag (§ 651) von Bedeutung. Vgl. ferner ZPO. §§ 592, 688, 794 Nr. 5, 884.

b) Verbrauchbare Sachen sind solche beweglichen Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch im Verbrauch oder in der Veräußerung besteht (§ 92 Abs. 1). Insbesondere gelten als solche auch bewegliche Sachen, die zu einem Warenlager oder sonstigen Sachinventar gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht (§ 92 Abs. 2).

Hierzu gehören vor allem die Lebens- und Feuerungsmittel; zweifelhaft ist dies bei Kleidungsstücken, die Crome überhaupt nicht hinzurechnet (System Bd. 1 S. 297), während Cosack (Lehrb. Bd. 1 § 44 II 1) nur Arbeitskleider hierunter begreift. Man wird die Frage wohl i. a. verneinen können, da Kleider nicht „verbraucht“ werden sollen, sondern nur gebraucht werden und ein teilweiser Verbrauch — oder besser eine Abnutzung — lediglich eine unerwünschte notwendige Folge des Gebrauches ist.

Praktische Bedeutung hat die Verbrauchbarkeit beim Nießbrauch, bei welchem der Nießbraucher verbrauchbarer Sachen deren Eigentümer wird (vgl. §§ 1067, 1075 Abs. 2, 1084, 1086 BGB). Vgl. ferner § 706, 1376, 1377, 1540, 1659 BGB.

c) Teile und wesentliche Bestandteile von Sachen.

1. Eine Sache besteht vielfach aus Teilen und aus wesentlichen Bestandteilen. Der Unterschied zwischen beiden Begriffen ist darin zu sehen, daß Teilstücke den engsten Zusammenhang mit dem Ganzen haben. So ist ein Stockwerk eines Gebäudes ein Teil des Gebäudes, während Fenster und Türen regelmäßig nur wesentliche Bestandteile des Hauses sind. Ebenso ist der Fuß einer Lampe regelmäßig ein Teil der Lampe, während der Zylinder der Lampe nur als Bestandteil oder vielleicht auch als Zubehör aufgefaßt werden muß. Praktische Bedeutung hat diese Unterscheidung nicht, weil alle Beschränkungen, welche das Gesetz für die wesentlichen Bestandteile aufstellt, auch für die Teile der Sache gelten, da bei ihnen erst recht durch Beanehmen oder Zerstörung eines Teiles die ganze Sache zerstört würde.

2. Den Begriff der Bestandteile definiert das Gesetz — abgesehen von § 96 — nicht, wohl aber den der wesentlichen Bestandteile, vgl. hierüber §§ 93, 94 und die Ausnahme in § 95.

Der Zweck der Bestimmung des § 93, daß wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, ist der, daß der nutzlosen Zerstörung wirtschaftlicher Werte vorgebeugt werden soll. Dieser Zweck ist daher bei der Frage nach der Eigenschaft eines wesentlichen Bestandteils vorausweise zu berücksichtigen (RG. 58 S. 341).

Speziell Maschinen, die in ein Fabrikgebäude eingefügt sind, können, obwohl sie §§ 97, 98 Ziffer 1 BGB. als Zubehör erwähnt, falls sie nicht Bestandteile der Hauptsache sind, gegebenen Falles als wesentliche Bestandteile eines Fabrikgrundstückes angesehen werden. Vgl. hierüber RG. 67 S. 34:

„ . . . es darf den Maschinen nur dann Bestandteilseigenschaft beigelegt werden, wenn sie nach der Verkehrsauffassung zufolge der Vereingung mit dem gewerblichen Gebäude nicht mehr selbständige Einzelkörper sind, sondern, solange die Vereingung dauert, nur noch als Sacheinheit des gewerblichen Gebäudes gelten. Dazu wird freilich nicht immer unbedingt notwendig sein, daß die Maschinen in den Körper des Gebäudes völlig aufgenommen sind; vielmehr kann unter Umständen auch eine lose Verbindung genügen

Dann muß aber die Art der Hersteinung und Einrichtung der Maschinen oder des gewerblichen Gebäudes eine solche sein, daß der Verkehr trotz der losen Verbindung alles zusammen als nur eine Sache auffaßt. Dies kann beinahe ausschließlich der Fall sein, wenn die Maschinen nicht Marktwaren, sondern individuell für das betreffende gewerbliche Gebäude hergestellt sind, oder wenn das Gebäude eigens um eine Maschine herumgebaut ist.

Vgl. ferner RG. 69 S. 121:

„Nur soviel läßt sich als Regel aufstellen, daß eine Maschine, die für einen Fabrikationsbetrieb (Fabrik in diesem Sinne) von wesentlicher Bedeutung ist, doch als wesentlicher Bestandteil des Fabrikgebäudes (Fabrik in diesem Sinne, in welchem auch der § 98 dieses Wort versteht), als einer körperlichen Sache nur dann in Betracht kommen kann, wenn sie durch die Art ihrer Verbindung oder, im Falle einer bloß losen Verbindung, durch ihre besondere Anpassung an die bauliche Beschaffenheit, oder an die Zweckbestimmung des Fabrikgebäudes einen Teil desselben ausmacht und ihre Selbständigkeit verloren hat, derart, daß sie mit dem Fabrikgebäude in wesentlichem Zusammenhange steht und nach der Verkehrsauffassung als ein und dieselbe Sache gilt. Auch im Falle einer leicht lösbaren Verbindung könnte nämlich eine Maschine, die dem Bau oder dem Betriebe einer bestimmten Fabrik besonders angepaßt ist, mit der Trennung ihre eigentliche Zweckbestimmung und damit ihren Wert einbüßen. Dagegen reicht der Umstand, daß eine Maschine zum Betriebe einer Fabrik dient, und als ein Teil des das Fabrikunternehmen bildenden wirtschaftlichen Ganzen von wesentlicher Bedeutung für den Betrieb, sowie auch mit dem Fabrikgebäude lose verbunden ist, für sich allein nicht aus, um die Eigenschaft der Maschine als wesentlichen Bestandteil zu begründen. Denn auch ein bloßes Zubehör kann für den Fabrikbetrieb von wesentlicher Bedeutung sein, und eine bloß lose Verbindung schließt die Zubehöreigenschaft nicht aus. Wie erwähnt, sind im § 98 die zum Betriebe einer Fabrik dienenden Maschinen und Gerätschaften, die nicht Bestandteile derselben sind, d. h. die eine selbständige Existenz haben, ausdrücklich als

Zubehör bezeichnet. Die Trennung einer mit der Fabrik nur lose verbundenen und beliebig durch eine andere ersetzbare Maschine von der Art einer Marktware kann weder für das Fabrikgebäude noch für die Maschine von wesentlichem Nachteile sein. Denn nach wie vor bleibt das Fabrikgebäude zur Aufnahme einer solchen Maschine, und diese zu gleichem Zwecke wie vor der Trennung weiter verwendbar. Eine bloß geringfügige Wertverminderung aber, welche durch die Trennung der Bestandteile einer Sache entsteht, erfüllt die Voraussetzungen des § 93 nicht; vielmehr wird hierzu die Zerstörung oder wesentliche Veränderung des einen oder des anderen Bestandteiles erfordert."

Und schließlich RG. bei Gruchot, Beilageheft 1914 S. 887.:

"Für die Frage, ob hinsichtlich eines für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäudes die zu dem Betriebe bestimmten Gerätschaften Zubehör oder Bestandteile sind, ist entscheidend, ob sie auch nachdem sie zu dem eingerichteten Gebäude ~~hinausgebracht worden sind~~ selbständige hieselbst geblieben sind oder ob sie ihre körperliche Selbständigkeit ~~herart~~ verloren haben, daß sie nur noch als Sachteile, als Stücke des etwa einen einzigen körperlichen Gegenstand bildenden eingerichteten Gebäudes in Betracht kommen."

Elektrische Aufzüge, die beim Neubau eines Hotelgebäudes hergestellt sind, sind wesentliche Bestandteile des Gebäudes, wenn vor Beginn der Bauarbeiten zu dem Neubau auf die Einrichtung derselben Rücksicht genommen wurde und die Aufzugsanlagen auch zur Herstellung des Gebäudes eingefügt wurden:

"Zu den wesentlichen Gebäudebestandteilen nach § 94 Abs. 2 BGB. gehört nicht nur, was zur Herstellung einer jeden Bauartigkeit notwendig ist, wie gewöhnliche Baumittelstücke, sondern auch, was durch seine Verarbeitung dem betreffenden Gebäude ein bestimmtes Gepräge, seine besondere Eigenart gegeben hat . . ." (RG. 90 S. 200/1).

Elektrische Beleuchtungsanlagen (Maschinen, Leitung, Schaltapparate) sind Zubehör oder wesentliche Bestandteile eines Gebäudes, je nachdem sie ohne wesentliche Beschädigung des Gebäudes entfernt oder nicht entfernt werden können (OLG. Bamberg i. d. Rspr. d. OLG. 14 S. 9).

Am übrigen hat § 94 Abs. 2 BGB. selbständige Bedeutung und ist nicht etwa nur beizubehalten als eine den § 93 BGB. erläuternde Vorschrift anzusehen. Daher kann die Eigenschaft eines wesentlichen Gebäudebestandteils auch dann gegeben sein, wenn die Voraussetzungen des § 93 nicht vorliegen (RG. 63 S. 418):

"Dies kann besonders in Betracht kommen, wenn es sich um Sachen handelt, die nicht fest mit dem Gebäude verbunden und ohne große Schwierigkeit und wesentliche Beschädigung ihrer selbst und des Gebäudes aus diesem entfernt werden können. Sind solche Sachen zur Herstellung des Gebäudes eingefügt, so sind sie, wie z. B. Fenster, Türen, gemäß § 94 Abs. 2 trotz ihrer losen Verbindung wesentliche Bestandteile des Gebäudes (vgl. RGZ. Bd. 60 S. 423, Bd. 62 S. 251), während nach § 93 möglicherweise, etwa weil sie ihre körperliche Selbständigkeit bewahrt hätten (vgl. RGZ. Bd. 87 S. 45), die Bestandteilseigenschaft zu verneinen wäre. Es kommt deshalb vorliegend nicht darauf

an, ob die einzelnen Teile der zur Herstellung des Hotelgebäudes eingefügten Aufzugsanlagen mit den anderen Gebäudeteilen als fest verbunden zu erachten sind oder nicht." (RG. 90 S. 201/2.)

Stahlkammeranlagen (Safes) werden dann als wesentliche Bestandteile des Bankgebäudes anzusehen sein, wenn sie auf einem eigenen Grundstück der Bank errichtet werden, da nach der heutigen Verkehrsauffassung ein Bankgebäude ohne Stahlkammeranlage als unmöglich erscheint. Hat die Bank dagegen eine solche Anlage auf einem gemieteten Grundstück errichtet, so wird der Anlage die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes zu verneinen sein, sofern das Gebäude im übrigen anderen Zwecken dient, denn die generelle Brauchbarkeit des Gebäudes als Mietshaus hängt nicht davon ab, ob ein jeweiliger Mieter in ihm eine Safeanlage eingerichtet hat oder nicht (so Fuchs in der DZ. 1914 S. 302, welcher darauf hinweist, daß die Großbanken den Wert des Materials der eingebauten Safeanlagen auch bei gemieteten Räumen als Aktivum in der Bilanz aufstellen). Schließlich ergibt sich auch aus § 95 Abs. 2 BGB., daß die Stahlkammeranlage deshalb kein wesentlicher Gebäudebestandteil ist, weil sie nur zu vorübergehendem Zwecke in ein Gebäude eingefügt ist, mag selbst in dem Gebäude eine lange Dauer der Mietzeit vorgesehen sein, zumal dann, wenn beim Abschluß des Mietvertrages die Ansicht kundgegeben ist, daß die Anlage nach Ablauf der Mietzeit aus der Veranmietung mit dem Gebäude gelöst und dem Mieter zurückgegeben werden soll (vgl. auch RG. 63 S. 421).

Bei einem nur zu einem Teile für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäude sind die dem Betrieb bestimmungsgemäß dienenden Gerätschaften Zubehör, z. B. das Restaurationsinventar eines im übrigen vermieteten Hauses (RG. 48 S. 207). Vgl. § 16 I.

Keine — d. h. wesentliche — Bestandteile eines Grundstücks sind nach § 95

- a) solche Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden sind;
- b) Gebäude oder andere Werke, die in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück vom Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden sind.

Keine — wesentlichen — Bestandteile eines Gebäudes sind auch Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke in ein Gebäude eingefügt sind. Hierüber führt das RG. 61 S. 191/2 aus:

„Vorübergehend im Sinne dieser Gesetzesvorschrift ist ein Zweck nicht bloß dann, wenn er sich in kurzer Zeit erreichen läßt, sondern in allen Fällen, in denen ihm nach seiner Natur eine zeitliche Begrenzung innewohnt, mag auch das Ende erst nach Jahren oder Jahrzehnten eintreten. Im Gegensatz dazu gilt als dauernd derjenige Zweck, für dessen Fortwirken, wenn nicht durch das

Dazwischentreten unberechenbarer zufälliger Ereignisse Änderungen herbeigeführt werden, ein Endpunkt begrifflich nicht besteht.“ Und ferner:

„Bei der Frage, ob die Einfügung zu einem nur vorübergehendem Zwecke geschehen ist, kommt es nicht sowohl auf die Zeitdauer, für die die Verbindung beabsichtigt ist, als vielmehr darauf an, ob der Wegfall der Verbindung von vornherein beabsichtigt, oder nach der Natur des Zwecks sicher ist So kann die Einfügung einer gemieteten Sache, selbst wenn in dem Vertrag eine lange Dauer der Mietzeit vorgesehen ist, als zu einem vorübergehenden Zwecke geschehen angesehen werden, wenn beim Abschließen des Mietvertrages die Absicht kundgegeben ist, daß die Sache nach Ablauf der Mietzeit aus der Verbindung mit dem Gebäude gelöst und dem Vermieter zurückgegeben werden soll. So verhält es sich z. B. mit den Gasuhren, Wassermessern und dergleichen, die von den Städten oder sonstigen Unternehmern lediglich vermietet werden, ohne daß die Absicht einer Eigentumsübertragung gegenwärtig oder für die Zukunft besteht.“ (RG. 63 S. 421).

Wesentliche Bestandteile fallen nach §§ 93, 946 BGB. in das Eigentum des Grundstückseigentümers. Eigentumsvorbehalte sind daher wirkungslos (RG. 63 S. 420f.). Folglich fallen auch noch nicht voll bezahlte, unter Eigentumsvorbehalt bis zur Vollzahlung des Kaufpreises veräußerte Maschinen — sofern sie wesentliche Bestandteile sind — beim Konkurs des Grundstückseigentümers oder bei der Zwangsversteigerung des Grundstückes in die Konkurs- bzw. Versteigerungsmaße. Man hat vergeblich versucht, den Maschinenfabrikanten durch Konstruktion einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit dem Inhalt zu helfen, auf dem Grundstück eine Anlage der in Frage kommenden Art zu haben. So Neumann in J. W. 1907 S. 97 ff. Derartige Anlagen würden allerdings nach § 95 Abs. 1 Satz 2 nicht wesentliche Bestandteile des Grundstücks sein. Diese Auffassung ist allseitig abgelehnt worden, weil der Servitutberechtigte das Grundstück unmittelbar brauchen muß, wovon hier keine Rede ist.

Da wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein können — mit Ausnahme des Oberbaues (§§ 912 915) — können sie auch nicht für sich allein Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein; ausgenommen sind jedoch Früchte auf dem Halm (vgl. § 810 ZPO.). Wohl aber ist die Einräumung besonderer obligatorischer Rechte und insbesondere Besitz sowohl an wesentlichen Bestandteilen wie an Teilen einer Sache möglich, z. B. bei der Miete eines Stockwerkes.

d) Für einfache Bestandteile gelten — von § 96 abgesehen — keine Sondervorschriften.

Die Abgrenzung zwischen einfachen und wesentlichen Bestandteilen ist bei beweglichen Sachen oft schwierig. Staubinger erwähnt den Fall der Perle in der Auster als hierher gehörig. Ferner können Bilderrahmen hierunter fallen, wenn sie nicht ganz speziell für ein bestimmtes Bild angefertigt sind.

Nach § 96 sind die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Rechte (die sog. subjektiv-dinglichen Rechte) Bestandteile des Grundstückes. Dies sind Grunddienstbarkeiten stets und Vorkaufsrecht und Reallasten dann, wenn sie zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden.

Nicht unter § 96 fällt das Jagdrecht. So auch RG. 70 S. 73/4:

„Auszugehen ist davon, daß die Ausübung der Jagd auf dem eigenen Grund und Boden nach dem Stande der preussischen Gesetzgebung dem Eigentümer als Eigentumsbefugnis zusteht und nur dann aus jagdpolizeilichen Gründen beschränkt ist, wenn der Grund und Boden nicht die in den Jagdpolizeigesetzen vorgesehene Größe hat. Dieses Jagdrecht stellt nicht ein mit dem Eigentum am Grundstücke verbundenes selbständiges Recht dar und ist deshalb kein Bestandteil des Grundstücks i. S. des § 96 BGB. Es ist überhaupt kein für sich allein bestehendes, vom Eigentum loszulösendes Recht, sondern es fällt lediglich unter die Nutzungen, die aus dem Eigentum an Grundstücken zu ziehen sind. In der Jagdnutzung hat der Eigentümer das gesetzlich geschützte, nur jagdpolizeilich beschränkte ausschließliche Aneignungsrecht an den auf seinen Grundstücken angetroffenen jagdbaren Tieren. Dieses Nutzungsrechtes entäußert er sich durch die Verpachtung der Jagd; das Aneignungsrecht steht nur dem Jagdpächter zu. Dadurch tritt der Pächter aber noch nicht in ein als Pacht der Grundstücke selbst aufzufassendes rechtliches Verhältnis zu diesen. Er übt nur eine der aus dem Eigentume herzuleitenden Nutzungsbefugnisse des Verpächters aus. Außer der Jagd kann der Eigentümer noch weitere Einzelbenutzungen der Grundstücke an andere vergeben; Pächter in dem Sinne, daß ihm die Grundstücke überlassen sind, und diese Überlassung dem neuen Erwerber gegenüber bestehen bleibt, wird aber immer nur derjenige sein, dessen Nutzung unmittelbaren Besitz zur Voraussetzung hat. Das trifft für das dem Jagdpächter übertragene Aneignungsrecht nicht zu. Er betritt die Grundstücke; aber er besitzt sie nicht; Besitzer bleibt der Verpächter. Das Anzeigen der Grenzen kann nicht, wie dies bei der Vertretung der gegenteiligen Auffassung geschieht, als Übergabe angesehen werden, sondern es wird damit nur die Orientierung über den räumlichen Umfang des Aneignungsrechts bezweckt.

Diese Erwägungen schließen die entsprechende Anwendung des § 571 BGB. auf die Jagdpacht aus

Auch daraus, daß die Benutzung des Jagdhauses dem Kläger mit überlassen ist, und ihm — was übrigens im Vertrage nicht steht — Wildbäcker zur Verfügung gestellt sind, ist die Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu rechtfertigen. Diese Umstände vermögen, da es sich nur um Nebenleistungen handelt, die rechtliche Natur des Vertrages nicht zu ändern und machen ihn weder zum Miet- noch zum Grundstückspachtvertrage. Hinsichtlich der Wildbäcker ist überdies auch noch zweifelhaft, ob, wenn der Pächter sie zu bestellen hat, das nicht als eine ihm neben dem Pachtzins auferlegte Leistungspflicht anzusehen ist.“

In RG. 52 S. 128 wird ausgeführt, daß das Jagdpachtrecht wesentlich obligatorischer Natur sei, wenn auch insoweit mit quasi-dinglichem Charakter, als es dem Jagdpächter das Recht auf den Eigentumserwerb an dem Wilde durch Okkupation gebe.

§ 16.

Zubehör.**I. Begriff:** vgl. § 97.

Danach sind Voraussetzungen für den Zubehörbegriff:

1. Eine bewegliche Sache.

2. Kein Bestandteil der Hauptsache. Vgl. hierüber RG. 63

Ö. 173:

„Danach (d. h. nach § 97) aber sind als Bestandteile einer Sache diejenigen körperlichen Gegenstände anzusehen, die entweder von Natur eine Einheit bilden, oder durch Verbindung miteinander ihre Selbständigkeit dergestalt verloren haben, daß sie fortan, solange die Verbindung dauert, als ein Ganzes, als eine einheitliche Sache erscheinen, wogegen Zubehörstücke ihre individuelle Selbständigkeit als bewegliche Sachen bewahrt haben, und nur in einem ihrer Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse zu einer „Hauptsache“ stehen (§ 97 a. a. D.). Es wird also das unterscheidende Merkmal eines (gleichviel ob wesentlichen, oder nicht wesentlichen) Bestandteils von bloßem Zubehör im Zweifelsfalle in der Art der Verbindung der bestehenden Sachen gesucht und gefunden werden müssen. Es muß, um einem Gegenstande die Eigenschaft eines Bestandteils eines größeren Ganzen zuzusprechen, ein physischer oder mechanischer Zusammenhang, eine körperliche Verbindung bestehen, die dann aber nicht so beschaffen zu sein braucht, um schon an und für sich im Sinne des § 94 Abs. 1 a. a. D. die Eigenschaft der Sache als wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks zu begründen. Auf die größere oder geringere Festigkeit der Verbindung kommt es im Sinne des § 93 (so wenig wie im Falle des § 94 Abs. 2) nicht an.“

3. Die Sache muß dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sein, ohne nur vorübergehend für den wirtschaftlichen Zweck benutzt zu werden.

Es genügt, daß Gegenstände dem wirtschaftlichen Zweck des Grundstücks nur mittelbar dienen, wie z. B. Gondeln eines Seegrundstückes zum Gebrauch der Besucher eine Restauration (selbst wenn sich diese auf einem hinzugepachteten Seegrundstück befinden):

„Der Berufungsrichter steht als feststehend an, daß die Gondeln von dem Gemeinschuldner angeschafft worden sind, um Gäste in das Restaurationslokal nebst zugehörigem Garten zu ziehen und festzuhalten, und dadurch den Restaurationsbetrieb ertragreicher zu gestalten. Damit ist das Erfordernis der „Bestimmung“ außer Zweifel gestellt. Es kann aber auch nicht mit Grund bezweifelt werden, daß sie dem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstücks dienen und dazu geeignet sind. Freilich dienen sie dem Restaurationsbetriebe nicht unmittelbar, wie die Flaschen, Gläser, Tonnen, Tische, Stühle u. dgl.; aber mit diesen unmittelbar dienenden Gegenständen allein läßt sich heutzutage ein für großen Verkehr des Publikums bestimmtes Restaurations- und Vergnügungsort nicht mit Erfolg bewirtschaften; vielmehr gehören dazu Kronleuchter, Bilder, Dekorationsgegenstände, Schaukeln, Karussells und, falls sich auf dem Grundstück selbst ein Teich befindet, zweifellos auch die auf diesem befindlichen Gondeln, welche den Gästen, sei es gegen, sei es ohne Entgelt zur Verfügung stehen, und die auf dem Teiche befindlichen dekorativen Stücke, wie

Schwäne, Schwanenhaus. Alle solche Sachen dienen dem wirtschaftlichen Zwecke des Restaurationsgrundstückes und sind Gerätschaften im Sinne des § 98 BGB. Ihre Zubehöreigenschaft wird auch dadurch nicht in Frage gestellt, daß sie, wie z. B. hier die Gondeln, häufig auch solchen Personen zur Verfügung gestellt werden, welche in der Restauration nichts verzehren. Zweifellos verliert z. B. der Hotelomnibus seine Zubehöreigenschaft nicht dadurch, daß mit ihm nicht nur die Hotelgäste, sondern oft auch andere Personen zu und von der Bahn befördert werden." (RG. 47 S. 199/200).

Im § 98 gibt das Gesetz Einzelvorschriften, wann eine Sache dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt ist. Diese Vorschriften sollen nicht § 97 auf bestimmte Fälle erweitern, sondern vielmehr § 97 „erläutern und verdeutlichen“, mithin der Praxis im Einzelfalle eine Richtschnur bieten (RG. 66 S. 358).

Zu § 98 Ziff. 1 ist zu beachten, daß die Sache einem zum Betriebe eines bestimmten Gewerbes dauernd eingerichteten Gebäude dienen und sich behufs ihrer Verwendung bei jenem Betrieb dauernd in dem die Betriebsstätte dienenden Gebäude oder in dessen unmittelbarer Nähe befinden muß. Folglich können Zubehör nur solche Sachen sein, die einem Betriebe dienen, der in einem Gebäude stattfindet:

„Ein Fuhrgeschäft hat aber seine Betriebsstätte nicht in Gebäuden, sondern auf der Straße; in die auf dem Grundstück des Schuldners (d. h. Grundstückseigentümers) befindlichen Stall- und Schuppengebäude werden die . . . Pferde und Wagen nur eingestellt, wenn sie nicht zum Betriebe des Fuhrgeschäftes gebraucht werden.“ (OLG. Dresden in Rspr. der OLG. 13 S. 314).

Aus dem gleichem Grunde sind Wagen und Schlitten, die in einer Fabrik zu dem Zwecke gehalten wurden, um dem auswärts wohnenden Eigentümer oder Fabrikleiter den Zugang zur Fabrik zu erleichtern, als nicht zum Fabrikbetrieb, sondern zu persönlichen Zwecken dienend erachtet worden (OLG. Dresden in Rspr. der OLG. 13 S. 314 Anm. 1).

Auch eine Kontoreinrichtung dient im allgemeinen den Zwecken des Fabrikbetriebes, wenn sich der Kontorraum im Fabrikgebäude befindet. Sie bildet dann mit dem Raum eine wirtschaftliche Einheit:

„Die Kontoreinrichtung einer Fabrik ist Normalware, sie soll den einzelnen Besitzer überdauern, und so wird sie auch als Zubehör angesehen, wird mitverkauft und geht mit dem Gebäude durch die verschiedensten Hände. Nach der Verkehrsanschauung wird allerdings zu bestimmen sein, welche Sachen im einzelnen zur Einrichtung gehören. Wer eine Fabrik kauft, braucht nicht das ganze Geschäft, wie es bis dahin betrieben wurde, zu übernehmen. Als Zubehör des Gebäudes wird nur angesehen, was in diesem Falle der Hauptsache folgt. Handelsbücher mögen Teil des Geschäfts sein, sind aber nicht Zubehör des Gebäudes; man wird schwerlich annehmen, daß eine Hypothek sie mitumfaßt. Damit eine Sache Zubehör des Kontors ist, muß eine gewisse räumliche Ausdehnung, eine Beziehung zum Raum gefordert werden, eine gewisse

„Sehhaftigkeit“ muß ihr innewohnen. Ein Geldschrank hat sie der Schwierigkeit des Transports halber, Schränke, Schreibpult, Stühle füllen den Raum aus. Bei Schreibmaterialien fehlt sie; jeder schafft sie sich selbst an, und Grund dafür wird hauptsächlich in dem wechselnden persönlichen Bedürfnisse liegen. Auch die Schreibmaschine dient dem Kaufmann als solchem, nicht als Besitzer der bestimmten Fabrik und kann nicht als Zubehör des Raumes als solchen angesehen werden. Gleiches gilt für die auf 2 Mark geschätzte Kopierpresse; auch bei ihr tritt das persönliche Bedürfnis in den Vordergrund“ (OLG. Jena in Rspr. der OLG. 13 S. 314/5).

4. Die Sache muß zur Hauptsache in einem ihrer Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Eine körperliche oder gar feste Verbindung mit der Hauptsache ist nicht erfordert.

Hierüber führt das RG. 51 S. 274 zu der Frage, ob eine Maschine, die dazu bestimmt ist, in einer Fabrik die zu ihrem Betriebe erforderliche Kraft zu liefern, nur dann als Zubehör der Fabrik gelten könne, wenn sie bereits im Fabrikgebäude an dem für sie bestimmten Plage aufgestellt ist, von wo aus die von ihr zu ergänzende Kraft zum Fabrikbetriebe verwendet werden soll, oder ob es genügt, daß die Maschine auf dem Fabrikhofe in unmittelbarer Nähe des ihr im Fabrikgebäude zugeordneten Standortes gelagert sei, um in der Fabrik aufgestellt zu werden und dem Zwecke zu dienen, unter Bejahung der letzteren Ansicht folgendes aus:

„Der allgemeinen Fassung der Bestimmung, welche dem Ermessen des Richters einen weiten Spielraum gewährt, wird es am besten entsprechen, wenn von einer bestimmten, alle möglichen Fälle umfassenden Regel abgesehen, und der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfalle überlassen wird, ob eine Nebensache zu der Hauptsache in einem deren Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehe. Zu diesem Ergebnisse drängen auch praktische Erwägungen. Würde der engen Auffassung des Beklagten gefolgt, so müßten vielfach Ausnahmen zugelassen werden, um nicht in Widerspruch mit den im Verkehr üblichen Anschauungen zu treten. Eine Maschine z. B., die in einer Fabrik vorrätig gehalten wird, um die im Betriebe befindliche Maschine für gewisse Fälle (Reparaturbedürftigkeit) zu ersetzen, wird gewiß ohne Anstand zum Zubehör der Fabrik gerechnet werden müssen, auch während der Zeit, wo sie nicht in Tätigkeit ist, und sich daher nicht an dem Standorte der tätigen Maschine, sondern in einem Vorratsraume befindet. Eine feste Regel würde Verlegenheiten zur Folge haben, aus denen sich das Publikum wie der Richter nur schwer herausfinden könnten. Es braucht nur darauf hingewiesen zu werden, daß sich der Zeitpunkt des Eintrittes der Zubehöreigenschaft nicht bestimmt regeln lassen würde. Ist z. B. eine Maschine, welche die Stelle einer abgenutzten Maschine einzunehmen bestimmt ist, erst dann Zubehör, wenn sie an dem für sie bestimmten Standorte in Tätigkeit getreten ist, oder schon dann, wenn sie an ihrem Standorte erst unbefestigt aufgestellt, oder wenn sie in das Fabrikgebäude, aber noch nicht an ihren Standort gebracht, oder wenn sie auf dem Transport nach der Fabrik vorläufig auf dem Fabrikhofe niedergelegt ist, um am folgenden Tage an dem ihr zugeordneten Plage aufgestellt zu werden, oder wenn sie auf dem Fuhrwerke vor dem Fabrikgebäude angelangt ist und wegen vorgerückter Zeit nicht mehr abgeladen und in das Fabrikgebäude ge-

schaftt werden kann? — In einer allgemeinen Regel alle möglichen Fälle zusammenzufassen, geht also nicht an.“

Die Zubehöreigenschaft einer auf einem Grundstücke lagernden Maschine setzt aber voraus, daß das Gebäude für einen bestimmten Betrieb bereits fertig gestellt ist. So RG. 89 S. 61 ff., vgl. die vor II abgedruckte Entscheidung.

In RG. 55 S. 285 wird ausgeführt, daß die Zubehöreigenschaft auch dann angenommen werden könne, wenn die Sache sich auf einen im Eigentum eines andern stehenden Nachbargrundstücks befindet, z. B. wenn Gondeln, die zu einem Restaurationsbetriebe dienen, sich auf einem See befinden, der einem anderen gehört (RG. 47 S. 197 ff.).

Das Gesetz bestimmt schließlich in § 97 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich, daß die vorübergehende Trennung eines Zubehörstückes von der Hauptsache die Zubehöreigenschaft nicht aufhebt, was besonders bei Entfernung zu Reparaturzwecken der Fall ist.

5. Schließlich muß die Sache im Verkehre als Zubehör angesehen werden.

Können auch verbrauchbare Sachen, z. B. Kohlen, Zubehör sein? Das RG. hat im 77. Bande S. 36 ff. die Frage bezüglich der auf einem Ziegeleigrundstück lagernden, zum Betriebe der Ziegelei bestimmten Kohlenvorräte bejaht und zwar mit folgenden Gründen:

„Allerdings ist die Frage, ob auch verbrauchbare Sachen (§ 92 BGB.) die Eigenschaft als Zubehör haben können, in der Literatur bestritten. Allein die Begriffsbestimmung des § 97 paßt durchaus auch auf verbrauchbare Sachen; denn auch diese sind geeignet, dem wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache zu dienen und können dazu bestimmt sein, und zu der Hauptsache in ein dieser Bestimmung entsprechendes räumliches Verhältnis gebracht werden. Nun begründet zwar nach § 97 Abs. 2 die vorübergehende Benutzung einer Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen die Zubehöreigenschaft nicht. Soweit aber bei verbrauchbaren Sachen, also bei Gegenständen, deren Gebrauch im Verbrauch oder in der Veräußerung besteht, die Unterscheidung zwischen dauernder und vorübergehender Benutzung überhaupt einen Sinn hat, muß angenommen werden, daß derartige Sachen von dem Augenblick an, wo sie zum Dienste der Hauptsache bestimmt und zu ihr in das dazu erforderliche Verhältnis gebracht worden sind, dauernd im Dienste der Hauptsache verwendet werden; denn von da ab bis zu ihrer schließlichen Verwendung stehen sie zu jederzeitiger Verwendung bereit und dienen mithin den Zwecken der Hauptsache. Jedenfalls kann nicht wohl von einer bloß vorübergehenden Benutzung i. S. des § 97 Abs. 2 gesprochen werden, wenn derartige Sachen schließlich ihrer Zweckbestimmung gemäß ihre endgültige Verwendung im Dienste der Hauptsache gefunden haben. Eine ganz wesentliche Bestätigung findet diese Auffassung in § 98, der, wie schon erwähnt wurde, keineswegs bloß positive, den allgemeinen Zubehörbegriff erweiternde Vorschriften enthält, sondern den § 97 nur auf bestimmte, praktisch besonders hervortretende Fälle anwenden will. Denn nach § 98 Abs. 2 sind bei einem Landgute insbesondere die landwirt-

chaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Fortführung der Wirtschaft erforderlich sind, sowie der vorhandene auf dem Gute gewonnene Dünger dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt; diese Vorschrift zählt mithin selbst gewisse verbrauchbare Gegenstände auf, um die Anwendung des Zubehörbegriffes auf dieselben sicherzustellen. Der 5. Zivilsenat hat die Zubehöreigenschaft der sogen. Materialreserve einer Fabrik anerkannt, also von Gegenständen, die zur Ausbesserung der vorhandenen Einrichtung der Fabrik und zum Ersatz abgenutzter Teile durch neue dienen, und die durch ihre bestimmungsmäßige Verwendung zugleich ihre eigene Selbständigkeit verlieren (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 66 S. 356).

Nach § 97 ist ferner eine Sache nicht Zubehör, wenn sie im Verkehr nicht als Zubehör angesehen wird. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Verkehrsanschauung der Annahme der Zubehöreigenschaft von Kohlen für ein Ziegeleigrundstück nicht im Wege steht. Gegen diese Feststellung sind Bedenken nicht zu erheben, auch von der Revision nicht geltend gemacht worden."

Auch die auf einem Baugrundstück lagernden Baumittelstücke für einen in Ausführung begriffenen Neubau sind Zubehör des Baugrundstücks. So RG. 84 S. 285:

„In der Rechtslehre und in der Rechtsprechung wird für Baumittelstücke vielfach (vgl. die Angabe bei Turnau-Foerster 3. Aufl. Bd. 1 S. 36) die Zubehöreigenschaft verneint, und zwar mit der Begründung, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche solche Gegenstände kein Zubehör bilden können, die durch ihre bestimmungsmäßige Verwendung Bestandteile der Hauptsache werden und damit die Eigenschaft als bewegliche Sache verlieren. Allein die Zubehöreigenschaft tritt nach § 97 ein, sobald die Sache für den Dienst der Hauptsache bestimmt und zu ihr in ein entsprechendes räumliches Verhältnis gebracht ist. Mehr erfordert das Gesetz nicht. Daß durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch die Sache ihre Selbständigkeit verliert und damit aufhört, Zubehör zu sein, steht nicht der Annahme entgegen, daß sie vorher Zubehör war. Nach der ausdrücklichen Vorschrift in § 98 zählen zum Zubehör eines Landguts die zur Fortführung des Wirtschaftsbetriebes erforderlichen Gutszeugnisse sowie auch der Gutsdünger, mithin Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch gerade in dem Verbräuche besteht. Hiernach kann die engere Begrenzung des Zubehörbegriffs, wie sie vielfach und auch von der Revision vertreten wird, für das Bürgerliche Gesetzbuch als zutreffend nicht anerkannt werden. Der erkennende Senat hat dies bereits in dem Urteile Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 66 S. 359, wo bei einer Fabrik die sogen. Materialreserve für Zubehör erklärt ist, mit ausführlicher Begründung ausgesprochen, und von der gleichen Rechtsauffassung aus hat der VII. Zivilsenat in dem Urteil Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 77 S. 36 die Zubehöreigenschaft auch für Kohlenvorräte anerkannt, die auf einem Ziegeleigrundstücke lagerten und für den Betrieb der Ziegelei bestimmt waren. Bei Baumittelstücken eine andere rechtliche Beurteilung eintreten zu lassen, fehlt es an jedem Grunde.“

Dagegen sind nach RG. 86 S. 326 ff. die auf einem Fabrikgrundstücke lagernden, zur Verarbeitung in der Fabrik bestimmten Rohstoffvorräte — z. B. Holzvorräte einer Fabrik zur Herstellung kunstgemerblicher Möbel — kein Grundstückszubehör, weil sie nicht dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache dienen und wohl auch deshalb, weil die Verarbeitung der Rohstoffe im Fabrikbetriebe

sich nur als eine vorübergehende Benutzung der Rohstoffe für den wirtschaftlichen Zweck der Fabrik Sache darstellt. Vgl. insbesondere RG. 86 S. 328/9:

„Zwar kann eine Fabrik, die, wie eine Möbelfabrik, darauf eingerichtet ist, aus bestimmten Rohstoffen in den Verkehr zu bringende Fabrikwaren herzustellen, ihre Zweckbestimmung nicht erfüllen, wenn ihr nicht Rohstoffe der betreffenden Art zur Verarbeitung zugeführt werden. Aber die Rohstoffe dienen nicht dem wirtschaftlichen Zwecke der Fabrik als der Hauptsache. Begrifflich „dient“ eine Sache einer anderen als der „Hauptsache“, wenn sie dieser als Hilfssache untergeordnet ist, wenn sie zu der Hauptsache im Abhängigkeitsverhältnis steht. Die Rohstoffe aber sind nicht der Fabrik Sache als Hilfssachen untergeordnet. Vielmehr stehen sie und die Fabrik Sache hinsichtlich der Selbstständigkeit sich als gleichwertig und gleichwichtig zu achtende, von einander unabhängige Sachen gegenüber. Allerdings sollen aus ihnen dadurch, daß sie im Betriebe der Fabrik umgearbeitet oder verarbeitet werden, Fabrikwaren hergestellt werden. Aber daraus folgt nur, daß, wie die Fabrik Sache ihrer, so sie der Fabrik Sache bedürfen, um der Zweckbestimmung zugeführt zu werden. Daher sind Vorräte an Rohstoffen, die auf ein Fabrikgrundstück gebracht worden sind, um im Betriebe der Fabrik zu Fabrikwaren umgearbeitet oder verarbeitet zu werden, nicht dem wirtschaftlichen Zwecke der Fabrik Sache als „Hauptsache“ zu „dienen“ bestimmt.“

Das Gleiche gilt z. B. für die zur Veräußerung bestimmten größeren Weinvorräte eines Hotelgrundstücks:

„Hier sind die Vorräte nicht dazu bestimmt, dem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstücks, d. h. dem Hotel- und Restaurationsbetriebe zu dienen, sie sind vielmehr selbst Gegenstand des gewerblichen Betriebs ebenso wie die Waren, die sich auf einem für den Handelsbetrieb bestimmten Grundstück befinden, und die zur Verarbeitung dienenden Rohstoffe auf einem Fabrik- oder sonstigen Gewerbegrundstück Es kommt auch nicht darauf an, ob die Vorräte für die Fortführung der Wirtschaft erforderlich sind; dies trifft auch für ein Warenlager und die zur Verarbeitung in gewerblichen Betrieben bestimmten Materialen zu. Allerdings unterscheidet sich ein Hotel- und Restaurationsbetrieb insofern von anderen Gewerbebetrieben, als die bestimmungsgemäße Verwendung der zur Darbietung an die Gäste dienenden Waren auch den anderen Zwecken des Hotelbetriebs, insbesondere der Aufnahme von Logiergästen dient und insofern ihr Vorhandensein die Ausstattung des Grundstücks für den Zweck des Hotelbetriebs vervollständigt. Jedenfalls können derartige Vorräte aus diesem Gesichtspunkte nur insoweit als dem wirtschaftlichen Zwecke des Hotelgrundstücks dienend angesehen werden, als sie zur Befriedigung des derzeitigen Bedürfnisses erforderlich sind. Das Vorhandensein größerer Vorräte dient nicht der Ermöglichung des Betriebs, sondern der Versorgung für die Zukunft. Zubehör ist aber nicht, was später einmal dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache dienen soll, sondern was für ihren gegenwärtigen Zweck in ihren Dienst gestellt ist . . .“ (OLG. Rostock in Rspr. der OLG. 22 S. 124).

Gleichfalls können Maschinen, die auf einem Grundstück lagern und dem Betriebe eines Dampfschneidewerkes zu dienen bestimmt sind, noch nicht Zubehör des Grundstücks sein, bevor das für den Betrieb des Schneidewerkes dauernd eingerichtete Gebäude fertiggestellt ist:

„Kann . . . eine Sache dem wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache als der Hauptsache nur dann dienen, wenn die andere Sache in bestimmter Art zur Entstehung gelangt, so kann sie, bevor diese in der erforderlichen besonderen Art entstanden ist, nicht Zubehör, Nebensache, sein, da die Hauptsache, deren wirtschaftlichem Zwecke die Nebensache dienen könnte, noch nicht vorhanden ist“

In Frage kann nur kommen, ob die Maschinen, auch wenn sie nicht als Zubehör des Erbauten Zubehör des Grundstücks geworden waren, doch etwa deswegen, weil auf dem Grundstück ein Dampfschneidwerk erbaut werden sollte, Zubehör unmittelbar des Grundstücks waren. In dem . . . Urteile des erkennenden Senats (RG. 84 S. 284) sind Baumittelstücke, die auf einem Baugrundstücke lagerten und mit diesem und untereinander verbunden werden sollten, um den in Angriff genommenen Neubau zur Vollendung zu bringen, für Zubehör des Grundstücks erachtet worden, weil das Baugrundstück seiner Zweckbestimmung entsprechend durch die Bebauung habe nutzbar gemacht werden sollen und diesem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstückes als der Hauptsache zugleich die Baumittelstücke dienten, deren es für die Ausführung der Bebauung bedurfte. Im vorliegenden Falle aber handelt es sich nicht um Baumittelstücke, die dem in der Nuzbarmachung durch Bebauung bestehenden wirtschaftlichen Zwecke eines Baugrundstücks dadurch dienten, daß es ihrer für die Ausführung der Bebauung bedurfte und daß durch ihre Verbindung mit dem Grundstück und untereinander der in Angriff genommene Neubau zur Vollendung gebracht werden sollte. Vielmehr sollten die streitigen, von der Klägerin unter Vorbehalt des Eigentums gelieferten Maschinen selbständige bewegliche Sachen bleiben, auch wenn sie, um ihre gehörige Inbetriebsetzung zu ermöglichen, nach Herstellung des Dampfschneidwerks in diesem aufgestellt oder angebracht werden sollten. Ihre Zweckbestimmung war nur, dem wirtschaftlichen Zwecke des hergestellten Dampfschneidwerks durch Ermöglichung oder Förderung des Betriebes zu dienen, nicht dagegen schon vor Herstellung des Dampfschneidwerks dem Grundstück zu seiner Nuzbarmachung durch Bebauung Hilfssache zu sein. Da es zur Herstellung des Dampfschneidwerks bis zum Zuschlage nicht gekommen ist, haben die Maschinen ihre Zweckbestimmung nicht erreicht, und sie sind daher weder Zubehör des Erbauten noch Zubehör unmittelbar des Grundstücks gewesen“ (RG. 89 S. 64/5).

Wohl aber sind Kostüme und Requisiten eines Theaters oder Sportpalastes als Zubehör des Theaters anzusehen, wenn der Grundstückseigentümer zugleich Inhaber des Theaterunternehmens ist. Dies gilt auch dann, wenn abgenutzte Stücke wieder verkauft werden (RG. in Rspr. der OLG. 30 S. 328/9). Vorräte eines Hotels an Likör, Wein, Bier, Konserven und dergl. sind höchstens insoweit Zubehör, als sie erforderlich sind, um den Fortbetrieb des Hotelgrundstücks zu sichern (OLG. Dresden in Rspr. d. OLG. 30 S. 329).

Auch bei einem nur zum Teil für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäude sind die dem Betriebe bestimmungsgemäß dienenden Gerätschaften Zubehör des Grundstücks:

„Der durchschlagende Grund für die Zubehöreigenschaft beruht darin, daß das, was dem Bestandteil eines einheitlichen Ganzen dient, der Natur der Sache nach auch dem Ganzen dient und den Wert des Ganzen erhöht. Dieser Grund trifft auch für das Bürgerliche Gesetzbuch zu, und die von ihm in § 98

Ziff. 1 gegebenen Beispiele der Schmiede und Mühle beweisen, daß es auf dem gleichen Standpunkte steht; denn diese nehmen vielfach nur einen Teil eines Gebäudes ein.

Das Berufungsgericht verkennt nun auch nicht, daß ein Restaurationsinventar Zubehör von Restaurationsräumen sein könne, die auf einen Teil eines Gebäudes beschränkt sind; es erfordert aber für diesen Fall, daß die bauliche Einrichtung des Teiles des Gebäudes diesen Teil nur zur Verwendung für den bestimmten Gewerbebetrieb geeignet mache, und es nimmt an, daß dies in dem vorliegenden Fall nicht zutrefte. (Das Grundstück bestand aus 4 Stockwerken; im Erdgeschoß, im Keller und in zwei Zimmern des ersten Stockes wurde die Schankwirtschaft betrieben, während die übrigen Räume als Wohnungen vermietet waren). Eine derartige Beschränkung ist jedoch dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht bekannt. Bei einem Gebäude erfordert dasselbe für die Zubehöreigenschaft des Gewerbeinventars nichts weiter, als daß das Gebäude für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet sei; daß sein Verwendungszweck bei der Einrichtung als ein unabänderlicher geplant gewesen sein müsse, ist nirgends bestimmt. Was aber für ein Gebäude als Ganzes gilt, das muß wegen der Einheitlichkeit des Zubehörbegriffes auch für einen Teil eines Gebäudes gelten" (RG. 48 S. 208/9).

Zu beachten ist, daß Zubehörstücke sehr wohl im Eigentum eines andern als in dem des Eigentümers der Hauptsache stehen können, was sich aus § 926 Abs. 2 BGB. ergibt. Z. B. wenn eine Fabrik für den Fabrikleiter ein Geschäftsauto anschafft, auf Abzahlung kauft und der Autofabrikant sich das Eigentum daran vorbehält. Daraus folgt, daß Zubehörstücke eine andere Rechtslage als die Hauptsache haben können.

II. Rechtliche Bedeutung des Zubehörs.

a) Es kommen hauptsächlich die §§ 314, 926, 1096, 1120/2¹⁾ in Frage.

¹⁾ Die in Frage kommenden Bestimmungen lauten:

§ 314. Verpflichtet sich Jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

§ 926. Sind der Veräußerer und der Erwerber darüber einig, daß sich die Veräußerung auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Eigentum an dem Grundstück auch das Eigentum an den zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Zubehörstücken, soweit sie dem Veräußerer gehören. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sich die Veräußerung auf das Zubehör erstrecken soll.

Erlangt der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz von Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 936 Anwendung; für den guten Glauben des Erwerbers ist die Zeit der Erlangung des Besitzes maßgebend.

§ 1096. Das Vorkaufsrecht kann auf das Zubehör erstreckt werden, das mit dem Grundstücke, verkauft wird. Im Zweifel ist anzunehmen, daß sich das Vorkaufsrecht auf dieses Zubehör erstrecken soll.

§ 1120. Die Hypothek erstreckt sich auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie nicht mit der Trennung nach den §§ 954 bis 957 in das Eigentum eines Anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesizers des Grundstücks gelangt sind, sowie auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind.

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen erstreckt sich nicht von selbst auf das Zubehör; dies nur beim Pfandrecht an Schiffen, das sich aber nur auf das Zubehör im Eigentum des Schiffseigentümers erstreckt (§ 1265 BGB. und § 865 Abs. 1 ZPO.).

Von großer Bedeutung ist ferner § 865 ZPO., welcher bestimmt, daß die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen auch die Gegenstände umfaßt, auf welche sich bei Grundstücken und Berechtigungen die Hypothek, bei Schiffen das eingetragene Pfandrecht erstreckt und daß diese Gegenstände, soweit sie Zubehör sind, nicht gepfändet werden können. Bei Verletzung dieser Vorschrift haben die Hypothekengläubiger die Rechte aus § 766 und auch aus § 771 ZPO. (RG. 69 S. 93 und 55 S. 209).

b) Von größter Bedeutung ist das Zubehör für die Zwangsversteigerung von Grundstücken. Die Beschlagnahme des Grundstücks umfaßt auch diejenigen Gegenstände, auf welche sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt (§ 20 ZwVG.), also auch das dem Grundeigentümer gehörige Zubehör des Grundstücks nach §§ 1120 ff. BGB. Die Versteigerung dehnt aber den Kreis der Zubehörstücke aus, denn § 55 ZwVG. bestimmt:

„Die Versteigerung des Grundstücks erstreckt sich auf alle Gegenstände, deren Beschlagnahme noch wirksam ist.

Auf Zubehörstücke, die sich im Besitze des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden, erstreckt sich die Versteigerung auch dann, wenn sie einem Dritten gehören, es sei denn, daß dieser sein Recht nach Maßgabe des § 37 Nr. 5 geltend gemacht hat.“

Nach § 37 Nr. 5 ZwVG. enthält die Terminsbestimmung u. a. die Aufforderung an diejenigen, welche ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht haben, vor der Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeizuführen, widrigenfalls für das Recht der Versteigerungserlös an die Stelle des versteigerten Gegenstandes treten würde. Da es sich um einen Einspruch gegen eine Zwangsvollstreckung handelt, muß derjenige, welchem das Eigentum an Grundstückszubehör zusteht, sein die Veräußerung hinderndes Recht nach §§ 769, 770, 771 ZPO. geltend machen und vor Erteilung des Zuschlags einen Gerichtsbeschluß über die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Ver-

§ 1121. Erzeugnisse und sonstige Bestandteile des Grundstücks sowie Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt werden, bevor sie zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind.

Erfolgt die Veräußerung vor der Entfernung, so kann sich der Erwerber dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen sei. Entfernt der Erwerber die Sache von dem Grundstück, so ist eine vor der Entfernung erfolgte Beschlagnahme ihm gegenüber nur wirksam, wenn er bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist.

§ 1122. Sind die Erzeugnisse oder Bestandteile innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft von dem Grundstück getrennt worden, so erlischt ihre Haftung auch ohne Veräußerung, wenn sie vor der Beschlagnahme von dem Grundstück entfernt werden, es sei denn, daß die Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt.

Zubehörstücke werden ohne Veräußerung von der Haftung frei, wenn die Zubehörereignis innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird.

fahrens hinsichtlich der Zubehörfstücke herbeiführen, den aber in dringenden Fällen bei Glaubhaftmachung der tatsächlichen Behauptungen der Versteigerungsrichter als Vollstreckungsgericht nach §§ 769 Abs. 2, 771 Abs. 3 ZPO. unter Setzung einer Frist zur Nachbringung einer prozeßgerichtlichen Entscheidung selbst erlassen kann. Andernfalls kann nur der betreibende Gläubiger die Zubehörfstücke ausdrücklich von der Versteigerung ausschließen, sonst erwirbt der Ersteher mit dem Zuschlag auch die fremden Zubehörfstücke (§§ 20, 22, 55, 90 ZwVG.) und der Geschädigte¹⁾ muß sich an den Versteigerungserlös oder — nach dessen Verteilung — an die zuletzt aus dem Erlös befriedigten Gläubiger halten (§ 37 Nr. 5 ZwVG.). Wie ist hierbei der Betrag zu ermitteln, der für fremde mitversteigerte Zubehörfstücke an deren Eigentümer aus dem Versteigerungserlöse zu vergüten ist?

Das Reichsgericht hatte folgenden Fall zu entscheiden: Bei der Zwangsversteigerung eines Gasthofs wurde das der Ehefrau des Schuldners gehörige Haus- und Wirtschaftsgerät mit versteigert. Die Frau klagte nun gegen die beiden Hypothekengläubiger, die an letzter und vorletzter Stelle Befriedigung erhalten hatten, auf Zahlung von 2652 M. Das Landgericht wies die Klage ab, das OLG. erklärte den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die dagegen von dem Beklagten eingelegte Revision wies das RG. (76 S. 212 ff.) mit folgenden Gründen zurück:

„Das Landgericht hatte den Anspruch der Klägerin für unbegründet erklärt, weil ein Gläubiger, der bei einer Zwangsversteigerung aus einem dem Schuldner nicht gehörigen Gegenstand befriedigt worden sei, nicht ungerechtfertigt bereichert sei, die Beklagten ferner nicht um den Wert der Zubehörfstücke bereichert sein könnten, sondern höchstens um den Erlös, der aus den Zubehörfstücken bei der Zwangsversteigerung erzielt worden sei, die Klägerin aber nicht behauptet habe, daß durch die Mitversteigerung der Zubehörfstücke ein höherer Erlös erzielt worden sei. Das Berufungsgericht dagegen hat angenommen, der Klägerin stehe ein Anspruch auf Herausgabe des Geldbetrages zu, der an die Stelle ihrer Zubehörfstücke getreten sei; der Anspruch richte sich gegen diejenigen Gläubiger, welche mit diesem Betrage bei Befriedigung der Klägerin nicht mehr zur Hebung gelangt wären; der Einwand, der Ersteher hätte nicht weniger geboten, wenn die der Klägerin gehörigen Gegenstände nicht mit versteigert worden wären, dürfe der Klägerin nicht entgegengehalten werden; der Versteigerungserlös stelle den Gegenwert dar für das erstandene Grundstück einschließlich des fremden Zubehörs.

Die Revision bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichts. Es ist jedoch dem Berufungsgericht beizutreten.

¹⁾ Dieses Recht auf den Erlös kann im Verteilungstermin geltend gemacht und verlangt werden, daß der Erlös als nicht zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners gehörig, sondern dem Dritten gebührend aus der Teilungsmasse ausgeschieden und an diesen herausgegeben werde. Wird dieser Erlös vom Vollstreckungsgericht zur Verteilung gebracht, so kann der Dritte Widerspruch gegen den Teilungsplan erheben und von denjenigen Inhabern von Rechten am Grundstücke, die nicht zur Hebung gekommen wären, wenn der Erlös nicht zur Verteilung gebracht worden wäre, Einwilligung in die Zuweisung des durch die Verteilung dieses Erlöses Erlangten beanspruchen. So RG. 88 S. 356.

Das Eigentum der Klägerin an den Zubehörstücken erlosch durch den Zuschlag (§ 55 Abs. 2 ZwBG.). An die Stelle des Eigentums an den Zubehörstücken trat nach § 92 Abs. 1 ZwBG. der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse. Die Klägerin hatte also Ersatz des Wertes ihrer Zubehörstücke aus dem Versteigerungserlöse zu verlangen. Den Gesamterlös einschließlich des der Klägerin gebührenden Anteils haben die Gläubiger bezogen, die nur aus dem Vermögen des Schuldners ein Recht auf Befriedigung hatten. Die Beklagten hätten, wenn der Klägerin der ihr gebührende Teil des Versteigerungserlöses ausgehändigt worden wäre, diesen Betrag weniger erhalten. Die Beklagten haben also den Betrag, der der Klägerin als Ersatz des Wertes ihrer Zubehörstücke gebührte, auf Kosten der Klägerin ohne rechtlichen Grund erlangt (vgl. J. W. 1906 S. 15 Nr. 13).

Nach der Fassung des § 92 Abs. 1¹⁾ könnte der Zweifel bestehen, ob, wer für sein erloschenes Eigentum einen Anspruch auf Ersatz des Wertes erhält, nicht Ersatz des Verkehrswertes verlangen kann. Das Reichsgericht hat für das preussische Recht in einem Urteile vom 21. Oktober 1882, Entsch. in Ziv. Bd. 8 S. 204, die Ansicht, daß der volle Wert zu ersetzen sei, abgelehnt, weil an die Stelle der verkauften Gegenstände die dafür gelösten Kaufgelder getreten seien. Auch für das geltende Recht erscheint diese Auffassung zutreffend. Wie sich aus § 37 Nr. 5 ZwBG. ergibt, soll der Nachteil für denjenigen, welcher ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht hat, aber die Aufhebung oder die einstweilige Einstellung des Verfahrens nicht herbeiführt, darin bestehen, daß der Versteigerungserlös an die Stelle des versteigerten Gegenstandes tritt. Daraus, daß in § 92 Abs. 1 angeordnet ist, an die Stelle des erloschenen Rechtes trete der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse, läßt sich daher nicht schließen, daß der zu ersetzende Wert der fremden Gegenstände ohne Rücksicht auf das Ergebnis der Versteigerung zu bestimmen wäre.

Nicht zu beanstanden ist, wenn das Berufungsgericht bei der Frage, wie der Wert der versteigerten fremden Sachen unter Berücksichtigung des bei der Versteigerung erzielten Erlöses festzusetzen sei, angeführt hat, der Gesamterlös stelle den Gegenwert dar für das Grundstück einschließlich des Zubehörs. Die von der Revision vertretene Auffassung, der Eigentümer der Zubehörstücke könne nur den Betrag verlangen, der als Kaufgeld für die Zubehörstücke vom Ersteher geboten und gezahlt worden sei, hat der Berufsrichter mit Recht zurückgewiesen

Der Anspruch des Eigentümers der Zubehörstücke läßt sich nicht von der Feststellung abhängig machen, ob und was der Ersteher gerade für die Zubehörstücke geboten hätte. An dem Versteigerungserlös haben der Schuldner und der Dritte gleichartige Rechte; der Versteigerungserlös tritt ebenso an die Stelle der dem Schuldner gehörigen Gegenstände, wie er an die Stelle der fremden Zubehörstücke tritt. Die Ermittlung, welcher Anteil an dem Steigerungserlös dem Dritten gehört, und welcher dem Schuldner, kann nicht nach verschiedenen Grundfällen erfolgen. Abgesehen von den Fällen, in denen für die dem Schuldner gehörigen Gegenstände und für die fremden Sachen gesonderte Gebote abgegeben und angenommen werden, kann es auf die Meinung des Erstehers über den Wert, den einzelne Versteigerungsgegenstände für ihn haben,

¹⁾ § 92. Erlischt durch den Zuschlag ein Recht, das nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet ist, so tritt an die Stelle des Rechtes der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse.

nicht ankommen. In der Regel wird sich der Ersteher keine Gedanken darüber machen, welcher Teil seines Gebots auf den einen oder den anderen Versteigerungsgegenstand entfalle. Häufig werden auch andere Verhältnisse als der Wert der einzelnen Gegenstände für die Höhe des Gebots maßgebend sein. Jedenfalls ist die Vorstellung, die der Ersteher sich von dem Werte der einzelnen Versteigerungsgegenstände macht, für den Ersatzanspruch des Dritten von keiner Bedeutung. Zu einem angemessenen Ergebnisse, das auch mit dem Wortlaute des § 92 Abs. 1 in Einklang steht, führt nur die Annahme, daß der Versteigerungserlös dem Schuldner und dem Dritten nach dem Verhältnisse gebührt, in welchem zur Zeit der Versteigerung der Verkehrswert der dem Schuldner gehörigen Gegenstände zu dem Verkehrswert der dem Dritten gehörigen Gegenstände stand. Als Wertersatz im Sinne des § 92 Abs. 1 gebührt demnach dem Dritten, dessen Eigentum erloschen ist, derjenige Betrag, welcher zu dem Gesamterlös in demselben Verhältnisse steht wie der Verkehrswert der fremden Zubehörstücke zu dem Verkehrswert der Versteigerungsgegenstände (vgl. § 471 BGB.). In ähnlicher Weise hat das Reichsgericht bei Anwendung der §§ 812 ff. BGB. schon ausgesprochen, daß, wenn jemand mehrere Grundstücke, von denen einige fremdes Eigentum sind, um einen Gesamtpreis veräußert, der aus ungerechtfertigter Bereicherung zu leistende Wertersatz danach zu berechnen ist, welcher Anteil des Gesamterlöses nach dem objektiven Verkehrswert der Grundstücke auf die fremden Grundstücke entfällt, daß es aber nicht darauf ankommt, wie der Erwerber die Grundstücke veranschlagt hat (Entsch. in Zivilf. Bd. 75 S. 361)."

An diesem Grundsatz hat auch das RG. 88 S. 351 ff. festgehalten und darauf hingewiesen, daß der Anspruch des verletzten Eigentümers, dessen Gegenstände zugleich mit dem Grundstücke des Vollstreckungsschuldners versteigert worden sind, kein Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse sei, den die Gegenstände für ihn haben, sondern ein Anspruch auf Herausgabe des Erlöses, der durch die Versteigerung seiner Gegenstände tatsächlich erzielt worden sei:

„Auch wenn der Erlös den Wert, den die Gegenstände für den dritten Eigentümer hatten, übersteigt, gebührt dem Eigentümer der Erlös in ganzer Höhe, da nach § 37 Nr. 5 ZwVG. dieser Erlös an die Stelle der Gegenstände tritt. Diejenigen, denen ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke zusteht, haben auf den Erlös für die Gegenstände auch insoweit kein Recht, als er etwa jenen Wert übersteigt. Es gilt hier das gleiche, wie wenn ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung trifft, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, und dabei das durch die Verfügung Erlangte den Wert, den der Gegenstand für den Berechtigten hat, übersteigt. Der Nichtberechtigte muß nach § 816 Abs. 1 BGB. das Erlangte in ganzer Höhe an den Berechtigten herausgeben und hat kein Recht darauf, dasjenige, das er durch die unberechtigten Verfügung etwa nach besonders obwaltenden Verhältnissen über jenen Wert hinaus erlangt hat, für sich zu behalten.“

Das RG. weist in dieser Entscheidung (S. 357) ferner darauf hin, daß dann, wenn für das Grundstück und für die Gegenstände gesonderte Gebote abgegeben und angenommen werden, sich aus dem vom Ersteher auf die Gegenstände abgegebenen Meistgebote der

fragliche Versteigerungserlös von selbst ergibt. Sind aber das Grundstück und die Gegenstände zusammen für ein einheitliches Gebot zugeschlagen worden, so sei zu ermitteln, welcher Teil des Gebots als auf die Gegenstände bezüglich anzusehen ist. Hat der Ersteher einen bestimmten Teil des Gebots deswegen abgegeben, weil die Gegenstände mit versteigert wurden, so sei dieser Teil der Erlös für die Gegenstände. Erst wenn solches nicht geschehen, sei, wenn nicht im einzelnen Falle besondere Umstände zu einer anderen Verteilung Anlaß gäben, das Gebot nach dem Verhältnis des Wertes der Gegenstände zu dem Werte des versteigerten Ganzen, des Grundstücks zusammen mit den Gegenständen, zu verteilen und der Teil des Gebots, der danach auf die Gegenstände entfalle, habe als der Erlös für diese zu gelten, weil mutmaßlich nach jenem Verhältnis ein höheres Gebot deswegen erzielt worden sei, weil das Grundstück in Verbindung mit den Gegenständen versteigert wurde. Das RG. weist noch auf die Parallele in § 471 BGB. hin, wodurch die Richtigkeit der Verteilung bestätigt werde.

Streitig ist die Frage, ob beim Ausfall einer Hypothek in der Zwangsversteigerung die Hypothek durch den Zuschlag (§§ 91, 52, 59 ZwVBG.) nur hinsichtlich des versteigerten Grundstücks, oder auch hinsichtlich der anderen mithaftenden beweglichen, nicht mit versteigerten Gegenstände, erlischt. Das Reichsgericht hat in Band 55 S. 414 ff. die Frage in ersterem Sinne entschieden und ausgesprochen, daß der Erwerber von für eine Hypothek haftenden Zubehörstücken eines Grundstücks, die wegen seines Eigentums im Zwangsversteigerungsverfahren von der Versteigerung ausgeschlossen worden waren, nach der auf Grund des Zuschlags erfolgten Löschung der Hypothek im Grundbuche den wegen seiner Forderung nicht befriedigten Gläubiger verhindern kann, nach der Beendigung des für ihn nicht angeordneten Zwangsversteigerungsverfahrens die Zwangsvollstreckung in die Zubehörstücke zu betreiben, verneint:

„Dafür . . . daß die Hypotheken der aus einem Grundstücke nicht befriedigten Gläubiger infolge der Ausschließung des Zuhörs von der Versteigerung des Grundstücks an dem ihm verhafteten Zubehör zur Erlöschung kommen sollen, fehlt jeder gesetzliche Anhalt. Denn wenn auch durch die dahingehende richterliche Anordnung die Zubehörerschaft des bisherigen Zuhörs aufgehoben würde, so würde daraus nicht auch der Fortfall der bisherigen Haftung der gewesenen Zubehörstücke für die Hypotheken folgen, da diese Anordnung mit einer Veräußerung und Entfernung des Zuhörs vom Grundstücke nicht gleichzustellen ist. Allerdings hat der Zuschlag des Grundstücks zur Folge, daß die Hypotheken der nicht befriedigten Gläubiger im Grundbuche gelöscht werden. Aber da diese Löschung lediglich die Folge des Zuschlages ist, so kann bezüglich derjenigen Hypotheken, welche nicht durch die Befriedigung aus dem Grundstück erloschen sind, die Wirkung der Löschung nicht über das zugeschlagene Grundstück hinaus auf die vom Zuschlage ausgenommenen Zubehörstücke erstreckt werden; diese Hypotheken

müssen vielmehr der Löschung ungeachtet an den Zubehörfstücken als fortbestehend angenommen werden.“ (RG. 55 S. 416/7).

Demnach kann der Hypothekengläubiger wegen seiner Hypothekenforderung Befriedigung aus dem Zubehör verlangen, sofern es der hypothekarischen Haftung unterliegt.

Die Ansicht des Reichsgerichts ist nicht bedenkenfrei. Sie wird auch von Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 470 ff. sowie von Fuchs im Zentralblatt für Freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 6 S. 161 ff. und vom OLG. Cassel verworfen. Letzteres führt in der Rpr. der OLG. 11 S. 137/9 folgendes aus:

„Die entgegengesetzte, von Eccius bei Gruchot 48 S. 470 ff. vertretene Ansicht (vgl. auch Fischer-Schäfer, Zwangsversteigerung Anm. 4 zu § 865 S. 131) ist jedoch für richtig zu erachten. Sie ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem Begriff der Hypothek. Die Hypothek ist die Belastung eines Grundstücks, ihr Gegenstand, der Gegenstand der Haftung, ist ein Grundstück. Eine bewegliche Sache kann nicht selbständiger Haftungsgegenstand einer Hypothek sein. Die an einem Gegenstand bestehende Hypothek erstreckt sich allerdings nach § 1120 BGB. auf gewisse, zu dem Grundstück in bestimmten Beziehungen stehende bewegliche Sachen, insbesondere das Zubehör, und nach §§ 423, 1126, 1127 auch auf gewisse, zu dem Grundstück in bestimmten Beziehungen stehende Forderungen und Ansprüche. Die Bedeutung dieser Vorschriften ist aber nicht dahin zu verstehen, daß damit jene beweglichen Sachen, Forderungen und Ansprüche selbständige Haftungsgegenstände, nämlich neben dem Grundstück selbst noch jene beweglichen Sachen, Forderungen und Ansprüche vorhanden wären. Die Haftung der beweglichen Sachen, Forderungen und Ansprüche stellt sich vielmehr, wie das Gesetz durch seine Fassung klar zum Ausdruck bringt, nur als eine Erstreckung der Hypothek dar, die nur kraft der Haftung des Grundstücks auch dessen Akzeßion ergreift, mithin nur solange bestehen kann, als die Haftung des Grundstücks besteht. Das Verhältnis ist also ein wesentlich anderes als bei der Korrealhypothek. Diese hat in Wahrheit mehrere selbständige Haftungsgegenstände, die mehreren Grundstücke; hier spricht das Gesetz die Haftung jedes der mehreren Grundstücke für die Forderung ausdrücklich aus (§ 1132).

Das Gesetz bezeichnet die oben erwähnte Erstreckung der Haftung auf die beweglichen Gegenstände, Forderungen und Ansprüche auch nirgends als eine an diesen bestehende Hypothek; es spricht vielmehr da, wo von dem Aufhören der Haftung der beweglichen Gegenstände, Forderungen und Ansprüche die Rede ist, entweder von einem Freiwerden dieser Gegenstände von der Haftung (§§ 1121, 1122 Abs. 2, 1123 BGB.) oder von einem Erlöschen der Haftung dieser Gegenstände (§§ 1122 Abs. 1, 1124 Abs. 1 Satz 2, 1127 Abs. 2), während im Falle der Korrealhypothek dann, wenn bezüglich der Hypothek an einem der haftenden Grundstücke ein gewisses, hypothekrechtliches Ereignis eintritt, bestimmt ist, daß die Hypothek an diesem oder anderen übrigen Grundstücken erlösche (§§ 1173 Satz 1, 1174 Abs. 1, 1175 Abs. 1 Satz 2).

Wenn die Hypothek an den beweglichen Gegenständen, auf welche sie sich erstreckt, als fortbestehende und durch sich selbst wirksame dingliche Belastung der beweglichen Gegenstände auch nach der zu Recht erfolgten Löschung der in der Zwangsversteigerung ausgefallenen Hypothek anzusehen wäre — wie das Reichsgericht annimmt — dann müßte es auch, wie Eccius a. a. O.

§. 472 bemerkt, möglich sein, die Hypothek an den beweglichen Gegenständen aufrecht zu erhalten, indem man das Grundstück nur vorbehaltenlich der Weiterhaftung der beweglichen Gegenstände aus der Haft entlasse und so die Löschung herbeiführte. Wenn Trennung der Zuehörstücke von dem für die Hypothek haftenden Grundstück zur Zeit des Bestehens dieser Haftung der einzige Erlösungsgrund für die Haftung der Zuehörstücke wäre, wenn diese also hypothekarisch weiter hafteten, nachdem die Haftung des Grundstücks aufgehört hatte, dann hätte man ein nicht erkennbares Pfandrecht an Mobilien, das anscheinend anders als durch Untergang der Sachen oder Verzicht überhaupt nicht erlöschen könnte (vgl. Eccius a. O.). Die Gründe, welche das Reichsgericht (55 S. 416 ff.) für seine Ansicht anführt, sind nicht überzeugend. Richtig ist es allerdings, daß die Hypotheken der aus einem Grundstück nicht befriedigten Gläubiger infolge der Ausschließung des Zuehört von der Versteigerung an dem ihnen verhafteten Zuehör nicht erlöschen. Die Ausschließung des Zuehört von der Versteigerung hat diese Wirkung nicht, wohl aber der Zuschlag, der den Untergang der Hypothek herbeiführt. Das Reichsgericht verneint dies mit der Begründung: da die Löschung der Hypotheken der nicht befriedigten Gläubiger lediglich die Folge des Zuschlags sei, so könne bezüglich derjenigen Hypotheken, welche nicht durch die Befriedigung aus dem Grundstück erloschen seien, die Wirkung der Löschung nicht über das zugeschlagene Grundstück hinaus auf die vom Zuschlag ausgenommenen Zuehörstücke erstreckt werden. Demgegenüber ist zunächst darauf hinzuweisen, daß das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung keine Bestimmung des Inhalts kennt, der Zuschlag wirke auf die von der Hypothek ergriffenen Gegenstände nur insoweit, als diese Gegenstand des Zuschlags seien. Vielmehr bestimmt § 91 ZwVG.: „Durch den Zuschlag erlöschen . . . die Rechte, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen“, und § 52 schreibt vor: „Ein Recht bleibt insoweit bestehen, als es bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt und nicht durch Zahlung zu decken ist.“

Durch den Zuschlag erlöschen also die Rechte der Gläubiger an dem versteigerten Grundstück, d. h. die an dem versteigerten Grundstück bestehenden Hypothekenrechte, sie erlöschen ganz, also auch bezüglich aller von der bis dahin bestehenden, nunmehr aber wegfallenden Haftung des Grundstücks mit umfaßter Gegenstände; denn es handelt sich bei einer sich auf Zuehör des Grundstücks erstreckenden Hypothek nur um ein Recht mit einem einzigen selbständigen Haftungsgegenstand. Ist dieses Recht erloschen, dann kann von einem Fortbestehen der Haftung des Zuehört nicht die Rede sein, weil diese Haftung jeder Selbständigkeit entbehrt, nicht ein weiteres Recht neben der Haftung des Grundstücks darstellt, sondern nur eine Qualifikation des an dem Grundstück bestehenden Rechts ist.

Einen weiteren Grund als den des Reichsgerichts vermag auch Kretschmar¹⁾ nicht aufzuführen, während Blanck²⁾ seine Ansicht überhaupt nicht begründet, sondern sich damit begnügt, die entgegengesetzte Ansicht von Fischer-Schäfer als unrichtig zu bezeichnen. Hiernach ist für das Reichsrecht der Grundsatz festzuhalten, daß mit dem Erlöschen der Grundstücks-hypothek ihre Wirksamkeit gegenüber einem früheren Zuehörstück des

¹⁾ Kretschmar, Zentralbl. für Freiw. Gerichtsbarkeit 5 S. 616.

²⁾ Blanck, VGH, Anm. 3c zu § 1181, Anm. 1c zu § 1147.

Grundstückes aufhört, wenn diese nicht schon vor dem Erlöschen der Hypothek Gegenstand einer dinglichen Klage oder einer Beschlagnahme zu Gunsten des Hypothekengläubigers geworden ist. Eine selbständige Verfolgung einer zu Recht gelöschten und untergegangenen Hypothek bezüglich beweglicher Sachen, welche mit dem Grundstück gehaftet haben, ist unmöglich (vgl. des Näheren *Ecceius a. D.*)

Weitere gesetzliche Bestimmungen sind:

§ 65 ZwZG.

„Das Gericht kann auf Antrag anordnen, daß eine Forderung oder eine bewegliche Sache von der Versteigerung des Grundstücks ausgeschlossen und besonders versteigert werden soll. Auf Antrag kann auch eine andere Art der Verwertung angeordnet, insbesondere zur Einziehung einer Forderung ein Vertreter bestellt oder die Forderung einem Beteiligten mit dessen Zustimmung an Zahlungsstatt überwiesen werden. Die Vorschriften der §§ 718, 721, 736 der Zivilprozessordnung finden entsprechende Anwendung. Der Erlös ist zu hinterlegen.“

Die besondere Versteigerung oder die anderweitige Verwertung ist nur zulässig, wenn das geringste Gebot erreicht ist.“

§ 17.

Früchte, Nutzungen und Lasten.

I. An **Früchten** unterscheidet das Gesetz nach § 99 BGB.:

1. Sachfrüchte, d. h. Erzeugnisse einer Sache sowie die sonstige Ausbeute, die aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird, z. B. Milch, Dünger, Bodenprodukte, Tierjunge;

2. Rechtsfrüchte, d. h. Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt, insbesondere bei einem Rechte auf Gewinnung von Bodenbestandteilen die gewonnenen Bestandteile, z. B. die Nutzungen des Pächters oder dinglich Berechtigten, die einzelnen Leistungen aus einer Leibrente (RG. 67 S. 210, 68 S. 343), Zinsen eines Darlehns. Ferner gehören hierzu auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht „vermöge eines Rechtsverhältnisses“ gewährt. Mit Recht weist Staudinger (§ 99 Ziff. 6d) auf die wenig glückliche Fassung des Ausdrucks „vermöge eines Rechtsverhältnisses“ hin, da es sich in § 99 Abs. 3 nicht eigentlich um Erträge, sondern um Ersatz für die Überlassung von Erträgen an andere handele. Diese Überlassung beruht meist auf einem Rechtsgeschäft, z. B. bei Miet- und Pachtzinsen, aber auch auf Gesetz, z. B. bei der Überbaurente (§ 912 ff.).

II. Nutzungen sind nach § 100 die Früchte einer Sache oder eines Rechtes sowie die Vorzüge, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewährt.

Hiernach ist der Begriff Nutzung weiter als der Begriff Fruchtgenuß, insofern alle Früchte Nutzungen, nicht aber alle Nutzungen Früchte sind.

Aber den Begriff „Vorteile, welche der Gebrauch gewährt“ führt der RGR. § 100 Ziff. 3 aus:

„Unter Vorteilen, welche der Gebrauch gewährt, versteht das Gesetz zweierlei, nämlich, falls es jemandem ein Recht zur Benutzung einer Sache oder eines Rechtes gibt, die Vorteile im natürlichen Sinne, und, falls es jemand verpflichtet, Nutzungen herauszugeben, den Wert der Vorteile, da diese selbst in der Regel nicht herausgegeben werden können. Die Vorteile brauchen aber nicht Vermögenswert zu haben (z. B. Benutzung eines Kraftfahrzeugs zu Sportzwecken).“

Vgl. ferner RG. in J. W. 44 S. 324 über den Begriff der „Nutzungen“ einer Sache:

Es geht nicht an, alle Vorteile, die jemand aus dem Besitz oder Eigentum einer Sache erlangt, als Nutzungen der Sache zu bezeichnen. Der Begriff der Nutzungen wird bestimmt im § 100 BGB., und zwar, abgesehen von den Früchten, als die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder eines Rechtes gewährt. Daß der Gebrauch der Sache das Entscheidende ist, nimmt die Rechtslehre an und mit Recht wird unterschieden zwischen Vorteilen, die der Gebrauch der Sache gewährt und anderen, die nur mittels der Sache, insbesondere durch deren Verbrauch, gewonnen werden. Man würde aber den Begriff des Gebrauches mißverstehen, wollte man einen „Gebrauch“ eines Grundstückes in dessen Verkauf oder in der Aufnahme einer Hypothek sehen; in keinem der beiden Fälle gebraucht jemand das Grundstück, wenn er auch, ohne dessen Eigentümer zu sein, die Vorteile aus diesen Geschäften in der Regel nicht erzielen kann.“

Zweifelhaft ist, was das Gesetz als „Gebrauch eines Rechtes“ versteht, sofern dieses Recht nicht den Gebrauch einer Sache zum Gegenstande hat. Auch der RGR. erwähnt kein Beispiel anderer Art und bemerkt lediglich, daß der Gebrauch eines Rechtes „wohl fast ausschließlich nur dann in Frage kommen kann, wenn das Recht selbst auf den Gebrauch einer Sache gerichtet ist“.

Die Nutzungen spielen vor allem beim Nießbrauch und beim Güterrecht eine Rolle.

III. Über das lediglich innere, nur schuldrechtliche Verhältnis mehrerer aufeinander folgender, zum Fruchtbezug Berechtigter (RG. 80 S. 316) bestimmt § 101:

§ 101. Ist Jemand berechtigt, die Früchte einer Sache oder eines Rechtes bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu beziehen, so gebühren ihm, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist:

1. die im § 99 Abs. 3 bezeichneten Erzeugnisse und Bestandteile, auch wenn er sie als Früchte eines Rechtes zu beziehen hat, insoweit, als sie während der Dauer der Berechtigung von der Sache getrennt werden;

2. andere Früchte insoweit, als sie während der Dauer der Berechtigung fällig werden; bestehen jedoch die Früchte in der Vergütung für die Überlassung

des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses, in Zinsen, Gewinnanteilen oder anderen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen, so gebührt dem Berechtigten ein der Dauer seiner Berechtigung entsprechender Teil.

Praktische Bedeutung hat diese Vorschrift in den §§ 808, 987, 1656, 2020, 2184 BGB. Ferner dann, wenn z. B. am 1. April ein voll vermietetes Hausgrundstück veräußert wird, in welchem Falle die später fällig werdenden Mietszinsen nach § 571 BGB. an den Erwerber zu zahlen sind, während bezüglich vorher gezahlter Mietszinsen ein Ausgleich zwischen Veräußerer und Erwerber (sofern nicht ein anderes vereinbart ist) dergestalt einzutreten hat, daß die bis zum 1. April gezahlten Mietszinsen dem Veräußerer verbleiben, für eine spätere Zeit gezahlte Zinsen dagegen an den Erwerber auszusahlen sind.

Da § 101 nur das innere Schuldverhältnis betrifft, erwirbt also der Nießbraucher eines Grundstücks, das vor der Bestellung desselben vermietet war, mit dem Augenblick der Nießbrauchsentstehung das Recht auf die weiteren fällig werdenden Mietszinsen, jedoch ist der Mieter event. nach §§ 407, 412 BGB. geschützt (Vgl. Wolff, Sachenrecht § 116, 1, II 1). Die Mietzinsen gebühren ihm aber erst mit deren Fälligkeit (§ 101 Nr. 2). Daher ist der Grundstückseigentümer trotz des Nießbrauches grundsätzlich nicht behindert, über die noch nicht fälligen Mieten im Voraus zu verfügen, und diese Verfügung wird wirksam, wenn vor Eintritt der Fälligkeit der Nießbrauch erlischt oder der Nießbraucher in sie einwilligt (RG. in Rpr. d. OLG. 25 S. 265). Das Gleiche gilt für die Entstehung des Nutzungsrechts des Ehemannes am eingebrachten Gut der Frau: die Mietsansprüche bezüglich eines eingebrachten Grundstücks der Frau, die Darlehnszinsen und Jagdpachtzinsen bezüglich des eingebrachten Gutes erwirbt der Mann schon mit dem Augenblick der Eheschließung oder der Einbringung des eingebrachten Gutes, soweit sie während der Dauer seiner Verwaltung und Nutznießung fällig oder erfüllbar werden und tatsächlich gezahlt werden (vgl. Wolff, Familienrecht, § 47 III 8). Der Mann klagt also in allen derartigen Fällen auf Leistung an sich, da er ein eigenes Recht und nicht ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht geltend macht. Aber den Ersatz der auf die Gewinnung von Früchten aufgewendeten Kosten vgl. § 102 BGB.

IV. Lasten.

§ 103 bestimmt:

„Wer verpflichtet ist, die Lasten einer Sache oder eines Rechtes bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu tragen, hat, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, die regelmäßig wiederkehrenden Lasten nach dem Verhältnisse der Dauer seiner Verpflichtung, andere Lasten insoweit zu tragen, als sie während der Dauer seiner Verpflichtung zu entrichten sind.“

§ 103 regelt den umgekehrten Fall des § 101, d. h. den Fall, daß jemand in die Verpflichtung zur Lastentragung eintritt, z. B. in den Fällen der §§ 446, 546, 581 Abs. 2, 1047, 1385, 1654, 2379 BGB.

Sondervorschriften bezüglich der Lastenverteilung gibt das Gesetz in den § 995 (Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Befiziger), § 2126 (RB. zwischen Vor- und Nacherben) und § 2185 (RB. des mit einem Vermächtnis beschwerten Erben zum Vermächtnisnehmer).

Regelmäßig wiederkehrende Lasten sind vor allem die Hypotheken- und Grundschuldzinsen, Renten, Steuern und Versicherungsprämien.

Nicht regelmäßig wiederkehrende Lasten sind z. B. die öffentlichen Schul-, Kirchenbau- und Patronatslasten, Einquartierungslasten, Straßenanliegerbeiträge. Für die Tragung dieser sogen. außerordentlichen Lasten entscheidet lediglich die Fälligkeit (Bd. 70 S. 265), was z. B. bei Patronatslasten erst bei Feststellung des Beitrags der Höhe derselben durch die Kgl. Regierung der Fall ist (RB. a. a. O.):

Unter „Lasten“ im Sinne des § 103 sind nur solche Belastungen zu verstehen, die den Eigentümer als solchen zu Leistungen aus dem Grundstück verpflichten. So auch RB. 66 S. 318/9:

„Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält zwar nicht eine Begriffsbestimmung des Wortes „Lasten“; aber aus verschiedenen Vorschriften ergibt sich, daß es unter „Lasten“ nur versteht Leistungen, die aus dem Grundstück zu entrichten sind und insofern im Gegensaße zu den Nutzungen stehen, als der Nutzungswert des Grundstücks durch sie gemindert wird. Dies ist insbesondere zu entnehmen aus den Bestimmungen der §§ 101, 103 über Verteilung der Früchte einerseits, und der „Lasten“ andererseits bei Aufhören eines Rechtes an der Sache, ferner aus § 748, betreffend die Tragung der „Lasten“ seitens der Gemeinschaft nach dem Verhältnisse ihrer Anteile, aus § 995, wonach die Aufwendungen des Besitzers zur Bestreitung von „Lasten“ der Sache als notwendige Verwendungen anzusehen sind, weiter aus § 1047, wonach der Nießbraucher dem Eigentümer gegenüber die öffentlichen und die bereits auf der Sache ruhenden privatrechtlichen „Lasten“, insbesondere Hypothekenzinsen und Rentenschuld-„Leistungen“, zu tragen hat, vor allem aus § 446 Abs. 1 Satz 2, wonach von der Übergabe an dem Käufer die Nutzungen gebühren, er dagegen die „Lasten“ der Sache trägt. Belastungen zugunsten Dritter, die nur das Eigentums- und Verfügungsrecht einschränken, nicht aber den Eigentümer als solchen zu Leistungen aus dem Grundstück verpflichten, wie Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten, dingliches Vorkaufsrecht, werden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch von dem Ausdrücke „Lasten“ nicht umfaßt.

Nur dann würden in dieser Vertragsbestimmung unter „Lasten“ auch Belastungen mit Rechten Dritter, insbesondere Grunddienstbarkeiten, mitzuverstehen sein, wenn die Parteien beim Vertragsschluß entsprechende Vereinbarungen hinsichtlich der Übernahme auch solcher Belastungen seitens des Käufers getroffen hätten.“

Rechtsgeschäfte.

§ 18.

Geschäftsfähigkeit.

A. Geschäftsunfähigkeit und nichtige Willenserklärungen.

I. Geschäftsunfähig, d. h. unfähig zur Vornahme von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen ist nach § 104:

1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat;
2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist;
3. wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist.

Der Unterschied zwischen Ziff. 2 und 3 ist der, daß nicht entmündigte Geisteskranke in lichten Augenblicken geschäftsfähig sind, während dies bei den wegen Geisteskrankheit Entmündigten nicht der Fall ist. Außerdem sind letztere stets geschäftsunfähig, solange die Entmündigung dauert. Über das Entmündigungsverfahren vgl. §§ 645 ff. ZPO. Die Geschäftsunfähigkeit hat zu beweisen, wer sich auf sie beruft, da sie ein rechtshemmender Einwand ist. Staudinger steht im Anschluß an S. Beckh auf dem Standpunkt, daß dieser Grundsatz nur in den Fällen zu 2 und 3 gelte, nicht aber bei der Geschäftsunfähigkeit wegen Nichterreicherung des 7. Lebensjahres, daß also die Erreichung des geschäftsfähigen Alters von dem zu beweisen sei, der Rechte daraus herleite. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, da sie willkürlich ist. (Ebenso Dertmann, Rehbein u. a.)

Über Realakte vgl. § 1 IV.

II. Nichtig ist nach § 105:

1. die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen;
2. die im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Geistesstörung abgegebene Willenserklärung. Hierzu gehören hysterische Dämmerzustände, Delirium, Fieber und hochgradige Trunkenheit.
Die einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegebene Willenserklärung kann beim Zugehen an den gesetzlichen Vertreter nach § 131 Abs. 1 BGB. wirksam werden.

Danz in der J. W. 1913 S. 1016 stellt in dem Aufsatze „Sind alle Geschäfte eines Geisteskranken nichtig?“ aus dem erkennbaren Zweck des Gesetzes, der in dem Schutz der Geisteskranken bestehe, auf dem Wege der Auslegung den Satz auf, daß nur solche Geschäfte eines Geisteskranken nichtig seien, die letzterer nicht in dieser Weise vorgenommen hätte, wenn er nicht geisteskrank gewesen wäre. Das RG. hat diese Theorie in der J. W. 44 S. 570/1 abgelehnt mit folgender Begründung:

„Wo das Gesetz eine gebietende und zwingende Anordnung für einen seinem Inhalte und Umfange nach klaren und bestimmten Tatbestand trifft, kann ihm die Anwendung auf einen diesen Tatbestand erfüllenden Fall nicht unter Berufung auf den nach der Meinung des Richters von dem Gesetze verfolgten Zweck, der im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat, versagt werden, es sei denn, daß mit Bestimmtheit nachgewiesen werden könnte, daß das Gesetz, ungeachtet seines allgemeinen Wortlautes, diesen Fall nicht hat treffen wollen, daß also eine Lücke besteht, die durch den Richter ausgefüllt werden muß. Das ist aber keineswegs in allen Fällen anzunehmen, für die der dem Gesetze unterstellte Zweck nicht zuzutreffen scheint. Das Gesetz kann sehr wohl, um einen bestimmten Erfolg sicherzustellen, eine allgemeine Anordnung treffen, deren unterschiedslose Anwendung auch auf solche Fälle, für die der verfolgte Zweck die Anwendung an sich nicht erfordern würde, seiner Absicht entspricht. Andernfalls würde man, worauf gegenüber Ganz schon hingewiesen worden ist, . . . dazu gelangen, auch Verträge, für welche die Formvorschrift des § 313 BGB. zutrifft, ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Form für rechtswirksam zu erklären, wenn sie dem Verkäufer nicht ungünstig sind, da der Zweck der Vorschrift anerkanntermaßen darin besteht, den Verkäufer vor übereilten, ihn schädigenden Veräußerungen von Grundeigentum zu schützen. Daß aber eine einschränkende Auslegung des § 105 BGB. den Absichten des Gesetzgebers entsprechen würde, ist durchaus nicht mit Sicherheit festzustellen. Die Vorschrift verfolgt keineswegs lediglich den Schutz der Geschäftsunfähigen, sondern beruht auf dem (aus den deutschen Partikularrechten und dem gemeinen Rechte übernommenen) Rechtsgedanken, daß dem Willen eines Kindes oder eines ihm als gleichstehend anzusehenden Geisteskranken Bedeutung für das Rechtsleben nicht zukomme.“ (Weiterhin wird auf die Motive zum ersten Entwurf I S. 129, 130 verwiesen).

Auch Geschenke kann ein Geschäftsunfähiger nicht erwerben; es bedarf hierzu eines Vertrages mit dem gesetzlichen Vertreter desselben. Will letzterer seinem Kinde etwas schenken, so kann er dies gemäß § 181 BGB. (Vgl. § 31 B. VIIa.). Besitzerwerb durch bloße Erlangung der tatsächlichen Gewalt ist auch bei Geschäftsunfähigen möglich, sobald sie eine gewisse körperliche Gewalt über eine Sache ausüben können.

Hat z. B. ein Geisteskranker ein Klavier unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers auf Abzahlung gekauft und übergeben erhalten, so ist zwar sowohl der Kaufvertrag wie die bedingte Veräußerung unwirksam, gleichwohl erwarb aber der Geisteskranke unter gewöhnlichen Verhältnissen den Besitz. Wenn nunmehr der Geisteskranke das Klavier weiter veräußert, so ist auch diese Veräußerung unwirksam. Erst wenn der Erwerber das Klavier seinerseits weiter veräußert, erwirbt der weitere gutgläubige Erwerber das Eigentum an demselben, denn es liegt kein „unfreiwilliger“ Besitzverlust i. S. des § 935 BGB. vor:

„Der Besitz ist auch dann freiwillig aufgegeben, wenn das Kaufgeschäft nichtig war und der Besizer in Kenntnis dieses Umstandes den Besitz nicht aufgegeben hätte. Wer durch seinen Willen einem anderen es ermöglicht, tatsächlich über die Sache zu verfügen, hat gutgläubigen Dritten gegenüber die

Gefahr zu tragen, welche sich aus einer solchen Verfügung ergibt“ (RG. in Rspr. d. OLG. 15 S. 356).

Das Klavier ist aber auch nicht dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommen (§ 935 Satz 2). An sich ist zwar ein Abzahlungs-geschäft mit Eigentumsvorbehalt an sich geeignet, den mittelbaren Besitz für den Veräußerer zu begründen und ein unfreiwilliger Besitzverlust liegt vor, wenn ein Geisteskranker den Besitz aufgibt, da der Geisteskranke willensunfähig ist. War aber der (erste) Veräußerer geisteskrank, so war schon das Kausalgeschäft nichtig, und es fehlte dann an einem Rechtsverhältnisse der im § 868 bezeichneten Art und damit an der für den mittelbaren Besitz erforderlichen Grundlage (RG. a. a. O.).

B. Beschränkte Geschäftsfähigkeit.

a) Minderjährige vom vollendeten 7. bis zum 21. Lebens-jahr sind beschränkt geschäftsfähig, sofern sie nicht für volljährig erklärt sind. Keiner Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedürfen Minderjährige über 7 Jahre zur Abgabe von Willenserklärungen, durch welche sie lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen. Hierzu gehört die Annahme von Geschenken, die Entgegennahme eines Schuld-erlasses, die Aneignung, der Erwerb des Eigentums. Staudinger erwähnt als weitere Fälle die Annahme der geschuldeten Leistung und die Annahme von unbelasteten Vermächtnissen. Das ist nicht richtig, da in beiden Fällen die Folge der Untergang einer Forderung ist (§ 362 Abs. 1 BGB).

Nach Ansicht des RG. in Rspr. d. OLG. 22 S. 126 sollen Minderjährige im Fall des § 108 — also bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters — kein Eigentum an einem auf Grund eines unwirksamen Kaufvertrages übereigneten Gegenstand erwerben, weil bei gegenseitigen Verträgen daran festzuhalten sei, daß nach der Natur und dem Zwecke eines solchen Vertrags die an ihn sich knüpfenden rechtlichen Folgen als ein Ganzes zu behandeln seien und keiner der Vertrag-schließenden die durch den Vertrag bestimmten Rechte haben solle, wenn nicht auch der andere Teil die für ihn bedungenen Rechte erhalte. Dem steht aber der Wortlaut des § 107 BGB. entgegen; infolge des Eigentumserwerbs an einer beweglichen Sache erwirbt der Minderjährige lediglich einen rechtlichen Vorteil.

An Grundstücken kann ein Minderjähriger ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Eigentum erwerben, weil der Erwerb desselben ihm lediglich rechtliche Vorteile bringt. Die Steuerpflicht kommt nicht in Betracht, weil sie auch beim Erwerb von Geld und Wertpapieren begründet werden kann. Jedoch ist zu beachten, daß nach dem formellen Prozeßrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Minderjährige nicht fähig ist, vor dem Grundbuchamt selbständig auf-

zutreten, da er nach §§ 1630, 1793 durch den Vater bezw. Vormund vertreten wird (vgl. §§ 51, 52 BPO.). Allerdings haben diese Vorschriften nur den Charakter von Ordnungsvorschriften, sodaß die Unwirksamkeit des Auftretens vor den Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch ihre Verletzung niemals folgen könnte (vgl. auch Josef in der D. J. Z. 1911 S. 1267/8).

Bedarf der Minderjährige, dem ein Grundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs für den Schenker übereignet wird, der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters?

Das OLG. Colmar hatte diese Frage in der Rspr. d. OLG. 22 S. 160 bejaht, weil der Minderjährige in diesem Falle nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erwerbe. Diese Ansicht wurde jedoch vom Ferien-BS. des OLG. Colmar in der Rspr. des OLG. 24 S. 29 wieder aufgegeben, weil der Minderjährige durch den Vertrag als Ganzes genommen einen rechtlichen Vorteil erlange:

„Im besonderen kommt es nicht darauf an, ob jede einzelne im Vertrag enthaltene Willenserklärung auch für sich allein abgegeben diese Wirkung haben würde . . . Die gegenteilige Auffassung führt zu dem mit dem Zweck der Vorschrift unvereinbaren Ergebnis, daß einzelne Teile eines ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters von Minderjährigen geschlossenen Vertrags unbedingt wirksam werden könnten, während andere Teile desselben Vertrages in ihrer Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertreters abhängen würden, und gerade hieraus könnten für den Minderjährigen ohne Zweifel erhebliche rechtliche Nachteile entstehen.

Hier verpflichtet der Vertrag die Minderjährige nur zu einer unmittelbar aus dem Gegenstand der Schenkung zu gewährenden Leistung. Ihre auf Bewirkung dieser Leistung gerichtete Verfügung wird, weil sie als Nichtberechtigte über den Schenkungsgegenstand verfügt, gemäß § 185 erst wirksam, wenn sie auf Grund der Schenkung und Auflassung das Miteigentum durch Eintragung bewirkt. Gerade darauf ist der Vertragswille auch gerichtet, daß ohne den Eintritt der unentgeltliche Eigentumserwerb der Minderjährigen die von ihr getroffene Verfügung nicht wirksam werde und daß mit dem Eintritte dieses Erwerbs kraft der von ihr getroffenen Verfügung zugleich auch die ihr durch den Vertrag auferlegte Leistung zur Erfüllung und damit zum Erlöschen gelange. Dafür, daß die von der Minderjährigen abgegebene Willenserklärung in anderer Weise garnicht wirksam werden kann, ist also durch den Vertrag selbst in den Grenzen der Möglichkeit gesorgt und der Eintritt eines anderen als des durch den Vertrag gewollten rechtlichen Erfolgs für die Minderjährigen ist auch sonst bei der Lage der Sache nach menschlicher Berechnung so gut wie ausgeschlossen. Bei dem Gesamteintritt der durch den Vertrag gewollten Rechtswirkungen wird aber die Minderjährige zu ihrem bisherigen Vermögen das Miteigentum an dem mit dem Nießbrauch ihres Vaters belasteten Grundstücke hinzu erworben haben, ohne von den Rechten, die ihr zurzeit des Vertragsabschlusses zustanden, irgend etwas aufgegeben zu haben und ohne mit einer neuen Verpflichtung belastet zu sein. Im Erfolg hat also der Vertrag für die Minderjährige rechtlich daselbe Ergebnis, als wenn das Miteigentum von vornherein nur mit der Belastung unentgeltlich übergegangen wäre. Der Ver-

trag hat seiner Gesamtwirkung nach lediglich eine Vermehrung der Rechte der Minderjährigen zur Folge und somit kann es nicht zweifelhaft sein, daß sie lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt." (U. hatte notariell erklärt, sein Grundstück den 4 anwesenden Kindern, darunter der 18jährigen Tochter Anna, als einzigen künftigen Erben zu schenken. In derselben Urkunde hatte er es „unter Vorbehalt des Nießbrauchs“ an die Beschenkten „für sich zu je $\frac{1}{4}$ ungeteilt“ aufgelassen; die Kinder nahmen die Auflassung an, Anna gab diese Erklärung in eigener Person ab. Die Beanstandung der Eigentumseintragung erklärte das OLG. für unerheblich).

Zur selbständigen Eingehung eines Verlöbnisses, auch wenn dasselbe für den Minderjährigen von großem pekuniären Vorteil wäre, ist der Minderjährige nicht berechtigt, da es im Falle der Auflösung zur Erbspflicht führt:

„Die Verlobung ist ein wechselseitig gegebenes und angenommenes Versprechen, und daher muß sie als Vertrag, das dadurch herbeigeführte Verhältnis als ein Vertragsverhältnis aufgefaßt werden. Beides ist zwar nicht vermögensrechtlicher Natur, und man kann daher die Verlobung sehr wohl einen familienrechtlichen Vertrag nennen; aber es darf hieraus nicht die Folgerung gezogen werden, daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechtsgeschäfte außer Betracht zu bleiben hätten. Das Verlöbnis gehört allerdings dem Familienrecht an, hat aber für das Vermögensrecht auch Bedeutung, da es zu Ansprüchen auf Schadenersatz führen kann (§§ 1298—1300 BGB.), seine Auflösung der Regel nach die Rückforderung der gegebenen Geschenke begründet (§ 1301), und für die „Verlobten“ im Bereich des Erbrechts Sonderbestimmungen gelten (§§ 2077 Abs. 2, 3, 2275 Abs. 2, 3, 2276 Abs. 2, 2279 Abs. 2, 2290 Abs. 3, 2351, 2347 Abs. 2 Satz 2). Im Interesse der Rechtsicherheit liegt es daher, für den Begriff des Verlöbnisses nicht Sondervorschriften aufzustellen, die das Bürgerliche Gesetzbuch nicht kennt, sondern für die Beantwortung der Frage, wann ein Verlöbnis wirklich zustande kommt, die allgemeinen Vorschriften gelten zu lassen. Nur dann gewinnt man eine sichere Grundlage für die Beantwortung jener Frage, und das ist umsomehr nötig, als das Bürgerliche Gesetzbuch die Wirksamkeit eines Verlöbnisses nicht von der Beobachtung bestimmter Formen abhängig gemacht hat. Werden aber die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechtsgeschäfte, also auch diejenigen über Geschäftsfähigkeit (§§ 104 flg.), als maßgebend betrachtet, so bedarf ein Minderjähriger zum Verlöbnis der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, und zwar wegen § 107. Die dort gemachte Unterscheidung von Willenserklärungen, durch die der Minderjährige lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, trifft freilich auf Verlobungen nicht zu; aber daraus folgt nur, daß es der Einwilligung stets bedarf. Der Umstand, daß es in Ansehung der Eheschließung für nötig erachtet ist, im § 1304 Abs. 1 das Erfordernis einer solchen Einwilligung besonders zu erwähnen, ist ohne Bedeutung. Denn aus dieser Erwähnung folgt nicht, daß § 107 für familienrechtliche Verträge an und für sich nicht gelte; sondern sie ist offenbar nur deshalb erfolgt, weil es zweckmäßig schien, für das Eherecht das Erfordernis der Genehmigung für alle einzelnen Fälle klarzustellen (vgl. §§ 1304—1308, 1336, 1337). Andererseits ist es nicht zutreffend, daß die verlassene minderjährige Braut besser gestellt ist, wenn ihr Verlöbnis als ein tatsächlicher Vorgang betrachtet wird; denn diejenigen Gründe, die bei Auflassung des Verlöbnisses als Vertragsverhältnis das Ver-

löbnis als unwirksam erscheinen ließen, würden bei seiner Auffassung als tatsächlich bestehendes Verhältnis den anderen zum Rücktritt berechtigen,

vgl. Planck, BGB. 3. Aufl. Bd. 4 S. 9;

es würde mithin letztere Auffassung der verlassenen Braut nichts nützen. Namentlich aber ist zu beachten, daß ein von einer minderjährigen Person eingegangenes Verlöbnis auch dann, wenn es als Vertrag angesehen wird, nicht etwa ein Vorgang ist, dem keine rechtliche Bedeutung zukommt. Es ist vielmehr ein Vertrag, dessen Wirksamkeit zufolge § 108 BGB. in der Schwebe, nämlich von der Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters oder, wenn der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, des letzteren selbst abhängig ist. Und es wirkt die Genehmigung, wenn sie erteilt wird, zufolge § 184 Abs. 1 BGB. auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, d. h. es gilt rechtlich das Verlöbnis als wirksam von Anfang an.“ (RG. 61 S. 271).

Nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erwirbt der Minderjährige ferner durch die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, Kündigungen, Erlaßverträge (mit Ausnahme der Entgegennahme eines Schulderlasses), Vereliktion. Schließlich auch nicht durch die Anerkennung der Vaterschaft, weshalb das Vormundschaftsgericht in derartigen Fällen neben dem Minderjährigen den gesetzlichen Vertreter desselben zur Genehmigung der Anerkennung zu laden pflegt.

b) Verträge des beschränkt Geschäftsfähigen sind im übrigen nach § 108 nur wirksam, wenn sie mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder wenigstens dessen nachträglicher Genehmigung geschlossen werden, wozu aber in einer Reihe von Fällen noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bzw. des Gegenvormundes dazutreten muß. So bedarf der Vater (bzw. die Mutter) der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in folgenden Fällen (§§ 1643, 1686):

1) § 1821 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und Abs. 2:

1. zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück;

2. zur Verfügung über eine Forderung, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück oder auf Begründung oder Übertragung eines Rechtes an einem Grundstück oder auf Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Rechte gerichtet ist;

3. zur Eingehung der Verpflichtung zu einer der in Nr. 1, 2 bezeichneten Verfügungen.

Zu den Rechten an einem Grundstück im Sinne dieser Vorschriften gehören nicht Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden.

2) § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11:

1. zu einem Rechtsgeschäfte, durch das der Mündel zu einer Verfügung über sein Vermögen im Ganzen oder über eine ihm angefallene Erbschaft oder über seinen künftigen gesetzlichen Erbteil oder seinen künftigen Pflichtteil verpflichtet wird, sowie zu einer Verfügung über den Anteil des Mündels an einer Erbschaft;

3. zu einem Verträge, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist, sowie zu einem Gesellschaftsverträge, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird;

5. zu einem Miet- oder Pachtvertrag oder einem anderen Verträge, durch den der Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, wenn das Vertragsverhältnis länger als ein Jahr nach der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahrs des Mündels fort dauern soll;

8. zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Mündels;

9. zur Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder zur Eingehung einer Verbindlichkeit aus einem Wechsel oder einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann;

10. zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, insbesondere zur Eingehung einer Bürgschaft;

11. zur Erteilung einer Prokura.

3) § 1643 Abs. 2:

Das Gleiche gilt für die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses sowie für den Verzicht auf einen Pflichtteil. Tritt der Anfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung des Vaters ein, so ist die Genehmigung nur erforderlich, wenn der Vater neben dem Kinde berufen war.

Die Vorschriften der §§ 1825, 1828 bis 1831 finden entsprechende Anwendung.

Zu beachten ist, daß der Vater insbesondere über Forderungen seiner Kinder, im Gegensatz zum Vormund (§ 1812), frei verfügen kann. (Vgl. RG. 75 S. 360).

Der Vormund bedarf außer diesen Fällen noch weiterhin in folgenden Fällen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung:

a) (§ 1821 Ziff. 4):

4. zu einem Verträge, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks oder eines Rechtes an einem Grundstücke gerichtet ist.

Darüber, daß der Vater zu einem solchen Erwerb keiner Genehmigung des VG. bedarf, vgl. RG. in Rspr. der OLG. 5 S. 183/4.

b) (§ 1822 Ziff. 2, der anstelle des § 1643 Abs. 2 tritt):

2. zur Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, zum Verzicht auf einen Pflichtteil sowie zu einem Erbteilungsvertrage.

c) (§ 1822 Ziff. 4, 6—7, 12—13):

4. zu einem Pachtvertrag über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb;

6. zu einem Lehrvertrage, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird;

7. zu einem auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Verträge, wenn der Mündel zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll;

12. zu einem Vergleich oder einem Schiedsvertrag, es sei denn, daß der Gegenstand des Streit es oder der Ungewißheit in Geld schätzbar ist und den Wert von dreihundert Mark nicht übersteigt;

13. zu einem Rechtsgefchäfte, durch das die für eine Forderung des Mündels bestehende Sicherheit aufgehoben oder gemindert oder die Verpflichtung dazu begründet wird.

Dazu treten noch eine Reihe anderer Vorschriften, z. B. § 612 Abs. 2 S. 2 (Klage auf Scheidung oder Anfechtung der Ehe), § 641 Abs. 2 S. 2 (Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes) usw.

Für den Vormund tritt noch in einigen Fällen die Notwendigkeit der Genehmigung des Gegenvormundes hinzu:

§ 1812. Der Vormund kann über eine Forderung oder über ein anderes Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann, sowie über ein Wertpapier des Mündels nur mit Genehmigung des Gegenvormundes verfügen, sofern nicht nach den §§ 1819 bis 1822 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. Das Gleiche gilt von der Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung.

Die Genehmigung des Gegenvormundes wird durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt.

Ist ein Gegenvormund nicht vorhanden, so tritt an die Stelle der Genehmigung des Gegenvormundes die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, sofern nicht die Vormundschaft von mehreren Vormündern gemeinschaftlich geführt wird.

§ 1813. Der Vormund bedarf nicht der Genehmigung des Gegenvormundes zur Annahme einer geschuldeten Leistung:

1. wenn der Gegenstand der Leistung nicht in Geld oder Wertpapieren besteht;

2. wenn der Anspruch nicht mehr als dreihundert Mark beträgt;

3. wenn Geld zurückgezahlt wird, das der Vormund angelegt hat;

4. wenn der Anspruch zu den Nutzungen des Mündelvermögens gehört;

5. wenn der Anspruch auf Erstattung von Kosten der Kündigung oder der Rechtsverfolgung oder auf sonstige Nebenleistungen gerichtet ist.

Die Befreiung nach Abs. 1 Nr. 2, 3 erstreckt sich nicht auf die Erhebung von Geld, bei dessen Anlegung ein Anderes bestimmt worden ist. Die Befreiung nach Abs. 1 Nr. 3 gilt auch nicht für die Erhebung von Geld, das nach § 1807 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 angelegt ist.

Die Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters braucht nicht ausdrücklich erteilt zu werden. Wenn derselbe z. B. seinen Sohn in einer fremden Universitätsstadt studieren läßt, so ist damit zugleich die Einwilligung zum Abschluß aller derjenigen Rechtsgeschäfte erteilt, die ein Student — entsprechend dem väterlichen Monatswechsel — abschließen muß und regelmäßig abzuschließen pflegt. Im Einzelfall richtet sich die Frage nach der Wirksamkeit des Vertrages nach dem Monatswechsel, einer etwaigen Einwilligung zum Beitritt in ein Korps, den dort üblichen Gepflogenheiten und dergl. Gleiches gilt auch für minderjährige Offiziere. Zu beachten ist aber, daß der Minderjährige dadurch nicht prozeßfähig wird, weil er sich gleichwohl nicht selbständig durch Verträge verpflichten kann, vielmehr in jedem Einzelfall zu prüfen ist, ob die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters unterstellt werden kann oder nicht.

Hat der Vater zugelassen, daß sein Sohn studiert oder Offizier wird, so muß er ihm auch die zum Studium bzw. zur Vorbereitung für den Beruf erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen. Streitig ist die Frage geworden, ob auch die Kosten der akademischen Doktorwürde zum standesgemäßen Unterhalt zu rechnen sind. Das

OLG. Dresden hat in der Rspr. der OLG. 5 S. 184/5 die Frage für den Medizin studierenden Sohn mit folgender Begründung bejaht:

„Ob die Kosten der Erlangung der akademischen Doktorwürde mit zum standesmäßigen Unterhalte zu rechnen sind, läßt sich nicht für alle Fälle gleichmäßig beantworten. Unter den Verhältnissen, wie sie hier vorliegen, ist die Frage zu bejahen. Nach der Gew.-D. (§ 29) bildet allerdings der Besitz des Dokortitels nicht mehr die unerläßliche Vorbedingung für die Ausübung des ärztlichen Berufes. Allein damit hat der Dokortitel seine Bedeutung für die ärztlichen Kreise keineswegs verloren. Schreibt das Gesetz auch nicht mehr vor, daß der Arzt, um als solcher auftreten zu können, den Doktorgrad erwerben müsse, so ist doch die Führung dieses Titels unter den Ärzten tatsächlich allgemein üblich geworden. Das darf nicht vergessen werden, wenn es gilt, zu der Streitfrage der Parteien rechtliche Stellung zu nehmen. Denn über das, was einem Stande gemäß ist, und was das Standesbedürfnis erfordert, entscheidet in erster Linie nicht das Gesetz, sondern die Anschauung des täglichen Lebens und insbesondere die Auffassung der Standesgenossen. Auf sie verweist unverkennbar der § 1610 BGB., wenn er die Lebensstellung des Bedürftigen für das Maß des ihm zu gewährenden Unterhaltes bestimmend sein läßt. Der Beklagte verneint freilich, daß die Führung des Dokortitels durch ein beachtenswertes Bedürfnis des ärztlichen Standes geboten sei; wer als Arzt promoviere, leiste sich einen Luxus, der wohl ziemlich verbreitet sein möge, den zu befriedigen aber, eben weil es sich insoweit um eine Luxusausgabe handle, dem Unterhaltspflichtigen nicht angesonnen werden könne. Dieser Annahme läßt sich nicht beipflichten. Sie verkennt den Zwang der Verkehrssitte, die es dem Arzte unter den gegenwärtig obwaltenden Verhältnissen fast zur unabwiesbaren Notwendigkeit macht, der Gepflogenheit seiner Berufsgenossen, die in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle den Dokortitel führen, nachzugehen. Der Arzt muß mit den Anschauungen des Publikums rechnen, dem er durch seine Kunst dienen will. Im großen Publikum aber ist vielfach der Irrtum verbreitet, daß zu einem vollständig ausgebildeten Arzte der Besitz des Dokortitels gehöre, und wer ohne diesen Titel die Laufbahn des praktischen Arztes beschreiten wollte, könnte zu seinem Schaden leicht die Erfahrung machen, daß er von Manchen nicht für voll angesehen wird. Sicher ist jedenfalls, daß unter im übrigen gleichen Verhältnissen der promovierte Arzt vor dem nicht promovierten zunächst einen gewissen Vorsprung besitzt, und daß er sich leichter als dieser im Wettbewerbe wird behaupten können, zum mindesten so lange, als es dem anderen nicht im Laufe der Jahre vielleicht gelingt, sich durch größere Tüchtigkeit oder Beliebtheit das Übergewicht zu verschaffen. Dies der Grund, warum die Erwerbung des akademischen Grades in den ärztlichen Berufskreisen neuerdings geradezu zur Regel geworden ist. Die Regel hat, wie jede andere, ihre Ausnahmen, allein sie sind so wenig zahlreich, daß sie für die Beurteilung nicht ins Gewicht fallen.“

Gibt es eine Klage des Sohnes — vertreten durch einen Pfleger — auf Erteilung der erforderlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters?

Die Frage ist zu verneinen. Das OLG. Kiel in Rspr. der OLG. 22 S. 126ff. hatte folgenden Fall zu entscheiden: Der durch einen Pfleger klagende Minderjährige war der Sohn des Beklagten,

der bei der Ehescheidung aus § 1565 BGB. für allein schuldig erklärt worden war. Die Mutter, der nur die Personensorge zustand, wünschte, daß der Kläger das Mauerhandwerk erlernte und hatte ihn in die Lehre gegeben. Der Meister hatte den Lehrvertrag unterschrieben und der Kläger verlangte vom Beklagten die Genehmigung des Vertrages und dessen unterschriftliche Vollziehung. Die Klage wurde mit folgender Begründung als unbegründet abgewiesen:

„Schon nach preuß. Recht, dem das BGB. auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts gefolgt ist, gab es keine Klage auf Einwilligung zur Eheschließung (Schulgenstein, WD. § 48³). Das BGB. regelt den Fall in § 1304 dahin, daß das Vormundschaftsgericht die vom Vormunde verweigerte Einwilligung ersehen kann. Daraus folgt, daß in diesem Falle der Rechtsweg nicht zulässig ist, weil eine Verwaltungsbehörde zuständig ist (§ 13 BGB., RG. 63 S. 238). Es folgt daraus aber weiter, daß die Rechte des Vaters als gesetzlichen Vertreters, abgesehen von den in §§ 1666 ff. geregelten Fällen, überhaupt nicht haben beschränkt werden sollen. Dadurch, daß eine Nachprüfung seiner Weigerung daraufhin, ob die Ehe nicht im Interesse des Minderjährigen liege, dem Vorm.-Gericht nicht übertragen worden, ist nicht etwa dem Kinde ein klagbarer Anspruch eingeräumt; vielmehr kann, da der Vater als gesetzlicher Vertreter nach § 1304 freier und selbständiger gestellt werden soll, als der Vormund, der Minderjährige, von den §§ 1666 ff. abgesehen, weder bei dem Vormundschafts- noch bei dem Prozeßgericht Erzeugung der Einwilligung oder Verurteilung des Vaters zur Einwilligung verlangen. Eine Ausnahme macht nur § 1308, bei den für volljährig Erklärten für die nach § 1305 erforderliche elterliche Einwilligung; auch hier wird aber das Vormundschafts- und nicht das Prozeßgericht für zuständig erklärt. Auch die sonstigen Bestimmungen des BGB. stehen nicht dem Kläger zur Seite.

Der Vater ist als gesetzlicher Vertreter kraft Gesetzes befugt, für den Sohn zu handeln; der Wille des Vaters und dessen Erklärung treten an Stelle des Willens des Sohnes. Schon mit diesem Begriff des gesetzlichen Vertreters ist es grundsätzlich nicht vereinbar, wenn der Sohn den Vater im Prozeßwege sollte anhalten können, gewisse, dem Sohn erwünscht erscheinende Willenserklärungen für den Sohn vorzunehmen. Es würde, da sich das Rechtsverhältnis zwischen beiden nach dem Gesetze bestimmt, besonderer, dies zulassender Bestimmungen bedürfen. Das BGB. geht aber von dem Grundsatz der Ausschließlichkeit und Selbständigkeit der Vertretungsmacht des Vaters und in beschränkterem Maße auch des Vormundes aus; es stellt den Vater als gesetzlichen Vertreter freier als den Vormund, er gibt die Fälle einzeln an (§§ 113³, 1304², 1337²), in denen das Mündel das Recht hat, sich wegen verweigerter Einwilligung an das Gericht zu wenden, es schließt aber in diesen Fällen, die es gleichzeitig auf den Vormund beschränkt, den Prozeßweg aus und setzt die Zuständigkeit des Vorm.-Gerichts fest. Da das Gleiche im Falle des § 1308 gegenüber den Eltern bestimmt ist, so läßt dies erkennen, daß dem Minderjährigen ein klagbarer Anspruch auf Einwilligung nicht hat eingeräumt werden sollen. Es wäre ferner nicht ersichtlich, nach welchen Grundsätzen der Prozeßrichter über solchen Anspruch entscheiden sollte.

Die jetzt gemäß § 1635 eingetretene Änderung in den Befugnissen der Eltern aus der elterlichen Gewalt hat nur zur Folge, daß die Mutter aus-

schließlich das Recht der Sorge für die Person des Klägers hat. Nicht aber hat der Kläger dadurch mehr Rechte erlangt, als er früher vor der Ehescheidung der Eltern hatte. Allerdings können jetzt Meinungsverschiedenheiten der Eltern wegen des Klägers insofern bedeutungsvoll werden, als der Beklagte vermöge seines Vertretungsrechts tatsächlich in der Lage ist, bei allen Maßnahmen, die eine Vertretung des Klägers voraussetzen, zu entscheiden und so das Personensorgerrecht der Mutter wesentlich zu beschränken. Allein hieraus kann der Kläger nicht einen Anspruch der eingeklagten Art ableiten. Beim Mißbrauch des Vertretungsrechtes bieten möglicherweise die §§ 1630, 1796, 1666 ff. einen Schutz. Zuständig aber ist dann nicht das Prozeß- sondern das Vormundschaftsgericht. Ob außerhalb dieser Bestimmungen bei Streit zwischen Vater und Mutter der § 1629 entsprechend anwendbar ist, kann hier unerörtert bleiben; weder ist die Klage auf eine derartige Entscheidung des Vormundsgerichts gestützt, noch würde aus einer solchen der Kläger seinen Klageanspruch ableiten können. Die Pflegerbestellung ist keine solche Entscheidung; sie hat nicht mehr Bedeutung als eine sonstige Pflegerbestellung zur Geltendmachung eines Anspruches, von dem sich später herausstellt, daß er nicht begründet ist" (OLG. Kiel a. a. O. S. 126—8).

c) Hier schlägt auch die Frage ein, ob der Vater die Schulden seines Sohnes aus seinem eigenen Vermögen zu bezahlen hat. Grundföählich ist die Frage zu verneinen, wenn und soweit der Vater dem Sohne gegenüber der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht nachgekommen ist, d. h. soweit er dem Sohne den ausreichenden Betrag zum Leben nach Maßgabe des väterlichen Willens für einen Monat oder höchstens ein Vierteljahr (vgl. §§ 1614 Abs. 2, 760 Abs. 2) vorausgezahlt hat. Der Umfang dieser Verpflichtung ergibt sich aus den wirtschaftlichen Verhältnissen des Vaters und seinen etwaigen Anweisungen an den Sohn, seiner etwa erteilten Zustimmung zum Eintritt in eine kostspielige Verbindung und dgl. Hat er dies jedoch nicht oder nicht in dem erforderlichen Umfang getan, so kann für denjenigen, welcher mit dem Sohne kontrahiert hat, unter Umständen ein Anspruch aus der auftraglosen Geschäftsföührung oder aus der ungerechtfertigten Bereicherung in Verbindung mit den Vorschriften über die Unterhaltspflicht in Frage kommen, soweit nämlich das vom Sohn abgeschlossene Rechtsgeschäft als mit väterlicher Zustimmung geschlossen anzusehen ist. Nach der vom Reichsgericht vertretenen Theorie wäre allerdings ein Anspruch aus §§ 812 BGB. gegen den Vater in Ermangelung einer „unmittelbaren Vermögensverschiebung“ deshalb ausgeschlossen, weil dem Vertragsgegner ein Vertragsanspruch gegen den Sohn gegeben wäre. (RG. in D. J. Z. 1907 S. 965, RG. 66 S. 80, 69 S. 247, 73 S. 177). Mit Recht ist diese Ansicht jedoch vielfach abgelehnt worden, z. B. vom Landgericht Hannover in D. J. Z. 1911 S. 231 und von Eneccerus I S. 566, der mit Recht darauf hinweist, daß sich aus den Worten des § 812 BGB. „auf dessen Kosten“ die vom Reichsgericht vertretene Einschränkung nicht ergäbe:

„Die Worte „A. hat etwas auf meine Kosten erlangt“ sagen nicht das Geringste darüber aus, wie er es erlangt hat, ob direkt oder indirekt durch

den Umweg über ein anderes Vermögen, ob durch mich oder durch Mittelspersonen irgendwelcher Art. Die behauptete Beschränkung des Bereicherungsanspruchs ergibt sich also nicht aus § 812, sondern ist mit dessen allgemeiner Fassung nicht in Einklang.“

Wenn der Minderjährige einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossen hat, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab. Hierüber bestimmt §§ 108 Abs. 2 und 3 und 109:

§ 108 Abs. 2: Fordert der andere Teil den Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Minderjährigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

§ 108 Abs. 3: Ist der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig geworden, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des Vertreters.

§ 109: Bis zur Genehmigung des Vertrags ist der andere Teil zum Widerruf berechtigt. Der Widerruf kann auch dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden.

Hat der andere Teil die Minderjährigkeit gekannt, so kann er nur widerrufen, wenn der Minderjährige der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet hat; er kann auch in diesem Falle nicht widerrufen, wenn ihm das Fehlen der Einwilligung bei dem Abschlusse des Vertrages bekannt war.“

Hiernach liegt nur im Falle des § 109 Abs. 2 Satz 2, nicht aber im Falle des § 109 Abs. 1 ein sog. *negotium claudicans* vor.

Soweit ein Vertragsanspruch gegen den Minderjährigen nicht begründet ist, kann gegen ihn ein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gegeben sein. Ist insbesondere einem Minderjährigen Geld gegeben worden, so liegt eine Bereicherung desselben jedoch nur dann vor, wenn das Geld zur Bezahlung notwendiger Ausgaben verwendet worden ist. In solchen Fällen ist es Sache des Klägers anzugeben, inwiefern der Minderjährige durch die Zuwendung des Geldes bereichert ist (RG. in Rspr. der OLG. 11 S. 79 und 22 S. 356).

d) Der sog. Taschengeldparagraph 110 bestimmt:

„Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind.“

Hieraus ergibt sich, das nur die volle Erfüllung mit den genannten Mitteln die Wirksamkeit des Vertrages nach § 110 herbeiführt. Bei Studenten wird man annehmen können, daß der Rest des Monatswechsels zur freien Verfügung derselben seitens

des Vaters belassen ist, sodaß der Student mit dem Rest — der sich erst gegen das Monatsende herausstellt — nach freiem Belieben schalten kann, soweit er nicht zur Begleichung rückständiger Schulden dienen soll, die der Sohn mit Genehmigung des Vaters eingegangen ist, z. B. für Miete, Essen, Beleuchtung usw. Wenn der Sohn sich von seinem Taschengeld ein Lotterielos kauft, darauf gewinnt und sich für den Gewinn einen kostspieligen Gegenstand kauft, z. B. ein Automobil, so ist der dafür gezahlte Kaufpreis nicht mit von ihm zur Verfügung gestellten Mitteln beglichen. Der Sohn kann also — durch seinen Vater vertreten — den Kaufpreis mit Zinsen gegen Rückgabe des Autos zurückfordern. So auch RG. 74 O. 235—6:

„§ 110 BGB. enthält keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 107, wonach der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Er gestattet nur, der Sitte und dem Verkehrsbedürfnis Rechnung tragend (Begründung zu § 69 des I. Entwurfs), daß diese Einwilligung durch Überlassung gewisser Mittel an den Minderjährigen vom Vertreter im allgemeinen erklärt wird, und läßt das vom Minderjährigen geschlossene Geschäft auch ohne besondere Zustimmung sowohl nach der dinglichen wie nach der schuldrechtlichen Seite von Anfang an wirksam werden, wenn es demnächst vom Minderjährigen aus den überlassenen Mitteln erfüllt wird. Das Wesentliche bleibt also auch in den Fällen des § 110 die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Dafür, wie weit diese Einwilligung reicht, ist erstens maßgebend das Gesetz, das ihr in den §§ 1644, 1824 verbunden mit §§ 1821, 1822 von vornherein bestimmte Grenzen zieht. Zum andern aber auch der Inhalt der Einwilligungserklärung selbst, die, wie jede Willenserklärung, eine, sei es auch nur stillschweigend ausgedrückte, mehr oder minder weitgehende Beschränkung in sich tragen kann. Schon das Gesetz ergibt („zu diesem Zwecke“), daß die Einwilligung auf die Erfüllung eines bestimmten, vom Minderjährigen geschlossenen Vertrages beschränkt sein kann. Es darf aber nicht bezweifelt werden, daß die Überlassung „zur freien Verfügung“ dem Minderjährigen nach dem Willen des Vaters oder Vormundes auch bloß ein Mehr oder Minder von Freiheit gewähren kann. Keinesfalls läßt sich sagen, daß der gesetzliche Vertreter nur die Wahl habe, entweder es bei der gesetzlichen Regel des § 107 zu belassen oder mit Einräumung der freien Verfügungsgewalt nun auch alles und jedes gutzuheißen, was der Minderjährige mit den ihm überlassenen Mitteln anzufangen für gut findet.

Es mag im einzelnen Falle nicht immer leicht sein, dabei die Grenzen der Ermächtigung so richtig abzustechen, daß auch das Interesse des mit dem Minderjährigen paktierenden Dritten und damit die Verkehrssicherheit gewahrt bleibt. Im Streitfalle ist es rechtlich unbedenklich, wenn der Berufsrichter angenommen hat, der in einfachen Verhältnissen lebende Vater sei niemals damit einverstanden gewesen, daß der 17jährige, eine Unterrichtsanstalt besuchende Kläger den durch Ankauf eines Lotterieloses aus seinem geringen Taschengelde ihm zugefallenen großen Gewinn zum Ankauf eines Kraftfahrzeuges und zum Betriebe eines kostspieligen, auch sittliche Gefahren aller Art mit sich bringenden Sports verwende. Nach den einwandfreien Feststellungen des Berufsrichters haben auch die Beklagten bei Abschluß des Geschäfts die beschränkte Tragweite der väterlichen Zustimmung erkannt oder doch erkennen

müssen. Es kann ihnen nicht gestattet sein, aus einem ihnen zur Fahrlässigkeit gereichenden Geschäftsabschlusse mit einem Minderjährigen durch Berufung auf § 110 BGB. Vorteile zu ziehen. Sie sind deshalb mit Recht nach dem Klageantrage verurteilt." . . .

Im allgemeinen darf als Grundsatz aufgestellt werden, daß die Überlassung von Geldern an den Minderjährigen zur freien Verfügung nicht auch die Verfügung über die Surrogate einschließt. So auch Bayr. Ob.-Landesgericht in Rspr. der OLG. 34 S. 5/6:

„In der Rechtslehre gehen die Meinungen darüber auseinander, ob sich die Verfügungsgewalt des Mündels auf die anstelle des überlassenen Geldes getretenen Ersatzstücke erstrecken und ob ihm über diese die freie Verfügung zustiehe (Boethke, D. J. Z. 1903 S. 450; Riezler das. S. 505; Wimpfheimer das. 1912 S. 277; Breme im Recht 1912 S. 436). Die Frage des Umfanges der Verfügungsgewalt ist indessen weniger Rechts- als Tatfrage. Wieweit der gesetzliche Vertreter die Überlassung zur freien Verfügung gewollt hat, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Ein Grundsatz dahin, daß die Überlassung von Geldern zur freien Verfügung auch die Surrogate einschließt, ist weder aus dem Wortlaute nach dem Sinne und Zwecke des § 110 zu entnehmen (Planck § 110 II). Die Überlassung kann nach dem Willen des Vaters (Vormundes) dem Minderjährigen auch bloß ein Mehr oder Minder von Freiheit gewähren; es kann nicht gesagt werden, daß der gesetzliche Vertreter nur die Wahl habe, entweder es bei der gesetzlichen Regel des § 107 zu belassen oder mit der Einräumung der freien Verfügungsgewalt auch jeden Gebrauch gutzuheißen, den der Minderjährige mit diesen Mitteln zu machen für gut findet (RG. 74 S. 234). Verkehrsbedürfnis und allgemeine Lebenserfahrung spielen bei der Auslegung der vom Vater (Vormund) eingeräumten Befugnis eine wesentliche Rolle. Auch das Gesetz selbst setzt der Überlassung eine Schranke (§§ 1644, 1804, 1824). Zu Geschäften, die er selbst nicht ohne Genehmigung machen darf, kann er auch den Minderjährigen nicht ermächtigen (vgl. hiezu Breme a. a. D.).“

e) Einseitige Rechtsgeschäfte.

Hierüber bestimmt § 111:

„Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist unwirksam. Nimmt der Minderjährige mit dieser Einwilligung ein solches Rechtsgeschäft einem Andern gegenüber vor, so ist das Rechtsgeschäft unwirksam, wenn der Minderjährige die Einwilligung nicht in schriftlicher Form vorlegt und der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vertreter den Andern von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hatte.“

Dies gilt nur für solche einseitigen Rechtsgeschäfte, durch welche der beschränkt Geschäftsfähige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (vgl. darüber § 18 IIIa).

Über den Begriff „einseitiges Rechtsgeschäft“ vgl. § 1 II.

Zu beachten ist, daß einseitige Rechtsgeschäfte nicht durch nachträgliche Genehmigung wirksam werden können.

§ 111 gilt insbesondere auch für die Kündigung seitens des Minderjährigen. Aber die Bedeutung des 2. Satzes führt RG. 50 S. 213 aus:

„§ 111 S. 2 setzt nicht voraus, daß der Kündigende bei der Kündigung ausdrücklich erklärt, er handle mit der erforderlichen Einwilligung. Hat der Schuldner Bedenken hierüber, so darf er den Kündigenden nicht darüber im Zweifel lassen, ob er die Kündigung als wirksam anerkenne, muß vielmehr die Kündigung zurückweisen.“

f) **Erweiterte Geschäftsfähigkeit in den Fällen der §§ 112/3 BGB.**

§§ 112/113 BGB. erweitern die Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen in 2 Fällen.

1. § 112 bestimmt:

„Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.“

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden.“

Der Genehmigung des VG. bedarf es auch dann, wenn der Vater gesetzlicher Vertreter ist. Fehlt sie, so ist im Einzelfall nach allgemeinen Grundsätzen zu prüfen, ob das Geschäft wirksam ist oder nicht. Der Begriff „Erwerbsgeschäft“ ist weiter als der des Gewerbebetriebes der GewD. und kann auch die Landwirtschaft mit umfassen. Man wird darunter jede auf selbständigen Erwerb gerichtete dauernde Tätigkeit verstehen, „mag dieselbe in Handel, in Betreibung einer Fabrik oder eines Handwerks, in Ausübung eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufes, der Landwirtschaft usw. bestehen“ (Motive I S. 142).

Hat der gesetzliche Vertreter die Ermächtigung im genannten Sinne unter Zustimmung des VG. erteilt, so ist insoweit der Minderjährige selbständig verpflichtungsfähig, insbesondere auch prozessfähig (§ 52 Abs. 1 ZPO.).

Aber die Geschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des VG. bedarf und auf welche sich die erweiterte Geschäftsfähigkeit nicht erstreckt, vgl. § 18 B. III b.

Eine Beschränkung der dem Minderjährigen kraft der allgemeinen Ermächtigung zustehenden Rechte ist im Gegensatz zu § 113 unzulässig und unwirksam.

2. § 113 bestimmt:

„Ermächtigt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen, in Dienst oder in Arbeit zu treten, so ist der Minderjährige für

solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Ausgenommen sind Verträge, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter zurückgenommen oder eingeschränkt werden.

Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so kann die Ermächtigung, wenn sie von ihm verweigert wird, auf Antrag des Minderjährigen durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu erteilen, wenn sie im Interesse des Mündels liegt.

Die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung gilt im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art.“

Diese Vorschrift gilt nicht für kaufmännische oder gewerbliche Lehrlingsverträge, da diese keine Dienstverträge sind. Wohl aber fällt vor allem der Gesindedienstvertrag hierunter. Auch Dienste höherer Art, z. B. Schauspielerverträge, fallen unter § 113 (OLG. Düsseldorf in Rspr. der OLG. 22 S. 161). Der gesetzliche Vertreter bedarf in diesem Falle nicht der Genehmigung des VG. und kann — im Gegensatz zum vorigen Fall — die Ermächtigung bei ihrer Erteilung oder später einschränken oder ganz zurücknehmen, gleichfalls ohne das VG.

Auch hier wird der Minderjährige nach § 52 Abs. 1 ZPO. insoweit prozessfähig, als seine Verpflichtungsfähigkeit reicht, sodas er z. B. den Dienstlohn einklagen kann.

g) Weitere Fälle beschränkter Geschäftsfähigkeit.

1. Den beschränkt Geschäftsfähigen stehen die wegen Geisteschwäche, Verschwendung oder Trunksucht oder nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellten gleich (§ 114). Nicht hierunter fallen aber die nach §§ 1910, 1911 unter Pflégenschaft gestellten Personen (RG. 52 S. 224).

Die Geschäftsfähigkeit der genannten Entmündigten ist aber im Gegensatz zu den andern beschränkt Geschäftsfähigen insoweit eingeschränkter, als erstere ein Testament nicht errichten können, während letztere es mit Vollendung des 16. Lebensjahres können (§ 2229 Abs. 2). Nur zum Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments sind die erstgenannten befugt (§ 2253 Abs. 2). Vgl. jedoch auch § 2230 Abs. 2.

Die beschränkte Geschäftsfähigkeit beginnt mit der Rechtskraft des Entmündigungsbefchlusses und endet mit einer etwaigen rechtskräftigen Wiederaufhebung derselben nach § 661 ZPO.

2. Eine Schutzvorschrift enthält § 115, welcher bestimmt:

„Wird ein die Entmündigung aussprechender Beschluß infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben, so kann die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem Entmündigten vorgenommenen Rechtsgeschäfts nicht auf Grund des

Beschlusses in Frage gestellt werden. Auf die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte hat die Aufhebung keinen Einfluß.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn im Falle einer vorläufigen Vormundschaft der Antrag auf Entmündigung zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen oder der die Entmündigung aussprechende Beschluß infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird.“

Hiernach ist es möglich, daß der Entmündigte selbst wie auch sein gesetzlicher Vertreter in einer Rechtsache einander widersprechende Willenserklärungen abgeben und infolgedessen eine Kollision stattfindet. Die gleiche Kollisionsmöglichkeit besteht bei gegensätzlichem Handeln von Pfleger und Pflegling und von zwei Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft. Die Lösung der Frage ist schwierig. Kormann in Gruchots Beiträgen 57 S. 497 ff. gelangt zu folgendem Ergebnis:

1. In denjenigen Fällen, in welchen die beiden gegensätzlichen Einzelakte nacheinander stattfinden, ist der erste Akt voll wirksam geworden, wenn er nicht etwa an Rechtsmängeln leidet, während es bezüglich des zweiten Aktes auf die konkreten Verhältnisse ankommt. Im allgemeinen läßt sich sagen, daß die frühere Verfügung die spätere konsumiert und nur bei verschiedenen Verpflichtungen grundsätzlich beide wirksam entstehen, da jeder der gegensätzlich Handelnden gleiche Handlungsmacht hat. Nur wenn Vertragsgegner beider Handelnden ein und dieselbe Person ist, wird nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Ausnahme gelten müssen und die Verpflichtungsentstehung geleugnet werden müssen. So hat auch das Reichsgericht (Bolze 9 Nr. 471) entschieden, daß bei nachfolgenden gegensätzlichen Erklärungen zweier Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ein bedingter Kauf durch „Genehmigung“ der Bedingung seitens des einen Gesellschafters zustande gekommen und der spätere Widerspruch des anderen Gesellschafters unbeachtlich sei (Gruchot 57 S. 516/7).

2. Beim gleichzeitigen gegensätzlichen Handeln durch zwei Einzelakte geht Kormann a. a. O. S. 518 davon aus, daß gemäß der Gleichwertigkeit des Handelns zweier Personen mit gleicher Handlungsmacht ihr gegensätzliches Handeln ebenso anzusehen sei, als ob dieselbe Person gegensätzlich gehandelt habe, was übrigens allgemein anerkannt werde. Hier kann dann, wenn die beiden Handlungen sich logisch nicht nebeneinander vertragen, im Hinblick darauf, daß weder der einen noch der andern irgendein Vorrang zustehen kann, nur die Folge sein, daß beide Erklärungen sich gegenseitig aufheben. Wenn die beiden Erklärungen sich logisch miteinander vertragen — z. B. mit gleicher Post erhält eine Köchin von Herrn und Frau A. eine Stellung im A.'schen Haushalt für 30 bzw. 35 Mark Lohn angeboten — nimmt Kormann an, daß ein Wille

des Handelnden, die Erklärungen zur Auswahl des Geschäftsgegners zu stellen, angenommen werden könne; dies könne aber nur dann angenommen werden, wenn die Erklärung des Doppelterklärenden noch keine definitive Rechtswirkung hervorbringe, da nur dann für eine Wahlerklärung des Geschäftsgegners Raum sei. Andernfalls seien auch hier beide Erklärungen unwirksam (Kormann a. a. O. S. 519—520).

§ 19.

Nichtige Rechtsgeschäfte.¹⁾

I. Im Gegensatz zu der sogen. Mentalreservation, d. h. dem geheimen Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, ist eine Erklärung mit diesem Vorbehalt nichtig, wenn sie einem Andern gegenüber abgegeben wird und dieser den Vorbehalt kennt (§ 116). Dies gilt sinngemäß auch dann, wenn dem andern Teile der Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, ausdrücklich kundgegeben ist, sodaß also z. B. dann, wenn die ein ganzes Grundstück umfassende Auflassungserklärung des Veräußerers von der ausdrücklichen mündlichen Erklärung an den Erwerber begleitet wird, eine bestimmte Parzelle werde nicht mit aufgelassen, die Auflassung hinsichtlich dieser Parzelle nach § 116 S. 2 nichtig ist (so RG. 78 S. 376/7).

II. § 117 behandelt das simulierte (Abs. 1) und dissimulierte (Abs. 2) Geschäft, ~~das lediglich deshalb vorgenommen wird, um bei einem Dritten den Schein der Gültigkeit zu erwecken, während im Falle des § 116 der Schein der Gültigkeit beim Gegner erweckt werden soll.~~

Nach § 117 ist eine Willenserklärung, die einem Andern gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnis aber nur zum Schein abgegeben wird, als Scheingeschäft nichtig. Nicht erforderlich ist die Absicht, Dritte zu täuschen (RG. 90 S. 277). Diese Nichtigkeit wirkt absolut, jedoch werden Dritte event. nach Maßgabe der Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten (§§ 892 ff., 932 ff., 1032, 1207) oder nach §§ 171, 172 und §§ 405, 409, 576 BGB. geschützt.

Streitig ist, ob über diese Vorschriften hinaus gegenüber einem Dritten, der im Falle der zum Schein erfolgten Abtretung eines Rechtes von dem Erwerber gutgläubig Rechte erworben hat, von dem die Abtretung Erklärenden geltend gemacht werden kann, er habe das Recht nur zum Schein abgetreten. Das RG. 90 S. 278/9 führt hierzu aus:

¹⁾ Vgl. den Aufsatz von Bading in Gruchots Beiträgen 58 S. 769 ff.

„Ob ein solcher Grundsatz in seiner Allgemeinheit nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufzustellen wäre, kann dahingestellt bleiben. Wenn aber wie hier der Gläubiger einer Briefhypothek eine schriftliche, die Erklärung der Abtretung zum Eigentum enthaltende Abtretungsurkunde ausstellt und sie nebst dem Hypothekenbriefe dem Zessionar übergibt, muß es ihm versagt werden, gegenüber einem Dritten, der die Hypothek seinerseits von dem Zessionar durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefes, also formgerecht (§ 1154 BGB.) und in dem guten Glauben (§ 932 Abs. 2 BGB.) erwirbt, daß der Zessionar zufolge der an ihn bewirkten Abtretung und Übergabe des Hypothekenbriefes Gläubiger der Hypothek geworden sei, sich darauf zu berufen, daß er — der ursprüngliche Gläubiger — die Hypothek in Wirklichkeit nur zum Schein abgetreten habe und ihm daher trotz der schriftlich erklärten Abtretung zum Eigentum und der Übergabe des Hypothekenbriefes an den Zessionar die Hypothek noch gehöre.

Für den Dritten konnte nur die Abtretungserklärung, wie sie vorlag, maßgebend sein. Er würde mit Unrecht Schaden erleiden, wenn durch die ihn nicht berührende Tatsache, daß die Abtretung nicht ernstlich gewollt war, ein Recht beseitigt werden könnte, das er im Vertrauen auf den vom Zedenten nach außen vorbehaltlos erklärten Abtretungswillen und auf die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Zessionar von diesem als dem vermeintlich rechtmäßigen jetzigen Gläubiger erworben hat. Andererseits geschieht dem Zedenten kein Unrecht, wenn er dem Dritten gegenüber an der Tatsache festgehalten wird, daß er die äußerlich die Erklärung seines Abtretungswillens enthaltende Abtretungsurkunde nebst dem Hypothekenbriefe dem Zessionar übergeben und diesen dadurch in die Lage versetzt hat, über die Hypothek zu verfügen; er muß für die Folgen seines eigenen Handels einstehen, das dem gutgläubigen Dritten keinen Nachteil bringen darf. Diese Auffassung findet auch ihre rechtliche Grundlage in den Rechtsgedanken, welche sich aus den vorbezeichneten Vorschriften der §§ 172, 405, 409 BGB. über die Wirkungen der Aushändigung von Vollmachturkunden, Schuldscheinen und Abtretungsurkunden ergeben. Nach § 172 in Verbindung mit § 171 insbesondere ist, wenn der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vollmachturkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt, der Vertreter dem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt.

Der erkennende Senat hat bereits unter entsprechender Anwendung dieser Vorschriften ausgesprochen: Wer von dem Gläubiger einer durch Obligationssurkunde verbrieften Forderung und wer von dem Gläubiger einer Briefgrundschuld eine unterzeichnete Blankozession nebst der Obligationssurkunde, dem Grundschuldbrief ausgehändigt erhalte, erlange die Ermächtigung, über die Forderung, die Grundschuld frei zu verfügen, und der Gläubiger müsse eine auf Grund der Zession und der Urkunde über die Schuld vorgenommene Verfügung gegen sich auch dann gelten lassen, wenn er in Wirklichkeit eine Ermächtigung zu der Verfügung nicht erteilt habe, es sei denn, daß der dritte Erwerber die mißbräuchliche Verwendung der Zessions- und Schuldurkunden gekannt habe oder hätte kennen müssen (Urteil vom 16. September 1911, RGZ. Bd. 81 S. 260; vgl. RGZ. Bd. 71 S. 222). Wenn aber der Gläubiger einer Briefhypothek in einer Abtretungsurkunde erklärt, daß er die Hypothek auf einen anderen zum Eigentum übertrage und den Hypothekenbrief dem anderen aushändigt, gewährt er in noch stärkerem Maße, als durch Aushändigung einer Blankozession nebst der Urkunde über die Schuld, die Verfügungsmacht.

über die Hypothek dem anderen, indem er nach außen den Willen kundgibt, daß er dem anderen die Hypothek übereigne. Um so mehr muß deshalb in solchem Falle verneint werden, daß der Hypothekgläubiger einem Dritten gegenüber, der von dem anderen auf Grund der in dessen Besitz befindlichen Abtretungs- und Hypothekenbrief-Urkunden die Hypothek erworben hat, sich darauf berufen könne, daß von ihm dem anderen in Wirklichkeit die Hypothek nicht übereignet und somit die freie Verfügungsmacht über die Hypothek nicht erteilt worden sei, ausgenommen, wenn der Dritte dies beim Erwerbe gekannt hat oder hätte kennen müssen.“

In der Aufstellung eines sogen. Strohmannes als Geschäftsinhabers liegt kein Scheingeschäft. Es verstößt dies auch nicht gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Gebot, es sei denn, daß es sich um die Führung einer Gastwirtschaft durch eine nicht konzessionierte Person in nur scheinbarer Vertretung eines Konzessionsinhabers handelt (RG. 84 S. 305, 69 S. 46, Seuff. Arch. Bd. 60 S. 178 und Bd. 67 S. 129). Das Reichsgericht nimmt jedoch eine Haftung desjenigen, welcher einen Strohmann aufstellt, gegenüber dem Strohmann an (RG. 84 S. 305)¹⁾.

Auch der Erwerb durch einen Strohmann, d. h. eine vorgeschobene Person, ist zulässig und grundsätzlich kein Scheingeschäft. Ein solcher Erwerb kommt hauptsächlich in denjenigen Fällen vor, in welchen jemand eine Sache oder ein Recht erwerben und diesen Erwerb nach außen hin, insbesondere seinen Gläubigern gegenüber,

¹⁾ Der Rechtsfall war folgender: Der vermögenslose Kläger war auf Veranlassung des ihm dafür 200 M. zuzagenden Beklagten, des Hauptgläubigers der J. S., vom 10. März 1910 bis 31. Okt. 1912 durch Eintragung im Handelsregister und Anbringung seines Namens am Geschäftslokal als Inhaber des bis dahin von der J. S. unter ihrem Namen betriebenen Puggeschäfts aufgetreten. Der Kläger forderte vom Beklagten auf Grund besonderer Zusage Befreiung von seinen Verbindlichkeiten im Gesamtbetrage von 10588,24 M. gegenüber gewissen neuen Geschäftsgläubigern aus der Zeit vom 10. März 1910 bis 31. Oktober 1912. Das Beruf.-G. wies die Klage ab, weil die Handlungsweise aller drei Beteiligten, der Parteien und der J. S. gegen die guten Sitten verstoße und darum nichtig sei. Das RG. führt aus:

„Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist begründet. Die Rechtsauffassung des B. R. würde dazu führen, daß die während der Geschäftsinhaberschaft des vermögenslosen Klägers gegen ihn erwachsenen Geschäftsforderungen ungetilgt blieben und der Beklagte, der Urheber des ganzen Manövers, frei ausginge. Denn das Auftreten des Klägers als Geschäftsinhabers hat die Rechtsfolge gehabt, daß er, und zwar er allein, den neuen Geschäftsgläubigern haftet (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 37 S. 61, Bd. 66 S. 417/8). Inwieweit kann also von einer Nichtigkeit der Handlungen der drei Beteiligten keine Rede sein. Das Auftreten des Klägers als Geschäftsinhabers verstieß an sich auch keineswegs gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, wie dies bei der Führung einer Gastwirtschaft durch eine nicht konzessionierte Person in nur scheinbarer Vertretung eines Konzessionsinhabers zutrifft. Die unter den Parteien gewollte sogen. Strohmansschaft des Klägers war vielmehr an sich rechtlich zulässig (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 69 S. 46, Seuff. Arch. Bd. 60 S. 178 und Bd. 67 S. 129), und die schädliche Wirkung dieser Maßnahmen wurde für die neuen Geschäftsgläubiger gerade dadurch gemildert oder beseitigt, daß der Beklagte dem Kläger für die Erfüllung der bezeichneten Geschäftsschulden haftete, d. h. den Kläger von diesen Schulden zu befreien hatte. Die Haftung des Beklagten folgt an sich aus der Aufstellung des Klägers als seines Strohmannes, und sie wurde noch besonders vereinbart in der vom Kläger behaupteten Abrede. Die Abrede zeigt die Erkenntnis der Parteien, daß die Inhaberschaft des Klägers keine Scheininhaberschaft bleiben könne, sondern notwendig eine wirkliche, die Haftung des Klägers für die Geschäftsschulden erzeugende Inhaberschaft sein werde, und sie bezweckt ausdrücklich, wie den Kläger so mittelbar auch die neuen Gläubiger zu sichern. Die Abrede war also in bezug auf diese Gläubiger, um die allein es sich hier handelt, durchaus ernstlich gemeint und zielte auf einen gerade rechtmäßigen Erfolg, nämlich auf die der wirklichen Sachlage entsprechende Befriedigung der genannten Gesellschaftsgläubiger durch den Beklagten“

verheimlichen will, zu welchem Zwecke er eine Mittelsperson als Erwerber vorschiebt. Über den Erwerb in solchen Fällen führt das RG. 69 S. 47 aus:

„Die entstehenden Rechtsbeziehungen sind . . . verschieden, je nachdem der Veräußerer die Rolle des vorgeschobenen Strohmannes kennt und damit einverstanden ist oder nicht. Im ersteren Falle kann die Veräußerung an die Mittelsperson zum Schein geschehen; neben oder hinter diesem nichtigen Scheingeschäft muß aber notwendig noch eine ernstgemeinte Veräußerung an den Auftraggeber der Mittelsperson, den wahren Erwerber, vor sich gehen, bei welcher der Mittelsperson, sofern sich der wahre Erwerber nicht persönlich am Geschäftsabschlusse beteiligt, die Rolle eines offenen Stellvertreters zufällt.“

Fraglich ist es, ob die vor staatlichen Organen, insbesondere dem Vormundschafts- und Prozeßgericht vorgenommenen Scheingeschäfte nichtig sind:

a) Scheinerklärungen seitens eines Vormunds oder Pflegers bei der Bestellung zum Vormund oder Pfleger sind zweifellos unbeachtlich, denn die Bestellung ist ein Staatsakt. Anders liegt es bei der gerichtlichen Bestätigung eines Adoptionsvertrages, da dieser das Vorliegen eines wirksamen Vertrages voraussetzt (so auch Rsp. d. OLG. 7 S. 425 ff. und 18 S. 283 ff.).

b) Richterliche Urteile auf Grund von Simulation zweier Parteien sind trotz RG. 36 S. 249 — ~~das fälschlich vom „stimmteren Jurokrat“ spricht, obwohl doch das Gericht bei der Urteilsfällung nicht an der Simulation teilnimmt, als wirksam zu erachten, sobald sie rechtskräftig sind. Wohl aber kann hier die Lehre von der Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten herangezogen werden, die im Stollprozeß zu behandeln ist.~~

Durch das Scheingeschäft wird häufig ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt. In diesem Falle gelten nach § 117 Abs. 2 die Vorschriften des verdeckten (dissimulierten) Geschäftes. So sind z. B. in einen Kauf- oder Darlehnsvertrag gekleidete Schenkungsversprechen dann gültig, wenn das Versprechen des Schenkers zur Zahlung gerichtlich oder notariell beurkundet ist. (Vgl. f. d. Gemeine Recht RG. 15 S. 293/4 und 22 S. 191—195). Wenn dagegen ein Grundstückskaufvertrag, um Stempelkosten zu sparen, vor einem Notar als zu einem niedrigeren Kaufpreis abgeschlossen beurkundet wird, als tatsächlich vereinbart wurde, so ist der vor dem Notar abgeschlossene Vertrag als Scheinvertrag nichtig; aber auch der durch ihn verdeckte Kaufvertrag ist mangels Beurkundung nach § 313 nichtig (so auch RG. 78 S. 115—121), es sei denn, daß die Auflassung und Eintragung erfolgt, in welchem Falle der formlos abgeschlossene Kaufvertrag mit dem höheren Kaufpreis nach § 313 Satz 2 BGB. wirksam wird.

Wenn ferner jemand zum Schein seine Wohnungseinrichtung einem andern veräußert, während in Wirklichkeit nur eine Verpfändung

gewollt ist, kommt es für die Frage nach der Entstehung eines Pfandrechts darauf an, ob nicht etwa anstelle der Übergabe der Sachen ein beim Pfand unzulässiges *constitutum possessorium* (§ 930) vereinbart wurde. Anders liegt die Sache nur dann, wenn der Wille auf Übertragung des Eigentums ernstlich vorhanden war, in welchem Falle die Veräußerung kein Scheingeschäft ist, vielmehr als sog. Sicherheitsübereignung auch dann wirksam ist, wenn sie zu Pfandzwecken erfolgte, da fiduziarische Rechtsgeschäfte keine Scheingeschäfte sind. (Vgl. § 1 VI).

III. Wichtig ist nach § 118 schließlich eine Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Dies gilt vor allem für Erklärungen auf der Bühne, zu Lehrzwecken, aus Scherz oder aus Prahlerei. Im Gegensatz zu der Mentalreservation des § 116 Satz 2, welche zwecks Täuschung eines Andern abgegeben wird, aber von diesem als solche erkannt wird, verfolgt der Erklärende i. F. des § 118 keine täuschende Absicht, hegt vielmehr eine bestimmte Erwartung. Ob diese bei der Willenserklärung zum Ausdruck kommen muß oder ob eine rein innerliche Erwartung genügt, ist zweifelhaft. Das Gesetz verlangt ersteres nicht. Wenn der andere Teil die Erklärung ernst auffaßt, so wird entscheidend sein, ob diese Erwartung objektiv gerechtfertigt war (so auch Staubinger § 118 Ziff. 2). Hatte jedoch der Erklärende gewußt oder damit gerechnet, daß der andere Teil die Erklärung nicht scherzhaft, sondern ernst auffassen würde, so ist die Erklärung rechtswirksam und es liegt nur seitens des Erklärenden eine unbeachtliche Mentalreservation vor.

Liegt § 118 vor, hatte aber der Gegner die Erklärung ernstlich aufgefaßt und war dies objektiv gerechtfertigt, so ist der Erklärende nach § 122 zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses verpflichtet.

§ 20.

Die Anfechtung.

I. Anfechtbar sind Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen.

Die §§ 119—122 gelten für alle Rechtsgeschäfte, auch solche des Familien- und Erbrechts, sofern nicht etwa Sondervorschriften gegeben sind, z. B. in den Fällen der §§ 1332—4, 1336 ff. (Eheanfechtung), §§ 2078, 2089 ff. 2281 ff. (Anfechtung letztwilliger Verfügungen).

Prozessuale Erklärungen dagegen sind nicht nach Maßgabe des BGB. anfechtbar, sondern unterliegen, wie § 290 ZPO. zeigt, besonderen Regeln (RG. 69 S. 262/3). Dasselbe gilt auch bezüglich der Anfechtung der Zurücknahme von Rechtsmitteln nach RG. 81 S. 178/9.

~~Beteiligungserklärungen bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaft und eingetragener Genossenschaft sind nach Eintragung der Gesellschaft im Handels- bezw. Genossenschaftsregister nach feststehender Praxis des Reichsgerichts unanfechtbar, weil diese Erklärungen eine doppelte Bedeutung haben:~~

~~1. im Innenverhältnis verpflichtet sich der Erklärende sich in Höhe der übernommenen Stammeinlage an der Gesellschaft zu beteiligen;~~

~~2. die Übernahmerklärung ist weiter dazu bestimmt, zur Bildung der Kapitalgrundlage der ins Verkehrsleben tretenden oder bereits getretenen Gesellschaft mitzuwirken. Von diesem Gesichtspunkt aus richtet sie sich an die Allgemeinheit und hat dieser gegenüber die Bedeutung, daß der Erklärende für die übernommene Stammeinlage schlechthin haften will, sobald die Eintragung in das Handels- bezw. Genossenschaftsregister erfolgt ist. Letztere duldet keine Anfechtung, denn das Interesse derer, die im Vertrauen auf die durch die Übernahmerklärung geschaffene Kapitalgrundlage mit der Gesellschaft in Verkehr getreten sind oder treten wollen, verlangt, daß die Kapitalgrundlage erhalten bleibt.~~

~~Folglich ist auch die im Innenverhältnis an sich zulässige Anfechtung ohne Wirkung, da das Interesse des getäuschten Gesellschafters gegenüber der Allgemeinheit zurücktreten muß.)~~ So RG. 83 S. 264—5 und 82 S. 377/8.

1) Vgl. hierzu: Moos, Inwieweit ist die Erklärung, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung beitreten zu wollen, anfechtbar? in J. W. 48 S. 506—508. Wenn dagegen die Aktiengesellschaft entstanden ist, so haftet sie nach allgemeinen Grundsätzen für Handlungen ihrer Organe und Vertreter. Ebenso trifft sie die Prospekthaftung des § 43 Börsengesetzes. Vgl. RG. 71 S. 97 ff. und 88 S. 271 ff. Nach Entstehung der Aktiengesellschaft mit dem ursprünglichen oder erhöhten Kapital fehlt, sofern der Umfang der Aktien in Frage steht, „der rechtspolizeiliche, nach außen hin kundgegebene Akt, dessen nach außen hinausgreifende Bedeutung es allein rechtfertigt, von den Anfechtungsregeln des BGB.'s abzuweichen. Es muß dann vielmehr bei den Regeln verbleiben, denen zufolge der Aktienkäufer diese seine Beitrittserklärung wegen Irrtums, Betrugs oder Drohung anfechten darf“ (RG. 88 S. 272).

Aus demselben Grunde, aus welchem sich die Unzulässigkeit der Anfechtung von Beitrittserklärungen ergibt, folgt auch die Unzulässigkeit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen arglistiger oder irrtümlicher Verleitung zur Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, Ges. mit beschränkter Haftung usw. So RG. 88 S. 187 ff. in einem Falle, in welchem der Kläger der beklagten Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter Übernahme einer Stammeinlage infolge betrügerischer Zusicherungen beigetreten war. Es führt aus:

„Die Vorschrift des § 213 BGB., wonach die Aktionäre ihre Einlagen nicht zurückfordern können, ferner das Prinzip des Gläubigerschutzes überhaupt sowie endlich die Erwägung, daß die Beteiligungserklärung für die Öffentlichkeit bestimmt ist und sich nach Eintragung des Beitritts im Handelsregister an jedermann richtet, haben seit langer Zeit zu der Überzeugung geführt, daß der veröffentlichte Beitritt zu einer Aktiengesellschaft der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, Irrtums oder Drohung nicht unterliegt. Das Gleiche ist, da die Rechtsverhältnisse völlig dieselben sind, für eine Gesellschaft m. b. H. angenommen worden. . . . Ebenso hat das Reichsgericht aber auch wiederholt ausgesprochen, daß ein Schaden, der dem Gesellschafter durch seine Beteiligung an der kapitalistischen Gesellschaft erwächst, nicht durch die Gesellschaft selbst ersetzt zu werden braucht. Vgl. für Aktiengesellschaften RGZ. Bd. 54 S. 132, Bd. 62 S. 29, Bd. 71 S. 98, für Gesellschaften m. b. H. Bd. 82 S. 381. Diese Rechtsprechung ist bis in die jüngste Zeit festgeblieben. Die Entscheidungen des I. Zivilsenats Bd. 54 S. 128 und Bd. 62 S. 29 gingen nur darin zu weit, daß sie keinen Unterschied machten zwischen der ursprünglichen Beteiligung an der Gesellschaft und einem mit ihr oder einem Dritten über den rechtlich bestehenden Anteil geschlossenen Kaufvertrag. Insofern wurden sie durch RGZ. Bd. 71

Ferner ist die Anfechtung nach § 144 ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird, wobei die Bestätigung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf. Bei dieser Bestätigung handelt es sich nur um eine solche, die vor der Abgabe der Anfechtungserklärung erfolgt, mithin um einen Verzicht auf das noch nicht ausgeübte Anfechtungsrecht (RG. 74 S. 3). Die Bestätigung darf auch nicht etwa durch neuen Zwang veranlaßt sein, auch darf die Wirkung der früheren Drohung nicht noch fortbauern (RG. 60 S. 373).

Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner (§ 143 BGB.).

Das Wort „Anfechtung“ ist nicht erforderlich; es genügt, wenn sich aus der Erklärung der Wille des Erklärenden ergibt, daß das Rechtsgeschäft unwirksam sein solle (RG. 48 S. 221). Es genügt der erkennbare Wille, das Geschäft nicht bestehen lassen zu wollen. Wendungen wie: Bestreiten der Verpflichtung, Nichtanerkennen, Rückfordern sind in der Regel als ausreichend anzusehen (RG. 65 S. 88).

Der Grund der Anfechtung braucht nicht angegeben zu werden, auch nicht die konkreten Tatsachen, worauf die Anfechtung gegründet werden soll (RG. 65 S. 88.).

§. 97 mit Rücksicht auf das abweichende Urteil des II. Senats Bd. 68 S. 309 berichtigt; vgl. dazu auch RGZ. Bd. 87 S. 339. Dagegen hat man an der Gleichstellung des Schadenerschaftsanspruchs mit der Anfechtung, wo diese letztere als ausgeschlossen betrachtet wurde, festgehalten.

Die Klägerin will den bisherigen Standpunkt verlassen. Unter Bezugnahme auf die Auffäße von Moos und Brett, Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 70 S. 184, Bd. 76 S. 415, bemüht sie sich darzutun, daß der Schadenerschaftsanspruch an sich zugelassen sei und nur hinter die Rechte der Gläubiger zurücktreten müsse. Die verklagte Gesellschaft, führt sie aus, möge die letzte Bilanz vorlegen. Ergebe sich daraus das Vorhandensein ausreichender offener Reserven, so sei sie unbedingt zur Zahlung des Schadenerschaftes zu verurteilen. Andernfalls erfolge die Verurteilung mit dem Zusätze, daß der Anspruch aus dem bilanzmäßigen Gewinn des laufenden und, soweit nötig, der späteren Jahre befriedigt werde. Dieser Vorschlag verdient keine Billigung. Mit Recht hat schon der BR. auf die Schwierigkeit der Durchführung des Gedankens hingewiesen. Namentlich bei den Gesellschaften m. b. H. kann die Feststellung, ob ein Gewinn erzielt worden ist, auf mancherlei Art der richterlichen Nachprüfung entzogen werden. Wenn die Revision hierauf kein Gewicht legen will, weil der Betrogene die Bilanzen doch als maßgebend hinzunehmen habe, so ist sie den Beweiss für diese Behauptung schuldig geblieben. Nur für den Gesellschaftler als solchen bestimmt das Gesetz, daß er Beschlüsse der Generalversammlung mangels Klage gemäß §§ 271 ff. HGB. gegen sich gelten lassen muß. Würde der Betrogene der Gesellschaft als Gläubiger gegenüberzutreten, so könnte ihm sowenig wie anderen Gläubigern verwehrt werden, die Richtigkeit der beschlossenen Bilanzen zu bemängeln. Vor allem aber ist vor Auflösung der Gesellschaft, ja vor Beendigung der Liquidation garnicht mit Sicherheit erkennbar, ob nicht doch die übrigen Geschäftsgläubiger durch Entschädigung des Betrogenen beeinträchtigt werden. Niemal dann, wenn zu seiner Befriedigung die Reserven ausgeschüttet sind und hinterher irgendwie und wann eine Unterbilanz sich herausstellt, kann die Beeinträchtigung nicht bezweifelt werden. Wäre das an den Betrogenen gezahlte Geld noch vorhanden, so würde der Verlust nicht oder doch nicht in dem Maße eingetreten sein. Es hat daher seinen guten Grund, wenn das RG. dem Betrogenen die Rechte aus dem Betrage der Gesellschaft gegenüber schlechthin abspriecht. Setzt es doch auch in § 213 HGB. schlechthin und ohne Einschränkung, daß die Aktionäre ihre Einlagen nicht zurückfordern können. Darüber, daß § 213 HGB. trotz der veränderten Fassung des § 30 Abs. 1 G. m. b. H. G. inhaltlich auch für die Gesellschaften m. b. H. gilt, besteht kein Streit. Die Verfasser des Gesetzes hielten neben den übrigen Vorschriften einen ausdrücklichen Ausspruch für überflüssig (vgl. Motive zum G. m. b. H. G. Reichst. Vorl. S. 62).“

Bei einer Mehrheit von Anfechtungsberechtigten kann jeder allein anfechten. Die Anfechtung wirkt dann nur zu Gunsten des Anfechtenden. So auch RG. 56 S. 424:

„Das ergibt sich aus dem Wesen der Anfechtung, die deren Ausübung bei Mehrheit der Anfechtungsberechtigten in gleicher Weise regelt, wie in den bezogenen Gesetzesstellen (d. h. in den §§ 356, 467, 502, 513 BGB.) die Ausübung der oben benannten Rechte des rechtlichen Könnens bei Mehrheit der Berechtigten geregelt ist. Die Annahme, diese gesetzlichen Bestimmungen seien Ausfluß einer allgemeinen Regel, die für alle Fälle anzuwenden sei, in denen mehreren in schlichter Gemeinschaft ein Recht des rechtlichen Könnens zustehe, entspricht nicht dem Gesetze.“

Die Anfechtung ist auch unabhängig von einem eventuellen Anspruch des Anfechtungsgegners auf Rückgewähr seiner vertraglichen Leistungen, sodas insbesondere der Satz, das Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zurückzugewähren seien, in einem solchen Falle nicht anwendbar ist (RG. bei Gruchot 55 S. 342).

II. Wirkung der Anfechtung.

Angefochten wird entweder das obligatorische Kaufgeschäft oder das dingliche Erfüllungsgeschäft, je nachdem ein Willensmangel bei dem einen oder anderen Geschäft vorlag. Unter Umständen ist auch nur das dingliche Geschäft anfechtbar, z. B. bei Irrtum in Bezug auf einen übereigneten Gegenstand.

Die Anfechtung des Kaufgeschäftes läßt an sich die Gültigkeit des dinglichen Geschäfts unberührt. Es gibt jedoch Ausnahmen. Hierüber führt das RG. im 66. Bande S. 389/90 aus:

„Die rechtswirksame Anfechtung hat nach § 142 BGB. die Wirkung, das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig angesehen wird. Diese Wirkung tritt ohne Weiteres ein; sie ist in diesem Sinne dinglich. Die Anfechtung begründet nicht, wie der Rücktritt im Rechte der Schuldverhältnisse, nur einen obligatorischen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. — — —

Nach richtiger Rechtsansicht können indes das Kaufgeschäft und das dingliche Übereignungsgeschäft auch beim Anfechtungsgrunde des Irrtums gemeinsam anfechtbar sein, wenn beide Geschäfte in einem einheitlichen Willensakte zusammenfallen, und dieser an dem Anfechtungsgrunde leidet.“

Letzteres wurde in der zit. Entscheidung in einem Falle angenommen, in welchem ein Verkäufer einem Kaufmann auf Grund eines Kaufvertrages Waren lieferte und den Kaufpreis kreditierte. Der Verkäufer war vom Käufer in den Irrtum versetzt worden, das er zahlungsfähig sei. Das Gegenteil war der Fall, der Käufer fiel alsbald in Konkurs. Nun focht der Verkäufer an und sonderte die gelieferten Waren im Konkurs des Käufers mit Erfolg aus, denn:

„Der Anfechtungsgrund des Irrtums erfaßt daher auch die dingliche Übereignung, und die rechtswirksame Anfechtung rechtfertigt den mit der Klage verfolgten Aussonderungsanspruch“ (RG. 66 S. 390).

Nach RG. 70 S. 57 soll die Anfechtung des Kaufgeschäftes regelmäßig auch das dingliche Erfüllungsgeschäft ergreifen, wenn der Verkäufer einen Kaufvertrag anfechtet, da er gerade unmittelbar das Eigentum wieder zurückerlangen will.

Durch die berechtigte Anfechtung wird die Nichtigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts herbeigeführt. Zugleich entsteht der verjährbare Anfechtungsanspruch, der entweder eine *condictio* oder *rei vindicatio* ist. Auch eine Geldzahlung ist anfechtbar, z. B. wenn man irrtümlich statt eines Zehnmarkstücks ein Zwanzigmarkstück übereignete. Hier gibt es infolge der Anfechtung eine *rei vindicatio* bezüglich des gezahlten Geldstücks, die jedoch praktisch wegen der Unmöglichkeit der Bezeichnung des bestimmten Gegenstandes (§ 253 ZPO.) der Klage meist undurchführbar ist, es sei denn, daß sich das Geld in einem bestimmt bezeichneten Umschlag u. dgl. befindet. Anstelle der unpraktischen *rei vindicatio* von Geld führt jedoch eine *condictio* aus §§ 812, 818 Abs. 2 B. auf Wertersatz zum Ziele, denn mit der *rei vindicatio* konkurriert die *condictio possessionis*.

Aber die Wirkung der Anfechtung führt das RG. aus:

„Die durch die Anfechtung herbeigeführte Nichtigkeit eines Vertrages hat zur Folge, daß sich die Parteien das Erlangte nach den Grundsätzen der §§ 812 ff. herauszugeben haben. Ob der Anfechtende die Herausgabe bewirken kann, ist nicht nur für den Eintritt, sondern auch für den Fortbestand der Nichtigkeit ohne Belang. Das etwa vorhandene Unvermögen des Anfechtenden zur Herausgabe hat nur zur Folge, daß nach Umständen Schadensersatz zu leisten ist“ (RG. 74 S. 5).

III. Unwiderruflichkeit der Anfechtung.

Die einmal erfolgte Anfechtung kann nicht wieder zurückgenommen werden¹⁾. Vergl. RG. 74 S. 3:

„Die Nichtigkeit tritt also mit der Wirksamkeit der die Anfechtung enthaltenden Erklärung unmittelbar ein, ohne daß es der Ausnahme oder sonstigen Mitwirkung des Gegners bedürfte. Ist die Nichtigkeit aber einmal eingetreten, dann kann sie nicht durch einseitige Zurücknahme der Anfechtung wieder beseitigt werden. Denn die Wiederherstellung eines nichtig gewordenen und damit nicht mehr vorhandenen Vertrages ist nur bei beiderseitigem Einverständnis möglich. Dementsprechend redet auch der der Vorschrift des § 142 Abs. 1 unmittelbar vorausgehende, von der Bestätigung nichtiger Verträge handelnde Abs. 2 des § 141 nur von einer Bestätigung, die von beiden Teilen vorgenommen wird.“

Bei Anfechtung dinglicher Geschäfte ist es möglich, daß z. B. der übereignete Gegenstand bereits weiter veräußert wurde. Dann wird der gutgläubige Erwerber geschützt. So auch RG. 69 S. 17:

„Soweit in der Zeit zwischen Vornahme des Rechtsgeschäfts und der Anfechtung ein Dritter auf Grund der für den Erwerb in gutem Glauben

¹⁾ Wohl aber ist ein Verzicht auf die durch die Anfechtung erworbenen Rechte möglich.

geltenden Grundsätze dingliche Rechte erworben hat, können diese selbstverständlich infolge der Anfechtung nicht wieder in Wegfall kommen. Das gilt aber nicht von obligatorischen Rechten, bei denen das Gesetz einen Erwerb auf Grund der Gutgläubigkeit regelmäßig nicht kennt."

Anders ist es dann, wenn guter Glaube nicht geschützt wird:

"Wird eine aus einem Verträge entstandene Forderung abgetreten, so ist die Anfechtung auf jeden Fall dem Zedenten gegenüber zulässig und wirkt absolut und dinglich, also auch dem Zessionar gegenüber, und zwar auch dann, wenn sie nach der Abtretung erklärt ist. Der gute Glaube des Zessionars schützt nicht gegen diese Wirkung. Denn die Grundsätze des Sachenrechts über den guten Glauben gelten grundsätzlich nicht für den Erwerb von Forderungen" (RG. in J. W. 1906 S. 379).

Allerdings wird der Dritte oft nach §§ 409, 410 geschützt sein. Zu beachten ist, daß nach § 142 Abs. 2 derjenige, welcher die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, d. h. infolge Fahrlässigkeit nicht kannte (§ 122 Abs. 2), so behandelt wird, wie wenn er die Richtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen, vorausgesetzt, daß die Anfechtung erfolgte. Nach § 932 Abs. 2 wird der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers aber nur infolge Kenntnis oder grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Dies muß auch dann gelten, wenn der Veräußerer erst infolge Anfechtung des Erwerbs Nichteigentümer wurde. § 142 Abs. 2 wird daher durch § 932 eingeschränkt.

IV. Die Anfechtung im Prozeß.

Auch der Prozeßbevollmächtigte kann im Prozesse anfechten und die Anfechtungserklärung entgegennehmen (RG. 58 S. 227/8). Wirksam ist die Anfechtung schon mit der Zustellung des sie enthaltenden Schriftsatzes (RG. 53 S. 148), jedoch muß die Anfechtung in der mündlichen Verhandlung vorgetragen werden, um vom Gericht beachtet zu werden.

Ficht der Beklagte an, so leugnet er nicht den Klagegrund, bringt vielmehr einen rechtshemmenden Einwand vor, den er zu beweisen hat (RG.). Die Wahrung der Ausschlußfrist der Anfechtung hat das Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen.

§ 21.

Die Anfechtung wegen Irrtums.

I. Nach § 119 sind Willenserklärungen anfechtbar, wenn jemand entweder

a) bei Abgabe derselben über ihren Inhalt im Irrtum war, wozu auch der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person oder Sache gehört, oder

b) eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, sofern sowohl im Falle a wie b anzunehmen ist, daß der

Erklärende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

II. a) Aber den Inhalt einer Erklärung hat sich jemand geirrt, wenn er seiner Erklärung eine von der allgemeinen Verkehrsanschauung abweichende Auslegung zugrunde legte, was besonders bei Münz- und Maßbezeichnungen der Fall sein kann.

Kein Irrtum liegt vor, wenn sich jemand bei Niederschrift des erklärten Willens nur versehen hat, also ein Schreibfehler in Frage kommt. Soweit der wahre und erklärte Wille festgestellt werden kann, gilt dieser. Das Versehen ist daher nur zu berichtigen (RG. in Rspr. d. OLG. 22 S. 128/9 bei offensichtlichem Schreibfehler in einem Testamente).

Kalkulationsfehler des Verkäufers oder Käufers bei Berechnung des Kaufpreises sind grundsätzlich nur Irrtum im Weggrund:

„Nur dann ist dies anders, wenn diese Kalkulationen zum Gegenstande der für den Vertragschluß entscheidenden Verhandlungen gemacht wurden, wenn bei den für den Vertragschluß entscheidenden Verhandlungen dem andern Teile erkennbar der verlangte oder angebotene Kaufpreis als ein durch näher bezeichnete Kalkulationen zustande gekommener bezeichnet ist. Dann umfaßt der Inhalt der Erklärung bei dem Vertragschlusse auch diese Kalkulation, und ein Irrtum in dieser Kalkulation ist im Zweifel — er kann unter Umständen auch nur zu einer Nichtstellung des Kaufpreises führen — ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung, der die Anfechtung aus § 119 Abs. 1 rechtfertigt“ (RG. 64 S. 268). Vgl. auch RG. 90 S. 272.

Über den Begriff des Irrtums im § 119 führt das RG. 85 S. 324/5 aus:

„Der rechtsgeschäftliche Irrtum (§ 119 BGB.) besteht seinem Wesen nach darin, daß der Erklärende in falschen Vorstellungen befangen ist; dem steht gleich die auf dem völligen Fehlen der entscheidenden Vorstellungen beruhende Unwissenheit, wenn sie eine dem Irrenden unbewußte ist (RG. 62 S. 203 ff., 205; vgl. auch 77 S. 309). Dagegen liegt kein Irrtum im Sinne des § 119 vor, wo Zweifel vorhanden ist: wer das Vorliegen einer Tatsache oder ihren Eintritt nur für wahrscheinlich oder möglich hält, kann nicht wegen des Nichtvorliegens oder wegen des Nichteintritts aus § 119 anfechten. Dies trifft z. B. insbesondere dann zu, wenn die Willenserklärung auf Grund von (nicht betrüglischen) Schätzungen, Annahmen, Mutmaßungen abgegeben wird. In solchem Falle liegt nur die Hoffnung vor, die zugrundeliegende Annahme werde sich bestätigen, dagegen kein Falschwissen auf Grund bestimmter irriger Vorstellungen: wer in der gekennzeichneten Weise ein Geschäft vornimmt, übernimmt regelmäßig das Risiko, das Geschäft ist seinem Inhalt nach ein gewagtes. Der Handelnde kann nicht in der Folge mit Erfolg versuchen, das übernommene Risiko im Wege der Anfechtung auf den Gegner zu überwälzen (vgl. u. a. RG. in Bay. J. 1910, 77; auch II 440/05, I 376/06).“

Ein Irrtum liegt ferner nicht vor, wenn es sich um Eigenchaften einer Sache oder Person handelt, an welche der Erklärende

bei Abgabe der Willenserklärung überhaupt nicht gedacht hat; man denke an den Fall, daß jemand ein altes Bild verkauft, von welchem sich später herausstellte, daß es von einem alten Meister herrührt.

Über die wichtige Frage der Anfechtung der Erklärung in einer Urkunde, die der Unterzeichner nicht gelesen hat, führt das RG. 77 S. 312/3 aus:

„Unterzeichnet jemand eine Urkunde, ohne sie gelesen zu haben und ohne daß sie ihm vorgelesen wird, so kann der Tatbestand ein verschiedener sein. Selbstverständlich ist eine Anfechtung wegen Irrtums ausgeschlossen, wenn die Unterzeichnung im Bewußtsein der Unkenntnis des Inhalts der Erklärung und ohne jede Vorstellung davon erfolgt. Da der Unterzeichnende in solchem Falle schlechterdings nichts über den Erklärungsinhalt denkt, denkt er eben auch nicht Iriges darüber, sodaß mit Bezug auf jenen Inhalt nichts weiter als die reine Unwissenheit vorhanden ist

Dieser Gesichtspunkt rechtfertigt den häufig ausgesprochenen Satz, der im Interesse der Verkehrssicherheit nicht entbehrt werden kann, daß der Einwand allein, man habe die Urkunde vor der Unterzeichnung nicht gelesen, sie sei auch nicht vorgelesen, nicht zugelassen werden darf

Wer einen zur Annahme eines Geschäftsirrtums geeigneten Sachverhalt dartun will, erreicht das Ziel durch den bloßen Hinweis auf das unterlassene Vorlesen oder Selbstlesen der unterzeichneten Urkunde deshalb nicht, weil er sich, indem er blindlings unterschrieb, möglicherweise überhaupt keine Vorstellung über das Unterschriebene gebildet hat. Allein man kann eine Urkunde blindlings unterzeichnen, ohne das Bewußtsein zu haben, daß man ihren Inhalt nicht kennt. War man z. B. der Meinung, die Urkunde gebe die vorausgegangenen Vertragsbedingungen wieder, so greift, wenn man sich darin täuschte, die Anfechtung wegen Irrtums Platz

Damit sind die Irrtumsfälle noch nicht erschöpft. Es ist möglich, daß, wer unbefehens unterschreibt, zwar seiner Unkenntnis des Inhalts sich bewußt ist, aber gleichwohl in negativer Hinsicht von einer Vorstellung darüber geleitet wird. So, wenn er eine gewisse Klausel, die in Wirklichkeit in der Urkunde steht, darin nicht enthalten wähnt. Die Vorstellung braucht auch nicht auf eine bestimmte Klausel gerichtet zu sein. Der Unterzeichner setzt, sei es mit Recht oder Unrecht, einen gewissen Sachverhalt als bestehend voraus und nimmt an, daß die Erklärung diesem Sachverhalte nicht widerspreche. Widerspricht sie ihm dennoch, so hat er über den Inhalt der Erklärung getrrt.“

b) Unter „Eigenschaften der Sache“ find nach RG. 64 S. 269 zu verstehen:

„nicht nur die natürlichen (körperlichen) Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse der Sache, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache auszuüben pflegen

Für die Annahme einer Eigenschaft der Sache ist indes wesentliches Erfordernis, daß letztere sich unmittelbar auf die Sache beziehen und für deren Wertbildung maßgebend sind. Verkehrswert, Marktpreis, Einkaufspreis sind grundsätzlich lediglich das Ergebnis der Schätzung aller für die Wertbildung maßgebenden Eigenschaften der Sache auf der Grundlage der allgemeinen Konjunktur oder der besonderen Umstände des einzelnen Kauf-

geschäfts. Sie sind aber nicht ein tatsächliches oder rechtliches Verhältnis der Sache, das für deren Wertbildung maßgebend ist; sie sind keine der Sache innewohnende Eigenschaft" (RG. 64 S. 262).

In Band 61 S. 86 führt das Reichsgericht als Beispiele von Eigenschaften eines Grundstücks dessen Bebaubarkeit, gewerbliche Verwendbarkeit, Steuerverhältnisse sowie die Miet- oder sonstigen Erträge an.

Streitig ist die Frage, ob der Begriff „Sache“ im § 119 Abs. 2 im Sinne des § 90 BGB. nur auf körperliche Gegenstände zu beziehen ist. Das RG. hat in Band 73 S. 136 ff. die Frage bejaht und die Anfechtung des Rechtskaufes wegen Irrtums über Eigenschaften des Rechts für unzulässig erklärt (vgl. auch RG. bei Warneyer, Erg. Bd. 1909 Nr. 134; J. W. 1912 S. 74). In Band 73 S. 136 hat das RG. die Frage, ob die Annahme einer von dem Annehmenden für sicher gehaltene Hypothek an Zahlungsstatt wegen Irrtums nach § 119 Abs. 2 angefochten werden können, weil die Hypothek in Wirklichkeit unsicher war, verneint und ausgeführt (S. 137):

„Das Forderungsrecht oder die Hypothek kann nicht als eine „Sache“ im Sinne des § 119 Abs. 2 gelten; denn in § 90 BGB. ist ganz unzweideutig gesagt, daß Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände sind. Demgegenüber ist die vereinzelt vertretene Meinung, daß in § 119 Abs. 2 unter „Sachen“ auch unkörperliche Gegenstände, insbesondere Rechte, verstanden seien, nach Ansicht des Senates abwegig. Höchstens könnte es sich fragen, ob die Bestimmung des § 119 Abs. 2 auf Rechte entsprechend anzuwenden sei; vgl. Dertmann, Allgem. Teil des BGB., Bem. 4, c. zu § 119, S. 359 und die dort Angeführten. Aber auch das würde offenbar nicht dem Willen des Gesetzes entsprechen, da ja sonst nichts näher gelegen hätte, als statt „oder der Sache“ zu sagen „oder des Gegenstandes“; es würde auch die singuläre Natur der Bestimmung in Abs. 2 einer solchen analogen Anwendung im Wege stehen . . .“

Mit Recht erklärt Riehl in der J. W. 1914 S. 497 f. diese Ansicht für irrig und unbillig, da doch auch ein Recht „Eigenschaften“ haben könne. Aus der Entstehungsgeschichte zeige sich deutlich, daß der Ausdruck „Sache“ in § 119 Abs. 2 nicht im Sinne des § 90 zu verstehen, sondern gleichbedeutend mit „Erklärungsgegenstand“ sei. Undernfalls enthielte das Gesetz eine offenbare Lücke, da nicht einzusehen sei, weshalb der Rechtskäufer in Hinsicht auf das Anfechtungsrecht schlechter gestellt sein solle als der Sachkäufer. Riehl weist darauf hin, daß das RG. auch § 433 BGB. auf den Kauf unkörperlicher Sachen ausdehne (RG. 63 S. 57, 68 S. 54) und in zwei anderen Entscheidungen dem Käufer eines Rechtes ein Anfechtungsrecht gegeben habe. In dem Tatbestand der Entscheidung des RG. in der J. W. 1909 S. 655 hatte jemand eine Hypothek gekauft, um demnächst mittels dieser das durch sie belastete Grund-

stück zu erwerben, der Käufer alsdann aber den Kauf wegen Irrtums über Eigenschaften der Hypothek und des Grundstücks angefochten. Das RG. ließ die Anfechtung mit folgender Begründung zu:

„Da der Erwerb der Hypothek nach Absicht beider Parteien nur als Mittel zum Erwerbe des Grundstücks habe dienen sollen, so stelle dieser Zweck den eigentlichen Gegenstand der Erklärung dar, und daher sei auch der Irrtum des Käufers über die Eigenschaften des Grundstücks gemäß § 119 Abs. 2 beachtlich.“

In dem bei Warneyer 1911 Nr. 115 abgedruckten Falle hatte der Beklagte auf Grund eines mit dem Kläger getroffenen Abkommens ein Grundstück in der Zwangsversteigerung zu erstehen und sein Recht aus dem Meistgebote daraufhin an den Kläger abzutreten. Nach Abtretung dieses Rechtes focht der Kläger den Vertrag wegen Irrtums über Sacheigenschaften des Grundstücks an. Das RG. erklärte es für unbedenklich, daß auch ein Irrtum über Eigenschaften der Sache, die ihrerseits nur „mittelbarer Vertragsgegenstand“ sei, als ein Irrtum i. S. des § 119 Abs. 2 aufgefaßt werden könne.

Auch das preuß. Oberverwaltungsgericht teilt die grundsätzliche Ansicht des Reichsgerichts nicht. Es führt in der Rspr. der OVG. 34 S. 4 aus (vgl. auch Entsch. des preuß. OVB. 69 S. 206/7):

„Das RG. hat wiederholt ausgesprochen (vgl. 73 S. 136), daß unter „Sachen“ im § 119² wie in § 90 BGB. nur körperliche Gegenstände, nicht auch Rechte (z. B. aus dem Meistgebote) zu verstehen seien. Zutreffend führt dagegen Plandk (BGB. § 119 Nr. 6 c α) aus, es sei kein innerer Grund dafür erkennbar, daß das BGB. von der Anfechtung wegen Irrtums Rechte ausgenommen hätte. Überdies hat das RG. den Begriff der Sache schon beim Kauf auf den Erwerb eines Handelsgewerbs oder anderen Geschäftsbetriebs mit Kundschaft usw. ausgedehnt und darauf die §§ 459 ff. angewendet. Auch in der 2. Komm. ist das Wort „Sache“ gleichbedeutend mit „Geschäftsgegenstand“ gebracht worden. Dem praktischen Bedürfnisse wird nur diese ausdehnende Auslegung völlig entsprechen können. Fällt aber die Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot und das ihr zugrunde liegende Geschäft unter § 119², so liegt ein Irrtum in dem Gegenstande des Geschäfts vor, wenn der Irrtum das Grundstück betrifft; denn das Geschäft wird wesentlich durch die Beschaffenheit des Grundstücks beeinflusst. Das RG. selbst hat denn auch die Anfechtung der Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot in einem Falle, in welchem das versteigerte Haus mit Schwamm behaftet war, zugelassen. (J. W. 1911 S. 533“).

c) Eigenschaften der Person.

Hierüber führt das RG. 62 S. 284/5 folgendes aus:

„Bei Verträgen auf höchstpersönliche Leistungen des Vertragsgegners mögen im einzelnen Falle seine persönliche Sachkunde und unter ganz besonderen Verhältnissen auch seine persönliche Vertrauenswürdigkeit Eigenschaften der Person i. S. des § 119 Abs. 2 . . . sein und kann ein Irrtum über diese Eigenschaften wenigstens für die Zeit vor der Vertragserfüllung

eine Anfechtung des Vertragsabschlusses rechtfertigen. Gleiches mag auch noch bei anderen Vertragsverhältnissen zutreffen, wenn nach der Sachlage die Leistung von dem Vertragsgegner in Person oder doch unter seiner persönlichen verantwortlichen Leitung bewirkt werden wird, und zur mangelfreien Leistung ein gewisses Maß von Sachkunde nötig ist. Grundsätzlich anders liegen indessen die Fälle, wenn die Vertragsleistung unabhängig von den persönlichen Eigenschaften des Vertragsgegners ist, wenn es also, was bei jedem größeren Geschäftsbetriebe zutrifft, in Wirklichkeit darauf ankommt, ob das von dem Vertragsgegner lediglich „repräsentierte geschäftliche Unternehmen“ die vertraglichen Leistungen mit der nötigen Sachkunde und Zuverlässigkeit ausführt. Es bestehen deshalb gegen eine grundsätzliche Gleichstellung des Irrtums über persönliche Eigenschaften des Vertragsgegners und des Irrtums über die Leistungsfähigkeit des von ihm lediglich repräsentierten gewerblichen Unternehmens an sich schon erhebliche Bedenken. Einmal wird in letzterem Falle regelmäßig erst durch die Erfüllung und, wenn sie etwa mangelhaft ist, durch die darin liegende Vertragsverletzung offenbar, daß die vorausgesetzte Sachkunde und Vertrauenswürdigkeit fehlt. Bei solchen geschäftlichen Unternehmen kann ferner durch Nachfrage vor Abschluß des Vertrags weit leichter festgestellt werden, ob sie mit der nötigen Sachkunde und Vertrauenswürdigkeit arbeiten; Möglichkeit und Pflicht der Erkundigung bieten hier zureichenden Ersatz für den durch § 119 Abs. 2 . . . bei Irrtum über Eigenschaften der Person gegebenen Rechtsschutz. Deshalb entspricht es weder der Verkehrsauffassung noch dem Verkehrsbedürfnisse, einen durch die mangelhafte Art der Erfüllung und die darin liegende Vertragsverletzung in Wahrheit erst erheblich gewordenen Irrtum über die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens zur Anfechtung wegen Irrtums bei dem Vertragschlusse zu verwenden. Das gilt insbesondere, soweit die Eigenschaft der Vertrauenswürdigkeit des geschäftlichen Unternehmens in Frage kommt.

Es ist aber auch mit der exklusiven Regelung der Folgen vertragswidriger Nichterfüllung unvereinbar, noch eine Anfechtung des Vertragschlusses wegen Irrtums über Eigenschaften der Person oder des geschäftlichen Unternehmens zuzulassen, wenn die geschuldete Leistung ganz oder zum Teil bewirkt, und das Fehlen der vorausgesetzten Eigenschaften erst durch diese mangelhafte Vertragserfüllung zutage getreten ist. Hier greifen grundsätzlich (vgl. auch . . . RG. Bd. 61 S. 171, das eine Konkurrenz der Anfechtung wegen Irrtums über Eigenschaften der Sache mit den Gewährleistungsansprüchen verneint), die Bestimmungen über die Folgen vertragswidriger Nichterfüllung Platz. Durch letztere ist der Gläubiger zureichend geschützt. Bei Verträgen, die auf längere Zeit abgeschlossen würden, können die in den Urteilen des erkennenden Senats (Entsch. Bd. 54 S. 98; Bd. 57 S. 105) ausgesprochenen rechtlichen Grundzüge über die Folgen positiver Vertragsverletzungen angewendet werden.“

Demnach hat das Reichsgericht die Anfechtbarkeit eines Vertrages verneint, nach welchem der Beklagte dem Kläger ein Drogengeschäft einzurichten hatte (insbesondere die Einrichtung des Geschäfts und die Waren zu liefern hatte) und keinerlei Sachkunde hierbei zeigte. Das Beruf.-G. hatte angenommen, daß dem vom Beklagten repräsentierten geschäftlichen Unternehmen entweder die Sachkunde oder die Zuverlässigkeit gefehlt habe, welche der Kläger (Käufer)

beim Abschluß des vorliegenden, diese beiden Eigenschaften in besonders hohem Maße voraussetzenden Vertrages erwarten durfte.

Beim Kreditkauf im Handelsverkehr gilt der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Käufers beim Vertragsschlusse als Irrtum über eine Eigenschaft der Person i. S. des § 119 Abs. 2 und rechtfertigt die Anfechtung des Kreditkaufes wegen Irrtums (RG. 66 S. 389).

Auch ein Irrtum über die Vertrauensunwürdigkeit und Unzuverlässigkeit des Erklärungsgegners kann eine Anfechtbarkeit wegen Irrtums über eine Eigenschaft der Person rechtfertigen, besonders bei Vertragsverhältnissen von längerer Dauer. So RG. 90 S. 342 ff. hinsichtlich eines Falles, bei welchem der Kläger zwei Hypotheken der Beklagten von je 10000 M. auf 2 Grundstücken ausbieten und, wenn er den Zuschlag erhielte, unverzüglich die Fertigstellung der auf den Grundstücken errichteten Häuser, soweit solche noch nicht fertiggestellt seien, betreiben sollte. Dafür wollte die Beklagte die Hypotheken 5 Jahre stehen lassen. Die Beklagte wollte sich hierbei in einem Irrtum über die Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit des Klägers gegenüber übernommenen Verpflichtungen befunden haben. Das Reichsgericht erachtete die Anfechtung wegen Irrtums auf Grund der festgestellten Tatsachen für zulässig. Es führte aus:

„Das Reichsgericht hat nicht verkannt, daß eine Gefährdung der Rechts- und Verkehrssicherheit besorgt werden könne, wenn bei Sachen und noch mehr bei Personen der Begriff der zur Anfechtbarkeit wegen Irrtums zureichenden Eigenschaften allzusehr verflacht und dadurch der rechtliche Bestand der Rechtsgeschäfte von der zufälligen Auffassung im Einzelfall abhängig gemacht werde. Es hat aber trotz dieser Bedenken erklärt, daß beim Kreditkauf im Handelsverkehr der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Käufers beim Vertragsschlusse als Irrtum über eine Eigenschaft der Person im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. aufgefaßt werden könne (RGZ. Bd. 66 S. 389). Dagegen hat es gegenüber der Frage, ob der persönlichen Unzuverlässigkeit oder Vertrauensunwürdigkeit die gleiche Bedeutung beizumessen sei, eine erheblich mehr zurückhaltende Stellung eingenommen. Es hat zwar ausgesprochen, daß bei Verträgen mit höchstpersönlichen Leistungen des Vertragsgegners im einzelnen Falle seine persönliche Sachkunde und unter ganz besonderen Verhältnissen auch seine persönliche Vertrauenswürdigkeit als Eigenschaften der Person im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. angesehen werden mögen und ein Irrtum hierüber wenigstens für die Zeit vor der Vertragserfüllung eine Anfechtung des Vertragsschlusses rechtfertigen möge. Da aber die Möglichkeit und Pflicht zur Erkundigung hier in der Regel zureichenden Ersatz für den durch § 119 Abs. 2 BGB. bei Irrtum über Eigenschaften der Person gegebenen Rechtsschutz böten, so entspreche es weder der Auffassung noch dem Bedürfnis des Verkehrs, einen durch die mangelhafte Art der Erfüllung und die darin liegende Vertragsverletzung in Wahrheit erst erheblich gewordenen Irrtum zur Anfechtung zu verwenden, auch wenn die Vertrauenswürdigkeit in Frage komme. Zudem sei es mit der ausschließlichen Regelung der Folgen vertrags-

widriger Nichterfüllung unvereinbar, noch eine Anfechtung des Vertragschlusses wegen Irrtums über Eigenschaften zuzulassen, wenn die geschuldete Leistung ganz oder zum Teil bewirkt und das Fehlen der vorausgesetzten Eigenschaften erst durch diese mangelhafte Vertragserfüllung zutage treten sei (RGZ. Bd. 62, S. 284/5; Warneryer 1908 Nr. 590). Anders dagegen in Fällen, in denen stark persönliche, insbesondere auf eine längere zukünftige Zeit sich erstreckende Leistungen den Vertragsinhalt bilden und der Irrtum sich nicht etwa erst infolge der mangelhaften oder ausbleibenden Vertragserfüllung herausstellt. So hat der III. Zivilsenat in einem Urteile vom 29. September 1908 (Warneryer 1909 Nr. 2) den Irrtum über die sittliche Einwandfreiheit eines Arztes, der ein Kinderasyl einrichten und eine längere Reihe von Jahren leiten sollte, für erheblich erachtet. Der VII. Zivilsenat hat in dem Urteile vom 17. Okt. 1911 (J. W. 1912 S. 25 Nr. 5) zugegeben, daß privatrechtliche Verhältnisse wohl denkbar seien, bei dem die Vertrauenswürdigkeit des Vertragsgegners von solcher Bedeutung sei, daß seine Bestrafung allein (nur um Irrtum darüber handelte es sich), insbesondere wenn die geahndete Straftat Schlüsse auf schlechte Charaktereigenschaften zulasse, berechtigten Grund zur Anfechtung aus § 119 BGB. gebe. Die Bedeutung der Bescholtenheit sei nicht für alle Fälle die gleiche, sondern abhängig davon, inwieweit Unbescholtenheit und die bei einer solchen zu erwartende Vertrauenswürdigkeit bei dem Rechtsgeschäft als wesentlich vorausgesetzt werden dürfte. Dies werde bei Rechtsgeschäften, die eine bloße Sachleistung zum Gegenstande haben, in der Regel nicht zutreffen, es sei denn, daß durch die Bescholtenheit die Sicherheit der Erfüllung fraglich werde. Anders dagegen bei rechtsgeschäftlicher Übertragung von Vertrauensstellungen. Der dem Urteile zugrunde liegende Fall war insofern dem jetzt zur Entscheidung stehenden sehr ähnlich, als dort der Anfechtende geltend machte, der Gegner böte infolge seiner schweren Bestrafung keine Gewähr dafür, daß er die im einzelnen schwer oder gar nicht nachprüfbaren Vertragspflichten während der langen Vertragsdauer erfüllen werde (es handelte sich um die Verpflichtung eines Pächters, für die Einhaltung und Verbesserung des Fischbestandes durch gewisse Maßnahmen zu sorgen), somit sei Irrtum über seine Zuverlässigkeit der Anfechtungsgrund. Dieser Grund wurde an sich als ausreichend erachtet und das die Anfechtung als wirksam anerkennende Berufungsurteil nur deshalb aufgehoben, weil zur Beurteilung der Zuverlässigkeit, da die Bestrafung andererseits durch die Zuverlässigkeit erweisende Eigenschaften aufgewogen sein können, die ganze Persönlichkeit in Betracht zu ziehen sei; denn das gehöre mit zu der Sachlage, deren Kenntnis für die verständige Würdigung des Falles zu unterstellen sei.

Diesen zu billigenden Grundsätzen wird das angefochtene Urteil gerecht. Es kann ihm nicht, wie die Revision will, entgegengetreten werden, wenn es mit Rücksicht auf die unterstellten Vermögensverhältnisse des Klägers die danach anzunehmende Möglichkeit der Vertragserfüllung gegenüber der erwiesenen Besorgnis, daß auf freiwillige und gewissenhafte Erfüllung ohne Streit oder Unstimmigkeit demnach nicht zu rechnen sei, ausdrücklich außer Betracht läßt. Da der Kläger die Fertigstellung der Häuser übernommen hatte, die zweifelsohne auch für die Sicherheit der auf 5 Jahre festzulegenden Hypotheken der Beklagten von Erheblichkeit war, so mußte letzterer daran liegen, mit einer Persönlichkeit zu tun zu haben, die nicht die Gewähr dafür vermiffen ließ, daß sie bei Erfüllung dieser von vornherein nicht ins einzelne genau bestimm-

baren Verbindlichkeit gewissenhaft und in der Absicht handeln werde, den berechtigten Ansprüchen der Beklagten gerecht zu werden. Es lag also ein Rechtsgeschäft vor, das auf längere Zeit in die Zukunft wirken sollte und bei den Beklagten Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Klägers voraussetzte. Da die vom BG. festgestellten Tatsachen ein erschöpfendes Urteil über die Unzuverlässigkeit des Klägers gestatten — diese Würdigung der einzelnen Tatsachen liegt auf tatsächlichem, nicht nachprüfbarem Gebiete . . . —, so kann die Annahme des BG.'s nicht bemängelt werden, daß die Beklagten bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles den Vertrag mit ihm nicht geschlossen haben würden.“ (RG. 90 S. 343/6).

Über die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit eines Dienstvertrages wegen Irrtums über die Eigenschaften einer Person führt das OLG. Dresden in der Rspr. der OLG. 18 S. 37/8 aus:

„An sich ist zwar neben der fristlosen Kündigung auch bei Dienstverträgen eine Anfechtung auf Grund Irrtums, Betrugs oder Zwanges möglich und zulässig, und der jetzige Sachstand unterscheidet sich von dem in der Bayer. Z. 1905 S. 259 besprochenen insofern, als hier bei Eingehung des Vertrags selbst ein Irrtum über Eigenschaften des Dienstleistenden vorgelegen haben soll. Allein schon der Anspruch des Gehilfen darauf, daß regelmäßig eine Kündigungsfrist eingehalten werden soll, nötigt dazu, besonders strenge Anforderungen an den Irrtum zu stellen, da sonst dieses Recht leicht bedeutungslos werden würde. Überdies ist der § 119² nicht bereits dann anwendbar, wenn die vorausgesetzten Eigenschaften nicht in dem Maße vorhanden sind, in welchem sie der Dienstberechtigte erwartete, sondern erst, wenn der Irrtum wesentliche Abweichungen der Wirklichkeit von den vorausgesetzten Eigenschaften des Dienstleistenden betrifft. Hier mag der Beklagte erwartet haben, in dem Kläger eine besonders tüchtige Kraft und eine Person zu gewinnen, der er in allen Stücken vertrauen könne; doch begründet das, was er dem Kläger nachsagt, keineswegs die Annahme, ihm habe das zum gedeihlichen Zusammenwirken notwendige Vertrauen schlechterdings nicht entgegengebracht werden können, sondern kommt höchstens darauf hinaus, daß er an Betriebsamkeit, Tüchtigkeit und Gesundheit die hochgespannten Erwartungen des Beklagten nicht voll befriedigt habe.“

Kann die Anfechtung auch auf den Irrtum über die Eigenschaften einer dritten Person gestützt werden? Nach RG. in Gruchots Beiträgen Bd. 52 S. 925 ist dies möglich, da es nur darauf ankomme, daß die Eigenschaften der Person, um die es sich handele, für den Inhalt und Zweck des betreffenden Rechtsgeschäfts von Bedeutung sind. Man wird jedoch mit Flad in Gruchots Beiträgen Bd. 61 S. 17 annehmen müssen, daß die Eigenschaften in einem unmittelbaren, dem Geschäftsgegner erkennbaren Zusammenhange mit dem Geschäftsinhalte stehen müssen, wenn die Anfechtung in diesem Fall begründet sein soll.

Bezüglich des Kaufes ist zu beachten, daß wegen fehlender Eigenschaften der Kaufsache, für die der Verkäufer nach § 459 BGB. haftet, infolge Gesetzeskonkurrenz eine Anfechtung aus § 119 II unzulässig ist (RG. 62 S. 285; 61 S. 175).

Der zur Anfechtung berechtigende Irrtum ist schließlich nur in bezug auf vergangene oder gegenwärtige Tatumsstände möglich; künftig eintretende Ereignisse können nur Gegenstand getäuschter Erwartungen sein.

Zweifelhaft ist die Frage, ob ein Irrtum über die Rechtsfolgen einer Willenserklärung die Anfechtung wegen Irrtums rechtfertigt. Im allgemeinen wird es sich hierbei um einen bloßen Irrtum im Motiv handeln. So kann z. B. eine Erbausschlagung nicht angefochten werden, weil der ausschlagende Teil der irrigen Meinung war, daß sein Erbteil den übrigen Erben anfallen würde. Es kann jedoch ein Irrtum über den Rechtserfolg zur Anfechtung führen, wenn der Erfolg einen Bestandteil des erklärten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes bildet, da er dann zum Inhalt der Erklärung gehörte. Das RG. hatte in Band 88 S. 278 ff. folgenden Fall zu entscheiden: Ein Grundstückseigentümer hatte nach Auszahlung einer Hypothekenschuld für den an erster Stelle im Grundbuch eingetragenen Hypothekengläubiger irrtümlich eine Löschungsbewilligung erteilt und die Hypothek löschen lassen, obwohl für ihn eine Eigentümer-Grundschuld entstanden war (§ 1163 Abs. 1 S. 2) und lediglich beabsichtigt war, für eine an dritter Stelle im Grundbuch eingetragene Hypothek den Vorrang vor der ersten zu verschaffen. Das RG. nahm einen zur Anfechtung berechtigenden Irrtum über die Rechtsfolgen der Erklärung an. Zwar bedurfte es zur Aufhebung der infolge der Auszahlung entstandenen Eigentümergrundschuld außer der Löschung nach § 875 BGB. noch der gegenüber dem Grundbuchamt oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgte, abzugebenden Erklärung, daß die Eigentümergrundschuld aufgegeben werde. Diese Erklärung konnte jedoch als im Antrag auf Löschung stillschweigend mit enthaltend angesehen werden, sodaß also die zweite Hypothek aufrückte. Eine derartige Erklärung wollte der Eigentümer aber nicht abgeben und hatte sich daher über die rechtliche Bedeutung seiner Erklärung geirrt. Die Löschungsbewilligung ist daher anfechtbar. Wem gegenüber sie zu erfolgen hat, läßt das RG. dahingestellt. Man wird annehmen müssen, daß die Anfechtung dem Grundbuchamt gegenüber zu erklären ist (§ 143 Abs. 4), da diesem die Löschungsbewilligung erklärt war. Das Reichsgericht führt a. a. O. aus:

„Der Begriff der Rechtsfolgen und seine Bedeutung für die Irrtumsanfechtung ist in der Rechtslehre Gegenstand lebhaften Streites.

Vgl. besonders Henle, Irrtum über die Rechtsfolgen, in der Festgabe für Krüger.

Von einigen —

Danz in Iherings Jahrbüchern Bd. 46 S. 430 fg.; Dertmann in Seufferts Blättern Bd. 67 S. 29; Tige, Mißverständnis S. 443 bes. 455 fg. —

wird gelehrt, daß die Rechtsfolgen grundsätzlich zu dem Inhalte der Erklärung gehören. Diese Auffassung geht jedenfalls zu weit. Unzuerkennen ist aber,

daß auch ein Irrtum über den mit einer Willenserklärung zu erzielenden rechtlichen Erfolg ein Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung sein kann. Die wesentliche Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung besteht gerade darin, daß durch sie die Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechten, also ein rechtlicher Erfolg, erstrebt wird. Bildet dieser Erfolg einen Bestandteil des erklärten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, so gehört er zum Inhalte der Erklärung. Ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung liegt daher vor, wenn infolge Verkennung oder Unkenntnis seiner rechtlichen Bedeutung ein Rechtsgeschäft erklärt ist, das nicht die mit seiner Vornahme erstrebte, sondern eine davon wesentlich verschiedene Rechtswirkung, die nicht gewollt ist, hervorbringt, nicht dagegen, wenn ein rechtsirrtumfrei erklärtes und gewolltes Rechtsgeschäft außer der mit seiner Vornahme erstrebten Rechtswirkung noch andere, nicht erkannte und nicht gewollte Rechtswirkungen hervorbringt.

Vgl. Eneccerus, Lehrb. des Bürgerl. Rechts Bd. 1 § 157 I 1c; Planck-Flad, Komm. zum BGB. 4. Aufl. zu § 119 Bem. V 4b S. 289; Biermann, Bürgerl. Recht § 69, 1a (der zwischen der „unmittelbaren oder Hauptwirkung“ und den mittelbaren oder Nebenwirkungen eines Rechtsgeschäfts unterscheidet); Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch Bd. 2 S. 111 Anm. 168 (wo gelehrt wird, daß nur der Irrtum über die ergänzend eintretenden Vorschriften des Gesetzes, z. B. über die Tragung der Kaufkosten, nicht beachtlich sei); Cosack Lehrbuch I § 65 V 5 (Irrtum beachtlich, wenn er der Kaufvereinbarung einen anderen Sinn gibt); auch Komm. von Reichsgerichtsräten zu § 119 Anm. 3 (wo zwischen den „eigentlichen“ Folgen eines Rechtsgeschäfts und den „bloßen wirtschaftlichen oder bloßen Rechtsfolgen“ unterschieden wird).

In den von dem Berufsrichter angeführten Urteilen des Reichsgerichts standen lediglich Irrtümer über Rechtsfolgen in letzterem Sinne, nämlich unrichtige Vorstellungen über einzelne rechtliche Wirkungen, welche sich aus einem irrtumfrei erklärten und gewollten Rechtsgeschäfte bestimmter Art ergeben, in Frage. So in RGZ. Bd. 51 S. 281 die Wirkung eines nach § 17 RD. vom Konkursverwalter gestellten Erfüllungsverlangens auf seine Verpflichtung zur Bezahlung der bereits erfolgten Lieferungen; in RGZ. Bd. 57 S. 273 die Wirkung der Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft für Verpflichtungen aus einem Zwangsvergleich auf die Verpflichtung zur Gewährung der Zwangsvergleichsrate für eine einzelne, im Zwangsvergleichstermine bestrittene Konkursforderung; in RGZ. Bd. 76 S. 440 die Wirkung des Eintritts als persönlich haftender Gesellschafter auf die Verpflichtung zur Zahlung der Geschäftsschulden. Diese Urteile stehen daher der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Andererseits hat aber das Reichsgericht wiederholt anerkannt, daß auch ein Irrtum im Beweggrunde beachtlich sei, wenn er sich auf einen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, nicht nur auf Umstände beziehe, die außerhalb des Rahmens der Erklärung liegen (vgl. RGZ. Bd. 75 S. 272; ferner Rspr. VII 394/02, Art. vom 9. Januar 1903, in Jur. Wochenschr. Beil. S. 40 Nr. 84). Ob ein solcher Irrtum ein tatsächlicher oder ein Rechtsirrtum ist, kann einen Unterschied nicht begründen, da das Gesetz einen derartigen Unterschied nicht macht (vgl. Mot. zum I Entwurf des BGB. I S. 281; Prot. der II. Komm. II S. 188; vgl. auch RGZ. Bd. 70 S. 394).“

Von denselben Gesichtspunkten ausgehend hat das RG. in Bd. 89 S. 29ff. die Frage bejaht, ob der Grundstückseigentümer eine Ein-

tragungsbewilligung wegen Irrtums anfechten könne, wenn er geglaubt hatte, es wäre bereits eine Hypothek auf dem Grundstück eingetragen und die neue Hypothek werde daher die zweite Stelle erhalten, während tatsächlich das Grundstück unbelastet war und deshalb die Bewilligung, die keine Einschränkung oder Bedingung enthält, zur Eintragung der Hypothek an erster Stelle geführt hatte.

Auch im Zwangsversteigerungsverfahren ist eine Anfechtung wegen Irrtums über die Rechtsfolgen von Bedeutung, so z. B. wenn ein Bieter nach Abgabe des Gebotes erklärt, er habe irrtümlich angenommen, daß die nach Feststellung des geringsten Gebotes bestehenden bleibenden Rechte in die gebatene Summe mit einzurechnen seien. Hier kann das Gebot durch Erklärung gegenüber dem Vollstreckungsgericht angefochten werden (§ 143 Abs. 4 ZGB.).¹⁾ Was hat der Versteigerungsrichter hierauf zu veranlassen? Er kann, sofern alle anwesenden Beteiligten einverstanden sind, das abgegebene Gebot als nicht abgegeben behandeln. Wenn dagegen einer der Beteiligten widerspricht, muß der Versteigerungsrichter prüfen, ob die Anfechtung begründet ist. Bejaht er die Frage, so wird er das Gebot zurückweisen. Das Gebot erlischt nach § 72 Abs. 2 ZwZB., sofern nicht der Bieter oder ein Beteiligter sofort widerspricht. Das dann erloschene vorhergehende Gebot tritt nur dann wieder in Kraft, wenn die Zurückweisung sofort nach Abgabe des Gebots erfolgte. Gegebenen Falles ist das Verfahren nach § 77 Abs. 1 ZwZB. einzuweisen einzustellen. Wenn der Zurückweisung widersprochen wird oder wenn der Richter das Gebot trotz Anfechtung zuläßt, weil er diese für unzulässig hält, so hat er, sofern kein Übergebot erfolgt, bei der Entscheidung über den Zuschlag das Vorliegen des Anfechtungsgrundes nochmals zu prüfen, ohne an die bisherige Auffassung gebunden zu sein.

Zu beachten ist, daß lediglich das Vollstreckungsgericht und nicht das ordentliche Prozeßgericht über die Frage zu entscheiden hat, ob ein abgegebenes Meistgebot wegen Irrtums erfolgreich angefochten ist. Das RG. hatte in Bd. 54 S. 308 ff. folgenden Fall zu entscheiden: Die Klägerin, die bei der Zwangsversteigerung mehrerer Grundstücke ein Meistgebot von 9000 M. abgegeben hatte, focht dieses Gebot noch im Versteigerungstermine wegen Irrtums an, indem sie behauptete, sie habe nur 900 Taler bieten wollen. Nachdem zufolge einer von ihr erwirkten einstweiligen Verfügung des Prozeßgerichts die Zuschlagserteilung ausgeföhrt worden war, klagte sie gegen mehrere am Zwangsversteigerungsverfahren Beteiligte, die die Ungültigkeit des Meistgebots bestritten, auf Anerkennung dieser Ungültigkeit. Der erste Richter legte ihr über den behaupteten

¹⁾ Vgl. den Aufsatz von Lindemann „Über Personenmehrheiten als Bieter und über Irrtum des Bieters im Zwangsversteigerungsverfahren in Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 93 ff., bes. S. 97 ff., dessen Ausführungen ich folge.

Irrtum einen richterlichen Eid auf, der zweite Richter wies die Klage ab. Die Revision wurde zurückgewiesen. Das RG. führte folgendes aus:

„ . . . Der BA. geht davon aus, daß das Vollstreckungsgericht bei der ihm nach §§ 79, 81 ZwVG. obliegenden Entscheidung über den Zuschlag zugleich auch zu prüfen und zu entscheiden habe, ob ein rechtswirksames Meistgebot vorliegt. Diese Entscheidung könne ebenso wie die über die Zuschlagserteilung überhaupt durch Beschwerde nach § 100 ebenda angefochten werden. Dagegen stehe es den Beteiligten nicht frei, nach ihrem Belieben Teile der durch Befehl dem Vollstreckungsgericht zugewiesenen Tätigkeit aus dem Zwangsvollstreckungsverfahren auszuschalten und zum Gegenstand eines besonderen Rechtsstreits zu machen. Danach sei für eine Entscheidung des Prozeßgerichts, wie sie im vorliegenden Falle begehrt werde, kein Raum.

Diese Ausführungen sind zutreffend. Mit Unrecht beruft sich zu ihrer Bekämpfung die Revision auf den allgemeinen Satz, wonach die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges den Regelfall bildet, und Ausnahmen davon nur insoweit gelten, als sie im Befehl ausdrücklich bestimmt sind. Ein solcher Satz hat Anerkennung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts für die Fälle gefunden, in denen es sich nach § 13 des GVG. um die Abgrenzung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegenüber derjenigen der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte handelt. Er kann aber nicht zur Entscheidung der Frage herangezogen werden, ob innerhalb der unzweifelhaft gegebenen gerichtlichen Zuständigkeit das obligatorische mündliche Verfahren oder das Beschlußverfahren stattzufinden hat. Hier greift vielmehr der Gesichtspunkt durch, daß, wenn das Befehl die Erledigung von Anträgen oder Einwendungen im Beschlußverfahren vorschreibt, der Weg der ordentlichen Klage ausgeschlossen ist, es sei denn, daß, wie z. B. im Falle des § 768 ZPO., das Befehl ausdrücklich der Partei ein Wahlrecht gibt. Dieser Grundsatz gilt insbesondere für das Zwangsvollstreckungsverfahren

Danach ist wegen des im vorliegenden Falle zwischen den Parteien bestehenden Streitpunktes der Klageweg ohne weiteres ausgeschlossen, sofern feststeht, daß das erwähnte Befehl Streitigkeiten dieser Art der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts hat zuweisen wollen. Letzteres ist aber unzweifelhaft die Absicht des Befehlgebers gewesen. Nach § 71 Abs. 1 des Befehles hat das Vollstreckungsgericht die Wirksamkeit eines abgegebenen Gebots von Amts wegen zu prüfen und, wenn sich dessen Unwirksamkeit ergibt, es zurückzeweisen. Ist die Zurückweisung zu Unrecht unterblieben, und hat das Gebot nicht etwa durch Übergebot seine Erledigung gefunden, so muß das Versäumte bei der Entscheidung über den Zuschlag nachgeholt werden. Der Zuschlag ist nicht dem unwirksamen Höchstgebot, sondern dem nächst niedrigeren wirksamen Gebot zu erteilen

Daß die hierüber zu treffenden Entscheidungen einer Nachprüfung in der Beschwerdeinstanz unterliegen, ist durch die Fassung des § 100 Abs. 1 des Befehles, wonach die Beschwerde auch auf eine Verletzung des § 81 Abs. 1 gestützt werden kann, klargestellt. Ein Unterschied, aus welchem Grunde die Unwirksamkeit des Gebots behauptet wird, ob wegen Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Bietenden oder wegen Willensmängel in der Person des letzteren infolge von Irrtum, Betrug oder Drohung, ist dabei nirgends gemacht. Die den ordentlichen Prozeßgang ausschließende Zuständig-

keit des Vollstreckungsgerichts zur Prüfung und Entscheidung ist daher nach allen Richtungen hin eine uneingeschränkte

Der Hinweis der Revision darauf, daß die Feststellung bestrittener Tatsachen durch das Vollstreckungsgericht unter Umständen auf Schwierigkeiten stoßen könne, namentlich dann, wenn, wie im vorliegenden Fall, der erste Richter angenommen habe, der erbrachte Beweis unvollständig sei und der Ergänzung durch einen richterlichen Eid bedürfe, würde schon an sich gegenüber dem, was durch Auslegung als positiver Gesetzesinhalt festgestellt wird, belanglos sein. Das Bedenken entbehrt aber auch sachlich der Begründung, da das Beschlußverfahren ebenfalls Raum für die Anordnung und Ableistung von Eiden durch die Partei gewährt“ (RG. 54 S. 308—311).

Auf die Entschuldbarkeit des Irrtums kommt es nicht an (RG. 62 S. 205).

d) Eine Erklärung des abgegebenen Inhalts wollte der Erklärende nicht abgeben, wenn er sich versprach oder verscrieb oder im Gegenstande vergriff.

III. Der Irrtum im Motiv ist grundsätzlich unbeachtlich.

Eine Ausnahme gilt nur im Falle des § 119 Abs. 2, des § 123 (bei arglistiger Täuschung) und i. F. des § 2078 Abs. 2 (bei lehtwilligen Verfügungen).

Ein Irrtum im Motiv liegt auch vor beim Irrtum über künftige Ereignisse, geschäftliche Vorteile und über die Höhe bisheriger Erträge.

Damit fällt auch die Lehre Windscheids von der „Voraussetzung“. Nach dieser Lehre ist unter Voraussetzung jede Vorstellung zu verstehen, welche eine Partei zum Geschäftsabschluß bestimmte, indem sie etwas als geschehen erachtet oder als zukünftig geschehend erwartet. Ergibt sich später die Unrichtigkeit der Behauptung, so ist das Rechtsgeschäft nach dieser Lehre anfechtbar. (Vgl. Dernburg, Pandekten I, 6. Aufl. S. 268 II.)

Ein unbeachtlicher Irrtum im Motiv liegt auch dann vor, wenn ein Prozeßbevollmächtigter irrtümlich annahm, daß er zur Anerkennung der Klageforderung ermächtigt war. Die Partei kann diese Erklärung des Prozeßbevollmächtigten nicht gemäß §§ 166 I, 119 anfechten, weil dieser bei Abgabe des Anerkenntnisses weder über den Inhalt und die Tragweite seiner Erklärung im Irrtum war, noch eine solche Erklärung überhaupt nicht hatte abgeben wollen; es handelt sich lediglich um einen Irrtum im Motiv (OLG. Posen in Rspr. der OLG. 11 S. 63/4).

In gewissen Fällen wird jedoch das Motiv vom Gesetzgeber berücksichtigt (clausula rebus sic stantibus), so in den Fällen der §§ 321, 519, 605 Abs. 1, 610, 775 Z. 1 BGB.

Im übrigen ist die Berücksichtigung veränderter Umstände grundsätzlich unzulässig.¹⁾ So RG. 62 S. 267/8:

„Die Windscheid'sche Lehre von der Voraussetzung ist selbst in der Form abzulehnen, wonach Verträge keinen Bestand haben, wenn der eine Vertragsteil eine von ihm unterstellte Voraussetzung beim Vertragsschlusse erkennbar gemacht hat, und diese Voraussetzung nicht eintrifft. Der I. Entwurf eines BGB.'s § 742, Motive Bd. 2 S. 842, erachtete eine stillschweigende Erklärung einer solchen Voraussetzung für wirksam. In den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung, Bd. 2 S. 690, wurde ausdrücklich festgestellt, daß für die Windscheid'sche Lehre von der Voraussetzung niemand mehr eintrete, wie solche auch bereits in den Entsch. des RG.'s in Zivill. Bd. 24 S. 169 zurückgewiesen worden war. In das BGB. ist diese Lehre somit nicht übergegangen; sie würde in der Tat die Sicherheit des Verkehrs gefährden und den Unterschied zwischen Voraussetzung und Motto verwischen. Soweit also nicht ausdrücklich eine solche Voraussetzung als Vertragsinhalt vereinbart ist, haben die Grundsätze über Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB.) bei Auslegung und Ermittlung des Parteiwillens die Entscheidung zu geben. Von diesem Gesichtspunkt aus hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts immer die Zulässigkeit des Rücktritts wegen veränderter Umstände beurteilt.“

Über die ausnahmsweise Berücksichtigung veränderter Umstände führt das RG. 60 S. 58 ff. anlässlich der Erörterung der Frage des Rücktrittsrechts von einem Versicherungsvertrag wegen der Fusion der englischen Versicherungsgesellschaft mit einer andern Versicherungsgesellschaft aus:

„Es herrscht darüber kein Streit, daß die sogen. *clausula rebus sic stantibus* im allgemeinen weder nach dem *code civil* noch nach dem BGB. Anspruch auf Geltung hat, daß also insbesondere eine ungünstige Änderung in der Vermögenslage des einen Kontrahenten dem anderen grundsätzlich noch kein Recht gibt, von dem Vertrage zurückzutreten. Nur ausnahmsweise wird einer solchen Änderung ein Einfluß auf die Gültigkeit oder Wirksamkeit des Vertrages eingeräumt (vgl. §§ 321, 610 BGB.) Damit ist jedoch die Prüfung nicht ausgeschlossen, ob nicht im einzelnen Falle oder auch bei einer ganzen Gattung von Verträgen nach der Absicht der Parteien und nach der Natur der Verträge ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände gegeben ist Hierbei wird bei Handelsgeschäften auf die im Handelsverkehre herrschenden Gewohnheiten und Gebräuche und überhaupt auf das, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern, Gewicht zu legen sein Faßt man demgemäß das Versicherungsgeschäft ins Auge, so geht der erkennbare Zweck des Versicherungsnehmers, den er durch die fortlaufende Zahlung der Prämie zu erreichen hofft, dahin, sich gegen die Folgen eines irgendwie wirtschaftlich nachteiligen Ereignisses zu schützen, die Gewißheit zu haben, daß er durch die Versicherung gegen die befürchteten Nachteile bei deren Eintritt ohne weiteres Deckung finde. Dieser Zweck bleibt, wenn die Versicherung, wie es ausnahmslos

¹⁾ Vgl. über das Rücktrittsrecht eines deutschen Versicherten von dem Versicherungsvertrage mit einer englischen Versicherungsgesellschaft DLZ. Kiel in J. W. 44 S. 530/1 (bejahend) und Mahler in J. W. 44 S. 381 ff.

geschieht, bei einer auf den planmäßigen Großbetrieb gerichteten Anstalt (Gesellschaft) genommen wird, regelmäßig nur erreichbar, solange die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen, auf denen sich der Großbetrieb aufbaut, im wesentlichen erhalten bleiben. Er ist gefährdet, wenn jene Grundlagen durch Handlungen der Gesellschaft erschüttert werden, welche auf eine Beseitigung oder erhebliche Veränderung derjenigen Verhältnisse abzielen, auf deren Fortbestand der Versicherte bei Eingehung der Versicherung rechnen durfte. Dieser Fortbestand ist deshalb die selbstverständliche Voraussetzung fortdauernder Wirksamkeit des Versicherungsvertrags. Es würde wider die denselben im weitesten Umfange beherrschenden Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen, wenn man den Versicherten an einem Verträge festhalten wollte, den er mit der Gesellschaft in ihrer gegenwärtigen Lage niemals abgeschlossen haben würde. Es verhält sich ähnlich, wie mit der Kreditzusage, die unter der stillschweigenden Bedingung unveränderter Kreditwürdigkeit des anderen Teiles steht (§ 610 BGB.). Wer in dem Rufe einer bestimmten Gesellschaft, in deren Vermögen sowie in der Rundschaft und der dadurch herbeigeführten Verteilung der Gefahr auf eine große Anzahl von Personen Sicherung gegen drohende Nachteile sucht, schließt den Vertrag in der auch dem Versicherer nicht verborgenen Annahme ab, daß die durch jene Umstände gewährleistete Sicherung auch ferner andauern solle und nicht durch das Verhalten des Segners geschmälert werde. In der Natur des Versicherungsgeschäfts liegt es, daß es vom Versicherten aufgelöst werden kann, wenn der Versicherer selbst unsicher wird. Wann eine derartige zum Rücktritte berechtigende Unsicherheit des Versicherers anzunehmen ist, wird im wesentlichen Tatfrage sein . . ." (Es wird weiter ausgeführt, daß dies nach deutschem Recht zu beurteilen sei).

An dieser Auffassung hat auch das Reichsgericht bei der Frage, ob die bei Kriegsausbruch bei einer englischen Feuerversicherungsgesellschaft Versicherten wegen der durch den Kriegsausbruch eingetretenen Veränderung der Umstände zum Rücktritt berechtigt seien, festgehalten und das Rücktrittsrecht bejaht, obwohl in dem vorstehenden Urteil die Veränderung der Umstände auf einer Handlung der Versicherungsgesellschaft selbst beruhte, während sie in diesem Falle auf der die deutschen Versicherten von dem in englischem Herrschaftsbereiche befindlichen Vermögen der Versicherungsgesellschaft ausschließenden englischen Verordnung vom 9. September 1914 zurückzuführen war. Das RG. führt hierzu bei Bruchot 60 S. 990 aus:

„Auch unter der Herrschaft des BGB. muß hiernach Platz greifen, was in dem Urteile vom 28. Januar 1905 (RG. 60 S. 56) ausgeführt ist: Der Vertragszweck der Versicherung wird gefährdet, wenn in den wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnissen, auf deren unveränderten Fortbestand der Versicherungsnehmer bei Eingehung der Versicherung erkennbar rechnete und rechnen durfte, eine wesentliche Veränderung zu seinem Nachteil eintritt. Dieser Fortbestand ist die als selbstverständlich und erkennbar gewollt anzusehende Voraussetzung fortdauernder Bindung an den Vertrag, und aus der Veränderung erwächst das Recht zum Rücktritt oder, genauer ausgedrückt, zu fristloser Kündigung. In dem durch jenes Urteil entschiedenen Falle beruhte die Veränderung der Umstände auf einer Handlung der Versicherungsgesellschaft selbst, während sie hier vom BGB. in der die deutschen Versicherten an dem in englischem Herrschaftsbereiche befindlichem Vermögen der Klägerin (d. h. der Versich.-Gesell-

schaft, welche gegen mehrere Versicherte auf Feststellung des Fortbestehens der fristlos gekündigten Versch.-Verträge klagte) ausschließenden englischen Verordnung vom 9. Sept. 1914 gefunden ist. Das macht aber keinen wesentlichen Unterschied, da davon auszugehen ist und vom O.G. auch angenommen wird, daß die Hauptniederlassung der Klägerin sich in ihrem tatsächlichen Verhalten nach jener Verordnung richten wird. Für die Beklagten liegt es demnach im Ergebnis ebenso, als wenn die Versicherungsgesellschaft auf Grund eigener freier Willensentschließung handelte, und der Umstand, daß die Verordnung der englischen Regierung von der Klägerin im privatrechtlichen Sinne nicht zu vertreten ist, hat deshalb keine Bedeutung.“

Bei Verträgen, die ein Autor, z. B. Komponist, mit einem Verleger eingeht, in welchen er diesen ein Vorrecht auf seine künftigen sämtlichen Kompositionen einräumt, „ist selbstverständlich, daß ein solcher Vertrag keineswegs unter allen Umständen für die ganze ursprüngliche ins Auge gefaßte Zeitdauer eingehalten werden muß. Vielmehr liegt es in der Natur derartiger Verhältnisse, daß sie aus wichtiger Ursache gelöst werden können, wenn ihre Fortsetzung nach den besonderen Umständen des Falls den Beteiligten nicht mehr zugemutet werden kann“ (RG. 79 S. 160).

Der Eintritt nachträglich veränderter Umstände kann auch kraft gesetzlicher Bestimmung eine Einwirkung auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse haben. Hierzu gehört die Bekanntmachung des Bundesrats vom 11. November 1915 betreffend Einwirkung von Höchstpreisen auf laufende Verträge. Nach § 1 dieser Bekanntmachung gelten Verträge über Lieferung von Butter, Kartoffeln, Fischen, Wild, Milch, Buchweizen und Hirse und deren Verarbeitungen, Obstmus und sonstige Fetterfaktstoffe zum Brotaufstrich, Obst, Gemüse, Zwiebeln und Sauerkraut, die zu höheren Preisen als den auf Grund der diesbezüglichen Verordnungen über Höchstpreise festgesetzten Höchstpreisen abgeschlossen sind, mit dem Inkrafttreten des Höchstpreises als zum Höchstpreis abgeschlossen, soweit die Lieferung zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt ist¹⁾.

IV. Unterschied zwischen Irrtum und verstecktem Dissens²⁾ (§ 155).

Versteckter Dissens liegt vor:

„wenn die beiderseits abgegebenen Erklärungen einander nicht decken, indem jede Partei etwas anderes nicht bloß innerlich wollte, sondern auch erklärte, als die andere.“ (RG. 58 S. 236).

In Wirklichkeit gehen also die Willenserklärungen der Parteien auseinander, jede Partei erklärt irrtumsfrei das, was sie wollte,

¹⁾ Bei Streitigkeiten hierüber kann jede Partei gemäß §§ 2 ff. der Bek. v. 11. November 1915 eine schiedsgerichtliche Entscheidung darüber herbeiführen, zu welchen Bedingungen der Vertrag zu erfüllen ist. Aber das Verfahren vor diesem Schiedsgericht vergl. die Anordnung vom 15. November 1915 (RG. Bl. S. 769).

²⁾ Dissener Dissens liegt vor, wenn sich die Parteien der Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung bewußt geworden sind.

z. B. Vertragsschluß über 1000 Kronen, einer der Vertragsschließenden meint dänische, der andere österreichische. Hier kommt kein Vertrag zustande.

Beim Irrtum (Diskrepanz) decken sich die beiderseitigen Willenserklärungen, die den gleichen Inhalt haben, jedoch liegt auf einer Seite Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung vor, indem der Erklärende infolge seines Irrtums nicht erkannte, daß er eine Erklärung des fraglichen Inhalts abgab oder aber den Inhalt seiner Erklärung unrichtig auffaßte. Z. B. Vertragsschluß über 1000 österreichische Kronen. Der eine Teil meint, eine Krone habe einen Kurswert von 1 Mark. (Vgl. hierzu RG. 58 S. 235/6 und 66 S. 125).

Dissens liegt in dem von v. Jhering-Detmold in der „Jurisprudenz des täglichen Lebens“, 12. Auflage, S. 28 Nr. 9 behandelten Falle vor, wo ein Studierender, der bisher auf einer kleinen deutschen Universität für sein Zimmer 80 M. Mietszinsen für das ganze Semester bezahlt hatte, in Berlin zwecks Fortsetzung seiner Studien ein solches „für 60 Mark“ gemietet hatte, und nach Vertragsschluß erfuhr, daß der Mietszins als monatlicher gemeint war, während er geglaubt hatte, daß er sich auf das Semester beziege.

Dagegen liegt Irrtum in dem in der genannten Sammlung S. 29 Nr. 14 behandelten Falle vor, wo ein norddeutscher Student bei einem Hausbesitzer einer süddeutschen Universitätsstadt brieflich „das Zimmer im 1. Stock“, dessen schöne Aussicht ihm von einem Kommilitonen empfohlen war, mietete und bei seiner Ankunft das aussichtslose Erdgeschoßzimmer reserviert fand, da nach dem Sprachgebrauch jener Gegend „erster Stock“ das Erdgeschoßzimmer bedeutete. Für die Auslegung einer Willenserklärung ist die Verkehrssitte des Ortes maßgebend, an welchem die Willenserklärung dem Empfänger zugeht. Daher ist das Erdgeschoßzimmer gemietet. Hätte jedoch der Student durch die Bezugnahme auf die schöne Aussicht des Zimmers unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß er das Zimmer mit der schönen Aussicht mieten wollte, so wäre dieses gemietet worden, da dem Hausbesitzer dann erkenntlich war, um welches Zimmer es sich handelte.

V. § 120 BGB.

Bediene sich jemand zur Übermittlung einer Willenserklärung einer Person oder Anstalt, z. B. des Telegraphen, so kann die Willenserklärung bei unrichtiger Übermittlung unter den Vorsetzungen des § 119 angefochten werden.

Rein Bote i. S. des § 120 ist derjenige, der einen Brief auf die Post trägt; hier erklärt der Briefträger selber nichts, vielmehr lediglich der Absender. Auch die bloße Schreibhilfe der Maschinenschreiberin begründet keine Boteneigenschaft.

Ebenso liegt bei telephonischer Übermittlung persönliche Erklärung vor.

Wenn der Bote wissentlich ein aliud ausrichtet, so handelt er nicht mehr als Bote. § 120 liegt dann nicht vor. Dies ergibt sich aus der Inbezugnahme des § 119 im § 120 BGB. Wie § 119 nur eine Anfechtung bei irrtümlich abgegebener Willenserklärung kennt, eine solche aber bei bewußt falscher Erklärung nicht vorliegt, so ist auch nur die irrtümliche, d. h. unbewußt unrichtige Erklärung der Mittelsperson anfechtbar. Daraus folgt, daß § 120 nicht Platz greift, wenn ich dem Dienstboten Geld zum Abschluß eines Barkaufs aushändige, der Bote das Geld unterschlägt und den Gegenstand auf Kredit entnimmt, sofern der Dienstbote als Bote tätig wird. Hier kommt ein Kaufvertrag nicht zustande, weil der Bote wissentlich ein aliud ausrichtete (Kredit- statt Barkauf); das Eigentum am übergebenen Gegenstand geht zwar auf mich über, weil auf Seite des Verkäufers und auf meiner Seite der Wille Eigentum zu übertragen bzw. zu erwerben vorhanden ist; ich bin jedoch aus § 812 zur Rückübertragung des Eigentums und — falls dies unmöglich ist — nach § 818 II BGB. zum Wertersatz verpflichtet, wenn ich noch bereichert bin. Nach Josef in Gruchots Beiträgen — Bd. 51 S. 273 ff. — soll hier keine Bereicherung vorliegen, wenn es sich um verzehrte Eßwaren handelt, weil „wenn ich gewußt hätte, daß das Mädchen das Geld unterschlagen hat, ich die Gans nicht gegessen haben würde, oder mich mit andern Genußmitteln begnügt hätte“ (S. 282), dagegen soll grundsätzlich Bereicherung vorhanden sein, wenn es sich um Kartoffeln oder Feuerungsmittel handelt, weil „die gesetzliche Vermutung erfolgter Vermögensverbesserung auch hier tatsächlich begründet ist, und eine eingerichtete Wirtschaft ohne Kartoffeln und Feuerungsmittel nicht bestehen kann.“ Diese Ansicht ist unhaltbar und praktisch nicht durchzuführen. Man wird vielmehr in der Regel der Fälle eine Verpflichtung zum Wertersatz (nicht zum Ersatz des entgangenen Kaufpreises, was Schadensersatz wäre) anerkennen müssen, da aus dem Umstände, daß ich die Gegenstände verzehre, hervorgeht, daß ich sie unter allen Umständen erwerben wollte. Für den dem Kaufmann entgangenen Schaden (Differenz zwischen Kaufpreis und Wertersatz) haftet der Dienstbote nach §§ 823 II BGB., § 263 StrGB.

Aber den Fall, daß jemand vereinbarter Weise ständig Waren vom Kaufmann auf Kredit entnehmen läßt, dieselben monatlich bezahlt, und hierbei der Bote Waren für sich entnimmt, vergl. § 32 V.

Wird eine Erklärung einem Empfangsboten des Adressaten abgegeben, so gilt sie diesem gegenüber als zugegangen, wenn die Mittelsperson zur Wiedergabe der Erklärung geeignet war. (RG. 60 S. 337). Hierüber führt das RG. 60 S. 336/7 aus:

„An die Mittelsperson müssen erheblich höhere Anforderungen gestellt werden, wenn sie die mündliche Bestellung ausrichten soll Daher wird

der Erklärende, wenn es sich um die Frage handelt, ob die Erklärung zugegangen ist, nachzuweisen haben, daß die Mittelsperson zur Wiedergabe der Erklärung geeignet war. Es reicht nicht — wie beim Briefe — aus, daß sie in häuslicher Gemeinschaft mit dem Erklärungsgegner steht, sondern es muß erhellen, daß sie die erforderliche geistige Fähigkeit besitzt. Diese Voraussetzung wird bei erwachsenen Hausgenossen in der Regel anzunehmen sein. Ist aber . . . die mündliche Erklärung dem Erklärungsgegner richtig mitgeteilt, dann steht die Zuverlässigkeit des Erklärungsmittlers ebenso fest, wie die der brieflichen Mitteilung. Dann ist aber kein Grund für eine verschiedene Behandlung der beiden Fälle bezüglich der Fälle ersichtlich, wann die Erklärung zugegangen ist. Es ist im Erfolge ganz gleich, ob der Erklärungsgegner bei seiner Rückkunft nach Hause von seiner Frau den ihr zur Bestellung anvertrauten, die Erklärung enthaltenden Brief erhält, oder ob ihm die Frau die mündliche Erklärung mündlich (aber richtig) mitteilt. In beiden Fällen ist er in der Lage, jederzeit von der Erklärung Kenntnis zu erlangen, und in beiden Fällen steht der sofortigen Kenntnisnahme nur seine Abwesenheit im Wege, die jedoch bei der Frage der Zeit des Zuganges nicht in Betracht kommt. Muß aber der Erklärungsgegner die in seiner Abwesenheit seinem Hausgenossen, z. B. seiner Frau, abgegebene Erklärung als ihm im Zeitpunkt der Erklärung an seine Frau zugegangen gelten lassen, sofern ihm nur die Erklärung wirklich und richtig mitgeteilt wird, so ist vollends daran nicht zu zweifeln, daß der Erklärende selbst unter denselben Voraussetzungen diesen Zeitpunkt als maßgebend gelten lassen muß.“

Übermittelt der geeignete Empfangsbote die Erklärung unrichtig, so muß dies der Adressat gegen sich gelten lassen. § 120 gilt dann nicht, da der Empfangsbote nicht die Willenserklärung des Anfechtenden übermittelt. (Das RG. hat die Frage in der vorstehenden Zeit. Entscheidung nicht ausdrücklich entschieden, scheint aber anderer Ansicht zu sein.) Wie hier Düringer-Hachenburg, *HGB.* II 1 S. 109—110.

War der Empfangsbote zur Übermittlung der Erklärung ungeeignet, so handelt er als Bote des Erklärenden; es gelten also §§ 119, 120 *BGB.*

§ 120 gilt ferner nicht, wenn dem Boten eine Entscheidung über die Frage zusteht, ob, wann und wo das Geschäft vorgenommen werden soll. Hier handelt er als Stellvertreter. Übermittelt der Stellvertreter eine Erklärung unrichtig, so gelten die §§ 177 ff., mag Irrtum oder vorsätzlich unrichtige Übermittlung vorliegen.

VI. Form und Frist der Anfechtung aus §§ 119, 120 *BGB.*

Form der Anfechtung: vgl. § 20 I.

Frist: Die Anfechtung muß unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes erfolgen. Es genügt rechtzeitige Absendung der Anfechtungserklärung gegenüber einem Abwesenden. Nach 30 Jahren seit Abgabe der Erklärung ist sie schlechthin ausgeschlossen (§ 121).

Über den Begriff „unverzüglich“ führt das RG. 64 S. 161 bis 162 aus:

„Wie die Frage des Verschuldens überhaupt, so ist auch die Frage, ob in bestimmten Vorgängen ein schuldhaftes Zögern zu erblicken sei, eine Rechtsfrage Der Ausdruck „unverzüglich“, den § 121 Abs. 1 BGB. mit „ohne schuldhaftes Zögern“ erläutert, ist ein technischer Ausdruck der neuen Gesetzgebung.

Er findet sich in einer Reihe von Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuches. Die Merkmale dieses rechtlichen Begriffes können wohl dahin zusammengefaßt werden: zum Begriffe der Unverzüglichkeit gehört grundsätzlich ein nach den Umständen des Falles zu bemessendes schleuniges Handeln. Ein diesem objektiven Erfordernisse nicht entsprechendes — verzögertes oder verspätetes — Handeln ist indes dann noch geeignet, den gesetzlichen Tatbestand der Unverzüglichkeit zu erfüllen, wenn die Verzögerung auch bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unabwendbar war. Vgl. Entscheidungen des RG.'s in Zivils. Bd. 49 S. 394 . . . Die Gleichheit des rechtlichen Begriffes „unverzüglich“ in den einzelnen Gesetzesbestimmungen rechtfertigt indes nicht, die zu einer einzelnen Gesetzesbestimmung über diesen Rechtsbegriff ergangenen Entscheidungen kurzer Hand auf jede andere Vorschrift, die das Erfordernis der Unverzüglichkeit aufstellt, zu übertragen. Nach Zweck, Bedeutung und Tragweite der einzelnen Vorschrift werden im Rahmen der oben gegebenen begrifflichen Merkmale für den einzelnen Anwendungsfall die Voraussetzungen der Unverzüglichkeit verschieden sein. An die Unverzüglichkeit der Mängelanzeige im Handelskauf sind im Einzelfalle andere Anforderungen zu stellen als an die Unverzüglichkeit der Anfechtungserklärung wegen Irrtums. Zur Mängelanzeige im Handelskauf hat der erkennende Senat (vgl. Entscheidungen in Zivils. Bd. 59 S. 45) ausgesprochen: für die Frage, ob zur ordnungsgemäßen Untersuchung einer Ware der Käufer Gutachten Sachverständiger einholen dürfe, seien die objektive Sachlage und die Verkehrsanschauungen, nicht die persönlichen Verhältnisse des Käufers und seine subjektiven Anschauungen maßgebend — —

Das Erfordernis in § 121 Abs. 1, daß die Anfechtung wegen Irrtums ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) zu erfolgen hat, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Irrtum Kenntnis erlangt hat, beruht auf der wohlbegründeten Erwägung des Gesetzgebers, der Anfechtungsberechtigte habe das Interesse des Anfechtungsgegners daran, daß er weiß, ob das Rechtsgeschäft wirksam bleibe, zu berücksichtigen. Das erwähnte Interesse ist bei Handelskäufen und namentlich bei größeren Lieferungen geschäften an sich schon größer. Ein schuldhaftes Zögern liegt daher grundsätzlich schon darin, daß der Anfechtungsberechtigte jenes Interesse des Anfechtungsgegners nicht ausreichend berücksichtigt.“

Wann hat der Anfechtungsberechtigte Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde? Hierüber führt das RG. in J. W. 43 S. 347 aus:

„Das ist . . . regelmäßig erst dann der Fall, wenn er von den einen Irrtum ergebenden Umständen eine Kenntnis erlangt, die ihm vernünftigerweise einen die bloße Vermutung ausschließenden sicheren Schluß gewährt. Der Irrtum muß erst aufgedeckt sein, gegebenenfalls kann der Anfechtungsberechtigte, bevor er die Anfechtung erklärt, sogar erst eine Beweisaufnahme

abwarten oder veranlassen. Zwar nicht volle Überzeugung von der Richtigkeit, wohl aber zuverlässige Kenntnis der in Betracht kommenden Umstände ist erforderlich Zweifel stehen der Kenntnis nicht gleich.“

Nach RG. im Recht 1906 S. 115 muß der Anfechtungsgegner den verspäteten Eingang der Anfechtungserklärung beweisen.

VII. Wirkungen der Anfechtung aus §§ 119, 120.

a) Richtigkeit der angefochtenen Erklärung. Vgl. § 20 II.

b) Schadenersatz nach § 122 BGB.

Zum Schadenersatz berechtigt ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen der Gegner, im übrigen, z. B. bei Auslobungen und Preisauschreiben, jeder Dritte, der auf Grund der Auslobung eine Tätigkeit entfaltetete:

Hinsichtlich des Umfangs des Schadenersatzes begrenzt § 122 denselben auf das Erfüllungsinteresse, über welches das negative Vertragsinteresse nicht hinausgehen darf. Der Geschädigte kann also nur den Schaden ersetzt verlangen, der ihm infolge des Vertrauens auf die Gültigkeit der Erklärung entstanden ist. Auch entgangener Gewinn ist zu ersetzen. Der Schaden kann konkret oder abstrakt berechnet werden (RG. 58 S. 327). § 254 ist auf diese Schadenersatzverpflichtung unanwendbar. So nach RG. 57 S. 89—90:

„Zunächst kann nämlich von einer unmittelbaren Anwendung des § 254 im gegebenen Falle keine Rede sein; denn schon der Wortlaut desselben ergibt, daß daraus nicht der Beschädigte, sondern dessen Gegner einem etwa durch andere gesetzliche Bestimmungen begründeten Schadenersatzanspruch des ersteren gegenüber die Einrede würde herleiten können, daß der Beschädigte wegen eigenen Verschuldens den entstandenen Schaden ganz oder teilweise zu tragen habe. Der § 254 BGB. setzt nämlich außer dem Vorliegen eines eigenen Verschuldens des Beschädigten das Bestehen eines den anderen zum Ersatz des Schadens an sich verpflichteten Umstandes, somit die Anwendbarkeit einer sonstigen gesetzlichen Vorschrift voraus, aus welcher sich die Schadenersatzpflicht dieses anderen ergibt oder, abgesehen von dem eigenen Verschulden des Beschädigten, ergeben würde. Die Vorschrift des § 254 ist daher jedenfalls für sich allein und bei direkter Anwendung nicht geeignet, andere gesetzliche Bestimmungen, wodurch die Haftung des wegen eines Schadens in Anspruch genommenen begründet wird, zu ersetzen.“

Über auch eine analoge Anwendung des § 254 ist in den Fällen des § 122 BGB. dann ausgeschlossen, wenn wegen des Vorliegens der Voraussetzungen des Abs. 2 des § 122 die in Abs. 1 daselbst festgesetzte Schadenersatzpflicht des Erklärenden überhaupt nicht eintritt; denn in einem Falle der letzteren Art fehlt es gerade an einer anwendbaren gesetzlichen Bestimmung, durch welche die fragliche Schadenersatzpflicht, um deren gänzliche oder teilweise Ausschließung es sich bei der Anwendung des § 254 auf solche Fälle handelt, an sich begründet würde, da ja § 122 Abs. 1 beim Zutreffen der Voraussetzungen des Abs. 2 daselbst nicht anwendbar ist. Aberdies sprechen für die nach vorstehenden Ausführungen schon aus dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften sich ergebende beschränkte Bedeutung des § 254 BGB. und nament-

lich für dessen Nichtanwendbarkeit in den Fällen des § 122 Abs. 2 BGB. auch die Motive zu der dem § 254 zugrunde liegenden Bestimmung des § 222 des ersten Entwurfs zum BGB.; denn dort ist ausdrücklich hervorgehoben, daß der (im wesentlichen in § 254 des Gesetzes übergegangene) Grundsatz des § 222 des Entwurfs nur gelten solle, wenn und soweit nicht für bestimmte Verhältnisse abweichende Vorschriften gegeben seien, wie z. B. in den §§ 97, 99 u. a. des Entwurfes. Da aber aus § 97 Abs. 3 und 4 und § 99 Abs. 2 und 3 des Entwurfes die hier in Rede stehenden Bestimmungen des § 122 Abs. 1 und 2 des Gesetzes entstanden sind, so erhellt auch aus der ausgeführten Stelle der Motive und aus dem weiteren Umstande, daß auch bei den späteren Verhandlungen über die einschlägigen Vorschriften eine gegenteilige Absicht der gesetzgeberischen Faktoren nicht hervorgetreten ist, mit Sicherheit, daß nach dem Willen des Gesetzgebers der Grundsatz des § 254 BGB. jedenfalls nicht in solchen Fällen Anwendung finden soll, in welchen wegen des Vorliegens der Voraussetzungen des § 122 Abs. 2 BGB. eine Schadenersatzpflicht des Erklärenden auf Grund der Bestimmung in Abs. 1 dieses Paragraphen überhaupt ausgeschlossen ist“

Ausgeschlossen ist die Verpflichtung zum Schadenersatz im Falle des § 122 Abs. 3 BGB., wenn der Beschädigte den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder fahrlässigerweise nicht kannte (kennen mußte), sowie auch dann, wenn der Gegner des Anfechtenden selbst dessen Irrtum verursachte. Zum letzteren führt das RG. 81 S. 398 f. aus:

„Wenn der Gegner des Anfechtenden selbst dessen Irrtum verursacht hat, kann er den Schadenersatzanspruch des 122 Abs. 2 BGB. nicht geltend machen. Der Erhebung dieses Anspruchs steht bei solcher Sachlage die *exceptio doli generalis* entgegen, deren Wirksamkeit auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches das Reichsgericht schon mehrfach anerkannt hat (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 58 S. 356, Bd. 71 S. 435). Die Einrede tritt der mißbräuchlichen Ausnutzung formalen Rechtes zum Nachteil eines anderen entgegen. Der Anfechtungsgegner, der den Irrtum selbst verursacht hat, hat dem Anfechtenden dafür aufzukommen, daß er den Irrtum hervorgerufen hat und dieses Aufkommen besteht darin, daß er den Anspruch nicht geltend macht. Unerheblich für das Gebiet des § 122 BGB. ist es, ob die Herbeiführung des Irrtums durch den Beschädigten auf einer ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit beruht oder nicht. Die in § 122 BGB. anerkannte Schadenersatzpflicht ist unabhängig von einem Verschulden des Erklärenden und beruht — im Gegensatz zu den sonstigen regelmäßigen Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht — auf dem reinen Veranlassungsprinzip. Es ist deshalb andererseits durchaus gerechtfertigt, auch den Ausschluß der Haftbarkeit ohne Rücksicht auf eine Fahrlässigkeit bei Verurteilung des Irrtums eintreten zu lassen.“

§ 22.

Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.

I. Eine Willenserklärung ist nach § 123 anfechtbar, wenn der Erklärende durch arglistige Täuschung zu ihrer Abgabe bewogen wurde. Es genügt auch eine Einwirkung auf das Motiv. Arglistige Täuschung liegt nicht nur im Vorspiegeln falscher Tatsachen,

sondern auch im bloßen Verschweigen wahrer oder falscher Tatsachen. Es ist also nicht — wie beim strafrechtlichen Betrüge — ein aktives, auf Täuschung berechnetes Verhalten des Täuschenden erforderlich.

Hierüber führt das RG. 62 S. 150 ff. aus:

„Zwar braucht das Verschweigen, um arglistig zu sein und die Grundlage einer arglistigen Täuschung i. S. des § 123 BGB. abzugeben, kein Unterdrücken zu sein; es ist nicht notwendig, daß der Verschweigende einen Umstand verdeckt oder durch täuschende Mittel unkenntlich macht. Es reicht zu, ist aber auch notwendig, daß der Verschweigende etwas nicht sagt, dessen Mitteilung der andere Teil unter den gegebenen Umständen nach der Verkehrsauffassung erwarten darf. Nach der Verkehrsauffassung darf aber der Käufer von dem Verkäufer kein Offenbaren aller Umstände, die für seine — des Käufers — Entscheidung erheblich sein können, erwarten; vielmehr ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen, ob nach der Verkehrsauffassung der Käufer von dem Verkäufer das Offenbaren eines dem Verkäufer bekannten, dem Käufer unbekanntes Umstandes, der für die Entscheidung des Käufers von Erheblichkeit sein konnte, erwarten durfte.“

In den Gründen zum Urteil des V. Zivilsenats vom 16. Mai 1903, Rep. V. 12/03 (J. W. 1903 Beibl. S. 99 Nr. 223), bei dem als maßgebendes Sachverhältnis zu unterstellen war, daß der Verkäufer den durch äußere Vorgänge begründeten Verdacht hatte, die Fundamentierung des verkauften Hauses, das infolge seiner schlechten Fundamentierung von dem Verkäufer übermalte Risse erhalten hatte, sei mangelhaft, findet sich unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung desselben Senats im Gebiete des preußischen allgemeinen Landrechts, Urteile vom 2. Januar 1895, Rep. V. 247/94 (Gruchots Beitr. Bd. 39 S. 941), vom 25. Februar 1899, Rep. V. 306/98 (J. W. 1899 S. 247 Nr. 67) und vom 29. April 1899, Rep. V. 409/98 (J. W. 1899 S. 378 Nr. 37), die gleichlautende Stelle: „Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer alle ihm bekannten Umstände mitzuteilen, die nach vernünftigem Ermessen für die Willensbestimmung des Käufers erheblich sein können.“ In dem Urteile desselben Senats vom 2. November 1904, Rep. V. 171/04 (J. W. 1905 S. 13 Nr. 4), wo es sich darum handelte, daß der Verkäufer die Kündigung einer Hypothek, die der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen sollte, und weiter verschwiegen hatte, daß das mitverkaufte Inventar durch Sicherheitskauf Eigentum eines Gläubigers sei, wird ausgeführt: „Der Verkäufer hat die Pflicht, dem Käufer alle für seine Entschließung wesentlichen Umstände mitzuteilen. Er handelt auch dann arglistig, wenn er nach einem solchen Umstande nicht gefragt ist, sofern er sich nur bewußt ist, daß der Käufer auf den verschwiegenen Umstand Wert legen könnte.“ Hier könnte noch ein Urteil des V. Zivilsenats vom 13. Januar 1904, Rep. V. 296/03 (J. W. 1904 S. 113 Nr. 9), erwähnt werden; dort handelte es sich darum, daß der Verkäufer nicht mitgeteilt hatte, das Bewohnen einiger Kammern und der Gebrauch des Schweinestalles seien polizeilich verboten. Der V. Zivilsenat hat indessen durch die bezogenen Ausführungen nach dem Zusammenhange seiner Urteilsgründe keine allgemeine Offenbarungspflicht des Verkäufers anerkannt, sondern lediglich ausgesprochen, daß unter den für den gegebenen Fall einzeln erörterten Verhältnissen eine solche Pflicht des Verkäufers zum Offenbaren des konkreten im einzelnen Falle erheblichen Umstandes bestanden habe. Auf dem gleichen Standpunkte steht auch der erste

Zivilsenat in dem Urteile vom 3. Januar 1904, Rep. I 404/03 (J. W. 1904 S. 167 Nr. 6); dort wird eine allgemeine Offenbarungspflicht verneint, und ausdrücklich anerkannt, daß die Frage, ob ein arglistiges Verschweigen vorliege, nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beantworten sei."

Die arglistige Täuschung setzt voraus, daß der Täuschende sich seines Verhaltens bewußt ist. (RG. in J. W. 1909 S. 308.) Geht der Erklärende davon aus, daß dem Gegner die fragliche Tatsache bekannt sei, so liegt also eine arglistige Täuschung nicht vor.

Dagegen gehört die Absicht oder das Bewußtsein der Vermögensbeschädigung im Gegensatz zum strafrechtlichen Betrüge nicht zum Begriff der Täuschung (RG. bei Warneyer 1909 S. 440).

Kann ein Mietvertrag wegen arglistiger Täuschung vom Vermieter angefochten werden, weil der Mieter nicht ein „den Mieträumen entsprechendes Mobilar“ eingebracht hat?

Das RG. führt in der Rspr. der OLG. 22 S. 241 hierüber folgendes aus:

„Durch schriftlichen Vertrag hat der Beklagte (Zahnkünstler) eine Wohnung für die Zeit vom 1. Oktober 1910 auf 5 Jahre für je 1110 M. gemietet; mündlich ist ihm der Einzug zum 1. Juli 1910 gestattet worden. Mit der am 15. Juni 1910 eingegangenen Klage verlangt der Vermieter die Feststellung, daß er vom Vertrage mit Recht zurückgetreten sei. Er will durch die im Formular des Mietvertrages (§ 2²) vordruckte Versicherung des Mieters, daß er ein den Mieträumen entsprechendes Mobilar als unbeschränktes Eigentum besitze, arglistig getäuscht sein. Allein seine Annahme, daß darunter nur ein dem Vermieter für eine volle Jahresmiete Sicherheit bietendes Mobilar verstanden werden könne, ist nicht richtig. Es ist monatliche Mietzahlung verabredet, die Dauer des Vertrages auf 5 Jahre festgesetzt und in § 10 bestimmt: „In allen Fällen des § 10 haftet jedoch der Mieter, wenn der Vermieter von dem Räumungsrechte Gebrauch macht, für den Ausfall an Miete, Nebenabgaben usw. und hat zur Sicherstellung hierfür die ganze Restmiete, Nebenabgaben usw. vor der Räumung zu zahlen.“ Es ist nicht abzusehen, wie bei solchem Vertragsinhalte gerade die Jahresmiete den Maßstab bilden soll. Ebenjowenig kann für die Frage, welches Mobilar vorhanden sein muß, wenn die Versicherung des § 2² des Vertrages richtig sein soll, in Betracht kommen, welchen Erlös die Wohnungseinrichtung bei einem Zwangsverkaufe bringen könnte. Der Vertrag gibt keinen Anhalt dafür, daß irgendwie ein bestimmter Verkaufswert oder gar ein selbst bei einer Zwangsversteigerung zu erzielender Preis zugesichert ist und zugesichert werden sollte. Für § 2² kann es nach dem Wortlaut nur darauf ankommen, wie Leute von dem Stande des Beklagten nach den bei ihnen herrschenden Lebensgewohnheiten Wohnungen von der Art der vermieteten auszustatten pflegen. Dafür, daß der Sinn der Bestimmung ein anderer sein sollte, ist nichts erbracht. Solange nicht feststeht, daß man das dem Beklagten eigentümlich gehörige Mobilar unter keinen Umständen, bei vernünftiger, die Gepflogenheiten von Leuten aus den Kreisen des Beklagten berücksichtigender Beurteilung als ein der Wohnung entsprechendes ansehen kann, fehlt deshalb jede Grundlage für die Annahme einer arglistigen Täuschung, aber auch die Grundlage für die Feststellung, daß die Versicherung überhaupt unrichtig war. Dabei kommt es nur auf den Beginn der Vertragszeit, den

1. Oktober 1910 an, nicht auf die Zeit, zu der der Beklagte nach der mündlichen Vereinbarung einzuziehen durfte. Der § 2² ist nur ein Teil des schriftlichen Vertrages und nicht ohne weiteres auf das daneben . . . getroffene mündliche Nebenabkommen über den früheren Einzug zu erstrecken. Sie kommt daher nur für die zum 1. Oktober 1910 vorgesehene Übergabe der Wohnung in Betracht. Der Beklagte hatte aber am 7. Juli 1910 denjenigen Teil seines Mobilars, den er auf Abzahlung entnommen hatte, voll bezahlt, so daß zu dieser Zeit ein den Räumen entsprechendes Mobilar sein unbeschränktes Eigentum war.

Auf Schulden der Mieter bezieht sich der § 2² nicht. Die angebliche Verschuldung des Beklagten ist nicht nach dem Vertragschlusse eingetreten, der Kläger kann sich daher nicht auf § 321 stützen. Wegen Irrtums (§ 119) hat er den Vertrag nicht angefochten,¹⁾ von Betrug durch Verschweigen des Schuldenstandes könnte nur die Rede sein, wenn der Kläger nach dem Schuldenstande gefragt oder ihn sonst erkennbar als Voraussetzung des Vertragschlusses gesetzt hätte. Aus § 2² läßt sich dies nicht folgern. Der Satz aber, daß der Mietslustige dem Mieter auch ungefragt seine Verschuldung aufdecken müsse, ist in dieser Allgemeinheit auch bei Berücksichtigung der Anforderung, daß Treu und Glauben im Verkehre herrschen müssen, nicht richtig.“

b) Eine Anfechtung aus § 123 ist grundsätzlich dann nicht zulässig, wenn ein Vertragsteil bei Vertragschluß nicht die Absicht hatte, seine Vertragspflichten zu erfüllen und dies dem Gegner verheimlichte. So nach RG. 48 S. 284 (zum UR.):

„Verträge gewähren die rechtliche Sicherheit dafür, daß die vertragliche Zusage unter allen Umständen gehalten werde, indem sie selbst dem widerstrebenden Willen des Verpflichteten gegenüber einen Rechtszwang begründen. Dieser Rechtszwang ist dasjenige, was der Erwartung der künftigen Vertragserfüllung allein den festen Hintergrund verleiht, während die innere Absicht des rechtlich Gebundenen, seiner Verpflichtung nachzukommen, in jedem Zeitpunkt wechseln kann und deshalb keine geeignete Unterlage für die Entschlieungen seines Mitkontrahenten abgibt. In der Regel darf daher nicht angenommen werden, daß Rücksichten auf die bloße Absicht des Vertragsgegners, seine Vertragspflichten zu erfüllen oder nicht zu erfüllen, für den Vertragschluß maßgebend hätten sein können, sodas demgemäß eine Täuschung über das Vorhandensein dieser Absicht den Tatbestand des Betrages herstellen würde.“

c) Nach RG. 58 S. 354/5 kann das Anerkenntnis der Vaterschaft (§ 1718 BGB.) auch dann nicht angefochten werden, wenn die Mutter des Kindes den Erzeuger desselben über die Bewohnung anderer Männer innerhalb der Empfängniszeit getäuscht hat:

„Die Verpflichtung des unehelichen Erzeugers wird nicht durch ein von ihm gemäß § 1718 BGB. erklärtes Anerkenntnis ins Leben gerufen, sondern folgt nach § 1717 aus der Bewohnung innerhalb der Empfängniszeit, und das Anerkenntnis dient nur dazu, die Verufung darauf, daß ein anderer der Mutter während jener Zeit auch beigewohnt habe, auszuschließen. Der Zuhälter

¹⁾ Das RG. überfieht hier, daß die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung stets auch zugleich die Anfechtung wegen Irrtums enthält.

hat indes keinen Rechtsanspruch darauf, daß die Mutter des Kindes ihm zur Ablehnung seiner Verpflichtung behilflich sei; vielmehr ist es seine Sache, ob er eine Einrede erheben kann und imstande ist, diese zu beweisen. Die Mutter des Kindes ist in der Lage, den Mann, der ihr beigezogen hat, dessen Verpflichtung mithin zunächst feststeht, wegen ihrer eigenen Ansprüche durch Klage zu belangen, und begeht in dem Falle, daß sie den Einwand, es habe noch ein anderer ihr beigezogen, in Abrede stellt, eine arglistige Täuschung selbst dann nicht, wenn jener Einwand der Wahrheit entspricht. Nicht anders aber ist eine außergerichtliche Versicherung solcher Art . . . zu beurteilen, denn auch sie enthält nichts, als die Ablehnung eines Vorhaltes, auf den Kläger eine von ihm zu beweisende Einrede hätte stützen können. Aus der ihm erteilten Versicherung kann Kläger daher, obwohl dieselbe falsch gewesen ist, keinen Grund zur Anfechtung des daraufhin erklärten Anerkenntnisses entnehmen."

Ebenso RG. bei Gruchot 58 (1914) S. 890/1, weil keine Rechtspflicht zur Mitteilung des Verkehrs mit andern Männern bestände. Auch dann soll die Beurteilung die gleiche sein, wenn das Bestreiten in besonders nachdrücklicher Form, etwa unter Tränen, Beteuerungen oder Eidesanerbieten erfolgte. Nur dann rechtfertigt sich eine andere Ansicht, wenn die Bestreitende zugleich eigene selbständige Gegenbehauptungen aufstellt und etwa gar durch falsche Beweismittel glaubhaft zu machen versucht.

Diese Ansicht des RG. ist mehrfach mit Recht für unhaltbar erklärt worden. Vgl. Hellwig in der J. W. 1908 S. 666 und OLG. Stuttgart in Rspr. der OLG. 24 S. 55, welches darauf hinweist, daß das Gesetz keinen Anhalt dafür biete, daß die gemäß § 1718 BGB. erfolgte Anerkennungserklärung der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung entzogen sein solle. Dies hätte ausdrücklich bestimmt werden müssen.

Zweifellos ist die Anfechtung der Anerkennung der unehe-lichen Vaterschaft dann ausgeschlossen, wenn sie in der irrtümlichen Annahme erfolgte, die Kindesmutter habe ausschließlich mit dem Anerkennenden verkehrt, denn hier liegt einerseits nur ein Irrtum im Motiv vor, andererseits besteht für die Mutter keine Rechtspflicht zur Aufdeckung des Sachverhaltes. So auch OLG. München in Rspr. der OLG. 35 S. 291/2:

"Ob eine Täuschung als „arglistig“ zu erachten ist, kann nur unter Würdigung der Umstände des einzelnen Falles beurteilt werden. Das RG. (58 S. 348) hat Arglist verneint gegenüber einer Kindesmutter, die dem Kläger die wahrheitswidrige Versicherung, nur mit ihm geschlechtlich verkehrt zu haben, unter Tränen gegeben und hierbei auch trotz Vorhalts verschiedener Schriftstücke geblieben ist. Im gleichen Sinne spricht sich das Urteil (Warn. 7 Nr. 207) aus; das bloße Bestreiten anderweitigen Geschlechtsverkehrs genüge nicht, auch wenn es in besonders ausdrücklicher Form, etwa unter Tränen, Beteuerungen oder unter dem Erbieten zur Beeidigung erklärt werde; nur dann kann unter Umständen von einer arglistigen Täuschung gesprochen werden, „wenn der Bestreitende zugleich eigene selbständige Gegenbehauptungen aufstellt und etwa gar durch falsche Beweismittel glaubhaft zu machen weiß.“ Diese Rechts-

anschauung ist lebhaft angegriffen worden (Josef, bürg. Arch. 34 S. 282, Hellwig J. W. 1908 S. 666, Neumann das. S. 668, Stuttgart Anpr. 24 S. 55, Bamberg Seuff. 70 Nr. 128); auch das OLG. bekämpft sie als irrig. Es kann zugegeben werden, daß die in RG. 58 S. 348 gewählte Fassung zu weit geht und das Vorbringen einer arglistigen Täuschung besonders nicht davon abhängig gemacht werden kann, daß der Täuschende eigene selbständige Behauptungen aufstellt oder falsche Beweismittel vorführt. Andererseits kann aber die bloße Tatsache, daß die Kindsmutter nicht ihren Geschlechtsverkehr mit Anderen dem als Kindsvater in Anspruch genommenen Manne mitteilt, nicht als arglistige Täuschung erachtet werden. Daß sie auf Vorbehalt den anderweitigen Geschlechtsverkehr bestritten habe, fordert auch das OLG. Bamberg a. a. O.; auch in dem vom OLG. Stuttgart entschiedenen Falle hatte die Mutter auf Befragen des Klägers verneint, mit andern Männern verkehrt zu haben. Hier hat dagegen die K. sich vollständig passiv verhalten; sie hat lediglich unterlassen, vor der maßgebenden Verhandlung den Verkehr mit N. dem Kläger oder dem Vorm.-Gericht mitzuteilen.“

d) Schließlich ist die Anfechtung aus § 123 unzulässig, wenn beim Gattungsverkauf ein unter § 459 BGB. fallender Sachmangel arglistig verschwiegen wird, da hier ausschließlich die Gewährleistungsvorschriften, besonders § 463, anwendbar sind. So RG. 70 S. 429/30:

„Es ist dies derselbe Gesichtspunkt, welcher gegenüber den Gewährleistungsansprüchen wegen Mängel der Kaufsache die Anfechtung wegen Irrtums bezüglich einer verkehrswesentlichen Sacheigenschaft versagt. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. in Zivilf. Bd. 61 S. 171 flg. und Bd. 62 S. 282 flg.) verneint eine Konkurrenz der Anfechtung wegen Irrtums über Eigenschaften der Sache (§ 119 Abs. 2 BGB.) mit den Gewährleistungsansprüchen aus Sachmängeln (§§ 459 flg. BGB.), weil die Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 flg., als für den Kauf gegebene Sondervorschriften, den Vorschriften des allgemeinen Teils, zu denen § 119 Abs. 2 BGB. gehört, vorgehen und nach dem Geiste des Gesetzes wegen unter § 459 fallender Fehler eine rückgängigmachung des abgeschlossenen und vollzogenen Kaufgeschäftes nur nach den Grundsätzen der Wandelung möglich sein sollte. In jener Entscheidung wird darauf hingewiesen, daß nichts in der Entstehungsgeschichte des § 119 darauf deutet, als ob außer der Wandelung noch ein zweiter Weg, von einem Kaufvertrage loszukommen, eröffnet werden sollte.

Dieselben Erwägungen sind aber auch geltend zu machen, wenn bei der in Erfüllung eines Gattungsverkaufs erfolgenden Lieferung einer mangelhaften Sache der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat (§ 480 Abs. 2), und der Tatbestand des § 123 Abs. 1 dadurch erfüllt werden soll, daß der Käufer, eben weil der Verkäufer den Fehler bei der Lieferung arglistig verschwiegen hatte, getäuscht und zur Annahme der vertragswidrigen Sache bestimmt worden ist. Auch hier läßt sich aus den Gesetzesmaterialien kein Anhalt dafür gewinnen, daß der Gesetzgeber wegen des arglistigen Verschweigens eines Fehlers, den der Verkäufer nach §§ 480, 459 zu vertreten hat, neben der Wandelungsklage auch noch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 zulassen wollte. In den angezogenen Entscheidungen (Bd. 61 S. 171 flg. und Bd. 62 S. 282 flg.) wird als ein Beleg dafür, daß die Gewährleistungsvorschriften als Sondervorschriften, den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung wegen

Irrtums vorgehen müssen, auf die Widersprüche hingewiesen, deren sich andernfalls der Gesetzgeber schuldig machen würde. Dieser Gesichtspunkt trifft auch für den hier vorliegenden Fall der Konkurrenz der Anfechtung wegen arglistigen Verschweigens mit dem Anspruche auf Wandelung wegen arglistigen Verschweigens zu. Allerdings kommen hier nicht, wie in dem in Bd. 61 S. 171 flg. entschiedenen Falle, die §§ 460 und 477 BGB. in Betracht; wohl aber würde der von § 461 angeordnete Ausschluß der Haftung für arglistiges Verschweigen (Motive Bd. 2 S. 237) durch eine Anfechtung wegen arglistigen Verschweigens umgangen werden können. Aber noch ein anderer Umstand weist zwingend auf die Unvereinbarkeit der Anfechtung wegen arglistigen Verschweigens von Sachmängeln mit der Wandelung wegen arglistigen Verschweigens hin. Das Anfechtungsrecht ist verloren, wenn nicht innerhalb eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung eine Anfechtungserklärung abgegeben wird (§§ 124, 143 BGB.). Dagegen geht der Wandelungsanspruch wegen arglistigen Verschweigens erst nach Ablauf der regelmäßigen Verjährung von 30 Jahren unter (§ 477 Abs. 1, ¹⁾) und besitzt die Wandelungseinrede trotz der eingetretenen Verjährung des Wandelungsanspruchs ihre Kraft ohne zeitliche Grenze (§ 478), ohne daß der Käufer dieses Recht durch Vornahme irgend einer Handlung zu wahren nötig hätte.

Eine Konkurrenz der Anfechtung der in Erfüllung eines Gattungsaufs erfolgenden Lieferung wegen arglistigen Verschweigens eines unter § 459 fallenden Sachmangels mit auf demselben Tatbestande beruhenden Gewährleistungsansprüchen ist danach mit dem Geiste des Gesetzes nicht verträglich.“

e) Düringer-Hachenburg erwähnt in seinem Handelsgesetzbuch Bd. II S. 122 noch den Ausschluß der Anfechtbarkeit in dem Falle, daß der Täuschende einen Rechtsanspruch auf die durch Täuschung erlangte Willenserklärung hatte; denn der Anfechtende darf sich nicht darauf berufen, er würde bei Kenntnis der Sachlage nicht so gehandelt haben, wie er zu handeln verpflichtet war. So ist z. B. die Anfechtung der Zahlung des tatsächlich geschuldeten Kaufpreises ausgeschlossen, auch wenn der Verkäufer den Käufer nur durch Täuschung zur Zahlung bewogen hatte.

II. Von wem muß die Täuschung ausgegangen sein, um die Anfechtbarkeit zu begründen?

a) Wenn bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung die Täuschung vom Erklärungsempfänger ausging, so ist ihm gegenüber die Anfechtung zulässig.

b) Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist die Anfechtung gegenüber dem Erklärungsempfänger nur dann zulässig, wenn letzterer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte. „Dritter“ ist niemals der Vertreter, z. B. ein Abschlußagent. Vgl. OLG. Hamburg in Nrpr. der OLG. 22 S. 133. Täuscht dieser, so gilt § 166. Dagegen ist der bloße Vermittlungsagent oder Makler wie jeder außerhalb des Geschäfts Stehende als Dritter anzusehen.

¹⁾ Das ist ungenau ausgedrückt. Der Wandelungsanspruch wegen arglistigen Verschweigens verjährt in 30 Jahren, ohne deshalb unterzugehen, da die Verjährungsfrist keine Ausschlussfrist ist.

c) Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abgegeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte (§ 123 Abs. 2 S. 2).

Gegenüber dem Dritten, der ein unmittelbares Recht aus der Erklärung erwarb, ist also ein selbständiges Anfechtungsrecht gegeben. Dies gilt vor allem bei den Verträgen zugunsten Dritter.

III. Form und Frist der Anfechtung.

Über die Form der Anfechtung vgl. § 20 I.

Zu beachten ist, daß die Anfechtung aus § 123 auch stets zugleich als Anfechtung aus § 119 aufrecht erhalten werden kann, wenn die erstere Anfechtung nicht durchgreift (RG. 57 S. 362).

Frist der Anfechtung: 1 Jahr seit Entdeckung der Täuschung durch den Anfechtungsberechtigten, längstens jedoch in 30 Jahren (§ 124). Nach Fristablauf kann jedoch Schadensersatz aus § 826 verlangt werden, was sich aus § 853 ergibt (RG. 79 S. 197). Vgl. § 24.

IV. Die Rechtsfolgen der Anfechtung.

a) Nichtigkeit der angefochtenen Erklärung. Vgl. § 20 II.

b) Schadensersatzpflicht des Anfechtungsgegners.

Aus dem Gesetz folgt sie an sich nicht, denn der die Schadensersatzverpflichtung behandelnde § 122 erwähnt nicht die Anfechtung aus § 123. Die Praxis nimmt sie aber trotzdem an. So insbesondere RG. 63 S. 112:

„Der Betrogene hat nach § 123 BGB. das Recht, den Vertrag wegen Betruges anzufechten, und kann dann die Wiederherstellung des Zustandes, wie er ohne den Vertrag bestehen würde (das negative Vertragsinteresse) verlangen. Er hat aber nicht die Verpflichtung dazu. Er darf auch beim Vertrage stehen bleiben und geht, wenn er das tut, des Rechtes auf Schadensersatz nach den §§ 823, 826 BGB. nicht verlustig, da keine Vorschrift besteht, die ihm das Recht nehme. Bleibt aber der Vertrag bestehen, so sind für den Schadensersatz die vertragsmäßigen Festsetzungen, soweit sie nicht durch den Betrug betroffen werden, maßgebend. Der Betrogene kann nach § 249 BGB. die Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes, wie er ohne den Betrug sich gestaltet hätte, verlangen. Hat er in Folge des Betruges sich zur Bewilligung eines höheren Kaufpreises verstanden, so kann er die Ermäßigung oder den Ersatz bis zu dem Betrag verlangen, den er vertragsgemäß ohne den Betrug gegeben hätte. Ob der Betrüger zu diesem Preise verkauft hätte, ist ganz gleichgültig. Er ist an den Vertrag gebunden und muß alle Folgen seines Betruges auf sich nehmen. Ein Rücktrittsrecht steht ihm nicht zu.“

Im 66. Bande S. 336 ff. wird die Schadensersatzverpflichtung nicht auf § 249, sondern auf die analoge Anwendung des § 463 BGB. gestützt.

Die Begründung — es handelt sich um einen Speziaukauf (eines Grundstücks) — ist folgende:

„Der bei einem Vertragsschlusse Betrogene ist, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat,

Entscheidungen in Zivill. Bd. 59 S. 157, Bd. 63 S. 110, Juristische Wochenschr. 1905 S. 76 Nr. 11, Urteil vom 22. März 1907, Rep. II, 466/06,

nicht darauf beschränkt, Aufhebung des Vertrages¹⁾ und Rückgabe des in Erfüllung des Vertrages Geleisteten zu verlangen; er kann vielmehr unter Aufrechterhaltung des Vertrages wegen der gegen ihn verübten, gegen die guten Sitten verstoßenden arglistigen Täuschung Ersatz des ihm entstandenen Schadens gemäß § 826 BGB. verlangen. Handelt es sich, wie vorliegend, um eine Täuschung des Käufers durch wesentlich falsche Versicherungen des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache, so kann der Käufer, wie das Reichsgericht ebenfalls wiederholt ausgesprochen hat,

Entscheidungen in Zivill. Bd. 59 S. 157, Bd. 63 S. 152, Juristische Wochenschr. 1905 S. 77,

verlangen, daß er von dem die falschen Zusagen machenden Verkäufer so gestellt werde, wie er stehen würde, wenn die abgegebenen Zusicherungen auf Wahrheit beruht hätten, daß ihm also das positive Erfüllungsinteresse als Schadenersatz gewährt werde. Dies folgt allerdings nicht, wie in den angeführten Entscheidungen ausgeführt worden ist, aus der Bestimmung des § 249 BGB., wonach wer zum Schadenersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtete Umstand nicht eingetreten wäre.

Im Falle der betrügerlichen Verleitung zum Abschluß eines Vertrages ist der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand im Sinne dieser Vorschrift die erfolgte Täuschung. Der Käufer könnte mithin auf Grund des § 249 BGB. nur verlangen, daß er in die Lage versetzt werde, in der er sich befunden haben würde, wenn er nicht bei Abschließung des Vertrages vom Verkäufer betrügerlich getäuscht wäre; sein Schadenersatzanspruch würde also auf das negative Vertragsinteresse beschränkt sein. Dieses Interesse würde, wenn der betrogene Käufer nicht den Vertrag anfechten, sondern dabei stehen bleiben will, danach zu bemessen sein, wieviel der Käufer an Kaufpreis weniger bewilligt hätte, wenn er den wahren Sachverhalt hinsichtlich des Zustandes der Kaufsache gekannt hätte; denn durch eine entsprechende Herabsetzung des Kaufpreises wäre der Zustand hergestellt, der bestanden hätte, wenn die Täuschung nicht erfolgt wäre.

Vgl. Mommsen, Die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen S. 166 flg.

Jedoch ist aus der Bestimmung des § 463 BGB. zu entnehmen, daß nach dem Willen des Gesetzes der betrogene Käufer berechtigt ist, den Verkäufer an seinen falschen Versicherungen über die Eigenschaften der Kaufsache in der Weise festzuhalten, daß er ihn infolge Fehlens dieser Eigenschaft auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch nimmt. Nachdem in § 462 BGB. bestimmt ist, daß wegen eines vom Verkäufer zu vertretenden Mangels der Käufer Wandelung oder Minderung des Kaufpreises verlangen könne, wird in § 463 BGB. der Käufer für den Fall, daß der verkaufte Sache zur Zeit des Kaufes eine zu-

¹⁾ Genauer: Zustimmung zum Abschluß des Wandelungsvertrages.

gesicherte Eigenschaft fehlt, oder daß der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat, für berechtigt erklärt, statt der Wandelung oder Minderung Schadenserlag wegen Nichterfüllung zu verlangen. Steht dem Käufer aber ein solcher Schadenserlaganspruch wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers zu, so muß daraus wegen Gleichheit des Rechtsgrundes gefolgert werden, daß das Gesetz dem Käufer auch wegen Fehlens solcher Eigenschaften, deren Vorhandensein vom Verkäufer beim Vertragschlusse betrüglich vorgespiegelt worden ist, einen Anspruch auf Schadenserlag wegen Nichterfüllung gewähren will, wenn auch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift in dieser Hinsicht nicht gegeben ist. Der betrogene Käufer ist also für berechtigt zu erachten, den die Eigenschaften vorspiegelnden Verkäufer auf Schadenserlag so in Anspruch zu nehmen, wie wenn dieser ihm die Eigenschaften vertragsmäßig zugesichert, demnächst aber nicht gewährt hätte.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 63 S. 112, 113.

Vorliegend kann daher der Kläger das Interesse, das er an Gewährung des gekauften Hausgrundstücks mit den vorgespiegelten Mieterträgen hatte, dem Schadenserlaganspruche zugrunde legen. Nach der weiteren bedenkenfreien Feststellung des Berufungsrichters haben die angeblich für 1812 bezw. 862 M. an F. und an E. vermieteten Räumlichkeiten einen Mindermietswert von 862 bezw. 362 M. Der Kläger kann demnach verlangen, daß er durch Geldentschädigung wirtschaftlich in die Lage gebracht werde, in der er sich infolge des Kaufes befinden würde, wenn das gekaufte Hausgrundstück die vom Beklagten fälschlich angegebenen Mieterträge gehabt hätte.

Vgl. Juristische Wochenschrift 1905 S. 76 Nr. 11.

Diese Geldentschädigung fordert er mit Recht in Höhe des Betrages, um den das Hausgrundstück nach Maßgabe der in Wirklichkeit zu erzielenden Mieterträge weniger wert ist, als wenn es die vorgespiegelten Mieterträge hätte; denn bei Hinzurechnung dieses Betrages zu dem Ertragswerte des Grundstücks ergibt sich der Kaufobjektswert, den der Kläger auf Grund des Kaufvertrages für den Preis von 122000 M. erlangen sollte. Hiervon geht auch der Berufsrichter aus. Der demgemäß von ihm vorgenommenen Berechnung des Minderertragswertes legt er das Gutachten des Architekten F. in St. zugrunde. Nach diesem Gutachten ist es zurzeit des Vertragschlusses in St. allgemein, insbesondere auch bei der Veranlagung bebauter Grundstücke zur Grundwertsteuer seitens der Gemeinde St., üblich gewesen, den Ertragswert eines Grundstücks nach dem 15fachen der gesamten Mieterträge zu veranschlagen. Hiernach berechnet der Berufsrichter den Minderertragswert in der Weise, daß er die Beträge von 862 und 362, zusammen 1224 M., mit 15 multipliziert. Eine Gesetzesverletzung kann darin nicht gefunden werden."

§ 23.

Die Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung.

I. Eine Willenserklärung kann angefochten werden, wenn der Erklärende widerrechtlich durch Drohung zu ihrer Abgabe bestimmt worden ist.

Wann ist dies der Fall?

Hierüber führt das RG. bei Gruchot Bd. 57, Beilageheft, (1913) S. 909—910 aus:

„Eine widerrechtliche Drohung liegt vor, wenn auf die Freiheit der Willensbestimmung des Erklärenden seitens eines anderen durch einen auf ihn ausgeübten Druck beeinträchtigend eingewirkt wird dergestalt, daß er ohne den Druck die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde, und wenn ferner der jenen Druck Ausübende entweder hierbei an sich unerlaubte Mittel anwendet, oder wenn er auch nur auf die Leistung, zu welcher der Erklärende unter der Einwirkung jenes Druckes sich verpflichtete, kein Recht hatte (Warn. Repr. 11 Nr. 258). Als inneres Moment ist auf seiten des Einwirkenden zum Tatbestande des § 123 BGB. nicht ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise im allgemeinen erforderlich, noch weniger eine Absicht, dem anderen Schaden zuzufügen oder für sich einen unberechtigten Vorteil zu erwirken, sondern lediglich das Bewußtsein davon, daß er auf den Willen des Erklärenden einen Druck ausübe, der ihm die Freiheit der Entschließung nehme. Der Drohung des ausgeübten Druckes muß der Drohende sich bewußt, sein Wille muß darauf gerichtet sein, eine Leistung, auf die er kein Recht hatte, und die er sonst nicht verlangen würde, durch Beugung des Willens des anderen zu erzwingen (J. W. 09, 16 Nr. 2; 11, 27 Nr. 4. Ist diese bewußte Einwirkung auf den Willen des Erklärenden vorhanden, und hat der Erklärende unter dieser Einwirkung eine Willenserklärung abgegeben, die er bei freier Entschließung nicht abgegeben haben würde, dann ist der Tatbestand der widerrechtlichen Drohung i. S. des § 123 Abs. 1 BGB. erfüllt. Durch diese Einwirkung unterscheidet sich die widerrechtliche Drohung von der bloß gegenständlichen (objektiven) Zwangslage, die den Erklärenden auf Grund eigener Überlegung veranlaßt, zur Vermeidung eines größeren Übels die Leistung anzubieten.“

Hat also z. B. ein Angestellter einer Firma eine Geldsumme derselben unterschlagen, so ist eine Anfechtung einer abstrakten Schuldenurkunde über die Rückzahlung der unterschlagenen Geldsumme, welche der Angestellte freiwillig ausstellte, nicht wegen Drohung zulässig. Denn:

„von einem widerrechtlichen Bestimmen eines anderen durch Drohung kann man nicht sprechen, wenn nur etwas an sich völlig Erlaubtes ohne den Willen, damit eine gewisse Leistung zu erzwingen, angedroht wird. Wenn der andere dann durch eigene Überlegung dahin kommt, zur Vermeidung größeren Übels eine Leistung anzubieten, so gilt von ihm, was im römischen Recht für einen Fall dieser Art die l. 21 pr. Dig. quad met c. 4,2 ausspricht: „hunc sibi metum ipse“ (dort: „ipsa“) „infert“ (RG. 59 S. 353).

Dagegen ist die Erklärung dann anfechtbar, wenn die geschädigte Firma den Angestellten durch Drohung mit Strafanzeige zur Ausstellung des Schuldscheines bewogen hätte, denn auf den Schuldschein hatte die Firma kein Recht (OLG. Kiel i. d. RG. Entsch. 59 S. 353).

Nach der zu I zitierten Entscheidung des Reichsgerichts sind also folgende Voraussetzungen bezüglich der Anfechtung wegen Drohung erforderlich:

1. der Erklärende muß lediglich durch das Inaussichtstellen eines Übels zur Abgabe der Erklärung bestimmt worden sein;

2. der Drohende darf auf die Erklärung kein Recht gehabt haben oder die Drohung selbst war widerrechtlich, obwohl der Drohende ein Recht auf die Abgabe der Erklärung hatte;

3. der Drohende muß das Bewußtsein gehabt haben, daß er auf den Willen des Erklärenden einen Druck ausübe, der dem Erklärenden die Freiheit der Entschließung nahm.

Zu 1. Es muß also ein Kausalzusammenhang zwischen Drohung und Erklärung vorhanden sein. Letzterer fehlt, wenn der Bedrohte von Anfang an entschlossen war, so zu handeln, wie geschehen (RG. 59 S. 353).

Zu 2. Nicht widerrechtlich ist die Drohung mit der Klage oder dem Antrag auf Konkurseröffnung. Die Drohung mit einer Strafanzeige kann widerrechtlich sein, wenn der Drohende kein Recht auf die Abgabe der Erklärung hatte, z. B. bei Unterschlagung eines Angestellten droht der Chef mit Anzeige, wenn der Angestellte nicht einen Wechsel ausstellt, denn darauf hat der Chef kein Recht.

Die Drohung mit einer Strafanzeige wegen einer strafbaren Handlung, die in keinem Zusammenhang mit der abgegebenen Erklärung steht, ist an sich widerrechtlich. Hatte jedoch der Drohende ein Recht auf die Erklärung, so wird gleichwohl die Anfechtung ausgeschlossen sein. Z. B.: A. hat eine fällige Forderung gegen B. Er droht dem B., ihn wegen Verbrechens aus § 176 Ziff. 3 StrGB.'s anzuzeigen, wenn er nicht zahle. Die Drohung ist hier zweifellos widerrechtlich, weil sie — obwohl die Strafanzeige wegen begangener strafbarer Handlungen straflos ist — gegen die guten Sitten verstößt. Zahlt jetzt B. infolge dieser Drohung, so kann B. diese Zahlung deshalb nicht anfechten, weil hier der Kausalzusammenhang zwischen Drohung und Zahlung fehlt, denn B. zahlte doch, weil er das Geld schuldete, wenn auch die Drohung ihn zur Zahlung mit veranlaßt haben konnte. So auch mit Recht Staudinger I § 123 III 1 zu c.

II. Von wem die Drohung ausgeht, ist unerheblich. Auch dann, wenn sie von einem Dritten ausging und der Erklärungsempfänger von der Drohung keinerlei Kenntnis hatte, ist die Erklärung anfechtbar, im Gegensatz zur arglistigen Täuschung!

III. Zur Anfechtung berechtigt ist nur der Bedrohte selbst.

IV. Anfechtungsfrist: Ein Jahr seit Aufhören der Zwangslage. Letztere kann auch nach erfolgter Drohung fort dauern. Ein Aufhören der Zwangslage ist dann als gegeben anzusehen, wenn dem Bedrohten die Furcht vor dem angedrohten Übel benommen worden ist (RG. 60 S. 374), bei der Drohung mit einer Strafanzeige also dann, wenn der Bedrohte sich nicht mehr der Gefahr ausgesetzt glaubt, daß die angedrohte Strafanzeige erstattet werde (RG. 90 S. 411). Ohne Rücksicht auf die Zwangslage ist die Anfechtung

nach 30 Jahren seit Abgabe der Willenserklärung ausgeschlossen (§ 124). In beiden Fällen handelt es sich um eine Ausschlußfrist, die daher von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Nach Ablauf der Ausschlußfrist können noch §§ 823 Abs. 1 und 2 und 826, 853 in Frage kommen (RG. 79 S. 197) was sich aus 853 ergibt. Vgl. § 24.

V. Wirkungen der Anfechtung: wie bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung: s. § 22 IV.

VI. Erfolgte die Abgabe einer Willenserklärung infolge physischen Zwanges, z. B. A. führt die Hand des B. gewaltsam zur Unterzeichnung einer Schulurkunde oder veranlaßt den B. durch einen vorgehaltenen Revolver hierzu, so liegt eine Willenserklärung im Sinne des § 123 überhaupt nicht vor.

VII. Über die Drohung bei der Abgabe der Erklärung zur Eheschließung vgl. § 1335, über eine solche bei letztwilligen Verfügungen vgl. §§ 2078 Abs. 2, 2281.

§ 24.

Konkurrenz des Anfechtungsrechts wegen arglistiger Täuschung oder Drohung mit den Schadenersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung.

In den Entsch. Bd. 63 S. 268 hatte das RG. die Konkurrenz zwischen dem Anfechtungsrecht nach § 123 BGB. mit dem Schadenersatzanspruch nach §§ 823, 826, 249 BGB. verneint, weil sonst die Fristbestimmung des § 124 BGB. jede Bedeutung verlieren würde, wenn es möglich sein sollte, den Zweck, dem die Anfechtungsbefugnis diene, noch nach Ablauf der Frist auf dem Umwege über die §§ 823, 826, 249 BGB. zu erreichen. Vgl. hierzu die Kritiken von Schreiber und Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 53 S. 298 ff. und 309 ff.

Diese Ansicht hat das RG. 84 S. 133 jedoch aufgegeben und zwar mit folgender Begründung:

„Dem Urteile des Reichsgerichts Bd. 63 . . . stehen überwiegende Bedenken entgegen. Wenn der V. Zivilsenat damals den § 124 für eine die allgemeinen Vorschriften der §§ 249, 826 einschränkende Sonderregel erklärt hat, so hat er nicht genügend beachtet, daß es sich sowohl um verschiedene Voraussetzungen wie um verschiedene Rechtswirkungen handelt. Während der Anspruch aus unerlaubter Handlung den Nachweis eines Schadens und das Bewußtsein der Schädigung erfordert, ist die Anfechtung hiervon nicht abhängig (so auch der V. Zivilsenat, Warnener Rechtspr. 1913 S. 54); während mit Hilfe jenes Anspruchs nur eine schuldrechtliche Rückgängigmachung der Vertrags-

wirkungen erzielt wird, wirkt die Anfechtung dinglich gegen jedermann. Da mit dem Verluste der Anfechtungsmöglichkeit die dingliche Wirkung wegfällt, trifft es auch nicht zu, daß der § 124 bei Fortbestehen des schuldrechtlichen Aufhebungsanspruchs gegenstandslos sein würde. Mit Recht ist ferner entgegengehalten worden, daß die kurze Frist des § 124 nur durch die Wirkung der Anfechtung gegen Dritte gerechtfertigt wird und kein Anlaß ersichtlich ist, weshalb die gewöhnlichen Deliktsfolgen dem Betrüger oder dem Drohenden selbst gegenüber gemildert werden sollten. Bei der Frage der Konkurrenz zwischen Wandlung und Irrtumsanfechtung, auf die sich das Urteil bezieht, spielen die hier maßgebenden Gesichtspunkte keine Rolle. Entsprechend heißt es auch in den Motiven zum I. Entwurf des Bürgerl. Gesetzbuchs Bd. 2 S. 20 ff., vermöge des Grundsatzes der Naturalherstellung könne der durch Drohung oder Betrug Beschädigte geeignetenfalls statt der dinglich wirkenden Anfechtung den im Schadenserzagsanspruch liegenden obligatorischen Restitutionsanspruch wählen, was für ihn im Hinblick auf die für die Anfechtung gesetzte kurze Ausschlußfrist und die längere Verjährungsfrist für den Schadenserzagsanspruch von Interesse sein könne. In derselben Richtung bewegt sich die Erörterung der II. Kommission Prot. Bd. 1 S. 121 ff. Diese Bedenken haben die Literatur bestimmt, das Ergebnis des besprochenen Urteils abzulehnen

Auch der jetzt erkennende Senat nimmt an, daß ein Wiederherstellungsanspruch aus unrechter Tat nach Ablauf der Anfechtungsfrist zulässig ist. Einer Anfechtung der vereinigten Zivilsenate bedarf es dazu nicht, weil der V. Zivilsenat seine Ansicht inzwischen aufgegeben hat. In dem Falle Entsch. in Zivils. Bd. 70 S. 193 hatte die Klägerin gegen den Beklagten als betreibenden Gläubiger eine Widerspruchsklage erhoben, um das Grundstücksinventar, das sie kurz vor der Eintragung der Hypothek des Beklagten von dem Schuldner erworben hatte, der Mitversteigerung zu entziehen. Die Hypothek war auf Grund einer Besprechung der Parteien statt einer älteren, gleichzeitig gelöschten Hypothek des Beklagten eingetragen, für die das Inventar haftete; dabei hatte ihm die Klägerin ihren Eigentumserwerb verschwiegen, im Gegenteil zugesichert, durch die eine Rangänderung bezweckende Löschung und Wiedereintragung werde an der Haftung nichts geändert werden. Hier hat der V. Senat erwogen, der Umstand, daß der Beklagte die arglistig herbeigeführten Rechtsgeschäfte nicht nach § 123 BGB. angefochten habe, hindere ihn nicht, gemäß §§ 249, 826 BGB. Herstellung des Zustandes zu fordern, der ohne den Betrug vorliegen würde; mit Recht habe er daher widerklagend verlangt, daß die Klägerin die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung in das Inventar dulden solle (S. 197). Die einzige Abweichung dieses Falles von dem früheren besteht darin, daß die anfechtbare Erklärung, wodurch der Getäuschte die ältere Hypothek aufgab, nicht gegenüber der Betrügerin selbst abgegeben wurde, so daß sich Anfechtung (vgl. § 123 Abs. 2 Satz 2) und Schadenserzagsanspruch gegen einen andern als den Geschäftsgegner richten mußten. In Bd. 63 S. 268 war Betrüger und Geschäftsgegner dieselbe Person. Dieser Unterschied kann eine verschiedene Beurteilung nicht begründen; die Rollen des Anfechtungsgegners und des Schadenserzagspflichtigen fielen beide Male zusammen. Und völlig gleich dem früheren liegt der in Bd. 79 S. 194 behandelte Fall eines durch Drohung erzwungenen Schuldversprechens, wo der VII. Zivilsenat erkannt hat, daß dem Gezwungenen nach Versäumung der Anfechtungsfrist noch der Anspruch aus unerlaubter Handlung auf Beseitigung der Wirkungen des Schuldversprechens zustehe.“

§ 24 a.

**Die Ausdehnung der Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB.
auf die Anstellung von Beamten.**

Kann die Anstellung eines Beamten — die ein öffentlich-rechtlicher Akt ist¹⁾ — nach §§ 119, 123 BGB. angefochten werden?

Das Reichsgericht hat die Frage in Band 83 S. 431 prinzipiell bejaht und zugleich ausgesprochen, daß auch die ordentlichen Gerichte über die Vorfrage der Dienstentlassung entscheiden könnten. In der vorliegenden Sache war der Kläger vom Magistrat einer Stadtgemeinde als wissenschaftlicher Lehrer an einer städtischen Mittelschule angestellt worden. Sein Gehalt betrug zuletzt 4255 Mk. jährlich. Eines Tages teilte ihm der Magistrat mit, daß Kläger von einer bestimmten Zeit an nur das Gehalt eines nicht wissenschaftlichen Mittelschullehrers bekommen würde, weil er kein wissenschaftlicher Lehrer sei und den Magistrat in dieser Hinsicht in einen Irrtum versetzt habe. Von dem bestimmten Zeitpunkt ab erhielt der Kläger das geringere Gehalt. Daraufhin erhob der Kläger Klage auf Zahlung der gekürzten Beträge und auf Feststellung, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm gemäß dem Anstellungsvertrage für die Dauer seiner Amtstätigkeit ein bestimmtes höheres Gehalt zu zahlen. Die beklagte Stadtgemeinde wandte ein, sie sei durch Irrtum über die Eigenschaft des Klägers als eines wissenschaftlichen Lehrers und durch eine ihm zur Last fallende arglistische Täuschung zu seiner Anstellung als wissenschaftlicher Mittelschullehrer bestimmt worden, was im einzelnen ausgeführt wurde. Das Landgericht gab dem Klageantrag statt und nahm an, daß wegen des öffentlich-rechtlichen Charakters des Amts- oder Dienstverhältnisses über die Vorfragen der Dienstentlassung usw., die mit den allerdings im

*) Vergl. hierzu RG. bei Gruchot 61 S. 143: „Die Anstellung als Beamter wird zu allen ihren Teilen, in ihrer Vorbereitung, ihrem Vollzug und ihrer Wirkung, ausschließlich durch das öffentliche Recht geregelt. Das Dienstehnkommen des Beamten ist nicht ein privatrechtliches Entgelt für die amtlichen Leistungen, sondern eine öffentlich-rechtliche Gegengabe für das öffentlich-rechtliche Unterwerfungsverhältnis, in welches der Beamte zum Staate getreten ist. Alle in Geld zu wertenden Folgen, die sich aus der Hoffnung oder Anwartschaft auf ein zukünftiges Amt und aus der vollzogenen Anstellung in ein bestimmtes Amt für das Vermögen des Beteiligten ergeben, sind nur Rückwirkungen des in seinem ganzen Umfang öffentlich-rechtlichen Verhältnisses, die zwar das in Geldwerten bestehende Vermögen, aber nicht das Privatrecht der Beamten oder Amtsanwärter berühren. Insbesondere ist der Schaden, der durch Nichterfüllung einer Hoffnung, durch Vereitelung einer Anwartschaft auf ein Amt entsteht, sei es in Form positiver Verluste, sei es durch Nichterlangung dessen, was sonst nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge erlangt worden wäre, nicht ein privatrechtlicher Schaden, sondern nur die öffentlich-rechtlich bleibende Rückwirkung des Verlustes einer publizistischen Aussicht. Die sämtlichen aus dem Beamtenverhältnis und aus den darüber bestehenden Vorschriften, einschließlich der Vorschriften über Prüfungen und Vorbereitungen, ableitbaren Ansprüche sind also nicht bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13 OVO., sie haben ihre Mängel und ihren Bestand nicht im bürgerlichen Rechte, sie gehören demnach nicht vor die ordentlichen Gerichte, soweit für sie nicht ausnahmsweise der Rechtsweg ausdrücklich eröffnet ist; dies ist jedoch im preussischen Rechte durch das Gesetz vom 24. Mai 1861 geschehen nur für die Ansprüche aus einem bereits bestehenden Beamten-Dienstverhältnisse.“

Rechtswege verfolgbaren vermögensrechtlichen Ansprüchen aus dem Dienstverhältnis im Zusammenhange ständen, vom ordentlichen Gerichte nicht entschieden werden könne. Es meinte weiter, daß die beklagte Stadtgemeinde hätte nachweisen müssen, daß die maßgebende Verwaltungsbehörde den Kläger im Wege des Disziplinarverfahrens auf das von ihr für richtig erachtete geringere Gehalt gesetzt habe. Das Kammergericht wies die Berufung zurück. Die Revision wurde aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Das Berufungsgericht hat angenommen, daß für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Lehrer an den höheren Gemeindefschulen keine Beschränkung des Rechtswegs bestehe, und daß, obgleich das Rechtsverhältnis der Lehrer an solchen Schulen zu der Gemeinde als einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes lediglich öffentlichrechtlicher Natur sei, doch die Entscheidung über solche Ansprüche der Lehrer aus ihrem Dienstverhältnis nicht ohne Prüfung der Anstellung selbst erfolgen könne. Es hat demgemäß das Gericht auch für berufen erachtet, gegebenenfalls die Einwendungen des Betrugs und des wesentlichen Irrtums zu prüfen. Es ist aber dabei zu dem Ergebnis gelangt, daß diese Einwendungen hier in Uebereinstimmung mit der Bezirksregierung in F. zu verwerfen seien. Die von der Revision hiergegen gerichteten Angriffe sind nicht begründet.

Die vom Berufungsgericht ausführlich erörterte Zulässigkeit des Rechtsweges unterliegt keinem Bedenken. In der Sache selbst bedarf es zunächst der Beantwortung einer Frage, auf welche die Revision selbst nicht eingegangen ist, der Frage nämlich, ob etwa, der Meinung des Langerichts entsprechend, die Entscheidung über die Einwendungen der arglistigen Täuschung oder des Irrtums dem ordentlichen Gerichte, das über den vermögensrechtlichen Anspruch aus einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zu entscheiden hat, deshalb entzogen sei, weil sie sich gegen die Gültigkeit eines öffentlichrechtlichen Aktes richten. Mit Recht hat indessen das Berufungsgericht diese Auffassung verworfen. Die Rechtsprechung, insbesondere des Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte und des Reichsgerichts, ist, wie schon aus der vom Berufungsgerichte gegebenen Uebersicht erhellt, von jeher davon ausgegangen, daß, soweit überhaupt vermögensrechtliche Ansprüche von unmittelbaren oder mittelbaren Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnis im ordentlichen Rechtswege verfolgt werden können, auch der Anstellungsakt durch die ordentlichen Gerichte auf seine Rechtsbeständigkeit, sofern diese bestritten oder sonst zweifelhaft ist, zu prüfen ist, obwohl er ebenso wie die daraus entspringenden vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten ausschließlich öffentlichrechtlicher Natur ist, weil er eben die rechtliche Grundlage des erhobenen Anspruchs bildet. Dabei kann es auch keinen Unterschied begründen, ob die etwaigen Mängel die Form oder den Inhalt des Anstellungsakts betreffen, und in letzterer Hinsicht insbesondere, ob es sich um die rechtliche Statthaftigkeit des objektiven Inhalts oder um etwaige Willensmängel handelt. Deshalb hat sich gegebenenfalls die Prüfung auch auf die Frage zu erstrecken, ob der Wille der Anstellungsbehörde in rechtlich erheblicher Weise durch Irrtum oder arglistige Täuschung beeinflusst worden ist. Auch die Wissenschaft des Staatsrechts nimmt neuerdings grundsätzlich an, daß die staatsrechtlichen Akte der Einwirkung von Willensmängeln unterliegen, insbesondere auch, wenn sie durch Täuschung oder Irrtum hervorgerufen sind, und daß im Verfahren vor

ordentlichen Gerichten die Rechtsbeständigkeit der Verwaltungsakte, aus denen vermögensrechtliche Ansprüche abgeleitet werden, gegebenenfalls gerade auch daraufhin zu untersuchen sind.

Allerdings ist nicht zu verkennen, daß auf diesem Wege zu den regelmäßigen, allgemein anerkannten Beendigungsgründen des Dienstverhältnisses eines Staatsbeamten, wie Tod, Dienstentlassung auf Antrag mit oder ohne Ruhegehalt, Dienstentlassung im Disziplinarverfahren, Kündigung oder Widerruf auf Grund entsprechenden Vorbehalts, noch ein weiterer tritt, der Ausspruch der Unwirksamkeit der Anstellung infolge eines festgestellten wesentlichen Mangels des Anstellungsakts. Dies wird gerade durch den vorliegenden Fall in besonders scharfes Licht gerückt. Hätte die Beklagte von ihrem Standpunkte aus, daß die Anstellung des Klägers nichtig sei, weil sie sich hierbei in einem wesentlichen Irrtume befunden habe oder vom Kläger arglistig getäuscht worden sei und weil sie deshalb die Anstellung angefochten habe, dem Kläger überhaupt jede Gehaltszahlung verweigert und auf seine völlige Nichtbeschäftigung an der Schule hingewirkt, so wäre er tatsächlich auf diesem Wege aus dem Dienste entlassen gewesen. Es braucht indessen hier nicht darauf eingegangen zu werden, wie sich etwa die Dienstentlassung im Disziplinarverfahren zu einer Entlassung verhält, die auf dem soeben erörterten Wege erfolgt. Denn eine Entlassung im Disziplinarverfahren ist im vorliegenden Falle nicht erfolgt, und an sich führt, wie dargelegt, die Folgerichtigkeit mit Notwendigkeit dazu, die Aufhebung des Dienstverhältnisses infolge festgestellter wesentlicher Mängel des Anstellungsakts zuzulassen.

Steht hiernach dem ordentlichen Gericht aus Anlaß der Entscheidung über einen von einem unmittelbaren oder mittelbaren Staatsbeamten aus seinem Dienstverhältnis erhobenen vermögensrechtlichen Anspruch die Prüfung auch der Rechtsbeständigkeit des Anstellungsakts zu, und zwar nach allen Richtungen, insbesondere auch in Ansehung der Wirkung von Willensmängeln, die bei der Anstellung mitgewirkt haben, so kann es bei dem Mangel selbständiger Vorschriften, die etwa in dieser Beziehung das öffentliche Recht enthielte, keinem Bedenken unterliegen, die auf dem insoweit rechtsähnlichen Gebiete des bürgerlichen Vertragsrechts bestehenden Bestimmungen entsprechend anzuwenden, d. h. soweit dem nicht die besondere Natur der hier in Betracht kommenden öffentlichrechtlichen Verhältnisse entgegensteht. Es müssen daher, um sogleich auf die Behandlung der im vorliegenden Falle allein in Frage kommenden Willensmängel des Irrtums und der arglistigen Täuschung einzugehen, die hierauf bezüglichen Vorschriften des deutschen bürgerlichen Rechtes wenigstens insoweit entsprechend zur Anwendung gebracht werden, als sie die sachlichen Erfordernisse des wesentlichen Irrtums und einer rechtlich bedeutsamen arglistigen Täuschung betreffen. Ob auch die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die Art der Geltendmachung dieser Willensmängel und die Einhaltung gewisser Fristen entsprechend anzuwenden sind, oder ob die Anstellung, die auf einem mangelhaften Staatsakte beruht, nur durch einen neuen, die Zurücknahme der Anstellung oder ihre Nichtigkeit aussprechenden Staatsakt rückgängig zu machen ist, bedarf hier keiner Erörterung. Ebenso kann die Frage auf sich beruhen, ob die auf dem einen oder andern Wege erfolgende Aufhebung des Dienstverhältnisses nur für die Zeit für die Erklärung ab wirkt, oder ob sie zurückwirkt auf die seit der Anstellung verfloßene Zeit — sog. Wirkung *ex nunc* oder *ex tunc*. Denn da im vorliegenden Falle nach den Feststellungen des Berufungsgerichts schon die sachlichen Voraus-

feststellungen eines wesentlichen Irrtums oder einer arglistigen Täuschung nicht erfüllt und diese Feststellungen rechtlich nicht zu beanstanden sind, so ist schon damit die Verwerfung der von der Beklagten erhobenen Einwendungen gerechtfertigt.

Was zunächst den Einwand anlangt, die Beklagte habe sich im Irrtum über die wissenschaftliche Befähigung des Klägers befunden, so kann dabei nur die entsprechende Anwendung des Abs. 2 des § 119 BGB. in Frage kommen, der als Irrtum über den Inhalt einer Erklärung auch den über solche Eigenschaften der Person „gelten“ läßt, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Die Annahmen des Berufungsgerichts in dieser Beziehung sind indessen frei von Rechtsirrtum und die Revision hat dagegen auch keine Angriffe erhoben, vielmehr in soweit nur um Prüfung der Begründung des Berufsurteils gebeten. Aber auch die Angriffe, welche sie gegen die Begründung gerichtet hat, mit der das Berufungsgericht die Anfechtung der Anstellung des Klägers wegen arglistiger Täuschung für ungerechtfertigt erklärt hat, können nicht zur Aufhebung des Urteils führen.“

Vergl. ferner über die Anwendbarkeit der §§ 276, 278 BGB. auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse Moh n, Schulverhältnisse I § 2 I 2 II R. II und R. VII f.

§ 25.

Formvorschriften.

I. § 125 bestimmt:

„Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch das Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.“

Das BGB. kennt folgende Formvorschriften:

1. einfache Schriftform (§ 126) und rechtsgeschäftlich vereinbarte Schriftform (§ 127);
2. öffentliche Beglaubigung (§ 129);
3. öffentliche Beurkundung (§ 128);
event. unter gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien (§§ 925, 1750, 2276, 2290);
4. Anwesenheit von Urkundspersonen (§ 1317).

II. Auslegung formeller Rechtsgeschäfte.

Auch für formelle Rechtsgeschäfte gilt § 133. So auch RG. 59 C. 219:

„Auch für diese greift aber die allgemeine Vorschrift in § 133 BGB. Platz, wonach bei der Auslegung von Willenserklärungen der wirkliche Wille zu erforschen, und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist, und es ist dabei auch keineswegs ausgeschlossen, daß zur Ermittlung des Willens außerhalb der auszulegenden urkundlichen Erklärungen liegende Umstände herangezogen und berücksichtigt werden.“

Für die Vollständigkeit der über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde besteht eine Vermutung, die jedoch entkräftet werden kann. Vgl. RG. 68 S. 15/6:

„Die in der Rechtsprechung aller Zivilsenate des Reichsgerichts gebilligte Vermutung der Vollständigkeit der über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde gegenüber mündlichen Vereinbarungen vor oder bei Errichtung der Urkunde ist, wenn die Errichtung der Urkunde nicht als Wiederholung des Vertrages in urkundlicher Form vereinbart war, lediglich eine tatsächliche Vermutung; sie ist daher entkräftet durch die Feststellung, daß auch zur Zeit der Errichtung der Urkunde die Parteien die Fortgeltung der mündlich vereinbarten und in die Urkunde nicht aufgenommenen Abrede noch wollten. Eine solche Feststellung wird in der Regel allerdings nur in der Weise erfolgen können, daß besondere Umstände oder Gründe nachgewiesen werden, wegen deren die mündliche Abrede nicht in die Urkunde aufgenommen worden ist. Diese Erfahrungstatsache rechtfertigt indes nicht, als allgemein geltend den Satz aufzustellen, daß nur durch den Nachweis solcher besonderer Umstände oder Gründe die Vermutung der Vollständigkeit der Urkunde entkräftet werden könnte. Jenem allgemeinen Satz kann auch nicht mit der Begründung Eingang verschafft werden, es könne nur, wenn in die Feststellung solcher Umstände eingetreten worden ist, nachgeprüft werden, ob kein Rechtsirrtum vorliege.

Im gegebenen Falle hatte der Beklagte in der Berufungsinstanz überhaupt nicht mehr bestritten, daß die Parteien auch zur Zeit der Errichtung der Urkunde das Fortbestehen der in die Urkunde nicht aufgenommenen Abrede über die Gewinnbeteiligung gewollt haben. Diese Feststellung reicht vollkommen zu, um die aus der Nichtaufnahme in die Urkunde hergeleitete Vermutung, die mündliche Abrede der Gewinnbeteiligung sei fallen gelassen, zu entkräften. Bei solcher Sachlage konnte daher das Berufungsgericht ohne rechtlichen Verstoß ausführen, es bedürfe keiner Feststellung der Gründe, aus denen die Urkunde unvollständig war.“ Vgl. ferner RG. 65 S. 49 und Rspr. der OLG. 20 S. 114.

Wenn das Gesetz für ein Rechtsgeschäft eine Form vorschreibt, so müssen auch Nebenabreden in diese Form gekleidet werden. So bedarf z. B. ein Grundstückskaufvertrag auch hinsichtlich der Nebenabreden der Form des § 313 BGB., weil auch sie Bestandteile des über das Grundstück geschlossenen Vertrages sind und alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der Vertrag zusammensetzen soll, unter dem Formzwange des § 313 stehen (RG. 52 S. 3—4).

Den Formvorschriften gegenüber versagt die Berufung auf Treu und Glauben, weil sonst dieselben bedeutungslos sein würden (RG. 52 S. 5). Nur ausnahmsweise kann gegebenen Falles § 826 Platz greifen. Vgl. RG. 82 S. 305:

„Anders kann die Sache dann liegen, wenn eine Partei lediglich, um den Vertragsgegner in Sicherheit zu wiegen und über ihre wirkliche Absicht zu täuschen, einen der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehrenden Vertrag, auf dessen Erfüllung, wie sie weiß, der Vertragsgegner vertraut, von vornherein mit dem Hintergedanken eingegangen ist, diesen keinesfalls zu erfüllen, sich vielmehr demnächst auf die mangelnde Form zu berufen, und wenn sie gar zu

diesem Zwecke den Vertragsgegner von dem Abschluß eines formgerechten Vertrags abgehalten hat.“

III. Grundsätzlich bedürfen auch **Vorverträge** der Form, die das Gesetz für Verträge selbst vorschreibt (RG. 76 S. 304, 66 S. 120, 53 S. 239, 50 S. 48). Doch gilt dies nicht ausnahmslos, vielmehr bestimmt sich nach Inhalt und Zweck der Formvorschrift, ob diese sich auf einen Vorvertrag zu dem formbedürftigen Hauptvertrag erstreckt. So hat das RG. in J. W. 44 S. 136—139 entschieden, daß sich § 566 auf einen Vorvertrag zu einem mehrjährigen Grundstücksmietvertrag nicht erstreckt. Die Gründe sind im Wesentlichen folgende:

„Die Vorschrift des § 566 ist . . von der 2. Kommission aufgenommen worden, um dem infolge des Satzes „Kauf bricht nicht Miete“ (BGB. §§ 571 ff.) in den Mietvertrag eintretenden Grundstückserwerber die Möglichkeit zu verschaffen, sich über den Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Verpflichtungen mit Zuverlässigkeit zu unterrichten. Daß man nicht, wie beantragt war, nur dem Grundstückserwerber ein Recht zur Kündigung des nicht schriftlich geschlossenen Vertrags gab, geschah, um dem Mietvertrage für die gleiche Zeit und mit demselben Inhalte dem Erwerber wie dem Vermieter gegenüber Geltung zu verschaffen, um das einheitliche Mietverhältnis im Falle des Eigentumswechsels nicht zu zerreißen (Prot. 2, 155 f.). Außerdem rechtfertigte sich, so heißt es in den Protokollen Bd. 2 S. 156, das Formerfordernis für Mietverträge von längerer Dauer auch durch die Erwägung, daß durch solche Verträge das Grundstück unter Umständen viel stärker belastet werde als durch die Bestellung einer Grundgerechtigkeit, für die allgemein Eintragung in das Grundbuch gefordert werde. Diese Erwägungen sprechen gegen eine Erstreckung der Vorschrift des § 566 auf den Vorvertrag. An ihn ist der Grundstückserwerber nicht gebunden, und der Vergleich mit der Grundgerechtigkeit führt zu keinem anderen Ergebnisse, denn auch die Verpflichtung zur Bestellung einer solchen unterliegt nicht der für die Bestellung selbst, die dingliche Einigung, getroffenen Vorschrift des § 873 Abs. 2 (RG. 48 S. 133; 50 S. 77; Gruchots Beitr. 46, 901; Leipz. Z. 1914 Sp. 1116 Nr. 14). Aber auch der Inhalt des § 566 selbst spricht gegen seine Anwendbarkeit auf den Vorvertrag. Nach § 566 Satz 2 gilt, wenn die gesetzliche Schriftform des § 566 S. 1 nicht beobachtet ist, der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen, die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des 1. Jahres zulässig. Ein Verstoß gegen die Formvorschrift des § 566 S. 1 hat also nicht die Nichtigkeit des ganzen Grundstücksmietvertrags zur Folge. Hiervon gilt auch nicht, wie von dem BG. und auch sonst vielfach in der Rechtsprechung und in der Rechtslehre angenommen wird, für den Fall eine Ausnahme, daß die Parteien einen Vertrag von nur einjähriger Dauer nicht gewollt haben und niemals geschlossen haben würden. Der V. Ziv. d. des RG. hat bereits in einem Urteile vom 30. September 1908 (Warnener 1909 Nr. 82 S. 75) ausgesprochen, der Satz 2 des § 566 bilde eine beabsichtigte Ausnahme von den Bestimmungen der §§ 125, 139 BGB., der Mietvertrag gelte bei Mangel der Schriftform selbst dann auf unbestimmte Zeit, wenn diese zeitliche Unbestimmtheit von den Vertragsteilnehmern nicht gewollt sei. An dieser Ansicht ist festzuhalten (Wird näher ausgeführt) . . . Die Vorschrift des § 566 Satz 2 paßt nun aber nicht auf einen der Schriftlichkeit ermangelnden Vorvertrag, durch den sich die Parteien zum Vermieten und Mieten eines Grundstücks auf längere Zeit als

ein Jahr verpflichten. Da der Vorvertrag nur auf Abschluß des Hauptvertrages gerichtet ist, also nur vorübergehende, nicht mehrjährige Wirksamkeit haben soll, kann keine Rede davon sein, daß er mangels der Schriftform als auf ein Jahr abgeschlossen gelte. In Frage könnte nur eine entsprechende Anwendung in der Weise kommen, daß ein solcher Vorvertrag nur eine Verpflichtung zum Abschluß eines auf ein Jahr unkündbaren, im übrigen auf unbestimmte Zeit gehenden Mietvertrags begründe. Für eine derartige entsprechende Anwendung der nur „Mietverträge über Grundstücke“ regelnden gesetzlichen Bestimmung fehlt es aber angesichts des mitgeteilten Sinnes und Zweckes der Vorschrift an einem ausreichenden Grunde, und dies umsomehr, als die entsprechende Anwendung in der Regel zur völligen Wirkungslosigkeit des mündlichen Vorvertrags führen würde, weil Vermieter und Mieter regelmäßig einen mehrjährigen Mietvertrag aus bestimmten Gründen auf längere Zeit als ein Jahr unkündbar abschließen wollen und nicht geneigt sein werden, statt dessen einen nach einem Jahr kündbaren zu schließen; der § 566 würde also auf Vorverträge ganz anders wirken als nach den obigen Ausführungen auf die Mietverträge selbst. Wenn endlich gesagt wird, die hier vertretene Meinung führe zu einer Beseitigung oder Vereitelung der Vorschrift des § 566, so kann auch das nicht zugegeben werden. Der § 566 will nicht, wie der von dem BG. angeführte § 313, vor Übereilung schützen; seinem oben mitgeteilten Zwecke und Inhalte geschieht Genüge, wenn seine Anwendung auf den Mietvertrag selbst beschränkt wird. An den Vorvertrag ist der Grundstückserwerber nicht gebunden; nicht ihm, sondern nur dem Vermieter selbst gegenüber kann der auf Räumung belangte Mieter auf Grund des Vorvertrags eine Einrede entgegensetzen. Außerdem handelt es sich hierbei nicht um eine Einrede aus dem Mietvertrage, sondern aus dem Vorvertrage, der nach Inhalt und Wirkungen von dem Hauptvertrage verschieden ist. Deshalb kann man sich gegen die hier vertretene Ansicht nicht darauf berufen, daß sie eine Zerreißung des einheitlichen Mietverhältnisses, welche die 2. Kommission vermeiden wollte, zur Folge haben würde. Jedenfalls genügt aber bei dem von sonstigen Formvorschriften abweichenden, eigenartigen Inhalt und Zwecke des § 566 dieses Bedenken nicht, um auch den Vorvertrag an die Form des § 566 zu binden“ (RG. in J. W. 44 S. 137/8).

Vgl. ferner § 29 V.

IV. Ausnahmen von dem Grundsatz der Nichtigkeit des formlos abgeschlossenen formellen Rechtsgeschäftes enthalten die §§ 566 (580), 313, 766, 518, 2301 BGB.

V. Gesetzliche Schriftform (§ 126).

§ 126 Abs. 1 gilt nur für die Fälle, in denen nach dem Gesetz einfache Schriftform vorgeschrieben ist (RG. 87 S. 110). Schreibt das Gesetz schriftliche Form vor, so muß die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

Bei einem Vertrage muß die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Wenn jedoch über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen werden, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unter-

zeichnet. Bei Änderung eines Vertrages, über den zwei gleichlautende Urkunden aufgenommen sind, genügt die Änderung in einem Exemplar, sofern dieses von beiden Parteien unterschrieben ist. Die Parteien bringen damit zum Ausdruck, daß sie nunmehr nur das eine Exemplar als das maßgebende angesehen wissen wollen, während das andere seine Bedeutung verlor. Dies ist besonders bei Abänderung von Mietverträgen von Bedeutung. Vgl. RG. in Rspr. der OLG. 22 S. 271/2. Zu beachten ist, daß das BGB. den schriftlichen Vertrag nur bei Miete oder Pacht von Grundstücken über ein Jahr hinaus kennt! (§§ 566, 581 Abs. 2 BGB.) Die Schriftform wird durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt.

a) Der Text der Urkunde braucht nicht vom Aussteller geschrieben zu sein. Auch ist nicht erforderlich, daß die Unterschrift erst unter den fertigen Text gesetzt wird (RG. 57 S. 67). Die Unterschrift muß geschrieben sein und zwar mit Tinte oder Blei, nicht aber genügt eine mechanische Unterschrift, z. B. durch Stempel oder Schreibmaschine. Auch der bevollmächtigte Vertreter kann für den Vertretenen unterzeichnen und zwar auch bloß mit dem Namen des Vertretenen. So RG. 74 S. 69 ff. (VGS.). Dabei ist davon auszugehen, daß derjenige, der sich bei einer urkundlichen Erklärung einer anderen, mit eigener Handlungsfähigkeit ausgestatteten Person zur Mitwirkung in der Weise bedient, daß er ihr die Vollziehung seiner für die Abgabe der Erklärung entscheidenden Unterschrift überträgt, diese Person der Regel nach nicht als bloßes Werkzeug, sondern als rechtsgeschäftlichen Vertreter benutzt (RG. 81 S. 2).

Unzulässig ist es aber, daß derjenige, der durch die Unterschrift wie durch seine Willenserklärung verpflichtet werden soll, sich zur Herstellung der Unterschrift der Hilfe eines anderen, dessen mechanischen Dienstleistung bedient, da hiermit „dem Betrüge Tor und Tür geöffnet werden kann“ (RG. 58 S. 388/9).

Eine „Unterschrift“ liegt nur vor, wenn dieselbe die Urkunde räumlich abschließt (so RG. 52 S. 280 für das eigenhändige Testament.)

b) Die Unterschrift erfordert grundsätzlich nur die Niederschrift des ausgeschriebenen Familiennamens oder bei Kaufleuten im Handelsverkehr der Firma. Ort- und Zeitdatum ist — abgesehen vom eigenhändigen Testament (§ 2231) — nicht erforderlich. Die Unterschrift mit dem Pseudonym ist ausreichend und zwar auch für Wechselzeichnungen, sofern der Name dauernd im Verkehr geführt wird, weil es nach WD. Art. 96 Nr. 5 genügt, wenn die Unterschrift als Namen gelten kann. Dagegen genügt die Unterszeichnung eines Wechsels seitens einer Ehefrau mit ihrem Mädchennamen nicht, weil die Frau in diesem Falle nicht für die Allgemeinheit und besonders nicht im geschäftlichen Verkehr zu erkennen ist. So OLG. Marienwerder in Rspr. der OLG. 26 S. 226, was für den rechtsgeschäftlichen Verkehr überhaupt ausgedehnt werden kann.

Die Unterschrift mit dem Vornamen allein kann genügen, weil der Gesetzgeber es im Hinblick auf die Unterschriften fürstlicher Personen absichtlich vermieden hat, im § 126 Abs. 1 die Unterzeichnung mit dem Familiennamen vorzuschreiben. Nach RG. 87 S. 112 genügt ferner die Unterzeichnung eigenhändiger Erklärungen, die sich an nahe Angehörige richten, mit dem bloßen Vornamen dann, wenn sich aus dem durch die Unterschrift gedeckten Texte der Urkunde die Person des Ausstellers für jeden Dritten mit Sicherheit ergibt.

c) Die Beweiskraft einer unterschriebenen Urkunde wird an sich dadurch nicht berührt, daß der Aussteller nicht wußte, was er unterschrieb, daß er also die Urkunde gar nicht gelesen hat, oder daß der Text der Urkunde erst nachträglich hinzugefügt worden ist, daß er sie also unausgefüllt als leeres Blatt unterschrieb. Diese Einwendungen sind erst dann beachtlich, wenn der Aussteller der Urkunde behauptet und beweist, daß jener Text entgegen seinem Willen hergestellt ist, in welchem Falle die Unterschrift nicht den Willen deckt (RG. in Rspr. der OLG. 30 S. 333).

VI. Gewillkürte Schriftform (§ 127).

§ 127 bestimmt:

„Die Vorschriften des § 126 gelten im Zweifel auch für die durch Rechtsgeschäft bestimmte schriftliche Form. Zur Wahrung der Form genügt jedoch, soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist, telegraphische Uebermittlung und bei einem Vertrage Briefwechsel; wird eine solche Form gewählt, so kann nachträglich eine dem § 126 entsprechende Beurkundung verlangt werden.“

§ 127 gilt als Auslegungsregel. Telegraphisch übermittelt ist ein Telegramm mit dem Augenblick des Zugehens beim Adressaten (§ 130). Beim Briefwechsel ist eine Unterschrift der Parteien nicht vorgeschrieben (A. A. Hoelder, Cosack, Dertmann, für Verneinung: Plank, Fischer-Henle, Staudiger, Crome). Es muß genügen, daß jede Vertragspartei sich über die Person des Gegners klar ist.

Bei telegraphischer Uebermittlung kann der andere Teil, beim Briefwechsel jeder Vertragsteil nachträglich die Beurkundung des bereits wirksam abgeschlossenen Vertrages in der Form des § 126 verlangen, um eine Beweisurkunde zu erhalten.

Durch Übersendung eines Vertragsentwurfes wird vom Absender zum Ausdruck gebracht, daß er einen schriftlichen Vertrag zu schließen wünscht. Ein bindender Antrag liegt in Ermangelung einer formalisierten Erklärung noch nicht vor. Ein solcher kommt erst durch Rücksendung des vom anderen Teil unterschriebenen Entwurfes in Frage (§ 130).

VII. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 128).

Soweit das Gesetz die gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Vertrages vorschreibt, z. B. in den Fällen der §§ 311, 312 Abs. 2, 313, 873 Abs. 2, 877, 2033, 2071, 2385 *zc.*, genügt es, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme desselben vor einem — also nicht notwendig demselben — Gericht oder Notar beurkundet wird. Ein prozeßgerichtliches Protokoll ersetzt die Form (RG. 48 S. 183 ff. für den Prozeßvergleich). Das Verfahren regelt das FGG. §§ 157—184. In Preußen sind Amtsgerichte und Notare zuständig. Bei der Beurkundung liegt eine öffentliche Urkunde über den Inhalt der beurkundeten Erklärung vor, während bei der Beglaubigung nur eine solche über die Abgabe der Erklärung vorliegt.

VIII. Öffentliche Beglaubigung (§ 129).

§ 129 bestimmt:

„Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muß die Erklärung schriftlich abgefaßt und die Unterschrift des Erklärenden von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar beglaubigt werden. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittelst Handzeichens unterzeichnet, so ist die im § 126 Abs. 1 vorgeschriebene Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend.“

Die öffentliche Beglaubigung wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt.“

Beglaubigt wird also nur die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden, die entweder vor der Urkundsperson vollzogen — oder wenn sie bereits erfolgt ist — vor derselben anerkannt wird. Die Beglaubigung erfolgt ohne Protokollaufnahme auf der Urkunde selbst und lautet üblicher Weise; „Vorstehende, vom in . . . vollzogene (oder anerkannte) Unterschrift wird hiermit beglaubigt.“ Das Verfahren regelt § 183 FGG. In Preußen sind Amtsgerichte und Notare zuständig.

§ 26.

Wirksamwerden von Willenserklärungen.*)

I. Die gesetzlichen Bestimmungen sind folgende:

§ 130. Eine Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem Anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht.

Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird.

Diese Vorschriften finden auch dann Anwendung, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben ist.

§ 131. Wird die Willenserklärung einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben, so wird sie nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht.

Das Gleiche gilt, wenn die Willenserklärung einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person gegenüber abgegeben wird. Bringt die Erklärung jedoch der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person lediglich einen rechtlichen Vorteil oder hat der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilt, so wird die Erklärung in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihr zugeht.

§ 132. Eine Willenserklärung gilt auch dann als zugegangen, wenn sie durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers zugestellt worden ist. Die Zustellung erfolgt nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung.

Befindet sich der Erklärende über die Person desjenigen, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben ist, in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis oder ist der Aufenthalt dieser Person unbekannt, so kann die Zustellung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung erfolgen. Zuständig für die Bewilligung ist im ersteren Falle das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Erklärende seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat, im letzteren Falle das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Person, welcher zuzustellen ist, den letzten Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes den letzten Aufenthalt hatte.

II. „Abgegeben“ ist eine schriftliche Erklärung erst in dem Zeitpunkt, in welchem sie dem andern Teil zugeht, d. h. in welchem der Andere die tatsächliche Verfügungsgewalt über das die Erklärung enthaltende Schriftstück erlangt (RG. 61 S. 415, 91 S. 62/3). Der Augenblick des Zugehens ist von praktischer Bedeutung insbesondere für die Wahrung von Fristen und die Bindung der Offerte. Das Reichsgericht hat über den Begriff des Zugehens folgende Grundsätze aufgestellt:

„Der § 130 BGB. enthält keine Bestimmung des Begriffes des Zugehens. Nach der durch ihn zur Herrschaft gelangten Empfangstheorie genügt es, daß der, demgegenüber eine Willenserklärung abgegeben wird, in eine Lage versetzt wird, die ihm unter gewöhnlichen Verhältnissen (Krankheit, Abwesenheit vom Hause u. dgl. kommen dabei nicht in Betracht) die Möglichkeit gewährt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Sobald diese Voraussetzung gegeben ist, wird die Willenserklärung wirksam (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB.). Darauf, wann er von der Erklärung Kenntnis genommen hat, kommt es nicht an. Die Beantwortung der Frage, wann die Möglichkeit der Kenntnisnahme vorliegt, richtet sich nach der Lage des Einzelfalles. Bei brieflicher Erklärung genügt es nach ständiger Rechtsprechung,

vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 50 S. 191 flg., Bd. 56 S. 262 flg., Bd. 58 S. 406 flg.

in der Regel, daß der Brief in die Wohnung des — anwesenden oder abwesenden — Adressaten gelangt ist, z. B. daß er in der Wohnung an einen Familienangehörigen oder Diebstboten abgegeben oder in einen an der Wohnung angebrachten Briefkasten geworfen ist. Nicht wesentlich anders liegt die Sache, wenn die Erklärung in Abwesenheit des Erklärungsgegners in seiner

¹⁾ Vgl. den Aufsatz von Breit „Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche“ in Gruchots Beiträgen, Bd. 55 S. 1, insbes. 4 ff.

Wohnung einer dort anwesenden Person gegenüber zur Mitteilung an den Gegner mündlich abgegeben wird. Ein Unterschied ergibt sich freilich daraus, daß an die Mittelsperson erheblich höhere Anforderungen gestellt werden, wenn sie die mündliche Bestellung ausrichten soll, und daß infolge davon die Gefahr besteht, daß die Erklärung nicht richtig mitgeteilt wird. Daher wird der Erklärende, wenn es sich um die Frage handelt, ob die Erklärung zugegangen ist, nachzuweisen haben, daß die Mittelsperson zur Wiedergabe der Erklärung geeignet war. Es reicht nicht — wie beim Briefe — aus, daß sie in häuslicher Gemeinschaft mit dem Erklärungsgegner steht, sondern es muß erhellen, daß sie die erforderliche geistige Fähigkeit besitzt. Diese Voraussetzung wird bei erwachsenen Hausgenossen in der Regel anzunehmen sein. Ist aber . . . die mündliche Erklärung dem Erklärungsgegner richtig mitgeteilt, dann steht die Zuverlässigkeit des Erklärungsmittlers ebenso fest, wie die der brieflichen Mitteilung. Dann ist aber kein Grund für eine verschiedene Behandlung der beiden Fälle bezüglich der Frage ersichtlich, wann die Erklärung zugegangen ist. Es ist im Erfolge ganz gleich, ob der Erklärungsgegner bei seiner Rückkunft nach Hause von seiner Frau den ihr zur Bestellung anvertrauten, die Erklärung enthaltenden Brief erhält, oder ob ihm die Frau die mündliche Erklärung mündlich (aber richtig) mitteilt. In beiden Fällen ist er in der Lage, jederzeit von der Erklärung Kenntnis zu erlangen, und in beiden Fällen steht der sofortigen Kenntnisnahme nur seine Abwesenheit im Wege, die jedoch bei der Frage der Zeit des Zuganges nicht in Betracht kommt. Muß aber der Erklärungsgegner die in seiner Abwesenheit seinem Hausgenossen, z. B. seiner Frau, abgegebene Erklärung als ihm im Zeitpunkte der Erklärung an seine Frau zugegangen gelten lassen, sofern ihm nur die Erklärung wirklich und richtig mitgeteilt wird, so ist vollends daran nicht zu zweifeln, daß der Erklärende selbst unter denselben Voraussetzungen diesen Zeitpunkt als maßgebend gelten lassen muß.

Auch wenn es sich . . . darum handelt, welcher von zwei sich widersprechenden Erklärungen der zeitliche Vorrang gebühre, ist nicht entscheidend, welche Erklärung zuerst zur Kenntnis des Empfängers gekommen ist, sondern welche ihm zuerst zugegangen ist. Das ergibt sich klar aus § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB., wonach eine einem anderen in seiner Abwesenheit zugegangene Willenserklärung dann nicht wirksam wird, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht: hier wird offensichtlich auf die Zeit der Kenntnisnahme von der einen oder anderen Erklärung kein Gewicht gelegt. Gehen zwei Briefe, von denen der eine die Annahmeerklärung, der andere den Widerruf enthält, gleichzeitig ein, so kommt es nicht darauf an, welchen Brief der Empfänger zuerst öffnet. Geht der Brief mit dem Widerruf später ein, als der mit der Annahmeerklärung, so ist der Widerruf wirkungslos, auch wenn der Empfänger zuerst den später eingegangenen Brief liest. Dieselben Grundsätze müssen auch gelten, wenn es sich um die Frage handelt, ob ein Antrag angenommen oder abgelehnt ist. Wird die Ablehnung des Antrags oder ein der Ablehnung gleich zu behandelnder Gegenantrag einem Hausgenossen des Antragenden zur Mitteilung an diesen erklärt, so ist der Antrag damit endgültig abgelehnt; ein später zugehender Brief, der eine Annahmeerklärung enthält, kommt nicht mehr in Betracht.“ (RG. 60 S. 336–338).

Rein „Zugehen“ liegt vor, wenn ein Postbote den eine Willenserklärung enthaltenden eingeschriebenen Brief deshalb nicht bestellen konnte, weil in der als Bestimmungsort bezeichneten Räumlichkeit, in

welcher der Empfänger als Angestellter eines Geschäftsinhabers tätig war, weder der Adressat noch ein Bevollmächtigter desselben angetroffen wurde. So RG. 56 S. 262 ff., wo ausgeführt wird, daß in dem Vorzeigen des Einschreibebriefes ohne Ablieferung desselben ein Zugehen der darin befindlichen Willenserklärung deshalb nicht gesehen werden könnte, weil durch diesen Vorgang der Empfänger nicht in die Möglichkeit versetzt wurde, dieselbe in Erfahrung zu bringen, letzteres aber nach der im § 130 BGB. zur Geltung gelangten Empfangstheorie ein wesentliches Erfordernis des „Zugehens“ sei. Auch bestehe in dem genannten Fall keine Entgegennahmeverpflichtung dessen, der einen Vertragsantrag mit Fristsetzung für die Annahme desselben erklärt habe:¹⁾

„Selbst wenn aber eine Entgegennahmeverpflichtung anzuerkennen sein sollte, so könnte sie doch nicht eine uneingeschränkte Geltung haben, sondern nur für den einzelnen Fall bei entsprechender Sachlage Billigung finden. Der gegenwärtige Fall ist nicht so gelagert, daß dem Beklagten ein begründeter Vorwurf einer Pflichtverletzung treffen könnte. Insbesondere kann der Empfänger nicht für verpflichtet erachtet werden, in dem Geschäftsraume, welcher nicht einem ihm eigenen Geschäft dient, einen Bevollmächtigten zu bestellen für den Fall, daß eine Annahmeerklärung auf seinen Vertragsantrag von dem anderen abgegeben, in einem Einschreibebriefe ihm übersandt und, anstatt nach seiner Wohnung, in das Geschäft, in welchem er lediglich Angestellter ist, gerichtet werden könnte, sowie daß der Einschreibebrief in dem Geschäft in seiner Abwesenheit zur Bestellung gelangen werde“ (RG. 56 S. 264/5).

Anders liegt die Sache aber dann, wenn der Empfänger das rechtzeitige Zugehen einer Willenserklärung, z. B. eines eingeschriebenen Briefes, arglistig oder schuldhaft verhindert hat. In diesem Falle gilt eine verspätet zugegangene Willenserklärung als rechtzeitig zugegangen. So auch RG. 58 S. 406—410, insbesondere S. 408/9:

„Die Untersuchung hat sich darauf zu beschränken, ob eine verspätet zugegangene Erklärung unter Umständen als rechtzeitig zugegangen zu gelten hat. Als Umstände, die diesen Erfolg haben könnten, kommen für den vorliegenden Fall nur solche in Betracht, die sich in der Person des Beklagten ereignet haben; wobei jedoch nicht ganz außer acht gelassen werden darf, daß das Gesetz (§ 149 BGB.) beim Vorliegen anderer Umstände diese Fiktion aufstellt. Dergleichen Umstände, die in der Person des Adressaten ihren Grund haben, können durch Arglist, durch Verschulden oder durch Zufall herbeigeführt sein. Für den Fall der Arglist muß die Fiktion der Rechtzeitigkeit des Zugehens für begründet erachtet werden. Nach den §§ 162 und 815 BGB. gelten eine Bedingung und ein mit einer Leistung bezweckter Erfolg als eingetreten,

¹⁾ Mit Recht weist B e n d i z in der D. J. Z. 1913 S. 406/7 auf diese Gefahr des eingeschriebenen Briefes hin, da ein solcher nach den Bestimmungen der Postordnung bei Abwesenheit des Empfängers nur an ein erwachsenes Familienmitglied oder an einen Bevollmächtigten desselben ausgehändigt werden darf. Vermieter, Mieter, Hypothekengläubiger u. a. werden daher zweckmäßig durch gewöhnlichen Brief kündigen oder aber die formelle Zustellung der Kündigungsverklärung durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers wählen (§ 132 BGB.), wobei Ersatzzustellung im weitesten Umfange zulässig ist, z. B. auch die Niederlegung bei der Post.

wenn der Eintritt wider Treu und Glauben vereitelt ist. Diese Bestimmungen sind nicht Ausnahmenvorschriften, sondern Einzelanwendungen des das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Ihre entsprechende Anwendung auf Fälle der vorliegenden Art ist demnach nicht ausgeschlossen, sondern geboten. Arglistige Vereitelung hat der Berufungsrichter nicht festgestellt, wohl aber Verschulden des Beklagten. Für den Fall des Verschuldens passen jene Anwendungsfälle des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben nicht; aber der Grundsatz ist eben auf jene Anwendungsfälle nicht beschränkt, sondern beherrscht den ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr. Wer die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat, hat dadurch freilich nicht gegen Treu und Glauben verstoßen; wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteil des anderen einen Vorteil herleiten will.

Vgl. Urteil des RG.'s in der J. W. 1904 S. 53 Nr. 4.

Ob — wofür das Gesetz keinen Anhalt zu bieten scheint — das gleiche auch anzunehmen wäre, wenn die Verspätung des Eingehens in einem Zufalle ihren Grund hat, der sich in der Person des Adressaten ereignet hat, braucht für den vorliegenden Fall nicht untersucht zu werden.“ (Weiter wird ausgeführt, daß das Verschulden des Beklagten darin liege, daß er nicht damit gerechnet habe, daß ihm ein eingeschriebener Brief des Klägers zugestellt werde.)

§ 130 gilt ferner auch für Telegramme. Ist ein Telegramm in der Wohnung des Adressaten abgegeben, so ist ihm die in ihm enthaltene Erklärung zugegangen, sofern die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme durch den Empfänger gegeben war (RG. 91 S. 62). Läßt die Postbehörde nach Zugehen des Telegrammes an den Empfänger dasselbe wieder bei demselben abholen, ohne daß der Empfänger, der beim Zugehen abwesend war, dasselbe gelesen hatte, so ist der Postfiskus wegen Besizentziehung dem Empfänger schadensersatzpflichtig (§ 823 Abs. 1 BGB.), sofern der Empfänger den Besitz an dem Telegramm erworben hatte, was z. B. bei Aushändigung des Telegrammes an das Dienstmädchen des Empfängers oder bei Einlegung in den Briefkasten an der Wohnungstür der Fall ist (RG. 91 S. 60 ff.).

§ 130 gilt auch für mündlich durch Boten übermittelte Willenserklärungen. (Streitig, vom RG. in Bd. 83 S. 228 dahingestellt gelassen). Jedoch ist hierbei zu beachten, daß die allgemeine Regel des § 130 durch Sonderbestimmungen eingeschränkt sein kann. So auch RG. a. a. O. S. 228:

„Die Ausdrücke „wirksam“ und „Wirksamkeit“ in Abs. 1 und 2 des § 130 sind mit dem Vorbehalt aufzufassen, daß nicht etwa andere Rechtsgründe der Wirksamkeit der Willenserklärung entgegenstehn.“

Wenn z. B. A. dem B. 1000 Mark schenken will und diese Summe durch einen Boten zu B. sendet, so muß der Wille des A., dem B. das Eigentum an dem Gelde zu übertragen, im Augenblick der Übergabe des Geldes durch den Boten vorhanden sein. Stirbt A. während des Botenganges und hatte sein Erbe nicht den Willen,

Besitz und Eigentum an dem Gelde auf B. zu übertragen, so hat die Übergabe des Geldes durch den Boten nicht die Wirkung des Eigentumsüberganges. Auch beim Vorliegen eines formlosen Schenkungsversprechens geht das Eigentum auf B. nicht über, da die Schenkung nach § 518 Abs. 1 BGB. erst durch Vollziehung der Leistung Rechtswirksamkeit erlangt (RG. 83 S. 228—231).

§ 130 ist zwingenden Rechtes. Im Bankverkehr ist jedoch die Klausel üblich, daß jede auf ein Vertragsverhältnis bezügliche Willenserklärung dem Gegner schon mit Abfindung des an seine Adresse gerichteten Einschreibebriefes als zugegangen anzusehen sein soll. Zutreffend weist Reichel in der D. J. Z. 1911 S. 1534 ff. auf die Unwirksamkeit dieser gegen die fundamentalsten Grundsätze der Loyalität verstößenden Abmachung hin. Wenn § 130 das bloße Zugehen der Willenserklärung als ausreichend erkläre, mache es dem Erklärenden alle irgend statthafter Konzessionen, weitere könnten daher nicht zugelassen werden. Wohl aber läßt sich eine derartige Abmachung nach Reichel im Wege der Konversion gleichwohl für gewisse Fälle aufrecht erhalten. Der Hauptzweck der Klausel ist der, daß der Erklärende nicht unter einer ihm unbekannt gebliebenen Adressenveränderung des Adressaten leiden soll. Dieser Zweck kann durch die Vereinbarung der unverzüglichen Anzeige jeder Adressenveränderung an den Gegner bei Vermeidung des Schadenersatzes erreicht werden. Der Schaden besteht im Nichtzugang der Erklärung sowie in der durch diesen bedingten Nichtauslösung der Erklärungswirkung. Mithin besteht der Schadenersatz gemäß § 249 BGB. in der Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn das Schriftstück zugegangen wäre. Die oben erwähnte Klausel läßt sich daher sehr wohl unter diesem Gesichtspunkt für den Hauptfall ihre Geltung im Wege der Konversion aufrecht erhalten (so Reichel a. a. O. S. 1536/7).

III. § 132 ist insbesondere von praktischer Bedeutung, wenn jemand rechtzeitig seinem Vermieter kündigen will und erfährt, daß er soeben verstorben sei. Da hier die Kündigung den Erben gegenüber erfolgen muß und diese dem Mieter häufig nicht bekannt sein werden, bleibt als Ausweg nur die öffentliche Zustellung nach § 132 Abs. 2 BGB. übrig. Der Mieter muß vor Ablauf der Kündigungsfrist beim Amtsgericht, in dessen Bezirk er als Erklärender seinen Wohnsitz bezw. Aufenthalt hat, die öffentliche Zustellung der Kündigungserklärung an die ihm unbekannteren Erben des verstorbenen Vermieters beantragen. Wenn auch die Kündigungserklärung nach § 206 Abs. 2 ZPO. erst nach Ablauf von 2 Wochen seit Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel als zugestellt gilt, so sind doch nach § 207 Abs. 1 ZPO. die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Aberreichung des Gesuchs an das Amtsgericht eingetreten.

Kann der Empfänger einer gemäß § 132 BGB. zugestellten einseitigen Willenserklärung auch dem Gerichtsvollzieher gegenüber erklären, daß er die zugestellte Erklärung wegen mangelnder Vollmacht des Erklärenden zurückweise? Das Kammergericht hat die Frage in der Rspr. der OLG. 12 S. 250/1 mit folgender Begründung vereint:

„ . . Der Gerichtsvollzieher ist nicht Bevollmächtigter des Erklärenden, er hat nur als Zustellungsorgan das Zugehen einer fremden Willenserklärung zu vermitteln. Mit der Vollenbung des Zustellungsakts ist seine Tätigkeit beendet. Er ist weder der im § 174 bezeichnete Bevollmächtigte, der die zurückweisende Willenserklärung abgibt, noch kann er als Vertreter dieses Bevollmächtigten angesehen werden. Daß er berechtigt oder verpflichtet sei, irgendwelche Erklärungen des Zustellungsempfängers entgegenzunehmen, läßt sich aus keiner Vorschrift herleiten und ist besonders auch nicht in der Geschäftsanweisung vorgesehen, obschon gerade die Zustellung schriftlicher Willenserklärungen unter Vorlegung von Urkunden in ihr genau geregelt ist. Allerdings können nach § 840 ZPO. die dort bezeichneten Erklärungen des Drittschuldners auch nach Vollenbung der Zustellung noch an den Gerichtsvollzieher erfolgen. Aber es handelt sich dort um eine Sondervorschrift des Vollstreckungsverfahrens, die auf den Fall des § 132 BGB. nicht übertragen werden darf. Wenn also der Gerichtsvollzieher, wozu er nicht verpflichtet ist, übernimmt, die mündliche Zurückweisungserklärung dem Bevollmächtigten zu übermitteln, von dem die Kündigung ausging, so wäre das nur eine private Gefälligkeit. Er wäre dann Bote des Gekündigten und die von ihm weitergegebene Zurückweisungserklärung würde erst in dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie dem Adressaten dieser Erklärung, d. h. dem im § 174 bezeichneten Bevollmächtigten tatsächlich zugeht (§ 130). Die etwaige Säumnis der Mittelperson, die der Erklärende zur Übermittlung seiner Erklärung benutzte, trifft ihn ebenso, wie wenn er selbst seine Erklärung verzögert hätte, d. h. diese gilt als nicht rechtzeitig.“

Die Zurückweisung gemäß § 174 BGB. hat also dem Erklärenden gegenüber persönlich zu erfolgen.

§ 27.

Die Auslegung der Rechtsgeschäfte und der Gelehe.

I. Auslegung von Willenserklärungen.

§ 133 bestimmt:

„Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.“

Damit ist also sowohl für den Richter wie für die Parteien die Buchstabeninterpretation verboten. Die Auslegung hat sich insbesondere nach dem wirtschaftlichen Zwecke zu richten, den der Erklärende verfolgte (RG. 82 S. 52). Maßgebend ist aber nur der erklärte Wille. So auch RG. 67 S. 433/4:

„Bei der Auslegung von Willenserklärungen kommt es darauf, was die Beteiligten nur gedacht, nicht auch kundgegeben haben, nicht an. Maßgebend ist der erklärte Wille. Als Willenserklärung aber sind zu berücksichtigen nicht bloß die Worte, die gewechselt werden, sondern das ganze Verhalten der Beteiligten. Aus dem, was die Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, muß unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie handelten, entnommen werden, was sie gewollt haben. Häufig sind die Erklärungen unvollständig, erstrecken sich insbesondere nicht auf alle Einzelheiten. Zur Ermittlung des Willens kann es genügen, wenn die leitenden Gesichtspunkte feststehen. Soweit nicht ein anderer Wille kundgegeben ist, darf angenommen werden, daß die Beteiligten die Einzelheiten so geregelt wissen wollten, wie es der allgemeinen Anschauung bei einem Verkehre zwischen billig denkenden Menschen unter den besonderen Umständen des jeweiligen Falles entspricht. Der Richter hat nicht die Aufgabe, den nicht geäußerten Willen der Beteiligten zu ergründen, sondern dem Willen Geltung zu verschaffen, der nach Maßgabe dieser Grundsätze als erklärt anzusehen ist. Es kann zugegeben werden, daß, wenn Willenserklärungen in der bezeichneten Weise ausgelegt werden, es sich dabei nicht immer um eine Auslegung im streng wissenschaftlichen Sinne, sondern in manchen Beziehungen um eine Ergänzung des fehlenden Willens handelt; allein in diesem Sinne spricht auch das Gesetz (§ 157 BGB.) von Auslegung der Verträge (vgl. Komm. Protok. Bd. 1 S. 625).“

Und ferner RG. 68 S. 128/9:

„Wenn es in § 133 BGB. heißt, daß bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen sei, so ist damit nicht gesagt, daß es auf den inneren Willen ankomme; denn sonst würden die §§ 116, 119 mit dem § 133 in einem unlöslichen Widerspruche stehen. Vielmehr soll nur einer Buchstabeninterpretation vorgebeugt, und der Richter angewiesen werden, den Sinn und die Bedeutung einer abgegebenen Erklärung nicht lediglich nach den gebrauchten sprachlichen Wendungen, sondern nach dem ganzen Zusammenhang, sowie nach dem wirtschaftlichen Zwecke des Geschäfts zu beurteilen. Was sich hiernach als der Inhalt der Erklärung ergibt, ist der wirkliche, in die Erscheinung getretene Wille, während der innere Wille nicht in Betracht kommt.“

§ 133 gilt auch für die Erklärungen, welche die Beteiligten in Angelegenheiten des Liegenschaftsrechts abzugeben haben, zumal daselbst eine bestimmte Wortfassung nicht vorgeschrieben ist, insbesondere nicht verlangt wird, daß sie sich gerade den im Gesetz gebrauchten Worten anschließen (RG. 52 S. 416).¹⁾ Auch für formbedürftige Erklärungen gilt § 133, wobei zur Ermittlung des Willens auch außerhalb der auszulegenden urkundlichen Erklärung liegende Umstände herangezogen und berücksichtigt werden können (RG. 59 S. 219). Jedoch muß in derartigen Fällen „der konkrete rechtsgeschäftliche Inhalt der Verpflichtung aus der Urkunde selbst erkennbar hervorgehen“ (RG. 71 S. 115). Das Reichsgericht führt z. B. bezüglich der Bürgschaftserklärung folgendes aus:

¹⁾ Vgl. hierzu: Zeller, Die falsa demonstratio bei formbedürftigen Rechtsgeschäften in Ouchots Beiträgen 52 S. 224 ff.

„So kann der unmittelbare Anschluß der schriftlichen Bürgschaftserklärung an die über die Hauptschuld aufgenommene Urkunde die spezielle Bezeichnung der Schuld wie des Namens des Gläubigers entbehrlich machen (vgl. Entsch. in Zivilf. Bd. 61 S. 343, Bd. 62 S. 172), sofern sich der Wille, für diese fremde Schuld einzustehen, aus der Anschlußerklärung ergibt, wozu die Mitunterschrift unter Hinzufügung der Worte „als Bürge“, nicht aber etwa die bloße Mitunterzeichnung der Haupturkunde für ausreichend erachtet werden kann (vgl. Entsch. a. a. D.). So kann ferner aus der konkreten Bezeichnung der Schuld mit Grund und Betrag nach Maßgabe der sonst ermittelten Umstände die Person des Gläubigers oder umgekehrt aus der namentlichen Bezeichnung des Gläubigers die Hauptschuld, für die gebürgt werden soll, wenn zwischen diesem Gläubiger und dem Hauptschuldner zurzeit nur eine Schuldbeziehung besteht, erkannt werden. In allen diesen Fällen ergeben sich immerhin aus der Urkunde selbst die wesentlichen Merkmale der Bürgschaftsverpflichtung. Das aber muß schlechthin gefordert werden (vgl. Entsch. in Zivilf. Bd. 57 S. 258), und eine Urkunde, in der ohne den oben erwähnten Anschluß der Bürgschaftsurkunde an die Urkunde der Hauptschuld oder ausdrückliche Bezugnahme auf diese weder die Person des Gläubigers noch die Hauptverbindlichkeit anders als dem Betrage nach bezeichnet ist, stellt eine gültige, dem Erfordernisse des § 766 BGB. entsprechende Bürgschaftsurkunde nicht dar (vgl. Entsch. in Zivilf. Bd. 62 S. 379).“ (RG. 71 S. 115/6.)

Bei vereinbarter Schriftform entscheidet über die Auslegung der Urkunde der Wille der Vertragsparteien:

„Sie müssen nach Maß und Inhalt ihres beiderseitigen damaligen tatsächlichen Wissens einen bestimmten schriftlichen Ausdruck für eine ihnen genügende Bezeichnung des fraglichen Vertragspunktes erachtet und ihn darum in die Urkunde aufgenommen haben; sie müssen also Schriftlichkeit für den betreffenden Punkt gewollt und diesen ihren Willen durch einen ihnen verständlich und genügend erscheinenden Ausdruck vollzogen haben (vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 62 S. 50/1). Weder also genügt es, daß Dritte nach ihrem tatsächlichen Wissen oder auch nach späteren Ermittlungen über die den Parteien bekannt gewesene Sachlage einen bestimmten Ausdruck als eine genügende Bezeichnung erachten könnten und erachten, noch schadet es, daß Dritten nach diesem oder jenem Maße der Kenntnis ein bestimmter Ausdruck als eine ihnen fern liegende, ihnen unzureichende Bezeichnung erscheinen könnte und erscheint.“ (RG. 80 S. 403.)

Über die Auslegungsgrundsätze bei einander widersprechenden Erklärungen in einer Urkunde führt das Kammergericht in der Rspr. der OLG. 16 S. 257 zum Erbvertrag aus:

„Nach § 133 BGB. muß in jedem Falle festgestellt werden, worauf der Wille des Erklärenden gerichtet gewesen ist. Dies muß ganz besonders dann gelten, wenn in einer Urkunde mehrere Erklärungen derselben Person enthalten sind, welche ihrem Wortlaute nach zueinander in einem begrifflichen Widerspruche stehen. Daß der Erklärende diesen Widerspruch gekannt und gewollt hat, ist im Zweifel nicht anzunehmen. Es muß also untersucht werden, welche dieser einander widersprechenden Erklärungen ihrem Wortlaute nach dem wahren Willen des Erklärenden nicht entspricht, und worauf der Wille bei Abgabe dieser Erklärung in Wahrheit gerichtet gewesen ist. Für die Ermittlung des wirklichen Willens des Erklärenden sind aber seine bei Abgabe

der Erklärung gemachten Angaben über deren Zweck und die Umstände, welche die Abgabe der Erklärung in der angewandten Ausdrucksweise veranlaßt haben, von erheblicher Bedeutung.“

Über die Auslegung einer Willenserklärung bei schrittweiser Einigung führt das OLG. Marienwerder in der Rspr. der OLG. 22 S. 150 aus:

„Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, daß für den Inhalt des von den Parteien geschlossenen Kaufvertrags nur die Erklärungen maßgebend seien, die bei dem abschließenden Ferngespräch abgegeben worden sind. Diese Auffassung ist an sich zutreffend. Es ist nur dabei zu beachten, daß diese Erklärungen nicht von dem sonstigen Verkehr der Parteien völlig losgelöst werden dürfen, sondern im Zusammenhang mit den sonstigen Verhandlungen der Parteien betrachtet werden müssen, d. h. der Auslegung nach § 133 BGB. fähig und bedürftig sind. Wenn sich Parteien über Einzelheiten eines Vertrags schrittweise einig werden, so ist es nicht nötig, daß bei jeder späteren Verhandlung die Ergebnisse der vorangegangenen Besprechung wiederholt werden; mag auch die Verständigung über einzelne Punkte noch nicht bindend sein, wie § 154 BGB. ausdrücklich festsetzt, so bildet doch das Festhalten an dem bis dahin erzielten Einverständnis für die weitergeführten Verhandlungen und jede Partei muß sich gefallen lassen, daß als ihre Vertragswillenserklärung alles das angesehen wird, worüber schrittweise eine Einigung erreicht ist, sofern sie nicht bei einer späteren Verhandlung zu erkennen gegeben hat, daß sie in diesem oder jenem Punkte ihre frühere Einverständnis-erklärung zurücknehmen, was ihr ja an sich unbenommen ist.“

Über die Auslegung von Verträgen (§ 157) vgl. § 29 VIII und über die Auslegung von Testamenten vgl. das Erbrecht.

Vielfach gibt das Gesetz selbst Auslegungsvorschriften, so dann, wenn es heißt: „im Zweifel“. Diese Regeln gelten nur dann, wenn ein anderer Parteiwille nicht ermittelt ist.

§ 133 gilt nicht nur für rechtsgeschäftliche Erklärungen, sondern umfaßt das gesamte Rechtsgebiet, sodaß er z. B. auch auf richterliche Handlungen Anwendung findet, z. B. auf Pfändungsbeschlüsse des Vollstreckungsgerichts. So RG. in J. W. 45 S. 1271:

„Pfändungsbeschlüsse sind Willensakte des Vollstreckungsrichters, und bei ihrer Auslegung ist nach § 133 BGB., dessen Bestimmung nicht auf eigentliche rechtsgeschäftliche Erklärungen beschränkt ist, sondern das ganze Rechtsgebiet umfaßt, der wirkliche Wille des Vollstreckungsrichters zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Über Ungenauigkeiten in der Ausdrucksweise ist hinwegzusehen und ihnen keine entscheidende Bedeutung einzuräumen, wenn der Beschluß nur im übrigen erkennen läßt, in welchem Umfange und in welchem Sinne der Richter Vollstreckungshandlungen angeordnet hat. Solche Beschlüsse des Vollstreckungsgerichts sind auch nicht für sich allein zu prüfen, sondern es sind bei ihrer Auslegung die ihnen vorangegangenen, sie begleitenden, für ihren Sinn erheblichen Umstände mit in Betracht zu ziehen.“

Auf die Verlegung des § 133 kann die Revision gestützt werden, da es sich um eine Rechtsnorm handelt, deren Nicht-

anwendung oder unrichtige Anwendung eine Gesetzesverletzung i. S. des § 550 ZPO. ist (RG. 54 S. 112).

II. Gesetzesauslegung.

Für die Auslegung von Gesetzen gilt § 133, der nur von Rechtsgeschäften spricht, nicht. An einer ausdrücklichen Vorschrift hierüber fehlt es. Das Reichsgericht hat jedoch folgende Hauptgrundsätze hierüber aufgestellt:

1. „Im allgemeinen müssen die Gesetze zunächst nach ihrem unzweideutigen Wortlaut ausgelegt und angewendet werden. Es geht nicht an, sie im direkten Widerspruch mit dem klaren Wortlaut auszulegen. Nur wo ein offensichtlicher Redaktionsfehler untergelaufen ist, mag eine Ausnahme gestattet sein“ (RG. 82 S. 357).

2. Die „Motive“ zum BGB. sind für die Auslegung des BGB. nicht von maßgebender Bedeutung, da sie als „eine nicht von den gesetzgebenden Faktoren herrührende Privatarbeit“ anzusehen sind (RG. 51 S. 274).

Daselbe gilt für die Kommissionsverhandlungen, die gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes keine durchschlagende Bedeutung haben (RG. 66 S. 254, 67 S. 54).

Die Gesetzesbegründung hat nur insoweit Bedeutung, als sie unzweifelhaften Ausdruck im Gesetz gefunden hat (RG. 66 S. 334).

3. Es ist bei der Gesetzesauslegung auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes einzugehen, wobei auch Protokolle und Kommissionsberatungen herangezogen werden können; jedoch ist stets zu prüfen, ob die in den Vorarbeiten geäußerten Ansichten und Erwägungen im Gesetz selbst Ausdruck gefunden haben (RG. 62 S. 291 und 66 S. 334). Hierbei kann das Gericht auch Regierungsvertreter und Reichstagsabgeordnete als Zeugen eidlich vernehmen. Dies ist jedoch keine „Beweisaufnahme“ i. S. der ZPO. So auch RG. 81 S. 281/2:

„Die „Beweisaufnahme“ und die Benützung ihres Ergebnisses sind als prozeßordnungswidrig bemängelt worden. Die Beweiserhebung nach den Regeln und in den Formen der Zivilprozeßordnung erfolgt, um dem Richter die Überzeugung zu verschaffen von der Wahrheit oder Unwahrheit der streitigen Behauptungen, die vorgebracht und geeignet sind, die Entstehung, Veränderung oder Aufhebung eines subjektiven Rechtes zu begründen. Über das Bestehen und die Bedeutung von Sätzen des einheimischen geschriebenen objektiven Rechtes findet eine Beweisaufnahme im Sinne der ZPO. nicht statt. Allein es handelt sich in Wirklichkeit gar nicht um einen Beweis und dessen Erhebung, wenschon der Beklagte „den Beweis“ angetreten und das Gericht dessen Aufnahme in der für den Prozeßbeweis vorgesehenen Form angeordnet hat.

Der Richter, der berufen ist, das Gesetz anzuwenden, ist befugt und verpflichtet, sich den zur Erkenntnis und Auslegung des Gesetzeswillens ihm erforderlich oder dienlich erscheinenden Stoff, mag er der Entstehungsgeschichte

des Gesetzes oder sonstigen Umständen zu entnehmen sein, in jeder dem richterlichen Feingefühle geeignet erscheinenden Weise zu verschaffen. Er ist dabei nicht an die für das Beweisverfahren der Zivilprozessordnung gegebenen Formen und Regeln gebunden, aber auch nicht gehindert, sich ihrer zu bedienen. Er ist bei seiner Tätigkeit nicht beschränkt auf die Gesetzgebungsdrucksachen und sonstigen Urkunden, sondern gegebenenfalls auch in der Lage, bestimmte Vorgänge durch Abhörung von Zeugen oder Auskunftspersonen anderer Art aufzuklären und festzustellen. Selbstverständlich steht der Verwertung der bei Gelegenheit des eines Rechtsstreits gewonnenen Ergebnisse in einem anderen Rechtsstreite nichts entgegen. Die Frage der Brauchbarkeit des Ergebnisses für die Gesetzesauslegung ist keine Frage der prozessualen Zulässigkeit, sondern der vorsichtigen sachlichen Bewertung.

Bei dieser Bewertung ist aber vor allem zu prüfen, ob das, was als ermittelt angenommen wird, im Gesetze selber einen geeigneten Ausdruck gefunden hat, der den entsprechenden Willen des Gesetzgebers erkennen läßt."

4. Bei Lücken in den gesetzlichen Bestimmungen sind dieselben aus dem Grundgedanken des Gesetzes zu ergänzen (RG. 82 S. 361).

5. Die Gesetzesüberschrift ist ein Auslegungsmittel. So RG. 52 S. 268/9:

"Wenn indessen auch die Überschrift eines Gesetzesabschnitts ein nicht unwesentliches Auslegungsmittel bildet, so ist dieselbe doch nicht entscheidend. In erster Linie kommt es auf den Text an, und es ist durchaus nichts Ungewöhnliches, daß dieser enger oder weiter ist, als nach der Überschrift anzunehmen sein möchte."

6. Eine Klammer hinter einem Wort hat regelmäßig die Bedeutung einer Erläuterung, z. B. im § 121 Abs. 1 und § 122 Abs. 2, jedoch kann sie auch ausnahmsweise eine Erweiterung des Vorhergehenden andeuten (RG. 54 S. 339).

7. Was die Auslegung behördlicher Bekanntmachungen betrifft, so gilt auch bei ihnen lediglich dasjenige, was die Behörde nach dem objektiven Inhalte der Bekanntmachung tatsächlich erklärt hat, nicht das, was sie erklären wollte und zu erklären geglaubt hatte:

"Wie im privatrechtlichen Verkehr nicht das Geltung hat, was jemand einem anderen hat erklären wollen oder zu erklären geglaubt hat, sondern nur das, was er erklärt hat, so kann auch bei behördlichen Bekanntmachungen nur das Geltung haben, was tatsächlich bekannt gemacht worden ist, also dasjenige, was nach dem Sprachgebrauch und nach der Auffassung der Allgemeinheit, insbesondere der Kreise, an die sich die Bekanntmachung richtet, unter dem Bekanntgegebenen zu verstehen ist und verstanden wird. Demgemäß sind auch bei Beschlagnahmeverfügungen, die bestimmte Gegenstände als von ihnen betroffen auführen, von der Beschlagnahme nur eben diese Gegenstände betroffen, aber nicht auch solche, die die Behörde hat treffen wollen, ohne diesem ihren Willen entsprechenden Ausdruck zu geben. Es werden freilich bei nicht völlig feststehendem Sprachgebrauch oder verschiedener Auffassung der betreffenden Kreise Zweifel auftreten können, ob ein Gegenstand als von der Verfügung betroffen zu gelten hat, und es werden dann diese Zweifel insbesondere

auch nach dem sonstigen Inhalt und dem Zwecke der Bekanntmachung zu lösen sein. Wenn aber, wie es im vorliegenden Falle von der Beklagten behauptet und vom Berufungsrichter unentschieden gelassen ist, solche Zweifel gar nicht bestehen, sondern die Bekanntmachung objektiv eindeutig ist, und wenn, auf den vorliegenden Fall angewandt, ganz allgemein und von jeher unter karbonisierten Lumpen nicht karbonisierter Alpaka, vielmehr gegenteilig unter „karbonisiertem Alpaka“ ein besonderes Erzeugnis, ein neues, „Kunstwolle“ genanntes Gespinnst verstanden wird, so ist für eine andere Auslegung kein Raum mehr. Alsdann steht, die gegenwärtige Frage anlangend, fest, daß die Bek. vom 16. Mai 1916 karbonisierten Alpaka nicht betroffen hat.“

§ 28.

Verbotene Rechtsgeschäfte (§§ 134—141).

I. § 134 bestimmt:

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt.“

Ein anderes ergibt sich im Gesetz in den Fällen, in welchen es im Gesetzestext heißt: „soll nicht“, z. B. § 2237. Ferner in den Fällen §§ 135—136, 458 BGB. Aber nicht jedes Gesetz, welches eine Handlung verbietet oder unter Strafe stellt, hat die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts zur Folge. So RG. 58 S. 280:

„Vielmehr ist aus dem einzelnen Verbotsgesetz der Grund des Verbotes und die Absicht des Gesetzes zu ermitteln, und danach die zivilrechtliche Wirkung des Verbotsgesetzes zu bestimmen.“

Wenn z. B. in Preußen das Spielen in auswärtigen Lotterien verboten und strafbar ist, so sind deswegen doch verbotswidrige Lotterieverträge nicht nichtig, weil nicht das Geschäft selbst, der Lotterievertrag, vom Gesetzgeber getroffen werden soll (RG. 58 S. 281).

Das Gleiche gilt für die Strafbestimmungen über die Verkäufe an Sonntagen (41a GewD.), den verbotswidrigen Handel mit giftigen Stoffen (RG. vom 14. Mai 1879, 29. Juni 1887, 5. Juli 1887) oder mit nicht geeichten Maßen (RG. vom 16. Juli 1884) sowie für Verträge über das Abhalten vom Bieten bei einer öffentlichen Versteigerung gegen Zusicherung eines Vorteils, welche gegen den jetzt noch gültigen § 270 des preußischen Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 verstößen (RG. 60 S. 273 ff.). In diesen Fällen wird nur das Verhalten des einen Teiles bestraft, woraus hervorgeht, daß nicht das Rechtsgeschäft selbst beeinflusst werden soll.

Baupolizeiordnungen fallen dann unter die Verbotsgesetze des § 134, wenn es sich bei ihnen um die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder die Abwendung von Gefahren, nicht aber dann, wenn es sich lediglich um die Wahrung der Interessen eines Nachbargrundstücks handelt (OLG. Braunschweig in Rspr. d. OLG. 24 S. 277 gegen OLG. Königsberg bei Seuffert 61 S. 148

(Baupol.-D. fallen nicht unter § 134) und OLG. Frankfurt a. M. in Rspr. d. OLG. 17 S. 25/6 (baupolizeiliche Verbote im öffentlichen Interesse — z. B. solche, welche die Benutzung von Räumen zu Schlafräumen verbieten — fallen nicht unter § 134: „sie haben nur den Zweck, die Benutzung von Räumen in anderer Weise, als es im öffentlichen Interesse für zulässig erachtet ist, zu verhindern und wollen nur die verbotswidrige Benutzung unter Strafe stellen. Dagegen liegt ihnen fern, in die privatrechtlichen Beziehungen des Vermieters und des Mieters einzugreifen).

Unter § 134 BGB. fallen Beschlüsse der Gesellschaftsversammlungen einer Ges. mit beschränkter Haftung oder der Generalversammlungen einer Aktiengesellschaft, wenn die gesetzliche Bestimmungen hierüber verletzt wurden (RG. 80 S. 335). Die Nichtigkeit eines Beschlusses ist jedoch von dessen Anfechtbarkeit scharf zu unterscheiden. Nichtigkeit liegt nur vor, wenn infolge des Verstoßes überhaupt kein Beschluß vorliegt, z. B. wenn es bei einer G. m. b. H. an einer Gesellschaftsversammlung fehlte, dieselbe nicht gehörig (ohne Angabe von Ort und Zeit) einberufen war, wenn keine Abstimmung stattfand oder die gesetzliche Mehrheit fehlte. Dagegen liegt bloße Anfechtbarkeit vor, wenn nur ein Verstoß gegen eine dispositive Gesetzesvorschrift oder gegen eine lediglich auf dem Gesellschaftsvertrag beruhende Vorschrift vorliegt, — vgl. Staub-Hachenburg, Ges. m. b. H., 4. Aufl., S. 492/3 — z. B. wenn ein einzelner Gesellschafter nicht geladen ist (vgl. § 271 Abs. 3 S. 1 HGB.), oder wenn der Gegenstand, über den Beschluß gefaßt werden soll, in der den Gesellschaftern mitgeteilten Tagesordnung nicht bezeichnet worden ist (RG. 89 S. 367).

Nach § 134 ist insbesondere ein Vertrag nichtig, welchen ein Gastwirt mit einem andern zu dem Zwecke abschließt, daß letzterer, ohne selbst eine polizeiliche Erlaubnis zum Gastwirtschaftsbetrieb zu haben, als scheinbarer Vertreter des Gastwirts dessen Wirtschaftskonzession ausnützt, weil ein solcher Vertrag auf ein nach den §§ 33 und 147 Abs. 1 Nr. 1 GewD. ungesetzliches und verbotenes Ergebnis abzielt. Nach RG. 63 S. 145 ist hier besser § 138 I statt § 134 anwendbar; dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Im 87. Band S. 140 hat das Reichsgericht die Nichtigkeit eines Vertrages in einem Falle erörtert, in welchem eine Kraftdroschke unter Vorbehalt des Eigentums an einen Droschkenführer zum selbstständigen Droschkenbetrieb verkauft wurde und der Verkäufer die nur ihm erteilte polizeiliche Genehmigung und Zulassung zum Kraftdroschkenbetriebe behielt, weil ein solcher Vertrag den Zweck verfolgte, den Käufer gegen das Verbot der §§ 37, 147 Nr. 1 GewD. zum selbstständigen Unternehmer des Droschkenbetriebes zu machen. Hier zitiert das RG. richtig den § 134 BGB. Ebenso bemerkt das

Reichsgericht in der J. W. 46 S. 654 ausdrücklich, daß die Nichtigkeit des sogen. Kastellanvertrages nicht auf § 138, sondern auf § 134 BGB. beruhe. Nicht erforderlich ist, daß jemand, z. B. als Pächter, nur zum Schein als Stellvertreter eines Gewerbetreibenden bestellt ist; es genügt selbstverständlich auch, daß jemand z. B. als Pächter einen Schankwirtschaftsbetrieb ohne Erwirkung der polizeilichen Erlaubnis lediglich auf Grund der dem Verpächter erteilten Erlaubnis in eigenem Namen und auf eigne Rechnung betreiben soll, in welchem Falle keine Umgehung des Gesetzes vorliegt, vielmehr offen und unmittelbar gegen das Verbotsgesetz verstoßen wird. So RG. in J. W. 46 S. 654 zu folgendem Fall:

Der Kläger und P. hatten durch Vertrag vom 4. Juni 1913 vom Beklagten den gesamten Restaurationsbetrieb einschließlich kalter Küche im Reichshallentheater gepachtet. Die im Vertrage vereinbarte Sicherheit von 5000 M. in bar wurde vom Kläger gestellt. Dieser beanspruchte deren Rückzahlung mit der Behauptung, er hätte, ebenso wie P., von dem vertragsmäßigen Rechte, das Pachtverhältnis zum 31. Juli 1914 mit dreimonatiger Frist zu kündigen, Gebrauch gemacht. In der Beruf.-Instanz stützte er die Klage in erster Linie auf die Nichtigkeit des Kastellanvertrages wegen Verstößes gegen §§ 33, 45 Gew.-D. Das Landgericht wies die Klage ab, das OLG. verurteilte. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen:

„Das OLG. folgert aus der ganzen Sachlage, daß der Wille der Vertragsteile bei Abschluß des Vertrags am 4. Juni 1913 dahin ging, die beiden Pächter sollten den Schankwirtschaftsbetrieb im Reichshallentheater ohne Erwirkung der erforderlichen polizeilichen Genehmigung lediglich auf Grund der dem Beklagten erteilten Erlaubnis in ihrem Namen und für ihre Rechnung betreiben. Diese Feststellung liegt auf tatsächlichem Gebiet und ist ohne Rechtsverstoß getroffen. Daß jener Wille, der in dem schriftlichen Vertrage selbst keinen Ausdruck gefunden hat, aus dem späteren Verhalten der Vertragsteile entnommen wird, ist nicht rechtsirrig. Diese Feststellung trägt aber die Entscheidung, daß der Pachtvertrag, weil er auf ein nach den §§ 33, 147 Nr. 1 Gew.-D. verbotenes Ergebnis abzielte, nach § 134 BGB. nichtig ist. Die Ansicht der Revision, zu den Merkmalen des sogen. Kastellanvertrages gehöre es, daß dem nunmehrigen Inhaber des Schankbetriebs der Schein eines bloßen Stellvertreters des Konzessionsinhabers gegeben werde, ist nicht zutreffend. Die Nichtigkeit des Kastellanvertrags beruht nicht auf § 138, sondern auf § 134 BGB., und dieser erklärt nicht etwa nur zur Umgehung des Gesetzes geschlossene Geschäfte, sondern auch — sogar in erster Linie — solche, die offen und unmittelbar gegen das Verbotsgesetz verstoßen, für unwirksam. Es genügt also, daß der nach den obigen Bestimmungen der Gew.-D. unerlaubte Wirtschaftsbetrieb zum Gegenstande des Vertrags gemacht ist, daß der Vertrag nach seinem Inhalte gegen das Verbotsgesetz verstößt, wie der erkennende Senat bereits in dem Urteil LZ. 1916, 318 ausgesprochen hat. Damit stehen auch die ben Kastellanvertrag betreffenden früheren Entscheidungen des Reichsgerichts (RG. 39, 168 f.; 63, 145; 67, 323; 84, 305; Gruchot 50 S. 919, 921; J. W. 1912, 456; Warn. Rspr. 1. Jahrg. S. 276 Nr. 371, 2. Jahrg. S. 421 Nr. 443) nicht

in Widerspruch; sie betreffen zwar meist Fälle, in denen der Pächter zum Schein zum Stellvertreter bestellt ist, erklären dies aber nicht zur Voraussetzung für die Nichtigkeit des Vertrags."

Keine Nichtigkeit hat ein Vertrag zur Folge, welcher gegen die Vorschriften über das Gesetz betr. Höchstpreise vom 4. August bezw. 17. Dezember 1914 nebst Änderung vom 21. Januar 1915 verstößt. Ein Verstoß gegen dieses Gesetz liegt auch dann vor, wenn zwischen der Festsetzung und dem Inkrafttreten eines Höchstpreises ein Verkauf auf Lieferung nach dem Zeitpunkte des Inkrafttretens zu einem den Höchstpreis übersteigenden Preise geschlossen wird, weil sich die Parteien durch einen solchen Vertrag auf eine Leistung einigen, die nach dem Rechte der Zeit, zu der sie erfolgen soll, verboten ist (RG. 89 S. 197/8). In solchem Falle ist der Kauf nicht nichtig, vielmehr wird der Kaufpreis lediglich entsprechend herabgesetzt. So RG. 88 S. 250 ff.:

„Das Kammergericht nimmt zu Unrecht an, daß eine Überschreitung der Höchstpreise den Kauf nichtig macht. Allerdings ist die Überschreitung der Höchstpreise durch Gesetz mit Strafe bedroht und somit verboten. Verkäufe, in denen die Höchstpreise überschritten werden, fallen demnach unter den § 134 BGB. Sie sind nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Das Gesetz, um das es sich handelt, ist das Gesetz, betr. Höchstpreise, vom 4. August 1914 in der Fassung vom 17. Dezember 1914 nebst der Änderung vom 21. Januar 1915. Diese Vorschriften sind zwar Rechtsnormen und deswegen Gesetze im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs; sie unterscheiden sich aber von den meisten Gesetzen dadurch, daß sie nicht auf die Verwirklichung eines Rechtsgedankens, sondern ganz unmittelbar auf einen wirtschaftlichen Zweck abzielen. Deswegen muß bei ihrem Verständnis und bei ihrer Anwendung vor allem der wirtschaftliche Zweck berücksichtigt werden.

Es soll aber durch das Gesetz und die Festsetzung der Höchstpreise nicht nur der negative Erfolg erreicht werden, daß keine Waren zu höheren als den festgesetzten Höchstpreisen verkauft werden — womit nichts gebessert wäre —, sondern der positive Erfolg, daß die verfügbaren Vorräte an Gegenständen des täglichen Bedarfs, besonders an notwendigen Nahrungsmitteln dem Volke zu Preisen zugeführt werden, welche die festgesetzte Grenze nicht überschreiten. Das ergibt sich aus der Natur der Sache und aus dem Gesamtinhalte des Gesetzes. Seine wesentlichen Vorschriften bestimmen erstens (§§ 2 bis 4), daß die Behörden die Waren den Besitzern, insbesondere im Falle der Widergesetzlichkeit, fortnehmen und für deren Rechnung zum Höchstpreise verkaufen dürfen, zweitens, daß die Überschreitung der Höchstpreise und sonstige Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz bestraft werden. Durch beides zusammen soll also ein starker Druck und, wenn nötig, ein Zwang, innerhalb der Höchstpreise zu verkaufen, ausgeübt werden. Das ist der Inhalt und Zweck des Gesetzes und hiermit ist es nicht vereinbar, geschene Verkäufe wegen Überschreitung der Höchstpreise als nichtig zu behandeln. Dadurch würde die Verteilung der nötigen Nahrungsmittel nicht befördert, sondern entgegen dem offenbaren Zweck des Gesetzes zunächst einmal gehemmt werden, indem die Käufer, die, sei es für eigenen Bedarf, sei es zum weiteren Vertriebe gekauft hatten, nun garnichts erhalten würden. Es ergibt sich also aus dem Inhalt und Zwecke des Gesetzes, daß die verbotswidrige Überschreitung der Höchstpreise nicht die im

§ 134 BGB. für den Zweifelsfall bestimmte Folge der Nichtigkeit der Verkäufe nach sich ziehen kann. Soll, wie das Gesetz es offenbar will, positiv darauf hingewirkt werden, daß die verfügbaren Vorräte gegen Preise, die sich innerhalb der gesetzten Grenze halten, in den Verkehr kommen, so müssen vielmehr die unter Überschreitung dieser Grenze geschlossenen Verkäufe aufrecht erhalten und nur die Preise auf das erlaubte Maß herabgesetzt werden. Dies hat die Wirkung, daß die Ware in den Verkehr gebracht und nicht mehr, als für erschwänglich erachtet, dafür bezahlt wird. Nur diese Herabsetzung der Preise, nicht die Nichtigkeit der Verkäufe, ist also die aus dem Inhalt und Zwecke des Gesetzes sich ergebende Folge der verbotswidrigen Überschreitung der Höchstpreise. Sie muß gemäß dem Grundsätze des § 134 eintreten.

Was hiergegen in der Literatur geltend gemacht wird, ist nicht durchschlagend. Es ist nicht zwingend, daß die Herabsetzung der Preise deswegen nicht zulässig sei, weil sie auf einen Zwang, zu kontrahieren, hinauslaufe, den das Gesetz nur in Ausnahmefällen kenne. Die Vorschriften der §§ 2 flg. geben allerdings nur den Behörden das Recht, dem Besitzer die Ware abzunehmen, ohne ihn zum Verkaufe zu zwingen. Daraus folgt aber nicht, daß, wenn ein Besitzer verkauft hat, der Preis nicht auf das zulässige Maß herabgesetzt werden könnte. Es wird hiermit gegen den Besitzer der Grundgedanke des Gesetzes, daß jeder seine verfügbaren Vorräte innerhalb der festgesetzten Preisgrenze verkaufen soll, in anderer Weise geltend gemacht. Es ist wirtschaftlich und auch rechtlich etwas Verschiedenes, ob jemand zu einer Veräußerung seines Eigentums gezwungen wird, oder ob in einem geschlossenen Veräußerungsvertrage bestimmte Abreden, weil wider das allgemeine Interesse verstößend, unter Aufrechterhaltung des Vertrags im übrigen getilgt werden. Dies ist keineswegs ohne Vorgang in der Gesetzgebung. Es gilt vielmehr bei verschiedenen Vertragsarten in Bezug auf Abreden, die für den wirtschaftlich schwächeren Teil bedrücklich sind, so z. B. für die Konkurrenzklausele der Handelsgehilfen (§ 74 HGB.), ferner in dem in der Literatur bereits angeführten Falle des § 624 BGB. Auch auf den § 724 BGB. ist hinzuweisen. Gehören Vorschriften dieser Art, die entgegen dem Grundsätze des § 139 BGB. einzelne Vertragsabreden unwirksam machen, den Vertrag im übrigen aber aufrechterhalten, zum dauernden Bestande der Rechtsordnung, so können sie in einem wirtschaftlichen Notgesetze, das für begrenzte Zeit scharf in die wirtschaftliche Freiheit eingreift, kein Bedenken erregen."

Derselben Ansicht folgt das Reichsgericht in der J. W. 45 S. 1021, 46 S. 354, in Warneyers Erg.-Bd. 9 S. 385 Nr. 238 und Erg.-Bd. 10 S. 51 Nr. 40.

Im übrigen sind drei weitere Ansichten vertreten:

1. Der Kaufvertrag ist bei Überschreitung der Höchstpreisgesetzgebung vollwirksam;
2. der Kaufvertrag ist bei Überschreitung der Höchstpreisgesetzgebung relativ unwirksam (§ 135);
3. der Kaufvertrag ist bei Überschreitung der Höchstpreisgesetzgebung nichtig, so besonders nach Ansicht des Kammergerichts. Das Reichsgericht führt in der J. W. 46 S. 354/5 hierzu aus:

„Die Parteien trifft wegen des Kaufabschlusses der Vorwurf eines bewußten Verstoßes gegen die gesetzliche Ordnung, der aber durch die Herabsetzung des Preises auf das erlaubte Maß erledigt wird und an sich noch keinen Verstoß wider die guten Sitten bildet. Als, abgesehen hiervon, besonders verwerflich, namentlich als eine bewußte, eigennützige Gefährdung vaterländischer Interessen kann aber ihr Verfahren nicht erachtet werden. Das möchte der Fall sein, wenn die Parteien ihres Vorteils wegen darauf ausgegangen wären, die verkaufte Ware dem Zwecke der Volksernährung, für den sie nötig war, zu entfremden. Das ist aber nach dem Urteil des BG. nicht der Fall. Die Klägerin, die die Ware kaufte, betreibt eine Graupenmühle und auch das BG. nimmt an, daß sie die Gerste in dieser verarbeiten und dann als Nahrungsmittel in den Verkehr bringen wollte. Unter diesen Umständen kann man den Parteien nicht das Bewußtsein, das Vaterland zu schädigen, zur Last legen. Sie können sehr wohl geglaubt haben, daß ihr Geschäft, wenn auch der positiven Vorschrift des Gesetzes, so doch nicht seinem Zwecke widerspreche, und dem vaterländischen Interesse keineswegs zuwider, vielleicht sogar nützlich sei. Das ist bei Beurteilung des Verfahrens der Klägerin allerdings zu berücksichtigen. Das BG. spricht ohne Grund aus, daß sie sich damit nicht entschuldigen könne. Bei solcher Sachlage kann in der Überschreitung des Höchstpreises ein Verstoß wider die guten Sitten nicht gefunden werden, woraus folgt, daß der Vertrag nicht nichtig, sondern unter Herabsetzung des Preises aufrechtzuerhalten ist.“

Vgl. ferner Dertmann, *Privatrechtliche Folgen der Überschreitung von Höchstpreisen* in der *J. W.* 46 S. 255—7. Dertmann tritt der Ansicht des Reichsgerichts bei, weist aber darauf hin, daß allerdings in der Erklärung des Käufers, für 20 kaufen zu wollen, zwar auch eine solche auf Kauf zu 10 liege — in maiore minus —, nicht aber umgekehrt in der Erklärung des Verkäufers, für 20 verkaufen zu wollen, auch der Wille, für 10 zu verkaufen. Auch eine Konversion i. S. des § 140 BGB. komme daher nicht in Frage, weil in der Kaufabrede zum höheren Preise die zum niederen nicht mit enthalten sei, vom Verkäufer insbesondere nicht gewollt sei. Wohl aber zeige § 655 BGB. — die richterliche Herabsetzung des übermäßigen Mäklerlohnes auf den angemessenen Betrag —, daß eine richterliche Reduktion der Gegenleistung dem Gesetz nicht unbekannt sei.

II. §§ 135—6 bestimmen:

§ 135. Verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam. Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt.

Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.

§ 136. Ein Veräußerungsverbot, das von einem Gericht oder einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen wird, steht einem gesetzlichen Veräußerungsverbot der im § 135 bezeichneten Art gleich.

Beim Bestehen eines sogen. relativen Veräußerungsverbotcs tritt nur eine relative Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ein, d. h. eine Unwirksamkeit gegenüber denjenigen Personen, deren Schutz das Veräußerungsverbot bezweckt. Allen andern Personen gegenüber ist das Geschäft wirksam. Die geschützten Personen können aber auch durch ihre Zustimmung die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts auch ihnen gegenüber herbeiführen, weshalb die relative Unwirksamkeit nicht von Amts wegen berücksichtigt wird (Rspr. der OLG. 5 S. 143). Gutgläubige Dritte werden nach § 135 Abs. 2 geschützt und zwar nach §§ 932 ff. BGB. oder § 366 HGB., event. nach §§ 1032, 1207/8, 1244 BGB.

Relative gesetzliche Veräußerungsverbote müssen im Grundbuch eingetragen werden, um Dritten gegenüber nach § 892 Abs. 1 Satz 2 entgegengehalten werden zu können.

Richterliche Veräußerungsverbote hinsichtlich von Grundstücksrechten sind auch ohne Eintragung im Grundbuch wirksam. Die Eintragung hat nur für den Fall eines späteren rechtsgeschäftlichen Erwerbes an den Grundstücksrechten bezüglich der Ungiltigkeit dieses Erwerbes Bedeutung. § 135 Abs. 2 BGB. schützt daher nicht den gutgläubigen Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung, wenn der Erwerb eines auf einem Grundstück eingetragenen Rechtes gegen ein Veräußerungsverbot verstößt. So RG. 90 S. 335 ff. zu folgendem Fall:

Der Fabrikant B. hatte durch notarielle Akte 3 auf dem Grundstücke des K. eingetragene Briefhypotheken von zusammen 13000 M. an seine Frau abgetreten. Der beklagte Zollfiskus focht diese Abtretungen wegen Steuerhinterziehungen an und erwirkte eine einstweilige Verfügung, durch die der Ehefrau B. verboten wurde, über die ihr übertragenen Vermögensstücke durch Veräußerung oder in anderer Weise zu verfügen. B. verschuldete der Klägerin über 20000 M. Frau B. hatte sich zur Zahlung der Schuld verpflichtet. Gegen sie erwirkte die Klägerin ein Anerkenntnisurteil über 13000 M. und auf Grund des Urteils einen Beschluß, durch den die bezeichneten 3 Hypotheken der B. gepfändet und ihr zur Einziehung überwiesen wurden. Die Klägerin erklärte das Verfügungsverbot ihr gegenüber für unwirksam, weil es weder im Grundbuch eingetragen noch ihr bekannt gewesen war. Sie klagte gegen den Zollfiskus auf Einwilligung, daß sie die 3 Hypotheken vom Schuldner einziehe. Das Reichsgericht erklärte die Pfändung und Überweisung der Hypotheken dem Beklagten gegenüber wegen Verstosses gegen das Verfügungsverbot für unwirksam. Es führt a. a. O. S. 337 ff. aus:

„Nach § 135 Abs. 1, § 136 BGB. ist eine Verfügung über einen Gegenstand, die gegen ein von einem Gericht erlassenes Veräußerungsverbot verstößt, den Personen gegenüber, deren Schutz das Veräußerungsverbot bezweckt, unwirksam und steht in dieser Beziehung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung

eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Daraus ergibt sich, daß, wenn die vom Beklagten gegen die Ehefrau B. erwirkte einstweilige Verfügung wirksam war und noch zu Recht besteht, die für die Klägerin gegen die Ehefrau B. im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Pfändung und Überweisung der drei Hypotheken, da sie gegen das vorherige in der einstweiligen Verfügung enthaltene Verbot der Veräußerung der Hypotheken verstießen, dem Beklagten gegenüber unwirksam sind. Auf die Bestimmung des § 135 Abs. 2 BGB, wonach die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden, kann sich die Klägerin für die Wirksamkeit der Pfändung und Überweisung nicht berufen. Diese Bestimmung hat die Bedeutung, daß Vorschriften, die den Erwerb von einem Nichtberechtigten, wenn der Erwerber über die Berechtigung seines Rechtsurhebers in gutem Glauben war, schützen, im Falle einer gegen ein Veräußerungsverbot verstößenden Verfügung entsprechend dahin anzuwenden sind, daß die Verfügung wirksam ist, wenn der durch sie Begünstigte über das Nichtbestehen des Veräußerungsverbots in gutem Glauben war. Zur entsprechenden Anwendung aber ist zu erfordern, daß es sich um eine Vorschrift handelt, die sich auf gleiche Gegenstände wie die von einer Verfügung im Sinne des § 135 Abs. 1 betroffenen bezieht, und die ferner einen solchen Rechtserwerb von einem Nichtberechtigten betrifft, dessen Rechtsgrund gleichgeartet ist dem Rechtsgrunde für das durch eine Verfügung im Sinne des § 135 Abs. 1 erlangte Recht. Für den Rechtserwerb an einer Hypothek als einem Rechte an einem Grundstücke kommen in dieser Hinsicht nur die Vorschriften des § 892 BGB. in Betracht. Diese Vorschriften beziehen sich aber lediglich auf einen solchen Rechtserwerb, dessen Rechtsgrund ein Rechtsgeschäft ist, nicht dagegen auf einen Rechtserwerb im Wege der Zwangsvollstreckung (RGZ. Bd. 54 S. 105, Bd. 59 S. 315, Bd. 68 S. 153, Bd. 72 S. 271). Dies gilt insbesondere auch von der Vorschrift des § 892 Abs. 1 Satz 2, wonach, wenn der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt ist, die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam ist, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist. Hier ist unter dem „Erwerber“, wie sich aus Abs. 1 Satz 1 ergibt, nur ein solcher Erwerber zu verstehen, der durch Rechtsgeschäft erworben hat. Daher ist die Vorschrift nicht nach § 135 Abs. 2 auf einen Erwerb, der sich auf eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verfügung im Sinne des § 135 Abs. 1 Satz 2 BGB. gründet, anwendbar.

Das Ergebnis ist hiernach, daß, soweit § 135 Abs. 1 Satz 1 den Grundsatz der Unwirksamkeit einer gegen ein Veräußerungsverbot verstößenden Verfügung aufstellt, nach § 135 Abs. 1 Satz 2 eine Verfügung, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichsteht, daß aber, somit als Ausnahme von jenem Grundsatz sich aus den nach § 135 Abs. 2 entsprechend anzuwendenden Vorschriften die Wirksamkeit des Rechtserwerbes auf Grund einer Verfügung ergibt, eine rechtsgeschäftliche Verfügung und eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Verfügung sich nicht gleichstehen, wenigstens nicht, wenn die durch sie betroffenen Gegenstände Rechte an einem Grundstücke sind; für die solche Rechte betreffenden, im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgenden Verfügungen gilt der Grundsatz der Unwirksamkeit unbedingt, da Vorschriften, welche nach § 135 Abs. 2 auf sie entsprechend anzuwenden wären, nicht bestehen, während ein auf eine rechts-

geschäftliche Verfügung gegründeter Erwerb an solchen Rechten nach Maßgabe des § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. wirksam sein kann. Demnach kann die Klägerin sich für die Wirksamkeit der für sie bewirkten Pfändung und Überweisung der fraglichen drei Hypotheken nicht darauf berufen, daß das gegen die Hypothekengläubigerin Ehefrau B. zugunsten des Beklagten erlassene Verbot der Veräußerung der Hypotheken zur Zeit der Pfändung nicht im Grundbuch eingetragen und ihr auch nicht bekannt gewesen sei.

Ferner bedurfte es zur Wirksamkeit des Veräußerungsverbots nicht der Erlangung des Besizes der Hypothekenbriefe durch den Beklagten. Die einstweilige Verfügung, durch die nach Maßgabe des § 938 Abs. 2 ZPO. das Veräußerungsverbot erlassen worden war, ist durch ihre Zustellung an die Hypothekengläubigerin Ehefrau B., gegen die sich das Verbot richtete, vollzogen worden, und damit ist das Verbot, ohne daß es eines weiteren bedurfte, wirksam geworden (RGZ. Bd. 21 S. 418, Bd. 51 S. 132). Sollte allerdings die Eintragung des Veräußerungsverbots in das Grundbuch erfolgen, so waren nach § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO. die Hypothekenbriefe dem Grundbuchamte vorzulegen (RG. Jahrb. Bd. 38 S. A. 296). Aber eine Eintragung des Veräußerungsverbots hätte nach obigen Ausführungen nur für den Fall eines späteren rechtsgeschäftlichen Erwerbes an den Hypotheken hinsichtlich der Ungültigkeit dieses Erwerbes Bedeutung gehabt; im übrigen war das Verbot auch ohne Eintragung wirksam. Daß der Beklagte im Besitze der Hypothekenbriefe sich befand, war zur Wirksamkeit des Verbots ebensowenig erforderlich, wie bei einem andere Vermögensstücke betreffenden Veräußerungsverbote zur Wirksamkeit des Verbots notwendig ist, daß der durch das Verbot Begünstigte sich in den Besiz der Vermögensstücke gesetzt hat. Nach § 830 Abs. 1 Satz 1 ZPO. ist zwar zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Briefhypothek besteht, außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich. Aber aus dieser Vorschrift ist ebenfalls nicht zu folgern, daß ein im Wege der einstweiligen Verfügung erlassenes, eine Briefhypothek betreffendes Veräußerungsverbot erst dann in Wirkung trete, wenn der durch das Verbot begünstigte den Besiz des Hypothekenbriefs erlangt habe; denn die einstweilige Verfügung folgt hinsichtlich der Erfordernisse ihrer Vollziehung und Wirksamkeit ihren eigenen Regeln."

Beispiele von relativen Veräußerungsverboten sind § 2211 BGB., § 938 ZPO., § 1019 ZPO., § 23 ZwZG., §§ 106, 113 RD., § 288 StrGB.

Auch §§ 6, 7 RD. fällt hierunter, demzufolge Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkursöffnung nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind. Doch gelten hier die Schutzbefristungen über den Erwerb gutgläubiger Dritte nur i. F. der §§ 892, 893 BGB., nicht auch im Falle der Veräußerung von beweglichen Sachen.

Im Gegensatz zu den in den §§ 135/6 BGB. behandelten relativen Veräußerungsverboten stehen die absoluten Veräußerungsverbote, die im öffentlichen Interesse erlassen werden und bei denen absolute Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts ohne den Schutz Gutgläubiger eintritt. Hierher gehören vor allem die Beschlagnahmen nach der StrPO. §§ 333—335, 480, die Einziehung nach

§ 94 StrPD. Auch die Bestimmungen des sog. Lohnarrestgesetzes, der Reichsversicherungsordnung über das Verbot der Abtretung usw. gewisser Gehaltsansprüche fallen hierunter, ebenso die Veräußerungsverbote in den Kriegsschutzgesetzen. Derartige Verbote werden auch nicht in das Grundbuch eingetragen.

III. § 137 bestimmt:

Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.

Hierdurch wird die Gültigkeit eines obligatorischen Rechtsgeschäfts der genannten Art nicht in Frage gestellt, dagegen wirkt dasselbe Dritten gegenüber selbst bei Kenntnis des obligatorischen Geschäfts nicht dinglich. Auch eine Eintragung des rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbotens in das Grundbuch ist ausgeschlossen. Beim Zuwiderhandeln gegen das obligatorische Geschäft steht dem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch zu; auch etwaige Vertragsstrafen sind verfallen. Selbst keine obligatorische Wirkung hat nach § 1136 eine Vereinbarung, durch welche sich der Grundeigentümer dem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder weiterhin zu belasten.

Zulässig dagegen ist die Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer eines Grundstücks, daß ein Grundstück künftig nur an Käufer deutscher Nationalität und nicht an Personen polnischer Abstammung verkauft werde, da eine derartige Abrede nicht sittenwidrig ist. Dies gilt auch dann, wenn in dem gleichen Vertrage sich der Veräußerer für rückständiges Kaufgeld eine Hypothek bestellen läßt. So RG. 55 S. 78 ff. gegen Biermann und Maenner mit folgender Begründung:

„Das Gesetz will einer Vereinbarung, durch die dem dinglichen Rechte des Gläubigers eine das gebotene Maß überschreitende Erweiterung gegeben werden würde, die Rechtsgültigkeit versagen. Es verlangt daher eine Vereinbarung, „durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet“, und bringt damit zum Ausdruck, daß die Vereinbarung im Hinblick auf das dingliche Recht getroffen worden sein muß, d. h. also so, daß durch sie dem Gläubiger in dieser seiner Eigenschaft eine besondere Befugnis verliehen werden soll. Diese Voraussetzung wird durch den zufälligen Umstand, daß in demselben Vertrage, in welchem die Vereinbarung getroffen ist, auch das Gläubigerrecht begründet, z. B. eine Hypothek für rückständiges Kaufgeld bestellt wird, noch nicht erfüllt. Es mußte irgendein Umstand hinzukommen, der die Beziehung der Abrede auf das Gläubigerrecht ersichtlich machte, also erkennen ließe, daß die Vereinbarung nicht getroffen sein würde, wenn nicht der andere Teil zugleich Gläubiger des sich verpflichtenden Eigentümers werden sollte. Von diesem richtigen Gesichtspunkt aus, der auch in der Literatur Anerkennung gefunden hat, . . . hat der Berufsrichter die Sachlage

beurteilt und hervorgehoben, daß sich im vorliegenden Falle eine solche Beziehung der Vereinbarung zu der Kaufgelderhypothek der Klägerin nicht finden lasse, daß sie vielmehr durch die von der Klägerin bei ihrer Geschäftsführung verfolgten Ziele geradezu ausgeschlossen werde. Daß dann aber auch von einer Verletzung des § 137 BGB. nicht die Rede sein kann, ergibt sich aus Satz 2 dieser Vorschrift, wonach die Vereinbarung zwischen den Parteien als für obligatorisch wirksam bestehen bleibt.“

§ 137 hat besonders praktische Bedeutung für das Urheberrecht und Verlagsrecht. So kann der Autor und Verleger seinen Sortimentern, sonstigen Abverkäufern zum Wiederverkaufe, Aufkäufern und Kommissionären nach § 137 S. 2 vertragsmäßig die Verpflichtung auferlegen, ein Buch nicht unter dem bestimmten Ladenpreise zu verkaufen und diese Verpflichtung auch ihren Käufern gleichfalls aufzuerlegen, und er kann sich gegen Verletzung dieser Verpflichtung durch Vertragsstrafe sichern und auch Schadensersatz aus dem Vertrage nach § 276 BGB. fordern, wenn ihm durch den Verkauf unter dem bestimmten Preise ein Schaden entsteht. So auch RG. 63 S. 399:

„Aber weiter reicht das Recht des Autors oder Verlegers auch nicht. Ein allgemeines Verbot mit dinglicher Wirkung gegen jeden Dritten, der Eigentümer rechtmäßig in den Verkehr gebrachter Exemplare des Werkes ist oder solche zu Eigentum erwerben will, kann der Autor und Verleger nach dem § 137 BGB. nicht erlassen. Nach den Grundfäden des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat auch die Kenntnis eines Dritten von dem persönlichen Recht eines anderen zu einer Sache oder einem obligatorischen Veräußerungsverbot oder einer obligatorischen Veräußerungsbeschränkung gegen den Dritten keine Wirkung.“

In der genannten Entscheidung wird auch ausgeführt, daß durch einen Verkauf unter dem Ladenpreise seitens derjenigen, die das Buch rechtmäßig von einem Sortimenter erworben haben, welche ihrerseits die Vertragsverpflichtung gegenüber dem Verleger durch Verkauf unter dem Ladenpreis verletzt haben, das ausschließliche Recht der Verbreitung des Werkes (§§ 11, 36, 38 Urheberrechtsgesetz, § 8 Verlagsgesetz) seitens des Autors bzw. Verlegers nicht verletzt werde. Dieses Verbreitungsrecht soll den Autor und Verleger nur gegen die Konkurrenz mit anderen Exemplaren schützen, die rechtmäßig hergestellt, aber von anderer Seite als vom Urheber und Verleger in den Verkehr gebracht wurden:

„Daran ist nicht gedacht, dem Urheber und Verleger ein absolutes ausschließliches Recht der gewerbsmäßigen Verbreitung in dem Sinne zu verleihen, daß außer ihnen und denen, denen sie das Recht der gewerbsmäßigen Verbreitung übertragen, niemand während der Dauer des Urheberrechts befugt sei, ohne ihre Erlaubnis selbst solche Exemplare ihres geschützten Werkes gewerbsmäßig zu verbreiten, die sie in Ausübung ihres Rechts selbst in den Verkehr gebracht haben. Nur unter der Voraussetzung eines absoluten ausschließlichen Rechts in diesem Umfange könnten Urheber und Verleger für berechtigt gelten, die gewerbsmäßige Verbreitung durch andere

überhaupt zu verbieten, und durch die Bestimmung eines Ladenpreises auch zu beschränken. Damit wäre dem Urheber und Verleger, in der Hauptsache dem Buchhändler, ein ganz exorbitantes Recht verliehen, wie es für keinen andern Gewerbebetrieb besteht.

Aus § 11 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes läßt sich ein so weitgehendes Recht nicht herleiten. Das ausschließliche Vervielfältigungsrecht besteht seiner Natur nach während der ganzen Dauer des Urheberrechts und wiederholt sich so oft, als es sich um Vervielfältigung des geschützten Werkes handelt. Das Recht der gewerbsmäßigen Verbreitung wird ausgeübt dadurch, daß das Werk im Gewerbebetrieb an das Publikum abgesetzt, in den Verkehr gebracht wird. Dazu soll nach dem Gesetz vor dem Urheber (oder Verleger) niemand ohne seine Erlaubnis berechtigt sein. Haben aber Urheber oder Verleger das Werk in Ausübung ihres Rechts einmal an das Publikum abgesetzt und so in den Verkehr gebracht, so ist ihr Recht erschöpft. Gewiß hätte das Gesetz das Recht der gewerbsmäßigen Verbreitung für den Urheber (und den Verleger) so gestalten können, daß es ihm während der ganzen Dauer des Urheberrechts als ausschließliches Recht gegenüber jedem Dritten auch für die von ihm selbst in den Verkehr gebrachten Exemplare verblieb. Das stände einer ausschließlichen Gewerbeberechtigung gleich, und würde dem § 7 Nr. 1 der Gewerbeordnung gegenüber eines völlig klaren und unzweideutigen Ausdrucks im Gesetz bedürft haben, an dem es fehlt. Dem Verlagsbuchhandel wäre damit ein Privilegium gegeben, wie es sonst für keinen Gewerbetreibenden besteht. Besonders wäre damit, worauf Mittels in seinem Aufsatz im „Recht“ 1906 S. 573 hinweist, der ganze Antiquariatsbuchhandel so gut wie besetztigt.“ (RG. 63 S. 397/8).

§ 137 gilt auch für Erbteile. Demnach kann der Erblasser nicht wirksam anordnen, daß der von ihm testamentarisch berufene Erbe hinsichtlich seiner Verfügungen über den Erbteil bis zu einem gewissen Zeitpunkt an die Zustimmung des Testamentsvollstreckers gebunden sein solle. So RG. bei Gruchot 59 S. 745:

„... Der Anteil des Miterben am Nachlaß ist ein veräußerliches Recht (§ 2033 Abs. 1), und ebenso zweifellos stellt sich die hier in Rede stehende Bestimmung der Erblasserin als eine die Verfügung über den Erbteil beschränkende rechtsgeschäftliche Anordnung dar. Freilich ist eine Ausnahme von der Vorschrift des § 137 in § 399 insofern enthalten, als eine „Forderung“ nicht abgetreten werden kann, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Allein der Anteil des Miterben am Nachlaß ist kein Forderungsrecht. Nun finden zwar nach § 413 die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung. In dessen von einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift in § 399 kann, abgesehen von der Vorschrift in § 2033 Abs. 1 Satz 1, bei Erbteilen schon um deswillen keine Rede sein, weil keine Beschränkung der Abtretung „durch Vereinbarung mit dem Schuldner“ in Frage kommt. Die hiernach gemäß der Regelvorschrift in § 137 dinglicher Wirksamkeit entkleidete Bestimmung der Erblasserin wurde auch nicht dadurch dinglich wirksam, daß es gerade der Testamentsvollstrecker war, an dessen Zustimmung die Erblasserin die Verfügung der Erben über ihre Erbteile gebunden hat. Der Erblasser kann freilich den Umfang der Machtbefugnisse seines Testamentsvollstreckers verschieden festsetzen,

eine Erweiterung dieser Befugnisse über das im Gesetze (§§ 2203 bis 2310) zugelassene Höchstmaß hinaus ist jedoch, soweit es sich nicht um Befugnisse handelt, die der Erblasser auch jedem Dritten verleihen könnte, unzulässig. Darüber kann insbesondere auch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes kein Zweifel sein (vgl. Motive 5, 241; Prot. 5, 307, 309 und 543). Nach § 2205 Satz 2 ist der Testamentsvollstrecker zwar unter Ausschluß der Erben (§ 2211 Abs. 1) berechtigt, über die einzelnen Nachlassgegenstände zu verfügen, eine Verfügung über den Anteil eines Miterben am Nachlaß, über einen Erbteil im ganzen, oder eine Mitwirkung bei einer solchen ausschließlich dem Miterben selbst vorbehaltenen (§ 2033 Abs. 1 Satz 1) Verfügung steht ihm aber gesetzlich nicht zu, sie kann ihm daher auch nicht durch eine Bestimmung des Erblassers mit dinglicher Wirksamkeit eingeräumt werden."

Die Begründung eines dinglichen Rechtes an einer Sache ist keine Beschränkung der Verfügungsbefugnis i. S. des § 137 BGB., weshalb auch z. B. ein Pfandrecht an einem Erbteilsrecht auf ein Nachlaßgrundstück eingetragen werden kann:

"Verfügungsbeschränkungen, die gemäß dieser Vorschrift (d. h. des § 137 BGB.) nicht durch Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung begründet werden können, unterscheiden sich von dinglichen Rechten an fremder Sache, wie dem Pfandrechte, dadurch, daß der davon Betroffene behindert ist, sein Recht, das ihm an sich unbegrenzt zusteht, im Wege der Verfügung auszuüben, während durch das Bestehen eines dinglichen Rechtes an fremder Sache das Recht des Betroffenen daran entsprechend vermindert ist, ihm aber über sein so vermindertes Recht die freie Verfügung, unbeschadet jenes verminderten Rechtes, zusteht. Deshalb ist eine Verpfändung nicht eine rechtsgeschäftliche Ausschließung oder Beschränkung der Verfügungsbefugnis im Sinne des § 137. Danach ist die Eintragung des Pfandrechts an einem Erbteilsrecht auf ein Nachlaßgrundstück für zulässig zu verachten" (RG. 90 S. 237).

Eine Ausnahme von § 137 gilt nach § 399 für die Abtretung von Forderungen und nach §§ 413, 399 für die Übertragung dinglicher Ansprüche, Urheber-, Zeichen- und Patentrechte. Hier kann die Abtretung bezw. Übertragung durch einen Vertrag mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden; gleichwohl bleiben aber die nach § 399 unübertragbaren Forderungen pfändbar (§ 851 Abs. 2 ZPO.).

IV a. § 138 Abs. 1 bestimmt, daß ein gegen die guten Sitten verstößendes Rechtsgeschäft nichtig ist. Diese Nichtigkeit bezieht sich auch auf etwaige Vertragsstrafen, Bürgschaften und Pfandrechte und ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Bei Leistungen auf Grund nichtiger Geschäfte kann das Geleistete nach §§ 812 ff. zurückgefordert werden.

Gilt § 138 Abs. 1 auch für das dingliche Erfüllungsgeschäft?

Die Frage ist streitig und auch vom RG. 68 S. 100/101 nicht entschieden. Die herrschende Ansicht (Planck, Eneccerus, Dertmann, Gierke, Staub, Eccius, Windscheid-Kipp, v. Thur) steht auf dem Standpunkt, daß die abstrakten Rechtsgeschäfte, insbesondere die

Leistungsgeschäfte, die in Erfüllung eines kausalen vorgenommen werden, wegen Nichtigkeit ihres Rechtsgrundes selbst nicht nichtig sind oder regelmäßig nicht sein können. Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, daß infolge der Nichtigkeit des Kaufgeschäftes — abgesehen vom Wucher — das dingliche Erfüllungsgeschäft an sich nicht nichtig ist. (So auch RG. 57 S. 96/7. Vgl. § 28 VI). Abgesehen hiervon wird man der herrschenden Ansicht beitreten müssen, weil abstrakte Rechtsgeschäfte von ihrem Rechtsgrunde losgelöst und unabhängig von der Wirksamkeit des Rechtsgrundes sind.

Ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, muß nach seinem aus der Zusammenfassung von Beweggrund, Inhalt und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter beurteilt werden (RG. 83 S. 112/3). Es muß das Geschäft nach den objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoßen (RG. 56 S. 231).

Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, ist eine Rechtsfrage, und zwar nach RG. 67 S. 102 „insofern, als auch vom Revisionsgericht nachgeprüft werden kann und muß, ob die von den Untergerichten einwandfrei festgestellten tatsächlichen Umstände, die den Vertragsabschluß begleiteten und bei Vertragserfüllung weiter wirken, jenem Maß von Sittlichkeits- und Anstandsriicksichten widersprechen, das im Geschäftsverkehr auch von Durchschnittsmenschen gefordert werden kann.“

Ein Vertrag ist nicht schon dann i. S. des § 138 sittenwidrig, wenn er von einem Teile durch sittenwidrige Mittel, durch Bestechung eines Angestellten des Käufers, zustande gebracht ist, sondern nur dann „wenn sein Inhalt so beschaffen ist, daß er unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles, insbesondere der Gründe und Zwecke der Beteiligten, ein Verstoß gegen die guten Sitten enthält.“ Dies trifft in solchem Falle nach RG. 86 S. 148 nur dann zu, wenn durch die Bestechung der Abschluß eines höchst unbilligen Vertrages erreicht wurde, bei dem der bedungene Preis in auffälligem Mißverhältnis zur vereinbarten Leistung stände.

b) Über den Begriff der „guten Sitten“ führt das RG. 55 S. 373 aus:

„So wünschenswert es auch sein mag, so läßt sich doch im Rechtsverkehre nicht die Forderung aufstellen, daß die Kontrahenten gegenseitig vornehmen Sinn und sopen. Kulanz betätigen; vielmehr wird man mit der Forderung sich begnügen müssen, daß im Geschäftsleben gute Sitten herrschen, und daß als Maßstab dafür, was gute Sitte ist, die Auffassung zu gelten hat, welche im sittlichen Volksbewußtsein begründet ist und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht. Wie eine niedrige Denk- und Handlungsweise, selbst wenn sie in einzelnen Volksschichten die herrschende sein sollte, immer Unsitte bleibt und nicht gute Sitte wird, ebensowenig kann die vornehme Gefinnung, durch die sich gewisse Kreise der Personen auszeichnen, für die Begriffsbestimmung der guten Sitten im Rechtsinne den Maßstab bilden.“

Zwischen der Handlungsweise eines vornehmen Käufers und derjenigen eines Käufers, der im Geschäftsverkehre den Anforderungen der Redlichkeit und des Anstandes genügt, liegt ein Spielraum, der in den Grenzen der guten Sitten sich bewegt."

Und ferner RG. 83 S. 114:

"Bei Prüfung der Frage, ob ein Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, ist der Stand und Beruf der Partei mit zu berücksichtigen. Eine Verletzung der Standesehre genügt allerdings nicht, einen Vertrag zu einem unfittlichen zu machen; die Vereinbarung muß vielmehr nach ihrem Gesamtcharakter mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in Widerspruch stehen. Hiernach sind aber nicht an alle Menschen ohne Rücksicht auf Stand und Beruf die gleichen Anforderungen zu stellen; insbesondere ist bei Rechtsanwälten, die berufen sind, bei Wahrung des Rechtes mitzuwirken, ein schärferer Maßstab anzulegen."

c) Die Verpfändung des Ehrenwortes verstößt im allgemeinen gegen die guten Sitten und führt die Nichtigkeit des ganzen Vertrages herbei. So RG. 74 S. 333/4:

"Die in den . . . Vertragsbestimmungen enthaltene Bindung des Beklagten durch Ehrenwort verstößt gegen die guten Sitten. Schon in den Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 68 S. 229 — wo die Sachlage insofern eine andere war, als ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB. nicht allein wegen der Versicherung auf Ehrenwort, sondern auch wegen der unverhältnismäßigen Höhe der Vertragsstrafe in Frage kam — hat der erkennende Senat ausgesprochen, daß die Ehre, weil sie als ideales Gut einen Teil des Persönlichkeitsrechts des Menschen bildet und eine Grundlage seiner Existenz ist, nicht ohne weiteres in vermögensrechtlichen Beziehungen zugunsten anderer verwendet werden kann. Daß unter Umständen die Bindung des aus einem Vertrage Verpflichteten durch Ehrenwort zulässig sein kann, ist zuzugeben. Hier liegen aber ebenso wie in dem damaligen Falle besondere Gründe nicht vor; namentlich ist von einer besonderen Vertrauensstellung des Beklagten und von Geheimhaltung bestimmter anvertrauter Tatsachen keine Rede. Nach dem Inhalte des Vertrages bezieht sich ferner die Verpfändung des Ehrenwortes nicht allein auf die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses, sondern auch auf alle die mannigfachen in dem Wettbewerbsverbote dem Beklagten auferlegten Verpflichtungen und sogar auf die Beobachtung der aus der Geschäftsordnung ersichtlichen generellen Bedingungen seiner Anstellung. Der Beklagte stand hiernach schon während seiner Stellung bei der Klägerin und weiter während der auf 3 Jahr vereinbarten Geltung des Wettbewerbsverbotes unter dem Drucke der ehrenwörtlichen Verpflichtung. Er wurde der Gefahr ausgesetzt, selbst aus geringfügigen Anlässen des Bruches seines Ehrenwortes geziehen zu werden und dadurch eine Minderung seines Ansehens zu erleiden. Eine solche Bindung durch Ehrenwort in ausschließlich vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist unzulässig." (Weiter wird ausgeführt, daß die Voraussetzung des § 139 für die Aufrechterhaltung des Strafversprechens des Beklagten nicht vorliege, weil die Verpfändung des Ehrenwortes nach dem Vertragsinhalt kein bloßes, dem Vertrage hinzutretendes Bestärkungsmittel, keine Nebenabrede sei, die unbeschadet des Fortbestandes des Wettbewerbsverbotes aus dem Vertrage ausgeschlossen werden könnte, sondern in Verbindung mit der Vertragsstrafe die einheitliche Grundlage für das Wettbewerbsverbot bilde).

Und ferner RG. 78 S. 263/4:

„Der Verpfändung des Ehrenworts für eine vermögensrechtliche Verbindlichkeit steht das schwere Bedenken entgegen, daß die bloße Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit den Schuldner als wortbrüchig erscheinen läßt, auch wenn ihn kein oder doch kein erhebliches Verschulden trifft, daß der Vorwurf der Ehrlosigkeit gegen ihn erhoben werden kann, auch wenn er garnicht unehrenhaft gehandelt hat. Dem heutigen sittlichen Empfinden widerstrebt es, den Schuldner der Gefahr einer solchen ungerechtfertigten Ehrenminderung auszusetzen, nur um dem Gläubiger die Erfüllung einer beliebigen Forderung wirksamer, als dies mit den Mitteln des gerichtlichen Zwanges geschehen kann, zu sichern. Nur zum Schutze besonderer, wichtiger Interessen kann der Gewissenszwang, den die Verpfändung der Ehre auf den Schuldner ausübt, gerechtfertigt sein, und nur einer wirklich ehrlosen Handlung darf durch eine Verpfändung der Ehre vorgebeugt werden. Besondere Bedenken sind gegen die ehrenwörtliche Bestärkung eines Versprechens, nicht für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu sein, zu erheben. Die Frage, ob ein solches Versprechen nach den Bestimmungen des § 75 HGB. seine Wirksamkeit verloren hat oder nicht, ist ebenso wie die Frage einer Beschränkung seiner Wirksamkeit gemäß § 74 vielfach so zweifelhaft, daß eine objektive Verletzung der Verpflichtung leicht in dem guten Glauben an die rechtliche Unwirksamkeit der Verpflichtung erfolgen kann. Auch in einem solchen Falle aber würde dem der Verpflichtung Zuwiderhandelnden der Vorwurf des Ehrenwortbruches drohen. Ja, es besteht die Gefahr, daß ein solcher Vorwurf selbst da erhoben wird und dem Angestellten eine schwere Schädigung in seiner bürgerlichen Ehrenstellung und seinem Fortkommen bringt, wo das Wettbewerbsverbot für rechtlich unwirksam erklärt ist, daß die Verpfändung des Ehrenworts dazu mißbraucht wird, die gesetzlichen Schranken der Konkurrenzklausel zu sprengen.

Endlich aber ist es völlig unzulässig, nicht nur einzelne bestimmte Pflichten, deren Erfüllung für den Berechtigten von besonderer Bedeutung ist, sondern schlechthin die Erfüllung der gesamten Verbindlichkeiten aus einem Dienstvertrage an die Verpfändung des Ehrenwortes zu binden. Dies ist in dem Dienstvertrage des Beklagten geschehen. Seine ehrenwörtliche Verpflichtung erstreckt sich nicht nur auf die Innehaltung der Konkurrenzklausel und die Geheimhaltung der Bezugs- und Absatzgebiete der Klägerin, sondern auch darauf „allen Obliegenheiten, welche ihm übertragen würden, pünktlich nachzukommen“. Damit war die Möglichkeit gegeben, daß gegen den Beklagten auch bei den kleinen Unachtsamkeiten und Unbotmäßigkeiten, wie sie bei einer andauernden Berufstätigkeit fast unvermeidlich sind, der Vorwurf des Bruches des Ehrenwortes erhoben würde.

Wenn sich solche Bestimmungen, wie für die Revisionsbeklagte wohl nicht mit Unrecht angeführt wurde, in den Verträgen der kaufmännischen und technischen Angestellten nicht selten finden, so kann dies nur ein Grund mehr sein, diesem Mißbrauche des Ehrenwortes entgegenzutreten.

Gegenüber dem vorstehend Ausgeführten ist es ohne Bedeutung, daß die Stellung des Beklagten bei der Klägerin nach der Art seiner Tätigkeit und der Höhe seines Einkommens keine untergeordnete war, daß kein besonderer Druck auf ihn ausgeübt worden ist, um die ehrenwörtliche Verpflichtung zu erlangen, und daß sich auch die Klägerin, vertreten durch ihren Direktor, zu den von ihr in dem Vertrage übernommenen Verbindlichkeiten auf Ehren-

und Manneswort bekannt hat. Die Verpflichtungen, die der Beklagte ehrenwörtlich übernommen hat, sind wegen dieser unzulässigen Verpfändung des Ehrenwortes als gegen die guten Sitten verstoßend zu erachten und nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig."

d) Die Vereinbarung einer abnorm hohen Vertragsstrafe verstößt gegen die guten Sitten.

So RG. 68 S. 231 (der Angestellte einer Firma, welcher ein Jahresgehalt von 2400 Mk. nebst Tantieme bezog, hatte sich in einem Revers zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 100000 Mark für jede einzelne Übertretung der in dem Revers enthaltenen Verpflichtungen unterworfen):

„Eine solche alle Grenzen übersteigende, in ungewisse, für den Beklagten dem regelmäßigen Gange der Dinge nach überhaupt unerschwingliche Summen auslaufende Vertragsstrafe enthält einen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB., auch wenn, was nicht der Fall ist, behauptet und bewiesen worden wäre, daß derartige Bestimmungen durch das reelle Interesse der klägerischen Fabrik geboten seien. Denn diese Bestimmungen wahren lediglich unter Vernichtung der Vermögensstellung des Beklagten während seiner ganzen Lebenszeit in einseitiger Weise das Interesse des Klägers, während von einem auch nur versuchten Ausgleich der beiderseitigen Interessen in keiner Weise die Rede ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat zudem nicht die im gemeinen Recht vertretene Meinung (JW. 1893 S. 206 Nr. 43) angenommen, daß eine Vertragsstrafe niemals wegen ihrer Höhe gegen die guten Sitten verstoßen kann. Ebenso wenig steht aber das Herabsetzungsrecht aus § 343 BGB. der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. irgendwie entgegen.“

Das Gleiche gilt von der Vereinbarung eines übermäßig hohen Mäklerlohnes, besonders für die Vermittlung von Kriegslieferungen:

„Der Auffassung, daß die Verhältnisse des Krieges, der dringende Bedarf der Heeresverwaltung, die Schwierigkeiten und vielfache Unmöglichkeit für die Behörden, die Angemessenheit der geforderten Preise bei der notwendigen Eile des Abschlusses zu prüfen und um die Preise zu fälschen, es zulässig machten, ungemessene Gewinne zu erzielen, muß die Rechtsprechung scharf entgegenreten. Das Streben nach übermäßigem Gewinne in der Zeit der Kriegsnot, sei es auf Kosten des einzelnen oder der Gesamtheit, ist besonders da, wo es sich um Gegenstände des Kriegsbedarfs handelt, als gegen die guten Sitten verstoßend zu brandmarken“ (RG. 90 S. 402).

e) Ein Darlehen zu Spielzwecken kann gegen die guten Sitten verstoßen.

Das RG. hat im 67. Bande S. 361 folgendes hierüber ausgeführt:

„Nach alledem kann nicht zugegeben werden, daß die Gewährung eines namhafteren Darlehens schon deshalb eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung sei, weil sie dem Darlehnsnehmer die Möglichkeit verschaffen sollte, an einer öffentlichen Spielbank¹⁾ weiter zu spielen, um vorher dort erlittene

¹⁾ es handelt sich um Monte Carlo.

Verluste wieder einzubringen. Eine solche Maßnahme kann man unverständig nennen; es würde aber mit den allgemeinen Anschauungen von Recht und Billigkeit nicht zu vereinigen sein, wenn man, auch ohne den Hinzutritt besonderer erschwerender Umstände, sagen wollte, der Darlehnsgeber habe sich dadurch gegenüber dem Darlehnsempfänger einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungsweise schuldig gemacht.

Besondere erschwerende Umstände sind aber bisher nicht in zureichender Weise festgestellt. Dem Kläger hat . . . bei seinem Tun jede eigennützige Absicht gefehlt; er wollte lediglich aus Gutmütigkeit einem Manne, den er in dem von ihm bewohnten Gasthause kennen gelernt hatte, mit Geld aushelfen, weil er annahm, daß dieser, nachdem er vorher Unglück im Spiele gehabt hatte, nunmehr gewinnen werde. Und der Beklagte, dem er das Geld gab und nach den Aussagen der abgehörten Zeugin zuredete, nochmals sein Glück zu versuchen, war nicht etwa ein unerfahrener Mensch, sondern nach seinen eigenen Angaben schon öfter in Monte-Carlo gewesen und konnte die Gefahren, die ihm bei Fortsetzung des Spieles drohten, in vollem Umfange übersehen und beurteilen.

In Frage kommt daher nur noch, ob der Kläger mit Rücksicht auf das, was ihm über die sonstigen Verhältnisse des Beklagten, insbesondere über seine Vermögenslage, oder auch über die seiner Braut, die mit ihrer Mutter bei der Verhandlung über die Darlehnsgewährung zugegen war, bekannt war, davon hätte Abstand nehmen müssen, dem Beklagten eine größere Summe zur Fortsetzung des Spieles in die Hände zu geben, und ob von diesem Gesichtspunkte aus darin, daß der Kläger dies tat, eine nicht bloß unzweckmäßige und unverständige Maßnahme, sondern eine auch gegen die guten Sitten verstoßende Handlung zu erblicken sei. Die Begründungs- und Beweislast lag insoweit überall bei dem Beklagten.“ (Es wird weiter ausgeführt, daß Beklagter nichts in dieser Richtung vorgetragen habe).

Anders lag die Sache in dem vom Reichsgericht im 70. Bande S. 1 ff. behandelten Falle. Dort hatte das Berufungsgericht festgestellt, daß der Kläger (Darlehnsgeber) gewußt hatte, daß Beklagter (Darlehnschuldner) erst vor kurzem volljährig geworden war, daß er aus der Art des Spieles und dem Segen hoher Summen den vollen Leichtfinn und die Unerfahrenheit des Schuldners erkannt hatte und daß sich der Kläger selbst zwecks Erzielung hohen Gewinnes an dem Spiele beteiligt und dem Beklagten während des Spieles bares Geld vorgeschossen hatte, um ihn zum Weiterspielen zu veranlassen. In diesem Falle nahm das Reichsgericht an, daß die Gewährung der Darlehn zweifellos als eine der guten Sitten zuwiderlaufende Handlung bezeichnet werden müsse. Auch einen Anspruch aus § 812 ver sagt das Reichsgericht, weil § 817 Satz 2 BGB. eine „für alle Bereicherungsansprüche maßgebende Regel“ sei. Letztere Ansicht verstößt allerdings gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes, welches den Bereicherungsanspruch nur bei beiderseitiger Unsitlichkeit ausschließt. Wohl aber läßt sich sagen, daß, wenn der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, eben beide Vertragsteile unsittlich handelten. Andererseits ist die Frage, ob eine Bereicherung vorliegt, deshalb zu verneinen, weil die Schuldsomme wieder verspielt

wurde. Eventuell läßt sich aber § 819 BGB. anwenden, der eine Ausnahme von § 818 Abs. 3 BGB. enthält.

h) Der Verkauf einer ärztlichen Praxis allein verstößt grundsätzlich gegen die guten Sitten.

So nach RG. 66 S. 142, wo der Beklagte dem Kläger, der dessen Praxis übernommen hatte, die Inventarstücke und Gebrauchsgegenstände seiner Praxis für Zahn- und Mundkrankheiten für einen Preis in Höhe des Vierfachen seiner Bruttoeinnahmen aus seiner Praxis im letzten Quartal seines Betriebs zum Höchstbetrag von 70000 M. verkauft hatte. Beide Parteien waren praktische Ärzte. Es wurde festgestellt, daß trotz des Wortlautes des Vertrages die Absicht der Parteien dahin gegangen war, dem Kläger die ärztliche Praxis des Beklagten gegen Entgelt zu übertragen. Aberdies stand der Kaufpreis zum Wert der als verkauft bezeichneten Gegenstände in keinem Verhältnis. Der Preis sollte in Monatsraten von je 1500 M. getilgt werden, die mindestens sechsmal zu zahlen waren. Wenn sich der Kläger auch dann von dem Vertrage lossagen konnte, so würde er doch in diesem Falle die geleisteten Zahlungen verloren haben und hätte sämtliche verkauften Gegenstände zurückgeben müssen. Auch war ihm für diesen Fall jede Ausübung weiterer ärztlicher Praxis in der Kreishauptmannschaft Dresden bei einer Vertragsstrafe von 25000 M. untersagt. Das RG. führte a. a. O. aus:

„Es hat sich bei dem Vertrage der Parteien um eine rein vermögensrechtliche Transaktion, um die rein geschäftsmäßige Übertragung der Praxis gehandelt; die ärztliche Praxis ist der Kaufgegenstand gewesen; der Einfluß, den der Beklagte als Arzt auf das Publikum gewonnen hatte, und das Vertrauen, das ihm vom Publikum entgegengebracht wurde, sind zum Gegenstande eines Gewinnes gemacht und in gewinnsüchtiger Absicht ausgenutzt worden. Dieses ist unter Bedingungen geschehen, die den übernehmenden Arzt nötigten — oder doch zum mindesten die Gefahr in sich bargen, daß der übernehmende Arzt unter dem Einflusse eines starken wirtschaftlichen Drucks dazu geführt werden würde —, daß er bei Ausübung seines Berufes sein Augenmerk vor allem und unter Außerachtlassung voller Berücksichtigung der Interessen der seine Hilfe nachsuchenden Personen auf die Erzielung möglichst hoher Einnahmen richtete. Ein Vertrag unter derartigen Bedingungen verletzt . . . nicht nur das Standesbewußtsein und das Standesinteresse der Ärzte, sondern das allgemeine Volksbewußtsein, die Anschauungen der Gesamtheit der billig und gerecht Denkenden und verstößt somit gegen die guten Sitten.“

Auf dieses Urteil bezog sich das Reichsgericht im 75. Bande S. 121 ff. bei Erörterung der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein zwischen Zahnärzten geschlossener Vertrag über die entgeltliche Übertragung einer zahnärztlichen Praxis gegen die guten Sitten verstöße, indem es folgendes ausführte:

„Nach diesem Urteile (d. h. in Band 66 S. 142) ist also nicht jede zwischen Ärzten getroffene Vereinbarung über die entgeltliche Übertragung der ärztlichen Praxis schlechthin und unter allen Umständen als gegen die

guten Sitten verstößend zu erachten, sondern es kommt in dieser Hinsicht auf die näheren Umstände des einzelnen Falles an, namentlich auf die Höhe und die Art der bedungenen Zahlung des von dem kaufenden Arzte für die Überlassung der Praxis zu entrichtenden Entgelts. Dieses hatte sich in dem damals entschiedenen Falle auf die . . . zu dem Werte des Kaufgegenstandes in keinem Verhältnis stehende Summe von 70000 M., zahlbar in Monatsraten von 1500 M., belaufen.

In anderen Fällen dagegen, in denen dem Verkauf einer ärztlichen, zahnärztlichen oder zahntechnischen Praxis nicht so schwerwiegende Bedenken, namentlich bezüglich der Höhe und der Art der Entrichtung des Kaufpreises, entgegenstanden, sind Vereinbarungen über die Übertragung einer derartigen Praxis vom Reichsgerichte auch schon mehrfach als nicht gegen die guten Sitten verstößend erachtet und demgemäß nicht für nichtig erklärt worden. So durch das Urteil des erkennenden Senats vom 18. Juni 1907, Rep. II 88/07, in einem Falle, in dem die Erben eines Arztes ein zu dessen Nachlaß gehörendes Haus mit Mobiliar und „der an dem Hause klebenden“ Praxis, diese zu dem Anschlagspreise von 14000 M., verkauft hatten; ferner durch Urteil des erkennenden Senats vom 16. Oktober 1908, Rep. II 137/08, in einem Falle, in dem die Erben eines Zahntechnikers dessen Praxis nebst Inventar für 8000 M. an einen Zahnarzt verkauft hatten, in welchem Urteile besonders betont ist, daß die durch diesen Verkauf bewirkte Belastung des Käufers weder unangemessen hoch, noch besonders drückend sei und daß auch bezüglich des kaufenden Zahnarztes die Benützung einer sich bietenden Gelegenheit, sein berufliches Fortkommen zu fördern, für sich allein betrachtet, — auch im Hinblick auf die ihm obliegenden Standespflichten — nicht als gegen die guten Sitten verstößend angesehen werden könne. Ebenso ist in einem Urteile des 4. Zivils. des RG. vom 4. Okt. 1909, Rep. IV 662/08, ausgesprochen, die . . . gegen Entgelt erfolgte Überlassung der zahntechnischen Praxis eines Vaters an seinen Sohn, der selbst Zahnarzt und als solcher bis dahin bei seinem Vater beschäftigt gewesen war, verstoße nicht gegen die guten Sitten, zumal da der Überlassungspreis nicht übermäßig hoch gewesen sei. Mit dieser Rechtsprechung steht der in dem Urteile des erkennenden Senats vom 15. Juni 1906 (RG. 63 S. 391) hervorgehoben, auch im vorliegenden Falle zutreffende Gesichtspunkt im Einklang, daß für die Beurteilung der Frage, ob ein Vertrag den guten Sitten widerspreche, nicht bloß der objektive Inhalt des Geschäfts maßgebend, sondern die Gesamtheit der im Zeitpunkte des Vertragschlusses vorhandenen Verhältnisse von dem besonderen Standpunkte der Vertragsschließenden unter Berücksichtigung ihrer Bedürfnisse, Anschauungen und Zwecke in Betracht zu ziehen sei. Diese Mitberücksichtigung subjektiver Momente, worauf die angeführten Urteile ebenfalls zum Teil beruhen, steht auch nicht mit dem in dem Urteile des 6. Zivils. des RG.'s v. 11. April 1901 (RG. 48 S. 124) ausgesprochenen Grundsätze in Widerspruch, wonach der Richter den Maßstab für den Begriff der guten Sitten (§ 138 BGB.) aus dem herrschenden Volksbewußtsein, „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“, zu entnehmen, dabei aber auch auf die Sittenanschauung eines bestimmten Volkskreises, wenn sich in ihr die herrschende Sitte ausprägt, Rücksicht zu nehmen habe. Denn eine richtige Handhabung dieses objektiven Maßstabs im einzelnen Falle hat eine möglichst allseitige Würdigung, namentlich die Mitberücksichtigung etwa vorliegender besonderer Umstände, zur Voraussetzung.“ (RG. 75 S. 122/3).

Gegen die guten Sitten verstößt es auch, wenn sich ein Arzt bei seiner Anstellung in einer gewerblich betriebenen Privatkrankenanstalt der nicht ärztlich vorgebildeten Inhaberin der Anstalt gegenüber verpflichtet, nach seinem Ausscheiden eine Zeit lang keine Konkurrenzpraxis am Orte der Anstalt zu betreiben, während ein solches Konkurrenzverbot während der Dauer der Anstellung des Arztes gültig ist, sofern der Arzt in der Anstalt voll beschäftigt ist. So RG. 90 S. 35 ff. zu folgendem Falle: Die Beklagte hatte den Kläger vom 1. Oktober 1914 ab als Abteilungsoberarzt für die chirurgische Abteilung an der ihr gehörigen Heilanstalt unter Vorbehalt eines beiden Teilen zustehenden halbjährigen Kündigungsrechts angestellt. In dem Vertrage verpflichtete sich der Kläger, nach Aufhebung des Vertrages auf die Dauer von 3 Jahren in Darmstadt selbst und in den Vorstädten keinerlei Konkurrenzpraxis, weder selbständig noch als angestellter Arzt, bei Meidung einer Vertragsstrafe von 10000 M. zu betreiben; diese Bestimmung sollte aber hinfällig sein, wenn die Heilanstalt ihren Charakter aufgeben oder geschloffen werden sollte. Am 22. März 1915 kündigte die Beklagte dem Kläger zum 22. September 1915. Der Kläger klagte nunmehr auf Feststellung der Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbotes. Das Reichsgericht führte aus:

„In dem Urteile vom 11. Juni 1907 (RGZ. Bd. 66 S. 148) hat der erkennende Senat ausgesprochen, daß für Ärzte und Rechtsanwälte ein vertragsmäßiges Wettbewerbsverbot kraft ihrer Berufsstellung an sich schlechthin gegen die guten Sitten sei, und zur Begründung ausgeführt, das eigentümliche und entscheidende Gepräge beider Berufe liege darin, daß sie fundamentale, allgemeine, öffentliche Zwecke, nämlich die der Gesundheitspflege und der Rechtspflege, auf Grund staatsseitig geforderter und gewährleisteter wissenschaftlicher Vorbildung unter besonderer Verantwortung zu erfüllen haben; sie seien Träger geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls und deshalb seien Wettbewerbsabkommen zwischen Ärzten wie zwischen Rechtsanwälten in besonderem Maße anstößig. Es zieme nach allgemeiner Anschauung den Vertretern dieser wissenschaftlichen, staatlich geordneten, den wichtigsten Gemeindefürsorge dienenden Berufe nicht, der Berufsausübung irgend eine Beschränkung (nach Ort, nach Zeit oder gegenständlich) aufzuerlegen oder auferlegen zu lassen; diese Berufe müßten frei sein kraft der ihnen innewohnenden sittlichen Würde im öffentlichen Interesse. Es verletze das öffentliche Interesse unmittelbar, wenn für die Ausübung dieser Berufe private Monopole irgendwelcher Art geschaffen und diese der Allgemeinheit gewidmeten Funktionen in privatem Interesse und zu privatem Nutzen irgend gehemmt und gebunden würden.

Auf Grund dieser Ausführungen, die mit der grundsätzlichen Auffassung des erkennenden Senats in späteren, die Stellung der Ärzte betreffenden Entscheidungen im Einklange stehen (z. B. RGZ. Bd. 68 S. 186; Jur Wochenschr. 1915 S. 696, auch Warneyer 8. Jahrg. S. 421 Nr. 162) und deren Richtigkeit der VII. Zivilsenat in seinem Urteile vom 15. Oktober 1912 (RGZ. Bd. 80 S. 223) nicht etwa bekämpft, sondern nur dahingestellt sein läßt, ist auch in dem vorliegenden Falle die Rechtsgültigkeit des Wettbewerbsabkommens auf

Grund des § 138 BGB. zu verneinen. Die Gründe, aus denen das Landgericht und das Oberlandesgericht die Anwendbarkeit jener Ausführungen auf den gegebenen Fall verneint haben, sind nicht zu billigen.

Da die sittliche Würde und die öffentlich-rechtliche Bedeutung des ärztlichen Berufs, das öffentliche Interesse an einer guten Gesundheitspflege die freie, ungebundene Ausübung dieses Berufs fordern, ist die Auferlegung einer Beschränkung der Berufsausübung mit den guten Sitten nicht nur dann unvereinbar, wenn sie durch einen Vertrag zwischen zwei gleichgestellten Ärzten erfolgt, sondern auch wenn sich ein Arzt einer nicht ärztlich vorgebildeten Inhaberin einer gewerblich betriebenen Privatkrankenanstalt zur Unterlassung des Wettbewerbes verpflichtet. Nicht die Stellung desjenigen, zu dessen Gunsten das Wettbewerbsverbot vereinbart ist, entscheidet, sondern die des Verpflichteten; ist dieser ein Arzt, so verstößt die Beschränkung gegen die guten Sitten, auch wenn damit ein gewerbliches Unternehmen gegen den Wettbewerb geschützt werden soll. Ob die Sittenwidrigkeit zu verneinen ist, wenn der Arzt sich lediglich verpflichtet, einen gewerblichen Anstaltsbetrieb zu unterlassen, bedarf hier keiner Entscheidung; denn dem Kläger ist, wie die Revision mit Recht hervorhebt, in dem Vertrage die Verpflichtung auferlegt, keinerlei Konkurrenzpraxis, weder selbständig noch als angestellter Arzt, zu betreiben, sich also jeder ärztlichen Berufsausübung in Darmstadt und dessen Vororten zu enthalten.

Mit der Entscheidung vom 11. Juni 1907 ist weiter auch die Erwägung unvereinbar, daß ein Wettbewerbsabkommen im Interesse des Unternehmens einer gewerblichen Anstalt unentbehrlich und nicht sittenwidrig sei, daß es vielmehr umgekehrt sittenwidrig erscheinen würde, wenn ein an solcher Anstalt angestellter Arzt, nachdem er jahrelang die Vorteile einer gesicherten Stellung genossen und sich die Kenntnis des Patientenkreises verschafft habe, unter Ausnützung der geschaffenen Beziehungen und der durch seine Anstaltstätigkeit erlangten Kenntnisse seinen bisherigen Dienstherrn durch ungehinderte Ausübung der ärztlichen Tätigkeit an demselben Orte schädigen könnte. Wäre diese Erwägung ausschlaggebend, so hätte sie auch in dem damals entschiedenen Falle zur Verneinung der Sittenwidrigkeit führen müssen, denn es handelte sich auch dort um einen Vertrag, durch den ein Arzt von einem anderen als Assistent gegen ein festes Gehalt auf Jahre angestellt war. Gegenüber dem oben erwähnten Grundsatz, daß das öffentliche Interesse an einer guten Gesundheitspflege die Beschränkung der ärztlichen Berufsausübung verbiete, fällt jene Erwägung nicht ins Gewicht.

Endlich schlägt auch die Ausführung der Vorinstanzen nicht durch, der hier vertretene Standpunkt müsse dahin führen, daß dem Arzte auch während seiner Anstellung an der Krankenanstalt keine Schranken hinsichtlich seiner Berufsausübung auferlegt werden dürfe. Daß einem angestellten Arzte während der Dauer seiner Anstellung die Ausübung jeder Berufstätigkeit außerhalb des Anstellungsverhältnisses verboten wird, hat regelmäßig seinen Grund darin, daß er seine ganze Arbeitskraft dem Interesse seines Dienstherrn zu widmen hat, und verstößt insoweit nicht gegen die sittliche Würde und die öffentlich-rechtliche Bedeutung des ärztlichen Berufs. Ob etwas anderes anzunehmen ist, wenn ausnahmsweise durch ein solches Verbot einem nicht voll beschäftigten Arzte nur der Wettbewerb untersagt werden soll, bedarf zurzeit keiner Entscheidung. Demnach ist dem Feststellungsantrage des Klägers zu entsprechen.“

g) Der sog. Gehaltsvertrag (1500 M.-Vertrag¹⁾ zu Gunsten der Ehefrau eines Angestellten verstößt nur unter Umständen gegen die guten Sitten.

Das RG. erörtert in Bd. 81 S. 41 ff. die Frage, ob ein Vertrag gegen § 138 verstößt, wenn das Gehalt eines verschuldeten Angestellten auf 1500 Mk. jährlich festgesetzt wird, zugleich aber für seine Ehefrau während der Dauer des Dienstverhältnisses weitere Beträge bedungen werden, und führt hierzu auf S. 45/6 aus:

„Die Vereinbarung, daß die Vergütung an die Ehefrau zu zahlen ist, verstößt auch weder gegen ein Verbotsgesetz noch gegen die guten Sitten. Der erkennende Senat tritt der in dem Urteile Entsch. des RG.'s in Zivil Bd. 69 S. 59 fig. und seitdem mehrfach ausgesprochenen Auffassung bei, wonach den Gläubigern eines Schuldners kein von der Rechtsordnung anerkannter Rechtsanspruch darauf zusteht, dieser habe seine Arbeitskraft zu seinen Gunsten derart zu verwerten, daß sie sich zum Zwecke ihrer Befriedigung an die Gegenleistung für seine Arbeit halten können. Insbesondere schließt das Lohnbeschlagnahmegesetz eine Vereinbarung, wie sie hier getroffen ist, nicht aus. Gegen die guten Sitten aber verstößt eine solche Vereinbarung dann nicht, wenn der Gesamtbetrag der gewährten Vergütungen nicht das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalte des Dienstverpflichteten und seiner Familie bei einer bescheidenen, dem Stande des Dienstverpflichteten entsprechenden Lebensführung erforderlich ist. Daß dort, wo über dieses Maß hinaus der Ertrag der Arbeit des Mannes der Ehefrau zugewendet wird, ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen kann, ist bereits in dem Urteile J. W. 1912 S. 689 Nr. 13 ausgesprochen worden, und dem ist beizupflichten.“

Auch unterliegen derartige Gehaltsverträge nicht der Anfechtung aus § 11 Abs. 2 des Anf.-Gesetzes, weil aus dem Vermögen des Schuldners (Ehemannes) weder unmittelbar noch mittelbar etwas an die Ehefrau gelangt. So nach RG. 81 S. 46. Allerdings kann man hier sehr wohl von einer „mittelbaren Zuwendung“ an die Ehefrau sprechen, was ja das Reichsgericht auch bezüglich der Zahlung der Versicherungsprämien zu Gunsten der Ehefrau bei einem Lebensversicherungsvertrage angenommen hat.

Vgl. ferner RG. 67 S. 169—171 und die vielfach anfechtbare und angefochtene Entscheidung in Band 69 S. 59—64.

Vgl. ferner die eingehenden Erörterungen von Becker „Die rechtlichen und sozialen Probleme des 1500 Mk.-Vertrags“ in Gruchots Beiträgen Bd. 58 S. 1—59 und die Aufsätze von Schubart „Nichtigkeit von Gehaltsverträgen“ in J. W. 43 S. 441—445 und Lesser, „Die Anfechtung des 1500 Mk.-Vertrages sowie die Anfechtbarkeit von Verträgen, durch die Ansprüche auf Dienstvergütung aufgegeben werden“ in J. W. 44 S. 685—692.

¹⁾ Nach der Bek. des Bundesrats vom 17. Mai 1915 über die Einschränkung der Pfändbarkeit von Lohn-, Gehalts- und ähnlichen Ansprüchen tritt anstelle der im § 850 Abs. 2, § 330. und der § 4 Nr. 4 des Gef. vom 21. Juni 1869 vorgesehenen Summe von 1500 M. bis auf weiteres die Summe von 2000 M. Aber weitere Einschränkungen Vergl. Bek. über Lohnpfändung vom 13. Dez. 1917. RG.-Bl. S. 1102.

h) Der Mißbrauch einer Monopolstellung¹⁾ verstößt gegen die guten Sitten.

In Band 62 S. 266 hat das RG. folgenden Grundsatz aufgestellt:

„Wo der einzelne ein ihm tatsächlich zustehendes Monopol oder den Ausschluß einer Konkurrenzmöglichkeit dazu mißbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen, unbillige und unverhältnismäßige Bedingungen vorzuschreiben, da können dieselbe rechtliche Anerkennung nicht finden. Dieser allgemeine Grundsatz . . . trifft insbesondere auf den vertragsmäßigen Ausschluß einer nach dem Gesetz bestehenden Haftung dann zu, wenn dem Publikum die anderweite Wahrung seiner Interessen nicht möglich, und dasselbe daher gezwungen ist, sich den gestellten Bedingungen zu unterwerfen.“

Von diesem Grundsatz ausgehend hat das RG. die Bestimmung der „Betriebsordnung für den Kaiser-Wilhelm-(Nord-Ostsee-)Kanal“, derzufolge jede Ersatzpflicht für das Verschulden der Angestellten der Kanalverwaltung abgelehnt wird, mit Recht für nichtig erklärt.

Ein Mißbrauch der Monopolstellung liegt aber nicht vor, wenn der Reichsfiskus eine Person, die nicht Grundstückseigentümer ist, von der Herstellung eines Fernsprechanchlusses auf Zeit ausschließt, weil die betreffende Person Telephonbeamte wiederholt beleidigt hat. So RG. 86 S. 312 ff.:

„Die Revision bekämpft das Urteil des Oberlandesgerichts nur insoweit, als es dem Kläger die Ersatzansprüche aberkennt, welche dieser aus der im April 1912 verhängten Sperre des Anschlusses und aus der angeblichen Verzögerung der Herstellung des neuen Anschlusses ableitet. Die Zulässigkeit des Rechtsweges unterliegt in beiden Richtungen keinem Bedenken.“

Der zuerst bezeichnete Anspruch scheidet an der vom Berufungsgerichte zutreffend bejahten Rechtmäßigkeit der Sperrmaßregel. Die Vorinstanz hat festgestellt, daß der Kläger im April 1912 von neuem eine Beamtin der Vermittlungsstelle beleidigt hat. Nach der unter 15 enthaltenen Vorschrift der Ausführungsbestimmungen zur Fernspreckgebühren-Ordnung vom 26. März 1900 (RZ.-Bl. S. 242), wonach die Telegraphenverwaltung den Anschluß u. a. bet ungebührlichem Benehmen der ihn benutzenden Personen ohne Kündigung aufheben kann, war daher die Entziehung des Anschlusses gerechtfertigt. Die Revision bekämpft diese Annahme und führt aus, daß die Vorschrift nicht zu Recht bestehe, weil sonst dem Reichspostfiskus in bezug auf die Anschlußgewährung obliegende „Kontrahierungszwang“ vereitelt werden würde. Dieser Zwang ergebe sich unmittelbar aus den §§ 5, 6 des Gesetzes über das Telegraphenwesen vom 6. April 1892/7. März 1908 und mittelbar als Korrelat zu dem dem Reiche in § 1 dieses Gesetzes eingeräumten Monopolrecht aus dieser Vorschrift. Der auf Gesetz beruhende Rechtszustand habe nicht im Verordnungswege abgeändert werden können. Hierbei wird von der Revision übersehen, daß der

¹⁾ Soweit ein monopolisierter Gewerbebetrieb vorliegt, haftet der Staat seinen Kontrahenten nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen, z. B. nach §§ 276, 278 BGB. So z. B. wenn der Staat auf einem öffentlichen Flusse eine Fähre betreibt, haftet er für das Verschulden des Fährmannes nach §§ 276, 278 BGB. (RG. 72 S. 53–55).

die Vorschrift unter 15 enthaltende erste Abschnitt der Ausführungsbestimmungen auf Grund der dem Reichskanzler in § 10 Fernspr.=Geb.=D. erteilten Ermächtigung zur Regelung der Bedingungen für die Benugung der Fernsprechanlagen erlassen worden ist. Von einem Übergriffe der Bestimmungen in das der Gesetzgebung vorbehaltene Gebiet kann daher keine Rede sein. Die Erwägungen, welche dem von der Revision in Bezug genommenen Urteile RGZ. Bd. 45 S. 166 ff. zugrunde liegen, schlagen daher hier nicht ein. Ohne Grund beruft sich der Kläger für die Unwirksamkeit der vorbezeichneten Bedingung ferner auf das Urteil RGZ. Bd. 62 S. 262. Unter dem Gesichtspunkte der guten Sitten (§ 138 BGB.) kann die Bedingung nicht geprüft werden, weil die Ausführungsbestimmungen, wie schon durch ihre Fassung zum Ausdrucke gebracht worden ist, kraft der dem Reichskanzler in § 10 Fernspr.=Geb.=D. übertragenen Verordnungsgewalt und nicht erst zufolge vertragsmäßiger Unterwerfung der die Fernsprecheinrichtungen benutzenden Personen unter sie Geltung haben (Stenogr. Ber. des Reichstags, 10. Legisl.=Per. I. Sess. 1898/00, S. 1039).

Ein Widerstreit zwischen der in Frage stehenden Bedingung und der Zweckbestimmung der Fernsprecheinrichtungen als öffentliche Verkehrsanstalt liegt nicht vor, da es sich bei der Bedingung nur um das Recht der Telegraphenverwaltung zur Kündigung des Anschlusses und nicht um die Entziehung der Benugung des Fernsprechers überhaupt handelt. Die Behauptung der Revision aber, daß die Bedingung mit dem dem Reichsfiskus obliegenden „Kontrahierungszwange“ unvereinbar sei, scheitert schon daran, daß in § 6 Abs. 1 Telegr.=G. nur den Eigentümern von Grundstücken ein Recht auf Gewährung des Anschlusses eingeräumt ist. Der von der Revision angerufene § 5 dieses Gesetzes steht dem Kläger nicht zur Seite, weil er lediglich die Frage regelt, wer zur Benugung der öffentlichen Fernsprecheinrichtungen zuzulassen ist, und hierdurch der Frage, wann ein Anspruch auf Anschluß an die Fernsprechanlagen zusteht, nicht vorgegriffen wird. Durch den § 2 der Ausführungsbestimmungen aber, auf den die Revision verweist, wird der Kreis der Anschlußberechtigten nicht erweitert. Allerdings ist dort ganz allgemein davon die Rede, daß „wer“ die Herstellung eines Anschlusses beantrage, vor dessen Herstellung die schriftliche Genehmigung des Eigentümers zur Einführung der Leitungen in das anzuschließende Gebäude ujm. beizubringen habe. Daraus ist jedoch lediglich zu entnehmen, daß die Telegraphenverwaltung auch anderen Personen als Grundstückseigentümern Anschluß gewähren kann, nicht aber ist daraus abzuleiten, daß sie ihn solchen Personen gewähren muß. Die Einräumung weiterer Anschlußberechtigungen lag völlig außerhalb der mit dem Erlasse der Ausführungsbestimmungen verbundenen Absichten. Sie hätte nur durch eine Abänderung des Telegraphengesetzes, also im Wege der Gesetzgebung erfolgen können. Gegenüber der positivrechtlichen Festlegung des Kreises der Berechtigten kann auch den Billigkeitserwägungen kein Gewicht beigelegt werden, welche die Revision dahin geltend macht, daß als Korrelat zu dem dem Reiche eingeräumten Telegraphenregal (§ 1 des Gesetzes) dem Fiskus die Verpflichtung auferlegt werden müsse, auch anderen Personen als Grundstückseigentümern Anschluß zu gewähren. Davon kann um so weniger die Rede sein, als die aus § 6 zu entnehmende Beschränkung des Kreises der Anschlußberechtigten auf einer wohlwogenen Absicht beruht. Der Telegraphenverwaltung sollte hierdurch, wie die Entstehungsgeschichte des § 6 ergibt, als Ersatz für die ihr fehlende Befugnis, auf die Häuser Leitungsdrähte zu legen und das erforderliche Gestänge darauf anzubringen, ein Mittel an die Hand

gegeben werden, die Hauseigentümer zur Übernahme entstehender Verpflichtungen ohne erheblichen Kostenaufwand zu nötigen (Woecke, Telegraphenrecht Bd. I S. 125).

Aus alledem folgt zugleich, daß dem Kläger ein Recht auf Wiederherstellung des ihm entzogenen Anschlusses nicht zustand und er einen Anspruch auf Schadenersatz wegen der angeblichen Verzögerung der anderweiten Anschlußgewährung nicht erheben kann.

Möglicherweise mag nach dem Wesen des Monopolzwanges dem Beklagten eine gewisse Art allgemein öffentlich-rechtlicher Verbindlichkeit zur Gewährung von Telephonanschlüssen an Personen, die nicht Hauseigentümer sind, in dem Sinne obliegen, daß es nicht in seine reine, freie Willkür gestellt ist, ob er solchen Anschluß gewähren will oder nicht. Allein keinesfalls besteht ein Korrelat dieser möglichen ganz allgemeinen Verbindlichkeit in Gestalt eines ihr entsprechenden subjektiven Rechtes, sei es öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur, und es kann keinesfalls diese Verbindlichkeit, wenn sie bestehen sollte, dem Beklagten gegenüber im Rechtswege geltend gemacht werde, sei es unmittelbar im Wege einer Klage auf Gewährung eines Anschlusses, sei es mittelbar auf dem Umwege der Einkleidung der Klage in einen Schadensersatzanspruch."

i) Ein Ausstattungsversprechen, welches jemand einem andern für die Heirat eines von ihm geschwängerten Mädchens verspricht, verstößt nicht notwendig gegen die guten Sitten und grundsätzlich dann nicht, wenn das Versprechen dem Mädchen gegenüber abgegeben wird.

So RG. 62 S. 273 ff., wo zunächst ausgeführt, daß auch ein formloses Ausstattungsversprechen eines Dritten dann kein formbedürftiges Schenkungsversprechen sei, wenn nach der subjektiven Seite hin die versprochene Ausstattung als eine Gegenleistung für die Heirat gelten sollte. Vorausgesetzt ist hierbei, daß der Versprechensempfänger nach der ihm frei bleibenden Entscheidung bezüglich der Eheschließung mit der Geschwängerten für die Eheschließung durch die versprochene Mitgift abgegolten werde. „Haben sich die Parteien in diesem Sinne miteinander verständigt, so sind sie nicht, wie § 516 Abs. 1 verlangt, über die Unentgeltlichkeit der versprochenen Mitgift einig gewesen, sondern ihre Vereinbarung hatte in solchem Falle gerade den entgegengesetzten Inhalt. Mochte allerdings bei objektiver Erwägung die vom Beklagten versprochene Zuwendung immerhin als eine Bereicherung des Klägers oder seiner künftigen Ehefrau gelten können, so fehlte es doch auf der einen Seite an dem Willen, sie freigebig zu gewähren, und auf der anderen Seite an dem Willen, sie als eine unentgeltliche Leistung anzunehmen.“ Über die Nichtigkeitsfrage äußert sich das RG. a. a. O. S. 278 folgendermaßen:

„Nun ist es freilich richtig, daß, wenn ein Mann sich anheischig macht, ein von einem andern Manne geschwängertes Frauenzimmer vor der Entbindung lediglich deshalb zu heiraten, weil ihm dafür eine Abgeltung in einem Bar-

betrage, sei es unmittelbar, sei es in Gestalt einer der Geschwängerten zu gewährenden Mitgift versprochen wird, darin der Regel nach eine Verletzung des Sittlichkeitsempfindens aller Bevölkerungsklassen und nach der Anschauungsweise des deutschen Volkes in seiner Gesamtheit eine sittenwidrige Entwürdigung der Ehe zu erblicken ist. Es können daneben aber auch noch andere Beweggründe die Handlungsweise dessen, der sich auf ein derartiges Rechtsgeschäft einläßt, bestimmt haben. Bevor daher die Parteien sich nicht eingehender als bisher zu dieser Frage erklärt haben, läßt sich über die Anwendbarkeit des § 138 BGB. keine Entscheidung treffen. Das gilt in gleichem Maße von dem Ausstattungsverprechen, welches der Beklagte der Ehefrau des Klägers (d. h. der vom Beklagten Geschwängerten) gegeben haben soll, wobei hinzukommt, daß ohne das Vorhandensein besonderer Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit herleiten ließe, die Gesetzesvorschrift des § 138 auf ein solches Versprechen der Regel nach nicht anwendbar sein würde.“

k) Fraudulöse Rechtsgeschäfte, die nach der Konkursordnung oder nach dem Anfechtungsgesetz anfechtbar sind, sind niemals aus § 138 BGB. nichtig.

So nach RG. 69 S. 146/7 mit der Begründung, daß die genannten Sonderbestimmungen dem § 138 BGB. vorgehen und daß andernfalls die Anfechtungsvorschriften überflüssig wären, weil die Nichtigkeit der fraudulösen Geschäfte den benachteiligten Gläubigern eine noch wirksamere Hilfe ohne den Nachweis der tatsächlich eingetretenen Benachteiligung gewähren würde.

l) Ein Vertrag verstößt allein deswegen, weil er einen Teil auf lange Jahre bindet, noch nicht gegen die guten Sitten, was insbesondere auf Bierabnahmeverträge Anwendung findet.

So nach RG. 67 S. 102:

„Jeder Vertrag — jede obligatio — beschränkt mehr oder minder die Handlungsfreiheit der Vertragsschließenden. Ganz besonders muß dies von solchen Verträgen gelten, die auf eine Reihe von Jahren hinaus den einzelnen zu schweren, gewichtigen Leistungen und Unterlassungen verpflichten. Gleichwohl hat das Reichsgericht schon in seinem Urteile 10, ja 15jährigen Zwang zur Bierentnahme für an sich noch nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten verstößend erklärt, weil es dabei . . . auf die Gesamtumstände der Vertragsschließung und Vertragswirkung ankomme. Erwägt man nun, daß, wie feststeht, der Kläger ein für 24000 M. erworbenes Grundstück der Beklagten für 17500 M. verkaufte, also einen erheblichen Vermögensbestandteil zu ihren Gunsten ganz aufgab, daß er außerdem sich der Verfügung über einen weiteren Vermögensvorteil, seine Hypothek zu 5540 M. auf 18 Jahre größtenteils zu ihrem Vorteil begab, so kann darin, daß er der Beklagten als Gegenleistung eine 18jährige Beschränkung ihrer Bierbezugsfreiheit auferlegte, mit dem Vorderrihter ein Verstoß wider die guten Sitten nicht gefunden werden.“

Ebenso verstoßen Verträge, durch welche sich Gewerbetreibende verpflichten, ihre Waren oder Erzeugnisse nicht unter einem bestimmten Mindestpreis zu verkaufen, nicht grundsätzlich gegen die guten Sitten, sofern die Bindung nicht allzulange dauert. So

OLG. Stuttgart in Rspr. der OLG. 22 S. 142 zu folgendem Fall: Der Beklagte (Bierwirt) hatte sich verpflichtet, mit dem Termine, an dem der klagende Verband den geplanten Bieraufschlag in Kraft setzte, die 0,5 l-Gläser nicht mehr auszuschenken und als Höchstmaß für 10 Pfg. 0,4 l an die Konsumenten abzugeben. Die Klage auf Ersatz des durch Zuwiderhandlungen zugefügten Schadens wurde für unbegründet erklärt aus folgenden Gründen:

„Verträge, durch die sich Gewerbetreibende verpflichten, ihre Waren oder Erzeugnisse nicht unter gewissen Mindestpreisen abzugeben, verstoßen keineswegs unter allen Umständen gegen die guten Sitten; besonders dann nicht, wenn die zugelassenen Mindestpreise nicht übermäßig hoch, sondern so bemessen sind, daß sich für den Gewerbebetrieb ein angemessener Gewinn ergibt (was hier zuträfe). Aber die Bindung darf zeitlich nicht allzulange sein; denn die Verhältnisse, die jetzt und für die nächste Zeit die vereinbarte Bindung der Beteiligten rechtfertigen, können sich im Laufe der Zeit ändern und diese Bindung für einen Teil der Vertragsgenossen als eine unerträgliche Last erscheinen lassen (vgl. RG. 38 Nr. 41; Bürg. Archiv 5 S. 161). Hier mag die Lage des Brauergewerbes zurzeit durchaus angemessen erscheinen lassen, daß die Brauer dahin streben, zu verhindern, daß an einzelnen Orten das Bier billiger als zu 10 Pfg. für 0,4 l abgegeben wird; ob aber dieser Mindestpreis für die Dauer angemessen ist, läßt sich nicht sagen; eine etwaige Verminderung der Biersteuer oder eine Verbilligung der zur Bierbereitung erforderlichen Stoffe oder technische Fortschritte in der Bierbereitung können dazu führen, daß ein Mindestpreis von 10 Pfg. für 0,5 l oder dergleichen ganz angemessen ist. In solchem Falle würde es sich als ein unzulässiger Eingriff in die gewerbliche Bewegungsfreiheit der einzelnen und als eine unzulässige Verletzung der Interessen der Allgemeinheit darstellen, wenn Bierbrauer und Wirte vertragsmäßig verpflichtet wären, fortgesetzt höhere Mindestpreise beizubehalten. Eine hierauf abzielende Vereinbarung müßte als gegen die guten Sitten verstößend angesehen werden.

Die Vertragsbestimmung enthält hier jedenfalls ihrem Wortlaut nach keine zeitliche Beschränkung und ist daher nichtig, sofern nicht im Wege der Auslegung unter Beachtung des § 157 sich feststellen läßt, daß der Vertrag nur für eine beschränkte, angemessene Zeit gelten sollte. Dies ist aber nicht der Fall . . . Man könnte schließlich daran denken, der Vertrag sollte gelten, solange die Verhältnisse, die ihn veranlaßt haben, fortbestehen; mit deren Änderung solle er hinfällig oder kündbar werden. Allein einmal enthält der Vertrag keinerlei Hinweis auf eine derartige Willensmeinung; selbstverständlich ist eine derartige Abrede nicht (vgl. z. B. Staudinger Bd. 2 S. 244 V.); es wäre damit auch eine Bestimmung getroffen, die eine scharfe Zeitbegrenzung durchaus vermissen ließe und mutmaßlich zur Quelle mannigfachen Streites und Zweifels würde; all dies spricht dagegen, eine solche Klausel als gewollt anzusehen“ . . .

m) Rein Verstoß gegen die guten Sitten (oder die Gewerbefreiheit) enthält die vertragsmäßige Vereinbarung zwischen dem Vorstand einer Stadtgemeinde und einem Schankwirt, wonach letzterer der Stadtgemeinde gegenüber im Interesse ihrer Angehörigen gewisse Beschränkungen in seinem Gewerbebetriebe eingeht, z. B. sich verpflichtet,

keine öffentliche Tanzlustbarkeiten abhalten zu lassen oder Gartenkonzerte ohne besondere Erlaubnis zu veranstalten, und sich für den Fall des Zuwiderhandelns einer Vertragsstrafe unterwirft.

So RG. 53 S. 186 ff., insbes. S. 188—190:

„Der Kläger hat die gedachte Urkunde zunächst aus dem Grunde angefochten, weil er durch die darin hinsichtlich der Gartenkonzerte eingegangene Verpflichtung im Widerspruch mit §§ 1 und 33 Gew.-D. in seiner persönlichen Freiheit und in seinem Gewerbebetriebe derart beschränkt werde, daß die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung seinen vollständigen Ruin zur Folge haben würde.

Der Berufungsrichter hat hiergegen ausgeführt, daß, wenn auch die Befugnis zur Abhaltung von Musikaufführungen in einem konzessionierten Restaurationslokal von einer behördlichen Erlaubnis nicht abhängig gemacht werden könne, doch eine vertragsmäßige Beschränkung in der Abhaltung solcher Konzerte durch den Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht ausgeschlossen werde, und daß namentlich im vorliegenden Falle die persönliche und gewerbliche Freiheit des Klägers nicht in unzulässiger Weise beschränkt werde, weil sich seine wirtschaftliche Unfreiheit nur auf einen Teil seines Gewerbebetriebes, und zwar nur auf dessen Ausübung innerhalb eines bestimmten Grundstückes, beziehe und weil nicht erkennbar sei, daß die Beklagte ihr Verhinderungsrecht in mißbräuchlicher oder unbilliger Weise ausgeübt habe.

In dieser Ausführung kann ein Rechtsverstoß nicht gefunden werden, Allerdings dürfen nach §§ 33, 33a Gew.-D.,

vgl. Entsch. des preußischen Obergerichtspräsidenten Bd. 17 S. 386. Marcinowski, Gewerbeordnung 6. Auflage Bem. 52 zu § 33; v. Landmann, Gewerbeordnung, 3. Aufl. S. 309 Bem. 3,

Schankwirte zur gewerbsmäßigen Veranstaltung von öffentlichen instrumentalmusikalischen Vorträgen keiner behördlichen Erlaubnis, so daß namentlich im vorliegenden Falle der Stadtschutz, welcher über die Erteilung der Konzession zum Schankwirtschaftsbetrieb zu beschließen hatte, bei Erteilung derselben nicht die im einzelnen Falle einzuholende Erlaubnis des Magistrats zur Abhaltung von Gartenkonzerten als Bedingung stellen konnte. Allein dadurch wurde nicht ausgeschlossen, daß der Magistrat, und zwar nicht als öffentliche Behörde, sondern in Vertretung der Stadtgemeinde als einer juristischen Person und im Interesse der Anlieger des erwähnten Restaurationslokales, mit dessen Inhaber unter dessen Zustimmung eine privatrechtliche Verpflichtung des angegebenen Inhalts vereinbarte. Eine derartige Vereinbarung mit der Stadtgemeinde verstößt an sich ebensowenig gegen die Grundsätze der Gewerbeordnung, als wenn sie von dem Kläger mit einem gewöhnlichen Privatmann, z. B. einem Anlieger der Elbburg, abgeschlossen wäre. Nur dann würde sie zu beanstanden sein, wenn dadurch der Kläger in überrmäßiger Weise in seinem Gewerbebetriebe beschränkt und in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht wäre. Daß dies aber nicht der Fall ist, hat, wie erwähnt, das Berufungsgericht in einer für die Revision unanfechtbaren Weise tatsächlich festgestellt.

In jetziger Instanz hat der Kläger den Angriff gegen die Wirksamkeit der Verpflichtung vom 22. August 1899 noch von einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt aus zu begründen versucht. Er bezeichnet es als unzulässig und

gegen die guten Sitten verstoßend (§ 138 BGB.), daß eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, welche zugleich privates Rechtssubjekt ist, wie die Stadtgemeinde A. ihre öffentlich-rechtlichen Befugnisse (Widerspruch gegen die Erteilung der Schankkonzession) dazu gebraucht, um einem Gewerbetreibenden privat- und öffentlich-rechtliche Beschränkungen aufzulegen, welche der Gesetzgeber absichtlich ausgeschlossen und jedenfalls nicht gewollt hat. Auch dieser Angriff erscheint unbeachtlich. Es ist zuzugeben, daß die Stadtgemeinde A. im Wege der vertraglichen Vereinbarung eine Beschränkung des Klägers in seinem Gewerbebetrieb erreicht hat, welche sie durch Ausübung ihres Widerspruchsrechts im Konzessionsverfahren nicht zu erreichen vermocht hätte. Es kann aber nicht anerkannt werden, daß diese Gemeinde infolge ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung eine Einbuße an ihren privatrechtlichen Befugnissen erlitten und die ihr, wie jeder anderen Körperschaft des Privatrechts, zustehende Freiheit verloren hat, im Interesse ihrer Angehörigen einem Gewerbetreibenden unter dessen Zustimmung vertragsmäßige Beschränkungen aufzuerlegen. Die Gewerbeordnung schließt in § 33 („diese Erlaubnis nur dann zu verweigern usw.“) die Auferlegung derartiger Beschränkungen nur im Konzessionsverfahren aus, greift aber — abgesehen von übermäßigen Beschränkungen und von der Anwendung widerrechtlicher Mittel — in die Vertragsfreiheit nicht ein.“

n) Ein Kaufvertrag verstößt grundsätzlich nicht schon deswegen gegen die guten Sitten, weil er vom Verkäufer durch Bestechung eines Angestellten des Käufers zustande gebracht ist. So RG. 86 S. 148:

„Ein Vertrag ist nicht schon dann im Sinne des § 138 BGB. sittenwidrig, wenn er von einem Teile durch sittenwidrige Mittel zustande gebracht ist, sondern nur dann, wenn sein Inhalt so beschaffen ist, daß er unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles, insbesondere der Gründe und Zwecke der Beteiligten, einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält. Das träge im Streitfalle höchstens zu, wenn der Kläger durch das verwerfliche Mittel der Bestechung den Abschluß eines höchst unbilligen Vertrags erreicht hätte, d. h. eines Vertrags, bei dem der bedungene Preis in auffälligem Mißverhältnis zu der vereinbarten Leistung stünde.“

o) Ein Vertrag, durch den sich der Beleidiger verpflichtet, eine Beleidigung öffentlich zu widerrufen, z. B. durch Erklärung in Zeitungen und Aushang an der Gemeindefest, verstößt grundsätzlich nicht gegen § 138 BGB. So RG. 87 S. 80 ff., woselbst auch ausgeführt wird, daß einem diesbezüglichen Vergleich weder § 6 EG. z. StrGB. noch § 11 EG. z. StrPO. entgegen stehen.¹⁾

¹⁾ Zu § 6 EG. z. StrGB. führt das RG. aus:

„Es ist zwar richtig, daß die früher partikularrechtlich zulässig gewesen Strafen des Widerrufs, der Abbitte und der Ehrenerklärung durch § 6 EG. z. StrGB. als Strafen beseitigt sind, und mag auch zugegeben werden, daß sich die Gesetzgebung zu diesem Schritte entschlossen hat, weil angenommen wurde, daß solche Strafen für den Verurteilten demütigend und beschämend sowie mit dem modernen Rechtsbewußtsein nicht vereinbar seien. Daraus folgt aber noch nicht, daß sich der Beleidiger auch durch Vertrag nicht rechtswirksam zu einer von jenen Kundgebungen verpflichten könne. Ein solcher Schluß würde vielmehr nur dann gerechtfertigt sein, wenn angenommen werden müßte, daß der Gesetzgeber jene Kundgebungen überhaupt und schlechthin gemißbilligt habe. Allein die bloße Beseitigung des öffentlichen Widerrufs und ähnlicher Erklärungen als Strafen beweist, auch wenn man die bereits erwähnten Motive mit in Betracht zieht, nicht mehr, als daß der Gesetzgeber jene Maßregeln als geeignete öffentliche Strafen nicht angesehen hat.“

p) Die Nichtigkeit eines gegen die guten Sitten verstößenden Rechtsgeschäfts ergreift aus diesem Grunde nicht die in dem Rechtsgeschäft enthaltene Vereinbarung eines an sich unzuständigen Gerichts.¹⁾ So RG. 87 S. 9:

„Zunächst ist an der Hand des § 138 BGB. zu prüfen, ob mit Rücksicht auf den sonstigen Inhalt des Vertrags diese Vereinbarung an sich nichtig ist, ob sie deswegen, weil jener — wie das Berufungsgericht annimmt — gegen die guten Sitten verstößt, ebenfalls als sittenwidrig anzusehen ist. Das ist zu verneinen und wird auch vom Berufungsgericht nicht angenommen. Die Befugnis der Parteien, ein an sich unzuständiges Gericht durch Vereinbarung zuständig zu machen, findet ihre Grenze in der Vorschrift des § 40 ZPO. Außerdem kann allerdings in der Vereinbarung ein Mißbrauch des prozessualen Rechtes liegen, besonders dann, wenn ihr Zweck sich nicht mit den guten Sitten vereinbaren läßt. Hiervon kann aber regelmäßig dann nicht die Rede sein, wenn die Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts vereinbart wird, im Gegenseite zu dem Falle, daß die Entscheidung durch Schiedspruch erfolgen soll, wenn z. B. beim Spiele vereinbart wird, daß über die Ansprüche daraus und darüber, ob ein Spiel vorliege, durch Schiedspruch entschieden werden soll. Die Parteien haben die Zuständigkeit eines bestimmten staatlichen Gerichts vereinbart zur Entscheidung aller aus dem Vertrage entstehenden Streitigkeiten, damit also auch des Streits, ob der Vertrag rechtswirksam geschlossen worden ist. Ein Anhalt dafür, daß die Vereinbarung aus irgend welchen sittenwidrigen Gründen oder zu dergleichen Zwecken getroffen worden, ist in keiner Weise gegeben. Der Verstoß gegen die guten Sitten, den das Berufungsgericht im vorliegenden Falle in der Verpfändung des Ehrenworts erblickt, ergreift daher nicht auch jene Vereinbarung.“

q) Inwieweit verstößt die Vereinbarung eines Schweigegeldes zwischen der Mutter eines außerehelichen Kindes und dem Schwängerer gegen § 138?

Derartige Verträge, sogen. Schweigeverträge, bezwecken nicht die Abfindung des Kindes für dessen künftige Unterhaltsansprüche.

Das OLG. Colmar in Rspr. der OLG. 30 S. 343 ff. hatte folgenden Fall zu entscheiden:

Der Kläger hatte mit der Beklagten Anna B. geschlechtlich verkehrt und schloß, nachdem diese schwanger geworden war, mit ihr und ihren Eltern einen Vertrag, nach welchem sie „unter keinen Um-

Und zu § 11 EG. z. StrPD.:

„Auch aus § 11 EG. z. StrPD. ist zugunsten der Revision nichts herzuleiten. Wenn dort gesagt ist, daß die Verfolgung von Beleidigungen nur nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung stattfindet, so ist dabei ersichtlich nur an die strafrechtliche Verfolgung des Täters, nicht an die Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen gedacht. Der § 11 a. a. O. bildet daher weder ein Hindernis für den Abschluß von Verträgen über den Widerruf einer Beleidigung, noch steht er der Verbreitung des Rechtsweges bezüglich der Ansprüche aus solchen Verträgen entgegen.“

¹⁾ Darüber, daß die Nichtigkeit der Zuständigkeitsvereinbarung auch nicht aus § 139 BGB. herzuleiten ist, vgl. ferner § 28 VII g.

ständen den Namen des Klägers dem Gerichte oder einem Dritten gegenüber bekannt geben dürfen“. Bei Nennung des Namens sollten die Beklagten „ohne weiteres und sofort verpflichtet sein“, dem Kläger die Abfindungssumme von 1400 M. zurückzuzahlen. Auf Drängen des Vormundschaftsgerichts gab Anna B. den Kläger als Vater des Kindes an. Die gegen ihn erhobene Unterhaltsklage wurde jedoch abgewiesen, weil die *exceptio plurium* durchgriff. Nunmehr klagte der Kläger — ohne Erfolg — auf Rückzahlung der Abfindungssumme:

„1. Der Vertrag vom 1. März stellt in der Hauptsache einen „Schweigevertrag“, mit welchem wohl noch etwaige Ansprüche der Anna B. nach § 1715 beseitigt werden sollten, aber keine Abfindung des Kindes für dessen künftige Unterhaltsansprüche dar. Die Frage, ob ein solcher Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, ist nicht allgemein zu beantworten, es kommt vielmehr auf die Beurteilung im einzelnen Fall an (vgl. *RG.* § 1717¹, *Staudinger* § 138 I 4b, § 1717⁶). Besteht für denjenigen, der bezüglich einer bestimmten Tatsache eine Schweigepflicht vertraglich übernommen hat, eine gesetzliche oder moralische Verpflichtung zur Kundgebung, sei es auch nur deshalb, weil durch das Schweigen Interessen Dritter verletzt werden, deren Wahrung dem Vertragsschließenden obliegt, dann ist der Vertrag sittenwidrig, im übrigen ist er regelmäßig als gültig anzusehen (*RG.* 33 S. 337). Bei Beurteilung der Rechtsgültigkeit der zahlreich vorkommenden Verträge, durch die eine außereheliche Mutter sich gegen Entgelt verpflichtet, den Namen des Kindesvaters nicht zu nennen, ist davon auszugehen, daß eine rechtliche Verpflichtung der Mutter den Namen des Schwängerers zu offenbaren, weder dem Kinde noch dem Vormundschaftsgericht gegenüber besteht. Wohl aber kann das Interesse des Kindes dann, wenn die Mittel zu seinem Unterhalte vorenthalten blieben, der Mutter im Rahmen ihrer Personensorge die Pflicht zur Benennung des Kindesvaters auferlegen und ein trotzdem geschlossener Schweigevertrag wäre sittenwidrig (*Rspr.* 24 S. 259). Hier waren offenbar die Beklagten als die nächst dem Kläger in Betracht kommenden Unterhaltsverpflichteten des zu erwartenden Kindes der Ansicht, durch den Vertrag werde besser für das Wohl des Kindes gesorgt, als wenn durch Benennung des Klägers eine Unterhaltsklage gegen diesen veranlaßt werde, deren günstiger Ausgang für das Kind ihnen zweifelhaft erschien. Der Vertrag hat deshalb auch Unterhaltsansprüche des Kindes überhaupt nicht zum Gegenstand. Sein Wortlaut, daß gezahlt werde „nicht etwa in Anerkennung der Vaterschaft, sondern zur Meidung aller Weiterungen“, ergibt, daß die Parteien grundsätzlich überhaupt nicht beabsichtigten, etwaige Ansprüche des Kindes zu beseitigen. Tatsächlich bezweckt allerdings der Kläger, sich von seinen etwaigen Pflichten gegen das Kind zu befreien, und dessen Unterhaltungsansprüche auf die Beklagten abzuwälzen; dafür, daß letztere tatsächlich diese allein auf sich nehmen, indem sie sich zum Schweigen über die Vaterschaft des Klägers verpflichteten, ließen sie sich als Entgelt 1400 M. versprechen. Demnach ist der Vertrag nicht sittenwidrig, sofern nicht etwa die Beklagten sich nicht nur zum Schweigen über den Verkehr des Klägers mit der Kindesmutter, sondern auch dazu verpflichtet hatten, unter Umständen den Verkehr zu verneinen, also zu lügen. Zu einer solchen Auslegung gibt aber der Inhalt des Vertrags keinen Anlaß. Demgemäß gehen auch beide Parteien im Prozeß von der Rechtsgültigkeit des Vertrages aus, bei dessen Ab-

fassung der Kläger zudem einen Rechtsanwalt zugezogen hatte, von dem er jedenfalls darüber aufgeklärt wurde, wie weit Schweigeverträge rechtsgültig geschlossen werden können . . .“¹⁾

Über den Abschluß eines Schweigevertrages mit einer früheren Konkubine vgl. s.

r) Was die Frage betrifft, ob die vertragliche Regelung der Unterhaltsansprüche geschiedener Ehegatten gegen § 138 verstößt, so steht einem nach der Ehescheidung abgeschlossenen Vertrag an sich § 138 nicht im Wege. Dies gilt nach RG. in J. W. 45 S. 574 auch für einen vor der Scheidung abgeschlossenen Vertrag, sofern er nicht darauf abzielt, die künftige Scheidung irgendwie wesentlich zu erleichtern. Das RG. nimmt eine solche Erleichterung der Scheidung nicht an, wenn bei Abschluß des Vertrages unter den Ehegatten bereits feststand, daß die tatsächliche Trennung erfolgen werde und die künftige Scheidung von einem Ehegatten bereits ins Auge gefaßt war. Das RG. weist auch darauf hin, daß § 1614 Abs. 1 BGB., wonach für die Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichtet werden kann, für den gesetzlichen Unterhaltsanspruch geschiedener Ehegatten nach §§ 1578—1580 BGB. nicht anwendbar sei, weil § 1580 Abs. 3 unter den dort für entsprechend anwendbar erklärten Bestimmungen § 1614 BGB. nicht mit aufgeführt habe.

s) Schenkungsverträge eines verheirateten Mannes an seine Konkubine verstoßen gegen die guten Sitten, auch soweit sie dieselbe lediglich vor der Not des Lebens schützen sollen, weil derartige Zuwendungen Ehebruchslohn darstellen (RG. in Rspr. der OLG. 24 S. 278).

Das gegenüber einer Konkubine abgegebene Versprechen, ihr die Mietzinsen für die von ihr gemietete Wohnung zu bezahlen, verstößt dann gegen die guten Sitten, wenn hierbei die Fortsetzung des unsittlichen Verhältnisses ermöglicht werden soll. So OLG. Hamburg in Rspr. der OLG. 15 S. 311/2:

(Die Parteien unterhielten ein Liebesverhältnis. Die Klägerin hatte eine größere Wohnung gemietet und Beklagter ihr die Bezahlung des Mietzinses versprochen. Die Klage auf Fortzahlung der Mietzinsen wurde für unbegründet erklärt.)

„ . . . Es läßt sich nicht, wie die Klägerin will, argumentieren, daß eigentlich Beklagter der Mieter gewesen sei, daß er nur habe nicht genannt sein wollen,

¹⁾ Das OLG. weist weiter darauf hin, daß hier ein vertragsmäßiger Rückforderungsanspruch des Klägers nur bestehe, wenn die Beklagten ihre Vertragspflichten schuldhaft verletzt hätten, da eine Verwirkungsklausel im Sinne des § 360 BGB. — wonach schon die objektive Tatsache der Namensnennung den Kläger zum Rücktritt berechtige —, nicht vorliege. Eine Verlegung der Vertragspflicht durch die Eltern liege nicht vor und Anna verletze dieselbe nicht, wenn sie auf ein dringliches Befragen des Amtsrichters, ob nicht der Kläger der Vater des Kindes sei, bejahend antwortete, da sie zur Klage nicht verpflichtet war und annehmen konnte, daß sie dem Amtsrichter antworten müßte. Schließlich komme § 812 Abs. 2 nicht in Frage, weil der Zweck des Vertrages lediglich dahin ging, zu verhüten, daß dem Kläger aus seinem unbestrittenen Geschlechtsverkehr „Weiterungen“ erwachsen, d. h. daß er deshalb zu Zahlungen verurteilt werde. Dieser Erfolg sei aber nicht bereitet worden, da rechtskräftig feststehe, daß der Kläger nicht unterhaltungspflichtig sei.

daß daher die Klägerin gleichsam kommissionsweise gemietet habe, daß ihr ein Anspruch auf die für Rechnung des Beklagten gemachten Aufwendungen zustehe und daß in einem solchen Rechtsverhältnis auch nicht die Spur einer Unfittlichkeit stecke. Es kommt, wie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes beweist und die Doktrin ohne Ausnahme anerkennt, gegenüber dem § 138 nicht ausschließlich darauf an, ob der Inhalt des Rechtsgeschäfts — das Rechtsgeschäft, betrachtet lediglich im engsten Rahmen seines juristischen Tatbestandes — eine Unfittlichkeit in sich schließt oder nicht. Auch die mit dem Rechtsgeschäft verfolgten Zwecke, wie seine Motive können es zu einem unfittlichen im Sinne des Gesetzes machen. Wieweit für die Berücksichtigung auch dieser Momente rechtlich die Grenze zu ziehen ist, mag im einzelnen zweifelhaft sein. Darüber kann aber kein Zweifel herrschen, daß das Motiv Berücksichtigung dann finden muß, wenn es geradezu die Rolle der juristischen causa spielt. Das ist es, was vorliegend das LG. mit Recht hervorgehoben hat. Die Klägerin beschwert sich darüber, daß man dem inneren Wert und dem Gehalt der Beziehungen, welche zwischen den Parteien bestanden haben, Abbruch tue, wenn man es lediglich unter dem Gesichtspunkte des dabei unterlaufenen geschlechtlichen Verkehrs betrachte, und daß man in den Gefühlen und Ideen der beiden nicht genügend nuanciere, wenn man meint, daß, was Beklagter der Klägerin zugesagt habe, nur zugefagt sei, um diese gefügig zu machen und sie zur Fortsetzung des unfittlichen Verhältnisses zu bewegen. Das mag alles zutreffen oder nicht. Es kommt darauf nicht an, weil es den entscheidenden Punkt nicht trifft. Das außereheliche Geschlechtsverhältnis als solches wird mißbilligt, von der von manchen freilich bekämpften, im allgemeinen aber festgehaltenen und anerkannten Moral und folgerecht auch, als gegen die guten Sitten verstößend, vom Recht. Alles, was auf Begründung oder Durchführung eines solchen Verhältnisses abzielt, erscheint als ein Verstoß gegen die guten Sitten, möge den Betroffenen selbst für ihre Person das Verhältnis für den Augenblick noch so sublim erscheinen. Darauf aber zielte vorliegend unverkennbar das Versprechen des Beklagten in einer auch für die Klägerin unverkennbaren Weise ab, den Parteien die gewünschte Gelegenheit zu verschaffen, das gleichviel wie im übrigen beschaffene, aber unter allen Umständen unfittliche Verhältnis miteinander, das längst eingeleitet war, fortzusetzen. Hier ist somit in der Tat diese beiderseits gehegte Absicht die causa des Rechtsgeschäfts im juristischen Sinne des Wortes gewesen, was dazu führt, das Rechtsgeschäft selbst als gegen die guten Sitten verstößend für nichtig zu erklären.“

Unter Umständen kann die Zusage oder Beauftragung zur Bezahlung der Miete für eine Konkubine rechtsgültig sein, selbst wenn die Wohnung zugleich der Fortsetzung des geschlechtlichen Verkehrs dienen soll, nämlich dann, wenn diese Absicht zu sehr in den Hintergrund tritt, als daß sie noch als die Handlungsweise beherrschend anzusehen ist. So RG. in Rspr. der OLG. 34 S. 11 ff. zu folgendem Fall: Die Klägerin lebte seit 1905 in vertrauten Beziehungen mit dem Erblasser, der sich am 2. August 1914, als er ins Feld zog, mit ihr verlobte. Seit Jahren hatte er den Unterhalt der Klägerin einschließlich der für sie gemieteten Wohnung bestritten; sie hatte zwar das Gewerbe einer Stellenvermittlerin betrieben, aber damit keinen Verdienst erzielt. Im Juli 1914 mietete die Klägerin selbst die jetzige Wohnung bis Ende 1917 und der Erblasser verbürgte sich dafür.

Bis zu seinem Tode ließ er ihr soviel zukommen, daß sie die Miete davon bezahlen konnte; seitdem mußte sie ihre Ersparnisse hierfür angreifen. Vom Testamentsvollstrecker verlangte sie Erstattung dieser Beiträge und Freihaltung von der Miete bis Ende 1917. Das LG. wies die Klage ab. Das RG. führte a. a. O. aus:

„Es ist unbedenklich festzustellen, daß der Erblasser die Klägerin zur Mietung der Wohnung veranlaßt, sie damit beauftragt hat. Während er bis dahin selbst für sie gemietet hatte, ist es jetzt äußerlich so gewendet, daß sie die Mieterin war, etwa weil sie, wie sie angibt, als Stellenvermittlerin eine eigene Wohnung haben mußte, oder aus anderen Gründen; im Verhältnis zwischen ihr und dem Erblasser aber war er der Mietende, der die Wohnung für sich und die Klägerin haben wollte, und für dessen Rechnung die Klägerin, jedoch in eigenem Namen, die Wohnung mietete. Aus diesem Auftragsverhältnis, mit dem die Bürgschaftsübernahme durchaus im Einklang steht, ergibt sich ohne weiteres, sofern nicht der Auftrag und dessen Annahme gegen die guten Sitten verstößen, die Verpflichtung des Erblassers, die Klägerin von der Miete freizuhalten oder ihr ausgelegte Beträge zu erstatten; ob dies noch ausdrücklich vereinbart ist, ist unerheblich. Mehr als Erstattung der ausgelegten Beträge und Freihaltung verlangt die Klägerin auch nicht, sie verlangt nicht etwa freie Wohnung in den Mieträumen bis zum Ablaufe des Vertrags, sondern ist bereit, auf die Wohnung zu verzichten, wenn sie nur ihrer Verpflichtungen ledig wird.

Es ist richtig, daß die Erteilung und Annahme eines solchen Auftrags unsittlich sein kann. Zwar können Personen, die in einem „Verhältnis“ miteinander leben, gültige Rechtsgeschäfte miteinander eingehen, und diese haben auch dann rechtlichen Bestand, wenn sie, ohne daß das „Verhältnis“ bestände, nicht eingegangen wären. Aber häufig werden diese Rechtsgeschäfte derart von unsittlichen Beweggründen und Zwecken beherrscht werden, daß das Rechtsgeschäft als die guten Sitten verletzend angesehen werden muß; so z. B. wenn ein Darlehen gegeben wird, um ein Mädchen zum Geschlechtsverkehr gefügig zu machen oder zu erhalten. In gleicher Weise kann auch der Auftrag eines Mannes an die Frau, in eigenem Namen eine Wohnung zu mieten, unsittlich sein, wenn nämlich gerade dadurch ein unsittlicher Verkehr ermöglicht werden, oder wenn die Frau gefügig gemacht oder erhalten werden soll oder dergl., besonders auch dann, wenn es so liegt, wie das LG. annimmt, daß in dem Auftrage zugleich eine Zuwendung liegt, die als Entgelt für unsittlichen Verkehr zu betrachten ist. Ein Entgelt setzt ein Abhängigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung voraus, so daß die eine ohne die andere nicht gewährt werden würde. Hier bestanden jedoch die Beziehungen der Klägerin beim Abschluß des Mietvertrages schon neun Jahre lang und hatten sich zu einem so festen Bunde gestaltet, daß beiden die Lösung ihrer Beziehungen fern lag, sie vielmehr beabsichtigten, zeit lebens daran festzuhalten. Tatsächlich haben sich ja auch beide nach Abschluß des Mietvertrages bei Ausbruch des Krieges, und zwar noch vor Beziehen der Wohnung durch die Klägerin, verlobt. Seit einer Reihe von Jahren bestritt der Erblasser den Unterhalt der Klägerin einschließlich der Wohnung, die er früher in eigenem Namen für sie gemietet hatte. Wenn dies bei Abschluß dieses Mietvertrages geändert wurde, so trat dadurch in den Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Klägerin keinerlei Änderung ein. Es erscheint ausgeschlossen, daß die Mietung dieser oder einer anderen Wohnung um jene Zeit irgendwelchen Einfluß auf das Verhältnis zwischen der

Klägerin und dem Erblasser ausgeübt haben sollten in der Richtung, daß etwa ohne die Mietung der Wohnung ihre Beziehungen sich gelockert hätten oder abgebrochen wären, und daß durch die Gewährung der Wohnung der Klägerin an den Erblasser mehr gefesselt wäre, als ohne dies. Bei dem Verhältnis der beiden Personen zu einander, das sich zu einem dauernden gestaltet hatte, verstand sich ganz von selbst, daß der Erblasser für eine Wohnung der Klägerin sorgte; Beweggrund und Zweck dieses Tuns war seine im Testamente bezugte Dankbarkeit und Zuneigung zu ihr und die seit Jahren bestehende tatsächliche Gestaltung, daß er ihren Unterhalt bestritt; dies wurde durch die Mietung der Wohnung lediglich fortgesetzt. In solchem Falle kann nicht wohl davon die Rede sein, daß Beweggrund oder Zweck des Handelns, oder beides, gegen die guten Sitten verstoßen, und zwar auch dann nicht, wenn die Wohnung zugleich auch dazu dienen sollte, den geschlechtlichen Verkehr fortzusetzen. In Fällen, wie hier, tritt dies zu sehr in den Hintergrund, als das es noch als die Handlungsweise beherrschend angesehen werden kann. Anders ist es, wenn die zu beschaffende Wohnung wesentlich und überwiegend dem außerehelichen Geschlechtsverkehr dienen soll und gerade zu diesem Zwecke gemietet wird. Die Fälle, wo es sich um leicht eingegangene und leicht gelöste wesentlich auf Geschlechtsgenuß abzielende „Verhältnisse“ handelt, sind mit dem hier zu beurteilenden Fall nicht vergleichbar . . .“

Die Fürsorge für ein Mädchen nach beendeter wilder Ehe ist gleichfalls nicht unsittlich. Auch Schweigeverträge fallen nicht ohne weiteres unter das Verbot des § 138:

„Wider die gute Sitte ist es, wenn ein Mann durch Versprechen von Geld oder Geldeswert ein Mädchen zum geschlechtlichen Verkehr veranlaßt und das Mädchen gegen Lohn oder Aussicht auf Lohn sich zum geschlechtlichen Verkehr versteht. Aber die Fürsorge für das Mädchen nach beendeter wilder Ehe ist nicht unsittlich, sondern eine sittliche Pflicht des Mannes. Durch die Annahme dieser Fürsorge verstößt das verlassene Mädchen nicht gegen die guten Sitten und ein solcher Verstoß fällt auch dem Leistenden nicht zur Last. Auch die Annahme eines Entgelts für Eingehung einer Schweigepflicht ist nicht ohne weiteres unsittlich. In den Fällen, wo die Annahme von Schweigegeld für unsittlich erklärt worden ist (RG. 58 S. 204), handelt es sich entweder um eine Pflicht zu reden, also um Bezahlung für eine Pflichtverletzung oder, sofern das Schweigen schon an sich eine sittliche Pflicht war, um Annahme von Entgelt für das Unterlassen einer Pflichtverletzung. Keines von beiden trifft hier zu. Es ist für die bisherige Konkubine nicht durch die Sitte geboten, sich jeder Aussprache über das frühere Verhältnis zu enthalten. Die Übernahme dieser Verpflichtung kann daher unter Umständen auch Gegenstand eines entgeltlichen Vertrags ohne Verstoß wider die guten Sitten sein. Schreitet der Mann zu einer Ehe, so hat er die sittliche Pflicht, seine künftige Frau über sein Vorleben aufzuklären. Der Beweggrund, der in solchem Falle zum Angebot eines Schweigegeldes an die Verlassene führt, wird ein unsittlicher sein. Doch dadurch wird weder die Annahme der Leistung noch das ganze Rechtsgeschäft (§§ 138, 139) unsittlich“ (RG. in Rspr. der OLG. 22 S. 138/9).

t) Ein Vertrag, durch den ein Wohnsitzverbot ohne jede zeitliche Grenzen aufgestellt wird, verstößt gegen die persönliche Bewegungsfreiheit (§ 1 des Freizügigkeits-

gesetzes vom 1. November 1867) und damit gegen die guten Sitten.

So nach RG. bei Gruchot 59 C. 334 in einem Falle, in welchem der Kläger, welcher langjährige vertraute Beziehungen zu der Beklagten unterhalten hatte, dieses Verhältnis zum Zwecke der Verheiratung jedoch löste, mit der Beklagten einen Vertrag geschlossen hatte, in dem er sich verpflichtete, der Beklagten zur Abgeltung aller ihrer Ansprüche 3500 M. zu bezahlen und der Beklagten auferlegte, Berlin und die nächsten Vororte zu verlassen und ihren Wohnsitz an einem andern Orte aufzuschlagen, wobei ihr freistehen sollte, zum Zwecke ärztlicher Behandlung nach Berlin zu kommen, auch weder an den Kläger zu schreiben, noch ihn anzusprechen, noch ihn aufzusuchen oder zu erwarten, oder sonst sich ihm zu nähern. Nachdem sich der Kläger darauf verheiratet hatte und die Beklagte das Verbot übertrat, klagte der Kläger mit dem Antrag, der Beklagten bei Strafe zu untersagen, ihn anzusprechen und aufzusuchen, ihn zu erwarten und sich ihm sonst zu nähern. Das RG. führt aus:

„Die rechtliche Wirksamkeit der von der Beklagten übernommenen Verpflichtung, weder an den Kläger zu schreiben, noch ihn anzusprechen oder noch ihn aufzusuchen oder sich ihm sonst zu nähern, ist an und für sich, wie das BG. zutreffend ausgeführt hat und wie auch die Revision nicht in Abrede zieht, nicht zu beanstanden.

Nicht beizutreten ist aber der ferneren Annahme des BG., daß auch die weiter von der Beklagten übernommene Verpflichtung, Berlin zu verlassen und ihren Wohnsitz nach außerhalb zu verlegen, rechtswirksam sei. Zwar ist die der Verpflichtung angehängte Klausel, daß es der Beklagten freistehen solle, zum Zwecke ärztlicher Behandlung nach Berlin zu kommen, ohne Rechtsirrtum vom BG. dahin ausgelegt worden, daß die Beklagte nicht bloß zu ärztlicher Behandlung, sondern auch zu anderen Zwecken sich in Berlin aufhalten dürfe; die Möglichkeit dieser Auslegung ist nicht zu bestreiten, da im Vertrage nur das Verbot eines Wohnsitzes, nicht das eines Aufenthalts in Berlin ausgesprochen ist. Der Kläger mochte auch ein Interesse daran haben, durch das Wohnsitzverbot der Möglichkeit eines Zusammentreffens mit der Beklagten und ihrer Annäherungsversuche in besonders nachdrücklicher Weise entgegenzutreten. Allein das Wohnsitzverbot ist ohne jede zeitliche Grenzen aufgestellt; die erst in dieser Instanz vom Kläger aufgestellte Behauptung, daß das Verbot nur für 9 Monate gegeben sei, konnte nicht berücksichtigt werden; übrigens ist der Senat der Ansicht, daß diese Behauptung mit dem Wortlaute des Vertrags nicht zu vereinigen ist. Ein in diesem weitgehenden Umfange gegebenes Verbot steht im Widerspruche mit § 1 des Freizügigkeitsgesetzes vom 1. November 1867 und beschränkt in unzulässiger Weise die persönliche Bewegungsfreiheit der Beklagten. Es ist deshalb wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig (§ 138 BGB.). Die in Warn. C. 10, 428 abgedruckte reichsgerichtliche Entscheidung steht nicht entgegen, da diese auf wesentlich anderer tatsächlicher Grundlage erging. Dem nichtigen Verbote kann nicht durch richterliche Ermäßigung seines Inhalts Rechtswirksamkeit verliehen werden, wie dies auch von den Parteien nicht behauptet worden ist.

Ist hiernach das Wohnsitzverbot nichtig, so erhebt sich die Frage, ob in Befahrung des Ausnahmefalls des § 139 BGB. anzunehmen sei, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Die Beantwortung dieser wesentlich tatsächlichen Frage ist dem BG. zu überlassen. Sie ergibt sich nicht von selbst aus der Sachlage."

u) Bei einem Dienstvertrag verstößt die Vereinbarung eines Kündigungsrechts nur für einen Vertragsteil nicht gegen die guten Sitten. So OLG. Hamburg in Rsp. d. OLG. 7 S. 458 für den Fall, daß einem Theaterdirektor das Recht eingeräumt ist, einem Schauspieler alljährlich im Sommer 4 Monate Urlaub unter Wegfall sämtlicher Bezüge zu erteilen und den Vertrag nach dreimonatlicher Kündigung aufzulösen.

Nach RG. 91 S. 330 kommt es auf die Umstände des Falles an, ob im Bühnenvertrag dem Theaterunternehmer rechtswirksam das Recht eingeräumt werden kann, einseitig den Vertrag beliebig zu kündigen oder einseitig zu verlängern.

v) Das Versprechen, einem Andern den Schaden zu ersetzen, den er durch eine Bestrafung erleiden werde, verstößt in der Regel gegen die guten Sitten; jedenfalls aber dann, wenn sich das Versprechen des Ersatzes auf die Bestrafung einer künftigen, erst noch vorzunehmenden Handlung bezieht, da hier das Versprechen geeignet erscheint, demjenigen, der es erhält, ein Beweggrund zur Begehung einer strafbaren Handlung zu werden. So OLG. Jena in Rsp. der OLG. 2 S. 3. Dies gilt aber nicht für das Versprechen, einem Unschuldigen für die Kosten des Strafverfahrens aufzukommen. So OLG. Colmar in Rsp. der OLG. 22 S. 177/8:

„Der Ausführung des OLG. Jena (Rsp. 2 S. 2), daß unsittlich ein Versprechen sei, dem Andern den ihn durch eine Bestrafung erwachsenden Schaden zu ersetzen, ist, wenigstens in dieser Allgemeinheit, nicht beizustimmen. Richtig ist, daß dem öffentlichen Interesse solche Verträge zuwiderlaufen, die ohne Rücksicht darauf, ob die Straftat schon begangen ist oder nicht, darauf ausgehen, eine Person einer ihr drohenden Freiheitsstrafe zu entziehen.“¹⁾ Nicht so

¹⁾ Strafrechtlich liegt Begünstigung vor, wenn jemand für einen Verurteilten eine Geldstrafe bezahlt, ohne ihn zur Rückzahlung zu verpflichten. So RG. in Straff. 30 S. 235:

„Die Natur der Geldstrafe besteht darin, daß der Verurteilte eine Vermögensminderung als Strafübel erleiden soll. Ihre Funktion erschöpft sich also nicht in der Begründung einer Geldschuld des Verurteilten gegenüber dem Fiskus als Gläubiger, und die Zahlung dieser Geldschuld schließt deshalb auch nicht unter allen Umständen mit Notwendigkeit gleich die Tilgung des staatlichen Strafanspruches durch Vollstreckung der Strafe in sich. Dies kann namentlich in dem Falle nicht anerkannt werden, wo die Vermögensminderung, welche grundsätzlich das persönliche Strafübel für den Verurteilten bilden soll, von letzterem durch einen Dritten vorsätzlich abgewendet wird, indem dieser selbst für ihn den Vermögensnachteil auf sich nimmt. Zahlt jemand die Geldstrafe für den Verurteilten mit einem hierauf gerichteten Willen, so läßt sich nicht in Abrede stellen, daß durch eine solche Handlung die Realisierung des zuerkannten Strafübels vereitelt, der Verurteilte der Bestrafung entzogen werden kann.“

Dagegen liegt dann keine Begünstigung i. S. des § 257 StrGB. vor, wenn jemand einem andern zwecks Erstattung einer Geldstrafe eine Schenkung macht oder dem Verurteilten die von diesem bezahlte Geldstrafe erstattet, denn in diesen Fällen erfolgt die Zahlung der Geldstrafe aus dem Vermögen des Verurteilten, die Ausgleichung des materiellen Schadens durch vorherige Schenkung oder nachfolgende Erstattung ist nicht rechtswidrig (so Dtschhausen, StrGB., Anm. 21 zu § 257). Doch ist dies streitig.

allgemein läßt sich aber dieser Satz bezüglich der Geldstrafen wiederholen. Denn hier durchbricht das Gesetz selbst dadurch den sonst streng persönlichen Charakter der Kriminalstrafen, daß Geldstrafen auch gegen die Erben vollstreckt werden können (§ 30 StrGB.). Auch enthält weder das StrGB. noch die StrPD. Bestimmungen, die es verbieten oder wenigstens zu verhindern suchen, daß ein Dritter für den Verurteilten die Geldstrafe bezahlt. Es widerspricht daher in der Regel keineswegs dem sittlichen Bewußtsein der Allgemeinheit, daß sich jemand verpflichtet, die Geldstrafe, die ein anderer zu gewärtigen hat, zu bezahlen. Unsitlich kann ein solcher Vertrag dann werden, wenn sich das Versprechen des Erfages auf die Bestrafung einer künftigen, erst noch vorzunehmenden Handlung bezieht; denn hier erscheint das Versprechen unter Umständen geeignet, zur Begehung der Straftat anzureizen.

Noch weniger sind aber solche Verträge zu beanstanden, durch die wie hier sich der eine Teil lediglich dazu verpflichtet, die Kosten eines anhängigen Strafverfahrens zu übernehmen. Denn diese sind nicht auch eine Art Strafe mit der daraus folgenden streng persönlichen Natur, sondern sind, wie im Zivilprozeß, die an die bloße Tatsache des Unterliegens im Strafprozeß geknüpfte Folge mit dem wesentlich verwaltungsrechtlichen und finanziellen Zwecke, dem Staate einen Kostenschuldner zu schaffen. Das öffentliche Interesse bezüglich der Kosten erschöpft sich mithin darin, daß dem Staate irgendwie die erwachsenen Kosten erstattet werden, und wird also durch Verträge der angegebenen Art nicht verletzt. Bezeichnend für die Stellung des Gesetzgebers selbst ist in dieser Hinsicht, daß auch bezüglich der Kosten eine dem § 30 StrGB. entsprechende Vorschrift besteht (§ 497² StrPD.), und daß der § 16 Preßges. nur öffentliche Aufforderungen durch die Presse zur Aufbringung der Geldstrafen und Kosten strafte, wogegen sonstige private Sammlungen dieser Art strafrechtlich nicht beanstandet werden. Auch das OLG. Jena a. D. schränkt daher bezüglich solcher auf die Kosten sich beschränkenden Verträge den von ihm aufgestellten allgemeinen Satz auf den Fall ein, daß das Versprechen sich auf das Strafverfahren wegen einer noch vorzunehmenden Handlung bezieht, und es ist anzuerkennen, daß ein solches Versprechen der Beweggrund zur Begehung einer Straftat werden kann. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor" (Weiter wird ausgeführt, daß sich das Versprechen im vorliegenden Falle als Schenkungsversprechen charakterisiere.)

w) Rechtsgeschäfte, die zwecks Ersparung von Steuern geschlossen sind, können nicht ohne weiteres als gegen die guten Sitten verstößend angesehen werden, denn jeder kann seine Angelegenheiten so regeln, daß ihm möglichst geringe Kosten entstehen: Sache der Steuerordnung wäre es, derartige Umgehungen durch zweckmäßige Bestimmungen unschädlich zu machen. Aberdies ist der § 138 BGB. nur dann anwendbar, wenn der Inhalt des Geschäfts gegen die guten Sitten verstößt. Auf die Beweggründe der Beteiligten kommt es nicht an. (OVB. in der Jur. W. 47 S. 151).

x) Auf dem Gebiete der Kreditficherung kommen häufig sogen. Knebelungsverträge vor, die auf Grund des § 138 BGB. nichtig sind. Das RG. führt in der Jur. W. 46 S. 282 hierüber aus:

„Als nichtig wegen Sittenwidrigkeit sind nach ständiger Rechtsprechung des RG. fiduziarische Verträge zur Sicherung eines Gläubigers eines Kaufmanns dann zu erachten, wenn der Schuldner zum Zwecke der Sicherung alle wesentlichen Aktivwerte des gegenwärtigen und zukünftigen Geschäftsvermögens übereignet und für ihn beim Weiterbetriebe des Geschäfts nur der trügerische Schein einer Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit übrigbleibt; dabei ist der entscheidende Gesichtspunkt darin zu finden, ob das Rechtsgeschäft nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter dem Anstands- und Rechtsgefühl aller gerecht und billig denkenden widerstreitet.“

Ob ein solcher sittenwidriger Knebelungsvertrag vorliegt, kann regelmäßig nur nach Prüfung der jedesmaligen Umstände des Einzelfalles beantwortet werden (RG. in Jur. W. 45 S. 477).

Das Reichsgericht hat die Frage nach der Sittenwidrigkeit im folgenden Falle bejaht:

Die Parteien hatten am 1. November 1914 einen Vertrag geschlossen, durch den die Klägerin den ausschließlichen Alleinverkauf der Fabrikate des Beklagten für die Dauer von zunächst zehn Jahren übernommen hatte. Dieses Verkaufsrecht erstreckte sich auf den gesamten europäischen und außereuropäischen Export und auf alle Orte, mit denen der Beklagte ein laufendes Geschäft noch nicht machte und für die die Klägerin mittelbar oder unmittelbar Verkäufe abschloß oder auch nur Kunden „bearbeitete oder interessierte“. Endlich fielen darunter auch alle diejenigen irgendwo wohnhaften oder domizilierten Personen oder Firmen, denen die Klägerin etwas direkt oder indirekt verkaufte, bezw. die sie auch nur für die Fabrikate des Beklagten „bearbeitete oder interessierte“, für die Zukunft unter das ausschließliche Alleinverkaufsrecht der Klägerin auch dann, wenn der Beklagte nach den betreffenden Orten seinerseits schon lieferte. Dabei kam noch hinzu, daß der Beklagte verpflichtet war, der Klägerin „die denkbar äußersten Preise und Konditionen“, die er „überhaupt nur machen konnte oder nach irgend einer Seite gemacht hatte oder machen werde“, einzuräumen; daß die vom Beklagten nach anderer Seite gemachten Notierungen und Konditionen auch für die Klägerin gelten sollten; daß bei gewissen Fabrikaten die damals feststehenden Preise, Rabatte und Konditionen für die ganze Vertragszeit unveränderlich Geltung haben sollten, sofern nicht der Beklagte nachwies, daß er durch eine wesentliche Verteuerung der Rohmaterialien und Arbeitslöhne auf die Dauer außerstande sei, zu seitherigen Preisen zu liefern, und daß im übrigen, bei den sonstigen Fabrikaten wie bei den vorbezeichneten irgendwelche von den laufenden abweichende Preise erst ein Jahr, nachdem die Klägerin davon Kenntnis genommen habe, in Kraft treten sollten. Schließlich sollte der auf 10 Jahre geschlossene Vertrag beiderseits nur mit einjähriger Kündigung auf den 31. Dezember des letzten Jahres aufgesagt werden können. Erfolgte keine Kündigung, so sollte er auf zehn Jahre weiter laufen.

Erfolgte keine Kündigung des Beklagten oder „nötigte“ der Beklagte die Klägerin durch sein Verhalten zu einer Kündigung oder Aufhebung, dann durfte der Beklagte nach Beendigung des Kontraktverhältnisses die bisher für die Klägerin reserviert gewesenen Typen usw. [Geldschränke, Geldkisten und alle anderen Fabrikate, deren Konstruktion oder Fabrikation der Beklagte nach oder infolge der Anregung und Angaben der Klägerin sowie auch auf Grund der von der Klägerin gekauften und dem Beklagten zugestellten Muster aufgenommen hatte] nach keiner anderen Seite mehr liefern und hatte er bezüglich seiner anderen Fabrikate der Klägerin noch während weiterer fünf Jahre eine Provision von 10 Prozent von den Bruttopreisen — die nicht niedriger als bisher sein dürften — von allen Lieferungen zu vergüten, die er für den gesamten Export an ihm bekannte oder bekanntwerdende bisherige Kunden der Klägerin, auch Personen oder Firmen, die die Klägerin bearbeitet oder interessiert hatte, direkt oder indirekt oder durch Dritte oder Vierte machen werde. Weiterhin durfte der Beklagte mit Personen der klägerischen Interessensphäre keine Korrespondenzen irgendwelcher Art führen, ihnen demgemäß weder den Empfang eines Briefes anzeigen noch mitteilen, daß er ihn an die Klägerin weitergeleitet habe; er hatte jeden Verkehr mit diesen, durch Angestellte, Dritte oder Telephon zu unterlassen und, wenn sich solche Personen mit ihm persönlich in Verbindung setzten, sich jeglicher Besprechungen, Abmachungen usw. betreffs Preise, Konditionen sowie Lieferungen usw. auf das strikteste zu enthalten, die Personen an die Klägerin zu verweisen und diese unter Angabe aller Einzelheiten zu benachrichtigen. Während der Dauer des Vertrages stand endlich der Klägerin das Recht zu, an oder in dem Fabrikunternehmen des Beklagten ihre Schilder anzubringen.

Die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages wegen übermäßiger Knebelung hatte Erfolg. Das RG. führte in der Jur. W. 46 S. 966/7 hierzu aus:

„Der Berufungsrichter hat in diesem Vertrage der Parteien derartige scharfe Bestimmungen zu Lasten des Beklagten erblickt, daß der Vertrag als gegen die guten Sitten verstößend angesehen werden müsse; er hat dabei insbesondere erwogen: Die [so außerordentlich weit ausgestaltete] Alleinverkaufspflicht des Beklagten würde viel von ihrem Druck verlieren, wenn sie als natürliches Korrelat einer Bezugspflicht der Klägerin gegenüberstände. Davon sei aber in dem Vertrage keine Rede; das Schreiben der Klägerin vom 10. November 1914 scheine Ansätze dazu zu enthalten, sei aber nicht Vertragsbestandteil geworden. Die Klägerin sei daher imstande, den Beklagten dadurch, daß sie nichts von ihm bestelle, lahmzulegen. Ohne Not werde sie das vielleicht nicht tun. Aber daß sie dessen fähig sei und, etwa im Falle von Differenzen mit dem Beklagten, rücksichtslos von ihren vertraglichen Rechten Gebrauch machen würde, sei nach ihren eigenen Drohungen in einem von ihr an den Beklagten gerichteten Schreiben vom 16. April 1915 nicht zu bezweifeln. Schon

die rein vermögensrechtliche Knebelung des Beklagten, die sich mindestens auf eine Vertragszeit von 10 Jahren erstreckt, begründe eine Geschäftsgebundenheit des Beklagten, die ihn derart rechtlos stelle, daß er der Willkür und dem Belieben der Klägerin preisgegeben sei. Dazu kämen Momente moralischer Art. Dem Beklagten seien Pflichten hinsichtlich der Kontrolle seiner Korrespondenz, des geschäftlichen Verhaltens gegenüber Dritten, des Anbringens von Schildern der Klägerin in seinem Fabrikunternehmen auferlegt, die für einen selbständigen, auf seine Ehre haltenden Kaufmann unerträglich sein müßten und ihn entwürdigten. Das Verhalten der Klägerin habe auch in dieser Beziehung dem Inhalt des Vertrags entprochen, wie ein Fall zeige, in dem der Beklagte auf Diktat des Beklagten einen entwürdigenden Brief geschrieben habe. Die Revision richtet sich gegen die Annahmen des Berufungsrichters einer vermögensrechtlichen [wirtschaftlichen] Knebelung und einer persönlichen, moralischen Entwürdigung des Beklagten durch den Vertrag; ihre Ausführungen vermögen aber das Ergebnis, zu dem der Berufungsrichter gelangt ist: daß der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, nicht zu erschüttern. Es fallen für dieses Ergebnis nicht so sehr diejenigen Bestimmungen des Vertrags, die der Berufungsrichter als Momente moralischer Art bezeichnet und in denen er eine persönliche Entwürdigung des Beklagten als selbständigen Kaufmanns erblickt hat, als die vermögensrechtlichen Bestimmungen ins Gewicht. Es mag sein, daß die tatsächliche Entwicklung, die der Geschäftsbetrieb des Beklagten bei dem Zusammenarbeiten der Parteien auf Grund des Vertrags bisher genommen hat, keine dem Beklagten ungünstige gewesen ist; der bisherige Erfolg des bisherigen Zusammenarbeitens kann dafür, ob der Vertrag so wie er abgeschlossen ist, gegen die guten Sitten verstößt, nicht maßgebend sein. Auch darauf kommt es nicht an, ob der Beklagte, wenn die Klägerin die Bestimmungen des Vertrags wider deren Sinn und Zweck auszunutzen wollte, durch die Gesetze geschützt sein würde. Wesentlich und maßgebend aber ist, ob die Bestimmungen so, wie sie getroffen worden sind, nach ihrem Sinn und Zweck den herrschenden Sittenanschauungen entsprechen [RG. 82 S. 314, 316], und das ist nicht der Fall, wenn sie, wie hier, den einen Teil der Willkür des anderen unterwerfen und ihn übermäßig belasten. Die Klägerin hat, wie der Berufungsrichter mit Recht annimmt, nach den Bestimmungen des Vertrags lediglich Rechte. Der außerordentlich weitgehenden und durch die Preisverminderungen noch ganz besonders erschwerten Verpflichtung des Beklagten, allein an die Klägerin zu verkaufen, stehen keinerlei irgendwie greifbare Pflichten der Klägerin, insbesondere keine Verpflichtung der Klägerin, von dem Beklagten Bezüge zu machen, gegenüber. Auch bei weitester Auslegung gibt der Vertrag keinerlei Anhalt dafür, daß und in welchem Umfang und bezüglich welcher Fabrikate der Beklagte die Klägerin zwingen könnte, Bestellungen bei ihm zu machen. Der Beklagte befindet sich vielmehr bezüglich des Absatzes seiner Erzeugnisse in ausgedehntester Weise in den Händen der Klägerin und ist von deren guten Willen und ihrem Interesse abhängig. Der gute, vielleicht zur Zeit in ihrem eigenen Interesse betätigte Wille, der zu dem bisherigen guten Erfolge des Zusammenarbeitens der Parteien geführt haben mag, kann, worauf der Berufungsrichter ebenfalls zutreffend hinweist, zumal bei auftretenden Uneinigkeiten zwischen den Parteien, versagen. Das Interesse der Klägerin kann während der langen Zeit, für die der Vertrag Geltung haben sollte, ein anderes werden. Und nicht genug damit, daß der Beklagte, wenn die Klägerin bei ihm Bezüge nur in ganz geringem Umfange oder überhaupt nicht macht, in seinem Betriebe örtlich und sachlich bezüglich der Preisbestimmungen außerordentlich beschränkt und eingeengt sein würde, würde der Beklagte auch noch fünf Jahre

über den eigentlichen Lauf des Vertrags hinaus der Klägerin in weitem Maße tributpflichtig sein. War schon aus diesen Gründen der Vertrag der Parteien, weil gegen die guten Sitten verstoßend, für nichtig zu erachten, so kam es auf die Ausführungen nicht weiter an, mit denen die Revision noch speziell die Annahme des Berufungsrichters, der Vertrag enthalte eine moralische Entwürdigung des Beklagten, zu entkräften versucht hat "

Keine sittenwidrige Knebelung hat das Reichsgericht in einem Falle angenommen, in welchem durch notariellen Vertrag Gegenstände aus einem Möbel- und Warenlager im Werte von 85912,20 M. mit dem Bemerkten übereignet waren, daß die Gegenstände nebst den späteren Zugängen in der Hand des Veräußerers Kommissionsgut werden sollten. Das RG. führt in der Jur. W. 46 S. 282 aus, daß hier ein Verstoß gegen die guten Sitten liegen könnte, wenn das Warenlager in der Hand des Schuldners Kommissionsgut in dem Sinne werden sollte, daß dem Schuldner hinsichtlich desselben im Innenverhältnisse lediglich die Rechtsstellung eines Kommissionärs eingeräumt worden sei, derart, daß der gesamte Geschäftsbetrieb in Wirklichkeit nur für Rechnung des Erwerbers gehen sollte, daß aber unter Verheimlichung dieses Umstandes nach außen hin der täuschende Anschein erst erweckt werden sollte, als ob die Firma nach wie vor in voller wirtschaftlicher Selbständigkeit das Geschäft weiterbetriebe. Dies war aber nicht der Fall. Der Inhalt des Vertrags ging dahin, daß nicht das gesamte damals vorhandene Warenlager übereignet wurde, daß vielmehr eine Reihe kleinerer Gegenstände im Eigentum der Firma blieb, und daß die Zugänge des Lagers später auch nur insoweit übereignet werden sollten und übereignet worden sind, als dies zur Erhaltung der Sicherheit in dem ursprünglichen Umfange erforderlich war, mit dem Erfolge, daß die den Gegenstand der Aussonderungsklage bildenden Waren einen Wert von etwa 40000 M. hatten, das ganze Lager aber einen Inventarwert von etwa 81000 M. Die Forderungen waren nicht übertragen. Der Erlös übereigneter Waren und der künftigen Zugänge sollte der Veräußerin gehören und dem Gläubiger nur ein persönlicher Anspruch auf die Abführung von 10 vom Hundert dieses Erlöses zustehen. Im übrigen war die Schuldnerin zur freien und selbständigen Geschäftsführung und Verfügung über das Warenlager befugt. Sobald die Forderungen des Klägers getilgt sein würden, sollte das Eigentum am Warenlager auf die Firma zurückübertragen werden. Hieraus ergab sich nach Ansicht des RG. klar, daß keineswegs der Gläubiger im wesentlichen der wirkliche Herr des Geschäfts gewesen war, so daß für die Schuldnerin nur der äußere Schein einer Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit verblieben wäre.

Bezweckt ein Vertrag die Sanierung eines Unternehmens, so ist es nicht sittenwidrig, wenn auch der Gläubiger eine besonders hohe Sicherheit erlangt, vorausgesetzt, daß dem Schuldner nicht jede

wirtschaftliche Selbständigkeit entzogen wird. So RG. in Jur. W. 45 S. 476 ff., wo die in Konkurs geratene Firma A. der Klägerin aus Bankverkehr über 100000 M. schuldig geworden war und ihr die ganzen Außenstände sofort und auch fortlaufend die täglichen Rechnungsbeträge abgetreten und das gesamte Inventar verpfändet hatte. Die durch die Post an die Gemeinschuldnerin erst künftig eingehenden Außenstände aus Warenlieferungen sollten — ohne daß die Kunden benachteiligt wurden, — dem Reichsbankgirokonto der Klägerin überwiesen werden. Das RG. stellte fest, daß das durchaus ernstliche „Sanierungsprogramm“ dem sonst dem Zusammenbruche verfallenen Unternehmen der Gemeinschuldnerin wieder aufhelfen sollte. Dazu sollte ihr die Klägerin fortlaufenden Kredit gewähren, die aus dem nunmehr ermöglichten Weiterbetriebe des Unternehmens entstehenden Schulden und Betriebskosten aus den ihr zufließenden Außenständen der Gemeinschuldnerin begleichen und im wesentlichen nur den Überschuß jener eingezogenen Außenstände für sich behalten. Nach wie vor blieb die Schuldnerin in der Lage, ihr Unternehmen weiterzubetreiben und die hieraus entstehenden Verbindlichkeiten zu begleichen, wenn auch nur mittels des durch die Abtretung der Außenstände erzielten Bankkredits der Klägerin:

„Indem ihr aber das Recht verblieb, von der Klägerin zu verlangen, daß diese die Außenstände zur fortlaufenden Begleichung der Geschäftsschulden der Gemeinschuldnerin mitverwende, blieb auch im Innenverhältnis zwischen ihr und der Klägerin die wirtschaftliche Selbständigkeit der Gemeinschuldnerin ausreichend gewahrt, so daß von einer sittenwidrigen Knebelung keine Rede sein kann. Dazu kommt, daß es der Gemeinschuldnerin vom Mai 1907 ab (— der Vertrag war am 11. Januar 1907 geschlossen —) jederzeit zustand, sich auch tatsächlich von dem zunächst nur bis April 1907 geschlossenen Abkommen loszusagen. Allerdings ist das Abkommen den Kunden der Gemeinschuldnerin nicht mitgeteilt, auch nicht die daraufhin vorgenommenen Abtretungen der Außenstände. Aber hieraus kann in Verbindung mit den übrigen festgestellten Umständen kein Vorwurf gegen die Klägerin erhoben werden. Denn diese Maßregel hatte, wie das BG. annimmt, ihren guten Grund darin, den Kredit der Gemeinschuldnerin nicht zu gefährden, und zielte nicht, wie die Revision zu unterstellen sucht, darauf hin, die sämtlichen Außenstände nur der Klägerin zu deren alleintigen Befriedigung zufließen zu lassen und dadurch die übrigen Gläubiger zu benachteiligen. Vielmehr war die Klägerin nach dem Abkommen geradezu verpflichtet, die eingezogenen Außenstände auch zur Befriedigung der übrigen Gläubiger zu verwenden. Insofern kann in der Art, wie die Außenstände mittels der Postüberweisungen ohne Kenntnis der zahlenden Schuldner an die Klägerin übermittelt wurden, weder eine sittenwidrige Verschleierung der Geschäftslage der Gemeinschuldnerin noch eine sittenwidrige Vermögenschiebung gefunden werden . . .“ (RG. in Jur. W. 45 S. 477/8).

V. Bordellkauf und -Bordellhypothek in der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

1. Der Kaufvertrag über ein Bordellgrundstück verfröht dann gegen § 138 BGB., wenn er seinem Gesamt-

Charakter nach objektiv und subjektiv gegen die guten Sitten verstößt:

„§ 138 BGB. will solchen Rechtsgeschäften die Anerkennung und den Rechtszwang versagen, die nach ihrem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter, nach den objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoßen.“ (RG. 56 S. 231).

Und speziell für den Bordellkauf:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, von der abzugehen kein Anlaß vorliegt, verstoßen sogenannte Bordellkäufe gegen die guten Sitten. In der Rechtslehre ist allerdings hiergegen vereinzelt geltend gemacht worden, das Reichsgericht verkenne, daß ein Rechtsgeschäft nicht schon deswegen gegen die guten Sitten verstoße, weil der eine Beteiligte aus unsittlichen Motiven handle und den anderen dies bekannt sei. Das Reichsgericht hat jedoch in bezug auf den Bordellkauf gerade wiederholt betont, daß die Kenntnis des Verkäufers von der Absicht des Käufers, das in dem betreffenden Hause betriebene Bordellgeschäft fortzusetzen, für sich allein nicht ausreicht, um das Veräußerungsgeschäft als ein gegen die guten Sitten verstößendes erscheinen zu lassen; vielmehr müsse, weil § 138 BGB. solchen Rechtsgeschäften die Anerkennung und den Rechtszwang versagen wolle, die nach ihrem, aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter, nach den subjektiven und objektiven Momenten gegen die guten Sitten verstießen, auch objektiv Inhalt und Zweck des Kaufgeschäftes unsittlich sein“

Es ist also, abgesehen von den unsittlichen Beweggründen der Beteiligten, erforderlich, daß nach dem Inhalte der Vertragsabreden das Kaufgeschäft in dem betreffenden Falle gemäß der allgemein herrschenden Sittenanschauung sich als unsittlich darstellt. Dieses Erfordernis würde aber vorliegend gegeben sein, wenn die Behauptungen der Beklagten auf Wahrheit beruhten. Denn danach sollen sich die Klägerin zu 1 und ihr Ehemann, als sie am 20. November 1902 das fragliche Grundstück, auf dem sie bisher eine Bordellwirtschaft betrieben hatten, an Frau D. verkauften, nicht nur dessen bewußt gewesen sein, daß Frau D. den Betrieb der Bordellwirtschaft fortsetzen werde, sondern es soll von den Vertragsschließenden der über den allgemeinen Wert des Grundstücks angeblich weit hinausgehende Kaufpreis von 12000 M. nur deshalb, weil der Käuferin das Grundstück zum Zwecke der Fortsetzung des Bordellbetriebes überlassen worden sei, festgesetzt, m. a. W. das Bordellgeschäft mit zum Gegenstande der Veräußerung gemacht worden sein“ (RG. 68 S. 98/9).

Daraus folgt also, daß aus einem Bordellkauf weder auf Zahlung noch auf Auflassung geklagt werden kann.

2. Die Nichtigkeit des Bordellkaufvertrags über ein Grundstück hat aber keinen Einfluß auf die Gültigkeit der an sich wirksamen Auflassung und Eintragung des Käufers im Grundbuch:

„Die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte (z. B. Übergabe, Auflassung) sind nach dem Systeme des BGB.'s als Rechtsgeschäfte konstruiert, die die Macht, eine sachenrechtliche Wirkung hervorzubringen (z. B. Eigentum zu übertragen), in sich selbst tragen. Man bezeichnet sie deshalb als losgelöst von dem Kaufgeschäft, oder man spricht von einem dinglichen Vertrage, der ihr eigentliches Wesen sei, und der, weil sich bei ihm der beiderseitige Wille nur auf die

Herbeiführung der sachenrechtlichen Wirkung (z. B. auf Übertragung und Erwerb des Eigentums) richte, nichts von dem Kaufalgeheft in sich aufgenommen habe. Man nennt die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte daher auch abstrakte Rechtsgeschäfte, abstrakt insofern, als sie auf sich selbst gestellt sind, und in dem Kaufalgeheft, das ihnen zugrunde liegt, zwar ihre Veranlassung finden, aus ihm aber keinen ihre Wirksamkeit bedingenden Faktor herübernehmen. Hält man diesen selbständigen Charakter der sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte fest, so ist die von Dernburg auch für das heute geltende Recht vertretene Annahme abzulehnen, daß die Unsittlichkeit des Kaufalgehefts, und die an sie gefeßlich geknüpft Folge der Nichtigkeit dieses Geschäfte auch die sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfte (Ubergabe, Auflassung) nichtig mache. Gerade im Gegensatz hierzu ist andererseits die Meinung aufgestellt worden (Eneccerus-Lehmann, Eccius), daß die abstrakten Erfüllungsgeschäfte von dem zugrunde liegenden Kaufalgeheft anhaftenden Unsittlichkeit überhaupt nicht ergriffen werden könnten, weil die Elemente, aus denen sie sich zusammensetzen, und aus denen sie ihre Wirksamkeit entnehmen, mit dem Zwecke des Kaufalgehefts, der dieses zu einem unsittlichen stempelt, nichts zu tun hätten. Ob man soweit gehen soll, oder ob man nicht vielmehr mit Förster (im Recht 1905 S. 356) anzunehmen haben wird, daß in der Regel die Unsittlichkeit, die dem Kaufalgeheft anhaftet, auch dem Erfüllungsgeschäfte anhaftet, kann dahingestellt bleiben. Denn das, worauf es ankommt, ist die Frage, ob auch das Erfüllungsgeschäfte, wofern ihm eine Unsittlichkeit anhaftet, vom Gesetz als nichtig behandelt wird, und diese Frage ist zu verneinen. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes wäre unvereinbar mit dem § 817 BGB. Denn wäre das Erfüllungsgeschäfte nichtig, so könnte davon keine Rede sein, daß aus der Leistung zu unsittlichem Zwecke nur eine Rückforderung (Kondiktion) stattfände. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes, z. B. der Auflassung, müßte zur Folge haben, daß eine Vermögensverschiebung überhaupt nicht eingetreten, das Eigentum vielmehr bei demjenigen der die Auflassung erteilt hat, verblieben wäre, und von ihm mit der Eigentumsklage (Kondikation) geltend gemacht werden könnte. Dies ist nun aber ersichtlich nicht der Standpunkt, den das BGB. im § 817 einnimmt. Denn wenn dort darüber Bestimmung getroffen wird, wann die Rückforderung zulässig, und wann sie ausgeschlossen sein soll, so ist damit anerkannt, daß die Vermögensverschiebung stattgefunden hat; das abstrakte Erfüllungsgeschäfte (die Auflassung usw.) kann also nicht nichtig gewesen sein; denn sonst hätte es die Wirkung, eine Vermögensverschiebung herbeizuführen (Eigentum zu übertragen), nicht haben können.“ (RG. 63 S. 184/6).

3. Troß Nichtigkeit des Kaufvertrages und Gültigkeit der Auflassung ist die *condictio aus* § 812 auf Rückauflassung des Grundstücks oder auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen beiderseitiger *turpitudō* ausgeschlossen (Vgl. RG. 63 S. 186).

4. Die seitens des Käufers eines Bordellgrundstücks für den Verkäufer desselben eingetragene Restkaufgeldhypothek ist als dingliche Belastung, als Hypothek, nach § 873 durch die abstrakte Einigung und Eintragung entstanden, steht aber, da die Forderung aus dem nichtigen Kaufvertrage nicht zur Entstehung gelangte, dem Eigen-

tümer zu und zwar als Eigentümergrundschuld. (§§ 1163 Abf. 1, 1177 Abf. 1 BGB.). (RG. 68 S. 101 und RG. bei Gruchot 55 S. 1013).

5. Gleichwohl kann der Erwerber des Bordellgrundstücks nicht die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs bezw. den Verzicht auf die Hypothek vom Veräußerer verlangen, da die Hypothekenbestellung eine Leistung ist, die in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht (§ 817 S. 2).¹⁾ So nach RG. 71 S. 434—5 zu folgendem Falle:

Der Erwerber des Bordellgrundstücks klagte gegen den Veräußerer, für den er eine Restkaufgeldhypothek hatte eintragen lassen,

1. auf Feststellung, daß dem Beklagten aus dem Kaufvertrage eine Forderung nicht mehr zustehe;
2. auf Einwilligung in die Löschung der Hypothek.

Das RG. führt aus:

„Was den auf Befreiung von der dinglichen Haftung gerichteten Klageanspruch angeht, so hat der 5. Zivilsenat des RG.'s in Band 68 S. 103 seine in Bd. 63 S. 183 ff. aufgestellte Ansicht aufgegeben, wonach die Bestellung einer Bordellhypothek für den Kaufpreis durch den Käufer die Erfüllung einer Verbindlichkeit i. S. des § 817 BGB. sein sollte, die der Zurückforderung nicht unterlege. In der Entscheidung Bd. 68 S. 103 wird ausgesprochen, die Bestellung einer solchen Bordellhypothek sei keine in Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende, nicht zurückforderbare Leistung, sondern sie sei vielmehr eine in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehende Leistung, die gemäß der Ausnahmerebestimmung des § 817 S. 2 Halbsatz 2 zurückgefordert werden könne.

Aus dieser letzteren von den Instanzen und jetzt auch von den Parteien geteilten Ansicht folgt, daß ein persönlicher Kondiktionsanspruch des Klägers auf Rückgängigmachung der formell noch bestehenden Hypothek nach §§ 812, 817 besteht, — richtiger muß es heißen: ein Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs, da ja das Grundbuch unrichtig ist! — weil der Bordellkauf und die Kaufpreisforderung, wofür die Hypothek bestellt wurde, nichtig ist, und der Verkäufer, für den die Hypothek eingetragen wurde, die Hypothek nicht erlangt hat. Aus dem akzessorischen Charakter der Hypothek ergibt sich der letztere Satz für das Reichsrecht ohne weiteres

Hiernach wäre der Kläger an sich befugt, sowohl die Befreiung von der persönlichen Haftung, wie auch die Aufhebung der Hypothekenberechtigung zu verlangen. (!)

(Das muß richtig heißen: Feststellung des Nichtbestehens einer persönlichen Schuld wie Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs!).

Der Berufungsrichter verurteilt trotzdem beides, weil der Beklagte mit Recht die *exceptio doli generalis* entgegengesetzt habe. Denn der Kläger handle

¹⁾ Vgl. aber Bd. 63 S. 103 — wo ausgeführt ist, daß eine Hypothekenbestellung für eine nichtige Forderung keine „Leistung“ i. S. des § 817 ist, weil der Begriff der Leistung erfordere, daß eine Vermögensverflebung stattgefunden habe und ein Vermögensstück von dem Leistenden auf den Empfänger übertragen werde. Durch die Hypothekbestellung habe aber der Besteller nichts aus seinem Vermögen herausgegeben.

arglistig, wenn er das Haus ohne Gegenleistung behalten wolle. Der Kläger bezweifelt, daß das BGB. eine *exceptio doli generalis* kenne. Diese Zweifel sind nicht berechtigt. Die Rechtsprechung, und zwar gerade auch die Rechtsprechung des 5. Zivilsenats, von welchem die Entscheidungen Bd. 63 S. 183 und Bd. 68 S. 103 ausgingen, hat für das Gebiet des BGB.'s die Existenz einer *exceptio doli generalis* ausdrücklich anerkannt in der Entscheidung Bd. 58 S. 429. Auch in der sonstigen Rechtsprechung ist die Einrede der Arglist zur Anerkennung gelangt (RG. 57 S. 372; 58 S. 356; 64 S. 220). . . . Nur darüber sind die Meinungen noch nicht völlig geklärt, ob diese Einrede ihre Grundlage in Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben, also in den §§ 133, 157, 242 BGB. hat oder ob zur Rechtfertigung der Einrede ein Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 zu fordern ist. Einer Entscheidung bedarf diese Meinungsverschiedenheit nicht, weil die Einrede der Arglist hier von beiden Gesichtspunkten aus gerechtfertigt erscheint. Der Kläger ist rechtlich und tatsächlich in der Lage, die Folgen des gegen die guten Sitten verstoßenden und daher nichtigen Kaufvertrages rückgängig zu machen. Der Beklagte hat sich zu dieser Rückgängigmachung in bindender Weise in der Schlußverhandlung 2. Instanz bereit erklärt; er will das Empfangene zurückgeben und das Haus zurücknehmen. Der Kläger weigert sich, auf dieses Anerbieten einzugehen; er will das Bordell behalten, aber den Kaufpreis nicht zahlen, weil sich der Beklagte durch den Verkauf einer unsittlichen Handlung schuldig gemacht habe. Der Kläger vermeint, sich hierbei auf sein formelles, aus § 817 BGB. abzuleitendes Recht zu stützen. Allein der Kläger verlangt zuviel, wenn er Befreiung von seiner Verbindlichkeit begehrt und das auf unsittliche Weise Erlangte nicht herausgeben, sondern unentgeltlich behalten will. Dieses Verhalten ist arglistig und verstößt sowohl gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, als auch gegen alles Anstands- und Rechtsgefühl; ein solches Verhalten kann durch die Rechtsordnung nicht geschützt werden.

Die Einrede der Arglist führt hier zu einem ähnlichen Ergebnis, wie wenn der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt hätte. Es besteht auch kein Bedenken, der Einrede der Arglist bei Anwendung der Rechtsgrundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung Raum zu gewähren; denn Treu und Glauben und gute Sitte beherrschen den gesamten Rechtsverkehr und kommen überall zur Geltung, wo mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber diese Grundsätze angewendet wissen will, um einem damit in Widerspruch stehenden Gebaren seinen Schutz zu verjagen.

Diese Zurückweisung hat nicht die Bedeutung, daß aus der Abweisung der negativen Feststellungsklage und der Klage auf Beseitigung der Hypothek mit Hilfe der Grundsätze über die Rechtskraft (§ 322 ZPO.) hergeleitet werden könnte, es sei dem Beklagten ein Anspruch auf den Kaufpreis zuerkannt. Darüber, ob die Abweisung der negativen Feststellungsklage das Bestehen des Anspruchs rechtskräftig feststellt, ob also durch Abweisung der negativen Feststellungsklage derselbe Erfolg erzielt ist, wie durch rechtskräftige Zusprechung der positiven Feststellungsklage, entscheiden die Gründe, aus denen die Abweisung der negativen Feststellungsklage erfolgt. Wurde die verneinende Feststellung abgelehnt, weil die entgegengesetzte Feststellung als gerechtfertigt erachtet wurde, so hat das abweisende Urteil allerdings die Bedeutung dieser positiven Feststellung. Weiter geht auch die Rechtsprechung nicht. . . . In dem hier vorliegenden Falle ist bereits dargelegt, daß der Beklagte keinen Anspruch auf den Kaufpreis und keinen Anspruch auf die Hypothek hat, weil der Kaufvertrag

nichtig ist. Es ist dem nur hinzugefügt, daß der Beklagte, der die Folgen der Nichtigkeit zu ziehen bereit ist, der Klage des Käufers auf Befreiung von seiner Haftung mit Hilfe der Einrede der Arglist, solange dieses arglistige Verhalten dauert, begegnen darf. Das abweisende Urteil hat also nicht die Wirkung, dem Beklagten einen Anspruch auf den Kaufpreis zu verleihen.“

6. Der Erwerber des Bordellgrundstücks kann vom Veräußerer desselben, dem er eine Restkaufgeldhypothek bestellt hat, die Herausgabe des Hypothekenbriefes verlangen, weil die Bordellhypothek als Eigentümergrundschuld dem Erwerber des Grundstücks zusteht.

So nach RG. bei Gruchot 1911 S. 1013/4:

„Vorliegend ist über die Rechtsgültigkeit der Hypothek zu entscheiden, weil die Klägerin (Käuferin des Bordellgrundstücks) den Hypothekenbrief als ihr gehörig herausverlangt. Diese Rechtsgültigkeit ist aber ebenso, wie die Rechtsgültigkeit der Eigentumsübertragung, deswegen anzunehmen, weil das Rechtsgeschäft der Einigung zwischen den Parteten über die Bestellung der Hypothek lediglich eine Rechtsänderung auf dem Gebiete des Sachenrechts zum Gegenstande hatte und daher sein Inhalt nicht gegen die guten Sitten verstieß.

Ist aber hiernach der Kaufvertrag nichtig, dagegen das Eigentum an dem Grundstück auf die Klägerin übergegangen und ein Hypothekenrecht wirksam entstanden, so hat der Berufungsrichter den von der Klägerin in erster Linie geltend gemachten Anspruch auf Anerkennung, daß die Forderung von 11 000 M. nebst Zinsen, für welche die in Rede stehende Hypothek bestellt worden, nicht zur Entstehung gelangt ist und auf Herausgabe des über diese Hypothek gebildeten Hypothekenbriefes mit Recht für begründet erachtet. Der letztere Anspruch insbesondere ist deshalb gerechtfertigt, weil die Hypothek wegen Nichtigkeit der gesicherten Forderung gemäß § 1163 Abs. 1, § 1177 Abs. 1 BGB. der Klägerin als Eigentümergrundschuld zusteht, der Hypothekenbrief daher gemäß § 952 BGB. der Klägerin gehört und somit gegen die Beklagte der Eigentumsanspruch auf Herausgabe des Briefes gemäß § 985 BGB. für die Klägerin gegeben ist.

Nach allen diesen Richtungen sind auch von der Revision Angriffe nicht erhoben worden. Vielmehr wird unter Berufung auf das RG. 71 S. 432 abgedruckte Urteil des 2. Zivilsenats nur geltend gemacht, dem Klageansprüche stehe der Einwand arglistigen Verhaltens entgegen, weil die Klägerin das Grundstück behalten, aber den Kaufpreis nicht zahlen und von der Hypothek für die Kaufpreisforderung befreit sein wolle. Hierauf kann jedoch in der Revisionsinstanz nicht eingegangen werden, weil ein solcher Einwand in den Vorinstanzen nicht erhoben worden ist. Zwar hat die Beklagte Arglist der Klägerin behauptet; aber nur nach der Richtung, daß die Klägerin von vornherein die Absicht gehabt hat, sie um die Kaufpreisforderung zu bringen, und diese Behauptung ist vom Berufungsrichter zurückgewiesen worden. Es mag aber auch bemerkt werden, daß die Sachlage, abgesehen davon, daß die Klägerin nicht eine Leistung aus dem Vermögen der Beklagten, sondern Feststellung der Nichtigkeit einer Forderung und Herausgabe eines ihr gehörigen Gegenstandes verlangt, eine andere wie in dem Urteile des 2. Zivilsenates zum wenigsten insofern ist, als dort der beklagte Bordellverkäufer sich vergeblich bereit erklärt hatte, das Bordellhaus zurückzunehmen und die Anzahlungen zurückzugeben.“

7. Praktische Folge des Standpunkts des Reichsgerichts.

Dem eingetragenen Hypothekengläubiger steht zwar die Hypothek mangels Entstehens einer Forderung nicht zu, gleichwohl kann der Erwerber des Grundstücks nicht die Berichtigung des unrichtigen Grundbuchs verlangen. Wenn jetzt der eingetragene Hypothekengläubiger die Hypothek einem gutgläubigen Dritten abtritt, so erwirbt dieser nach §§ 1138, 892 BGB. die Hypothek ohne die Forderung. Wie Wolff, Sachenrecht S. 466 Z. 3 richtig anführt, kann dies nur eine Grundschuld sein! Kann jetzt der Eigentümer dem Zessionar, der den hypothekarischen Anspruch geltend macht, eine Einrede entgegen halten? Nach § 1157 BGB. können Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden.

Nach § 1157 S. 2 BGB. gilt dies aber nur dann, wenn dem Zessionar das Bestehen des Rechtsverhältnisses beim Erwerb der Hypothek bekannt oder dasselbe aus dem Grundbuche ersichtlich war. Mithin kann dem gutgläubigen Zessionar keine Einrede entgegen gehalten werden. Aber auch dem schlechtgläubigen Zessionar nicht, wenn man der Ansicht ist, daß der eingetragene Hypothekengläubiger die *actio hypothecaria* geltend machen kann, was das RG. im 63. Bande S. 189 annimmt. Mit Recht hat jedoch das RG. im 68. Bande S. 101—104 diese Ansicht aufgegeben. Dort wird ausgeführt:

„Ist das Kaufgeschäft . . . wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, so ist die Klage aus der in Rede stehenden Hypothek unbegründet, gleichviel ob die Hypothek selbst nichtig ist oder nicht. Ist die Einigung über die Hypothekenbestellung selbst nichtig, so ist ein Hypothekenrecht überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, weil nach § 873 BGB. zur Begründung einer Hypothek außer der Eintragung die rechtswirksame Einigung des Berechtigten und des andern Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung erforderlich ist . . . Die Kläger können daher auf Grund der Eintragung der Hypothek für ihren Erblasser und die Klägerin zu 1 (den Bordellverkäufer) einen hypothekarischen Anspruch nicht erheben, weil ihnen eine rechtsgültige Hypothek garnicht zusteht. Aber auch wenn die Hypothek trotz Nichtigkeit der gesicherten Forderung als dingliches Recht an sich wirksam begründet worden ist, sind die Kläger nicht berechtigt, das hypothekarische Recht für sich geltend zu machen. Denn die Hypothek ist dann, da eine (rechtsgültige) Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, gemäß § 1163 Abs. 1, § 1177 Abs. 1 BGB. nur als Eigentümergrundschuld für den bestellenden Eigentümer . . . entstanden, und daher sind die Kläger in Wahrheit nicht Gläubiger der Hypothek.“

Die als Eigentümer des belasteten Grundstücks auf Zahlung des Hypothekentrages belangten Beklagten (— Rechtsnachfolger des Erwerbers des Bordellgrundstücks —) sind auch berechtigt, im ersten Falle die Nichtigkeit der Hypothek, im zweiten Falle die Nichtigkeit der gesicherten Forderung einzuwenden. Denn durch jenen Einwand machen sie geltend, daß das dingliche

Recht, auf das die Klage gestützt ist, nicht besteht . . . ; sie leugnen also, daß ihr Grundstück überhaupt mit der fraglichen Hypothek rechtswirksam belastet sei. In dem andern Falle machen sie von dem Rechte aus § 1137 Abs. 1 BGB. Gebrauch, wonach der Eigentümer gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen kann; durch die Behauptung, daß die durch die Hypothek gesicherte Forderung nicht (rechtsgültig) entstanden sei, suchen sie darzutun, daß den Klägern, die gemäß §§ 1138, 891 BGB. das Bestehen der Forderung zur Begründung ihrer Klage nicht nachzuweisen brauchen, das Gläubigerrecht an der Hypothek nicht zustehe . . . Eine gesetzliche Bestimmung, wodurch den verklagten Eigentümern die Geltendmachung dieser Einwendungen etwa deswegen verwehrt wäre, weil die Nichtigkeit auf einem Verstoße gegen die guten Sitten beruhen soll, besteht nicht.

In der vorerwähnten Entscheidung (RG. 63 S. 189) wird allerdings ausgeführt: die Bestellung einer Hypothek für die Kaufpreisforderung aus einem gegen die guten Sitten verstoßenden Bordellkaufgeschäfte sei eine Leistung deren Zweck in der Art bestimmt sei, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoße, und ferner dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last falle. Daher sei nach § 817 S. 2 BGB. die Rückforderung der Leistung ausgeschlossen. Einer solchen Rückforderung komme es aber gleich, wenn der die Hypothek bestellende Bordellkäufer gegen die Klage des Bordellverkäufers aus der Restkaufhypothek geltend mache, die Hypothek sei nichtig, oder es sei wegen Nichtigkeit der Forderung eine Eigentümergrundschuld entstanden. Deshalb seien dem Hypothekbesteller solche Einwendungen zu verjagen. Diese Erwägungen treffen jedoch auf den vorliegenden Fall schon deshalb nicht zu, weil die Beklagten bei dem angeblichen Bordellkaufgeschäfte . . . nicht als Vertragsschließende beteiligt gewesen sind und von ihnen die in Rede stehende Hypothek nicht bestellt worden ist, sie vielmehr das Grundstück von der Hypothekbestellerin Frau D. (der ersten Erwerblerin des Bordellgrundstücks) erworben haben. — —

Es können aber auch jene Erwägungen nach nochmaliger Prüfung nicht aufrecht erhalten werden. Ob die für die Kaufpreisforderung aus einem unsittlichen Kaufgeschäfte erfolgte Bestellung einer Hypothek, die den Anspruch des Verkäufers auf Geldzahlung nicht zur Erfüllung bringt, sondern nur die Erfüllung sichern soll, überhaupt als zum sittenwidrigen Zwecke beider Beteiligten vorgenommen zu erachten sei, . . . kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die Hypothekbestellung, die für eine nichtige Forderung aus einem unsittlichen Rechtsgeschäfte bewirkt worden ist, keine „Leistung“ i. S. des § 817 BGB. Denn der Begriff der Leistung erfordert, daß eine Vermögensverschiebung stattgefunden hat und ein Vermögensstück von dem Leistenden auf den Empfänger übertragen worden ist . . . Durch die Hypothekbestellung hat aber der Besteller in dem fraglichen Falle nichts aus seinem Vermögen herausgegeben, gleichviel ob die Hypothek selbst oder ob nur die gesicherte Forderung nichtig ist. Wenn die Hypothek selbst nichtig ist, hat der Hypothekbesteller überhaupt kein dingliches Recht an seinem Grundstücke begründet; und wenn nur die gesicherte Forderung nichtig ist, hatte die Hypothekbestellung nicht die Wirkung, daß der das dingliche Recht erlangt hat, für den es bestellt werden sollte, sondern es ist das Hypothekenrecht kraft Gesetzes als Eigentumgrundschuld in der Hand des Bestellers verblieben . . .

Ferner kann auch die Auffassung nicht für zutreffend erachtet werden, daß durch die Einwendung, das die Hypothekbestellung veranlassende Grund-

geschäft sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, eine Leistung „zurückgefordert“ werde. Ebenso wie wenn gegenüber der persönlichen Klage auf Zahlung des Forderungsbetrages dieser Einwand erhoben werden würde, wird durch den Einwand gegenüber der hypothekarischen Klage nur das Klagerecht der Kläger geleugnet, indem in Abrede gestellt wird, daß überhaupt eine Hypothek bestehe, oder doch, daß die Kläger Gläubiger der Hypothek seien. Ueberdies ist ein solcher Einwand des verklagten Grundstückseigentumes prozessual nur insofern von Belang, als dadurch dem Gerichte eine Handhabe für die Prüfung geboten wird, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. An sich hat das Gericht von Amts wegen festzustellen, ob wegen eines solchen Verstoßes die den Klagegrund bildende Hypothek nichtig ist oder doch den Klägern ein Gläubigerrecht nicht zusteht.

Zu bemerken ist noch, daß, wenn der fraglichen Hypothek ein gegen die guten Sitten verstößendes Vordellkaufgeschäft zugrunde liegen sollte, die Abweisung der Klage aus der Hypothek auch keineswegs als unbillig angesehen werden müßte. Denn regelmäßig oder doch häufig wird der Teil des Kaufpreises, der von dem Vordellkäufer nicht durch Barzahlung oder Übernahme von Hypotheken berichtet, sondern durch Hypothekbestellung gesichert wird, gerade den Gewinn darstellen, den der Verkäufer dadurch zu erzielen sucht, daß er das Grundstück zum Zwecke des Vordellbetriebes verkauft. Mit Recht wird daher dem sittenwidrig handelnden Verkäufer der Schutz der Gerichte versagt, wenn er mit der dinglichen Hypothekenklage die Erlangung des unlauteren Gewinnes verfolgt.“

VI. Insbesondere das Wuchergeschäft.

§ 138 Abs. 2 bestimmt:

„Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen.“

Hiernach erfordert der Wucher als subjektives Moment die Ausbeutung der Notlage usw., als objektives Moment das auffällige Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.

a) Aber den Begriff der Ausbeutung führt das RG. 60 S. 11 aus:

„Zur Erfüllung des Begriffes der Ausbeutung wird mit Unrecht die Absicht der Ausnutzung der Unerfahrenheit erfordert. Es genügt dazu schon die bewußte Ausnutzung der Unerfahrenheit zur Erlangung eines übermäßigen Vermögensvorteils. Dieses Erfordernis liegt schon vor, wenn jemand in Kenntnis oder in der Überzeugung von der Unerfahrenheit des anderen, sowie von dem auffälligen Mißverhältnis zwischen der Leistung und den ihr gegenüberstehenden Vermögensvorteilen mit dem Vorsatz handelt, die Unerfahrenheit des anderen zur Gewinnung der übermäßigen Vermögensvorteile für sich oder einen Dritten zu benugen.“

Die Initiative braucht nicht vom Wucherer auszugehen, es genügt auch die Annahme einer Offerte. Jedoch muß der Wucherer die Sachlage kennen, insbesondere sich bewußt sein, daß er die Notlage usw. eines andern ausnützt (RG. 30 S. 40).

Vgl. auch RG. 86 S. 300, wo darauf hingewiesen wird, daß dem Wucherer das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zur Kenntnis gekommen sein muß.

b) „Notlage“ ist „dringende Not“, die den wirtschaftlichen Bestand des von ihr Betroffenen bedroht (RG. in J. W. 44 S. 574); „Leichtsinn“ ist das Unbekümmertsein um die Folgen und Tragweite der eigenen Handlungen (Rsp. d. OLG. 12 S. 17); „Unerfahrenheit“ ist Unerfahrenheit allgemein, z. B. geistige Minderwertigkeit, Jugendlichkeit oder Beschränktheit (RG. 67 S. 394) oder Unerfahrenheit für das konkrete Rechtsgeschäft.

Nicht erforderlich ist es, daß die Notlage usw. des Gegenkontrahenten ausgebeutet wird, was insbesondere auch für die Bürgschaft für ein wucherliches Darlehen von Bedeutung ist. So auch RG. bei Gruchot 55 S. 887/8:

„Indessen besagt die Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB. nichts darüber, daß der „andere“, dessen Notlage ausgebeutet werden soll, an dem wucherischen Rechtsgeschäft als Gegenkontrahent beteiligt sein muß. Er ist im Gegenteil dort mit dem unbestimmten Artikel bezeichnet. Auch aus dem dem Strafrecht entnommenen Begriff des Wuchers folgt etwas derartiges nicht. Vielmehr fordert, weil der Wucher mit Vorliebe sich in verschleiernde Rechtsformen hüllt, auch das Strafrecht die Berücksichtigung nicht sowohl der Rechtsform, als des wirtschaftlichen Zweckes (RGSt. 25, 315; 28, 135; 39, 126). Wie der wucherische Vorteil aus dem Vermögen eines Dritten gewährt werden kann (RGSt. 31, 239), so kann auch dessen Notlage bestimmend sein. Aberdies aber war M. auch formell als selbstschuldnerischer Bürge beteiligt. Diese Bürgschaft und das Darlehnsgeschäft bildeten ein einheitliches Ganzes, das in seiner Gesamtheit von dem Wucher beeinflusst und deshalb wichtig war, gleichviel ob die wucherische Ausbeutung sich gegen den Schuldner oder gegen den Bürgen richtete (RG. 72, 218; Urteile vom 28. November 1906. V. 134/06 und vom 23. April 1910, V. 552/09) . . .“

Das Mißverhältnis der Leistungen kann sich auch aus Umständen ergeben, die der Eingehung des Rechtsgeschäfts nachgefolgt sind. So RG. 86 S. 298/9.:

„Allerdings kann eine erst nach Geschäftsabschluß eintretende Veränderung der Dinge, derzufolge sich das Wertverhältnis der Leistungen ändert, nicht ohne weiteres Bedeutung erlangen. Der Wucherer z. B., der infolge nachträglicher, unvorhergesehener Wertminderung der erlangten Vermögensstücke inne wird, daß er nun selbst zu Schaden kommt, kann die seiner Zeit begangene Bewucherung damit nicht ungeschehen machen. Andererseits kann der Geschäftsgegner den Einwand des Wuchers nicht daraus herleiten, daß nachträglich die von ihm hingegebenen Vermögensstücke eine unerwartete Wertsteigerung erfahren. Anders aber dann, wenn die dem Geschäftsabschlusse

nachfolgende Veränderung des Wertverhältnisses der beiderseitigen Leistungen gerade darauf zurückzuführen ist, daß der eine Teil dem anderen neue weitere Sicherungen, Vorteile, Leistungen verspricht oder gewährt, die nunmehr ein Mißverhältnis der Leistungen ergeben. Geschieht dieses nachträgliche Versprechen oder Gewähren unter dem Drucke der Ausbeutung einer Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit, so ist nicht abzusehen, warum dieses Verhalten des Versprechens- oder Leistungsempfängers in Verbindung mit dem nunmehr gegebenen Mißverhältnis der Leistungen nicht zur Annahme einer Bewucherung im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB. führen könnte."

c) Das „auffällige Mißverhältnis“ kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden. An sich sehr hohe Vermögensvorteile stehen dann in keinem „auffälligen Mißverhältnis“ zur Leistung, wenn es sich um ein erhebliches Risiko handelt, das der Versprechensempfänger eingeht (Rspr. der OLG. 4 S. 205).

Von einem Mißverhältnis i. S. des § 138 Abs. 2 kann keine Rede sein, wenn die Leistung des angeblich Bewucherten in einem Wechselversprechen besteht, das wegen Mittellofigkeit des Bewucherten wertlos ist:

„Bei der Prüfung der Frage des auffälligen Mißverhältnisses zwischen der Leistung des Klägers und den Vermögensvorteilen, die er sich dafür hat versprechen oder gewähren lassen — § 138 Abs. 2 BGB. —, erklärt der Berufungsrichter, der Kläger könne mit der Behauptung, daß die vom Beklagten gegebenen Wechsel mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage des Beklagten wertlos gewesen seien, um deswillen nicht gehört werden, weil er das beim Vertragsabschluß nicht gewußt habe. Der Senat hat bereits ausgesprochen, daß von einem Mißverhältnis im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB. keine Rede sein könne, wenn die Leistung des angeblich Bewucherten lediglich in einem Wechselversprechen besteht, das wegen seiner Mittellofigkeit wertlos ist. [Vgl. V 130/15; Urteil vom 9. Oktober 1915.] Allerdings hat der 2. Zivilsenat in dem Urteile vom 28. Januar 1918 — II 538/12 — Ausführungen gemacht, welche dahin verstanden werden können, daß nach dem Wortlaute des § 138 Abs. 2 es nicht auf den Wert des Versprechens, sondern auf den Wert des Versprochenen — also bei dem Versprechen einer Geldsumme lediglich auf deren ziffernmäßigen Betrag — anzukommen habe. Aber auch in diesem Urteile ist ausgesprochen, daß die Mittellofigkeit des Versprechenden jedenfalls insofern in Betracht kommt, als bei der Feststellung des Wertes der Leistung des anderen Teils — des angeblich wucherlich Ausbeutenden — das Risiko zu berücksichtigen ist, das er durch Hingabe von Vermögensstücken gegen ein bloßes, wenn auch wechselfähiges, Versprechen eines Mittellofen übernimmt. — Der Berufungsrichter scheint denn auch nicht verkennen zu wollen, daß die Frage der Wertlosigkeit der Wechsel erheblich sein würde, wenn der Kläger davon Kenntnis gehabt hätte. Der Berufungsrichter will ihn aber mit der Behauptung, daß die Wechsel wertlos gewesen seien, um deswillen nicht hören, weil er von der Wertlosigkeit nichts gewußt habe. Damit verwirft der Berufungsrichter in unzulässiger Weise den subjektiven und objektiven Tatbestand des Wuchers. Er verkennet, daß das Bestehen eines auffälligen Mißverhältnisses ein objektives Erfordernis des § 138 Abs. 2 bildet, das zunächst unabhängig von den Vorstellungen der Vertragsparteien, vorhanden sein muß, und daß zu diesem objektiven Tatbestandsmerkmale dann noch das Bewußtsein

desjenigen, der sich die Vorteile versprechen oder gewähren läßt, von dem Vorhandensein eines auffälligen Mißverhältnisses hinzukommen muß, um den subjektiven Tatbestand — die Ausbeutung — zu erfüllen Hat also der Kläger wirklich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten nicht gekannt und deshalb das Wechselversprechen für nicht wertlos gehalten, so würde dennoch nicht ausgeschlossen sein, daß das Rechtsgeschäft seinem objektiven Inhalte nach wegen der Wertlosigkeit des Wechselversprechens und des sich daraus ergebenden Fehlers eines auffälligen Mißverhältnisses des wucherlichen Charakters entbehrte. — Das B.-U. war deshalb aufzuheben“ (RG. in. Jur. W. 47 S. 168/9).

d) Unzulässig ist es, daß die Tatbestandsmerkmale des § 138 Abs. 2 auseinandergerissen und selbständig als ein für sich allein die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllender Tatbestand betrachtet werden (RG. in J. W. 44 S. 392): so kann ein an sich nicht gerade wucherliches Geschäft, bei welchem der gezahlte Kaufpreis ein auffallend niedriger ist, nicht nach § 138 Abs. 1 BGB. wegen der ihm anhaftenden Unsitlichkeit nichtig sein:

„Der Berufsrichter nimmt eine Nichtigkeit des Geschäfts wegen Unsitlichkeit aus § 138 Abs. 1 BGB. an, obwohl er ausdrücklich die Möglichkeit unterstellt, daß das Geschäft kein „wucherliches“ in dem Sinne sei, daß dadurch der Kläger einen nach § 138 Abs. 2 beachtlichen unverhältnismäßigen Vorteil erlangt habe. Diese Auffassung steht nicht im Einklange mit der bisherigen Rechtsprechung des RG., von welcher abzugehen der vorliegende Fall dem erkennenden Senate keinen Anlaß bietet. Das RG. hat bisher ständig daran festgehalten, daß, soweit nicht die besonderen Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 erfüllt sind, das arglistige oder sittenwidrige Verhalten einer Partei bei dem Abschlusse eines Vertrages die Nichtigkeit des Geschäfts aus § 138 nicht begründen kann, daß dazu vielmehr ein Verstoß beider Vertragsparteien gegen die guten Sitten erforderlich ist. (Vgl. RG. 78, 353 und die dort angeführten Entscheidungen des RG.) Hinsichtlich der Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB. aber hat der erkennende Senat bereits in dem Urteile vom 13. Oktober 1906 (RG. 64, 181) ausgesprochen, daß die einzelnen Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift nicht auseinandergerissen und selbständig als ein für sich allein die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllender Tatbestand behandelt werden dürfen. In dem Urteile vom 12. Februar 1909 (RG. 67, 393) hat der Senat in einem Falle, in welchem ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne des § 138 Abs. 2 ohne weiteres erkennbar war, lediglich ausgesprochen, daß nicht nur die Ausbeutung von Notlage, Leichtsinn oder Unerfahrenheit, sondern auch die Ausbeutung geistiger Minderwertigkeit in solchem Falle die Anwendung des § 138 BGB. rechtfertige. In dem Urteile vom 19. Oktober 1909 (RG. 72 S. 68, 69) endlich hat der II. Zivilsenat ausdrücklich den Satz aufgestellt, daß derjenige, der sich mit einem geistig Geschwächten in Geschäfte einläßt, der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 nur dann entgegenzusehen habe, wenn er die Schwäche des Vertragsgegners zu dessen Schädigung und zur Erreichung außergewöhnlicher Vorteile so mißbraucht hat, daß der Tatbestand des Wuchers, der auf auffälliges Mißverhältnis des erlangten Vorteils zu der Leistung entscheidendes Gewicht legt, erfüllt wird.“ (RG. in Jur. W. 44 S. 392/3).

Vgl. ferner RG. 64 S. 182:

„... Allerdings enthält die Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB. gegenüber dem in Abs. 1 ebenda ausgesprochenen allgemeinen Grundsatz nur eine erläuternde Spezialbestimmung. Aber die letztere ist insofern einheitlicher Natur, als die darin angegebenen einzelnen Tatbestandsmerkmale nicht auseinandergerissen und selbständig als eine für sich allein die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllender Tatbestand behandelt werden dürfen. Es ist also rechtlich unzulässig, in dem bloßen Umstande, daß die von einem Vertragsteile gewährten oder versprochenen Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der von ihm zu bewirkenden Gegenleistung stehen, einen Verstoß gegen die guten Sitten zu finden, wenn nicht zugleich auch das weitere in Abs. 2 aufgestellte Erfordernis — Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit — dargetan ist. Undernfalls würde man dazu gelangen, den durch das neue Reichsrecht beseitigten Grundsätzen des früheren Rechts über Anfechtung eines Veräußerungsvertrages wegen *laesio enormis* auf dem Umwege des § 138 Abs. 1 BGB. wieder zur Geltung zu verhelfen.“

Vgl. schließlich RG. 72 S. 68/9:

„Vom Standpunkt des § 138 Abs. 1 aus ist es nach der Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 67 S. 393 als ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erachten, wenn die geistige Beschränktheit des Vertragsgegners zur Erlangung außergewöhnlichen Vorteils ausbeutet wird. Damit ist zugleich ausgesprochen, daß ein Vertrag, der einem geistig Geschwächten zu großem Nachteile gereicht, nicht schon aus diesem Grunde gegen die guten Sitten verstößt, sondern daß zur Erfüllung des Tatbestandes des § 138 Abs. 1 noch ein Weiteres, nämlich das Ausbeuten der erkannten Geisteschwäche, hinzukommen muß. Fehlt es an einer solchen Ausbeutung, so bedarf es des Schutzes des § 138 Abs. 1 BGB. nicht. Wer sich mit einem geistig Geschwächten in Geschäfte einläßt, hat die Nichtigkeit der Geschäfte wegen Geschäftsunfähigkeit nach §§ 104, 105 zu gewärtigen; der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 hat er aber nur dann entgegenzusehen, wenn er die Schwäche des Vertragsgegners zu dessen Schädigung und zur Erreichung außergewöhnlicher Vorteile so mißbraucht hat, daß der Tatbestand des Wuchers, der auf auffälliges Mißverhältnis des erlangten Vorteils zu der Leistung entscheidendes Gewicht legt, erfüllt wird. Ist nämlich der Tatbestand des Wuchers erfüllt, so kommt die Sonderbestimmung des Abs. 2 des § 138 über Wucher ausschließlich zur Anwendung, sodas der dem Wucher anhaftende unsittliche Charakter nicht in Betracht kommt. Wucher ist nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nach § 138 Abs. 2 ein selbständiger Nichtigkeitsgrund, der durch den Abs. 1 des § 138 nicht beeinflusst wird. Auf diese Weise ist Abs. 1 des § 138 von dem Abs. 2 desselben Paragraphen abzugrenzen.“

Wenn jedoch zu einem Teil des Tatbestandes des Wuchers noch besondere Umstände kommen, so kann der Tatbestand des Wuchers erfüllt werden. (Vgl. OLG. München in Rpr. der OLG. 34 S. 11). Ebenso RG. 83 S. 112:

„Die Übermäßigkeit des Betrags der versprochenen Leistung, ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, macht grundsätzlich für sich allein ein Geschäft nicht zu einem unsittlichen; es ist außerdem erforderlich, daß entweder sämtliche Voraussetzungen des Wuchers (§ 138 Abs. 2)

vorliegen oder daß zu der Höhe des Versprochenen noch ein weiterer Umstand hinzukommt, der in Verbindung hiermit den Vertrag nach seinem Gesamtcharakter als sittenwidrig erscheinen läßt."

Einen solchen weiteren Umstand hat das RG. a. a. O. in einem Vertrage eines Anwalts gesehen, durch welchen sich dieser ein übermäßig hohes Honorar versprechen läßt, wenn sich das Abkommen als eine rücksichtslose Ausnutzung der Sach- und Rechtslage durch den Sachwalter gegenüber dem von ihm abhängigen Klienten darstellt oder wenn die Zusage des Klienten durch Handlungen erreicht wird, die in ihrer Wirkung einer Erpressung sehr nahe stehen.

e) Nach der Rechtsprechung des Reichsgericht hat die Nichtigkeit des wucherlichen Kausalgeschäfts auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts zur Folge. So RG. 57 S. 96/7:

„Aus der Nichtigkeit eines auf Sachleistungen gerichteten obligatorischen Vertrags folgt allerdings nicht mit Notwendigkeit die Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts, durch welches die Leistungen bewirkt werden, auch dann nicht wenn beide Geschäfte gleichzeitig stattfinden, und wenn sie miteinander vereinigt sind. Beide gehören verschiedenen Rechtsgebieten an; das eine bezweckt nur relative, unter den Beteiligten bestehende Rechtsbeziehungen, während das andere absolut und nach allen Seiten hin zu wirken bestimmt ist. Findet hiernach rechtsbegrifflich eine Abhängigkeit des dinglichen Geschäfts von dem obligatorischen nicht statt, so wird doch häufig, insbesondere gerade im Falle der Gleichzeitigkeit der Geschäfte, von den Kontrahenten eine Abhängigkeit in Gestalt der Bedingtheit des dinglichen Geschäfts von der rechtlichen Wirksamkeit des obligatorischen gewollt sein, und der Verwirklichung dieses Parteiwillens stellt das Gesetz Hindernisse nicht entgegen. Das dingliche Geschäft ist nicht dergestalt formal, daß es nicht kraft Parteiwillens in angegebener Art in ein Abhängigkeitsverhältnis zu dem obligatorischen gesetzt werden könnte. Im vorliegenden Fall ist zwar ein solcher Wille vom Berufungsrichter nicht ausdrücklich festgestellt, und wenn deshalb auch von Heranziehung des hervorgehobenen Gesichtspunktes abzusehen sein mag, so muß doch entscheidend sein, daß Kläger, was die Revision unbeachtet läßt, unter Ausbeutung der oben hervorgehobenen Umstände nicht nur das Versprechen der Eigentumsübertragung, sondern auch diese letztere selbst erlangt hat; auch sie bildete einen Vorteil, welcher sich als ein unmittelbarer und gewollter Erfolg seines gegen die guten Sitten verstößenden Handelns darstellt. Das obligatorische und das dingliche Geschäft erfüllen in ihrem Zusammenhange den im § 138 BGB. vorgesehenen Sachverhalt. In diesem Paragraphen ist ausdrücklich neben der Entgegennahme des Versprechens von Vermögensvorteilen auch die der Gewährung solcher genannt. In letzterer Richtung aber kann nicht wieder unterschieden werden zwischen dem dinglichen Geschäft als solchem, d. h. als ausschließlicher Grundlage dinglicher Rechtsveränderungen, einerseits und der ihm gewiesenen Funktion, zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem obligatorischen Geschäfte zu dienen, andererseits; sondern wichtig ist der Erfüllungsakt einschließlich des dinglichen Geschäfts, in welchem er sich verkörpert.“

f) Kann der Wucherer das seinerseits Geleistete kondizieren?

Das Reichsgericht hat im 70. Bande S. 4 den Satz aufgestellt, daß § 817 Satz 2 BGB. nicht auf die Fälle beschränkt sei, in denen auf der Seite des Empfängers die im ersten Satz des § 817 bezeichnete Sachlage vorliege und auf sie der Bereicherungsanspruch gestützt werde und will diesen Satz als eine für alle Bereicherungsansprüche maßgebende Regel ansehen. Demzufolge hat es auch die Klage desjenigen, der einem andern ein Darlehn zu Spielzwecken gab, das gegen § 138 verstieß, auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung abgewiesen. (Vgl. IV e.) Demzufolge gibt es auch der Klage des Wucherers auf Herausgabe der Bereicherung nach § 817 Satz 2 nicht statt, weil der Wucherer durch Hingabe des wucherischen Darlehns gegen die guten Sitten verstoßen hat. So auch RG. in Warneryer Rpr. 1 Nr. 352 und D. J. Z. 1909, Spruchbeilage zum BGB. S. 209. Diese Ansicht wird auch von Neubecker in der D. J. Z. 1902 Nr. 24 vertreten. Gleichwohl kann sie nicht gebilligt werden, da das Gesetz im § 817 S. 2 ausdrücklich bei nur beiderseitiger Unfittlichkeit den Bereicherungsanspruch ausschließt. Der Empfänger des Wucherdarlehns verstößt aber zweifellos durch diese Empfangnahme nicht gegen die guten Sitten. So auch Eccius in D. J. Z. 1903 S. 41/2.

VII. § 139 bestimmt:

„Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“

a) Diese Vorschrift setzt ein aus mehreren Teilen zusammengesetztes Rechtsgeschäft voraus:

„Die Vorschrift des § 139 BGB. setzt voraus, daß ein Rechtsgeschäft aus mehreren Teilen zusammengesetzt ist, und sowohl subjektive als objektive Tatsachen können die Zusammenfügung der mehreren Teile herbeiführen. Daß die mehreren Teile zusammen ein Rechtsgeschäft von einheitlichem juristischen Typus bilden müßten, ist nicht erforderlich. Es genügt auch eine wirtschaftliche Einheit, sofern die Vermögensverschiebung als ein zusammenhängender Gesamtvorgang gewollt ist und als tatsächliche und geschichtliche Einheit aufgefaßt werden kann, mögen sich auch dessen einzelne Akte in verschiedenen rechtlichen Formen vollziehen. Für Kaufverträge, die rechtlich in zwei einzelne Kaufverträge zerlegt sind, ist dies auch schon ausdrücklich anerkannt worden (Entsch. des 5. Zivilf. vom 2. Nov. 1907, Rep. V 241/06). Ob diese in § 139 vorausgesetzte Abhängigkeit und Einheitlichkeit vorhanden ist, ist dann eine tatsächliche Feststellung (RG. 78 S. 43/4).

Und ferner:

„§ 139 ist nicht bloß dann anwendbar, wenn es sich um ein im Rechtsinn einheitliches Geschäft handelt, sondern auch dann, wenn eine Mehrheit von Geschäften in Frage steht, die aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen

derart zu einem Ganzen verbunden sind, daß sie nicht als Ganzes gewollt erscheinen. Auch steht der Anwendbarkeit des § 139 BGB. . . nicht entgegen, daß nicht an allen den einzelnen im Zusammenhange stehenden Geschäften, aus denen sich das einheitliche Geschäft zusammensetzt, die Vertragsschließenden in gleicher Weise beteiligt sind“ (RG. 79 S. 436).

b) § 139 gilt auch dann, wenn ein Rechtsgeschäft wegen Formmangels nichtig ist (RG. 63 S. 27).

c) § 139 gilt ferner auch dann, wenn mehrere Vertragsschließende bei dem Rechtsgeschäft beteiligt sind:

„Der § 139 BGB. findet nicht nur Anwendung, wenn das Rechtsgeschäft objektiv aus mehreren Teilen besteht, sondern auch in den Fällen, wo bei dem Rechtsgeschäft auf der einen oder der anderen Seite mehrere Personen als Vertragsschließende beteiligt sind. Denn Teile eines Rechtsgeschäfts i. S. des § 139 bilden alle seine Bestimmungen (vgl. Motive Bd. 1 S. 222), insbesondere also auch die Bestimmungen darüber, welche Personen bei dem Rechtsgeschäfte als Beteiligte mitwirken. Ist der Vertrag in bezug auf einen der Vertragsschließenden nichtig, so ist nach § 139 der ganze Vertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß die übrigen Vertragsschließenden ihn auch ohne Beteiligung derjenigen, dessen Willenserklärung nichtig ist, geschlossen haben würden“ (RG. 59 S. 175).

Hiernach entscheidet es sich nach § 139, ob, wenn ein von zwei Eheleuten mit einem Dritten abgeschlossener Kaufvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des Ehemannes nichtig ist, der Vertrag auch für dessen Ehefrau nichtig ist. Es kommt hiernach darauf an, ob die Frau den Vertrag auch ohne Beteiligung des Mannes geschlossen haben würde.

d) § 139 gilt auch für solche Rechtsgeschäfte, deren Nichtigkeit erst durch eine spätere Anfechtungserklärung eintritt, weil solche Rechtsgeschäfte nach § 142 Abs. 1 BGB. als von Anfang an nichtig anzusehen sind und kein Grund vorliegt, der zu einer abweichenden Behandlung der schon an sich nichtigen und der anfechtbaren Rechtsgeschäfte in dieser Beziehung führen könnte (RG. 62 S. 186).

e) § 139 gilt jedoch nicht bei einer Verbindung einer gültigen mit einer nichtigen Abrede, wenn sich die Vertragsschließenden der Nichtigkeit der einen Abrede bewußt waren. So RG. 68 S. 322 ff. in einem Falle, in welchem die Parteien eines Ehescheidungsprozesses einen Vergleich geschlossen hatten, in dem es zunächst hieß: „Die Parteien beschließen, getrennt von einander zu leben, und zwar ohne eine gegen die andere Unterhaltsansprüche zu erheben“, sodann aber: „Die Parteien verpflichten sich, binnen einer Frist von 2 Monaten Gütertrennung notariell zu vereinbaren.“ Die letzte Vereinbarung ist nach § 1432 BGB. wirksam, die erste unwirksam nach § 1614 BGB. In dem Urteile war festgestellt, daß die Parteien bei dem Vergleichsschlusse vom Richter und einem Anwalt darauf hingewiesen waren, daß die erste Vereinbarung unwirksam sei und daß die Parteien auch

davon überzeugt gewesen seien. Das Reichsgericht verneinte bezüglich des ersten Punktes das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts, weil sich die Parteien der Nichtigkeit derselben bewußt waren, woraus auch folge, daß ihr Wille nicht auf Hervorrufung eines rechtlichen Erfolges gerichtet gewesen sei, was aber zum Tatbestande des Rechtsgeschäfts gehöre. Es fährt dann fort:

„Daraus folgt, daß § 139 BGB. hier überhaupt nicht Anwendung finden kann. Von der Nichtigkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäfts kann nicht gesprochen werden, wenn der vermeintlich nichtige Teil überhaupt keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat. Der § 139 beruht auf der Erwägung, daß den Beteiligten, die einen einheitlichen, umfassenderen Rechtserfolg zu verwirklichen bezwecken, eine nur teilweise Verwirklichung dieses Erfolges nicht gegen ihren Willen aufgebrängt werden darf. Wenn dagegen die Beteiligten eine Abrede, die ihren Willen entsprechend der rechtlichen Bedeutung entbehrt, mit einer solchen von rechtsgeschäftlicher Bedeutung in einheitliche Verbindung bringen, so ist schlechthin unerfindlich, warum in diesem Falle das gewollte Rechtsgeschäft nichtig sein sollte. Der gewollte Erfolg tritt hier im vollen Umfange ein: soweit nicht ein rechtliches, sondern nur ein tatsächliches unverbindliches Verhältnis gewollt ist, dieses tatsächliche Verhältnis, soweit ein Rechtserfolg gewollt ist, dieser rechtliche Erfolg. Von einem teilweise nichtigen Rechtsgeschäfte kann hier keine Rede sein.“

f) Aus § 139 kann, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts wegen zu langer Bindung nichtig ist, nicht angenommen werden, daß in der Einigung auf zu lange Zeit auch die Einigung auf angemessene Zeit enthalten sei. So RG. 76 S. 80:

„Man kann aber nicht mit dem Berufungsrichter sagen, die Parteien, die die Möglichkeit der Nichtigkeit garnicht ins Auge gefaßt und für diesen Fall keinerlei Abkommen getroffen haben, hätten deshalb, weil eine Bindung von 15 Jahren gegen die guten Sitten verstoße, jedenfalls auf eine geringere Zeit, und zwar auf angemessene Zeit, abgeschlossen. Denn so haben die Parteien eben nicht abgeschlossen; das vermeintlich geringere ist vom Standpunkt der Parteien aus, der allein entscheidet, nicht etwas geringeres, sondern etwas anderes. Der Berufungsrichter will an die Stelle des vereinbarten nichtigen Teiles des Vertrages etwas setzen, was die Parteien nicht vereinbart haben. Eine solche Befugnis, die im Falle der Nichtigkeit eines Teiles eines Vertrags zu einem richterlichen Ermäßigungsrecht des Richters führt, kennt der § 139 BGB. nicht.“

Andererseits hat das RG. in Band 82 S. 124—126 auf einen Pachtvertrag, zu dem die nach § 1822 Nr. 5 BGB. erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts versagt war, § 139 angewandt und ausgeführt:

„An sich ist zwar die Pachtdauer eine Eigenschaft des Pachtvertrags; dies hindert jedoch nicht, den Pachtvertrag im einzelnen Falle in Zeitabschnitte dergestalt zerlegt zu denken, daß diese zugleich als Teile des Vertrags im Sinne des § 139 BGB. angesehen werden können. Dieser Gedanke liegt auch den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuche zugrunde, wenn dort in Bd. 4

§. 1142 zum § 1674 1. Entw. zum BGB. ausgeführt wird, daß die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags dann nicht anzunehmen sei, wenn die Vertragsschließenden den Vertrag nicht als einheitlichen gewollt hatten.“

g) Streitig ist, ob beim Zusammenfallen von Kauf- und dinglichem Erfüllungsgeschäft bei Unwirksamkeit des ersteren § 139 anwendbar ist, z. B. bei Zusammenfallen von Kauf und Abtretung einer Forderung, bei Kaufgeschäften des täglichen Lebens, wo die sofortige Übergabe der Sache gegen Zahlung des Kaufpreises erfolgt, und beim Zusammenfallen von Kaufvertrag und Auflassung, welche letztere z. B. in Bayern gleichfalls vor dem Notar beurkundet wird.¹⁾

Die Mehrheit wendet hier bei Unwirksamkeit des Kaufgeschäfts § 139 an, sodaß grundsätzlich auch das dingliche Erfüllungsgeschäft unwirksam ist. (So Mügel in Gruchots Beiträgen, Bd. 37 S. 336, Windscheid-Kipp, Turnau-Förster, Biermann, Oberneck). Andere lehnen § 139 in Folge der abstrakten Natur der Verfügungsgeschäfte ab (so Matthiaß, Goldmann-Vilenthal). Das Reichsgericht erwähnt in Band 70 S. 88 die Anwendung des § 139 beim Zusammenfallen von Kaufgeschäft und Abtretung einer Forderung. Beim Wucher hat das Reichsgericht — ohne § 139 zu erwähnen — Nichtigkeit von Kauf- und Erfüllungsgeschäft angenommen, falls beide zusammenfallen (vgl. § 28 VIe). Eingehender hat sich Dr. Goldmann in Gruchots Beiträgen Bd. 56 S. 161 ff. über diese Frage verbreitet und gelangt zu dem Ergebnis, daß § 139 hier nicht anwendbar sei, obwohl an sich die Verbindung von Kauf- und Verfügungsgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. des § 139 sei, „weil im Verhältnisse von Kauf- und Verfügungsgeschäft jede Einheitlichkeit, welche allein die ratio für die Anwendung des § 139 BGB. bilden könnte, nämlich der Zusammenhang und die Abhängigkeit der beiden Geschäfte nach dem Parteiwillen, bei ihrer zeitlichen Trennung in der nämlichen Weise wie bei ihrer gleichzeitigen Vornahme gegeben ist. Würde man deshalb in letzterem Falle § 139 BGB. anwenden und die Verfügung trotz ihrer abstrakten Natur von der Gültigkeit des Kaufgeschäfts abhängig machen, so würde man gleichartig gelagerte Fälle verschieden behandeln.“

Das ist richtig und entspricht der abstrakten Natur der dinglichen Rechtsgeschäfte, welche bei Anwendung des § 139 BGB. in den Hauptfällen nicht zur praktischen Durchführung kommen würde.

h) Ist ein Vertrag nach § 138 BGB. nichtig, so ist deshalb die in dem Rechtsgeschäft enthaltene Vereinbarung eines an sich unzuständigen Gerichts nicht gleichfalls nichtig.

¹⁾ Vgl. jetzt auch das preuß. Gesetz über die Form der Auflassung vom 13. Mai 1918, demzufolge — neben den Gerichten — die Notare in Preußen in allen Provinzen zur Beurkundung der Auflassung befugt sind. Das Gesetz tritt 2 Jahre nach Kriegsbeendigung außer Kraft.

Vgl. zunächst über die Unanwendbarkeit des § 138 auf diese Vereinbarung § 28 IV p. Über die Unanwendbarkeit des § 139 BGB. führt das RG. 87 S. 10 aus:

„Es kann sich deshalb nur fragen, ob die vom Berufungsgericht aus diesem Verstoße (d. h. gegen die guten Sitten) hergeleitete Nichtigkeit des Vertrags nicht bloß die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus diesem Verträge, sondern auch die Zuständigkeitsvereinbarung ergreift. Das Berufungsgericht hat dies auf Grund der Vorschrift in § 139 BGB. bejaht. Dem kann nicht beigetreten werden. Es ließe sich fragen, ob auf einen Fall der vorliegenden Art diese Gesetzesbestimmung überhaupt anwendbar ist. Sie rechnet mit der Möglichkeit des Willens der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten, daß sie dieses auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen haben würden. Mit einer solchen Möglichkeit kann aber der Natur der Sache nach nicht gerechnet werden, wenn — wie hier zu unterstellen — der materiellrechtliche Teil des Vertrags nichtig ist und nur der prozessrechtliche Teil von der Nichtigkeit nicht betroffen wird. Doch braucht hierauf nicht weiter eingegangen zu werden. Denn ausschlaggebend ist, daß die Zuständigkeitsvereinbarung für den Fall getroffen wurde, daß hinsichtlich des Darlehnsvertrags und der aus diesem entspringenden Rechte und Pflichten Streitigkeiten unter den Vertragschließenden entstehen sollten, und daß hierunter auch der Streit darüber fällt, ob jener Vertrag rechtswirksam geschlossen ist oder nicht, daß daher die Vereinbarung eine selbständige Bedeutung hat und von dem Bestande des Darlehnsvertrags unabhängig ist.“

i) Was die Beweislast im Falle des § 139 BGB. betrifft, so ergibt sich dieselbe aus der Wortfassung. Grundfänglich ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig. Zu prüfen ist daher, ob anzunehmen ist, daß, z. B. bei einem Verträge, die Parteien den Vertrag unabhängig von dem nichtigen Teil allein als selbständigen Vertrag geschlossen haben würden. (RG. 61 S. 285). Der Richter soll ermitteln, was die Parteien verständiger Weise gewollt haben können (RG. 86 S. 324.).

k) Eine Modifikation des § 139 enthält § 2085 BGB., welcher das Gegenteil des § 139 für mehrere Verfügungen eines Testaments infolge des Prinzipes des favor testamenti bestimmt.

VIII. § 140 bestimmt:

„Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.“

Im Gegensatz zu § 117, in welchem eine Willenserklärung einem Andern gegenüber mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben wird, darf sich im Falle des § 140 der Erklärende der Nichtigkeit nicht bewußt sein. Denn es gehört — wie das RG. 68 S. 325 — ausführt, zum Begriff des nichtigen Rechtsgeschäfts als psychologisches und logisches Erfordernis, daß sich die Beteiligten der Nichtigkeit nicht bewußt sind.

Das andere Rechtsgeschäft gilt auch dann, wenn die Parteien an dasselbe nicht gedacht haben, aber anzunehmen ist, daß sie, wenn sie daran gedacht hätten, es gewollt haben würden. (RG. in Rsp. b. DLG. 10, S. 140).

a) § 140 gilt nur für nichtige, nicht für unwirksame Geschäfte. So RG. 79 S. 308/9:

„Was nun den § 140 BGB. anbelangt, so wird von der Revision mit Recht unrichtige Anwendung gerügt. Die dort vorgeschriebene Umdeutung (Konversion) bezieht sich nur auf nichtige Geschäfte. Nach dem Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehören aber zu den nichtigen nicht auch die unwirksamen Geschäfte. Unter nichtigen Geschäften versteht das Bürgerliche Gesetzbuch solche, die, weil sie den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechen, jeder Rechtswirksamkeit entbehren und von neuem, unter Beachtung des Gesetzes geschlossen werden müssen, wenn die Beteiligten dabei stehen bleiben wollen. Verschieden von den nichtigen sind Geschäfte, die zwar zunächst die beabsichtigte Rechtswirksamkeit nicht haben, aber unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere beim Hinzutreten eines gewissen Tatbestandes, nachträglich wirksam werden können, ohne daß sie von neuem vorgenommen zu werden brauchen, so insbesondere solche Fälle, in welchen zu den rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen für die Entstehung eines dinglichen Rechtes nach Vorschrift des Gesetzes noch eine dem Geschäftsschlusse folgende Handlung der das Recht einräumenden Partei hinzutreten muß. Daß der Gesetzgeber in § 140 unter den nichtigen auch jene Geschäfte hätte mitverstehen wollen, dafür liegt nicht der mindeste Anhalt vor. Die Anwendung der Konversion mußte auch gerade in einem Falle der vorliegenden Art, in dem die endgültige Unwirksamkeit des Geschäfts erst durch freie Entschließung der einen Vertragspartei herbeigeführt wird, zu erheblichen Bedenken Anlaß geben.“

Demzufolge hat das Reichsgericht entschieden, daß die Verpfändung einer Forderung ohne die nach § 1280 BGB. erforderliche Anzeige des Gläubigers an den Schuldner nicht im Wege der Konversion etwa als Sicherheitszession aufrecht erhalten werden könne.

Im 68. Bande S. 282 hat dagegen das Reichsgericht ausgeführt, daß bei einer infolge Nichtanzeige unwirksamen Verpfändung eines Sparkassenguthabens bei Übergabe des Sparkassenbuches dasselbe zwar nicht Gegenstand eines Pfandrechts, sondern „allenfalls“ eines Zurückbehaltungsrechts sein könne.

b) Bei einer z. B. wegen Formmangels nichtigen Verpfändung einer Briefhypothek (§§ 1274, 1154 BGB.) kann, wenn die Übergabe des Hypothekenbriefes erfolgt ist, im Wege der Konversion das am Brief nicht entstandene Pfandrecht als vertragliches Zurückbehaltungsrecht aufrecht erhalten werden, auch wenn der Wille der Vertragsschließenden auf die Bestellung eines Pfandrechts gerichtet war.

So nach RG. 66 S. 24 ff., wo zunächst ausgeführt wird, daß zwar ein dingliches Zurückbehaltungsrecht am Brief auch nicht durch

Vertrag begründet werden könne, da das BGB. ein solches überhaupt nicht kenne. Wohl aber käme auch für das Sachenrecht ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht in Frage, obwohl das BGB. ausdrücklich in den §§ 273, 4 nur das kraft Gesetzes zustehende persönliche Zurückbehaltungsrecht regelt:

„Nach dem das Gebiet der Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit ist es aber für zulässig zu erachten, daß durch Vertrag ein hinsichtlich seiner Wirkung auf die Vertragsschließenden beschränktes Zurückbehaltungsrecht, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen, auch dann begründet wird, wenn die Voraussetzungen für ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht nicht vorliegen.“

Und weiterhin wird ausgeführt, daß ein Pfandrecht am Hypothekenbrief allein trotz der Übergabe desselben nicht bestellt sein könne, weil derselbe als Legitimations- und Beweisurkunde für die Hypothekenforderung mit dieser verbunden und von ihrem rechtlichen Schicksal abhängig sei (§ 952 BGB.), weshalb er nicht losgelöst von der Hypothekenforderung selbständig Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein könne. Wohl aber kann ein Zurückbehaltungsrecht in Frage kommen:

„Aber dadurch, daß der Inhaber eine Hypothek einem andern den Hypothekenbrief mit der Verpflichtung hingibt, den Brief nicht eher zurückzuverlangen, als bis eine bestimmte Voraussetzung erfolgt sei, gewährt er dem Empfänger nicht ein auch gegenüber Dritten wirkendes Recht an dem Hypothekenbriefe als an einer selbständigen Sache, sondern schließt nur das ihm als Eigentümer des Hypothekenbriefs an sich zustehende Recht auf Herausgabe für seine Person zeitweise und bedingt aus. Ein solches, durch obligatorischen Vertrag begründetes, nur zwischen den Vertragsschließenden persönlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht an einem Hypothekenbriefe ist daher für rechtsgültig zu erachten“

Zu beanstanden ist auch nicht die weitere Ausführung des Berufungsrichters, daß, wiewohl der Wille der Kontrahenten auf Schaffung eines dinglichen Pfandrechts gerichtet gewesen sei, doch an Stelle der wegen Formmangels nichtigen Verpfändung ein persönliches Zurückbehaltungsrecht an dem Hypothekenbriefe gemäß § 140 BGB. als vertragsmäßig bestellt zu gelten habe. Der Berufungsrichter erwägt mit Recht, daß der von den Kontrahenten erfolgte wirtschaftliche Zweck der Beschaffenheit einer Sicherheit auch, wenn schon in geringerem Maße, durch das persönliche Zurückbehaltungsrecht erreicht werde, und folgert daraus bedenkenfrei, daß, wenn die Kontrahenten die Nichtigkeit der Verpfändung gekannt hätten, sie die Geltung des einer Form nicht bedürftigen Vertrages über die Bestellung des persönlichen Zurückbehaltungsrechts gewollt haben würden (Prot. Bd. 1 S. 127)“ (RG. a. a. D. S. 278).

Zu beachten ist aber, daß ein solches Zurückbehaltungsrecht keine dingliche Wirkung hat und daher der Konkursmasse gegenüber nicht wirkt, insbesondere kein Recht auf abgefonderte Befriedigung gibt (RG. 68 S. 282).

c) Ein wegen Formmangels nichtiger Wechsel kann als kaufmännischer Verpflichtungsschein aufrecht erhalten werden, falls damit

im wesentlichen die gleiche Wirkung erzielt werden konnte wie mit dem gewollten eigenen Wechsel (RG. 48 S. 231).

d) Ein Vertrag, durch welchen eine Gesellschaft ihre sämtlichen einzeln aufgeführten Vermögensgegenstände einschließlich der Forderungen übereignet, unterliegt der Form des § 311 BGB. Jedoch kann ein solcher wegen Formmangels nichtiger Vertrag, insofern er die Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände enthält, infolge Konversion aufrecht erhalten werden. Vgl. RG. 76 S. 3:

„Dagegen hat das Berufungsgericht unterlassen, in Erwägung zu ziehen, ob der Vertrag nicht als ein rechtswirksamer aufrecht zu erhalten ist zufolge der im § 140 BGB. geregelten sogen. Konversion. Von den Voraussetzungen des § 140 BGB. liegt diejenige, daß das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entsprechen muß, vor. Denn der Vertrag enthält den Verkauf bestimmter einzelner beweglicher Sachen, die Einwilligung, die Gesellschaftsfirmen weiter zu führen, und die Abtretung bestimmter einzelner Forderungen, und alle diese Rechtsgeschäfte sind einer Formvorschrift nicht unterworfen. Auch umfaßten die den Gegenstand dieser Rechtsgeschäfte bildenden einzelnen Vermögensstücke nach der Feststellung des Berufungsgerichts das ganze Aktivvermögen der Gesellschaft, das aus nichts anderem, als aus jenen Vermögensstücken bestand. Dieser Umstand war geeignet, die Annahme zu begründen, daß die Geltung jener mangelfreien Rechtsgeschäfte bei Kenntnis der Nichtigkeit des die Übertragung des Vermögens als ganzes bezweckenden Vertrages von den Vertragsschließenden gewollt sein würde.“

e) Ein wirtschaftlicher Verein, welcher die für ihn erstrebte Rechtsfähigkeit nicht erlangt, kann dann als nicht rechtsfähiger Verein gelten, wenn die Voraussetzungen des § 140 gegeben sind:

„Bei Prüfung dieser Frage ist, wie in den Prot. 1, 127 hervorgehoben wird, vor allem dem wirtschaftlichen Zwecke, dem das beabsichtigte Geschäft hat dienen sollen, Rechnung zu tragen, und hiernach ist darüber zu befinden, ob ehemals die Beteiligten auch die andere Geschäftsform gewählt haben würden. Dient ein Rechtsgeschäft wesentlich einem wirtschaftlichen Zwecke, so mag für gewöhnlich oder auch meistens die Annahme gerechtfertigt sein, daß — Dertmann 2b zu § 140 — dem Vertragsteil auch jenes andere zur Erzielung des beabsichtigten Erfolges geeignete Mittel recht gewesen sein wird. Ist es dagegen den Beteiligten gerade auf das gewählte Mittel angekommen, so ist für die sogen. Konversion kein Raum“ (RG. bei Gruchot 61 S. 466).

IX. Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte (§ 141).

§ 141 bestimmt:

„Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt, so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen.“

Wird ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt, so sind diese im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre.“

Die Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäftes, die von allen Vertragsschließenden vorgenommen werden muß (RG. 52

§. 161 ff.), ist in Wirklichkeit die erneute Vornahme des Geschäfts, die nur dann wirksam ist, wenn es allen Erfordernissen des betreffenden Rechtsgeschäftes entspricht. So auch RG. 61 S. 266:

„Es muß also, wenn es sich . . . um einen zweiseitigen Vertrag handelt, aus den beiderseitigen Erklärungen eine vollkommene Willensübereinstimmung über die beiderseitigen Rechte und Verpflichtungen erhellen; es müssen in der nachträglichen Bestätigung eines nichtigen Vertrags alle Erfordernisse des Vertrags selbst erfüllt, also insbesondere die Willensübereinstimmung der Kontrahenten zum Ausdruck gelangt sein.“

In keinem Falle läßt das Gesetz eine Rückwirkung eintreten.

Unsittliche Geschäfte können auch durch bloße Bestätigung nicht zu einem sittlichen werden (RG. 64 S. 149).

Abfag 2 ist Auslegungsregel und gilt dann nicht, wenn die Parteien ein anderes vereinbart haben. (So auch Staubinger § 141 Biff. 6). Rechte Dritter werden durch die Bestätigung nicht betroffen.

§ 29.

Verträge.

I. Aber **Begriff** und **Arten** des Vertrages vgl. § 1 II 2.

Die Vorschriften über Verträge in den §§ 145 ff. gelten für Verträge aller Art, nicht nur für Schuldverträge, sondern auch für sachrechtliche, familienrechtliche und erbrechtliche Verträge, soweit in den einzelnen Abschnitten nicht Sonderbestimmungen gelten, insbesondere also auch für das Verlöbniß (RG. 61 S. 271/2). Auch bei Gelegenheit der Ausübung eines Staatshoheitsrechtes und zur Unterstützung der Ausübung desselben können Verträge wie privatrechtliche Rechtsverhältnisse überhaupt zustande kommen. So haftet z. B. der Justizfiskus für das Abhandenkommen von Urkunden usw., welche eine Partei auf Anordnung des Gerichts auf der Gerichtsschreiberei gelegentlich eines Zivilprozesses niedergelegt hat. So RG. 51 S. 219 ff., insbes. S. 220—2:

„Die auf Grund des § 142 ZPO. erlassene Anordnung des mit der Beweisaufnahme beauftragten Richters, daß der Kläger seine Ortskarte dem Gerichtsschreiber (zur Aufbewahrung) übergeben sollte, trägt, wie der Berufungsrichter zutreffend dargelegt hat, den Charakter einer Handlung der Staatsgewalt, für die der Staat dem Kläger nicht verantwortlich ist.¹⁾ Was dagegen die Ausführung dieser Maßnahme anlangt, so bewegt sich auch diese allerdings insofern auf öffentlich-rechlichem Gebiete, als die Hingabe der Karte durch den Kläger und deren Empfangnahme durch den Staat in dieser Beziehung vertretenden Gerichtsschreiber im Interesse der Rechtspflege erfolgt ist, und der Zeitpunkt der Rückgabe sich daher auch nach den Rücksichten der Rechtspflege

¹⁾ Die Entscheidung erging vor dem preuß. Gesetz von 1909 über die Haftung des Staates für Verschulden von Beamten bei Ausübung der Staatsgewalt. Heute dürfte die Haftung des Staates in Preußen auf das genannte Gesetz zu stützen sein.

bestimmen muß. Allein daneben zeigt die Ausführung jener Anordnung auch eine privatrechtliche Seite. Indem der Kläger sich zu jenem Zwecke dem Staate gegenüber des Besizes und der Aufsicht über die Karte entäußerte, erwuchs hieraus für den Staat die nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurteilende Verpflichtung, über die Karte, die er in seinen Gewahrsam genommen hatte, auch die erforderliche Obhut zu führen und sie, nachdem der öffentlich-rechtliche Zweck, zu welchem sie ihm übergeben war, seine Erledigung gefunden hatte, dem Kläger zurückzuliefern. Man mag dieses Verhältnis als ein stillschweigend geschlossenes, vertragsartiges, dem Verwahrungsvertrage ähnlich oder gleichzuerachtendes Rechtsverhältnis bezeichnen: jedenfalls haftet der Staat aus ihm dem Kläger unmittelbar für die Rückgabe, bezw. den Verlust der Karte, wenn er nicht nachweist (was nicht geschehen ist), daß sie durch ein von ihm nicht zu vertretendes Ereignis ihm abhanden gekommen ist.

In ähnlichem Sinne hat sich der 2. Zivilsenat in einer Entscheidung aus neuerer Zeit (8. Februar 1901) ausgesprochen, als es sich um die Haftung des Staates für den Verlust eines Buches handelte, das eine Partei in einem Prozesse dem Gericht übergeben hatte. Auch hier ist anerkannt worden — wobei das französische Recht eine entscheidende Rolle nicht gespielt hat —, daß auch „bei Gelegenheit der Ausübung eines Staatshoheitsrechts und zur Unterstützung der Ausübung desselben privatrechtliche Verhältnisse zustande kommen können“ (Rep. II 325/00, J. W. 1901 S. 191 Nr. 13).

Es sei ferner darauf hingewiesen, daß früher wiederholt oberste Gerichtshöfe den Staat für den Verlust von Sachen, die beschlagnahmt waren, aus einem vertragsartigen Verhältnisse für haftbar erklärt haben,

vgl. Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 327, Bd. 5 Nr. 135, Bd. 26 Nr. 79 (Kassel, Dresden, Berlin),

und daß auch schon der 1. Zivilsenat des Reichsgerichts in solchem Falle in gleicher Weise erkannt hat,

vgl. Bolze, Praxis Bd. Nr. 311,

indem er annahm, daß der Staat durch das mittels des In-Verwahrungs-Nehmens begründete „quasikontraktliche“ Verhältnis unmittelbar verpflichtet werde. In derselben Richtung bewegt sich auch das in den Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 48 S. 256 flg. veröffentlichte Urteil des 6. Zivilsenats des Reichsgerichts.“

Gibt es auch stillschweigend abgeschlossene Verträge? Abgesehen von den Fällen des Vertragschlusses durch konkludente Handlungen, z. B. durch bloße Entnahme einer Zeitung aus dem Zeitungskiosk und Niederlegung des Kaufpreises, ist die Annahme eines rein stillschweigend geschlossenen Vertrages mit großer Vorsicht aufzunehmen. Das Reichsgericht hat gelegentlich eines Falles, in welchem jemand einen Bekannten auf eine Automobil-Vergnügungsfahrt mitgenommen hatte, wobei der Gastgeber das Auto selbst lenkte, den Wagen an einen Baum fuhr, sodaß beide Teile aus dem Wagen geschleudert und schwer verletzt wurden, die auf § 823 Abs. 1 BGB. gestützte Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und sich zu der Frage des Ausschlusses der Haftung durch stillschweigenden Vertrag folgendermaßen geäußert:

„Rechtsirrtümlich würde es sein, wenn das Berufungsgericht grundsätzlich und allgemein die Ausschließung der Haftung aus unerlaubter Handlung durch Vertrag oder auch nur durch stillschweigenden Vertrag auf die Fälle der Gefährdungshaftung ohne Verschulden des Haftpflichtigen beschränkt hätte. Diesen Sinn hat aber die Erwägung des Berufungsurteils, mit der die Annahme eines stillschweigenden Vertrags im gegebenen Falle abgelehnt wird, offenbar nicht. Der Hinweis des Berufungsurteils darauf, daß die Entscheidung des RG. 65 S. 313 der Sammlung und die anderen in demselben Sinne ergangenen Urteile des RG. 67 S. 431, J. W. 08, 108 Nr. 6; Warnener Rpr. 08 Nr. 157; 09 Nr. 100, die den stillschweigenden Abschluß eines die Haftung ausschließenden Vertrags zum Gegenstande haben, durchweg Fälle der Gefährdungshaftung betreffen, ist zutreffend, die Annahme, daß die Feststellung eines solchen stillschweigenden, also nicht ausgesprochenen Vertragschlusses regelmäßig nur dann unbedenklich ist, wenn es sich um den Abschluß einer Gefährdungshaftung, um die Übernahme einer nicht durch ein Verschulden des anderen Teiles, zumal durch ein grobes Verschulden, sondern allein durch die gegebenen Verhältnisse von selbst begründeten Gefahr handelt, ist nicht rechtsirrtümlich. In letzterem Sinne ist aber die Ausführung des Berufungsgerichts zu verstehen, die nur besagen will: die Ausschließung der Haftung aus unerlaubter Handlung durch einen stillschweigenden Verzichtsvertrag bedarf einer Feststellung aus den begleitenden Umständen des Falles; solche Umstände, die ohne weiteres die Annahme eines derartigen stillschweigenden Vertrages nahelegen, liegen aber der Regel nach nur vor gegenüber einer Haftung auf Gefährdung, wogegen es der Ermittlung besonderer die Willenseinigung ausdrückender Äußerungen bedarf, wenn eine Haftung für auf Verschulden beruhende unerlaubte Handlung für vertraglich ausgeschlossen erachtet werden soll. Das ist eine tatsächliche Erwägung, die nicht nur mit der Revision nicht angreifbar ist, sondern auch den Verhältnissen des Lebens durchaus entspricht. Zu demselben Ergebnisse führt es, wenn der vom erkennenden Senat in der Entscheidung vom 29. März 1909 (Warnener Rpr. 09 Nr. 357) entwickelte Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr für die rechtliche Betrachtung des gegenwärtigen Falles verwertet wird: auch eine solche Übernahme der Gefahr ohne ein besonders festzustellendes Vertragsübereinkommen kann nur da angenommen werden, wo eine aus der Sachlage von selbst sich ergebende Gefahr, die der von ihr Bedrohte erkannt hat, in Frage kommt, so wenn es sich um die allgemeine Tiergefahr oder um die Gefahr einer Fahrt mit Kraftwagen überhaupt, oder etwa um die Gefahr einer Fahrt mit einem offenbar unzulänglichen Fuhrwerke handelt; der Gesichtspunkt versagt, wenn die Gefahr oder deren Erhöhung erst durch eine von dem Willen des Bedrohten unabhängige schuldhaftige Handlung eines Dritten verursacht wird“ (RG. in Gruchot's Beiträgen Bd. 55 S. 344—5).

Auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes kommen Verträge vor, die nicht nur öffentlich-rechtliche, sondern auch privatrechtliche Wirkungen haben können. So kann z. B. der Kirchenpatron den Bau einer zweiten Kirche übernehmen:

„ . . . wenn auch der Patron nach gesetzlicher Vorschrift zum Bau einer zweiten Kirche nicht verpflichtet ist (Entsch. des RG's. in Jivils. Bd. 43 S. 332, Bd. 15 S. 168), so steht doch nichts im Wege, daß er eine solche weitergehende Verpflichtung übernimmt, oder daß sie ihm mit seinem Einverständnis auferlegt

wird. Das Patronat ist eine öffentliche gemeine Last im Sinne der §§ 446, 436 BGB. und der nach Art. 55 Einf. G. für die Begriffsbestimmung maßgebend gebliebenen landesgesetzlichen Vorschriften (vgl. Entsch. des RG's. Bd. 59 S. 402), insbesondere der §§ 175 flg. URN. I 11, Art. 1 Ziff. 2, Art. 2 Ziff. 1 preuß. Ausf.-Ges. zum ZwVG., da es zweifellos öffentlich-rechtlicher Natur ist und in der Kirchenverfassung seinen Grund hat

Die Kirchenverfassung selbst ist nichts Unveränderliches; sie kann durch Rechtsakte, auch durch Verträge eine Änderung erfahren (§ 710 URN. II 11, Entsch. des Obertrib. Bd. 75 S. 59); denn der Vertrag ist nichts dem Privatrecht Eigentümliches, er kommt auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes vor und kann dort privatrechtliche, aber auch öffentlich-rechtliche Wirkungen haben.

Vgl. Gruchot, Bd. 47 S. 836, Bd. 42 S. 1022, Bd. 36 S. 1184, Bd. 34 S. 1124/5, Entsch. des RG. Bd. 40 S. 297.

Auch würde der Umstand, daß es sich im wesentlichen um eine einmalige Leistung handelt, der Annahme einer öffentlichen gemeinen Last nicht entgegenstehen". (RG. 65 S. 3/4).

Im übrigen kann jedoch eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung durch Vertrag zwischen dem Verpflichteten und einem Anderen auf letzteren nicht überwälzt werden, weder mit der Wirkung, daß der Dritte anstelle des kraft Gesetzes Verpflichteten die öffentlich-rechtliche Verpflichtung überkäme, noch auch so, daß der Mitkontrahent neben dem öffentlich-rechtlichen Verpflichteten dem Publikum gegenüber haftete. (RG. 40 S. 297.). Es gibt aber Ausnahmen kraft Gesetzes. Nach § 11 II 15 URN. ist der Staat gegen den Genuß der Nutzungen der Landstraßen verpflichtet, für die Unterhaltung der Sicherheit und Bequemlichkeit derselben zu sorgen, jedoch sind nach § 12 a. a. D. für den aus Unterlassung dieser Pflicht entstandenen Schaden diejenigen, welche bei der vom Staat ihnen aufgetragenen Sorge dafür sich eines groben oder mäßigen Verschehens schuldig gemacht haben, verantwortlich, d. h. haftbar. Soweit daher der Staat vertraglich die Fürsorgepflicht einem andern überträgt, übernimmt derselbe auch kraft gesetzlicher Bestimmung die Haftpflicht. Hierher gehört auch § 113 des Wassergesetzes vom 7. April 1913, welcher bestimmt, daß die durch das Wassergesetz begründete Verpflichtung zur Unterhaltung der Wasserläufe und ihrer Ufer — wozu auch die Erhaltung der Schiffbarkeit und der Vorflut bei Wasserläufen 1. Ordnung, bei solchen 2. Ordnung nur der Vorflut gehört — eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit ist, die abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Fällen weder aufgehoben noch geändert werden kann. § 113 Abs. 2 bestimmt dann ausdrücklich: „Vereinbarungen über die Unterhaltspflicht können mit privatrechtlicher Wirkung getroffen werden.“

II. Gefälligkeitsverträge.

Zweifelhaft ist die Existenz von „Gefälligkeitsverträgen“. Zusagen und Erlaubniserteilungen sind oft nur „gesellschaftlicher“ und

nicht rechtsgeschäftlicher Natur. So bemerkt auch Eneccerus II 2 § 251 Ziff. 5, daß ich mit meinem Gaste keine Leihe über ein Zimmer, Möbel, Eßgeräte usw. abschließe, keinen Verwahrungsvertrag über seinen Koffer, keinen Auftrag, wenn ich ihn in meinem Wagen abhole. Abweichend hiervon nimmt Blume im Recht 08 S. 649 ff. das Vorliegen besonderer „Gefälligkeitsverträge“ an, durch die man eine Leistung übernehme, ohne sich dazu zu verpflichten, durch die aber der andere Teil zur Wahrung der Interessen des Gegners vertragsmäßig verpflichtet werde. Das Reichsgericht hat im 65. Bande S. 18 ausdrücklich ausgesprochen, daß in dem bloßen Gewährenlassen, z. B. der Einräumung eines Platzes auf einem ohnehin fahrenden Wagen, weder ein Auftrags-, Leihe- oder Verwahrungsverhältnis liege, vielmehr ein bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung.

Gegebenen Falles kann die Sache aber auch anders liegen. Das Reichsgericht erwähnt in der vorgenannten Entscheidung ausdrücklich, daß dann ein „Auftragsverhältnis“ vorliegen könne, wenn eine „Handlung“ im engeren Sinne — wie bei den früheren preußisch-rechtlichen „Verträgen über Handlungen“ — in Frage käme. Wenn ich z. B. einem Freunde einen Brief übergebe und ihn bitte, ihn in den Postkasten zu stecken, so verpflichtet sich der Freund durch Annahme des Briefes zu der Vornahme einer Handlung in dem gedachten Sinne. Hier wird man tatsächlich ein Auftragsverhältnis i. S. des § 662 BGB. annehmen müssen, zumal auch rein tatsächliche Handlungen Gegenstand eines Auftrags sein können. Und in der Tat erfordert auch das Rechtsbewußtsein, daß derjenige, der für einen andern die Beforgung eines Briefes übernimmt, dieses Vertrauen auch durch ordnungsmäßige Erledigung rechtfertigt. Kann oder will der andere Teil diese Verpflichtung nicht übernehmen, so steht ihm ja die Ablehnung des Antrags offen. Hiernach würde also der Freund nach § 276 BGB. haften. Allerdings wird dabei § 254 Abs. 2 BGB. eine Rolle spielen und es läßt sich vielleicht in allen derartigen Fällen ein mitwirkendes Verschulden des andern Teiles annehmen, wenn er es unterlassen hat, auf die Gefahr eines bevorstehenden Schadens aufmerksam zu machen, der durch die nicht ordnungsmäßige Erledigung des Auftrages entstehen könnte.

In der Praxis spielt ferner das Überlassen des vorübergehenden Gebrauchs einer Sache ohne Entgelt eine Rolle, ohne daß nach dem Willen der Beteiligten eine Leihe im Sinne des BGB. begründet werden soll. Hierher gehört z. B. das widerrufliche Überlassen in einer Wohnung. Das Typische derartiger Verhältnisse, die dem römischen Prekarium entsprechen, liegt in der jederzeitigen Widerruflichkeit, während im übrigen — bis auf § 604 BGB. — die Vorschriften des Leihvertrages entsprechend anwendbar sind. (Vgl. OLG. Hamburg in Rpr. der OLG. 22 S. 291). Vgl. hierzu

OBG. in der D. J. Z. 1904 S. 511/2 (bez. der Anrechnung des Mietwerts eines leihweise zum Wohnen überlassenen und benutzten Hauses):

„Das durch die unentgeltliche Überlassung eines Hauses zum Wohnen geschaffene Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Empfänger entbehrt durchaus nicht jeder Rechtsverpflichtung oder sonstigen Rechtsgrundes. Ein rein tatsächliches Verhältnis zum Eigentümer und seiner Grundstücke wäre z. B. bei willkürlichem (gewaltsamen oder heimlichen) Einnehmen der Wohnung durch einen beliebigen Unberufenen gegeben. Wenn dagegen der Eigentümer einem anderen das Bewohnen des ihm allein gehörigen Hauses in einer für beide Teile klaren Weise „überläßt“ und der andere daraufhin das Haus bewohnt, so erzeugt eben ein solches Einverständnis unausweislich ein Rechtsverhältnis; für den Überlassenden entsteht mindestens die Verpflichtung, den Gebrauch des Hauses ohne Entgelt dem Empfänger zu gestatten, und für diesen das Recht, das Haus, insbesondere auch unter Ausschließung jedes unberufenen Dritten, zu bewohnen; die Räumung darf nicht schikanös verlangt und das Haus braucht in keinem besseren als dem durch das Wohnen herbeigeführten Zustande zurückgegeben zu werden. Mögen auch weitergehende Rechte und Pflichten nicht beabsichtigt sein, so tut das doch dem Bestehen des Rechtsverhältnisses ebensowenig Abbruch wie die Widerruflichkeit. Diese unvermeidlichen rechtlichen Folgen des hier erfolgten Überlassens des Hauses sind die Merkmale der Leihe gemäß §§ 598–606 BGB., die, gleich der Miete (Pacht), von der sie sich wesentlich nur durch die Unentgeltlichkeit unterscheidet, auch Grundstücke zum Gegenstande hat und, wie die Entstehungsgeschichte des vierten Titels belehrt, das präkaristische Verhältnis lediglich als weniger streng ausgebildete Unterart mitumfaßt.“

III. Der sogen. Kontrahierungszwang.

Abgesehen von Vorverträgen kann ein Zwang vom Abschluß von Verträgen auf Gesetz oder Verordnung beruhen. So besteht z. B. für eine dem öffentlichen Güterverkehr dienende Eisenbahn grundsätzlich (mit einigen Ausnahmen) die Verpflichtung, Güter zur Beförderung nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station innerhalb des Deutschen Reiches zu übernehmen (§ 453 HGB.). Diese Verpflichtung ist erzwingbar (RG. 18 S. 170) und bei Zuwiderhandlung hiergegen wird ein Schadensersatzanspruch begründet (§ 453 Abs. 4 HGB.). Das Gleiche gilt nach der Eisenbahnverkehrsordnung vom 23. Dezember 1908 (RG.-Bl.) 1909 S. 93 ff.) für die Beförderung von Personen, wenn dieselbe den allgemeinen Beförderungsbedingungen entspricht, insbesondere nicht etwa verboten ist, mit den regelmäßigen Beförderungsmitteln möglich und nicht durch höhere Gewalt unmöglich ist. (§ 3 der EVO.). Ausgeschlossen von der Beförderung sind nur Pestkranke. An Ausfall, Cholera, Fleckfieber, Gelbfieber oder Pocken (Blattern) Erkrankte dürfen nur unter besonderen Voraussetzungen befördert werden, ebenso sind Personen, die an Unterleibstypheus, Diphtherie, Ruhr, Scharlach, Masern oder Keuchhusten leiden, in abgeschlossenem Abteil — unter Zahlung der tarifmäßigen Gebühr — zu befördern. Gewisse Personen können

von der Beförderung ausgeschlossen werden, nämlich solche, welche die vorgeschriebene Ordnung nicht beachten, sich den Anordnungen der Bediensteten nicht fügen oder den Anstand insbesondere bei Trunkenheit verletzen oder wegen Krankheit oder aus anderen Gründen Mitreisenden lästig fallen, sofern letzteren nicht ein besonderes Abteil angewiesen werden kann (§ 11).

Auch nach dem Postgesetz von 1871 (1899) besteht ein Zwang für die Post, Postsendungen aller Art — auch soweit ein Postzwang nicht besteht — zu befördern (§ 3 Postgesetz); gleiches gilt für Telegramme (Reichstelegraphengesetz von 1892 § 5). Aber das Telegraphen-Monopol vgl. § 28 IV h.

Auch für öffentliche Schlachthäuser besteht in Preußen nach § 6 des Gesetzes betr. die Errichtung öffentlicher, ausschließlich zu benutzender Schlachthäuser vom 18. März 1868 (G. S. 277) ein Kontrahierungszwang. Ein Recht zur Benutzung, das im Verwaltungsstreitverfahren durchsetzbar ist, steht nach § 18 des Zuständigkeitsgesetzes aber nur den Gemeindeangehörigen zu (DVB. 63 S. 101—103). Gleicher Zwang gilt auch für Apotheken insoweit, als gewisse Heilmittel, Drogen und chemische Präparate im Kleinverkauf nur durch Apotheken verkauft werden können (Apotheken-D. v. 1801 Titel III).

Unzulässig ist es aber in Preußen, durch Polizeiverordnung den Droschkenkutschern und Automobilfahrern die Pflicht zum Abschluß von Verträgen aufzuerlegen, obwohl eine Droschkenordnung nicht im Rahmen von § 10 II 17 UR. gehalten sein muß, die Polizei vielmehr nach § 37 Gew.-D. freie Hand hat (DVB. 37 S. 343). Jedoch kann die Polizei niemandem die Pflicht zum Abschluß rein privatrechtlicher Verträge auferlegen (DVB. 8 S. 356, 31 S. 316, 42 S. 355, RG. bei Johow 23 S. 22). Unrichtig daher Eneccerus I § 153 IV am Ende.

Ein Kontrahierungszwang kann in Preußen auch durch Polizeiverordnung vorgeschrieben werden. So kann z. B. auf Grund von § 6f. des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 (Sorge für Leben und Gesundheit) bestimmt werden, daß alle bebauten Grundstücke an kommunale Abzugskanäle anzuschließen sind (DVB. im Pr. Verw.-Bl. 26 S. 635), in welchem Falle auch diejenigen Grundstücke ergriffen werden, welche die Entwässerung bislang ohne Gesundheitsgefährdung und ohne Anschluß bewirkt haben und weiterhin bewirken könnten (DVB. im Pr. Verw.-Bl. 20 S. 278), vorausgesetzt jedoch, daß die Gemeinde durch ein Ortsstatut zur Instand- und Bereithaltung des Kanales für diesen Zweck verpflichtet ist (RG. bei Johow 37 C. 76). Aus dem gleichen Grunde kann der Anschluß der bebauten Grundstücke an die kommunale Wasserleitung vorgeschrieben werden (DVB. 52 S. 376), was sich auch noch aus

§ 6a des P.B.G. (Schutz der Personen und des Eigentums) ergibt, weil dieser Anschluß nicht nur den Schutz des Publikums vor verfeuchtem Brunnenwasser bezweckt, sondern auch feuersicherheitliche Gründe verfolgt. (R.G. in D. J. Z. 1905 S. 819). Soweit in solchen Fällen ein Anschlußzwang besteht, ist das Vertragsverhältnis zwischen Eigentümer und Stadtgemeinde ein rein öffentliches Verhältnis. U. U. R.G. 83 S. 213, wo bezüglich des Anschlußzwanges an eine Kanalisation ausgeführt wird:

„Selbst auf rein privatrechtlichem Gebiete gibt es Fälle eines sogen. Kontrahierungszwanges. Hier freilich kann man von einem solchen nicht wohl reden, da die zwangsweise Benutzung der in der Kanalisation getroffenen Gemeindeveranstaltung einestells nicht von der Gemeinde, sondern von der Polizeibehörde vorgeschrieben wird und zugleich im öffentlichen Interesse erfolgt, andererseits doch kein rein privatrechtliches Vertragsverhältnis vorliegt.“

Dagegen steht das R.G. im 73. Bande S. 205 auf dem Standpunkt der reinen Öffentlichkeit des Verhältnisses. Es fragt sich, ob man gegebenen Falles auf dieses rein öffentliche oder gemischt-öffentliche Rechtsverhältnis § 278 B.G.B. anwenden kann, wenn dem Eigentümer durch Angestellte der Kommunen hierbei Schaden zugefügt wird. Das Reichsgericht hat in einem gleich liegenden Falle die Anwendbarkeit des § 278 auf das gleichfalls öffentlich-rechtliche Verhältnis des auf Grund der Krankenversicherung in ein Gemeindekrankenhaus aufgenommenen Zwangs-Versicherten verneint (R.G. 59 S. 197).¹⁾ Es kann sich daher nur fragen, ob eine analoge Anwendung des § 278 möglich ist oder ob das preuß. Gesetz vom 1. August 1909 anzuwenden ist. Da § 278 das Bestehen eines Schuldverhältnisses des Privatrechts voraussetzt, wird die Anwendung des § 278 auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse mit dem Reichsgericht grundsätzlich abzulehnen sein. Im gleichen Sinne hat auch das Reichsgericht im Recht 1913 Nr. 2549 die vertragsmäßige Schadenersatzpflicht einer preußischen Stadtgemeinde zum Schadenersatz wegen Verletzungen im kommunalen Vieh- und Schlachthof verneint, weil in derartigen Fällen zwischen dem die im öffentlichen Interesse errichtete Anlage oder Einrichtung Benutzenden und der Gemeinde kein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis begründet werde. Zu demselben Ergebnis gelangt auch Josef in Gruchots Beiträgen Bd. 58 S. 638 ff. („Die Anwendbarkeit des § 278 B.G.B. auf öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten“). Soweit ein Anschlußzwang im öffentlichen Interesse besteht, ist das vom Eigentümer gemäß §§ 4 Abs. 3, 7 Komm.-Abg.-Gesetz erhobene Entgelt als „Gebühr“ aufzufassen, da es sich um eine Vergütung für gewährte Sondervorteile handelt, sodaß in Preußen gegen die Heranziehung

¹⁾ Vgl. Recht der Schuldverh. I § 2 R. f.

derselben nach §§ 69, 70 R.-Abg.-Ges. ausschließlich der Einspruch bezw. das Verwaltungstreitverfahren zulässig ist.¹⁾ (OVG. 62 S. 243).

Wenn jedoch — was in der Praxis meist üblich ist — ein städtisches Wasserwerk als rein privatwirtschaftliches Unternehmen betrieben wird, so sind die für Wasserentnahme erhobenen Vergütungen auch dann keine öffentlich-rechtlichen Gebühren, wenn durch die Polizeibehörde ein Anschluß an das Wasserwerk vorgeschrieben ist, da letzteres dann unzulässig ist. So OVG. 62 S. 241—3 in einem Falle, in welchem sich nach den „Wasserentnahmebedingungen“ der Grundstückseigentümer zur Zahlung des Wasserzinses verpflichtet hatte, sich allen Bedingungen des Statutes unterwarf und insbesondere die Haftung für die Bezahlung des Wasserzinses beim Besitzwechsel bis zur unterschriftlichen Verpflichtung des neuen Besitzers übernahm, ohne daß in dem Statut von Gebühren und Rechtsmitteln die Rede war. Bei Nichtzahlung des Wasserzinses war die Verwaltung zur Absperrung des Wassers befugt. Die den Anschlußzwang in diesem Falle vorschreibende Polizeiverordnung wurde für unwirksam erklärt und dem Entgelt der Charakter einer Gebühr zugleich abgeprochen. Das OVG. führte hierüber aus (a. a. O. S. 243):

„Wenn die Gemeinde ihr Wasserwerk als Privatunternehmen betreiben und das Wassergeld als privatrechtliche Vergütung nach ihrem freien Belieben gestalten will, so darf die Polizeibehörde nicht in diese rein privatrechtlichen Verhältnisse eingreifen, indem sie die Grundstückseigentümer zum Anschlusse zwingt. Das darf sie selbst dann nicht, wenn das Unternehmen zugleich einem öffentlichen Interesse dient. Die Gemeinde hat nun die Wahl: Entweder bleibt die Wasserleitung ein Privatunternehmen, dann fällt der Anschlußzwang, oder dieser Zwang soll bestehen, dann muß die Gemeinde das Wassergeld als öffentlich-rechtliche Gebühr gestalten und sich damit den Vorschriften des Kommunalabgabengesetzes hierüber und der Kontrolle des Ver-

¹⁾ Das RG. 83 S. 206ff. hat jedoch entschieden, daß die Kanalisationsgebühren auch bei bestehendem Anschlußzwang nicht unter die im § 61 Nr. 2 RD. bevorrechteten „öffentlichen Abgaben“ fallen, weil nach Zweck und Entstehungsgeschichte des Gesetzes hierzu „Gebühren der Rechtspflege und der Verwaltung und im besonderen die Gebühren für gemeindliche Leistungen nicht gehören.“ (S. 210 a. a. O.). Auf Seite 211 der gen. Entsch. spricht sich das Reichsgericht auch über den Rechtscharakter von Steuern, Gebühren und Beiträgen im Sinne der herrschenden Meinung folgendermaßen aus:

„Gebühren sind öffentliche Abgaben (im weiteren Sinne des Wortes), die als besonderes Entgelt für bestimmte staatliche oder gemeindliche Leistungen an einzelne Staats- oder Gemeindeangehörige oder einzelne Klassen von solchen nach gewissen Sägen erhoben werden, so namentlich für die Benutzung einer von der Gemeinde im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltung; Steuern die Geldbeiträge, die der Einzelne an den Staat oder die Gemeinde als Unterthan, Bürger oder Einwohner zahlt, ohne daß dabei eine genaue Beziehung der Leistung zu bestimmten Vorteilen bestände. Die Steuer bildet die letzte der verschiedenen Abstufungen von Leistungen an Staat und Gemeinde in der Reihe, die anfangen von den rein privatwirtschaftlichen Leistungen und Gegenleistungen bis zur eigentlichen Steuer führt. Als Zwischenglied sind weiter noch die „Beiträge“ anzuführen; Beiträge zu den Kosten von Veranstaltungen, die Einzelnen vorzugsweise zugute kommen, wobei die Vergütung nach den gemähten besonderen wirtschaftlichen Vorteilen bemessen wird (vgl. Jahrb. Württ. Rechtspr. Bd. 18 S. 278 und Note 2).“

waltungsstreitverfahrens unterwerfen. Solange nicht das Wasserwerk zur Benutzung kraft öffentlichen Rechtes zur Verfügung gestellt und demgemäß das Wassergeld zu einer „Gebühr“ umgestaltet wird, ist der Anschlußzwang ungültig. Das Oberverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung an dem Grundsatz festgehalten, daß der Anschlußzwang nur zulässig ist, wenn ihm das öffentlich-rechtliche Anschlußrecht entspricht (vgl. Ur. vom 11. Dezember 1909, preuß. Verw.-Bl. Jahrg. 32 S. 39/41).“

Zu beachten ist noch, daß, soweit ein Anschlußzwang besteht, ein Absperrn des Wasserrohres bei Nichtzahlung des Wasserzinses unzulässig ist, da in diesem Falle die Gebühr im Verwaltungszwangsverfahren begetrieben werden kann und muß und ein indirekter Zwang ausgeschlossen ist. Soweit jedoch ein Anschlußzwang nicht besteht, das Wasser also von der Gemeinde lediglich auf Grund eines Privatvertrages den Hauseigentümern zur Verfügung gestellt wird, darf die Stadt das Wasserrohr bei Nichtzahlung des Wasserzinses seitens eines Hauseigentümers abstellen. Ein Einschreiten der Polizei gegen den Eigentümer des Wasserwerkes ist grundsätzlich ausgeschlossen, da die Polizei sich nicht in Privatrechtsverhältnisse mischen darf, soweit dies nicht z. B. beim Fund, Gesindedienstvertrag u. dgl. gestattet oder vorgeschrieben ist. Allerdings kann die Polizei in solchem Falle gegen den Hauseigentümer einschreiten, wenn sich gesundheitsgefährdende Zustände herausstellen, z. B. wegen der erforderlichen Reinigung der Aborte, und in diesem Falle bis zur Räumung der Wohnungen in dem betreffenden Hause schreiten. Nur dann, wenn das Einschreiten gegen den Eigentümer und die Nächstbeteiligten nicht zum Ziele führt, kann beim Eintritt offener Notstände, z. B. bei Typhusepidemien oder Ausbruch sonstiger Seuchen gegen den Eigentümer des Wasserwerkes auf Grund von §§ 74, 75 Einl. zum A. R. eingeschritten und derselbe zur Abgabe von Wasser trotz Nichtzahlung des Wasserzinses gezwungen werden (OVG. 7 S. 354 ff.).¹⁾

Ein Kontrahierungszwang besteht schließlich auch für Gasanstalten einer Gemeinde. Aber Gaslieferungsverträge führt das RG. in Rspr. der OVG. 33 S. 201 folgendes aus:

„Der Gaslieferungsvertrag ist an sich ein rein privatrechtlicher Vertrag. Ob es sich dabei um einen Kauf-, Lieferungs- oder Werk (Dienst)-Vertrag handelt, kann dahingestellt bleiben. Derartige Verträge haben zwei Besonderheiten: einmal kann die Gemeinde im allgemeinen nicht den Vertragschluß mit diesem oder jenem ihrer Mitglieder ablehnen; sie ist vielmehr gezwungen, jedes ihrer Mitglieder zur Benutzung derartiger Anlagen zuzulassen, und nur dann in der Lage, dem einzelnen die weitere Benutzung zu untersagen, wenn in seiner Person gewisse (hier in § 13) vorgesehene Umstände eintreten. Sodann bezwecken die von der Gemeinde getroffenen Einrichtungen in erster Linie, eine Annehmlichkeit für die Mitglieder zu schaffen; die Gemeinden gehen dabei nicht auf besonderen Erwerb und Verdienst aus, müssen aber andererseits auch derartige

¹⁾ Vgl. hierzu Mohr, Preussisches Verwaltungsrecht (Jurist. Hilfsbücher), S. 132 ff. und über den Anschlußzwang überhaupt S. 86 ff., 105 f., 278 ebenda.

Abmachungen treffen, daß sie durch den Betrieb keinen Schaden erleiden. Diese Gesichtspunkte, die übrigens allgemein bekannt sind, ergeben als Ausgleichung das Recht der Gemeinde, die Verträge jederzeit in einer der Gemeindeverfassung entsprechenden Weise mindestens dann abzuändern, wenn die Verträge nicht mehr den oben wiedergegebenen Zwecken entsprechen; wenn z. B. infolge wesentlicher Verteuerung der Materialien die Gemeinde bei den bisherigen Vertragspreisen Schaden erleidet, so ist sie berechtigt, eine Änderung herbeizuführen, auch ohne daß dies im Verträge ausdrücklich gesagt ist. Der Schaden, den die Gemeinde erleidet, gleicht sich nicht etwa dadurch wieder aus, daß die Mitglieder auf der anderen Seite den Vorteil hätten. Denn der Schaden wäre von der Gemeinde, also von allen Mitgliedern zu tragen, den Vorteil hätten aber nur diejenigen Mitglieder, die die Einrichtung gebrauchen. Ebenso liegt die Sache aber auch, wenn die Gemeinde aus andern Gründen (hier: Erleichterung der Berechnung und Verbilligung der Kosten für die Mehrzahl der Mitglieder) für geboten erachtet, eine Änderung eintreten zu lassen. Es würde zu unerträglichen Folgerungen führen, wenn in solchem Falle ein oder einige Mitglieder die Möglichkeit haben sollten, eine allgemeine Änderung durch ihren Widerspruch für alle Zeiten zu verhindern oder sich eine Sonderstellung zu verschaffen. Selbstverständlich dürfen solche Änderungen nur mit angemessener Frist eingeführt werden, innerhalb deren dem andern Teile der Rücktritt zusteht. Diesem Erfordernis ist aber hier genügt. — An diesen Grundsätzen ist auch dann entsprechend festzuhalten, wenn die Gemeinde die von ihr errichtete Anstalt (Fabrik) verpachtet hat; denn sie übt stets durch den mit dem Pächter geschlossenen Vertrag eine Kontrolle aus und ist damit imstande, die vorstehend erörterten Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen.“

IV. Vorverhandlungen (Traktate und Punktationen).

§ 154 bestimmt:

„Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.“

Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist.“

§ 154 Abs. 1 Satz 1 regelt den sogen. Traktat, Satz 2 die sogen. Punktation.

§ 154 Abs. 1 gilt nur „im Zweifel“. „Ist nach den Umständen des konkreten Falles anzunehmen, daß die Parteien den Vertrag auch ohne die vorbehaltene Vereinbarung über einen einzelnen Punkt als geschlossen haben ansehen wollen, so ist die dann verbleibende Lücke des Vertrages den gesetzlichen Bestimmungen gemäß auszufüllen“ (RG. 60 S. 178).

Aber die Bedeutung des § 154 Abs. 1 führt das RG. in der Rspr. der OLG. 4 S. 211 folgendes aus:

(Die Parteien hatten sich über die Wohnung, die dem Beklagten vom 1. April 1900 ab vermietet sein sollte, sowie über die Höhe des Mietzinses unbestritten geeinigt. Auf Grund dessen

verlangte der Kläger vorliegend als Vermieter Zahlung der Miete für zwei verfloßene Vierteljahre. Der Beklagte, der die Wohnung nicht bezogen hatte, wendete ein, daß der Vertrag nicht zustande gekommen sei, weil er bei der Vertragsverhandlung gewisse Verbesserungen in der Wohnung gefordert, der Kläger diese aber nicht ausgeführt habe, weil ferner schriftliche Abfassung des Vertrages bedungen sei, der Kläger aber seinem Versprechen entgegen einen schriftlichen Vertrag nicht aufgesetzt habe. Der Kläger bestritt das alles und führte rechtlich aus, der Vertrag sei zufolge der Einigung über die beiden wesentlichen Vertragsvoraussetzungen, Mietgegenstand und Mietpreis, zum mindesten für ein Jahr fertig zu stande gekommen. Die anderen vom Beklagten vorgeschützten Punkte seien hierfür unwesentlich gewesen. Klage und Berufung wurden zurückgewiesen.)

„Das Zustandekommen des Vertrages hätte juristisch vorausgesetzt, daß die Parteien über alle wesentlichen Punkte des Geschäftswillens einig gewesen wären. Das liegt in der Natur der Sache und ist vom Gesetze ausdrücklich in § 154 BGB. so geregelt. Das Gesetz hat hier ausgesprochen, was es als wesentlichen Punkt, über den die Einigung erzielt sein muß, betrachtet wissen will. Es bezeichnet nämlich jeden Punkt als wesentlich, über den nach der Erklärung auch nur einer Partei die Vereinbarung stattfinden soll. Keineswegs gilt dem Gesetze also nur das als wesentlich, was den gesetzlichen Bestandteil des Geschäftes an sich bildet, oder das, was beide Teile als wesentlich hinstellen, sondern ebenso sehr auch das, was ein Teil als für ihn wesentlich erklärt. Auch hier soll also das Prinzip des Willensdogmas maßgebend sein, während es darauf ob es sich im gewissen Punkte um eine absolut oder nach der juristischen Natur des Geschäftes wesentliche Voraussetzung handelt, entscheidend nicht ankommt. Nur eins ist freilich vom Gesetze gefordert, daß die Partei, die einen gewissen Punkt als wesentlich behandelt wissen will, solches auch erklärt. Der Kläger geht also vorliegendenfalls fehl, wenn er meint, der Vertrag sei schon zustande gekommen, weil die Einigung über den Mietgegenstand und den Mietzins erzielt sei.

Was die Beweislast im Falle vorliegender Art betrifft, so regelt sie sich nach dem Sinne des Gesetzes dahin, daß derjenige, der das Zustandekommen des Vertrages behauptet, die Einigung über alle wesentlichen Punkte beweisen muß, der andere Teil dagegen, der behauptet, er habe gewisse Punkte als Vertragsgegenstand erklärt, über die eine Einigung nicht erzielt sei, seine Erklärung des behaupteten Inhaltes darzutun hat. Dieser Behauptung gegenüber steht alsdann dem ersten der Beweis frei, entweder daß die Einigung sich auch auf die von dem anderen bezeichneten Punkte erstreckt hat, oder anderenfalls, daß diese für jenen doch nicht wesentlich waren, sondern von ihm fallen gelassen worden sind. Denn das Gesetz sagt nur, daß „im Zweifel“ die in § 154 ausgesprochenen Grundsätze gelten sollen, läßt also den Gegenbeweis, daß der Vertrag im gewissen Falle trotz mangelnder Einigung über alle Punkte demnach zustande gekommen sei, offen, und naturgemäß muß sich dieser Beweis gerade darauf richten, daß die gewissen Punkte, über welche der Gegner eine Vereinbarung getroffen haben wollte, ihm als für seinen Willen, sich zu verpflichten, wesentlich doch nicht galten. Dieser Beweis kann sich nur auf die relativ und nicht auch auf die absolut wesentlichen Vertragsbestandteile richten.

Der Senat hält nun für bewiesen, daß der Beklagte die Eintigung auch über die Einrichtung der Gaseinrichtung, sowie über die Mietsdauer, wie endlich über die Beurkundung des Vertrages hat haben wollen, und daß er das bei den Vertragsverhandlungen selbst mit hinreichender Deutlichkeit erklärt hat. Dagegen muß der Beweis, der dem Kläger demgemäß oblag, jene Punkte seien für den Willen des Beklagten den Vertrag abzuschließen, nicht wesentlich gewesen, vermisst werden.“

Abf. 2 gilt nur dann, wenn die Beurkundung des beabsichtigten Vertrages vor der vollständigen Willenseinigung verabredet wurde, da andernfalls der Vertrag bereits geschlossen ist und die Parteien lediglich die Beurkundung als Beweismittel wünschen. Wenn Kaufleute nach Vertragsschluß die Übersendung des schriftlichen Vertrages vereinbaren, so ist nach der Auffassung des Handelsverkehrs die schriftliche Bestätigung des Abschlusses regelmäßig nicht als konstitutive Rechts-handlung, sondern lediglich als eine zu Beweis-zwecken vorgenommene Bekräftigung des Vertragsschlusses gewollt; § 154 Abf. 2 gilt daher nicht (so OLG. Hamburg in Rspr. der OLG. 33 S. 267).

V. Vorverträge.

Das BGB. regelt den Vorvertrag — abgesehen von § 610 BGB. — nicht. Bei dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ist jedoch die Gültigkeit desselben anzuerkennen und wird auch in der Praxis anerkannt. Voraussetzung der Gültigkeit ist aber eine hinreichende Bestimmung des Inhalts des Hauptvertrages, der im Zweifel nach § 315 BGB. ergänzt werden kann.

Erklärt z. B. der Erwerber eines Grundstücks einem Bauunternehmer, diesem den Bau eines Wohnhauses übertragen zu wollen, ohne sich mit diesem über den Bau und die Höhe der Vergütung geeinigt zu haben, so liegt ein Vorvertrag zu einem Werkvertrage nicht vor. Um zu unterstellen, daß die Höhe der Vergütung nach der Ablichkeit zu bemessen sei, müßte festgestellt werden, daß der Wille der Parteien darauf gerichtet war. Andererseits erscheint es nach der Verkehrssitte als ausgeschlossen, daß ein Bauherr einem Unternehmer die Ausführung eines mit erheblichen Aufwendungen verbundenen Neubaus ohne vorherige Preisvereinbarung überträgt. (OLG. Karlsruhe in Rspr. der OLG. 2 S. 178 ff.) Auch für Vorverträge gelten die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über Verträge, insbesondere auch § 154, demzufolge im Zweifel auch ein Vorvertrag nicht geschlossen ist, solange nicht die Parteien sich über alle Punkte des Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll:

„Diese Vorschrift bedingt bei der Natur des Vorvertrages, daß dieser den Inhalt des Hauptvertrages, zu dessen Abschluß er die

rechtliche Verpflichtung begründen soll, so in sich enthalten muß, daß ein richterliches Urteil darauf ergehen kann, sei es, daß der Inhalt sich direkt ergibt, sei es, daß die Kontrahenten erkennbar machen, daß sie den Inhalt wollen, den das Gesetz subsidiär beim Mangel von Vertragsabreden als Inhalt festsetzt“ (OLG. Karlsruhe in Rpr. der OLG. 2 S. 179).

Nach RG. 48 S. 135 ist aber ein dinglicher Vorvertrag zu einer „Einigung“ i. S. des § 873 BGB. rechtlich unmöglich, weil die Einigung abstrakter Natur und unmittelbar auf den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung gerichtet ist, ein solcher Vorvertrag aber die gleiche Richtung haben müßte, dann aber die Einigung selbst und eine nachträgliche Einigung nur eine Wiederholung der vorhergegangenen sei. Eine Verpflichtung zur künftigen Einigung hat nur obligatorische Natur und nicht die Bedeutung eines Vorvertrags.

Aber das Erfordernis der Wahrung der Form bei Vorverträgen zu formellen Hauptverträgen vgl. § 25 III.

Insbesondere bedarf ein obligatorischer Vertrag, welcher die Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung enthält, nicht der im § 873 Abs. 2 BGB. vorgeschriebenen Form — abgesehen von §§ 313 und 1017 BGB.; — sodaß also auch aus einem nur mündlichen Vertrag auf formgerechte Bestellung des in ihm versprochenen dinglichen Rechtes geklagt werden kann, z. B. auf Änderung des Schulgrundes einer Hypothek (RG. 50 S. 82).

Nach Breit in Gruchots Beiträgen Bd. 55 S. 25/6 können folgende 3 Gruppen von Vorverträgen unterschieden werden:

1. sogen. Offerierungsverträge, bei denen sich der eine Teil verpflichtet, dem andern Gelegenheit zum Abschluß eines bestimmten Vertrages zu geben, ohne daß der andere Teil zur Annahme der Offerte verpflichtet ist;

2. sogen. Akzeptierungsverträge, bei denen sich jemand verpflichtet, alle etwaigen Vertragsangebote des Gegners zu akzeptieren, ohne daß der andere Teil zu solchen Offerten verpflichtet ist. Breit zitiert hierzu als Beispiel einen vom Reichsgericht entschiedenen Fall, in welchem sich jemand verpflichtet hatte, Zigarren zu gegebenen Qualitäten und Preisen bis zum Preise von 400 000 M. und mehr zu sukzessiven Abrufen zu liefern, ohne daß der Käufer zur Abnahme verpflichtet war;

3. sogen. Kontrahierungsverträge (eigentliche *pacta de contrahendo*), bei denen die eine Partei zur Offerte, die andere zur Annahme derselben verpflichtet wird, wozu insbesondere auch die Bierlieferungsverträge zwischen Gastwirt und Brauerei gehören, sofern man sie nicht — wie das Reichsgericht annimmt — als einheitliche Verträge mit bestimmbarem Leistungsinhalt auffaßt.

Unter „Vorverträgen“ im eigentlichen Sinne versteht man im allgemeinen nur die zu 3 bezeichneten Kontrahierungsverträge im Breitschen Sinne.

VI. Der Vertragsantrag und seine Annahme (§§ 145 bis 153).

a) Voraussetzungen der bindenden Kraft des Antrags.

Der Antrag ist grundsätzlich bindend für den Antragsteller, wenn er nicht etwa durch eine Klausel — z. B. „freibleibend“¹⁾ — seine Bindung ausgeschlossen hat. Der Antrag muß klar und deutlich und mindestens bestimmbar sein und zum Ausdruck bringen, daß der Antragende mit einem andern einen Vertrag schließen will. Daher liegt in dem Zusenden von Preislisten, in dem Auslegen von Waren in Geschäften noch kein bindender Antrag. Den Antraggegner braucht der Antragsteller nicht zu kennen, was z. B. bei den Barangeboten des täglichen Lebens der Fall ist. Ein Antrag an das Publikum kann nur ausnahmsweise bindende Kraft haben. Dies ist — abgesehen von der Auslobung — beim Aufstellen von Automaten der Fall, auch beim Aufstellen von Brotkörben, Salz, Pfeffer, Zahntöchern usw. in einem Gasthaus oder beim Auslegen von Prospekten in Ausstellungen. Die Verkehrs-sitte entscheidet, in welchem Umfang und mit welchem Inhalt der Antrag gestellt ist.

So enthält z. B. das Übersenden von Büchern zur Ansicht nach der Verkehrsanschauung den Verkehrsantrag des Buchhändlers zum Kaufabschluß für den Ladenpreis des Buches. Vgl. hierzu OLG. Dresden in Rpr. der OLG. 8 S. 29/30:

„Die Übersendung von Büchern zur Ansicht enthält nach der Anschauung des Verkehrs einen Vertragsantrag des Buchhändlers. Soweit der Empfänger den Antrag nicht ausdrücklich annimmt oder ablehnt, ist für jeden einzelnen Fall nach dessen besonderen Umständen zu entscheiden, ob die Annahme etwa als stillschweigend erklärt zu gelten habe. Im Streitfalle hat sich der Beklagte durch die Vollziehung der Postkarte dahin gebunden, daß der vom Kläger durch Übersendung von Büchern zu machende Vertragsantrag stillschweigend angenommen ist, soweit die Bücher nicht „gleich“ nach der 10 tägigen Ansichtsfrist zurückgeschickt werden. Die „Offerte“ des Klägers stellte sich nicht als ein Vertragsantrag dar, sondern hatte nur die Bedeutung einer Anfrage, ob dem Beklagten die Abermittlung der bezeichneten Bücher zur Ansicht genehm sei . . . Welchen Sinn der Kläger für seine Person der Klausel über die Rücksendung beigelegt hat, darf dahingestellt bleiben. Durch die Vollziehung mit seinem Namen hat der Beklagte die gedruckte Erklärung zu seiner eigenen gemacht, und es ist deshalb unter Berücksichtigung der §§ 133, 157 BGB. lediglich fest-

¹⁾ Ein „freibleibendes Angebot“ bedeutet im Geschäftsverkehr, daß der Vertrag erst dann zustande kommen soll, wenn der Antragende nach Eingang der Annahmeerklärung, die dann ihrerseits einen Antrag i. S. des § 145 BGB. darstellt, nicht widerruft, d. h. den Antrag ablehnt. (RG. in Rpr. der OLG. 35 S. 307 Anm. 1).

zustellen, welche Willensmeinung der Beklagte von seinem Standpunkte aus mit der Erklärung verbunden haben muß. Der Beklagte ist Maurermeister und wird durch sein Gewerbe regelmäßig von seiner Wohnung und mitunter wohl auch von seinem Wohnorte ferngehalten. An Werktagen hat er voraussichtlich überhaupt wenig Zeit, um sich mit der Durchsicht einer größeren Anzahl von Büchern zu befassen. Wenn er eine Büchersendung auf zehn Tage zur Ansicht erhielt, so durfte er deshalb unbedenklich davon ausgehen, daß er zehn Tage unverkürzt in der Lage bleiben soll, die ihm zugegangenen Bücher bei passender Gelegenheit durchzusehen. Eine reifliche Überlegung vor der endgültigen Entschliebung war für ihn geboten, da sich unter den Büchern kostspielige und noch nicht vollendete Lieferungswerke befanden. Zutreffend hat daher das Landgericht festgestellt, daß das Wort „gleich“ nicht „innerhalb der Ansichtsfrist, sondern binnen einer angemessenen Zeit nach Ablauf jener Frist bedeute und daß der Beklagte, indem er die Rücksendung erst am 14. Tage nach dem Empfange der Bücher bewirkte, jene der Ansichtsfrist zugumessende Zeit nicht überschritten habe. Der Kläger behauptet selbst nicht, daß seine Interessen durch den späteren Rückempfang verletzt oder doch gefährdet worden seien, etwas derartiges hatte auch der Beklagte bei dem nicht unbedeutendem Umfange des klägerischen Geschäftsbetriebes keineswegs vorauszusetzen.“

Ein Antrag kann auch unter einer stillschweigenden Bedingung erfolgen. Dies muß für die Anträge bei Käufen des täglichen Lebens, insbesondere auf Märkten gelten, wo Bedingung der Bindung die bare Zahlung durch den Antragsgegner ist. Auch bei Losofferten ist grundsätzlich davon auszugehen, daß das Angebot hinfällig sein soll, wenn das Los mit einem Gewinn gezogen wird, bevor das Angebot angenommen wurde. Doch ist aber hier stets zu prüfen, ob das einzelne Anerbieten nicht einen anders gestalteten Willen des Anbietenden erkennen läßt (RG. 50 S. 193). Letzteres ist z. B. dann der Fall, wenn das Los während einer Ziehung angeboten wurde, da damit zum Ausdruck gebracht wird, daß der Beginn der Ziehung und deren Ergebnis kein Hindernis für die Annahme sein soll, es sei denn, daß ein ausdrücklicher Vorbehalt für den Fall der Ziehung des Loses gemacht wurde (RG. 59 S. 298). Wenn dagegen eine Losofferte den Zusatz hat „Nur bezahlte Lose haben Anspruch auf Gewinn“, so kommt der Kaufvertrag erst durch Bezahlung des Loses zustande und zwar auch dann, wenn in einem zweiten Schreiben gesagt wird, daß der Betrag event. mit Nachnahme erhoben würde, da dies keine Stundung der Zahlung bis zur Zustellung der angekündigten Nachnahmekarte, sondern lediglich die Ankiündigung einer letzten Erneuerung des ursprünglichen Vertragsangebotes ist (Rspr. der OLG. 28 S. 220, vom RG. bestätigt in LZ. 14 S. 71).

Der Antrag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und bedarf dann der Form, wenn der Vertrag selbst der Form bedarf. Infolgedessen ist er erst beim Zugehen der Willenserklärung wirksam. Vgl. über das Wirksamwerden § 26.

b) Erlöschen des Antrags.

Nach § 146 erlischt der Antrag bei Ablehnung gegenüber dem Antragenden oder bei nicht rechtzeitiger Annahme nach Maßgabe der §§ 147—149. Auch die Ablehnung ist ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Bloßes Schweigen auf einen Antrag hin kann Annahme oder Ablehnung sein. Im allgemeinen wird davon auszugehen sein, daß Schweigen Ablehnung ist. Vgl. jedoch § 151 (VI c.).

Insbepondere kann der Antragende nicht bestimmen, daß das Nichtantworten binnen bestimmter Frist als Annahme seiner Offerte angesehen werde, was besonders bei gleichzeitiger Zusendung von unbestellten Waren von Bedeutung ist. In dieser Zusendung liegt die Offerte zum Abschluß eines Kaufvertrages und zugleich eine solche zur dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang. Der Empfänger der Ware darf dieselbe aber nicht auf die Straße werfen (so Josef in D. J. Z. 1901 S. 383), haftet aber auch nicht, wenn er es tut, nach §§ 823, 826 (so Staudinger § 146 Ziff. 4), sondern es gelten — was Staudinger übersieht, — die §§ 989 ff. über das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer, welche die Verletzung des Eigentumsanspruchs ausschließlich regeln (vgl. § 992 u. RG. 56 S. 316). Hiernach haftet der Empfänger unbestellt zugesandter Waren nach §§ 990, 989 BGB., da man sagen kann, daß er als Besitzer der Ware beim Besitzerwerb nicht in gutem Glauben ist, wenn er die Ware nicht behalten will, denn er muß wissen, daß sie der Offerent wieder abholen lassen wird. Er haftet also nur für den Schaden, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens — dem das seiner Erfüllungsgehilfen gleich stehen dürfte — die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde nicht herausgegeben werden kann. Eine Rücksendungspflicht besteht nicht; wohl aber dann, wenn der Empfänger um eine Sendung zur Ansicht selbst gebeten hatte, in welchem Falle auch ein Leihvertrag zustande kommt, demzufolge die Haftung des Entleihers aus § 276 BGB. besteht.

c) Rechtzeitige und verspätete Annahme.

Rechtzeitig ist die Annahme

1. bei dem einem Anwesenden gemachten Antrag nur dann, wenn sie sofort erfolgt, was auch bei einem Antrage mittels Fernsprechers von Person zu Person gilt (§ 147 Abs. 1).

„Von Person zu Person“ ist der Antrag auch dann gemacht, wenn er durch Stellvertreter i. S. des § 164 — nicht also durch Boten — erfolgte. (Vgl. Frankenberger, die rechtliche Bedeutung der Telefongespräche in D. J. Z. 1904 S. 844—848). Ist ein Antrag schriftlich abgefaßt und wird er dem Antragsempfänger

übergeben, so gilt er einem Abwesenden gemacht, weshalb er nicht sofort angenommen zu werden braucht (RG. 83 S. 106/7).

Nicht jeder, der ein Telephon bedient, ist zur Annahme eines telephonisch übermittelten Angebots befugt. Das OLG. Braunschweig führt in der Rspr. der OLG. 35 S. 309/310 hierüber folgendes aus:

„Die Beklagte ließ am 4. August 1914 dem Kläger durch Fernsprecher vorschlagen, daß künftig alle Weinkleferungen des Klägers bar bezahlt werden sollten, wogegen er ihr alle rückständigen Weinschulden für die Dauer der Kriegsverhältnisse stunden müßte. Diesen Fernspruch hat ein Lehrling des Klägers entgegengenommen und zustimmend beantwortet. Soll durch Fernsprecher einem Kaufmann eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung mitgeteilt werden, so geht sie ihm in dem Augenblick zu, wo derjenige von der Erklärung Kenntnis erhält, den der Kaufmann zur Bedienung des Fernsprechers bestellt hatte. Dagegen ist weder nach dem Gesetz noch nach Handelsgebrauch der Satz zu begründen, daß der mit der Bedienung des Fernsprechers Beauftragte infolgedessen bevollmächtigt sei, rechtsgeschäftliche Willenserklärungen für den Kaufmann abzugeben oder Angebote in seinem Namen anzunehmen. Allerdings ist auch das vereinzelt behauptet (Hamburg: JDR. 1914 S. 486), allein mit der herrschenden Meinung abzulehnen (RG. 61 S. 126, Hamburg Seuff. 59 S. 109, Staub R. 13, Düringer R. 6, Brand Nr. 2d zu § 54 HGB.). Hier ist deshalb ganz gleichgültig, was der Lehrling auf den Fernspruch geantwortet hat. Denn da er keine Vollmacht im Abschluß von Rechtsgeschäften hatte, würde seine Zustimmung oder seine Annahme des Angebots nur für den Kläger wirkungslose Erklärung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht gewesen sein. Nach der Aussage des Zeugen hat der Lehrling die Erklärung der Beklagten dem Kläger nur teilweise mitgeteilt, nämlich nur insoweit, als Beklagter versprochen hatte, künftig alles bar zu bezahlen. So vollkommen unwahrscheinlich ist das nicht; denn die Kriegsverhältnisse drängten ohne weiteres von vornherein zur Barbezahlung im Geschäftsverkehr. Jedenfalls war es keineswegs selbstverständlich, daß der Kläger, wenn er nur den angegebenen Teil des Fernspruchs erfuhr, auf den Gedanken verfallen mußte, die Beklagte habe das Versprechen nur gegen die Gegenleistung der Stundung der alten Schuld abgegeben wollen . . .“

Im übrigen gelten bei einem Gespräch mittels Fernsprechers von Person zu Person die gleichen Regeln wie für Gespräche unter Anwesenden. Das RG. führt in Band 90 S. 167/8 hierüber aus:

„. . . Hat nun bei einem solchen Gespräche, bei dem das Gesprochene als dem Gegner sofort zugegangen zu erachten ist, der eine Teil zu der von dem anderen Teile ausdrücklich abgegebenen Erklärung sich in einem zustimmenden Sinne geäußert, weil er die Erklärung des anderen Teiles falsch verstanden hatte, so mögen zwar Zweifel darüber bestehen können, ob ein Vertrag zustande gekommen ist und derjenige, demgegenüber die Erklärung unzweideutig abgegeben war, seine nur infolge des falschen Verstehens dem Vertragsabschlusse zustimmende Erklärung wegen Irrtums (§ 119 BGB.) anfechten kann; oder ob bei dem Auseinanderfallen der beiderseitigen Erklärungen mangels Willenseinigung ein Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen ist. Über keinesfalls kann derjenige, der seine Erklärung infolge seines falschen

Verstehens irrtümlich abgegeben hat, nur dasjenige, was er irrtümlich als vom Gegner erklärt angenommen hatte, als wirklich erklärt und als Vertragsinhalt seinen Ansprüchen zugrunde legen.“

2. bei dem einem Abwesenden gemachten Antrag, wenn die Annahme bis zu dem Zeitpunkt erfolgt, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (§ 147 Abs. 2). Hierüber führt das RG. 59 S. 300 aus:

„Die regelmäßigen Umstände sind, daß der Empfänger in seiner dauernden Wohnung angetroffen wird, oder daß doch in der Wohnung eine Person anwesend ist, an die die Sendung nach § 39 der Postordnung bestellt werden kann. Eine, wenn auch nur vorübergehende, Veränderung des Aufenthaltsortes des Empfängers liegt außerhalb der Grenze der regelmäßigen Umstände. Der Antragende braucht damit, als mit etwas anomalem, nicht zu rechnen; er darf den Eingang der Antwort ohne Rücksicht auf derartige besondere Umstände, die eine Verzögerung herbeiführen, erwarten. Hierbei ist nicht zu übersehen, daß der Beklagte Oberlehrer ist, und daß die Offerte in die Schulferten fiel. Daß zu gewissen Zeiten und bei gewissen Personen die regelmäßigen Umstände häufiger und leichter durchbrochen werden, als zu anderen Zeiten und bei anderen Personen, macht die Ausnahme noch nicht zur Regel.“

Bei telegraphischen Offerten ist eine telegraphische Annahme die Regel, jedenfalls im kaufmännischen Verkehr (RG. im Recht 1905 S. 616).

Bei einer Fristbestimmung für die Annahmeerklärung muß letztere innerhalb der Frist erfolgen (§ 148). Bei Kaufleuten ist die Setzung einer Frist für die Annahmeerklärung im Zweifel dahin auszulegen, daß dieselbe den Zeitpunkt betrifft, bis zu welchem die Annahmeerklärung bei dem Anbietenden eintreffen muß (RG. 53 S. 61). Bei arglistigem oder schuldhaftem Verhindern des Eintreffens der Annahmeerklärung gilt letztere als rechtzeitig zugegangen (RG. 58 S. 408/9). Vgl. § 26 II.

Wenn sich ein Vertragsteil auf die Offerte des andern eine Bedenkfrist ausbittet, so fragt es sich, ob sie lediglich dem Zwecke dienen soll, zu überlegen, ob man die Offerte annehmen soll oder nicht. Voraussetzung hierbei ist, daß über alle Punkte, die nach der bei den bisherigen Verhandlungen hervorgetretenen Meinung der Parteien geregelt werden sollten, Übereinstimmung erzielt war (§ 154 I). Andererseits kann aber eine Überlegungsfrist auch deshalb erbeten sein, weil eine Einigung über alle Punkte noch nicht erreicht war und es für ratsam gehalten wurde, die offen gebliebenen Punkte und damit den ganzen Vertragsschluß erst später endgültig zu regeln. (OLG. Rostock in Rspr. der OLG. 32 S. 351.) Nur im ersten Falle kommt durch bloße Annahmeerklärung nach Ablauf der Bedenkzeit ein Vertrag zustande:

„Es ist möglich, daß die Bedenkfrist lediglich dem Zwecke dienen sollte, zu überlegen, ob den Vertragsbedingungen, über die man eine Einigung erzielt hatte und die man für ausreichend hielt, durch einfache Zustimmung bindende

Kraft erteilt werden sollte. Ebensovohl ist aber möglich, daß man noch eine Überlegungsfrist setzte, weil über alle Punkte, über die eine Einigung erzielt werden sollte, eine solche noch nicht erreicht war und man es für ratsam hielt, die offen gebliebenen Punkte und damit den ganzen Vertragsschluß erst später endgültig zu regeln. Das erstere läßt sich nur annehmen, wenn über alle Punkte, die nach der bei den bisherigen Verhandlungen hervorgetretenen Meinung der Parteien geregelt werden sollten, Übereinstimmung erreicht war (§ 154 I). Ergibt sich, daß über einzelne solcher Punkte eine Verständigung noch fehlte, so kann, auch wenn nur ein Teil eine Bedenkfrist erbeten hatte, nicht davon ausgegangen werden, daß das bisherige Besprochene ein Angebot des anderen Teils bildete, die durch bloße Annahmeerklärung zum Vertragsschluß führte. Gleichfalls eine Bedenkzeit zu erbitten, hat dann der andere Teil keine Veranlassung; er kann abwarten, bis der Mitkontrahent, der dazu eine Bedenkzeit erbittet, sich ihm mit festen Anträgen nähert" (OLG. Rostock in Rspr. der OLG. 32 S. 351).

Über die verspätete Annahmeerklärung vgl. § 149. Grundsätzlich gilt sie als neuer Antrag (§ 150), was auch bei Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt, wobei der erste Antrag abgelehnt ist. Keine Ablehnung ist die bloße Bitte um Fristgewährung zur Erklärung auf den Antrag. Die telegraphische Erklärung „Einverstanden, Brief folgt nach“ auf ein telegraphisches, wesentliche Vertragsbedingungen enthaltendes Anerbieten schließt nach OLG. Kolmar in Rspr. der OLG. 13 S. 326 nicht aus, daß der Antwortende das endgültige Zustandekommen des Vertrages von dem Inhalte seines angekündigten Briefes abhängig machen will. Der Inhalt des Briefes ergibt in diesem Falle, ob die Annahme erfolgt ist oder nicht. Meist wird — wie Düringer-Hachenburg, HGB. II S. 148 richtig bemerkt — eine derartige Annahme den Versuch darstellen, eine Verlängerung der Überlegungsfrist zu erlangen, den Offerenten gebunden zu halten und dann mit neuen Vorschlägen zu kommen.

d) Ausnahmsweise Nichtempfangsbedürftigkeit der Annahmeerklärungen (§ 151).

In jedem Falle, auch dem des § 151, bedarf die Offerte der Annahme, jedoch bedarf es i. F. des § 151 ausnahmsweise nicht des Zugehens der Annahmeerklärung. Nach der Verkehrssitte ist z. B. bei telegraphischer Bestellung eines Zimmers im Gasthof, bei telegraphischem Auftrag zu Käufen oder Verkäufen an der Börse eine Annahmeerklärung des Offertenempfängers nicht üblich. Der Vertragsschluß kommt hier mit dem Erfüllungsakt zustande, in welchem die Annahme des Antrags zu erblicken ist, also in den genannten Fällen mit dem Reservieren eines Zimmers, dem Abschluß an der Börse. Auch bei der Zusendung von unbestellten Waren bedarf es keiner Annahmeerklärung. So kommt z. B. beim Zusenden eines Buches zur Ansicht der Vertrag durch Ausschneiden des Werkes,

Einschreiben des Namens in das Buch oder durch Verfügungen über dasselbe zustande (sogen. Realofferten).

Im Gegensatz zu § 151 steht die stillschweigende Annahme im Falle des § 362 BGB., in welchem Falle bloßes Stillschweigen als Annahme gilt, während im ersten Falle eine Handlung erforderlich ist, aus welcher die Annahme zu folgern ist.

e) Einfluß des Todes und der Geschäftsunfähigkeit.

1. Wenn der Antragsteller nach Stellung des Antrages, d. h. nach Abgabe desselben stirbt oder geschäftsunfähig wird, so wird grundsätzlich die Annahme des Antrags auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Antrag in diesem Augenblick noch nicht zugegangen war. Die Annahme muß dann gegenüber den Erben des Antragenden erfolgen (deren Ausschlagung der Erbschaft die Wirksamkeit der Annahme nach § 1959 Abs. 3 BGB. nicht hindert) bezw. dem gesetzlichen Vertreter nach § 131 Abs. 1 BGB. zugehen.

Dies ist dann anders, wenn ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist. Solches wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Offerte sich auf Gegenstände bezieht, die dem persönlichen Gebrauch des Antragstellers dienen sollen, z. B. bei Bestellung eines Anzuges. Hier will Kuhlenbeck in D. J. Z. 1905 S. 1142 ff. dem Vertragsgegner nach Beginn der Ausführung des Bestellers in analoger Anwendung der §§ 122, 179, 307 BGB. einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse geben. Mit Recht hat Klein in D. J. Z. 1906 S. 596 dieser Ansicht entgegengehalten, daß diese analoge Anwendung ausgeschlossen sei, weil das Prinzip, auf dem die Schadenersatzverpflichtung beruhe, in den §§ 122, 179, 307 keineswegs stets das Gleiche sei, denn in §§ 122 und 179 Abs. 2 handele es sich um Fälle reiner Haftung für das negative Interesse, während die Schadenersatzverpflichtung im § 307 auf einem Verschulden beruhe. Man wird daher in solchen Fällen dem Vertragsgegner keinen Ersatzanspruch gewähren können, obwohl dies durchaus der Billigkeit entsprechen würde.

2. Über den Tod und das Geschäftsunfähigwerden des Antragsempfängers bestimmt das Gesetz nichts.

Wenn derselbe vor dem Zugehen des Antrags stirbt, kann letzterer nicht wirksam werden, da er zweifellos den Erben des Antragsempfängers nicht zugegangen ist und nicht zugehen sollte, es sei denn, daß es sich um eine Geschäftsfirma handelte. Wird jedoch der Antragsempfänger vor dem Zugehen geschäftsunfähig, so kann die Offerte nach dem Gedanken des § 131 mit dem Zugehen an den gesetzlichen Vertreter wirksam werden.

Wenn der Antragsempfänger nach Zugang des Antrags, aber vor dessen Annahme stirbt, so hängt es von den Umständen ab, ob

die Erben des Antragsempfängers die Annahme erklären können. Gleiches gilt für den Fall des Geschäftsunfähigwerdens nach Abgabe der Annahmeerklärung (§ 130 Abs. 2).

Nach Ansicht des RG. in der Rspr. der OLG. 4 S. 416/7 wird ein vom Vormund geschlossener Alimentervergleich nicht dadurch rechtswirksam, daß der Erbe des vor der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht verstorbenen Mündels den Vergleich genehmigt:

„Die Eigenschaft der Klägerin [der unehelichen Mutter] als Alleinerbin des Kindes kann nach §§ 1925 Abs. 1 und 2, 1705 BGB. nicht in Zweifel gezogen werden. Der Anspruch aus dem Vergleiche ist aber unbegründet. Es kann zu Gunsten der Klägerin angenommen werden, daß die Abrede in § 3 des Vergleiches [der Vergleich soll nur unter der Bedingung gelten, daß der Vormundschaftsrichter denselben genehmigt und soll die Genehmigung eingeholt werden] nicht eine rechtsgeschäftliche, gewillkürte, sondern eine sogen. Rechtsbedingung war, und daß der Inhalt des Vertrages nicht zu der Schlußfolgerung zwingt, daß die Beteiligten bei Setzung der Rechtsbedingung ein Mehreres beabsichtigt haben, als das Gesetz an sich ergibt. (Vgl. Begründung zum ersten Entwurf des BGB. § 140 I S. 268.) Es ist auch weiter zuzugeben, daß den Erben eines Mündels an sich das Recht zusteht, Verträge, welche der Vormund bei Lebzeiten des Mündels über Vermögensrechte abgeschlossen hat, und welchen das Vormundschaftsgericht wegen des inzwischen erfolgten Todes des Mündels die erforderliche Genehmigung nicht mehr hat erteilen können, durch ihre eigene Genehmigung zum rechtswirksamen Abschluß (Perfektion) zu bringen. Wesentliche Voraussetzung dieses Rechtes ist aber, daß der Vertragsgegner des Mündels den Vertrag nicht nur mit diesem, sondern unter Umständen auch mit dessen Erben abschließen will, und daß, wie *R e h b e i n* im Komm. zum BGB. S. 214 ausführt, sich aus den Umständen nicht ergibt, daß der Antrag den Erben nicht gemacht sein würde, weil es bei dem Vertrage auf die Person des Erblassers ankam. (Vgl. § 153 BGB.) Diese wesentliche Voraussetzung fehlt hier. Der Beklagte erklärte sich in dem zwei Monate nach der Geburt des Kindes geschlossenen Vergleiche bereit, dem Kinde zur Abfindung für dessen Unterhaltsansprüche und zur Beseitigung der von der Klägerin erhobenen Ansprüche eine einmalige Zahlung von 900 M. zu leisten. Der Beklagte kann nicht beabsichtigt haben, die Vergleichssumme auch der Erbin des Kindes anzubieten, falls dieses noch vor Genehmigung des Vergleiches verstarb. Freilich trägt der Abschluß solchen Vergleiches für beide Vertragsteile stets ein gewisses Risiko in sich, wie denn Beklagter die Vergleichssumme sicherlich auch zu zahlen hatte, wenn das Kind unmittelbar nach Mitteilung der gerichtlichen Genehmigung verstorben wäre. Nun sollte aber die Vergleichssumme ihrer Bestimmung nach zur Bestreitung des Unterhaltes für das Kind dienen, dies und die konkreten Umstände des Falles sprechen gegen eine Absicht des Beklagten, die Abfindung in dem hier eingetretenen Falle auch der Erbin des Kindes anzubieten. Wollte aber der Beklagte den Vertrag nicht mit der Erbin des Kindes schließen, so könnte die Klägerin ihn nicht durch die nachträgliche Annahmeerklärung zum Abschluß bringen. Denn an sie war der Vergleichs-Antrag nicht gerichtet und die Rechte, welche das Kind aus dem ihm gemachten Antrage hatte, fielen als persönliche und unvererbliche mit dem Tode des Kindes von selbst fort. Daß der Vormund die Vergleichsofferte bereits angenommen hatte, ist unerheblich, weil seine

Annahme mangels Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht nach § 1714 BGB. unverbindlich war und das Kind dadurch noch nicht ein vererbliches Recht erlangte.“

f) Allgemeine Geschäftsbestimmungen.

Über die Rechtsnatur der sogen. allgemeinen Geschäftsbedingungen, richtiger Geschäftsbestimmungen, welche größere Verkehrsunternehmen bekannt zu machen pflegen, führt das RG. 58 S. 155 aus:

„Solche allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie sie im Bankverkehr, dann aber auch in anderen Branchen, insbesondere in der Transport- und Versicherungsbrauche, handelsüblich geworden sind, stellen im Interesse einer Erleichterung des Geschäftsverkehrs im Voraus und in typischer Weise die Bedingungen fest, unter welchen der Bankier, Spediteur, Versicherungsunternehmer gewisse Geschäfte zu kontrahieren gesonnen ist. Sie werden . . . in gedruckten Formularen an die Kunden gegeben und bilden, wenn demnächst ein Geschäftsabluß erzielt wird, mit ihren Einzelbestimmungen die *lex contractus*. Sie sind alsdann für den Vertragsteil bindend, welcher sie ausgestellt hat; sie sind aber auch für den Kunden bindend, von welchem nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr erwartet werden muß, daß er die ihm gemachten generellen wie speziellen Vertragspropositionen geprüft habe.

Vgl. Entsch. des RG's. in Zivilf. Bd. 13 S. 77.

Hierin erschöpft sich aber ihre rechtliche Bedeutung. Keineswegs wird durch die Annahme und Billigung eines solchen, die Geschäftsbedingungen eines Bankiers enthaltenden Formulars ein selbständiger Vertrag geschlossen. Vielmehr sind jene Bedingungen lediglich bestimmt und geeignet, Bestandteile der demnächst abzuschließenden Verträge zu werden.“

Und ferner RG. 66 S. 40:

„Der Umstand allein, daß die Klägerin, wie wohl jeder größere Kaufmann am Rhein, davon Kenntnis hat, daß die großen Transportunternehmungen ihren Frachtverträgen und Expeditionen in der Regel ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen pflegen, machte diese im vorliegenden Falle nicht zur *lex contractus*, weil ausnahmsweise hier der Vertrag ohne jede Bezugnahme auf solche Geschäftsbedingungen abgeschlossen wurde, diese auch früher der Klägerin nicht besonders mitgeteilt oder sonst bekannt gegeben waren. Die nach Abschluß des Frachtvertrages erfolgte Überfendung des Konnoffements konnte die für diese maßgebenden gesetzlichen Bedingungen nicht mehr ändern.“

Es genügt bei Abschluß eines Vertrages, daß der eine Kontrahent auf vorher dem andern übersandte Formulare darauf hingewiesen hatte, daß sämtliche Verträge auf Grund gewisser Allgemeiner Bedingungen abgeschlossen werden (RG. in der Rspr. der OLG. 14 S. 373).

Andererseits hat das RG. in folgendem Falle eine stillschweigende Unterwerfung unter die „Allgemeinen Vertragsbedingungen“ eines Betriebsunternehmens mit folgenden Gründen verneint:

„Die beklagte Gesellschaft befördert gewerbsmäßig Reisegepäck von und nach den Bahnhöfen und sie unterhält auf jedem Bahnhof zu B. eine Annahmestelle. In ihren gedruckten „Beförderungsbestimmungen“ sind besondere Bedingungen enthalten, unter welchen sie sich dem Publikum gegenüber bereit erklärt, diesen Reisegepäckverkehr auszuführen. An den Annahmestellen befinden sich Plakate, die auf starke Pappe aufgezogen, dort aufgehängt und bestimmt sind, das Publikum über jene Bedingungen des Gepäckverkehrs zu unterrichten. Bei der Auslieferung eines Gepäckstückes erhält der Reisende von dem Angestellten, der es annimmt, eine Quittung, die durch Ausfüllung eines Formulars ausgestellt wird; der Rückseite ist der hier fragliche Teil der Bedingungen aufgedruckt; auf der Vorderseite ist durch ein „Bitte wenden“ auf den Ausdruck der Rückseite verwiesen. Der Kläger hat der Beklagten auf dem A.-Bahnhof einen Reisekoffer mit dem Auftrag übergeben, ihn in seine Wohnung zu befördern. Er hat die formularmäßige Quittung erhalten. Da der Koffer verloren gegangen ist, verlangt er Ersatz des Schadens von 570 M., während sich die Beklagte nach ihren Beförderungsbestimmungen nur zum Erfasse von 100 M. für verpflichtet hält. Daß der Kläger an diese Bestimmung gebunden wäre, wenn sie ihm bei Abschluß des Vertrages bekannt gegeben wären oder wenn ihm wenigstens Gelegenheit geboten worden wäre, sich vor der Auftragserteilung mit ihnen bekannt zu machen, kann keinem Zweifel unterliegen. Das setzte voraus, daß er vor der Erklärung seines Vertragswillens von ihnen Kenntnis erhielt. Die Quittung aber bekam er fröhlestens Zug um Zug mit dem Gepäckchein, dessen Übergabe die Erklärung seines Vertragswillens enthielt. In dem Augenblicke, in welchem der Kläger fröhlestens den Inhalt der Quittung erfahren konnte, war der Vertrag bereits geschlossen und da im Zweifel das Gesetz den ausgesprochenen Parteiwillen ergänzt, war der Anspruch des Klägers auf Ausführung der Beförderung und event. vollen Schadenersatz begründet.

Wäre aber auch der Kläger bei normaler Abwicklung des Geschäftes in der Lage und nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Quittung zu lesen, während sich der Abschluß des Geschäftes noch in der Schwebe befand, so würde ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden können, daß er von dem Willen des Beklagten, nur beschränkt haften zu wollen, nicht zu einem Zeitpunkt Kenntnis erhielt, als er noch die Freiheit des Entschlusses hatte. Die Quittung sollte ihm in erster Linie als Ausweis dafür dienen, daß der Annehmende Gepäck und Fracht erhalten und die Adresse richtig aufgeschrieben habe; hierauf hatte er also in erster Linie sein Augenmerk zu richten. Daß die Beklagte die Quittung daneben benutzte, um dem Publikum von ihren, für dieses wichtigsten Vertragsbedingungen Kenntnis zu geben, war nicht zu vermuten, und brauchte trotz der Worte „Bitte wenden“ auf der Vorderseite dem Kläger bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht zu einem Zeitpunkt bekannt zu werden, in welchem er noch die Wahl hatte, ob er sich mit der Beklagten einlassen solle oder nicht.

Es könnte sich also nur fragen, ob durch das ausgehängte Plakat dem Kläger die Haftungsbeschränkung bekannt geworden ist oder hätte bekannt sein müssen. Eine gehörig erfolgte öffentliche Bekanntmachung ihrer Vertragsbedingungen würde allerdings der Beklagten gestatten, sich dem Kläger gegenüber darauf zu berufen. Es gibt geschäftliche Unternehmungen, und zwar sowohl öffentliche wie private, bei welchen es üblich ist, die besonderen dem Zwecke und der Betriebsweise angepaßten, von den gesetzlichen meistens abweichenden Bedingungen des Vertragsschlusses öffentlich bekannt zu machen.

Ist dies gehörig erfolgt, würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte sich derjenige, der auf Grund des öffentlichen Angebots der Vertragsleistungen diese beanspruchte, auf die Unkenntnis der bekannt gemachten Bedingungen berufen. Es darf angenommen werden, daß jeder, der am Verkehrsleben teilnimmt, die darin herrschenden Gewohnheiten und Gebräuche kennt und berücksichtigt (RG.-Bl. 1894 S. 70; Staub § 346 Anm. 15; Düringer-Hachenburg 2 S. 218). Das Unternehmen der Beklagten ist unbedenklich denen zuzuzählen, bei welchen der Verkehr damit rechnen muß, daß sie ihre Leistungen nicht ohne besondere Vertragsbestimmungen anbieten. Die Art und der Umfang des Betriebes schließen eine Individualisierung des Vertragsinhalts aus, während sie andererseits ein den Verhältnissen des Betriebes angepaßtes besonderes Vertragsrecht unentbehrlich machen. Solche besonderen Bedingungen sind gleichmäßig im Interesse des Publikums, der prompten Abwicklung des Verkehrs, wie auch der Rentabilität des Betriebes notwendig.

Die Bekanntmachung der Bestimmungen ist aber vorliegend nicht gehörig erfolgt. Die Anwendung jener Bestimmungen stellt eine Bevorzugung dar, die der Beklagten sowohl in der Art der Veröffentlichung wie in der Fassung des Inhalts besonders strenge Pflichten auferlegt. Das angeführte Urteil von 1894 hat eine Bekanntmachung durch einen jedermann sichtbaren Aushang in ihren Abnahmestellen für genügend erklärt; daran ist festzuhalten. Es muß aber auch tatsächlich der Aushang so angebracht sein, daß er unter Berücksichtigung eines Verkehrsandranges, wie er auf den Bahnhöfen die Regel bildet, jedermann in die Augen fällt. Nach der Beweisaufnahme bleibt zweifelhaft, ob dies für den fraglichen Tag zutrifft. Jedenfalls war die ausgehängte Bekanntmachung in dem hier in Betracht kommenden Teil nicht deutlich genug. Aus ihrer Fassung konnte der Kläger nicht mit Sicherheit entnehmen, daß die Beklagte nicht für den vollen Schaden haften wolle . . . Das Verlangen der Beklagten, daß die von ihr bekannt gemachten Bedingungen für jeden bindend sein müßten, der ihre Dienste in Anspruch nehme, kann nur insoweit anerkannt werden, als die Bekanntmachung für jedermann ohne weiteres verständlich ist. Dieses Erfordernis ist um so dringender zu stellen bei einem Geschäftsverkehr, wie er hier vorliegt. Die Reisenden haben bei der Eile und dem Andrang, unter dem sich gerade auf den B. er Bahnhöfen der Verkehr vollzieht, ein besonderes Interesse, mit klaren und jeden Zweifel ausschließenden Ausdrücken Kenntnis davon zu erhalten, welches die Bedingungen sind, denen sie sich unterwerfen sollen". (RR. in Rpr. der OLG. 14 S. 371 ff.).

VII. Die Versteigerung (§ 156).

a) Für die nach dem BGB., HGB. und der ZPO. vorzunehmenden Versteigerungen (§§ 383 ff., 1233 ff. BGB., §§ 373, 376 HGB., § 817 Abs. 1 ZPO.) bestimmt § 156, daß der Vertrag erst durch den im freien Willen des Versteigerers liegenden Zuschlag — der nicht empfangsbedürftig ist — zustande kommt, weshalb das Gebot des Bietenden grundsätzlich bindende Kraft hat, bis ein wirksames Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags geschlossen wird. Jedoch ist § 156 dispositiver Natur, sodaß sich insbesondere der Versteigerer durch sein Ausgebot binden kann.

Zustande kommt durch den Zuschlag der Versteigerungsvertrag. Das ist regelmäßig ein Kaufvertrag. Das Eigentum geht jedoch erst durch Einigung und Übergabe der versteigerten Sache auf den Ersteher über. (Eine Ausnahme gilt nur für den Zuschlag in der Zwangsversteigerung, § 72 ZwVG.).

b) Nach Ansicht des Reichsgerichts ist der Versteigerer stets Stellvertreter des Auftraggebers. Dies mag für die freiwilligen Versteigerungen des Gerichtsvollziehers richtig sein, — bei solchen nach der ZPO. handelt er als Beamter in Ausübung der öffentlichen Gewalt — nicht kann dies aber bezüglich der gewerbsmäßigen Auktionatoren für richtig erachtet werden, die vielmehr mit dem Kammergericht als Kommissionäre anzusehen sind, da sie die Versteigerungen zwar für Rechnung des Auftraggebers, im übrigen aber nach außen hin im eigenen Namen vornehmen. Das Reichsgericht leitet seine Ansicht — die übrigens auch in den Kreisen der großen Auktionatoren nicht geteilt wird — aus den Vorschriften des preuß. Ministers für Handel und Gewerbe vom 10. Juli 1902 (M.-Bl. der Handels- und Gewerbeverwaltung S. 279) ab und führt folgendes aus:

„In den Vorschriften (d. h. der [gen. Ministerial-Verordnung] ist im Abschnitt „Allgemeine Bestimmungen“ unter Nr. 2 Abs. 2 auf § 35 Abs. 3 Gew.-D. hingewiesen, wonach die öffentlich angestellten Versteigerer auch zur Vornahme von Versteigerungen unbeweglicher Sachen berechtigt sind. Dazu ist angeführt: „Gemäß BGB. § 313 sind jedoch selbst nach erfolgtem Zuschlag weder der Auftraggeber noch der Ersteher an das Versteigerungsgeschäft gebunden, vielmehr bedarf es zu ihrer Bindung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.“ Daraus geht hervor, daß nach der Auffassung der Ministerialvorschrift Kontrahenten bei der Versteigerung der Auftraggeber und der Ersteher sind, nicht der Auktionator und der Ersteher. Unter I Nr. 4 findet sich das Verbot für die Versteigerer, eigene Sachen zu versteigern, unter I Nr. 12 das Verbot für die Versteigerer und die von ihnen zugezogenen Angestellten, für sich oder andere zu bieten oder zu kaufen. Die Bestimmung I Nr. 16 lautet: „Der Versteigerer darf die Kaufgelder nur mit ausdrücklicher Ermächtigung des Auftraggebers stunden. Er darf auf die Kaufgelder dem Auftraggeber keine Vorschüsse gewähren, die Kaufgeldforderung nicht durch Abtretung an sich bringen, auch keine Gewähr für den Eingang der Kaufgelder übernehmen und sich überhaupt nicht an den Geschäften beteiligen.“ Eine solche Vorschrift wäre nicht denkbar, wenn die Zentralbehörde vorausgesetzt hätte, der Auktionator schließe den Vertrag im eigenen Namen und sei derjenige, der das Kaufgeld zu fordern habe. In dem II. Abschnitt ist unter Nr. 28 eine Vorschrift enthalten, die ebenfalls nur auf dem Gedanken beruhen kann, daß durch den Zuschlag der Auftraggeber Inhaber der Kaufpreisforderung werde; sie lautet: „Der Versteigerer hat, soweit nicht der Auftraggeber ein anderes bestimmt, den Versteigerungserlös anzunehmen, aufzubewahren und binnen 8 Tagen . . . dem Auftraggeber auszuhändigen. Von dem Erlöse kann er den Betrag seiner Forderung zurückbehalten.“ Nicht ohne Bedeutung für die streitige Frage sind auch einige andere Bestimmungen, so die Vorschrift II Nr. 18 Abs. 3: „Der

Auftraggeber soll die Versteigerungsbedingungen und die Art der Bekanntmachungen bestimmen. Bleibt die Bestimmung dem Versteigerer überlassen, so hat er die Versteigerungsbedingungen nach seinem Ermessen festzusetzen . . .“, Abs. 4: „Ist der Auftraggeber nicht selbst Eigentümer der Sachen, so hat sich der Versteigerer glaubhaft machen zu lassen, in welcher Weise der Auftraggeber von dem Eigentümer das Verfügungsrecht erlangt hat“, II Nr. 25 „Der Auftraggeber kann sich den Zuschlag vorbehalten“. Nach I Nr. 10 ist über jeden Auftrag ein Sammelheft anzulegen und äußerlich mit dem Namen und und Wohnort des Auftraggebers . . . zu versehen; während der Versteigerung muß das Sammelheft zur Stelle sein. Bei der Versteigerung neuer Sachen (II B. Nr. 35) muß schon die Bekanntmachung der Versteigerung, sofern nicht die Ortspolizeibehörde eine Ausnahme gestattet, auch die Angabe des Eigentümers der Sachen und des Auftraggebers der Versteigerung enthalten; nach II B. Nr. 38 kann die Ortspolizeibehörde auch bei Versteigerung anderer Sachen dies anordnen.

Nach diesen Vorschriften ist die Annahme ausgeschlossen, daß in der Ministerialverordnung als selbstverständlich vorausgesetzt werden, der Auktionator nehme die Versteigerung im eigenen Namen vor“ (RG. bei Gruchot 56. Beilageheft, S. 1085/6).

Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Zunächst ist es doch für die rechtliche Beurteilung zwischen Auktionator und Auftraggeber gleichgültig, welcher Ansicht die Zentralverwaltungsbehörde hierüber ist. Auch sprechen die angezogenen Bestimmungen keineswegs für die vom Reichsgericht vertretene Ansicht. Natürlich kann der Auftraggeber dem Auktionator besondere Weisungen hinsichtlich der Versteigerung erteilen, also sich den Zuschlag vorbehalten. Was hat aber die Vorschrift über die Bekanntmachung der Versteigerungsbedingung, das Sammelheft, mit der Frage überhaupt zu tun? Allerdings bestimmt I 16 der Ministerialvorschrift, daß der Auktionator die Kaufgeldforderung „nicht an sich bringen und sich nicht an dem Geschäft beteiligen darf“. Diese Bestimmung steht aber der Rechtsansicht nicht im Wege, daß der Auktionator im Augenblick des Geldempfanges nach §§ 181, 930 BGB. das Eigentum am Auktionserlöse auf den Auftraggeber überträgt, weil er zur Auszahlung des Erlöses an den Auftraggeber verpflichtet ist. Es liegt also ein Fall des sogen. „antizipierenden Konstitutes“ vor. Dazu kommt, daß der Erstehende in einer Auktion meist nicht weiß, wer der Auftraggeber ist und auch nicht gewillt sein wird, gegebenen Falles in Verhandlungen mit dem vielleicht im Auslande wohnenden Auftraggeber zu treten. Die Stellvertretung erfordert auch, daß der Vertreter sich auch nach außen hin als solcher zu erkennen gibt. Dies ist aber bei den Auktionen auch dann nicht der Fall, wenn die Sammlung als solche eines bestimmten Erblassers bezeichnet ist, da nicht nur der Erbe oder Testamentsvollstrecker, sondern auch ein Vermächtnisnehmer oder ein Käufer den Auftrag zur Versteigerung erteilt haben kann. Man wird daher richtiger Weise den Auktionator als Kommissionär auffassen müssen.

c) Eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Erteilung des Zuschlags besteht nach § 91 ZwOB. für den Versteigerungsrichter, an sich auch für den Gerichtsvollzieher bei Versteigerungen nach der ZPO. So LDG. Posen in Rspr. der DLG. 26 S. 397:

„Der § 817 ZPO. verweist auf § 156 BGB., so daß das Gebot auch desjenigen, der Meistbietender bleibt, lediglich als ein Vertragsantrag anzusehen ist, der angenommen oder abgelehnt werden kann. Hieraus folgt aber nicht, daß der Gerichtsvollzieher nach seinem freiem Ermessen den Zuschlag erteilen oder versagen kann. Gold- und Silbersachen darf er nach § 820 nicht unter ihrem Gold- und Silberwert zuschlagen. Aus dem Gegensatz folgt, daß er andere Sachen zuschlagen muß, sofern der Gläubiger nichts anderes bestimmt hat. Es folgt dies namentlich aus der Geschäftsanweisung und zwar besonders aus § 6: „Die Erledigung der erteilten Aufträge darf nicht verzögert werden,“ aus § 50: „Der Gerichtsvollzieher hat die Zwangsvollstreckung ohne Verzug zu beginnen und durchzuführen.“ Nirgends gestattet Gesetz oder Geschäftsanweisung dem Gerichtsvollzieher eine selbständige Entscheidung darüber, ob der Zuschlag erteilt oder versagt werden soll, sofern es sich nicht um Gold- oder Silbersachen handelt. Auch das Reichsgericht verneint die Haftung des Gerichtsvollziehers, der die gepfändeten Sachen weit unter dem Schätzungswerte versteigert (J. W. 1907 S. 192).“

d) Für Submissionen und Subskriptionen gilt § 156 BGB. nicht.

a) Bei der Submission wird eine unbestimmte Mehrheit von Personen aufgefordert, Offerten bezüglich eines einzelnen, bestimmt bezeichneten Rechtsgeschäfts abzugeben und zwar sollen in der Regel die Offerten schriftlich abgegeben werden. Üblich ist sie z. B. bei den Eisenbahnverwaltungen, wenn altes unbrauchbares Material in Bausch und Bogen veräußert werden soll. Hier besteht überhaupt keine Verpflichtung zur Annahme einer der eingereichten Offerten, bezüglich deren dem Ausschreibenden auch das freie Wahlrecht zusteht. (Vgl. Näheres bei Düringer-Hachenburg, HGB. II S. 151—152.).

b) Auch für die sogen. Subskription, die besonders im Effektenverkehr üblich ist, gilt § 156 BGB. nicht. Auch sie ist grundsätzlich eine Offerte zum Abschluß des Kaufvertrages an eine unbestimmte Mehrheit von Personen. Jedoch besteht hier in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung die Bindung an die Offerte, wenn sie von der Zeichnungsstelle angenommen wird. Nur soweit eine bestimmte Gesamtsumme angegeben ist, besteht für den Subskribenten bei Überschreitung derselben durch die gesamten Zeichnungen das Recht der verhältnismäßigen Reduktion. (Vgl. Näheres bei Düringer-Hachenburg, HGB., II S. 152/3).

VIII. Die Auslegung von Verträgen (§ 157).

In Ergänzung des § 133 bestimmt § 157 für alle Verträge — nicht nur die des Schuldrechts —

„Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

Die Auslegung eines Vertrages ist eine Aufgabe des Richters, die an sich mit Beweisführung und Beweiswürdigung nichts zu tun hat. Vgl. RG. in J. W. 44 S. 650:

„Von einer Beweislast kann bei der Auslegung von Vertragsurkunden nur in dem Sinne die Rede sein, daß eine Partei, die einen bestimmten Vertragsinhalt behauptet und zur Unterstützung ihrer Behauptung außerhalb der Urkunde liegende Tatsachen anführt, im Bestreitungsfall den Beweis für diese Tatsachen zu erbringen hat. Die Auslegung selbst ist eine unter Beachtung von §§ 133, 157 BGB. zu erfüllende Aufgabe des Richters, die an sich mit Beweisführung und Beweiswürdigung nichts zu tun hat. Gleichzeitig ist sie eine Aufgabe, der sich der Richter in der Weise zu unterziehen hat, daß er zu einem bestimmten Ergebnisse kommt, das gleichmäßig für alle Vertragsparteien gilt. Denn eine Vertragsbestimmung kann, wenn sie überhaupt wirksam sein soll, immer nur einen richtigen Sinn haben.“

Aber die Voraussetzungen der richterlichen Auslegung führt das OLG. Braunschweig in der Rspr. der OLG. 22 S. 151 aus:

(Der Kläger hatte 1907 von dem Beklagten ein Grundstück gekauft und, weil er sich getäuscht hielt, den Anwalt X. mit der Erledigung der Sache beauftragt. 1908 hatten die Parteien vor X. einen notariellen Vertrag über die Aufhebung des Kaufvertrages verlautbart und im § 7 bestimmt: „Die Kosten dieses Vertrages, des Stempels und der Rückauflassung sowie der Hypotheklöschungen und -bestellungen trägt Beklagter.“ Der Kläger verlangte auch Erstattung der Kosten, die durch den Auftrag an X. entstanden waren. Das OLG. führt aus, daß zu den Vertragskosten nicht die Kosten gehörten, die dem Kläger durch die frühere Mandatserteilung an X. entstanden seien.)

„Die richterliche Auslegung setzt voraus, daß in den gebrauchten Worten der Wille des Erklärenden irgendwie, wenn auch nur unvollkommen, Ausdruck gefunden habe. Sie kann aber nicht dahin führen, eine Erklärung gegen ihren erkennbaren Sinn zu deuten. Anders verhält es sich, wenn die bei einem Vertrage Beteiligten mit einer Willenserklärung einen aus dem Wortlaut nicht erkennbaren Sinn übereinstimmend verbunden haben. Dann hat der Richter die Worte in dem Sinne zu nehmen, über den die Parteien einverstanden sind. Ein solches Einverständnis kann hier nicht schon darin gefunden werden, daß, wie Kläger behauptet, der Beklagte ihm bei dem Vertragschluß auf sein Verlangen zugesagt habe, sämtliche Kosten zu übernehmen; denn aus dieser Ausdrucksweise lassen sich bei ihrer Allgemeinheit und Unbestimmtheit Schlüsse auf eine Willensübereinstimmung der Parteien in der vom Kläger vertretenen Richtung nicht ziehen. Erheblich ist dagegen die weitere Behauptung, die Parteien hätten bei diesen Verhandlungen ausdrücklich vereinbart, daß der Beklagte auch die bei X. entstandenen Kosten zu tragen habe . . .“

a) Dieser Auslegungsgrundsatz gilt nur dann, wenn eine Vertragserklärung Zweifel läßt. So auch RG. 82 S. 316:

„Ist die Erklärung klar und zweifelsfrei, so kann sie nicht deswegen, weil sie gegen Treu und Glauben verstoßt, umgedeutet werden. Es kann sich dann nur fragen, ob sie wegen Verstoßes gegen die guten Sitten der Nichtigkeit verfällt.“

Über die Voraussetzungen der Vertragsauslegung durch Ergänzung des Vertragswillens gemäß § 157 BGB. führt das RG. 87 S. 213/4 aus:

„. . . Für einen ergänzenden Ausspruch des Richters unter Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte kann unbedingt nur dann Raum sein, wenn ein Vertrag innerhalb seines tatsächlich gegebenen Rahmens oder innerhalb der wirklich gewollten Vereinbarungen der Parteien eine ersichtliche Lücke aufweist; niemals aber kann von einer ergänzungsfähigen bloßen Vertragslücke die Rede sein, wenn die Ergänzung zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes selbst führen soll.“

Bezüglich der Frage der Ausfüllung von Vertragslücken führt das RG. in der Jur. W. 47 S. 300 aus:

(Der Beklagte hatte gemäß seinem Schreiben vom 26. August 1914: „Hierdurch verpflichte ich mich, der Frau resp. der Familie meines Oberinspektors S. das Gehalt desselben während der Kriegsdauer weiter zu zahlen“ dem seit 1908 bei ihm als Geschäftsführer angestellten, im Mai 1915 zum Heeresdienst einberufenen Kläger bis zum 1. November 1916 monatlich 500 M. ausbezahlt, seitdem Zahlung verweigert und das Dienstverhältnis zunächst auf sofort mittels Schreibens von Anfang Januar 1917, sodann auf den 31. März 1917 mittels Schreibens vom 7. Februar 1917 gekündigt. Die Klage forderte Zahlung von 500 M. monatlich für die Dauer des Krieges vom 1. November 1916 ab. Das VG. erkannte auf Klagabweisung, weil zwar nicht die fristlose Kündigung des Beklagten vom Januar 1917, wohl aber dessen Kündigung auf den 31. März 1917 berechtigt und wirksam sei, und weil die dem Kläger vom 1. November 1916 bis 31. März 1917 zustehende Gehaltsforderung von zusammen 2500 M. durch die vom Kläger erhobenen 2500 M. getilgt sei, entweder kraft damit erfolgter Gehaltszahlung oder mittels der vom Beklagten zulässig ausgesprochenen Aufrechnung mit seiner Gegenforderung auf Rückzahlung dieser 2500 M. Die Revision hatte nur teilweise Erfolg):

„Der Berufungsrichter verneint das Vorhandensein eines wichtigen, die fristlose Kündigung des Beklagten rechtfertigenden Grundes und führt in betreff der Kündigung vom 7. Februar auf den 31. März aus: Der Schein vom 26. August 1914 bedürfe hinsichtlich der Frage, ob eine Kündigung zulässig sei, der Auslegung — beide Parteien hätten damals ein baldiges Ende des Krieges angenommen und mit einer so langen Kriegsdauer nicht gerechnet —, es müsse also nach § 157 BGB. ermittelt werden, was die Parteien vereinbart haben würden, wenn sie die lange Kriegsdauer mit in Betracht gezogen hätten — auf

eine so lange unbestimmte Zeit würde sich der Beklagte nicht gebunden, sondern sich Kündigung nach angemessener Frist vorbehalten haben, eine solche Frist sei mit 2½ Jahren abgelaufen —, dazu komme die Zuspitzung des Verhältnisses der Parteien nach Weihnachten 1916 gegen den Beklagten erhobenen Vorwurfs unrichtiger Buchungen zum Zweck der Steuerhinterziehung, so daß dem Beklagten die nunmehrige Lösung des Dienstvertrags notwendig erscheinen mußte. Diese Begründung des Berufungsrichters ist frei von Rechtsirrtum. Die Revision meint, aus dem Schein ergebe sich, daß die Zahlungsverpflichtung des Beklagten von der Fortdauer des Dienstverhältnisses unabhängig, eventuell, daß ein Kündigungsbefugnis des Beklagten während Kriegsdauer ausgeschlossen sei; von einer Lücke des Vertrages könne keine Rede sein; der Berufungsrichter korrigiere vielmehr unbefugterweise, vgl. J. W. 1915, 87¹ den klaren und eindeutigen Vertrag. Dieser Angriff geht fehl. Der Schein setzt in den Worten „Das Gehalt weiter zahlen“ die Fortdauer des Dienstverhältnisses voraus und bestimmt andererseits Weiterzahlung „während der Kriegsdauer“, ohne über die Befugnis des Beklagten zur Kündigung während der Kriegsdauer irgend etwas anzuordnen. Erst durch Auslegung kann und muß gefunden werden, ob überhaupt die Kündigung ausgeschlossen sein sollte. Dies bejaht der Berufungsrichter für eine kurze Dauer des Krieges, wie sie die Parteien damals in Rechnung nahmen. Da diese Annahme irrig war, fragt und beantwortet der Berufungsrichter, was die Parteien bei Betracht einer so langen Kriegsdauer vereinbart haben würden. Der Fall liegt also anders als die von der Revision angezogene Entscheidung vom 3. November 1914, II 290/14, wo eine Lücke im Vertrage überhaupt nicht vorhanden war. Nur trifft die Fragestellung des Berufungsrichters nicht völlig zu. Es handelt sich bei Ausfüllung von Vertragslücken nicht um Ergänzung des Vertragswillens der Parteien, sondern immer nur um Ergänzung des Vertrages, — um richterliche Schaffung und Schöpfung dessen, was für den eingetretenen, nicht vorhergesehenen Fall zwischen den Parteien Rechts sein soll nach den Richtlinien des im Vertrage für die ins Auge gefaßten Verhältnisse ausgedrückten Willens Diese Richtlinien hat der Berufungsrichter eingehalten, und deshalb ist die Revision unbegründet, soweit die Klage für die Zeit nach dem 31. März 1917 abgewiesen ist. Dagegen ist die Entscheidung, daß die Gehaltsforderung von 2500 M. getilgt sei, zu beanstanden“

Über die Ergänzung eines Pachtvertrages durch Einfügung einer Kriegsklausel im Wege der Vertragsauslegung führt das RG. in der J. W. 47 S. 216/7 folgendes aus:

(Die Beklagten hatten vom Erblasser der Klägerin dessen Schneidemühlengrundstück nebst allen dazu gehörigen Gebäuden, Maschinen, Holzplätzen und Wiesen für die Zeit vom 1. November 1911 bis zum 1. Oktober 1920 gepachtet. Da die Beklagten mit der Entrichtung des Pachtzinses für die Zeit vom 1. August 1914 bis 31. Juli 1915 im Rückstande blieben, verlangte die Klägerin dessen Zahlung. Die Beklagten erkannten die Klageforderung zum Teil an, erachteten sich jedoch in Höhe des Restes zur Kürzung des Pachtzinses für befugt, weil das Sägewerk infolge der Unmöglichkeit der Anfuhr russischen oder deutschen Holzes, infolge des Russeneinfalls und anderer Kriegsereignisse vom 4. August 1914 an bis

zum 1. August 1915 nicht betriebsfähig gewesen sei. Das OLG. schloß sich dem Standpunkt der Beklagten an. Die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen).

„Das OLG. hat den Umfang der ihm von dem Gesetzgeber in den §§ 157, 242 BGB. zugeteilten Aufgaben nicht verkannt, wenn es sich im vorliegenden Falle für befugt erachtet, die Lücke, welche nach seiner Feststellung die in der Urkunde vom 11. November 1910 enthaltenen Erklärungen der Vertragsteile aufzuweisen, kraft eigener Machtvollkommenheit nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrs sitten auszufüllen. Von seinem Rechte zu einer Erklärungsergänzung wird der Richter insbesondere dann Gebrauch zu machen haben, wenn unvorhergesehene und unvorhersehbare Ereignisse, wie der gegenwärtige Krieg, einen ungewöhnlichen Einfluß auf ein Vertragsverhältnis ausüben und wenn nach dessen Gesamthalt und Zweck mit Sicherheit anzunehmen ist, die Parteien hätten die auf diese Weise geschaffenen Verhältnisse, wenn sie sie in den Kreis ihrer Erwägungen gezogen hätten, zum Gegenstand einer besonderen Vereinbarung gemacht. Mit Recht sieht das BG. diese Voraussetzungen hier als gegeben an, indem es folgendes ausführt: Die Beklagten seien infolge der kriegerischen Ereignisse bis zum 1. August 1915 nicht in der Lage gewesen, ihrem bei Kriegsbeginn fast völlig aufgearbeiteten Holzlager neue Holzvorräte aus Rußland oder aus Deutschland zuzuführen. Deshalb hätten sie den Schneidemühlenbetrieb am 4. August 1914 einstellen müssen und bis zu dem genannten Zeitpunkte nicht wieder aufnehmen können. An die Möglichkeit, daß von ihnen nicht zu vertretende Umstände die Zufuhr der Rohstoffe, auf welche das Sägewerk angewiesen war, und damit dessen geschäftliche Ausnutzung während eines ganzen Jahres verhindern könnten, hätten die Vertragsteile nicht gedacht. Sonst hätten sie, wie es im § 12 der Urkunde bei Betriebsstörungen infolge von Brandschäden oder infolge des Einbaues eines neuen Kessels geschehen sei, auch für diesen Fall eine Pacht-ermäßigung, und zwar in der Weise vorgesehen, daß die Beklagten für die Dauer des Betriebshindernisses von der Entrichtung eines Pachtzinses für die Schneidemühle als solche befreit worden wären und eine Vergütung nur für die übrigen nutzbaren Teile des Pachtgegenstandes hätten zahlen müssen. Diese Erwägungen sind schlüssig und lassen einen Rechtsirrtum, insbesondere einen Verstoß gegen § 242 BGB. nicht erkennen.“

b) Über den Begriff der Verkehrs sitten führt RG. 55 S. 377 aus:

„Die „Verkehrs sitten“ stellt keine Rechtsnorm dar; sie ist vielmehr die den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung (vgl. RG. 49 S. 162).

Für den Begriff der Verkehrs sitten ist es daher ohne Bedeutung, ob diese Übung eine genügende rechtliche Grundlage hat und geeignet ist, denjenigen, der ihr im Rechtsleben folgt, vor Schaden zu bewahren.“

Die Verkehrs sitten ist auch dann entscheidend, wenn der eine Vertragsteil dieselbe nicht kannte (vgl. RG. 54 S. 182).

Zur Feststellung dessen, was Treu und Glauben erfordert, bedarf es einer Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles (RG. 78 S. 186).

c) Beispiele aus der Praxis.

1. Beim Hypothekendarlehen ist der Darlehnsnehmer im Zweifel nicht verpflichtet, dem Darlehnsgeber die Hypothek an erster Stelle zu gewähren und vorstehende Hypotheken zu beseitigen. Dies folgt auch nicht aus § 439 BGB. (RG. 55 S. 128—132).

2. Aus § 157 ergibt sich keine Verpflichtung des Gläubigers, dem Bürgen (Selbstschuldnerbürgen) von einem gegen den Hauptschuldner eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren Nachricht zu geben (RG. 65 S. 134 ff.).

3. Eine Kreditzusage erfolgt regelmäßig unter der stillschweigenden Bedingung der unveränderten Kreditwürdigkeit des andern Teiles, jedoch kommt es dabei immer auf die Umstände des einzelnen Falles an, nach denen zu prüfen ist, ob der Kreditgeber nach Treu und Glauben an seiner Zusage festgehalten werden darf oder nicht (RG. 65 S. 188). Vgl. auch § 610 BGB.

4. Nach § 157 ist rechenschaftspflichtig, wer fremde Angelegenheiten oder solche, die zugleich eigene und fremde sind, besorgt. Dies folgt aus den zahlreichen Einzelfällen, in denen das Gesetz dies ausdrücklich ausgesprochen hat, z. B. in den Fällen der §§ 666, 675, 681 Abs. 2, 713, 1214 Abs. 1, 1421, 1681, 1686, 1840, 1890, 1915, 1978, 1991, 2130 Abs. 2, 2218. (RG. 75 S. 288).

5. Ein Vertrag, der im Namen einer durch zwei Geschäftsführer gemeinsam zu vertretenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung nur von einem der Geschäftsführer telefonisch geschlossen worden ist, kann nachträglich durch den andern Geschäftsführer dem Vertragsgegner gegenüber stillschweigend genehmigt werden, da nach § 35 Abs. 2 Satz 2 des Ges. betr. die Ges. m. b. H. nicht erforderlich ist, daß sich bei Kollektivvertretung auch nach außen hin die Willenserklärungen als von sämtlichen Gesamtvertretern ausgehend darstellen, es vielmehr genügt, wenn sämtliche Kollektivvertreter im Einverständnis miteinander durch schlüssige Handlungen dem Gegner gegenüber ihre Zustimmung erklären. So RG. 75 S. 425:

„Eine derartige Verwertung der Grundsätze von Treu und Glauben und der Verkehrssitte namentlich im Handelsverkehre steht auch mit der seitherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts im Einklange.

Vgl. Entsch. in Zivilf. Bd. 54 S. 180.

Denn wenn hiernach unter Umständen sogar ein neuer Vertrag durch bloßes Stillschweigen dessen, dem ein Vertragsangebot zusteht, zustande kommen kann, so muß dasselbe auch von der Genehmigung eines bereits abgeschlossenen, aber noch einer Genehmigung bedürftigen Vertrages dann gelten, wenn der, dessen Genehmigung erforderlich ist, darum, wenn auch nur mittelbar durch Geltendmachung von Rechten, die sich aus dem Vertrage ergeben, unter solchen Umständen angegangen wird, die eine ausdrückliche alsbaldige Ablehnung der Genehmigung im Falle des Nichteinverständnisses nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als geboten erscheinen lassen.“

6. Nach § 157 wird die vereinbarte Form der Kündigung mittels „eingeschriebenen Briefes“ dadurch ersetzt, daß der Empfänger der Kündigung von dem Inhalte der ihm zugestellten, die Kündigung aussprechenden Klageschrift Kenntnis nimmt, denn der Zweck einer derartigen Vereinbarung erschöpft sich in der Gewähr, den diese Übersendungsform für die Erlangung der Kenntnis von dem Inhalte der übersandten Erklärung bietet (RG. 77 S. 70/71).

7. Eine Vertragsbestimmung, inhalts welcher ein Komponist bei Abschluß eines Verlagsvertrages über eine Oper dem Verleger ein Vorrecht auf seine künftigen Kompositionen einräumt und für den Fall der Umgehung eine Vertragsstrafe vereinbart, kann zunächst, da es sich um zeitlich begrenzte Urheberrechte handelt, nur für die Lebensdauer des Autors und die darüber hinausgehende gesetzliche Schutzfrist seiner Werke geschlossen sein. So RG. 79 S. 160:

„Aber auch in dieser zeitlichen Begrenzung ist es selbstverständlich, daß ein solcher Vertrag keineswegs unter allen Umständen für die ganze ursprüngliche ins Auge gefaßte Zeitdauer eingehalten werden muß. Vielmehr liegt es in der Natur derartiger Verhältnisse, daß sie aus wichtiger Ursache gelöst werden können, wenn ihre Fortsetzung nach den besonderen Umständen des Falls den Beteiligten nicht mehr zugemutet werden können.“

8. Ein Vertrag, inhalts dessen ein Verleger dem Verfasser anstelle einer festen Vergütung einen Anteil am Reingewinn aus dem verlegten Werke zusichert, hat einen gesellschaftsähnlichen Charakter. Nach § 157 hat der Autor einen Rechtsanspruch darauf, bei Ermittlung des Reingewinns diesem gesellschaftsähnlichen Charakter entsprechend behandelt zu werden, weshalb der Verleger verpflichtet ist, bei Feststellung des Reingewinns die Herstellungs- und Vertriebskosten sowie die üblichen Quoten für Geschäftspesen so zu berechnen, wie er diese Kosten für sich selbst in Ansatz bringt (RG. 81 S. 235).j

9. Die Vertragsbestimmung in einem Mietvertrage, nach der im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung des Mietzinses für einen Termin dem Vermieter das Recht der Aufhebung des Mietvertrages zusteht, ist dahin auszulegen, daß ihm dieses Recht auch im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung eines Teiles des Mietzinses zustehen soll, es sei denn, daß es sich um einen unerheblichen Teil des Mietzinses handelt. Ob in der vorbehaltslosen Annahme eines Teiles der Mietzinsen ein Verzicht auf das Kündigungsrecht des Vermieters liegt, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles ermes sen (RG. 82 S. 50 ff.).

10. Wenn ein Hypothekengläubiger sich jahrelang die unpünktliche Zahlung der Hypothekenzinsen gefallen ließ, hat dies auf das für den Fall der Unpünktlichkeit eingeräumte Kündigungsrecht Einfluß. Nach § 157 muß der Gläubiger in solchem Falle

den Schuldner wissen lassen, daß seine Nachsicht ein Ende habe (RG. bei Gruchot 56 S. 892).

11. Das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben, das gegebenen Falles als erneutes Vertragsangebot gelten muß, kann die Annahme dieses Angebotes darstellen. So RG. bei Gruchot 54 S. 896:

„Es ist nicht ausgeschlossen, daß ein Schreiben, welches ersichtlich dem Zwecke dient, ein nach der Überzeugung des Schreibenden mündlich oder telefonisch abgeschlossenes Geschäft zu bestätigen, den Willen des Schreibenden zum Ausdruck bringen kann, den in dem Schreiben niedergelegten Vertragsinhalt schlechthin gelten zu lassen, auch für den Fall, daß der vorausgesetzte Vertragsabschluß nicht erfolgt ist. Eine solche Erklärung würde ein erneutes Vertragsangebot darstellen . . . Wird es angenommen, so kommt ein Vertrag zustande, auch wenn die Verhandlungen vorher zu einem Vertragsabschlusse nicht geführt haben.“

Die Annahme aber kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch durch schlüssige Handlungen, unter besonderen Umständen auch durch eine Unterlassung, ein Stillschweigen erklärt werden. So ist es namentlich für den Handelsverkehr unter Kaufleuten in der Rechtsprechung anerkannt, daß ein Vertrag durch Stillschweigen auf ein Vertragsanerbieten zustande kommen kann. Dies ist namentlich für die Fälle anerkannt, in denen der Empfänger des ein Angebot enthaltenden Schreibens nach den im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen (§ 346 HGB.) oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB.) im Falle seines Nichteinverständnisses mit dem Inhalt des Schreibens zur alsbaldigen Beantwortung verpflichtet war, so daß aus dem Unterbleiben der letzteren sein Einverständnis zu entnehmen ist (RG. 54 S. 176 ff.).“

12. Die für den Fall nicht pünktlicher Zinsenzahlung vereinbarte Kündbarkeit einer Hypothek tritt dann nicht ein, wenn die verspätete Zahlung nicht auf einem Verschulden beruht. So RG. bei Gruchot 57 S. 929/930:

„Wie das Reichsgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, ist, soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, ähnlich wie bei Verwirkung von Vertragsstrafen Verschulden des Zahlungspflichtigen nötig, wenn aus der Nichteinhaltung derartiger Nachsichtsfristen für die Zinszahlung die sofortige Fälligkeit oder doch Kündbarkeit des Kapitals gefolgert werden soll (vgl. RG. in J. W. 08 S. 234, 5; RG. V. 83. 12 vom 19. Juni 1912; V. 363. 11 vom 31. Januar 1912). Ein solches Verschulden kann aber, wie das Reichsgericht selbst festzustellen befugt ist, dann nicht angenommen werden, wenn die Frage der Berechnung der Nachsichtsfrist rechtlich so zweifelhaft ist wie im gegebenen Falle.“

13. Welche Bedeutung hat es, wenn der Verkäufer einer Hypothek die Haftung für die Güte derselben übernimmt, ohne näheres über die Art und Dauer der Haftung zu bestimmen?

Hierüber führt das RG. bei Gruchot 57, Beilageheft S. 932 bis 933 aus:

„Ein Haftungsversprechen kann hinsichtlich der Dauer der Haftung verschieden gemeint sein, und wie es in Wirklichkeit verstanden werden sollte, bedarf in jedem einzelnen Falle der besonderen Prüfung und Feststellung unter Be-

rücksichtigung aller einschlägigen Umstände. Es ist möglich, daß die Haftung auf die Zeit der erfolgten Rechtsübertragung beschränkt, oder auf denjenigen Zeitpunkt erweitert werden sollte, in dem die veräußerte Hypothek fällig, oder aber kündbar wurde, oder endlich, daß sonst ein späterer Zeitpunkt als maßgebend gelten sollte. Etwas ganz Außergewöhnliches wäre es jedenfalls, wenn sich der Verpflichtete etwa dazu verstanden hätte, die Haftung für die Einbringlichkeit der Hypothek auf eine ganz unbestimmte und ganz ungemessene Zeit hin zu übernehmen. Demgemäß hätte auch das Berufungsgericht nach den gesamten Umständen des Falles erwägen müssen, wie das Versprechen des Beklagten zu verstehen war. Es hat dagegen an jeder Prüfung des Sachverhalts in jener Hinsicht abgesehen. Es ist weder erörtert worden, aus welchem Anlasse die Klägerin die Hypothek erworben hat, noch zu welchem Zwecke es geschehen ist, noch endlich andererseits, unter welchen Verhältnissen sich der Erstbeklagte zur Veräußerung der Hypothek und zur Übernahme der Haftung bereit gefunden hat. Die allgemeine, jeder tatsächlichen Unterstüßung ermangelnde Annahme des Berufungsgerichts, daß die Klägerin sich mit einer zeitlich beschränkten Haftung nicht begnügt haben würde, und daß der Beklagte nicht beabsichtigt habe, nur eine derartige Haftung zu übernehmen, entbehrt jeder Beweiskraft. Und wenn das Berufungsgericht erwägt, daß eine Hypothek an sich auf die Dauer berechnet sei, so folgt daraus noch nicht, daß auch die Klägerin, die eine Bank ist, die Hypothek für die Dauer hat erwerben und daß der Beklagte ihr die dauernde Güte der Hypothek hat gewährleisten wollen. Bei Ermittlung dessen, was die beiden Genannten in Wirklichkeit als vereinbart haben gelten lassen wollen, wird im Zweifel namentlich die Auslegungsvorschrift des § 157 BGB. heranzuziehen sein. Endlich aber auch diejenige des § 438. Die Revision bemängelt es mit Recht, daß das Berufungsgericht die letztere Bestimmung überhaupt nicht berücksichtigen zu können gemeint hat. Unmittelbar handelt der § 438 freilich nur vom Forderungskaufe. Indessen die Rechtsähnlichkeit des Falles einer Haftungsübernahme beim Rechtskaufe, namentlich beim Kaufe einer Hypothek, erheischt die entsprechende Anwendung der Vorschrift auch hier“ (Wird näher ausgeführt).

In einem derartigen Falle der Haftungsübernahme des Verkäufers einer Hypothek für deren Güte kann auch das Ergebnis der Zwangsversteigerung von Bedeutung sein. So RG. bei Gruchot 57, Beilageheft, S. 931:

„Nach der Annahme des Berufungsurteils soll sich die mangelnde Güte der Hypothek durch deren Ausfall bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks herausgestellt haben. Wenn die Revision meint, daß das Ergebnis einer Zwangsversteigerung niemals einen richtigen Maßstab für die Güte einer Hypothek geben könne, weil der Versteigerungserlös regelmäßig unter dem vollen Werte des Grundstücks zurückbleibe, so ist damit allerdings zuviel gesagt. Wird für die Einbringlichkeit einer Hypothek Gewähr geleistet, so kann sehr wohl gemeint sein, daß der Verpflichtete dafür einstehen solle, daß die Hypothek bei einer etwaigen Versteigerung des Grundstücks zur Hebung komme. Demgemäß ist es auch nicht ohne weiteres als rechtsirrtümlich zu erachten, wenn das Berufungsgericht im vorliegenden Falle die vom Erstbeklagten übernommene Haftung in einem solchen Sinne verstanden hat. Indessen besonders liegt die Sache dann, wenn der Erwerber der Hypothek bei der Zwangsversteigerung das Grundstück selbst erwirbt und hierbei in der Lage war, jenes zu einem besonders billigen Preise zu erstehen, oder wenn er gar durch sein

Dazwischentreten gehindert hat, daß ein höheres und angemessenes Meistgebot von anderer Seite abgegeben wurde. Daß der Verpflichtete die Haftung auch für solche Fälle übernommen habe und habe übernehmen wollen, läßt sich nicht denken, und es ist unter solchen Umständen auch ausgeschlossen, das Versteigerungsergebnis selbst als Beweis für die mangelnde Güte der Hypothek anzusehen.“

14. Aus § 157 BGB. läßt sich für den Mieter eines Zirkusgebäudes nicht der Rücktritt von dem Mietvertrage herleiten, wenn der Betrieb des Zirkus durch den Krieg nicht unmöglich geworden ist. So RG. 86 S. 398/9:

„Ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände ist . . im Bürgerlichen Gesetzbuche im allgemeinen nicht gegeben und könnte hier nur dann anerkannt werden, wenn es als stillschweigend vereinbart anzusehen wäre“

Dem Vorderrichter ist aber darin beizupflichten, daß auch bei weitester Berücksichtigung der in den §§ 133, 157 BGB. ausgesprochenen Grundsätze aus dem Vertrage nicht entnommen werden kann, daß der Kläger zurücktreten könne, wenn er wegen eines Krieges das Zirkusgebäude nicht mehr mit Gewinn benutzen könnte. Treu und Glauben und die Verkehrs-sitte rechtfertigen keineswegs die Abwälzung des dem Kläger durch den Krieg entstehenden Schadens auf den Beklagten.“

(Dagegen hat das RG. 87 S. 277 entschieden, daß das polizeiliche Verbot öffentlicher Tänze während des Krieges den Pächter einer vorwiegend dem Tanzbetriebe dienenden Gastwirtschaft berechtige, gemäß §§ 537, 581 BGB. Minderung des Pachtzinses zu fordern, weil der Fruchtgenuß durch das Verbot aus einem nicht in der Person des Pächters liegenden Grunde unmöglich werde; hierdurch würden die zum Tanzbetrieb eingerichteten Räume der Eigenschaft einer Tanzwirtschaft beraubt und mit einem die Tauglichkeit zu der vertragsmäßigen Nutzung mindernden Fehler behaftet.)

15. Auslegung der Kriegsklausel: „Feuer, Streik, Beschädigung der Maschinen, Mobilmachung, Krieg, Blockade, Aus- und Einfuhrverbot sowie sonstige Fälle höherer Gewalt vorbehalten“ befreien den Verkäufer schlechthin bei Kriegsausbruch von der Leistung, ohne daß nachzuprüfen ist, ob die vorbehaltenen Ereignisse die Unmöglichkeit der Leistung verursachten. So RG. 87 S. 93/4:

„Der Beklagte hat in seinem Schlußscheine vom 17. Juli 1914 bestätigt, dem Kläger die streitigen 300 Sack Mehl verkauft zu haben: Feuer, Streik, Beschädigung der Maschinen, Mobilmachung, Krieg, Blockade, Aus- und Einfuhrverbot sowie sonstige Fälle höherer Gewalt vorbehalten.“

Damit hat er deutlich erklärt, daß er den Kauf nur unter Vorbehalt dieser Ereignisse abschließe, also im Falle ihres Eintritts nicht an den Vertrag gebunden sein wollte. Er wollte keineswegs, wie die Revision behauptet, nur dann frei werden, wenn die vorbehaltenen Ereignisse Unmöglichkeit der Leistung verursachten, sondern wenn sie überhaupt eintraten. Der Vertrag ist in diesem Punkte seinem Wortsinne nach völlig deutlich und seine Auslegung, die selbstverständlich gemäß §§ 133, 157 BGB. erfolgen muß, bietet insofern keine Zweifel und Schwierigkeiten. Denn das die namentlich aufgeführten Ereignisse

„sonstigen Fällen höherer Gewalt“ gleichgestellt sind, erklärt sich daraus, daß sie alle ihrer Natur nach regelmäßig durch die Kräfte des Verkäufers nicht abgewandt werden können, also, wenn sie seinen Geschäftsbetrieb treffen, als höhere Gewalt auf ihn einwirken.

Zweifel beginnen erst bei der Frage, welche Tatbestände mit den kurzen Worten Streik, Krieg usw. gemeint sind. Hierüber spricht sich der Vertrag nicht aus, weshalb er gemäß § 157 nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsſitte ergänzend ausgelegt werden muß.

Offenbar ist nicht jeder Streik, Krieg, Maschinenschaden, die sich irgendwo in der Welt zutragen, gemeint. Wenn Chile an Peru den Krieg erklärt, wenn geringfügige Streiks im deutschen Transportgewerbe ausbrechen, selbst wenn kleine Maschinenschäden in Planges Mühlen entstehen, so ist das nicht der Tatbestand eines Krieges, Streiks, Maschinenschadens im Sinne des vertraglichen Vorbehalts. Gemeint sind offenbar nur solche Ereignisse der bezeichneten Art, die auf Betriebe, von denen der Beklagte für seine Lieferung abhängt, wesentlich störend einwirken. Wie erheblich aber die Einwirkung sein muß, damit nach dem Sinne des Vertrags ein vorbehaltenes Ereignis vorliegt, kann zweifelhaft sein. Man denke z. B. an den Fall, daß ein Viertel oder Drittel von Planges Mühlen abgebrannt wären. In solchen Fällen ist die Grenze nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsſitte zu ziehen; und wenn ein solcher Grenzfall vorläge, könnte die Revision darin Recht haben, daß das Gericht den § 157 BGB. verletzt, wenn es den Vertrag auslegt, ohne die Verkehrsſitte durch Sachverständige festzustellen. Es liegt aber kein Grenzfall vor. Der Ausbruch des gegenwärtigen Krieges hat alle Voraussetzungen, unter denen der Beklagte und der hinter ihm stehende Fabrikant arbeiten, geändert. Daß für sie Lieferpflichten, die sich über Monate erstrecken, nach Ausbruch des Krieges eine ganz andere Last bedeuten, als in gewöhnlichen Zeiten, liegt auf der Hand. Deswegen ist jeder Zweifel ausgeschlossen, daß durch Ausbruch des gegenwärtigen Krieges ein Tatbestand eingetreten ist, für dessen Eintritt der Beklagte sich Befreiung von seiner Lieferpflicht vorbehalten hat. Ob der Beklagte nach den Vorräten, die er zu seiner Verfügung hatte, imstande gewesen wäre, die laufenden Verträge zu erfüllen, ist gleichgültig. Der von ihm bedungene Vorbehalt schließt es nach seinem klaren Sinne aus, daß er sich mit den Käufern auf Erörterungen über seine geschäftlichen Interna einzulassen hätte. Er wollte frei sein, wenn ein Krieg eintrat, worunter nach Treu und Glauben nur ein solcher Krieg zu verstehen ist, von dem sein Betrieb in erheblicher Weise betroffen wurde. Da dies geschehen ist, ist er frei geworden.

Wenn, wie der Kläger behauptet, die meisten deutschen Mühlen und ihre Vertreter ihre Verträge nach Maß ihrer Vorräte erfüllt haben, so ist das gleichgültig. Es mag in völlig abweichenden Vertragsabreden seinen Grund haben, wie sie z. B. bei dem Vereine der süddeutschen Handelsmühlen augenscheinlich vorliegen, oder es mag auf Entgegenkommen beruhen. Der Beklagte dagegen hat sich nicht für den Fall seines durch Krieg hervorgerufenen Unvermögens, sondern für den Fall des Krieges frei gezeichnet. Daß die Berufung auf diesen Vorbehalt keinen Verstoß wider die guten Sitten enthält, ist vom Oberlandesgerichte zutreffend dargelegt worden, und bedarf keiner weiteren Begründung, zumal auch der Kläger darauf nicht zurückkommt.“

Wenn der Verkäufer im Falle der Vereinbarung einer Kriegsklausel vom Vertrage zurücktreten will, so darf er nicht längere Zeit

hindurch den Gang des Marktes abwarten und auf die Gefahr des Käufers spekulieren, d. h. beim Sinken der Preise den Vertrag erfüllen, beim Steigen ihn schließlich aufheben. Der Verkäufer hat nach Treu und Glauben das Recht zum Rücktritt vom Vertrage nur binnen derjenigen Frist, deren er bedarf, um nach Eintritt des vorbehaltenen Falles seine Lage überblicken zu können. Die Festsetzung der Frist hat auf Grund der Umstände des Falles und der Verkehrssitte zu erfolgen. So RG. 88 S. 145/6¹⁾ (welches eine Frist von 3 Monaten nach Kriegsausbruch für zu lange hält) mit folgender Begründung:

„... Die Klausel muß in bezug auf die Punkte, über die sie sich nicht besonders ausspricht, somit auch in bezug auf die zeitliche Grenze des Rechtes zur Aufkündigung, gemäß dem Sinn und Zweck dieses Rechtes ausgelegt werden.

Krieg, Streik, Einfuhrverbote usw. sind Ereignisse, die der Verkäufer nicht abzuwenden vermag. Treten sie ein, so können sie sehr leicht die Vorbereitungen, die er für die Erfüllung seiner Lieferpflicht getroffen hat, vereiteln oder die im regelmäßigen Wirtschaftsleben bestehenden Möglichkeiten der Eindeckung, auf die er sich verlassen hat, aufheben. In solchen Fällen ist der Verkäufer der Gefahr ausgesetzt, seine Verbindlichkeit nur mit erheblichen Opfern oder auch garnicht erfüllen zu können. Um sich gegen die Möglichkeit solchen Schadens zu sichern, bedingt er sich durch die Kriegsklausel das Recht, im Falle des Entstehens einer derartigen außerordentlichen Gefahrlage den Vertrag aufzuheben. Er muß hierfür die Freiheit haben, alsbald nach Eintritt des Krieges oder sonstigen vorbehaltenen Ereignisses zu prüfen, ob seine Lage hinreichend gesichert ist, um bei dem Vertrage zu beharren, oder ob die Lieferpflicht eine Gefahr für ihn mit sich bringt, die ihn bestimmt, den Vertrag aufzuheben. Gemäß dem Zwecke der Kriegsklausel muß ihm also eine Frist zur Erklärung zustehen, die ihm ermöglicht, die für ihn durch den Krieg geschaffene Lage zu überblicken, ehe er sich entschließt. Keineswegs aber fordert das durch die Klausel zu schützende Interesse, daß er durch die weitere Entwicklung der Verhältnisse unbestimmte Zeit hindurch abwartet und seinen Entschluß danach einrichtet, ob die spätere Bewegung der Preise die Erfüllung oder die Aufhebung des Vertrags vorteilhafter macht. Durch solches Abwarten würde auf der anderen Seite eine längere einseitige Gebundenheit des Käufers entstehen, die kein Käufer auf sich nehmen kann und bei Bewilligung einer Kriegsklausel auf sich nehmen will. Eine Auslegung, die ohne positiven Anhalt im Wortlaute des Vertrags dem Käufer so unbillige Zumutungen stellt und dem Verkäufer so übermäßige Rechte einräumt, verstößt gegen § 157 BGB.

Nach Treu und Glauben kann dem Verkäufer das Recht der Losagung vom Vertrage nur binnen derjenigen Frist zugestanden sein, deren er bedarf, um nach Eintritt des vorbehaltenen Falles seine Lage zu überblicken. Fragte es sich im Streitfalle, ob hiernach der Beklagten für ihre Erklärung einige Tage oder einige Wochen zuzubilligen wären, so würde der Tatrichter auf Grund der Umstände des Falles und der Verkehrssitte die Frist festsetzen müssen...“

¹⁾ Die Klausel lautete: „Wagenmangel, höhere Gewalt, Mobilmachung, Krieg, Streik, Ausperrungen, Betriebsstörung, Eins- und Ausfuhrverbote, soweit wir dadurch betroffen werden, befreien uns von der Lieferung.“

Umgekehrt darf auch der Käufer seine Stellungnahme gegenüber einer verspäteten Geltendmachung der Kriegsklausel nicht auf unbestimmte Zeit hinauschieben und nach Ablauf längerer Zeit seit der verspäteten Erfüllungsverweigerung des Verkäufers erst seinerseits Erfüllung verlangen, denn

„ein Lieferungsberechtigter kann seinen Anspruch dann nicht mehr geltend machen, wenn er in einer mit den Anforderungen von Treu und Glauben unvereinbaren Weise den säumigen oder die Vertragserfüllung verweigern- den Schuldner im Ungewissen darüber gelassen hat, ob die Vertragserfüllung noch verlangt werde“ (RG. 88 S. 263).

16. Beim Verkauf eines die Kundschaft mitumfassenden Geschäftes ist der Verkäufer nach Treu und Glauben verpflichtet, jeden Geschäftsbetrieb zu unterlassen, welcher die Übertragung der Kundschaft zum Nachteil des Käufers beeinträchtigen könnte, auch ohne daß ein ausdrückliches Konkurrenzverbot vereinbart wurde. So OLG. Colmar in Rspr. der OLG. 12 S. 51. Einer diesbezüglichen Klage auf Unterlassung weiterer Zuwiderhandlungen gab das Gericht mit einer räumlichen Einschränkung auf den Geschäftsort des Detailgeschäftes und der zeitlichen Einschränkung auf 10 Jahre statt, weil ein Detailgeschäft nur durch eine an demselben Ort betriebene Konkurrenz berührt werde und ferner nach Ablauf von 10 Jahren die ehemaligen Beziehungen des Verkäufers zu seiner früheren Kundschaft für gelöst zu erachten sind. Nach Ablauf dieser Zeit kann die Wiedereröffnung eines Geschäfts der gleichen Art durch den Verkäufer den bei dem Verkauf des Geschäfts nebst Kundschaft ins Auge gefaßten Vertragszweck nicht mehr beeinträchtigen und eine weitere Bindung, als dieser Zweck es gebietet, ist nicht als gewollt anzusehen.

17. Die Frage, welchem Ehegatten das Eigentum an Hochzeitsgeschenken zusteht, wird im Zweifel aus § 157 BGB. zu entnehmen sein. Aus der Praxis sind hierüber zwei Entscheidungen des Kammergerichts zu nennen: die eine — vom 8. Dezember 1906 — geht davon aus, daß jeder Geschenkgeber nur dem Ehegatten etwas zuwenden will, mit dem er sich durch verwandschaftliche, freundschaftliche, geschäftliche oder sonstige Beziehungen näher verbunden fühlt; die andere und richtigere — vom 19. Januar 1907 — vertritt den Standpunkt, daß der Wille des Schenkers darauf gerichtet sein wird, beide Eheleute zu Eigentümern zu machen, sofern nicht der Gegenstand erkennbar dem alleinigen Gebrauche eines der Ehegatten dient.

a) RG. in der Rspr. der OLG. 14 S. 224:

„Die Klägerin gründet ihren Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung auf die Behauptung, daß die gepfändete Krone ihr und ihrem Manne, dem Schuldner, zur Hochzeit geschenkt worden sei. Die Eheschließung ist nach dem

Inkrafttreten des BGB. erfolgt, das eine den §§ 172, 776 II 1 *ABR.*¹⁾ entsprechende Vorschrift nicht enthält. Die landrechtliche Vermutung für das Mit-eigentum beider Ehegatten an den Hochzeitsgeschenken kann auch nicht deshalb angenommen werden, weil sie eben nach der Lebensauffassung und dem als gemeinüblich zu unterstellenden Willen der Geschenkgeber entspräche; vielmehr ist in jedem Einzelfalle nach der geäußerten Willensmeinung des Geschenkgebers oder nach den das Gesetz begleitenden Umständen zu ermitteln, welchem von beiden Ehegatten das Eigentum am Hochzeitsgeschenke zusteht, oder ob Miteigentum Beider anzunehmen ist. Hierbei wird im allgemeinen davon auszugehen sein, daß jeder Geschenkgeber nur dem Ehegatten etwas zuwenden will, mit dem er sich durch verwandtschaftliche, freundschaftliche, geschäftliche oder sonstige Beziehungen näher verbunden fühlt, daß ihm dagegen der Gedanke einer Zuwendung an den ihm unbekanntem Teil eines Brautpaares fern zu liegen bleibt.“

b) *RG.* in der *Rspr.* der *OLG.* 15 *S.* 400.

„Nachdem die Ehe der Parteien rechtskräftig geschieden war, hat die Frau auf die Herausgabe bestimmter Hochzeitsgeschenke mit der Behauptung geklagt, sie rühre von ihren Verwandten und Freunden her, seien ihr allein zugebracht, und sie sei alleinige Eigentümerin geworden. Bei der Entscheidung ist von folgenden Erwägungen auszugehen: Darüber, wessen Eigentum die Hochzeitsgeschenke werden, und an wen sie nach aufgelöster Ehe fallen, enthält das BGB. keine Bestimmung. Nach allgemeinen Grundsätzen hat daher die Klägerin darzulegen und zu beweisen, daß sie Alleineigentümerin der Hochzeitsgeschenke geworden sei. Zu dieser Darlegung genügt aber nicht der Hinweis darauf, daß die Personen der Schenkenden durch verwandtschaftliche oder freundschaftliche Beziehungen zur Klägerin oder zu ihrer Familie zu den Zuwendungen veranlaßt seien. Entscheidend erscheint vielmehr, wem die Geschenkgeber ihre Gaben nach dem bei der Hingabe ausgedrückten Willen zu übereignen beabsichtigten. Dieser Wille pflegt bei der Hingabe nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, und es ist auch vorliegend nicht geschehen. Es muß also aus den Umständen auf den Willen geschlossen werden. Dabei ist von ausschlaggebender Bedeutung der Gegenstand des Geschenkes. Es entspricht der Sitte, daß die Wahl der Schenker auf Gegenstände fällt, welche in dem neugegründeten Hauswesen Verwendung finden, die Einrichtung des jungen Ehepaares vervollständigen oder sein Heim verschönern sollen, also bestimmt sind, den Interessen beider Ehegatten zu dienen. Daraus darf gefolgert werden, daß die Schenker, mögen sie dem Verwandten- und Freundeskreise des Bräutigams oder der Braut angehören, den Willen haben, beide Eheleute zu Eigentümern zu machen. Nur wo ausnahmsweise der Gegenstand erkennbar dem alleinigen Gebrauche eines der Ehegatten zu dienen bestimmt ist, wird auf den Willen geschlossen werden können, daß dieser Alleineigentümer werden soll. Ohne Bedeutung dagegen ist es, an wen die Übergabe erfolgt. Sie wird, solange die Beschenkten noch keine gemeinschaftliche Wohnung bezogen haben, also besonders vor der Eheschließung, regelmäßig an einen von beiden erfolgen können.

¹⁾ § 172 II 1 *ABR.* lautet: Das Eigentum der Hochzeitsgeschenke wird beiden Teilen gemein, insofern nicht der Geschenkgeber ein Anderes ausdrücklich festgesetzt hat; oder es aus der Beschaffenheit des Geschenks anzunehmen ist.“

§ 776 II 1 *ABR.* lautet: Die zur Hochzeit, oder sonst, während der Ehe, von einem Dritten gemachten Schenkungen werden, wenn sie nicht Einem Teile ausdrücklich zugewendet, oder ihrer Beschaffenheit nach zu seinem alleinigen Gebrauche bestimmt sind, als gemeinschaftlich angesehen.

Die Anwendung des BGB. muß hiernach zu demselben Ergebnis führen, welches in den Vorschriften WR. II 1 §§ 172, 754, 776 Ausdruck gefunden hat. Im § 172 zit. ist ausdrücklich bestimmt, daß das Eigentum der Hochzeitsgegenstände beiden Teilen gemein wird, insofern nicht der Geschenkgeber ein anderes ausdrücklich festgesetzt hat, oder es aus der Beschaffenheit des Geschenkes abzunehmen ist. Entsprechend setzte dann der § 754 II 1 WR. für den Fall der Auflösung der Ehe fest, daß „die Hochzeitsgeschenke, die nicht einem oder dem anderen Ehegatten zugedacht worden (§ 172)“, für gemeinschaftlich angesehen werden.“

18. Aus § 157 BGB. bestimmt sich auch die Verpflichtung des Vaters, welcher einwilligte, daß sich sein Sohn für den höheren Justizdienst vorbereite, die Mittel zu gewähren, die zur Vollendung der Ausbildung erforderlich sind. Das Kammergericht hatte folgenden Fall zu entscheiden:

Der beklagte Vater hatte dem Kläger, seinem Sohn, die Einwilligung zum Studium der Rechtswissenschaft erteilt, der nach 5^{1/2} jähriger (!) Vorbereitungszeit die erste Prüfung bestand, nachdem er sie einmal erfolglos versucht hatte. Nach weiteren drei Jahren verlangte der Beklagte, daß der Kläger mit den bisher erworbenen Fähigkeiten sich einer anderen Berufs- und Erwerbstätigkeit zuwende. Er behauptete, der Kläger habe fortgesetzt mehr verbraucht, als ihm zur Bestreitung des Unterhalts ausgesetzt war, und stellte ihm nur noch für eine Übergangszeit von 3 Monaten die Fortgewährung der bisherigen Geldrente in Aussicht. Der Kläger beanspruchte dagegen diese Fortgewährung bis zur Ablegung der großen Staatsprüfung. Das Kammergericht führte in der Rspr. der OLG. 16 S. 1—3 aus:

„Auf das Gesetz vermag der Kläger seinen Anspruch nicht zu gründen. Nach den §§ 1601, 1602¹ und 1610 hat er gegen den Beklagten Anspruch auf den standesmäßigen Unterhalt. Die Lebensstellung des Bedürftigen, welche nach § 1610 für den Begriff des „Standesmäßigen“ entscheidet, ist bei einem wirtschaftlich unselbständigen Sohn nach der Lebensstellung des Vaters zu beurteilen. Nach den angegebenen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen des Beklagten würden im Hinblick auf seine sonstigen Verpflichtungen die Kosten der Ausbildung seines Sohnes für den höheren Justizdienst ihm nach dem Gesetz als ein der Lebensstellung des Klägers entsprechender Aufwand nicht aufgebürdet werden können. Dagegen dürfte sich der Kläger an sich mit Erfolg auf eine Vertragspflicht des Beklagten berufen. Indem dieser einwilligte, daß der Kläger sich die Ausbildung für den höheren Justizdienst verschaffe, übernahm er die Verpflichtung zur Gewährung der Mittel, welche zur Vollendung der Ausbildung erforderlich sind. Dieser Vertrag sollte aber ersichtlich für den Kläger nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten erzeugen. Nach § 157 BGB. sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Hiernach muß es als die Vertragsabsicht der Parteien angesehen werden, daß der Kläger gegen die Vergünstigung, sich einem höheren Lebensberuf widmen zu dürfen, als ihn der Vater selbst hatte ergreifen können, die Pflicht übernahm, dem Ziele mit der durch die Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit des Beklagten und auf die gleichartigen Ansprüche von 4 Geschwistern gebotenen Sparsamkeit und Pflichttreue nachzustreben. Es muß ferner als Ver-

tragsinhalt angesehen werden, daß eine gräßliche Verletzung dieser vom Kläger übernommenen Verpflichtung dem Vater das Recht verleihe, die Vergünstigung zu entziehen und den Sohn auf die Wahl eines anderen, weniger kostspieligen Berufes zu verweisen.

Diese Auslegung widerspricht nicht dem Urteil des RG. (J. W. 1885 S. 254²⁴), dessen leitende Gesichtspunkte Dernburg, Bürgerl. Recht 4 S. 231 § 70³ zutreffend auch unter der Herrschaft des neuen Rechts gelten lassen will. Es wird dort ausgeführt, der Vater habe bestimmend auf die Wahl der seit einer Reihe von Jahren vom Sohne verfolgten Berufes eingewirkt und dürfe nun selbstverständlich nicht einseitig und willkürlich seinen Willen ändern. Es wird damit eine auch hier anerkannte vertragliche Gebundenheit angedeutet, ohne daß die Frage entschieden wäre, wie weit die Gebundenheit reichte, wenn die Willensänderung nicht aus Willkür, sondern aus sachlichen Gründen erfolgte.

Daß aber der Kläger seine Verpflichtungen gräßlich verletzt hat, kann keinem Bedenken unterliegen. Er hat, obwohl ihm für die Verhältnisse völlig ausreichende Mittel zur Verfügung gestellt waren, als Student Schulden gemacht, die er mit Rücksicht auf seine häuslichen Verhältnisse selbst dann nicht hätte verantworten können, wenn ihn sein Vater nicht wiederholt dringend verwarnt hätte. Anstatt die Folgen seines Leichtsinns tunlichst abzumenden und dem Vater deren Last zu erleichtern, indem er durch gesteigerten Fleiß eine rechtzeitige und erfolgreiche Ablegung der ersten Prüfung erstrebte, gelang es ihm erst bei dem zweiten Versuch, sein Studium zum Abschluß zu bringen.

Wenn der Beklagte sich bemühte, den Kläger trotzdem in der bisherigen Laufbahn festzuhalten, und wenn er wirklich versprochen haben sollte, ihm den Unterhalt in der bisherigen Weise bis zur großen Staatsprüfung weiter zu gewähren, so würde das nur beweisen, daß der Beklagte so lange wie irgend möglich die Hoffnung festgehalten hat, der Kläger werde sich zu einer ernstern Auffassung des Lebens und zu größerer Pflichttreue aufrufen und wenigstens für die Zukunft mit dem ausgelegten Betrage auszukommen versuchen. Sein wiederholtes Versprechen würde nicht etwa als die Grundlage eines neuen selbständigen Vertrages angesehen werden können, sondern nur als Ausdruck der Bereitwilligkeit, an der einmal gegebenen Zusage festzuhalten und würde ihn nicht hindern, auf den oben festgestellten Inhalt des Vertrages zu verweisen, daß ihn grober Mißbrauch zur Entziehung der gewährten Vergünstigung berechtige. Nach allem, was vorangegangen war, stellte aber eine erneute Überschreitung der bewilligten Unterhaltsrente einen solchen groben Mißbrauch dar. Der Erwägung, daß dem Kläger nur noch wenige Jahre von dem Ziele trennen, hält der Beklagte mit Recht entgegen, daß der Kläger nach seinem Verhalten zu der Beforgnis fortdauernder, unberechenbarer Steigerung der Unterhaltslast Anlaß gegeben hat und insbesondere keine Gewähr dafür bietet, daß er das Ziel rechtzeitig erreichen werde.

Auf das von dem Beklagten nach § 14 des Reg. vom 1. Mai 1883 abgegebene Versprechen, dem Kläger für die Zeit des Vorbereitungsdienstes den standesgemäßen Unterhalt zu gewähren, kann sich dieser nicht berufen. Es kann dahingestellt bleiben, ob aus diesem Versprechen überhaupt ein privatrechtlicher Anspruch hergeleitet werden kann; keinesfalls konnten dem Kläger, dem gegenüber es nicht erteilt war, daraus mehr Rechte zugebacht sein, als ihm nach dem oben dargestellten besonderem Vertragsverhältnis vom Beklagten eingeräumt waren.“

Aus der Erklärung des Vaters seinem Sohn gegenüber, diesem zu Studienzwecken einen näher bestimmten monatlichen Teilbetrag zukommen zu lassen, erwächst dem Sohn im allgemeinen kein klagbarer Anspruch gegen den Vater:

„Bei der Verhandlung zwischen dem jetzigen Gemeinschuldner und seinem Sohn 1907 hat es sich offenbar um eine Besprechung gehandelt, wie sie zwischen Vater und Sohn, nachdem dieser die Abschlußprüfung bestanden hat und vor der Frage steht, welchem Berufe er sich unter Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse seines Vaters widmen möchte, üblich ist. Daß dabei der Vater die voraussichtlichen Kosten der einzuschlagenden Laufbahn berechnet und gegen seinen Vermögensstand abwägt, sowie daß er hiernach prüft, ob er dem Wunsche des Sohnes entsprechen kann, ist selbstverständlich, hier ganz besonders, da der Gemeinschuldner als Kaufmann sein Vermögen in seinem Geschäft stecken hatte und mit schwankenden Einnahmen rechnen mußte. Wenn die Prüfung des Vaters ergibt, daß er dem Wunsche des Sohnes zu entsprechen vermag, und er ihm dieses Ergebnis mitteilt, ihm nunmehr auch verspricht, die Kosten in näher bestimmten monatlichen Teilbeträgen, wie üblich, zukommen zu lassen, so liegt hierin nicht die Übernahme einer Vertragspflicht, aus der dem Sohne gegenüber ein klagbarer Anspruch gegen den Vater auf Zahlung der monatlichen Teilbeträge erwächst. Einen solchen Anspruch will der Vater im allgemeinen nicht begründen. Sollte dies ausnahmsweise einmal der Fall sein, dann bedarf es der Darlegung besonderer, darauf hinweisender Umstände; die Tatsache, daß der Gemeinschuldner bis zur Eröffnung des Konkurses die zum Studium versprochenen Mittel gewährt hat, rechtfertigt nicht, die Entstehung eines klagbaren Anspruchs anzunehmen.“ (OLG. Kiel in Rpr. der OLG. 21 S. 246/7).

19. Über die Auslegung der Vertragsklausel in einem Mietvertrage: „Nach erfolgter Kündigung muß die Befichtigung der Wohnung zu allen Tagesstunden frei stehen“ führt das Kammergericht in der Rpr. der OLG. 16 S. 426/7 aus:

„Der Mietvertrag verpflichtet den Mieter zur Abgabe der Schlüssel nur, falls er bereits die Wohnung gänzlich verlassen und seine Sachen ganz oder zum größten Teile aus ihr entfernt hat. Das bezieht sich nicht auf den Fall, wenn der Mieter verreist und seine sämtlichen Sachen in der Wohnung zurückläßt. Hier gilt also nur die Vertragsbestimmung: „Nach erfolgter Kündigung muß die Befichtigung zu allen Tagesstunden freistehen.“ Sie ist nach § 157 dahin auszulegen, daß der Mieter in denjenigen Tagesstunden, in denen es ohne ungebührliche Belästigung für ihn tunlich ist, die Wohnung auf Verlangen des Vermieters vorzuzeigen hat. Diese Pflicht würde sich auch ohne besondere Abrede aus dem Gesetz ergeben. Das BGW. schweigt zwar darüber. Aber die 2. Kommission lehnte eine Sonderbestimmung nur deshalb ab, weil solche bei der mannigfaltigen Gestaltung der Mietverhältnisse und im Hinblick auf die verschiedene und wechselnde Auffassung des Lebens nicht ratsam sei; nach Treu und Glauben dürfe aber der Mieter eine Befichtigung der Mieträume zwecks anderweitiger Vermietung nicht verwehren. Aus dieser im Verkehr allgemein angenommenen Verpflichtung ist zu folgern, daß der Mieter, wenn er verreist, dafür sorgen muß, daß die Schlüssel dem Vermieter leicht zugänglich sind (Niendorff § 30 S. 208). Der Beklagte hatte nun die Schlüssel einem gegenüber wohnenden Gastwirts geschickt, damit die Wohnung

besichtigt werden könne. An einem Tage, als eine Dame zur Besichtigung erschien, war der Gastwirt auf einer Landpartie abwesend und seine Angehörigen konnten die Schlüssel nicht finden. Die Dame ging daher fort, ohne die Wohnung besichtigt zu haben. Zwar muß der Beklagte ein Verschulden des Gastwirts nach § 278 wie eigenes Verschulden vertreten. Aber es ist im hohen Grade zweifelhaft, ob ein Verschulden vorliegt und ob man nach der gemäß § 242 maßgebenden Verkehrsſitte verlangen kann, daß auch bei einer nur eintägigen Abwesenheit der Mieter oder der, der für ihn die Schlüssel verwahrt, besondere Vorkehrungen trifft, um die Besichtigung auch an diesem Tage möglich zu machen. Die Frage kann aber auf sich beruhen, weil der vereinzelt Fall, in dem eine Dame die Wohnung zu sehen wünschte und sie ihr nicht gezeigt werden konnte, nicht urſächlich dafür gewesen sein kann, daß die Wohnung unvermietet geblieben ist.“

20. Mietverträge bezüglich eines Zimmers im Gasthof werden meist abgeschlossen, ohne daß über die Dauer des Vertrages gesprochen wird. Im Zweifel wird man hier von einer eintägigen Zimmermiete sprechen müssen, was sich aus der Verkehrsſitte ergibt. Aus letzterer ergibt sich auch die Berechnung. Diese geht nun nicht dahin, daß eine erst für den Schluß des folgenden Tages wirksame Kündigung erklärt zu werden braucht. Andererseits wird „der Tag“ im Hotelbetrieb nicht von 12 Uhr nachts bis zum gleichen Zeitpunkt des nächsten Tages berechnet, sondern von Mittag zu Mittag. Es wird also tatsächlich die Nacht berechnet. Auch hierbei pflegt die Berechnung keine ganz strikte zu sein. Wenn z. B. ein Gast um 10 Uhr vormittags im Gasthof eintrifft und am Vormittag oder in den frühen Nachmittagsstunden des nächsten Tages wieder abreist, so braucht er nur den Zimmerpreis für einen Tag zu bezahlen. Bleibt er aber bis in die späten Nachmittagsstunden, ohne am Vormittag zu erklären, daß er die kommende Nacht das Zimmer nicht mehr benutzen werde, so muß er zwei Tage bezahlen.

21. Das Versprechen des Gläubigers, den Schuldner bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses „in Ruhe zu lassen“, bindet nach § 157 den Gläubiger nicht, wenn der Schuldner vor dem Eintritt des Ereignisses die Gültigkeit der Forderung bestreitet. So RG. 90 S. 178 ff. in einem Falle, in welchem der Kläger der Beklagten versprochen hatte, sie bis zum Tode ihres Vaters wegen ihrer Bürgschaftsverpflichtung in Ruhe zu lassen. Da die Beklagte die Bürgschaftsverpflichtung wegen arglistiger Täuschung und Erpressung durch wucherische Ausbeutung anfocht, erhob der Gläubiger die Klage aus § 259 ZPO. mit dem Antrage, die Beklagte zu verurteilen, den schuldigen Betrag nach dem Tode ihres Vaters aus dessen Nachlaß zu bezahlen. Das RG. führte a. a. O. S. 180 hierüber aus:

„Richtig ist, daß die Klage abzuweisen gewesen wäre, wenn die Beklagte ihr alleinig das Versprechen des Klägers entgegengesetzt hätte, sie bis zum Tode ihres Vaters in Ruhe zu lassen. Das hat sie indes nicht getan, sondern neben der Berufung auf das Versprechen des Klägers die Bürgschaft wegen Betrugs

und Buchers angefochten. Welche von beiden Einwendungen sie an die erste Stelle gerückt hat, ist gleichgültig. Dem Gläubiger, der seinem Schuldner versprochen hat, bis zu einem gewissen Zeitpunkt keine gerichtlichen Schritte gegen ihn zu unternehmen, kann nicht verwehrt sein, vor Ablauf der Frist das Gericht anzufragen, wenn der Schuldner den Anspruch in irgend einer Art bestreitet, und der Gläubiger in die Gefahr gerät, bei weiterem Zuwarten den Sachverhalt nicht mehr klarstellen zu können oder seine Beweismittel für die Gültigkeit des Anspruchs oder zur Entkräftung der Anfechtungsgründe des Schuldners zu verlieren. Dies trifft besonders dann zu, wenn der Schuldner die Leugnung des Anspruchs wie hier mit ehrenrührigen Beschuldigungen gegen den Gläubiger begründet, deren sofortige gerichtliche Widerlegung diesem angelegen sein muß. Eine Vereinbarung wie die gegenwärtige ist daher als unter dem stillschweigenden Vorbehalte des Gläubigers geschlossen anzusehen, daß der Schuldner die Gültigkeit der Forderung nicht in Frage stelle, und daß der Gläubiger, wenn es geschehe, berechtigt sei, eine gerichtliche Entscheidung über das Bestehen der Forderung herbeizuführen. Der Kläger war deshalb zur Klage befugt. Der § 259 ZPO., in dessen Form er sie gekleidet hat, eignet sich für Fälle wie den vorliegenden, weil nach dem Verhalten der Beklagten die Befolgung gerechtfertigt ist, daß sie sich der künftigen Leistung entziehen werde. Daß § 259 sich auch auf bedingte Ansprüche erstreckt, ist vom Reichsgericht wiederholt ausgesprochen worden (RGZ. Bd. 51 S. 243; 72 S. 22).“

d. Gilt § 157 BGB. trotz seines Wortlautes auch für einseitige Rechtsgeschäfte?

Die Frage ist zu bejahen und auch vom Reichsgericht besonders für Vollmachten erteilungen angenommen worden. So RG. 71 S. 223:

„Zugegeben ist sodann zwar, daß, sofern über Sinn oder Umfang der Vollmacht Zweifel bestehen, der in der Bevollmächtigung kundgegebene Wille des Vollmachtgebers durch Auslegung vermittelt werden muß, wofür dann die allgemeinen Grundsätze in §§ 133, 157 BGB. gelten und neben dem Wortlaute der Erklärung die Umstände des Falles und die Verkehrsanschauung in Rücksicht zu ziehen sind.“

Für die Auslegung letztwilliger Verfügungen kommt nach RG. 82 S. 153 der § 157 „nicht unmittelbar“ in Betracht. Aber mittelbar:

„Die Auslegung des Berufungsrichters steht auch im Einklange mit der Bedeutung, die nach den Gepflogenheiten des rechtlichen Verkehrs den abgegebenen Erklärungen im täglichen Leben zukommt, und entspricht daher sehr wohl den Anforderungen dieser Gesetzesvorschrift (nämlich des § 157), soweit sie über ihr eigentliches Anwendungsgebiet hinaus dem Richter objektive Anhaltspunkte allgemeiner Art für die Auslegung an die Hand gibt.“

Aberdies gibt § 2084 BGB. selbst eine Auslegungsregel für letztwillige Verfügungen. Auch bei Auslobungen ist § 157 entsprechend anwendbar. So ist die Auslegung eines Fundlohnes für das Wiederbringen einer verlorenen Sache in dem Sinne zu verstehen, daß die Auslobungssumme zugleich den gesetzlichen Finderlohn in sich schließen, nicht etwa neben dem Fundlohn versprochen sein soll.

e. Über die *clausula rebus sic stantibus* und die ausnahmsweise Berücksichtigung veränderter Umstände vgl. § 21 III.

f. Die Verkehrsſitte hat das Gericht im Prozeß auch von Amts wegen zu berücksichtigen. Vgl. auch § 346 HGB. (RG. 54 S. 182). Andererseits ist die Verkehrsſitte keine Rechtsnorm, ſodaß auf ſie etwa die Reviſion geſtützt werden könnte. Wohl aber kann ſie auf Verletzung der geſetzlichen Auslegungsregeln geſtützt werden, wenn z. B. die Verkehrsſitte überhaupt nicht berücksichtigt iſt.

§ 30.

Bedingung. Zeitbeſtimmung.

I. Bedingungen im allgemeinen.

a) Das Bürgerliche Geſetzbuch verſteht unter Bedingung die Vereinbarung, inhalts deren die Rechtswirkung eines Rechtsgeschäfts von einem zukünftigen, ungewiſſen Ereignis abhängig gemacht wird, ſowie auch dieſen ungewiſſen Tatbeſtand ſelbſt. So enthält z. B. § 158 Abf. 1 beide Begriffe.

Die Bedingung muß vereinbart ſein. Stillſchweigende Bedingungen können ſich nur ganz ausnahmsweiſe aus der Verkehrsſitte ergeben, wie z. B. bei Verkäufen des täglichen Lebens in Geſchäften und auf Märkten die Übereignung des Kaufgegenſtandes grundſächlich unter der aufſchiebenden Bedingung der ſofortigen Barzahlung des Kaufpreiſes erfolgt. Im übrigen iſt jedoch das Vorliegen einer ſtillſchweigenden Bedingung nur ganz ausnahmsweiſe und mit großer Vorſicht anzunehmen. Inſbeſondere iſt die Lehre Windscheids von der Vorausſetzung grundſächlich vom Geſetz abgelehnt und zwar ſelbſt dann, wenn der einen Vertragsteil eine von ihm unterſtellte Vorausſetzung beim Vertragſchluß erkennbar machte und dieſe Vorausſetzung nicht eintraf (RG. 62 S. 267/8):

„Der 1. Entwurf eines Bürgerlichen Geſetzbuches § 742, Motive Bd. 2 S. 842 erachtete eine ſtillſchweigende Erklärung einer ſolchen Vorausſetzung für wirksam. In den Protokollen der Kommiſſion für die 2. Leſung, Bd. 2, S. 690, wurde ausdrücklich feſtgeſtellt, daß für die Windscheid'sche Lehre von der Vorausſetzung niemand mehr eintrete, wie ſolche auch bereits in den Entſch. des RG.'s in Zivilſ. Bd. 24 S. 169 zurückgewieſen worden war. In das Bürgerliche Geſetzbuch iſt dieſe Lehre ſomit nicht übergegangen; ſie würde in der Tat die Sicherheit des Verkehrs gefährden und den Unterſchied zwiſchen Vorausſetzung und Motiv verwiſchen. Soweit alſo nicht ausdrücklich eine ſolche Vorausſetzung als Vertragsinhalt vereinbart iſt, haben die Grundſätze über Treu und Glauben mit Rückſicht auf die Verkehrsſitte, §§ 133, 157 BGB., bei Auslegung und Ermittlung des Parteiwillens die Entſcheidung zu geben. Von dieſem Geſichtspunkt aus hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts immer die Zuläſſigkeit des Rücktritts wegen veränderter Umſtände beurteilt.“

Bedingt ist das Rechtsgeschäft selbst, d. h. entweder der Eintritt oder der Fortbestand einer Rechtswirkung, je nachdem es sich um eine aufschiebende oder auflösende Bedingung handelt. Wie das Rechtsgeschäft, so ist auch das Recht selbst — das Rechtsgeschäft von der Seite des Berechtigten aus betrachtet — bedingt.

b) Das bedingte Recht ist von dem künftigen Recht und dem Anwartschaftsrecht wohl zu unterscheiden. Beim bedingten Recht hängt die Entstehung oder Fortwirkung nur von dem Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses ab; im übrigen ist die volle Grundlage für das Recht gegeben, es gehört zum Vermögen und somit zur Konkursmasse, wie z. B. ein Lotterielos, welches hinsichtlich eines etwaigen Gewinnes ein durch die Ziehung des Loses mit einem Gewinn bedingtes Recht darstellt. Schwierig und umstritten ist der Begriff des künftigen Rechtes. Zunächst haben alle Rechte auszuscheiden, für welche noch keinerlei Rechtsgrundlage gegeben ist und die nur möglicherweise entstehen können, z. B. der möglicherweise entstehende Schadensersatzanspruch wegen Verletzung meines Eigentums. Man wird von einem „künftigen Recht“ i. e. S. nur dann sprechen können, wenn ein Rechtsverhältnis bereits begründet ist, aus welchem durch den Hinzutritt weiterer Tatsachen ein Recht entstehen wird, z. B. auf Zahlung von Mietzinsen, dessen Entstehung jedoch nicht infolge einer von den Parteien vereinbarten Bedingung abhängig ist, sondern — wie v. Thur dies in der OJZ. 1904 S. 428 ausdrückt — „vom dispositiven Recht der Natur des Rechtsverhältnisses entnommen ist“. So ist z. B. der Anspruch der Tochter auf Gewährung der Aussteuer mit dem Augenblick ihrer rechtsgültigen Verlobung ein solcher „künftiger Anspruch“ und zwar auch dann, wenn die Gewährung der Aussteuer noch besonders vertragsmäßig zugesichert ist (RG. 58 S. 140/1), sodas nach § 258 ZPO. schon vor der Heirat auf Gewährung der Aussteuer nach der erfolgten Eheschließung geklagt werden kann. Die Verfügung über derartige Rechte ist — soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen — zulässig. Das Reichsgericht geht sogar noch weiter und läßt auch die Verfügung, insbesondere Abtretung hinsichtlich solcher Rechte zu, deren Entstehung nur als möglich vorausgesetzt ist und für welche noch nicht einmal ein Grund vorhanden ist. So RG. 55 S. 334:

„Das . . . Bürgerliche Gesetzbuch entscheidet die Frage nicht ausdrücklich; es ist aber weder mittelbar aus sonstigen Bestimmungen des Gesetzbuches, noch aus den Verhandlungen der Kommissionen und des Reichstages ein zwingender Grund zu entnehmen, der dazu nötigen würde, die Frage nunmehr anders zu entscheiden, als nach gemeinem Rechte. Die Bejahung der Zulässigkeit entspricht auch unverkennbar einem dringenden Verkehrsbedürfnisse, dessen Nichtbefriedigung, falls sie vom Bürgerlichen Gesetzbuche gewollt wäre, sicher nicht ohne nähere Begründung geblieben wäre. Der 2. Satz des § 398 BGB. steht dieser Auffassung nicht entgegen; er sagt nur, daß sich die Rechtsänderung un-

mittelbar an den Abtretungsvertrag, nicht erst an die Benachrichtigung des Schuldners oder an die Auslieferung der Schuldburkunden oder an sonstige mit der Erfüllung des Abtretungsvertrages zusammenhängende Umstände knüpft.“

Gegen die gegen diese Ansicht vorgebrachten Kritiken wendet sich das Reichsgericht im 67. Bande S. 167/8 mit folgenden Gründen:

„Es kann insbesondere der Auffassung nicht beigeppflichtet werden, daß es zum Wesen der Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehöre, daß der Gegenstand, auf den sie einwirken solle, gleichviel ob dieser eine Sache, oder ein Recht sei, zur Zeit der Verfügung existiere, und daß die durch die Verfügung gewollte Rechtsänderung im Augenblicke der Verfügung möglich sei. Wenn oder soweit Verfügungen über eine Sache, das ist (§ 90 BGB.) über einen körperlichen Gegenstand, nicht möglich sind, sofern es sich um eine zur Zeit der Verfügung in der Körperwelt noch nicht vorhandene Sache handelt, so liegt dies daran, daß zu solchen Verfügungen jedenfalls bei beweglichen Sachen gewisse in der äußeren Erscheinungswelt sich vollziehende Handlungen erforderlich sind, die nach ihrer Natur nur an einer vorhandenen Sache möglich sind. Die gegenwärtige körperliche Übergabe eines gegenwärtig noch nicht vorhandenen körperlichen Gegenstandes ist allerdings ein Unding. Anders bei den der gedachten Welt angehörenden Rechten. Gewiß gilt auch für diese der Satz, daß ohne das Vorhandensein eines Gegenstandes die Begründung eines dinglichen oder dem dinglichen entsprechenden Verhältnisses logisch undenkbar ist. Allein hieraus folgt lediglich, daß selbstverständlich die Abtretung zukünftiger Forderungen nur *ex tunc*, d. h. erst im Augenblicke der Entstehung dieser Forderungen, die gewollte dingliche Wirkung übt und üben kann, nicht *ex nunc*. Dagegen erscheint es nach dem Wesen der Willenserklärung, die allein zur Abtretung erforderlich ist, logisch wohl denkbar, daß diese Willenserklärung schon vor dem Zeitpunkte, in welchem die Rechte existent werden, mit dem Erfolge abgegeben wird, daß sie im Augenblicke des Existentwerdens der Rechte auf diese wirksam wird und sie unmittelbar ergreift. Daß dieser Erfolg künftig eintritt, ist eine rechtliche Wirkung, die die Abtretung bereits im Zeitpunkte ihrer Erklärung hat.“

Aber die Grenzen der Verfügung über zukünftige Rechte führt das RG. zu einem Falle, in welchem jemand zur Sicherung des Gläubigers nicht nur bestimmte, bereits vorhandene Forderungen, sondern auch „die weiteren durch zukünftige Lieferungen an seine Abnehmer entstehenden Forderungen“ abgetreten hatte, aus:

„Wie weit oder eng der Rahmen für die Anforderungen an eine Individualisierung der abgetretenen zukünftigen Forderungen im übrigen zu spannen ist, kann hier dahingestellt bleiben. Reinenfalls kann eine Abtretung so allgemeiner Art, wie sie hier vorliegt, für rechtlich zulässig gehalten werden; sie entbehrt in jeder Richtung der erforderlichen Bestimmtheit und Bestimmbarkeit der zukünftigen Forderungen, und die dadurch hervorgerufene Ungewißheit des Inhalts und Gegenstandes des Rechtsgeschäftes wird um so größer, als die Abtretung zum Teil mit zur Deckung zukünftiger, ebenfalls völlig unbestimmter Forderungen des Fessionars dienen soll“ (RG. 67 S. 168).

Aber die Frage der Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien vgl. Müller in Gruchots Beiträgen Bd. 54 S. 226 ff. Schließlich gibt es noch Anwartschaftsrechte. Enneccerus I § 75

bezeichnet sie als „Vorstufe eines Rechts, das sich aus ihnen unter dem Hinzutreten bestimmter Erfordernisse entwickelt, ohne daß noch eine Erwerbshandlung erforderlich wäre, aber praktisch (z. B. in Bezug auf Vererblichkeit und Veräußerlichkeit) schon als subjektive Rechte behandelt werden.“ Als Beispiel hierfür führt Eneccerus das Recht auf Anfall des Eigentums aus der befristeten Eigentumsübergabe und das Recht auf Rückfall aus der auflösend befristeten Eigentumsübergabe an. Auch die Anwartschaft auf ein aufschiebend bedingtes Erbschaftsvermächtnis (Universal-fideikommiß) gehört während des Schwebens der Bedingung hierher, wenn z. B. jemand seine Ehefrau zur alleinigen Erbin einsetzt und bestimmt, daß bei deren Tode ein Teil des Aberrestes an seine Schwester fallen solle. Das Reichsgericht führt im 67. Bande S. 427 ff. ausdrücklich aus, daß die Anordnung des Erblassers, daß der mit einem Vermächtnis Bedachte das Vermächtnis erst beim Ableben des Erben erhalten solle, an sich nur eine Zeitbestimmung, eine Hinausschiebung des Erwerbs, enthalte und mit der Frage, ob dem Bedachten das Vermächtnis nur unter der Bedingung zugewendet sein soll, daß er den Zeitpunkt der Fälligkeit erlebt, unmittelbar nichts zu tun habe und daß ein diesbezüglicher Wille der Feststellung der näheren Begründung bedürfe. Vor dem Erbfall hat der also Bedachte nur eine bloße Hoffnung und Aussicht auf den Erwerb. So RG. 67 S. 428/9:

„Anders mit dem Eintritt des Erbfalls. Nunmehr ist nicht nur die letztwillige Verfügung endgültig und widerruflich, sondern sie tritt jetzt auch nach außen in Kraft und Wirksamkeit, und damit ist die bis dahin fehlende rechtliche Beziehung des Bedachten zum Nachlasse geschaffen, die von der bloßen Erwerbshoffnung oder -aussicht zur rechtlich gesicherten Anwartschaft führende Brücke hergestellt. Die Erwerbsaussicht des Bedachten ist nicht mehr einer künftigen Forderung vergleichbar, der es noch an einer Grundlage fehlt, sondern einer Forderung, deren rechtliche Grundlage bereits unabänderlich feststeht, und deren Entstehung nur noch von einer künftigen ungewissen Tatsache abhängt, also einer aufschiebend bedingten Forderung. Der einzige erhebliche Unterschied zwischen dem aufschiebend bedingten Erbschaftsvermächtnis und einer beliebigen, auf Vertrag beruhenden aufschiebend bedingten Forderung liegt in der Unvererblichkeit des Vermächtnisses während schwebender Bedingung, die auf positiver Gesetzesvorschrift beruht (. . . vgl. auch § 2074 BGB.). Dieser Umstand ist indes nicht geeignet, in bezug auf Abtretbarkeit und Pfändbarkeit eine verschiedene Beurteilung und Behandlung des bedingten Erbschaftsvermächtnisses und einer bedingten Forderung zu rechtfertigen. Dies um so weniger, als auch eine auf Vertrag oder sonstigem Rechtsgrunde beruhende Forderung, die dem Gläubiger unter der aufschiebenden Bedingung zusteht, daß er einen gewissen Zeitpunkt erlebe, nach der Natur dieser Bedingung niemals als bedingte vererblich sein kann. Denn entweder erlebt der Gläubiger den Zeitpunkt, dann steht ihm die Forderung unbedingt und natürlich auch unbedingt vererblich zu, oder er erlebt ihn nicht, dann ist die Forderung wegen Ausfalles der Bedingung überhaupt nicht zur Entstehung gelangt. Diese Erwägungen führen dazu, nicht nur die Abtretbarkeit des bedingten Erbschaftsvermächtnisses zu bezagen, wie dies auch schon der 3. Zivilsenat des Reichsgerichts in

seinem Urteile vom 20. März 1883 (Entsch. des RG.'s in Zivill. Bd. 8 S. 189 flg.) unter ausführlicher Begründung getan, sondern auch dessen Pfändbarkeit."

c) Einteilung der Bedingungen.

I. Im gemeinen Recht und im Code civil unterschied man **potestative, kasuelle** und **gemischte** Bedingungen.

1. Die Potestativbedingung macht den Eintritt der Bedingung vom freien Willen und Verhalten dessen abhängig, der sie dem Rechtsgeschäft beifügt. Nach RG. 72 S. 385 können auch heutzutage Verträge unter einer Bedingung geschlossen werden, die vom „bloßen Wollen“ des Berechtigten abhängen, was § 495 (Kauf auf Probe) ergibt. Unzulässig ist es aber, das bloße Wollen des Verpflichteten zur Vertragsbedingung zu machen:

„Wer sich verpflichtet, falls er künftig wolle, gibt gegenwärtig eine verpflichtende Erklärung noch nicht ab. Anders aber liegt der Fall, wenn die Verpflichtung abhängig gemacht wird nicht von dem künftigen Wollen des Verpflichteten, sondern von einem, wenn auch in seinem Belieben stehenden Tun. Dann liegt keine rein potestative, sondern eine in ihrer Wirkung der kasuellen gleichstehende, sogen. „gemischte“ Bedingung vor“ (RG. 72 S. 385).

Beim Vorkauf handelt es sich hinsichtlich des Berechtigten um eine potestative Bedingung.

2. Die kasuelle Bedingung hängt von einem zukünftigen ungewissen Ereignis ab und entspricht der Bedingung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im technischen Sinne.

3. Die gemischte Bedingung hängt von dem Verhalten des einen Teiles und außerdem von ihm unabhängigen zukünftigen Umständen ab. So handelt es sich beim Vorkauf in Ansehung des Verpflichteten um eine gemischte Bedingung (so auch RG. 72 S. 386), denn der Vertragsschluß hängt hier nicht lediglich vom Willen des Verpflichteten ab: „er hat seinen Willen endgiltig erklärt und sich für den Fall der Vornahme des Vorkaufs gebunden.“

d) Rechtsbedingungen sind unechte Bedingungen und zwar solche, „welche die rechtliche Wirkung von einem Umstande abhängig machen, von welchem dieselben auch ohne den Willen des Erklären abhängig sind“ (Entw. I zum BGB. § 440). So gewährt z. B. das Versprechen der Gewährung einer Aussteuer an eine Braut kein „bedingtes Recht“ für dieselbe. Ebenso ist der Vorbehalt vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung keine eigentliche, sondern eine Rechtsbedingung.

Auch die Ausfallbürgschaft steht unter der Rechtsbedingung, daß der Bürge nur haftet, wenn ein Ausfall wirklich eintritt. Den Eintritt muß der Gläubiger beweisen. Regel ist, daß der Ausfall in voller Höhe feststehen muß, bevor der Bürge in Anspruch genommen wird. Kann jedoch der Gläubiger z. B. beim Konkurse

des Hauptschuldners ausnahmsweise vor Beendigung des Konkurses die Mindesthöhe seines Ausfalls nachweisen, so kann der Gläubiger den ziffernmäßig nachweisbaren Teilbetrag seines Ausfalles unter Vorbehalt des Restes gegen den Bürgen geltend machen (RG. 75 S. 186—8).

Das Beifügen einer Rechtsbedingung ist unschädlich, da letztere sich von selbst versteht.

e) Unmögliche und unsittliche Bedingungen.

1. Unmögliche Bedingungen sind solche, deren Nichteintretbarkeit schon bei Abschluß des Rechtsgeschäfts feststeht. Hierbei führt die aufschiebende unmögliche Bedingung zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, während die auflösend unmögliche Bedingung als nicht hinzugefügt gilt, sodaß das Rechtsgeschäft unbedingt wirksam ist. Gleiches gilt auch für unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen.

Wider sinnige, sogen. perplexe Bedingungen sind stets nichtig und führen volle Nichtigkeit des unter einer solchen Bedingung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts herbei.

2. Unsittliche Bedingungen sind nach §§ 134, 138 BGB. zu beurteilen und führen bei deren Voraussetzungen zur Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts.

f) Zur Zeit des Rechtsgeschäfts bereits entschiedene Bedingungen sind keine echten Bedingungen, weil ein zukünftiges gewisses Ereignis nicht mehr vorliegt. Nach § 137 des 1. Entwurfs zum BGB. sollten Rechtsgeschäfte mit bereits erfüllter Suspensivbedingung als unbedingt errichtet, solche mit bereits eingetretener Resolutivbedingung als unwirksam angesehen werden, jedoch das Gegenteil eintreten, wenn die Bedingung zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts bereits ausgefallen war. Vielfach wird hier eine Wette vorliegen, da nach dem Begriff derselben der Nachteil, den der eine Teil für den Fall der Unrichtigkeit seiner Behauptung übernehmen will, auch darin bestehen kann, ein für ihn nachteiliges, dem andern vorteilhaftes Geschäft einzugehen (RG. 61 S. 156).

g) Sogen. Geschäftsbedingungen.

Unter den von den Parteien als „Geschäftsbedingungen“ häufig bezeichneten Vertragsbestimmungen sind lediglich die einzelnen Vertragsbestimmungen zu verstehen, unter denen ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird. So wird z. B. häufig von „Versicherungsbedingungen“ eines Versicherungsvertrages gesprochen. Um „Bedingungen“ handelt es sich hierbei nicht.¹⁾

¹⁾ Aber ihre Bedeutung vgl. § 29 VI

h) Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gehören hierher hauptsächlich die Aufrechnung, Auflassung, Eheschließung, Anerkennung der Ehelichkeit, Ehelichkeitserklärung, Annahme an Kindes Statt, Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses usw., nicht aber die Begründung eines Erbbaurechtes (RG. 61 S. 3) oder einer Hypothek usw. (RG. 70 S. 248).

Mahnung¹⁾ und Kündigung sind an sich bedingungsfeindlich. Jedoch ist insbesondere die Kündigung unter einer Bedingung dann zulässig, wenn der andere Teil genau weiß, woran er ist. So ist z. B. die Kündigung einer Miete unter der Bedingung der Zahlung eines höheren oder niederen Mietzinses, die Kündigung einer Hypothek unter der Bedingung der Zahlung höherer Hypothekenzinsen zulässig, da der Bekündigte genau weiß, unter welcher Bedingung das Rechtsverhältnis als fortgesetzt oder aufgelöst zu betrachten ist.

Die Kündigungszulässigkeit kann an eine aufschiebende Bedingung geknüpft werden, z. B. kann bei einem Mietvertrag die Kündigung zu einem bestimmten Zeitpunkt für den Fall der Geschäftsaufgabe vereinbart werden:

„Die Erklärung der Kündigung darf es freilich an der ihrem Zweck entsprechenden Klarheit und Bestimmtheit nicht fehlen und sie darf keinen Zweifel darüber aufkommen lassen, ob und zu welchem Zeitpunkt der Kündigende das Vertragsverhältnis aufheben wolle. Deshalb wird ihr die Zufügung einer Bedingung die rechtliche Wirksamkeit nehmen. Nach dem das Gebiet der Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit muß es aber den Vertragsteilen erlaubt sein, sich im voraus einer Bestimmung zu unterwerfen, durch welche das Recht zur Kündigung und damit ihre Rechtmäßigkeit von dem Eintritt oder Nichteintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht wird. Allerdings läßt sich nicht verkennen, daß dadurch eine gewisse Unsicherheit in ihre Rechtsbeziehungen gebracht wird. Haben sie sie aber gewollt, so zieht ihnen das Gesetz nach dieser Richtung hin keine Schranke. Es läßt vielmehr fast überall da, wo es eine außerordentliche Kündigung gestattet [vgl. z. B. die §§ 542, 544, 549 Abs. 1 Satz 2 und alle Fälle der Kündigung aus einem wichtigen Grunde], bei dem Bestreiten ihrer Rechtmäßigkeit durch den anderen Vertragsteil gleiche oder ähnliche Verhältnisse entstehen, wie sie durch die streitige Parteivereinbarung in der Auslegung, die sie seitens des DLG. gefunden hat, geschaffen worden sind. Dort bringt erst die richterliche Feststellung oder Verneinung der Rechtsgültigkeit der Kündigung die Klärung der Rechtslage, die hier nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien durch die lediglich von dem Kündigenden selbst abhängige Verwirklichung oder Nichtverwirklichung eines bestimmten Tatbestandes innerhalb einer bestimmten Frist herbeigeführt werden sollte.“ (RG. in Jur. W. 47 S. 219/220).

¹⁾ Bezüglich der Mahnung vgl. RG. 75 S. 335.

War eine Kündigung zur Zeit ihrer Erklärung unzulässig, so wird sie durch den späteren Eintritt von Umständen, nach denen sie nun zulässig ist, nicht von jetzt ab wirksam. So RG. bei Gruchot 48 S. 817—9. Wenn also die Kündigung eines Darlehns für den Fall nicht pünktlicher Zinszahlung zulässig ist, so kann die Kündigung nicht schon im voraus für den Fall, daß in Zukunft einmal eine Zinsrate nicht pünktlich bezahlt werden sollte, wirksam erklärt werden. Die nicht pünktliche Zinszahlung gibt vielmehr dem Gläubiger erst die Befugnis zur Kündigung.

Die Kündigung kann auch durch schlüssige Handlungen, insbesondere durch Klagerhebung, erklärt werden (RG. 53 S. 212, RG. bei Gruchot 48 S. 818), vorausgesetzt, daß die Voraussetzungen einer wirksamen Kündigung vorliegen. Die bloße Tatsache der Räumung einer Mietwohnung soll nach OLG. Braunschweig in Rspr. der OLG. 18 S. 12 noch nicht zum Schlusse der Kündigung berechtigen, da es z. B. bei einer Ladenmiete möglich sei, daß der Mieter sein Ladengeschäft zwar in einer anderen, ihm vielleicht günstigeren Gegend weiter betreiben, einstweilen aber die gemieteten Lokalitäten zwecks anderer Benutzung behalten wolle. Wohl aber sei aus der Ablieferung der Schlüssel der Wille endgültiger Aufhebung der bisherigen Mietwohnung zu schließen. Über die Kündigung durch Erhöhung des Mietzinses führt das OLG. Dresden in der Rspr. der OLG. 21 S. 204 aus:

„Wenn ein Vermieter seinem Mieter erklärt, er erhöhe von einem gewissen Zeitpunkt ab den bisherigen Mietzins, so kann dies als ein bloßer Vorschlag im Sinne der Anknüpfung von Verhandlungen über Abänderung des bestehenden Vertragsverhältnisses ohne dessen Aufhebung gemeint sein. Ob das der Fall ist oder ob hierin eine Kündigung zu finden sei, richtet sich nach den jeweiligen Umständen.“

Solche Umstände liegen z. B. nach der erwähnten Entscheidung in der Zustellung der Mietzinserhöhung durch eingeschriebenen Brief, da diese Form erfahrungsgemäß im Verkehrsleben bei der Kündigung von Mieträumen gewählt wird.

Die Kündigung kann schließlich ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen zurückgenommen werden. Eine solche Rücknahme liegt z. B. in dem Wohnenbleiben trotz erfolgter Kündigung:

„Sollte der an den Vermieter im Juni 1900 geschriebene Brief auch die Aufforderung zur Beseitigung des durch die Ratten rerurfachten Uebelstandes unter Setzung einer bestimmten angemessenen Frist, sowie die Erklärung enthalten habe, daß nach fruchtlosem Ablaufe der Frist das Mietverhältnis mit sofortiger Wirkung als gekündigt zu gelten habe, so würde eine darin zu findende Kündigung durch das spätere Verhalten des Beklagten wirkungslos geworden sein. Neben der Kündigung zum Zwecke sofortiger Vertragsauflösung kann nicht der einseitige Wille des Mieters bestehen das Mietverhältnis auf beliebige Zeit noch fortzusetzen. Die Beklagten sind aber bis

November 1900 in der Wohnung geblieben, sie haben allmonatlich den Mietzins entrichtet, ohne jemals wieder eine Beseitigung des durch die Ratten verursachten Uebelstandes zu verlangen; damit haben sie zu erkennen gegeben, daß sie auf der Kündigung, die schon im Juni erfolgt sein soll, nicht bestehen wollten; diese Kündigung muß daher als zurückgenommen gelten . . ." (OLG. Karlsruhe in Rspr. der OLG. 2 S. 480/1).

Ebenso auch OLG. Karlsruhe in Rspr. der OLG. 13 S. 355.

Bedingungsfeindlich ist schließlich auch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung:

„Eine nur bedingt nachträglich erteilte Zustimmung ist begrifflich keine die Rechtswirksamkeit erzeugende Genehmigung, denn die Wirksamkeit wird von dem Eintreten eines ungewissen Ereignisses abhängig gemacht. Das BGB. läßt es auch an keiner Stelle zu, daß der Gerichtsakt der nachträglichen Zustimmung, der Genehmigung bei Hinzufügung einer Bedingung das genehmigte Geschäft wirksam mache. Es wird nur von der Genehmigung schlechthin, also der Erklärung vollen Einverständnisses gesprochen. Die obrigkeitliche nachträgliche Zustimmung, die Genehmigung kann daher zu dem Geschäft nur so erklärt werden, wie es vorliegt (so auch Breit, J.-Bl. f. Fr. G. 4 S. 596). Planck weist (2 vor §§ 1821—1832, Note 9) mit Recht darauf hin, daß eine unter einer Bedingung erteilte Genehmigung keine Genehmigung, sondern eine Verweigerung der erbetenen verbunden mit der vorherigen Zustimmung für den Fall der Erfüllung der Bedingung enthält. Es müßte ein dem Inhalte der Bedingung entsprechendes neues Geschäft geschlossen werden (so auch Crome, System 4 § 629 N. 107). Zum gleichen Ergebnis führt die entsprechende Anwendung der rechtsgeschäftlichen Grundsätze des BGB. Die Genehmigung des Vorm.-Gerichts ist zum Zustandekommen des Vertrags, zum Entstehen der rechtserzeugenden Willensbindung ebenso unentbehrlich, wie die bedingungslose Annahme eines Vertragsantrags. Nach § 150 gilt aber eine Annahme unter einer Bedingung als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. Nicht anders bei entsprechender Anwendung des § 108 I oder der des § 138. Diese nachträglichen Genehmigungen wirken als solche nur, wenn sie sich inhaltlich mit dem zu genehmigenden Geschäfte decken. Die Genehmigung „die nachträgliche Gutheißung einer Rechtshandlung“ (RG. 52 S. 163) ist also ein bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft.“ (RG. in Rspr. der OLG. 24 S. 58/9).

Aus dem Handelsrecht ist die Unzulässigkeit der Bedingtheit von Beitrittserklärungen zu Handelsgesellschaften zu erwähnen, da das Handelsgesetzbuch und die Nebengesetze eine bloß vorläufige Beteiligung nicht kennen. Vgl. RG. 33 S. 93 zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung:

„Das Gesetz vom 20. April 1892 kennt keine bloß vorläufige Beteiligung an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Wer den Vertrag über Errichtung einer solchen Gesellschaft unter Übernahme eines oder mehrerer Stammteile¹⁾ unterzeichnet, erkennt damit den Gesellschaftsvertrag und folglich

¹⁾ Das Reichsgericht überfieht hier, daß nach § 5 Abs. 2 des Ges. mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 in der Fassung der Verk. vom 20. Mai 1898 bei der Errichtung der Gesellschaft kein Gesellschafter mehrere Stammeinlagen übernehmen kann, während ein späterer Erwerb der anderen Geschäftsanteile durch einen Gesellschafter möglich ist. Staub weist in seinem Kommentar zum Geset. 4. Auflage, S. 109 Anm. 6 zu § 5 zutreffend darauf hin, daß ein Erwerb entgegen dem § 5 Abs. 2 nicht unbedingt die Nichtigkeit der ganzen Übernahme bedinge; es sei anzunehmen, daß, wenn ein

auch die Errichtung der Gesellschaft selbst als rechtsbeständig und für sich verbindlich an. Vorbehalte und Einschränkungen, die der Beitrittserklärung beigefügt werden, entkräften dieselbe; ein in der Beteiligungserklärung nicht zum Ausdruck gebrachter Vorbehalt ist der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Dies ergibt sich aus den auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung analog anzuwendenden Grundsätzen des Aktienrechts."

Unzulässig ist daher die Bestimmung in einem Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung des Inhalts: „Den Rest des Stammkapitals übernehmen die unterzeichneten Gesellschafter in Anteilen von 500 M. gemeinschaftlich, auch die Anteile der etwa nicht Beitretenden.“ Das Reichsgericht führt hierzu in Bd. 83 S. 258/9 aus:

„Diese Bestimmung läßt sich nach ihrem klaren Wortlaute nicht anders auffassen, als daß die Übernahme der Anteile an die Bedingung geknüpft war, daß die Gesellschafter, deren künftiger Beitritt gemäß § 41 Abs. 2 des Vertrags in Aussicht genommen war, der Gesellschaft nicht beitreten würden. Ob es sich hierbei um eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung handelt, ist ohne Bedeutung. Mit Unrecht verneint das BG., daß die fragliche Vertragsbestimmung überhaupt eine Bedingung enthalte, weil die Unterzeichner des Protokolls den noch ungedeckten Rest des Stammkapitals auf jeden Fall übernommen hätten und nur der Betrag des Restes sich um soviel hätte verringern sollen, als die neu beitretenden Mitglieder von dem Stammkapital übernehmen würden. Auch bei dieser Auffassung des Berufungsgerichts ist in Wirklichkeit die Übernahme der in Rede stehenden Anteile des Stammkapitals durch die Unterzeichner des Protokolls von der auflösenden Bedingung abhängig, daß die noch in Aussicht genommenen Mitglieder beitreten würden. Es ist nun anerkannten Rechts, daß derartige, einer Beitrittserklärung beigefügte Bedingungen, mögen sie aufschiebend oder auflösend sein, unzulässig sind und die Beitrittserklärung unwirksam machen, weil das Gesetz eine bloß vorläufige Beteiligung nicht kennt (Entsch. des RG.'s in Zivillf. Bd. 33 S. 93, Bd. 78 S. 360). Wenn nun auch aus der Nichtigkeit einer solchen Beitrittserklärung noch nicht ohne weiteres die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages folgt, so ist doch diese Folge hier nach den besonderen Umständen des Falles gegeben. Eine der wesentlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, deren Fehlen oder Nichtigkeit nach § 75 des Gesetzes die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages herbeiführt, ist unter anderem die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 4 G. m. b. H., wonach der Vertrag enthalten muß, „den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage).“ Zur Erfüllung dieses Erfordernisses gehört, daß der Betrag der Stammeinlagen bestimmt und bedingungslos festgestellt wird. Diesem Erfordernis ist im vorliegenden Fall nicht genügt; denn der schließliche Betrag, mit dem die Unterzeichner des Gesellschaftsvertrages hinsichtlich „der Anteile der etwa nicht Beitretenden“ haften sollen,

Gesellschafter mit einem bestimmten Kapitale beitrete, er dabei keinen ausschlaggebenden Wert auf die Teilung von Einlage und Geschäftsanteil lege. Es bliebe dann die Gültigkeit der Gesamtübernahme mit der Wirkung, daß ein Geschäftsanteil entstehe. Nur wenn erwiesen werde, daß der Gesellschafter den Geschäftsanteil als einen einheitlichen nicht übernommen haben würde, könne von einer Nichtigkeit der ganzen Übernahme gesprochen werden (§ 139 BGB.). Dann sei der Betrag „der von jedem Gesellschafter zu leistenden Einlage“ nicht gültig festgesetzt, § 3 Abs. 1 Ziff. 4 verletzt, woraus die Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages aus § 75 des Gesetzes folge, ohne daß die Möglichkeit der Teilung bestände.

stand bei Abschluß des Vertrags noch nicht endgültig fest, hing vielmehr von dem Beitritt oder Nichteintritt der in Aussicht genommenen weiteren Mitglieder ab. Diese Verletzung des § 3 Abs. 1 Nr. 4 hat nach dem Gesagten die Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages zur Folge.“¹⁾)

II. Die aufschiebende Bedingung.

a) Bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein (§ 158 Abs. 1). Das also bedingte Rechtsgeschäft ist seiner Rechtsgrundlage nach schon mit dem Abschluß des Rechtsgeschäfts entstanden. Die bedingte Berechtigung gehört zum Vermögen und ist kein zukünftiges Recht; die bedingte Belastung ist eine bereits bestehende Belastung des Vermögens. So auch RG. 69 S. 421 zur Rechtsnatur der Ausfallbürgschaft:

„Allerdings wird, wenn eine Verpflichtung unter einer aufschiebenden Bedingung übernommen wird, diese Verpflichtung nach § 158 Abs. 1 BGB. erst mit dem Eintritt der Bedingung rechtswirksam. Allein der Rechtsgrund für sie ist schon durch den Abschluß des bedingten Vertrages gelegt; der bedingt Berechtigte ist auch für den Fall, daß die Bedingung eintritt, in gewissem Umfange gegen Verfügungen geschützt, die der bedingt Verpflichtete vor dem Eintritt der Bedingung getroffen hat (§§ 160, 161 BGB.). Dementsprechend unterscheidet das Gesetz ausdrücklich zwischen bedingten und zukünftigen Forderungen (§§ 765, 1113, 1204, 1205 BGB.) und behandelt die ersteren in verschiedenen Sonderbestimmungen als bereits bestehende Ansprüche. So werden im Konkurse, obwohl die Konkursmasse nur zur Befriedigung derjenigen persönlichen Gläubiger dienen soll, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben, aufschiebend bedingte Forderungen berücksichtigt (§ 67, verb. mit §§ 154, 156, 168 Nr. 2, 169, auch § 96 K.D.), und dasselbe geschieht im Zwangsversteigerungsverfahren (§§ 48, 119 Zw.ZG.). Ebenso werden im Konkurse bedingte Forderungen des Gemeinschuldners zur Konkursmasse gezogen, obwohl diese nur dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners umfaßt, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. In Übereinstimmung hiermit werden im Verkehrsleben Verpflichtungen einer Person, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängen, als bereits bestehende Belastungen ihres Vermögens angesehen und behandelt, ausgenommen höchstens Fälle, in denen der Eintritt der Bedingung außerhalb des Bereichs jeder Wahrscheinlichkeit liegt.“

Bedingt kann sowohl das Kausalgeschäft wie das dingliche Erfüllungsgeschäft oder beide zusammen sein. Bei den gewöhnlichen Abzahlungsgeschäften des täglichen Lebens ist der Kaufvertrag unbedingt geschlossen, während die Abreignung eine bedingte ist. Die Bedingung tritt unabhängig vom Willen des Verkäufers mit der Zahlung bzw. Hinterlegung des vollen Kaufpreises ein. Ob die

¹⁾ Gleichwohl haben trotz der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages nach § 77 Abs. 3 S. m. b. S. G. die Gesellschafter „die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.“ Zur Einziehung ist auch der Konkursverwalter befugt (RG. 83 S. 259).

Bedingtheit des Kausalgeschäfts auch die des Erfüllungsgeschäfts nach sich zieht, ist Auslegungsfrage.

Vgl. ferner RG. 54 C. 340:

„Der vertragsmäßige Vorbehalt des Rücktritts vom „Kaufvertrage“ ist ... im Zweifel als ein Vorbehalt des Rücktritts vom obligatorischen Vertrage aufzufassen; dieser Rücktritt hat keine dingliche Wirkung, nur die in den §§ 346 bis 348 BGB. geregelten obligatorischen Wirkungen. Indessen können die Vertragsschließenden dem an sich obligatorisch wirkenden Rücktrittsrecht dingliche Wirkung geben, indem sie — wenigstens bei beweglichen Sachen — den dinglichen Vertrag von der auflösenden Bedingung der Erklärung des Rücktritts abhängig machen, die nach § 158 Abs. 2 BGB. dinglich wirkt.“

Auch abstrakte Erfüllungsgeschäfte können unter einer Bedingung geschlossen werden, soweit das Gesetz dies nicht ausschließt, wie z. B. bei der Auflassung und Aufrechnung (vgl. RG. in J. W. 44 C. 650).

b) Die Beweislast.

Behauptet der aus einem unbedingten Rechtsgeschäft in Anspruch Genommene, daß dasselbe unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen sei, so vertritt er den Abschluß des vom Kläger als unbedingt abgeschlossen angegebenen Rechtsgeschäfts, weshalb den Kläger die Beweislast für die Unbedingtheit trifft. So die durchaus herrschende Ansicht auch der Praxis.

c) Die aufschiebende Bedingung hat im Falle ihres Eintritts keine rückwirkende Kraft. Selbst wenn die Parteien die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbeziehen wollen, sind dieselben bei Eintritt der Bedingung nur obligatorisch verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären (§ 159).

d) Wenn jemand unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, kann er nach § 160 im Falle des Eintritts der Bedingung Schadenersatz von dem andern Teile verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt. Der Umfang des Schadenersatzes bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Sicherungsmittel des bedingt Berechtigten sind vor allem der Arrest (vgl. § 916 Abs. 2 ZPO.) und die einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO.). Auch die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch zum Schutze des bedingten Rechts ist zulässig.

Wenn jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt hat, so ist jede weitere Verfügung über den Gegenstand in der Zwischenzeit im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde, doch werden hinsichtlich des Schwebens der Bedingung Gutgläubige nach §§ 932 ff. ge-

schügt. Der rechtsgeschäftlichen Verfügung stehen solche der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter gleich (§ 161). Die Unwirksamkeit ist hiernach absolut, doch entfällt sie, wenn der bedingt Berechtigte der nachteiligen Verfügung zustimmt. Voraussetzung ist, daß über einen Gegenstand nicht ein obligatorisches Geschäft geschlossen, sondern bereits eine dingliche Verfügung getroffen ist. Wenn jemand einen Gegenstand unter einer aufschiebenden Bedingung verkauft hatte, ohne das Eigentum an ihm bedingt zu übertragen, so greift zwar bei einer Veräußerung an einen Dritten während des Schwebens der Bedingung § 160, nicht aber § 161 ein. Der Dritte erwirbt also trotz Kenntnis des obligatorischen Rechts des anderen auf den Gegenstand das Eigentum durch die Veräußerung seitens des Eigentümers. Jedoch kann hier § 826 BGB. vorliegen. (Vgl. Mohr, Schuldrecht II. Teil, § 826.) Anders dann, wenn sich dem bedingten Kaufvertrage die bedingte Veräußerung anschloß, dann gilt § 161 und anderweite Veräußerungen an Schlechtgläubige sind unwirksam.

e) Wenn der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird, so gilt die Bedingung infolge der Fiktion des § 162 als eingetreten. Es genügt aber nicht, daß der Eintritt der Bedingung nur erschwert wurde. So RG. 66 S. 226:

„Hat der bedingt Verpflichtete nichts weiter getan, als daß er in einer für den Gegner ungünstigen Richtung auf die Chancen der Bedingung einwirkte, so greift die Fiktion des Eintritts der Bedingung nicht Platz.“

Das Reichsgericht entschied im 79. Bande S. 96 ff. folgenden Fall: K. hatte an B. ein Grundstück unter der Bedingung verkauft, daß B. die Konzession für den Hotelbetrieb und vollen Schankbetrieb in der gekauften Villa erhalte. B. suchte die Konzession nach, ohne zuvor das Gebäude ausgebaut und vergrößert zu haben. Sein Gesuch wurde abgelehnt, weil für ein Hotel mit nur 4 Fremdenzimmern und für einen selbständigen Schankbetrieb kein Bedürfnis vorliege. Darauf erklärte B. den Vertrag für hinfällig. K. dagegen machte geltend, daß der B. den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glaube vereitelt habe, weil er unterlassen habe, die Villa in einen zum Hotelbetrieb geeigneten Zustand zu versetzen, obwohl ausdrücklich vereinbart worden war, daß er auf die Villa ein zweites Stockwerk aufsetzen sollte. Nun klagte K. auf Zahlung des Kaufpreises. Im Gegensatz zum Landgericht wies das Oberlandesgericht die Klage ab. Die vom Kläger eingelegte Revision wurde für begründet erklärt. Das RG. führte dabei u. a. folgendes aus:

„Danach (d. h. nach § 162 Abs. 1) steht aber betreffs der Anwendbarkeit des § 162 Abs. 1 keineswegs in Frage, ob der bedingt Verpflichtete sich unredlich einer vertraglichen Verpflichtung entzogen und ob er etwas nicht getan hat, was er zu tun vertraglich gehalten war. Entscheidend ist vielmehr

nur, ob er wider Treu und Glauben den Eintritt desjenigen Ereignisses verhindert hat, welches zur Bedingung gemacht worden war. War insbesondere der Eintritt des Ereignisses davon abhängig, daß der bedingt Verpflichtete eine Handlung vornahm, so kommt es für die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht darauf an, ob er zur Vornahme der Handlung vertraglich verpflichtet worden ist, ob also dem andern Teile ein klagbarer Anspruch auf die Leistung der Handlung entstanden war. Es genügt vielmehr schon, wenn die Vornahme der Handlung nach den Geboten von Treu und Glauben erforderlich war. Diese Annahme wird aber nur dann unzulässig sein, wenn es nach der Absicht der Vertragsparteien in das freie Belieben des bedingt Verpflichteten gestellt sein sollte, wie er sich verhalten wolle (RG. 53 S. 257), nicht auch dann, wenn die Parteien gerade davon ausgegangen sind, die Entscheidung über den Eintritt oder über den Ausfall der Bedingung sei unter allen Umständen herbeizuführen. Auch in derartigen Fällen dem bedingt Verpflichteten die Ausflucht zu gestatten, daß er sich zur Vornahme der Handlung im Verträge nicht verpflichtet habe, wäre mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar. Dies wird namentlich dann zutreffen, wenn die Bedingung, wie im Streitfall, allein zugunsten des bedingt Verpflichteten vereinbart worden und mithin anzunehmen ist, daß sich der Gegner zur Bewilligung der Bedingung lediglich im Vertrauen darauf verstanden hat, der andere Teil werde die Entscheidung redlicherweise herbeiführen. In Fällen dieser Art wird es endlich aber auch nicht in das freie Belieben des bedingt Verpflichteten gestellt sein, unter welchen Umständen er die Entscheidung herbeiführen, und wie er die nach Treu und Glauben gebotene Handlung vornehmen wolle. Nach den Anforderungen von Treu und Glauben wird er vielmehr, wenngleich ihm nach dieser Richtung eine vertragliche Verpflichtung nicht auferlegt worden ist, ohne weiteres so handeln müssen, wie es der bedingt Berechtigte nach Lage der Sache billigerweise erwarten konnte. Eine unredliche Vereitelung der Bedingung gemäß § 162 Abs. 1 BGB. kann deshalb auch schon dann in Frage kommen, wenn der bedingt Verpflichtete die gebotene Handlung äußerlich zwar vorgenommen hat, wenn er es jedoch nicht in der Weise getan hat, wie sein Gegner zu erwarten berechtigt war, und wie er es, um eine sachgemäße Entscheidung zu erwirken, redlicherweise hätte tun müssen.

Von diesen Gesichtspunkten aus war auch der gegebene Fall zu prüfen. Dann war aber für die Erwägungen, aus denen das Berufungsgericht die Behauptung des Klägers als unbeachtlich erklärt hat, überhaupt kein Raum. Dagegen mußte festgestellt werden, ob der Beklagte, dem die von ihm tatsächlich nachgesuchte Konzeption verweigert worden ist, dies Ergebnis, wenn auch nicht durch Verletzung einer vertraglichen Leistungspflicht, so doch durch eine unredliche Handlungsweise geflüßentlich verursacht hat, indem er die Konzeption unter Umständen nachsuchte, unter denen er es bei einem redlichen Verhalten dem Kläger gegenüber nicht hätte tun dürfen. Bei dieser Ermittlung handelt es sich soweit nicht um eine Auslegung der Bestimmung des § 5 des Vertrags, sondern lediglich um die unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände (sei es aus der Zeit vor Abschluß des Vertrags, sei es aus späterer Zeit) zu treffende Feststellung, wie sich der Beklagte redlicherweise hätte verhalten müssen. Wie die Sache gegenwärtig liegt, besteht allerdings der Verdacht, daß es ihm um die Erlangung der Konzeption überhaupt nicht ernstlich zu tun war, daß er sich vielmehr um die Genehmigung unter Umständen erworben habe, unter denen er selbst auf ihre Erlangung gar nicht rechnete, und

daß er sich jedenfalls dessen bewußt war, er verfare anders, als der Kläger erwarten durfte. Daß sein Gesuch nur dann Aussicht auf Erfolg hatte, wenn der Behörde genügende Räumlichkeiten auch für den Hotelbetrieb nachgewiesen wurden, kann dem Beklagten unmöglich entgangen sein. Auch erscheint die Annahme nicht ausgeschlossen, daß er sich schon von vornherein selbst gesagt hat, für den Betrieb eines Hotels in dem nahe beim Bahnhofe gelegenen Gebäude würden vier Fremdenzimmer nicht ausreichend sein. Endlich ist festgestellt, daß der Beklagte die nachgesuchte Konzession für beide Betriebe wirklich erhalten haben würde, wenn genügende Räumlichkeiten für ein Hotel nachgewiesen worden wären. Es ist mithin nicht ohne weiteres einleuchtend, weshalb der Beklagte, wenn es ihm um die Erlangung der Konzession Ernst war, dem Kreisausschusse nicht dargelegt hat, daß er das zum Hotel bestimmte Gebäude vergrößern und auf diese Weise eine Anzahl von Zimmern dazu gewinnen wolle. Daß er bereits auf Grund eines solchen bloßen Nachweises hätte zum Ziele kommen und die Konzession wenigstens unter Vorbehalt künftiger sachgemäßer Ausführung des etwaigen Bauplans hätte erhalten können, läßt sich nach den geltenden Rechtsgrundsätzen nicht bezweifeln (Entsch. des OVG's Bd. 1 S. 263, Bd. 2 S. 144). Dies hätte der Beklagte, wenn ihm daran gelegen gewesen wäre, auch leicht in Erfahrung bringen können. Hielt er es dagegen nachträglich für geraten, vom Vertrage gänzlich loszukommen, dann konnte ihm als ein zweckdienlicher Weg erscheinen, die zu seinem Gunsten vereinbarte Bedingung des § 5 zum Scheitern zu bringen und zu dem Ende sich um die Konzession gestilfentlich in unzulänglicher Weise zu bewerben. Daß aber der Beklagte in Wirklichkeit nicht so verfahren ist, wie ursprünglich geplant war, und wie der Kläger nach Treu und Glauben erwarten durfte, dafür könnten diejenigen Vorgänge sprechen, welche zum Vertragsabschlusse geführt haben.“ (Wird näher dargelegt) . . . „Indes könnte der Kläger mit seiner Behauptung, daß der Beklagte den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert habe, nicht durchdringen, wenn es dem Beklagten gelänge, triftige Gründe zur Rechtfertigung seines nachträglichen Verhaltens zu erbringen und auf diese Weise den Vorwurf unredlichen Verhaltens zu widerlegen, wobei übrigens auch rein subjektive Momente unter Umständen eine Rolle spielen könnten.“ (Auch dies wird weiter ausgeführt.)

„Wenn der Kläger meint, nach Treu und Glauben hätte der Beklagte den geplanten Aufbau erst wirklich fertig stellen müssen, ehe er sich um die Konzession bewarb, so geht das zu weit. Nach verständigem Ermessen konnte sich der Beklagte, bevor er über die Konzessionsaussichten einigermaßen Sicherheit erhielt, zu einer so erheblichen Maßregel unmöglich entschließen. Denn mit Verjagung der Konzession mußte er immerhin rechnen. Ziel damit die Bedingung aus, und zerstückte zugleich der ganze Vertrag, dann ergab sich die Mißlichkeit, daß der Aufbau vergeblich gemacht war, und daß er vom Eigentumsrechte des Klägers ergriffen wurde (§§ 914, 94 BGB.). Dann wären zwischen den Parteien neue Schwierigkeiten entstanden, und es hätte der Kläger einem Bereicherungsansprüche des Beklagten Folge geben müssen. Es lag also auch nicht einmal im Interesse des Klägers, daß der Beklagte die geplante Veranstaltung auf alle Gefahr hin traf. Nur soviel hätte der Kläger erwarten dürfen, daß sich der Beklagte zunächst lediglich um eine ihm unter Vorbehalt zu erteilende Konzession bemühen werde.

Der Umstand, daß die Konzession auf diesem Wege auch jetzt noch erreichbar sein mag, schließt indes nicht aus, daß die Bedingung schon zur Zeit

der Klageerhebung als gescheitert gelten durfte. Der Beklagte hatte schon damals unzweifelhaft zu erkennen gegeben, daß er keine weiteren Schritte mehr unternehmen wolle, und einen Zwang nach dieser Richtung konnte der Kläger auf ihn nicht ausüben. Bei dieser Sachlage müßte aber davon ausgegangen werden, daß die Bedingung bereits in dem Zeitpunkte gescheitert war, in dem der Beklagte ihren Eintritt hätte herbeiführen können und herbeigeführt hätte, wenn er redlich gehandelt hätte (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 2 S. 144; Mot. z. BGB. Bd. 1 S. 263). Von einer etwa jetzt noch schwebenden Bedingung kann also in keinem Falle mehr die Rede sein."

Zur Auslegung des § 162 BGB. führt das OLG. Königsberg in Rspr. der OLG. 12 S. 240/1 aus:

"Der § 162 legt nach dem klaren Wortlaut den Parteien nur die Verpflichtung auf, negativ die Erfüllung der Bedingung nicht wider Treu und Glauben zu vereiteln; zu einem positiven Tun verpflichtet er aber nicht. Die Tragweite des § 162 wäre geradezu unabsehbar, wenn jedes Unterlassen von Bemühungen, welche auf die Erfüllung der Bedingung abzielen, auch schon die Fiktion des Eintritts der Bedingung zur Folge haben sollte"

Daraus folgt einmal, daß jedenfalls immer ein Eingreifen erforderlich ist, regelmäßig also ein bloßes Unterlassen von Bemühungen mindestens dann nicht genügt, wenn eine besondere Rechtspflicht zur Vornahme von Bemühungen nicht besteht, und sodann, daß ein bloß fahrlässiges, und wäre es auch ein grobfahrlässiges, Handeln zur Erfüllung des Tatbestandes des § 162 nicht ausreicht.

Andererseits wird hier der § 162 nicht deshalb unanwendbar, weil die Erteilung der Konzession, von deren Versagung die Aufhebung des Vertrags abhängig gemacht war, dem Kläger nicht zum Nachteil gereicht habe. Denn der Ausdruck "Die Partei, zu deren Nachteil der Eintritt der Bedingung gereichen würde" ist lediglich eine Umschreibung des im 1. Entwurfe enthaltenen Ausdrucks "der bedingt Verpflichtete". Da hier der Kläger der bedingt Verpflichtete war, der, wenn die Bedingung eingetreten wäre, an den Vertrag gebunden bliebe und folglich mit der Klage abgewiesen werden müßte, so ist er in der Tat die Partei, zu deren Nachteil der Eintritt der Bedingung gereichen würde; er will vom Vertrage loskommen, weil er sich davon Vorteile verspricht, würde aber seinen Zweck nicht erreichen, wenn die Bedingung eingetreten wäre. Ist hiernach ein bewußt rechtswidriger Eingriff erforderlich, so muß aber auch noch ein weiteres hinzukommen: Der Nichteintritt der Bedingung muß mit dem den Eintritt hindernden Eingriff im Kausalzusammenhang stehen, es muß erst feststehen, daß die Bedingung eingetreten wäre, wenn nicht der bedingt Verpflichtete die hindernde Tätigkeit entfaltet hätte; denn nur in diesem Falle kann davon gesprochen werden, daß er die Erfüllung verhindert hat, daß der Eintritt der Bedingung durch ihn vereitelt worden sei."

§ 162 hat nur solche Fälle im Auge, in denen die Absicht der Parteien bei der Vornahme des bedingten Rechtsgeschäfts dahin geht, daß eine Einwirkung einer Partei auf den Ausfall oder Eintritt der Bedingung nicht stattfinden solle. So OLG. Cassel in der Rspr. der OLG. 15 S. 317:

"Der Kläger hat dem Beklagten ein Haus auf ein Jahr vermietet; doch sollte der Vertrag ohne Kündigung aufgehoben sein, wenn der Vermieter dem Mieter ein Haus verkaufe. Beklagter hält den Vertrag für aufgehoben, weil er sich mit dem Kläger über den Verkauf des Hauses zu einem bestimmten

Preise geeinigt habe, der Kläger aber die Auflassung weigere. Allein der Kläger hatte sich nicht verpflichtet, dem Beklagten ein Haus zu verkaufen. War aber Kläger so in seinem Entschlusse völlig frei, dann greift § 162 überhaupt nicht Platz; denn er hat nur solche Fälle im Auge, in denen die Absicht der Parteien bei der Vornahme des bedingten Rechtsgeschäfts dahin geht, daß eine Einwirkung einer Partei auf den Ausfall oder Eintritt der Bestimmung nicht stattfinden solle. In diesem Sinne sagen auch die Motive 2 S. 263: „Die Bestimmung kann selbstverständlich nicht Platz greifen, wenn die Bedingung auf die Vornahme oder Nichtvornahme einer von dem freien Ermessen des bedingt Verpflichteten abhängigen Handlung gestellt ist; der letztere macht solchenfalls, wenn er die Handlung vornimmt oder unterläßt, nur von seinem Recht Gebrauch.“ Wendet man aber den § 162 auch auf Bedingungen an, denen Eintritt oder Nichteintritt herbeizuführen im freien Belieben der Partei steht — Entsch. des RG. 53 S. 259 läßt die Frage unentschieden —, so hat doch der Kläger nicht wider Treu und Glauben gehandelt. Denn objektiv gegen Treu und Glauben kann nur eine solche Verhinderung des Eintritts der Bedingung sein, die im Widerspruch mit der durch die vollzogene Willenserklärung begründeten Pflicht ihrer Unterlassung erfolgte (Hölder zu § 162); vorliegend stand es aber ganz im Belieben des Klägers, ob er dem Beklagten ein Haus verkaufen wollte. Es ist auch ganz gleichgültig, ob die Parteien sich einmal mündlich auf den Kaufpreis von 55000 Mark geeinigt hatten; denn eine solche formlos erfolgte Einigung ist nach § 313 BGB. nicht rechtsverbindlich. Wer sich mit ihr in Widerspruch setzt, handelt nicht wider Treu und Glauben (Entsch. des RG. 53 S. 257). [Vgl. J. W. 1907 S. 357].“

§ 162 ist schließlich von besonderer Bedeutung bei der Pfändung von fogen. Leihmöbeln, d. h. Gegenständen, die unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung mit der Vereinbarung veräußert wurden, daß das Eigentum erst mit Zahlung des vollen Kaufpreises auf den Käufer übergehen soll.¹⁾ Nach Ansicht des Kammergerichts in der Rspr. der OLG. 23 S. 220 handelt zwar der Veräußerer der fogen. Leihmöbel nicht wider Treu und Glauben, wenn er beim Wider-

¹⁾ In der Praxis wird meist der Anspruch des Abzahlungskäufers auf Eigentumsübertragung gepfändet und überwiesen. Nach Ansicht des RG.'s 64 S. 257 wird beim aufschiebend-bedingten Eigentumserwerb auf Grund eines Abzahlungs-geschäfts der dingliche Vertrag erst dann geschlossen, wenn die Bedingung eintritt, d. h. wenn alle Raten gezahlt sind. Bis zu diesem Zeitpunkte soll die obligatorische Verpflichtung des Verkäufers Eigentum zu verschaffen, aus dem Kaufvertrag als eine noch nicht erfüllte fortbestehen. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Die Abereignung unter einer aufschiebenden Bedingung enthält doch bereits die bedingte Abereignung. Die Bedingung tritt mit Zahlung der letzten Rate durch den Käufer von selbst ein, ohne daß etwa nunmehr die Einigung erst abgeschlossen würde oder werden müßte. Mit hin steht dem Abzahlungskäufer auch kein Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Verkäufer zu. Dagegen steht ihm an der Sache bereits das bedingte Eigentum zu. Und dieses kann — auch nach Ansicht des Kammergerichts — nach § 857 ZPO. gepfändet werden. In bezug auf die Auskunftspflicht (§ 840 ZPO.) ist der Verkäufer als Drittschuldner anzusehen; er muß die noch ausstehende Gegenleistung vom Gläubiger annehmen (§ 271 Abs. 2 BGB.). Das dem Schuldner im § 267 Abs. 2 gegebene Widerspruchsrecht kann jedoch infolge der Pfändung nicht ausgeübt werden, weil hiermit zum Nachteil des Gläubigers eine Verfügung über das gepfändete Recht getroffen würde und die Nichtannahme der noch ausstehenden Gegenleistung seitens des Verkäufers eine unzulässige Verhinderung des Eintritts der Bedingung wäre (§ 162 BGB.). Mit der Pfändung des bedingten Eigentums ist jedoch die Sache selbst noch nicht gepfändet, auch dann nicht, wenn die noch ausstehende Gegenleistung vollständig an den Verkäufer seitens des Gläubigers abgeführt ist. Der Gläubiger muß vielmehr erst die Sache selbst nach den Grundätzen der Pfändung von Sachen pfänden lassen und kann dann erst die Versteigerung der Sachen herbeiführen, aus deren Erlös er befriedigt wird.“

spruch des Schuldners die Annahme der ihm vom Gläubiger angebotenen Leistung ablehnt. Denn der Gläubiger ist ein außerhalb des Schuldverhältnisses stehender Dritter, der Veräußerer übt also durch solche Ablehnung nur das ihm durch die ausdrückliche Vorschrift des § 267 Abs. 2 BGB. gegebene Recht aus. Daß aber die Ausübung dieses Rechtes gemäß § 226 BGB. unzulässig sei, weil sie nur den Zweck haben könne, dem Gläubiger Schaden zuzufügen, trifft jedenfalls dann nicht zu, wenn der Veräußerer ein eigenes Interesse daran hat, daß die Sachen dem Schuldner erhalten bleiben:

„Wenn aber das Landgericht meint, daß an diese Rechtslage auch durch die Pfändung und Überweisung des Erwerbsrechtes des Schuldners zugunsten des Gläubigers nichts geändert werde, und daß daher diese Maßregeln zwecklos seien, so ist das nicht richtig. Allerdings tritt der Gläubiger durch solche Pfändung und Überweisung nicht an Stelle des Schuldners in das zwischen dem Schuldner und Veräußerer bestehende Vertragsverhältnis ein. Desgleichen ist in dem Urteil Rspr. 20 S. 349 auch nicht ausgesprochen. Wohl aber wird der Gläubiger durch die Pfändung und Überweisung ermächtigt, zu seiner Befriedigung die Vertragsrechte des Schuldners geltend zu machen, und zwar ohne Rücksicht auf einen Widerspruch des Schuldners, dem jeder die Befugnisse des Gläubigers beeinträchtigende Eingriff in das überwiesene Recht untersagt ist. Eben hieraus folgt in solchem Falle, entgegen dem Grundsatz des § 267 Abs. 2 BGB., die Unbeachtlichkeit des vom Schuldner gegen die Zahlung des Gläubigers erhobenen Widerspruchs, der im Hinblick auf die gegenseitige Abhängigkeit der durch den Vertrag begründeten Rechte eine Beeinträchtigung der dem Gläubiger zustehenden Befugnis zur selbständigen Geltendmachung der ihm überwiesenen Rechte enthalten würde. Die Sache liegt grundsätzlich nicht anders, wie wenn der Schuldner aus einem Kaufvertrag einen Anspruch auf Leistung einer ihm noch nicht übergebenen Sache hat (§ 846). Solange der Gläubiger nicht diesen Anspruch gepfändet hat, kann er gegen den Veräußerer keinerlei Rechte geltend machen, ihn besonders nicht durch Angebot der dem Schuldner obliegenden Zahlung zur Leistung der Sache an den Schuldner oder an einen Gerichtsvollzieher zwingen. Hat er aber gepfändet so ist er befugt, den Anspruch des Schuldners auf Leistung der Sache mit der durch § 847 Abs. 1 bestimmten Maßgabe zu erheben. Er muß sich zwar die dem Veräußerer gegen den Schuldner aus dem Verträge zustehenden Einreden entgegensetzen lassen, besonders auch die Einrede, daß der Veräußerer die Leistung der Sache bis zur Bewirkung der dem Schuldner obliegenden Gegenleistung verweigern könne (§ 320 BGB.). Zur Beseitigung dieser Einrede ist er aber unzweifelhaft befugt, dem Veräußerer an Stelle des Schuldners die diesem obliegende Gegenleistung anzubieten; und die Annahme dieser Gegenleistung könnte der Veräußerer auch bei einem Widerspruch des Schuldners nicht unter Berufung auf § 267 Abs. 2 ablehnen. (RG. a. a. D.)“

III. Die auflösende Bedingung.

a) Wenn ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen wird, so endigt mit Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts und der frühere Rechtszustand tritt mit diesem Zeitpunkt wieder ein (§ 158 Abs. 2). Eine Rückwirkung tritt auch hier nicht ein, es wird also das bisherige Rechtsverhältnis

fortgesetzt, sodaß der Rückfallsberechtigte insbesondere nicht Rechtsnachfolger des in der Schwebezeit Berechtigten ist. Das auflösend-bedingt übertragene Eigentum fällt an den ursprünglichen Eigentümer ohne weiteres zurück.

Was die Rechtsnatur der auflösenden Bedingung betrifft, so wird man sie als eine neben der unbedingten Hauptwillenserklärung auf Aufhebung derselben aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung ansehen müssen, und zwar nicht nur dann, wenn sie nach der bedingungslosen Geschäftserrichtung nachträglich vereinbart ist, sondern auch dann, wenn sie von Anfang an dem Hauptrechts-geschäft beigelegt wurde. (U. U. für den letzten Fall Staudinger § 158 Ziff. 6.) Dieser Ansicht entspricht auch die in der Praxis herrschende Regelung der Beweislast.

b) Beweislast.

Wenn der auf Vertragserfüllung in Anspruch genommene Beklagte geltend macht, daß das fragliche Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung geschlossen sei, so muß er zugleich den Eintritt der auflösenden Bedingung behaupten, weil nicht die Vereinbarung derselben, sondern erst der Eintritt der auflösenden Bedingung die Klage als unbegründet erscheinen läßt. Für beides ist der Beklagte beweispflichtig. (Vgl. Stölzel, Schulung I, 6. Aufl., S. 143).

c) Die Vereinbarung der Rückwirkung hat auch hier nur obligatorische Wirkung (§ 159).

d) Das zu II d und e Ausgeführte gilt entsprechend für die auflösende Bedingung.

IV. Die Befristung.

a) Im Gegensatz zur Bedingung ist bei der Befristung oder Zeitbestimmung der künftige Eintritt des Termines gewiß. In einzelnen Fällen kann es fraglich sein, ob Bedingung oder Befristung vorliegt. Ist der Termin ungewiß und ebenso der Eintritt desselben, so wird ausnahmslos eine Bedingung vorliegen, z. B. wenn jemand einem andern 1000 M. für das Bestehen des Examens oder zum Hochzeitstag verspricht. Anders dann, wenn der Termin bestimmt, jedoch der Eintritt desselben unbestimmt ist, z. B. der Tag der Erreichung eines bestimmten Lebensalters (dies incertus an, certus quando).

Hierüber führt das RG. 8 S. 141 aus:

„Wird ein Geschäft von einem Ereignisse abhängig gemacht, dessen Eintritt der Zeit nach zwar gewiß, von dem aber ungewiß ist, ob es überhaupt eintreten wird, so liegt zwar begriffsmäßig eine eigentliche Bedingung vor, da die Wirkbarkeit des ganzen Geschäftes vor dem Eintritte des Ereignisses in das Ungewisse gestellt ist; nichts destoweniger ist es nach den Quellen außer Zweifel, daß ein derartiges Ereignis nicht bloß als Bedingung, sondern auch

als bloße Zeitbestimmung einem Geschäfte beigefügt werden kann Was aber hiermit für die Fälle des *dies incertus an, certus quando* ausgesprochen ist, muß folgerichtig auch für die Fälle des *dies incertus an et quando* gelten, und ist danach die allgemeine Regel aufzustellen, daß die Parteien im konkreten Falle auch ein an sich völlig ungewisses Ereignis doch lediglich als Termin, Befristung oder Betagung behandeln, d. h. von der Absicht ausgehen können, daß das auf jenes Ereignis Bestellte sich jedenfalls verwirkliche und das Ereignis nur den Zeitpunkt dieser Verwirklichung bestimmen solle."

Diese Grundsätze gelten auch für das BGB. nach §§ 133, 157.

b) Das Gesetz unterscheidet im § 163 zwei Fälle der Befristung, nämlich solche, für deren Wirkung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts ein Anfangstermin und solche, für deren Wirkung ein Endtermin bestimmt ist. Für erstere gelten die Vorschriften der aufchiebenden, für letztere die §§ 158, 160, 161 der auflösenden Bedingung entsprechend.

Das Rechtsgeschäft tritt bei Bestimmung eines Anfangstermines erst mit Eintritt desselben ein. Jedoch kann von den Parteien besonders im Schuldrecht wirksam vereinbart werden, daß die Wirkung des Rechtsgeschäfts sofort eintreten soll und nur die Geltendmachung bis zu dem gesetzten Termin hinausgeschoben sein soll, was besonders bei nachträglicher Hinausschiebung des Anfangstermines der Fall ist. Letztere bezeichnet man auch als „betagte“ Rechtsgeschäfte im Gegensatz zu den sonstigen befristeten Geschäften im weiteren Sinne. Zu den befristeten Geschäften gehören auch noch nicht fällige (befristete) Forderungen. Beim Wechsel liegt eine betagte Forderung vor, da die Wechselverbindlichkeiten mit der Wechselniederschrift und Begebung des Wechsels entsteht.

Eneccerus weist in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I § 186 II mit Recht darauf hin, daß alle befristeten Forderungen (die er betagte nennt!) ein gegenwärtiges Recht auf Zahlung bei Eintritt der Befristung sind; nicht ihre Existenz sei hinausgeschoben, sondern ihr Inhalt ein anderer wie bei unbefristeten Forderungen. Dieser Ansicht sind Crome, Leonhard, Dernburg und Kipp beigetreten. Auch stellt Eneccerus die befristeten und betagten Forderungen im § 272 und § 813 Abf. 2 gleich.

Alle befristeten Forderungen gehören zum Vermögen des Gläubigers, sind an sich abtretbar und pfändbar. Nur die Geltendmachung der Forderung ist vor Ablauf der Frist ausgeschlossen, es sei denn, daß die §§ 257—259 der ZPO. vorliegen.

Beim Endtermin endet die Rechtswirkung des Geschäfts mit dem Terminseintritt (§§ 163, 158), sodaß also z. B. das Eigentum an den ursprünglichen Eigentümer zurückfällt.

§ 31.

Stellvertretung. Vollmacht.**A. Allgemeines.****I. Stellvertreter und Bote.**

Der Stellvertreter wird zumeist als „Vertreter im Willen“, der Bote als „Vertreter in der Erklärung“ bezeichnet. Beide sind Hilfspersonen, deren sich jemand im rechtsgeschäftlichen Verkehr bedient. Im allgemeinen läßt sich sagen, daß der Bote lediglich als „Sprachrohr“ (wie es Hellwig einmal bezeichnete) des Geschäftsherrn tätig wird; sobald ihm jedoch irgendwelche eigene Entscheidung auf den Geschäftsabschluß zusteht, sei es in Bezug auf die Auswahl des Gegenstandes, des Gegners, der Preisbestimmung, wird er zum Stellvertreter. So ist der Diensthote zumeist Stellvertreter des Hausherrn (vertreten durch die Frau in Folge ihrer Schlüsselgewalt!), wenn er auf dem Markte einkauft, dagegen der Offiziersburche, der im Namen seines Herrn eine Kiste Zigarren bestimmter Sorte bei einem bestimmten Zigarrenhändler kauft, Bote. Personen, die lediglich Geld einkassieren, sind Boten; haben sie aber hierbei eine Quittung zu unterzeichnen, so sind sie Stellvertreter (A. U. Staudinger I, Vorbem. zur Stellvertretung, Ziff. 3), mögen sie mit ihrem eigenen Namen oder mit dem des Vertretenen zeichnen. Vgl. auch RG. 81 S. 2/3:

„Wer bei einer urkundlichen Erklärung eine andere mit eigener Handlungsfähigkeit ausgestattete Person zur Mitwirkung in der Weise beizieht, daß er ihr die Vollziehung seiner für die Abgabe der Erklärung entscheidenden Unterschrift überträgt, wird diese Person der Regel nach nicht als bloßes Werkzeug, sondern als rechtsgeschäftlichen Vertreter benutzen. Das entspricht der natürlichen Auffassung, wie sie sich aus dem Wesen der übertragenen Handlung ergibt. Im Zweifel ist deshalb anzunehmen, daß der Beigezogene als Vertreter im Willen tätig wird, und zwar auch dann, wenn er dieses Verhältnis in der Unterschrift selbst nicht zum Ausdruck bringt, sondern nach einer erfahrungsgemäß auch bei unzweifelhafter rechtsgeschäftlicher Vertretung häufig wiederkehrenden Übung sich darauf beschränkt, den Namen seines Auftraggebers zu schreiben. Daraus folgt weiter, daß nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen eine von der Regel abweichende Beurteilung Platz greifen kann.“

Straßenbahnschaffner, kaufmännische Angestellte, Wirtzweirte sind in der Regel Stellvertreter.

Die Botenstellung setzt den Nachweis voraus, daß der Überbringer einer Mitteilung sich bewußt ist, mit solcher Überbringung betraut zu sein, und den Willen hat, demgemäß zu handeln (OLG. Braunschweig in Rspr. der OLG. 18 S. 12). Kündigt jemand also z. B. der Ehefrau des Vermieters und lehnt diese die Annahme dieser Erklärung ab, weil sie die Kündigung nichts angehe, so handelt

die Frau auch dann nicht als Botin des Erklärenden, wenn sie diese Kündigungserklärung ihrem Manne mitteilt (OLG. Braunschweig a. a. O.).

Der praktische Unterschied zwischen Stellvertreter und Boten liegt darin, daß bei Überschreitung der Machtbefugnisse seitens des Botens §§ 119, 120 BGB., seitens des Stellvertreters § 177 ff. BGB. gelten, bei wissentlicher Überschreitung derselben seitens des Boten aber eine Haftung des Geschäftsherrn überhaupt nicht in Frage kommt, insbesondere nicht die § 177 ff. anwendbar sind, während bei wissentlicher Überschreitung der Befugnisse des Stellvertreters §§ 177 ff. gelten, sodaß hier insbesondere letzterer selbst nach § 179 Abs. 1 auf Erfüllung oder Schadensersatz haftet, während der wissentlich über den erteilten Auftrag hinausgehende Bote nur nach §§ 823 ff. haftet (Vgl. § 20 V). Auch für den strafrechtlichen Begriff des „Bevollmächtigten“ bei der Untreue (§ 266 Ziff. 2 StrGB.) ist die Unterscheidung von Bedeutung, da ein bloßer Bote niemals darunter fällt.

II. Stellvertreter und Organ.

Wie bereits zu § 6 I ausgeführt wurde, erscheinen die Organe juristischer Personen diesen gegenüber im Gegensatz zu den Stellvertretern nicht als selbständige Rechtssubjekte, vielmehr als Glieder der juristischen Person selbst, was sich insbesondere aus § 26 Abs. 2 BGB. ergibt, wo dem Vorstand des Vereins als Organ nur die Stellung eines gegliederten Vertreters verliehen ist.

III. Stellvertreter und Erfüllungsgehilfe (§ 278).

Der Erfüllungsgehilfe des § 278 kann zugleich Stellvertreter sein, wenn er rechtsgeschäftliche Erklärungen des Geschäftsherrn abgibt oder für ihn solche des Vertragsgegners entgegennimmt. Andererseits ist er kein Vertreter, soweit nur tatsächliche Handlungen in Frage kommen. § 278 gilt aber nur für Verschulden des Stellvertreters bei Erfüllung von Verbindlichkeiten, nicht bei Eingehung von Rechtsgeschäften (RG. 61 S. 213).

IV. Stellvertreter und Substitut.

Auch der Substitut handelt für einen andern, jedoch nicht als dessen Stellvertreter, sondern selbständig infolge der ihm von einem andern übertragenen Geschäftsführungspflicht. Die Substitution, die das Gesetz in § 691 S. 2, 664 Abs. 1 Satz 2 erwähnt, ist kein Unterfall der Zuziehung eines Erfüllungsgehilfen, sondern etwas wesentlich anderes. Deshalb haftet auch derjenige, der zulässigerweise einen Substituten zuzieht, für diesen nicht nach § 278, sondern nach den angezogenen ausdrücklichen Gesetzesvorschriften nur für ein ihm bei der Übertragung der Geschäftsführung an den Substituten zur Last fallendes Verschulden. Diese Substitution liegt nur dann vor,

wenn ein Beauftragter die eigentliche Geschäftsführungspflicht erlaubter Weise einem andern vollständig übertragen hat (RG. 78 S. 312/3).

V. Stellvertreter und Treuhänder.

Der Treuhänder übt kraft Rechtsgeschäfts oder staatlicher Übertragung zum Schutze Anderer gewisse Rechte aus, aber im Gegensatz zum Stellvertreter, im eigenen Namen. Er ist daher kein Stellvertreter, was auch die Fassung des § 29 Abs. 1 des Hypothekendarbankgesetzes vom 13. Juli 1899 ergibt.

Bei jeder Hypothekendarbank ist ein Treuhänder sowie ein Stellvertreter zu bestellen, was anstelle des vom Entwurf vorgesehnen Vertreters gesetzt wurde. Als Beauftragter der ihn ernennenden Aufsichtsbehörde steht er nur zu dieser in einem Auftragsverhältnis, nicht zu der Hypothekendarbank oder den Gläubigern. Seine Aufgaben sind in dem gen. Gesetz speziell geregelt (§§ 30—34).

Ein solches sogen. Treuhänderverhältnis liegt z. B. auch dann vor, wenn ein Schuldner sich seinen Gläubigern gegenüber verpflichtet, bis zur Befriedigung derselben über sein Vermögen, insbesondere seine Grundstücke, nicht zu verfügen und einem von den Gläubigern eingesetzten Ausschuss die Verwaltung und den Nießbrauch an seinem ganzen Vermögen einräumt. Ein derartiger Vertrag bedarf nach RG. 72 S. 116 ff. auch nicht der Form des § 311 BGB., weil ein derartiges den Gläubigern eingeräumtes Verwaltungs- und Verfügungsrecht kein Nießbrauchsrecht i. S. des § 1030 BGB. ist. Der Wille der Vertragsschließenden ist hierbei nicht darauf gerichtet, daß die Nutzungen des Vermögens dem Schuldner wirtschaftlich entzogen werden und an seiner Stelle dem Gläubigerausschuss zufließen, vielmehr sollen die Vermögenseinkünfte dem Schuldner mit der Maßgabe zugute kommen, daß sie zunächst zur Bezahlung der Schulden verwendet werden. Hier handelt es sich in Wirklichkeit nur um eine Verwaltung des Vermögens durch den Gläubigerausschuss als Treuhänder. So auch RG. 72 S. 118/9:

„Der Bestellung des Nießbrauchs, durch die sich der Eigentümer auch des zu den wirtschaftlich bedeutsamsten Ausflüssen des Eigentums gehörenden Rechtes auf die Nutzungen seines Vermögens entäußert, kann aber ein Vertrag der hier vorliegenden Art, bei dem er sich nur, um seinen vollständigen wirtschaftlichen Zusammenbruch abzuwenden, zeitweilig der freien Bestimmung über die Art der Verwendung dieser Nutzungen zu Gunsten von Personen begibt, die ein Recht auf Befriedigung aus der Substanz und den Nutzungen seines Vermögens haben, nicht gleichgestellt werden. An dieser Beurteilung kann auch der Umstand nichts ändern, daß nach der Absicht der Beteiligten die dem Gläubigerausschuss eingeräumte Verwaltungs- und Verfügungsgewalt den Charakter eines dinglichen Rechtes hat erlangen sollen.“

Aber den Aussonderungsanspruch des Treugebers vgl. RG. 79 S. 121—123.

VI. Unmittelbare und mittelbare Stellvertretung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt die mittelbare Stellvertretung nicht. Bei dieser handelt jemand im eigenen Namen, aber im wirtschaftlichen Interesse eines andern, meist auf Grund eines Auftrages oder Dienstvertrages mit Geschäftsbeforgung:

„Es ist grundsätzlich anzunehmen, daß der sogen. mittelbare Vertreter durch die Geschäfte, die er mit dem Dritten abschließt, lediglich selbst berechtigt und verpflichtet wird, und daß seine obligatorischen Verpflichtungen und Rechte gegenüber demjenigen, in dessen Interesse er handelt, sich nach dem zwischen ihm und diesem bestehenden Rechtsverhältnisse (Auftrag, Dienstvertrag ufm.) bestimmen, während der letztere zu dem Gegenkontrahenten in keine rechtliche Beziehung tritt. Die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB., nach welcher die Forderungen des Kommissionärs aus Kommissionsgeschäften im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten, ist eine Sonderbestimmung, welche nur für den durch die §§ 388, 406 HGB. bestimmten Kreis von Geschäften gilt“ (RG. 58 S. 276 7).

In gewissen Fällen würde die strenge Durchführung dieses richtigen Grundsatzes, der sich, soweit es sich um einen Auftrag handelt, auch aus § 667 BGB. ergibt, zu unbilligen Folgen führen. Wenn ich z. B. einem Freunde 1000 M. übergebe, damit er auf einer auswärtigen Auktion für mich ein Bild oder Pferd erstehen soll, so erwirbt er in der Auktion bei Zuschlagserteilung und Aneignung Bild oder Pferd zu Eigentum. Soll nun dieser mit meinen Mitteln gekaufte Gegenstand von den Gläubigern meines Freundes als dessen Eigentum gepfändet werden können? Mein obligatorischer Anspruch aus § 667 würde dies nicht hindern, da er kein „die Veräußerung hinderndes Recht“ i. S. des § 771 ZPO. ist. In solchen Fällen hilft das sogen. „antizipierende Konstitut“, wobei man nach §§ 181, 929, 930 BGB. unterstellt, daß der Erwerber in Erfüllung des Auftrags- oder Dienstverhältnisses das Eigentum auf den Auftraggeber überträgt, indem zugleich ein Verwahrungsverhältnis vereinbart wird. Dies hat auch das Reichsgericht bei Gruchot Bd. 47 S. 987 ff. anerkannt. (Vgl. auch Eneccerus I § 167 II.) Vgl. § 33 B. VII d am Ende.

VII. Zwangsvertretung.

Unter „Zwangsvertretung“ versteht Beseler in der D. J. Z. 1912 S. 894 ff. eine unmittelbare Stellvertretung, die sich ereignet, obgleich der Handelnde für sich selber handeln will. „Der Zwangsvertreter ist ein Vertreter malgré soi.“

Als solche Zwangsvertreter sind in Rom der Haussohn und Sklave, im heutigen Recht der Ehegatte der allgemeinen Gütergemeinschaft (der i. Zw. für das Gesamtgut erwirbt) und die Ehefrau beim gesetzlichen Güterrecht (die für das eingebrachte Gut er-

wirbt) anzusehen. Beseler erwähnt noch u. a. folgenden Fall der Zwangsvertretung:

Eine Hausdame eines Professors kauft in dessen Auftrag, aber ohne diesen zu erwähnen, in einem Laden ein Duzend silberne Löffel, die sie sofort empfängt und Zug um Zug mit dem Gelde des Professors bezahlt. Hier wird man jedoch — worauf auch Beseler hinweist — unter normalen Verhältnissen einen Eigentumserwerb durch den Professor kraft eines antizipierenden Besizkonstituts annehmen. Ein solches setzt allerdings voraus, daß die Hausdame den Willen hat, den Professor zum Eigentümer zu machen. Schwierigkeiten entstehen, wenn die Hausdame die Löffel, die sie mit des Professors Geld bezahlt, für sich selbst erwerben will. Beseler nimmt an, daß ihr dieser Wille nichts nützt, weil er *contra bonos mores* sei und sie es sich gefallen lassen müsse, „so behandelt zu werden, als habe sie statt des malhonetten den honetten Willen gehabt.“ Diese Auslegung sei im § 157 BGB. ausdrücklich verordnet. Wenn auch die Begründung schwach ist, so muß doch dem Ergebnis aus praktischen Gründen beigetreten werden.

Auch § 1382 BGB. würde zu den Fällen der Zwangsvertretung gehören, wonach Haushaltsgegenstände, die der Mann anstelle der von der Frau eingebrachten, nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Stücke anschafft, eingebrachtes Gut der Frau werden. Im Falle des § 1381 BGB. — Erwerb des Mannes mit Mitteln des eingebrachten Gutes — ist der Wille des Mannes erforderlich, für Rechnung des eingebrachten Gutes zu erwerben.

B. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Stellvertretung.

I. Die §§ 164 bis 176 gelten für alle Stellvertreter mit Einschluß der gesetzlichen Vertreter (Inhaber der elterlichen Gewalt, insbesondere für Vater, Mutter, Vormund, Pfleger, Beistand und für den Vorstand des Vereins, der nach § 26 die Stellung eines solchen hat). Ferner auch für die Fälle, in denen jemandem — ohne gesetzlicher Vertreter zu sein — kraft Gesetzes eine gewisse Vertretungsmacht zusteht, z. B. dem Ehemann bezüglich des eingebrachten Gutes, Gesamtgutes, der Ehefrau bezüglich ihrer Schlüsselgewalt; auch für die Vertreter kraft Amtes, z. B. den Nachlaßverwalter, Testamentvollstrecker; ferner auch für den Prozeßbevollmächtigten, sodaß sich die Frage, ob die Erklärung eines solchen wegen Irrtums anfechtbar ist, gemäß § 166 nach dessen Person richtet (so RG. 59 S. 349), und für den Gerichtsvollzieher, dessen schlechter Glaube den Übergang des Eigentums bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache, gemäß § 897 Abs. 1 ZPO. mit hin den Eigentumserwerb für den Gläubiger nach § 166 Abs. 2 — der mindestens analog anwendbar ist, wenn man den Gerichts-

vollzieher nicht als gesetzliche Vertreter des Gläubigers ansehen will — hindert (RG. 77 S. 24—27).

Im 90. Band S. 198 hat allerdings das Reichsgericht die Ansicht in Bd. 77 S. 24 für ernstlich bedenklich erklärt und ausgeführt, daß die Akte des Gerichtsvollziehers rein amtliche seien, deren Wirkungen nicht kraft rechtsgeschäftlicher Regeln eintreten, sondern kraft bestimmter positiver Gesetzesgebote (§§ 804 Abs. 2, 815 Abs. 3 ZPO.). Demgemäß hat das Reichsgericht die Frage, ob für die Anfechtung des Pfändungspfandrechts die Kenntnis des pfändenden Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners oder von dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens i. S. des § 30 RD. in Betracht komme, mit folgender Begründung a. a. O. S. 194 ff. verneint:

„... Die Vertretungsmacht besteht darin, daß die vom Vertreter im Namen des Vertretenen abgegebene privatrechtliche, insbesondere rechtsgeschäftliche Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt (§ 164), und gerade weil er der Erklärer des Willens ist, kommt für Willensmängel und für die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände nur die Person des Vertreters in Betracht, nicht die Person des Vertretenen, soweit nicht § 166 Abs. 2 einschlägt. Angenommen, es sei rechtlich möglich, daß der kraft seiner Amtspflicht zur Pfändung schreitende Gerichtsvollzieher in betreff dieser seiner Amtshandlung zugleich eine privatrechtliche Willenserklärung im Namen des Gläubigers und mit Wirkung für diesen abgibt, so bleibt zu fragen, welchen Inhalt denn eine solche Willenserklärung haben könnte. Die Pfändung wird bewirkt durch Inbesitznahme der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen (§ 808 ZPO.), und durch sie erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande (§ 804). Die zwangsmäßige (§§ 758, 759 ZPO.) Inbesitznahme der Sachen kann eine privatrechtliche Willenserklärung des Gläubigers nicht sein. Denn sie liegt außerhalb des Bereichs der privatrechtlichen Willensmöglichkeiten; sie ist also ausschließlich eine Amtshandlung des Gerichtsvollziehers, nicht aber zugleich eine privatrechtliche Willenserklärung, die der Gerichtsvollzieher für den Gläubiger auch nur abgeben könnte. Der Erwerb des Pfändungspfandrechts ist die an die Pfändung geknüpfte, gesetzliche notwendige Folge, die eines darauf gerichteten Willens des Gläubigers und einer auf sie abzielenden Willenserklärung des Gläubigers nicht bedarf, sondern ganz unabhängig von solchem Willen und solcher Willenserklärung von Rechtswegen eintritt. Auch das Pfändungspfandrecht, das nur eine Vorstufe der notwendig alsbald vorzunehmenden öffentlichen Versteigerung (§§ 814, 816 ZPO.) und nur eine einstweilige, zugunsten des wachsamem Gläubigers getroffene (Motive zu §§ 657, 658 des Entw. der Zivilprozeßordnung) Regelung der Rechtslage bis zur Versteigerung darstellt, liegt außerhalb des Bereichs der privatrechtlichen Willensmöglichkeiten. Es ist rechtsgeschäftlich garnicht erwerbbar; darum heißt es im § 804 Abs. 2 auch nur: „es gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu andern Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht.“ Die Reverso dieser Sätze zeigt sich in der Person des Schuldners, an den als Empfänger die angebliche privatrechtliche, für den Gläubiger abgegebene Willenserklärung des Gerichtsvollziehers gerichtet sein müßte. Abgesehen davon, daß der Natur

der Vorgänge nach dem Schuldner jedes Bewußtsein davon fehlen muß, der bei ihm pfändende und dadurch dem Gläubiger ein Pfändungspfandrecht erwerbende Gerichtsvollzieher trete ihm als privatrechtlicher Willenserklärer, als Willenserklärer für den Gläubiger, gegenüber, erhellt aus der Bestimmung des § 808 Abs. 3 ZPO. „der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner von der geschehenen Pfändung in Kenntnis zu setzen“ (entsprechend § 829 Abs. 3) unzweideutig, daß die Pfändung und deren Wirkung, das Pfändungspfandrecht, der vorherigen Kenntnis des Schuldners nicht bedarf, daß es gleichgültig ist, ob die angebliche privatrechtliche Willenserklärung des Gerichtsvollziehers dem Schuldner vorher zur Kenntnis kommt oder auch nur zugeht.

Der vermeintlichen Willenserklärung des Gerichtsvollziehers fehlt hier nach ein privatrechtlicher Inhalt und ein privatrechtlich erforderlicher und bestimmter Empfänger (ein anderer, demgegenüber sie abzugeben wäre). Die Bestimmungen der Zivilprozessordnung und der Dienstanweisung ergeben aber weiter, daß der Gerichtsvollzieher die — tatsächlich nie vorhandene — Absicht oder auch nur das — tatsächlich nie vorhandene — Bewußtsein, bei der Wegnahme der Sachen und bei dem dadurch für den Gläubiger entstehenden Erwerb des Pfändungspfandrechts privatrechtlich für den Gläubiger zu handeln, nämlich eine für und gegen den Gläubiger wirkende privatrechtliche Willenserklärung abzugeben, nicht nur nicht haben kann sondern sogar nicht einmal haben darf. Der Gerichtsvollzieher ist kraft Gesetzes amtlich an die Vorchrift des § 775 gebunden; er muß pfänden, trotzdem ihm die Zahlungseinstellung des Schuldners oder der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens bereits bekannt war oder bekannt wird. Daß dieser gesetzliche amtliche Zwang des Gerichtsvollziehers zur Pfändung trotz seiner Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrag eine privatrechtliche Willensbetätigung des Gerichtsvollziehers ausschließt, ist bereits seit lange erkannt und vom Reichsgerichte wiederholt ausgesprochen, im Urteile vom 5. Juni 1883 Rep. III 36/83, RGZ. Bd. 9 S. 363, im Urteile vom 5. April 1887 Rep. III 317/86 (unvollständig abgedruckt bei Volze Bd. 4 S. 1519), im Urteile vom 11. Dezember 1899 Rep. IV 245/99 in Gruchot Bd. 44 S. 1204/1206.

Eine die Zahlungseinstellung berücksichtigende Willensbildung und Willenserklärung des Gerichtsvollziehers für den Gläubiger setzt in erster Linie voraus, daß dem Gerichtsvollzieher hinsichtlich der Zahlungseinstellung und deren Rechtsfolgen Willensfreiheit eingeräumt ist, nämlich die Freiheit der Entschliebung, ob die Pfändung wegen der ihm kund gewordenen, auf Zahlungseinstellung hindeutenden Tatsachen zu unterlassen oder trotzdem vorzunehmen sei. Eine solche Freiheit ist dem Gerichtsvollzieher aber gerade nicht eingeräumt: er muß trotz voller Kenntnis wirklicher Zahlungseinstellung pfänden und dadurch dem Gläubiger das Risiko der späteren Unsechtung (RGZ. Bd. 21 S. 429) und jedenfalls, wenn der Gläubiger die gepfändeten Sachen frei gibt, die Kosten der Pfändung aufbürden; er haftet sogar dem Gläubiger kraft § 775 ZPO. dafür, daß er dies tue. Also kann die Kenntnis des Gerichtsvollziehers nicht die Kenntnis des Gläubigers als des durch den Gerichtsvollzieher privatrechtlich gemäß § 64 BGB. Vertretenen sein. Es ist schlechterdings unmöglich, daß der Gerichtsvollzieher einen nach seiner Kenntnis dem Gläubiger offenbar gefährlichen und schädlichen Akt vornimmt und vornehmen muß und dabei doch zugleich eine der von ihm erkannten Ursache der Gefahr, nämlich der Zahlungseinstellung gerade widerstrebende und trogende Willenserklärung für den Gläubiger abgibt. Nimmt man entgegen dem für

das frühere Recht ergangenen Beschlüsse der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 28. Juni 1888 (RGZ. Bd. 21 S. 420 flg.) an, daß die Pfändung trotz Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder von dem Konkursantrag eine unerlaubte Handlung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist, so würde sich sogar ergeben, daß der Gläubiger durch eine offensichtlich rechtswidrige und doch durch § 775 ZPO. vorgeschriebene Handlung des Gerichtsvollziehers als seines Vertreters einer unerlaubten Handlung schuldig würde (RGZ. Bd. 21 S. 432).

Die Beseitigung dieses widerspruchsvollen Wirtfals und die Lösung der ganzen Frage liegt in dem aus dem Dargelegten folgenden Grundsatz: es ist überhaupt rechtlich unmöglich, daß der Gerichtsvollzieher in bezug auf die gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen seiner Amtshandlung, der Pfändung, und in bezug auf die gesetzlich bestimmten Wirkungen dieser seiner Amtshandlung, zugleich privatrechtlich, insbesondere für den Gläubiger, handelt, daß er in bezug auf diese Voraussetzungen und Wirkungen zugleich einen privatrechtlichen, rechtsgeschäftlichen Willen, insbesondere für den Gläubiger, erklärt. Die Akte des Gerichtsvollziehers sind, auch wenn ihm die zu pfändende Sache vom Schuldner freiwillig zu weiterer, selbstverständlich amtlicher Behandlung herausgegeben wird, rein amtliche, und ihre Wirkungen treten nicht kraft rechtsgeschäftlicher Regeln ein, sondern allein kraft bestimmter positiver Gesetzesgebote (§§ 804 Abs. 2, 815 Abs. 3 ZPO.).

Wie sehr im besonderen gerade das Pfändungspfandrecht den privatrechtlichen, rechtsgeschäftlichen Regeln entrückt ist, wird bestätigt durch die Unanwendbarkeit der nach § 1207 BGB. für das vertragsmäßige Pfandrecht geltenden Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. Die gepfändete Sache muß dem Schuldner wirklich gehören (RGZ. Bd. 22 S. 270, Bd. 26 S. 104, Bd. 40 S. 292, Bd. 43 S. 180, Bd. 60 S. 72): eine dem § 898 ZPO. entsprechende Bestimmung ist für das Pfändungspfandrecht nicht geschaffen worden. Gerade diese Bestimmung des § 898 zeigt übrigens, welche ersten Bedenken sich nach dem Ausgeführten gegen die den Eigentümsrerwerb des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher als seinen Vertreter betreffende Entscheidung des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 29. Juni 1911 in RGZ. Bd. 77 S. 24 (vgl. RGZ. Bd. 39 S. 160, Bd. 43 S. 180) ergeben. Diese Bedenken im einzelnen zu erheben und durchzuführen, erscheint hier, wo es sich nur um die Kenntnis des pfändenden Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners und um die Bedeutung dieser Kenntnis für die Unsechtbarkeit des Pfändungspfandrechts handelt, weder geboten noch angezeigt. Es mag jedoch darauf hingewiesen werden, daß die Motive des durch die Novelle vom 17. Mai 1898 eingeführten § 898 ZPO. besagen: „Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 892, 893, 932 flg., 1242) und des Handelsgesetzbuchs (§§ 366, 367) über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers gelten nur für den Erwerb durch Rechtsgeschäft und finden daher auf einen Erwerb, der im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, an sich keine Anwendung.“ Es liegt jedoch im Sinne dieser Vorschriften, wenn der Schutz auch demjenigen zuteil wird, welcher gemäß §§ 779, 779c (= §§ 894, 897) erwirbt. Der Entwurf dehnt daher die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf den letzteren Fall aus.“

II. Die Vorschriften gelten für alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die im Namen eines andern vorgenommen

werden, nicht aber für Realakte. Aber letztere vgl. § 1 IV. Auch für den Besitzerwerb finden sie Anwendung. Nach Staudinger (Vorbem. zur Stellvertretung Ziff. 9) soll ein solcher Besitzerwerb durch „Stellvertreter“ immer dann vorliegen, wenn jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache auf Grund eines Verhältnisses erlangt hat, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen eines andern Folge zu leisten hat (§ 855). Das ist nicht richtig, da in diesen Fällen meist ein Besitzerwerb durch einen Boten vorliegt. Wenn z. B. in Abwesenheit des Empfangsberechtigten für diesen Gegenstände zu Händen des Dienstboten abgegeben werden, so ist nicht ersichtlich, inwiefern derselbe durch Entgegennahme als „Stellvertreter“ angesehen werden könnte, da er doch nur eine tatsächliche Handlung vornimmt, wenn er auch den Gegenstand für den Hausherrn als Empfangsbote in Empfang nimmt und für diesen Besitz erwirbt.

Die Vorschriften der Stellvertretung gelten sowohl für die aktive wie für die passive Stellvertretung, welche letztere in der Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen besteht. Zu beachten ist aber, daß der bloße Empfangsbote kein passiver Stellvertreter ist, wie denn auch § 164 Abs. 3 nur von dem Vertreter des Erklärungsempfängers spricht.

III. § 164.

a) § 164 Abs. 1 bestimmt, daß die von dem Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen eines Andern abgegebene Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt, wobei es gleich ist, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob sich dieses nur aus den Umständen ergibt. Hierbei braucht der Name des Vertretenen überhaupt nicht erwähnt zu werden, wobei insbesondere frühere Erklärungen des Vertreters auch für später entscheidend sein können, wenn der Vertreter in der übernommenen Rolle verharret (Motive I S. 225). Für die in einem Laden oder offenen Warenlager Angestellten bestimmt insbesondere § 56 HGB., daß sie zu daselbst gewöhnlichen Verkäufen und Empfangnahmen als ermächtigt gelten, vorausgesetzt jedoch, daß die genannten Angestellten auch den Willen haben, für den Geschäftsherrn als Angestellte tätig zu sein.

b) Wenn der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar — insbesondere auch nicht aus den Umständen — hervortritt, so kommt ein Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht (§ 164 Abs. 2). Dies ist ein Ausfluß des für die Stellvertretung geltenden Offenheitsprinzips. Der Stellvertreter wird daher als eigener Geschäftsherr behandelt, obwohl er nicht im eigenen Namen handeln will, was Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 164 Abs. 2 ist (RG. 58 S. 277). Daraus folgt auch, daß der andere Vertragsteil den Vertretenen nicht in

Anspruch nehmen kann, was allerdings bestritten ist. Wird an den nicht offen auftretenden Stellvertreter Eigentum übertragen, so erwirbt das Eigentum der Vertreter, es sei denn, daß er den fraglichen Gegenstand mit Mitteln des Vertretenen erwarb (vgl. § 30 A. VI). Jedoch kann durch einen mit dem Vertreter eines Geschäftsinhabers geschlossenen Vertrag der Geschäftsinhaber berechtigt und verpflichtet werden, obwohl dem andern Teil bei Vertragschluß unbekannt geblieben ist, daß er mit einem Vertreter verhandelte. So RG. 67 S. 149 zu einem Werkvertrag, der dieser Art abgeschlossen wurde:

„Es ist bei einem Vertrage, wie er hier vorliegt, die rechtliche Beurteilung, der Wille des Bestellers sei darauf gerichtet gewesen, die Ausführung des Werkes einem bestimmten Geschäftsbetriebe zu übertragen, möglich, auch wenn unbekannt blieb, wer der Geschäftsinhaber ist. Nimmt dann der Gegenkontrahent in berechtigter Vertretung des Geschäftsinhabers die Bestellung an, so ist durch Willensübereinstimmung ein Vertrag perfekt geworden, durch welchen der Geschäftsinhaber, und nicht derjenige, welcher für ihn verhandelt hat, berechtigt und verpflichtet wird. Im kaufmännischen und im gewerblichen Verkehre kann ein Vertrag mit dem Geschäftsinhaber auch dann perfekt werden, wenn der ihn abschließende Vertreter irrtümlich für den Geschäftsinhaber selbst gehalten ist. Entscheidend ist die Willenseinigung darüber, wer berechtigt und verpflichtet werden soll; die Person, durch welche diese Einigung herbeigeführt wird, tritt demgegenüber der Regel nach zurück. Demgemäß liegt der im § 164 Abs. 2 BGB. vorgesehene Tatbestand, auch wenn der Wille des Vertreters, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar geworden ist, dann nicht vor, wenn auf beiden Seiten das gleiche, Abschluß des Geschäfts mit dem Vertretenen, gewollt ist. Für die Anwendung der Bestimmung des § 164 Abs. 2 BGB., die im Interesse der Verkehrssicherheit in dem von ihr vorgesehenen Falle die Berufung auf einen Willensmangel ausschließt, bleibt kein Raum, wenn ein solcher Willensmangel überhaupt nicht vorliegt.“

Und ferner OLG. Dresden in der Rspr. der OLG. 20 S. 61:

„Allerdings braucht bei dem Abschluß von Verträgen mit Gewerbetreibenden der Inhaber des Betriebs, der liefern oder abnehmen soll, nicht genannt oder auch nur erwähnt zu werden, wenn er als Vertragsgegner gelten soll. Da es dem andern Teile gewöhnlich gleichgültig ist, ob die Person, mit der er verhandelt, der Inhaber selbst oder nur zu dessen Vertretung ermächtigt ist, kommt in der Regel der Vertrag mit dem Geschäftsinhaber zustande und dieser allein ist als berechtigt und verpflichtet anzusehen. Infolgedessen ist diese Annahme immer bloß eine Vermutung, die widerlegt werden kann. Wenn die Umstände und die Rücksicht auf die Gepflogenheiten des Verkehrs auch für sie sprechen (§ 164 Satz 2), so schließt dies doch nicht aus, daß unter den besonderen Verhältnissen des Falles eine andere Beurteilung Platz greifen muß.“

Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn ein Vertreter selbst als Geschäftsinhaber auftritt und dafür von dem anderen Teil gehalten wird. So RG. in Rspr. der OLG. 5 S. 48 ff. zu folgendem Fall:

Zur Zeit des Vertragschlusses war Z. nur Geschäftsführer seiner Frau. In einem schriftlichen Vertrage hatte Z. das Vertretungsverhältnis nicht zum Ausdruck gebracht; Umstände, aus denen

es ersichtlich gewesen wäre, waren nicht ersichtlich. Der Beklagte mußte also annehmen, daß er mit J. persönlich abschließe. Das RG. führt a. a. O. folgendes aus:

„Es ist indessen nicht anzunehmen, daß er (d. h. Beklagter) gerade nur mit J. persönlich habe abschließen wollen. Wer mit einem Gewerbetreibenden kontrahiert, will mit demjenigen abschließen, welcher in Wirklichkeit der rechtliche Inhaber des Betriebes und demgemäß die eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen imstande ist, es ist ihm in der Regel gleichgültig, ob die Person, mit welcher er verhandelt, dieser Inhaber selbst oder nur zu seiner Vertretung ermächtigt ist. Hat daher der Vertreter den Willen, den Inhaber zu verpflichten, so ist trotz eines etwaigen Irrtums in der Person des Gegners der Vertrag mit dem Geschäftsinhaber zustande gekommen. Diese Grundsätze hat das Reichsgericht (Entsch. 30 S. 77) in Bezug auf die unmittelbare Berechtigung des mit dem Vertreter Verhandelnden ausgesprochen, sie müssen auch da gelten, wo es sich um seine Verpflichtungen dem Vertretenen gegenüber handelt. Allerdings erörtert jene Entscheidung nur den alten Rechtszustand; dieser ist aber, wie auch Rehbein, BGB. 1 S. 253, ausführt, nicht verändert worden. Insbesondere widerspricht § 164² BGB. nicht dem Ergebnis der vorstehenden Erwägungen. Zunächst ist dort ausdrücklich nur ausgesprochen, daß, wer die Kundgebung des Vertretungswillens unterläßt, als Kontrahent im eigenen Namen zu behandeln ist (so geben die Motive zu § 116 den Sinn der Vorschrift wieder), nicht aber, daß Rechtsbeziehungen zwischen demjenigen, der nach der nicht kundgegebenen Absicht seines Vertreters Geschäftsherr sein sollte, und der anderen Geschäftspartei überhaupt nicht entstehen sollen. Diese Folgerung ist keine rechtlich notwendige, da die Möglichkeit konkurrierender Rechtsbeziehungen nicht begrifflich ausgeschlossen ist, sie wird aber von verschiedenen Rechtslehrern, z. B. auch von Staub, Exkurs zu § 58 HGB. verteidigt, während u. a. Eck und Cofack (Lehrbuch 1 § 66 I 1c) im allgemeinen, sowie Rehbein a. O. in Bezug auf den Übergang der Rechte auf den Auftraggeber eine andere Auffassung vertreten. Es ist hier nicht erforderlich, in diesem streitigen Stellung zu nehmen, da es sich gar nicht um den im § 164 vorausgesetzten Tatbestand handelt. Diese Norm hat, wie die Motive und die Denkschrift ergeben, den Zweck, im Interesse der Verkehrssicherheit den zerstörenden Wirkungen des Mangels der Willensübereinstimmung beim Abschluß von Verträgen vorzubeugen; ein solcher Mangel liegt aber gar nicht vor. Der Beklagte wollte, wie in Ermangelung besonderer Umstände aus der Erfahrung des täglichen Lebens abzuleiten ist, mit demjenigen kontrahieren, der das Gewerbe betrieb, sein Gegenkontrahent J. wollte mit dem Beklagten für dieselbe Person abschließen, es bestand also in Wirklichkeit Übereinstimmung des Willens beider Kontrahenten, und nur daneben ein indes unwesentlicher Irrtum des Beklagten hinsichtlich der Person des J. Die Unterlassung einer Kundgebung des Vertretungswillens auf der Seite des J. war insofern unschädlich, als der Beklagte ohnehin mit dem Vertretenen, nämlich dem Geschäftsinhaber, abschließen wollte und nur den Vertreter irrtümlich für den Vertretenen selbst hielt. Aus diesem Vertrage hat sonach die Klägerin unmittelbar Rechte gegen den Beklagten erlangt, wie sie auch andererseits ihm unmittelbar verpflichtet worden ist.“

§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB. liegt nicht vor, wenn ein Vater zur Behandlung seines Kindes einen Arzt hinzuzieht. Ein Vertrags-

verhältnis besteht nur zwischen dem Vater und dem Arzt. So RG. 85 S. 183/4:

„Den Vertrag mit dem Beklagten (Arzt) hat lediglich der Vater für sich selbst, nicht als Vertreter des Kindes für dieses, abgeschlossen. Es erscheint völlig ausgeschlossen, daß der Vater in Ausübung der ihm nach § 1630 BGB. zustehenden Vertretungsmacht für das Kind handeln wollte. Weder hat er den Vertrag ausdrücklich auf den Namen des Kindes gestellt, noch ergeben die Umstände, daß er dies irgend wollte (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Im Gegenteil entspricht es der Natur der Sache und der Verkehrssitte, daß der von den Eltern, hier vom Vater, zur Behandlung eines kleinen, zweifellos vermögenslosen Kindes zugezogene Arzt mit den Eltern den Vertrag schließt. Nur darauf ist, von ganz besonderen Umständen abgesehen, der immer ohne weiteres ersichtliche und nach dem sittlichen wie rechtlichen Inhalte des Elternverhältnisses notwendige Vertragswille beider Teile gerichtet; insbesondere auch der Vertragswille des Arztes, der die Verweisung seiner Honorarforderung an das Kind, wie denn sie gegen dieses und nur gegen dieses entstanden wäre, als eine befremdliche Verkennung der dem Vertrage zugrunde liegenden Lebensverhältnisse ablehnen würde und ablehnen müßte. In dem zwischen Arzt und Vater geschlossenen Vertrage ist das Kind nur der Dritte, an dem sich die dem Vater geschuldete Vertragsleistung des Arztes vollziehen soll.

Daraus ergibt sich, daß der Kläger die von ihm für die weitere Behandlung und für die Gefundung des Kindes gemachten und noch zu machenden Auslagen vom Beklagten ersetzt verlangen kann, nicht, weil er, wie der Berufsrichter meint, mit diesen Aufwendungen in nützlicher Geschäftsführung für den Beklagten oder zu dessen ungerechtfertigter Bereicherung gehandelt hat, sondern weil diese Aufwendungen den Schaden bilden, der ihm selbst als Vertragsgläubiger des Beklagten durch dessen schuldhaftige Vertragsverletzung entstanden ist.

Daraus folgt weiter, daß dem Kinde gegenüber, für das allein ein immaterieller Schade in Betracht kommt, der Beklagte nur eine unerlaubte Handlung, nicht auch zugleich eine Vertragswidrigkeit begangen hat. Abriqens ist daran festzuhalten, daß der Arzt, wenn es sich um die Behandlung des anderen Vertragsteils selbst handelt, für schuldhaftige Kunstfehler nicht nur aus Vertrag, sondern zugleich aus unerlaubter Handlung haftet . . .“

c) § 164 gilt nur für rechtsgeschäftliche Erklärungen des Vertreters im Rahmen der Vertretungsmacht, nicht für unerlaubte Handlungen gelegentlich des Vertragsschlusses. So wird auch vom Reichsgericht jede Haftung des vertretenen Verkäufers für arglistige, bei Gelegenheit des Kaufabschlusses geübte Handlungen seines Stellvertreters außerhalb des Vertragsverhältnisses verneint, soweit nicht Ausnahmefälle für juristische Personen und nach §§ 123, 166, 463 S. 2, 473, 831 BGB. vorliegen (RG. 61 S. 209 ff.). Anders ist dies aber dann, wenn der Vertreter bei dem innerhalb seiner Vollmacht liegenden Abschluß eines Kaufvertrags dem Vertragsgegner arglistig das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache vorgespiegelt oder Fehler arglistig verschwiegen hat, -- so RG. 83 S. 244 und 63 S. 112; durch letztere Entscheidung ist die Entsch. in Band 61 S. 207 ff. überholt bzw. modifiziert —

denn der Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB. wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers der Kaufsache bei Kaufabschluß ist im vollen Umfang ein Vertragsanspruch:

„Gemäß §§ 164, 166 BGB. würde allerdings Voraussetzung dafür (d. h. die Haftung des Vertretenen) sein, daß der Beklagte zu 2 innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt hat. Diesem Erfordernis ist aber dadurch genügt, daß das Rechtsgeschäft, zu dessen Abschluß er sich des arglistigen Verhaltens bediente, innerhalb der ihm erteilten Vollmacht liegt. Da der vertragliche Anspruch wegen Verschweigens (§ 463 BGB.) zu begründen ist mit der dadurch verletzten Vertragspflicht, also nicht mit einer unerlaubten Handlung, so ergibt sich hieraus, daß der Vertretene das Geschäft, zu dessen Abschluß er, sei es besonders, sei es, wie hier, allgemeine Vollmacht erteilt hat, so hinnehmen muß, wie es sein Vertreter abgeschlossen hat, d. h. mit den dem Geschäft anhaftenden Mängeln. Dies folgt aus § 166 Abs. 1 BGB. (RG. Bd. 58 S. 347, Bd. 76 S. 109). Dann aber kann der Vertretene, da der Anspruch sich nicht auf eine unerlaubte Handlung stützt, sich von dieser Haftung durch den im § 831 BGB. gewährten Entlastungsbeweis nicht befreien (RG. 58 S. 347)“ (RG. 83 S. 244).

Vgl. hierzu auch Riehl in J. W. 43 S. 503 ff. und Riehl bei Gruchot 60 S. 790 ff. und 897 ff.

Riehl gibt a. a. O. den Tatbestand des Reichsgerichtsurteils in Band 83 S. 241 ff. an der Hand der Akten ausführlich wieder. Der Fall war hiernach folgender:

Der Kläger tauschte sein im Harz gelegenes Hausgrundstück durch notariellen Vertrag gegen ein dem Beklagten zu 1 gehöriges Berliner Miethaus in der Weise ein, daß das mit 1985000 M. belastete Berliner Grundstück zu einem Werte von 2085000 M. angesetzt und der die Hypotheken um 100000 M. übersteigende Annahmepreis in der Weise beglichen wurde, daß der Beklagte zu 1 das Harzer Grundstück des Klägers zu einem Werte von 100000 M. „hereinnahm“. In dem Vertrage hatte der Beklagte die Garantie dafür übernommen, daß zur Zeit des Vertragschlusses die Bruttomieteinnahme sich auf 131065 M. belief. Der Vertrag ist von dem Generalbevollmächtigten des Beklagten zu 1, der von allen Zeugen als ein angesehenener, gewissenhafter Mann hingestellt wurde, zum Abschlusse gebracht. Der im Auslande wohnende Beklagte zu 1 hat sich an den Verhandlungen in keiner Weise beteiligt. Während der Verhandlungen hatte der Kläger an den Generalbevollmächtigten wiederholt die Frage gerichtet, auf wie hoch sich die Unkosten der Hausverwaltung, in Prozenten der Bruttomieteinnahme ausgedrückt, gestellt hätten. Der Generalbevollmächtigte hatte diese Fragen stets dahin beantwortet, daß die Unkosten etwa 15 vom Hundert betragen, daß er sich darauf aber nicht festlegen wolle. Diese Antwort entsprach der Wahrheit, wenn die Kosten der Zentralheizung, die sich, wie dem Kläger bekannt war, im Hause befand, außer Ansatz gelassen wurden und die sich auf über 13000 M. im Jahre beliefen. Zählte

man dagegen diese Kosten zu den Unkosten, so stellte sich der Prozentsatz auf über 25 vom Hundert. Die unverbindliche Antwort des Generalbevollmächtigten gab dem Kläger keinen Anlaß, Einsicht in die Verwaltungsrechnungen zu fordern; er schloß vielmehr den Vertrag ab, ohne eine vertraglich bindende Zusage über die Höhe der Unkosten zu verlangen. Etwa 2 Jahre nach Inbesitznahme des Grundstücks erhob er Klage gegen den Geschäftsherrn und den Generalbevollmächtigten auf Zahlung eines Schadensersatzes von 250000 M., indem er geltend machte, daß er durch die arglistigen Angaben des Generalbevollmächtigten über die Unkosten getäuscht und zufolge seines Irrtums zu einer jährlichen Mehrausgabe von wenigstens 13000 M. gezwungen sei. Land- und Kammergericht wiesen die Klage ab. Nach dem Gutachten zweier in der Berufungsinstanz vernommener Sachverständiger pflegt der Jahresvertrag und die Rentabilität eines Berliner Miethauses mit Zentralheizung in der Weise berechnet zu werden, daß man zunächst 10 vom Hundert der Bruttosumme der Mieteinnahme für Heizung abzieht und den so erhaltenen Betrag um den je nach Lage und Beschaffenheit des Grundstücks, Zahl und Art der Mieter schwankenden Betrag von 15 bis 25 vom Hundert für Abgaben, Unterhaltung, Abnutzung, etwaige Mietausfälle und Kosten für Hypothekenbeschaffung kürzt. Das Kammergericht führte zur Begründung seiner klageabweisenden Entscheidung aus, dem Kläger sei der Nachweis arglistigen Verhaltens des Generalbevollmächtigten mißlungen, letzterer habe nach Lage der Sache sehr wohl die Auffassung hegen können, daß der Kläger, ein im Grundstückshandel erfahrener Mann, sich nur Gewißheit habe verschaffen wollen über die Unkosten, die außer jenen für den Betrieb der Heizung in Frage kämen; mit der Annahme, daß in dem Kläger der Glauben erweckt werde, sämtliche Ausgaben einschließlich der Heizungskosten könnten mit 15 vom Hundert bestritten werden, habe er bei der Sachkunde nicht zu rechnen brauchen. Abgesehen davon sei die Klage gegen den Geschäftsherrn auch deshalb abzuweisen, weil er für Arglist des Vertreters bei Gelegenheit des Vertragschlusses nur hafte, wenn der ihm nach § 831 obliegende Entlastungsbeweis, den er im vorliegenden Falle voll erbracht habe, mißglückt sei.

Das Reichsgericht hob das Urteil des RG. auf und wies die Sache in die Beruf.-Instanz zurück, damit die Frage nach der Arglist des Bevollmächtigten einer nochmaligen Prüfung unterzogen würde; die Rechtsauffassung des RG. über die Haftung des Geschäftsherrn sei irrig, derselbe habe vielmehr, falls die außervertraglichen Vor Spiegelungen des Bevollmächtigten Eigenschaften des Vertragsobjekts betreffen, was der Fall sei, für diese Vor Spiegelungen gerade so einzustehen, als wenn der Bevollmächtigte vertragliche Zusicherungen gegeben hätte, der Kläger könne also verlangen, so gestellt zu werden,

wie er stehen würde, wenn die Unkosten, die in Wirklichkeit sich über 25 vom Hundert beliefen, nur 15 vom Hundert betrügen (Erfüllungsinteresse).

In seinem zweiten Urteil bejaht das Kammergericht die Arglist des Bevollmächtigten und stellte den Klageanspruch gegen beide Beklagte dem Grunde nach fest. Auf die Revision des Beklagten wies das Reichsgericht in einem nicht veröffentlichten Urteil die Revision des Geschäftsherrn zurück, während das Urteil gegen den Bevollmächtigten unter Zurückweisung in die Instanz aufgehoben wurde, weil der Bevollmächtigte, der garnicht Vertragspartei geworden sei, nicht auf das Erfüllungsinteresse in Anspruch genommen werden könne, vielmehr nur insoweit schadensersatzpflichtig sei, als dem Kläger der Nachweis gelänge, daß er das Grundstück zu einem billigeren Preise erhalten hätte, wenn der Bevollmächtigte die von ihm geforderte Auskunft redlich erteilt hätte. Die Klage gegen den Bevollmächtigten wurde schließlich abgewiesen, da der dem Kläger auferlegte Beweis des billigeren Ankaufs nicht gelang.

Riehl gelangt in sehr eingehenden und scharfsinnigen Erörterungen zu dem Ergebnis, daß die gegen den Geschäftsherrn erhobene Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages abzuweisen war, weil die unrichtige Auskunft des Bevollmächtigten nicht zum Vertragsinhalt erhoben, sondern außervertragliches Erklärungsmaterial geblieben war; aus § 831 BGB. konnte der Geschäftsherr nicht belangt werden, weil der Beweis sorgfältiger Auswahl des Bevollmächtigten geführt war. In Frage kommt nach Riehl lediglich die Anfechtungs- und Bereicherungsklage, mit welcher der schuldlose Geschäftsherr lediglich auf die Bereicherung belangt werden konnte.

Dem unredlichen Bevollmächtigten gegenüber will Riehl die Deliktsklage aus § 826 und event. § 823 Abs. 2 BGB. i. V. mit § 263 StrGB. durchdringen lassen, die auf Ersatz des gesamten Schadens geht, der dem Käufer durch den Vertragschluß erwachsen ist. Es bleibt abzuwarten, ob das Reichsgericht seine Auffassung aufrecht erhalten wird.

Für andere, nur bei Gelegenheit eines Vertragschlusses gemachte Angaben, die keine Vertragshaftung begründen und nur als außerhalb des Vertragsverhältnisses begangene unerlaubte Handlungen des Vertreters angesehen werden können, haftet der Vertretene nicht. So RG. 61 S. 210 (allerdings kann die Entscheidung im Ergebnis zu dem daselbst behandelten Fall — es handelte sich um betrügerisches Vorspiegeln von Eigenschaften der Kaufsache — nicht mehr aufrecht erhalten werden, weil er von demselben Senat im 63. Band S. 172 dem arglistigen Verschweigen von Fehlern i. S. des § 463 gleichgestellt worden ist, vgl. RG. 83 S. 244):

„Nach ihrem Wortlaute (d. h. des § 164 Abs. 1) kann diese Bestimmung auf nicht vertragsmäßig, sondern nur bei Gelegenheit eines Vertragsabschlusses gemachte Angaben keine Anwendung finden. Denn solche bloßen Angaben, für die eine Haftung durch den Vertrag selbst nicht übernommen ist, können . . . als Willenserklärungen nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht erachtet werden. Sie stellen nur gewisse tatsächliche Behauptungen auf, sind Wissensklärungen, haben aber mit dem auf den Vertrag selbst und seine Einzelbestimmungen gerichteten Willen des Erklärenden nichts zu tun. Aus dem gleichen Grunde trifft auch der § 166 Abs. 1 BGB nicht den gegebenen Fall. Diese Gesetzesstelle bestimmt, daß, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommt. Auch sie spricht nur von . . . Willenserklärungen und Willensmängeln auf Seiten des Vertreters und hat hierbei hauptsächlich die in den §§ 116—124 BGB. behandelten Willensmängel der Nichternstlichkeit, des von selbst entstandenen oder durch andere verursachten Irrtums und des Zwanges im Auge.“ Weiter wird auf die Entstehungsgeschichte eingegangen und sodann auf § 123 verwiesen, der für den Fall eines vom Vertreter bei Gelegenheit eines Vertragschlusses verübten Betruges dem Betäußten das einzige Schutzmittel gewähre. Weiter führt das RG. aus, daß das BGB. keinen Satz des Inhalts kenne, daß der Vertretene bei arglistigem Verhalten des Vertreters stets hafte:

„Diese Frage muß aber insbesondere in Ansehung arglistigen Verhaltens des Stellvertreters dahin beantwortet werden, daß eine nicht vertragsmäßig vorgenommene Handlung und abgegebene Erklärung eben nicht als eine rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftliche Pflichten verletzende, sondern beim Vorhandensein der hierzu nötigen Voraussetzungen nur als eine außerhalb des Vertragsverhältnisses begangene unerlaubte Handlung angesehen werden kann, wegen deren, wenn sie der Stellvertreter verübt hat, der Geschädigte zwar diesen, aber — von den erwähnten gesetzlichen Ausnahmefällen abgesehen — nicht den Vertretenen belangen kann. Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet durchgehends scharf zwischen Verletzung von dinglichen und vertragsmäßigen Rechten einerseits, und allgemein unerlaubten Handlungen andererseits; es verlangt zwar innerhalb des Vertragsverhältnisses, namentlich bei dessen Erfüllung, in den §§ 157, 162, 242, 320 Abs. 2 Wahrung von Treu und Glauben, unterwirft aber damit nicht schon jede nur bei Gelegenheit des Vertragschlusses begangene Handlung rechtsgeschäftlicher Beurteilung und vertragsmäßiger Folgen.

Mit Unrecht wendet der Berufungsrichter den § 278 BGB. zur Begründung seiner Entscheidung an. Diese Gesetzesstelle spricht im Gegenteil für die oben dargelegte Rechtsauffassung. Sie macht den Vertretenen für Verschulden des gesetzlichen Stellvertreters bei Erfüllung von Verbindlichkeiten haftbar. Bestände eine ähnliche allgemeine Bestimmung auch für Eingehung von Rechtsgeschäften, so wäre allerdings das Berufungsurteil gerechtfertigt. Aber gerade aus dem Fehler einer Vorschrift der letzteren Art ergibt sich wiederum, daß der Gesetzgeber sie nicht treffen wollte, da er sie sonst ebenso wie für Vertragserfüllung ausdrücklich ausgesprochen haben würde . . .“

d) Die Vertretungsmacht beruht entweder auf Rechtsgeschäft und heißt dann Vollmacht (§ 166 Abs. 2), oder auf Gesetz, wie bei der Prokura, Handlungsvollmacht oder in den Fällen der gesetz-

lichen Vertretungsmacht [Chefrau (§ 1357), gesetzliche Vertreter, Vertreter kraft Amtes].

Für Versicherungsagenten stellt das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 in den §§ 43 ff. besondere Bestimmungen auf und unterscheidet bloße Vermittlungsagenten, die nur zur Entgegennahme von Anträgen auf Schließung, Verlängerung oder Änderung oder Widerruf solcher Anträge zu Versicherungsverträgen, zur Entgegennahme von Anzeigen, die während der Versicherung zu machen sind und von Kündigungs-, Rücktritts- und sonstigen das Versicherungsgeschäft betreffenden Erklärungen, zur Aushändigung von Versicherungs- und Verlängerungsscheinen und zur Annahme von Prämien nebst Zinsen und Kosten ermächtigt sind, wenn sie sich im Besitz einer vom Versicherer auch nur mechanisch unterzeichneten Prämienrechnung befinden, und sogen. Abschlußagenten, die zum Abschluß von Versicherungsverträgen sowie zur Änderung oder Verlängerung solcher Verträge sowie zur Abgabe von Kündigungs- und Rücktrittserklärungen ermächtigt sind. Beschränkungen dieser Vertretungsmacht brauchen sich Dritte nur bei Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis entgegenhalten zu lassen.

Erläuterungen, welche ein Versicherungsagent dem Versicherungsnehmer über den Inhalt des abzuschließenden Vertrages gemacht hat, muß die Versicherungsgesellschaft unter Umständen gegen sich gelten lassen, insbesondere dann, wenn kompliziertere Vertragsbestimmungen von einem Agenten erläutert werden; es gereicht geschäftsunkundigen Personen nicht zur Fahrlässigkeit, wenn sie bei Durchlesung der allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht erkannt haben, daß die Erklärungen des Agenten in denselben keine Stütze finden. So RG. 73 S. 303/4:

„Die rechtliche Grundlage des Versicherungsverhältnisses bildet regelmäßig die Police nebst den darin enthaltenen allgemeinen Versicherungsbedingungen, sobald sie vom Versicherungsnehmer widerspruchslos angenommen worden ist. Daß ein von der Versicherungsgesellschaft zum Abschluß von Versicherungsverträgen nicht bevollmächtigter Agent der Gesellschaft unter einer für sie bindenden Verpflichtung mit einem Dritten einen Versicherungsvertrag abschließen könne, dessen Inhalt mit der Police und den allgemeinen Versicherungsbedingungen unvereinbar ist oder über sie hinausgeht, ist an sich nicht anzuerkennen. Immerhin kann aber im einzelnen Falle die Tatsache, daß der Versicherungsvertrag nicht durch Verhandlungen unmittelbar zwischen den gesetzlichen Vertretern der Versicherungsgesellschaft und dem Versicherungsnehmer, sondern durch Vermittlung eines Angestellten der Gesellschaft (Agenten) zustande gekommen ist, auf die rechtliche Gestaltung des Versicherungsverhältnisses von besonderem Einfluß sein. Das Reichsgericht hat hierüber in ständiger Rechtsprechung (RG. 46 S. 184 flg.; Gruchot, Beiträge Bd. 54 S. 426 flg.) die Meinung vertreten, daß die dem von der Gesellschaft bestellten Agenten zugewiesene Aufgabe gerade darin besteht, für die Gesellschaft dem Versicherungsnehmer die erforderliche Belehrung und Aufklärung über den Inhalt und die Bedeutung der Versicherungsbedingungen und die sonstigen Anforderungen der

Gesellschaft zu gewähren, daß der Versicherungsnehmer in dieser Beziehung dem Agenten vertrauen darf, und die Gesellschaft insoweit für dessen Erklärungen einstehen und die Verantwortung tragen muß; das sei nicht nur ein Gebot von Treu und Glauben, sondern folge auch aus den rechtlichen Verhältnissen des Agenten zur Gesellschaft. Diese Grundsätze gelten freilich nur soweit, als nicht dem Versicherungsnehmer selbst bei dem Abschlusse des Versicherungsvertrages oder hinsichtlich der Beobachtung der für die Fortdauer des Versicherungsverhältnisses gegebenen Vorschriften ein besonderes erhebliches Verschulden zur Last fällt.“

e) Ob der Stellvertreter seinerseits einen weiteren Vertreter hinzuziehen darf, ist Auslegungsfrage. Für den Stellvertreter kraft Dienstvertrages, Auftrages oder als geschäftsführender Gesellschafter gilt der Grundsatz, daß er im Zweifel hierzu nicht befugt ist (vgl. §§ 613, 664, 713). Doch kann sich nach der Sachlage auch ein anderes ergeben. In diesem Fall ist aber der Unterbevollmächtigte lediglich Vertreter des Erstbevollmächtigten. Die Vertreter kraft Amtes können ihre Amtsbefugnisse im Ganzen nicht durch Stellvertreter ausüben, da die Amtsstellung kraft Staatsaktes übertragen wird. Wohl aber können sie einzelne Befugnisse durch geeignete Stellvertreter ausüben, z. B. die Verwaltung eines Rittergutes.¹⁾ Der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf der Vormund in diesem Falle nicht, was sich als arg. e contr. aus § 1822 Ziff. 11 BGB. ergibt. Soweit die Vollmacht im Namen des Mündels erteilt wird, berechtigt und verpflichtet der Vertreter des Vormunds unmittelbar das Mündel, jedoch bedarf auch er der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in allen Fällen, in denen der Vormund ihrer bedarf. (Vgl. Rspr. d. OLG. 5 S. 410 ff.) Der Vormund haftet jedoch dem Mündel für den Vertreter nach § 278. So RG. 76 S. 185—7:

„Soweit die vom Kläger gegen seine ehemaligen Vormünder erhobene Schadenersatzklage darauf gestützt ist, sie hätten auch das Verschulden der zur Fortführung der klägerischen Landwirtschaft angenommenen Hilfspersonen, insbesondere des von ihnen angestellten Gutsverwalters W. zu vertreten, haben beide Vorinstanzen die Anwendbarkeit des § 278 BGB. mit Recht verneint. Zwar ist § 278 nicht deshalb ausgeschlossen, weil es sich, wie der erste Richter unter Billigung des Berufungsrichters ausführt, mit Rücksicht auf den Amtscharakter der Vormundschaft im Verhältnis zwischen Mündel und Vormund nicht um private Verbindlichkeiten des letztern handeln könne. Denn das Gesetz macht bezüglich des Ursprungs der Verbindlichkeit — Vertrag oder Gesetz — keinen Unterschied (Entsch. des RG's. in Ziviltf. Bd. 65 S. 117), und auch im Gebiete des Sachen-, Familien- und Erbrechts sind dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches zahlreiche Verbindlichkeiten rein schuldrechtlichen Inhalts nicht fremd. Allein die dem Vormund als solchem obliegenden Verbindlichkeiten erschöpfen sich in der Sorge für die Person und das Vermögen

¹⁾ Auch die Praxis steht auf dem Standpunkt, daß sich z. B. der Vormund geeigneter Hilfspersonen zwecks Erziehung des Mündels bedienen kann (RG. Joh 38 S. 34) und in einzelnen Rechtsfällen Dritten Vollmacht erteilen kann. (Bayer. Ob. LG. im Recht 13 Nr. 1761.)

des Mündels (BGB. §§ 1793, 1800), und, im Rahmen dieser Fürsorge, in der Beobachtung einer Anzahl von Einzelvorschriften (§§ 1802 ff.) die für sein rechtsgeschäftliches Tun und Lassen von Bedeutung sind. Die Erfüllung der sich hiernach für den Vormund ergebenden Verbindlichkeiten, die Wahrnehmung der eigentlichen „vormundschaftlichen Geschäfte“ (wie sich § 1836 ausdrückt) darf er überhaupt nicht oder doch nur auf seine Gefahr Dritten übertragen. Es ist deshalb nur folgerichtig, ihn insoweit gemäß § 278 auch für Verschulden der Person haften zu lassen, deren er sich zur Erfüllung eben dieser rein vormundschaftlichen Verbindlichkeiten bedient. Andererseits ist der Vormund nicht verpflichtet, für den Mündel und an seiner Statt persönlich diejenigen wirtschaftlichen Verrichtungen auf sich zu nehmen, an deren Leistung der Mündel, z. B. infolge eingetretener geistiger Erkrankung, verhindert ist. Der Vormund wird vielmehr regelmäßig nicht umhin können, sich hierzu der Hilfe dritter Personen zu bedienen. In solchen Fällen wäre es eine in die Augen springende Unbilligkeit, wenn man ihn aus § 278 auch für deren Verschulden ohne weiteres haftbar machen wollte. Der Vormund genügt vielmehr der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276), wenn er den mit Fortführung des landwirtschaftlichen, gewerblichen oder kaufmännischen Betriebes des Mündels zu beauftragenden Dritten gewissenhaft auswählt, und es demnächst an seiner gewissenhaften Überwachung nicht fehlen läßt. Gegen diese Rechtsgrundsätze hat der Berufungsrichter nicht verstoßen.

Es ist ferner nicht rechtsirrtümlich, wenn er davon ausgeht, der Schadenserfasser fordernde Mündel sei für den vollen Tatbestand des § 1833 Abs. 1 BGB., d. h. nicht bloß für den Eintritt des Schadens, sondern auch dafür beweispflichtig, daß dieser Schade auf eine Pflichtverletzung des Vormundes als Ursache zurückzuführen ist, und daß ihm hierbei ein Verschulden zur Last fällt (vgl. auch § 2219 Abs. 1). Schon die Fassung des Gesetzes („wenn . . . zur Last fällt“) läßt hierüber keinen Zweifel. Mag der Nachweis einer Pflichtverletzung vielfach zugleich auch den Nachweis schuldvollen Verhaltens erbringen, so ist es doch schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen immer nur das Schuldmoment, was die Verantwortlichkeit des Handelnden oder Unterlassenden begründet. Es kann auch der in der Wissenschaft vertretenen Auffassung nicht beigestimmt werden, daß sich die Beweislast zugunsten des Geschädigten immer dann umkehre, wenn ihm der Schädiger zur Rechenschaftslegung verpflichtet sei. Von einer solchen Umkehr mag gesprochen werden, wenn sich aus der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses ergibt, daß der für sein Handeln schadenserfasspflichtig Gemachte mit seiner Vertragsleistung zugleich eine gewisse Gewähr für deren Erfolg übernommen hat. Es ist aber nicht abzusehen, wie gerade das Hinzutreten der Rechnungspflicht zu dem sonstigen Vertragsinhalt von Bedeutung sein könnte für die Regelung der Beweislast, die sich grundsätzlich doch nur aus dem Inhalte des Rechtsverhältnisses heraus bestimmt“ . . .

f) Beweislast.

Wenn A. den B. auf Vertragserfüllung in Anspruch nimmt und B. einwendet, daß er im Namen des C. gehandelt habe, so befreit B. seine Passivlegitimation. Daher muß A. beweisen, daß B. im eigenen Namen gehandelt hat; hierbei genügt, daß er beweist, daß der Wille des B., für C. zu handeln, nicht erkennbar hervorgetreten sei (§ 164 Abs. 2). Führt er diesen Beweis, so ist es Sache des B., im Gegenbeweis Momente dafür beizubringen, aus denen

sich ergibt, daß im Namen des C. gehandelt sei (vgl. OLG. Rostock in Rpr. der OLG. 22 S. 154).

IV. Die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§ 165), wohl aber dadurch, daß er geschäftsunfähig ist. Geschäftsunfähige können Boten, aber nicht Stellvertreter sein, da sie keine rechtsgeschäftliche Willenserklärungen abgeben können. Dies gilt auch in dem Falle, in welchem einem geschäftsunfähigen Vertreter gegenüber eine Willenserklärung abgegeben wird, da § 131 Abs. 1 durch die Sondervorschrift des § 165 ersetzt wird, die für aktive und passive Stellvertretung gilt.

V. § 166 bestimmt:

Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.

Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen mußte, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht.

a) § 166 gilt für alle Fälle der Vertretung, auch für den Fall, daß der Fiskus einen Vertrag abschließt; hat nur einer der Vertreter des Fiskus im Falle des Verkaufs eines Grundstückes Kenntnis von der Belastung desselben mit einem Recht, so kann der Fiskus nach § 439 Abs. 1 daraus kein Recht gegen den Verkäufer herleiten, denn die Grundsätze, die in Ansehung der Kenntnis der Kollektivvertreter von Erwerbsgesellschaften gelten, gelten auch rücksichtlich der Kenntnis der Vertreter von juristischen Personen (RG. 59 S. 408).

Nach § 166 kann also der Vertreter bei Irrtum usw. des Vertretenen das von diesem abgeschlossene Rechtsgeschäft anfechten; diese Anfechtung kann durch den Vertreter erfolgen, wenn er auch hierzu Vertretungsmacht hat. Es darf also kein Irrtum im Motivo vorliegen. Lediglich ein solcher liegt z. B. vor, wenn ein Prozeßbevollmächtigter im Prozeß eine Erklärung, z. B. eine Verzichtserklärung abgibt und hierzu in der irrigen Annahme, diese entspräche dem Willen des Auftraggebers, veranlaßt wurde (RG. 59 S. 349/350). Ebenso ist ein Irrtum über den der Vollmacht zugrunde liegenden Auftrag unbeachtlich:

„§ 119 ergibt in Verbindung mit § 166 Abs. 1, daß es nur auf die Person des Erklärenden ankommt. Hat dieser den Inhalt der Erklärung gewollt, so ist es unerheblich, daß er nicht dem Willen des Vertretenen entspricht. Dasselbe folgt arg. e contrario aus der den Boten — im Gegensatz zu dem

Vertreter im Willen — betreffenden Bestimmung des § 120. Für die Begründung der Irrtumsanfechtung steht der direkte Stellvertreter dem indirekten gleich. Es macht auch keinen Unterschied, wenn dem Gegenkontrahenten erkennbar geworden ist, daß der legitimierte Vertreter das Geschäft nicht aus eigenem freien Entschluß abschließt, sondern vorher eine Anweisung einholt. Die irrtümliche Abweichung von der Anweisung berührt den gutgläubigen Gegenkontrahenten nicht. Es ist anzuerkennen, daß diese gesetzliche Regelung zu Härten führen kann, beispielsweise im Falle unrichtiger Übermittlung der Anweisung an den Vertreter, indessen gestattet das Gesetz keine andere Auslegung“ (RG. 82 S. 196).

Ebenso kann der Vertretene anfechten, wenn der Vertreter arglistig vom Gegner getäuscht oder durch Drohung zur Abgabe der Erklärung veranlaßt wurde (§§ 166, 123).

Täuschte dagegen der Vertreter, so kommt es darauf an, ob diese Täuschung nur gelegentlich eines Vertragschlusses erfolgte oder ob sie in den Rahmen des Rechtsgeschäfts, — z. B. i. F. des § 463 BGB., — fällt. Vgl. § 23 B. c. Nur in letzterem Falle hat der Gegner einen Schadensersatzanspruch gegen den Vertretenen, dagegen kann er in jedem Fall nach § 123 anfechten.

b) Für die Kenntnis und das Kennenmüssen von bestimmten Tatsachen kommt es gleichfalls nur auf die Person des Vertretens an, dessen guter oder schlechter Glaube mithin insbesondere für den Eigentumserwerb entscheidet, selbst wenn der Vertreter schlechtgläubig ist. Nur für den Fall, daß der Vertreter kraft Vollmacht des Vertretenen nach dessen bestimmten Weisungen gehandelt hat, kann sich dieser — wenn er selbst schlechtgläubig ist — nicht auf den guten Glauben des Vertreters berufen (§ 166 Abs. 2). Wer aber kraft einer Generalvollmacht, kraft seiner Prokura, kraft gesetzlicher Vertretungsmacht handelt, handelt grundsätzlich nicht nach bestimmten Weisungen bezw. nicht kraft einer Vollmacht, es sei denn, daß im konkreten Falle eine ausdrückliche Weisung des Vertretenen erging. Das unbillige Ergebnis läßt sich ohne Rechtsbeugung nicht ändern.

Gegebenen Falles läßt sich aber helfen. Man denke z. B. an den von J. U. Schroeder in seinen „Bürgerlich-rechtlichen Fällen“, Band 1 (Rostock i. M., C. J. E. Volkmann, 1906) erwähnten Fall: Ein Ehepaar geht über den Markt; hinter einem Tisch voller Hasen erblickt der Mann den ihm als Wilderer wohlbekannten H. Beim Passieren seines Standes sagt der Mann zu seiner Frau: „Du könntest uns einen Hasen erstehen, hier scheinen preiswerte Stücke zu hängen.“ Die Frau erwirbt den Hasen von H., der mit Rücksicht auf den ihm zublinnkenden Mann den Kauf zu drei Vierteln des sonstigen Preises zu schließen bereit ist. Wer ist Eigentümer des Hasen?

Der Hase ist — sofern er gewildert ist — zwar keine „fremde“ Sache, denn er ist herrenlos geblieben (§§ 958 Abs. 2 BGB.,

292 StrGB.), wohl aber eine solche, die dem Veräußerer nicht gehört. Da § 935 BGB. ausscheidet — der Hase ist weder gestohlen, noch verloren oder dem Eigentümer sonst abhanden gekommen —, kann der gutgläubige Erwerber das Eigentum an ihm erwerben (§ 932 BGB). Der Mann ist hier zweifellos schlechtgläubig. Nach § 166 Abs. 1 BGB. kommt jedoch für die Frage des Eigentumserwerbs der gute Glaube des Vertreters in Betracht. Mithin würde der Mann das Eigentum erwerben, sofern seine gutgläubige Frau als Vertreterin im Rahmen der Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB.) gehandelt hat. Ist nun hier § 166 Abs. 2 BGB. anwendbar? An sich gilt diese Vorschrift nicht für den gesetzlichen Vertreter oder denjenigen, der gesetzliche Vertretungsmacht hat, wie z. B. die Ehefrau. Nun läßt sich aber sagen, daß die Frau hier nicht im Rahmen der Schlüsselgewalt gehandelt hat, sondern als Werkzeug ihres Mannes, der neben ihr stand, oder als Bevollmächtigte, sodaß lediglich der schlechte Glaube des Mannes nach § 932 BGB. bzw. § 166 Abs. 2 BGB. maßgebend ist. Der Zweck des § 1357 BGB. ist doch der, für den Fall der Abwesenheit des Mannes der Frau die gesetzliche Vertretungsmacht zum Handeln im Namen des Mannes zu verleihen. In Fällen der vorliegenden Art bedarf es daher der Vorschrift des § 1357 BGB. nicht. Auf diese Weise gelangt man zu einem allein befriedigenden Ergebnis.

Nach RG. bei Gruchot 58, Beilageheft S. 907 ff. umfaßt § 166 Abs. 2 auch den Fall, daß die Weisungen dem Vertreter nicht unmittelbar vom Vollmachtgeber, sondern von dessen jenem Vertreter übergeordneten Generalbevollmächtigten erteilt sind, sodaß der schlechte Glaube des letzteren dem Vollmachtgeber entgegen gehalten werden kann.

Der Ausdruck „nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers“ muß möglichst weitgehend ausgelegt werden:

„Die Vorschrift will ersichtlich verhüten, daß durch Bevollmächtigung eines arglosen Dritten die gesetzliche Folge der Mangelhaftigkeit eines Rechtsaktes umgangen werden könnte. (Vgl. Jäger in Leipz. Z. 1912 S. 205—207, auch das Urteil des OLG. Colmar ebenda S. 865). Der Zweck würde nicht selten verfehlt werden, wollte man im Einklang mit Ausführungen der Revision zur Anwendung der Vorschrift fordern, daß immer zur Vollmacht, also auch wenn schon diese die Richtung auf einen bestimmten Rechtsakt angedeutet ist, noch bestimmte Weisungen des Machtgebers hinzukommen müßten, und dies würde auch nicht dem Standpunkte entsprechen, den der erkennende Senat in dem Urteil RG. 68, 374, vgl. namentlich S. 377, eingenommen hat. Der Tatbestand des Gesetzes muß vielmehr schon als erfüllt gelten, wenn der Bevollmächtigte im Rahmen der Vollmacht zu einem bestimmten Rechtsakte schreitet, zu dessen Vornahme ihn der Machtgeber veranlassen wollte.“ (RG. in Jur. W. 45 S. 318).

Es genügt nach dieser Entscheidung gegebenen Falles die Erteilung einer Vollmacht an einen Anwalt, ohne eine besondere Weisung zu jedem einzelnen Schritt desselben anzugeben. Der

den Anwalt beauftragende Gläubiger, der durch den Anwalt beim Schuldner pfänden ließ, muß also i. F. des § 30 Nr. 2 R.D. beweisen, daß weder er selbst noch der Anwalt die Zahlungseinstellung oder den Antrag auf Konkurseröffnung oder die Begünstigungsabsicht des Schuldners gekannt hat. Hinsichtlich des Anwalts genügt es, daß das vom Gläubiger von vornherein in eine bestimmte Richtung gelenkte Vorgehen seines Bevollmächtigten im allgemeinen Verlauf in dem Bewußtsein und Willen des Machtgebers lag.¹⁾

VI. Die Vollmacht.

a) Die Vollmachtserteilung.

Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2) und ist von der Vertretungsmacht kraft Gesetzes oder Amtes zu unterscheiden. Die Vollmacht selbst ist kein Rechtsgeschäft, sondern die Rechtswirkung der Vollmachtserteilung, die ihrerseits auf Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung beruhen kann. Die Vollmacht kann erteilt werden:

1. Durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden selbst, die grundsätzlich nicht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft, auf das sich die Vollmacht bezieht, vorgeschrieben ist,²⁾ oder durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll (§ 167). In beiden Fällen ist die Vollmachtserteilung ein Rechtsgeschäft.

Die Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen, z. B. durch Anstellung als Kassierer, Kellner, Wirt, Straßenbahnschaffner, Diensthote. Auch längeres Belassen in einer Stellung, die wiederholt — wenn auch unbefugter Weise — zu Empfangnahme insbesondere von Geldern führte, kann als Vollmachtserteilung durch konkludente Handlung aufgefaßt werden, sofern kein Widerspruch hiergegen erhoben wurde, — vgl. RG. 22 S. 76/7 — nur muß durch die Handlungen ein sicherer Schluß auf die Vollmachtserteilung gezogen werden können. So hat das RG. 81 S. 260 in der Übergabe von Grundschuldbriefen in Verbindung mit unterschriebenen und beglaubigten Abtretungs- erklärungen einer Vollmachtserteilung nicht nur gegenüber dem andern Teile, sondern auch jedem Dritten gegenüber dahin gesehen, daß der Urkundenthaber zur freien Verfügung über jene Grundschuldbriefe ermächtigt sei.

¹⁾ § 166 BGB. gilt auch auf dem Gebiete der Gläubigeranfechtung in und außer dem Konkurse. So RG. 68 S. 376.

²⁾ Das gilt auch für die Vollmacht zum Abschluß eines Grundstückskaufvertrages, da sich § 313 nur auf das die Veräußerung des Eigentums an einem Grundstück betreffende Hauptgeschäft, nicht auf Hilfs- und Nebengeschäfte bezieht (RG. 62 S. 335). Anders liegt die Sache jedoch dann, wenn die Vollmacht in Wirklichkeit demselben Zwecke dienen soll und tatsächlich dient wie der Abschluß des Hauptgeschäfts. Vgl. RG. 76 S. 183 f. — In einer Reihe von Fällen ist eine besondere Form für die Vollmachtserteilung vorgeschrieben, z. B. § 1945 Abs. 1 BGB. (Erbchaftsausschlagung), § 29, 30, 32, ZwVG. § 71 Abs. 2, FrGG. § 13, 108—9, ZPD. § 80.

2. Durch besondere Mitteilung an einen Dritten, daß man jemand bevollmächtigt habe. Diese Mitteilung, die auch mündlich erfolgen kann und nicht dadurch den Charakter einer Sondermitteilung verliert, daß sie sich zugleich an mehrere richtet, kann mündlich wie schriftlich erfolgen. Sie hat im Gegensatz zu der zu 1 genannten Erklärung der Bevollmächtigung zum Inhalt, daß man jemand bevollmächtigt habe, wirkt also grundsätzlich nur deklaratorisch, da regelmäßig eine Bevollmächtigung i. S. von Ziff. 1 vorangegangen sein wird; ist dies nicht der Fall, so wirkt sie allerdings konstitutiv, da diese Mitteilung den Charakter einer Rechtshandlung hat.

Der besonderen Mitteilung steht die Vorlegung der vom Bevollmächtigten dem Vertreter ausgehändigten Urkunde¹⁾ an den Dritten gleich (§ 171). Aber den Begriff des Vorlegens führt das RG. 56 S. 66 aus:

„Vorlegen“ bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem auch vom Gesetze regelmäßig damit verknüpften Sinne die Handlung, wodurch dem Anderen der Gegenstand tatsächlich zur Hand oder doch vor Augen gestellt, seiner sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglich gemacht wird.

Vgl. z. B. §§ 809—811. § 409 BGB., §§ 420 ff. ZPO.

Die bloße Erwähnung, Inbezugnahme einer Urkunde als einer in Händen des Erklärenden befindlichen ist keine Vorlegung.“

Die Urkunde muß echt sein und nach § 126 vom Vollmachtgeber eigenhändig unterschrieben sein. Die Vorlegung selbst muß bei jedem auf Grund dieser Vollmachtserteilung abgeschlossenen Rechtsgeschäft erfolgen. Dies ist jedoch streitig; die hier vertretene Ansicht ist aber auch wohl die des Reichsgerichts, da es im 56. Bande S. 68 ausführt:

„Wenn der Vertreter — oder vorgeblich Bevollmächtigte — dem Dritten die Vollmachtsurkunde nicht vorlegt, sich nur auf eine Vollmacht, die er in Händen habe, sei es auch unter Angabe des Inhaltes oder sonstiger Merkmale der Urkunde, mündlich oder schriftlich beruft, so gibt das dem Dritten keine, jedenfalls aber nicht die vom Gesetze an die Vorlegung geknüpfte Gewähr dafür, daß dem angeblichen Vertreter die Vollmachtsurkunde vom Vollmachtgeber mit dem Willen einer Kundgebung nach außen behändigt worden ist, und der Dritte handelt auf seine Gefahr, wenn er, auf die bloße Angabe des anderen vertrauend, sich mit demselben als einem Vertreter einläßt.“

¹⁾ Die Bestallungsurkunde des Vormundes oder Pflegers hat nicht den Charakter einer Vollmachtsurkunde. So RG. 74 S. 265: „Die Bestallung hat nur die Bedeutung eines gerichtlichen Zeugnisses, daß die darin bezeichnete Person nach Maßgabe des Inhaltes der Bestallung zum Vormund (Pfleger) bestellt worden ist, nicht aber den Charakter eines Legitimationssapiers in dem Sinne, daß der gutgläubige Dritte, der sich auf Grund der ihm vorgelegten Bestallung mit dem Vormunde (Pfleger) auf Rechtsgeschäfte einläßt, gegen inzwischen eingetretene, aus der Bestallung sich nicht ergebende Änderungen der Vertretungsmacht des in der Bestallung bezeichneten Vormundes (Plegers) geschützt wird. Sie hat also nicht den Charakter der Vollmacht. Der Mündel hat die aus der mißbräuchlichen Benutzung der Bestallung entstehenden nachteiligen Folgen nicht zu tragen. Auf diesem Standpunkte stehen die Motive zum BGB. (Bd. 4 S. 1079 ff.) und die herrschende Meinung. Wer sich mit dem Vormunde (Pfleger) in rechtsgeschäftliche Beziehungen einläßt, hat also auf seine Gefahr die Fortdauer des Amtes des Vormundes (Plegers) zu prüfen.“

Die Vorlegung einer — beglaubigten oder nicht beglaubigten — Abschrift der Vollmachtsurkunde genügt nicht, es muß das Original der Vollmachtsurkunde selbst vorgelegt werden:

„In § 172 wird einer besonderen Mitteilung an den Dritten der Fall gleichgestellt, wenn der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt; die Aushändigung der Urkunde an den Vertreter gilt als eine auf Mitteilung der erteilten Vollmacht an den Dritten gehende Willenserklärung des Vollmachtgebers, und die Vorlegung der dem Vertreter ausgehändigten Urkunde an den Dritten soll diesem die Gewähr bieten, daß eine Bevollmächtigung nach Maßgabe der vorgelegten Urkunde dem als Bevollmächtigten Auftretenden erteilt ist. Es leuchtet ein, daß es hierzu der Urschrift der Vollmachtsurkunde bedarf. Die Abschrift einer solchen kann allenfalls beweisen, daß der Bevollmächtigte einmal Vollmacht erhalten hat, — nicht aber, daß er die Vertretungsmacht noch besitzt. Der Bevollmächtigte kann sich, solange er im Besitze der Urschrift der Vollmachtsurkunden ist, davon Abschriften in unbefränkter Zahl fertigen und beglaubigen lassen; daß er im Besitze der Vertretungsmacht ist, kann nur durch den Besitz derjenigen Urkunde dargetan werden, die er eben vom Vollmachtgeber erhalten hat.“ (RG. 88 S. 431/2).

3. Durch öffentliche Bekanntmachung, daß man einen anderen bevollmächtigt habe (§ 171). Auch sie ist eine Rechtshandlung und bedarf keiner bestimmten Form. Nach dem RG. Ziff. 1 zu § 171 kann die Bekanntmachung „in jeder geeigneten Weise, auch durch Anschlag im Geschäftslokal oder durch Firmenschild“ bewirkt werden. Ob der Anschlag im Geschäftslokal ein „öffentlicher“ ist, ist allerdings recht zweifelhaft; er dürfte eher den Charakter einer „besonderen Mitteilung“ i. S. des § 171 haben, die sich ja auch an mehrere richten kann.

Zu beachten ist, daß im Geschäftsverkehr die Vollmachtserteilung häufig in mehrfacher Weise erfolgt, was für die Anfechtbarkeit von großer praktischer Bedeutung ist. Vgl. § 31 B. VIe.

b) Umfang der Vollmacht.

Maßgebend für den Umfang der Vollmacht ist in erster Reihe der Wille des Vollmachtgebers, der nach § 133 auszulegen ist. An diesen Willen sind Bevollmächtigter und Dritter gebunden. So auch RG. 52 S. 99:

„... Aus dem Begriff und der Rechtsnatur der Vollmacht folgt das auch für den § 167 BGB., daß der Bevollmächtigte grundsätzlich keinen Willen erklären darf, der dem ihm bekannten Willen des Machtgebers widerspricht, daß der Bevollmächtigte aus solcher Willenserklärung keine Rechte gegen den Machtgeber herleiten kann und ebensowenig der Dritte, der den abweichenden Willen des Machtgebers weiß und erkennen kann, daß die Vollmacht gemißbraucht wird.“

Im allgemeinen unterscheidet man General-, Gattungs- und Einzenvollmacht, je nachdem die Vollmacht sämtliche Rechtsgeschäfte, eine bestimmte Art derselben oder ein bestimmtes einzelnes Rechtsgeschäft umfaßt. Sofern über Sinn oder Umfang der Voll-

macht Zweifel bestehen, muß der in der Bevollmächtigung kundgegebene Wille des Vollmachtgebers durch Auslegung ermittelt werden, wofür dann die allgemeinen Grundzüge der §§ 133, 157 BGB. gelten und neben dem Wortlaute der Erklärung die Umstände des Falles und die Verkehrsanschauung in Rücksicht zu ziehen sind. So auch RG. 71 S. 223. Dies gilt auch für die Generalvollmacht, die je nach der Beschaffenheit und Größe des Wirkungskreises in Art und Umfang sehr verschieden ist. Vgl. hierüber RG. 71 S. 221—223:

„Die auf Parteiwillen beruhende Vollmacht kann von sehr verschiedenem Inhalte sein. Das Maß der Vertretungsmacht wird hier durch den Inhalt der konkreten Bevollmächtigung, den im Einzelfalle erklärten Willen des Vollmachtgebers bestimmt. Selbst die „Generalvollmachten“ sind je nach der Beschaffenheit und Größe des Wirkungskreises in Art und Umfang sehr verschieden.

Vgl. Hupka, Vollmacht § 10 S. 176 flg., Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 § 164, Bd. 2 S. 535.

Ferner ist es zwar richtig, daß sich auch die Generalvollmacht, wie jede Vollmacht, begrifflich auf Beforgung der Angelegenheiten des Vollmachtgebers bezieht. Allein Angelegenheiten in diesem Sinne ist nicht gleichbedeutend mit Interessen des Vollmachtgebers. Eine (privatrechtliche) Angelegenheit des Vollmachtgebers ist auch die Eingehung einer Bürgschaftsverpflichtung von seiner Seite; eine andere Frage ist, ob dieses Rechtsgeschäft seinem wirtschaftlichen Interesse dient. Im Begriffe der Vollmacht liegt eine Begrenzung auf das Interesse des Vollmachtgebers keineswegs. Die Bevollmächtigung kann auch im Interesse des Bevollmächtigten selbst (so bei dem procurator in rem suam) oder im Interesse eines Dritten erfolgen (vgl. Blanck, BGB. zu § 167 Bem. 1).

Überhaupt ist die Frage, ob das betreffende Geschäft im Interesse des Vollmachtgebers liegt oder nicht, an sich nur für das innere Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Bevollmächtigten von Bedeutung. Von diesem inneren, namentlich Auftragsverhältnisse aber ist das nach außen wirkende Vollmachtsverhältnis rechtlich streng zu unterscheiden. Der Bevollmächtigte kann auftragswidrig und doch möglicherweise in den Grenzen der ihm erteilten Vollmacht handeln. Der dritte Kontrahent braucht sich in der Regel nicht um das erstere, sondern nur um die Vollmachtmäßigkeit des Geschäftes zu kümmern (vgl. Hupka, a. a. D. § 10 S. 187 flg.; v. Staudinger, Kommentar zu § 164 Bem. 7 S. 523 flg.). Ist freilich das betreffende Geschäft von dem Bevollmächtigten unter offenbarem, dem andern Kontrahenten erkennbarem Mißbrauche seiner Vollmacht dem Interesse des Vollmachtgebers zuwider abgeschlossen oder hat er gar in der dem andern Teile bewußten Absicht, den Geschäftsherrn zu schädigen, gehandelt, dann würde der Vertretene entweder die Abmachung des Bevollmächtigten, überhaupt nicht als für ihn verbindlich anzuerkennen haben oder doch berechtigt sein, das Geschäft anzufechten, einem Ansprüche des Dritten die Einrede der Arglist entgegenzusetzen. Und auch dann, wenn das fragliche Geschäft von so ganz außergewöhnlicher Art wäre, daß sich der Dritte sagen müßte, der Vollmachtgeber könne ein derartiges Geschäft unmöglich im Sinne gehabt haben, würde sich jener auf eine selbst unbeschränkt gefaßte Vollmacht nicht berufen können.

Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 § 164 Nr. V S. 538; v. Staudinger, a. a. D. zu § 167 Bem. 7 S. 533; Entsch. des RG's. in Zivl. Bd. 52 S. 99.

Bei der gewillkürten Vollmacht wäre es nicht gerechtfertigt, dem Vertretenen wegen Mißbrauches der Vollmacht ein Anfechtungsrecht oder eine Einrede, gleichermaßen wie bei der gesetzlichen, nach außen unbeschränkbarer Vertretungsmacht aus § 126 HGB. oder § 37 des Gesetzes, betr. die Gesellschaften m. b. H. nur in dem Falle einer Kollusion, eines wissentlichen Mitwirkens des Dritten zu vorsätzlicher Schädigung des Vertretenen einzuräumen (vgl. Staub, Kommentar zum HGB. zu § 126 Anm. 15, 8. Auflage S. 480; Entsch. des RG's. in Zivilf. Bd. 58 S. 356 flg.).

Was insbesondere die von einem Generalbevollmächtigten in dessen eigenem Interesse vorgenommenen Rechts-handlungen anlangt, so stellen solche keinesfalls von vornherein, sofern jener Zweck für den Dritten erkennbar ist, um deswillen einen offensichtlichen Mißbrauch der Vollmacht dar. Es kann möglicherweise das Interesse des Bevollmächtigten mit dem des Vollmachtgebers eng verknüpft sein, das Geschäft deshalb auch im Interesse des letzteren liegen. Besondere zwischen beiden bestehende persönliche oder geschäftliche Beziehungen oder Abmachungen können es mit sich bringen, daß der Vollmachtgeber in seinem eigenen oder in dem gemeinschaftlichen Interesse für eine Schuld des Bevollmächtigten die Bürgschaft übernimmt. Das wird namentlich bei Gesellschaftern, Verwandten, Eheleuten nicht so selten vorkommen. Indes ist es nicht die Sache des Dritten, dem gegenüber der Bevollmächtigte im Namen des Vollmachtgebers eine derartige Bürgschaft eingeht, diesen Verhältnissen nachzugehen, da es ihm gegenüber grundsätzlich keinen Unterschied begründet, ob die Bürgschaft dem Interesse des Vollmachtgebers dient oder nicht. So Urteil des Reichsgerichts vom 1. Mai 1891 (Seuffert, Archiv Bd. 47 Nr. 106) für einen Fall, in dem der Ehemann als Generalbevollmächtigter seiner Frau im Namen dieser die Bürgschaft für eine eigne Schuld des Ehemanns übernommen hatte. Vgl. hierzu auch Hupka, a. a. D. § 10 S. 187 flg. Anm. 2, § 14 S. 241 Anm. 1. Das Urteil vom 23. September 1891, Entsch. des RG's. in Zivilf. Bd. 28 S. 288, gründet sich auf Vorschriften der §§ 62 flg. preuß. WR. I 13.“

Eine Generalvollmacht kann auch dazu bestimmt werden, eine Erbteilung nach dem Tode des Vollmachtgebers herbeizuführen. So RG. 88 S. 346 ff. beim Vorliegen folgender Vollmacht zweier Ehegatten:

„Wir . . . erteilen unserem Sohne . . . Generalvollmacht, uns in allen unseren Angelegenheiten rechtswirksam zu vertreten mit dem speziellen Auftrage, unsere Immobilien zu veräußern und aufzulassen. Dabei bestimmen wir ausdrücklich, daß diese unsere Generalvollmacht durch unseren Tod nicht erlöschen soll.“

Wenn eine solche Vollmacht gerichtlich oder notariell beglaubigt ist, ist sie auch für die Erben wirksam und es bedarf keiner neuen, von den Erben ausgestellten Vollmacht (RG. a. a. D. S. 348):

„Für den Grundbuchverkehr bedarf es aber, wenn namens der Erben eine durch Eintragungen zu verwirklichende Rechts-handlung vorgenommen werden soll, nach § 40 GBD. der vorgängigen Eintragung der Erben und folglich als des Minderen eines Erbennachweises nach § 36 GBD. Eine Ausnahme macht § 41 GBD. nur hinsichtlich der „Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes“, also z. B. der Auflassungen, Hypothekenumschreibungen und

Lösungen. Neue Belastungen oder Änderungen eingetragener Rechte fallen, abgesehen von weiteren hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen, nicht unter die Bestimmung.“ (RG. a. a. D.).

Sinsichtlich der zum Zwecke der Erbteilung vorzunehmenden Umschreibungsanträge erübrigt sich demgemäß die Eintragung der Erben und der Erbennachweis. Der Bevollmächtigte braucht hierbei weder die Erben namhaft zu machen noch, wenn sich Minderjährige oder Geschäftsunfähige unter ihnen befinden, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beizubringen:

„Der Ausweis des Generalbevollmächtigten wird durch die grundbuchmäßig beglaubigte Generalvollmacht erbracht, und die Frage ist lediglich die, ob im gegebenen Falle noch der Erbennachweis erforderlich ist. Dies könnte, wenn die Eintragung der Erben, wie nachgewiesen, nicht nötig ist und wenn die Vollmacht, wie das Kammergericht zugibt (z. B. RG. Jahrb. Bd. 41 S. 166; vgl. auch RGZ. Bd. 68 S. 391) für die Erben unterschiedslos ihre Wirkung behält, nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn wirklich, wie das Kammergericht annimmt, die Erklärung des Generalbevollmächtigten nach dem Tode des Erblassers unter Umständen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte. Das Kammergericht will die Sache so angesehen wissen, als handle es sich in diesem Falle um eine Vollmacht und eine Erklärung des etwaigen „Vormundes“, während doch die Vollmacht vom Erblasser mit unterschiedsloser Wirkung für die Erben ausgestellt ist und die Erklärung des Bevollmächtigten nicht namens des „Vormundes“, sondern namens des „Erben“ abgegeben wird. Will man nicht der vom Erblasser für den Erben ausgestellten Vollmacht einen Teil ihrer Bedeutung entziehen, so muß die vom Generalbevollmächtigten namens des minderjährigen oder sonst geschäftsunfähigen Erben abgegebene Erklärung dieselbe Bedeutung haben wie die eines Bevollmächtigten, den der Vormund (wie im Falle der im § 1822 Nr. 11 BGB. ausdrücklich erwähnten Prokura) „mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts“ bestellt hat. Die Erklärung des Bevollmächtigten bedarf dann keiner besonderen Genehmigung. Und nicht anders liegt auch die Sache in dem vom Kammergerichte herangezogenen Falle, wo der Machtgeber nach Ausstellung der Vollmacht die Geschäftsfähigkeit einbüßt. Auch hier entbehrt die Einschränkung der Vertretungsbefugnis, wie sie das Kammergericht vornehmen will, jeder gesetzlichen Begründung.“

c) Vollmachtserteilung durch mehrere und an mehrere Personen.

Sofern ein Organ einer juristischen Person aus mehreren Einzelpersonen besteht, muß eine Vollmacht in Ermangelung einer besonderen Bestimmung von allen Einzelpersonen erteilt werden, um wirksam zu werden. Dies gilt auch insbesondere für die Repräsentanten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, sofern besondere gesetzliche Bestimmungen fehlen. So RG. 58 S. 62/3:

„Ob die Repräsentanten (d. h. einer öffentlich-rechtlichen Korporation), wenn ihrer mehrere sind, nur in ihrer Gesamtheit, oder ob jeder von ihnen, oder nur eine bestimmte Anzahl und in bestimmter Zusammensetzung, die Korporation zu vertreten befugt sind, ist nach der dieser gegebenen Verfassung

zu beurteilen. In dieser Beziehung hat das Gesetz für gewisse Korporationen Bestimmungen gegeben und damit einen Teil ihrer Verfassung geregelt, so für die Stadtgemeinden der 6 östlichen Provinzen Preußens durch § 56 Nr. 8 der Städte-Ordnung vom 30. Mai 1853 und für die Landgemeinden der 7 östlichen Provinzen Preußens durch § 88 Nr. 7 der Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891; für andere Korporationen des öffentlichen Rechtes — darunter auch für Schulgemeinden — fehlt es hierüber an einer besonderen Regelung. In Ermangelung einer solchen muß die Frage, ob mehrere Repräsentanten nur in ihrer Gesamtheit das vom Gesetz berufene Organ der Korporation darstellen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschieden werden. Nach diesen aber ist die Frage zu bejahen. Ebenso wie auf dem Gebiete des Privatrechts die an mehrere erteilte Vollmacht, wenn sich aus ihr nicht das Gegenteil ergibt, dahin zu verstehen ist, daß die mehreren Bevollmächtigten zusammenwirken müssen, um ihren Machtgeber zu verpflichten, muß das gleiche auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes gelten. Es muß hier namentlich dann gelten, wenn das vom Gesetz berufene Organ selbst wieder korporativ gestaltet ist, weil dann das Gesetz wiederum ein gegliedertes Ganzes mit der Vertretung der Korporation betraut, und dieses gegliederte Ganze nicht in die einzelnen zu ihm gehörigen physischen Personen aufgelöst werden kann. Auf dieser das Korporationsrecht beherrschenden Auffassung beruht das . . . Urteil des Obertribunals vom 17. Dezember 1872 (Striethorst, Archiv Bd. 87 S. 274; Entsch. des Obertrib. Bd. 68 S. 317), welches auch in der Verwaltungspraxis (z. B. Entsch. des Ob. Verw. G. Bd. 1 S. 171, Bd. 2 S. 210, Bd. 30 S. 172) Anerkennung gefunden hat.“

Ist eine Vollmacht an mehrere erteilt, so entscheidet in Ermangelung besonderer gesetzlicher Bestimmungen der Wille des Vollmachtgebers, ob eine Solidarvollmacht, kraft deren jeder einzelne Bevollmächtigte selbständig handeln kann, oder ob eine Gesamt- oder Kollektivvollmacht, kraft deren nur die Gesamtheit der Bevollmächtigten vertretungsberechtigt ist, vorliegt. Im Zweifel ist nach der vorstehenden Ansicht des Reichsgerichts die Gesamtvollmacht als gewollt zu unterstellen.

Aber die Frage, ob eine Gesamtvertretung wirksam derart ausgeübt werden kann, daß einer von zwei Vertretern nach außen handelt, während der andere ihm durch eine an ihn gerichtete Erklärung Vollmacht oder Genehmigung erteilt, führt das RG. 81 S. 325 ff. folgendes aus:

„Wird durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt, daß mehrere Vertreter nur zusammen zur Vertretung berechtigt sein sollen, so wird damit ein gleichzeitiges Handeln nicht verlangt. Die mehreren dürfen einzeln nacheinander tätig werden. Dem Streben nach Klarheit wird aber allerdings am besten gebient, wenn man für ein gesondertes Tätigwerden zur Bedingung macht, daß jeder Vertreter die in Frage stehende Erklärung gegenüber dem Dritten abgibt. Läßt man es genügen, wenn von zwei Vertretern nur der eine nach außen handelt, während der andere ihm vorher oder nachträglich zustimmt, so kann im Einzelfalle leicht Streit entstehen, ob diese Voraussetzung erfüllt ist. Daher war die ältere Rechtsübung über den Satz einig, daß die Zustimmung des Gesamtvertreters kein innerer Vorgang unter den Vertretern bleiben dürfe,

vielmehr gegenüber dem Dritten zu äußern sei (vgl. das Urteil des erkennenden Senats Entsch. des RG's. in Zivilf. Bd. 40 S. 18 flg.)

Als das bürgerliche Gesetzbuch in Kraft trat, boten dessen Vorschriften keinen zwingenden Anlaß, von diesem Standpunkt abzugehen. Freilich bestimmen § 167 Abs. 1 und § 182 Abs. 1, daß Bevollmächtigung und Genehmigung ebensowohl dem Vertreter wie dem Vertragsgegner erklärt werden können. Aber es war nicht nötig, die Erklärung des „zustimmenden“ Gesamtvertreters als Zustimmung zum fremden Rechtsgeschäft aufzufassen. Der Gedanke der Gesamtvertretung schien es im Gegenteil zu fordern, daß man ein Stück des Vertragsschlusses darin erblickte, so daß sich die Erklärung ihrem Wesen nach von der des „handelnden“ Gesamtvertreters nicht unterschied. Beide Erklärungen waren danach Teilerklärungen, die erst in ihrem Zusammenschluß eine Vertragserklärung ausmachten. Hatte einstweilen nur der eine Vertreter seine Erklärung abgegeben, so lag der Fall des § 177 nicht vor. Die Erklärung des anderen Vertreters, die zur Wirksamkeit des Vertrages hinzukommen mußte, war keine Genehmigung im Rechtsinne, sondern eine ergänzende Resterklärung und mußte, wie der bisher geäußerte Teil, an den Vertragsgegner gerichtet werden. Diese Rechtsauffassung legte der Senat in der Entscheidung Bd. 61 S. 223 eingehend dar, sie fand den Beifall von Vertmann, Allgem. Teil S. 543. Die Notwendigkeit, nach außen zu handeln, wurde später noch wiederholt eingeschärft, wenn auch der Ausdruck Genehmigung der Bequemlichkeit halber weiter gebraucht wurde. In dem Urteil im Recht 1907 S. 823 wurde ausgesprochen, was bei der Genehmigung rechtens sei, müsse auch für die Bevollmächtigung gelten. Wo sich Zweifel aufdrängten, ob die Ergebnisse der Billigkeit entsprachen, suchte der Senat durch die Annahme eines stillschweigend nach außen betätigten Willens nachzuhelfen; vgl. Jur. Wochenschr. 1908 S. 151 flg. und Entsch. in Zivilf. Bd. 75 S. 419.

Indessen hat sich in der Rechtsanwendung doch gezeigt, daß die Konstruktion der Teilerklärung gegenüber den Bedürfnissen des Verkehrs nicht durchgeführt werden kann. Zwar über das Datum des Geschäfts — Wirksamwerden erst mit Hinzutritt der vervollständigenden Erklärung ohne die Rückwirkung des § 184 BGB. — hatte das Reichsgericht, soweit zu ersehen, keine Gelegenheit zu entscheiden. Eine abweichende Stellungnahme gebot sich aber schon mit Bezug auf den Formzwang bei formbedürftigen Rechtsgeschäften. Müßte die Zustimmungserklärung des bisher untätig gebliebenen Gesamtvertreters wirklich als Teil des Geschäftes betrachtet werden, so wäre sie, nicht minder wie die Erklärung des anderen Vertreters, an die durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form gebunden. Dem steht die natürliche Anschauung entgegen, wonach eine Formvorschrift, sofern nicht ausdrücklich die Beobachtung durch jeden Gesamtvertreter angeordnet ist, bei Beobachtung durch einen von ihnen als erfüllt gilt. Daran hat das Reichsgericht auch unter dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs festgehalten. Der 1. Zivilsenat hatte es in dem Falle Jur. Wochenschr. 1901 S. 518 flg. mit einem Wechselindossament, in dem Falle Entsch. in Zivilf. Bd. 63 S. 96 mit einem Aktienzeichnungsschein zu tun, die beide nur von einem der zwei Gesamtvertreter gezeichnet waren. Die gesetzliche Form (B.D. Art. 11, 12, BGB. § 281) wurde in jedem dieser Fälle als gewahrt angesehen und dabei bemerkt, die Wirksamkeit des Geschäftes hänge gemäß § 177 Abs. 1, § 182 Abs. 1, 2 BGB. von der formlosen Genehmigung des anderen Vertreters ab. Ebenso erkannte der 3. Zivilsenat erst kürzlich, die Unterzeichnung eines auf mehrere Jahre geschlossenen Grund-

ftücksmietvertrags durch einen der gesamtberechtigten Vertreter genüge der Vorschrift des § 566 BGB., während alles übrige Sache der formfreien Zustimmung sei (Rep. III. 343/12 vom 6. Dezember 1912).

Auch in der Frage der Adresse der Zustimmungserklärung ist der frühere Standpunkt inzwischen verlassen worden. In der Entsch. des 2. Zivilsenats Entsch. in Zivilf. Bd. 80 S. 180 handelte es sich, genau wie in der soeben erwähnten des 3. Senats, um eine Genossenschaft mit einem dreigliedrigen Vorstand, von dessen Mitgliedern je zwei zusammen zur Vertretung berechtigt waren. Beide Senate haben die Ansicht gebilligt, daß ein einzelnes Vorstandsmitglied durch die ihm gegenüber abgegebene Bevollmächtigungserklärung eines anderen Mitglieds in stand gesetzt werden konnte, die Genossenschaft vertragsmäßig zu verpflichten. Nur wurde darauf hingewiesen, daß die Bevollmächtigung und, wie der 3. Senat mit Rücksicht auf den ihm unterbreiteten Fall hinzufügte, auch die Genehmigung, eine Erklärung im Namen des Vertretenen bedeute, mithin stets durch so viel Vertreter vorgenommen werden müsse, wie zur Vertretung zusammenzuwirken hätten. Habe ein Gesamtvertreter seine Zustimmung dem nach außen tätig gewordenen anderen Gesamtvertreter erklärt und sei dieser damit einverstanden gewesen, so reiche das hin, um bei dem Tätigen selber eine Zustimmung anzunehmen. Durch § 181 BGB. werde die Wirksamkeit einer solchen Zustimmung nicht gehindert.

Die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung läßt sich auch aus dem Gesetze nachweisen. Nach dem neuen HGB. § 125 Abs. 2 Satz 2 können die zur Gesamtvertretung einer offenen Handelsgesellschaft berechtigten Gesellschafter einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen, und das gleiche verordnet § 232 Abs. 1 Satz 2 für gesamtberechtigte Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft. Weder ist eine Ausnahme für formbedürftige Geschäfte gemacht, noch ist vorgeschrieben, daß die Ermächtigung selber der Form bedürfte. Zugleich lassen die Vorschriften deutlich erkennen, daß sie, mindestens in erster Linie, eine an den handelnden Vertreter gerichtete Bevollmächtigung im Auge haben. Wird dies schon durch den Wortlaut nahegelegt, so kommt vor allem in Betracht, daß bei „bestimmten Arten von Geschäften“ ein konkreter Geschäftsgegner, dem die Vollmacht erklärt werden könnte, regelmäßig noch gar nicht vorhanden ist. Auch die Denkschrift zum HGB. S. 91 liefert hierfür Beweis, indem sie erwägt, bei Erteilung der Ermächtigung habe der zu ermächtigende Gesamtvertreter, streng genommen, selbst mitzuwirken, die neue Vorschrift sei daher notwendig, um ein aus § 181 BGB. herzuleitendes Bedenken zu beseitigen. Wäre daran gedacht worden daß die Ermächtigung dem Geschäftsgegner erklärt werden müsse, so würde das Bedenken überhaupt nicht aufgetaucht sein.

Es versteht sich von selbst, daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, schon weil sie typisch in der Mitte steht zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft, in der hier fraglichen Beziehung von den beiden anderen Gesellschaftsarten nicht getrennt werden könnte. Die Bedeutung der erörterten Gesetzesvorschriften geht aber über diese gegenüber der jetzigen Beklagten hinreichende Schlußfolgerung weit hinaus. Es muß in jenen Vorschriften der Gesetzeswille erblickt werden, daß in allen Fällen der Gesamtvertretung der eine Vertreter dem anderen durch eine an ihn gerichtete formlose Erklärung Vollmacht verschaffen kann. Auch von der Genehmigung muß das gleiche angenommen werden, da für eine unterscheidende Behandlung der vorherigen und der nachträglichen Zustimmung kein Grund ersichtlich ist. Damit

ist der Gedanke der Teilwillenserklärung abgelehnt. Der Satz, daß die Zustimmung eines Gesamtvertreters nicht innere Angelegenheit der Vertreter bleiben dürfe, hat seine Berechtigung verloren. Nur darf hierbei ein Doppeltes nicht außer acht gelassen werden. Zunächst, daß die Zustimmung von der vertretenen Gesellschaft, Genossenschaft usw. ausgehen muß. Erklärt beim Vorhandensein von nur zwei Vertretern der zweite dem ersten nachträglich zu dessen Handeln seine Genehmigung, so setzt die Erklärung zu ihrer Wirksamkeit die Fortdauer des Einverständnisses des ersten Vertreters voraus. Sodann ist nicht zu übersehen, daß sich die Erklärung des handelnden Gesamtvertreters nach außen hin als fertige Vertragserklärung darzustellen hat. Ist z. B. die Urkunde von einem der beiden Vertreter unterschrieben, so darf dieser das so gezeichnete Schriftstück nicht erkennbar als bloßen Entwurf behandelt haben. Die entwickelten Grundsätze finden keine Anwendung, wenn ein in bestimmter Art zu erklärender Beitritt des anderen Vertreters, insbesondere die Mitunterschrift der Urkunde, dem Dritten gegenüber vorbehalten wird.“

d) Abstrakte Natur der Vollmachtserteilung.

Der Vollmachtserteilung liegt in der Regel ein Kausalgeschäft und zwar ein Dienstvertrag oder Auftrag zu Grunde. Doch ist auch eine lediglich abstrakte Vollmachtserteilung zulässig und möglich, z. B. wenn der Mann auf Reisen geht und seine Ehefrau ermächtigt, ihn während dieser Zeit zu vertreten oder die Angelegenheiten bis zu seiner Rückkehr liegen zu lassen. In jedem Falle ist aber die Vollmachtserteilung selbst unabhängig von dem ihr zu Grunde liegenden Kausalgeschäft, nur muß sie selbst den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechen. Vgl. RG. 69 S. 234/5:

„. . Die Ungültigkeit des der Vollmacht zugrunde liegenden Vertrages, sei es wegen eines Willensfehlers, oder wegen eines Formmangels, hat jedenfalls gegenüber dem gutgläubigen Dritten, der auf Grund formell ordnungsmäßig erscheinender Vollmacht mit dem Bevollmächtigten kontrahiert hat, die Nichtigkeit der Vollmacht nicht zur Folge. Der selbständige Charakter der Vollmacht kommt schon durch die Fassung des § 167 BGB. zum Ausdruck, wonach die Erteilung der Vollmacht schlechthin und ohne jede Rücksicht auf ein ihr zugrunde liegendes Rechtsverhältnis durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten erfolgt, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Auch spricht hierfür der Umstand, daß nach § 167 Abs. 2 die Vollmacht nicht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist. Jedenfalls verbietet die Sicherheit des Rechtsverkehrs, daß dem gutgläubigen Dritten, der mit dem Bevollmächtigten auf Grund einer ordnungsmäßig erscheinenden Vollmacht kontrahiert, die manchmal schwierige, oft kaum mögliche Prüfung der Gültigkeit des der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zugemutet wird; vielmehr muß in solchem Falle zur Rechtswirksamkeit der Vollmacht genügen, daß der Bevollmächtigungsakt selbst von einer in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkten Person mangelfrei und in gesetzlicher Form erfolgt ist.“

e) Anfechtbarkeit der Vollmachtserteilung.

Abgesehen von der Anfechtbarkeit des der Vollmacht zugrunde liegenden Geschäftes, die, wenn sie geltend gemacht wird, wegen der abstrakten Natur der Vollmachtserteilung nicht die Nichtigkeit der

letzteren und damit der Vollmacht selbst zur Folge hat, ist auch die Vollmachtserteilung selbst nach den allgemeinen Grundsätzen anfechtbar, doch ist ein Irrtum des Vollmachtgebers hinsichtlich des Grundgeschäftes für die Vollmachtserteilung nur ein Irrtum im Motiv. Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten. Wenn letzterer bereits Rechtsgeschäfte mit Dritten vorgenommen hat, so gelten an sich die §§ 179 ff. (vgl. RG. 69 S. 267). Eine analoge Anwendung der Schutzvorschriften der §§ 171/172, die Staudinger vorschlägt (BGB. I § 171/2 Gemeinf. Bemerkg. Ziff. 3) erscheint nicht angängig, da §§ 171/2 ausdrücklich nur für den Fall des Erlöschens der Vollmacht gegeben sind. Sie sind aber auch nicht nötig, da der Dritte hinreichend geschützt ist. Erfolgt die Anfechtung aus § 119, so kann der Dritte auf Grund des § 122 BGB. nach erfolgter Anfechtung Ersatz des negativen Vertragsinteresses fordern; erfolgt die Anfechtung aus § 123, so ist dem Dritten gleichfalls ein Ersatzanspruch aus §§ 119, 122 gegeben, da die Anfechtung aus § 123 zugleich eine solche aus § 119 ist.¹⁾

Wenn die Vollmachtserteilung nicht nur durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten, sondern auch durch Erklärung oder Mitteilung an den Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgte, so hat die Anfechtung der Vollmachtserteilung gegenüber dem Bevollmächtigten keinen Einfluß gegenüber der Vollmachtserteilung dem Dritten gegenüber. Eine Anfechtung aus § 119 gegenüber dem Dritten wird fast niemals in Frage kommen, da es sich bei einer Anfechtung wegen Irrtums meist um Eigenschaften der Person handelt, die für die Vollmachtserteilung nur ein Irrtum im Motiv sind; liegt wirklich ein Erklärungsirrtum i. S. des § 119 vor, so verpflichtet die Anfechtung gegenüber dem Dritten zum Schadenersatz (§ 122). Die Anfechtung aus § 123 dagegen ist in diesem Falle dem Dritten gegenüber nur zulässig, wenn derselbe die Täuschung kannte oder kennen mußte, denn im Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Drittem ist der täuschende Bevollmächtigte als „Dritter“ i. S. des § 123 Abs. 2 anzusehen. Nur die Anfechtung wegen Drohung wäre auch gegenüber dem Dritten möglich.

f) Übertragbarkeit der Vollmacht.

Die Vollmacht ist übertragbar, wenn sie eine Substitutionsklausel enthält, d. h. eine Blankettvollmacht des Vollmachtgebers auf einen Dritten, welchen der Bevollmächtigte namhaft machen und auf den er auf diese Weise die Vollmacht weiter übertragen kann.

Liegt der Vollmacht ein Auftrag zu Grunde, so ist gemäß § 664 zu prüfen, ob die Übertragbarkeit des Auftrages gestattet ist. Bejahendensfalls kann der Dritte vom Beauftragten auch nach außen

¹⁾ Vgl. Rechtsfall 25 in Mohn, Klausurarbeiten I.

hin durch Vollmacht zur Vornahme der in Betracht kommenden Handlungen legitimiert werden (RG. in Rspr. der OLG. 7 S. 5).

Für den Substituten haftet der Beauftragte gemäß § 664 Abs. 1 S. 2 nur bei ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden. Dies gilt auch für Dienst- und Werkverträge mit Geschäftsbeforgungsinhalt (RG. 78 S. 311). Zu beachten ist, daß die Substitution kein Unterfall der Zuziehung von Erfüllungsgehilfen ist und daß eine Substitution nur vorliegt, wenn die Geschäftsbeforgungspflicht einem Dritten vollständig abgegeben ist; ist sie es nur teilweise, ist der Dritte nur zur Unterstützung herangezogen, so liegt der Fall der Substitution nicht vor (vgl. RG. 78 S. 313, 312).

g) Erlöschen der Vollmacht.

1. Die Vollmacht erlischt grundsätzlich mit dem ihr regelmäßig zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Ist dieses Grundverhältnis ein Auftrag, so erlischt dieser und mit ihm die Vollmacht im Zweifel durch den Tod des Beauftragten bezw. Bevollmächtigten nach § 673, nicht aber durch den Tod des Auftrag- und Vollmachtgebers (§ 672). Das Gleiche gilt für die Gesellschaft, die grundsätzlich durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird (§ 727 Abs. 1). Die nachträgliche Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers ist beim Auftrag nach erteilter gültiger Vollmacht einflußlos (§ 672), ebenso bei der Gesellschaft die nachträglich eintretende Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters. Mit der Geschäftsunfähigkeit des Bevollmächtigten hört dessen wirksame Vertretungsbefugnis auf (argum. aus § 165). Vgl. jedoch §§ 674 und 729 (Auftrag und Gesellschaft) einerseits und § 169 andererseits.

Wenn der Vollmachtgeber in Konkurs fällt, so erlischt ein von ihm erteilter Auftrag und damit die Vollmacht, wenn sich beide auf das Konkursvermögen beziehen, was auch für den Dienst- und Werkvertrag mit Geschäftsbeforgung gilt (§ 23 KO.). Aber die Fortsetzung der Geschäfte bei Gefahr im Verzuge und die demzufolge eintretende Fortwirkung der Vollmacht vgl. § 23 Abs. 1 S. 2 KO., §§ 672 S. 2, 674, 675 BGB. Liegt eine Gesellschaft zu Grunde, so wird diese durch den Konkurs auch nur eines Gesellschafters nach § 728 aufgelöst, womit auch die Vollmacht endgültig erlischt. Vgl. jedoch § 729 BGB.

Fällt dagegen der Bevollmächtigte in Konkurs, so erlöschen die auf Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag beruhenden Vollmachten nicht, wohl aber die auf einer Gesellschaft beruhenden (vgl. Jaeger, KO. Anm. 13 ff. zu § 23).

Liegt eine abstrakte Vollmachtserteilung vor, so erlischt sie — abgesehen vom Widerruf — durch den Tod des Bevollmächtigten

oder Vollmachtgebers (RDLG. 10 S. 67) sowie durch die Konkurs-eröffnung über das Vermögen des letzteren, sofern sich die Vollmacht auf das Konkursvermögen bezog.

Eine von dem gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person für letztere erteilte Vollmacht erlischt, wenn sie nicht zeitlich auf die Dauer der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten beschränkt ist, nicht dadurch, daß der Bevollmächtigende die Vertretungsmacht verliert, sondern erst dadurch, daß der nunmehr vertretungsberechtigte neue gesetzliche Vertreter der juristischen Person die Vollmacht wider-ruft (RGJ. 32 S. 187, auch RGJ. 37 S. 269, Güthe, GrBd. S. 1793 und RG. in Rspr. der DLG. 35 S. 314).

2. Die Vollmacht erlischt ferner durch Widerruf (§ 168), der ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist und auch durch konkludente Handlungen, z. B. sofortige Entlassung eines Angestellten, erfolgen kann.

Kann auf die Widerruflichkeit der Vollmacht verzichtet werden? § 168 Satz 2 läßt den Widerruf auch bei dem Fortbestehen des Grundverhältnisses zu, „sofern sich nicht aus diesem ein Anderes ergibt,“ erkennt also den Verzicht auf die Widerruflichkeit an. So auch RG. 52 S. 99:

„Aus § 168 Satz 2 BGB. folgt weiter nichts, als daß ausnahmsweise die Ermächtigung zu einem Handeln durch Vollmacht so erteilt werden kann, daß dies Handeln als ein dem Bevollmächtigten willkürlich nicht entziehbares Recht erscheint. So kann sich die Vollmacht in den Fällen gestalten, wo sie dem Bevollmächtigten in dessen eigenem oder im Interesse eines Dritten, nicht in dem des Machtgebers, erteilt wird, der Schulder dem Gläubiger zu dessen Befriedigung Vollmacht zum Verkauf oder zur Einziehung von Forderungen, oder der Schenker dem Beschenkten zur Ausführung der Schenkung Vollmacht zur Einziehung von Forderungen gibt, oder der Schulder auf Verlangen und im Interesse der Gläubiger einen Dritten als Treuhänder mit der Vollmacht zu gewissen Dispositionen bestellt.“

Ist das Grundverhältnis ein unentgeltlicher, im alleinigen Interesse des Auftraggebers erteilter Auftrag, so ist derselbe nach § 671 BGB. seitens des Auftraggebers unbedingt widerruflich, und mit ihm erlischt dann auch die Vollmacht. So auch RG. bei Gruchot 57 S. 414:

„Anders aber, wenn es sich um einen Dienst-, Kommissions- oder Wert-vertrag oder einen Gesellschaftsvertrag handelt, um einen gegenseitigen Ver-
trag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, und durch den der mit der Geschäftsbesorgung Beauftragte (§ 675 BGB.) nicht nur Pflichten, sondern auch Rechte übernommen hat. Für die Fälle eines Inkassoauftrags oder einer Inkassoabtretung mit Provision des Inkassomandators ist die Unwiderruflich-
keit der Vollmacht auf Grund eines solchen Rechtsverhältnisses in RG. 53 S. 416 und Warn. Rspr. 08 Nr. 676 ausgesprochen, weil der Bevollmächtigte hier am Vollzuge des Auftrags ein eigenes Interesse hat.“

Ob das Erlöschen der Vollmacht auch das Grundverhältnis zum Erlöschen bringt, ist Auslegungsfrage und im Zweifel wohl zu bejahen, besonders beim Auftrag.

3. Der Widerruf hat Dritten gegenüber keine Bedeutung, wenn die Vollmacht durch Erklärung ihm gegenüber erteilt war. Nach § 170 bleibt die Vollmacht diesem gegenüber in Kraft, bis der Vollmachtgeber ihm das Erlöschen der Vollmacht angezeigt hat (§ 170). Ebenso bleibt die Vertretungsmacht in den Fällen der §§ 171, 172 bestehen, bis die Kundgebung in gleicher Weise, wie die Vollmacht kundgegeben wurde, widerrufen bzw. die Vollmachtsurkunde zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird. Diese Schutzevorschriften (§§ 170—172) gelten aber nicht, wenn der Dritte das Erlöschen der Vollmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muß (§ 173).

Aber die Rückgabe der Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht vgl. § 175, über die Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde durch öffentliche Bekanntmachung vgl. § 176 BGB.

4. Eine gemäß § 170 einem Dritten gegenüber erklärte Vollmacht erlischt unter Umständen durch Zeitablauf. So das OLG. Hamburg in Rpr. der OLG. 24 S. 268 in einem Falle, in welchem ein Vater in einem Geschäft erklärt hatte, er werde für alle Anschaffungen seiner beiden Töchter aufkommen und die Sachen bezahlen. Das OLG. weist zunächst die Ansicht zurück, daß hier ein Kreditauftrag vorliege, weil ein Vater, der für Kleideranschaffungen seiner Töchter aufzukommen erklärt, kaum die Absicht habe, seine — zumal unverheirateten — Töchter überhaupt zu Schuldnerinnen zu machen, während andererseits der Kreditauftrag wie die Bürgschaft ohne einen Dritten als Hauptschuldner nicht gedacht werden kann. Das OLG. führt a. a. O. aus:

„Natürlicher ist es, die Erklärung des Beklagten (d. h. des Vaters) dahin zu verstehen, daß er sich zum Selbstschuldner machen wollte. Allein in ihr lag nichts, aus dem der Kläger hätte schließen können, daß Beklagter sich nun für alle Zeiten hinsichtlich der Anschaffungen seiner Töchter verpflichten wollte. Die Verhältnisse konnten und mußten sich im Laufe der Jahre ändern. Mehr als 5 Jahre waren verstrichen, als die Töchter die Anschaffungen machten, deren Bezahlung hier verlangt wird. Die Anschaffungen können auch, schon wegen ihrer ganzen Systemlosigkeit, mindestens als auffallend angesprochen werden. Die Rechnungen hatte der Kläger einem vielleicht bestehenden Brauche gemäß nicht an den Beklagten geschickt, sondern an die Töchter. Da verlangte es nicht bloß die geschäftliche Vorsicht, sondern auch die Verkehrssitte, daß der Kläger sich einmal der Fortdauer des Einverständnisses des Beklagten versicherte. Trotz des § 170 kann unter Umständen eine Ermächtigung, die einem Dritten gegenüber erklärt ist, ihre Kraft auch vor der Anzeige ihres Erlöschens verlieren, wenn nämlich nach verständiger Verkehrsauffassung anzunehmen ist, daß der Vollmachtgeber von

von vornherein nur für eine den Verhältnissen im Einzelfall entsprechende angemessene Zeit die Ermächtigung hat erteilen wollen und dies dem Erklärungsempfänger klar sein konnte und mußte. So liegt die Sache hier. Hatte Beklagter auch nur von dem Umfange der Anschaffungen, besonders seiner jetzt wegen Verschwendung entmündigten Tochter Kenntnis gehabt, so würde er zweifellos schon deshalb, da die damals 32 Jahre alte Tochter nun ganz auf eigenen Füßen stand und angesichts ihrer Abschichtung über nicht unerhebliches eigenes Vermögen verfügte, Bedenken getragen haben, ihre Anschaffungen weiter zu bezahlen und alles von ihr Gekaufte als von ihm selbst gekauft gelten zu lassen. Unter solchen Umständen konnte daher der Erklärung des Beklagten aus dem Jahre 1904 nach Ablauf von mehr als 5 Jahren rechtsverbindliche Kraft nicht mehr beigemessen werden, und die Klage war deshalb abzuweisen."

5. Wenn eine Ehefrau vor ihrer Eheschließung einen Auftrag zum Verkauf eines ihr gehörenden Grundstücks und demgemäß auch eine Vollmacht hierzu erteilt, so erlischt weder Auftrag noch Vollmacht durch ihre Eheschließung, da sie sich ja auch nach derselben ohne Zustimmung des Mannes verpflichten kann (§ 1399). Sie kann also aus dem vom Bevollmächtigten abgeschlossenen Kaufvertrag auch auf Auflassung verklagt werden. Jedoch ist eine Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das zum eingebrachten Gut gehörende Grundstück ausgeschlossen, solange der Mann nicht seine Zustimmung zu dem Kaufvertrag erteilt hat, (§ 1412), da die Auflassung eine Verfügung über eingebrachtes Gut ist. Aus der Tatsache allein, daß der Ehemann nichts gegen das Fortbestehen des Auftrags wie der Vollmacht unternommen hat, folgt nicht seine Zustimmung, solange nicht erhellt, daß er von jenen Rechtsgeschäften überhaupt Kenntnis gehabt hat. So RG. 80 S. 252:

"Denn niemals ist die Unterstellung zulässig, daß ein Ehemann die von seiner Ehefrau vor Eingehung der Ehe in Ansehung ihres Vermögens rechtsgeschäftlich getroffenen Maßregeln, soweit sie nicht ihm gegenüber an sich wirksam sind, ohne weiteres genehmigen und blindlings genehmigen wolle, solange er nicht einen entgegengesetzten Willen bekundet habe."

Der Kaufvertrag ist auch nicht nach § 306 BGB. nichtig, da nur ein subjektives ursprüngliches Unvermögen der Frau während des Bestehens des gesetzlichen Güterstandes vorliegt, welches eine Verurteilung der Frau zur Leistung nicht ausschließt, auch praktische Bedeutung hat, weil der Gläubiger der Verurteilten gemäß § 283 BGB. nach Rechtskraft des Urteils eine angemessene Frist setzen und nach Ablauf derselben anstelle der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, allerdings nur aus dem Vorbehaltsgut der Frau. (Vgl. RG. 80 S. 247 ff.).

h) Einseitige Rechtsgeschäfte des Bevollmächtigten (§ 174).

Nach § 174 sind einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte eines Bevollmächtigten, z. B. eine Kündigung oder Mahnung, un-

wirksam, wenn der Bevollmächtigte nicht eine Vollmachtsurkunde vorlegt und der Andere aus diesem Grunde das Rechtsgeschäft unverzüglich zurückweist, es sei denn, daß der Vollmachtgeber den Anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte.

Streitig ist, ob von dem Schuldner, der namens des Berechtigten die Freigabe gepfändeter Gegenstände verlangt, die Vorlegung einer Vollmacht verlangt werden kann, sodaß bei deren Nichtvorlegung § 174 BGB. Platz greift. Moos in der D. J. Z. 1913 S. 862/3 erwähnt folgenden Fall: Der Schuldner, ein in Gütertrennung lebender Ehemann, forderte namens seiner Ehefrau den Gläubiger zur Freigabe von Fahrnisgegenständen auf, die dieser bei ihm hatte pfänden lassen. Dem Aufforderungsschreiben war zur Glaubhaftmachung des Eigentums der Frau der Ehevertrag nebst Vermögensverzeichnis, nicht aber auch eine Vollmacht beigelegt. Mit Rücksicht hierauf wies der Gläubiger die Aufforderung zur Freigabe postwendend mit dem Bemerkten zurück, daß er der Vorlegung einer Vollmacht entgegenstehe. Eine solche wurde nicht vorgelegt, vielmehr von der Frau die Klage aus § 771 ZPO. erhoben. Nach Klagezustellung gab der Beklagte frei, verwahrte sich aber gegen die Kosten. Das Amtsgericht legte die Kosten der Klägerin auf. Das Landgericht II in Berlin änderte ab und verurteilte den Beklagten zur Kostentragung mit folgender Begründung:

„Es kann dem ersten Richter nicht darin beigegeben werden, daß der Beklagte deshalb der Aufforderung nicht habe nachzukommen brauchen, weil der Ehemann der Klägerin ohne den Nachweis einer Vollmacht das Ersuchen stellte. Denn es kann lediglich darauf ankommen, ob überhaupt dem pfändenden Gläubiger gegenüber eine hinreichende Glaubhaftmachung des Anspruchs geschehen ist; ob dies durch eine mit dem Nachweis einer ausdrücklichen Vollmacht versehenen Persönlichkeit erfolgt, ist unwesentlich. Im übrigen ging ja auch aus dem Inhalt des Schreibens des Ehemanns hervor, daß er im Namen seiner Ehefrau an den Beklagten die Aufforderung zur Freigabe richtete.“

Zutreffend weist Moos auf die Unrichtigkeit dieser Entscheidung angesichts des § 174 BGB. hin, da die Aufforderung des Berechtigten ein einseitiges Rechtsgeschäft i. S. dieser Vorschrift sei. Mithin läge die Glaubhaftmachung des Rechtes eines Dritten durch einen Nichtberechtigten vor. Diese könne nicht ausreichen, um den Gläubiger zu einem Verzicht auf das Pfändungspfandrecht zu nötigen, denn es komme nicht selten vor, daß ein Schuldner ohne Vorwissen und gegen den Willen des Berechtigten die Freigabe der gepfändeten Gegenstände verlange, um sich so seinen Verpflichtungen zu entziehen. Die Glaubhaftmachung des Rechtes des Dritten falle ihm regelmäßig nicht schwer, da er sich selbst im Besitze der dazu nötigen Urkunden zu befinden pflege, aber die Vollmacht des Berechtigten nicht immer erhalte, da er trotz Mangels pfändbarer Gegenstände sehr wohl in der Lage sein könne, die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers

aufzubringen und so die Versteigerung aus eigener Kraft zu verhindern. Es müsse mithin dem Gläubiger oder seinem Anwalt die Möglichkeit gewahrt sein, sich zu vergewissern, ob die Aufforderung zur Freigabe vom wirklich Berechtigten ausgehe, ohne sofort die Belastung mit den Kosten einer Widerspruchsklage riskieren zu müssen. Dem ist beizutreten. Die herrschende Ansicht fordert für den Fall des § 771 ZPO., daß der Dritte den Gläubiger unter tatsächlicher Begründung seines Rechtes zur Freigabe auffordert, und daß er die tatsächlichen Grundlagen seines Rechtes glaubhaft macht: Das bloße Wort des Dritten, der in keinem Rechtsverhältnis zum Gläubiger steht, kann bei objektiver Würdigung der Sachlage nicht genügen, um den Gläubiger zu streitlosem Verzicht zu nötigen. Dies muß besonders dann gelten, wenn der Gläubiger die Glaubhaftmachung verlangt hat (so Stein, ZPO., II. Bd., 10. Auflage, § 771, V). Hierzu gehört zweifellos auch der Nachweis der Vollmacht.

VII. Das Selbstkontrahieren des Vertreters (§ 181).

§ 181 bestimmt:

„Ein Vertreter kann, soweit nicht ein Anderes gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.“

Das Gesetz geht also von dem Grundsatz der Unzulässigkeit des sogen. Selbstkontrahierens aus, es sei denn,

1. daß dem Vertreter ein anderes gestattet ist, oder
2. daß es sich ausschließlich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt.

Dieser Grundsatz gilt für alle Rechtsgeschäfte, soweit überhaupt eine Vertretung durch Bevollmächtigte zulässig ist, für obligatorische, dingliche und familienrechtliche Verträge (RG. 79 S. 283). Er gilt ferner für alle Vertreter, rechtsgeschäftliche wie gesetzliche, insbesondere auch für den Inhaber der gesetzlichen Gewalt, Vormund und Pfleger, da ihnen kraft Gesetzes „Vertretungsmacht“ zusteht, was sich auch aus §§ 1915, 1795 BGB. ergibt, wo die Vorschrift des § 181 BGB. als unberührt bleibend unmittelbar erwähnt ist (RG. 67 S. 62/3), nicht aber für den Testamentsvollstrecker, da dieser nicht Vertreter der Erben ist, vielmehr seine Befugnisse zu eigenem Rechte kraft seines Amtes ausübt (RG. 61 S. 145). Dies wird für alle Vertreter kraft Amtes zu gelten haben.

Aus letzterer Ansicht folgt, daß ein zum Miterben eingesetzter Testamentsvollstrecker einen andern als Vertreter mit der Befugnis bestellen kann, in seinem, des Testamentsvollstreckers, Namen mit sich selbst als Bevollmächtigtem der Erben z. B. einen Auflassungsvertrag zu schließen (RG. 61 S. 145):

„Der § 181 BGB., der voraussetzt, daß ein Vertreter mit sich selbst oder mit einem anderen, den er ebenfalls vertritt, ein Rechtsgeschäft vornimmt, findet auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung. Dieser ist, wie im Beschluß des Kammergerichts vom 10. März 1902 (RJM. Bd. 3 S. 101) und vom VII. Zivilsenat des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 56 S. 330) überzeugend dargelegt ist, nicht Vertreter der Erben, sondern übt seine Befugnisse zu eigenem Rechte aus. Wenn er die Auseinanderetzung der Erben nach den §§ 2204, 2042–2056 BGB. bewirkt, schließt er überhaupt kein Rechtsgeschäft mit anderen ab, sondern er vollstreckt den Willen des Erblassers; er übt sein Amt aus und ist dabei an den Willen der Erben nicht gebunden (Planck, Bd. 5 S. 396 Bem. 1 und 2e). Soll in Ausführung der Auseinanderetzung eine Auflassung vorgenommen werden, so bedarf es freilich der Mitwirkung der Erben; niemand kann ohne seine Zustimmung als Eigentümer eingetragen werden. Aber auch bei der Auflassung handelt der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter, sondern kraft eigenen Rechts, und verhandelt mit den Erben, kann also auch schon deshalb nicht deren Vertreter sein. Somit fehlt es an den Voraussetzungen des § 181 BGB., und daher steht nichts im Wege, daß er einen anderen als Vertreter bestellt mit der Befugnis, in seinem — des Testamentsvollstreckers — Namen mit sich als Bevollmächtigtem der Erben den Auflassungsvertrag zu schließen. Dies scheint das Grundbuchamt auch nicht zu verkennen; aber zu Unrecht verneint es die Befugnis der Testamentsvollstrecker, einem Dritten dieselbe Ermächtigung zur Auflassung an die Vermächtnisnehmerin zu erteilen. Auch hier treffen die oben erörterten Grundsätze zu.“ (RG. a. a. O.).

a) Wann ist dem Vertreter das Selbstkontrahieren gestattet?

Zunächst genügt das Bestehen einer bloßen Vollmacht nicht, weil sonst § 181 sich widersprechen würde. Es muß vielmehr eine ausdrückliche oder doch unzweifelhaft aus den Umständen hervorgehende Gestattung vorliegen (RG. 51 S. 427). Dieselbe kann also auch stillschweigend erfolgt sein. So auch RG. 68 S. 177:

„Denn da . . . die Gestattung des Selbstkontrahierens auch stillschweigend erfolgen kann, so wird die Wirksamkeit eines von einem Vertreter mit sich selbst abgeschlossenen Rechtsgeschäfts in der Regel nicht in Frage gestellt sein, wenn das Selbstkontrahieren des Vertreters dem sich aus der Vollmacht oder den sonstigen Umständen des Falles ergebenden Vertragswillen der Beteiligten entspricht oder, sofern es sich um eine gesetzliche Vertretung handelt, im Sinne der für das Vertretungsverhältnis maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen liegt.“

Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen genügen nicht, sodaß also z. B. bei einer Erbauseinanderetzung minderjähriger Geschwister nicht ihr gemeinsamer Vormund für sie handeln kann, vielmehr jedes Kind einen besonderen Vertreter (Pfleger) haben muß (RG. 67 S. 63/4). Auch kann aus der größeren oder geringeren Unwahrscheinlichkeit der Benachteiligung des Vertretenen oder eines Dritten weder eine gesetzliche noch eine vertragmäßige Gestattung der Vornahme hergeleitet werden (RG. 68 S. 178). Unzulässig ist es, daß ein Gesellschafter, in dessen Hand sich sämtliche Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vereinigt haben (wodurch die

Gesellschaft als juristische Person nicht aufgelöst wird), sich selbst in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Gesellschaft die Ermächtigung erteilt, im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, da eine Interessenkollision, die § 181 verhüten will, bei späterer Veräußerung der Geschäftsanteile möglich ist und die Erteilung der Erlaubnis zum Vertragschluß und letzterer selbst nur eine einzige Willenskundgebung des allein beteiligten Gesellschafters sind, daher auch rechtlich als einheitliches Rechtsgeschäft anzusehen ist, bei dessen Vornahme nach Sinn und Zweck der Gesellschaft nicht zugleich die Gesellschaft vertreten und im eigenen Namen handeln kann. Wohl aber kann in einem solchen Falle der einzige Gesellschafter sich selbst zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellen, weil es sich hierbei um eine nach § 46 Nr. 5 des Gesetzes betr. die Ges. mit beschränkter Haftung durch das Gesetz selbst übertragene Befugnis handelt, deren Ausübung nicht die Vornahme eines Rechtsgeschäfts bezweckt, das der Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen abschließen soll (RG. 68 S. 178/9).

Nach der Ansicht des RG. in der Rspr. der OLG. 22 S. 160 folgt aus der Stellung, die der Gewalthaber gegenüber dem minderjährigen Kinde hat, daß die Vornahme rechtsgültiger Schenkungen an das Kind ohne weiteres gestattet sind, ohne daß es einer Mitwirkung anderer Personen, insbesondere des Kindes, bedürfe. Demnach hat das RG. in der Anlegung eines Sparkassenguthabens seitens des Vaters auf den Namen seines minderjährigen Kindes eine diesem gegenüber rechtswirksame Schenkung angenommen. Der für Dritte erkennbare Vertragswille liegt in der Einzahlung des Geldes auf den Namen des Kindes, womit für dasselbe eine Forderung an die Sparkasse begründet wird.¹⁾ Diese Willensbetätigungen enthalten den Schenkungsvertrag, der nicht der Form des § 518 BGB. bedarf, da die Leistung sofort durch die Einzahlung bewirkt wird.

Die bloße Ausstellung einer Generalvollmacht ermächtigt nicht zum Selbstkontrahieren (RG. in Rspr. der OLG. 8 S. 30).

Eine Gestattung zum Selbstkontrahieren enthält §§ 379 Abf. 2 und 373 Abf. 4 HGB. für den Fall des sogen. Notverkaufes, bei welchem der Notverkäufer selber die Ware ersteigern kann. So auch RG. 66 S. 194:

¹⁾ Das Reichsgericht steht allerdings auf dem Standpunkt, daß durch Anlegung eines Sparkassenguthabens und Einzahlung desselben auf den Namen eines anderen als den des Einzahlers der andere noch keine Forderung gegen die Sparkasse erwirbt, weil der Sparkasse der Name des Einzahlers gleichgültig sei und sie nur mit derjenigen Person den Vertrag abschließen wolle, die ihr in Wirklichkeit das Geld gab (RGZ. 60 S. 145 und 11 S. 241, RG. in Straßf. 43 S. 18). Vgl. über das Sparkassenguthaben in zivil- und strafrechtlicher Bedeutung Mohr, Klausurarbeiten I S. 72 Anm. 1.

„Insbesondere ist aus §§ 379 Abs. 2 und § 373 Abs. 4 HGB. das Vorliegen einer der in § 181 BGB. vorgesehenen Ausnahmefälle herzuleiten, in denen dem Vertreter die Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Namen des Vertretenen mit sich selbst im eigenen Namen gestattet ist; denn die sich aus den ersteren Vorschriften ergebende Befugnis des Käufers, bei einem mittels öffentlicher Versteigerung erfolgenden Notverkauf mitzubieten, schließt nach der dargelegten Natur dieses Rechtsgeschäfts zugleich die Befugnis in sich, den mittels dieser Versteigerung zustande kommenden neuen Kauf als Vertreter des ursprünglichen Verkäufers im Namen und für Rechnung desselben mit sich als Käufer im eignen Namen abzuschließen.“

c) Um die ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt es sich nur dann, wenn die Verbindlichkeit vor ihrer Erfüllung wirksam bestanden hatte, wenn also z. B. jemand als Verwalter fremder Gelder von dem Eigentümer ein Darlehen empfing und dieses in die in seiner Obhut befindliche Kasse zurückzahlte. Ferner dann, wenn ein Bankier für einen Kunden in dessen Auftrag ein Wertpapier kauft und — ohne Absendung des nach dem Depotgesetz grundsätzlich vorgeschriebenen Stückeverzeichnisses an den Kunden — in das Depot der anderen Wertpapiere des Kunden bei ihm legte. Der Eigentumsübergang auf den Kunden vollzieht sich hier durch Einigung nach §§ 929, 930 BGB. in Verbindung mit der Vereinbarung eines Verwahrungsvertrages zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Kommissionsauftrag. Wenn jetzt das Wertpapier bei dem Bankier abhanden kommt und durch ein neues ersetzt wird, so geht auch an diesem das Eigentum auf den Kunden über, weil der Bankier nach §§ 276, 278 BGB. auf Grund des Depotverhältnisses zur Aufbewahrung des Papiers verpflichtet war. Unrichtig ist die Auffassung des Reichsgerichts in einem gleich liegenden Fall (RG. 52 S. 132), daß die Neuanschaffung des Ersatzpapiers noch in Ausführung des früheren Kommissionsauftrags geschehen sei, dessen Ausführung durch die frühere Beschaffung der Aktien durch das dem Kunden unbekannt abhandenkommen des Wertpapiers „in Wegfall gekommen sei“, weshalb die „Wiederbeschaffung des neuen Papiers zum teilweisen Ersatz lediglich eine teilweise Ausführung des ursprünglichen Auftrags sei“; das Reichsgericht — dem im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung beizutreten ist, — übersteht, daß das frühere Kommissionsverhältnis durch Erledigung erloschen war!

Ferner ist dem Vater, der durch eine unerlaubte Handlung oder auf andere Weise Schuldner seines geschäftsunfähigen Kindes geworden ist, gestattet, zur Sicherstellung der von ihm anerkannten Forderung des Kindes auf seinem Grundstück freiwillig eine Sicherungshypothek zu bestellen, indem er die zur Einigung über die Pfandbestellung notwendige Annahmeerklärung für das Kind gegenüber sich selber abgibt. So OLG. München in der Rpr. der OLG. 28 S. 38/9:

„Das BGB. enthält darüber keine ausdrücklichen Anhaltspunkte, die trotz allem, was in der Literatur und Rechtsprechung dagegen vorgebracht wird, dazu drängen, die Frage zu bejahen. Es handelt sich hier um einen Akt wohlmeinender väterlicher Gesinnung und zwar um ein sehr wichtiges Rechtsgeschäft, das dem Kinde einen sehr erheblichen Vorteil bringt und das zu erschweren der Gesetzgeber um so weniger Anlaß hat, als die Notwendigkeit, seine Verhältnisse dem Gerichte offen zu legen und sich einen Pfleger an die Seite stellen zu lassen, in bedenklichem Maße geeignet wäre, einen solchen Vater an der Ausführung seiner wohlmeinenden Absicht zurückzuhalten. Von irgend einer Interessenkollision, gegen die § 181 schützen will, ist hier keine Rede. Eine Schutzbedürftigkeit des Kindes, die zur Einleitung einer Pflegschaft nach § 1909 Anlaß geben könnte, ist nicht vorhanden.“

Als Erfüllung ist auch die Aufrechnung, nicht aber die Annahme an Erfüllungsstatt anzusehen (Rspr. der OLG. 8 S. 32).

d) Die äußerliche Wahrnehmbarkeit des Selbstkontrahierens.

Bloß innere Willensvorgänge können als unkontrollierbare Vorgänge nicht auf ihre Wirksamkeit nachgeprüft werden. Daher wird für den Akt des Selbstkontrahierens grundsätzlich erfordert, daß daselbe äußerlich erkennbar hervortritt. Dies ist der Fall beim Einlegen eines Wertpapiers in eine den Namen des Kunden tragende Mappe oder Schleife (RG. 52 S. 130—133 und 63 S. 405), durch Einzahlung in eine bestimmte Geldkasse, die nur Geld des Berechtigten enthält, durch Eintragung in Bücher, Mitteilung an den Berechtigten. Dieser Grundsatz gilt für Erfüllungsgeschäfte, nicht also für bloße Willenseinigungen, die z. B. ein hierzu berechtigter Verkaufsbevollmächtigter mit sich selbst als Einkaufsbevollmächtigter vornimmt. So auch RG. bei Gruchot 56 S. 893 ff., bes. S. 895:

„Wenn es sich um Vornahme eines Erfüllungsgeschäfts, das in der Welt der Erscheinungen vor sich geht, handelt, wie Besitz und Eigentumsübertragungen, so muß dieses allerdings auch äußerlich durch die Tat für andere erkennbar, der Dritten gegenüber wirksame gewollte Zustand auch augenfällig gemacht werden, wenn die Vornahme durch den beiderseitigen Bevollmächtigten erfolgt (RG. 52 S. 130; 63 S. 16). Wenn aber die Verknüpfung rein obligatorischer, nur zwischen den Parteien wirksamer Verbindlichkeiten durch Willenseinigung der Vertragsschließenden vorgenommen wird, so genügt hierzu die Willenseinigung, die innerhalb der Vertreter beider vor sich geht, ebensogut wie dort, wo sich die Vertragsschließenden persönlich mit ihrem Willen gegenüber stehen. Einer Willenserklärung bedarf es im letzteren Falle auch nur zu dem Zwecke, um gegenseitig den Willensinhalt zur Kenntnis zu bringen. Erfolgt aber die Willensbildung für beide durch ihren gemeinsamen Vertreter in sich, so fällt das Erfordernis einer Erklärung des Willens von selbst fort. Es muß dann ausreichen, wenn überhaupt die Tatsache, daß der Vertreter für seinen Vollmachtgeber einen beide bindenden Willensentschluß gefaßt hat, feststellbar wird, und das kann durch Rückschluß auch aus später vorgenommenen Handlungen des Vertreters ermöglicht werden, namentlich wenn solche sich als Ausführungen des früher gefaßten Willens darstellen.“

Dies wird auch für die Fälle des sogen. antizipierenden Konstitutes von Bedeutung sein. Vgl. § 31 A. VI.

e) Im Grundbuchverkehr wird die analoge Anwendung des § 181 auf die Eintragungsbewilligung angenommen. Daher hat es das Grundbuchamt abzulehnen, eine Hypothek auf dem Grundstück des Vertretenen auf Grund der von einem nicht besonders hierzu berechtigten Vertreter zu seinen eigenen Gunsten erklärten Eintragungsbewilligung einzutragen (RG. Jahrb. 41 S. 168 und Seuff. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 74 S. 640; Predari, GVO., Erl. zu § 19 Nr. 35 S. 357. Das RG. 89 S. 372 läßt die Richtigkeit dieser Ansicht dahingestellt).

f) Sind gegen § 181 verstoßende Rechtsgeschäfte nichtig oder nur unwirksam, sodaß sie insbesondere durch Genehmigung heilbar sind?

Im 51. Bande S. 426 hat das Reichsgericht absolute Nichtigkeit angenommen, diese Ansicht aber im 56. Bande S. 107 ff. und im 67. Bande S. 54 aufgegeben, trotz des Ausdrucks „kann nicht“ im § 181, der allerdings regelmäßig im Sinne einer völligen Unwirksamkeit gebraucht wird. So RG. 67 S. 55/6:

„Allein diese Regel ist nicht ohne Ausnahme An und für sich befaßt der Ausdruck nichts weiter, als daß solche Rechtsgeschäfte verboten sein sollen, ohne schon über die Wirkung des Verbotes zu entscheiden, die nach § 134 BGB. nur dann in der Nichtigkeit des Geschäfts besteht, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt. Hier ergibt sich aber aus dem Gesetz ein Anderes; denn wenn der § 181 ausdrücklich zuläßt, daß das Nichtkönnen des Vertreters durch eine entsprechende Gestattung des Vertretenen beseitigt wird, so ist damit klar zum Ausdruck gebracht, daß ohne solche Gestattung nur die Vertretungsmacht des Vertretenen nicht so weit geht, verbindliche Rechtsgeschäfte für den Vertretenen abzuschließen. Dann tritt aber der § 177 in Wirksamkeit, welcher vorschreibt, daß, wenn jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag schließt, die Wirksamkeit des Vertrages für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung abhängt. Dies war auch der Standpunkt des 1. Entwurfs, der das sogen. Selbstkontrahieren des Vertreters grundsätzlich zuließ und nur in bestimmten Fällen (bei der gesetzlichen Vertretung der Eltern, Vormünder und Pfleger und bei der Vertretung juristischer Personen) ausschloß, diese Ausschließung aber in den Motiven ausdrücklich als eine Einschränkung der Vertretungsmacht hinstellte (Bd. 1 S. 101, 224, Bd. 4 S. 1088). In der 2. Kommission führte dann allerdings die Besorgnis vor den unleugbaren Gefahren, die für die Interessen des Vertretenen aus der grundsätzlichen Zulassung des Selbstkontrahierens entspringen, zu dem grundsätzlichen Verbot solchen Kontrahierens; aber aus dieser Besorgnis würde es sich keineswegs rechtfertigen lassen, die Übertretung des Verbots mit der völligen Nichtigkeit zu bedrohen. Das Interesse des Vertretenen ist genügend gewahrt durch die vorläufige Wirkungslosigkeit einer verbotswidrigen Vertretung, die erst gehoben wird durch seine nachträgliche Genehmigung. Müßte statt dessen eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts angenommen werden, die eine neue Vornahme des Geschäfts nötig machen würde, wenn der Vertretene bei dem Geschäft stehen bleiben will, so wäre das eine

Verkehrerserschwerung, die um so lästiger empfunden werden würde, als bei dem weiten Umfange des Verbots in § 181, das sich auf Rechtsgeschäfte aller Art und auf alle Vertretungsverhältnisse erstreckt, häufig solche Fälle vorkommen werden, in denen die Möglichkeit eines Geschäftsabschlusses auf dem Wege der sogen. Doppelvertretung sich als eine sehr erwünschte Verkehrserleichterung darstellt. Auch aus diesen praktischen Erwägungen rechtfertigt sich die Annahme, daß durch die Aufnahme des jetzigen § 181 in den Entwurf der 2. Kommission die grundsätzliche Auffassung des 1. Entwurfs nicht verlassen werden sollte: daß die Unwirksamkeit des sogen. Selbstkontrahierens aus dem Mangel einer so weit gehenden Vertretungsmacht des Vertreters erklärt werden müsse und darum durch die Genehmigung des Vertretenen (§ 177) geheilt werden könne.“

Auch RG. 68 S. 40 und 89 S. 374/5 stehen auf dem Standpunkt der Heilbarkeit des gegen § 181 verstößenden Rechtsgeschäfts durch die nach § 177 BGB. erfolgende Genehmigung.

§ 32.

Handeln ohne Vertretungsmacht.

I. Allgemeines.

Die §§ 177—180 behandeln die Fälle, in denen jemand ohne Vertretungsmacht zu haben, im Namen eines andern einen Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft abschließt. Der Handelnde muß also als Stellvertreter und nicht als Bote aufgetreten sein. Er muß ferner im Namen eines andern gehandelt haben; trat er im eigenen Namen auf, so gelten, sofern es sich um Verfügungen handelt, die §§ 932 ff. des BGB. Die §§ 177 ff. gelten insbesondere auch für gesetzliche Vertreter, was sich aus der allgemeinen Fassung und dem gesetzgeberischen Grunde der Bestimmung, nämlich der Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, ergibt (RG. bei Gruchot 58 S. 653). Sie gelten ferner analog auch dann, wenn jemand nicht als vermeintlicher Vertreter, sondern kraft vermeintlichen Amtes im eigenen Namen, aber erkennbar im fremden Interesse gehandelt hat. So RG. 80 S. 417/8 für Handlungen von Fideikommissadministratoren:

„ . . . Der § 117 muß nach dem ihm zugrunde liegenden Gedanken und seinem Zwecke, wenn nicht unmittelbar, so doch entsprechend auf diejenigen Fälle Anwendung finden, in welchen jemand kraft vermeintlichen Amtes erkennbar in fremdem Interesse, als Verwalter fremden Vermögens einen Vertrag abschließt. Diese Fälle unterscheiden sich wesentlich von dem durch § 177 unstreitig nicht betroffenen Falle, daß jemand als sogen. mittelbarer Stellvertreter im eigenen Namen auf fremde Rechnung einen Vertrag abschließt. Ein mittelbarer Stellvertreter nimmt das Rechtsgeschäft zwar auch im Interesse eines anderen vor, aber in der Weise, daß er die Geschäftsfolgen zunächst selbst übernimmt und erst nachher auf den anderen überträgt; er und sein Vertragsgegner wollen nur miteinander zu tun haben, der andere tritt nicht in Rechtsbeziehungen zu dem Vertragsgegner (RG. 58 S. 273). Testamentvollstrecker,

Konkursverwalter oder sonstige Personen, die auf Grund eines Amtes fremde Vermögen verwalten, handeln dagegen kraft eigenen Rechtes im eigenen Namen; Aber durch die kraft ihres Amtes von ihnen abgeschlossenen Verträge werden nicht zwischen ihnen persönlich und dem Vertragsgegner, sondern zwischen diesem und den Inhabern der von ihnen verwalteten Vermögen rechtliche Beziehungen geschaffen; die Handelnden erwerben für ihre Person weder Rechte aus den Verträgen noch werden sie durch diese verpflichtet. Die Wirkung entspricht also, wenn der Handelnde wirklich das Amt bekleidet und innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse handelt, der der unmittelbaren Stellvertretung. Dadurch rechtfertigt sich die entsprechende Anwendung des § 177, wenn der Vertragsschließende auf Grund einer vermeintlichen, ihm in Wahrheit nicht zustehenden Amtsstellung gehandelt hat und der Inhaber des Vermögens, für oder gegen den nach dem Willen der Vertragsschließenden der Vertrag wirken sollte, diesen genehmigt.“

In folgenden Fällen liegt demgemäß ein Handeln ohne Vertretungsmacht nach Maßgabe des § 177 ff. vor:

1. wenn jemand als Vertreter kraft Rechtsgeschäfts oder kraft Amtes für einen andern ein Rechtsgeschäft vornimmt, ohne Vertretungsmacht überhaupt oder im Augenblick der Vornahme des Geschäftes noch zu haben;

2. wenn jemand als Vertreter im obigen Sinn die ihm erteilte oder kraft Gesetzes zustehende Vertretungsmacht überschreitet;

3. wenn die Bestellung einer Person zum Vertreter oder die Abertragung des Amtes nichtig ist;

4. wenn das Selbstkontrahieren nach § 181 BGB. unwirksam ist. (Vgl. § 31 B. VIIe.)

Zu beachten ist, daß die §§ 177 ff. das Außenverhältnis, d. h. das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertreter und Vertretenen zum Dritten behandeln, während im Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) gelten.

II. a) §§ 177/8.

Nach § 179 Abs. 1 hängt der vom Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen eines andern abgeschlossene Vertrag von der Genehmigung des andern ab. Dies gilt — ebenso wie § 181 — für Verträge aller Art, für obligatorische, dingliche und — soweit eine Vertretung überhaupt in Frage kommen kann — auch für familienrechtliche Verträge (RG. 79 S. 283 zu § 181). Eccius in der D. J. Z. 1902 S. 61 ff. steht allerdings auf dem Standpunkt, daß § 177 nicht für dingliche Verträge gelten könne, weil § 179 Abs. 1 bei Verweigerung der Genehmigung des Vertretenen auch einen Anspruch auf Erfüllung gegen den Vertreter gewähre, dingliche Verträge aber die Erfüllung selber seien. Dies schließt jedoch die Anwendung des § 177 auf dingliche Verträge nicht aus, nur

daß in solchen Fällen ein Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist, weil dingliche Verträge die Erfüllung selber sind; hier verbleibt es eben bei dem Schadenersatzanspruch, der übrigens meist auf Grund des obligatorischen Vertrages verlangt werden wird. Auch das Reichsgericht steht im 69. Bande S. 263 ff. auf dem Standpunkt, daß §§ 177 ff. auch für dingliche Verträge gelten. Meist wird übrigens bei dinglichen Verträgen § 185 Platz greifen, z. B. läßt sich beim Verkauf und nachfolgender Veräußerung ohne Vertretungsmacht § 177 für den Kaufvertrag, § 185 für die Veräußerung anwenden — neben § 177 — vorausgesetzt, daß man die Anwendung des § 185 nicht auf Verfügungen im eigenen Namen beschränkt. (Vgl. § 33 IV a.) Dagegen paßt § 185 nicht für Eigentumserwerb ohne Vertretungsmacht, in welchem Falle nur §§ 177 ff. anwendbar sind. Man nehme z. B. den Fall, ich weiß von meinem Freunde, der Kupferstiche eines bestimmten Meisters sammelt, daß ihm ein bestimmter Stich fehlt, sehe denselben in einem Laden und erwerbe ihn für meinen Freund, ohne dazu Vollmacht zu haben. Wenn mir der Kupferstich verkauft und übereignet wird und ich den Verkäufer ersuche, meinem Freunde die Rechnung zuzusenden, so hängt die Wirksamkeit des Kaufvertrages wie der Veräußerung nach § 177 BGB. von der Genehmigung des Freundes ab, § 185 ist unanwendbar, weil der Eigentumserwerb auf seiten des Erwerbers keine Verfügung über den Kaufgegenstand ist.

§ 177 ist auch dann anwendbar, wenn ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft allein einen Zeichnungsschein im Namen der Gesellschaft ausstellt, obwohl nach dem Handelsregister zur Vertretung der Gesellschaft die gemeinschaftliche Erklärung mindestens zweier Gesellschafter erforderlich ist. Hier kann die an sich unwirksame Zeichnungserklärung durch Genehmigung des anderen Gesellschafters wirksam werden, was auch durch konkludente Handlungen, z. B. Mitstimmung auf Grund der erworbenen Aktien in der Aktiengesellschaft, erfolgen kann. (RG. 63 S. 96 ff.) Ebenso hat das Reichsgericht das Wirksamwerden einer Wechselunterschrift, die von nur einem Kollektivvertreter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung abgegeben und deshalb unwirksam war, angenommen, weil die Gesellschaft mit den Unterschriften der beiden Vertreter dem Wechselgläubiger nachher geschrieben hatte, „die Papiere gingen in Ordnung“ (RG. in J. W. 1901 S. 518).

b) Über die Erteilung der Genehmigung vgl. § 177 Abf. 2, über den Widerruf des andern Teiles vgl. § 178.

c) § 166 gilt auch für die Fälle der §§ 179 ff., weil er eine allgemeine Regel für alle Fälle der Vertretung aufstellt und es andererseits sonst an einer entsprechenden Vorschrift für die Fälle der Vertretung ohne Vertretungsmacht fehlen würde, d. h. an einer

Regelung der Frage, ob in diesen Fällen für den Einfluß der Willensmängel und der Kenntnis oder des Kennenmüßens der genannten Umstände die Person des Vertreters oder die des Vertretenen in Betracht kommt. Es gilt aber nicht nur § 166 Abs. 1, sondern auch Absatz 2 analog. So RG. 68 S. 377/8:

„Findet aber hiernach die Regel in Abs. 1 des § 166 auf dem Gebiete der Vertretung ohne Vertretungsmacht Anwendung, so fehlt es an einem innern Grunde, nicht auch ebenso die in Abs. 2 vorgeschriebene Ausnahme, mag auch der Wortlaut dieser Bestimmung für jenes Gebiet nicht zutreffen, doch zur entsprechenden Anwendung gelangen zu lassen. Nach Abs. 2 kann im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vollmachtgeber sich in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen, wenn dieser nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat. Zieht man in Betracht, daß der von dem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossene Vertrag erst durch die Genehmigung des Vertretenen wirksam wird (§ 177), daß aber diese Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses zurückwirkt (§ 184), so tritt die innere Ähnlichkeit mit dem in § 166 Abs. 2 vorgesehenen Falle klar zutage. Durch die Genehmigung wird der Vertrag so, wie er abgeschlossen ist, von Anfang an wirksam; es ist also nicht anders, als wenn der Vertreter Vollmacht gehabt und nach bestimmter Weisung des Vollmachtgebers gehandelt hätte. Die Genehmigung nimmt die Stelle ein, welche im Falle des § 166 Abs. 2 die mit bestimmten und befolgten Weisungen verbundene Vollmacht hat. Dem Merkmale der bestimmten Weisung (im Falle der Vollmacht) insbesondere entspricht es, daß im vorliegendem Fall die vollmachtlose Vertretung und ebenso die Genehmigung nicht einen größeren oder kleineren Kreis von Geschäften, sondern ein einzelnes bestimmtes Geschäft zum Gegenstande hatte. Wie nun im Falle des § 166 Abs. 2 für die eigene Kenntnis des Vollmachtgebers nach der Natur der Sache der Zeitpunkt der Weisung der maßgebende ist, so muß folgerichtig im Falle der Genehmigung des ohne Vertretungsmacht Vertretenen für dessen Kenntnis der Zeitpunkt der Genehmigung entscheiden.“

(Die Klage war auf Löschung einer Hypothek gerichtet, die zugunsten des Beklagten auf einem Grundstücke des Gemeinschuldners Sch. eingetragen war. Bei der notariellen Bestellung der Hypothek war die Annahme im Namen des Beklagten, aber ohne dessen Auftrag durch den Notariatssekretär P. erklärt worden. Da der Beklagte durch die Hypothek eine Sicherheit erlangt hatte, die er nicht zu beanspruchen hatte, mußte die Anfechtung Erfolg haben, sofern nicht der Beklagte den im § 30 Nr. 2 RD. bezeichneten Beweis brachte. Diesen Beweis hatte der Beklagte in der Berufungsinstanz in der Art angetreten, daß er den Notariatssekretär P. als Zeugen dafür benannte, daß dieser zur Zeit der notariellen Erklärung vom 12. April 1905 weder von der Zahlungseinstellung noch von einer Begünstigungsabsicht des Sch. Kenntnis gehabt habe. Dieser Beweistritt war nach Ansicht des RG. unbeachtlich, weil es für diese Kenntnis nicht lediglich auf die Person des Vertreters P. ankäme,

vielmehr auch die des Vertretenen zu beachten sei. Nach Ansicht des Reichsgerichts entspricht dies auch den Anforderungen des redlichen Verkehrs; käme es in jenen Fällen nach der Regel des § 166 Abs. 1 stets nur auf die Kenntnis des Vertreters an, so wäre der Umgehung der Anfechtungsvorschriften Tür und Tor geöffnet, denn einem betrügerischen Schuldner würde es kaum je schwer fallen können, für den Gläubiger, dessen Begünstigung er beabsichtige, einen gutgläubigen Vertreter ohne Vertretungsmacht zu finden.)

Ebenso RG. 76 S. 109.

d) Die Genehmigung des unbefugt Vertretenen wirkt nach § 184 Abs. 1 auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück und bedarf nach § 182 Abs. 2 nicht der für das Rechtsgeschäft selbst bestimmten Form (RG. 63 S. 98).

III. § 179.

Wenn die Genehmigung des unbefugt Vertretenen nicht erfolgt, so ist der unbefugte Vertreter — sofern er seine Vertretungsmacht nicht nachweist — dem andern Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet (§ 179 Abs. 1).

Wen trifft die Beweislast dafür, daß der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigerte? Grundsätzlich den Gegner das falsus procurator. Hierüber führt das OLG. Hamburg in Rpr. der OLG. 12 S. 21 aus:

„Unverkennbar knüpfen diese Bestimmungen an § 177 an, der dem Gegner des falsus procurator die Möglichkeit an die Hand gibt, eine Erklärung des angeblichen Geschäftsherrn nach der einen oder nach der anderen Richtung hin herbeizuführen. In der Regel wird dem Gegner daher der Nachweis nicht schwer fallen, daß er zur Erzielung einer solchen Erklärung das Seinige getan hat und insofern erscheint auch praktisch unbedenklich, ihm die Beweislast aufzuerlegen. Wenn aber im einzelnen Falle die Umstände so eigenartig liegen, wie hier, wo der Stellvertreter seinerseits dadurch, daß er seinen Machtgeber nicht nennt, dem Gegner den Weg verlegt, den ihm der § 177 geben will, dann verstößt er gegen Treu und Glauben, wenn er sich zugleich darauf beruft, es sei dieser Weg noch nicht beschritten. Das wäre selbst dann anzunehmen, wenn eine rechtliche Verpflichtung, den Namen zu nennen, nicht bestände. Mag immerhin der Beklagte seinem Auftraggeber zur Diskretion verpflichtet sein, dadurch kann das Rechtsverhältnis der Parteien untereinander nicht berührt werden. Will Beklagter seinen Auftraggeber nicht bloßstellen, so wird er auch die Folgen seines Tuns ziehen müssen. Aber er kann nicht zugleich die Nennung des Namens weigern und vom Gegner den dadurch unmöglich gemachten Nachweis fordern.“

Für die Wahl gelten die §§ 262—265 BGB. War die Erfüllung von Anfang an unmöglich oder wird sie es später, so kann der Gläubiger nach § 265 nur Schadensersatz verlangen, es sei denn, daß der Vertreter die Unmöglichkeit zu vertreten hat, in welchem Falle die §§ 280—283 gelten.

Der Schadensersatz besteht, wenn der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat, nach § 179 Abs. 2 im Ersatz des negativen Vertragsinteresses, begrenzt nach oben hin durch das Erfüllungsinteresse. Es ist also der Schaden zu ersetzen, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er bei seinen Maßnahmen von der Voraussetzung ausging, der Vertretene werde den Vertrag erfüllen. Hierüber führt das RG. 58 S. 327 aus:

„Zutreffend wird hiernach dieser Schaden vom OLG. in dem Unterschiede zwischen der Vermögenslage der Klägerin gefunden, in der dieselbe wäre, wenn sie am 13. und 19. Juni andere Kaufverträge über dieselben Quantitäten Gerste und zu den Preisen wie mit dem Beklagten geschlossen hätte, und der Vermögenslage, in die sie dadurch gekommen ist, daß sie im Vertrauen auf die Abschlüsse mit dem Beklagten solche Käufe unterlassen hat. Insbesondere ist die Annahme des Oberlandesgerichts, daß es zulässig sei, eine abstrakte Schadensberechnung bezüglich des Vertrauensinteresses eintreten zu lassen, und daß es nicht erforderlich gewesen wäre, . . . zum Nachweis des Kausalzusammenhanges effektive Ware einzukaufen und danach den Schaden konkret zu berechnen, rechtlich zu billigen. Zum Nachweis des Unterschiedes zwischen der Vermögenslage, wenn der Ankäufer die Ware vom Beklagten zum Vertragspreise erhalten hätte, und derjenigen, wenn er sie, um in deren Besitz zu gelangen, zu der Zeit, wo sich herausstellte, daß er dieselbe vom Beklagten nicht erhalten werde, kaufen müßte, bedarf es nicht des effektiven Ankaufs, sondern es genügt dazu der Nachweis der Differenz zwischen dem Ankaufspreis und demjenigen Preise, zu dem Ersatzware zu der kritischen Zeit zu kaufen war. Darauf, daß der Ankäufer mit der Ware ein vorteilhaftes Geschäft gemacht haben würde, kommt es auf die vorliegende Frage nicht an. Mit Recht weist das Oberlandesgericht darauf hin, daß die Klägerin im Falle des wirklichen Ankaufs von Ersatzware, die einen marktgängigen Preis hat, dieselbe für den nämlichen Preis sofort wieder hätte verkaufen können, und daß derselben ein solches sachlich zweckloses Doppelgeschäft lediglich zur Feststellung der Höhe des Schadensersatzes nicht zugemutet werden könne.“

Der Vertreter haftet jedoch dann nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte oder wenn er beschränkt geschäftsfähig war und ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gehandelt hatte (§ 179 Abs. 3). Wann mußte der Andere den Mangel der Vertretungsmacht kennen? Hierüber führt das RG. bei Gruchot 58 S. 654 aus:

„Ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wird demjenigen, der mit einem Vertreter abschließt, regelmäßig allerdings nicht schon deshalb vorzuwerfen sein, weil er sich die Vertretungsmacht nicht nachweisen läßt. Dem angedeuteten gesetzgeberischen Grunde¹⁾ der Vorschrift des § 179 entspricht vielmehr der Standpunkt, daß man regelmäßig auf die Vertretungsmacht des als Vertreter Handelnden oder auf die Herbeiführung der nachträglichen Genehmigung des Vertretenen durch ihn vertrauen darf (vgl. Motive zu den §§ 123—125 des I Entw. 1, 43, 244). Das schließt aber nicht aus, daß die Umstände des Falles so liegen, daß sie denjenigen, der sich mit dem

¹⁾ nämlich der Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs, den § 179 BGB. verfolgt.

als Vertreter Auftretenden einlassen will oder soll, nach den Anschauungen eines gesunden Verkehrs veranlassen müssen, sich nach dem Vorhandensein der Vertretungsmacht zu erkundigen; insbesondere wird dies da leicht zutreffen, wo der als Vertreter Auftretende der gesetzliche Vertreter des Vertretenen ist und nur eine aus dem Gesetze ersichtliche Beschränkung der Vertretungsmacht in Frage steht“

IV. § 180.

Bei einseitigen Rechtsgeschäften ist unbefugte Vertretung unzulässig, sodaß auch der unbefugte Vertreter — von unerlaubten Handlungen abgesehen — hieraus nicht verhaftet wird. Hat jedoch derjenige, dem gegenüber ein solches einseitiges Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme desselben nicht beanstandet oder war er mit der unbefugten Vertretung einverstanden, so gelten die Vorschriften der §§ 177 ff. über Verträge entsprechend. Dasselbe gilt für die passive unbefugte Vertretung (§ 180).

V. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß der Vollmachtgeber bei willentlichem Überschreiten der Vertretungsmacht nicht verpflichtet wird, muß in dem Falle gelten, daß jemand mit einem Kaufmann vereinbart, daß alle Waren, welche das Dienstmädchen bei ihm entnimmt, am Ende des Monats bezahlt werden. Wenn hier das Mädchen Waren für sich entnimmt, so muß — sofern es sich um Waren handelt, die normaler Weise von der Herrschaft gekauft wurden oder nach Lage der Umstände als gekauft angesehen werden können, infolge der generellen Anweisung an den Kaufmann der Vollmachtgeber haften. Das Gleiche muß gelten, wenn das Mädchen nicht als Bevollmächtigte, sondern als Bote anzusehen ist.

(Vgl. auch Josef in Gruchots Beiträgen, Bd. 51 S. 283, Anm. 6, wo aber unrichtiger Weise die Haftung der Hausfrau angenommen wird, wenn sie mit dem Händler eine derartige Vereinbarung getroffen hat. Hier haftet nach § 1357 BGB. jedenfalls der Mann).

§ 33.

Einwilligung. Genehmigung.

I. Hängt die Wirksamkeit eines Vertrages oder eines einseitigen, empfangsbedürftigen Rechtsgeschäftes von der **Zustimmung** eines Dritten ab, so kann die Erteilung sowie Verweigerung der Zustimmung dem einen wie dem andern Teile gegenüber erklärt werden. Sie bedarf grundsätzlich nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form (§ 182 Abs. 1 und 2); z. B. bedarf es bei Abschluß eines Mietvertrages über eine Wohnung seitens eines Minderjährigen nicht etwa gemäß § 566 BGB. der schriftlichen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Vgl. aber § 29 OBO., § 71 Abs. 2

ZwBGB., §§ 1518 Absf. 2, 1515, 1730, 1748 Absf. 3 BGB. Die vor Abschluß des Hauptgeschäfts erteilte Zustimmung heißt Einwilligung (§ 183), die später erteilte Genehmigung (§ 184).

Die Grundsätze der §§ 182—185 gelten hauptsächlich in den Fällen der §§ 106—114, 177, im ehelichen Güterrecht und im Falle des § 2120 (Einwilligung des Nacherben zu gewissen Verfügungen des Vorerben), ferner in einzelnen Fällen, z. B. §§ 415, 458, 1245, 1255 usw. Die Zustimmung kann auch durch konkludentes Verhalten erfolgen.

Von dem Grundsatz des § 182 Absf. 1 gelten jedoch Ausnahmen i. F. des § 108 und analog i. F. des § 177, wenn der andere Teil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordert. In diesen Fällen kann die Genehmigung nur dem andern Teil gegenüber erklärt werden. Ebenso kann nach § 1828 das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte nur dem Vormund gegenüber erklären, damit dieser in den Stand gesetzt wird, eine seiner Meinung widerstrebende Entscheidung des Vormundschaftsgerichts im Beschwerdewege anzufechten. Solange daher das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung dem Vormund gegenüber nicht erklärt hat, kann es trotz beschlossener Genehmigung immer noch anderweit entscheiden (RG. 59 S. 279).

§ 182 trifft auch den Fall, daß jemand im eigenen Namen über fremde Gegenstände mit Zustimmung des Eigentümers Verträge schließt, wenn z. B. ein Hausverwalter fremder Grundstücke mit Zustimmung des Eigentümers die Mietverträge im eigenen Namen abschließt. In solchem Falle liegt keine mittelbare Stellvertretung vor, vielmehr wirkt der Mietvertrag gegen den Hauseigentümer unmittelbar, wie wenn der Verwalter den Vertrag im Namen des Eigentümers abgeschlossen hätte. Fraglich ist es aber, ob in solchem Falle der Eigentümer selbst Mietvertragspartei geworden ist (vgl. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 307, Bd. 2 S. 125—128) oder ob der Vertrag zwischen dem Verwalter und Mieter besteht. Das Reichsgericht hat im 10. Bande S. 48/9 die letzte Ansicht vertreten, in Band 80 S. 399 die Frage aber dahingestellt gelassen. Vgl. hierzu RG. 80 S. 395 ff.

Von der Zustimmung ist die Erlaubnis zu unterscheiden, z. B. im § 549 BGB. Diese Erlaubnis hat nicht die Bedeutung einer Zustimmung des Vermieters zum Abschluß des Untermietvertrages seitens des Mieters; sie bewirkt nur, daß die Gebrauchsüberlassung an den Dritten nicht als eine Verletzung der dem Mieter gegenüber dem Vermieter obliegenden Verpflichtungen erscheint. Im übrigen ist daher die Wirksamkeit des Untermietvertrages von der Erlaubnis des Vermieters nicht abhängig, es sei denn, daß dies in dem Untermietvertrag ausdrücklich oder stillschweigend als Bedingung gesetzt wurde (RG. 81 S. 61).

Vgl. ferner § 182 Abs. 3 über die Zustimmung zu einseitigen Rechtsgeschäften. Danach finden, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit von der Zustimmung eines Dritten abhängt, mit Einwilligung des Dritten vorgenommen wird, die Vorschriften des § 111 Satz 2, 3 entsprechende Anwendung. Hat z. B. eine Ehefrau eine zum eingebrachten Gut gehörige Darlehenshypothek mit Einwilligung ihres Mannes gekündigt — dieser bedarf es gemäß § 1398 BGB. —, so finden, wenn der Mann seine Zustimmung der Frau gegenüber erklärt hat (vgl. § 182 Abs. 1), die Vorschriften des § 111 S. 2 und 3 entsprechende Anwendung, d. h. die Kündigung ist unwirksam, wenn die Ehefrau die Einwilligung des Mannes nicht in schriftlicher Form vorlegt und der Andere die Kündigung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Nicht erforderlich ist aber, daß die kündigende Ehefrau bei der Kündigung ausdrücklich erklärt, sie handle mit der erforderlichen Einwilligung: „Hat der Schuldner Bedenken über das Vorhandensein dieses Erfordernisses, so darf er den Kündigenden nicht im Zweifel darüber lassen, ob er die Kündigung als wirksam anerkenne, muß vielmehr dem Kündigenden durch Zurückweisung der Kündigung wegen Fehlens schriftlicher Einwilligung Gelegenheit geben, eine wirksame Kündigung alsbald vornehmen zu können.“ (RG. 50 S. 213).

II. Die **Einwilligung** ist bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich, soweit sich nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ein anderes ergibt. Der Widerruf kann dem einen wie dem anderen Teile gegenüber erklärt werden (§ 183). Ist die Einwilligung einmal erteilt, so ist auch eine analoge Anwendung der Schutzvorschriften der §§ 170—173 geboten. So auch Planck, Bem. 2 zu § 183.

III. Die **Genehmigung** wirkt im Zweifel auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück; jedoch werden **Versügungen** hierdurch nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen werden oder im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind, sodaß also trotz der Rückwirkung Rechte Dritter unberührt bleiben. Die Rückwirkung ist dinglicher Natur. Sie wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß derjenige, welcher ein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft abgeschlossen hatte, bei der Genehmigung verstorben war. So kann z. B. die Übertragung des Anteils an einer offenen Handelsgesellschaft — sofern dieselbe nach dem Gesellschaftsvertrag zulässig und an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft ist — noch nach dem Tode des übertragenden Gesellschafters genehmigt werden, weil der Übertragungsvertrag schwebend unwirksam ist und durch die nachträgliche Zustimmung in der Weise wirksam wird,

daß dem neuen Mitglied die Rechtsstellung zugewiesen wird, die es eingenommen hätte, wenn der Übertragungsvertrag von vornherein rechtswirksam gewesen wäre (BG. bei Gruchot 58, Beilageheft, S. 913). Die Rückwirkung der Genehmigung hat aber keinen Einfluß auf den Beginn der Verjährungsfrist. So auch RG. 65 S. 248/9:

„Eine rechtliche Fiktion (d. h. der Rückwirkung!) hat nicht die Kraft, tatsächliche Unmöglichkeiten zu überwinden und die Zeitrechnung umzustößen. Muß es auch so angesehen werden, d. h. hinterher, als ob das am 18. Mai 1903 genehmigte Kaufgeschäft schon am 25. März gültig abgeschlossen wäre und Gewährleistungsansprüche erzeugt hätte, so hatte doch der Kläger am 25. März diese Ansprüche noch nicht; er konnte sie daher damals und vor dem 18. Mai nicht in Wirklichkeit geltend machen. Die Verjährung eines Anspruchs erfordert aber, daß der Anspruch entstanden ist, also geltend gemacht werden konnte, und nun während der bestimmten Frist nicht geltend gemacht worden ist. Die Tatsache, daß der Kläger vor dem 18. Mai 1903 nicht klagen konnte, weil damals der Kaufvertrag noch keine Gültigkeit erlangt hatte, kann nicht dadurch aus der Welt geschafft werden, daß hinterher angenommen wird, aber der Wirklichkeit zuwider, daß der Vertrag schon am 25. März Rechtswirksamkeit erlangt habe. Und die Verjährungsfrist läuft nach Naturgesetz, wie jeder Zeitabschnitt, von einem bestimmten Zeitpunkt an vorwärts; sie kann daher wohl in der Einbildung, aber nicht in Wirklichkeit in eine rückwärts liegende Zeit verlegt werden. Die entgegengesetzte Ansicht würde auch auf eine ungerechtfertigte Verkürzung und unter Umständen, namentlich bei kurzen Verjährungsfristen, gänzliche Abschneidung dieser Fristen hinauslaufen, worauf schon der erste Richter aufmerksam gemacht hat. Solche Ansicht, die allerdings in dem Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Staudinger (Bd. 1 zu § 184 Nr. 3 Absf. 1) ohne nähere Begründung aufgestellt wird, kann darum nicht für richtig erachtet werden. Es mag noch darauf hingewiesen werden, daß schon nach römischem Rechte die rückwirkende Kraft der Ratihabition Halt machte vor dem Fristenlauf.“

Eine weitere Einschränkung der Rückwirkung gibt Absf. 2 des § 184. Der gesetzgeberische Grund ist nach RG. 69 S. 269 der, „daß es unbillig und ungerecht wäre, dem Genehmigenden die Macht einzuräumen, den von ihm selbst oder im Wege der Zwangsvollstreckung usw. gegen ihn in der Zwischenzeit gültig getroffenen Verfügungen hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes die Wirklichkeit wieder zu entziehen (Motive Bd. 1 S. 247, Prot. Bd. 1 S. 176, 178). Die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuches in der Zwischenzeit ist keine Verfügung i. S. des § 184 Absf. 2 BGB. (RG. 69 S. 268/9).

IV. § 185, welcher von großer praktischer Bedeutung ist, lautet:

„Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.“

Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt

haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere mit einander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam.“

a) Nach Ansicht des Reichsgerichts betrifft § 185 lediglich diejenigen Fälle, in denen jemand mit Zustimmung eines andern Verfügungen im eigenen Namen über fremde Gegenstände vornimmt, sodaß also nicht nur die Fälle der Verfügungen der Stellvertreter, sondern auch die seitens unbefugter Stellvertreter ausscheiden. So RG. 53 S. 275:

„Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2 BGB.), d. h. die durch Rechtsgeschäft von jemand erteilte Macht, in dessen Namen Rechtshandlungen vorzunehmen. Von ihr ist zu unterscheiden, was in der neueren gemeinrechtlichen Theorie als „Ermächtigung“ bezeichnet wurde,

vgl. Ihering in seinen Jahrbüchern für die Dogmatik usw. Bd. 2 S. 131; Regelsberger, Pandekten § 163,

und was nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 182, 183, 185) neben anderem unter den Begriff der „Einwilligung“ fällt, nämlich die im voraus einem anderen erklärte Zustimmung dazu, daß dieser durch Rechtshandlungen, die er in eigenem Namen vornehmen werde, über ein Recht des Zustimmungenden verfüge (§ 185 Abs. 1 BGB.).“

Richtig ist, daß § 185 nicht für den zu Verfügungen berechtigten Stellvertreter paßt, weil dieser ja namens des Vertretenen als Berechtigter über einen Gegenstand verfügt. Nicht einzusehen ist aber, warum § 185 nicht für den unbefugten Stellvertreter anwendbar sein soll, wenn dieser unbefugte Verfügungen vornimmt. Daß in letzteren Fällen §§ 177 ff. gelten, schließt die Anwendbarkeit auch des § 185 doch nicht aus. (Vgl. § 32 IIa.)

b) § 185 gilt für rechtsgeschäftliche Verfügungen aller Art, insbesondere auch für die des Sachenrechts, soweit sich nicht ihre Unanwendbarkeit aus ausdrücklichen Vorschriften ergibt. Insbesondere tritt § 185 ergänzend neben § 892 und ist im Grundbuchverkehr von großer praktischer Bedeutung. Vgl. hierzu RG. 54 S. 366/7 zu folgendem Fall:

Auf dem Grundstück der Beklagten waren zwei Darlehns-Buchhypotheken für den Kläger eingetragen. Ursprünglich war als berechtigter Gläubiger die Ehefrau A. M. eingetragen. Die Beklagten hatten sodann die Hypotheken beim Erwerb des Pfandgrundstücks in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen. Die Gläubigerin A. M. trat die Hypotheken am 4. I. 1901 an A. C. ab und der Chemann der A. M. genehmigte die Abtretung. A. C. wurde nicht als Gläubiger im Grundbuch eingetragen. Der mit Generalvollmacht versehene Sohn des A. C. trat die beiden Hypotheken an den Kläger ab und dieser wurde als neuer Gläubiger in das Grundbuch ein-

getragen. Der Kläger kündigte nun die Hypotheken und erhob die *actio hypothecaria* gegen die Beklagten. In der Berufungs-Instanz wendeten die Beklagten in erster Linie ein, der Zedent des Klägers, A. C., habe die Hypotheken nicht erworben, weil er nicht als deren Gläubiger in das Grundbuch eingetragen worden sei, und er habe sie deshalb auch nicht mit Wirkung auf den Kläger übertragen können. Der Kläger machte hiergegen geltend: wenn A. C. als Nichtberechtigter über die Hypotheken verfügt habe, so sei diese Verfügung wirksam gewesen, weil die Gläubigerin A. M. als Berechtigte mit Zustimmung ihres Ehemannes ihre Einwilligung zur Verfügung des A. C. erteilt habe. Das RG. wies darauf hin, daß an sich zur Abtretung der Buchhypothek nach § 1154 Abs. 3 i. V. mit § 873 neben der Einigung die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch erforderlich gewesen sei. Daher sei die Abtretungserklärung des A. C., der nicht als Gläubiger im Grundbuch eingetragen war, eine solche eines Nichtberechtigten. § 892 stand dem Erwerber nicht zur Seite, da aus dem Grundbuch ersichtlich war, daß die A. M. als Gläubigerin der Hypotheken eingetragen war. Die Wirksamkeit der Abtretung der Hypotheken durch A. C. folgt nach RG. jedoch aus § 185 BGB., der auch für das Sachenrecht ergänzend neben § 892 träte:

„Nach § 892 ist die Verfügung eines im Grundbuch als Berechtigten eingetragenen Nichtberechtigten wirksam, wenn derselbe, zu dessen Gunsten sie getroffen ist, nicht wußte, daß der als der Berechtigte Eingetragene nach der wirklichen Rechtslage nicht der Berechtigte sei. Nach § 185 ist die Verfügung eines Nichtberechtigten, einerlei, ob dem durch sie Begünstigten die Nichtberechtigung des Verfügenden bekannt war oder nicht, wirksam, wenn der Berechtigte ihr vorher zugestimmt hat oder sie nachträglich genehmigt. Was nach § 892 der redliche Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs, bewirkt nach § 185 die Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten. Nach seiner allgemeinen Fassung ist der § 185 für alle Fälle bestimmt, in denen ein Nichtberechtigter mit Einwilligung oder mit Genehmigung des Berechtigten eine Verfügung vorgenommen hat. Insbesondere kann er auch dazu dienen, die Eintragung des durch die Verfügung Begünstigten als des Berechtigten in das Grundbuch dann zu erübrigen, wenn zu dem Erwerbe der Berechtigung nach § 873 Abs. 1 die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist. Daß die Verfügung eines Nichtberechtigten, der bis dahin zu dem Berechtigten nicht, z. B. durch eine ihm vom Berechtigten erteilte Auflassung eines Grundstücks oder durch eine vom Berechtigten erklärte Abtretung einer Buchhypothek, in eine dingliche Beziehung getreten war, wirksam wird, wenn der Berechtigte der Verfügung zustimmt oder sie genehmigt, kann keinem Zweifel unterliegen. Daraus folgt aber notwendig, daß dasselbe gelten muß, wenn der Berechtigte bei Erklärung der Auflassung oder Abtretung zugleich dem noch nicht berechtigten Erwerber seine Zustimmung zu einer weiteren Veräußerung erteilt. Denn es ist nicht einzusehen, wie die rechtliche Lage des Verfügenden dadurch verschlechtert sein könnte, daß ihr der Berechtigte durch Erteilung der Auflassung oder durch Bewilligung der Umschreibung in den Stand gesetzt hat das Eigentum des Grundstücks oder die Buchhypothek zu erwerben.“

In dem einen wie in dem anderen Falle wird die Konvaleszenz lediglich durch die Zustimmung des Berechtigten bewirkt, und diese kann nicht dadurch weniger wirksam werden, wenn zu ihr ein anderer Rechtsakt hinzutritt, der nicht mit der Zustimmung im Widerspruche steht. Letzteres trifft aber gewiß nicht zu, wenn sich der Rechtsakt, die Auflassung oder die Umschreibungsbewilligung, geradezu als eine Bestätigung der Zustimmung darstellt. Erteilt also der eingetragene Berechtigte einem andern die Auflassung oder Umschreibungsbewilligung, so steht nicht entgegen, daß er sogleich seine Zustimmung zu einer weiteren Verfügung des anderen erklärt und dadurch diesem ermöglicht, die weitere Verfügung wirksam vorzunehmen, ohne sich vorher durch seine Eintragung als Eigentümer bezw. Gläubiger zum Berechtigten zu machen. Ob man sich dessen bei der Beratung und Aufnahme der allgemeinen Bestimmung des § 185 in der 2. Lesung bewußt gewesen ist, ergeben die Materialien nicht; andererseits liegt aber auch nichts dafür vor, daß man die Anwendung des § 185 auf den in den Motiven zu § 830 des I. Entwurfs (Bd. 3 S. 188) hervorgehobenen Fall hat beschränken wollen, wo ein nicht eingetragener Berechtigter in die Eintragungsbewilligung des eingetragenen Nichtberechtigten eingewillt hat. Es ist allein entscheidend, daß die Vorschrift im § 185 so gefaßt ist, daß sie ihre Anwendung im weitesten Umfange gestattet. Die Praxis hat sich denn auch schon des § 185 bemächtigt, um den sich aus § 873 ergebenden Eintragungszwang zu mildern. In zwei Fällen, wo der eingetragene Eigentümer (bezw. dessen Erbe) das Grundstück aufgelassen, darauf bei seiner Anwesenheit in demselben Akte der Erwerber das Grundstück weiter aufgelassen hatte, und die Eintragung des zweiten Erwerbers von diesem beantragt war, hat das Beschwerdebgericht die Eintragung des zweiten Erwerbers ohne vorangegangene Eintragung des ersten Erwerbers angeordnet, weil der eingetragene Eigentümer, also der Berechtigte, in die weitere Auflassung des nichtberechtigten Erwerbers eingewillt habe.

Vgl. Lobes Zentralbl. 1901 S. 41 und Seufferts Arch. Bd. 57 S. 10 flg. Nr. 7.

Wegen der gleichen Rechtslage muß dieses Verfahren auch bei zwei aufeinanderfolgenden Abtretungserklärungen, die eine Buchhypothek betreffen, zugelassen werden.“

Schließlich stellt das RG. 54 auf S. 369 den Satz auf:

„Wird eine Hypothek, bei welcher die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, in der erforderlichen Form von dem eingetragenen Gläubiger einem anderen zum freien Eigentum abgetreten und ihre Umschreibung im Grundbuch auf den neuen Gläubiger bewilligt, so ist, wenn nicht etwas anderes erhellt oder nachgewiesen wird, in diesen Erklärungen auch die Einwilligung zu Verfügungen des neuen Gläubigers enthalten, die er vor der Umschreibung der Hypothek vornehmen wird.“

§ 185 ist auch für das Erbrecht von Bedeutung, wenn nur einige statt aller Miterben über einen Nachlaßgegenstand verfügen (§ 2040 BGB.). Auch die Auflassung eines Nachlaßgrundstücks durch nur einige der Miterben kann durch nachträgliche Genehmigung der übrigen konvaleszieren, denn § 925 Abs. 2 steht dem nicht entgegen:

„§ 925 II, wonach eine Auflassung nur unter einer Bedingung (Zeitbestimmung) unwirksam ist, bezieht sich nur auf rechtsgeschäftliche Bedingungen im Sinne des § 158, nicht auf Rechtsbedingungen. Der Umstand, daß die Wirksamkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten nach § 185 von der Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten abhängt, ist eine Rechtsbedingung und erfüllt nicht den Tatbestand des § 925 II (vgl. Rspr. 2 S. 1; Jahrb. 22 S. 147; 23 S. 136). Wenn dagegen die Auflassenden die Wirksamkeit ihrer Verfügung rechtsgeschäftlich von der späteren Genehmigung des Berechtigten abhängig machen, so nehmen sie das Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung im Sinne des § 158 vor, so daß die Auflassung nach § 925 II unwirksam ist, und auch durch den Eintritt der Bedingung nicht wirksam werden kann. Denn die Auflassenden wollen dann für den Fall des Nichteintritts der Bedingung, daß die Auflassung und die damit verbundene Eintragungsbewilligung auch für sie selbst unwirksam sei, die im § 873 II bestimmte bindende Kraft also nicht haben und auch nicht gemäß § 185 II wirksam werden soll, wenn die Verfügenden das Grundstück erwerben oder wenn sie vom Berechtigten beerbt werden und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftete.“ (RG. in Rspr. der OLG. 20 S. 70).

§ 185 gilt aber nicht für die Kündigung einer Forderung durch einen Nichtberechtigten, obwohl diese eine Verfügung ist. So RG. für die Kündigung einer Nachlasshypothek durch einen mehrerer Miterben im eigenen Namen, weil dieser sich auf Grund der im Gange befindlichen Überweisung dazu für befugt hielt:

„Diese Kündigung war aber, da sie eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand enthielt und nach § 2040 nur allen Erben gemeinschaftlich zustand, wirkungslos und blieb es, obwohl die übrigen Erben nachträglich ihr zustimmten. Der Senat schließt sich der von Rehbein (S. 282, 288), Blanck (3 zu § 185), Staudinger (4 zu § 185) vertretenen Auffassung an, daß der § 185 II auf die Kündigung nicht zu beziehen ist. Die Kündigung eines Nichtberechtigten kann der andere Teil als wirkungslos behandeln und trotz nachfolgender Genehmigung des Berechtigten unbeachtet lassen. Da die Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft sich ohne Mitwirkung des anderen Teiles vollzieht, würde dessen Rechtslage unbillig beeinträchtigt werden, wenn er einer bei ihrer Vornahme unberechtigten Kündigung auch nur so viel Beachtung schenken müßte, daß er sie beim nachträglichen Eintritte der im § 185 II bezeichneten Ereignisse gelten zu lassen hätte. Diese auch den §§ 111, 180 zugrunde liegende Erwägung macht es unzulässig, die Kündigung der Hypothek wenigstens nachträglich — etwa von dem Zeitpunkt an wirksam werden zu lassen, in dem der Gekündigte erfährt, daß der Kündigende die Hypothek später erworben habe —, selbst wenn von diesem Zeitpunkte an noch die volle Kündigungsfrist offen stände, auf deren Einhaltung der Gekündigte ein unentziehbares Recht hat. Hätten die Miterben schon vor der Kündigung sich mit dieser einverstanden erklärt, so würde sie nach § 185 I nur dann wirken, wenn der Gekündigte bei der Kündigung von jener Einwilligung Kenntnis erhalten hätte. Von einer Unerkennung der unwirksamen Kündigung durch ihren Empfänger könnte nur dann die Rede sein, wenn dieser sich vertragsmäßig verpflichtet hätte, die Kündigung trotz ihres Mangels gegen sich gelten zu lassen.“ (RG. in Rspr. der OLG. 15 S. 327/8).

§ 185 gilt also nur für rechtsgeschäftliche Verfügungen, was sich aus dem Wortlaut und Sinn des Paragraphen ergibt. Er ist also insbesondere für das Pfändungspfandrecht nicht anwendbar, obwohl sich die Konvaleszenz der Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache im Falle späteren Eigentumserwerbs durch den Schuldner aus allgemeinen Grundsätzen ergibt (RG. 60 S. 72/3). Nach RG. in der Rspr. der OLG. 22 S. 163 ist jedoch § 185 Abs. 2 BGB. für das Pfändungspfandrecht analog anwendbar.

Nach § 185 ist ferner die Ermächtigung zur Geltendmachung eines Rechtes des Ermächtigenden durch den Ermächtigten im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten zulässig. So auch RG. 73 S. 308—9:

„Sie (d. h. die Zulässigkeit) ergibt sich aus dem, soweit nicht besondere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, geltenden Grundsätze der Vertragsfreiheit und findet auch ihre Bestätigung in Gesetzesvorschriften, welche die Einräumung ähnlicher Befugnisse zulassen, wie in § 1282 BGB., betreffend das Recht des Pfandgläubigers zur Einziehung der ihm verpfändeten Forderung in §§ 835, 836 ZPO., wonach durch Überweisung zur Einziehung der Pfändungsgläubiger zur Einziehung der Forderung des Schuldners in eigenem Namen ermächtigt wird, und in § 185 Abs. 1 BGB., wonach einem anderen im voraus die Zustimmung erteilt werden kann, daß er durch Rechtshandlungen, die er in eigenem Namen vornehmen werde, über ein Recht des Zustimmungenden verfüge (vgl. RG. 53 S. 275).“

c) Die nach § 185 Abs. 2 eintretende Konvaleszenz hat keine rückwirkende Kraft, denn die Verfügung wird erst mit der Genehmigung des Berechtigten usw. wirksam. Was die Beweislast betrifft, so ist davon auszugehen, daß die Verfügung des Nichtberechtigten grundsätzlich unwirksam ist. Es ist daher Sache dessen, welcher Rechte aus der Wirksamkeit der Verfügung herleiten will, das ausnahmsweise Wirksamsein bezw. Wirksamwerden der Verfügung zu behaupten und zu beweisen, also

1. Die Einwilligung des Berechtigten,
2. Die Genehmigung des Berechtigten,
3. Den Erwerb des Gegenstandes durch den Verfügenden nach der Verfügung,
4. Die Eigenschaft als Erben des Berechtigten und die unbeschränkte Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten.

Letzteres ist z. B. auch bei unbefugten Verfügungen des Ehemannes in einem Prozeß bezüglich eines zum eingebrachten Gut der Frau gehörenden Rechtes der Fall, wenn die Frau den Mann beerbt und unbeschränkt haftet. Ist z. B. in solchem Falle der vom Mann über eingebrachtes Gut geführte Prozeß durch einen Vergleich ohne Zustimmung der Frau geschlossen worden, so werden die in dem Vergleich liegenden Verfügungen (Erlasse, Stundungen usw.)

und damit der Vergleich selbst nur unter diesen Voraussetzungen wirksam. Hastet die Frau aber nur beschränkt, so tritt diese Konvaleszenz nicht ein und der vom Mann abgeschlossene Prozeßvergleich ist und bleibt der Frau gegenüber unwirksam, die nunmehr den durch den unwirksamen Prozeßvergleich nicht wirksam abgeschlossenen Rechtsstreit ihres Mannes nach dessen Tode infolge einfacher Sukzession in das Prozeßverhältnis fortsetzen kann, nicht aber etwa als „Rechtsnachfolgerin“ des Mannes, da ja das vom Mann geltend gemachte Recht ihr eigenes Recht war.¹⁾ Das Gleiche gilt für unbefugte sonstige Verfügungen des Ehemannes über ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht ohne Zustimmung der Frau, z. B. Schulderlaßverträge, Annahme von Zahlungen, Veräußerungen von zum eingebrachten Gut gehörenden Sachen, sofern bei letzteren nicht infolge der Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. Eigentum erworben wurde.

Bei mehreren einander widersprechenden Verfügungen tritt im Falle der Konvaleszenz durch Erwerb des Gegenstandes seitens des Verfügenden oder Erbfolge mit unbeschränkter Haftung nur eine solche der früheren Verfügung ohne Rückwirkung ein, was wohl auch dann gelten wird, wenn der Berechtigte mehrere sich widersprechende Verfügungen eines Nichtberechtigten gleichzeitig genehmigt (so auch Planck, Bem. 6 zu § 185).

§ 34.

Fristen und Termine.

I. Das Gesetzbuch gibt in den §§ 187 bis 193 eine Reihe von **Auslegungsvorschriften** für Frist- und Terminbestimmungen in Gesetzen, gerichtlichen Verfügungen und Rechtsgeschäften, die mithin nur dann zur Geltung kommen, wenn es einer Auslegung überhaupt bedarf und eine bestimmte abweichende Vereinbarung nicht außer Zweifel steht. So bedeutet der Ausdruck „heut in 8 Tagen“ — abgesehen vom Handelsverkehr (§ 359 HGB.) — regelmäßig nur eine Woche, also 7 Tage, so ist bei Bestellung eines Festessens für den Sonntag nicht etwa gemäß § 193 erst am Montag zu leisten.

Frist bedeutet einen Zeitraum, innerhalb dessen etwas zu geschehen hat, Termin einen bestimmten Zeitpunkt, an welchem etwas zu erfolgen hat. Wer durch die Prüfung fällt, erhält eine Frist von so und soviel Monaten zu nochmaliger Vorbereitung und nach Ablauf derselben einen Termin, an welchem er die Prüfung noch einmal ablegen soll. Unter den Fristen, die vor allem im Prozeß von großer Bedeutung sind, ist die Ausschlußfrist von besonderer Bedeutung und von der Verjährungsfrist wohl zu unterscheiden.

¹⁾ Vgl. Mohr, Klausurarbeiten I Fall 33.

Das Recht, dessen Geltendmachung gesetzlich oder vertraglich¹⁾ an eine Ausschlußfrist geknüpft ist, ist von vornherein nur für einen bestimmten Zeitraum entstanden und geht nach Ablauf desselben unter, weshalb die Wahrung dieser Frist auch von Amts wegen im Prozeß zu berücksichtigen ist. Hierzu gehören insbesondere die Anfechtungsfristen nach § 124, die Frist für die Erhebung der Scheidungsklage (§ 1571) und die Erbausschlagungsfrist (§ 1944). Auf diese Ausschlußfristen sind die Vorschriften der Verjährung nicht anwendbar, sofern nicht das Gegenteil ausdrücklich vorgeschrieben ist, z. B. die Anwendung der §§ 203, 206 i. F. des § 1944 Abs. 2. Der verjährbare Anspruch dagegen besteht auch nach Ablauf der Verjährungsfrist als insbesondere erfüllbarer fort, weshalb er im Prozeß nicht von Amts wegen zu beachten ist. Erst nach erfolgter Geltendmachung der Verjährung erlischt der Anspruch wie bei der Ausschlußfrist. Ausschlußfrist wie Verjährungsfrist laufen auch gegen den, der von dem mit der Verwirkung bezw. Verjährung bedrohten Rechte keine Kenntnis hat (RG. 66 S. 129).

II. Die Auslegungsvorschriften über Fristen und Termine gelten auch für Handelsfachen (abgesehen von der Sondervorschrift des § 359 HGB.), Wechselfachen, sowie für die Berechnung der Fristen im Zivilprozeß (§ 222 Abs. 1 ZPO.) und in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FG. § 17 Abs. 1), unbeschadet im einzelnen bestehender Sondernormen.

Die Grundlage unserer Zeitrechnung ist der Gregorianische Kalender vom Papst Gregor XIII. (1581) im Gegensatz zu dem Julianischen Kalender in griechisch-katholischen Staaten, z. B. in Rußland. Die gesetzliche Zeit ist im Deutschen Reich die sogen. mitteleuropäische Zeit nach dem Gesetz vom 12. März 1893 betr. die Einführung einer einheitlichen Zeitrechnung. Als gesetzliche Zeit gilt danach die mittlere Sommerzeit des 15. Längengrades östlich von Greenwich.

III. Wenn für den Anfang einer Frist ein Ereignis oder ein in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt maßgebend ist, so wird bei der Fristberechnung dieser Tag, in welchen das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt, nicht mitgerechnet (§ 187). Dies ist das Prinzip der sogen. Zivilkomputation, bei der nur nach ganzen Tagen gerechnet wird. Im Gegensatz hierzu rechnet die Naturalkomputation a momento ad momentum, was auch heute bei kürzeren als Tagesfristen, insbesondere Stundenfristen gilt und im Zweifel auch bei Fristen von 24 oder 48 Stunden gelten muß. (So Josef im Archiv für zivilist. Praxis Bd. 96 S. 200 ff.) Rechtsgeschäftlich kann

¹⁾ Vertragliche Ausschlußfristen kommen besonders beim Versicherungsgeschäft vor.

jedoch auch sonst die Naturalkomputation vorgeschrieben werden, z. B. bei Eintrittskarten für Ausstellungen, eintägigen Eisenbahnfahrkarten u. dgl.

Wenn jedoch der Beginn eines Tages der für den Anfang einer Frist maßgebende Zeitpunkt ist, so wird dieser Tag bei der Berechnung der Frist mitgerechnet (§ 187 Abs. 2 S. 1), z. B. wenn eine Wohnung im April vom 1. Oktober ab gemietet wurde. Das Gleiche gilt von dem Tage der Geburt bei der Berechnung des Lebensjahres (§ 187 Abs. 2 S. 2), sodaß also z. B. die Volljährigkeit unmittelbar nach Mitternacht des Tages eintritt, an welchem das 21. Lebensjahr vollendet wird.

Aber Fristberechnung im Hotelverkehr vgl. § 29 VIII c Ziff. 20.

IV. Aber die Fristen im einzelnen vgl. §§ 188—192 BGB.

V. Ist an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt anstelle des Sonn- oder Feiertags der nächstfolgende Werktag (§ 193), sofern nicht im Einzelfall etwas anderes vereinbart ist oder als vereinbart zu gelten hat. Eine Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung am Sonntag ist rechtsgültig.

§ 193 gilt auch für Stundenfristen. So OLG. Dresden in der Rspr. der OLG. 35 S. 316 zu folgendem Fall: Der Mann der Klägerin, der die N.-Zeitung bezog und bis an sein Lebensende den Bezugspreis pünktlich bezahlt hatte, verunglückte infolge Unfalls tödlich. Die Frau erfuhr den Unfall am Sonnabend, den 4. Dezember zwischen 8 und 8^{1/2} Uhr vormittags und meldete den Unfall am 6. Dezember vormittags kurz vor 9 Uhr bei der Beklagten an. Letztere hielt die Anzeige für verspätet, da sie nach den Bestimmungen über die Abonnentenfürsorge binnen 24 Stunden zu erfolgen hatte. Das LG. schloß sich dieser Ansicht an, weil § 193 bei einer nach Stunden bemessenen Frist nicht Platz greife. Das OLG. vertrat die entgegengesetzte Ansicht und führte aus:

„Allein der § 193 unterscheidet nicht, ob die Frist, innerhalb der die Erklärung abzugeben ist, nach Monaten, Wochen, Tagen oder nach Stunden bemessen ist. Allerdings wird bei einer Stundenfrist häufig nach dem Parteiwillen eine Berücksichtigung des Sonn- oder Feiertags als ausgeschlossen zu gelten haben, so wenn es sich um Leistungen handelt, die nur für den bestimmten Tag Wert haben, wie Dienstleistungen zu einer Festtagsgesellschaft, Reisedroschken, Annahme der Bestellung von Theaterkarten usw. (Rehbein BGB. §§ 186—193 N. 2d; Dertmann, Planck zu § 193). Aber das ist nicht für Anzeigefristen anzunehmen, auf die § 193 an sich Anwendung findet. Hier entspricht es gerade der dem § 193 zugrunde liegenden Absicht der Förderung der Sonntagsruhe, die Stundenfrist unter Auslassung des Sonntags zu berechnen. Denn

dem Anspruchsberechtigten, der am Sonnabend von dem tödtlichen Unfall des Versicherten erfährt, wird es meist schwierig, wenn nicht unmöglich sein, für ein rechtzeitiges Zugehen der Anzeige bei der Beklagten zu sorgen. Auch der Beklagte (Zeitungsverleger), dessen Geschäftsräume am Sonntag infolge der Sonntagsruhe nur kurze Zeit geöffnet sind, wird vielfach gar nicht in der Lage sein, Sonntags die Anzeige entgegennehmen zu können. Da der Klägerin die Anzeige von dem Unfall ihres Mannes am 4. Dezember (Sonnabend) vormittags zwischen 8 und $\frac{1}{2}$ Uhr zugegangen ist, und sie am 6. Dezember vormittags kurz vor 9 Uhr — also offensichtlich bald nach Eröffnung der Geschäftsräume des Beklagten — den Unfall gemeldet hat, so ist die Anzeige rechtzeitig. Denn die Nr. 15 ist gemäß §§ 157, 242 BGB. bezüglich des Umfangs der Frist dahin auszulegen, daß eine geringfügige Überschreitung von etwa $\frac{1}{4}$ bis $\frac{1}{2}$ Stunde nicht in Betracht kommt, sowie weiter dahin, daß maßgebend für den Beginn der Anzeigefrist die Kenntnis des Anspruchsberechtigten vom Tode des Versicherten ist, nicht etwa der, möglicherweise schon Tage zuvor liegende tödtliche Unfall. Wollte man das letztere annehmen, so würde der Versicherungsanspruch in einer großen Anzahl von Fällen hinfällig, weil dem Berechtigten eine rechtzeitige Anzeige gar nicht mehr möglich wäre.“

Streitig und zweifelhaft ist die Anwendbarkeit des § 193 auf die Verjährungsfrist und auf die Ausschlußfrist. Staudinger, Cofack und Dernburg wollen im Interesse der Erhaltung von Rechten auch § 193 für Verjährungs- und Ausschlußfristen anwenden, während Planck, Dertmann und das Reichsgericht (zit. bei Staudinger § 193 Ziff. 1) die Anwendung dieser Vorschrift auf die Verjährungsfrist ablehnen.¹⁾ Zur Frage der Anwendbarkeit des § 193

¹⁾ Vgl. Scherling in Gruchots Beiträgen Bd. 51 S. 129 ff. Er kommt im Anschluß an den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte und den Zweck des § 193, eine verkürzte Sonntagsruhe einzuführen, zu dem Ergebnis, daß § 193 nur dann anwendbar sei, wenn eine Verpflichtung — durch Gesetz, richterliche Verfügung oder Rechtsgeschäft — bestände, eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken, nicht aber dann, wenn nur ein Recht hierzu bestehe. Die Nebenwendung des § 193 „Ist . . . eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken“ bedeute auch im Sprachgebrauch dasselbe wie „Besteht eine Verpflichtung, etwas zu tun“. Demgemäß lehnt Scherling die Anwendung des § 193 für Ausschluß- und Verjährungsfristen ab; bei ersteren sei der Zweck der Befristung nicht der, den zur Erklärung Berechtigten zu begünstigen, sondern im Gegenteil ihn zu beschränken; wenn er daher sein Recht, das er an jedem Tage der Frist ausüben könne, erst am letzten Tage ausüben wolle, so widerspräche es dem Zwecke dieser Art von Fristen, seine Nachlässigkeit noch dadurch zu belohnen, daß die Frist um einen Tag verlängert werde, wenn der letzte Tag ein Sonn- oder Feiertag sei. Auf die Verjährungsfristen sei § 193 deshalb nicht anwendbar, weil der Berechtigte nicht verpflichtet sei, sein Recht innerhalb der Verjährungsfrist geltend zu machen. Dem ist schon mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes und seine Zweckbestimmung beizutreten. Zu weit geht aber Scherling, wenn er a. a. O. S. 139 den § 193 auch für die Kündigungsfristen der §§ 565, 621 ff., 609 für unanwendbar erklärt, weil keine Rechtspflicht zur Kündigung bestehe. Letzteres ist allerdings richtig. Der dem § 193 zugrunde liegende gesetzgeberische Gedanke liegt aber auch für die Kündigungsfrist vor. Dies muß selbst i. F. des § 565 Abs. 1 S. 2 BGB. (Kündigung spätestens am 16. des Kalendermonats) gelten, wodurch die Anwendung des § 193 nicht ausgeschlossen wird (so auch Mittelstein, Miete S. 434). Auch das OLG. Hamburg in der Rpr. der OLG. 17 S. 9 (bestätigt vom RG. in der Jurist. W. 1907 S. 705) wendet § 193 BGB. auf die Kündigungsfristen der Miete in einem Falle an, in welchem der Mieter am 2. April 1907 trotz Festsetzung einer sechsmonatlichen Kündigungsfrist auf den Schluß des 30. September 1907 gekündigt hatte, da der 31. März der 1., der 1. April 07 der 2. Osterfeiertag war. Die Kündigung wurde mit Rücksicht auf § 193 für rechtswirksam erklärt:

„ . . . Die § 187 ff. sollen nach dem § 186 auch für die in Rechtsgeschäften enthaltenen Fristbestimmungen Anwendung finden; und um eine solche handelt es sich hier, wenn die Parteien vereinbaren, daß sechs Monate vor Ablauf der Vertragszeit gekündigt werden könne bezw. daß

auf Ausschlußfristen hat das Reichsgericht — soweit ersichtlich — noch keine Stellung genommen.

Wenn eine Zahlung z. B. bis zum 10. eines Monats vereinbart wurde und der 10. des Monats ein Sonntag ist, so ist der 11. April als letzter Tag der Frist anzusehen. Genügt es aber, daß der Schuldner z. B. das Geld am 11. April zur Post gibt, sodaß es erst am 12. April beim Gläubiger eintrifft? In dieser Beziehung hat das Reichsgericht im 78. Bande S. 139 ff. zunächst darauf hingewiesen, daß erst festgestellt werden muß, wie eine derartige Fristbestimmung gemeint sei, insbesondere, ob sie dahin zu verstehen sei, daß die Zahlung vor Fristablauf — d. h. vor Ablauf des letzten Tages der Frist — in den Händen des Gläubigers sein müsse. Das wird übrigens meist der Fall sein. Wird aber ein dahingehender Vertragswille nicht ermittelt, so genügt es nach Ansicht des Reichsgericht auch für den Platzverkehr, daß der Schuldner die Schuldsomme am letzten Tage der Frist bei der Post durch Postanweisung für den Gläubiger einzahlt, auch wenn infolgedessen das Geld erst nach Fristablauf beim Gläubiger eintrifft. So RG. 78 S. 139—142:

„Wie schon das Landgericht zutreffend angenommen hat, würde, wenn der Schuldner am Abend des 11. April den erforderlichen Geldbetrag bei der Post bar einbezahlt hätte, seine Zahlung als noch vor Fristablauf erfolgt zu gelten haben, auch wenn sie frühestens am 12. April dem Gläubiger zugehen konnte. Nach § 269 BGB. hat der Schuldner — von besonderen, hier nicht in Frage kommenden Umständen abgesehen — an seinem Wohnsitz zu leisten: aus diesem ist auch die Rechtzeitigkeit des Erfüllungsaktes zu beurteilen. Daß hieran bei Geldleistungen auch durch die Übermittlungspflicht nach § 270 Abs. 1 BGB. nichts geändert wird, ist bei der Auslegung dieser Vorschriften herrschende Meinung und auch schon vom VII. Senat des Reichsgerichts in der Sache Rep. VII. 333/08 (vgl. Recht 1909 Nr. 2231) ausgesprochen worden. § 270 BGB. will nur sagen, daß im Zweifel der Schuldner die Verschwendung der Schuldsomme auf seine Kosten und Gefahr besorgen, also bei Verlust nochmals leisten muß. Daß dadurch nichts am Leistungsorte geändert wird, spricht Abs. 4

das Mietverhältnis bei stillschweigender Fortsetzung des Vertrags oder bei Mietung auf unbestimmte Zeit nach vorausgegangenem, nur auf den 31. März oder 30. September zulässiger sechsmonatiger Kündigung endigen solle. Die Frist, die damit für die Ausübung der Kündigungsbefugnis einer jeden Partei festgesetzt worden, ist zwar fest bestimmt nur hinsichtlich ihres Endpunktes, als desjenigen Termins, der hier auch allein wesentliche Bedeutung hat. Deshalb aber die §§ 187 ff. auf diese Frist nicht anzuwenden, würde ungerichtet sein. Daß jene Frist ferner, was ihren Endpunkt anlangt, bei Mietverhältnissen regelmäßig so normiert wird, daß ein bestimmter Zeitraum festgesetzt wird, der zwischen der Kündigung, um sie wirksam werden zu lassen, und dem durch sie bestimmten Endtermine des Mietverhältnisses liegen muß — regelmäßig wird dieser Zeitraum, der nach dem Vorstehenden hier nicht in Frage steht, als die „Kündigungsfrist“ bezeichnet — ist nichts Besonderes und nur in dem Wesen der Kündigung begründet. Als Auslegungsfrist kommt die Berechnung der Frist für die Zulässigkeit der Kündigung in Fällen, wie dem vorliegenden, gemäß §§ 193, 196, zwar nur im Zweifel zur Anwendung. Hier ist aber auch aus den Verträgen nichts dafür zu entnehmen, daß die Parteien etwas anderes beabsichtigten, wie es z. B. der Fall sein würde, wenn die Meinung gewesen wäre, der fragliche sechsmonatliche Zeitraum, die „Kündigungsfrist“, müsse unter allen Umständen unverkürzt verlaufen sein, nachdem die Kündigung geltend gemacht, also dem Vertragsgegner zugegangen sei.“

des § 270 ausdrücklich aus. Bezüglich der Leistungszeit kommt es darauf an, worin die zur Erfüllung bestimmte Leistung des Schuldners besteht: hat er das, was seinerzeit zur Erfüllung zu geschehen hat, am Erfüllungsorte, also nach § 269 regelmäßig an seinem Wohnsitz, vor Fristablauf getan, so ist dies jedenfalls rechtzeitig geschehen, sofern die Leistung nur überhaupt an den Gläubiger gelangt.

Für Geldzahlungen ergibt sich hieraus, daß sich der Schuldner, sofern sein Wohnsitz nach § 269 als Erfüllungsort anzusehen ist, des Geldes nicht früher entäußern braucht, als wenn der Gläubiger bei ihm erschiene, um es zu holen: will er es durch die Post versenden, so genügt es, wenn die Einzahlung bei der Post vor Fristablauf geschieht. Anders nur, wenn etwa vereinbart ist, daß der Gläubiger die Leistung innerhalb der Frist zu empfangen habe. Dem entsprechend ist schon auf Grund des Art. 325 HGB. a. F., dem der § 270 BGB. nachgebildet ist, in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. in Zivilf. Bd. 1 S. 446) bei der Entscheidung der Frage, ob für die Kaufpreisklage das Gericht am Wohnsitz (Handelsniederlassung) des Käufers oder des Verkäufers i. S. des § 29 ZPO. zuständig sei, die Aufgabe der Geldsendung zur Post am Orte der Handelsniederlassung des Käufers als der Akt der Erfüllung seiner Verpflichtung bezeichnet worden.

Das Berufungsgericht will die Vorschrift des § 270 BGB. nur für Distanzzahlungen gelten lassen, nicht auch im Platzverkehre. Für den vorliegenden Fall soll aber nicht statt dessen § 269 BGB. gelten, was für die Entscheidung wohl zu dem gleichen wie dem bereits dargelegten Ergebnis führen würde, sondern eine Verkehrssitte, wonach die Zinsschuld des Darlehensschuldners Bringschuld sei; eine solche werde aber im Platzverkehre erst durch Überbringung getilgt.

Dem kann nicht beigetreten werden. Die vom Berufungsgericht angenommene Einschränkung ist dem § 270 BGB. fremd, weder durch seinen Wortlaut geboten noch innerlich begründet. In Abs. 1 des § 270 ist von dem Wohnsitz des Gläubigers nicht anders die Rede, als in Abs. 1 des § 269 von dem des Schuldners, durchaus ohne Beziehung zu räumlicher Trennung beider Teile, ein „übermitteln“, wie im Gesetz bezeichnet, kann auch innerhalb derselben Ortschaft oder politischen Gemeinde stattfinden. Natürlich schließt die Bezeichnung Wohnsitz die nähere Feststellung des Leistungsorts innerhalb des Wohnsitzes (Wohnung, Geschäftsräume des Schuldners oder des Gläubigers) in sich.

Wollte man annehmen, § 270 gelte nicht im Platz-, sondern nur im Fernverkehre, so würde dies zu dem Ergebnis führen, daß, sofern nicht eine besondere Abmachung oder eine besondere Verkehrssitte entgegen steht, der Gläubiger im Platzverkehre die Geldleistung holen müßte. Das widerspräche als Regel durchaus der Auffassung des Verkehrs, die in § 270 Abs. 1 als Auslegungsbehelf für den Parteiwillen dienen soll, und damit auch den Erwägungen, aus denen die Vorschrift des § 270 hervorgegangen ist. Im ersten Entwurfe hatte man (§ 230 Abs. 2) von der Regel des Abs. 1, wonach mangels anderweiter Bestimmbarkeit der Schuldner an dem Orte zu leisten habe, wo er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte, für Geldleistungen „die der Verkehrssitte entsprechende Ausnahme“ (Motive Bd. 2 S. 36) bestimmt, daß solche am Wohnsitz des Gläubigers zu zahlen seien. Indem man hierdurch erklärte, die Geldschulden seien regelmäßig sogen. Bringschulden, glaubte man, der heutigen Verkehrssitte zu entsprechen. Daß eine solche nur

für den Fernverkehr, nicht für den Platzverkehr hätte anerkannt werden sollen, kann nicht angenommen werden. Die II. Kommission (Prot. Bd. 1 S. 306) trug nur Bedenken, über die Vorschrift des Art. 325 HGB. a. F. hinauszugehen, insbesondere den Wohnsitz des Gläubigers auch für den Gerichtsstand entscheiden zu lassen; so gelangte man zu der jetzt geltenden Vorschrift. Abgesehen würde sich bei der vom Berufungsgerichte vertretenen Auslegung auch alsbald, z. B. wenn eine politische Gemeinde mehrere Ortschaften oder mehrere Postbestellbezirke umfaßt, Zweifelsfälle ergeben können, die das Gesetz ohne erkennbaren Grund unregelt gelassen hätte.

Gilt § 270 auch für den Platzverkehr, dann bedarf es für die an sich zutreffende Ansicht, die Zinsschuld sei eine Bringschuld gewesen, nicht der besonderen vom Berufungsgericht angeführten Verkehrssitte. Und daß weiter eine solche dahin bestünde, Bringschulden würden im Platzverkehre „nur durch Überbringung“ getilgt, beruht auf einer nicht begründeten Unterscheidung zwischen dem Platz- und dem Fernverkehre: für beide gelten vielmehr die bereits aus § 270 Abs. 4 verb. mit § 269 entwickelten Grundsätze.

Hiernach bleibt es dabei, daß, wenn der Schuldner am Abend des 11. April 1910 bares Geld bei der Post für den Empfangsbvollmächtigten des Gläubigers eingezahlt hätte, seine Leistung als vor Fristablauf geschehen gelten müßte, auch wenn das Geld erst am 12. April beim Adressaten eintreffen konnte.

Nun hat er ihm aber nicht bares Geld, sondern einen Scheck gesandt. Mittels des Schecks hat der Bevollmächtigte des Gläubigers das Geld am 12. April 1910 erlangt, höchstens einige Stunden später, als ihm die Post gesandtes Bargeld ausbezahlt hätte. Zutreffend und ohne Widerspruch sind beide Vorinstanzen davon ausgegangen, daß der Scheck nicht an Zahlungsstatt gegeben und genommen wurde, sondern nur zahlungshalber, daß mithin durch seine Hingabe Erfüllung nur eintreten konnte, wenn und soweit er honoriert wurde. Vgl. §§ 364, 788 BGB.

Nach dem festgestellten Sachverhalt hat aber der Gläubiger in der Person seines Bevollmächtigten mittels des Schecks die Zahlung im wesentlichen so zeitig erhalten, daß er die Sendung des Geldes, wenn sie unmittelbar erfolgt wäre, als rechtzeitig gelten lassen müßte. Bei diesem Verlaufe der Dinge muß er auch die Schecksendung als rechtzeitige Erfüllungsleistung gelten lassen. Nach § 242 BGB. ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung zu bewirken, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Diese Vorschrift erhebt nicht nur eine Forderung an den Schuldner, sie enthält auch eine Beschränkung für den Gläubiger: er darf nicht mehr fordern, als Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte rechtfertigen. Hiergegen aber würde der Gläubiger im vorliegenden Falle verstoßen, wenn er die mittels des Schecks erlangte Geldleistung nicht als vor Fristablauf geschehen lassen wollte. Gegenüber der unmittelbaren Geldleistung hat der Gläubiger allerdings insofern weniger erhalten, als er sich das Geld erst beim Scheckbezogenen holen mußte. Diesen Umstand kann er aber nicht gegen den Schuldner geltend machen, weil er den Scheck angenommen und es damit freiwillig auf sich genommen hat, zur Beschaffung der Leistung selbsttätig mitzuwirken.

Ob und unter welchen Umständen im allgemeinen der Gläubiger, um einer solchen Folge zu begegnen, einen ihm übersandten Scheck ausdrücklich zurückweisen und statt dessen das bare Geld verlangen muß, kann unerörtert bleiben, weil der Gläubiger im vorliegenden Falle den Scheck zweifellos und unbestritten angenommen hat. Wie zu urteilen wäre, wenn die Verwertung

des Schecks längere Zeit beansprucht hätte oder vom Gläubiger lässig betrieben worden wäre, kann gleichfalls dahin stehen; denn diese Fälle sind nicht eingetreten und die vorliegende Entscheidung stützt sich lediglich auf den für den vorliegenden Fall festgestellten Hergang der Dinge"

Allgemeine Feiertage sind in allen Bundesstaaten der Neujahrstag, Oster- und Pfingstmontag, Christi Himmelfahrt und der 25. und 26. Dezember. Im übrigen tritt in Preußen noch dazu: Der Karfreitag (Ges. vom 2. September 1899), der Buß- und Betttag (Ges. vom 12. März 1893), in der Rheinprovinz auch noch Allerheiligen (Kab. Order vom 7. Febr. 1831 und 22. Juli 1839). Jüdische Feiertage sind auch dann, wenn beide Parteien jüdischer Religion sind, keine anerkannten Feiertage (Rspr. der OLG. 2 S. 411), jedoch kann bei jüdischen Kaufleuten ein anderer Handelsbrauch gemäß § 346 BGB. gelten. Politische Feiertage, z. B. Kaisers Geburtstag, fallen nicht hierunter (so zu § 193 BGB. Rspr. der OLG. 28 S. 40).

§ 35.

Verjährung.

I. Während man im **gemeinen Recht** zwischen **erwerbender** und **erlöschender** Verjährung unterschied, je nachdem durch Ablauf einer gewissen Zeit ein Recht entstand z. B. durch Ersetzung, oder ein Recht unterging oder wenigstens seine Klagbarkeit verlor, wie bei der Klagenverjährung, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nur die erlöschende Verjährung; die Ersetzung wird als Eigentumserwerbstitel im Sachenrecht behandelt.

Unter „Verjährung“ im Sinne des Gesetzes ist das **Klagloswerden eines Anspruchs** durch Zeitablauf zu verstehen, jedoch mit der Maßgabe, daß dasselbe nicht ipso jure eintritt, sondern nur infolge einer Einrede des Verpflichteten berücksichtigt wird. Aber den Unterschied zwischen Verjährung und Ausschlußfrist vgl. § 34 I.

II. Die sogen. **unvordenkliche Verjährung** (Unvordenklichkeit) des gemeinen Rechts, die vor allem bei Reallasten eine Rolle spielte, gehört weder zur erwerbenden noch zur erlöschenden Verjährung des gemeinen Rechts, bildet vielmehr lediglich einen „Vermutungsgrund“ für die rechtmäßige Entstehung eines Rechtes. (Sog. Praesumptions-theorie.) (Vgl. Gengler, Deutsches Privatrecht, 4. Aufl., S. 280 Ziff. 4.)¹⁾ Sie hat heute noch Geltung für das öffentliche Recht, besonders das Wegerecht, aber auch für das der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Privatrecht, z. B. das Wasser- und Mühlenrecht,

¹⁾ Hartmann in D. J. Z. 1914 S. 145 ff. weist darauf hin, daß nach württembergischem Rechte die unvordenkliche Verjährung im Sinne der Praeskriptionstheorie wahre Verjährung sei und eine wirkliche Veränderung des Rechtszustandes herbeiführe, sodaß insbesondere auch die unvordenkliche Verjährung einen Entstehungsgrund für öffentliche Wegerechte bilde, während das bayerische Recht wie das preußische Recht hierfür die Widmungstheorie vertreten.

Fischereirecht, Regalienrecht, für Zwangs-, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen, Rechte auf Kirchenstühle und Begräbnisstätten u. a. Was die Rechtsnatur der Unvordenklichkeit betrifft, so handelt es sich nicht etwa um eine Rechtsnorm, aus welcher unmittelbar subjektive Rechte abgeleitet werden, sodaß das Bestehen der letzteren von der Vornahme von Erwerbs- oder Ausübungshandlungen des Berechtigten unabhängig wäre, was vielleicht für die Auffassung der *vetustas* des römischen Rechtes zutrifft.

So auch RG. 17 S. 122 und insbes. S. 123:

„Jedenfalls entspricht sie (d. h. diese vorgenannte Auffassung) nicht der Gestalt, welche der unvordenkliche Besitz unter dem Einflusse des kanonischen Rechtes, germanischer Vorstellungen und deutscher Reichsgesetze im heutigen gemeinen Rechte gewonnen hat, welches, im Gegensatz zum Herkommen (*Observanz*) als Rechtsnorm, die Unvordenklichkeit des Besitzes (die *Immortalverjährung*) als Erwerbgrund subjektiver Rechte oder Rechtsvermutung für den Erwerb solcher Rechte auffaßt. Hieraus ergibt sich, daß nur solche Zustände, welche sich als Ausübung von Rechten darstellen, durch die Unvordenklichkeit rechtlich gesicherten Bestand erhalten.“

Und weiter äußert sich das Reichsgericht zu der Frage, ob vom Eigentümer eines tiefer gelegenen Grundstückes ein Recht auf den Zufluß des Wassers schon deshalb in Anspruch genommen werden könne, weil ein dasselbe zuleitender Graben seit unordentlicher Zeit bestanden habe:

„Es ist daher nicht rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht annimmt, daß auch die unvordenkliche Verjährung den Nachweis eines Zustandes erfordert, welcher sich durch erkennbare Tatsachen nach außen hin als Rechtszustand kundgibt. Hierzu genügt aber, wie mit Recht weiter angenommen wird, die bloße Tatsache nicht, daß ein Graben vorhanden ist, durch welchen das von den höher gelegenen Grundstücken kommende Wasser bisher abfloß, und daß das in diesem Graben enthaltene Wasser von dem Kläger und seinen Vorbesitzern zu wirtschaftlichen Zwecken benutzt worden ist. Denn aus dem bloßen Vorhandensein des Grabens ist nicht erkennbar, ob er lediglich im Interesse der höher gelegenen Grundstücke, um den Wasserablauf zu ermöglichen, oder auch im Interesse des klägerischen Grundstückes angelegt worden ist und besteht. Ebenso ist aus der bloßen Benutzung des darin enthaltenen Wassers nicht erkennbar, ob dadurch ein bloß tatsächlicher Vorteil benutzt oder ein Recht ausgeübt wurde. Handlungen des Klägers aber oder seiner Vorbesitzer, aus welchen man erkennen könnte, daß sie die Zuführung des Wassers durch den Graben als ein Recht in Anspruch nahmen, etwa eine Aufforderung der höheren Nachbarn zur Aufräumung des Grabens oder Beseitigung anderer Hindernisse des Wasserablaufes, sind nicht dargelegt worden.“

Vgl. ferner RG. 55 S. 374 über die Voraussetzungen der unvordenklichen Verjährung:

„Diese setzt ihrem Wesen nach einen über Menschengedenken hinausgehenden, ohne Unterbrechung gebliebenen Besitzstand voraus. Streit herrscht darüber, ob, wenn die Rechtsausübung sich nicht bis in die Gegenwart erstreckt, sondern schon früher ihr Ende erreicht hat, die Vollendung der unvor-

denklichen Verjährung für irgendeine frühere Zeitperiode überhaupt möglich ist, und ob für eine solche die eigentümlichen Beweiserfordernisse derselben hinsichtlich des Zeugenbeweises überhaupt erfüllt werden können. Keinem Zweifel aber unterliegt es, daß, wenn die Nichtausübung in der Gegenwart darauf beruht, daß eine dauernd wirksame Unterbrechung stattgefunden hat, die Vollendung der unvordenklichen Verjährung ausgeschlossen ist.“

Von besonderer Bedeutung ist die unvordenkliche Verjährung für das Wegerecht, insbesondere für die Frage der Öffentlichkeit eines Weges.¹⁾ Allerdings folgt die Widmung eines Weges oder Platzes für den öffentlichen Verkehr durch das ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Einverständnis der rechtlich Beteiligten — nämlich der zuständigen Wegepolizeibehörde, des Eigentümers und des Unterhaltungspflichtigen — darüber, daß der Weg oder Platz allgemein vom Publikum benutzt werde, wobei die Art der Benutzung gewissen Schranken unterworfen werden kann; daraus, daß ein Weg seit Menschengedenken frei, offen und ungestört begangen wurde, folgt diese Widmung allerdings nicht ohne weiteres. (So RG. 76 S. 257 und Gruchot Bd. 40 S. 1173). Eine solche Benutzung kann vielmehr nur dann als Beweis der Öffentlichkeit dienen, „wenn die langjährige und nicht mit Erfolg gehinderte Benutzung eines Weges seitens des Publikums ergibt, daß solche Benutzung unter Umständen erfolgt, welche darauf schließen lassen, daß der Weg unter Zustimmung der rechtlichen Beteiligten dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist“, (OVG. bei Kampf, die Rechtsprechung des Obergerichtes, 3. Band, S. 375), und über die Beweislast hierbei: „Mit Ausnahme der seltenen Fälle, in denen dargetan wird, daß ein Weg von dem Träger der Wegebaulast mit polizeilicher Genehmigung oder auf polizeiliches Andringen angelegt und so ausdrücklich für den öffentlichen Verkehr bestimmt ist, liegt es hiernach dem Verwaltungsrichter ob, auf der Grundlage des gesamten von den Parteien beigebrachten oder von ihm, dem Richter selbst, zur ordnungsmäßigen Instruktion des Streitigen beschafften Beweismaterials nach Maßgabe jenes Rechtsgrundsatzes zu beurteilen, ob aus der tatsächlichen Benutzung eines Weges auf die Bestimmung desselben für den öffentlichen Verkehr und so auf die rechtliche Eigenschaft der Öffentlichkeit geschlossen werden kann“ (OVG. a. a. O. S. 375).

Von praktischer Bedeutung ist die unvordenkliche Verjährung auch heute schließlich für das Erlöschen von Privilegien durch Nichtgebrauch.

Privilegien sind „Staatsakte, welche unmittelbar Rechte im subjektiven Sinne begründen“. (Dernburg, Pandekten I § 85). Diese Staatsakte beruhen auf Gesetz oder Verwaltungsakt und der

¹⁾ Vgl. hierüber Mohr, Preuß. Verwaltungsrecht, Praktischer Teil, § 22 III a.

Nachweis der Verleihung wird durch unvordenkliche Verjährung ersetzt. Abgesehen von dem Verzicht — soweit derselbe nicht etwa das öffentliche Interesse verletzt — und der Aufhebung wegen Mißbrauches oder Widerruf bei Vorbehalt desselben ist auch die Verjährung des Privilegs durch Nichtgebrauch ein Beendigungsgrund des Privilegs. (Vgl. Dernburg a. a. O. § 85.) So auch RG. 57 S. 407/8 für die im Gebiet des preußischen Allgemeinen Landrechts durch Privileg verliehenen Fischereirechte:¹⁾

„Die Revision hat ferner hervorgehoben, es sei zu Unrecht der Einwand zurückgewiesen, daß das fragliche Recht durch einen während rechtsverfährter Zeit vorliegenden Nichtgebrauch erloschen sei. In dieser Beziehung war unter Beweisantritt vom Beklagten geltend gemacht, er habe, wie dies auch von seinen Vorgänger im Besitze seit Menschengedenken geschehen, ausschließlich die Fischerei in dem Mühlenteich und dem Mühlensfließ ausgeübt. [Anm.: Der Kläger hatte geltend gemacht, daß ihm als Eigentümer einer Grundfläche das Recht zustehe, in einem Mühlenteiche und einem Mühlensfließ, welche Gewässer einen Teil des im Eigentum des Beklagten befindlichen Gutes bildeten, die Fischerei unbeschränkt auszuüben und klagte auf Anerkennung des Rechts durch den Beklagten. Letzterer erhob den Einwand des Erlöschens der Fischereiberechtigung durch langjährigen Nichtgebrauch]. Dieser Revisionsbeschwerde ist Bedeutung beizumessen. Selbst wenn der von der Revision zur Begründung dieses Angriffs aufgestellten Behauptung nicht beizutreten ist, daß es sich bei dem in Streit befindlichem Fischereirecht seit Einführung des Allgemeinen Landrechts und der Hypothekenordnung um eine rein privatrechtliche Berechtigung handele, vielmehr ein Privileg, also eine unmittelbar auf einem Akte der gesetzgebenden Gewalt beruhende Befugnis, in Frage steht, ist eine Aufhebung durch Verjährung (Nichtgebrauch) in gleicher Weise möglich, wie solche bei Fischereiberechtigungen, die einen durchaus privatrechtlichen Charakter haben, Platz greift. Die Eigenschaft eines Rechts als Privilegs schließt nicht aus,

¹⁾ Bezüglich der Berliner „Fischerstellen“ hat das RG. 57 S. 32 ff. angenommen, daß sie ihrem Wesen nach „selbständige Gerechtigkeiten im Sinne des preußischen Rechtes“ sind. Die Begriffsbestimmung derselben enthält § 14 Titel 1 der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783, welcher bestimmt, daß Gerechtigkeiten, welche 1. nicht gewissen Grundstücken ankleben, sondern für sich selbst bestehen, 2. für sich allein veräußert und verpfändet werden können, 3. einen eigenen bestimmten Wert haben, unter besonderen Nummern in das Hypothekenbuch einzutragen sind. Das RG. führt a. a. O. S. 34/5 hierüber des weiteren aus: „Das Kennzeichnende dieser Gerechtigkeiten besteht also darin, daß sie subjektiv nicht an irgend ein Grundstück, und, wie hinzugesetzt werden muß, auch nicht an irgend eine bestimmte Person gebunden sind, sondern daß sie, unabhängig von allen solchen subjektiven Beziehungen, eine selbständige Existenz für sich führen und demgemäß und infolgedessen frei veräußerlich, vererblich und belastbar, insbesondere verpfändbar sind. Damit solches und namentlich letzteres möglich sei, müssen sie einen gewissen Wert besitzen und, wie weiter hinzuzusetzen ist, den Charakter der Dauer tragen. Als Folge und zugleich gewissermaßen als Beweis ihrer Selbständigkeit erscheint ihre Eintragung im Hypothekenbuche. Allen diesen Erfordernissen entsprechen die Berliner „Fischerstellen“. Sie sind subjektiv nicht mit irgendwelche Grundstücken oder individuell bestimmten Personen verbunden; sie sind frei veräußerlich, vererblich und belastbar, insbesondere verpfändbar; sie haben einen gewissen Wert sowie die Eigenschaft der Dauer und haben aus Grund und infolge dieses Charakters durch einen sie besonders und ausdrücklich betreffenden Erlaß des Gesetzgebers die Fähigkeit erlangt, gleich Grundstücken in das Hypothekenbuch eingetragen zu werden.

Hält man die Heranziehung des § 9 ALR. 12 noch für nötig, so läßt sich der Allerhöchste Erlaß vom 4. Juli 1771 sogar dahin auffassen, daß dadurch ihnen ausdrücklich die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache beigelegt worden sei. An diesem Rechtszustande ist, soweit die Fischerstellen sich bis zur Gegenwart erhalten haben, durch die spätere Gesetzgebung, insbesondere die Gesetze vom 5. Mai 1872 und das Bürgerliche Gesetzbuch, nichts geändert worden.“

daß sich in Rücksicht auf die Beseitigung desselben durch Verjährung alles nach den Grundsätzen bestimmt, welche gelten würden, wenn das Recht oder die Freiheit, worin das Privileg besteht, auf eine andere Weise als durch Privileg entstanden wäre. Dieser Rechtszustand greift für das Gebiet des gemeinen Rechts nach allgemeiner Ansicht Platz

Daß das gleiche für das Allgemeine Landrecht anzunehmen ist, wofür sich auch Dernburg (Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 25) ausdrückt, kann selbst unter Berücksichtigung der §§ 63—72 der Einleitung, welche unter den Endigungsgründen der Privilegien die Verjährung nicht aufführen, deshalb nicht bestritten werden, weil es zu einem unannehmbaren Ergebnis führen würde, ein Recht, welches nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Vernichtung durch Verjährung unterliegt, hiervon deshalb auszunehmen, weil es auf einem Privileg beruht. An der entgegengesetzten Auffassung, welche in dem Urteile des erkennenden Senats ausgesprochen ist, das sich in der Jurist. Wochenschr. von 1900 S. 626 Nr. 15 abgedruckt findet, kann nicht festgehalten werden . . .“

Voraussetzung des Erlöschens eines Privilegs durch Nichtgebrauch ist, daß auf der einen Seite ein Recht vorhanden ist, dem auf der anderen Seite eine jenem Rechte entsprechende Verpflichtung gegenüber steht. Daher können Apothekenprivilegien als subjektivdingliche Rechte nicht durch Nichtgebrauch erlöschen. So RG. in Gruchots Beiträgen Bd. 62 S. 420/1 für das Privilegium der Kgl. Hofapotheken zu Berlin:

„Will man das Erlöschen von Privilegien durch Nichtgebrauch rechtsgrundföhllich überhaupt für möglich halten, so kann es doch nur insoweit eintreten, als das im einzelnen Falle durch Privileg begründete subjektive Recht nach den allgemeinen Vorschriften der Verjährung unterliegt (§ 107 Einl., vgl. Dernburg³ PPR. § 25 Anm. 1, J. W. 00, 626¹⁵). Nach UR. aber setzt die Verjährung durch Nichtgebrauch voraus, daß auf der einen Seite ein Recht vorhanden ist, dem auf der anderen Seite eine jenem entsprechende Verpflichtung gegenübersteht (vgl. §§ 502, 508, 509 I 9 UR.). Den Gegenstand der Verjährung bildet also die Aufhebung einer Verbindlichkeit (RG. 3, 307 oben, 27. 287). Bei einem Apothekenprivilegium fehlt es aber an einer der Berechtigung entsprechenden Verpflichtung, Verpflichtungen dritter Personen werden dadurch nicht begründet (RG. 57, 36 oben). Deshalb können Apothekenprivilegien als subjektive Rechte nicht durch Nichtgebrauch erlöschen.“

III. Die Vorschriften der Verjährung gelten auch für die Ansprüche des Wechselrechts (W. O. Art. 77 ff.) und die Verjährung daselbst ist die des Bürgerlichen Rechtes, keine Ausschlußfrist. (So auch RG. 63 S. 370).

IV. **Unverjährbar** sind alle Rechte, die keine Ansprüche sind. So ist das Eigentum „unverjährbar“, während der Eigentumsanspruch gegen eine bestimmte Person der Verjährung unterliegt. Belangt die Sache, bezüglich welcher der Eigentumsanspruch verjährt ist, in den Besitz eines anderen, so erwächst aus dem Eigentum ein neuer Eigentumsanspruch gegen den nunmehrigen Besitzer, der gleichfalls erst in 30 Jahren verjährt. Unverjährbar sind ferner die auf ein konstitutives Urteil gehenden Klagerechte, z. B. auf Aufhebung

der Entmündigung, Herabsetzung der Vertragsstrafe. Auch die Ehescheidungsklage unterliegt nicht der Verjährung, denn die Frist des § 1571 ist eine Ausschlußfrist. Gleiches gilt für die Anfechtungsrechte, die an eine Ausschlußfrist geknüpft sind. Unverjährbar sind ferner die rein familienrechtlichen Ansprüche mit Ausnahme der auf Gewährung von Unterhalt für die Vergangenheit gerichteten Ansprüche. Vgl. § 194 Abs. 2. Verjährbar dagegen sind die Ersatzansprüche aus dem Verlöbniß, die einen Schadensersatzcharakter haben.

Unverjährbar sind ferner die Ansprüche aus im Grundbuch eingetragenen Rechten mit Ausnahme der auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder Schadensersatz gerichteten Ansprüche (§ 902), Ansprüche des Nachbarrechts (§ 924), der Berichtigungsanspruch (§ 898 und § 1263 Abs. 1), ferner der Anspruch auf Aufhebung einer Gemeinschaft (§ 758) und auf Auseinanderlegung zwischen Miterben (§ 2042 Abs. 2).

V. Verjährung von Einreden.

Eine „Einrede“ ist kein Anspruch, weshalb eine Einrede an sich nicht der Verjährung unterliegt, wie z. B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, der mangelnden Sicherheitsleistung oder der Vorausklage. Dies gilt aber nur für die sogen. selbständigen Einreden, nicht für die abgeleiteten, die zugleich die Unterlage für einen Anspruch auf Leistung gewähren. So kann die Wandelung sowohl anspruchswie einredeweise geltend gemacht werden. Soweit dies der Fall ist, verjährt mit dem Anspruch auch grundsätzlich die aus ihm entspringende Einrede. § 478 BGB. ergibt als Ausnahme von diesem Grundsatz die Richtigkeit desselben. (So auch Cosack und Crome gegen Staudinger). Vgl. auch §§ 821 und 853 BGB.

VI. Verjährung bei konkurrierenden Ansprüchen.

Grundsätzlich gilt bei der Anspruchskonkurrenz, daß jeder der konkurrierenden Ansprüche hinsichtlich der Verjährung den besonderen Bestimmungen insbesondere bezüglich der Verjährungsfrist folgt (RG. 66 S. 88). So unterliegt z. B. der Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB. wegen arglistigen Verschweigens beim Kauf der dreißigjährigen Verjährung, während der etwa neben ihm bestehende Anspruch aus § 826 BGB. der dreijährigen Verjährung des § 852 BGB. unterliegt. Auch hat der Wegfall des einen Anspruchs nicht zugleich auch den des andern zur Folge (RG. a. a. D.).

Dieser Satz gilt jedoch nicht ausnahmslos. So auch RG. bei Gruchot 56 S. 901 gelegentlich des Falles, daß ein geschlepptes Fahrzeug durch schuldhafte Navigierung des Schleppers zu Schaden kam und der Beschädigte Schadensersatz sowohl wegen mangel-

hafter Ausführung des bedungenen Werkes wie nach den Grundfäden der unerlaubten Handlungen forderte (§ 823 BGB.):

„Nun ist allerdings bei einer derartigen Konkurrenz von Ansprüchen grundsätzlich davon auszugehen, daß die Verjährung des einen Anspruchs nicht auch die des andern herbeiführt, daß vielmehr jeder Anspruch an und für sich in bezug auf die Verjährung seinen besondern Regeln folgt (vgl. RG. 66, 87; 77, 317). Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß die Bestimmung einer Verjährungsfrist von kurzer Dauer, die zunächst für die Vertragsklage gegeben ist, dahin ausgelegt wird, daß sie zugleich auf konkurrierende Ansprüche aus dem Eigentum oder aus unrechter Tat erstreckt wird. So hat der III. Zivilsenat (RG. 66, 363) ausgesprochen, daß die kurzen Verjährungsfristen, die in §§ 558, 606 BGB. für die Ersatzansprüche des Vermieters und des Verleihers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der vermieteten oder verliehenen Sachen festgesetzt sind, auch in dem Falle Anwendung fänden, wenn die Ersatzansprüche auf eine unerlaubte Handlung des Mieters oder des Entleihers gestützt würden. Zur Begründung wird angeführt, daß die kurzen Verjährungsfristen der genannten Paragraphen, die sich ihrem Wortlaute nach auf alle Ersatzansprüche wegen Beschädigung der Sache erstreckten, im wesentlichen bedeutungslos sein würden, wenn fahrlässige und vorsätzliche Beschädigungen dabei auszuscheiden hätten. Die gleichen Gründe, denen beizupflichten ist, treffen auch hier zu, wo es sich um eine besondere vertragsmäßige Abkürzung der Verjährungsfrist (§ 225 BGB.) handelt. Der angeführte Paragraph der Schleppbedingungen spricht ausdrücklich von „Ansprüchen jeder Art, die aus Unlaß des Schleppverhältnisses . . . erhoben werden sollen“. Damit ist deutlich ausgesprochen, daß sich die Bestimmung nicht bloß auf die Vertragsansprüche des Bestellers des Schleppwerkes, sondern auch auf die Ansprüche wegen Beschädigung seines Eigentums durch die Schlepperbefugung erstrecken solle. Und auch hier liegt es auf der Hand, daß sich die Bestimmung, wenn man sie auf die Vertragsklage beschränken wollte, ihre Bedeutung fast völlig einbüßen müßte, weil in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, die der Paragraph im Auge hat, nämlich immer wenn eine Beschädigung des geschleppten Fahrzeuges durch Schuld der Schlepperbefugung herbeigeführt ist, beide Ansprüche miteinander konkurrieren.“

Auf dem gleichen Gedanken beruht auch die Ansicht des Reichsgerichts, daß der dem Käufer einer Gattungssache bei schuldhafter Lieferung einer mangelhaften Sache nach § 276 — neben den Gewährleistungsansprüchen — zustehende Schadenersatzanspruch gemäß § 477 der kurzen Verjährung unterliegt, der zwar nicht dem Wortlaut, aber dem Sinne nach auf diesen Fall Anwendung finden muß:

„Der kurzen Verjährung sind die im § 477 bezeichneten Ansprüche deshalb unterworfen, weil die Ermittlung und Feststellung von Beschaffenheitsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar, und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist.“

Vgl. die Motive zum Entwurf des BGB. Bd. 2 S. 238.

Diese Gründe treffen in gleichem Maße auch für den auf ein Verschulden begründeten Schadenersatzanspruch zu, wenn er auf die Lieferung einer mangelhaften Sache gestützt wird“ (RG. 53 S. 203).

VII. Verjährung im Steuerrecht.

Der Rückforderungsanspruch wegen unzulässiger Weise eingezogener Steuern und Stempel ist privatrechtlicher Natur und unterliegt daher auch der Verjährung. So auch RG. 76 S. 275:

„Richtig ist allerdings, daß bei der Klage auf Rückzahlung einer erhobenen Steuer, soweit dafür der ordentliche Rechtsweg eröffnet ist, die öffentlich-rechtliche Frage, ob die Steuerpflicht besteht oder nicht besteht, der gerichtlichen Entscheidung unterliegt und in der Regel sogar den Hauptgegenstand dieser Entscheidung bildet. Der Rückforderungsanspruch als solcher ist aber gleichwohl privatrechtlicher Art. Der Fiskus, der eine Steuer erhoben hat, obwohl ein Tatbestand, auf den die Steuervorschrift Anwendung zu finden hätte, nicht vorliegt, hat durch Zahlung den Steuerbetrag ohne rechtlichen Grund erlangt und ist darum unter dem privatrechtlichen Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet (§ 812 BGB.). Der privatrechtliche Rückforderungsanspruch unterliegt an sich, wie sich von selbst versteht, (§ 194 BGB), den allgemeinen Vorschriften über die Verjährung.“

Demgemäß ist auch in dem § 26 des preußischen Stempelsteuergesetzes in der Fassung vom 30. Juni 1909, welcher für die Verpflichtung zur Entrichtung einer Stempelabgabe den Rechtsweg eröffnet, die Bestimmung „Die Klage ist bei Verlust des Klagerechts binnen 6 Monaten nach erfolgter Beitreibung oder geleisteter Zahlung gegen diejenige Oberzolldirektion zu richten, in deren Verwaltungsbezirk die Steuer erfordert worden ist“ hinsichtlich der Frist nicht als Ausschlußfrist, sondern als Verjährungsfrist aufgefaßt worden. (So RG. zu § 26 des Gesetzes in der alten Fassung vom 31. Juli 1895 in J. W. 1897 S. 376.)¹⁾ Gegen die Veranlagung zur Einkommensteuer und Ergänzungssteuer gibt es in Preußen nur die besonderen Rechtsmittel des Einspruchs bezw. der Berufung bei der Veranlagungs- und Berufungskommission und event. die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht (Einkommensteuergesetz vom 19. Juni 1906 § 43 und Ergänzungssteuergesetz vom 19. Juni 1906 § 33), weshalb eine Rückforderung im ordentlichen Rechtswege ausgeschlossen ist. Dagegen ist nach dem Reichsstempelgesetz vom 3. Juli 1913 § 110 in Beziehung auf die Verpflichtung zur Entrichtung der in diesem Gesetz festgestellten Abgabe der Rechtsweg zulässig. Auch dort muß die Klage bei Verlust des Klagerechts binnen 6 Monaten nach erfolgter Beitreibung oder mit Vorbehalt geleisteter Zahlung erhoben werden, (§ 110 des Gesetzes), wobei hinzugefügt ist, daß für die Berechnung der Frist die Bestimmungen der Zivilprozessordnung maßgebend sind. Da diese nur Ausschlußfristen kennt, müssen die Fristen des Reichsstempelgesetzes jetzt gleichfalls als solche aufgefaßt werden. Ebenso hat das Reichsgericht die sechsmonatige Klagfrist des Reichserbschaftssteuergesetzes vom 3. Juni 1906 für eine Ausschlußfrist

¹⁾ In Band 76 S. 273/4 läßt es das Reichsgericht „dahingestellt“, ob an der Auffassung der Verjährungsfrist für das preußische Stempelsteuergesetz festgehalten werden kann.

erklärt, weil § 57 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, daß auf den Lauf dieser Frist die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung finden (RG. 76 S. 273 ff.). Das ist zweifellos richtig, weil diese Bestimmung überflüssig wäre, wenn es sich um eine Verjährungsfrist handeln würde.

VIII. Die Beweislast.

Ist zweifelhaft, ob ein Anspruch verjährt ist oder nicht, so muß derjenige, der sich auf die Verjährung beruft, die Zeit der Entstehung des Anspruchs beweisen, worauf es Sache des Richters ist, zu prüfen, ob die Verjährung eingetreten ist. Hemmungs- und Unterbrechungsgründe muß derjenige behaupten und beweisen, der sie geltend macht.

§ 36.

Verjährungsfristen und ihre Berechnung.

I. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt 30 Jahre (§ 195). Längere Fristen gibt es nicht. So verjährt z. B. der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehns in 30 Jahren (vgl. jedoch § 199, wonach der Beginn der Verjährung um 1 bzw. 2 Monate nach der Hingabe des Darlehens hinausgeschoben wird. Diese 1 bzw. 3 Monatsfrist ist also keine Verjährungsfrist). Ebenso der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für eine Forderung oder ein Recht (RG. 56 S. 255) oder ein Grundstück, der Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung, der Eigentumsanspruch, Erbschaftsanspruch, sowie alle rechtskräftig festgestellten Ansprüche (§ 218).¹⁾ Der gute oder schlechte Glaube ist gleichgültig. Berechnet wird die Frist nach §§ 187, 188 Abs. 2 und 3. Über die streitige Anwendbarkeit des § 193 vgl. § 34 V.

II. Die im § 196 aufgezählten Ansprüche aus Geschäften des täglichen Lebens verjähren in 2 bzw. 4 Jahren, die des § 194 wegen Zinsrückständen, Rückständen von Renten, Unterhaltsbeiträgen usw. in 4 Jahren. Dabei beginnt die Verjährung hier mit dem Schlusse des Jahres, in welchem der nach §§ 198 bis 200 maßgebende Zeitpunkt eintritt, sofern die Leistung nicht erst nach Ablauf einer über diesen Zeitpunkt hinausreichenden Frist verlangt werden kann, z. B. bei Stundung, in welchem Falle die Verjährung erst mit dem Schluß des Jahres, in welchem die Frist abläuft, beginnt (§ 201). § 201 gilt jedoch dann nicht, wenn die kurze Verjährung der Ansprüche aus §§ 196, 197 BGB. bereits begonnen hatte und

¹⁾ Für kaufähnliche Verträge gelten teils die Verjährungsvorschriften des Kaufes, z. B. beim Verkauf eines Handelsgeschäftes mit dessen Kundschaft (RG. 63 S. 57 ff.), teils die Vorschrift des § 195, z. B. beim Verkauf eines Geheimverfahrens, mag man dieses als Kauf eines Rechtes oder als einen kaufähnlichen Vertrag besonderer Art bezeichnen (RG. 82 S. 158/9).

darauf unterbrochen wurde; die neue Verjährung beginnt also sofort mit der Beendigung der Unterbrechung, nicht erst mit Schluß des Jahres, in welchem die Unterbrechung beendet wurde (RG. 63 S. 268/9).

Mit dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises verjährt auch der Anspruch auf Abnahme der gekauften Ware, obwohl derselbe nicht als Anspruch „für Lieferung von Waren“ i. S. des § 196 Ziff. 1 BGB. aufgefaßt werden kann. Jedoch ist anzunehmen, daß die Verjährung des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises als des Anspruchs auf die Hauptleistung des Käufers sich auf den Anspruch auf Abnahme der Kaufsache als die Nebenleistung erstreckt (§ 224). (Vgl. auch DLG. Stuttgart in Rpr. der DLG. 28 S. 42).

Ansprüche auf Zahlung einer Vertragsstrafe fallen nicht unter § 196 Abs. 1 Nr. 1 und verjähren in 30 Jahren, wenn sie kein Äquivalent gerade für die Warenlieferung sind. Dies ist der Fall, wenn jemandem der Alleinverkauf eines Bieres für einen bestimmten Bezirk auf mehrere Jahre übertragen ist und für jedes bestimmte Quantum Bier, das während der Vertragszeit aus einer anderen Brauerei zum Weiterverkauf bezogen wird, eine bestimmte Vertragsstrafe zu zahlen ist. So RG. 85 S. 243/4:

„Aber auch die weiter vorgebrachte Einrede der Verjährung wurde ohne Rechtsirrtum zurückgewiesen. Nach der vom ersten Richter gebilligten Meinung der Beklagten unterläge der geltend gemachte Anspruch nicht der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährung des 195 BGB., sondern der einjährigen Verjährung nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 a. a. D., die zur Zeit der Erhebung der vorliegenden Klage allerdings abgelaufen gewesen wäre. Das Landgericht hat, um seine Auffassung zu begründen, zwei Gesichtspunkte angezogen. Unter Hinweis auf das Urteil des RGZ. Bd. 61 S. 390 nimmt es einmal an, daß die Vertragsstrafen sich als eine Ersatzleistung darstelle für den der Klägerin entgangenen Anspruch auf den Kaufpreis, und weiter ist es der Ansicht, daß auch die Vorschrift des § 224 BGB. Platz greife. Die Anwendung dieser Vorschrift ist jedoch ohne weiteres dadurch ausgeschlossen, daß ein Hauptanspruch, von dem der Anspruch auf die Vertragsstrafe als gleichzeitig verjährender Anspruch auf eine Nebenleistung abhängen könnte, überhaupt nicht vorhanden ist. Denn der Anspruch auf den Kaufpreis, den das Landgericht hier als Hauptanspruch im Auge hat, ist, soweit die Beklagten die Vertragsstrafe zu entrichten haben, gar nicht entstanden. Was sodann den Gesichtspunkt der Ersatzleistung betrifft, so hat dieser, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, auszuscheiden, weil die Strafe so bemessen war, daß sie das Interesse der Klägerin am Verkaufe der entsprechenden Menge von Bier weit überstieg. Das ergab sich aus dem Zweck der Strafe. Sie sollte der Klägerin, wie diese geltend gemacht hat, nicht nur für das einzelne nicht verkaufte Hektoliter eine Entschädigung gewähren, sondern namentlich dazu dienen, den dem Beklagten zugewiesenen Bezirk der klägerischen Brauerei als Absatzgebiet zu erhalten.

In Frage könnte danach nur noch kommen, ob die Verjährungsvorschrift des § 196 Nr. 1 nicht etwa unmittelbar anwendbar ist in dem Sinne,

daß es sich bei dem Versprechen der Beklagten, nur Bier der Klägerin zu führen, und bei der zur Sicherung des Versprechens vereinbarten Strafe um einen Anspruch des Kaufmanns oder Fabrikanten „für Lieferung von Waren“, hier der Klägerin für die Lieferung ihres Bieres, handelt. Allein auch das ist zu verneinen. Wenn auch anzuerkennen ist, daß die hier in Betracht kommenden Ansprüche des Kaufmanns oder Fabrikanten nicht notwendig solche auf einen Kaufpreis sein müssen, so bleibt doch immer erforderlich, daß die geschuldete Leistung sich als Äquivalent gerade für die Warenlieferung darstellt. Daran fehlt es aber im gegebenen Falle. Denn das Versprechen der Beklagten und die Vertragsstrafe stehen zwar in enger Beziehung zu einem Lieferungsverhältnisse, bilden aber nicht ein Äquivalent gerade für die Warenlieferungen, sondern sind allgemein ein Teil des auch sonstige Rechte und Pflichten umfassenden Vertragsverhältnisses der Parteien.“

Die Abtretung der Ansprüche verändert ihren rechtlichen Charakter nicht (RG. 70 S. 29).

a) § 196 Ziff. 1 bis 15 setzen sämtlich Forderungen aus berufs- oder gewerbsmäßig übernommenen Leistungen voraus.¹⁾ So RG. 60 S. 341:

„Daß die Berufs- oder Gewerbsmäßigkeit der Leistung in den Fällen der Nummern 1—15 die Voraussetzung der kurzen Verjährung bildet, erhellt in der Mehrzahl der Fälle aus der Bezeichnung der Forderungsberechtigten nach ihrem Berufe, in anderen aus der ausdrücklichen Hervorhebung des Erfordernisses der gewerbsmäßigen Betreibung der bestimmten Tätigkeit. Soweit dies bei einzelnen Fällen nicht zutrifft, ist mit Rücksicht auf ihre Einreihung unter die übrigen und auf die Ausdrucksweise des Gesetzes auch bei ihnen anzunehmen, daß es auf die Berufsmäßigkeit der bezüglichen Tätigkeit ankommt. Wie nicht zweifelhaft sein kann, daß mit den Personen, die „Land- oder Forstwirtschaft“ betreiben (Nr. 2), nur solche gemeint sind, welche die Land- oder Forstwirtschaft berufsmäßig treiben, so sind auch unter denjenigen, welche „Lotterielose vertreiben“ (Nr. 5) oder „Personen zur Verpflegung oder Erziehung“ aufnehmen (Nr. 12), nur solche zu verstehen, die sich mit dem Vertrieb von Lotterielosen oder der Aufnahme von Personen zur Verpflegung oder Erziehung berufs- oder gewerbsmäßig befassen.“

b) Über den Begriff der Gewerbsmäßigkeit besagt RG. 81 S. 10:

„Die Gewerbsmäßigkeit setzt . . die Absicht voraus, nicht bloß ein einzelnes Geschäft, sondern einen Kreis von Geschäften zu unternehmen, um sich hieraus eine dauernde Einnahmequelle zu verschaffen.“

c) Auch Ansprüche eines Kaufmanns aus einem sogen. Bau-entreprisevertrag auf das Entgelt für die Herstellung eines Baues unterliegen der kurzen Verjährung des § 196 Nr. 1. So RG. 70 S. 31:

¹⁾ Aus dem Kreise der Gewerbetreibenden scheiden, obwohl sie dauernd Gewinn erstreben, solche Personen, die wie Ärzte, Rechtsanwälte, Gelehrte, Künstler eine freie wissenschaftliche Tätigkeit entfalten; auch Architekten gehören dazu, wenn ihre Tätigkeit vorwiegend eine freie künstlerische ist, wenn sie z. B. Entwürfe zu Bauten ausarbeiten und gelegentlich auch die Ausführung ihrer Pläne beaufsichtigen, selbst aber die Bauten nicht ausführen (OLG. Cöln in Rspr. der OLG. 13 S. 333 Anm. 1). Das bloße Auftreten als Kaufmann rechtfertigt nicht die Anwendung der kurzen Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB. (RG. 89 S. 163).

„Der Entreprisevertrag hat die Natur eines Werklieferungsvertrages im Sinne des Abs. 2 des 631 BGB. Die kurze Verjährung sollte nach Inhalt der Denkschrift zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs (S. 51) auch nicht bloß für Ansprüche aus den sogen. „Geschäften des täglichen Verkehrs“ gelten, sondern auch für „verwandte Ansprüche“. Zu solchen wird man nach der jetzigen Entwicklung des Wirtschaftslebens in den meisten Fällen auch die Entrepriseverträge zählen können, insbesondere wenn der Unternehmer ein Kaufmann ist, da die Ansprüche der Kaufleute alsbald nach der Beendigung der Arbeiten eingefordert zu werden pflegen. Regelmäßig wird aber auch sonst für derartige Verträge eine dreißigjährige Verjährung (§ 195 BGB.) zu langdauernd und deshalb nicht zweckmäßig sein; eine zweijährige Frist nach dem Fälligwerden des Anspruchs auf Werklohn wird meistens ausreichen, um das Geschäft abzuwickeln oder den Anspruch gerichtlich geltend zu machen oder zu stunden oder durch Herbeiführung einer Anerkennung des Schuldners zu sichern. Handelt es sich aber um größere Unternehmungen, deren Abwicklung längere Zeit erfordert, so werden erfahrungsmäßig im Entreprisevertrag besondere Bestimmungen getroffen, durch welche die Fälligkeit der Vergütung (ganz oder doch teilweise) und damit der Beginn der Verjährung weiter hinausgeschoben wird. Gegenüber dem auf Abkürzung der Verjährungsfristen hindrängenden Zuge der Neuzeit kann hiernach auch nicht anerkannt werden, daß aus wirtschaftlichen oder rechtspolitischen Gründen für Ansprüche aus Entrepriseverträgen die dreißigjährige Verjährung erforderlich wäre, die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche allein in Frage käme, wenn die Anwendung des § 196 ausgeschlossen sein sollte.“

d) Die zweijährige Verjährung der Kaufpreisforderung der Kaufleute (§ 196 Ziff. 1) beginnt schon mit dem Schluß des Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist, nicht erst mit Schluß des Jahres, in welchem die Lieferung erfolgt. So RG. 62 S. 179/180:

„Auszugehen ist von der Bestimmung des § 198 BGB., wonach die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt. Der Kaufvertrag ist ein Konsensualvertrag. Die Kaufpreisforderung (§ 433 Abs. 2 BGB.) entsteht also mit dem Abschlusse des Kaufvertrages, und beginnt mit diesem Zeitpunkt zu verjähren, sofern nicht der Kaufpreis gestundet ist, oder der Käufer aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Zahlung des Kaufpreises berechtigt ist. Vgl. § 202 Abs. 1; Planck, BGB. Bemerk. 1 zu § 205.

Diese letztere Vorschrift findet nach § 202 Abs. 2 BGB. auf die Einrede, daß der Verkäufer seine Leistung noch nicht erfüllt, nämlich den verkauften Gegenstand dem Käufer noch nicht geliefert habe, keine Anwendung. Die Kaufpreisforderung beginnt hiernach mit ihrer Entstehung zu verjähren ohne Rücksicht darauf, ob geliefert ist, oder nicht.“

e) Auch die Ansprüche der Handwerker für die Lieferung von Arbeiten an großstädtischen Miethäusern verjähren in 2 Jahren, da das gewerbsmäßige Vermieten derselben durch den Eigentümer im Gegensatz zum bloßen Zimmervermieten kein Gewerbebetrieb ist, denn eine derartige Tätigkeit wird nach der Auffassung des täglichen Lebens nicht als Gewerbebetrieb angesehen:

„Das hat seine innere Berechtigung, weil nach außen hin kein gewerbsmäßiges Tun hervortritt, sondern die Vermietung der einzelnen Räumlichkeiten auf Zeit zunächst als die Nutzung eines im Grundstücke investierten Kapitals („Revenuengrundstücke“) erscheint, wobei die persönliche Tätigkeit des Grundeigentümers in den Hintergrund tritt. Wenn man doch vom Gewerbebetriebe einer Zimmervermieterin spricht, deren persönliche Tätigkeit keine größere ist als die eines Grundeigentümers, der sein Miethaus oder gar mehrere verwaltet, so schlägt das nicht durch. Nicht auf die Größe oder den Umfang der persönlichen Tätigkeit kommt es an, sondern auf ihre Art und ihr Hervortreten nach außen. Bei dem Grundeigentümer wird es sich regelmäßig zunächst um eine interne verwaltende Tätigkeit handeln, bei der Zimmervermieterin dagegen regelmäßig um eine Erwerbstätigkeit mittels eigener persönlicher Leistungen und unter Verwendung eines über den persönlichen Bedarf hinausreichenden Hausrats an Räumen, die regelmäßig zum Zwecke des Geschäftsbetriebes gemietet sind (vgl. Rspr. 7 S. 352, wo ZPO. § 811 Nr. 5 auf die Zimmervermieterin angewandt ist).“ (OLG. Hamburg in Rspr. der OLG. 12 S. 26/7).

f) Der Schadenersatzanspruch des Dienstverpflichteten, welcher anstelle des Vergütungsanspruchs infolge vertragswidrigen Verhaltens des Prinzipals entsteht, unterliegt ebenso wie der Vergütungsanspruch der kurzen Verjährung gemäß § 196 Nr. 8:

„Die Lantieneforderung des Angestellten fällt als solche unbedenklich unter den § 196 Nr. 8 BGB. Denn auch die Lantienie wird lediglich als Entgelt für geleistete Dienste versprochen und gewährt. Mit Unrecht behauptet aber die Revision, daß § 196 Nr. 8 a. a. D. insoweit nicht Platz greife, als die Klägerin für die Zeit nach dem 18. September 1909 statt der vertragsmäßigen Lantienie Schadenersatz verlange. Wenn die Vergütungsforderung des Dienstverpflichteten infolge vertragswidrigen Verhaltens des Prinzipals in einen Schadenersatzanspruch übergeht (§ 70 II HGB., § 628 II BGB.), so ist dieser kein selbständiger vom Vertrage losgelöster, sondern vielmehr ein Anspruch, der in dem letzteren seine Wurzel und seine Grundlage hat. Er will wirtschaftlich denselben Erfolg und denselben Zustand herbeiführen, wie sie eingetreten wären, wenn beide Teile den Vertrag ordnungsmäßig erfüllt hätten. Ursprung und Ziel des vertraglichen Vergütungs- und Schadenersatzanspruchs sind daher dieselben. Da der letztere voll und ganz an die Stelle des ersteren tritt und ihn in jeder Beziehung und nach jeder Richtung hin ersetzen soll, muß er auch derselben Verjährung unterliegen wie dieser, wenn der gesetzgeberische Zweck des § 196 Nr. 8 BGB., die Lohnforderungen der im Privatdienste angestellten Personen nicht länger, als das Bekehrsbedürfnis es erfordert, in der Schwebe zu lassen und die Schuldner von der Gefahr zu befreien, noch nach einer Reihe von Jahren wegen angeblicher Lohnrückstände in Anspruch genommen zu werden (vgl. Mot. zum Entw. eines BGB. Bd. I S. 297 ff.), erreicht werden soll (RG. 61, 390 ff.; Staudinger, 5./6. Aufl., Anm. 4 zu § 198 BGB.).“ (RG. in Jur. W. 47 S. 550).

g) Der Anspruch des Rechtsanwalts auf Vergütung für seine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker verjährt nicht gemäß § 196 Ziff. 15 BGB., sondern gemäß § 195 in 30 Jahren, da es sich hierbei nicht um Gebühren und Auslagen (§ 196 Ziff. 15) i. S.

der deutschen oder preußischen Gebührenordnung handelt.¹⁾ Andererseits gehört der Rechtsanwalt auch nicht zu den im § 196 Ziff. 7 BGB. aufgeführten Personen, welche „die Besorgung fremder Geschäfte und die Leistung von Diensten gewerbsmäßig betreiben“. Vgl. OLG. Düsseldorf in Jur. W. 47 S. 741:

„Die in § 2221 BGB. dem Testamentsvollstrecker erstattete Vergütung fällt aber nicht unter jenen Begriff der „Gebühren und Auslagen“. Unter der „Gebühr“ des Anwalts ist vielmehr die durch staatliche Anordnung grundsätzlich in ziffernmäßiger Begrenzung festgelegte Vergütung für seine Berufstätigkeit zu verstehen, nicht eine Entlohnung für eine Tätigkeit, die auch durch eine Person anderen Standes geleistet werden könnte. Weder ist nun die Tätigkeit als Testamentsvollstrecker an den Beruf als Anwalt gebunden, noch finden sich in der deutschen und preußischen Geb.-O. oder in Sondergesetzen irgendwelche Vorschriften über die Art der Entlohnung des Rechtsanwalts für seine etwaige Tätigkeit als Testamentsvollstrecker. Insbesondere ist hier nicht etwa Raum für die Anwendung des Art. 14 des Gesetzes, enthaltend die landesgesetzlichen Vorschriften über die Gebühren der Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher in der Fassung der Bek. vom 6. Okt. 1899. Es handelt sich hier nicht um ein einzelnes, „dem Rechtsanwalt übertragenes Geschäft“, sondern um Zuweisung eines größeren Rechte- und Pflichtenkreises, der die Vornahme im voraus unbegrenzter Einzelgeschäfte mit sich bringt. Der oben erwähnte § 2221 BGB. stellt die Bemessung der Vergütung auch völlig frei, unabhängig von den Sätzen des Gesetzes von 1899.“

h) Die Ansprüche aus auftragloser Geschäftsführung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung sind selbständiger Natur und unterliegen grundsätzlich der dreißigjährigen Verjährung des § 195 BGB. Dies gilt auch dann, wenn für das

¹⁾ Über die Art der Berechnung des Honorars des Rechtsanwalts als Testamentsvollstrecker vgl. Nachrichten für die Mitgl. des Deutschen Anwaltvereins, Jahrg. III Nr. 1/4 (Jan./April 1916) S. 17 ff. und ebendasselbst Nr. 5/8 (Mai/August 1916) S. 43 ff. (von Geh. 3.-Rat Dr. Eugen Fuchs). Im ersten Aufsatz werden folgende Grundsätze auf S. 21 aufgestellt:

- a) Das Honorar des Testamentsvollstreckers ist in allen Fällen nach Prozentsätzen der Bruttoaktiva des Nachlasses zu berechnen.
- b) Soweit dieses Honorar mit 1% der Bruttoaktiva, in umfangreicheren Sachen bis zu 2% der B.-M.-Masse berechnet wird, ist in allen Fällen gegen die Angemessenheit ein Bedenken nicht zu erheben.
- c) In Fällen, wo die Testamentsvollstreckung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, insbesondere wo weitverzweigte bzw. verwickelte Geschäfte des Erblassers zu ordnen, sehr umfangreiche Verwaltungen zu führen, mit zahlreichen Erben und sonstigen Beteiligten zu verhandeln ist, bzw. komplizierte letztwillige Verfügungen des Erblassers durchzuführen sind, kann selbst bei größeren Erbmassen bei der Honorarbemessung auf einen Prozentsatz über 2 bis 3% hinausgegangen werden.
- d) Bei kleinen Nachlässen, bei denen die Entlohnung mit 1 bis 2 bzw. 3% der Masse in keinem Verhältnis zu der gehaltenen Mühe stehen würde, kann auf einen Prozentsatz bis zu 4%, bei sehr kleinen Nachlässen (etwa unter 5000 M.) bis zu 6% hinausgegangen werden.

Bei langjähriger Verwaltung pflegt nach Fuchs a. a. O. üblicherweise 3% der jährlichen Bruttoeinnahme als Testamentsvollstrecker in Berlin bewilligt zu werden. Eine einheitliche Lage hat sich in Berlin nicht entwickelt. In Cöln beträgt sie bei 100 000 M. Nachlasswert mindestens 2%, vom Mehrbetrag von 100 000 M. bis zu 1 Million 1%, über 1 Million vom Mehrbetrag 1/2%, berechnet nach dem Wert der ganzen Aktiva ohne Abzug der Schulden. (Schmidt in Jur. W. 47 S. 741 Anmerkung).

Geschäft, dessen Erledigung für den Geschäftsherrn die Geschäftsführung zum Gegenstande hatte oder die bereichernde Zuwendung begründete, eine kürzere Verjährung Platz greift (RG. 86 S. 96/7). Besteht z. B. die Geschäftsführung oder die bereichernde Zuwendung in der Bezahlung einer Schuld des Geschäftsherrn, so findet die Geschäftsführung oder Zuwendung eine bestehende Schuldverbindlichkeit vor. Sie schafft und erzeugt diese nicht erst gleichzeitig; sie bringt sie vielmehr durch Erfüllungsleistung zum Erlöschen. Nach der Wiederherstellungsleistung besteht z. B. ein Schadenersatzanspruch des Beschädigten überhaupt nicht mehr, er ist in den Geschäftsführungs- oder Bereicherungsanspruch umgewandelt worden. Für diesen neuen Anspruch kommt eine andere Verjährung als die gewöhnliche des Anspruchs aus der Geschäftsführung oder Bereicherung nicht in Frage (RG. a. a. D. S. 98).

Dagegen muß die kurze Verjährung von Ansprüchen, die durch Lieferung von Waren oder durch Arbeitsleistungen der im § 196 BGB. bezeichneten Art entstehen, auch dann Platz greifen, wenn der Anspruch wegen des Entgelts solcher Lieferungen oder Arbeitsleistungen auf Geschäftsführung oder auf Bereicherung gestützt wird. Denn hier erzeugt erst die Geschäftsführung oder die bereichernde Zuwendung zugleich den Anspruch aus jenen Leistungen, dessen kurze Verjährung aus § 196 eine vertragsmäßige Grundlage nicht voraussetzt; der Geschäftsführungs- oder Bereicherungsanspruch ist mit dem Anspruch auf Bezahlung der in § 196 BGB. bezeichneten Lieferungen oder Leistungen vereinigt (RG. 86 S. 97). Vgl. hierzu Josef in Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 215ff., der auf Seite 217/8 zu letztgenannten Fällen zutreffend darauf hinweist, daß schon der Wortlaut des Gesetzes, das der kurzen Verjährung schlechthin die Ansprüche z. B. der Kaufleute „für Lieferung von Waren“, der Gastwirte „für Bewährung von Beköstigung“, der Ärzte „für ihre Dienstleistungen“ usw. unterwerfe, für diese Auslegung spräche. Das Gesetz unterscheide also nicht, ob der Anspruch geltend gemacht werde gegen den Vertragsgenossen der Gläubiger (der gewöhnlich zugleich Empfänger der Leistungen sei) oder gegen einen Dritten, der aus irgend einem Rechtsgrunde für die von jenen Gläubigern bewirkten Leistungen verhaftet sei. Der Fall der kurzen Verjährung sei daher überall dort gegeben, wo eine Vergütung der in §§ 196, 7 bezeichneten Art geschuldet werde, auch wenn sie aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus der Bereicherung geltend gemacht werde. Dafür spreche auch der Zweck des Gesetzes, eine schleunige Erledigung derartiger geringfügiger Rechtsverhältnisse des täglichen Lebens herbeizuführen, um so mehr, als der Anspruch nicht gegen den Leistungsempfänger, sondern gegen einen Dritten erhoben werde, der von dem gegen ihn kraft Gesetzes begründeten Anspruch nichts wisse. Folglich könne der Gesetzgeber nicht gewollt haben, daß dieser

Dritte 30 Jahre hindurch Ansprüchen ausgesetzt werden solle, die, wenn er selbst sie durch Vertrag begründet hätte oder wenn der Gläubiger sie gegen den Leistungsempfänger erheben würde, in 2 oder 4 Jahren verjährt wären.

III. Beginn der Verjährung.

a) Nach § 198 beginnt die Verjährung — abgesehen von den Fällen der §§ 196, 197 — mit der Entstehung des Anspruchs; geht er auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung. Aus § 199 ergibt sich, daß die Verjährung erst beginnt, wenn der Anspruch fällig ist. Auf die Kenntnis des Bestehens eines Anspruchs kommt es grundsätzlich nicht an (RG. in Jur. W. 1912 S. 70). (Vgl. jedoch §§ 852, 2332). Auch bei der Möglichkeit der Klage auf künftige Leistung (§§ 257—259 ZPO.) beginnt die Verjährung erst mit der Fälligkeit des Anspruchs. Nur ausnahmsweise gilt dies nicht, nämlich nach § 8 des Reichshaftpflichtgesetzes von 1871 beginnt die zweijährige Verjährung des Anspruchs auf Schadenersatz mit dem Unfall ohne Rücksicht darauf, ob etwa der Schaden und damit der Anspruch erst später entsteht.

b) Das Gesetz verlangt jedoch nicht, daß die Voraussetzungen zur Erhebung der Leistungsklage gegeben sein müßten, damit die Verjährung beginnen könne. So RG. in J. W. 1907 S. 202 und RG. 83 S. 358 unter Bezugnahme auf letzteres Urteil:

„Das letztere Urteil hat einen Fall zum Gegenstand, in dem der damalige Kläger durch eine wissentlich unwahre Auskunft zum Beitritte zu einer Gesellschaft bestimmt worden war; dem Kläger wurde dort die Erhebung einer Feststellungsklage zugemutet, wenn er vor Liquidation der Gesellschaft seinen Schaden nicht habe beziffern können. Es besteht kein Anlaß, im vorliegenden Falle eine andere Stellung einzunehmen;¹⁾ denn die Feststellungsklage ist die Form, in der ein Anspruch mit derselben, die Verjährung unterbrechenden Wirkung einer Leistungsklage zur Geltung gebracht werden kann und geltend gemacht werden muß, wenn der Beschädigte die Leistungsklage nicht erheben kann.“

Dies ist vor allem bei Verletzung Jugendlicher, bei welcher sich die Höhe des Schadens noch nicht übersehen läßt, von praktischer Bedeutung. Es muß daher hier — soweit die Höhe des Schadens für die Zukunft noch nicht ziffernmäßig feststeht, zwecks Unterbrechung der Verjährung auf Feststellung der Schadenersatzpflicht geklagt werden, übrigens der einzige Fall, bei welchem ausnahmsweise auf Schadenersatz „salva liquidatione“ geklagt werden kann.

¹⁾ Es handelte sich um die Frage, ob zwecks Unterbrechung der Verjährung eine Feststellungsklage erhoben werden muß, wenn die Leistungsklage wegen des zurzeit noch nicht ermittelten Schadens nicht erhoben werden kann.

Soweit in derartigen Fällen weitere, nicht voraussehbare Folgen eintreten, beginnt mit Eintritt derselben eine neue selbständige Verjährung. So RG. 83 S. 359/360:

„Die Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn schädigende Folgen einer Handlung nachträglich auftreten, oder wenn zu den ursprünglichen Schadensfolgen neue hinzutreten, haben das Reichsgericht in Hinblick auf die Anwendung der Verjährungsgrundsätze mehrfach beschäftigt, wenn die schädigende Handlung sich als eine unerlaubte darstellte. Nach dieser Rechtsprechung bildet der gesamte aus einer unerlaubten Handlung entstehende Schaden ein einheitliches Ganze. Nur wenn später aus der unerlaubten Handlung neue schädigende Folgen hervorgehen oder ersichtlich werden, die sich zuvor nicht voraussehen oder erwarten lassen, beginnt für diese eine besondere selbständige Verjährung mit ihrer Kenntnis und der Kenntnis des ursächlichen Zusammenhanges mit der unerlaubten Handlung (vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 70 S. 157; Jur. W. 1908 S. 10 Nr. 11, 1909 S. 725 Nr. 19; Warnener 1912 Nr. 432, 1913 Nr. 143). Danach schließt die Ungewißheit über den Umfang und die Höhe des Schadens den Beginn der Verjährung nicht aus; alle Folgezustände, die im Zeitpunkte der Erlangung der Kenntnis von dem Schaden überhaupt nur als möglich vorauszu sehen waren, gelten durch die allgemeine Kenntnis von dem Schaden als dem Verletzten bekannt geworden.“

Ist ein Schaden dadurch entstanden, daß eine Forderung verjährt ist,¹⁾ so beginnt die Verjährung mit der Entstehung des nunmehr geltend zu machenden Rückgriffsanspruchs, die mit der Vollendung der Verjährung der Forderung zusammenfällt:

„Der Rückgriffsanspruch ist eine Schadenersatzforderung, die sich auf eine Pflichtverletzung des Anwalts und auf einen hierdurch entstandenen Schaden gründet. Mit dem Eintritt dieser Voraussetzungen, insbesondere mit dem Eintritt eines ursächlichen Schadens, ist der Rückgriffsanspruch entstanden. Der Eintritt eines Schadens ist dann zu bejahen, wenn die Vermögenslage des Geschädigten infolge des schädigenden Ereignisses im Vergleich mit dem früheren Vermögensstande eine schlechtere geworden ist. Mit der Vollendung der Verjährung ist eine sehr erhebliche Veränderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Gestaltung des Anspruchs vor sich gegangen. Der Anspruch ist zwar nicht untergegangen, aber der Verpflichtete hat das Recht der Leistungsverweigerung erlangt (§ 222 BGB.). Wenn auch das zur Befriedigung des verjäherten Anspruchs Geleistete nicht mehr zurückgefordert werden kann, so kann doch der Schuldner gegen seinen Willen zur Leistung nicht mehr gezwungen werden, und dem Gläubiger fehlt die Rechtsmacht zur gerichtlichen Durchsetzung seines Anspruchs. Der Umstand, daß im Prozesse die Verjährungstatsache nicht von Amts wegen zu beachten, vielmehr vom Schuldner einredeweise geltend zu machen ist, hindert keineswegs die Annahme, daß der aus der Vollendung der Verjährung für den Gläubiger sich ergebende Schaden bereits mit dem Ablaufe der Verjährungsfrist eingetreten ist. In diesem Zeitpunkte wird der Anspruch, der bis dahin ein rechtlich mangelfreier war, mit einer zerstörliehen Einrede,

¹⁾ Z. B. ein Rechtsanwalt hat eine Forderung seiner Partei gegen einen Dritten verjähren lassen. Nach § 32a RVO. (in Kraft seit 1. Juni 1910) verjährt der Anspruch der Partei auf Schadensersatz aus dem zwischen ihr und dem Rechtsanwalt bestehenden Vertragsverhältnis in 5 Jahren. Hierfür gelten die allgemeinen Verjährungsvorschriften (RG. 88 S. 223).

also einem rechtlichen Mangel behaftet. Diese mit dem Verjährungseintritt verursachte erhebliche Veränderung in den rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Anspruchs schließt es in sich, daß mit der Vollendung der Verjährung bereits ein Schaden entstanden ist und nicht erst, wie das BG. annimmt, droht.“ (RG. 90 S. 85).

c) Kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung beginnt die Verjährung erst nach der Entstehung des Anspruchs:

1. nach §§ 201 in den Fällen der §§ 196, 197, mit Schluß des Jahres der Entstehung des Anspruchs;
2. nach §§ 202, 205 BGB., wenn die Verjährung von Anfang an gehemmt ist;
3. nach §§ 852, 2332, wo die Verjährung des Schadensersatzanspruchs bezw. Pflichtteilsanspruchs erst mit Kenntnis des Verletzten von der ihn schädigenden Handlung bezw. Verfügung beginnt; die im § 852 erforderte Kenntnis muß soweit reichen, daß der Beschädigte auf Grund des ihm bekannten Materials eine Klage gegen eine bestimmte Person zu begründen in der Lage ist; hierbei kann als Hindernis nicht bloß die Unkenntnis von Tats Umständen, sondern selbst die Nichtkenntnis von Rechts sätzen und Rechtsgrundsätzen in Betracht kommen. Das Kennenmüssen steht der Kenntnis nicht gleich (RG. Jur. Wochenschr. 47 S. 304). Der Beginn der Verjährung wird nicht dadurch hinausgeschoben, daß das durch die Verletzung herbeigeführte Leiden bloß eine Verschlimmerung erfährt, wie sie für die Entwicklung derartiger Krankheiten in Rechnung zu ziehen ist. Anders ist es aber dann, wenn die Krankheit sich demnächst als eine wesentlich andersartige und schwerere herausstellt oder sie später wider Erwarten die Natur eines solchen anderen Leidens angenommen hat (RG. Jur. Wochenschr. 47 S. 303).
4. in einer Reihe ausdrücklich bestimmter Fälle, z. B. §§ 490, 801; 480, 588 Abs. 2, 606, 1057, 1226, 1715 Abs. 3, 2287 Abs. 2 BGB.

Aber die Hinausschiebung des Verjährungsbeginns durch Vereinbarung einer Garantiefrist vgl. § 39 II.

d) § 199 bestimmt gemäß dem allgemeinen Prinzip, daß die Verjährung erst mit der Fälligkeit des Anspruchs beginnt, daß die Verjährung, wenn der Berechtigte die Leistung erst nach erfolgter Kündigung verlangen kann, erst mit dem Augenblick beginnt, von welchem an dieselbe zulässig ist. Wenn hierbei der Schuldner zur Leistung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist seit der Kündigung verpflichtet ist, wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben. Letzteres ist z. B. beim Darlehnsanspruch

der Fall. Der Rückforderungsanspruch entsteht an sich mit der Hingabe deselben. Nach § 199 Satz 1 würde die Verjährung mit der Hingabe beginnen, da die Kündigung — in Ermangelung besonderer Vereinbarung — sofort zulässig ist. Da aber der Darlehensschuldner erst 1 bzw. 3 Monate nach der Kündigung das Darlehn zurückzuzahlen braucht (§ 609 Abs. 2), wird der Beginn der Verjährung um diese Fristdauer hinausgeschoben. Also ist der Darlehnsanspruch im Zweifel in 30 Jahren, beginnend mit Ablauf eines oder dreier Monate seit Hingabe, verjährt. Hemmungs- oder Unterbrechungsgründe in dem einen bzw. den drei Monaten werden nicht berücksichtigt, da diese Frist noch nicht die Verjährungsfrist ist.

e) Wenn die Entstehung eines Anspruchs von der Geltendmachung eines Anfechtungsrechtes abhängt, so beginnt die Verjährung mit der Zulässigkeit der Anfechtung, es sei denn, daß es sich um familienrechtliche Verhältnisse handelt (§ 200). Die Anfechtung nach §§ 119, 123 ist mit der Abgabe der Willenserklärung zulässig. Die Verjährung des Anfechtungsanspruchs kann somit vor dem Beginn der Anfechtungsfrist zu laufen beginnen. Bei familienrechtlichen Verhältnissen beginnt die Verjährung erst mit der Entstehung des Anspruchs, also die Ansprüche aus der Anfechtung der Ehe erst nach Richtigkeitserklärung oder Auflösung der Ehe.

Schließlich kommt auch noch nach Treu und Glauben eine stillschweigende Hinausschiebung des Beginnes der Verjährung in Frage, insbesondere bei den kurzen Verjährungen des Kaufes. So auch RG. in J. W. 43 S. 589/590 für den Fall, daß ein Deckhengst unter der Bedingung gekauft wurde, daß er mit Erfolg decken würde. In Ermangelung einer Bestimmung über die Dauer der Haftung kann ein Garantievertrag nicht angenommen werden. Wenn nun in solchem Falle die Möglichkeit ausgeschlossen war, daß innerhalb sechs Wochen vor der Ablieferung des Tieres eine Feststellung über die Zuchttauglichkeit desselben getroffen wurde, „so konnte die behauptete Zusicherung, wenn sie überhaupt einen Sinn hatte, nur so von den Parteien gemeint sein, daß gleichzeitig der Klägerin (d. h. der Käuferin) das Recht zu einer entsprechend späteren Geltendmachung des Mangels eingeräumt wurde. Diese Vereinbarung bedurfte, da sie sich aus der Natur der Sache ergab, nicht eines besonderen Ausdrucks in den Parteiabreden. Es steht ihr auch nicht entgegen, daß mangels einer ausdrücklichen Regelung die zeitliche Grenze der Gewährleistungspflicht nicht ohne weiteres erkennbar ist. In einem solchen Falle hat der Richter die in dem ausdrücklich Abgesprochenen vorhandene Lücke so auszufüllen, wie es unter den besonderen Umständen von Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrs-
sitten erfordern.“

§ 37.

Hemmung und Unterbrechung der Verjährung.**I. Die Hemmung der Verjährung.**

Die Verjährung ist in einer Reihe von ausdrücklich genannten Fällen „gehemmt“, d. h. sie hört von dem Eintritt des Hemmungsgrundes zu laufen auf mit der Maßgabe, daß die bis dahin verstrichene Frist bei der Verjährungsfrist mitgerechnet wird und nur der Zeitraum der Hemmung in dieselbe nicht eingerechnet wird (vgl. § 205). Das Gesetz zählt folgende Fälle auf:

1. Stundung, die nur dann vorliegt, wenn der Kaufpreis, Werklohn u. dgl. erst nach im wesentlichen vollendeter Erfüllung des Verkäufers, Unternehmers u. dgl. fällig sein soll (RG. 83 S. 181), oder bei vorübergehender Berechtigung zur Leistungsverweigerung des Schuldners, z. B. beim pactum de non petendo, i. F. des § 986 BGB. Nicht dazu gehören die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes, des nicht erfüllten Vertrages, der mangelnden Sicherheitsleistung, der Vorausklage sowie die dem Bürgen nach § 770 und dem Erben nach §§ 2014, 5 zustehenden Einrede (§ 202); peremptorische Einreden hemmen die Verjährung nicht;

2. Stillstand der Rechtspflege innerhalb der letzten 6 Monate der Verjährungsfrist, sofern der Berechtigte hierdurch an der Rechtsverfolgung gehindert ist, desgleichen, wenn dies durch „höhere Gewalt“ der Fall ist (§ 203). Die Gerichtsferien haben keine hemmende Wirkung.

Der Begriff der „höheren Gewalt“ ist hier ein anderer als nach dem Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, dem § 456 HGB., dem Postgesetz und dem § 701 BGB. Während dort als „höhere Gewalt“ „diejenigen Naturereignisse und Handlungen Dritter anzusehen sind, welche ungeachtet aller irgend möglichen, durch die Umstände gebotenen Vorsicht weder abzuwenden, noch abzuwehren, noch in ihren schädlichen Folgen vermeidlich sind“ (vgl. Eger, Reichshaftpflichtgesetz, § 1 Ziff. 11), versteht das Reichsgericht i. F. des § 233 ZPO., §§ 203 und 1996 BGB. hierunter schon „jedes Hindernis, das unter den gegebenen Umständen auch durch die äußerste, vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abzuwenden war“ (RG. 48 S. 409). Vgl. auch RG. 87 S. 55.

So kann insbesondere auch eine besonders schwere Erkrankung den Begriff der „höheren Gewalt“ i. S. des § 203 erfüllen. So RG. 56 S. 896/7:

„Wenn das Berufungsgericht in Anlehnung an die Ansicht von Blanck (BGB. Anm. 1 Abs. 4 zu § 203) annimmt, daß eine schwere Erkrankung des Anspruchsberechtigten niemals als höhere Gewalt angesprochen werden könne, weil sie nicht ein von außen auf ihn einwirkendes Ereignis sei, sondern in

seiner Person selbst sich entwickele, so kann dem nicht beigetreten werden. Nicht jede schwere Krankheit freilich, wohl aber die jäh und unerwartet über den Menschen hereinbrechende, ist den Einwirkungen von außen durchaus beizuzählen, und auf den rein äußerlichen Unterschied, ob der Anspruchsberechtigte von einer Massenkrankheit (Epidemie) ergriffen wird, oder ob die Krankheit als einzelne und besondere ihn befällt (Dertmann Anm. 2b zu § 203), kann es nicht ankommen. Eine schleichend sich im Menschen entwickelnde Krankheit, deren Entstehen und Fortschreiten beobachtet werden kann, stellt allerdings niemals eine höhere Gewalt dar, die immer in einem überwältigenden, äußerlich hervortretenden Ereignis in die Erscheinung treten muß.

Ob im gegebenen Falle, der das Bild einer allmählichen Entwicklung der Krankheit aus erkennbaren Symptomen, der Verschlimmerung eines schon seit langem vorhandenen Krankheitszustandes zeigt, von einer höheren Gewalt im Sinne des § 203 BGB. gesprochen werden könnte, kann dahingestellt bleiben. Denn § 203 erfordert weiter, daß durch die höhere Gewalt der Anspruchsberechtigte an der Rechtsverfolgung gehindert ist. Der Regel nach hindert aber eine schwere Erkrankung den Betroffenen nicht schlechthin an der Beforgung seiner Rechtsangelegenheiten; sie erschwert sie nur, wie denn auch ein sehr wichtiges und oft verwickeltes Rechtsgeschäft, die Errichtung des letzten Willens, sehr oft in schwerer Krankheit vorgenommen wird und vorgenommen werden muß. Nur Zustände der Bewußtlosigkeit und der Fieberdelirien, die dem Kranken die Möglichkeit der Beforgung seiner Angelegenheiten schlechthin rauben, können den in § 203 BGB. geforderten Tatbestand erfüllen.“

Auch die Verzögerung der gerichtlichen Entscheidung über ein Armenrechtsgesuch z. B. durch Einfordern von Akten von einer andern Behörde kann als ein von außen her eingreifendes Ereignis angesehen werden, daß in keiner Weise vorauszusehen oder abzuwenden ist und gegebenen Falles daher als höhere Gewalt anzuerkennen ist (RG. 87 S. 55). Dem entspricht auch die Praxis des Reichsgerichts bei der Auslegung des § 233 ZPO., nach der ein die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigender unabwendbarer Zufall dann angenommen wird, wenn ein rechtzeitig eingereichtes Armenrechtsgesuch ohne Verschulden des Antragstellers so spät beschieden wird, daß eine Wahrung der Frist nicht möglich ist (Warneger 1911 Nr. 115, 449).

3. Bei bestehender Ehe sind Ansprüche zwischen Ehegatten gehemmt; ebenso Ansprüche zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit der Kinder und zwischen Vormund und Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses.

II. Ablaufshemmung.

Als solche bezeichnet Cneccerus (I § 215 I 2) zutreffend die Fälle der §§ 206, 207 BGB., in welchen nicht der Lauf der Verjährungszeit gehindert, sondern nur ihr Ablauf hinausgeschoben wird.

§§ 206/7 bestimmen:

§ 206. Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende

Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist.

§ 207. Die Verjährung eines Anspruchs, der zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet, wird nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

III. Unterbrechung der Verjährung.

Beim Vorliegen eines Unterbrechungsgrundes wird die vor Eintritt desselben verstrichene Verjährungszeit beim nachträglichen Wegfall des Unterbrechungsgrundes nicht mitgerechnet, vielmehr beginnt die Verjährungszeit im vollen Umfang an von neuem zu laufen (§ 217). Unterbrechungsgründe sind:

a) Anerkennung des Anspruchs durch den Verpflichteten gegenüber dem Berechtigten durch Abschlagzahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise (§ 208).

Dieses Anerkenntnis ist eine Rechtshandlung¹⁾ und kann auch in einem Stundungsgesuch gefunden werden. Es muß sich aber auf den Grund des Anspruchs erstrecken, braucht jedoch denselben der Höhe nach nicht zu beziffern. Wenn jedoch das Anerkenntnis der gegnerischen Forderung durch keinerlei bestimmte Abgrenzung in solcher Weise eingeschränkt ist, daß es für einen Teil des objektiv Geschuldeten nicht gelten sollte, ist die ganze Schuld anerkannt (RG. 63 S. 389/390). Daraus folgt, daß bei ausdrücklicher Anerkennung nur eines Teiles der Schuld die Verjährung nur hinsichtlich dieses Teiles unterbrochen wird.

b) Klagerhebung auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruchs, Erteilung der Vollstreckungsklausel oder Erlassung des Vollstreckungsurteils (§ 209 Abs. 1).

Durch die gerichtliche Geltendmachung nur eines Teiles des Anspruchs wird die Verjährung in betreff des übrigen Teiles nicht unterbrochen, denn eine Unterbrechung tritt nur insoweit ein, als der

¹⁾ Diese Anerkennung ist von dem Anerkenntnis durch Vertrag (§ 781) zu unterscheiden. Letzteres ist Rechtsgeschäft. Auch das Anerkenntnis des § 222 Abs. 2 ist ein solches i. S. des § 781 (vgl. RG. 78 S. 132 und 164). Schließlich ist noch das Anerkenntnis im Prozeß zu erwähnen, das materielles Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung ist, also den Grundsätzen über Rechtsgeschäfte und Prozeßhandlungen untersteht.

Klaganspruch rechtshängig wird und damit die Möglichkeit einer rechtskräftigen Entscheidung gegeben ist (RG. 57 S. 373; ebenso 66 S. 366, 75 S. 302, 77 S. 215/6). Dies gilt auch dann, wenn der Kläger die Geltendmachung des Restes ausdrücklich vorbehält und bereits in der Klagebegründung den Anspruch seinem ganzen Umfange nach darlegt (RG. 65 S. 398/9 und 77 S. 215/6). Wenn jedoch principaliter auf Kapitalabfindung und event. auf Rentenzahlung gemäß § 843 BGB. geklagt wird, so ist, wenn nur der Eventualantrag begründet ist, weil ein wichtiger Grund zur Kapitalabfindung nicht vorliegt, die Verjährung auch bezüglich des eventuell geltend gemachten Rentenanspruchs in gewisser Höhe unterbrochen. So RG. 77 S. 216:

„Wenn das Gesetz (§ 843 Abs. 3 BGB.) sagt, daß der Schadenersatz bei Vorliegen wichtiger Gründe durch Abfindung in Kapital, sonst aber durch Entrichtung einer Geldrente zu leisten sei, so handelt es sich nur um zwei verschiedene Formen der Befriedigung desselben Anspruchs, und nicht um zwei verschiedene Ansprüche . . . Dieser einheitliche Schadenersatzanspruch ist daher durch die Klagerhebung jedenfalls insoweit rechtshängig geworden, als der in erster Linie gestellte Antrag auf Kapitalabfindung reicht. Wird das Dasein eines wichtigen Grundes verneint, so scheidet zwar die eine Befriedigungsform aus, und der Kläger kann seinen Schaden nur in Form einer Rente ersetzt erhalten. Für die Frage aber, in welcher Höhe Schadenersatz klagend beansprucht war, kann das Verlangen einer Kapitalabfindung nicht unbeachtet bleiben; vielmehr muß geprüft werden, welche Abfindung in Rente der verlangten Kapitalabfindung gleichsteht. Insofern ist durch die Klagerhebung eine Unterbrechung der Verjährung eingetreten, und eine nachträgliche Klagerweiterung unbedenklich. Bei dieser Prüfung handelt es sich aber nicht um eine mathematische Rechnung, sondern es wird unter Berücksichtigung der konkreten Sachlage ermittelt werden müssen, welcher Rentenbetrag im gegebenen Falle dem beanspruchten Kapitale gleich zu achten ist. Hier hat das Landgericht dem Kläger monatlich 343,75 M., für das Jahr sonach 4125 M. Rente zugebilligt. Die Kapitalabfindung von 50000 M. beträgt dagegen mehr als das Zwölfwache. Es ist nicht selbstverständlich, daß dieses Kapital namentlich in der Hand des geschäftskundigen Klägers weniger wert sei als die zuerkannte Rente; auch hat die Beklagte dies in keiner Weise dargelegt. Es kann daher die landgerichtliche Festsetzung nicht wegen Verjährung des 300 M. monatlich übersteigenden Betrags beanstandet werden.“

Über den Umfang der Unterbrechung der Verjährung bei nicht fest bestimmten Schadenersatzansprüchen führt das RG. 75 S. 306/307 aus:

„Nun kommt es aber für die Frage, ob und in welchem Umfange ein Schadenersatzanspruch rechtshängig gemacht und damit die Verjährung unterbrochen worden ist, nicht unbedingt darauf an, ob im gegebenen Falle die Voraussetzungen für eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs nach § 304 ZPO. gegeben sind. Dies ist bei einer — unbezifferten — Feststellungsklage in aller Regel nicht der Fall. Aber auch bei einer Leistungsklage auf Schadenersatz kann möglicherweise beim Fehlen einer Bezifferung des Anspruchs in dem Klagantrage doch der gesamte Schadenersatzanspruch

oder dieser mindestens in einer zuverlässig ersichtlichen Umgrenzung als eingeklagt und rechtshängig geworden anzusehen sein. So namentlich wenn, wie hier, die Höhe einer geforderten Rente zum richterlichen Ermessen verstellt wird.“

Auch die Klagerhebung beim unzuständigen Gericht unterbricht die Verjährung; nur wenn aus diesem Grunde die Abweisung erfolgt, gilt nach § 212 Abs. 1 BGB. die Unterbrechung durch Klagerhebung als nicht erfolgt. Klagen, denen prozezhindernde Einreden entgegenstehen, bewirken die Unterbrechung. Gleichgültig ist es auch, ob eine Klage vor Ablauf einer gewissen Frist nicht ange stellt werden darf, oder ob sich die Unzulässigkeit der Klage aus anderen Bestimmungen ergibt. Nur eine Klage, die den wesentlichen Formvorschriften des § 253 ZPO. nicht entspricht, also in Wahrheit keine „Klage“ im Sinne des Gesetzes ist, kann die Verjährung nicht unterbrechen (RG. in J. W. 43 S. 639 und RG. 45 S. 424).

Keine Unterbrechung der Verjährung tritt durch den Antrag auf Abweisung einer negativen Feststellungsklage oder Widerklage ein, obwohl das die negative Feststellungsklage sachlich abweisende Urteil die Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses in sich schließt. So RG. 60 S. 391:

„Allein der Antrag auf Abweisung der negativen Feststellungswiderklage und überhaupt die Verteidigung gegen diese stellt trotzdem keine die Verjährung unterbrechende gerichtliche Handlung dar. Die Abwehr der negativen Feststellungswiderklage enthält nicht die für die Unterbrechung der Verjährung erforderliche (positive) Betätigung des Rechts; denn dazu gehört eine Rechtsverfolgung, also eine auf Zusprechung eigenen Rechtes, nicht bloß auf Abwehr des gegnerischen Begehrens gerichtete Tätigkeit. Wenn auch mit der rechtskräftigen Abweisung einer negativen Feststellungsklage in bezug auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses derselbe Erfolg eintreten kann, der mit der rechtskräftigen Zusprechung der positiven Feststellungsklage erzielt wird, so darf diese Gleichheit des Erfolgs doch nicht dahin führen, beide Fälle in bezug auf die Unterbrechung der Verjährung einander gleichzustellen, um so weniger, als die vom Gesetz anerkannten Unterbrechungshandlungen eine in sich geschlossene Gruppe bilden, die durch Verallgemeinerung nicht erweitert werden darf.“

Die Zustellung der Klage mit der Ladung ist der Augenblick der Klagerhebung und bewirkt die Unterbrechung der Verjährung, soweit die Klage nicht durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung erhoben wird, wie z. B. im Falle des § 500 Abs. 2 ZPO. und bei der Widerklage. Im amtsgerichtlichen Verfahren hat jedoch nach § 496 Abs. 3 ZPO. die Einreichung der Klage — die dort von Amts wegen zugestellt wird (§ 496 Abs. 1) — die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung, sofern die Zustellung demnächst erfolgt.

Die Unterbrechung durch Klagerhebung dauert bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des Prozesses — d. h. durch Vergleich oder bloßes Liegenlassen und Nichtbetreiben eines Anspruchs (RG. 75 S. 290) — fort (§ 211). Mit der

rechtskräftigen Feststellung des Anspruchs tritt eine dreißigjährige Verjährung des Anspruchs ein, auch wenn dieser an sich einer kürzeren Verjährung unterliegt. Das Gleiche gilt von dem Anspruch aus einem vollstreckbaren Vergleich oder einer vollstreckbaren Urkunde sowie von einem im Konkurs festgestellten, vollstreckbar gewordenen Anspruche (§ 218). Ausgenommen von der dreißigjährigen Verjährung sind jedoch Feststellungen auf regelmäßig wiederkehrende, erst künftig fällig werdender Leistungen, bezüglich deren es bei der kürzeren Verjährungsfrist bewendet (§ 218). So verjähren z. B. auch Verzugszinsen aus rechtskräftigen Urteilen gemäß § 197, obwohl sie zusammen mit dem Kapital bezahlt zu werden pflegen (RG. in Rsp. der OLG. 12 S. 244/5). Rechtskräftig entschieden ist ein Prozeß auch durch Vorbehaltsurteil, nicht aber durch ein bedingtes Endurteil. (Vgl. § 219.)

Wenn der Prozeß durch Vereinbarung — z. B. Vergleich, Verzicht auf den Anspruch oder Anerkenntnis durch den Gegner oder daraufhin auf Antrag ergehendes Verzichts- oder Anerkenntnisurteil — oder durch Nichtbetreiben in Stillstand gerät, so endigt die Unterbrechung mit der letzten Prozeßhandlung¹⁾ der Parteien oder des Gerichts. In den Fällen der Aussetzung oder Unterbrechung des Verfahrens liegt jedoch kein auf Vereinbarung oder Nichtbetrieb der Parteien beruhender Stillstand des Prozesses, da eine subjektive Säumnis der Parteien nicht vorliegt (OLG. Köln in Rsp. der OLG. 22 S. 173).

Die nach dieser Beendigung der Unterbrechung beginnende neue Verjährung wird durch Weiterbetreiben des Prozesses seitens einer

¹⁾ Prozeßhandlung i. S. der ZPO. ist jede Handlung — Willensbetätigung — sowohl der Parteien als des Gerichts, die zur Begründung, Führung und Erledigung des Rechtsstreits dient und vom Prozeßgesetz in ihren Voraussetzungen und Wirkungen geregelt ist (RG. 77 S. 329). Vgl. ferner OLG. Dresden in Rsp. der OLG. 22 S. 172:

„Mit Schmidt (Lehrb. des Zivilr. S. 246) sind als Prozeßhandlungen alle diejenigen Handlungen anzusehen, die mit Beziehung auf den Rechtsschutzakt vorgenommen werden, sofern sie nur auf die Beeinflussung des Prozesses gerichtet und in ihrer Einwirkung auf den Rechtsstreit den übrigen am Prozesse beteiligten Personen, dem Gegner oder dem Gericht oder beiden, äußerlich erkennbar geworden sind. Auszuscheiden sind daher neben Handlungen Dritter bloß solche Handlungen der Parteien, die, wenn auch dem Gegner oder dem Gerichte gegenüber vorgenommen, doch nicht dem Interesse an der Erreichung eines prozessualen Erfolges dienen, wie z. B. die Zahlungsaufforderung, oder die Dienstbeschwerde eines vom Richter ungebührlich behandelten Anwalts, sowie alle intern gebliebenen Akte, wie die Beschaffung von Geldmitteln für die Prozeßkosten, Briefwechsel mit einem Anwalte, seine Bevollmächtigung, Studium der Gesetze, Auffuchung von Urkunden u. dergl. Folgerichtig rechnet Schmidt a. a. O. alle Anträge und Gesuche, die eine Partei an das Prozeßgericht stellt, zu den Prozeßhandlungen. Der Einwand, daß der Prozeß mit einem Armenrechtsgesuche nicht betrieben wird, ist insofern haltlos, als er die Beordnung eines Anwalts und die Befreiung von Auslageordnungen ufm. (§ 115 ZPO.), demnach eine erleichterte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung, einen prozessualen Erfolg, erstrebt.“

Wenn der Stillstand kraft Gesetzes infolge Konkursöffnung eintritt und die eingeklagte Forderung zur Konkursmasse gehört, so endet eine durch Klagerhebung unterbrochene Verjährung nicht und beginnt nicht wieder eine neue Verjährung. Hier endet die Unterbrechung der Verjährung vielmehr erst — und beginnt eine neue Verjährung zu laufen — wenn die durch die Konkursöffnung eingetretene Unterbrechung des Verfahrens aufgehört hat und nun der Prozeß nicht weiter betrieben wird (RG. bei Gruchot 61 S. 118).

Partei wie durch Klagerhebung unterbrochen (§ 211 Abs. 2). Ein solches Weiterbetreiben wird hauptsächlich in Ladungen und Zustellungen seitens der Partei liegen (RG. 77 S. 332).

Die Unterbrechung durch Klagerhebung gilt als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen wird, z. B. wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung, i. F. des § 597 Abs. 2 ZPO. Bei nicht ordnungsmäßiger Klagerhebung, insbesondere beim Fehlen der Voraussetzungen des § 253 ZPO., ist eine Verjährungsunterbrechung überhaupt nicht eingetreten (vgl. die vorstehend zit. Entsch. des RG's. in J. W. 43 S. 639). Erhebt der Berechtigte binnen 6 Monaten von neuem Klage, so gilt die Verjährung als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen. Es gelten §§ 203, 206, 207 entsprechend (§ 212).

Zu beachten ist noch § 210, welcher bestimmt:

„hängt die Zulässigkeit des Rechtswegs von der Vorentscheidung einer Behörde ab oder hat die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch ein höheres Gericht zu erfolgen, so wird die Verjährung durch die Einreichung des Gesuchs an die Behörde oder das höhere Gericht in gleicher Weise wie durch Klagerhebung unterbrochen, wenn die Klage binnen drei Monaten nach der Erledigung des Gesuchs erhoben wird. Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.“

Das „höhere Gericht“ entscheidet über die Zuständigkeit in den Fällen des § 36 ZPO.

Die Vorentscheidung einer Behörde kann reichsrechtlich — z. B. nach dem Reichsbeamtengesetz von 1873 §§ 134 ff. — und landesrechtlich (vgl. § 11 EG. zum GVG.) vorgeschrieben sein.

c) Der Klagerhebung stehen gleich:

1. Die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren. Auch hier gilt nach § 693 Abs. 3 ZPO. die Unterbrechung bereits mit der Einreichung oder Anbringung des Gesuchs um Erlassung des Zahlungsbefehls, sofern die Zustellung desselben demnächst erfolgt. Die Unterbrechung bleibt bestehen, auch wenn die Sache demnächst auf Antrag an das Landgericht verwiesen wird, da mit der Zustellung des Verweisungsbefchlusses die Sache beim Landgericht anhängig ist (§ 697 ZPO.). Wird der Überweisungsantrag nach Widerspruch vor der Verhandlung zur Hauptsache nicht gestellt, so gilt die Zuständigkeit des Amtsgerichts auch bei sonst vorhandener Unzuständigkeit als vereinbart (§§ 696, 697 ZPO.) und die Rechtshängigkeit bleibt bestehen, sodaß für diesen Fall § 213 BGB. nicht Platz greift. (So mit Recht Traumann in J. W. 43 S. 717/8 gegen RGK. 2. Aufl., § 213 Bem. 1, letzter Satz).

Die Unterbrechung durch Zustellung des Zahlungsbefehls gilt als nicht erfolgt, wenn die Wirkungen der Rechtshängigkeit er-

löschen (§ 213), also besonders in den Fällen der §§ 697, 700 701 ZPO.

Auch die Zustellung eines von einem unzuständigen Gericht erlassenen Zahlungsbefehls unterbricht die Verjährung. So RG. in Rspr. der OLG. 15 S. 321:

„Wie die Entsch. des RG. 24 S. 199 zutreffend ausführt, findet das Institut der Verjährung seine Rechtfertigung in dem beharrlichen Stillschweigen des Gläubigers und in seiner Saumseligkeit, und hat nicht nur jeder gerichtliche Schritt, welcher objektiv geeignet ist, die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen, sondern jeder prozessuale Schritt, welcher nach der subjektiven Ansicht des Klägers ihm Befriedigung seines Anspruchs verschaffen kann, die Wirkung, daß hierdurch die Verjährung unterbrochen wird. Diese für das gemeine Recht ausgesprochene Ansicht auch auf das BGB. anzuwenden, erscheint um so unbedenklicher, als die Grundlagen des Instituts der Verjährung, wie es im BGB. geordnet ist, von denjenigen im gemeinen Recht nicht abweichen. Da es hiernach für die Bedeutung der Klagenverjährung darauf ankommt, daß der Kläger durch die Ergreifung prozessualer Maßnahmen von dem Vorwurf der Saumseligkeit befreit werde, so ergibt sich, daß auch der von einem unzuständigen Gericht erlassene Zahlungsbefehl die Verjährung unterbrechen muß.“ Allerdings gilt nach § 213 die Unterbrechung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren als nicht erfolgt, wenn die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen und die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen — sofern eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte gehört, wenn nicht binnen 6 Monaten beim zuständigen Gerichte geklagt wird. Dies ist bei der Zustellung eines Zahlungsbefehls durch ein unzuständiges Gericht zu beachten.

2. Die Anmeldung des Anspruchs im Konkurs, es sei denn, daß sie zurückgenommen wird. Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Konkurses — durch Aufhebung oder Einstellung — fort und zwar bis zur öffentlichen Bekanntmachung der Beendigung (§ 214). Aber ausnahmsweise Fortwirkung vgl. § 214 Abf. 3.

3. Die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozeß. Dies gilt für die Eventualaufrechnung, sofern es zur Aufrechnung nicht kommt, weil andernfalls der aufrechnende Teil selbst das Erlöschen seines Anspruchs behaupten würde (vgl. Blanck, Bem. 2a zu § 209). Im übrigen wird die Verjährung nur in Höhe desjenigen Betrages unterbrochen, für welchen vom Beklagten die Aufrechnung vorgenommen wird und vorgenommen werden kann (RG. 57 S. 375). Aber die Fortdauer der Unterbrechung bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des Prozesses vgl. § 215;

4. Die Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt. Über die Fortdauer vgl. § 215;

5. Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung bezw. die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung, soweit letztere den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist. Die Unterbrechung gilt jedoch bei Aufhebung der Vollstreckungsmaßregel, Abweisung oder Rücknahme des Antrags als nicht erfolgt (§ 216).

d) Über die Fälle, in welchen ein Anspruch vor einem Schiedsgericht, besonderem Gerichte, Verwaltungsgericht oder vor einer Verwaltungsbehörde geltend zu machen ist vgl. § 220.

IV. Unrechnung der Verjährungszeit bei Besizgnachfolge. (Sogen. *accessio temporis*).

§ 221 bestimmt:

„Gelangt eine Sache, in Ansehung deren ein dinglicher Anspruch besteht, durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit dem Rechtsnachfolger zu Statten.“

a) Wenn der Anspruch durch Erbfolge oder Übertragung auf einen Erben oder einen neuen Gläubiger übergeht, kann der Verpflichtete die bis dahin dem Erblasser oder bisherigen Gläubiger gegenüber abgelaufene Verjährungszeit ohne weiteres entgegenhalten, weil der Anspruch als solcher der Verjährung unterliegt und durch Erbfolge oder Abtretung seinen Rechtscharakter nicht verändert. Das Gleiche gilt jedoch auch nach § 221 für die bloße Besizgnachfolge beim Bestehen eines „dinglichen Anspruchs“, der hier vom Gesetz zum ersten und letzten Mal als solcher erwähnt wird. Der dingliche Anspruch wechselt durch eine Besizgnachfolge seinen Charakter, weil er infolge derselben gegen eine andere Person gerichtet ist und gegen diese von neuem entsteht. Aus diesem Grunde bedurfte es der ausdrücklichen Bestimmung des § 221. Vorausgesetzt ist ein Besitzerwerb durch „Rechtsnachfolge“, der bei originärem Erwerb durch Erfindung, Verarbeitung, Aneignung, Fund und Besizentziehung ausgeschlossen ist. Mit Staudinger, Vertmann und Crome wird man von einer „Rechtsnachfolge“ in diesem Sinne nur dann sprechen können, wenn der neue Besitzer auf Grund einer Willenseinigung mit dem bisherigen Besitzer den Besitz erlangt, auch wenn dies Recht zum Besitz von einem Nichtberechtigten wirksam hergeleitet werden kann. Bloß tatsächlicher Besitzerwerb kann hiernach nicht genügen, auch wenn der bisherige Besitzer zur Übertragung des Besitzes rechtlich verpflichtet war. Staudinger will im letzteren Falle § 221 „aus Zweckmäßigkeitsgründen“ anwenden, was angesichts des Wortlautes des Gesetzes bedenklich ist. Jedoch vertritt auch der RGK. Anm. 1 zu § 221 den Staudinger'schen Standpunkt.

§ 38.

Wirkung der Verjährung.

I. Nach vollendeter Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern (§ 222 Abs. 1). Daraus ergibt sich der peremptorische Charakter der Einrede der Verjährung. Andererseits geht auch mit der Geltendmachung der Einrede der verjährte Anspruch nicht unter (so nach der Theorie der stärkeren Wirkung der Verjährung des gemeinen Rechts, Windscheid und RG. 2 S. 158), sondern bleibt vor allem als erfüllbarer bestehen, was sich insbesondere aus Abs. 2 des § 222 ergibt. Es besteht mithin eine Schuld ohne Haftung (Theorie der schwächeren Wirkung des gemeinen Rechts, Dernburg, Staudinger, RGK. § 222 Anm. 1). Die Verjährung kann gerichtlich wie außergerichtlich geltend gemacht werden.

II. Kann auf die **Wirkungen** der Verjährung rechtswirksam durch formlose Erklärung verzichtet¹⁾ werden?

Zunächst muß davon ausgegangen werden, daß ein „Verjährungsverzicht“ überhaupt vor Ablauf der Verjährungszeit unwirksam ist, da er gegen § 225 BGB. verstößt. So auch RG. 79 S. 260 bezüglich der Frage, ob ein vor dem 1. Januar 1900 einbarter Verzicht auf die Verjährungseinrede jetzt noch fortwirkt:

„Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß § 225 dem vor 1900 erklärten Verjährungsverzichte vom 1. Januar 1900 ab die Wirksamkeit entzieht. Er, wie die Vorschriften über die Verjährung überhaupt, brachten zwingendes Recht, da sie nicht nur die Dauer der einzelnen rechtlichen Beziehungen zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten beschränken, sondern damit zugleich dem Gemeinwohle dienen wollten. Auch dieses erfordert zum Zwecke der Vermeidung endloser und mit den Jahren immer schwieriger zu lösender Streitigkeiten, zur Erzielung rechtzeitiger Klageerhebung und geordneter Geschäftsführung, zur Entlastung der Gerichte usw., daß der Streitbeginn nicht willkürlich ins Ungemessene hinausgeschoben wird. Deshalb verbietet § 225 BGB. den Ausschluß oder die Erschwerung, somit auch die Hinausschiebung der Verjährung durch Rechtsgeschäfte, während er im Gegenteile die Vereinbarung von Erleichterungen, insbesondere die Abkürzung der Verjährung gestattet. Bei Abfassung dieser Bestimmung mußte sich der Gesetzgeber angesichts entgegenstehender Vorschriften des älteren Rechts, namentlich auch der oben erwähnten des preuß. Allgemeinen Landrechts bewußt sein, daß dadurch Rechtsgeschäfte, die unter der Herrschaft dieser früheren Gesetze über die Verjährung abgeschlossen worden waren, beeinträchtigt werden könnten. Gleichwohl hat er im Art. 169 Einf.-Ges. zum BGB. mit den neuen Verjährungsvorschriften überhaupt auch den § 225 BGB. auf altrechtliche Ansprüche für anwendbar erklärt. Die Verletzung sogen. wohlervorbener Rechte, die ihm sonst im allgemeinen als Grund

¹⁾ Der Verzicht ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Im Obligationenrecht bringt er eine Forderung nur bei Annahme des Verzichtes zum Erlöschen und ist dann ein Erlaßvertrag. Dagegen hat er im Sachenrecht praktische Bedeutung.

dagegen erschien, den neuen Gesetzen rückwirkende Kraft zu verleihen, fiel hier nicht ins Gewicht. Als nennenswerter Vorteil für den Berechtigten kann es nicht gelten, mit gerichtlicher Geltendmachung seiner fälligen Ansprüche möglichst lange warten zu dürfen. Der Verpflichtete aber, der auf die Vorchiebung des Verjährungseinwandes für immer oder zeitweise verzichtet hatte, besaß damit allein noch keine Gewähr für Hinausschiebung der Klage. Dies alles konnten dementsprechend ihre weiteren Maßnahmen treffen.

Vgl. Mot. zum BGB. Bd. 1 S. 289, 345; Habicht, die Einwirkung usw. S. 151; Staudinger zu Art. 169 Einf.-Ges. zum BGB.

Dem Gesagten steht nicht etwa Art. 170 Einf.-Ges. zum BGB. entgegen, der die alten Gesetze als maßgebend für altrechtliche Schuldverhältnisse erklärt. Er bezieht sich nur auf Entstehung, Inhalt, Umfang und Wirkungen des Schuldverhältnisses, will aber den für Verjährung aller Ansprüche geltenden Art. 169 nicht einschränken. Es kann auch der Revision nicht zugegeben werden, daß die im vorstehenden dargelegte Rechtsansicht zur Rückwirkung des § 225 BGB. auch auf die Zeit vor dem 1. Januar 1900 führen, also auch für diese Zeit Verjährungsverzichte ungültig machen müßte. Nur vom 1. Januar 1900 an schafft Art. 169 Einf.-Ges. zum BGB. zwingendes Recht, erst von da an beginnt die Verjährung, trotz des Verzichts darauf, zu laufen.

Anders liegt die Sache bei der Frage, ob nach Ablauf der Verjährung ein Verzicht auf die Wirkungen derselben möglich ist. Das Gesetz erwähnt selbst in § 222 Abs. 2 das vertragsmäßige Anerkenntnis als Ausschluß der Geltendmachung der Verjährungseinrede gegenüber dem anerkannten Anspruch. Das Reichsgericht steht im 78. Bande S. 131/2 auf dem Standpunkt der Zulässigkeit des formlosen Verzichts auf die Wirkungen der Verjährung:

„Daß neben dem vertragsmäßigen Anerkenntnis ein einseitiger formloser Verzicht auf die Verjährung zulässig sei, ist im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht ausdrücklich anerkannt und in der Rechtslehre bestritten. Die Zulässigkeit kann jedoch einem begründeten Bedenken nicht unterliegen. Nach den Motiven zu § 182 des Entwurfs (§ 222 BGB.) bedurfte es eines besonderen Hinweises auf die Verzichtbarkeit nicht, weil die rechtliche Natur der Verjährungseinrede dies von selbst mit sich bringt, insofern nämlich, als in der bewußten und gewollten Nichtgeltendmachung der Einrede notwendig ein Verzicht auf die Verjährung zu finden ist (vgl. Motive Bd. 1 S. 342). Auch in der der Reichstagsvorlage beigegebenen Denkschrift (S. 56) wird ausdrücklich anerkannt, daß der einseitige Verzicht des Verpflichteten auf die Wirkung der Verjährung dem Ansprüche wieder volle Kraft verleiht. Dem steht nicht entgegen, vielmehr spricht dafür, daß in der 2. Kommission ein zu § 182 gestellter Antrag mit der Begründung abgelehnt wurde, es gehe zu weit, mit dem Antrage in jedem dem Berechtigten gegenüber erklärten formlosen Anerkenntnis der verjährten Forderung einen Verzicht auf die Verjährungseinrede zu erblicken. Der abgelehnte Antrag lautete ganz allgemein:

„Als Verzicht auf diese Befugnis (d. h. die Befriedigung des Anspruchs zu verweigern) wird es angesehen, wenn der Verpflichtete den Anspruch befriedigt, sicherstellt oder dem Berechtigten gegenüber anerkennt; es mache dabei keinen Unterschied, ob der Verpflichtete die Vollendung der Verjährung gekannt hat oder nicht.“

Gegen die Fassung des Antrags wurde in der Kommission mit Recht geltend gemacht, sie enthalte insofern eine Fiktion, als sie einen Verzicht auf die Verjährungseinrede auch dann unterstelle, wenn der Schuldner die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirke. Diese Fiktion werde besser vermieden.

Vgl. Protokolle Bd. 1 S. 232—236.

Nach allgemeinen Grundsätzen setzt nämlich der Verzicht auf die Verjährungseinrede den Willen, zu verzichten, und damit in erster Linie die Kenntnis der eingetretenen Verjährung voraus. Gerade durch diese Voraussetzung unterscheidet sich der Verzicht auf die Verjährung wesentlich von dem vertragsmäßigen Schuldanerkenntnis, das nach § 222 BGB. auch in Unkenntnis der Verjährung rechtswirksam erfolgen kann und die Wirkung erzeugt, daß selbst das in Unkenntnis der Verjährung Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Die Bestimmung des § 813 Abs. 1 BGB. beschränkt sich in diesem Sinne ausdrücklich. Um Rechtswirksamkeit in dem angegebenen Umfange zu erlangen, muß das Anerkenntnis allerdings vertragsmäßig sein. Durch dieses Erfordernis unterscheidet es sich von dem in § 208 BGB. vorgesehenen Schuldanerkenntnis, das eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt, ohne daß es noch eines Anerkennungsvertrages oder auch nur einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Verpflichteten bedarf. Vielmehr genügt hierzu jede ausdrückliche oder stillschweigende dem Berechtigten gegenüber erfolgende Kundgebung, aus der die Überzeugung des Verpflichteten von dem Bestehen des Anspruchs erhellt (vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 73 S. 132).“

III. Gegenüber der Einrede der Verjährung ist die **Replik der Arglist** begründet, sodaß die Verjährungseinrede hierdurch beseitigt wird. Aber die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um diese Replik zu begründen, führt das Reichsgericht im 64. Bande S. 222/3 aus:

„In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist (vgl. Entsch. in Zivilf. Bd. 57 S. 376, Bd. 60 S. 392) für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches angenommen, daß die Einrede der Verjährung durch die Replik der Arglist beseitigt werden könne. Was nötig sei, um eine zur Beseitigung der Einrede der Verjährung geeignete Replik der Arglist zu rechtfertigen, ob die sogen. *exceptio doli generalis* im gemeinrechtlichen Sinne zureiche, um diese Wirkung zu erzeugen, oder ob die Voraussetzungen einer *exceptio doli specialis* erforderlich seien,

vgl. Urteil des Ober-Appellationsgerichts Lübeck vom 12. Juli 1862 bei Seuff. Arch. Bd. 16 S. 93, ausführlicher mitgeteilt bei Wunderlich, Jurisprudenz in Lübecker Rechtsfachen Bd. 2 S. 318, und Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 32 S. 142,

ist in den erwähnten Entscheidungen nicht ausdrücklich erörtert; dazu lag auch kein besonderer Anlaß vor. Eine solche Prüfung ist dagegen im gegebenen Falle nötig. Nach Zweck, Bedeutung und Tragweite der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Verjährung unterliegt es keinem Bedenken, daß ein Verstoß gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bei Erfüllung des Vertrags (§ 242 BGB.), mag er auch die Unterbrechung der Verjährung verhindert haben, nicht zureicht, um durch eine *replicatio doli generalis* die Einrede der Verjährung zu beseitigen. Gleiches muß auch für den Fall gelten, wenn der Anspruchsgegner (Schuldner) durch ein lediglich als

Fahrlässigkeit zu beurteilendes Verhalten, den Anspruchsberechtigten (Gläubiger) an rechtzeitiger Unterbrechung der Verjährung verhindert hat. Den Verjährungsvorschriften ist gegenüber einem solchen Verhalten die größte Kraft beizulegen. Eine andere Auffassung würde den gesetzgeberischen Zweck der Verjährung allzusehr gefährden. Vielmehr muß eine die Erfordernisse des § 826 BGB. erfüllende Arglist vorliegen. Eine solche Arglist hemmt indes den Lauf der Verjährung nicht. Die Hemmung der Verjährung ist auf die im Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich geregelten Fälle zu beschränken. Wohl aber kann aus der Vorschrift des § 249 BGB. in Verbindung mit § 826 abgeleitet werden, daß der durch eine solche Arglist begründete Anspruch aus § 826 die aus vollendeter Verjährung abgeleitete Einrede der Verjährung zu beseitigen vermag. Für den gegebenen Fall unterliegt es keinem Bedenken, daß die wesentlich wahrheitswidrigen Angaben des Beklagten gegen die guten Sitten verstoßen haben. Zwar bestand für den Angeklagten nicht die Pflicht, den wahren Sachverhalt offen zu legen und sich als Schuldigen zu bekennen; er hatte aber auch kein Recht zu einer wesentlich wahrheitswidrigen Darstellung. Ferner ist unbedenklich, daß der Beklagte mit dem Bewußtsein handelte, die Klägerin möglicherweise zu schädigen. Damit wären an sich alle Erfordernisse des § 826 gegeben. Indes einem arglistigen Verhalten solchen allgemeinen Inhalts, auch wenn dadurch die Klägerin in dem Maße beirrt wurde, daß sie das Bestehen eines Anspruchs gegen den Beklagten nicht erkannte und darum ihren Anspruch gegen letzteren nicht wahrte, kann noch nicht die Kraft beigelegt werden, auf dem bezeichneten Wege die Einrede der Verjährung zu beseitigen. Um diese Wirkung zu begründen, ist noch erforderlich, daß der Anspruchsgegner (Schuldner) durch seine Arglist die Unterbrechung der Verjährung verhindern wollte oder doch das Bewußtsein der Möglichkeit hatte, dadurch werde eine Unterbrechung der Verjährung verhindert. Das Institut der Verjährung, wie es im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt ist, verlangt, daß nur einer auf Verhinderung einer Unterbrechung der Verjährung gerichteten Arglist, die im übrigen die Erfordernisse des § 826 erfüllt, die Wirkung zukommen kann, auf dem Wege der §§ 826 und 249 die Einrede der Verjährung zu beseitigen."

Auch die freiwillige Annahme einer gekauften Ware durch den Käufer nach Ablauf der Verjährungsfrist begründet die *replicatio doli* gegen die Verjährungseinrede, läßt sich aber auch als Verzicht auf diese Einrede auffassen (RG. 62 S. 184).

Schließlich begründet auch die Abhaltung der rechtzeitigen Klagerhebung durch den Gläubiger seitens des Schuldners die Replik der Arglist gegenüber der später vorgebrachten Verjährungseinrede, so nach RG. 57 S. 376/7:

"Der Einrede der Verjährung würde nach allgemeinen, auch für das Bürgerliche Gesetzbuch geltenden Rechtsgrundsätzen die Replik der Arglist entgegenstehen, wenn die Beklagte durch ihr Verhandeln über die Höhe des von ihr . . . dem Grunde nach anerkannten Anspruchs mit dem Kläger diesen von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten haben sollte (vgl. Rehbein, BGB. Bd. 1 S. 316). Eine solche Behauptung liegt in dem Vorbringen des Klägers, während des Vorprozesses habe die Beklagte längere Zeit hindurch mit seinem Vertreter über die Höhe des behufs Ablösung ihrer Haftpflicht zu zahlenden Kapitals in Verhandlungen gestanden.

Solange diese Verhandlungen schwebten, hatte der Kläger keine Veranlassung, seinen Schadenersatzanspruch gerichtlich geltend zu machen, und es würde arglistig von der Beklagten sein, wenn sie sich auf den Ablauf der Verjährungsfrist und einen dadurch herbeigeführten Rechtsverlust des Klägers berufen würde, obgleich sie durch ihr Verhalten dem Kläger Veranlassung gegeben hätte, von der gerichtlichen Geltendmachung der Verjährungsfrist abzusehen."

IV. Nach § 222 Abs. 2 kann das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs freiwillig Geleistete nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist. Daraus ergibt sich, daß der verjährte Anspruch erfüllbar ist. Eine freiwillige Leistung liegt jedoch nicht vor, wenn der Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung freiwillig an den Gerichtsvollzieher zahlt (RG. 55 S. 156). (Vgl. Lippmann in D. J. Z. 1906 S. 1256/7). Auch wenn der Schuldner für die verjährte Schuld Sicherheit leistet oder dieselbe vertragsmäßig anerkennt, sind diese Rechtsgeschäfte ohne Rücksicht auf die Verjährung rechtswirksam. Das Anerkenntnis durch Vertrag bedarf gemäß § 781 der Schriftform und ist von dem formlos gültigen Anerkenntnis als Unterbrechungsgrund (§ 208 BGB.) zu unterscheiden.

So auch RG. 78 S. 164/5 (vgl. auch S. 132/3):

„Dem Berufungsgerichte ist darin beizupflichten, daß unter dem vertragsmäßigen, hier der Leistung gleichgestellten Anerkenntnis das formbedürftige Schuldanerkenntnis des § 781 BGB. verstanden werden muß.

Zunächst ergibt schon der Wortlaut „vertragsmäßiges Anerkenntnis“, daß jedenfalls der Gesetzgeber eine anders geartete rechtsgeschäftliche Willenserklärung voraussetzt, als das bloße durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise das Bestehen des Anspruchs tatsächlich bestätigende „Anerkennen“ des § 208 BGB., das eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt. Aber auch Sinn und Zweck der Bestimmung führen mit Notwendigkeit zu dem Schlusse, daß das vertragsmäßige Anerkenntnis des § 222 kein anderes sein kann als das formunterworfenene Schuldanerkenntnis des § 781. Das auf Verjährung begründete Recht, den Anspruch des Berechtigten zu verneinen, soll der Verpflichtete nicht mehr haben, wenn er durch Leistung das Bestehen des Anspruchs anerkennt und das Rechtsverhältnis endgültig zur Erledigung gebracht hat. Die Rücksicht auf den Rechtsfrieden und auf die Vermeidung der Erörterung zeitlich weit zurückliegender Tatsachen werden nach Erledigung des Rechtsverhältnisses höher gestellt als das Interesse des Verpflichteten. Diese Wirkung kann nur haben und dieser Rücksicht kann nur untergeordnet werden ein Rechtsgeschäft, das der Leistung wesensähnlich und jedenfalls wirtschaftlich nahezu gleich geachtet ist, das ebenso oder ähnlich wie die Leistung das Rechtsverhältnis zur Erledigung bringt. Das ist — abgesehen von der Sicherheitsleistung — das „vertragsmäßige Anerkenntnis“ im Sinne des rechtsbegründenden Schuldanerkenntnisses in § 781, also „eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird“. Es ist zu beachten, daß in dieser Begriffsbestimmung § 781 für das „Schuldanerkenntnis“ keine anderen Merkmale erfordert als das vertragsmäßige Anerkenntnis oder, wie es in § 812 Abs. 2 BGB. genannt wird, „die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens eines Schuldverhältnisses“ steht

im Sinne und nach dem Zwecke des § 222 BGB. der Leistung gleich, es „gilt“ als Leistung (§ 812) und kann nach der Vorschrift des § 222 ebensowenig wie diese auf Grund der Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden. Ist aber unter dem vertragmäßigen Auerkennnisse des § 222 das Schuldanerkenntnis des § 781 zu verstehen, so ist auch zu seiner Gültigkeit die schriftliche Erteilung der Auerkennungserklärung erforderlich.“

V. Die Verjährung eines durch Hypothek oder gesetzliches oder vertragliches Pfand gesicherten Anspruchs hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstand zu suchen. Auch kann bei fideuziarischer Übertragung eines Rechtes die Rückübertragung desselben nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden. Beides gilt nicht für die Verjährung des Anspruchs auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen (§ 223).

Ferner schließt nach § 390 die Verjährung die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.

Wenn ferner jemand ohne Rechtsgrund eine Verbindlichkeit eingegangen ist, kann er deren Erfüllung auch dann noch verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist (§ 821).

Schließlich kann, wenn jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten erlangt hat, der Verletzte die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist (§ 853).

VI. Mit dem Hauptanspruch verjährt zugleich der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist (§ 224). Solche Nebenleistungen sind Zinsen, Früchte, Nutzungen, Kosten, insbesondere auch Prozeßkosten für die Geltendmachung eines Anspruchs (RG. 61 S. 392), nicht aber sogen. selbständige wiederkehrende Leistungen wie z. B. Rentenansprüche aus einer Leibrente, Unterhaltsansprüche u. dergl.

§ 39.

Rechtsgeschäfte bezüglich der Verjährung.

I. § 225 bestimmt, daß die Verjährung durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden kann, daß jedoch eine Erleichterung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist zulässig ist. Dies schließt jedoch einen Verzicht auf die Wirkung der bereits eingetretenen Verjährung nicht aus, vgl. § 38 II.

II. Der Grundsatz des § 225 wird insbesondere im Kauf im § 477 Abs. 1 durchbrochen, inhalts dessen die Verjährungsfrist für

Wandelung und Minderung durch Vertrag verlängert werden kann. Ebenso § 486 für den Viehkauf, § 638 Abs. 2 für den Werkvertrag und HGB. § 414 Abs. 1 (Speiditionsgeschäft), § 423 (Lagergeschäft), § 439 (Frachtgeschäft).

Von praktischer Bedeutung ist die Verlängerung der Verjährungsfrist in den zulässigen Fällen besonders bei der Garantiefrist¹⁾, insbesondere beim Kauf. Sache der Auslegung aus den Umständen des einzelnen Falles ist es, welchen Sinn die Vereinbarung einer Garantiefrist haben soll (RG. 65 S. 121). Grundsätzlich bedeutet die Vereinbarung einer Garantiezeit (ein sogen. Garantieversprechen) die Zusicherung des Verkäufers, daß die verkaufte Ware, die gewisse Zeit bestimmte — in Ermangelung bestimmter Zusicherung die vertragsmäßigen — Eigenschaften habe²⁾ und daß der Verkäufer dafür einstehen muß, daß binnen der Garantiezeit von Ablieferung der Sache an Mängel nicht hervortreten.

Beträgt die Garantiezeit 6 Monate oder kürzere Zeit, so wird dadurch die kurze Verjährungsfrist des § 477 nicht ausgeschlossen, weil sie im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit baldmöglichst nach der Ablieferung eine klare Rechtslage schaffen soll (RG. 56 S. 169).

Beträgt die Garantiezeit mehr als 6 Monate, so bedeutet dies regelmäßig die Hinausschiebung des Beginns der gesetzlichen sechsmonatigen Verjährungsfrist bis zu der während der Garantiezeit erfolgten Entdeckung eines Gewährsmangels, weil andernfalls die längere Garantiefrist keine Bedeutung haben würde (RG. 91 S. 307).

Wenn z. B. der Verkäufer eine zweijährige Garantie übernimmt, so bedeutet dies nach RG. 65 S. 121/2 an sich nicht, daß ein Mangel auch nach seiner Entdeckung ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entdeckung innerhalb der ganzen Garantiefrist geltend gemacht werden kann — was Düringer-Hachenburg, HGB. III. S. 205 Anm. 250 und Bucerius in Gruchots Beiträgen Bd. 51 S. 740 ff. annehmen — sondern nur, daß auch nach Ablauf der gewöhnlichen Verjährungsfrist nicht erkannte Mängel innerhalb der Garantiefrist geltend gemacht werden können. So RG. 65 S. 121/2:

¹⁾ Die Vereinbarung einer Garantiefrist ist wohl zu unterscheiden vom sogen. Garantievertrag, dem vereinbarten Einstehen für einen bestimmten Erfolg, der eine selbständige Haftungsübernahme darstellt und daher der Schriftform des Bürgschaftsversprechens (§ 766 BGB.) nicht unterliegt. Vgl. RG. 61 S. 157 ff. und RG. 90 S. 416 ff.

²⁾ Was gilt bei Garantie bestimmter Eigenschaften für gewisse Zeit bezüglich der nicht garantierten Eigenschaften? Man wird annehmen müssen, daß hier die gesetzlichen Regeln über die Gewährleistung, insbesondere die gesetzlichen Verjährungsfristen gelten.

Zu beachten ist, daß ein Garantieversprechen im allgemeinen auch die Bedeutung hat, daß der Verkäufer zur Nachbesserung der Mängel berechtigt ist. Dies gilt besonders dann, wenn der Verkäufer sich zur kostenlosen Ausbesserung aller in der Garantiezeit sich zeigenden Mängel verpflichtet hat oder einen gewissen Erfolg garantiert hat (Bucerius in Gruchot's Beiträgen Bd. 51 S. 747).

„Ist die Bedeutung der Bestimmung einer Garantieleistung die, daß Mängel der Sache nicht, wie sonst gemäß § 477, nur binnen 6 Monaten nach der Ablieferung, sondern auch dann geltend gemacht werden können, wenn sie sich innerhalb einer längeren vertraglich festgesetzten Zeit nach der Ablieferung zeigen, so ist damit nur der Beginn der Verjährungsfrist des § 477 anders bestimmt und bis zu dem Zeitpunkt hinausgeschoben, wo der den Anspruch auf Wandelung oder Minderung oder auf Schadensersatz begründende Mangel entdeckt wird. Es kann sicher im einzelnen Falle, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, auch vereinbart werden, daß die in § 477 bestimmte Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen erst vom Ablauf der Garantiefrist an laufen soll; dies hat aber hier nach den Feststellungen des Berufungsrichters nicht stattgefunden, und an sich ist es aus der Bestimmung der Garantiefrist nicht zu entnehmen.“

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivill. Bd. 37 S. 81.

Der Zweck einer solchen ist, die Möglichkeit zu geben, Rügen von Mängeln, die sich erst nach der kurz bemessenen Frist von nur 6 Monaten nach der Ablieferung herausstellen, noch erheben und geltend machen zu können; der Zweck ist nicht, ohne weiteres die zur Geltendmachung der erkannten Mängel durchaus hinreichende Frist von 6 Monaten weiter hinauszuschieben.“

Die Ansicht von Düringer-Hachenburg dürfte der Verkehrsauffassung mehr entsprechen als die des Reichsgerichts. Vgl. auch Bucerius in Gruchots Beiträgen Bd. 51 S. 740 ff., nach dem die Verjährung nicht vor Ablauf der Garantiefrist zu laufen beginnt.

Wenn der Verkäufer eine Garantie ohne besondere Zeitbestimmung übernimmt, so liegt hierin keine Änderung der Verjährungsfrist, sondern lediglich die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft i. S. des § 459 Abs. 2 und des § 633 BGB. (RG. im Recht 1907 S. 826).

Besonders zweifelhaft und streitig ist die rechtliche Natur der Trächtigkeitszusagen beim Viehkauf und ihr Einfluß auf die Verjährung. Die Zweifel dürften durch die überzeugenden Ausführungen von Hanke in Gruchots Beiträgen, Bd. 58 S. 615, gelöst sein. Hanke unterscheidet zwei Fälle: Trächtigkeitszusage mit Festsetzung eines — wenn auch nur ungefähr — bestimmten Endtermines und ohne einen solchen. In der ersteren erblickt er abweichend von Stölzle (Viehkauf S. 327 ff. und Gruchots Beiträge 56 S. 433 ff.) keine Zusicherung einer Eigenschaft des Tieres unter gleichzeitiger Vereinbarung einer Gewährfrist, sondern die Zusicherung einer in bestimmter Zeit sich erfüllender Eigenschaft des Tieres, weil das Wesen der Gewährfrist in einer Beschränkung der durch § 459 Abs. 1 BGB. geregelten Mängelhaftung zu sehen sei. Hiernach wird nach Hanke in dem ersteren Falle die Verjährung des auf einen Mangel der Trächtigkeit gestützten Wandelungs- oder Schadensersatzanspruchs durch Vertrag verlängert (§§ 481, 477 Abs. 1 S. 2), indem ihr Beginn bis zum Ablauf des bezeichneten Endtermins stillschweigend hinausgeschoben wird. Ist die Trächtigkeitszusage ohne Festsetzung des Endtermins der Trächtigkeit erfolgt, so liegt nach

Stölzle (Viehkauf S. 322 ff. und Gruchots Beiträge Bd. 56 S. 433) die Zusicherung einer Eigenschaft ohne Vereinbarung einer Gewährfrist vor. Demgegenüber weist Hanke mit Recht darauf hin, daß jede Trächtigkeitsszusage zugleich das Versprechen enthalte, daß das Tier bis zum Ablauf der Trächtigkeitdauer werfen werde. In einem derartigen Falle müßte daher angenommen werden, daß die Trächtigkeitsszusage ohne Festsetzung eines Endtermines der Trächtigkeit eine gleichzeitige Verlängerung der Verjährung des auf sie gestützten Wandelungs- oder Schadenersatzanspruches enthalte, indem der Verjährungsbeginn stillschweigend bis zum Ablauf der Trächtigkeitdauer hinausgeschoben werde. Letztere muß sich nach der gewöhnlichen normalen Dauer richten. Wird Trächtigkeit ohne weitere Angabe zugesichert, so muß dieselbe vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an berechnet werden. Diese Ansicht dürfte der Verkehrsauffassung auch durchaus entsprechen.

§ 39 a.

Kriegsrechtliche Bestimmungen über Verjährung und Ausschlußfristen.

I. Nach der Bekanntmachung über die Verjährungsfristen vom 22. Dezember 1914 (RG.-Bl. S. 543) verjähren die in den §§ 196, 197 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Ansprüche, die noch nicht verjährt sind, nicht vor dem Schlusse des Jahres 1915. Nach der Bek. vom 4. November 1915 (RG.-Bl. S. 732) ist anstelle des Jahres 1915 der Schluß des Jahres 1916 getreten, an dessen Stelle nach der Verordnung vom 26. Oktober 1916 (RG.-Bl. S. 1198) der Schluß des Jahres 1917, nach der Bek. vom 22. Nov. 1917 (RG.-Bl. S. 1068) der Schluß des Jahres 1918, nach der Bek. vom 31. Oktober 1918 (RG.-Bl. S. 1283) der Schluß des Jahres 1919. Die Bek. vom 4. November 1915 bestimmt ferner, daß diese Hinausschiebung der Vollendung der Verjährung auch insoweit gilt, als für die Ansprüche die Verjährungsfrist durch andere reichsgesetzliche Vorschriften als die der §§ 196, 197 des BGB. geregelt ist.

II. Nach § 7 der Bek. über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 14. Dezember 1916 (RG.-Bl. S. 1163 ff.) ist die Verjährung des Anspruchs eines Gläubigers, der von dem Verfahren betroffen wird, während der Dauer der Geschäftsaufsicht gehemmt. Betroffen werden von dem Verfahren nach § 4 grundsätzlich alle persönlichen Gläubiger, die einen vermögensrechtlichen Anspruch gegen den Schuldner haben. Ausgenommen sind nach § 13 insbesondere solche Gläubiger, die im Konkurse aus- oder absonderungsberechtigt sind, die gemäß § 61 Nr. 1—5 RD. bevorrechtigten Gläubiger sowie Gläubiger aus solchen Forderungen, die auf Rechtshandlungen des Schuldners beruhen, die dieser nach der Anordnung

der Geschäftsaufsicht mit Zustimmung der Aufsichtsperson vorgenommen hat oder welche ohne solche Zustimmung vorgenommen werden konnten.

III. Nach dem Gesetz betr. den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen vom 4. August 1914¹⁾ ist die Verjährung zugunsten der im § 2 bezeichneten Kriegsteilnehmer und ihrer Gegner bis zur Beendigung des Kriegszustandes oder des nach § 2 maßgebenden Verhältnisses gehemmt. Das Gleiche gilt von den gesetzlich für die Beschreitung des Rechtsweges vorgeschriebenen Ausschlussfristen sowie von den Fristen, auf welche die Vorschriften des § 203 des BGB. ganz oder teilweise entsprechende Anwendung finden (§ 8). Als Kriegsteilnehmer sind nach § 2 Parteien anzusehen:

1. die sich vermöge ihres Dienstverhältnisses, Amtes oder Berufs zu den mobilen oder gegen den Feind verwendeten Teilen der Land- oder Seemacht oder zu der Besatzung einer armierten oder in der Armierung begriffenen Festung gehören;
2. die sich dienstlich aus Anlaß der Kriegsführung des Reichs im Ausland aufhalten;
3. die sich als Kriegsgefangene oder Geiseln in der Gewalt des Feindes befinden.

1) Das bezeichnete Gesetz bestimmt zum Schutze der im § 2 genannten Kriegsteilnehmer die grundsätzliche Aussetzung eines bei den ordentlichen Gerichten anhängigen oder anhängig werdenden bürgerlichen Rechtsstreites; keine Aussetzung tritt nach § 3 ein:

1. wenn die im § 2 bezeichnete Partei einen persönlichen Sicherheitsarrest erwirkt hat, insoweit es sich um die Entschädigung handelt, ob der Arrest aufrechtzuerhalten oder aufzuheben sei;
2. wenn die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist oder einen anderen zur Wahrnehmung ihrer Rechte berufenen Vertreter hat.

In den zu 2 genannten Fällen hat das Prozeßgericht auf Antrag des Vertreters die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen. Der Antrag kann jedoch nach der Bek. des Bundesrats vom 14. Januar 1915 abgelehnt werden, wenn der Rechtsstreit einen vermögensrechtlichen Anspruch betrifft, sofern die Aussetzung nach den Umständen des Falles offenbar unbillig ist. Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hören mit der Beendigung des Kriegszustandes oder mit der Aufnahme des Verfahrens durch den Kriegsteilnehmer auf. Erfolgt die Aufnahme durch die Partei nicht bis zum Ablauf eines Monats seit Beendigung des nach § 2 maßgebenden Verhältnisses, so kann die Partei zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden. Erscheint sie im Termin nicht und wird der Ablauf der für die Aufnahme festgesetzten Frist glaubhaft gemacht, so ist auf Antrag die Beendigung des nach § 2 maßgebenden Verhältnisses als zugestanden anzunehmen und zur Hauptsache zu verhandeln.

Das Gesetz beschränkt ferner zugunsten der Kriegsteilnehmer die Zwangsvollstreckung wegen privat- und öffentlichrechtlicher Geldforderungen insofern, als grundsätzlich die Versteigerung und anderweitige Verwertung beweglicher körperlicher Sachen (Ausnahme für verbrauchbare und gewisse andere Sachen) und die Versteigerung von Gegenständen, welche der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, unzulässig ist. Dies gilt auch für Zwangsvollstreckungen in das Vermögen von Ehefrauen und Kindern der Kriegsteilnehmer, insoweit die Zwangsvollstreckung die Vermögensrechte berührt, die dem Ehemann auf Grund des ehelichen Güterrechts oder die den Eltern auf Grund der elterlichen Gewalt zustehen (§ 5). — Ferner ist das Konkursverfahren über das Vermögen eines Kriegsteilnehmers nur auf dessen Antrag zulässig (§ 6).

Nach der Bek. über die Vertretung der Kriegsteilnehmer in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 14. Januar 1915 (RG.-Bl. S. 17/8) kann einem Kriegsteilnehmer ohne Vertreter vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts auf Antrag des Gegners ein geeigneter Vertreter

§ 40.

Die Ausübung der Rechte.

I. § 226 bestimmt: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen.“

Aber die Bedeutung dieser Gesetzesbestimmung führt das Reichsgericht — zu der Klage eines Sohnes gegen seinen Vater auf Einwilligung zum Besuch des im umfriedeten Eigentum des Vaters stehenden Grabes seiner Mutter ¹⁾ — im 72. Bande S. 254/5 aus:

„Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen die Entscheidung auf Grund des § 226 BGB. Durch die Gesetzesbestimmung ist ein Gebot der sozialen Ethik in beschränktem Umfange als Rechtsgrundsatz aufgestellt, und die Ausübung eines Rechts für unzulässig erklärt, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Hiernach stellt sich die Ausübung eines Rechtes, die einzig und allein die böswillige Schädigung eines anderen bezwecken kann, als ein rechtswidriger Mißbrauch des Rechtes dar. Begründet der § 226 auch nicht ein selbständiges Recht des Dritten, gegen den sich die Absicht der Schädigung richtet, so gewährt er doch unter der angegebenen Voraussetzung das Recht, der Schikane mit allen gesetzlichen Mitteln entgegenzutreten, und zwar nicht bloß im Wege der Einrede

bestellt werden, der die Rechte und Verpflichtungen des Kriegsteilnehmers im Rechtsstreit wahrzunehmen hat. Die Bestellung ist nur zulässig, wenn sie zur Verhütung offenbarer Unbilligkeiten erforderlich erscheint. Der Kriegsteilnehmer kann dem Vertreter die Vertretungsbefugnis entziehen, soweit er einen anderen Vertreter bestellt. Die besonderen Kosten der Bestellung eines Vertreters hat der Gegner des Kriegsteilnehmers auch im Falle des Obstehens zu tragen. Das Gesuch um Bestellung eines Vertreters kann nach herrschender Ansicht schon bei Einreichung der Klage gestellt werden.

Die Bekanntmachung zum Schutze von Angehörigen immobiler Truppenteile vom 20. Januar 1916 gibt dem Gericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Befugnis, auf Antrag einer Partei, die zu einem immobilien Truppenteil gehört, die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen, wenn die Partei infolge ihrer Zugehörigkeit zu der bewaffneten Macht an Wahrnehmung ihrer Rechte behindert ist. Der Antrag ist abzulehnen, wenn die Aussetzung nach den Umständen des Falles offenbar unbillig ist (§ 1). Die Aussetzung ist auf Antrag des Gegners wieder aufzuheben, wenn die Voraussetzungen für ihre Anordnung weggefallen sind oder die weitere Aussetzung offenbar unbillig ist (§ 2). Daneben besteht die Befugnis des Gerichts fort, auch gemäß § 247 ZPO. von Amts wegen die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen (§ 4). — Ob ein Truppenteil mobil ist oder nicht, bestimmt nach einem Erlaß des Kriegsministers vom 15. Februar 1916 — vgl. auch die Allgem. Verf. in J. Min.-Bl. vom 11. März 1916 (S. 56) jedes stellvertretende Generalkommando für die Angehörigen der zu seinem Bereich gehörenden Truppenteile und Behörden, hinsichtlich der Angehörigen mobiler Formationen insoweit, als ihm die entsprechenden Ersatzformationen unterstehen.

Nach der Verordn. zum Schutze der Kriegsteilnehmer gegen Zwangsvollstreckungen vom 14. Dez. 1918 (RG.-Bl. S. 1427) ist die Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, der Kriegsteilnehmer ist oder war, bis zum 1. Juli nur mit Bewilligung des Vollstreckungsgerichts zulässig. Die Bewilligung darf nur erteilt werden, wenn ihre Verjagung nach den Umständen des Falles unbillig wäre. Vor der Bewilligung ist der Schuldner zu hören. Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt (§ 1). Kriegsteilnehmer i. S. dieser Verordnung sind außer den in § 2 des Ges. betr. den Schutz der infolge des Krieges an der Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen, vom 4. August 1914 (RG.-Bl. S. 328) bezeichneten Personen auch die Personen, die vermöge ihres Dienstverhältnisses, Amtes oder Berufs zu den immobilien Teilen der Landes- oder Seemacht gehören, sowie diejenigen Personen, die sich in Ausübung des vaterländischen Hilfsdienstes im Ausland aufhalten (§ 2).

¹⁾ Das Oberlandesgericht hatte den beklagten Vater verurteilt einzuwilligen, daß der Sohn (Kläger) das Grab seiner Mutter am Geburtstag und Todestage derselben sowie am Ostermontag und Allerheiligentage zwischen 11 und 12 Uhr vormittags besuche. Die Revision wurde zurückgewiesen.

sondern auch mittels Klage auf Unterlassung der schikanösen Rechtsausübung. Denn an einer Bestimmung welche, wie die des § 1297 BGB. für einen Fall dieser Art die Klage ausdrücklich ausschließt, fehlt es; die allgemeinen Rechtsgrundsätze sprechen vielmehr für die Notwendigkeit, Rechtsschutz zu gewähren, wie zur Verfolgung eines Rechts, so auch zur Verteidigung gegen Unrecht.

Die Anwendbarkeit des § 226 BGB. beschränkt sich nun nicht auf Vermögensschaden, sondern umfaßt auch die Verletzung idealer Werte und Interessen. Hierüber läßt die Vergleichung mit § 253 BGB. keinen Zweifel bestehen, indem dieser für die Art des Erfasses eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, besondere Bestimmung trifft.

Daher konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum in der rücksichtslosen Ausübung des Eigentums, soweit der Beklagte damit einzig und allein den Zweck der Schikane verfolgt, eine Schädigung des Klägers durch empfindliche Verletzung seines kindlichen Gefühles erblicken und das unbedingte Verbot des Besuches der Grabstätte unterfagen, sowie das Verbot auf das den Umständen nach rechtmäßige Maß beschränken. Eine andere Bedeutung als die einer Beschränkung des Verbotes des Beklagten hat die Verurteilung zur Einwilligung in den Besuch der Grabstätte nicht. Zu dieser Entscheidung bedurfte es nicht des Nachweises eines besonderen dinglichen oder persönlichen Rechtes des Klägers zum Besuche der Grabstätte. Dazu genügte vielmehr die durch Sitte und Pietät gebotene Pflicht des Klägers, das Andenken seiner Mutter durch zeitweiligen Besuch ihrer Grabstätte zu pflegen, und der natürliche, in den nahen Familienbeziehungen begründete Anspruch darauf, daß er an der Erfüllung dieser Pietätspflicht nicht ohne jeden Grund, aus bloßer Schikane von dem eigenen Vater gehindert werde. Ob man das Verbot des Beklagten mit Kläger als eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes oder wie sonst bezeichnen will, kann dahingestellt bleiben.

In tatsächlicher Beziehung hat das Berufungsgericht unter Würdigung der von dem Beklagten zur Rechtfertigung seines Verhaltens angeführten Gründe mit ausreichender Begründung festgestellt, daß der Beklagte mit dem unbedingten Verbote des Besuches der Grabstätte nur den Zweck verfolgen könne, dem Sohne Schaden zuzufügen. Ob eine Handlung überhaupt oder unter bestimmten Umständen nur den Zweck der Schädigung eines anderen haben kann, ist eine nach den konkreten Verhältnissen zu beurteilende, der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogene Tatfrage.“

II. Die Rechtsausübung muß hiernach keinen andern Zweck haben als den, einem andern Schaden zuzufügen, der kein Vermögensschaden zu sein braucht. Die Absicht des Berechtigten ist nicht entscheidend, es kommt auf die Zweckbestimmung seines Handelns an. So RG. 68 S. 425:

„Die Vorschrift (d. h. des § 226) tritt der mißbräuchlichen Ausübung eines Rechts entgegen, zieht aber die Schranke, daß nur die ausschließlich den Schädigungszweck verfolgende Rechtsausübung, weil mit der Rechtsordnung unverträglich, unzulässig sei. Dabei kommt es nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht auf die Absicht des Berechtigten an; entscheidend ist vielmehr der Zweck seines Handelns, wie er sich bei objektiver Betrachtung der gesamten Umstände des Falles darstellt — wobei freilich auch die inneren Beweggründe des Handelnden von Bedeutung sein können. Zu fragen ist, ob nach der ge-

gebenen Sachlage der Gebrauch, der von der subjektiven Berechtigung gemacht wird, keine andere Bestimmung haben kann, als die der Schädigung eines andern.“

Demgemäß hat das Reichsgericht in dieser Entscheidung die Frage, ob der Widerspruchsklage einer Ehefrau gegen eine Pfändung von früherem, ihr bei der Auseinanderlegung der Gütergemeinschaft übereignetem Gesamtgut aus einem nach der Teilung gegen den Ehemann erwirkten Schuldtitel der Einwand entgegengesetzt werden könne, daß die Klägerin nach § 1480 BGB. hafte und ihr Vorgehen gegen § 226 BGB. verstoße, mit Recht verneint, da das Gesetz eine Zwangsvollstreckung aus einem nur gegen den Ehemann gerichteten Schuldtitel gegenüber der Ehefrau nicht zuläßt, die Pfändung daher unzulässig war und auch deshalb nicht aufrecht erhalten werden kann, weil die Frau nach § 1480 BGB. mit den Pfandstücken haftet:

„Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß die auf die Beseitigung der unrechtmäßigen Pfändung abzielende Geltendmachung des Eigentums der Klägerin nicht oder wenigstens nicht ausschließlich die Schädigung der Beklagten bezwecken kann. Wenn das Gesetz nicht will, daß die Haftung aus § 1480 BGB. schlechthin aus einem Schuldtitel gegen den anderen Ehegatten, der erst nach der Auseinanderlegung erwirkt ist, vollzogen werde, so begehrt der haftende Ehegatte keinen Rechtsmißbrauch, indem er diesen Gesetzeswillen zur Geltung bringt. Liegt darin eine Schädigung des Gläubigers, so ist sie auf das objektive Recht, nicht auf die Schikane des Ehegatten zurückzuführen. Wäre es anders, so könnte der Gläubiger unter Berufung auf § 226 BGB. das Gesetz umgehen und ohne Titel eine Pfändung ausbringen, die unstatthaft ist. Der Einwand aus § 226 verlagert daher gegenüber der Klage“ (RG. a. a. D. S. 426).

Da die Schikaneabsicht die Anwendung des § 226 nicht rechtfertigt, ist eine Eideszuschiebung hierüber — obwohl an sich zulässig — deshalb nicht zulässig, weil die bloße Tatsache derselben keine rechtserhebliche Tatsache ist. (So mit Recht Staudinger, § 226 Ziff. 4 c.)

Über den Umfang des Schikaneverbotes und die Zulässigkeit der Abwehr jeder gesetzlich unstatthaften Einwirkung auf das Eigentum führt das RG. 54 S. 434/5 aus:

„Nach demselben (d. h. Schikaneverbot) hat sich der Eigentümer, wenn er auf die seinem Rechte unterstellte Sache einwirkt, jedes Vorgehens zu enthalten, welches nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Eine derartige Einwirkung liegt aber dann nicht vor, wenn der Eigentümer der Benützung der Sache durch Dritte, denen hierzu ein Rechtstitel nicht beizumessen, in dem Falle entgegentritt, daß die Benützung irgend welchen Schaden für den Eigentümer nicht herbeiführt, mag etwa dieser auch hierbei von der Absicht geleitet sein, dem Dritten den mit der Benützung verfolgten Vorteil zu vereiteln. Denn ein derartiges Vorgehen ist eine Abwehrmaßregel, welcher zugleich das Bestreben zugrunde liegen wird, das Eigentumsrecht unbeschränkt zu erhalten.“

Ein Anwendungsfall des § 226 ist bei der Frage gegeben, ob dem Verkäufer einer Ware das Recht zustehen kann, durch Nach-

besserung der mangelhaften Ware die vom Käufer verlangte Wandelung abzuwenden. Hierüber führt das RG. 51 S. 94 aus:

„Wenn . . . auch an sich das Bürgerliche Gesetzbuch ein Recht des Verkäufers, durch Nachbesserung das Wandelungsbegehren des Käufers zu beseitigen, nicht ausgesprochen hat, so muß doch in besonders gearteten Fällen unter Berücksichtigung der allgemeinen Bestimmungen der §§ 226, 157 und 242 BGB. und § 346 HGB. ein solches Recht anerkannt werden, wenn nämlich die Ausübung des Wandelungsrechts seitens des Käufers nur den Zweck haben kann, dem Verkäufer Schaden zuzufügen,; oder wenn aus dem nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegenden Inhalt des Vertrags die Verpflichtung des Käufers zu folgern ist, die ausgebesserte Leistung gelten zu lassen.“

III. Da die schikanöse Handlung unzulässig ist, ist sie auch rechtswidrig (so auch RG. 58 S. 216) und berechtigt zur Notwehr nach § 227 BGB. Sie berechtigt aber auch zum Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB., da § 226 ein Schutzgesetz ist, weil „mit dem Verbot der schikanösen Rechtsausübung die „anderen“, denen zuleide sie vorgenommen werden könnte, geschützt werden sollen.“ (So Dertmann in D. J. Z. 1903 S. 326, der auch § 823 Abs. 1 für anwendbar erklärt.) Vgl. auch die zu IV. zit. Entscheidung des Reichsgerichts in Band 58 S. 216.

Fraglich ist, ob § 226 von Amts wegen zu berücksichtigen ist, was Crome im System Bd. 1 S. 531 wegen der „öffentlich-rechtlichen“ Natur der Vorschrift bejaht. Mit Dernburg und Staudinger (I § 226 Ziff. 6) dürfte die Frage jedoch zu verneinen sein, weil eine von einem Teil als solche nicht empfundene Schikane nicht im Privatrecht als solche vom Richter zu behandeln ist.

IV. Ob § 226 zu einer einschränkenden Interpretation des § 826 führen muß oder nicht, ist streitig, aber mit dem Reichsgericht zu verneinen. So RG. 58 S. 216:

„ . . . man hat (Planck, Bem. 2c zu § 826, vgl. dagegen Dertmann, Bem. 3 zu § 826) für die Anwendung des § 826 grundsätzlich unterscheiden wollen, ob die schädigende Handlung in Ausübung eines besonderen Rechts vorgenommen wird, oder nicht. In letzterem Fall, wenn es also nur um eine kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung (§ 705 des 1. Entwurfs) sich handelt, soll es genügen, wenn festgestellt wird, „daß die Handlung gegen die guten Sitten verstößt“, während bei einer Handlung, welche in Ausübung eines Rechts vorgenommen wird, es erforderlich sei, festzustellen, „daß sie nur den Zweck gehabt haben kann, dem anderen Schaden zuzufügen.“ „Insofern ist, wie Planck meint, der § 826 mit Rücksicht auf den § 226 einschränkend zu interpretieren. Weder die Fassung noch die Entstehungsgeschichte des § 826 bietet einen Anhalt zu dieser einschränkenden Auslegung. Dieselbe würde auch dem § 826, soweit es sich um eine in Ausübung eines formalen Rechts verübte Schädigung handelt, jede praktische Bedeutung nehmen. Denn nach § 226 ist die Ausübung eines Rechts unzulässig, also widerrechtlich, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen

(Schikane). Hier greift also schon der § 823 Platz, und es bedarf nicht der Heranziehung des Gesichtspunktes der guten Sitten, um den Handelnden zum Ersatz des zugefügten Schadens zu verpflichten. Auch die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts,

vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bb. 48 S. 124, Bb. 51 S. 383 flg., Bb. 55 S. 372, Bb. 56 S. 277 flg.,

macht die Anwendung des § 826 auf eine in Ausübung eines Rechts vorgenommene Schädigung nicht von Feststellung einer besonderen schikanösen Absicht im Sinne des § 226 abhängig. Die Schadenszufügung selbst muß aber eine vorsätzliche sein, d. h. der Wille des Handelnden muß auf dieselbe gerichtet sein. Dazu genügt aber, daß der Handelnde bei Vornahme der Handlung das Bewußtsein des schädlichen Erfolges hat. Der Feststellung einer intensiveren Willensrichtung des Handelnden, insbesondere daß die Schädigung des anderen der Endzweck des Handelnden sei, bedarf es nicht. Ob eine bestimmte Handlung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, ist eine Rechtsfrage, die allerdings nach den Umständen des einzelnen Falles zu beantworten ist. Bei dieser Beantwortung wird nicht unbeachtet bleiben dürfen, ob die schädigende Handlung nur vermöge der allgemeinen Freiheit, oder in Ausübung eines Rechts vorgenommen wurde. Denn an sich besteht keine allgemeine sittliche Verpflichtung, die Ausübung eines Rechtes zu unterlassen, wenn dieselbe einem anderen zum Schaden gereicht, und damit das eigene berechnete Interesse dem Interesse des anderen nachzusetzen. Es müssen eben besondere Umstände vorliegen, um in einem solchen Falle einen Verstoß gegen die guten Sitten annehmen zu dürfen. Dabei kann nicht entscheidend sein, wie — im gegebenen Falle — ein Mann von „vornehmer“ Denkart und verfeinertem Anstandsgefühl gehandelt oder nicht gehandelt haben würde, wie denn andererseits auch eine in gewissen Kreisen etwa herrschend gewordene laze Anschauung und Gepflogenheit dem Handelnden nicht zur Entschuldigung dienen kann.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bb. 55 S. 372.

Es ist vielmehr bei Prüfung der Frage, ob eine gewisse Handlungsweise gegen die guten Sitten verstößt ein allgemeiner, gewissermaßen durchschnittlicher Maßstab anzulegen.“

§ 41.

Selbstverteidigung.

I. § 227 bestimmt: „Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich. Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwehren.“

Abf. 2 des § 227 stimmt wörtlich mit § 52 Abf. 2 des Strafgesetzbuchs überein.

a) Es muß zunächst ein Angriff gegen irgendein geschütztes Rechtsgut vorliegen, wozu insbesondere auch die Ehre genügt. (Vgl. RG. in Straff. 21 S. 170.) Ein Angriff aber bedeutet ein aktives Vorgehen, bloßes Geschehenlassen oder Dulden genügt nicht.

b) Der Angriff muß gegenwärtig und objektiv rechtswidrig sein.

„Gegenwärtig“ ist nicht nur ein bereits unternommener, sondern auch ein unmittelbar bevorstehender. (Vgl. Lucas, Anleitung I S. 169 (2. Auflage.) Dagegen darf der Angriff noch nicht beendet, d. h. aufgegeben oder durchgeführt sein. Die Frage, ob der mit der gestohlenen Sache flüchtende Dieb den Angriff auf das Eigentum fortsetzt, der Angriff desselben demzufolge noch ein gegenwärtiger ist, ist streitig. Während v. Liszt (Strafrecht, 19. Aufl., S. 150) annimmt, daß die Notwehr gegen ihn nur solange zulässig ist, als der Bewahrer des Inhabers noch nicht völlig gebrochen ist, nimmt Olshausen (Strafg. § 53 Ziff. 9 b) an, daß nicht das vollendete Verbrechen, sondern die vollbrachte Beschädigung die Grenze der Notwehr bilde, jene aber erst dann vollbracht erscheine, wenn der Angreifende von seiner rechtsverletzenden Tätigkeit völlig absehe, läßt also den Angriff seitens des flüchtenden Diebes auf das Eigentum fortbauern. Ebenso Lucas (a. a. O. S. 179) mit dem ausdrücklichen Hinweis, daß der Angriff bis zur Herausgabe bei der Verfolgung fortbauere. Eventuell hilft jedoch §§ 228 ff. BGB.

Objektiv rechtswidrig ist jeder von einem Menschen — nicht von Tieren — gemachte Angriff, ohne daß es auf ein Verschulden ankommt. Objektiv rechtswidrig ist auch die Putativnotwehr und der Notwehrerzetz (§ 53 Abs. 3), doch kann hierbei das Verschulden fehlen, wenn der Täter ohne Verschulden der irrigen Annahme war, er befinde sich in Notwehr oder daß die gebotene übermäßige Verteidigung geboten war. So RG. 88 S. 120 zur Putativnotwehr:

„. . . . Daß die vermeintliche Notwehr, d. i. der tatsächliche Irrtum über das Vorhandensein der Notwehrlage, den in ihr Handelnden vom Verschulden entlasten kann, ist nicht rechtsirrtümlich. Diese Annahme ist jedoch nur unter einer Voraussetzung möglich, die das BG. nicht geprüft und nicht festgestellt hat. Der irrige Glaube des Handelnden er befinde sich in Notwehr, darf selbst nicht auf einem Verschulden beruhen. Wie bei der Überschreitung der an sich wirklich gegebenen Notwehr kommt es auch bei der nur in tatsächlichem Irrtum von der Person des Handelnden angenommenen auf die Entschuldbarkeit des Irrtums an (Jur. Wochenschr. 1911 S. 578 Nr. 16, 1914 S. 587 Nr. 4). Diese hat der Täter zu beweisen. Denn an sich ist sein Handeln nicht nur gegenständiglich widerrechtlich, sondern auch schuldhaft. Wie die rechte Notwehr muß der Täter auch diejenige Sachlage seinerseits dartun, die ihm als Folge seines Irrtums die gleiche Rechtsvergünstigung für die Beurteilung seines Handelns verschaffen soll.“

c) Der Angriff kann gegenüber dem Handelnden oder einem Dritten erfolgen.

d) Die Verteidigung gegen den Angriff muß objektiv erforderlich sein. Dies läßt sich nur im Einzelfall bestimmen.

Vgl. insbesondere RG. 84 S. 307/8:

„Es kommt nicht darauf an, wie der Angegriffene nach seiner persönlichen Anschauung von der Beschaffenheit des Angriffs die Erforderlichkeit der Verteidigung bemißt. Deshalb wird dem Angegriffenen, der eine der Art oder dem Wesen nach nicht gebotene Verteidigung angewendet hat, der Einwand verfaßt, daß er diese Verteidigung für erforderlich gehalten habe. Was zuungunsten des Angegriffenen gilt, muß auch zu seinen Gunsten wirken. Die Erforderlichkeit der Verteidigung ist mithin nicht danach zu beurteilen, was der Angegriffene von der Gewalt und der Gefährlichkeit des Angriffs wahrgenommen und gewußt hat, sondern welche Gewalt und Gefährlichkeit dem Angriff tatsächlich innewohnte. War der Angegriffene des Glaubens, er sei dem Angreifer an Körperkraft weit überlegen, hat er aber zu einer Verteidigung gegriffen, die solchenfalls nicht erforderlich gewesen wäre, so hat er dennoch die Notwehr nicht überschritten, wenn der Angreifer in Wahrheit der viel stärkere, die gewählte Verteidigung daher tatsächlich erforderlich war. Dasselbe trifft zu, wenn der Angreifer mit Waffen versehen war, die er eintretendenfalls zu benutzen gedachte, der Angegriffene aber davon, daß sein Gegner Waffen mit sich führe, keine Kenntnis gehabt hat. Was zur Abwehr in Wahrheit erforderlich ist, kann sich auch nur nach der wirklichen, nicht nach der von dem Angegriffenen vermeinten Größe oder Geringfügigkeit der ihm durch den Angriff drohenden Gefahr entscheiden. Erschien dem Angegriffenen der Angriff gefährlicher, als er in Wirklichkeit war, und hat er der vermeintlichen Gefährlichkeit seine Verteidigung angepaßt, so würde diese nicht erforderlich gewesen, die Überschreitung der Notwehr dem Angegriffenen jedoch dann nicht schädlich sein, wenn er aus entschuldbarem Irrtum ohne Verletzung der schuldigen Sorgfalt, so, wenn er mit einer ungeladenen Pistole bedroht wurde, zu dem tatsächlich nicht erforderlichen Abwehrmittel gegriffen hätte (vgl. hierzu Binding. Strafrecht I S. 751).“

Verhältnismäßigkeit zwischen dem geschützten Rechtsgut und dem durch die Notwehrhandlung verletzten Rechtsgut ist im Gegensatz zu § 228 BGB. nicht erforderlich. Auch ein Gegenangriff kann eine gebotene Verteidigungshandlung sein, sofern dem Angriff nur dadurch begegnet werden kann, daß der Angegriffene auch seinerseits zum Angriffe schreitet. (RG. in Straff. 16 S. 71). Ob die Möglichkeit zur Flucht den Angriff rechtfertigt, läßt sich nur nach der konkreten Lage des Falles beurteilen. So auch RG. in Straff. 16 S. 71/72 insbes. S. 72:

„Hierbei ist entscheidend, daß das Gesetz, sowie dasselbe nicht bloß die Person des Angegriffenen, sondern neben dem Vermögen auch dessen Ehre durch das Recht der Selbstverteidigung hat schützen wollen, nicht hat verlangen können, daß als Mittel dem Angriffe zu entgehen, die Flucht auch dann gewählt werde, wenn dieselbe nicht ohne eigenes Opfer an berechtigten Interessen bewirkt werden kann, namentlich also, wenn sich solche nach den Anschauungen des gesellschaftlichen Verkehrslebens unter den gegebenen Umständen als schimpflich oder unehrenhaft darstellen würde. Derartigen oft schwerwiegenden Unzuträglichkeiten braucht der Angegriffene zum Vorteile des widerrechtlichen Angreifers sich nicht auszusetzen. Dabei ist selbstverständlich, daß die Flucht auch dann nicht als wirksames Mittel sich dem Angriffe zu entziehen, angesehen

werden kann, wenn sie die Gefahr dieses Angriffes nicht beseitigen, vielmehr bei zu besorgender Verfolgung und ungedecktem Angriffe möglicherweise noch vergrößert haben würde.“

Und ferner RGZ. 84 S. 308/9:

„Die Möglichkeit der Flucht schließt Notwehr regelmäßig nur dann aus, wenn der Angegriffene sich, ohne daß er berechnete Interessen aufgibt, dem Angriff entziehen kann. Hier konnte jedoch dem Beklagten nicht angefochten werden, daß er in seiner eigenen Wirtschaft vor einem Raufbolde die Flucht ergreife und damit nicht nur die Wahrung seines Hausrechts preisgebe, sondern auch sein Ansehen als Wirt, das er gerade solchen Besuchern gegenüber aufrechterhalten mußte, aufs Spiel setze, ganz abgesehen davon, ob er, was nach dem Vorausgegangenem mindestens fraglich war, bei den anderen Gästen Sicherheit gefunden hätte.“

Was insbesondere das Legen von Fußangeln, Selbstgeschossen u. dergl. betrifft, so ist dasselbe — abgesehen von § 367 Ziff. 8 StrGB.¹⁾ — an sich straflos und stellt sich als zulässige Notwehrhandlung dar, wenn sie gegenüber einer bestimmten in Aussicht stehenden Gefahr vorgenommen wird. Auch gegenüber unbestimmter Gefahr ist sie als Ausfluß der Rechte des Eigentümers zulässig, wenn die Schutzmaßregeln erst im Augenblick des gegenwärtigen Angriffes in Tätigkeit treten. (Vgl. Olshausen I, § 53 Ziff. 12c.)

Als Mittel der Verteidigung werden weiterhin insbesondere die Vernichtung des Angriffsmittels, die Verletzung oder gar Tötung des Angreifenden selbst in Frage kommen.

II. Soweit eine **Notwehrhandlung** vorliegt, ist sie nicht widerrechtlich und verpflichtet nicht zum Schadensersatz. Ob der einem Dritten hierbei zugefügte Schaden zu ersetzen ist, ist streitig. Soweit die Handlung geboten war, z. B. durch Vernichtung des drohenden Werkzeuges, ist diese Vernichtung auch dann nicht rechtswidrig. (Anders Staudinger, der in diesem Falle § 904 Satz 2 BGB. anwenden will, I § 227 Ziff. 3a.) Anders kann dann entschieden werden, wenn die Personen Dritter bei der Notwehrhandlung verletzt werden, von denen selbst ein rechtswidriger Angriff nicht ausging. Soweit hierbei ein Verschulden vorliegt, kann der Dritte Schadensersatz nach §§ 823 ff. BGB. verlangen.

III. Beweislast.

Hinsichtlich der Beweislast ist davon auszugehen, daß, wer einen Anspruch geltend macht, diejenigen Tatsachen zu beweisen hat, welche der Regel nach geeignet sind, den Schluß auf die Ent-

¹⁾ § 367 Ziff. 8 StrGB. bestimmt: „Mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft wird bestraft: 8. wer ohne polizeiliche Erlaubnis an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten Selbstgeschosse, Schlagetesen oder Fußangeln legt, oder an solchen Orten mit Feuerwaffe oder anderem Schießwerkzeuge schießt oder Feuerwerkskörper abbrennt.“

stehung des erhobenen Anspruchs zu rechtfertigen (Mot. I 481 zu den §§ 193 bis 195). Es liegt ihm nicht ob, die Abwesenheit besonderer Tatsachen zu beweisen, die, wenn sie vorhanden waren, die dem Tatbestand an und für sich zukommende Wirkung ausschließen würden. Diese besonderen Umstände — wozu auch die Notwehr gehört — hat vielmehr derjenige zu beweisen, welcher auf Grund ihrer die rechtliche Wirkung des Tatbestandes verneint (§ 194 Abf. 1 des ersten Entw. und Mot. zu den §§ 193 bis 195). So auch RG. bei Gruchot 51 S. 909, da der Sinn des § 227 der sei: eine an sich widerrechtliche Handlung ist nicht widerrechtlich, wenn sie durch Notwehr geboten ist:

„Übereinstimmend mit dem früheren Rechte ist hiernach auch für das Recht des BGB. anzunehmen, daß zur Begründung eines auf vorsätzliche Tötung oder Körperverletzung gegründeten Schadensersatzanspruches die Behauptung, daß die Tötung oder Körperverletzung widerrechtlich erfolgt sei, neben der Darlegung, daß die Handlung vorsätzlich geschehen sei, vom Kläger nicht besonders aufgestellt zu werden braucht, daß es vielmehr die Aufgabe eines sogen. entsetzungs- oder rechtshindernden Einwandes des Beklagten bildet, darzulegen, daß ein die Widerrechtlichkeit, die an sich jeder Tötung oder Körperverletzung anhaftet, ausschließender besonderer Umstand, wie Notwehr die Handlung geboten habe. Daraus folgt dann, daß nicht der Kläger die Widerrechtlichkeit der Handlung, sondern lediglich der Beklagte die Voraussetzungen des die Widerrechtlichkeit ausschließenden Tatbestandes, insbesondere die der Notwehr, zu beweisen hat.“

§ 42.

Notstandshandlungen.

I. § 228 regelt einen Fall des zivilrechtlichen Notstands. (Der andere Fall ist in § 904 geregelt). Er bestimmt:

„Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet.“

II. Die Voraussetzungen des § 228 sind hiernach folgende:

a) Durch eine fremde Sache muß eine Gefahr drohen, wem gegenüber ist gleichgültig. Es genügt auch hier, daß irgendein geschütztes Rechtsgut bedroht ist. Gegenwärtig braucht die Gefahr im Gegensatz zu § 227 nicht zu sein. Die Gefahr muß von der Sache selbst ausgehen, was insbesondere auch von Tieren gilt. Über die Frage, wann letzteres der Fall ist, äußert sich das Reichsgericht im 71. Bande S. 240 ff. gelegentlich der Frage, ob eine

Wassersgefahr durch einen Damm droht, wenn durch ihn bei einer Hochflut der ungehinderte Ablauf des Wassers gehemmt und dadurch dem Oberlieger Schaden verursacht wird, folgendermaßen:

„Der § 228 gestattet die Beschädigung oder Zerstörung der fremden Sache ohne jede Entschädigung, und er erfordert, daß der entstehende Schaden nicht außer Verhältnis zu der drohenden Gefahr steht. Dieses überaus weitgehende Recht gibt das Gesetz dann, aber auch nur dann, wenn „die Gefahr durch die Sache droht“. Der Ausdruck ist nicht zweifelsfrei und hat auch in der Rechtslehre zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten geführt. Bald wird von einer Gefahr gesprochen, die „von“ der Sache drohe, oder von einer Gefahr, die „durch“ die Sache, ihre Beschaffenheit, ihren Zustand drohe, bald wird gesagt, die Sache müsse die „ursprüngliche“ Ursache der Gefahr sein, sie müsse die Gefahr „erzeugen,“ bald wird es für genügend erklärt, daß durch die Sache die Gefahr „vermittelt“ werde. Jedenfalls ist nach dem Wortlaute des § 228, seinem Verhältnis zu § 904 und auch zu dem den Grundsatz der Freiheit und Ausschließlichkeit des Eigentums anerkennenden § 903 eine engere Auslegung geboten.¹⁾ Es kommt hinzu, daß der § 228 sich im 6. Abschnitte des 1. Buches des BGB. unter der Aufschrift „Selbstverteidigung“ findet und daß er sich unmittelbar an die die Notwehr behandelnde Vorschrift des § 227 anschließt. Hieraus ergibt sich, daß den Gesetzgeber die Vorstellung von der Selbstverteidigung gegenüber einem Angriffe geleitet hat, der im Falle des § 227 von einer Person, im Falle des § 228 von einer Sache ausgeht. Ein Tier oder auch ein lebloser Gegenstand kann durch unmittelbare Einwirkung auf die Sache eine Gefahr schaffen, erzeugen; dann droht die Gefahr durch die Sache.

Im vorliegenden Falle war die Quelle der Gefahr nicht der Damm, sondern der Niedersturz der Wassermassen auf den oberhalb der bergbaulichen Anlagen befindlichen Grundstücken des Beklagten. Der Damm, ein Teil der bergbaulichen Anlagen und zu deren Schutze bestimmt, war lediglich ein Hindernis für den Abfluß der Wassermassen und damit für die Abwendung der auf den eigenen Grundstücken des Beklagten entstandenen und dort sich ausbreitenden Gefahr. Für Fälle solcher Art ist die Vorschrift des § 228 überhaupt nicht bestimmt.“

- b) Die Beschädigung oder Zerstörung muß
1. zwecks Abwendung der Gefahr erfolgen,
 2. erforderlich sein,
 3. darf auch nicht außer Verhältnis zu der Gefahr stehen.

Für Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit können nur die konkreten Fälle berücksichtigt werden.

c) Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist die Handlung nicht rechtswidrig, verpflichtet aber zum Schadenersatz.

¹⁾ Ebenso RG. 88 S. 214: „Der erkennende Senat stimmt dem V. Senat auch darin bei, daß eine enge Auslegung des Begriffs der „gefährdenden Sache“ geboten ist. Als eine solche kann nur ein Gegenstand gelten, der unmittelbar aus sich heraus ein fremdes Rechtsgut gefährdet und der, als Person gedacht, wie ein Angreifer zu behandeln und durch eine angemessene Abwehrhandlung unschädlich zu machen wäre.“

II. § 228 BGB. ist insbesondere auch für das Strafrecht von praktischer Bedeutung. Der strafrechtliche Notstand des § 53 StrGB. erfordert in Abweichung von § 228 BGB. einen unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Zustand gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen. Soweit diese Voraussetzungen nicht vorliegen, wäre die Handlung insbesondere bei Beschädigung von Sachen als Sachbeschädigung (§ 303 StrGB.) zu bestrafen. § 303 StrGB. erfordert aber die Rechtswidrigkeit der Beschädigung oder Zerstörung der Sache. Diese liegt jedoch nicht vor, soweit § 228 BGB. Platz greift.

III. Von § 904 BGB. unterscheidet sich § 228 dadurch, daß im letzteren Falle die Gefahr durch die Sache selbst drohen muß, während dies im Falle des § 904 nicht der Fall ist. Schadensersatz kann der Geschädigte nach § 904 stets, nach § 228 nur dann verlangen, wenn der Handelnde die Gefahr selbst verschuldete. Schließlich spricht § 904 von einer „gegenwärtigen“, § 228 von einer „drohenden“ Gefahr.

§ 43.

Selbsthilfe.

I. § 229 bestimmt:

„Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt, oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.“

II. Die **Voraussetzungen** der Selbsthilfe sind hiernach:

1. das Bestehen eines Anspruchs.

Derselbe kann auch bedingt und betagt sein;

2. der Verwirklichung des Anspruchs droht die Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung, sofern nicht sofort eingegriffen wird.

Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Schuldner Anstalten zur Flucht trifft oder sein Vermögen zwecks Benachteiligung der Gläubiger verschleudert;

3. obrigkeitliche Hilfe darf nicht rechtzeitig zu erlangen sein.

Es muß insbesondere die Erwirkung des Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung bei der Kürze der Zeit nicht mehr erwirkt

werden können. Wurde die obrigkeitliche Hilfe abgelehnt, so ist Selbsthilfe ausgeschlossen, wenn sie aus materiellen Gründen abgelehnt wurde, nicht aber, wenn es aus formellen Gründen geschah.

III. Als Mittel der Selbsthilfe gewährt das Gesetz:

1. die Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung einer Sache. Wegen des demnächst erforderlichen Arrestes (§ 230 Abs. 2) ist nur die Wegnahme usw. solcher Sachen zulässig, welche der Pfändung unterliegen, insbesondere also auch nur von Sachen des Schuldners (a. U. RGR. § 229 Ziff. 2);

2. die Festnahme des fluchtverdächtigen Verpflichteten. Beim Vorliegen einer strafbaren Handlung des Schuldners kann das Recht der Festnahme auch auf § 127 StrPD. gestützt werden. Aus letzterer Bestimmung folgt auch a maiore ad minus das Recht zur Wegnahme von Überführungsstücken, z. B. wenn jemandem ein Ball an den Kopf geworfen wird. Jedoch muß in solchem Falle das Überführungsstück der Polizeibehörde zwecks Ermittlung des Sachverhaltes gegeben werden. Vgl. RG. 64 S. 386/7:

„Es ist . . . von der Rechtslehre und Rechtsprechung angenommen, daß die Befugnis zur vorläufigen Festnahme einer Person nach § 127 StrPD. auch das Recht (als das Mindere) mitumfaßt, dem Festgenommenen bzw. Festzunehmenden die in seinem Gewahrsam befindlichen zu der strafbaren Tat in Beziehung stehenden Sachen, namentlich Überführungsstücke, abzunehmen, zu beschlagnahmen, und es wird ein solches Beschlagnahmerecht auch für den Fall anerkannt, wo von der Festnahme Abstand genommen wird, weil der Betreffende sich der Festnahme nicht freiwillig unterwirft oder der Sache sich zu entäußern sucht“ (RG. 64 S. 387);

3. Die Beseitigung eines Widerstandes des Verpflichteten gegen eine von diesem zu duldennde Handlung.

Die in diesen Grenzen sich haltende Selbsthilfe ist nicht widerrechtlich und nicht strafbar, sofern sie nicht weitergeht, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist.

IV. Bei Wegnahme von Sachen ist, sofern nicht die Zwangsvollstreckung erwirkt wird, der dingliche Arrest zu beantragen (§ 230 Abs. 2). Bei Verzögerung oder Ablehnung des Arrestes hat die Rückgabe der weggenommenen Sachen unverzüglich zu erfolgen; erfolgt sie nicht, so ist im Falle des Verschuldens nach § 286 BGB. — event. auch nach § 823 Abs. 2 BGB. — Schadensersatz zu leisten. Obwohl das Gesetz dies nicht erwähnt, wird allgemein mit Recht angenommen, daß es des Arrestes in den Fällen nicht bedarf, in welchen es sich nicht um eine bloße Sicherungsmaßregel, sondern nur um die Wiederherstellung des verletzten Rechtes selber handelt, so z. B. wenn der Besitzer einer Sache dieselbe dem Dieb, den er nach einigen Tagen mit der gestohlenen Sache antrifft, wegnimmt, (vergl. RGR. § 230 Ziff. 2), oder wenn der Fruchtbezugsberechtigte

gegen den Widerstand des Eigentümers die Frucht an sich nimmt oder wenn durch den Selbsthilfeakt der Berechtigte eine einmalige Duldung erzwungen hat, zu welcher der Gegner verpflichtet war. (Beispiele von Staubinger § 230 Ziff. 3; vgl. auch Heyer im Archiv für bürgerl. Recht 18 S. 381).

Der Arrest wird nach Maßgabe der Zivilprozessordnung angeordnet, jedoch kann für die Frage, ob ein genügender Arrestgrund vorliegt, nur der Zeitpunkt der Wegnahme der Sache, nicht der des Antrags auf Arrestanordnung entscheidend sein, da sonst der Antrag stets abgelehnt werden müßte, weil der Antragsteller zur Zeit des Antrags im Besitz der Sache ist und damit keiner Sicherung mehr bedurfte. Andererseits muß der Arrest auch angeordnet werden, da bei Ablehnung des Antrags die Sache herauszugeben ist. (Dies wird von Kleinroth in Gruchots Beiträgen Bd. 54 S. 481 übersehen.)

Wenn die Wegnahme zwecks Sicherung eines Anspruchs auf Herausgabe der Sache erfolgte, kann Arrest nicht angeordnet werden, da es sich nicht um die Sicherung einer Geldforderung handelt. Muß in solchen Fällen eine einstweilige Verfügung erwirkt werden? Das Gesetz spricht dagegen, da es nur von „dinglichen Arrest“ spricht, jedoch dürfte die analoge Anwendung des Gesetzes geboten sein, wobei jedoch zu beachten ist, daß in den bereits genannten Fällen sich sowohl Arrest wie einstweilige Verfügung erübrigen. (Vgl. hierüber Kleinroth in Gruchots Beiträgen, Bd. 54 S. 481—493).

Bei Festnahme des Verpflichteten ist — sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird — der letztere unverzüglich dem Gerichte vorzuführen und der persönliche Sicherheitsarrest bei dem Amtsgericht des Bezirkes der Festnahme zu erwirken (§ 230 Abs. 3). Der Arrest wird gemäß § 918 ZPO. angeordnet. Bei Verzögerung oder Ablehnung des Arrestantrages hat die Freilassung des Festgenommenen unverzüglich zu erfolgen, widrigenfalls auch hier eine Schadenersatzpflicht begründet wird.

V. Die irrige Vornahme einer Selbsthilfehandlung in der Meinung, daß die Voraussetzungen für eine solche Handlung gegeben seien, verpflichtet den Handelnden auch dann zum Schadenersatz, wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht (§ 231).¹⁾ Der Erfahsanspruch verjähret in 30 Jahren (§ 195).

VI. Das Gesetz kennt noch weitere Fälle der Selbsthilfe: § 561 (Vermieter), § 581 (Verpächter), § 704 (Gastwirt), §§ 859, 860, 865

¹⁾ Weitere Fälle der Schadenersatzverpflichtung ohne Verschulden sind z. B. § 122 (Abgabe unrichtiger Willenserklärungen), § 179 (Vertretung ohne Vertretungsmacht), § 829 (Schadenersatzpflicht Unzurechnungsfähiger), § 833 (Haftung für Tiereschaden), § 835 (Haftung für Wildschaden), § 904 (Haftung aus Notstandshandlungen), ferner die §§ 89, 302, 600, 717, 945 der Zivilprozessordnung. So Rb. 60 S. 345.

(Besitzer), § 1029 (Berechtigte aus einer Grunddienstbarkeit); ferner die §§ 910 (Recht des Eigentümers zum Abschneiden und Behalten von Baum- und Strauchwurzeln und event. von Zweigen), § 962 (Verfolgung eines Bienenschwarmes).

VII. Nach Art. 89 des EG. zum BGB. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen mit Einschluß der Vorschriften über die Entrichtung von Pfandgeld oder Ersatzgeld unberührt. In Preußen gibt das Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 Bestimmungen. Nach § 77 des Gesetzes kann Vieh, das auf einem Grundstück betroffen wird, auf welchem es nicht geweidet werden darf, auf der Stelle oder in unmittelbarer Verfolgung vom Feld- oder Forsthüter (d. s. die von einer Stadt- oder Landgemeinde oder einem Grundbesitzer für den Feld- oder Forstschutz angestellte, behördlich bestätigte Personen) (§ 62 des Ges.), vom Beschädigten oder seinen Familiengliedern oder Angestellten gepfändet werden. Ebenso ist bei unbefugtem Reiten, Rarren, Fahren, Viehtreiben, Holzschleifen, Pflugmenden über fremde Grundstücke sowie bei unbefugtem Viehtreiben über Gärten, Weinberge, Wiesen, bestellte oder eingefriedete Acker oder durch Warnungstafel geschlossene Privatwege die Pfändung der Reit- oder Zugtiere oder des Viehes zulässig. Die Pfändung ist vom Pfändenden binnen 24 Stunden dem Gemeinde-, Gutsvorsteher oder der Ortspolizeibehörde, in Städten nur der letzteren Anzeige zu machen, welche über die vorläufige Verwahrung der gepfändeten Tiere bestimmt (§ 80). Unterbleibt die Anzeige, so kann der Gepfändete die Pfandstücke zurückverlangen. Die gepfändeten Tiere haften für den entstandenen Schaden oder die Ersatzgelder¹⁾ — die nach § 70 in 4 Wochen, beginnend mit dem Tage des Uebertritts der Tiere, verjähren und durch Klage auf Schadensersatz unterbrochen werden, — sowie für alle durch die Pfändung und Schadensfeststellung verursachten Kosten. Bei Hinterlegung des entsprechenden Geldbetrags oder eines andern Pfandgegenstandes beim Gemeinde- oder Gutsvorstande sind die gepfändeten Tiere sofort freizugeben. Die Ortspolizeibehörde hat einen Bescheid darüber zu erteilen, ob die Pfändung ganz oder teilweise aufrecht zu erhalten oder aufzuheben ist (§ 82). Wenn der Gepfändete die Unrechtmäßigkeit der Pfändung behauptet, muß er seine Ansprüche im Zivilprozesse durchsetzen, in welchem Falle die Polizei durch unanfechtbaren Beschluß über die vorläufige Verwahrung

¹⁾ Das Ersatzgeld beträgt nach § 71 z. B. für ein Pferd, einen Esel oder ein Stück Rindvieh 2 M., für ein Schwein, eine Ziege oder ein Schaf 1 M., für eine Gans 30 Pfg., wenn die Tiere auf bestellten Aekern vor beendeter Ernte usw. betroffen werden, in anderen Fällen 0,50 M. bezw. 0,20 M. Bei Uebertritt einer Mehrzahl von Tieren darf als Gesamtbetrag der Ersatzgelder nur 80 bezw. 15 M., im ersten Falle, im andern Falle 15 M. bezw. 2 M. verlangt werden.

der Tiere und Annahme und Verwahrung eines Pfandes Bestimmung trifft (§ 83). Der Bescheid der Ortspolizeibehörde (§ 82) ist den Beteiligten zu eröffnen. Binnen 10 Tagen seit dieser Eröffnung steht jedem Teil die Klage beim Kreisauschuß, in Stadtkreisen und in den zu einem Landkreise gehörigen Städten über 10000 Einwohnern beim Bezirksauschuß zu. Die Entscheidung des Ausschusses ist endgültig (§ 84). Ist durch eine rechtskräftige Entscheidung die Pfändung aufrecht erhalten, so läßt die Ortspolizeibehörde die gepfändeten Tiere oder in Pfand gegebenen Gegenstände nach Maßgabe der § 85—86 öffentlich versteigern. Bei Geltendmachung des Ersaggeldes ist über Forderung und Pfändung im selben Verfahren zu entscheiden (§ 87).

§ 44.

Sicherheitsleistung.

I. Die **Verpflichtung** zur Sicherheitsleistung beruht auf Gesetz, richterlicher Anordnung oder auf Rechtsgeschäft. In Ermangelung besonderer Vorschriften,¹⁾ Bestimmungen oder Vereinbarungen gelten die §§ 232 ff. BGB. über die Art der Sicherheitsleistung. Der Zweck der Sicherheitsleistung besteht entweder in dem Schutze des Gläubigers vor drohendem Vermögensschaden, oder im Schutze des Schuldners vor gewissen Nachteilen, denen er ohne dieselbe seitens des Gläubigers ausgesetzt wäre.

II. Grundsätzlich steht dem **Gläubiger** das Wahlrecht zu, welcher Art die vom Schuldner zu leistende Sicherheit sein soll. Trotzdem handelt es sich hierbei nicht um eine Alternativobligation i. S. des § 262 BGB., da die Wahl sich nur auf die Art der Erfüllung bezieht, nicht auf die Schuld, die Sicherheitsleistung selbst. Doch wendet man, wenn der Gläubiger die Sicherheitsleistung im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen will, § 264 BGB. entsprechend an, sodaß der Gläubiger dieselbe auf die eine oder andere Art der Leistung richten kann, der Schuldner sich aber durch eine der übrigen zulässigen Leistungsarten von seiner Verbindlichkeit befreien kann, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder teilweise empfangen hat. (So Staudinger, Planck, Rehbein, Enneccerus.)

III. § 232 regelt die Arten der Sicherheitsleistung mit der Maßgabe, daß die Stellung eines tauglichen Bürgen nur subsidiär zulässig ist. Er bestimmt:

¹⁾ Vgl. insbesondere §§ 108—118 ZPO. über die prozeßuale Sicherheitsleistung.

Wer Sicherheit zu leisten hat, kann dies bewirken durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, durch Verpfändung von Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatschuldbuch eines Bundesstaats eingetragen sind, durch Verpfändung beweglicher Sachen, durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken, durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken.

Kann die Sicherheit nicht in dieser Weise geleistet werden, so ist die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig.

Was die Hinterlegung betrifft, so gelten hierfür bezüglich der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen die landesgesetzlichen Vorschriften (E. O. Art. 144). Vgl. § 45.

IV. Die Wirkung der Hinterlegung regelt § 233:

Mit der Hinterlegung erwirbt der Berechtigte ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde oder an den hinterlegten Wertpapieren und, wenn das Geld oder die Wertpapiere nach landesgesetzlicher Vorschrift in das Eigentum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen, ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung.

V. **Wertpapiere** sind nur unter den Voraussetzungen des § 234 zur Hinterlegung geeignet:

Wertpapiere sind zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie auf den Inhaber lauten, einen Kurswert haben und einer Gattung angehören, in der Münzelgeld angelegt werden darf. Den Inhaberpapieren stehen Orderpapiere gleich, die mit Blankoindossament versehen sind.

Mit den Wertpapieren sind die Zins-, Renten-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine zu hinterlegen.

Mit Wertpapieren kann Sicherheit nur in Höhe von drei Vierteln des Kurswerts geleistet werden.

VI. Ein **Umtauschrecht** bezüglich der hinterlegten Gegenstände gewährt das Gesetz nur bei Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren:

§ 235. Wer durch Hinterlegung von Geld oder von Wertpapieren Sicherheit geleistet hat, ist berechtigt, das hinterlegte Geld gegen geeignete Wertpapiere, die hinterlegten Wertpapiere gegen andere geeignete Wertpapiere oder gegen Geld umzutauschen.

VII. Über die Voraussetzungen, denen die weiteren Arten der Sicherheitsleistung entsprechen müssen, treffen die §§ 236—239 Bestimmungen:

§ 236. Mit einer Buchforderung gegen das Reich oder gegen einen Bundesstaat kann Sicherheit nur in Höhe von drei Vierteln des Kurswerts der Wertpapiere geleistet werden, deren Aushändigung der Gläubiger gegen Löschung seiner Forderung verlangen kann.

§ 237. Mit einer beweglichen Sache kann Sicherheit nur in Höhe von zwei Dritteln des Schätzungswerts geleistet werden. Sachen, deren Verderb zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, können zurückgewiesen werden.

§ 238. Eine Hypothekenforderung, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld ist zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter denen am Orte der Sicherheitsleistung Mündelgeld in Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden angelegt werden darf.

Eine Forderung, für die eine Sicherungshypothek besteht, ist zur Sicherheitsleistung nicht geeignet.

§ 239. Ein Bürge ist tauglich, wenn er in der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat.

Die Bürgschaftserklärung muß den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten.

VIII. Eine **Verpflichtung** zur Ergänzung oder anderweitigen Sicherheitsleistung besteht dann, wenn die geleistete Sicherheit ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend wird (§ 240).

IX. **Kriegsrechtliche Bestimmungen über die Sicherheitsleistung nach dem BGB.**

Nach der Bek. des Bundesrats über die Sicherheitsleistung mit Wertpapieren vom 22. Dezember 1914 (RG.-Bl. S. 541) sind für eine Sicherheitsleistung, für welche die Vorschriften der §§ 234, 236 des BGB. gelten, Wertpapiere, die vor Ausbruch des Krieges einen Kurswert hatten, auch jetzt als Papiere mit Kurswert anzusehen. Die Sicherheit kann in Höhe des ganzen Kurswerts vom 25. Juli 1914 geleistet werden, doch kann das Gericht auf Antrag nach freiem Ermessen die Sicherheitsleistung nur in Höhe eines geringeren Betrags für zulässig erklären. Ist für ein Wertpapier am 25. Juli 1914 ein Kurs nicht notiert worden, so tritt der letzte vorher notierte Kurs an die Stelle.

Diese Bestimmungen gelten auch entsprechend für die vom Reich aus Anlaß des Krieges ausgegebenen Schuldverschreibungen, doch tritt an die Stelle des Kurses vom 25. Juli 1914 der Preis, zu dem die Ausgabe erfolgt ist.

§ 45.

Anhang I.

Die preußische Hinterlegungsordnung vom 21. April 1913.

I. Das **Hinterlegungswesen** ist in Preußen bisher durch die **Hinterlegungsordnung** vom 14. März 1879 geregelt gewesen und durch das Gesetz vom 21. April 1913, das am 1. April 1914 in Kraft trat, neu geregelt worden. Zur Ausführung des Gesetzes erging eine Allgemeine Verfügung des Justizministers vom 5. Februar

1914. Während bisher in Preußen die Regierungen Hinterlegungsstellen und die Regierungshauptkassen Hinterlegungskassen waren, sind nunmehr grundsätzlich die Amtsgerichte Hinterlegungsstellen, die Gerichtskassen Hinterlegungskassen (§§ 2, 3, 4 der A.-Verf. vom 5. Februar 1914).

II. Das Hinterlegungsverhältnis zwischen dem Staate und den Hinterlegungsbeteiligten (Hinterleger, Gläubiger) ist teils öffentlich-rechtlicher, teils privatrechtlicher Natur, indem der Staat im öffentlichen Interesse das Hinterlegungswesen regelt und selbst die Hinterlegung in die Hand nimmt, andererseits aber durch die Hinterlegung ein darlehnsähnliches Rechtsverhältnis — auf welches aber infolge der Sonderbestimmungen die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über das Darlehn nicht anwendbar sind — oder ein besonderes Verwahrungsverhältnis begründet wird. (Vgl. hierüber: Erythropel-Jonas, *HD. S.* 14/5.)

III. Die **Hinterlegungsordnung** gilt für alle Fälle der Hinterlegung, insbesondere auch für die zwecks Sicherheitsleistung nach §§ 232—235 BGB., ferner für die Hinterlegung zwecks Schuldbefreiung, für die prozessualen Sicherheitsleistungen, die Hinterlegungen nach dem Zwangsversteigerungsgesetz, der Konkursordnung, der Wechselordnung, dem Scheckgesetz, Handelsgesetzbuch sowie für die landesrechtlichen Fälle der Hinterlegung z. B. nach dem Enteignungs- und Wassergesetz.

IV. Zur **Hinterlegung** sind nach § 1 HD. nur geeignet:

1. Geld,
2. Wertpapiere,
3. sonstige Urkunden,
4. Kostbarkeiten, insbesondere auch Münzen und Wertzeichen.

Erfolgt die Hinterlegung von Wertpapieren zwecks Sicherheitsleistung, so müssen dieselben dem § 234 BGB. entsprechen.

V. **Hinterlegungsstellen** sind die **Amtsgerichte**, für Lehns-, Familienfideikomniß- und Stiftungssachen die Oberlandesgerichte bezw. Landgerichte (§ 2 HD. und § 2 UB.). **Hinterlegungskassen** sind die Gerichtskassen der Amts-, Landgerichte oder die Justizhauptkasse — je nach der Hinterlegungsstelle —, in Lehns- und Familienfideikomnißsachen die Seehandlung (Preußische Staatsbank) (§ 4 UB.).

In Ermangelung besonderer örtlicher Zuständigkeitsvorschriften sind die Hinterlegungsstellen ohne örtliche Begrenzung zuständig. Vgl. jedoch § 374 BGB., §§ 129, 132 RD. Durch Anordnung der Justizverwaltung können Geschäfte der Hinterlegungsstelle Gerichtsschreibern übertragen werden (§ 2 Abs. 1 S. 2 HD.).

VI. Beschwerden gegen die Entscheidungen der Hinterlegungsstellen werden im Aufsichtsweg erledigt. Ist die Entscheidung von einem Gerichtschreiber erlassen, so findet dagegen Erinnerung an das Amtsgericht und erst gegen dessen Entscheidung die Beschwerde im Aufsichtswege statt (§ 3). Die Entscheidung steht bezüglich des Amtsgerichts Berlin-Mitte dem Amtsgerichtspräsidenten zu, sonst dem Oberlandesgerichtspräsidenten oder Justizminister. Event. gibt es die weitere Beschwerde an den Justizminister (§ 3).

VII. Die Annahme zur Hinterlegung.

Sie erfolgt nach § 4:

1. auf Antrag des Hinterlegers unter Angabe der Tatsachen, welche die Hinterlegung rechtfertigen oder unter Nachweis der Berechtigung oder Verpflichtung hierzu durch Entscheidung oder Anordnung der zuständigen Behörde.

Nach § 6 *AB.* muß der Antrag schriftlich in 2 Stücken eingereicht werden. Bei Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit ist auf die Berichtigung oder Vervollständigung hinzuwirken.

Aber den Inhalt des Antrags enthalten die §§ 7—10 der *AB.* eingehende Bestimmungen;

2. auf Ersuchen der für die Angelegenheit zuständigen Behörde;

3. von Amts wegen, wenn eine Behörde, die zugleich Hinterlegungsstelle ist, Geld, Kostbarkeiten oder Papiere, auf welche die Zahlung dem Inhaber geleistet werden kann, von Amts wegen in ihren Gewahrsam zu nehmen hat.

Die Annahme erfolgt durch Annahmeverfügung seitens der Hinterlegungsstelle. Dieselbe ist der Hinterlegungskasse unter Beifügung der beiden Stücke des Antrags zu erteilen (§ 11 *AB.*). Der Antragsteller ist von der Annahmeverfügung zu benachrichtigen unter Angabe der Kasse, bei der binnen bestimmter Frist einzuliefern ist, widrigenfalls der Antrag als zurückgenommen zu behandeln ist (§ 12 *AB.*). Die zu hinterlegende Sache ist der bezeichneten Kasse unmittelbar zu übergeben oder portofrei einzusenden (§ 13 *AB.*). Aber die Einlieferung bei der Gerichtskasse vor Erlaß der Annahmeverfügung vgl. § 15 *AB.*

Nach § 5 *HD.* sind die Gerichtsvollzieher zur Beurkundung der Aufgabe zur Post der zu hinterlegenden Gegenstände zuständig. Hierdurch erlangt der Gläubiger einen urkundlichen Nachweis über die Absendung des zu hinterlegenden Gegenstandes. Aber den Inhalt dieser Urkunde bestimmt § 16 der *AB.*

VIII. Die Verwahrung.

Hinterlegtes Geld geht in das Eigentum des Staates über. Die Staatskasse haftet dem Empfangsberechtigten für Kapital und

Zinsen (§ 6). Der Zinssatz wird durch Königliche Verordnung bestimmt und beträgt zur Zeit $2\frac{1}{2}$ Prozent (B. vom 2. Febr. 1914). Die Verzinsung findet nur statt, wenn die Hinterlegung über 3 Monate gedauert hat und der Betrag über 100 Mark beträgt. Wertpapiere, Urkunden und Kostbarkeiten werden unverändert aufbewahrt (§ 9). Die Auslosung und Kündigung der Wertpapiere wird vom Staat überwacht (§ 10).

Wenn zur Befreiung eines Schuldners von seiner Verbindlichkeit hinterlegt wurde, kann die Hinterlegungsstelle den Schuldner unter Bezugnahme auf § 382 BGB. zu dem Nachweis auffordern, daß und wann der Gläubiger die im § 374 Abs. 2 BGB. vorgeschriebene Anzeige von der Hinterlegung empfangen hat. Zum Nachweis genügt ein Postschein oder eine einfache Empfangsbcheinigung des Gläubigers. Wird dieser Nachweis nicht vor Ablauf von 3 Monaten seit der Aufforderung geführt, so kann die Hinterlegungsstelle die Anzeige dem Gläubiger im Namen und auf Kosten des Schuldners machen (§ 11 H.D.).

Über die Abgabe der Sache aus wichtigen Gründen vgl. § 12.

IX. Die Herausgabe.

Die Herausgabe erfolgt nach § 13 H.D. auf Verfügung der Hinterlegungsstelle, sofern ein schriftlicher Antrag gestellt und die Berechtigung des Empfängers nachgewiesen ist. Es genügt jedoch die Bezugnahme auf die Akten, wenn sich der Nachweis der Empfangsberechtigung bei den Gerichtsakten befindet (§ 27 Abs. 2 AB.). Der Nachweis der Berechtigung gilt als geführt:

1. wenn die Herausgabe an den Empfänger durch die Beteiligten schriftlich oder zu Protokoll der Hinterlegungsstelle, eines Gerichts oder Gerichtsschreibers bewilligt oder wenn die Empfangsberechtigung in gleicher Weise anerkannt ist. Die Hinterlegungsstelle kann verlangen, daß die Echtheit der Unterschrift durch eine zur Führung eines öffentlichen Siegels berechtigte Person unter Beidrückung ihres Siegels oder Stempels bescheinigt oder daß die Urkunde öffentlich beglaubigt wird. Üblich ist die Bescheinigung durch die Polizeibehörde, die kostenlos erfolgt;

2. wenn die Berechtigung des Empfängers durch rechtskräftige Entscheidung mit Wirkung gegen die Beteiligten festgestellt ist;

3. wenn die Herausgabe an den Empfänger durch eine zuständige Behörde gegenüber den Beteiligten angeordnet ist.

Zur Berücksichtigung einer Person, deren Beteiligung auf einer nach der Hinterlegung eingetretenen Änderung in den Rechtsverhältnissen beruht, ist die Hinterlegungsstelle nur verpflichtet, wenn ihr die Änderung von einem Beteiligten oder einer zuständigen Behörde schriftlich oder zu Protokoll mitgeteilt ist (§ 16 H.D.). Dies ist z. B.

bei einer Abtretung der Rechte aus der Hinterlegung, bei einer Verpfändung und für den Fall der Konkursöffnung über das Vermögen des Berechtigten von Bedeutung. Soweit nach besonderen Vorschriften mehr als eine einfache Mitteilung erforderlich ist, verbleibt es auch hier bei der Anwendung dieser Vorschriften. Bei einer Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe des hinterlegten Gegenstandes wird der Justizfiskus durch den Vorstand des Gerichts, das Hinterlegungsstelle ist oder durch den Rentanten der Hinterlegungs- und Gerichtskasse vertreten (vgl. Erthropel-Jonas, *H.D.* § 16 Anm. 4).

Über die Herausgabe von Papieren und Kostbarkeiten eines Mündels, Pflegebefohlenen oder unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes u. ä. vgl. §§ 21, 22 *H.D.*

Wenn die Staatskasse nach den Bestimmungen der *H.D.* die Herausgabe verfügt und veranlaßt hat, ist sie von jeder Verbindlichkeit frei, insbesondere kann sie nicht auf Grund eines besseren Rechts zum Empfangen in Anspruch genommen werden (§ 20 *H.D.*). Vgl. ferner § 23 *H.D.* Die Herausgabe erfolgt am Sitz der Hinterlegungskasse (§ 24 *H.D.*). Geld ist nach § 54 *W.B.* — soweit es nicht im Giro- oder Postüberweisungs- und Scheckverkehr möglich ist — im gewöhnlichen Postverkehr auszuführen. Andere hinterlegte Sachen sind durch die Post herauszugeben (§ 54 *W.B.*):

1. an einen im Inlande befindlichen Empfänger

- a) wenn er sich nicht am Orte der Kasse befindet und der Zusendung durch die Post nicht widersprochen hat,
- b) wenn er sich am Orte der Kasse befindet und die hinterlegten Sachen nicht innerhalb einer angemessenen Frist abholt;

2. an einen im Auslande befindlichen Empfänger, wenn die Zusendung durch die Post beantragt wird. Übersteigt der Wert der Sendung 3000 Mark, so muß der Antrag gemäß § 18 *H.D.* bescheinigt oder beglaubigt und gegebenen Falles legalisiert sein.

X. Die **Verzinsung** hinterlegten Geldes ist mit Ablauf von 10 Jahren seit dem ersten Tage des auf die Hinterlegung folgenden Kalendermonats (§ 7) einzustellen (§ 25 *H.D.*).

Ist binnen 20 Jahren nach der Einstellung der Verzinsung das Geld nicht ausgezahlt, so können die Beteiligten im gerichtlichen Aufgebotsverfahren nach Maßgabe der §§ 27 ff. *H.D.* zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufgefordert werden. Beträgt das hinterlegte Geld weniger als 300 Mark, so bedarf es keines Aufgebotsverfahrens, wenn durch einen Beschluß der Hinterlegungsstelle festgestellt wird, daß die Voraussetzungen des Aufgebotsverfahrens vorliegen. Ist das hinterlegte Geld bis auf einen Rest von weniger als 10 Mark an Kapital oder Zinsen ausgezahlt, so erlöschen mit dem Ablauf von 5 Jahren seit der Auszahlung die Ansprüche der Beteiligten auf den

Rest nach Maßgabe der näheren Bestimmung des § 33 Abs. 2 H.D. Mit der Verkündung des Ausschlußurteils bezw. mit dem Erlaß des ihm gleichstehenden Beschlusses oder dem Eintritt der Tatsache nach § 33 Abs. 2 H.D. erlangt die Staatskasse das Recht zur freien Verfügung über die Sachen (§ 38 H.D.). Entsprechendes gilt für das Aufgebot von hinterlegten Wertpapieren und Kostbarketten (§ 34 H.D.).

XI. §§ 40—43 H.D. enthalten Vorschriften über die Kosten der Hinterlegung, für welche grundsätzlich eine Verwaltungsgebühr nur bei der Herausgabe erheben wird. Nach § 45 H.D. wird das Gesetz über die Haftung des Staates usw. für Amtspflichtverletzungen von Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt für anwendbar erklärt.

§ 46.

Anhang II.

Gelehestexte.

I. Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt. Vom 1. August 1909.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen usw., verordnen, mit Zustimmung der beiden Häuser des Landtags der Monarchie, was folgt:

§ 1.

Verleßt ein unmittelbarer Staatsbeamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die im § 839 des BGB's. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat.

Ist die Verantwortlichkeit des Beamten deshalb ausgeschlossen, weil er den Schaden im Zustande der Verwußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit verursacht hat, so hat gleichwohl der Staat den Schaden zu ersetzen, wie wenn dem Beamten Fahrlässigkeit zur Last fielen, jedoch nur insoweit, als die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert.

Die Verantwortlichkeit des Staates ist ausgeschlossen bei Beamten, die ausschließlich auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind,¹⁾ sowie bei solchen Amtshandlungen anderer Beamten, für welche die Beamten eine besondere Vergütung durch Gebühren von den Beteiligten zu beziehen haben.²⁾

¹⁾ Hierzu gehören z. B. Notare, nicht aber Gerichtsvollzieher. Vgl. R.G. 88 S. 259.

²⁾ Hierzu gehören z. B. Fleischbeschauer, Kreis- und Kreisärzte für gewisse, im Privatinteresse vorgenommene Amtshandlungen.

§ 2.

Wird der Staat auf Grund der Vorschrift des § 1 Abs. 1 in Anspruch genommen, so finden auf die Feststellung, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht hat, die für den Fall der Verfolgung des Beamten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.¹⁾

§ 3.

Der Staat kann von dem Beamten Ersatz des Schadens verlangen, den er durch die im § 1 Abs. 1 bestimmte Verantwortlichkeit erleidet. Der Ersatzanspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Ersatzanspruch des Dritten diesem gegenüber von dem Staate anerkannt oder dem Staate gegenüber rechtskräftig festgestellt ist.

§ 4.

Die Vorschriften der §§ 1 bis 3 finden auf die für den Dienst eines Kommunalverbandes angestellten Beamten²⁾ mit der Maßgabe Anwendung, daß an die Stelle des Staates der Kommunalverband tritt. Jedoch trifft bei Amtspflichtverletzungen von Standesbeamten die Verantwortlichkeit den Staat.

Einem Kommunalverbände stehen gleich die Gutsbezirke, die Amtsverbände und die zur Wahrnehmung einzelner kommunaler Angelegenheiten gebildeten Zweckverbände.

§ 4 a.³⁾

Die Vorschriften der §§ 1 bis 3 finden ferner auf die Lehrer und die Lehrerinnen eines Schulverbandes⁴⁾ Anwendung.

Das Gleiche gilt für die Lehrpersonen der Schulsozialräten sowie der sonstigen zur Unterhaltung von öffentlichen Unterrichtsanstalten verpflichteten Verbände und Stiftungen des öffentlichen Rechtes.

¹⁾ Es ist also auch hier die Erhebung des Konflikts nach dem preuß. Gesetz vom 18. II. 1864, § 11 Abs. 2 GG. zu G. VG. zulässig. (Nicht aber bei Reichsbeamten!)

²⁾ „Der Ausdruck „für den Dienst eines Kommunalverbandes angestellte Beamten“ statt des Ausdrucks „Kommunalbeamte“ ist deshalb gewählt, weil es entscheidend ist, ob der Beamte für den Dienst eines Kommunalverbandes, nicht ob er von dem Kommunalverband angestellt ist; es haftet also nach dem in der Begründung zu dem Gesetze gegebenen Beispiele die rheinische Bürgermeisterei für die Amtshandlungen des Bürgermeisters, obwohl er vom Oberpräsidenten ernannt wird.“ (RG. 80 S. 342.)

Nach RG. 88 S. 257 hängt die Haftung der Kommunalverbände nach der Fassung des § 4 und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes lediglich davon ab, ob der schuldige Beamte für ihren Dienst angestellt war; ob er ein Hoheitsrecht des Kommunalverbandes oder ein diesem und dessen Organen nur übertragenes staatliches Hoheitsrecht ausübt, ist ohne Bedeutung. Daher haftet der Kreis auch für Verschulden der von ihm angestellten Volksschulungsbeamten, obwohl der Kreis als Vollstreckungsbehörde staatliche Befugnisse ausübt.

³⁾ Hinzugefügt durch Nachtragsgesetz vom 14. Mai 1914 (Preuß. Gesetzsamm. S. 117).

⁴⁾ Nach § 59 Abs. 5 S 2 des Ges. betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen vom 28. Juli 1900 werden die Volksschullehrer unmittelbar durch die Schulaufsichtsbehörde „für den Schulverband“ angestellt, was die Bedeutung hat, daß sie dem Schulverband mit allen dort befindlichen Schülern als örtlichem Wirkungskreis mit Vernehmungsmöglichkeit zugewiesen sind (RG. 80 S. 338 ff.).

§ 5.

Die Vorschrift des § 6 des Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842 (Gesetzsamml. S. 192) gilt auch für die den Beteiligten nach diesem Gesetze zustehenden Rechte.¹⁾

§ 6.

Soweit durch Reichsgesetze oder Landesgesetze für bestimmte Fälle eine Haftung des Staates oder der Kommunalverbände über den in jenen Gesetzen bestimmten Umfang hinaus ausgeschlossen ist, finden die Vorschriften dieses Gesetzes keine Anwendung.²⁾

§ 7.

Den Angehörigen eines ausländischen Staates steht ein Ersatzanspruch auf Grund dieses Gesetzes nur insoweit zu, als nach einer in der Preussischen Gesetzsammlung enthaltenen Bekanntmachung des Staatsministeriums durch die Gesetzgebung des ausländischen Staates oder durch Staatsvertrag die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

§ 8.

Dieses Gesetz tritt am 1. Oktober 1909 in Kraft.
Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Königlichem Inseigel.

Gegeben Odde, an Bord M. Y. „Hohenzollern“, den 1. August 1909.

(L. S.)

Wilhelm.

(Unterschriften)

II. Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten. Vom 22. Mai 1910.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen usw. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 1.

Verleht ein Reichsbeamter (§ 1 des Reichsbeamtengesetzes)³⁾ in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich

¹⁾ Schadenserzahnansprüche wegen Schadenszufügungen von Polizeibeamten durch unzulässige Polizeiverfügungen sind nur dann gegen den Staat (strettig, ob event. gegen die Gemeinde, vgl. § 6 IV C 2) geltend zu machen, wenn die polizeiliche Verfügung aufgehoben wurde. Vgl. hierzu Mohr, Preuß. Verwaltungsrecht, S. 137 ff.

²⁾ Besonders das Postgesetz (§ 12) und die Reichsversicherungsordnung kommen in Frage.

³⁾ § 1 RBG. lautet: „Reichsbeamter i. S. dieses Gesetzes ist jeder Beamte, welcher entweder vom Kaiser angestellt oder nach Vorschrift der Reichsverfassung den Anordnungen des Kaisers Folge zu leisten verpflichtet ist.“

oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die im § 839 des BGB.'s bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten das Reich.

Ist die Verantwortlichkeit des Beamten deshalb ausgeschlossen, weil er den Schaden im Zustand der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit verursacht hat, so hat gleichwohl das Reich den Schaden zu ersetzen, wie wenn dem Beamten Fahrlässigkeit zur Last fielen, jedoch nur insoweit, als die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert.

Personen des Soldatenstandes ¹⁾ mit Ausnahme derjenigen des Königlich Bayerischen Kontingents, stehen im Sinne dieses Gesetzes den Reichsbeamten gleich.

§ 2.

Das Reich kann von dem Beamten Ersatz des Schadens verlangen, den es durch die im § 1 Abs. 1 bestimmte Verantwortlichkeit erleidet. Der Ersatzanspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkte an, in welchem der Ersatzanspruch des Dritten diesem gegenüber von dem Reiche anerkannt oder dem Reiche gegenüber rechtskräftig festgestellt ist.

§ 3.

Für die Ansprüche, welche auf Grund dieses Gesetzes gegen das Reich erhoben werden, sind die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig.

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch Klage oder Widerklage ein Anspruch auf Grund dieses Gesetzes geltend gemacht ist, wird die Verhandlung und Entscheidung letzter Instanz im Sinne des § 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen.

§ 4.

Auf die Beamten der Schutzgebiete sowie auf die Angehörigen der Kaiserlichen Schutztruppen und der Besatzung des Schutzgebiets Kiautschou finden, soweit sie nicht im Sinne des Schutzgebietsgesetzes zu den Eingeborenen gehören, die Vorschriften dieses Gesetzes mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß an die Stelle des Reichs das Schutzgebiet tritt.

Inwiefern Kommunalverbände und andere Verbände des öffentlichen Rechtes in den Schutzgebieten und den Konsulargerichts-

¹⁾ Personen des Soldatenstandes sind: I. Die Offiziere. II. Die Unteroffiziere. III. Die Gemeinen. IV. Die Mitglieder des Sanitäts-Korps und V. Die Mitglieder des Maschinen-Ingenieurkorps gehören nach Maßgabe ihres Militärgrades zu den unter I—III aufgeführten Kategorien. Den Personen des Soldatenstandes stehen die Militärbeamten gegenüber; beide Gruppen zusammen bilden die Militärpersonen.

bezirken für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden haften, wird durch Kaiserliche Verordnung bestimmt.

Inwieweit das Schutzgebiet, Kommunalverbände und andere Verbände des öffentlichen Rechtes in den Schutzgebieten für die von ihren farbigen Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden haften, wird durch Verordnung des Reichskanzlers bestimmt. Die auf Grund der Abs. 2, 3 erlassenen Verordnungen sind dem Reichstag zur Kenntnisnahme vorzulegen.

§ 5.

Die Vorschriften dieses Gesetzes finden keine Anwendung:

1. soweit es sich um das Verhalten solcher Beamten handelt, die, abgesehen von der Entschädigung für Dienstaufwand, auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind;

2. soweit es sich um das Verhalten eines mit Angelegenheiten des auswärtigen Dienstes befaßten Beamten handelt und dieses Verhalten nach einer amtlichen Erklärung des Reichskanzlers politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen hat.

§ 6.

Unberührt bleiben die Vorschriften anderer Reichsgesetze, soweit sie für bestimmte Fälle die Haftung des Reichs über einen gewissen Umfang hinaus ausschließen.

§ 7.

Den Angehörigen eines ausländischen Staates steht ein Ersatzanspruch auf Grund dieses Gesetzes nur insoweit zu, als nach einer im Reichs-Gesetzblatt enthaltenen Bekanntmachung des Reichskanzlers durch die Gesetzgebung des ausländischen Staates oder durch Staatsvertrag die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insigne.

Gegeben Buckingham Palace London, den 22. Mai 1910.

Wilhelm.

von Bethmann Hollweg.

Nachträge.

Zu Seite 2 Ziff. III:

Als Rechts-handlung ist auch der Rücktritt vom Verlöb-nis anzusehen. So RG. in Rspr. der OLG. 15 S. 397:

„Der Rücktritt der Braut ist, im Gegensatz zur vertraglichen Aufhebung der Verlobung, keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, zu welcher eine Minderjährige der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfte, sondern ein rein tatsächlicher Akt, eine Rechts-handlung, die die Auflösung des Verlöb-nisses deshalb bewirkt, weil die Zurück-tretende ihren Willen dahin zu erkennen gibt, daß sie ihren Verlobten nicht heiraten wollte, und weil niemand zur Eingehung einer Ehe gezwungen werden kann (vgl. Planck § 1298).“

Zu Seite 7 nach Abf. 6:

Das OLG. Hamburg in Rspr. der OLG. 12 S. 140/1 will dagegen für die Verwertung der fiduziarisch übereigneten Sachen die Vorschriften des Pfandverkaufs analog angewendet wissen und gibt dem Schuldner unter Umständen ein Recht, den öffentlichen Verkauf (§ 1235 BGB.) der zur Sicherheit hingegebenen Sachen vom Gläubiger zu verlangen. Zweckmäßig ist dieser Weg stets. Das OLG. Hamburg führt a. a. O. aus:

„Wenngleich der Erwerber fiduziarischen Eigentums nach außen hin eine weitergehende Verfügungsgewalt haben mag, als der Pfandgläubiger, so wird doch der Inhalt der obligatorischen Beziehungen der Parteien durch die Gleichheit des Sicherungszwecks für beide Formen der Sicherungsbestellung maßgebend dahin beeinflusst, daß gerechtfertigt erscheint, die in dieser Richtung für das obligatorische Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Schuldner bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, soweit es bei der Verschiedenheit der zugrunde liegenden dinglichen Rechte angängig ist, analog auf das Verhältnis zwischen dem fiduziarischen Eigentümer und dem Schuldner anzuwenden. Geht man hiervon aus, so interessiert für die Frage, ob der Beklagte zum Zwecke seiner Befriedigung in der Weise, wie er es getan hat [indem er nach Ausbruch des Konkurses über den Kläger die Sachen an sich genommen und sie einem Dritten zur Benutzung übergeben hat], mit den ihm übereigneten Sachen verfahren durfte, vor allem der § 1228, wonach die Befriedigung aus dem Pfande durch Verkauf erfolgt. Weshalb der fiduziarische Eigentümer in dieser Beziehung dem Schuldner gegenüber besser gestellt sein sollte, ist nicht einzusehen. Nach der Annahme des Gesetzgebers wird das Interesse des verpfändenden Schuldners wie des Pfandgläubigers durch den Verkauf des Pfandes und zwar durch öffentliche Versteigerung (§ 1235) am besten gewahrt. Derselbe Grundsatz muß aber auch für die Verwertung des fiduziarischen Eigentums gelten. Der Beklagte mußte hiernach nach Maßgabe der §§ 1233—1240 verfahren. Eine Befriedigung des Gläubigers bis zum Tagwerte der von ihm übernommenen Sachen ist also nicht erfolgt. Folglich ist der Antrag des Klägers, die Zwangsvollstreckung aus den vorhandenen Titeln für unzulässig zu erklären, unbegründet.“

Dagegen war seinem Hilfsantrage, daß Beklagter den öffentlichen Verkauf der Sachen vornehme, zu entsprechen. Die Analogie der Bestimmungen über das Mobiliarpfandrecht kann hier allerdings dem Kläger nichts nützen. Nach § 1228² ist der Pfandgläubiger zum Verkauf berechtigt, sobald die Forderung fällig ist. Es ist nirgends ausgesprochen, daß dem Pfandschuldner das Recht zustehe, vom Gläubiger zu verlangen, daß er sein Verkaufsrecht gebrauche. Doch kann er unter Umständen ein dringendes wirtschaftliches Interesse daran haben, daß der Gläubiger das Pfand realisiere, damit der Zinsenlauf aufhöre, die Entwertung der Pfandsachen durch zunehmendes Alter ein Ende habe und die ständig drohende Gefahr der Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen beseitigt werde. Dieser letzten Gefährdung hat der § 777 ZPO. freilich vorgebeugt, indem er dem Schuldner das beneficium excussionis realis eingeräumt und dadurch den Gläubiger indirekt zur Verwertung des Pfandes nötigt. Aber auch abgesehen hiervon muß in einem Falle wie dem vorliegenden dem Schuldner das Recht zuerkannt werden, den öffentlichen Verkauf der zur Sicherheit hingegebenen Sachen vom Gläubiger zu verlangen. Nach dem von den Parteien geschlossenen Vertrage sollte der Kläger die fidejussorisch übertragenen Sachen benutzen, um dadurch seine Schuld mit der Zeit tilgen zu können. Infolge seiner Insolvenz und der nachfolgenden Ereignisse sind die Sachen in den Besitz des Gläubigers gelangt, der Schuldner ist nicht mehr in der Lage, mittels Gebrauchs der Sachen die Darlehensschuld allmählich abzutragen. Unter diesen Umständen ist anzunehmen, daß es der beiderseitigen Absicht, wonach der Gläubiger sich im Falle der Insolvenz des Schuldners aus der Verwertung der Sachen Befriedigung verschaffen solle, entspricht, wenn der Kläger verlangt, daß der Gläubiger das Pfand oder richtiger die zur Sicherheit ihm übereigneten Sachen zum öffentlichen Verkauf bringe."

Zu Seite 8 ist als VII. unter Ziff. 3 nachzutragen:

Derjenige, welcher zur Sicherung einer Forderung ein Pfand bestellt oder eine Sache oder ein Recht übereignet hat, kann die Herausgabe der Sicherheit Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen, ohne daß er sich in der Klage unter Bezifferung der Forderung zur Befriedigung erbiehen muß. So RG. 92 S. 281 ff.:

„Der B.-R. nimmt an, daß die Klage in zweiter Linie auf die Behauptung gestützt sei, die Abtretung der Grundschuld und die Bestellung des Nießbrauchs seien erfolgt zur Sicherung für Forderungen der Beklagten gegen die B.'schen Eheleute; die Klägerin verlange auf Grund dieser Behauptung die Herausgabe der zur Sicherung hingegebenen Vermögenswerte Zug um Zug gegen Befriedigung der Beklagten. Wenn der B.-R. diesen Anspruch auf Grund des § 1223 Abs. 1 BGB. zurückweist, so ist das rechtsirrig. Daß § 1223 auch auf Sicherungsübereignungen entsprechende Anwendung zu finden hat, ist unbedenklich und vom Reichsgerichte bereits ausgesprochen (Rep. II 548/05, Urteil vom 26. Juni 1906). Der B.-R. hat ferner den Abs. 2 des § 1223 nicht beachtet, der bestimmt, daß der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen die Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen kann, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß die Vorschrift des Abs. 1, soweit darin das vorherige Erlöschen des Pfandrechts als Voraussetzung für den Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes aufgestellt wird, auf diejenigen Fälle eingeschränkt ist, in denen das Pfand-

recht auf andere Weise als mittels Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder erfüllt; z. B. mittels Befriedigung durch den persönlichen Schuldner, der nicht der Verpfänder ist, ferner durch anderweites Erlöschen der Forderung (§ 1252) oder in den Fällen der §§ 1253, 1255, 1256. Der Verpfänder dagegen, welcher sich zur Befriedigung des Gläubigers bereit erklärt, kann die Verurteilung des Pfandgläubigers zur Herausgabe des Pfandes Zug um Zug gegen die Zahlung der Schuld verlangen. Daß dies der Sinn der Bestimmung ist, wird durch ihre Entstehungsgeschichte bestätigt. Vgl. Motive zum I. Entwurf eines BGB. Bd. 3 S. 813; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Bd. 3 S. 459 unter V., S. 461 unter IX. Es fragt sich aber, ob die Zurückweisung des aus dem fiduziarischen Rechtsverhältnis hergeleiteten Klagegrundes nicht dadurch gerechtfertigt wird, daß, wie der B. R. hervorhebt, unter den Parteien nicht unstreitig war, welche Forderungen der Beklagten gegen die Eheleute B. durch die Abereignungen gesichert werden sollten. Diese Frage muß indes verneint werden. Der III. Zivilsenat des RG. hat in dem . . Urteile vom 4. März 1910 [Jur. W. 1910 S. 391 Nr. 10] bereits ausgeführt, daß eine Klage auf Rückgabe eines Pfandes nicht um deswillen abgewiesen werden dürfe, weil der Kläger in der Klage nicht die durch das Pfand gesicherten Forderungen beziffert und sich zu ihrer Befriedigung unter Angabe ihres Betrags bereit erklärt habe. Es wird dort darauf hingewiesen, daß der Verpfänder unter Umständen gar nicht in der Lage sei, zu wissen, welche Ansprüche der Pfandgläubiger erheben wolle, und daß er den Anspruch auf Rückgabe der Pfandsache überhaupt nicht mit Erfolg würde geltend machen können, wenn der Pfandgläubiger mit seinen Ansprüchen nicht hervortrete oder unberechtigte Ansprüche erhebe. Dieser Auffassung, die auch für die entsprechende Anwendung des § 1223 Abs. 2 auf Sicherungsübereignungen durchgreift, schließt sich der jetzt erkennende Senat an. Danach hätte der B. R. den Herausgabeanpruch nicht ohne weiteres um deswillen abweisen dürfen, weil streitig war, für welche Forderungen die Sicherheiten hafteten; vielmehr hätte er nach Maßgabe der Parteibehauptungen sowie unter Würdigung der Beweislast und der etwa angetretenen Beweise, nütigenfalls unter Ausübung des Fragerechts, den Betrag, für welchen die Sicherheiten noch hafteten, feststellen und die Beklagten zur Herausgabe der Sicherheiten Zug um Zug gegen Zahlung dieses Betrags verurteilen müssen."

Zu Seite 8 zu VII.:

Über den Begriff „Verfügung“ führt das RG. in Band 90 S. 399/400 aus:

„Das wesentliche Merkmal eines Verfügungsgeschäfts muß . . . in der unmittelbaren Einwirkung des Berechtigten auf das Recht erblickt werden, durch das dieses, sei es in seinem Bestande oder in dem Verhältnis des Berechtigten zu ihm, eine Veränderung irgendwelcher Art erleidet, im Gegensatz zu den bloßen Verpflichtungsgeschäften, durch welche nur die Rechtslage einer Person im Verhältnis zu einer anderen geändert wird. Als Beispiele von Verfügungsgeschäften über Rechte an Grundstücken, die nicht unter § 892 [BGB.] fallen, werden in der Rechtslehre angeführt der Verzicht, die Kündigung, die an oder von demjenigen, für den ein Recht an dem Grundstück eingetragen ist, oder an oder von demjenigen, der als Eigentümer eingetragen ist, erfolgt, sowie die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung. Als Verfügung wird ferner auch die Einwilligung und die Genehmigung des Berechtigten zu

Verfügungen, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft (§ 185 BGB.), anzusehen sein. Vgl. RGZ. Bd. 49 S. 415. Die Verfügung kann somit auch darin bestehen, daß einem anderen die Rechtsmacht verliehen wird, seinerseits über den Gegenstand zu verfügen. Auch durch die Erteilung einer Vollmacht zur Verfügung über ein Recht tritt eine unmittelbare Änderung des Verhältnisses des Berechtigten zu seinem Rechte insofern ein, als der Bevollmächtigte die rechtliche Befähigung erhält, mit Wirksamkeit für den Vollmachtgeber über das Recht zu verfügen, solange die Vollmacht nicht widerrufen ist. Ob hiernach die Erteilung einer Vollmacht in allen Fällen als ein Verfügungsgeschäft anzusehen ist, braucht nicht entschieden zu werden. Der Senat trägt kein Bedenken, die Frage jedenfalls für solche Fälle zu bejahen, in denen es sich wie hier um eine mit einem Parzellierungsvertrage verbundene Vollmacht handelt, durch die der Bevollmächtigte zur Einräumung des Besitz- und Nutzungsrechts, die einen Bestandteil des Eigentums bilden, an die Käufer der Trennstücke ermächtigt wird. Die dem Bevollmächtigten gewährte Rechtsmacht beruht in solchem Falle auf einem eigenen vertragsmäßigen Rechte des Bevollmächtigten, so daß auch ohne ausdrückliche Bestimmung die Unwiderruflichkeit der Vollmacht bei Fortbestehen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses sich aus diesem ergibt (§ 168 Satz 2 BGB.).“

Zu Seite 9 zu Ziff. 3, 4:

In Band 62 S. 386 ff. hatte der Schenker dem Feuerbestattungsverein 50000 M. geschenkt, damit diese Summe unverkürzt zum Bau eines Kolobariums verwendet werden sollte, das auf dem der Stadt St. gehörigen Friedhof erbaut und somit deren Eigentum werden sollte. Eneccerus nimmt hier Schenkung unter einer Auflage an, weil die Auflage zu dem Zwecke erfolgte, zum jahungsmäßigen Zwecke der juristischen Person verwendet zu werden (Lehrbuch des Bürg. Rechts, 4./5. Auflage, I 2 § 348 Anm. 3). Vgl. die auf S. 137/38 abgedruckte Entscheidung.

Zu Seite 15 unter IIc:

In Band 92 S. 2 ff. behandelt das Reichsgericht den Unterschied zwischen Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch gelegentlich der Frage, ob das Recht zur Entziehung des Pflichtteils bei Lebzeiten des Erblassers Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann. Das RG. erklärt die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Pflichtteilsrechtes als eines Rechtes des rechtlichen Könnens für zulässig. Es führt a. a. O. S. 2 ff. aus:

„Das Pflichtteilsrecht ist die Quelle, aus welcher der Pflichtteilsanspruch unter gewissen Voraussetzungen gegen die Erben entstehen kann. Notwendiges Erfordernis der Entstehung des Pflichtteilsanspruchs ist insbesondere der Tod des Erblassers (§§ 2303, 2317 BGB.). Nur auf den Pflichtteilsanspruch paßt also die Erwägung, die das BG. aus dem Urteile des RG. vom 17. Juni 1901 (RGZ. Bd. 49 S. 372) anführt, daß begrifflich die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung eines erbrechtlichen Verhältnisses bezüglich des Nachlasses eines noch Lebenden ausgeschlossen sei. Dagegen äußert das Pflichtteilsrecht schon zu Lebzeiten des Erblassers rechtliche Wirkungen. Es ist ein Recht, durch welches seine Testierfreiheit zugunsten seiner Abkömmlinge, Eltern und

seines Ehegatten eingeschränkt wird. Demgemäß bestimmte § 1975 des Entwurfs I eines Bürgerlichen Gesetzbuchs: „Der Erblasser hat jedem seiner Abkömmlinge usw. so viel zu hinterlassen, daß der Wert des Hinterlassenen die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils erreicht.“ Die Vorschrift ist zwar von der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs in der Fassung (jetzt § 2303), nicht aber sachlich geändert worden (Prot. Bd. 5 S. 498). Es hat also noch heute dasjenige Bedeutung, was über die Natur des Pflichtteilsrechts in den Motiven ausgeführt ist. Es heißt dort (Bd. 5 S. 387 Abs. 2): Es sei davon ausgegangen, daß eine Rechtspflicht des Erblassers bestehe, die ihm gewährte Testierfreiheit nicht zu mißbrauchen, und daß die Pflichtteilsberechtigung die Rehrseite dieser Rechtspflicht sei Diese Rechtspflicht des Erblassers sei aber nicht als eine unter Lebenden schon begründete obligatorische Verpflichtung anzusehen, bei deren Nichterfüllung die Folgen eintreten, welche der Entwurf für den Fall der Nichterfüllung obligatorischer Verpflichtungen bestimme. Der Eintritt der Wirkungen und damit die Entziehung eines gegenwärtigen Rechtes für den Pflichtteilsberechtigten knüpfen sich lediglich an die objektive Nichterfüllung der vorgeschriebenen Rechtspflicht.

Hiernach wird also ausdrücklich eine bei Lebzeiten des Erblassers gegenüber den pflichtteilsberechtigten Personen bestehende Rechtspflicht und eine entsprechende Berechtigung der letzteren anerkannt. Dieses Pflichtteilsrecht beruht auf der Verwandtschaft oder der Ehegattenschaft und entsteht ersterenfalls regelmäßig mit der Geburt, letzterenfalls mit der Heirat.

Solche bereits zu Lebzeiten des Erblassers eintretende Vorwirkungen erbrechtlicher Verhältnisse sind in unserem Rechte nichts Ungewöhnliches. Nach § 2346 BGB. können durch Vertrag mit dem Erblasser Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers auf ihr gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht auf ihr Pflichtteilsrecht verzichten. Nach § 312 Abs. 2 können die künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen am Nachlaß eines noch lebenden Dritten Verträge schließen. Nach § 1822 Nr. 1 und § 1643 sind Rechtsgeschäfte möglich, durch die ein Minderjähriger zu einer Verfügung über seinen künftigen gesetzlichen Erbteil oder seinen künftigen Pflichtteil verpflichtet wird. Nach § 2381 kann der Erblasser selbst einen Erbvertrag anfechten wegen Übergehung eines zur Zeit der Anfechtung vorhandenen Pflichtteilsberechtigten. Unter Umständen kann endlich das Pflichtteilsrecht nach §§ 2325 ff. sogar eine allerdings nur mittelbare Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Erblassers unter Lebenden herbeiführen. Auch die Rechtsprechung bietet Belege für die Berücksichtigung solcher bei Lebzeiten des Erblassers eintretenden Vorwirkungen des Erbrechts. So ist z. B. im Urteile des RG. vom 13. Okt. 1904, IV. 172/04, bei Lebzeiten des Erblassers eine Feststellungsklage des Vertragserben dahin zugelassen worden, daß eine u. a. wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten erklärte Anfechtung des Erbvertrags seitens des Erblassers unwirksam sei. Ferner ist im Urteile vom 20. März 1907 (RGZ. Bd. 65 S. 364) die Bestellung einer Kautionshypothek für einen künftigen Erbteil seitens des Erblassers selbst für wirksam erachtet worden.

Nach alledem unterliegt die Annahme keinem Bedenken, daß auch das Pflichtteilsrecht schon zu Lebzeiten des Erblassers rechtliche Beziehungen zwischen diesem und den an seinem dereinstigen Nachlasse pflichtteilsberechtigten Personen begründet.

Eine Ausnahme von der dem Erblasser nach dem Gesagten kraft des Pflichtteilsrechts obliegenden Hinterlassungspflicht bestimmen nur die §§ 2333 ff.

BGB. Durch das Vorliegen der dort aufgeführten Pflichtteilsentziehungsgründe wird aber . . . jene Hinterlassungspflicht nicht von selbst aufgehoben, vielmehr ist damit nur die Voraussetzung gegeben für eine Unordnung des Erblassers, durch welche er in wirksamer Weise das Recht des Pflichtteilsberechtigten auf Hinterlassung des Pflichtteils verneint und sich gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten die volle und unbeschränkte Testierfreiheit verschafft. Es fragt sich, ob eine auf Feststellung dieses Rechtes gerichtete Klage die Feststellung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses zum Gegenstande hat. Daß dieses vom Gesetze selbst wiederholt als „Recht zur Entziehung des Pflichtteils“ bezeichnete Recht (§§ 2335 Abs. 2, 2337) ein gegenwärtiges und nicht etwa ein vom Tode des Erblassers abhängiges zukünftiges Recht ist, ergibt sich schon aus den vorstehenden Erörterungen. Es setzt voraus, daß die in den §§ 2333 und 2334 vorgesehenen Entziehungsgründen bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten sind. Die Entziehung muß durch Errichtung einer letztwilligen Verfügung erfolgen; der Grund der Entziehung muß zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden (§ 2336). Die Ausübung des Rechtes zur Entziehung des Pflichtteils muß also notwendig zu Lebzeiten durch ein vom Erblasser selbst vorzunehmendes Rechtsgeschäft bewirkt werden. Das Recht kann auch noch zu Lebzeiten des Erblassers durch Verzeihung und im Falle des § 2333 Nr. 5 durch Abkehr des Abkömmlings von dem ehrlosen oder unftitlichen Lebenswandel erlöschen (§§ 2337, 2336 Abs. 4).

Eine Bestätigung für die Richtigkeit dieser Auffassung ist auch gerade aus dem § 1611 Abs. 2 BGB. ebenso wie aus der entsprechenden Vorschrift im § 1621 Abs. 2 zu entnehmen. Denn nach diesen Vorschriften soll das Recht zur Entziehung des Pflichtteils rechtlichen Einfluß ausüben auf Ansprüche unter Lebenden. Allerdings ist dies im Gesetze nicht mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen. Denn § 1611 Abs. 2 sagt nicht: Der gleichen Beschränkung unterliegt der Unterhaltungsanspruch der Abkömmlinge . . . , wenn der Unterhaltspflichtige berechtigt ist, ihnen den Pflichtteil zu entziehen, sondern: „wenn sie sich einer Verfehlung schuldig machen, die den Unterhaltspflichtigen berechtigt, ihnen den Pflichtteil zu entziehen.“ Aus diesem Wortlaute könnte man den Schluß ziehen, daß — wie auch der Kläger geltend gemacht hat — jene in den §§ 1611 Abs. 2, 1621 Abs. 2 bestimmten Wirkungen nicht als Folgen des Rechtes zur Entziehung des Pflichtteils gedacht seien, sondern daß lediglich — zur Vermeidung einer Wiederholung der einzelnen Pflichtteilsentziehungsgründe — ein Tatbestandselement des Rechtes zur Entziehung des Pflichtteils auch zum Tatbestandsmerkmal für die Fälle der §§ 1611 Abs. 2, 1621 Abs. 2 habe gemacht werden sollen. Allein das ist nicht der Sinn des Gesetzes. Was zunächst den § 1611 angeht, so ergibt sich das Gegenteil schon aus den Motiven (Bd. 4 S. 701). Dementsprechend war auch im § 1490 des I. Entwurfs gesagt, daß die Unterhaltsbeschränkung dann eintreten solle, wenn der Berechtigte sich gegen den Verpflichteten so betragen habe, daß dieser ihm in Gemäßheit der §§ 2001, 2003, 2004 des Entwurfs den Pflichtteil zu entziehen berechtigt sein würde. Von diesen Paragraphen enthielten die beiden ersten die Pflichtteilsentziehungsgründe, der letzte aber die Vorschrift, daß, wenn der Erblasser die nach den §§ 2001 und 2003 zur Entziehung des Pflichtteils berechtigten Handlungen verzeihen hat, die Entziehung unwirksam sei, auch wenn sie vor der Verzeihung erfolgt sei (jetzt § 2337 BGB.). Der § 1490 Entw. I hat zwar in der Fassung, nicht aber inhaltlich eine Änderung erfahren (Prot. der 2. Kommission Bd. 4 S. 494 mit 483, Bd. 6 S. 297). Demgemäß herrscht

auch kein Streit darüber, daß der Unterhaltspflichtige zur Verweigerung des standesmäßigen Unterhalts nicht mehr berechtigt ist, wenn er die Verfehlungen des Unterhaltsberechtigten verziehen hat. Ebenso hat das RG. wiederholt ausgesprochen, daß das Recht der Eltern, gemäß § 1621 Abs. 2 BGB. die Leistung der Aussteuer zu verweigern, nicht mehr besteht, wenn sich die Tochter zur Zeit der Heirat von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat (RGZ. Bd. 77 S. 162, Warneyer 1916 Nr. 6). Daraus ergibt sich, daß der volle Tatbestand des Rechtes zur Entziehung des Pflichtteils gegeben sein muß, wenn sich die Unterhaltspflicht gegenüber dem Unterhaltsberechtigten auf den notdürftigen Unterhalt beschränken und wenn die Aussteuerpflicht gegenüber der Tochter in Wegfall kommen soll. Das ist ein weiterer Beweisgrund dafür, daß es nicht richtig sein kann, wenn das BG. meint, daß Gegenstand der Widerklage ein erbrechtliches Verhältnis bezüglich des Nachlasses eines noch Lebenden sei. Denn, wie die Revision zutreffend sagt, würde ein Anspruch unter Lebenden, wie es der Unterhalts- und der Aussteueranspruch sind, nicht von einem künftigen erbrechtlichen Verhältnis abhängig gemacht werden können, das bei Lebzeiten des Erblassers noch keiner Entscheidung fähig wäre.

Was die Natur dieses Rechtes auf Entziehung des Pflichtteils anlangt, so begründet es allerdings nicht, wie das Landgericht im Urteil vom 8. Juli 1914 annimmt, einen „Anspruch“. Denn ein Anspruch in materiellrechtlichem Sinne, d. i. das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 BGB.), liegt nicht vor, wenn der Berechtigte den Rechtserfolg durch eigene Handlung herbeizuführen vermag. Es handelt sich vielmehr um ein Recht, das in der neueren Rechtsprache in Unterscheidung von den Ansprüchen als Recht des rechtlichen Könnens bezeichnet wird. Als solche kommen namentlich Kündigungs-, Rücktritts-, Anfechtungs- und sonstige Aufhebungsrechte in Betracht. Solche Rechte des rechtlichen Könnens erscheinen in der Regel als Bestandteile eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses und sind dazu bestimmt, dieses zu einer weiteren Entwicklung zu bringen. Dies gilt auch von dem Rechte zur Entziehung des Pflichtteils, das dem Erblasser die Befugnis gewährt, ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis, kraft dessen er verpflichtet ist, gewissen ihm nahestehenden Personen einen Teil seines Vermögens zu hinterlassen, zum Erlöschen zu bringen.

Feststellbar ist nun aber nicht allein ein selbständiges Rechtsverhältnis im ganzen, sondern sind auch die einzelnen Berechtigungen, die nur Ausflüsse jenes weitergehenden Rechtsverhältnisses sind (Jur. Wochenschr. 1909 S. 497 Nr. 21). Jedes subjektive Recht schafft rechtliche Beziehungen zwischen zwei Personen oder zwischen einer Person und einer Sache, begründet also ein Rechtsverhältnis. Nicht erforderlich ist es, daß das Rechtsverhältnis einen Leistungsanspruch gegen den Beklagten zu begründen oder auch nur vorzubereiten geeignet ist (RGZ. Bd. 74 S. 294). Insbesondere ist in der Rechtsprechung und in der Literatur anerkannt, daß auch die Rechte, eine Rechtsänderung demnächst zu vollziehen, also die sogen. Rechte des rechtlichen Könnens, Gegenstand einer Feststellungsklage sein können, wenn auch in solchen Fällen wegen der Möglichkeit, die Willenserklärung, welche die Rechtsänderung herbeiführt, alsbald abzugeben, in der Regel das Interesse an der alsbaldigen Feststellung fehlen wird. So hat das RG. für das Kündigungsrecht im Urteile vom 14. Dkt. 1902 (Jur. W. 1902 S. 605 Nr. 7) entschieden, während im Urteile vom 19. Dkt. 1910 (RGZ. Bd. 74 S. 292) die Geltendmachung des

Leistungsverweigerungsrechts nach § 478 BGB. im Wege der Feststellungsklage für zulässig erklärt hat.

Der Umstand, daß die Wirkungen einer auf Grund des in Rede stehenden Kannrechts errichteten letztwilligen Verfügung erst nach dem Tode des Verfügenden eintreten, steht der Annahme nicht entgegen, daß jenes Recht selbst ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis begründet.

Hiernach ist die Frage, ob ein Rechtsverhältnis i. S. der §§ 256 und 280 ZPO. den Gegenstand der Widerklage bildet, zu bejahen"

Bezüglich der Frage nach dem rechtlichen Interesse an der alsbaldigen Feststellung und der Wirkung des Urteils gegen die Erben des Beklagten führt das RG. aus:

„Zweifelhaft kann es sein, ob und inwieweit ein im gegenwärtigen Rechtsstreit ergehendes Urteil für und gegen die Erben des Beklagten Rechtskraftwirkung haben würde. Die Frage kann aber dahingestellt bleiben. Denn wenn auch das Urteil keine unmittelbare Bindung für das Verhältnis zwischen dem Kläger und den Erben des Beklagten und für das über den Pflichtteilsanspruch demnächst etwa entscheidende Gericht begründet, so kann doch schon die Erwartung, daß ein Dritter, insbesondere eine Behörde, sich ohne Zwang der Rechtskraft des Urteils beugen wird, das Interesse an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses begründen (Warneger 1915 Nr. 184) . . . Damit sind sämtliche Voraussetzungen des § 256 ZPO. gegeben, und es braucht nicht mehr untersucht zu werden, ob die Widerklage auch auf § 280 ZPO. gestützt werden könnte.“

Zu Seite 19:

In der Jur. Wochenschr. 46 S. 847 führt das Reichsgericht über die Geisteschwäche und ihre Feststellung folgendes aus:

„Im Rechtsinne beruht die Geisteschwäche ebenso wie die im § 6 Nr. 1 BGB. angeführte Geisteskrankheit auf einer Störung der Geistestätigkeit, nur mit dem Gradunterschied, daß die Geisteschwäche als die leichtere Form schon vorliegt, wenn die geistigen Kräfte mangelhaft und unvollkommen entwickelt sind, ohne daß dies gerade durch eine geistige Erkrankung im eigentlichen Sinne verursacht sein muß [Urteile des RG. vom 29. Okt. 1900 IV 244/00, J. W. 1900, 848; vom 20. Nov. 1900 II 260/00, J. W. 1900, 867; vom 13. Febr. 1902 IV 344/01, RG. 50, 203; vom 14. Nov. 1904 VI 13/04, Gruchots Beiträge 49, 881; vom 11. Mai 1905 VI 617/04, J. W. 1905, 395]. Immerhin müssen dem Geisteszustande des zu Entmündigenden selber Merkmale klinisch-medizinischer Art anhaften, auf die die Geisteschwäche zurückzuführen ist und durch die sie als eine anormale Geistesbeschaffenheit gekennzeichnet wird. Ob in diesem Sinne Geisteschwäche besteht, ist eine wesentlich auf ärztlichem Gebiete zu lösende Frage, über die der Richter nach Vorschrift der §§ 655, 671 ZPO. erst nach Anhörung von Sachverständigen entscheiden soll. Erst wenn das Gericht auf derartige ärztlich befundene Merkmale eine Geisteschwäche festzustellen vermag, wobei es nicht darauf ankommt, die als Geisteschwäche aufgefaßte geistige Anomalie mit einer psychiatrisch-technischen Bezeichnung zu belegen, kann nach § 6 Nr. 1 BGB. der weiteren, rein rechtlichen Frage nähergetreten werden, ob der zu Entmündigende infolge von Geisteschwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag.“

Zu Seite 40 ff. ist nachzutragen:

§§ 1 und 2 RWB. ersetzen die §§ 15 Abs. 1, 18 Abs. 2 Fall 2 BGB., § 3 RWB. den § 19 BGB.:¹⁾

„Die auf Grund des § 3 des Ermächtigungsgesetzes vom 4. August 1914 für den gegenwärtigen Krieg erlassene, unzweifelhaft rechtsgültige Kriegsverschollenheits-Verordnung vom 18. April 1916 knüpft die Zulässigkeit des Antrags auf Todeserklärung an den Ablauf einer kürzeren Frist als die in § 15 Abs. 1, § 18 Abs. 2 Fall 2 BGB. gesetzte. Der während des Krieges Vermißte kann für tot erklärt werden, „wenn von seinem Leben ein Jahr lang keine Nachricht eingegangen ist“. Dann — sagen die Motive — könne nach den gemachten Erfahrungen nicht mehr damit gerechnet werden, daß der Verschollene noch lebe. Schon der klare Wortlaut der §§ 1 bis 3 RWB. schließt es aus, daß neben ihnen noch die §§ 15 Abs. 1, § 18 Abs. 2 Fall 2 und § 19 BGB. (soweit letzterer Paragraph die Kriegsverschollenen betrifft) als fortbestehende weitergelten sollten. Da nach Ablauf des einen Jahres die Todeserklärung erfolgen kann und bei Vorliegen der Verfahrensvoraussetzungen erfolgen muß (vgl. § 9 RWB.), diese Todeserklärung aber die in § 18 Abs. 1 BGB. vorgeschriebene Rechtswirkung hat, kann der Dreijahre-Zeitraum des § 15 Abs. 1 BGB. nicht mehr zum Zuge kommen. In der Todeserklärung ist, sofern nicht die Ermittlungen ein anderes ergeben, der Zeitpunkt des Ablaufs des einen Jahres als Zeitpunkt des Todes festzustellen; damit wird die Vermutung begründet, daß der Kriegsverschollene in diesem Zeitpunkte gestorben sei. Daneben noch die Frist des § 15 Abs. 1 als laufend und wirkend zu erachten, liegt außer aller Möglichkeit. Damit wäre noch eine anderweitige Voraussetzung für eine anderweitige Todeserklärung angenommen. Die einjährige Kriegsverschollenheit des § 1 RWB. und der Dreijahre-Zeitraum für den während des Krieges Vermißten und seitdem Verschollenen in § 15 Abs. 1 BGB. sind gegensätzlich, unvereinbare, sich ausschließende Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Antrags auf Todeserklärung und für die Todeserklärung; nur eine von ihnen kann einschlagen, nicht aber können beide nebeneinander gelten. Wie hiernach die §§ 1 und 2 RWB. die §§ 15 Abs. 1, 18 Abs. 2 Fall 2 BGB. ersetzen, so ersetzt § 3 RWB. den § 19 BGB., wie gerade der im übrigen dem § 19 gleiche Wortlaut des § 3 besonders deutlich zeigt. Die Vermutung des Fortlebens kann wie die sie begrenzende Zulässigkeit der Todeserklärung nur eine einzige sein; mit dem Ablaufe des einen Jahres ist der Antrag auf Todeserklärung zulässig geworden, und bei Durchführung der Todeserklärung ist dieser im Ausschlußurteil in Ermangelung eines andern Ermittlungsergebnisses festzustellende Zeitpunkt der gesetzlichen Vermutung nach der Zeitpunkt des Todes, womit zugleich ausgesprochen ist, daß der Verschollene bis zu diesem Tage und nur bis zu diesem Tage der Vermutung nach gelebt habe

¹⁾ Der Kläger, ein Reichsbeamter, nahm als Angehöriger der bewaffneten Macht des Deutschen Reichs, zuletzt als Offizier-Stellvertreter und Führer einer Minenwerfer-Abteilung, an dem gegenwärtigen Kriege teil und wurde seit der Nacht vom 27. auf den 28. Juli 1915, in welcher er sich zur Beobachtung nach der vordersten Linie begeben hatte, vermißt. Sein Zivilgehalt von monatlich 283,33 M. war bis Juli 1916 seiner Ehefrau ausbezahlt worden. Seit dem 1. August 1916 ist die Zahlung des Gehalts eingestellt; der Ehefrau ist der Betrag von monatlich 56 M., der ihr im Falle des Todes des Ehemanns als Wittwengeld zustehen würde, zugewiesen. Nachdem die Ehefrau am 13. November 1916 zur Abwesenheitspflegerin bestellt war, erhob sie Klage auf Fortzahlung des Gehaltes, jedoch ohne Erfolg.

(vgl. Prot. der II. Kommission Bd. I S. 22.). Der Inhalt des § 3 geht wie der des § 19 eben dahin, daß in die weitere Zeit hinein das Fortleben nicht mehr vermutet wird. Die Meinung der Revision, nach Ablauf des einen Jahres greife die dreijährige Lebensvermutung des § 19 (§ 18 Abs. 2 Fall 2, § 15) ein, verkennt also durchaus das Verhältnis des § 19 zu § 3.

Ebenso geht fehl der Angriff der Revision, der Berufungsrichter lege irrigerweise eine durch den Ablauf des einen Jahres begründete Todesvermutung zu Grunde, wie sich aus der Nichtwürdigung der Beweisanträge des Klägers ergebe. Der Berufungsrichter sagt deutlich, daß der § 3 RWB. nur die Lebensvermutung auf die Zeit des einen Jahres beschränke, und daß, wie das Landgericht mit Recht angenommen habe, nur die tatsächlich feststehenden Umstände in Betracht kämen. Damit war aus der Begründung des Landgerichts wiederholt und bestätigt, daß ein schlüssiger Beweis für das Fortleben des Klägers noch am 1. August 1916 und darüber hinaus nicht angetreten sei. Diese Beweiswürdigung ist eine tatsächliche und auch zutreffende. Die angebotenen Beweise könnten nicht einmal eine Wahrscheinlichkeit auch nur dafür ergeben, daß der Kläger noch lebend in Feindesland gefallen ist und würden im übrigen nur bestätigen, daß seit dem 27. Juli 1915 keine Nachricht von seinem Leben eingegangen ist. Davon, daß dem Abwesenheitspfleger der Beweis des Fortlebens abgebrochen sei, kann demnach keine Rede sein.

Ebenso wenig davon, daß nicht der Klagpartei der Beweis des Fortlebens, sondern dem Beklagten der Beweis des Todes des Klägers obliege, weil der Beklagte das Erlöschen des unstreitig bestehenden Anstellungsverhältnisses nachweisen müsse. Das Anstellungsverhältnis besteht nur zwischen dem Beklagten und dem lebenden Kläger, und der Gehalt als standesgemäßer Unterhalt kommt nur dem lebenden Kläger zu. Anstellungsverhältnis und Gehaltsanspruch erlöschen mit dem Tode und unterliegen eben selbst natürlicherweise den Rechtsregeln, die für Leben und Tod im allgemeinen gegeben sind. Sie sind eine der Rechtsbeziehungen, die durch Lebensvermutung und Todeserklärung, soweit diese greifen, aus der rechtlichen Ungewißheit heraus zu klarer und sicherer Gestaltung gebracht werden sollen. Außerhalb der Lebensvermutung und der durch die Todeserklärung begründeten Todesvermutung muß, wer aus Fortleben oder Tod Rechte herleitet, den Beweis dafür erbringen. Zur Begründung des Klaganspruchs mußte also bewiesen werden, daß der Kläger über die einjährige Lebensvermutungsfrist hinaus fortgelebt hat. Dieser Beweis ist nicht erbracht und mit den angebotenen Beweismitteln nicht erbringbar.

Irrig ist endlich auch die Meinung der Revision, der § 3 RWB. könne nur bezwecken, die Rechte der Hinterbliebenen des Kriegsverschollenen zu sichern, nicht aber die Lebensvermutungsfrist des § 19 BGB. zu deren Nachteil zu verkürzen. § 3 ersetzt, wie dargelegt, den § 19, trifft also wie § 19 notwendig ohne Ausnahme alle am Leben und Tode des Kriegsverschollenen rechtlich beteiligten Personen und Verhältnisse. Zweck und Inhalt der Kriegsverschollenheits-Verordnung ist die Sicherung des gesamten beteiligten Rechtsverkehrs. Statt oder neben der Lebensvermutung des § 3 ausnahmsweise wiederum die des § 19 in Wirkung zu setzen, nur allein zugunsten der Hinterbliebenen, um ihnen den bisherigen, auf bisherigen Zivildienstbezügen des Verschollenen beruhenden Lebensstand noch weiter zu erhalten, konnte unmöglich auch nur die Absicht des Kriegsgefeßgebers sein, da sich die Lebensvermutung des § 3

als eine ausnahmslos gültige aus der Zulässigkeit der Todeserklärung gemäß §§ 1, 2 R.W.B. statt gemäß § 15 Abs. 1, § 18 Abs. 2 B.G.B. mit notwendiger Folgerichtigkeit ergab." (R.G. 93 S. 109 ff).

Zu Seite 61 nach Abs. 1:

Direktoren und Leiter der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft können auch dann als Vertreter i. S. des § 30 B.G.B. angesehen werden, wenn ihre Bestellung in der Satzung der Gesellschaft nicht vorgesehen ist:

„Wie das Reichsgericht neuerdings in ständiger Rechtsprechung angenommen hat, ist es nicht erforderlich, daß die Satzung selbst die Bestellung besonderer Vertreter anordnet; vielmehr ist dem Erfordernis, daß die neben dem Vorstande vorhandenen besonderen Vertreter als auf Grund einer Bestimmung der Satzung bestellt anzusehen sind, schon dann genügt, wenn satzungsmäßig die Errichtung einer Zweigniederlassung vorgesehen ist, die ohne weiteres die Bestellung besonderer Vertreter für diese erforderlich macht (Warneger 1915 Nr. 317; Rep. VI 2/17 vom 26. Februar 1917). Es hängt alsdann lediglich von der Auslegung der Satzung ab, ob die als Leiter einer solchen Zweigniederlassung bestellten Personen als „besondere Vertreter“ im Sinne der § 30, 31 B.G.B. anzusehen sind oder nicht.

Mit dieser Auffassung stehen auch die in R.G.Z. Bd. 74 S. 21, 255 und Jur. Wochenschr. 1912 S. 338 Nr. 2 abgedruckten Urteile keineswegs in Widerspruch. In den jenen Entscheidungen zugrunde liegenden Fällen handelte es sich um Personen, die entweder nicht auf Grund organisatorischer oder satzungsmäßiger Bestimmungen angestellt oder nicht mit einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht ausgestattet waren. Wenn es insbesondere in der Entscheidung vom 4. Januar 1912 (Jur. Wochenschr. S. 338) heißt, daß nur der durch die Satzung vorgefehene Beamte, der Vertretungsgewalt Dritten gegenüber hat, als verfassungsmäßiger Vertreter zu gelten habe, so ist gerade im vorliegenden Falle satzungsmäßig die Errichtung von Zweigniederlassungen der Beklagten . . . vorgesehen, und es ist auch ferner den Leitern der hier in Betracht kommenden Zweigniederlassung Breslau in deren Anstellungsverträgen eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht übertragen worden. Macht aber die verfassungsmäßig errichtete Zweigniederlassung für die Zwecke ihres Betriebes die Bestellung solcher mit Vertretungsmacht nach außen ausgestatteter Leiter notwendig, so können diese als auf Grund der Satzung berufene besondere Vertreter im Sinne der §§ 30, 31 B.G.B. angesehen werden.

Danach wird man als „besondere neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte satzungsmäßig bestimmte Vertreter“ solche Personen anzusehen haben, deren Bestellung entweder in der Satzung selbst vorgesehen ist, oder die auf Grund einer Bestimmung der Satzung selbst vorgesehen ist, oder die auf Grund einer Bestimmung der Satzung oder kraft entsprechender organisatorischer Anordnungen bei denjenigen Körperschaften des öffentlichen Rechtes, für welche eine „Satzung“ im engeren Sinne nicht besteht, zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Körperschaft oder des Vereins für einzelne oder alle Geschäfte berufen und ermächtigt sind.

Diese Auffassung, die dem Sinne und Zwecke des Gesetzes allein gemäß ist, ergibt sich auch aus dessen Entstehungsgeschichte . . .“

Zu Seite 73 vor Ziff. 2 nach Absatz 3:

Über die Fürsorgepflicht des Reiches bei Ausübung der Militärhoheit führt das RG. 91 S. 383 ff. folgendes aus:

(Der Ehemann bzw. Vater der Kläger — Senator L. M. — wurde am 9. November 1915 in einem Gasthose bei Göttingen von dem Landsturmmann L. durch einen Schuß aus dessen Dienstrevolver getötet. L. hatte ein aus fünf Kriegsgefangenen bestehendes Arbeitskommando zu führen und zu dieser Dienstleistung den Revolver von dem Schiegunteroffizier seines Truppenteils H. erbeten und erhalten. In dem Gasthose nahm das Kommando das Mittagessen ein; L. saß mit M. und anderen Zivilpersonen zusammen an einem Tische, während die Gefangenen an einem anderen Tische in demselben Zimmer Platz genommen hatten. Er erklärte den Gebrauch des Revolvers, nahm die Patronen heraus, führte sie wieder ein und probierte in der Meinung, der Revolver sei gesichert, den Abzug. Der Schuß ging los, da der Revolver nicht gesichert war; die Kugel traf den neben ihm sitzenden M. über dem linken Knie, so daß dieser sich in wenigen Minuten verblutete.

Der Schadenersatzanspruch der Kläger gegen das Reich wurde vom Landgerichte dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, da L. in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm gegenüber dem M. obliegende Amtspflicht verletzt habe. Der B.-R. wies die Berufung des Beklagten zurück, mißbilligte jedoch den Entscheidungsgrund. L. sei beim Vorzeigen und Abschießen des Revolvers nicht dienstlich tätig gewesen und habe dadurch eine ihm Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht nicht verletzt. Der Beklagte hafte vielmehr darum, weil er das militärische Hoheitsrecht des Reichs vertretende und ausübende Schiegunteroffizier H. den Revolver dem L. ausgehändigt habe, entgegen seiner Amtspflicht und entgegen dem Gebote der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, nämlich ohne dienstliche Ermächtigung und ohne sich von der Vertraulichkeit des L. mit der diesem völlig unbekanntem Handhabung der Waffe zu überzeugen. Die Revision des Beklagten blieb erfolglos):

„Die Revision macht lediglich geltend, die Annahme eines Waffenrechts als eines besonderen Staatshoheitsrechts sei nicht gerechtfertigt. Das Recht zum Waffentragen beschränke sich nicht auf die Angehörigen des Heeres. Bei Unglücksfällen durch militärische Waffen, es sei denn, daß sie bei Ausübung der öffentlichen Gewalt gebraucht werden, hafte also das Reich nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. H. habe aber bei Aushändigung des Revolvers keine ihm anvertraute öffentliche Gewalt ausgeübt, sondern nur eine Verrichtung, zu der er bestellt war, vorgenommen. Dafür habe der Beklagte nur im Rahmen des § 831 BGB. einzustehen. Dieser Angriff geht durchaus fehl.

Das militärische Staatshoheitsrecht ergibt sich aus den Bestimmungen der Verfassung des Deutschen Reiches über das Reichskriegswesen, insbesondere aus den Art. 57, 59, 63, 64. Das Recht und die Pflicht, die gesamte wehr-

fähige deutsche Mannschaft unter Waffen zu halten, also mit Waffen zu versehen und in den Waffen auszubilden, kennzeichnet sich sinnfällig, einbringlich und unverkennbar als ein ausschließliches, hervorragendes, zur Sicherung des Staats notwendiges und mit dem Begriff des Staates von je verbundenes Staatshoheitsrecht. Nur der Staat und niemand sonst darf die Bewaffnung von Massen vornehmen und organisieren. Die unbefugte Bildung oder Befehlsgung eines bewaffneten Haufens und die Verletzung einer ohne gesetzliche Befugnis gesammelten Mannschaft mit Waffen oder Kriegsbedürfnissen wird nach § 127 StrGB. mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft. Eine Vergleichung der staatlichen Organisation der deutschen Militärmacht mit der Befugnis der Privatpersonen zum Waffentragen (vgl. darüber RGSt. Bd. 36 S. 248 und Bd. 42 S. 302) schließt sich von selbst aus. Die vom V.-R. aus der Amtspflichtverletzung des Schiegunteroffiziers H. hergeleitete Begründung trifft demnach zu.

Der Beklagte haftet aber auch aus der Amtspflichtverletzung des Landsturmmannes L., wie das Landgericht zutreffend angenommen hat . . .

Mit der Pflicht zur Ausübung der öffentlichen Gewalt und zur entsprechenden Verwendung der amtlichen Machtmittel ist unerkennbar zugleich die Pflicht verbunden, die nur diesem Zwecke dienenden und nur zu diesem Zwecke dem Beamten anvertrauten Machtmittel streng in den Schranken der Amtsausübung zu halten, sie in keiner Weise im Bereiche Dritter, gegen welche eine Amtsausübung, ein durch die Machtmittel zu erreichender Zwang sich nicht richtet, zu handhaben und damit die Gefahr ihrer Wirkung auf solche Dritte zu schaffen. Nicht nur im Zwange betätigt sich die Staatsgewalt, sondern auch in der Fürsorge. (Vgl. RGZ. Bd. 82 S. 86 gegen Bd. 16 S. 409). Jedem die zur Ausübung nötiger Machtmittel verleihenden öffentlichen Amte wohnt die Verpflichtung zur Fürsorge dafür inne, daß die Machtmittel nicht gegen Dritte, die von der Amtsausübung nicht berührt werden sollen, wirksam werden. Der unbeteiligte Dritte soll durch diese Verpflichtung geschützt sein gegen jede unberechtigte Amtseinwirkung, d. h. dagegen, daß ihn die amtlichen Machtmittel, abirrend von ihrem Zwecke und die dem Beamten anvertrauten Schranken ihrer Verwendung und ihres Gebrauchs überschreitend, grundlos und unbefugt treffen. Eine Ausübung der öffentlichen Gewalt liegt nicht nur vor, wenn diese rechtmäßig oder mißbräuchlich zu einem Zwange benutzt wird, sondern immer auch dann, wenn durch schuldhaftes Tun oder durch schuldhaftes Unterlassen die amtlichen Machtmittel ohne jede Zwangsabsicht in eine Dritten schädliche Wirksamkeit treten. Dies ist ebenso eine Verletzung der Amtspflicht wie die mißbräuchliche Verwendung der Machtmittel zu einem Zwange. Es verschlägt insbesondere nichts dagegen, daß dort die amtlichen Machtmittel aus an sich nur privaten und nur als private gewollten Betätigungen heraus nach außen gekehrt und nach außen urfächlich werden. Denn solche private und zugleich nach außen gerichtete möglicherweise Dritten schädliche Handhabung und Inspielfetzung der amtlichen Machtmittel liegt ebenso außerhalb der rechtmäßigen Amtsausübung wie der Amtsmißbrauch; auch sie hat eben kraft der Amtspflicht zu unterbleiben. Das ist die Fürsorgepflicht, die dem mit amtlichen Machtmitteln ausgerüsteten Beamten jedem Dritten gegenüber amtlich obliegt. Im Verkehr mit unbeteiligten Dritten sollen die amtlichen Machtmittel völlig außer Spiel bleiben; die unbegrenzte Vielheit der unbeteiligten Dritten soll nicht um der in der Regel nur gegen wenige zu richtenden und gerichteten Zwangsgewalt willen gefährdet werden.

Diese Regel gilt insbesondere für die mit einer Dienstwaffe ausgerüsteten Vollstreckungsbeamten und Militärpersonen. Es ist nicht ein Verstoß gegen nur innerdienstliche, nur den militärischen Vorgesetzten gegenüber bestehende Obliegenheiten, sondern eine Verletzung der jedem Dritten gegenüber obliegenden Fürsorgepflicht, die im § 148 des Militärstrafgesetzbuchs vom 20. Juni 1872, als in einem Schutzgesetze für jedermann, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht ist („wer durch unvorsichtige Behandlung von Waffen oder Munition einen Menschen körperlich verletzt“).

Ob die gekennzeichnete amtliche Fürsorgepflicht auch besteht, soweit der die Waffe als amtliches Machtmittel besitzende Beamte sich nicht im Dienste befindet, bedarf keiner Entscheidung. Sie besteht jedenfalls, während der Beamte im Dienste ist und gerade darum die Waffe, das amtliche Machtmittel, bei sich führt. Und L. befand sich, als der von ihm grob fahrlässig abgegebene Schuß den M. tötete, im Dienste und führte den Revolver zum Zwecke dieses Dienstes bei sich. Er hatte auch während des Mittagessens die am anderen Tische in demselben Zimmer sitzenden Gefangenen zu bewachen, und verblieb selbstverständlich in dieser Amtseigenschaft, also recht eigentlich in der Amtsausübung, auch als er währenddessen in pflichtwidriger Weise seinen Revolver den mit ihm am Tische sitzenden Zivilpersonen vorzeigte und unvorsichtig und fahrlässig an ihm herumhantierte. Diese spielerische Handhabung des Revolvers während des Dienstes derart, daß der Revolver auf Dritte einwirken konnte und auf M. tödlich einwirkte, war also eine Verletzung der dem L. bei Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt dem M. gegenüber obliegenden Fürsorgeamtspflicht.“

Zu Seite 75 ist nach Schluß der Seite einzufügen:

Im übrigen betreibt das Reich die Post als privatwirtschaftliches Gewerbe. Gleichwohl kann in gewisser Richtung auch bei der Amtstätigkeit der Post- und Telegraphenbeamten die Ausübung öffentlicher Gewalt hervortreten, z. B. bei der Legung von Telegraphenkabeln auf Grund des Telegraphenwegegesetzes vom 18. Dezember 1899. Über die grundsätzliche Scheidung führt das RG. in Band 91 S. 273 ff. folgendes aus:

(Im November 1914 stürzte der Kläger in eine Baugrube, die auf dem Bürgersteige zur Verlegung des Telegraphenkabels ausgehoben war, und zog sich Verletzungen zu. Die Kabelarbeiten wurden im Auftrage des verklagten Reichsfiskus unter Aufsicht eines von der Telegraphenverwaltung bestellten Telegraphenbauführers vorgenommen. Gegenüber der Klage auf Schadenersatz trat der Beklagte hinsichtlich dieses Bauführers den Entlastungsbeweis des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. an. Ohne hierauf einzugehen, gab das Kammergericht der Klage statt, indem es den Fall dem Reichsgesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten unterstellte. Auf die Revision des Beklagten wurde die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen.):

„Die Anwendbarkeit des Reichsgesetzes vom 22. Mai 1910 ist entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts zu verneinen, weil sich der Telegraphen-

bauführer bei der in Betracht kommenden Amtsverrichtung im Sinne des Gesetzes nicht „in Ausübung öffentlicher Gewalt“ befunden hat.

Der hervorgehobene Ausdruck ist im Gesetz im gleichen Sinne gebraucht wie in Art. 77 E. g. z. BGB. und in § 1 des preuß. Gesetzes über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt vom 1. August 1909. Den Sinn der damit gemeinten Einschränkung bezeichnet schon die Regierungsbegründung zum Entwurfe des Gesetzes (§ 1) zutreffend als diejenige Sphäre staatlicher Wirksamkeit, die zum Unterschiede von anderen Seiten der Staatstätigkeit, welche dem allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr angehören, dem Staate als solchem eigentümlich ist In dieser jüngsten Rechtsprechung ist grundsätzlich hervorgehoben worden, daß der Ausdruck „öffentliche Gewalt“ nicht etwa in dem engen Sinne zu deuten sei, als müsse es sich um Ausübung einer obrigkeitlichen Gewalt handeln. Betroffen werde das gesamte, nicht von §§ 31, 89 BGB. umspannte Gebiet amtlicher Tätigkeit des Beamten, mithin jede Amtsausübung, die sich nicht als Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen des Staates (oder sonstigen Verbandes) darstelle. Dieses gesamte übrige Gebiet sei es, auf dem der Beamte als „Träger öffentlicher Machtbefugnisse“ oder „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt“ handle. Nicht nur die einen Zwangscharakter tragende obrigkeitliche Gewalt falle darunter, sondern auch jede Betätigung staatlichen Schutzes, staatlicher Fürsorge. Diese Haftung einerseits, jene aus §§ 31, 89 BGB. andererseits sollten zusammen das ganze Gebiet staatlicher Verwaltungstätigkeit decken; zu der Haftung aus §§ 31, 89 BGB. gehöre die privatrechtlich-geordnete Seite, zu der aus Gewaltausübung alles übrige.

Diese in der Rechtsprechung des Reichsgerichts herausgestellten Grundsätze sind auch für die Entscheidung des vorliegenden Falles maßgebend.

Anlangend die rechtliche Eigenart der staatlichen Tätigkeit auf dem Gebiete der Post- und Telegraphenverwaltung, so tritt in der gegenwärtigen Lehre des öffentlichen Rechts eine Meinungsverschiedenheit zutage. Nach der einen Auffassung betreibt das Reich (der Staat) die Post als privatwirtschaftliches Gewerbe. Dabei handelt es sich um keine Betätigung eines Hoheitsrechtes, d. h. einer Herrschaft über Land und Leute. Der Staat übt keinen Zwang aus, tritt zu den Untertanen in ein rechtliches Verhältnis nur durch Vertrag, niemals durch Befehl und steht ihnen bei allen von der Post- und Telegraphenverwaltung zu leistenden Verrichtungen nicht als übergeordneter Herr, sondern als gleichberechtigter Kontrahent gegenüber. Die öffentliche Gewalt, welche der (Reichs-) Beamte kraft des ihm übertragenen Amtes ausübt, wird in Gegensatz gestellt zu der Vertretung des Reichsfiskus in wirtschaftlichen oder technischen Amtsverrichtungen, namentlich in den Betriebsanstalten und wissenschaftlichen Anstalten des Reichs (so Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs, 5. Aufl. Bd. 1 S. 479, Bd. 3 S. 50 flg.; vgl. auch z. B. RGZ. Bd. 73 S. 270, Bd. 70 S. 397). Nach einer anderen Betrachtungsweise, ausschließlich auf öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte eingestellt, wird die gesamte Benutzung und Benutzbarkeit der Post als öffentlicher Anstalt unter Ablehnung zivilistischer Rechtskategorien wie Vertrag und Obligation auf öffentlich-rechtliche Ordnung zurückgeführt, neben der übrigens auch bürgerliches Recht auf ihre Beziehungen anwendbar werden kann. Die öffentlich-rechtlich geordnete Leistung der Anstalt als solcher gehört zur öffentlichen Verwaltung, im Gegensatz zu privatwirtschaftlicher, fiskalischer Tätigkeit und fällt damit unter den Begriff der

Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der auf die Haftung des Staates usw. gezüglichen Gesetzgebung (vgl. Otto Mayer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. Bd. 2 §§ 51, 52 bes. S. 473, 513 und Anm. 32 das.).

Für die Beurteilung der vorliegenden Frage kommt es auf diese grundsätzliche Betrachtungsweise entscheidend nicht an. Daß nämlich auch bei einem im allgemeinen öffentlich-rechtlich geordneten Anstaltsbetrieb innerhalb desselben privatrechtlich geordnete Beziehungen für die Post möglich sind, wird auch von den Vertretern der zweiten Auffassung nicht verkannt. Und daß anderseits auch bei einer im übrigen privatrechtlichen Betrachtungsweise die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Beamte der staatlichen Post- und Telegraphenverwaltung nicht ausgeschlossen ist, zeigen zum mindesten die Zwangsbefugnisse, die jener in mancher Beziehung eingeräumt sind und von denen hier, wo es sich um die Legung eines Telegraphenkabels handelt, insbesondere die des Telegraphenweggesetzes vom 18. Dezember 1899 §§ 1, 8, 11, 12, § 19 Abs. 2 hervorgehoben sein mögen. Sie sind nur mittels öffentlicher „Gewalt“ durchzusetzen, können also jedenfalls zur Ausübung solcher führen. Wie daher auch die Staatstätigkeit auf dem Gebiete der Post- und Telegraphenverwaltung im allgemeinen betrachtet werden mag, jedenfalls erhellt soviel, daß in gewisser Richtung auch bei der Amtstätigkeit der Post- und Telegraphenbeamten die Ausübung öffentlicher Gewalt hervortreten kann, nur da aber, wo es sich um einen von dem Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden handelt, ist die Haftung des Reichs aus dem Gesetze vom 22. Mai 1910 gegeben.

Die Entscheidung im gegebenen Falle hängt mithin davon ab, ob die konkrete, schadensstiftende Handlung des Telegraphenbauführers in Ausübung öffentlicher Gewalt geschehen ist. Dies ist zu verneinen. Unstreitig hatte er die Arbeiten zur Legung eines Telegraphenkabels zu leiten und hierbei, da sie auf öffentlicher Straße geschahen, die zur Sicherung des Verkehrs vorgeschriebenen Maßnahmen zu treffen. Indem er dies nur unvollkommen tat, hat er den Unfall des Klägers verschuldet. Bei dieser Verrichtung hatte er nur zur Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen der Telegraphenverwaltung tätig zu sein, nämlich zur Erfüllung der ihr für die Sicherung des Straßenverkehrs obliegenden privatrechtlichen Verpflichtungen. Bei der Vornahme der fraglichen Arbeit auf der Straße war die Telegraphenverwaltung insoweit rechtlich nicht anders gestellt als ein privater Unternehmer, ihr Bauführer nicht anders als der Angestellte eines privaten Unternehmers. Wie diese war er der privatrechtlichen Verpflichtung, die körperliche Unversehrtheit und das Eigentum der Straßenpassanten zu achten, sowie der Strafvorschrift des § 367 Nr. 12 StrGB. unterworfen. Die Aufgabe, den durch die Arbeiten gestörten und gefährdeten Straßenverkehr zu sichern, gehörte insgesamt lediglich dem privatrechtlichen Gebiet an. Davon, daß der Telegraphenbauführer hier als Staatsorgan zur Ausübung von Machtbefugnissen des Reiches gehandelt oder zu handeln gehabt hätte, erhellt nichts. Die oben erwähnten Zwangsbefugnisse (Tel. WG. bes. § 1) sind rechtlich bestimmend für das Verhältnis der Telegraphenverwaltung zur Stadtgemeinde; diese kann unter den im Gesetze geregelten Voraussetzungen die Arbeiten auf ihren Straßen nicht verhindern oder verbieten. Dem Straßenpublikum gegenüber steht dagegen die Telegraphenverwaltung schlechthin unter Privatrecht, wie dies auch ihre Dienstvorschriften (Telegraphenbauordnung S. 159 Abs. 6, Allgemeine Dienstweisung für die Post Abschn. VII 1 § 12) anerkennen. Für die Haftung hiernach aber sind dem

Reichsfiskus gegenüber die §§ 31, 89, 831 BGB. maßgebend (vgl. auch die in anderem Zusammenhange stehenden Ausführungen RGZ. Bd. 84 S. 86 unter 1).

Für die entgegengesetzte Auffassung beruft sich der Vorderrichter zu Unrecht auf die Entscheidung des III. Zivilsenats bei Warnery 1912 Nr. 74, die einen anderen Fall betrifft, indem sie sich auf § 39 Nr. 3 des preuß. UG. z. BGB. (GS. 1878 S. 230) verb. mit § 547 Nr. 2 ZPO. gründet. Dort wird von einem für die Leitung von Telephonarbeiten verantwortlichen Postbeamten gesagt, daß die ihm zur Last fallende Unterlassung seine Amtspflichten, d. h. Pflichten verlegt habe, die ihm kraft seines Amtes als Postassistent und Leiters der Telephonarbeiten oblagen und soweit in öffentlich-rechtlichen Normen wurzelten. Daß aber um deswillen auch ein Fall der Ausübung öffentlicher Gewalt vorgelegen habe, ein in diesem Sinne engerer Ausschnitt jener Amtstätigkeit, wird nicht ausgesprochen. Nach der Betrachtungsweise jener Entscheidung wird lediglich die öffentlich-rechtliche Beamtenstellung als solche im Sinne des § 39 Nr. 3 preuß. UG. z. BGB. in Gegensatz gestellt zu der Stellung eines bloß privatrechtlichen Erfüllungsgehilfen in einem weniggleich staatlichen Gewerbebetrieb im Sinne des § 278 BGB.

Zu Seite 104 ist als Abs. 3 nachzutragen:

Neuerdings hat das Reichsgericht in Gruchots Beiträgen Bd. 62 S. 769 ff. entschieden, daß durch die Beseitigung der Mitgliedschaft, die zwar selbst kein Sonderrecht sei, das allgemeine Mitgliedschaftsrecht ebenso wie das Sonderrecht selbst notwendig und unmittelbar betroffen werde:

„Zwar ist die Mitgliedschaft selbst kein Sonderrecht (vgl. RG. 49, 151). Dieses personenrechtliche Verhältnis bildet aber die notwendige Grundlage nicht nur für die allgemeinen Mitgliedschaftsrechte, sondern auch für die Sonderrechte, die einem Mitgliede gegenüber den übrigen Mitgliedern zustehen (vgl. RG. 73, 187, 191). Durch Beseitigung dieser Grundlage wird also, wie das allgemeine Mitgliedschaftsrecht, so auch das Sonderrecht selbst notwendig und unmittelbar betroffen. Sie hat ... die „Reflexwirkung“ des Verlustes auch des Sonderrechts. Ebenso kennzeichnet sich die in der Satzungsänderung liegende Bedrohung mit dem Verluste der Mitgliedschaft als eine unmittelbare Beeinträchtigung des Sonderrechts insofern, als sie positiv die Bedingungen der Mitgliedschaft gegenüber der früheren Satzung erschwert und die durch die frühere Vereinsatzung gewährleistete Freiheit seiner personenrechtlichen Stellung im Vereine verkümmert.

Den gleichen Standpunkt hat das RG. in RG. 33, 178 ff. eingenommen. Die Entscheidung ist allerdings nur für das damals noch in Geltung befindliche gemeine Recht ergangen. Die dort entwickelten Grundsätze müssen aber auch unter der Herrschaft des BGB. gelten. Die in der Literatur (vgl. namentlich Strmann 134) vertretene Auffassung, daß es keine nach § 35 BGB. unstatthafte Beeinträchtigung der nur auf Grund der Satzung erworbenen Sonderrechte darstelle, wenn die Satzung ihrerseits unter Wahrung der Voraussetzungen des § 33 BGB. geändert werde, übersieht, daß der § 33 BGB. ebenso wie der ihm vorausgehende § 32 der ausdrücklichen durch die beiden Bestimmungen nachfolgende Einschränkung des § 35 unterliegt.“ (RG. a. a. D. S. 771).

Eine „Beeinträchtigung“ eines Sonderrechtes i. S. des § 35 BGB. erfordert nach der zit. Entscheidung nicht eine unmittelbare Einwirkung des Vereinsbeschlusses auf das Sonderrecht; jedoch genügt nicht jede benachteiligende Beeinflussung des Sonderrechtes, sofern sie sich als eine auch nur mögliche Folgewirkung des Vereinsbeschlusses erweist.

Wohl aber ist der Begriff der „Beeinträchtigung“ erfüllt, wenn die benachteiligende Beeinflussung als eine notwendige Folge des Vereinsbeschlusses ohne weiteres auf der Hand liegt. Dies ist z. B. der Fall, wenn eine Satzungsbestimmung ausspricht, daß alle Mitglieder eines Klubs, welche demselben seit bestimmter Zeit angehören, gleiche Anteile am Vermögen des Klubs haben, daß dagegen später eingetretene Mitglieder diese Rechte am Vermögen erst nach vollendeter mehrjähriger Mitgliedschaft erlangen sollen. In solchem Falle bedarf eine Änderung der Satzung dahin, daß die Ausschließung eines Mitglieds außer in den in der Satzung bestimmten Fällen auch in Fällen mangelnden Interesses für den Klub, insbesondere Fernhaltens von seinen Zusammenkünften erfolgen könne, nicht nur der im § 33 BGB. vorgesehenen Mehrheit, sondern auch gemäß § 35 BGB. der Zustimmung der bevorrechtigten älteren Mitglieder. Undernfalls könnten z. B. die dem Vereinsvermögen gegenüber nicht berechtigten Mitglieder, wenn sie über die im § 33 vorgesehene Mehrheit von $\frac{3}{4}$ aller Stimmen verfügten, es in der Hand haben, sich wirtschaftlich zu alleinigen Herren des Vereinsvermögens zu machen, indem sie eine Satzungsänderung beschließen könnten, die dem gegenüber dem Vereinsvermögen berechtigten Mitgliedern das Weiterverbleiben im Verein unerträglich machen würde (RG. a. a. O. S. 771/2).

Zu Seite 112 und Seite 131 Ziff. 2:

Nach der Verordnung betr. die Zuständigkeiten der Preussischen Regierung sowie die Zuständigkeiten und die Bezeichnung der Zentral-, Provinzial- und Lokalbehörden vom 14. November 1918 (Preuß. Gesetzsammlung S. 189 f.) sind die Zuständigkeiten, die nach den bisherigen Bestimmungen von der Krone (und vom Staatsministerium) ausgeübt wurden, auf die Preussische Regierung übergegangen, welche nach der Bekanntm. vom 12. November 1918 (Preuß. Gesetzsammlung S. 187) die Staatsleitung in Preußen übernommen hat.

Die Zuständigkeiten aller übrigen Zentralbehörden sowie der Provinzial- und Lokalbehörden bleiben unberührt, nur führen diese Behörden fortan eine den veränderten Verhältnissen angepasste Bezeichnung, d. h. unter Weglassung des Zusatzes „Königliche“

Zu Seite 283 ist nach Abs. 4 nachzutragen:

Über den Grundsatz, daß i. F. des § 138 die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Unfittlichkeit nur dann eintrete, wenn beide Ver-

tragsparteien gegen die guten Sitten handelten, führt RG. 93 S. 30 aus:

„Dieser an sich richtige Satz gilt indessen nur mit selbstverständlichen, in der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch zum Ausdruck gebrachten Einschränkungen. Er gilt einmal nur, wenn dem nicht an sich unerlaubten Rechtsgeschäft nur durch den Beweggrund, aus dem es geschlossen und durch den Zweck, der damit verfolgt wurde, also durch die persönliche Gesinnung und Absicht der Vertragsschließenden das Gepräge der Sittenwidrigkeit aufgedrückt wird, nicht aber dann, wenn sich das Rechtsgeschäft schon seinem Gegenstand und Inhalte nach als offenbar unsittlich darstellt, wie in den Urteilen RGZ. Bd. 78 S. 353 und Warneyer Rechtspr. 1910 S. 49 deutlich ausgesprochen ist. Der Satz gilt weiter nur, wo es sich um ein unsittliches Handeln der Vertragsparteien gegen außenstehende Dritte handelt, nicht aber wo ein sittenwidriges Verhalten der einen Vertragspartei gegen die andere in Frage kommt, wie bei allen Knebelverträgen (so Warneyer Rechtspr. 1917 Nr. 234 und die oben angef. Entsch. VI 92/17).“

Das Vorliegen des § 138 Abs. 1 nahm RG. 93 S. 106 ff. in folgendem Falle an:

Die Parteien schlossen im März 1915 einen Vertrag des Inhalts, daß die beklagte Gesellschaft für Textilindustrie sich verpflichtete, dem Kläger 18000 Decken zum Preise von 8,40 M. für das Stück zu liefern; daß ferner der Kläger die Decken zu einem von ihm zu vereinbarenden Preise an die Heeresverwaltung weiter liefern und den 8,40 M. übersteigenden Preis für sich behalten sollte; daß schließlich der Kläger bei dem Weiterverkauf der Heeresverwaltung gegenüber, weil diese nur vom Fabrikanten unmittelbar kaufte, als Bevollmächtigter der Beklagten aufzutreten hatte. Die Beklagte versprach, die Decken unmittelbar an die Heeresverwaltung zu liefern, den Preis ihrerseits in Empfang zu nehmen und den Betrag über 8,40 M. für die Decke an den Kläger abzuführen. Der Kläger verkaufte die Decken als Vertreter der Beklagten in deren Namen an die Heeresverwaltung für 10,75 M. für das Stück, weiter. Zu einer Lieferung kam es nicht, da die Heeresverwaltung den Vertrag nach Feststellung des Sachverhalts strich. Die Schadensersatzklage auf Zahlung von 18000 mal 2,35 M. = 42300 M. gegen die beklagte Gesellschaft war erfolglos. Das RG. billigte die Annahme eines gegenüber der Heeresverwaltung verdeckten Kaufvertrages. Die Verordnung vom 23. Juli 1915 gegen übermäßige Preissteigerung bestand zur fraglichen Zeit noch nicht. Gleichwohl sei die Ausbeutung der durch den Krieg geschaffenen Lage zu einem die Grenze alles Mäßigen und Zulässigen überschreitenden Gewinne unsittlich i. S. des § 138 Abs. 1 BGB. Das BG. (Kammergericht) hatte unter Billigung des RG. hierüber ausgeführt:

„Nun würde freilich die einen übermäßigen Gewinn enthaltende Preisforderung das Geschäft noch nicht ohne weiteres zu einem nichtigen machen; vielmehr würde — in entsprechender Anwendung der Entscheidung RGZ. Bd. 89

§. 196 — nur der Preis auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen sein. Aber im vorliegenden Falle bedeute das Verhalten des Klägers noch über die Verordnung hinaus einen Verstoß gegen die guten Sitten. Der Kläger sei bewußt um seines privaten Vorteils willen im Augenblick nationaler Gefahr den Bestrebungen zum Schutze des Vaterlandes in den Rücken gefallen. Er sei noch darüber hinausgegangen und habe durch arglistige Machenschaften gegenüber der Heeresverwaltung bewirkt, daß diese sich überhaupt auf den Vertrag eingelassen habe. Weil er gewußt habe, daß die Heeresverwaltung unmittelbar mit dem Fabrikanten abschließen wolle, habe er die Beklagte als unmittelbare Verkäuferin vorgeschoben, sich als deren Vertreter aufgespielt und der Heeresverwaltung verschwiegen, daß die Beklagte zu einem erheblich niedrigeren Preise als dem der Heeresverwaltung von ihm berechneten abzuschließen bereit sei und der Überpreis ihm selbst zufalle, so daß in Wahrheit nicht die Beklagte, sondern er selbst als Nichtfabrikant der Heeresverwaltung als Verkäufer gegenüber gestanden habe. Er habe den von ihm abgeschlossenen Vertrag durch arglistige Täuschung erreicht und könne auch aus diesem Grunde weder der Heeresverwaltung noch der Beklagten gegenüber aus dem Abkommen irgendwelche Rechte herleiten. Wenn die Beklagte sodann durch unmittelbares Abkommen mit der Heeresverwaltung diesen nichtigen und also wirkungslosen Vertrag aufgehoben habe, habe sie nicht willkürlich und arglistig zum Schaden des Klägers gehandelt, sondern lediglich das getan, was sich aus den Verhältnissen als Rechtslage von selbst ergeben habe.“ (RG. 93 S. 107/8).

Zu Seite 116 ist vor V. einzufügen:

Letztwillige Zuwendungen an nicht rechtsfähige Vereine sind zulässig, jedoch ist als Träger eines vermachten Rechtes bezw. als Erbe die Gesamtheit der einzelnen Mitglieder anzusehen. Möglich ist auch eine Zuwendung in dem Sinne, daß die Gesamtheit der jetzigen und künftigen Mitglieder des Vereins erb- bezw. vermächtnisberechtigt sein sollen. Fraglich ist die grundbuchrechtliche Behandlung einer solchen Zuwendung. Josef führt in dem Aufsatze: „Letztwillige Zuwendungen an einen nicht rechtsfähigen Verein (insbesondere in grundbuchrechtlicher Beziehung)“ bei Gruchot Bd. 62 S. 712 ff. zutreffend aus, daß gemäß der Preuß. J. M. V. vom 20. November 1899 zur Bezeichnung des Berechtigten grundsätzlich im Grundbuch anzugeben sind: Name, Stand, Wohnort, und „soweit diese Angaben nicht tunlich oder nicht ausreichend sind, andere die Berechtigten deutlich kennzeichnende Merkmale“; daß letztere Voraussetzungen hier zutreffen, da es nicht tunlich ist, als berechtigtes Subjekt eine unbestimmte und unbestimmbare, täglich wechselnde Zahl von einzelnen, vielleicht Hunderten im Grundbuch aufzuführen, zumal bei dem Wechsel der Mitglieder eine fortwährende Berichtigung des Grundbuchs erforderlich sein würde. Zulässig ist aber eine Eintragung für „die jeweiligen Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins als Miteigentümer zur gesamten Hand“, was die bayr. Dienstanweisung für die Grundbuchämter bei zahlreichen Vereinsmitgliedern ausdrücklich zuläßt (vgl. Josef a. a. O. S. 715). Wegen der Möglichkeit der Entstehung großer

Schwierigkeiten in der Praxis wird üblicherweise in solchem Falle die Bestellung und Eintragung eines Treuhänders gewählt.

Zu Seite 308 zu X.:

Über den Begriff des Knebelungsvertrages führt das RG. bei Gruchot 62 S. 92 aus:

„Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist ein Rechtsgeschäft gemäß dieser Bestimmung nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter nach den objektiven und subjektiven Gesichtspunkten wider die guten Sitten verstößt (RG. 56, 230; 63, 350; 68, 98; 83, 122). Dazu gehört bei einem Vertrag in der Regel, daß beide Vertragsteile die guten Sitten verletzen (RG. 78, 353 u. Zit.). Das letztere Merkmal entfällt aber dann, wenn schon der objektive Inhalt des Vertrags einen Sittenverstoß bildet (Warn. J. 17, 304 Nr. 194). Dies ist der Fall bei dem sogen. Knebelvertrage, durch welchen der Schuldner von einem Gläubiger, dem er alle Vermögenswerte, namentlich die zum Betriebe eines Gewerbes notwendigen Geräte und Stoffe, zur Sicherung übereignen muß, der wirtschaftlichen Freiheit und Unabhängigkeit beraubt und in eine Art Schuldknechtschaft gezwungen wird, nach außen aber, weil die übereigneten Vermögensstücke in seinem Besitze bleiben, den Anschein der geschäftlichen Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit behält, so daß eine Verschleierung seiner Vermögenslage zur Irreführung und zum Schaden der übrigen Gläubiger eintritt, die zur Gewährung oder Belassung von Kredit an den Schuldner verleitet werden, ihre Befriedigung aber nicht mehr erlangen können.“

Zu Seite 322 b) ist nachzutragen:

Auch einer Handelsgesellschaft, insbesondere einer juristischen Person des Handelsrechtes, gegenüber ist eine Bewucherung i. S. des § 138 BGB. möglich. Dies wird nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß sie im Falle eines finanziellen Bedrängnisses zur Liquidation schreiten oder schlimmstenfalls die Konkurseröffnung beantragen kann:

„Das Gesetz macht an sich keinen Unterschied, ob die Bereicherung gegenüber einer natürlichen Person oder gegenüber einer Personenmehrheit, sei es in der Form der Gesellschaft oder der juristischen Person ausgeübt wird. Auch strafrechtlich wird für die Anwendung des § 302a StrGB. ein solcher Unterschied nicht anerkannt (vgl. *Olshausen, Strafgesetzbuch Anm. 6 b zu § 302a*). Die Liquidation der Gesellschaft bedeutet die Aufgabe des wirtschaftlichen Unternehmens, zu dessen Führung die Gesellschaft sich gebildet hat, also den Verlust der wirtschaftlichen Existenz. Das Recht und die Möglichkeit, diese aufzugeben und den Konkurs über ihr Vermögen zu beantragen, wenn sie ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann, hat ebensowohl die natürliche wie die juristische Person. Gerade aber die Lage, in der sie sich vor diese Entschlüsse gestellt sieht, wenn ihr nicht von dritter Seite aufgeholfen wird, stellt für beide Arten von Personen schon die Notlage dar“ (RG. 93 S. 28).

Zu Seite 324 d) ist nachzutragen:

Über das Verhältnis des § 138 Abs. 1 zu Absatz 2 führt RG. 93 S. 28/9 aus:

„In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist anerkannt, daß, wenn der Tatbestand des Wuchers in Frage kommt, hierfür ausschließlich die Sonderbestimmung des § 138 Abs. 2 BGB. anwendbar ist und keinesfalls das selbst ungeheuerlichste Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung oder Leistung und Vorteil, wenn die übrigen Tatbestandsmerkmale des Abs. 2 versagen, eine Handgabe gibt, das Geschäft nach Abs. 1 des § 138 als wider die guten Sitten verstößend für nichtig zu erklären (RGZ. Bd. 64 S. 181, Bd. 72 S. 61). Es muß ein neues Moment hinzukommen, das außerhalb des Tatbestandes des Abs. 2 liegt, um den Abs. 1 des § 138 zur Anwendung zu verhelfen. Dieses neue Tatbestandsmoment kann die unerlaubte und sittliche Ausnutzung der allgemeinen Schwierigkeiten des Geld- und Arbeitsmarktes sein, die durch den alle Wirtschaftsverhältnisse erschütternden Krieg geschaffen sind. Das ist in den Urteilen des Reichsgerichts RGZ. Bd. 90 S. 400, Warneyer Rechtspr. 1916 Nr. 2 und des erk. Senats vom 30. April 1917 VI. 92/17 ausgesprochen. Es gilt insbesondere, wenn das Geschäft mit Lieferungen des täglichen Bedarfs oder des Kriegsbedarfs in Zusammenhang steht. „Wer den Krieg und die durch ihn vielfach herbeigeführte schwierigere wirtschaftliche Lage bewußt dazu benützt, um für sich zum Nachteile anderer Vorteile herauszuschlagen, deren Erlangung sonst nicht offen steht, handelt wider die guten Sitten,“ sagt allgemein die Entscheidung Warneyer 1916 Nr. 2. Und für Geschäfte, die in Verbindung mit der Lieferung von Kriegsbedarf stehen — es handelte sich in dem dort entschiedenen Falle um eine übermäßige Vergütung für die Tätigkeit des Maklers behufs Vermittelung der Lieferungen, also um einen ähnlichen Sachverhalt des nur mittelbaren Zusammenhangs mit der Lieferung selbst, wie im gegebenen Falle, wo ein Kreditgeschäft in Frage steht, das den Erzeuger von Kriegsbedarf in den Stand setzt oder in dem Stande erhält, sein Unternehmen zu führen — hat das Urteil RGZ. 90 S. 400 ebenso deutlich ausgesprochen, daß das Streben nach übermäßigem Gewinn in der Zeit der Kriegsnot, sei es auf Kosten des einzelnen oder der Gesamtheit, als gegen die guten Sitten verstößend zu brandmarken ist, besonders da, wo es sich um Gegenstände des Kriegsbedarfs handelt Die verhältnismäßig hohen Preise für die Kriegslieferungen werden von der Heeresverwaltung bewilligt, damit sie unter allen Umständen der Lieferung sicher ist. Werden die Lieferanten aber in übermäßiger Weise von ihren Geldgebern ausgebeutet, dann liegt die Gefahr nahe, daß sie ins Wanken kommen und ihre Verpflichtungen nicht mehr erfüllen können. Erreichen die dem Geldgeber ausbedungenen außergewöhnlichen Vorteile eine solche Höhe, daß diese Gefahr zu besorgen ist, so ist der Vertrag mit ihnen nach § 138 Abs. 1 BGB. als wider die guten Sitten verstößend anzusehen.“

Zu § 31 VIIa) Seite 440:

Auch RG. 93 S. 335 steht auf dem Standpunkt, daß, wenn bei einem Erbauseinandersetzungsvertrage mehrere minderjährige Miterben beteiligt sind, jeder von ihnen nach §§ 181, 1795, 1915 BGB. durch einen besonderen Vertreter vertreten werden muß. Dies gilt aber nach RG. dann nicht, wenn mehrere minderjährige Miterben einem volljährigen Miterben den gesamten Nachlaß übereignen und letzterer sich verpflichtet, jedem der minderjährigen Miterben eine bestimmte Abfindungssumme zu zahlen:

„In solchem Falle darf ein und derselbe gesetzliche Vertreter den Vertrag namens aller beteiligten Minderjährigen schließen. Denn jeder der letzteren wäre berechtigt, durch einen gemäß § 2033 Abs. 1 geschlossenen Vertrag unabhängig von den anderen seinen Anteil an dem Nachlasse einem Dritten gegen einen bestimmten Preis zu übertragen; die Übertragung des gesamten Nachlasses in einem Vertrage stellt sich also lediglich als eine Zusammenfassung mehrerer einzelner von den Kindern mit dem Erwerber getroffener Abkommen dar. Zu vertraglichen Abmachungen zwischen den Kindern selbst kommt es in solchem Falle nicht“

Anders ist dies nach RG. dann, wenn dem Erwerber von den übrigen Miterben nur ein einzelner Nachlaßgegenstand gegen Zahlung bestimmter Abfindungssummen an jeden von ihnen übereignet wird:

„ . . . Denn im Gegensatz zu der Vorschrift des § 2033 Abs. 1 kann ein Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen (§ 2033 Abs. 2). Die Verfügung muß vielmehr nach § 2040 Abs. 1 eine gemeinschaftliche sein. Wenn sich also in einem gemeinschaftlichen Vertrage der Miterben über die Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes jeder Miterbe von dem Erwerber als Entgelt den auf ihn entfallenden Teil des Gesamtpreises versprechen läßt, so muß einem solchen Vertrage doch eine, wenn auch nur stillschweigende Einigung unter den Miterben selbst zugrunde liegen. Denn der Vertrag kann nur zustande kommen, wenn jeder Miterbe damit einverstanden ist, daß das nach § 2041 wiederum zum Nachlasse gehörende Entgelt an die Einzelnen ihren Erbanteilen entsprechend verteilt wird. In mehrere selbständige Verträge der einzelnen Kinder mit dem Erwerber läßt sich ein solcher Vertrag also nicht zerlegen. Es handelt sich vielmehr um eine Auseinandersetzung zwischen allen Miterben untereinander. Soweit die Erben minderjährig sind, muß daher in diesem Falle jeder der Miterben einen besonderen Pfleger erhalten (vgl. Planck a. a. O., Entsch. des Bayer. Ob.-RG. Bd. 13 S. 13). Die in der Literatur vertretene Ansicht, es sei auch in dem Falle, daß sich die Miterben unter sich auseinandersetzen, die Vertretung durch einen Pfleger zuzulassen, sofern die Teilung im Grunde nur eine rechnerische sei und deshalb von einer Vertragsgegnerschaft nicht die Rede sein könne (Komm. v. RG. Anm. 1 zu § 1795), kann nicht gebilligt werden. Teilung bleibt Teilung ohne Rücksicht darauf, ob sie einfach oder mit Schwierigkeiten verknüpft ist. Eine Teilung setzt aber begrifflich eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten voraus. Das muß also auch von einer rechnerischen Teilung gelten, um so mehr, als dabei Ausgleichungspflichten und sonstige Schuldverhältnisse unter den Miterben in Frage kommen können.“ (RG. 93 S. 335/6).

Druckfehler-Berichtigung.

Auf Seite 117:

Es muß heißen unter Ziff. 3 (1. Zeile) statt: nach §§ 54, 715: §§ 54, 714.

Auf Seite 340:

Unter III (Satz 1): Abgesehen von Vorverträgen kann ein Zwang zum Abschluß von Verträgen auf Gesetz oder Verordnung beruhen.

Auf Seite 99 muß es in Zeile 12 von unten heißen statt: Kolonialverband: Kommunalverband.

Sachregister.

Abgabe von Willenserklärungen	259 ff	Anfechtung, Wirkungen der	234 f
Abhalten von Bieten	159, 270	Anfechtungsanspruch	16
Ablaufshemmung	487 f	Anfechtungsrecht	15 f
Abchlussagenten	417	Annahme des Antrags	351 ff
Abbsolute Veräußerungsverbote	158, 278 f	Anschlußzwang	341 f
Absperrn von Wasserrohren	344	Ansprüche	15 ff
Abstrakte Rechtsgeschäfte	5, 392	Anstalten, öffentliche, Benutzung derselben	61 f
Abtretung, fiduziarische	8	Anstellungsverträge, Anfechtung der	249 ff
Abtretung künftiger Forderungen	9	Antrag	349 ff
Accessio temporis	494	Antrag, telegraphischer	353
Adelsnamen	33 f	Antizipierendes Konstitut	361
Aktiengesellschaft, Haftung der	64 ff	Anwartschaftsrechte	382 ff
Akzeptationsverträge	348	Apotheken und Kontrahenzzwang	341
Alimentenvergleich	356 f	Apotheken-Privilegien	471
Allgemeine Geschäftsbedingungen	357 ff, 386	Arglist, Replik der	497
Anerkennung	488	Arglistige Täuschung	235 ff
Anerkenntnis	488, 499 f	Arzt	333, 411 f
" der Vaterschaft		Ärztliche Praxis, Verkauf	288 ff
und Anfechtung	238 ff	Aufenthalt	23
Anerkennungsgebühr	153	Aufgebotsverfahren bei Verschollenheit	35 ff
Anfechtbarkeit von		Aufgebotsverfahren in Hinterlegungssachen	525 f
Anstellungsakten	249 ff	Auflösung eines Vereins	107
Beteiligungserklärungen	209	Auflösende Bedingungen f. Bedingungen.	
Erbchaftsaus Schlagungen	14	Aufrechnung und Verjährung	493
Rechtsgeschäften	208 ff	Auffchiebende Bedingungen f. Bedingungen	
Volljährigkeitserklärungen	18 f	Auftraglose Geschäftsführung und Verjährung	480 f
Vollmachtserteilungen	432 f	Aufzüge, elektrische	164
wegen arglistiger Täuschung	235 ff	Auktionator	360 f
" Drohung	244 ff	Ausbeutung f. Wuchergeschäft.	
" Irrtums	213 ff	Ausfallbürgschaft	385 f
(f. a. Beteiligungserklärungen.)		Ausgrabung von Leichen	160 f
Anfechtung, Form und Frist	210, 237 ff	Ausländer f. Wohnsitz	
Anfechtung im Prozeß	213	Auslegung von behördlichen Bekanntmachungen	269
Anfechtung, Unwiderprüflichkeit	217 f		
Anfechtung und Stellvertretung	420 ff		

Auslegung von formellen Rechtsgeschäften	252 ff	Beitrittserklärungen zu einer Handelsgesellschaft	389 ff
Auslegung von Gesetzen	268 ff	Beleidigungen, Widerruf in öffentlichen Zeitungen	299 f
Auslegung von Verträgen	363 ff	Beleuchtungsanlagen, elektr.	164
Auslegung von Rechts- geschäften	264 ff	Berliner Fischerstellen	470
Auslegungsvorschriften für Fristen und Termine	460 ff	Berufsmäßigkeit	477
Auslobung	380	Beschränkte Geschäftsfähigkeit	189 ff
Ausschließung aus dem Verein	104 ff	Beschränkte persönliche Dienstbarkeit	166 f
Ausschlußfrist	460 f, 474	Beschränkte Verkehrsfähigkeit	145 f
Ausschlußurteil bei Todes- erklärung	36	Besitzerwerb durch Geschäfts- unfähige	188
Ausstattungsverprechen	295	Besitzerwerb durch Stell- vertreter	409
Aussteuerverprechen	382	Besignachfolge	494
Austritt aus dem Verein	106 ff	Bestallungsurkunde des Vor- mundes und Pflegers	424
Austritt aus dem nicht- rechtsfähigen Verein	119 ff	Bestandteile	162 ff
Ausübung der Rechte	505 ff	i. a. Wesentliche Bestandteile.	
Automaten	349	Bestattungsrecht	149, 151 f
Automobile als Zubehör	175	Bestätigung nichtiger Rechts- geschäfte	210, 334 ff
Automobile, Mitfahrenlassen auf U.	336 ff, 339	Bestätigungsschreiben	369
Bahnmeister	61	Bestechung von Angestellten	299
Baumentrepreiövertrag	477	Beteiligungserklärungen, Anfechtbarkeit	209
Baustichtlinien	157	Betriebsinspektionen der Eisenbahn	61
Baumittelstücke als Zubehör	172	Beurkundung, gerichtliche oder notarielle	258 ff
Baupolizeiordnungen	270	Beweislast bei Bedingungen	392
Beamte, Begriff	67	Biedermeier-Fall	33
Beamte, Haftung des Fiskus für B.	66 ff	Bierabnahmeverträge	296, 348
Beamte, f. a. Anstellungsverträge		Bieten, Abhalten vom Bieten bei Versteigerungen	159, 270
Bedenkfrist	353	Binnenflüsse	145
Bedingte Rechte	382	Bordellkauf	313 ff
Bedingungen	381 ff	Bordellhypothek	313 ff
Bedingungen, aufstehende	391 ff	Bote	230 ff, 262 f, 401, 445, 451
Bedingungen, auflösende	398 f	Bücher, Übersendung von B. zur Ansicht	349 f
Bedingungen, Beweislast	392	Bürgersteig	157
Bedingungen, gemischte	385	Clausula rebus sic stantibus	226 f
Bedingungen, kasuelle	385	Conditio juris f. Rechts- bedingungen	381 f
Bedingungen, potestative	385	Darlehn zu Spielzwecken	286 ff
Bedingungen, still- schweigende	381	Denkmäler auf Friedhöfen	152
Bedingungen, unmögliche	386	Destinatare einer Stiftung	128 f
Bedingungen, unsittliche	386	Dienstboten f. Bote	230
Bedingungen, widersinnige (perplexe)	386	Diskrepanz	207 ff
f. a. Geschäftsbedingungen, Rechts- bedingungen.		Diffens	229 ff
Bedingungsfeindliche Rechts- geschäfte	387 ff	Diffens, versteckter	204
Befristungen	399 f	Dissimulierte Rechtsgeschäfte	244 ff
Beglaubigung, öffentliche	98, 258	Drohung	
Begränbis f. Bestattungsrecht.			
Beiträge	343		

Droschkennummern	143 f	Erwerbende Verjährung	467
Droschkenkutscher und Kontrah. Zwang	341	Erwerbsgeschäft	201
Ehefrau, Schlüsselgewalt	421	Erwerbsgeschäft und Minder- jährige	201
" Verträge zu Gunsten		Eventualaufrechnung und Verjährung	493
der E.	292 ff	Exemptio doli	497 ff
Ehefrau, Vollmachtserteilung vor Eheschließung	437	Fabrikgebäude	169 f
Ehefrau s. a. Wohnsitz.		Fabrikgebäude s. a. Maschinen	
Ehegatten s. Unterhalts- ansprüche		Fähre, öffentliche	293
Ehrenwort, Verpfändung	284 ff	Familienfideikommisse	139 ff
Eigenschaften von Personen	217 ff	Familiengrabstätten	152
Eigenschaften von Sachen	215 ff	Familienstiftungen	133 ff
Eingetragene Vereine	108 ff	Feiertage	467
Einkommensteuer, Verjährung	474	Feld- und Forstpolizeigesetz	518 f
Einreden, Verjährbarkeit	472	Fenster	162
Einseitige Rechtsgeschäfte	1	Fernsprechanschluß s. Monopol- stellung	
Einseitige Rechtsgeschäfte Bevollmächtigter	437 ff	Fernsprecher	352
Einseitige Rechtsgeschäfte Minderjähriger	200 ff	Feststellungsklage s. Ver- jährungsunterbrechung	
Einwilligung	451 ff	Fiduziarische Rechts- geschäfte 6 ff, 208,	531
Einwilligung des gesetzl. Vertreters	195 ff	Fiduziarische Stiftungen	136 ff
Einzelvollmacht	425	Findelkinder	34
Eisenbahn s. Kontrahierungs- zwang		Firmenrecht	35
Eisenbahnfiskus, Haftung	62 f	Fischerrechte	470
Elektrizität	144	Fiskus 46,	66 ff
Empfangsbedürftige Rechts- geschäfte	1 f	Fiskus: Abhandenkommen von Urkunden	335
Entlastungsbeweis (§ 831 BGB.)	62 f	Fiskus: Eisenbahnfiskus	58
Entmündigung	19 ff	Fiskus: Fiskus des Innern	87 ff
Entstehungsgeschichte des Gesetzes	268	Fiskus: Fiskus der geistlichen Angelegenheiten	89 ff
Entrepreneurvertrag s. Bau- entrepreneurvertrag		Fiskus: Haftung für Beamte	66 ff
Entwidmung	153	Fiskus: Marinefiskus	67 ff
Erbaueinanderseßungsvertrag	552 f	Fiskus: Militärfiskus	67 ff
Erbegräbnis	152	Fiskus: Postfiskus	75
Erbchaft	14	Forderungen, Abtretung künftiger	9
Erbchaftssteuer	474 f	Formvorschriften	252 ff
Erbteile	281	Fraudulöse Rechtsgeschäfte	296
Erfüllungsgehilfen	402	Friedhofsrecht	148 ff
Erfüllungsgeschäft 282 f,	330	Fristen	460 ff
Ergänzung von Verträgen	365 f	Fristen bei der Verjährung	475 ff
Ergänzungssteuer, Verjährung	474	Früchte	183 ff
Erlaubnis	452	Fuhrgeschäft	169
Erlöschen des Antrags	351	Garantiefrist	501
Erlöschen der Vollmacht	434 ff	Garantievertrag	501
Erlöschende Verjährung	467	Gärten s. Vorgärten	
Ersatzgeld	518 f	Gas 145,	344 f
Erwerbsbeschränkungen jurist. Personen	112	Gasdirektor einer Stadt- gemeinde	60 f
		Gaslieferungsverträge	145, 344 f

Gasthof, Fristberechnung	379	Haftbefehle, unzulässige,	
Gasthof, Zimmerbestellung	354	Haftung des Fiskus	81
Gattungskauf und Anfechtung	240f	Haftung der jurist. Personen	53 ff
Gattungssachen	161	Haftung des nicht rechtsf.	
Gattungsvollmacht	425	Bereins	116 ff
Gebühren	342f	Haftungsübernahme f. d. Güte	
Gefangene, Haftung des		einer Hypothek	369 ff
Justizfiskus	76 ff	Handeln ohne Vertretungsmacht	445 ff
Gefahrerschollenheit	37	Hemmung der Verjährung	486 ff
Gefälligkeitsverträge	338 ff	Hinterlegung	521 ff
Gegenvormund	194	Höchstpreise	229, 273 f
Gehaltsverträge		Hochzeitsgeschenke, Eigentum	374 f
(1500 M. Verträge)	292 ff	Hohheitsrechte, Haftung bei Aus-	
Geheimverfahren, Verkauf und		übung der H.	66 ff
Verjährung	475	Höhere Gewalt	486
Geisteskrankheit	19f, 187	Hotellorrate	173, 174
Geisteschwäche	19f, 538	Hypothek, f. Vordellhypothek	
Gemeinde, Haftung für		und Haftungsübernahme	368 f
Lehrer	90 ff	Hypothek, Kündbarkeit	368 f
Gemeinde, Haftung für		Intendanturen als Vertreter	
Gemeindevorsteher	98 ff	des Militärfiskus	68
Gemeingebrauch	152 ff	Irrtum, Anfechtung	213 ff
Genehmigung	12f, 451 ff	Irrtum, Begriff	214
Genehmigung einer Stiftung	131	Irrtum im Motiv	226 ff
Generalvollmacht	425, 441	Irrtum des Stellvertreters	420 f
Berechtigkeiten, selbständige	470	Irrtum, f. a. Zwangsversteigerung	
Bericht, Vereinbarung eines		Jagdrecht, Rechtsnatur	167
unzuständigen G.	330 f	Juristische Personen	
Berichtsvollzieher, als		Arten im BGB.	46
Stellvertreter	405 ff	des öfftl. Rechts	57 ff
Berichtsvollzieher, Haftung für	84 ff	Erwerbsbeschränkungen	112
Gesamtvertretung	53	Haftung überhaupt	53 ff
Gesamtvollmacht	429	Namenschug	30 f
Geschäftsbedingungen,		und ihre Organe	53 f
allgemeine	357, 386	f. a. Fiskus, Vereine	
Geschäftsbesorgung	4f	Justizfiskus	76 ff, 335 f
Geschäftsunfähigkeit	187 ff	Kaiser-Wilhelm-Kanal	293 f
Gesetzesauslegung	268 ff	Kalender	461
Gesetzeslücken	269	Kalkulationsfehler	214
Gesetliche Schriftform	255 ff	Kanalisation	341 ff
Gesetzesüberschrift	269	Kanallotse	100
GesindeDienstvertrag	207	Kannrechte	16
Gewerbebetrieb	200, 478	Kastellane in Gerichtsgebäuden	61
Gewerbefreiheit	296 ff	Kastellanvertrag	271 f
Gewerbmäßigkeit	477	Kausale Rechtsgeschäfte	6, 326
Gewillkürte Schriftform	257	— Rechtsgeschäfte, Anfechtung	211 f
Gondeln als Zubehör	168 f	— Rechtsgeschäfte und dingl.	
Grab, Recht auf Besichtigung	505 f	Rechtsgeschäfte	330
Grabsteine	152	Kausale Rechtsgeschäfte, f. a. Vordell-	
Grabuchrichter, Haftung des		kauf, Wuchergeschäft	
Fiskus	81 f	Kinder, Wohnsitz	28
Grundstückserwerb durch		Kirchenpatron, Übernahme des	
Minderjährige	190 f	Baues einer Kirche	337 f
Gute Sitten	283 ff	Kirchenstuhltrechte	146 ff
Hasenanlagen als öffentliche		Klagerecht	15
Sachen	153	Kleidungsstücke als Sachen	162
		Knebelungsverträge	308 ff, 551
		Kohlen als Zubehör	171 f

- Kollektivvertreter** 58, 447
 Kollektivvollmacht, f. Gesamtvollmacht
Kollision 203 f
Kolumbarium 133 f, 534
Kommissionsvertrag 442
Komponist und Verleger 229, 368
Konkubine, Verträge mit einer K. 302 ff
Konkurrierende Ansprüche, Verjährung 472 ff
Konkurrierendes Verschulden 234
Konstitut, antizipierendes 361
Kontingentverwaltungen 68
Kontoreinrichtungen als Zubehör. 169
Kontrahierungsverträge 348
Kontrahierungszwang 340 ff
 f. a. Monopolstellung
Konvaleszenz 459 f
Konversion 275, 331 ff
Körper des Menschen. 143, 160
 f. a. Leichnam
Körperschaft des öfftl. Recht 46
Kostime 174
Krankenhaus 64, 342
Kreditkauf 219
Kreditzusage 367
Kreisbaumeister 61
Kriegsklausel 311, 366, 371 ff
Kriegsrechtliche Bestimmungen über Verjährung und Ausschlußfristen 503 ff
Kriegsschiffe 74
Kriegsteilnehmer 504 f
Kriegsverschollenheit 40 ff
Kriegswirtschaftliche Organisationen 99 f
Kundschaft eines Handelsgeschäfts. 143
Kulpakompensation 234
Kündigung 368, 458, 387 f
 f. a. Bedingung, einf. Rechtsgeschäfte
Künftige Rechte 9, 383 ff

Landgerichtspräsident und Justizfiskus 61
Landstrafen 156, 338
Lasten 185 f
Lehrer 90 ff
Lehrer an höheren Schulen 96 ff
Lehrungsverträge 202
Leiche, als Sache 144, 160
Leiche, Recht auf Ausgrabung 150 f
 Leiche, f. a. Bestattungsrecht
Leihmöbel 397 f
Leutnant und Militärfiskus 71 f
Lex contractus 57
Liquidation 107

Löschungsbewilligung 9
Lotterievertrag 159, 350
Lotterielose, künftige Rechte 382
Lücken im Gesetz 269
Luft 145

Mahnung 387
Majorate 143
Marinesiskus 73 ff
Maschinen 161, 163 ff, 170
Meer 145
Mentalreservation 204
Milde Stiftungen 132 f
Militärfiskus, Haftung 67 ff, 542 ff
Militärhoheit 71
Militärpersonen 26 ff
Militärverwaltung 68 ff
Minderjährige 187 ff
Minderjährige, Grundstücks-erwerb 189
Minderjährige, muß der gesetzl. Vertreter die Schulden M. bezahlen? 197
Minderjährige, Studium des m. Sohnes 194 f
Minderjährige, Studium und Vorbereitungsdiensft 376 ff
Minderjährige und Vereins- beschlüsse 102
 f. a. Erbauseinandersehungsvertrag
Mißbrauch einer Monopol- stellung 293 ff
Mitgliederversammlung 101 ff
Mitgliedsrechte 101 ff
Mittlere Staatsbeamte 94 ff
Motiv 226 ff
Motive zum BGB. 268
Monopolstellung, Mißbrauch 293 ff
Motorwagenführer 61

Nachfolge in ein Familien- siedeikommih 142 f
Namensrecht 30 ff
Naturalkomputation 461
Nebenabreden 253
Nichtgebrauch von Rechten 469 f
Nicht rechtsfähige Vereine 113 ff, 550 f
 Nicht rechtsfähige Vereine f. a. Konversion
Nicht wirtschaftliche Vereine 46
Nichtige Rechtsgeschäfte 204 ff, 548 ff
Nichtige Willenserklärungen 187 ff
Niederlassung 23, 25 f
Notlage f. Buchergeschäft
Notstandshandlungen 513 ff
Notwehr 509 ff
Notwehrezekß 510
Nutzungen 183 f

Offenbarungspflicht des Verkäufers	236 f	Rechtsbedingungen	385 f
Offenheitsprinzip	409	Rechtsfähigkeit	16
Öffentliche Beglaubigung	258	Rechtsfrüchte	183
Öffentliche Beurkundung	258	Rechtsgeschäfte, abstrakte und kaufale	5 f
Öffentliche Sachen	146 ff	Rechtsgeschäfte, bedingungsfeindliche	387 ff
Öffentliche Wege	469	Rechtsgeschäfte, Begriff und Arten	1, 187 ff
Öffentlich-rechtliche Verträge	337 f	Rechtsgeschäfte betr. die Verjährung	500 ff
Offerte f. Antrag	348	Rechtsgeschäfte, einseitige	1, 200 ff
Offener Dissens	229	Rechtsgeschäfte, empfangsbedürftige	1
Orderpapiere	162	Rechtsgeschäfte, fiduziarische	6
Organe	58 ff, 402	Rechtsgeschäfte, formelle	252
Ortspolizeibeamte	88 ff	Rechtsgeschäfte, fraudulöse	296
Ortspolizeibehörde	120	Rechtsgeschäfte, nichtige	204 ff
		Rechtsgeschäfte, verbotene	270 ff
Perle in der Auster	166	Rechtsgeschäfte, zweiseitige f. Verträge	
Personen, Eigenschaften	217 ff	Rechtshandlungen	2 ff, 531
f. a. Jurist. Personen.		Rechtseinheit	144
Personenrechtliche Rechtsverhältnisse	14	Rechtsirrtum	222 ff
Pfändungspfandrecht	459	Rechtsverhältnisse	13 ff
Pflichtteil	15	Rechtsweg bei Verjährung eines Begräbnisses	149 ff
Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch	534 ff	Rechtsweg auf Ausgrabung einer Leiche	150 ff
Plätze, öffentliche	153	Reichsfiskus, Haftung	67 ff, 542 ff
Politische Vereine	109	Reichsverwaltung	67 ff
Polizeibeamte, Haftung für	87 ff	Rektapapiere	162
Polizeiliche Beglaubigungen	98	Relative Unwirksamkeit	276 ff
Polizeiverordnung und Kontrahierungszwang	241 f	Relative Veräußerungsverbote	276
Postassistenten	61	Religiöse Vereine	109 f
Postfiskus, Haftung	75, 544 ff	Replicatio doli	401
Postfiskus f. a. Kontrahierungszwang.		Requisiten eines Theaters	174
Postillone	61	Res publicae	152 ff
Postzwang	341	Res sacrae, sanctae, religiosae	146
Praeskriptionstheorie	467	Restaurationsinventar	165
Praesumtionstheorie	467	Revenuenfideikommisshypotheken	142
Praxis, Verkauf einer ärztlichen	288 ff	Revenuenhypotheken	142
Primogenitur	143	Rohstoffvorräte als Zubehör	172 f
Privatpfändung	518 f		
Privilegien	14, 469 ff	Sachen	143 ff
Prozeßbevollmächtigter als Stellvertreter	405	Sachen, Begriff „Sache“ in § 119 Abs. 2	216 f
Prozeßhandlungen	491	Sachen, Eigenschaften	215 ff
Pseudonym als Unterschrift	256	Sachen, öffentliche	146 ff
Pseudonym, Schutz des	35	Sachen, verbrauchbare	162
Punktationen	345 ff	Sachen, vertretbare	161
Putativnotwehr	510	Sacheinheit	144
		Sachfrüchte	183
Quittung	401	Sachgesamtheit	144
		Sachenrechtliche Rechtsverhältnisse	14
Realakte	4 f		
Rechenschaftspflicht	367		
Recht	13		
Recht und Anspruch	15		
Rechte des rechtl. Könnens	16		

Safeanlagen	165	Spiel, Darlehen zu Spielzwecken	286 ff
Sammelvermögen	137 ff	Staatsbeamte s. Lehrer	
Sanierung eines Unternehmens	312 f	Stadtgemeinde, Vertreter . .	61
Satzung eines Vereins 52, 58,	108	Stadtgemeinde, Vertrag mit	
Schadenersatz bei		einer St.	297 ff
Anfechtung aus §§ 119,		Stahlkammeranlagen	165
120 BGB.	234	Stationes fisci	67
Schadenersatz bei		Stationsvorsteher	61
Anfechtung aus		Stellvertreter u. Organe 53,	402
§ 123 BGB.	242 ff, 247 ff	Stellvertreter und Bote	231 f
Schadenersatz beim Kauf		Stellvertreter u. Erfüllungsgehilfe	402
aus § 276 BGB.	473	Stellvertreter und Substitut . .	402
Schadenersatz ohne		Stellvertreter und Treuhänder .	403
Verschulden	517	Stellvertretung	401 ff, 541 f
Schankkonzession, Vertrag über	297 ff	Stellvertretung, mittelbare . .	404
Scheckzahlung	466	Stempelsteuer, Verjährung . .	474
Schenkungs-	9, 246	Steuern	343
Schenkung und Geschäfts-		Steuern, Rechtsgeschäfte zwecks	
unfähigkeit	188	Ersparnis von Steuern	308
Scheinerklärungen	204 ff	Steuern, Verjährung	474 f
Scheingeschäfte	204 ff	Steuern, s. a. Wohnsitz	
Schiedsgerichte in Vereinsachen		Stiftungen	46, 127 ff
Schikane	505 ff	— Arten	129 f
Schlachthaus, öffentliches . . 63 f,	341 f	— Entstehung	130 f
Schlitten als Zubehör	169	— Familien-	130, 133 ff
Schlüssel als Zubehör	169	— fiduziarische	136 f
Schlüsselgewalt der Ehefrau . .	421 f	— gemischte	135 f
Schreibfehler	214	— milde	132 f
Schriftform	255 ff	— sukzessive	135
Schuld	13	Stillschweigende Annahme 355,	369
Schuldverhältnisse	14	— Bedingungen	381
Schugvorschriften	275 ff	— Verträge	336 f
Schweigen auf Bestätigungs-		Stillstand der Rechtspflege . .	486
schreiben	369	Stockwerke	162
Schweigen s. a. Antrag, Stillschweigen		Strafanzeige, Drohung mit . .	246
Schweigeverträge	300 ff, 305	Strafvollstreckung	76 ff
Seefraßenrecht	74	Straßen als res publicae	157
Seeverschollenheit	37, 39	— =Anliegerbeiträge	186
Selbständige Berechtigungen . .	470	— =Anliegerrechte	153 ff
Selbsthilfe	515 ff	— =Damm	157
Selbstkontrahieren des Ver-		— =Fluchtlinien	157
treters	439 ff	— öffentliche	153
Selbstverteidigung	515 ff	Straßenbahnschaffner als Stell-	
Seniorate	142	vertreter	401
Sicherheitsleistung	519 ff	Strohmann (Scheingeschäft) . .	206
Sicherheitsübereignung	6 ff, 531 f	Stundenfristen	462 f
Sicherheitszession	8	Stundung	379, 486
Sicherungskauf	6 ff	Subjektiv-dingliche Rechte . .	167
Simulierte Geschäfte	204	Submission	362
Solidarvollmacht	429	Subskription	362
Sonderrechte eines Vereins-		Substitution	402 f
mitgliedes	103, 547 f	Surrogationsprinzip	144
Sondervermögen	144 f	Tauglichbarkeiten, Verbot der	
Sozialpolitische Vereine	109	Abhaltung	298 f
Sparkassenguthaben	332, 441	Taschengeldparagraph	198 ff
Sparkassenvorstand	61	Teile einer Sache	162
Spezifikation	5	Teilweise Nichtigkeit	327 ff
		Telephon	352 f

Telephonische Übermittlung	231	Vereine, Austritt	106
Telegraphische Offerte	353	— Besitz	54 f
Telegramme f. Zugehen einer Willenserklärung		— Eingetragene	
Termine	460 ff	Vereine	108 ff
Testamentsfähigkeit	202	— Erwerbsbeschrän-	
Testamentsrichter, Haftung des		kungen f. Jurist.	
Fiskus für	79 f	Personen	
Testamentsvollstrecker	439, 479 f	— Haftung juristischer	
Honorar	480	Personen	53 ff
Theaterkostüme	174	— Mitgliederrechte	103
Theaterrequisiten	174	— Mitglieder-	
Todeserklärung	35 ff, 539 ff	versammlung	101 f
Trächtigkeitssuzage	502 f	— Politische, sozial-	
Traktate	345 ff	politische und reli-	
Treuhänder	6, 403	giöse Vereine	109 f
Trunksucht	20	— Sagung	52, 108
Türen	162	— Sonderrechte	103 f
		— Unwirksame	
Umwandlung (Konversion)	331 ff	Vereinsbeschlüsse	102 f
Umwandlung eines nicht rechtsf.		— Vereinsbeschlüsse	102
Vereins in einen rechtsf.		— Verfassung	52
Verein	125 ff	— Verlust der Rechts-	
Unbestellte Waren, Zusendung		fähigkeit	107 f
.	351, 354	— Vorstand	53
Ungerechtfertigte Bereicherung		— Vorstands-	
und Verjährung	480	änderungen	110 f
Universitas juris	144	Vereine, nicht rechtsfähige	113 ff
Unmöglichkeit Bedingungen	386	— Austritt	119 ff
Unfittliche Bedingungen	386	— Haftung für	
Unterbrechung der Verjährung	488	Vereinsschulden	116 ff
Unterdrücken einer Tatsache	236	— Prozesse	113 f
Unterhaltsansprüche von Ehe-		— Schiedsgerichte	121 ff
gatten, vertragl. Regelung	302	— Umwandlung eines	
Unterschrift	256	nicht rechtsf. V.	
Unvermögen	437	in einen rechtsf.	
Unverzüglich	233	Verein	125 ff
Unvordenkliche Verjährung	467 f	— Vereinsvermögen	115 f
Unwirksame Rechtsgeschäfte	444	— Verfassung	115 f
Unwirksame Vereinsbeschlüsse	102 f	— vor 1900 entstandene	
Unwirksamkeit bei Veräußer-		Vereine	124 f
ungsverbotten	275 ff	Verjährung	467 ff
Urheber und Verleger	368	Verjährung, Hemmung	486 f
Urheberrechte	14, 280 f	Verjährung, Unterbrechung	488 ff
Urkunden	162	Verfügung	8 ff, 275 ff, 279 ff, 533 f
Urkunden, Abhandenkommen		Verfügung des Nicht-	
und Haftung des Justizfiskus	335	berechtigten	447, 453 ff
		Verfügung im Wege der	
Waterschaft, f. Anerkenntnis		Zwangsvollstreckung	10 ff
Veränderte Umstände	226 f	Verfügungsbeschränkungen	158 ff
Veräußerungsverbote	158 ff, 276 ff	Verjährungsfristen	463 ff, 475 ff
Verbotene Rechtsgeschäfte	270 ff	Verkäufe an Sonntagen	270
Verbrauchbare Sachen	167	Verkehrsauffassung	163
Verbrauchbare Sachen als Zu-		Verkehrssitte	366, 381
behör	171 f	Verkehrsunfähigkeit	145 f
Vereine, rechtsfähige	34 ff	Verlagsverträge	205, 368
— Auflösung	107	Verlöbniß	145 f, 191 f, 335, 531
— Ausschließung	104 ff	Vermittlungsagenten	241

Verpfändungsanzeige f. empfangsbed. Rechtsgeschäfte		Weinvorräte als Zubehör . . .	173
Verschollenheit	37	Wesentliche Bestandteile . . .	162 ff
Verschwendung	20	Widerruf der Vollmacht . . .	435 ff
Versicherungsagenten	417	Widersinnige Bedingungen . .	386
Versicherungsverträge	417 f	Widmungstheorie	467
Versteckter Diffens	229 f	Willenserklärung gegen- über jurist. Personen	53
Versteigerer	360 f	Willenserklärung, öffentl. Zustellung	263
Versteigerung	159, 359 ff	Willenserklärung, Wirksamwerden	258 ff
Vertrag, stillschweigende	336 f	Windscheids Lehre v. d. Voraussetzung	226, 381 f
Verträge	2, 335 ff	Wirkung der Verjährung	495 ff
Verträge, beschränkt Geschäftsfähiger	192 f	Wirtschaftsvereine	46 ff
f. a. Gute Sitten, Inhaltsverträge, still- schweigende, Antrag, Ergänzung von Verträgen		Wohnsitz	23 ff
Verträge, Auslegung	363 ff	Wohnsitz im Steuerrecht	28 ff
Verträge, öffentlich-rechtliche . .	337 f	Wohnsitzverbot, Vertrag mit W.	305 f
Vertragslücken, Ausfüllung	364 f	Wohnung	28
Vertragsstrafe	286, 476	Wuchergeschäft	321 ff, 551 f
Vertragsverhältnis	63 f		
Vertretbare Sachen	161	Zahlung von Geld, Rechtsnatur	9
Vertretung f. Stellvertretung		Zahlung von Geld, Rechtzeitigkeit	464 f
Verzeihung	2	Zahnärzte, Verkauf der Praxis	288 ff
Verzicht	495	Zeitbestimmung	461 ff
Vizewirt	401	Zeitrechnung	461
Volkschullehrer	90 ff	Zirkusgebäude, Miete und Krieg	371
Volljährigkeit	16 ff	Zivilkomputation	461
Volljährigkeitserklärung	16 ff	Zivilrechtlicher Notstand	513 ff
Vollmacht	380, 416, 423 ff	Zubehör	168 ff, 175 ff
Vollstreckungsrichter, Haftung des Justizfiskus	80 ff	Zugehen einer Willens- erklärung	259 ff
Voraussetzung, Lehre von der	226, 381	Zukünftige Rechte	383
Vorgärten	157	Zusammenstoß von Kriegs- schiffen	73 f
Vormund	207	Zuschlag	359 f
Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung	12 f, 192 ff, 389	Zustellung des Gerichts- vollziehers	85 f
Vorname	33 f	Zustellung des Postboten	75
Vorräte als Zubehör	174	Zustellung, öffentl. Z. bei Willenserklärungen	263
Vorverhandlungen	345 ff	Zustimmung	9 f
Vorverträge	347 ff	Zustimmung zum Ehebruch . . .	2 f
Vorverträge, Form	254 f	Zwangsarbeit von Gefangenen	78
Wagen als Zubehör	169	Zwangsversteigerung von Grundstücken und Zubehör . .	176 ff
Wappenrecht	32 ff	Zwangsversteigerung und Anfechtung	224 ff
Warenlager	162	Zwangsvvertretung	404 f
Wasser	145	Zweigniederlassung, Direktoren einer Z. als Vertreter	541
Wassergesetz	338		
Wasserläufe	145		
Wasserrohre, Absperrn der W.	344		
Wasserlieferungsverträge	145 f		
Wasserwerke, städtische und Anschluß-Zwang	341		
Wegerecht	469		