Blätter

für

Rechtsanwendung.

Gegründet

von

Johann Adam Seuffert und Christian Carl Glück.

Unter Mitwirkung von Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und Dr. Th. Engelmann, Kgl. Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

LXXI. Band.

Nürnberg 1906.
Verlag von U. E. Sebald.

Register

zum

einundsiebzigsten Bande der Blätter für Rechtsanwendung.

(Die Ziffern bezeichnen die Seitenzahl.)

I. Alphabetisches Register.

A.

Ablömmling, Berechnung des Pflichtteils 269.
Ablehnung eines Richters 214.
Ablieferung von Waren 168.
Absonderungsrecht im Konkurse: Verzicht des Hypothekgläubigers auf das A. 211.
Abtretung der Forderung: Bewertung von Verträgen über A. von Erbanteilen 178.
— Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots 437.
Agent: Eintritt des Anspruchs auf Provision 138.
Aktiengesellschaft: Zusatz zur Firma bei Bezeichnung von Zweigniederlassungen 631.
— Uebertragung des Gesamtvermögens einer inländischen A.-G. auf eine ausländische 710.
Alimentationsvertrag eines Minderjährigen, Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung 655.
Allgemeine Gütergemeinschaft: Haftung eines Ehegatten nach Beendigung der G. 167.
— Dispositionsbefugnisse der Ehefrau 170.
Amtsvergehen, siehe „Unterschlagung, Urkundenunterdrückung".
Anerkenntnis eines Anspruchs 610.
Anerkennung der Vaterschaft: Vormerkung im Standesregister 607.
Anfechtung der Ehe 310.
— Einfluß der Anfechtbarkeit einer Ehe auf Straf- und Strafprozeßrecht 541.
— einer einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung 280.
— wegen Irrtums 33, 299.
Anfechtungserklärung: Erfordernis der Bestimmtheit 414.
Ankaufen: Verbot des A. oder Feilbietens von Gold- und Silberwaren im Umherziehen 130.
Ankündigung dem Publikum gegenüber und öffentliche A. 125.
Annuitäten: Zahlung von A. vor Anlegung des Grundbuchs 266.
Annuitätenhypothek: Wesen; Entstehung von Eigentümerhypotheken bei A. des bisherigen Rechts 712.
Arglistige Täuschung: Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen a. T. 30.
Armenrecht: Unzulässigkeit der Aussetzung der Entscheidung über ein A.-Gesuch 657.
Aufforderung an einen schon zur Tat Entschlossenen 415.
Aufrechnung: Unzulässigkeit der A. gegen eine Alimentenforderung 584.
— einer Forderung gegen den Gemeinschuldner 609.
— im Prozeß 610.
Auslagen der Rechtsanwälte: Erstattungsfähigkeit von Trambahnauslagen 165.
Ausschließung von Gerichtspersonen 214.
Ausspielung: Veranstalter; subjektiver Tatbestand; A. mittels Ringschleuderapparates 222.
Auswahlkauf 693.

B.

Bank: Rechtliche Natur der k. bayerischen Bank und ihrer Filialen 122.
Bau: Haftung des Bauherrn für fahrlässige Bauausführung 551.
Baudarlehen: Zulässigkeit der Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung von B. 659.
Baukapital: Rangausweichung für ein B. 223.
Baukapitalsvertrag: Wesen und Wirkung 223.
Baupolizei: Beginn der Verjährung bei baupolizeilichen Uebertretungen 488.
Bauunternehmer: Vergütung 461.
— Verantwortlichkeit 476.

Beamte: Zum Kündigungsrecht des B. 565.
Beamteneigenschaft i. S. des StGB. 529.
Beförderungsvertrag: Abnahme des Werkes 135.
Begünstigung: Tatbestand 447.
Beihilfe, Begriff der 581.
Belag i. S. des § 351 StGB. 528.
Beleidigung: Wahrnehmung berechtigter Interessen beim Erheben des Vorwurfs einer Straftat 226.
— Begriff der Behauptung und Verbreitung einer Tatsache 299.
— Unerheblichkeit des Ortes bei Wahrung berechtigter Interessen 329.
Berufsgenossenschaft: Geltendmachung der Ersatzansprüche 597.
Berufung in Civilsachen: Unzulässigkeit der B. wegen nicht ordnungsmäßiger Ladung 227.
— Unzulässigkeit der Berufung gegen ein Zwischenurteil nach § 303 CPO. 298.
— Erfordernis der Einwilligung des Gegners in die Erhebung eines neuen Anspruchs 611.
Beschlagnahme des Arbeitslohnes für Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder 429.
— urteilsgemäß einzuziehender Gegenstände 457.
Beschwerde in Civilsachen: Abhilfe auf unzulässige Beschwerde 331.
— — Wert des Beschwerdegegenstandes 361.
— — Irrige Bezeichnung des Beschwerdegerichts 479.
— — Zulässigkeit der weiteren B. wegen Verstoß gegen § 1673 BGB. 480.
— — Formelle Voraussetzungen der Zulässigkeit 629.
— in der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Kosten einer vom Vormund eingelegten B. 21.
— — Legitimation zur B. gegen Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts 655.
Besitzveränderungsabgabegesetz: Begriff der „Veränderung im Besitz" 321.
Besitzveränderungsgebühr: Fälligkeit bei bedingten oder ungültigen Rechtsgeschäften 316.
Betriebsunternehmer: Haftung des 597.
Betrug durch Benützung der Eisenbahn ohne Fahrkarte 130.
— durch Vorspiegelung geringerer Bestellungen 626.
Bevollmächtigter: Verletzung der dem B. als solchem obliegenden Pflichten 387.
Beweisaufnahme im Strafprozeß: Verlesung polizeilicher Ermittelungen 65.
Beweislast im Rechtsstreit über Grundbienstbarkeiten 361.
Beweislast bei einem teils klagbaren, teils unklagbaren Wechsel 577.
Beweismittel, herbeigeschaffte, im Sinne des § 244 StPO. 60.
Bierlieferungsvertrag: Eintritt des neuen Inhabers einer Wirtschaft 49.
Bilanz: Verpflichtung zur Aufstellung einer B. bei Uebergang vom Klein- zum Großbetrieb 292.

D.

Darlehen: Vereinbarung über die Tilgung einer Darlehensschuld des Wirtes an den Brauer 47.
Deckungsgeschäft: Benachteiligungsabsicht bei D. 675.
Diebstahl: Beisichführen geeigneter Waffen 416.
— Irrtümliche Annahme des Eigentums eines Angehörigen 521.
Dienstbarkeit: Verlustgefahr nicht gebuchter D. 287.
Dienstliches Geschäft: Begriff 66.
Distriktsverwaltungsbehörde: Einigung der Beteiligten zu Protokoll der D. im Zwangsenteignungsverfahren 393.
Doppelehe: Versuch der D. 188.
Drohung: Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen D. 30.
— i. S. des § 153 Gew.-Ordn. 489.

E.

Ehe: Voraussetzungen der Eheschließung nach russischem Recht 202.
— Nichtigkeit und Anfechtbarkeit 310.
— Einfluß der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit auf Strafrecht und Strafprozeßrecht 541.
Ehegatten: Aufforderung des schuldigen Ehegatten gem. § 1571 Abs. 2 BGB. 315.
Eheliche Gemeinschaft: Klage auf Aufhebung 311.
Ehemann: Bedeutung der Genehmigung einer Vollmacht der Frau durch den E. 630.
Ehemäkler: Klagbarkeit seiner Ansprüche nach B. LR. 577.
Ehesachen: Die Rechtsbehelfe in E., Klage auf Herstellung des häuslichen Lebens 301.
— Einstweilige Verfügungen in E. 313.
Ehescheidung: Gültigkeit der nach türkischem Recht einseitig erklärten Scheidung der E. 153.
— die Klage auf E. 305.
Ehevertrag: Wirkung eines vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen E. auf Zuwendungen für den Todesfall 197.
Eigenmacht, verbotene: Tatbestand des § 992 BGB. 385.
Eigentum: Rechtsschutz des E. an beweglichen Sachen 12.
— E.-Beschränkungen zu Gunsten bestehender Waldungen 517.

Eigentumsvorbehalt: Gefahrübergang beim E. 139.
Eigentümerhypothek: Geltendmachung der dem Eigentümer zufallenden H. zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hyp. 69.
— Pfändbarkeit künftig entstehender E. 140, 161, 162, 163, 243, 254, 478.
— E.-Fähigkeit der Kautionshypothek 230, 235, 239, 256.
— Die E. des BGB. und ihre Einwirkung auf den bestehenden Rechtszustand in Bayern 245.
— Eintragung der Pfändung einer E. 299.
— Entstehung von E. bei Annuitätenhypotheken des bisherigen Rechts 712.
Einrede des nicht erfüllten Vertrags 138.
Einstellung, vorläufige, des Verfahrens bezüglich einzelner Straffälle 533.
Einstweilige Verfügung: Zuständigkeit zur Entscheidung über den Widerspruch 229.
— in Ehesachen 313.
Eisenbahn: Betrug durch Benützung der E. ohne Fahrkarte 130.
— Gefährdung eines Eisenbahntransports 581.
Elterliche Gewalt: Unzulässigkeit der nachträglichen Ausschließung des elterlichen Verwaltungsrechtes bei freigebigen Zuwendungen 195.
Eltern: Aufsichtspflicht 109.
— Gerichtliche Bestrafung wegen Nichtanhaltens ihrer Kinder zum Schulbesuch 423.
Empfehlung, Haftung aus einer E. 2.
Entmündigungsverfahren: Anwaltsgebühren im E. 138.
Entschädigung, siehe „Schadensersatz".
Erbbaurecht: Sachliche Erfordernisse 452.
Erbengemeinschaft: Umschreibung im Nachlasse befindlicher Grundstücke auf die E. 454.
Erbschaftsausschlagung: Nachträgliche Zustimmung des Vormundschaftsgerichts 107.
Erbschein: Bezeichnung des veräußernden Miterben 170.
Erbvertrag: Eröffnung 296.
Erpressung: Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils 183.
— E. oder Vergleichsvorschlag? 523.
Ersatzansprüche einer Berufsgenossenschaft gegen den Schadensurheber 597.
Ersetzungsbefugnis des Käufers als Gläubigers 690, 695.
Erwerber: Begriff 645.
Erziehung von Kindern aus geschiedener Ehe, Uebergangsrecht 101.
Erziehungsrecht der Eltern (g. R. und B. LR.) 106.

F.

Facultas alternativa des Käufers als Gläubigers 690, 695.
Fahrlässige Körperverletzung: Begriff 128, 355.
Fahrlässigkeit bei Ratserteilung 10.
— eines Richters bei Auslegung eines Gesetzes 600.
— Begriff 651.
Falsche Anschuldigung: Zurücknahme einer Anzeige vor Abgabe an die Behörden 64.
Feilbieten i. S. der Gew.-Ordn. 129, 160.
— Verbot des Ankaufens oder F. von Gold- und Silberwaren im Umherziehen 130.
— geistiger Getränke an öffentlichen Orten 583.
Feilhalten i. S. des Süßstoffgesetzes 62.
Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe 311.
Firma: Benützung einer F. in abgekürzter Gestalt 298.
— Erlöschen durch Nichtgebrauch 299.
— Zusatz zur F. bei Bezeichnung von Zweigniederlassungen einer Aktiengesellschaft 631.
Fleischbeschau: Minderwertiges Fleisch i. S. des F.-Gesetzes 392.
Forstfrevel: Entwendung abgefallener Fichtenzapfen 201.
Fortgesetztes Vergehen beim Betrug 446.
Fragestellung, alternative, an die Geschworenen 123.
Früchte: Auf ein Nachbargrundstück fallende 516.

G.

Gastwirt: Haftung für vorausgesandtes Gepäck 632.
Gebühren der Rechtsanwälte: eines von Amts wegen bestellten Verteidigers 25.
— — im Entmündigungsverfahren 138.
— — keine Begründung der Verhandlungsgebühr durch Stellung der reinen Anträge 442.
— — Inkassogebühr und Vergleichsgebühr 635.
— von Zeugen und Sachverständigen: eines Amtstierarztes 65.
— — Verjährung der G.-Ansprüche 148.
— — Festsetzung im Privatklageverfahren 489.
— nach dem Bayerischen Gebührengesetz: für eine Notariatsurkunde; Voraussetzung der Schuldung 125.
— — Anrechnung nach Art. 121 Gebührengesetz 126.
Gebührenstreitigkeiten: Zuständigkeit der Oberlandesgerichte im Gebühren-Beschwerdeverfahren 220.
Geleit: Zum Begriff des sicheren G. 173.
Gemeinden: Oertliche Verzehrung als Voraussetzung örtlicher Besteuerung 330.
Gemeindenutzungsrecht: Anspruch darauf; Uebertragung; Häufung mehrerer Nutzungsrechte in einer Person 484.

Gemeinschaftlichkeit: i. S. des StGB. 160.
Gerichtsverfassungsgesetz: Wirkungen der Novelle vom 5. Juni 1905 34.
Gerichtsvollzieher: Zuständigkeit zur Zustellung von schriftlichen Willenserklärungen 127.
Gesamthypothek: Uebernahme 681.
Geschworene: Verfahren bei Bildung der Geschworenenbank 43.
— Verkehr mit den G. 295.
Gesellschaft: Begriff der G. und des G.-Vertrags 618.
Gesellschaft mit beschränkter Haftung: Sachübernahme 141.
Gesetz: Bezugnahme auf die G. 367.
Gesetzlicher Vertreter: Verschulden 380.
Gewalt i. S. des StGB. 159.
Gewerbebetrieb im Umherziehen: Begriff der „vorgängigen Bestellung" 330.
— — Aufsuchen von Warenbestellungen ohne vorgängige Bestellung 362.
— Erfordernis der Legitimationskarte bei Ausübung stehenden G. 422.
— Beurteilung des Umfangs eines G. 611.
Gewerbegericht: Klagenverbindung im Verfahren vor den G. 368.
Gewerberecht: Feststellung der realrechtlichen Natur eines Gewerbes 604.
Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz: Unkenntnis des Unternehmers vom Unfall eines Angestellten 167.
Gläubigerbenachteiligung: Absicht der 139, 167.
Gotteslästerung: Subjektiver Tatbestand 416.
Grenzabstände bei Feld- und Waldgrundstücken 509.
Grenzbaum: Eigentums- und Nutzungsrechte 508.
Grenzstein: Zum Begriff 152.
Grober Unfug: Begriff 581.
Grundbuch: Eintragung der Pfändung einer Eigentümerhypothek 299.
— Einsicht durch den Stadtmagistrat München hinsichtlich ungelöschter Ewiggelder 394.
— Vormerkung und Zuschlag 408.
— Bezeichnung des Grundstücks behufs Eintragung 557.
Grundbuchamt: Geschäftsverkehr zwischen G. und Nachlaßgerichten 115.
— Berechtigung des Notars zur Beschwerde gegen Entscheidungen des G. 266.
— Erklärungen zu Protokoll des G. 474.
— Identitätsfeststellung durch den Grundbuchbeamten 575.
— Erteilung einer Bescheinigung über den Rang eines Rechts 708.
Grunddienstbarkeit: Eintragung nicht gebuchter G. 287.
— Beweislast im Rechtsstreit über G. 361.
Grundschuld: Verwandlung der Hypothek in G. 713.
Grundstücke, vereinigte 131.
— Voraussetzungen der freihändigen Veräußerung 205.
— Haftung des G. nach dem Hypothekengesetz und dem BGB. 241.
— Vereinigung mehrerer G. Zuständiges Amtsgericht 419.
— Beurkundung der Eigentumsübertragung, Aufrechterhaltung des § 313 BGB. 670.
— Rechte an G.; Einfluß der Rangänderung 708.
Guter Glaube auf Grund der Eintragungen in das Hypothekenbuch und Grundbuch 418.
— des Erwerbers nach dem BGB. 645.
Gute Sitten: Verstoß eines Vertrags zur Verkürzung des Bezirksagenten gegen g. S. 133.
Gütergemeinschaft, siehe „allgemeine G."
Gütertrennung: Zwangsvollstreckung bei G. 167.

H.

Haftpflicht: Eigenes Verschulden des Verletzten; des gesetzlichen Vertreters 380.
— des Betriebsunternehmers 597.
Haftung des Grundstückeigentümers wegen Duldung der Beeinträchtigung 139.
— des Gastwirts für vorausgesandtes Gepäck 632.
Handelsregister: Eintragung der Uebertragung des Gesamtvermögens einer inländischen A.-G. auf eine ausländische 710.
Handlungsreisender: Umfang der Vollmacht des H. 150.
Hausfriedensbruch: Erfordernis des übereinstimmenden Willens beim gemeinschaftlichen H. 160.
— Eindringen in einen Hausgarten ohne besondere Einfriedigung 489.
Hehlerei: Bestrafung des Hehlers ohne jene des Haupttäters 64.
— Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes bei H. 124.
— Begriff des Verheimlichens 532.
— des Ehegatten des Haupttäters; eheliches Güterrecht 707.
Heilsarmee, eine „Religionsgesellschaft" i. S. des StGB. 522.
Hinterlegung: Unzulässigkeit einer Vollstreckungshypothek auf Grund Verurteilung zur H. 166.
Hundegebühren-Gesetz: Wohnsitz des Hundebesitzers, Unterlassung rechtzeitiger Anmeldung 583
Hypothekenbank: Anwendbarkeit des § 1179 BGB. auf Annuitätenkapitalien der H. 248.

Hypothekenwesen: Konkurrenz der an Stelle der Kautionshypothek tretenden Eigentümerhypothek mit der Haupthypothek 69.
— Beurkundung von Löschungserklärungen 116.
— Rangausweichung für ein Baudarlehen 223.
— Entwurf eines Gesetzes, betr. die Ueberleitung von Hypotheken 233, 258.
— Haftung des Grundstücks nach dem Hypothekengesetze und nach BGB. 241.
— Rechtsunwirksamkeit der Zustimmung des Vormunds zur Löschung einer Hypothek ohne Genehmigung 376.
— Eintragung einer Hypothek bayr. Rechts als Buchhypothek in das Grundbuch 395.
— Die Kosten der hypothekarischen Klage 398.
— Eintragung von Hypotheken auf noch nicht eingetragenen Fischereirechten 558.
— Hypothekbestellung seitens des Bevollmächtigten auf Grundstücken des Vollmachtgebers 559.

J.

Jagd: Begriff der Jagdausübung i. S. des StGB. 160, 487.
— Töten aufsichtslos umherstreifender Hunde 420.
— „Hausgarten" und „umschlossenes Grundstück" i. S. des Art. 2 des Jagdges. 487.
Identität der Tat: Verfolgung wegen Hehlerei nach Verurteilung wegen Gewerbeübertretung 190.
Identitätsfeststellung durch den Grundbuchbeamten 575.
Inhaberpapier: Beanstandungsrecht des Ausstellers dem Präsentanten gegenüber 29.
Internationales Privatrecht: Partikulare Staatsverträge 333.
Irrtum: Anfechtung wegen J. 33, 299.
— des Auffordernden hinsichtlich der Strafbarkeit der Tat 188.
— im Strafrecht 521.
Juristentag, der 28. deutsche 586.

K.

Kauf: Zahlung mittels Accepts 611.
— mit Umtauschklausel 685.
Kaufmannsgericht: Klagenverbindung im Verfahren vor dem K. 368.
Kaufvertrag: Streitwert bei Rückgängigmachung von K. 579.
Kautionshypothek: Selbständigkeit der Zinsen- und Kosten-K. 160.
— Uebergang in Höchstbetragshypotheken 161.
— Eigentümerhypothekfähigkeit der K. 230, 235, 239, 256.
— Umwandlung in Hypotheken neueren Rechts 260.
Kinderarbeit: Beschäftigung von Kindern im Wirtschaftsbetrieb 63.
Klageantrag: die Fassung des K. 99.
Klageerhebung: Abgabe einer Willenserklärung i. S. des § 193 BGB. ? 574.
Klagenverbindung im Verfahren vor dem Gewerbe-, bezw. Kaufmannsgerichten 368.
Koalitionsfreiheit: Strafbare Einwirkung auf den Willen eines anderen 529.
Kommunmauer: Voraussetzungen des Ablösungsanspruchs 71.
Konkurs: Verzicht des Hypothekgläubigers auf das Absonderungsrecht im K. 211.
— Teilnahme am Vergehen nach § 240 Ziff. 3 u. 4 KO. 292.
— Aufwand übermäßiger Summen 450.
— Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Verwalter 490.
— Eröffnung eines zweiten K. auf Antrag eines am ersten K. beteiligten Gläubigers 562.
— Aufrechnung einer Forderung gegen den Gemeinschuldner 609.
Kosten in Civilsachen: Festsetzung der Vollstreckungskosten 165.
— Inkassogebühr und Vergleichsgebühr des Rechtsanwalts 635.
Kosten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit: einer vom Vormund eingelegten Beschwerde 21.
Kosten in Strafsachen: Ersatz der notwendigen Auslagen des Freigesprochenen 58, 458.
— Umfang der Kostenpflicht 447.
Kostenfestsetzung auf Grund der Entscheidung im Kostenpunkt 226.
Körperverletzung zum Zwecke der Ausübung des Hausrechts 67.
— Gemeinschaftliche K. 532.
Kraftfahrzeug: Oberpolizeiliche Vorschriften über den Verkehr mit K. 715.
Krankenversicherung: Ende des Anspruchs auf Krankenfürsorge für einen Betriebsverletzten 435.
Kunststraße: Einrichtung des die K. befahrenden Fuhrwerks 199.
Kündigung: zum Kündigungsrecht des Beamten 565.

L.

Ladung: Unzulässigkeit der Berufung wegen nicht ordnungsgemäßer L. 227.
— des Vertreters des Nebenklägers 628.
Landfriedensbruch: objektiver und subjektiver Tatbestand 44.
Lohnbeschlagnahme für Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder 429.
Lotterie: Rechtliche Natur der Serienlosgesellschaften: keine Eigentumsübertragung an den Losen 617.

M.

Mahnung, Erfordernis der 579.
Maklervertrag: Klagbarkeit der Ehemaklergebühr 577.
Meineidsverleitung: Tatbestand 185,

Miete: Anwendbarkeit von Zwang seitens des Vermieters 320.
Mildernde Umstände: Antrag auf Zuerkennung m. U., Entscheidung hierüber 355.
Miterbe: Bezeichnung des veräußernden M. im Erbschein 170.
Mittäterschaft: Intellektuelle Mitwirkung 159.
— bei Wucher 389.
— Objektiver und subjektiver Tatbestand 420.
Mord: Idealkonkurrenz zwischen M. und Raub mit Todesfolge 522.
Musterschutz: Tatsächlicher Irrtum bei der Nachbildung eines Gebrauchsmusters 354.

N.

Nachbarrecht: Feld- und Wald-N. in Bezug auf Pflanzungen 508.
Nachdruck: Veranstalter 124.
Nachlaßgericht: Geschäftsverkehr zwischen Grundbuchämtern und N. 115.
— Zuständigkeit zur Beurkundung von Löschungserklärungen 116.
— Eröffnung des Testaments an alle Beteiligten 450.
Nachlaßverwaltung: Abzugsfähigkeit der Kosten der N. bei Berechnung des Pflichtteils 384.
— Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Nachlaßverwalter 490.
Nahrungsmittelfälschung durch Beimengung von Neigbier 128.
— Subjektiver und objektiver Tatbestand 189.
— „Herstellen" von Nahrungsmitteln: Versuch oder Vorbereitungshandlung 553.
Nahrungsmittelgesetz: Verdorbenes Fleisch i. S. des N. 392.
Nebenintervention, Kosten der 681.
Nebenkläger: Ladung des Vertreters des N. 628.
Ne bis in idem siehe „Identität der Tat" 190.
Nichtigkeit der Ehe 310.
— Einfluß der N. auf Straf- und Strafprozeßrecht 541.
Notar: Zuständigkeit zur Bewirkung öffentlicher Beurkundungen 116.
— Berechtigung des N. zur Beschwerde gegen Entscheidungen des Grundbuchamts 266.
— Haftscheine der Notare keine öffentlichen Urkunden 388.
Notariatsurkunde: Voraussetzung der Schuldung einer Gebühr für eine N. 125.
— Voraussetzungen für die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung 126.
Notarielle Beurkundung: Unrichtigkeit in den Angaben 700.
Notwehr: Ueberschreitung der N. 523.
— Art und Maß der Verteidigung 532.

O.

Oberlandesgericht: Zuständigkeit im Gebühren-Beschwerdeverfahren 220.
— Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde gegen Entscheidungen eines O. 331.
— Formelle Voraussetzungen der Zulässigkeit 629.
Oberpolizeiliche Vorschriften zum Schutze der bei Bauten beschäftigten Personen 424.
— über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen 715.
Objektives Strafverfahren: Voraussetzungen 386.
Offenbarungseid: Offizialprüfung der Verpflichtung zu nochmaliger Eidesleistung 164, 374.
— Prüfung der Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Eidesleistung 371.
— Oeffentlichkeit in Offenbarungseidssachen 372.
— Schriftliche Einwendungen des Schuldners 374.
— Bestreitung der Verpflichtung nach Erlaß des Haftbefehls 375, 668.
— Zulässigkeit der Eidesleistung vor Vollzug des Haftbefehls 376.
Ortspolizeiliche Vorschriften zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung 159.
— — Prüfung der Gültigkeit durch den Strafrichter 534.
Oeffentliche Straße: Begriff 421.
— — Herstellung der Trottoirs durch die Hausbesitzer 421.
Oeffentliche Urkunden i. S. der CPO. und des StGB. 356.
— Haftscheine der Notare keine ö. U. 388.

P.

Parteien, ihre Bezeichnung im Urteil 637.
Personenbeförderungsvertrag: Verjährung von Ansprüchen aus einem P. 119.
Personenstand, siehe „Standesregister".
Personenstandsunterdrückung: objektiver und subjektiver Tatbestand 45.
Pfandrecht des Vermieters: Strafrechtlicher Schutz? 179.
Pfändung: Unzulässigkeit der Pf. künftiger Eigentümerhypotheken 140, 161, 162, 163, 243.
— des Arbeitslohnes 429.
— Zulässigkeit der Pf. des Anspruchs auf Auszahlung von Baudarlehen 659.
Pflegschaft: Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zur Bestimmung des Umfangs einer Pf. 25.
— Aufhebung 27.
— Beschwerde gegen Ablehnung der Einleitung der Pfl. über einen Abwesenden 425.

Pflichtteil: Berechnung des P. eines Abkömmlings 269, 397.
— Abzugsfähigkeit der Nachlaßverwaltungskosten bei Berechnung des P. 384.
Philosophie: Beziehungen der Rechtswissenschaft zur Ph. 493.
Post: „Postbotenfahrten" und „ordentliche Posten"; Umfang der Haftpflicht des Postfiskus 682.
Presse: Begriff des „verantwortlichen Redakteurs" 290.
— Falsche Angabe des Wohnorts des Redakteurs 424.
— Angabe von Name und Wohnort des Druckers; Verantwortlichkeit dafür 583.
Produzent: Begriff 362.
Promessengeschäft, zur Lehre vom 613.
Protokoll: Verlesung und Unterschrift von P. 216.
Provision: Eintritt des Anspruchs des Agenten 138.

R.

Rangänderung: Einfluß auf Zwischenrechte 708.
Rangeinräumungsrecht d. Schuldners; Wirkungen desselben 236, 259.
— Verzicht auf das R. 247.
— rechtliche Natur 255.
Rat, Haftung aus einem R. 2.
Raterteilung, Vertragsnatur der 40.
Raub mit Todesfolge: Idealkonkurrenz mit Mord 522.
Realität des Gewerbes; gerichtliche Konstatierung 604.
Rechtsweg: Unzulässigkeit des R. für Ansprüche wegen Herstellung des Straßenkörpers 324.
Rechtswissenschaft: Beziehungen der R. zur Philosophie 493.
Registergericht: Offizialtätigkeit des R. 170.
Reisende: Vergütung der Reisespesen 611.
Religionsvergehen: Subjektiver Tatbestand der Gotteslästerung 416.
— Beschimpfung der Heilsarmee 522.
Renten: Verurteilung zur Rentenzahlung für die Zukunft 380.
— Zeitliche Begrenzung der Rentenzahlung 580.
Revision in Civilsachen: wegen Verletzung von Hausgesetzen 194.
— in Strafsachen: wegen vorübergehender Abwesenheit des Verteidigers 42.
— — Entscheidung über die Gültigkeit eines Revisionsverzichts 582.
Richter: Fahrlässigkeit eines R. bei Auslegung eines Gesetzes 600.
Rücktritt von einem bedingten Vertrag 610.

S.

Sachbeschädigung: Subjektiver Tatbestand 159.
— S. durch Umlegen eines Zaunes 420.
— Töten umherstreifender Hunde durch den Jagdberechtigten 420.
— Begriff 489.
Sachübernahme bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung 141.
Sachverständige: Verjährung ihrer Ansprüche wegen Gebühren 148.
Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags 77.
Schadensersatzanspruch: Entschädigungsansprüche aus Arbeitskämpfen 549.
Schadensersatzpflicht aus erlaubten Handlungen 358.
Schankwirtschaft: Konzessionspflicht für Vereine 129.
Schenkung: Ausschluß von Rückforderung und Widerruf 662.
Schiedsgericht: Auslegung einer Sch.-Klausel 578.
Schwurgericht: Bildung der Geschwornenbank 43.
— Verkehr mit den Geschworenen 295.
Sicherungshypothek: Eintragung einer S. für vollstreckbare Erhebungsanweisungen im Verteilungsverfahren 455.
Sittliche Pflichten und Anstandsrücksichten 661.
Sonntagsruhe: Störung durch Dulden von Arbeit 330.
Sorge für die Person des Kindes: für Kinder aus geschiedener Ehe 169.
Spezifikationskauf 694.
Sprengung: Beachtung der erforderlichen Vorsichtsmaßregeln bei Sprengungen 535.
Standesregister, intellektuelle Urkundenfälschung daran 45.
— Beurkundung des Vaterschaftsanerkenntnisses 607.
— Berichtigung der Beurkundung der Vornamen im Geburtsregister 654.
Strafantrag: Stellung durch den Stellvertreter 522.
Strafkammer: Berufungs- oder erste Instanz im Falle des § 369 Abs. 3 StPO.? 478.
Strafmilderungsgründe 343, 348.
Strafverschärfungsgründe 343, 349.
Strafvollstreckung: Verhaftung behufs St., Berechnung der Strafzeit 56.
Streik: Streikpostenstehen und Straßenpolizeirecht 168.
Streitwert: bei Klage auf Ausstellung eines Zeugnisses 561.
— bei Rückgängigmachung von Kaufverträgen 579.

Subhastation: Antrag des Ansteigerers auf Berichtigung des Besitztitels 69.
— Umschreibung des Eigentums am subhastierten Grundstück 455.
— Bedeutung des Abschlusses des Verteilungsplans 677.

T.

Teilnahme: Einfluß persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der T. 342.
Testament: Eröffnung des T. an alle Beteiligten 450.
— Erfordernisse einer mündlichen Erklärung des Erblassers i. S. des § 2238 BGB.; Anwesenheit der mitwirkenden Personen 602.
— Unrichtigkeit der Datierung beim eigenhändigen T. 706.
Theorien der Eigentümerhypothek 249.
Tierarzt: Gebühren eines Amts-T. 65.
Totalisatorgesetz: Zugänglichmachung der Aufforderung zu wetten an eine unbestimmte Personenzahl 556.
Transportgefährdung, Handlungsunfähigkeit des Täters 63.
— siehe auch „Eisenbahn".
Türkisches Recht: Gültigkeit der nach t. R. einseitig erklärten Scheidung der Ehe 153.

U.

Ueberhang: Rechte und Pflichten bez. des Ue. 516.
Ueberleitung von Hypotheken, Entwurf eines Gesetzes 233, 258.
Ueberweisung an das zuständige Gericht; Einfluß der Novelle zum GVG. vom 5. Juni 1905 554.
Umtauschklausel beim Kauf 685.
Unbescholtenheit i. S. des § 1300 BGB. 648.
Uneheliches Kind: Anwendbarkeit des § 361 Ziff. 10 StGB. auf den Vater 145.
— Vollstreckbare Ausfertigung der Unterhaltsverträge 191.
— Wohnsitz eines u. K. Uebergangsrecht 418.
— Lohnbeschlagnahme zu Gunsten der Unterhaltsansprüche gegen den Vater 429.
Unerlaubte Handlung: Haftung des Auskunftserteilers aus einer u. H. 4.
Unfallversicherung: Ende des Anspruchs auf Krankenfürsorge mit Beginn der Unfallfürsorge 435.
Ungerechtfertigte Bereicherung: Ausschluß der Rückforderung des Geleisteten 662.
Unlauterer Wettbewerb: Antragsrecht von Aerzten 293.
— Begriff des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses 449.
Unterbrechung der Verjährung in Strafsachen 175.
Unterschlagung von Sammelgeldern 187.
— von amtlich vereinnahmten Geldern 296.
— Empfang von Geld in amtlicher Eigenschaft 627.
Untersuchungshaft: Anrechnung der U. bei Bildung einer Gesamtstrafe aus ungleichartigen Einzelstrafen 23.
Untreue des Inkassobevollmächtigten 187.
— U. an Geld und an Forderungen; Einwand der Ersatzbereitschaft 524.
— U. bei Vermischung fremden Geldes mit eigenem 627.
Unverwahrtes Licht: Begriff 266.
Unvorhergesehene Fälle 365.
Unzüchtige Schriften: Beurteilung des unzüchtigen Charakters bei wissenschaftlichen Werken 475.
Urkunden: Unrichtigkeit in der Angabe von Ort und Tag, in der Bezeichnung der Beteiligten und in der Widergabe der Erklärungen 700.
Urkundenfälschung: intellektuelle U. durch Bewirkung unrichtiger Beurkundung im Personenstandsregister 45.
— Unterzeichnung mit der Firma seitens eines ausgetretenen Teilhabers 184.
— „Fälschliche Anfertigung" 186.
— Absicht der Verschaffung eines Vermögensvorteils 526.
— Fälschung von Quittungen auf Postanweisungen 528.
Urkundenunterdrückung durch Beamte: Begriff des „Beiseiteschaffens" 152.
— — „Amtliche Zugänglichkeit": subjektiver Tatbestand 526.
Urteil: Bezeichnung der Parteien im U. 637.

V.

Vaterschaft, außereheliche: Beurkundung im Geburtsregister 607.
Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts: Hinweis durch Stellung einer Hilfsfrage 44.
— — Hinweis bei Hehlerei 124.
Veräußerung aus freier Hand, im Gegensatz zur V. in den Formen der Zwangsvollstreckung 207.
— Wirkungen der freihändigen V. auf Hypotheken 209.
Vereine: Konzessionspflicht zum Wirtschaftsbetrieb 129.
— Zuwendungen an einen nicht rechtsfähigen V. 611.
Verführung zum Beischlaf; Bescholtenheit 446.
Vergleich: Wirkung auf die Fortsetzung des Rechtsstreits 17.
— Erfordernisse eines gerichtlichen V. über Unterhaltsansprüche eines unehelichen Kindes 21.

Vergleich: Voraussetzungen eines „vor dem Gericht abgeschlossenen V." 635.
— Voraussetzungen i. des § S. 779 BGB. 674.
Verjährung in Civilsachen: V. der Forderung für den Ausbau eines Weges 19.
— der Ansprüche aus einem Beförderungsvertrag 119.
— der Gebührenansprüche von Zeugen und Sachverständigen 148.
— Ende der V.-Frist des § 490 BGB.; Unanwendbarkeit des § 193 BGB. auf V.-Fristen 714.
— der Strafverfolgung: die künstliche Unterbrechung der V. 175.
— — bei baupolizeilichen Uebertretungen 488.
Verlesen von Urkunden u. s. w. im Strafprozeß, siehe „Beweisaufnahme".
Verlöbnis in strafrechtlichem Sinn 46.
Vermögensverwaltung: Erfordernisse für die Entziehung 360.
Verpflichtung des Fuhrwerkbesitzers 138.
Versicherung: Haftung der Versicherungsgesellschaft für Handlungen ihrer Agenten 611.
Vertagungsanträge: Ablehnung 628.
Verteidiger: vorübergehende Abwesenheit des V. 42.
— Verhinderung des V. 629.
Verteilungsverfahren im Subhastationsverfahren: Eintragung einer Sicherungshypothek für vollstreckbare Erhebungsanweisungen 455.
— Bedeutung des Abschlusses des Verteilungsplans 677.
Vertrag: Haftung des Auskunftserteilers aus einem V. 4.
— Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen V. 77.
— Erfordernis der Einigkeit über die wesentlichen Punkte 167.
Vertragsstrafe: Beurteilung der Angemessenheit 612.
Verwahrlosung anvertrauter Kinder 159.
Vollmacht: Wirkung der Zustellungsvollmacht 67.
— Umfang der Vollmacht des Handlungsreisenden 150.
— Bedeutung der Genehmigung einer V. der Frau durch den Mann 630.
Vollstreckbare Ausfertigung: Voraussetzungen für die Erteilung v. A. einer notariellen Urkunde 126.
— Zuständigkeit zur Erteilung v. A. der Verträge über den Unterhalt unehelicher Kinder 191.
— Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Konkurs- und Nachlaßverwalter 490.
Vollstreckungshypothek: Unzulässigkeit einer V. auf Grund der Verurteilung zur Hinterlegung 166.
Vorbehaltsurteil: Geltendmachung von nach dem V. entstandenen Einwendungen 139.
Vormerkung, siehe „Grundbuch".
Vormund: Bewilligung einer Vergütung nach Beendigung der Vormundschaft 483.
Vormundschaftsgericht: Zuständigkeit des V. zur Bestimmung des Umfangs einer Pflegschaft 25.
— Nachträgliche Zustimmung zu einem einseitigen Rechtsgeschäft 107.
— Unzuständigkeit für die Regelung des Verkehrs der Mutter mit den Kindern beim Getrenntleben der Ehegatten 169.
— Zurücknahme der Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft 169.
— Erfordernis der Genehmigung des Alimentationsvertrags eines Minderjährigen 655.

W.

Wandergewerbesteuergesetz: Aufsuchen von Warenbestellungen „ohne vorgängige Bestellung" 362.
— Begriff des „Ankaufens" von Waren, des „gewerbsmäßigen" Betriebs 536.
Warenbezeichnungen: Gesetz zum Schutze der W.; Umfang des Ausdrucks „Waren der angemeldeten Art" 60.
— Verwechselungsgefahr von W.; nicht eintragungsfähige Farbenbezeichnung 555.
Wasserbenützung: Schadensersatzanspruch des Wasserbenützungsberechtigten 530.
Wechselakzept: Vermögensstück des Akzeptanten 526.
Wehrpflicht: Gesetzliche Beweisregel des § 475 StPO. 390.
Werkvertrag: Abnahme des Werkes beim Beförderungsvertrag 135.
Wetten bei öffentlichen Pferderennen 556.
Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung, Zuständigkeit 229.
— gegen eine Pfändung: Haftung bei erfolglosem W. 411.
Widerstand gegen die Staatsgewalt: Rechtmäßige Amtsausübung 185.
Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß: wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel 53.
— — wegen einer strafbaren Handlung 56.
Willenserklärung: Anfechtung einer einseitigen nicht empfangsbedürftigen W. 280.
— die Klagerhebung eine W. i. S. des § 193 BGB.? 574.
— die Verhinderung der Vollziehung 589.
Wohnsitz i. S. des Hundegebührenges. 583.
Wucher: Tatbestand des Sachwuchers 38.
— Geltendmachung der Nichtigkeit des wucherischen Geschäfts nach dessen Vollzug 37.
— Mittäterschaft bei W. 389.
Wurzeln, eindringende: Rechte u. Pflichten bez. der e. W. 516.

Z.

Zahlungseinstellung i. S. der Konkursordnung 609.
Zeugen in Strafsachen: Vernehmung des außer Verfolgung gesetzten Mitbeschuldigten als Z. 59.
— — Befragung eines Zeugen wegen Vorstrafen 389.
— — Wiederholte Vernehmung eines kommissarisch vernommenen Zeugen 390.
— — Zulässigkeit wechselseitiger Befragung von Zeugen 417.
— — Vernehmung des Untersuchungsrichters über frühere Aussagen zeugnisverweigerungsberechtigter Personen 477.
— — Gestellte Zeugen; Prüfung der Erheblichkeit ihrer Aussagen 527.
— — Verlesung von Zeugenaussagen 528.
Zeugeneid: Verweigerungsrecht des Z. nach Ablegung des Zeugnisses 139.
Zeugengebühren, s. „Gebühren".
Zeugnis: Streitwert bei Klage auf Ausstellung eines Z. 561.
Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts; Begriff der „anvertrauten Tatsache" 424.
Zollbefraudation: Subjektiver und objektiver Tatbestand 294, 319.
Zollpflichtigkeit: Erfordernis der Kenntnis 320.
Zurückbehaltungsrecht: Voraussetzung der Ausübung 584.
Zuschlag und Vormerkung 408.
Zustellung des in Abwesenheit des Angeklagten verkündeten Urteils 68.
Zwangsenteignungsverfahren: Erklärung der Einigung der Beteiligten zu Protokoll der Distriktsverwaltungsbehörde 393.
Zwangserziehung: Formelle und materielle Voraussetzungen 136.
Zwangsversteigerung zur Aufhebung einer Gemeinschaft; Beitritt eines Gläubigers 426.
— Umschreibung des Eigentums am subhastierten Grundstück 455.
— Feststellung des geringsten zulässigen Gebots 536.
Zwangsvollstreckung bei Gütertrennung 167.
— in in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken liegende Grundstücke 419.
— in Grundstücksanteile von Ehegatten 74,482.
— in Miteigentumsanteile an einem Grundstück 677.
Zweigniederlassung: Hypotheleintrag auf die Firma einer Z. 122.
— Zusatz zur Gesellschaftsfirma bei Bezeichnung von Z. 631.
Zwischenurteil: Unzulässigkeit der Berufung gegen ein Z. nach § 303 CPO. 298.

II. Systematisches Register.

A. Civilrecht.

I. Bürgerliches Gesetzbuch und Nebengesetze.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 12. Schutz des Namens des Firmeninhabers 298.
§ 119. Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen Irrtums 33, 299.
§ 123. Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen arglistiger Täuschung oder Drohung 30.
§§ 130 Abs. 1, 162. Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung 589.
§ 133. Unrichtige Beurkundung eines Kaufvertrags 701.
§ 138 Abs. 1. Vereinbarung über die Tilgung einer Darlehensschuld des Wirtes an den Brauer 47.
§ 138 Abs. 1. Unsittlicher Vertrag zum Nachteil des Bezirksagenten 133.
§ 138 Abs. 2. Tatbestand des Sachwuchers 38.
§ 143. Erfordernis der Bestimmtheit der Anfechtungserklärung 414.
§ 143. Abs. 4. Unmittelbar erlangter rechtlicher Vorteil 280.
§ 154. Erfordernis der Einigkeit über die wesentlichen Punkte eines Vertrags 167.
§ 160. Rücktritt von einem bedingten Vertrag 610.
§ 162. Verhinderung des Eintritts der Bedingung für den Umtauschkauf 694.
§ 164. Vertretungsmacht des Vormunds 23.
§ 181. Hypothekbestellung seitens des Bevollmächtigten auf Grundstücken des Vollmachtgebers 559.
§ 193. Abgabe einer Willenserklärung durch die Klageerhebung? 574.
§ 193. Unanwendbarkeit der Vorschrift auf Verjährungsfristen 714.
§ 196 Ziff. 1 u. 7. Verjährung der Forderung für den Ausbau eines Weges 19.
§ 196 Ziff. 17. Verhältnis der Vorschrift zu § 16 Geb.-Ordn. für Zeugen und Sachverständige 148.
§ 208. Anerkenntnis des Anspruchs 610.
§ 254. Eigenes Verschulden des Verletzten 380.
§ 273. Voraussetzung der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes 584.

§ 276 Abs. 1. Begriff der Fahrlässigkeit 651.
§ 278. Verschulden des gesetzlichen Vertreters 380.
§ 278. Haftung des Bauherrn dem beschädigten Nachbarn gegenüber 551.
§ 284. Erfordernis der Mahnung 579.
§ 313. Aufrechterhaltung der Vorschrift 670.
§ 320. Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegenüber der Mäklerlohnforderung 138.
§§ 325 u. 326. Schadensersatz wegen Nichterfüllung 77.
§ 343. Beurteilung der Angemessenheit einer Vertragsstrafe 612.
§§ 346 ff. Kauf mit Rücknahmeklausel 686.
§ 389. Aufrechnung während des Prozesses 610.
§ 394. Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Alimentenforderung 584.
§ 399. Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots 437.
§ 399. Zulässigkeit der Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung von Baudarlehen 659.
§ 433 Abs. 2. Zahlung mittels Accepts 611.
§ 446. Gefahrübergang bei Eigentumsvorbehalt 139.
§ 490. Ende der Verjährungsfrist 714.
§ 495. Kauf mit Rücknahmeklausel 686.
§ 516. Bereicherungsabsicht des Schenkenden 299.
§ 534. Ausschluß von Rückforderungen und Widerruf bei Schenkungen 662.
§ 559. Strafrechtlicher Schutz des Pfandrechtes des Vermieters 179.
§ 561. Anwendbarkeit von Zwang 320.
§ 570. Kündigungsrecht des Beamten565.
§ 631. Begriff des „Werkes" 121.
§ 632. Vergütung an Bauunternehmer 461.
§ 638. Anwendung der Verjährungsvorschrift auf eine Ratserteilung 40.
§ 638. Anwendbarkeit auf einen Personenbeförderungsvertrag 120.
§ 644. Abnahme des Werkes beim Beförderungsvertrag 135.
§ 656. Ehemäklergebühr; Eingehung einer Wechselverbindlichkeit 577.
§ 676. Haftung aus nachteiligem Rat und unrichtiger Empfehlung 4.
§ 688. Verwahrungsvertrag des Gastwirts 634.
§ 701. Haftung des Gastwirts für vorausgesandtes Gepäck 632.
§§ 705 ff. Zuwendungen an einen nicht rechtsfähigen Verein 611.
§ 770. Verweigerungsrecht des Bürgen zur Befriedigung des Gläubigers 33.
§ 779. Voraussetzungen eines Vergleichs 674.
§ 793. Verfügungsberechtigung des betrügerischen Inhabers 30.
§ 814. Ausschluß der Rückforderung des Geleisteten 662.
§ 823 Abs. 1. Forderungsrecht kein „sonstiges Recht" 596.
§ 832. Ersatzpflicht des Aufsichtspflichtigen 110.
§ 875. Löschungserklärungen zu Protokoll des Nachlaßgerichts 116.
§ 880. Einfluß der Rangänderung auf Zwischenrechte 708.
§ 890. Buchmäßige Voraussetzungen 131.
§ 890. Vereinigung mehrerer Grundstücke. Zuständiges Amtsgericht 419.
§§ 910, 911. Ueberhang, eindringende Wurzeln, Früchte 516.
§ 923. Rechte der Nachbarn an einem auf der Grenze stehenden Baum 508.
§ 925. Uebertragung des Gesamtvermögens einer inländischen Aktiengesellschaft auf eine ausländische 710.
§§ 933, 934. Guter Glaube des Erwerbers 645.
§ 948. Untreue bei Vermischung fremden Geldes mit eigenem 627.
§ 992. Subjektiver Tatbestand 385.
§ 1004. Haftung wegen Duldung der Beeinträchtigung 139.
§ 1006. Eigentumsvermutung zu Gunsten des Besitzers 13.
§ 1007 Abs. 1 u. 2. Recht des früheren Besitzers auf Herausgabe 13.
§ 1012. Sachliche Erfordernisse des Erbbaurechtes 452.
§ 1115. Hypothekeintrag auf die Firma einer Zweigniederlassung 122.
§ 1130. Uebergang von Kautionshypotheken in Höchstbetragshypotheken 161.
§ 1147. Befriedigung des Hypothekgläubigers aus dem Grundstück 399.
§ 1163. Eigentümerhypothektheorien251.
§ 1163. Eigentümerhypothek und Annuitätenhypothek 712.
§ 1176. Geltendmachung der dem Eigentümer zufallenden Hypothek zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden 70.
§ 1177. Verwandlung der Hypothek in Grundschuld 713.
§ 1178. Unanwendbarkeit der Vorschrift auf die Kautionshypothek 235.
§ 1179. Mangel des Rechtszwangs der Eigentümerhypothek 246.
§ 1179. Anwendbarkeit auf Annuitätenkapitalien der Hypothekenbanken 248.
§ 1227. Analoge Anwendung der Vermutung des § 1006 für das Bestehen eines Pfandrechtes 15.
§ 1300. Begriff der Unbescholtenheit; Beweislast 648.
§§ 1323 ff. Nichtigkeit der Ehe 310.
§§ 1330 ff. Anfechtbarkeit der Ehe 310.

§ 1353. Klage auf Herstellung des häuslichen Lebens 301.
§ 1395. Bedeutung der Genehmigung einer Vollmacht der Frau durch den Mann 630.
§§ 1426 ff. Zwangsvollstreckung bei Gütertrennung 167.
§ 1443. Dispositionsbefugnisse der Ehefrau bei allgemeiner Gütergemeinschaft 170.
§ 1446. Ausschluß der administrativen Verantwortung bei Schenkungen des Ehemanns 662.
§ 1475. Haftung eines Ehegatten nach Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft 167.
§§ 1565 ff. Klage auf Ehescheidung 305.
§ 1571 Abs. 2. Aufforderung des schuldigen Ehegatten 315.
§ 1575. Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft 311.
§ 1635. Regelung der Sorge für die Person der Kinder 169.
§ 1641. Ausschluß der administrativen Verantwortung b. Schenkungen d. Vaters 662.
§ 1643 Abs. 1. Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Alimentationsvertrags eines Minderjährigen 655.
§ 1670. Erfordernisse für die Entziehung der Vermögensverwaltung 360.
§ 1673. Zulässigkeit der weiteren Beschwerde wegen Nichtbeachtung der Vorschrift 480.
§ 1697. Rechtsverhältnis der geschiedenen, wiederverheirateten Mutter zum ersteehelichen Kinde 103.
§ 1804. Ausschluß der administrativen Verantwortung bei Schenkungen des Vormunds 662.
§ 1812. Rechtsunwirksamkeit der Zustimmung des Vormunds zur Löschung einer Hypothek ohne Genehmigung 376.
§ 1831. Unwirksamkeit einer Erbschaftsausschlagung trotz nachträglicher Zustimmung des Vormundschaftsgerichts 107.
§ 1836. Bewilligung einer Vergütung nach Beendigung der Vormundschaft 483.
§ 1909. Umfang der Pflegschaft 25.
§ 1909. Unzulässigkeit der nachträglichen Ausschließung des elterlichen Verwaltungsrechtes bei freigebigen Zuwendungen 195.
§ 1911. Abwesenheitspflegschaft 425.
§ 2033. Bezeichnung des veräußernden Miterben im Erbschein 170.
§ 2113. Ausschluß der administrativen Verantwortung bei Schenkungen des Vorerben 662.
§ 2205. Ausschluß der administrativen Verantwortung bei Schenkungen des Testamentsvollstreckers 662.
§ 2231. Unrichtigkeit der Datierung 706.
§ 2238. Erfordernisse einer mündlichen Erklärung des Erblassers 602.
§ 2239. Anwesenheit der bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen 602.
§ 2241. Unrichtige Beurkundung 700.
§ 2262. Eröffnung des Testaments an alle Beteiligten 450.
§ 2300. Eröffnung eines Erbvertrags 296.
§ 2311. Abzugsfähigkeit der Nachlaßverwaltungskosten bei Berechnung des Pflichtteils 384.
§ 2316 Abs. 4. Berechnung des Pflichtteils 269, 397.
§ 2330. Ausschluß der administrativen Verantwortung bei Schenkungen des Erblassers 662.

2. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Art. 13. Voraussetzungen der Eheschließung nach russischem Recht 202.
Art. 24, 25. Anwendung deutschen Rechts bei der Erbfolge 333.
Art. 33. Unanwendbarkeit der Vorschriften des BGB. auf Angehörige im Sinne des StGB. 47.
Art. 169. Verjährung von Ansprüchen aus einem Beförderungsvertrag 120.
Art. 187. Eintragung nicht gebuchter Grunddienstbarkeiten 287.
Art. 192. Erstehung von Eigentümerhypotheken bei Annuitätenhypotheken des bisherigen Rechtes 712.
Art. 192 Abs. 1. Uebergang einer Nebensachenkautionshypothek in eine Eigentümerhypothek 161, 256.
Art. 206. Anwendbarkeit des bisherigen Rechtes auch nach dem Tode des einen Elternteils 105.
Art. 208. Wohnsitz eines unehelichen Kindes 418.

3. Bayerisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 9. Juni 1899.

Art. 13. Eintritt des neuen Inhabers in den Bierlieferungsvertrag 49.
Art. 14. Buchmäßige Voraussetzungen 131.
Art. 70. Anspruch auf Ablösung einer Kommunmauer 71.
Art. 71 ff. Grenzabstände bei Feld- und Waldgrundstücken 509.

4. Bayerisches Gesetz, Übergangsvorschriften zum Bürgerlichen Gesetzbuche betr., vom 9. Juni 1899.

Art. 4. Anwendbarkeit des Art. 13 Ausf.-Ges. auf einen vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Bierlieferungsvertrag 49.
Art. 9. Eigentumsbeschränkungen zu Gunsten bestehender Waldungen 517.
Art. 48. Löschung altrechtlicher Hypotheken 117.
Art. 58 Abs. 1. Zulässigkeit der Hypothekerneuerung 259.

5. Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.

§ 12. Offizialtätigkeit des Registergerichts 170.
§ 18. Aufhebung der Pflegschaft mangels der Voraussetzungen für die Bestellung 27.
§ 20. Legitimation zur Beschwerde gegen Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts 655.
§ 55 Abs. 1. Zurücknahme der Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft 169.
§ 57 Abs. 1 Ziff. 3. Beschwerde gegen Ablehnung der Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft 425.
§ 91. Beurkundung der Vereinbarung durch das Nachlaßgericht 117.
§ 176 Abs. 1. Unrichtige Beurkundung 700.
§ 176 Abs. 1 Ziff. 2. Bezeichnung des mitwirkenden Richters 600.
§ 177 Abs. 1. Verlesung und Unterschrift von Protokollen 216.

6. Grundbuchordnung vom 24. März 1897.

§ 18. Identitätsfeststellung durch den Grundbuchbeamten 575.
§ 23. Antrag auf Löschung eines zeitlich beschränkten Rechts zu Protokoll des Nachlaßgerichts 117.
§ 28. Bezeichnung des Grundstücks behufs Eintragung 557.
§ 29. Protokolle des Nachlaßgerichts als öffentliche Urkunden 116.
§ 30. Form der Bevollmächtigung 119.
§ 40. Eintragung der Pfändung einer möglicherweise entstehenden Eigentümerhypothek 478.
§ 48. Zwangsvollstreckung in Grundstücksanteile von Ehegatten 74, 482.
§ 80. Beschwerderecht des Notars 266.

7. Bayerisches Ausführungsgesetz zu der Grundbuchordnung und zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 9. Juni 1899.

Art. 10. Identitätsfeststellung durch den Grundbuchbeamten 575.

II. Ältere Partikularrechte.

1. Gemeines Recht.

Erziehungsrecht der Eltern im Falle der Scheidung 106.
Grenzabstände beim Pflanzen von Bäumen 509.
Ueberhängende Zweige und eindringende Wurzeln 516.

2. Bayerisches Landrecht.

Tl. I Kap. 6 § 47 Nr. 4. Verlust der Vormundschaft der Mutter im Falle weiterer Verehelichung 106.
Tl. I Kap. 7 § 11 Nr. 1 u. 2. Erziehungspflicht des Vormunds; vom Vater hinterlassene Anweisungen 106.
Tl. II Kap. 7 § 10 Nr. 6. Beweispflicht des Dienstbarkeitsbesitzers 361.

3. Preußisches Landrecht.

Tl. I Tit. 8 § 174. Anlegung einer Grenzhecke 509.
Tl. I Tit. 9 §§ 287, 288. Eindringende Wurzeln, Ueberhang 516.
Tl. II Tit. 1 § 716. Ehescheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung 156.

4. Code civil.

Art. 671. Grenzabstände beim Pflanzen von Bäumen und Hecken 509.
Art. 672. Ueberhang, eindringende Wurzeln 516.
Art. 1131. Unwirksamkeit einer Verpflichtung mangels einer Veranlassungsursache 48.

III. Sonstige Gesetze und Verordnungen civilrechtlichen Inhalts.

1. Reichsgesetze.

a) Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869.

§ 124b. Entschädigungsansprüche aus Arbeitskämpfen 549.

b) Gesetz, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes vom 21. Juni 1869 / 20. März 1897.

§ 4a. Beschlagnahme des Arbeitslohnes für Unterhaltsansprüche des unehelichen Kindes 429.

c) Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871.

§ 1. Konkurrierendes Verschulden des Verletzten 380.

d) Gesetz über das Postwesen des deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871.

§§ 11, 12. Umfang der Haftpflicht des Postfiskus 682.

e) Gesetz, betr. die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung, vom 6. Febr. 1875.

§ 26. Vormerkung der Abstammung des Kindes 607.

§ 65. Berichtigung der Beurkundung von Vornamen 654.

f) Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879 und 17. Mai 1898.

§ 3. Absicht der Gläubigerbenachteiligung 139, 167.

§ 3 Ziff. 1. Benachteiligungsabsicht bei Deckungsgeschäften 675.

g) Gesetz über die Krankenversicherung vom 15. Juni 1883 / 10. April 1892.

§ 6. Ende des Anspruchs auf Krankenunterstützung 435.

h) Gewerbeunfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 / 5. Juli 1900.

§ 9. Beginn der Unfallfürsorge 435.

§§ 136, 140. Haftung für die Aufwendungen 597.

i) Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft vom 5. Mai 1886 / 5. Juli 1900.

§§ 147, 151. Haftung für die Aufwendungen 597.

k) Bauunfallversicherungsgesetz vom 11. Juli 1887 / 5. Juli 1900.

§ 46. Haftung für die Aufwendungen 597.

l) Seeunfallversicherungsgesetz vom 13. Juli 1887 / 5. Jul 1900.

§§ 134, 138. Haftung für die Aufwendungen 597.

m) Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 u. 20. Mai 1898.

§ 5 Abs. 4. Verfahren bei Sachübernahme 141.

n) Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896.

§ 1. Mehrdeutige Angaben 167.

§ 1. Mitteilung an eine größere Anzahl von Personen 167.

§ 8. Benützung einer Firma in abgekürzter Gestalt 298.

o) Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899.

§ 21 Abs. 2. Rechtszwang der Eigentümerhypothek 248.

2. Landesgesetze und Verordnungen.

a) Bayer. Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822.

§ 84. Rangeinräumungsrecht d. Schuldners 236, 247.

§ 109. Eintragung von Hypotheken auf noch nicht eingetragenen Fischereirechten 558.

b) Bayer. Gesetz, die Grundbestimmungen für das Gewerbswesen betr., vom 11. Sept. 1825.

Art. 10 Ziff. 3. Zuständigkeit für die Entscheidung über den Bestand eines Gewerberechtes 606.

c) Bayer. Gesetz, die Benutzung des Wassers betr., vom 28. Mai 1852.

Art. 39, 54. Wasserbenützung eines Privatflusses 530.

d) Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins vom 29. April 1869.

Art. 33. Auf den Gemeindeverband sich gründende Gemeindenutzungsrechte 434.

e) Gesetz, die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen betr., vom 8. Aug. 1878.

Art. 8 Ziff. 34. Zuständigkeit für den Streit über vertragsmäßige Verpflichtung zur Herstellung des Straßenkörpers 324.

f) Gesetz, die Einführung einer Besitzveränderungsabgabe für Gemeinden betr., vom 15. Juni 1898.

Einziger Artikel: Begriff der „Veränderung im Besitz" 321.

g) Notariatsgesetz vom 9. Juni 1899.

Art. 1. Zuständigkeit der Notare zur Bewirkung öffentlicher Beurkundungen 116.

h) Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher v. 28. April 1900.

§ 41. Zustellung von schriftlichen Willenserklärungen 127.

B. Handels- und Wechselrecht.

Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

§ 4 Abs. 1. Beurteilung des Umfangs eines Gewerbebetriebs 611.

§ 15 Abs. 2. Eintragung der Uebertragung des Gesamtvermögens einer inländischen A.-G. auf eine ausländische 710.

§ 17. Erlöschen der Firma durch Nichtgebrauch 299.

§ 22. Zusatz zur Gesellschaftsfirma bei Bezeichnung von Zweigniederlassungen einer A.-G. 631.

§ 39 Abs. 1. Verpflichtung zur Aufstellung einer Bilanz bei Uebergang vom Klein- zum Großbetrieb 292.

§ 54. Umfang der Vollmacht eines Handlungsreisenden 150.

§ 59. Vergütung der Reisespesen 611.

§ 73. Streitwert bei Klage auf Ausstellung eines Zeugnisses 561.

§ 88. Eintritt des Anspruchs auf Provision 138.

§ 259. Unrichtige Beurkundung des Beschlusses der Generalversammlung 702.

§ 303. Uebertragung des Gesamtvermögens einer inländischen A.-G. auf eine ausländische 710.

§ 347. Haftung des Gastwirts 634.

§ 377. Ablieferung von Waren 168.

C. Civilprozeß- und Konkursrecht.

1. Civilprozeßordnung vom 17. Mai 1898.

§ 3. Streitwert bei Klage auf Ausstellung eines Zeugnisses 561.

§ 3. Streitwert bei Rückgängigmachung von Kaufverträgen 579.

§ 91. Inkassogebühr des Rechtsanwalts 635.

§ 99 Abs. 3. Kostenfestsetzung auf Grund der Kostenentscheidung 226.

§ 101. Kosten der Nebenintervention 681.

§§ 114 ff. Unzulässigkeit der Aussetzung der Entscheidung über ein Armenrechtsgesuch; Beiordnung eines Rechtsanwalts 657.

§ 147. Verbindung mehrerer Prozesse 368.

§ 216. Sachliche Prüfung des Antrags auf Terminsbestimmung 19.

§ 287. Bestimmung der Höhe und Dauer einer Rente 580.

§ 303. Unzulässigkeit der Berufung 298.

§ 313 Abs. 1. Bedeutung der Vorschrift 640.

§ 319. Folgen der Unrichtigkeit der Parteibezeichnung 641.

§ 323. Verurteilung zur Rentenzahlung für die Zukunft; Feststellungs- oder Leistungsklage 380.

§ 383 Ziff. 5. Anvertraute Tatsachen 424.

§ 393 Abs. 3. Verweigerungsrecht des Zeugeneides nach Ablegung des Zeugnisses 139.

§ 415. Form der öffentlichen Urkunden 356.

§ 518 Abs. 2 Ziff. 3. Unzulässigkeit der Berufung wegen nicht ordnungsgemäßer Ladung 227.

§ 529 Abs. 2. Erfordernis der Einwilligung in die Erhebung eines neuen Anspruchs 611.

§ 549. Revision wegen Verletzung von Hausgesetzen 194.

§ 574. Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde 331.

§ 574. Formelle Voraussetzungen der Zulässigkeit 629.

§ 600 Abs. 2. Geltendmachung von nach dem Vorbehaltsurteil entstandenen Einwendungen 139.

§ 617. Eideszuschiebung bei Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen 311.

§ 622. Positive und negative Feststellungsklage 311.

§ 627. Einstweilige Verfügungen in Ehesachen 313.

§ 726 Abs. 1. Voraussetzungen für die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung einer Notariatsurkunde 127.
§ 727. Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Konkurs- und Nachlaßverwalter 490.
§ 766. Einwendungen gegen die Pfändung von Arbeitslohn 432.
§ 797. Zuständigkeit zur Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen von Unterhaltsverträgen unehelicher Kinder 191.
§ 850 Abs. 1 Ziff. 2. Unpfändbarkeit von Alimentenforderungen 584.
§ 851 Abs. 2. Zulässigkeit der Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung von Baudarlehen 659.
§ 857 Abs. 6. Eintragung der Pfändung einer Eigentümerhypothek in das Grundbuch 299.
§ 866. Voraussetzung der Vollstreckungshypothek 166.
§ 866. Eintragung einer Sicherungshypothek für vollstreckbare Erhebungsanweisungen 455.
§ 868. Uebergang der zwangsweise eingetragenen Sicherungshypothek auf den Eigentümer 252.
§ 900. Prüfung der Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Eidesleistung 371.
§ 900 Abs. 3. Widerspruchsverfahren nach Einlegung der Beschwerde gegen den Haftbefehl 668.
§ 902. Zulässigkeit der Eidesleistung vor Vollzug des Haftbefehls 376.
§ 903. Offizialprüfung der Verpflichtung zu nochmaliger Eidesleistung 164, 374.

2. Konkursordnung vom 17. Mai 1898.

§ 14. Eröffnung eines zweiten Konkurses 562.
§§ 53, 54. Zulässigkeit der Aufrechnung einer Forderung 609.
§ 134 Ziff. 1. Veräußerung aus freier Hand im Gegensatz zur zwangsvollstreckungsmäßigen V. 207.
§ 240 Ziff. 1 Aufwand übermäßiger Summen 450.
§ 240 Ziff. 4. Verpflichtung zur Aufstellung einer Bilanz bei Uebergang vom Klein- zum Großbetrieb 292.

3. Bayer. Gesetz zur Ausführung der Reichs-Civilprozeßordnung und Konkursordnung vom 23. Februar 1879 / 9. Juni 1899.

Art. 26. Gütliche Einigung der Beteiligten über die zu leistende Entschädigung 393.
Art. 130. Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen von Hypothekurkunden 127.

4. Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 / 20. Mai 1898.

§ 27. Zulassung des Beitritts eines Gläubigers 426.

5. Subhastationsordnung für das Königreich Bayern vom 23. Februar 1879.

Art. 55. Uebernahme von Hypotheken als stillschweigende Versteigerungsbedingung 681.
Art. 94. Umschreibung des Eigentums an subhastierten Grundstücken 455.
Art. 96. Antrag des Ansteigerers auf Berichtigung des Besitztitels 69.
Art. 117. Bedeutung des Abschlusses des Verteilungsplans für den Ersteher des versteigerten Grundstücks 677.

6. Novelle zur Subhastationsordnung vom 29. Mai 1886.

Art. 1 u. 5. Einrechnung in das geringste Gebot 681.
Art. 8. Uebernahme einer Gesamthypothek 681.

D. Gerichtsverfassung.

1. Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 / 5. Juni 1905.

§ 170. Oeffentlichkeit in Offenbarungseidssachen 372.
§ 175 Abs. 1. Hören des Verteidigers neben dem Angeklagten 448.

2. Bayer. Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 23. Februar 1879.

Art. 15. Beurkundung durch das Nachlaßgericht 117.

Art. 15 Abs. 2. Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen von Unterhaltsverträgen unehelicher Kinder 192.

E. Gebühren- und Kostenwesen.

1. Reichs-Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878 / 17. Mai 1898.

§ 18 Ziff. 1. Stellung der Anträge ohne Erörterung des Streitverhältnisses 442.

§ 101. Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Verbescheidung von Beschwerden 220.

2. Bayer. Gesetz über das Gebührenwesen vom 18. August 1879 / 29. Juni 1899.

Art. 46. Unanwendbarkeit des Beschwerdeverfahrens auf eine beim ordentlichen Prozeßgericht erwachsene Gebühr 220.

Art. 113 ä. F. Voraussetzung der Gebührenpflicht 317.

Art. 121. Anwendbarkeit auf Taxen und Stempelgebühren 126.

Art. 146. Fälligkeit der Besitzveränderungsgebühr 318.

Art. 188. Nichtberücksichtigung der Nachlaßschulden 178.

3. Bayer. Allerh. Verordnung, die Gebühren für die Dienstleistungen der Tierärzte betr., vom 20. Juli 1872.

§ 7. Vergütung für am Wohnort vorgenommene dienstliche Geschäfte 66.

4. Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 / 20. Mai 1898.

§ 14 Ziff. 2. Begriff des dienstlichen Geschäftes 66.

§ 16. Verhältnis der Vorschrift zu § 196 Ziff. 17 BGB. 148.

§ 17. Festsetzung der Gebühren im Privatklageverfahren 489.

5. Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 / 20. Mai 1898.

§ 13 Ziff. 2. Stellung der Anträge ohne Erörterung des Streitverhältnisses 442.

§§ 13 Ziff. 3, 18. Voraussetzungen eines vor dem Gericht abgeschlossenen Vergleichs 635.

§ 80 Abs. 1. Erstattungsfähigkeit von Trambahnauslagen 165.

F. Strafrecht.

I. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

§§ 41, 42. Antragstellung der Staatsanwaltschaft 386.

§ 47. Intellektuelle Mitwirkung 159.

§ 47. Objektiver und subjektiver Tatbestand 420.

§ 49. Begriff der Beihilfe 581.

§ 49a. Alternative Fragestellung 123.

§ 49a. Aufforderung an einen schon zur Tat Entschlossenen 415.

§ 50. Bedeutung und Tragweite 342.

§ 52 Abs. 2. Begriff des Verlöbnisses in strafrechtlichem Sinn 47.

§ 53. Ueberschreitung der Notwehr 523.

§ 53. Art und Maß der Notwehrverteidigung 532.

§ 59. Irrtümliche Annahme des Eigentums eines Angehörigen 521.

§ 60. Anrechnung d. Untersuchungshaft 23.

§ 61. Kenntnis von der Handlung 363.

§ 61. Strafantrag durch den Stellvertreter 522.

§ 67 Abs. 4. Beginn der Verjährung bei baupolizeilichen Uebertretungen 488.

§ 73. Fortgesetztes Vergehen beim Betrug 446.

§ 74. Berechnung der Gesamtstrafe bei ungleichartigen Einzelstrafen 24.

§ 79. Anrechnung einer teilweise verbüßten Strafe auf eine nachträglich zu bildende Gesamtstrafe 24.

§ 111. Irrtum liebr die Strafbarkeit der Tat 188.
§ 113. Begriff der „Gewalt" 159.
§ 113. Rechtmäßige Amtsausübung185.
§ 123. Eindringen in einen Hausgarten ohne besondere Einfriedigung 489.
§ 123 Abs. 3. Erfordernis des übereinstimmenden Willens 160.
§ 125. Tatbestand des Landfriedensbruchs 44.
§ 159. Tatbestand 185.
§ 164. Zurücknahme einer Anzeige vor Abgabe an die Behörde 64.
§ 166. Subjektiver Tatbestand 416.
§ 166. Religiöser Charakter der Heilsarmee 522.
§ 169. Objektiver und subjektiver Tatbestand; Idealkonkurrenz mit intellektueller Urkundenfälschung 45.
§ 171. Versuch der Doppelehe 188.
§ 182. Begriff der „Verführung", Bescholtenheit 446.
§ 184 Ziff. 1. Beurteilung des unzüchtigen Charakters bei wissenschaftlichen Werken 475.
§ 184 Ziff. 3. Ankündigung dem Publikum gegenüber und öffentliche A. 125.
§ 186. Begriff der Behauptung und Verbreitung 299.
§ 193. Wahrung berechtigter Interessen beim Vorwurf einer Straftat 226.
§ 193. Unerheblichkeit des Orts bei Wahrung berechtigter Interessen 329.
§§ 211, 251. Idealkonkurrenz zwischen Mord und Raub mit Todesfolge 522.
§ 223. Körperverletzung zum Zwecke der Ausübung des Hausrechts 67.
§ 223 a. Gemeinschaftliche Körperverletzung 532.
§ 230 Abs. 1. Begriff der fahrlässigen Körperverletzung 128, 355.
§ 240. Anwendbarkeit von Zwang seitens des Vermieters 320.
§ 243. Ziff. 5 Beisichführen geeigneter Waffen 416.
§ 246. Unterschlagung von Sammelgeldern 187.
§ 246. Subjektiver Tatbestand 416.
§ 253. Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils 183.
§ 253. Erpressung oder Vergleichsvorschlag 523.
§ 257. Tatbestand 447.
§ 259. Bestrafung des Hehlers ohne jene des Haupttäters 64.
§ 259. Begriff des Verheimlichens 532.
§ 259. Hehlerei des Ehegatten des Haupttäters; eheliches Güterrecht 707.
§ 263. Betrug durch Benützung der Eisenbahn ohne Fahrkarte 130.
§ 263. Betrug durch Vorspiegelung geringerer Bestellungen 626.
§ 266. Untreue an Geld und an Forderungen; Idealkonkurrenz mit Unterschlagung 524.
§ 266. Untreue bei Vermischung fremden Geldes mit eigenem 627.
§ 266 Abs. 1 Ziff. 2. Umfang der Vollmacht des Handlungsreisenden 150.
§ 266 Abs. 1 Ziff. 2. Untreue des Inkassobevollmächtigten 187.
§ 266 Abs. 1 Ziff. 2. Verfügen über ein Vermögensstück 387.
§ 266 Abs. 1 Ziff. 2. Verfügung über Vermögensstücke des Auftraggebers 526.
§ 267. Unterzeichnung mit der Firma seitens eines ausgetretenen Teilhabers 184.
§ 267. „Fälschliche Anfertigung" 186.
§ 267. Mangel der öffentlichen Urkundeneigenschaft bei Haftscheinen der Notare 388.
§ 267. Fälschung von Quittungen auf Postanweisungen 528.
§ 268. Absicht der Verschaffung eines Vermögensvorteils 526.
§ 271. Bewirkung unrichtiger Beurkundung im Personenstandsregister; Idealkonkurrenz mit § 169 45.
§ 274 Ziff. 2. Subjektiver Tatbestand 152.
§ 286. Veranstalter; subjektiver Tatbestand 222.
§ 286. Serienlosgesellschaft 615.
§ 292. Begriff der Jagdausübung 160, 487.
§ 302. Mittäterschaft bei Wucher 389.
§ 303. Begriff der Sachbeschädigung 489.
§ 303. Subjektiver Tatbestand 159.
§ 303. Umlegen eines Zaunes 420.
§ 303. Töten umherstreifender Hunde durch den Jagdberechtigten 420.
§§ 315, 316. Gefährdung eines Eisenbahntransports 581.
§ 316 Abs. 1. Handlungsunfähigkeit des Täters im Augenblick der Transportgefährdung 63.
§ 330. Verantwortlichkeit des Bauunternehmers 476.
§ 348 Abs. 1. Form der öffentlichen Urkunden 356.
§ 348 Abs. 2. Begriff des „Beiseiteschaffens" 152.
§ 348 Abs. 2. „Amtliche Zugänglichkeit"; subjektiver Tatbestand 526.
§ 350. Unterschlagung von amtlich vereinnahmten Geldern 296.
§ 350. Empfang von Geld in amtlicher Eigenschaft 627.
§ 351. Begriff des „Belags" 528.
§ 359. Beamteneigenschaft eines Gefängnisheizers und Hilfsgefangenenaufsehers 529.
§ 360 Ziff. 11. Begriff des groben Unfugs 581.

§ 361 Ziff. 10. Anwendbarkeit auf die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters 145.
§ 366 Ziff. 1. Strafbarkeit des Unternehmers 330.
§ 366 Ziff. 10. Oeffentliche Straße 421.
§ 366 Ziff. 10. Herstellung der Trottoirs durch die Hausbesitzer 421.
§ 367 Ziff. 15. Beginn der Verjährung 488.
§ 368 Ziff. 5. Begriff des „unverwahrten Lichts" 266.

II. Weitere Gesetze strafrechtlichen Inhalts.

1. Reichsgesetze.

a) Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869.

§ 33 Abs. 5. Konzessionspflicht für Vereine 129.
§ 33. Ausschank eigenen Erzeugnisses durch die Brauer 421.
§ 41 a. Begriff der „offenen Verkaufsstelle" 536.
§ 42 a. Feilbieten geistiger Getränke 583.
§ 44 Abs. 3. Begriff des Produzenten 362.
§§ 44, 44 a. Erfordernis der Legitimationskarte bei Ausübung stehenden Gewerbebetriebs 422.
§ 55. Begriff der vorgängigen Bestellung 330.
§ 56 Abs. 2 Ziff. 3 und 11. Verbot des Ankaufens oder Feilbietens im Umherziehen 130.
§ 59 Ziff. 1. Begriff des Feilbietens 129.
§ 69. Begriff des Feilbietens 160.
§ 120 e. Ermächtigung zur Erlassung oberpolizeilicher Vorschriften 424.
§ 146 a. Subjektiver Tatbestand 536.
§ 148 Abs. 2. Verhältnis von Uebertretungen der GO. und Steuerdelikten zu einander 330.
§ 153. Begriff der „Drohung" 489.
§ 153. Strafbare Einwirkung auf den Willen eines anderen 529.

b) Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869.

§ 135. Subjektiver und objektiver Tatbestand 294, 319.
§ 136 Ziff. 1 Lit. c. Erfordernis der Kenntnis der Zollpflichtigkeit 320.

c) Gesetz, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken, vom 11. Juni 1870.

§ 18. Veranstalter des Nachdrucks 124.

d) Gesetz über die Presse vom 7. Mai 1874.

§ 6. Angabe von Name und Wohnort des Druckers; Verantwortlichkeit dafür 583.
§ 7. Begriff des „verantwortlichen Redakteurs" 290.
§ 18 Ziff. 2. Falsche Angabe des Wohnorts des Redakteurs 424.

e) Gesetz, betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen, vom 14. Mai 1879.

§ 10. Subjektiver und objektiver Tatbestand 189.
§ 10 Ziff. 1. Verwendung von Neigbier 128.
§ 12 Ziff. 1. „Herstellen" von Nahrungsmitteln; Versuch oder Vorbereitungshandlung 553.

f) Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern, vom 1. Juni 1891.

§ 4. Subjektiver Tatbestand 354.

g) Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894.

§ 12. Umfang des Ausdrucks „Waren der angemeldeten Art" 60.
§ 14. Verwechselungsgefahr; nicht eintragungsfähige Farbenbezeichnung 555.

h) Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896.

§ 9. Begriff des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses 449.
§ 12. Berechtigung eines Arztes zur Stellung des Strafantrags 293.

i) Gesetz, betr. den Verkehr mit Butter, Käse, Schmalz und deren Ersatzmitteln, vom 15. Juni 1897.

§ 14 Ziff. 3. Unterlassung des Zusatzes von Sesamöl 392.

k) Gesetz, betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau, vom 3. Juni 1900.

§ 29. Verhältnis des Fleischbeschau- zum Nahrungsmittelgesetz 392.

l) Süßstoffgesetz vom 7. Juli 1902.

§ 2 c. Zum Begriffe des Feilhaltens und Verkaufens 62.

m) Gesetz, betr. Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben, vom 30. März 1903.

§ 7. Beschäftigung von Kindern im Wirtschaftsbetriebe 63.

n) Gesetz, betr. die Wetten bei öffentlich veranstalteten Pferderennen, vom 4. Juli 1905.

§ 3. Zugänglichmachung der Aufforderung an eine unbestimmte Personenzahl 556.

2. Landesgesetze und Verordnungen.

a) Gesetz, die Ausübung der Jagd betreffend, vom 30. März 1850.

Art. 2. Begriff des „Hausgartens", des „umschlossenen Grundstücks" 487.

b) Gesetz, die Einrichtung des die Kunststraßen im Königreich Bayern befahrenden Fuhrwerks betr., vom 25. Juli 1850.

Art. 5 Lit. c. Unanwendbarkeit bei Witterungswechsel vor Beginn der Fahrt 199.

Art. 16. Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen über Teilnahme 199.

c) Forstgesetz vom 28. März 1852 und 4. Juli 1896.

Art. 84. Entwendung von abgefallenen Fichtenzapfen 201.

d) Allerh. Verordnung, polizeiliche Vorschriften über Ausübung und Behandlung der Jagden betr., vom 5. Oktober 1863.

§ 17. Umherstreifende Hunde 420.

e) Zollvereinsvertrag vom 8. Juli 1867.

Art. 5 § 7. Oertliche Verzehrung als Voraussetzung örtlicher Besteuerung 330.

f) Gesetz, das Gewerbewesen betr., vom 30. Januar 1868.

Art. 9. Ausschank in einem bezeichneten Lokal 421.

g) Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins vom 29. April 1869.

Art. 41 Abs. 1. Oertliche Verzehrung als Voraussetzung örtlicher Besteuerung 330.

h) Polizeistrafgesetzbuch vom 26. Dezember 1871.

Art. 2 Ziff. 6. Ortspolizeiliche Vorschriften über Herstellung von Trottoirs 421.

Art. 15. Prüfung der Gültigkeit einer ortspolizeilichen Vorschrift 534.

Art. 44. Gültigkeit erlassener polizeilicher Vorschriften 159.

Art. 58. Nichtanhalten der Kinder zum Schulbesuch 423.

Art. 75 Abs. 1. Unanwendbarkeit des Art. zur Erlassung verkehrspolizeilicher Vorschriften 534.

Art. 81. Verwahrlosung anvertrauter Kinder 159.

Art. 86. Beachtung der erforderlichen Vorsichtsmaßregeln bei Sprengungen 535.

i) Allerh. Verordnung, das Civilveterinärwesen betr., vom 20. Juli 1872.

§§ 3 ff. Amtlicher Wirkungskreis eines Bezirkstierarztes 66.

k) Gesetz, die Erhebung einer Gebühr für das Halten von Hunden betr., vom 2. Juni 1876 / 31. Januar 1888.

Art. 3. Wohnsitz des Hundebesitzers 583.

Art. 7. Unterlassung rechtzeitiger Anmeldung 583.

l) Gesetz, betr. die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen, vom 10. März 1879 / 20. Dezember 1897.

Art. 1. Aufsuchen von Warenbestellungen „ohne vorgängige Bestellung" 362.

Art. 1 Ziff. 2, Art. 16. „Ankaufen" von Waren; „gewerbsmäßiger" Betrieb 536.

m) Forststrafgesetzbuch der Pfalz vom 2. Oktober 1879.

Art. 9. Ueberschreitung der Berechtigung durch Berechtigte 200.

Art. 18. „Abgestorbenes Holz" 200.

n) Allerh. Verordnung, die Feier der Sonn- und Festtage betr., vom 21. Mai 1897.

§ 1. Störung der Sonntagsruhe durch Dulden von Arbeit 330.

o) Allerh. Verordnung, die Bauordnung betr., vom 17. Februar 1901.

§ 73. Beginn der Verjährung baupolizeilicher Uebertretungen 488.

G. Strafprozeß.

Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich.

§ 2. Fehlen des Zusammenhangs bei wechselseitigen Körperverletzungen nach § 223 bezw. 223 a oder § 224 StGB. 34.
§ 30. Auslegung und Anwendung 214.
§ 35 Abs. 2. Zustellung des in Abwesenheit des Angeklagten verkündeter Urteils 68.
§ 56 Ziff. 3. Teilnahme am Vergehen nach § 240 Ziff. 3 und 4 KO. 292.
§ 98. Beschlagnahme urteilsgemäß einzuziehender Gegenstände 457.
§ 145. Vorübergehende Abwesenheit des Verteidigers während der Hauptverhandlung 42.
§ 150. Umfang der Gebührenansprüche eines von Amts wegen bestellten Verteidigers 25.
§ 153 Abs. 2. Verpflichtung des Gerichts zur Nachforschung nach dem abwesenden Angeklagten 177.
§ 208. Vorläufige Einstellung des Verfahrens 533.
§ 217. Ladung des Vertreters des Nebenklägers 628.
§ 227. Ablehnung von Vertagungsanträgen 628.
§§ 237 ff. Zulässigkeit wechselseitiger Befragung von Zeugen 417.
§§ 239 ff. Befragung eines Zeugen wegen Vorstrafen 389.
§ 244. Protokolle als herbeigeschaffte Beweismittel 60.
§ 244. Gestellte Zeugen; Prüfung der Erheblichkeit ihrer Aussagen 527.
§ 248. Bekanntgabe durch Vorhalt 294.
§ 248. Verlesung von Zeugenaussagen 528.
§ 249. Verlesung polizeilicher Ermittelungen 65.
§ 250. Wiederholte Vernehmung eines kommissarisch vernommenen Zeugen 390.
§ 251. Vernehmung des Untersuchungsrichters bei verweigerter Aussage 477.
§ 264. Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts durch Stellung einer Hilfsfrage 44.
§ 264. Hinweis bei Hehlerei 124.
§ 266 Abs. 2. Angabe der Strafzumessungsgründe 355.
§ 266 Abs. 3. Antrag auf Zuerkennung mildernder Umstände 355.
§§ 269, 270. Einfluß der Novelle zum GVG. vom 5. Juni 1905 554.
§ 279. Verfahren bei Bildung der Geschworenenbank 43.
§ 292. Alternative Fragestellung 123.
§ 303. Verkehr mit den Geschworenen 295.
§ 337. Zum Begriff des sicheren Geleites 173.
§ 369 Abs. 3. Berufungs- oder erste Instanz? 478.
§ 377 Ziff. 5. Revision wegen vorübergehender Abwesenheit des Verteidigers 42.
§ 385. Wirkung der Zustellung des Urteils an den Verteidiger 68.
§ 386. Entscheidung über die Gültigkeit eines Revisionsverzichts 582.
§ 399 Ziff. 5. Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel 53.
§ 404. Wiederaufnahme wegen einer strafbaren Handlung 56.
§ 422. Mitteilung einer Privatklageabschrift an die Staatsanwaltschaft 36.
§ 426. Festsetzung der Zeugengebühren im Privatklageverfahren 489.
§ 475. Lieferung des Beweises durch die Erklärung der Kontrollbehörde 390.
§ 482. Anrechnung der Untersuchungshaft auf eine nachträglich zu bildende Gesamtstrafe 25.
§ 489. Berechnung der Strafzeit bei Verhaftung behufs Strafvollstreckung 56.
§ 497. Umfang der Kostenpflicht 447.
§ 499 Abs. 2. Kosten der Verteidigung 58, 458.

III. Chronologische Übersicht der mitgeteilten Entscheidungen von Gerichtshöfen.

A. Reichsgericht.

I. Civilsachen.

1. Urteile.

1905 31. März 19
„ 18. April 37
„ 31. Mai 40
„ 19. Juni 119
„ 6. Oktober 385
„ 2. November 648
„ 17. November 579
„ 23. November 414
„ 28. November 600
1905 30. November 602
„ 21. Dezember 384
1906 12. Januar 411
„ 18. Januar 101
„ 25. Januar 651
„ 30. Januar 675
„ 15. Februar 580
„ 15. Februar 674
„ 1. März 380
„ 30. Juni 577
„ 13. Juli 578

2. Beschlüsse.

1905 12. Juli 17
„ 1. November 122
1906 14. Februar 220
„ 9. Juli 579

II. Strafsachen.

Urteile.

1905 19. Januar 65
„ 23. Januar 63
„ 9. Februar 64
„ 19. Februar 415
„ 23. März 125
„ 30. März 64
„ 28. September 60
„ 2. Oktober 45
„ 2. Oktober 62
„ 5. Oktober 63
„ 9. Oktober 44
„ 19. Oktober 59
„ 6. November 58
„ 16. November 46
„ 20. November 43
„ 20. November 44
„ 20. November 190
„ 23. November 42
„ 23. November 152
„ 23. November 189
„ 30. November 124
„ 4. Dezember 124
„ 4. Dezember 152
„ 11. Dezember 150
„ 11. Dezember 188
„ 18. Dezember 123
„ 18. Dezember 188
„ 18. Dezember 296
„ 21. Dezember 187
„ 21. Dezember 187
„ 30. Dezember 295
1906 4. Januar 186
„ 4. Januar 294
„ 8. Januar 185
„ 8. Januar 266
„ 11. Januar 185
„ 11. Januar 293
„ 11. Januar 320
„ 15. Januar 392
„ 18. Januar 222
„ 18. Januar 319
„ 18. Januar 390
„ 22. Januar 183
1906 22. Januar 184
„ 22. Januar 292
„ 25. Januar 290
„ 29. Jannur 386
„ 29. Januar 390
„ 1. Februar 387
„ 1. Februar 389
„ 5. Februar 389
„ 5. Februar 392
„ 22. Februar 356
„ 22. Februar 447
„ 1. März 355
„ 1. März 449
„ 5. März 446
„ 8. März 355
„ 8. März 416
„ 12. März 354
„ 15. März 417
„ 19. März 416
„ 19. März 416
„ 19. März 450
„ 26. März 446
„ 26. März 448
„ 5. April 447
„ 20. April 522
„ 21. April 477
„ 23. April 475
„ 23. April 478
„ 23. April 526
„ 23. April 554
„ 28. April 388
„ 30. April 476
„ 30. April 529
„ 3. Mai 523
„ 7. Mai 553
„ 10. Mai 529
„ 14. Mai 526
„ 14. Mai 528
„ 14. Mai 556
„ 17. Mai 521
„ 17. Mai 555
„ 21. Mai 524
„ 21. Mai 527
„ 26. Mai 526
„ 26. Mai 626
„ 28. Mai 522
„ 31. Mai 523
„ 11. Juni 628
„ 14. Juni 528
„ 18. Juni 627
„ 18. Juni 627
„ 22. Oktober 707

B. Bayerisches Oberstes Landesgericht.

I. Civilsachen.

1. Urteile.

1905 22. Mai 47
„ 27. September 223
„ 29. September 153
„ 9. Oktober 324
1906 10. Oktober 194
„ 13. Oktober 361
„ 28. Oktober 418
„ 6. November 358
1906 10. Januar 484
„ 5. Februar 530
„ 16. Februar 677

2. Beschlüsse.

1905 11. Juli 126
„ 3. August 419
„ 26. August 395
„ 4. September 197
„ 4. September 450
„ 9. September 394
„ 16. September 21
„ 22. September 393
„ 29. September 454
„ 6. Oktober 195
„ 27. Oktober 296
„ 28. Oktober 452
„ 4. November 360
„ 10. November 455
„ 10. November 654
„ 13. November 125
„ 13. November 126
„ 20. November 191
„ 30. November 480
„ 2. Dezember 482
„ 6. Dezember 321
„ 14. Dezember 419
„ 16. Dezember 478
„ 16. Dezember 483
„ 16. Dezember 655
1906 8. Januar 630
„ 26. Januar 557
„ 10. Februar 604
„ 10. Februar 631
„ 23. Februar 607
„ 10. März 629
„ 10. April 418
„ 1. Juni 558
„ 9. Juni 559
„ 22. Juni 712
„ 21. September 708
„ 20. Oktober 710

II. Strafsachen.

1. Urteile.

1905 6. Mai 160
„ 13. Mai 160
„ 31. Mai 159
„ 31. Mai 160
„ 14. Juni 67
„ 4. Juli 130
„ 6. Juli 201
„ 13. Juli 130
„ 15. Juli 159
„ 22. August 159
1905 25. August 129
„ 2. September 129
„ 15. September 159
„ 25. September 488
„ 3. Oktober 128
„ 10. Oktober 128
„ 12. Oktober 159
„ 17. Oktober 200
„ 24. Oktober 330
„ 24. Oktober 363
„ 26. Oktober 226
„ 28. Oktober 199
„ 31. Oktober 362
„ 9. November 330
„ 11. November 532
„ 18. November 532
„ 21. November 330
„ 23. November 487
„ 28. November 329
„ 30. November 534
„ 7. Dezember 422
„ 12. Dezember 424
„ 14. Dezember 421
„ 19. Dezember 421
1906 5. Januar 421
„ 9. Januar 424
„ 13. Januar 420
„ 13. Januar 423
„ 16. Januar 489
„ 18. Januar 420
„ 25. Januar 536
„ 30. Januar 420
„ 1. Februar 536
„ 10. Februar 535
„ 13. Februar 489
„ 15. Februar 532
„ 1. März 581
„ 15. März 581
„ 20. März 583
„ 22. März 583
„ 27. März 581
„ 11. April 583

2. Beschlüsse.

1905 22. Mai 65
„ 25. Mai 67
„ 6. Juli 25
„ 12. Oktober 23
„ 9. November 489
„ 14. Dezember 458
„ 27. Dezember 533
1906 11. Januar 457
„ 15. März 582

C. Oberlandesgerichte.

Civilsachen.

I. Oberlandesgericht Bamberg.

1. Urteile.

1905 22. Dezember 133
1906 1. Juni 632

2. Beschluß.

1906 1. März 331

II. Oberlandesgericht München.

1. Urteile.

1905 21. Oktober 71
1906 7. März 337

2. Beschlüsse.

1905 20. November 69
1906 4. Januar 107
„ 4. Januar 160
„ 11. Januar 131
„ 13. März 226
„ 19. April 424
„ 17. Mai 536
„ 18. Mai 635

III. Oberlandesgericht Nürnberg.

Urteile.

1905 23. Dezember 229
1906 8. März 298
„ 25. Mai 609
„ 22. Juni 584
„ 30. Juni 609

IV. Oberlandesgericht Stuttgart.

1. Urteile.

1904 29. April 168
1905 18. April 299
„ 12. Mai 168
„ 16. Juni 611
„ 11. Juli 139
„ 11. Juli 139
„ 6. Oktober 139
„ 27. Oktober 139
„ 12. Dezember 138
„ 14. Dezember 138
„ 19. Dezember 167
„ 29. Dezember 167
1906 16. Januar 138
1906 18. Januar 167
„ 18. Januar 167
„ 23. Januar 167
„ 30. Januar 167
„ 30. Januar 167
„ 13. Februar 299
„ 13. Februar 299
„ 27. Februar 299
„ 13. März 299
„ 13. März 299
„ 27. März 298
„ 5. April 611
„ 5. April 612
„ 21. April 610
„ 21. April 611
„ 24. April 611
„ 1. Mai 610
„ 1. Mai 610
„ 1. Mai 611
„ 8. Mai 611

2. Beschluß.

1905 17. Januar 139

Strafsachen.

Urteil.

1906 19. Februar 299

V. Oberlandesgericht Zweibrücken.

Civilsachen.

Urteil.

1905 8. März 682

D. Landgericht München I.

Civilsachen.

1. Urteil.

1906 3. Januar 135

2. Beschlüsse.

1905 25. Oktober 25
„ 7. November 74
„ 20. Dezember 138
„ 29. Dezember 166
„ 30. Dezember 136
1906 4. Januar 165
1906 10. Januar 164
„ 1. Februar 161
„ 1. Februar 202
„ 23. März 266
„ 13. April 425
„ 4. Mai 426
„ 9. Mai 657
„ 19. Mai 561
„ 19. Mai 659
„ 23. Mai 562

IV. Verzeichnis der Mitarbeiter.

Bendix, Justizrat in Breslau 2.
Breit, Dr. James, Rechtsanwalt in Dresden 589.
Brückmann, Dr. Arthur, Rechtsanwalt in Berlin 437.
du Chesne, Landrichter in Leipzig 408, 668.
Dennler, Dr., Notar in Lauf a. P. 178, 316, 670.
Doerr, Dr. Fr., Amtsrichter in München 342, 376.
Eichhorn, G., Senatspräsident in Berlin 301.
Francke, W. Ch., Oberlandesgerichtsrat a. D. in Hannover 365, 645.
Fuchs, Oberlandesgerichtsrat in Cassel 398.
Fuld, Dr., Rechtsanwalt in Mainz 145.

Hagen, W., Landgerichtsrat in Frankenthal 429.
Hilse, Dr. B., Kreisgerichtsrat in Berlin 368, 435, 549, 597.
Hofmockel, Landgerichtspräsident in Traunstein 77.
Hümmer, II. Staatsanwalt in Weiden 34, 173.
Jacoby, Dr. Hugo, Rechtsanwalt in München 245.
Jacubezky, Dr. von, Senatspräsident in München 397.
Josef, Dr. Eugen, Rechtsanwalt in Freiburg i. Br. 12, 700.
Käb, Dr. K., Amtsgerichtssekretär in Königshofen 56.
Kraus, Gg., Amtsrichter in München 371.
Kriener, Wilhelm, Anlegungskommissär in Bad Kissingen 287.
Langheineken, Dr. P., Professor in München 269.
Lippmann, Dr. von, Geh. Rat, Reichsgerichtsrat a. D. 565.
Mayr, Dr. Otto, Landgerichtsrat in Kempten 109.
Meikel, Gg., II. Staatsanwalt in München 474, 575.
Meyer, H., Geh. Justizrat in Breslau 99.
Meyer, Karl, Landgerichtsrat in München 53, 214.
Müller, Dr. G., II. Staatsanwalt in München 541, 613.
Neumeyer, Dr. Karl, Privatdozent in München 333.
Oertman, Dr. Paul, Professor in Erlangen 280, 685.
Pillmayr, Eugen, Amtsrichter a. D. 574.
Piloty, Dr. Robert, Professor in Würzburg 493.
Puchta, Wilhelm, Rechtspracktikant in Deggendorf 148.
Rehm, Dr., Professor in Straßburg 141.
Riezler, Dr. Erwin, Professor in Freiburg i. Br. 29.
Schäfer, Oberlandesgerichtsrat in Bamberg 205.
Scherer, Dr. M., Rechtsanwalt in Leipzig 551.
Schierlinger, Dr., Oberlandesgerichtsrat in München 661.
Schönfeld, Oberlandesgerichtsrat in Breslau 442.
Seitz, Heinrich, Oberamtsrichter in Garmisch 260.
Seuffert, Dr. Lothar von, Professor in München 637.
Singer, Oberamtsrichter in München 461.
Spaett, Edm., Amtsrichter in Traunstein 115.
Steyer, Amtsrichter in Ludwigshafen a. Rh. 175.
Stölzle, Dr. Hans, Rechtsanwalt in Kempten 714.
Trendel, Dr. August, Amtsrichter in Wiesentheid 508.
Warneyer, Dr. Amtsrichter in Dresden 216.
Würzburger, Dr. Julius in Bayreuth 179.

V. Alphabetische Übersicht zu den Literaturberichten.

Anger, Dr. Ernst, siehe Petersen.
Arnim, E., Protokollmuster für die Hauptverhandlung vor der Strafkammer 460.
Aschaffenburg, Dr. med. Gustav, Monatsschrift für Kriminalpsychologie u. Strafrechtsreform 51.
Baumann, Dr. Hans, Das neue Liegenschaftsrecht in der Rechtsprechung 363.
Beckmann, Dr., Die Straftat eines Deutschen im Konsulargerichtsbezirke und den Schutzgebieten, insbesondere die Vielehe in der Türkei 459.
Beling, Dr. E., Strafrechtliche Abhandlungen 76.
Birkmeyer, Dr. Karl, Was läßt von Liszt vom Strafrecht übrig? 659
Bresler, Dr. Joh., siehe Finger.
Buchert, Karl, Sammlung in der Praxis oft angewandter Verwaltungsgesetze nebst einer Anzahl derartiger Verordnungen u.s.w. für das Königreich Bayern 564.
Burlage, E., Die Entschädigung der unschuldig Verhafteten und der unschuldig Bestraften 364.
Claus, Leitfaden für den Hypothekengläubiger im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren 540.
Delius, Dr. Hans, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens im deutschen Reiche, sowie im und gegenüber dem Auslande in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in Konkurssachen, in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Verwaltungssachen 588.
Dispecker, Dr. Siegfried, die Praxis der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 28.
Eger, Dr. Georg, Das Reichs-Haftpflicht-Gesetz, betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien und Fabriken herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen, vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 des Einführungsgesetzes und unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs 268.
Erbnachweis, der deutsche 492.

Fabian, Dr. Theodor, Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt und Erörterung ihrer Strafbarkeit 396.
Finger, Dr. A., Juristisch-psychiatrische Grenzfragen 52, 612.
Fischer, Dr. Otto, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des deutschen Reiches 27, 716.
Frank, Dr. A., Der Pitaval der Gegenwart 428.
Frese, Dr., Die Prinzessin Luise von Sachsen-Coburg und Gotha, geb. Prinzessin von Belgien 364.
Gelpke, Dr. Max, Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen und den preußischen Ausführungsgesetzen 332.
Gemmingen-Fürfeld, Dr. Karl Freiherr von, Zur Lehre der Beleidigung Verstorbener 427.
Gennat, Dr. Georg, Das Strafensystem und seine Reform 428.
— Das Gefängniswesen Hamburgs 660.
Günther, Carl, Die Zurechnung im Strafrecht und die gesetzliche Berücksichtigung der geistig Minderwertigen 460.
Hachenburg, Dr. Max, siehe Staub.
Hallbauer, Max, Das deutsche Erbschaftsrecht 540.
Heinzmann, Dr. Kurt, Deutsches Theaterrecht 460.
Hoche, Dr., siehe Finger.
Jellinek, Georg, Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen 27.
Kähler, Dr. Otto, Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft 51.
Kahn, Dr. Otto, Das neue Liegenschaftsrecht in der Rechtsprechung 363.
Keibel, J., Krankenversicherungsgesetz 540.
Kluge, Dr. Hans, Die volkswirtschaftlichen Grundlagen für die Haftung des Tierhalters im Bürgerlichen Gesetzbuch 332.
Klumber, Dr. Chr. J., Jahrbuch der Fürsorge 564.
Kohler, Dr. J., Berliner Juristische Beiträge zum Civilrecht, Handelsrecht, Strafrecht und Strafprozeß und zur vergleichenden Rechtswissenschaft 459.
Kohn, Dr. Max, Das Erbbaurecht nach dem BGB. 460.
Krause, J., Haftentschädigung 539.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 716.
Kuhlenbeck, Dr. Ludwig, Die Rechtswissenschaft in ihren Beziehungen zu anderen Wissenschaften 108.
Lang, Dr. Georg, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht; seine Erweiterungen und seine Beschränkungen im Konkurs des Schuldners 588.
Lehmann, Dr. Walter, Zur Reform des Reichsstrafgesetzbuchs 51.
Leutke, Dr. P., Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft, mit besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäfts 231.
Lilienthal, Dr. von, Strafrechtliche Abhandlungen 636.
Lindemann, Otto, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung nebst dem Einführungs- und Preußischen Ausführungsgesetze 363.
Lunglmayr, Alfred, Der juristische Vorbereitungsdienst in Bayern 232.
Männer, Karl, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das deutsche Reich 396.
Meikel, Georg, Grundbuchordnung für das deutsche Reich vom 24. März 1897 unter besonderer Berücksichtigung des Bayerischen Ausführungsgesetzes und der einschlägigen Vollzugsvorschriften 396.
Meyer, Dr. Arnulf, Das Relativgeschäft, ein Rechtsgeschäft, das sich auf ein Sondervermögen bezieht 108.
Neue Zeit- und Streitfragen, II. Jahrgang 5. Heft 27.
Niedenführ, siehe Türcke.
Oertmann, Dr. Paul, Das Recht der Schuldverhältnisse 300.
Pagenstecher, Dr. Max, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 172.
Pescatore, Dr. G., Die Wahlschuldverhältnisse 27.
Peßler, Paul, Zur Feststellung des Geisteszustandes der Beschuldigten im Strafverfahren 428.
Petersen, Dr. Julius, Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898 nebst den Einführungsgesetzen 232.
v. d. Pfordten, Dr. Theodor, Die Bayerischen Ausführungsvorschriften zum Gesetze über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 459.
Polligkeit, Wilhelm, siehe Klumber.
Pollwein, Markus, Bayerisches Gesetz vom 30. März 1850, betr. die Ausübung der Jagd, und die Gesetze, betr. den Ersatz des Wildschadens 171.
Reichssteuergesetze vom 3. Juni 1906, Textausgabe mit Sachregister 540.
Reinbeck, Dr. E., Die Haftung der Versicherungsforderung für Hypotheken und Grundschulden 460.
Remele, Ernst, siehe Petersen.
Rietsch, Dr., Der besondere Voraussetzungstatbestand beim Vergleich 300.
Roscher, Dr. G., siehe Frank.
Sammlung kleinerer Reichsgesetze und Verordnungen handelsrechtlichen Inhalts, Textausgabe mit Sachregister 231.
Schmidt, Dr. Georg, Militärgesetze für Bayern 172.
Schmidt, Dr. H., siehe Frank.

Schwab, Siegfried, Grundriß des materiellen Liegenschaftsrechts des BGB. unter Berücksichtigung der Bayer. Ausführungs- und Uebergangsvorschriften 204.

Seitz, Biologie des geschichtlich positiven Rechtes im Kulturleben der Gegenwart 231.

Skonietzki, Richard, Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen und den Preußischen Ausführungsgesetzen 332.

Sörgel, Dr. H. Th., Rechtsprechung 1905 zum BGB., EG. z. BGB., CPO., KO., GBO., RFG., ZwVG. und dem gesamten Handelsrecht 396, 587.

Springer, Dr., Der Kauf nach deutschem Rechte 540.

Stade, Reinhold, Der politische Verbrecher und seine Gefängnishaft 364.

Staub, Dr. Hermann, Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bearbeitet von Dr. M. Hachenburg 587.

— Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearbeitet von Heinrich Könige, Dr. Joseph Stranz und Albert Pinner 588.

Staudinger, Dr. Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze 539.

Steiner, Anton, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 unter besonderer Berücksichtigung des Bayerischen Ausführungsgesetzes und der einschlägigen Vollzugsvorschriften 204.

Stier-Somlo, Dr., Sammlung preußischer Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts 231.

Stölting, R., siehe Arnim.

Türcke - Niedenführ - Winter, Bürgerliches Gesetzbuch 564.

Warneyer, Dr. Otto, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Civil-, Handels- und Prozeßrechts 332.

Weil, Dr. Ludwig, Die Aufreizung zum Klassenkampf 427.

Weismann, Dr. Jakob, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts 364.

Wieruszowski, A., Handbuch des Eherechts mit Ausschluß des Eheschließungs- und Ehescheidungsrechts 140.

Wilß, Hermann, Das Gesetz über das Telegraphenwesen des deutschen Reiches vom 6. April 1892 28.

Winter, siehe Türcke.

Wittmaack, Das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 716.

Wolff, Dr. Emil, Die Praxis der Finanzierung bei Errichtung, Erweiterung, Verbesserung, Fusionierung und Sanierung von Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bergwerken, sowie Kolonialgesellschaften 459.

Yblagger, Ludwig, Gesetz die Fortsetzung der Grundentlastung betr., vom 2. Februar 1898 nebst den Novellen vom 12. Dezember 1899 und 10. August 1904, den wichtigsten Ministerial-Bekanntmachungen und Entschließungen sowie Formularen 76.

Druck von U. E. Sebald, Nürnberg.

71. Jahrgang. № 1. 6. Januar 1906.

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: An die sehr verehrlichen Mitarbeiter und Abonnenten. I. Rat und Empfehlung. II. Der Rechtsschutz des Eigentums an beweglichen Sachen. III. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civilsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civil- und Strafsachen); Landgericht München I (Civilsachen). IV. Literatur.

An die sehr verehrlichen Mitarbeiter und Abonnenten!

Mit dem eben beginnenden neuen Jahrgange dieser Blätter gehen diese in das Eigentum der altangesehenen Firma **U. E. Sebald**, Buchdruckerei und Verlagsbuchhandlung in Nürnberg, über und zwar unter der bewährten bisherigen Redaktion.

Nicht nur unsere Pflicht, sondern vor allem aufrichtigstes Herzensbedürfnis ist es, Ihnen Allen für die treffliche langjährige Mitwirkung und für das unserer Zeitschrift in so reichem Maße geschenkte Wohlwollen verbindlichsten Dank zu sagen, welchen wir hiermit ergebenst zum Ausdruck bringen.

Zugleich erlauben wir uns, die höfl. Bitte auszusprechen, diesen Blättern auch ferner Ihre sehr geschätzte Unterstützung zu teil werden lassen zu wollen, umsomehr wir der Überzeugung sind, daß der nunmehrige Verlag im Verein mit der verehrl. Redaktion es sich angelegen sein lassen wird, dem seitherigen Programme treu zu bleiben und unentwegt in dem Bestreben fortzufahren, stets auf gediegenen, anregenden Inhalt bedacht zu sein und so auch ferner den alten guten Ruf dieser Zeitschrift zu wahren.

Erlangen.

Palm & Enke,
Verlagsbuchhandlung.

Anschließend an vorstehende Abschiedsworte der Herren **Palm & Enke** erübrigt für mich, an die verehrl. Herren Mitarbeiter und Abonnenten die ergebenste Bitte zu richten, das meinen Verlagsvorgängern in so reichem Maße entgegengebrachte Vertrauen und Wohlwollen auf mich übertragen zu wollen, mit der Versicherung, daß ich stets bestrebt sein werde, in der seitherigen bewährten Weise fortzuarbeiten.

Hochachtungsvollst

Nürnberg.

U. E. Sebald.

I. Rat und Empfehlung.

Von Justizrat Bendix in Breslau.

I. Schon das Pr. Allgem. Landr. hat den römischen Quellen folgend Rat und Empfehlung im Anschluß an den Auftrag behandelt. Im Preußischen wie im Gemeinen Rechte ging man davon aus, daß die Erteilung eines Rates und einer Empfehlung ohne den animus obligandi, ohne Verpflichtungswillen erfolgt, ein Rechtsverhältnis mithin regelmäßig nicht begründet, mag eine vorherige Anfrage oder Aufforderung zugrunde liegen oder nicht, und daß der Empfänger der Auskunft auf eigene Gefahr handelt, wenn er ihr Folge leistet. Die Haftung des anderen Teils sollte also grundsätzlich nur im Falle der Arglist, dolosen Verhaltens eintreten (actio doli). Daneben fand allerdings in Theorie und Praxis des Gemeinen Rechtes vereinzelt auch die Auffassung ihre Vertretung, daß mindestens für culpa lata eingestanden werden müsse. Hiergegen nahm der erste Entwurf des BGB. mit voller Absichtlichkeit Stellung, indem er in § 604 am Schlusse der Vorschriften über den Auftrag verordnete:

> Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt hat, haftet für den Ersatz des dem anderen aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstandenen Schadens nur dann, wenn er arglistig gehandelt, sofern nicht aus einem Vertragsverhältnis oder aus einer Amtspflicht eine weiter gehende Haftung sich ergibt.

Die zweite Kommission beschloß zunächst, diese Vorschrift in den Titel über unerlaubte Handlungen zu versetzen. Später wurde aber dieser Beschluß aus folgenden Erwägungen heraus wieder rückgängig gemacht [1]).

Im Zusammenhange mit den unerlaubten Handlungen besage die Vorschrift nur, daß nur arglistige, nicht auch fahrlässige Erteilung eines schädlichen Rates widerrechtlich sei. In diesem Sinne habe die Vorschrift gegenüber § 705 des Entwurfs den Zweck gehabt, klarzustellen, daß fahrlässige Erteilung eines schädlichen Rates nicht als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen sei. Dieser Zweck sei weggefallen durch die Änderung, wonach ein Verstoß gegen die guten Sitten nur im Falle vorsätzlicher Schadenszufügung eine Ersatzpflicht begründen soll. Daß die arglistige Erteilung eines schädlichen Rates unter den so geänderten § 705 falle, unterliege keinem Zweifel; andererseits lasse sich eine Ersatzpflicht wegen fahrlässiger Erteilung auch nicht aus § 704 in seiner jetzigen Gestalt herleiten. Die Vorschrift sei mithin hier entbehrlich, aber auch insofern bedenklich, als sie zu falscher Auffassung des Inhalts dieser Paragraphen führen könne.

Nach einer verbreiteten Ansicht verpflichte sich derjenige, welcher sich zur Erteilung eines Rates herbeilasse, durch stillschweigenden Vertrag zur Anwendung ordentlicher Sorgfalt bei der Ratserteilung. Von dieser Grundlage gelange man zur Haftung des Raterteilenden für jede Fahrlässigkeit. Soll die Haftung auf Arglist beschränkt werden, so richte sich die Vorschrift gegen die Annahme

1) Mugdan Bd. 2 S. 959.

einer vertragsmäßigen Verpflichtung und gehöre deshalb in die Lehre von den Verträgen.

Bei diesem Beschlusse verblieb es. Die Bestimmung über Rat und Empfehlung wurde in den vom Auftrag handelnden zehnten Titel endgültig eingestellt. So entstand der § 676 BGB in seiner jetzigen Fassung.

II. Auch nach BGB. erzeugt die Erteilung eines Rates oder einer Empfehlung als reine Gefälligkeit ein Rechtsverhältnis an sich nicht. Gleichwohl können die für das Gemeine und Sächsische Recht erlassenen Entscheidungen des ehemaligen ROHG. (Bd. 19 S. 196, 201 und Bd. 25 S. 345), wonach weder eine Genossenschaft für eine von ihrem Vorstand ausgehende noch eine Handelsgesellschaft für eine von ihrem Vertreter gegebene dolose Empfehlung haften, heute keine Berücksichtigung mehr finden. Schon für das frühere Recht hat das RGer. (Bd. 20 S. 190) im Anschluß an die Urteile in Bd. 15 S. 121 insbesondere S. 132 und Bd. 17 S. 93 betont[2]), daß auch die offene Handelsgesellschaft, obwohl sie nicht zu den juristischen Personen gehört, für alle solche, auch deliktische Handlungen der vertretungsberechtigten Gesellschafter hafte, die in innerem Zusammenhange mit dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft namentlich unter Gebrauch ihrer Firma vorgenommen werden, wie für unerlaubte Eingriffe in das Firmen-, Patent- und Markenschutzrecht eines anderen, nicht minder für wissentlich falsche Auskunft über die Kreditwürdigkeit eines Dritten[3]). Der betreffende Fall lag so, daß ein Kaufmann S. mittels Schreiben vom 5. Februar 1886 (unter Versprechung von Gegendiensten) die offene Handelsgesellschaft H. Kr. & Sohn um Auskunft über die Vermögens- und Kreditverhältnisse eines anderen Kaufmanns K. mit dem Bemerken ersuchte, es komme ihm besonders darauf an, zu erfahren, ob er dem K. sorglos mehrere Tausend Mark fidieren könne.

Auf diesen Brief erhielt S. folgende, vom 6. Februar 1886 datierte briefliche Antwort:

„In Beantwortung Ihres Geehrten von gestern können wir Ihnen mitteilen, daß der Angefragte ein entschieden ehrlicher und braver, sowie fleißiger Geschäftsmann ist, und arbeiten wir mit ihm seit einer Reihe von Jahren und genießt er bei uns volles Vertrauen, und zwar gewährten wir ihm bisher einen Kredit von zwischen 3—5000 Mk. Seinen Verpflichtungen ist er bisher stets nachgekommen und reguliert er größtenteils entweder mit eigenen Akzepten oder Kundenpapieren, welche bis auf einige kleine der letzteren prompt honoriert wurden. Dies ist das, was wir Ihnen über K. mitteilen können, selbstredend ohne unser Obligo." Achtungsvoll

gez. H. Kr. & Sohn.

Daraufhin lieferte S. dem K. Waren unter Kreditgewährung. K. stellte aber schon 5 Monate hernach seine Zahlungen ein; die Zwangsvollstreckung

2) Auch in einem späteren Erkenntnisse, Bd. 32 S. 32, ist an dem Prinzipe festgehalten worden.

3) Vgl. Bendix, Bürgerl. Recht, 2. Aufl. S. 75.

gegen ihn blieb fruchtlos. Der Schadensersatzanspruch des S. gegen die offene Handelsgesellschaft und deren Inhaber hatte Erfolg, da obige Auskunft, die von einem der Gesellschafter erteilt war, sich als wissentlich unwahr erwies.

Die Entscheidung müßte nach neuem Rechte (§§ 124, 126, 128 HGB.) ebenso lauten. Aus der Vorschrift des § 31 BGB. erhellt, daß in gleicher Weise Vereine und juristische Personen für den Schaden aus einer wissentlich falschen Auskunft verantwortlich sind, die ein verfassungsmäßig (Entsch. d. RGer. Bd. 55 S. 229; Jur. Wochenschr. Beil. 1903 S. 39) berufener Vertreter, z. B. der Vorstand einer A.-G. oder eingetr. Genossensch., oder der Geschäftsführer einer G. m. b. H. in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen erteilt.

Begründet mithin auch jetzt die Erteilung eines Rates oder einer Empfehlung eine Verpflichtung zum Ersatze des aus der Befolgung entstehenden Schadens an sich nicht, so kann sich die Verantwortlichkeit des Auskunftserteilers trotzdem sowohl aus einem Vertragsverhältnis wie aus einer unerlaubten Handlung ergeben. Unter Umständen kann der Schadensanspruch gleichzeitig aus dem Vertrag und aus der unerlaubten Handlung begründet sein, wenn nämlich neben den Voraussetzungen für die Vertragsforderung auch die Merkmale einer unerlaubten Handlung selbständig gegeben sind (Entsch. d. RGer. Bd. 52 S. 373; Jur. Wochenschr. 1904 S. 166).

a) Die Erteilung von Rat und Empfehlung kann innerhalb eines Vertragsverhältnisses zu den Obliegenheiten der einen Vertragspartei gehören, ohne seinen Inhalt auszumachen. Dies gilt sowohl für handelsrechtliche, als auch für bürgerlich-rechtliche Verhältnisse, beispielsweise innerhalb eines Werkvertrags oder Mandats. Die Haftung bestimmt sich alsdann sowohl in Bezug auf eigenes Verhalten als dasjenige der gesetzlichen Vertreter und Gehilfen bei Erfüllung der Verbindlichkeit in erster Linie nach den für das konkrete Schuldverhältnis maßgebenden Vorschriften[4]). Ermangelt es solcher, so kommen die die Vertretungspflicht in bestehenden Vertragsverhältnissen regelnden allgemeinen Bestimmungen, insbesondere die der §§ 276 ff. BGB., § 347 HGB., §§ 82, 89 Konk.-Ordn. zur Anwendung, wobei insbesondere zu beachten ist, daß die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht im voraus erlassen, darauf also auch vertraglich nicht im voraus verzichtet werden kann (BGB. § 276 Abs. 2). Der Handlungsagent z. B. hat bei seinen, die Vermittelung oder Abschließung von Geschäften für das Handelsgewerbe eines Anderen betreffenden Handlungen dessen Interesse mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen (§ 84 HGB.), deshalb auch die Kreditwürdigkeit der Warenabnehmer (Kunden) mit solcher Diligenz zu prüfen und dem Geschäftsherrn hierüber Auskunft zu erteilen. Erwachsen diesem aus seinem Rate oder seiner Empfehlung Nachteile,

---

4) Dies ist insbesondere auch für die Frage der Verjährung in der während des Druckes meiner Arbeit veröffentlichten Entscheidung des Reichsgerichts (Jur. Wochenschrift 1905 S. 502) angenommen.

so wird die Verantwortlichkeit des Agenten eintreten, wenn er jene Sorgfalt nicht angewendet hat (ROHG. Bd. 22 S. 119).

Ein solches Vertragsverhältnis, aus dem ohne weiteres eine Verpflichtung zur Anwendung gehöriger Sorgfalt erfließt, lag auch in dem von dem Reichsgericht (Bd. 42 S. 125) noch nach altem Rechte entschiedenen Falle vor. Dort hatte der Kläger, ein kleiner Kapitalist, im August 1888 sechs Aktien der Niederschles. Chamottefabrik von der verklagten Bankfirma zum Kurse von 112 Prozent gekauft, auch im Juli 1889 bei der Vergrößerung des Aktienkapitals durch Vermittelung der Beklagten 3 neue Aktien zum Kurse von 105 Prozent bezogen, sowie im Jahre 1890 auf diese 9 Aktien behufs deren Umwandlung in Prioritätsaktien die ausgeschriebene Zuzahlung von 3000 Mk. wiederum durch Vermittelung der Beklagten geleistet. Die Gesellschaft, die niemals Dividenden verteilte, trat 1893 in Liquidation, im Februar 1894 wurde der Konkurs über ihr Vermögen eröffnet; die Aktionäre gingen leer aus. Kläger machte die Beklagte für den erlittenen Verlust haftbar, indem er ausführte, daß die Teilhaber der verklagten Firma, sowie deren damaliger Kommis, späterer Prokurist, ihm die Aktien als ein sicheres und gutes Anlagepapier empfohlen hätten.

Unzweifelhaft standen sich hinsichtlich des ersten Aktienerwerbes des Klägers die Parteien als Käufer und Verkäufer gegenüber, während es sich bei den Vorgängen aus den Jahren 1889 und 1890, wodurch die Beteiligung des Klägers an dem Aktienunternehmen noch vergrößert wurde, um die Erteilung und Ausführung eines Auftrags, einer kaufmännischen Kommission handelte. Zutreffend betonte der höchste Gerichtshof, daß die von dem Kommissionär dem Kommittenten nach Art. 361a HGB. geschuldete Sorgfalt sich auch auf die Berichte und Mitteilungen erstreckt, die er dem Kommittenten vor Übertragung des Auftrags, aber in deren Erwartung mit Bezug auf sie gibt. Die neue Vorschrift des § 384 HGB. läßt keine andere Auffassung zu.

Aber auch in Ansehung des Kaufgeschäfts vom Jahre 1888 verlangte das Revisionsgericht eine Entscheidung, ob die Beklagte bei Anwendung der Prüfung, die ein verständiger und sorgfältiger Bankier unter den geschilderten Umständen hätte eintreten lassen, das Urteil über die Güte der Aktien als Anlagepapier abgeben durfte, und erachtete sie bei Verneinung dieser Frage wegen ihrer Fahrlässigkeit für verantwortlich. Die Begründung gipfelt in der Ausführung, daß im allgemeinen eine Verantwortung des Verkäufers für Versehen bei einer für den Kaufabschluß kausalen Raterteilung nicht anzunehmen sei, daß jedoch die Sache anders liege, wenn es sich um den Verkauf von Wertpapieren seitens eines Bankiers an einen Privatmann handelt. Es gehört, so heißt es in dem Erkenntnisse wörtlich, zum Gewerbe des Bankiers, zinstragende Wertpapiere an das Publikum, das Belegung für seine Kapitalien sucht, abzugeben. Dabei ist Verkehrssitte, daß der Bankier den Kunden berät. Dem Privatmanne gehen häufig die Kenntnisse ab, die zur Beurteilung der Güte eines Wertpapiers im allgemeinen und im einzelnen Falle erforderlich sind. Vom Bankier wird voraus-

gesetzt, daß er diese Kenntnisse kraft seines Berufs hat, oder doch leichter sich zu verschaffen imstande ist; er gilt als Sachverständiger, der Kunde als Laie. Raterteilung und Empfehlung bilden ein notwendiges Glied in diesem Zweige des Bankgeschäfts, und ein Bankier, der sich der Beratung seiner Klientel entschlagen wollte, würde seine Effektenabteilung bald schließen können. Die Vorteile, die für den Bankier aus den Geschäftsabschlüssen entstehen, bilden zugleich das Entgelt für die Dienste, die er dem Kunden bei den Vorbereitungen zu den Geschäften leistet. In Fällen dieser Art mischt sich daher mit den Kaufgeschäften selbst die Leistung von Diensten, die Inanspruchnahme und die Darbietung der Kenntnisse und Erfahrungen des Fachmanns an den minderkundigen Laien. Diese Dienste sind ein Teil des entgeltlichen Geschäfts, und wer sie leistet, wird daher auch dafür einzustehen haben, daß er sie ohne Fahrlässigkeit leistet. Es würde denn auch ein wenig angemessenes Ergebnis sein, die Verantwortlichkeit des Bankiers für die Beratung seiner Klientel verschieden bemessen zu wollen, je nachdem das Geschäft demnächst die Form der Kommission, oder die Form des unmittelbaren Kaufes angenommen hat.

Auch in Ansehung eines Kaufabschlusses darf also der Bankier bei der Raterteilung nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns außer Augen setzen (§ 347 HGB.), er hat dafür einzustehen, daß namentlich seine positiven Äußerungen auf einer sorgfältigen Prüfung der Umstände und Verhältnisse beruhen, auf die ein sachverständiger Beurteiler Wert legen wird. Eine Fahrlässigkeit, bei der diese Sorgfalt außer acht gelassen ist, macht den Bankier auch nach jetzigem Rechte dem abkaufenden Kunden gegenüber, der seinem Rate vertraut hat, für den entstandenen Schaden verantwortlich.

Neben diesen Fällen, in denen die Erteilung von Rat und Empfehlung keine selbständige Bedeutung hat, kommen noch diejenigen in Betracht, bei denen der Vertrag gerade auf Gewährung einer sachgemäßen Auskunft gerichtet ist, bei denen die Leistungspflicht des einen Vertragsteils sich gerade in der Ratserteilung im wesentlichen erschöpft. Die Auskunfterteilung, die hier regelmäßig eine Erwerbsquelle für die darum angegangenen Personen, wie z. B. für Auskunfteien, technische Sachverständige, Rechtsanwälte, (RGer. in Jur. Wochenschr. 1905 S. 138), Notare, Ärzte bildet, kann sich bald als Mandat, bald als Dienst- oder Werkvertrag oder auch als besonderer Garantievertrag darstellen. In Entsch. d. RGer. Bd. 52 S. 365 hatte der Rechtsanwalt und Notar G. der Klägerin folgenden Brief geschrieben:

> „Auf Veranlassung des Herrn H. in Br. teile ich Ihnen ergebenst mit, daß auf seinem Grundstücke Nr. 31 Br. im Ganzen 18660 Mk. Hypotheken eingetragen sind."

Die Klägerin, welche dem H. auf Grund dieses Schreibens das gewünschte Darlehn von 2000 Mk. gegen Eintragung einer weiteren Hypothek gewährt hatte, mit dieser aber bei der Zwangsversteigerung ausgefallen war, verlangte von H. Schadensersatz, weil in Wirklichkeit die hypothekarische Belastung höher gewesen als G. angegeben hatte. Klägerin hatte die Beibringung einer Bescheinigung

über das Belastungsverhältnis des Grundstücks seitens eines Notars z. Zt. von H. verlangt und dieser daraufhin den Beklagten zur schriftlichen Mitteilung an Klägerin veranlaßt. Hierdurch allein ist Beklagter auch zu der Klägerin in ein bezügliches Vertragsverhältnis getreten[5]).

„Wenn jemand, zu dessen Berufsgeschäften es gehört, anderen in Geschäften der fraglichen Art beratend zur Seite stehen und der erfahren hat, daß ein anderer in einer solchen Angelegenheit einer zu verlässigen Auskunft bedarf, diesem dann in einem an denselben gerichteten Schreiben eine Auskunft über den erheblichen Punkt gibt, so schließt er," wie das angegebene Erkenntnis wörtlich ausführt, „eben dadurch den betreffenden Vertrag mit dem Auskunft Begehrenden ab. Es kommt dabei nichts darauf an, daß der Beklagte hier nicht, wie die Klägerin gewünscht hatte, als Notar tätig geworden ist, sondern nur als Rechtsanwalt, da zur Berufstätigkeit der Rechtsanwälte gerade die Beratung anderer in dergleichen Angelegenheiten gehört. Auch kann für jetzt dahin gestellt bleiben, ob der Beklagte seine Gebühren nicht von der Klägerin, sondern nur von H. zu erwarten hatte."

Besteht zwischen den Parteien eine dauernde Geschäftsverbindung, so wird durch die Auskunftgewährung ein Vertragsverhältnis begründet, das man je nach den Umständen als Mandat oder Garantievertrag ansprechen darf.

Eine solche Geschäftsverbindung lag z. B. in dem von dem RGer. Bd. 27 S. 118 ff. entschiedenen Falle vor.

Die Beklagte kaufte und verkaufte für den Kläger bezw. von ihm und an ihn bedeutende Beträge von Wertpapieren. Am 8. September 1883 schrieb die Beklagte dem Kläger einen Brief, der über das „freundliche Gesicht", welches die Börse zur Zeit zeige, und dessen Ursache berichtet, in dem es dann weiter heißt:

„Ein sehr lebhaftes Geschäft zu steigernden Kursen entwickelte sich in Dortmunder Union-Stamm-Prioritäten. Wenn auch die verbreiteten guten Dividendengerüchte vorerst noch tatsächlicher Begründung entbehren, so bricht doch die Überzeugung durch, daß der Kurs im Verhältnis zur Lage der Verhältnisse zurückgeblieben ist, und dürfte eine weitere Steigerung bevorstehen."

Der Kläger will durch diese Mitteilung bewogen worden sein, größere Posten des erwähnten Effekts teils durch die Beklagte, teils durch die Deutsche Bank ankaufen zu lassen. Der Kurs sei dann dauernd gefallen. Der Beklagten seien infolge ihrer engen Beziehungen zur Union deren ungünstige Vermögensverhältnisse bekannt gewesen, jene Auskunft über die Ansicht der Börse und über die Eventualität des Steigens des Papiers beruhe mithin auf grobem Versehen. Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist denn auch für gerechtfertigt erachtet. Dieser Ansicht und ihrer nachstehenden Begründung wird man auch nach jetzigem Rechte zustimmen müssen.

5) Dagegen Laband, D. Jur.-Ztg. S. 262 ff.

„Der Geschäftsfreund empfängt die Mitteilung des Geschäftsfreundes in der Überzeugung, daß diesen bei Erteilung derselben kein Verschulden trifft, bezw. daß er für ein begangenes Versehen haftbar ist und der andere Geschäftsfreund weiß, daß der erstere seine Mitteilung in diesem Sinne auffaßt, und daß er sie in Treu und Glauben so auffassen darf. Der Geschäftsfreund wird dadurch nicht verpflichtet, eine Auskunft zu geben; gibt er sie aber, so unterwirft er sich damit der bestehenden Auffassung."

Auch wenn die Ratserteilung für sich selbständig den Vertragsinhalt bildet, regelt sich die Vertretungspflicht in erster Reihe nach den für das konkrete Schuldverhältnis bestimmten Normen, eventuell nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere also jetzt nach den §§ 276 ff. BGB., § 347 HGB.

b) Die Verantwortlichkeit des Raterteilers kann sich wie aus einem Vertragsverhältnis auch aus einer unerlaubten Handlung ergeben. Eine solche liegt nur vor, wenn einer der Tatbestände der §§ 823 ff. BGB. erfüllt ist[6]). In Betracht kommen hierbei die Fälle der §§ 823, 824, 826 und 839.

1) Diese Tatbestände decken unzweifelhaft alle Fälle doloser Ratserteilung. Ist eine solche festgestellt, so kann die Haftung ebensowenig wie beim Vorhandensein eines Vertrags durch die Zusätze „ohne Obligo", „ohne Präjudiz", ausgeschlossen werden, da hierin nur ein neuer Dolus zu finden wäre[7]). Daneben bleiben weitergehende besondere gesetzliche Bestimmungen, z. B. § 6 RGes. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896, unberührt.

α) Liegt Betrug im strafrechtlichen Sinne vor, wobei es sich nur um eine vorsätzliche Beschädigung handeln kann, so kann die Schadensersatzpflicht wegen des Verstoßes gegen das Schutzgesetz des § 263 RStGB. schon aus § 823 Abs. 2 BGB. hergeleitet werden[8]).

β) Regelmäßig wird die Vorschrift des § 826 a. a. O. Platz greifen. Eine wissentlich falsche Auskunft verstößt im Zweifel gegen die guten Sitten. Die Täuschung kann nicht bloß in einem Behaupten, sondern auch in einem Verschweigen bestehen. Ein Beispiel bietet die Entscheidung des RGer. Bd. 23 S. 130 ff.

Hier hat sich der Kläger durch einen mit dem Fabrikanten B. abgeschlossenen Vertrag verpflichtet, sich mit einem Kapitale von vorläufig 140 000 Mark als stiller Gesellschafter bei dem Baue und Betrieb einer Extraktwollefabrik zu beteiligen und diese Summe auch eingezahlt. B. geriet aber bald darauf in Konkurs. Der Beklagte, ein Teilhaber der Firma T. S. & Co., hatte den Kläger s. Zt. zum Abschlusse des Vertrags mit B. dadurch verleitet, daß er um Auskunft über B. ersucht, ihm solche in Ansehung nebensächlicher Punkte erteilt, dabei aber verschwiegen hatte, seine Firma werde aus einem früheren

6) Die Frage, ob Vertrag oder unerlaubte Handlung vorliegt, ist von großer praktischer Bedeutung, z. B. für die Frage der Anwendbarkeit der §§ 827 ff., § 842, § 852 (Verjährung).

7) Vgl. Striethorst's Arch. Bd. 80 S. 3, S. 8.

8) Vgl. RGer. bei Gruchot 1903 S. 106.

stillen Gesellschaftsverhältnisse mit B. eine erhebliche Forderung an diesen (über 600 000 Mark) behalten. Der Schadensanspruch des Klägers gegen den Beklagten wegen seines Verlustes bei B. war von Erfolg.

Eine wissentlich falsche Auskunft liegt ferner auch schon vor, wenn man günstige Auskünfte fälschlich so gibt, als ob man das mitgeteilte Günstige wisse, während man in Wirklichkeit in der erheblichen Beziehung überhaupt nichts weiß, also auch nicht positiv von der Richtigkeit der gemachten Angaben überzeugt ist [9]).

Die vorsätzliche Schadenszufügung, die hier erfordert wird, schließt zunächst die bloß fahrlässige aus. Andererseits ist Vorsatz nicht gleichbedeutend mit der Absicht oder dem sicheren Bewußtsein der Schädigung. Vielmehr reicht die Feststellung, daß der Raterteiler die Möglichkeit schädlicher Folgen seiner Mitteilungen wirklich erkennt, daß er also gewußt hat, seine Auskunft werde möglicherweise einen Schaden herbeiführen, der ohne sie vermieden sein würde, dazu aus, um die sodann eingetretene Schädigung als eine vorsätzlich bewirkte zu charakterisieren [10]). Dies kann auch zutreffen, wenn der Beschädigte nicht direkt, sondern durch Mitteilung an einen Dritten getäuscht worden ist, vorausgesetzt, daß der Raterteiler sich dessen bewußt war, daß der Empfänger der Auskunft sie anderen mitteilen werde. Einer bezüglichen Entscheidung des RGer. (Jur. Wochenschr. Beil. 1903 S. 142) lag folgender Fall zugrunde. Der Direktor der Leipziger Bank hatte dem Kaufmann E., der im Besitze von Treberaktien war, über die Lage der Trebergesellschaft wider besseres Wissen eine falsche Auskunft erteilt, von der E. einem Dritten Mitteilung machte. Dieser wurde dadurch zum Ankaufe von zwei Treberaktien durch Vermittelung der Leipziger Bank veranlaßt, welche er demnächst für den Schaden auf Grund jener Auskunftserteilung an E. verantwortlich machte, weil der Bankdirektor sich damals habe sagen müssen, daß E. die Auskunft auch zur Kenntnis anderer bringen werde. Dies ist nicht für ausreichend erachtet und die Haftpflicht der Bank deshalb abgelehnt worden.

Unerheblich endlich ist es, ob man durch die Täuschung für sich selbst oder für einen Dritten einen rechtswidrigen Vorteil zu erreichen bezweckt; ein solcher Zweck wird hier nicht vorausgesetzt (RGer. Bd. 23 S. 137).

γ) Eine wissentlich falsche Auskunft braucht nicht notwendig gegen die guten Sitten zu verstoßen. Auch wenn der Ratserteiler im Bewußtsein handelt, daß sie einen Vermögensschaden erzeugen kann, lassen sich Umstände denken, unter denen sein Verhalten nicht sittlich verwerflich erscheint, während der Begriff eines Verstoßes gegen die guten Sitten sich auf die Fälle der Betätigung von Gesinnungsgemeinheit beschränkt (RGer. Bd. 58 S. 214, S. 220). Rechtfertigt sich in einem besonderen Falle die Anwendung des § 826 nicht, so läßt sich der Schadensersatzanspruch immer noch auf § 824 stützen, wenn dessen Voraussetzungen

9) Vgl. RGer. bei Gruchot 1903 S. 107.
10) Vgl. RGer. a. a. O. und Bd 23 S 137.

vorliegen. Aber auch § 823 Abs. 1 kann Platz greifen [11]). Hier wird erforderlich sein, daß die schädliche Auskunft eines der vom Gesetze besonders bezeichneten Rechtsgüter oder Rechte verletzt hat. Geht man nun davon aus, daß als ein solches subjektives Recht, das unmittelbar verletzt werden kann, schon ein dem Oblaten zugegangener Vertragsantrag mit der rechtlichen Befugnis zur Abschließung des Vertrags durch Annahme des Antrags (RGer. Bd. 50 S. 195) und der bereits eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb (RGer. Bd. 58 S. 29) zu gelten habe, so kann ein widerrechtlicher Eingriff auch durch wissentlich falsche Auskunfterteilung oder Empfehlung mit schädlicher Wirkung stattfinden.

2) Eine allgemeine Haftung für Fahrlässigkeit bei Raterteilung außerhalb eines Kontrakts läßt sich aus den gesetzlichen Vorschriften nicht entnehmen. Auch für culpa lata hat mithin derjenige, von dem die schädliche Empfehlung oder Auskunft ausgeht, grundsätzlich nicht einzustehen [12]). Der erste Entwurf ließ darüber keinen Zweifel, daß man von vertraglichen Verbindlichkeiten oder einer Amtspflicht abgesehen, nur für Arglist bei der Auskunfterteilung verantwortlich gemacht werden kann. Die Fassung, die der § 676 schließlich erhalten hat, zwingt zu einer genaueren Prüfung, ob eine sachliche Änderung, wenn auch nicht beabsichtigt, so doch unbeabsichtigt eingetreten ist.

α) Die römischen Rechtsquellen enthalten keine allgemeinen Bestimmungen über die privatrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflichten. Nur gegen den Richter wird der verletzten Partei die sogenannte Syndikatsklage wegen Fällung eines ungerechten Urteils gewährt, darüber, ob sie nur im Falle des dolus oder auch einer culpa begründet ist, herrscht Streit. Die Praxis des Gemeinen Rechtes neigte dahin, den Richter, abgesehen von dem Falle eines ungerechten Urteils, und auch den nichtrichterlichen Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht für omnis culpa verantwortlich zu machen (RGer. Bd. 17 S. 109 ff).

Die Doktrin und Praxis des Preußischen Rechtes ging davon aus, daß auch schon ein geringes Versehen der Beamten bei Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen die Haftpflicht dritten Personen gegenüber begründe (Striethorst's Arch. Bd. 70 S. 188; RGer. bei Gruchot Bd. 28 S. 968 ff.) und daß dies auch für die Vertretungspflicht des Richters in Betreff solcher Amtshandlungen gelte, die er nicht als Spruchrichter vornimmt (Striethorst's Arch. Bd. 82 S. 1), während er bei seiner Spruchtätigkeit nur für dolus und allenfalls für culpa lata haftbar sei (Entsch. des Pr. Ob.-Trib. Bd. 3 S. 253, Bd. 62 S. 366; Striethorst's Arch. Bd. 76 S. 225).

Die Verletzung einer Amtspflicht bei dem Urteil in einer Rechtssache kommt für unsere Frage nach der Verantwortlichkeit für eine Auskunft über-

11) Dagegen Oertmann Anm. 1b S. 410.

12) Deshalb besteht auch für denjenigen, der außerhalb eines Vertragsverhältnisses Auskunft über die Vermögenslage eines Dritten gibt, keine Verpflichtung, ungünstige Änderungen, die er nachträglich erfährt, dem Auskunftempfänger mitzuteilen.

haupt nicht in Betracht. Dagegen kann der Beamte, z. B. ein Notar, durch Erteilung eines Rates und durch Empfehlung vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzen und sich dadurch nach § 839 Abs. 1 haftbar machen. Seine Verantwortlichkeit ist also nicht einmal auf grobes Versehen beschränkt. Sie besteht aber nicht schon bei Verletzung irgend einer Dienstvorschrift, wenn ihr nur der Charakter einer Ordnungsvorschrift beiwohnt, sondern nur bei Verletzung einer dem Beamten Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht.

β) Eine Fahrlässigkeit bei der Ratserteilung kann aber auch unter den Voraussetzungen des § 824 eine Schadensverbindlichkeit begründen. Denn wer der Wahrheit zuwider eine tatsächliche Auskunft gibt — eine bloß subjektive Meinungsäußerung oder ein abstraktes Urteil genügt hier nicht —, die nach der Anschauung des Lebens und Verkehrs geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, haftet ja dem anderen schon dann, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß, also nur fahrlässig handelt. Allerdings wird hier regelmäßig die Ausnahme des Abs. 2 Platz greifen, wonach durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, dieser nicht zum Schadensersatze verpflichtet wird, wenn er oder der Empfänger an ihr ein objektiv berechtigtes Interesse hat (RGer. Bd. 51 S. 379, Bd. 56 S. 285, Bd. 57 S. 160). Indessen kann bisweilen auch nur die subjektiv irrige Annahme eines berechtigten Interesses bei der fahrlässigen Erteilung einer objektiv unrichtigen tatsächlichen Auskunft vorliegen; ist hierbei die Unwahrheit der Mitteilung dem Mitteilenden auch unbekannt, so muß trotzdem seine Haftpflicht angenommen werden.

γ) Endlich halte ich es nicht für ausgeschlossen, daß eine fahrlässige Ratserteilung unter Umständen auch einen Verstoß gegen § 823 Abs. 1 enthalten kann. Angenommen z. B., für A. sei in der Gebrauchsmusterrolle ein rechtswirksames Gebrauchsmuster eingetragen und ihm die Unkenntnis der Rechtsunwirksamkeit als Fahrlässigkeit anzurechnen, so erscheint A. schadenspflichtig, wenn er in den bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des B. dadurch eingreift, daß er ihm die Unterlassung der Nachbildung des Gebrauchsmusters mit Rücksicht auf jene Eintragung anempfiehlt [13]).

III. Das Ergebnis meiner Ausführungen fasse ich dahin zusammen:

1) Erfolgt die Auskunfterteilung als vertragliche Leistung, so bestimmt sich inhalts des § 676 die Vertretungspflicht nach den für das Vertragsverhältnis maßgebenden speziellen oder generellen Vorschriften. Diese ergeben die Haftung für Fahrlässigkeit.

2) Der § 676 schließt aber auch entgegen dem § 604 des ersten Entwurfs die Haftung für Fahrlässigkeit bei Erteilung eines schädlichen Rates oder

13) Vgl. RGer. Bd. 58 S. 24 ff.

einer schädlichen Empfehlung außerhalb eines Vertragsverhältnisses nicht schlechthin aus.

Der Schadensersatzanspruch kann in solchem Falle, abgesehen von der fahrlässigen Verletzung der Amtspflicht eines Beamten (§ 839), unter den besonderen Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 und des § 824 Abs. 1 begründet sein.

II. Der Rechtsschutz des Eigentums an beweglichen Sachen.

(Ein Beitrag zur Jurisprudenz des täglichen Lebens.)

Von Rechtsanwalt Dr. Eugen Josef in Freiburg im Breisgau.

I. Beim Antritte meiner Ferienreise übertrug ich meiner Haushälterin die Aufsicht über mein Hauswesen, ganz besonders die Sorge für meinen Hund und meinen Papagei. Bei meiner Rückkehr entdeckte ich zu meinem Schrecken, daß die Haushälterin inzwischen mit ihrem Liebhaber das Weite gesucht hatte; über den Verbleib des Hundes und des Papagei's war nicht das Mindeste zu ermitteln. Einige Monate später sah ich den Hund vor der Wohnung eines Milchhändlers stehen; ich trat ein und entdeckte hier auch sofort den mir gleichfalls abhanden gekommenen Papagei. Da beide Tiere ersichtlich mich gleichfalls wieder erkannten, so hielt ich mich für berechtigt, vom Milchhändler Aufklärung zu fordern, wie er zu dem Hunde und dem Papagei gekommen sei; der Milchhändler, der wohl merkte, daß ich ihn im Verdachte des Diebstahls oder der Hehlerei hatte, lehnte unwillig jede Auskunft ab und wies mir die Türe. Die von mir über den Händler eingezogenen Erkundigungen fielen sehr günstig aus, so daß ich den Verdacht, er habe die Tiere durch eine Straftat an sich gebracht, fallen ließ; ein Nachbar wollte sogar gehört haben, daß der Händler die Tiere auf einer Versteigerung erworben habe. Von einer leichtfertigen Strafanzeige glaubte ich hiernach absehen zu sollen; andererseits konnte ich den Wunsch, die Tiere zurückzuerlangen, nicht unterdrücken und erwog die Aussichten eines Rechtsstreits auf Herausgabe. Von einer Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes wegen eigenmächtiger Besitzentziehung (§ 861 BGB.) konnte keine Rede sein; denn einmal konnte ich nicht nachweisen, daß der Händler mir während meiner Abwesenheit den Besitz der Tiere „durch verbotene Eigenmacht entzogen" habe; auch hätte er sich in diesem Falle ja eines Diebstahls schuldig gemacht, so daß eine Strafanzeige und die Verurteilung des Händlers mir auf Grund des § 111 StPO. wieder zu meinem Eigentume verholfen hätte, ich also zu einer Besitzentziehungsklage keinen Anlaß hätte. So dachte ich denn daran, die Eigentumsklage auf Herausgabe (§ 985) zu erheben. Daß diese bei den Römern so überaus wichtige rei vindicatio für unseren heutigen Rechtsverkehr infolge des Schutzes gutgläubigen Erwerbes (§ 932) an Bedeutung sehr zurücktritt, wußte ich; bei näherer Überlegung mußte ich mich aber überzeugen, daß diese Klage auch abgesehen von dem eben

angedeuteten Gesichtspunkte heute tatsächlich wertlos ist. Zwar konnte ich nachweisen, daß ich den Hund von einem Freunde geschenkt erhalten und den Papagei von einem hiesigen Vogelhändler gekauft hatte, so daß ich den Richter wohl nach § 929 davon, daß ich Eigentümer der verlangten Tiere sei, hätte überzeugen können; ja mir lag ein solcher Nachweis, wie ich mir näher überlegte, gar nicht einmal ob. Denn wenn ich nur zu beweisen vermochte, daß ich bis zu meiner Reise den Besitz der Tiere gehabt hatte, so stand mir ja nach Abs. 2 des § 1006 die Vermutung zur Seite, daß ich während der Dauer des Besitzes Eigentümer gewesen war. Aber was hätte mir diese Vermutung oder auch der positive Nachweis des Eigentums gegenüber dem Milchhändler geholfen, dem nach Abs. 1 Satz 1 desselben § 1006 doch die Vermutung zur Seite stand, daß er Eigentümer der Tiere ist, also jetzt ist. Mit der Eigentumsklage kann ich also gegen den Milchhändler nur durchdringen, wenn ich die für ihn nach Satz 1 a. a. O. sprechende Vermutung entweder widerlege durch Aufdeckung seiner Erwerbsart, also durch Darlegung, daß mit der Erlangung des Besitzes für den Beklagten ein Eigentumserwerb nicht verbunden gewesen sei [1]) — worüber mir doch aber nicht das Mindeste bekannt war —, oder durch den in Satz 2 ebenda offengelassenen Nachweis entkräfte, daß die Tiere mir gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen seien. Dies nachzuweisen war mir unmöglich, da mein Hauswirt zwar wußte, daß ich früher Besitzer der jetzt im Besitze des Milchhändlers befindlichen Tiere gewesen war, nicht aber, ob ich mit oder ohne meinen Willen den Besitz verloren hatte. Damit erledigte sich für mich auch zugleich die Möglichkeit, eine Besitzrechtsklage aus Abs. 2 des § 1007 zu erheben, da diese gleichfalls den Nachweis unfreiwilligen Besitzverlustes erfordert; es konnte für mich also nur die Besitzrechtsklage aus Abs. 1 des § 1007 in Betracht kommen, wonach ich als früherer Besitzer der Tiere sie vom Milchhändler als dem jetzigen Besitzer herausverlangen könnte, „wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen war", d. h. ich mußte ihm — und zwar als klagebegründende Behauptung — nachweisen, daß er beim Erwerbe der Tiere gewußt oder sich habe sagen müssen, daß er zum Besitze nicht berechtigt war. Aber wenn dies der Fall ist, dann wäre hiermit ja die oben erwähnte, dem Beklagten zur Seite stehende Vermutung des § 1006 Abs. 1 Satz 1 widerlegt, so daß ich mit der Eigentumsklage durchdringen müßte und gar nicht die Besitzrechtsklage des § 1007 Abs. 1 brauche. Kann ich also jemanden, der die früher in meinem Besitze gewesene Sache besitzt, nachweisen, daß er beim Erwerbe wußte oder wissen mußte: er sei zum Besitze nicht berechtigt, dann dringe ich stets mit der Eigentumsklage durch, so daß die Besitzrechtsklage aus Abs. 1 des § 1007 praktisch unnötig ist. Weiter aber hätte der Milchhändler, wenn er beim Erwerbe wußte oder wissen mußte: er sei zum Besitze nicht berechtigt, sich durch den Erwerb einer Straftat — Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei

1) Vgl. OLG. Dresden in Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 66.

— schuldig gemacht; ich brauche dann also nur seine Bestrafung zu erwirken und erhalte dann die Tiere nach dem oben erwähnten § 111 StPO. zurück. So ist dann die Besitzrechtsklage aus Abs. 1 des § 1007 wegen ihrer strengen Voraussetzungen für den Rechtsverkehr ebenso wertlos wie die Eigentumsklage wegen der dem Beklagten zur Seite stehenden Vermutung des § 1006 Abs. 1.

II. Mit Rücksicht auf diese Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung sah ich von einer Klage auf Herausgabe der Tiere ab, kam aber alsbald wieder in die Lage, ähnliche Rechtserwägungen anzustellen. Mein Bruder starb nämlich und hinterließ mich als alleinigen Erben; er war, wie ich genau wußte, seit Jahren im Besitz eines wertvollen Musikwerks gewesen, das ich noch einige Wochen vor seinem Tode in seinem Schranke gesehen hatte. Dies Musikwerk vermißte ich im Nachlaß und konnte über seinen Verbleib nichts ermitteln. Erst einige Monate später erfuhr ich zufällig, daß jenes Musikwerk sich im Besitz einer Witwe befinde, bei der mein Bruder noch wenige Wochen vor seinem Tode gewohnt hatte. Ich ersuchte die Witwe um Aufklärung, wie sie zu dem Musikwerke gekommen sei, ob mein Bruder es ihr zur Verwahrung gegeben, oder geliehen oder verkauft oder geschenkt habe. Die Witwe kehrte mir den Rücken und lehnte jede Auskunft ab. Auch hier ergab sich für mich die gleiche ungünstige Rechtslage wie im Falle zu I: Nach § 1006 Abs. 1 Satz 1 hat die Witwe als gegenwärtige Besitzerin die Vermutung für sich, daß sie Eigentümerin des Musikwerks sei; diese Vermutung konnte ich nur widerlegen durch Aufdeckung der Erwerbsart (vgl. oben Text zu Anmerkung 1), oder entkräften durch den Nachweis, daß das Werk meinem Erblasser gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sei, oder auch daß ein solcher unfreiwilliger Besitzverlust nach dem Erbfall erfolgt sei (Entsch. d. RGer. Bd. 55 S. 52). Aber darüber, wie das Musikwerk aus dem Besitze des Erblassers heraus und in den Besitz der Witwe gekommen sei, konnte mir — dem Erben — doch unmöglich etwas bekannt sein, und da ich nicht leichtfertig die Witwe wegen Diebstahls anzeigen, ihr auch nicht aufs Geratewohl in einem Civilprozeß einen Eid zuschieben wollte, daß sie vor oder nach dem Tode des Erblassers das Musikwerk eigenmächtig an sich genommen, d. h. gestohlen habe, so mußte ich auch hier von jedem Versuch absehen, das Musikwerk auf gerichtlichem Wege zu erlangen.

III. Ich einigte mich sodann mit der Witwe dahin, daß sie mir gegen Empfang von 100 Mk. das Musikwerk herausgab und übergab es zunächst einem Goldschmiede zur Ausbesserung; als ich es sodann abholen wollte, konnte ich es trotz wiederholter Versuche nicht in Güte zurückbekommen. Ich klagte nun gegen den Goldschmied auf Herausgabe; die Klage stützte ich lediglich auf die durch Zeugen unter Beweis gestellte Behauptung, daß ich das Musikwerk dem Beklagten zur Ausbesserung übergeben hatte. Der Beklagte räumte ein, das Musikwerk von mir übergeben erhalten zu haben; er bestritt aber, daß dies zwecks Ausbesserung des Musikwerks (also auf Grund eines unter uns

zu Stande gekommenen Werkvertrags) geschehen sei; die Übergabe sei vielmehr erfolgt zwecks Verpfändung des Musikwerks für eine dem Beklagten gegen mich zustehende Darlehensforderung. Dem Richter war zweifelhaft, wie er sich in diesem Falle — der geradezu typisch ist für eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen des täglichen Lebens — zu entscheiden habe. Auf den Zeugenbeweis konnte es offenbar nicht ankommen; wenn nämlich meine Behauptung, daß ich das Musikwerk dem Beklagten nur zur Ausbesserung übergeben hatte, auch durch die Zeugen nicht bestätigt würde, so wurde hierdurch die Herausgabepflicht des Beklagten nicht berührt. Denn nach § 1006 Abs. 2 stand mir die Vermutung zur Seite, daß ich bis zur Übergabe des Musikwerks an den Beklagten Eigentümer gewesen war; und dem Beklagten stand die Vermutung des jetzigen Eigentums aus Abs. 1 Satz 1 ebenda nach seinen eigenen Erklärungen nicht zur Seite, da er ja garnicht Eigentum am Musikwerk erworben haben wollte. Folglich (§ 985) war Beklagter zur Herausgabe an mich verpflichtet, wofern er nicht den ihm nach § 986 Abs. 1 Satz 1 zustehenden Nachweis erbrachte, daß ich ihm das Musikwerk verpfändet hatte (vgl. Entsch. d. RGer. Bd. 51 S. 86 oben). Der Beklagte hielt sich aber dennoch auf Grund des Abs. 1 des § 1006 jeder Beweispflicht für das von ihm beanspruchte Pfandrecht für enthoben; denn der § 1227 lautet: „Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung." Daraus folgerte Beklagter: wenn der Besitzer zwar nicht Eigentümer, wohl aber Pfandgläubiger zu sein behaupte, so gelte die Vermutung aus § 1006 Abs. 1 gemäß § 1227 entsprechend für das Bestehen des Pfandrechts. In der Tat finden sich in der Rechtslehre (vgl. Neumann, Jahrbuch zu § 1227, erster und zweiter Jahrgang) vielfach Bemerkungen, die diese Ansicht zu teilen scheinen; auch in Planck's Komm. Anm. 3aβ zu § 1006 ist kurz bemerkt: „Behauptet der Besitzer, nur Nießbraucher oder Pfandgläubiger zu sein, so gilt zu seinen Gunsten eine dem § 1006 entsprechende Vermutung für das Bestehen des behaupteten Nießbrauchs oder Pfandrechts." Diese Ansicht ist aber unbegründet. Der § 1227 behandelt nur den Fall, daß das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt wird, d. h. daß ihm der Besitz der verpfändeten Sache entzogen oder er darin gestört wird; hier sollen ihm die dinglichen Klagerechte des Eigentümers (§§ 985, 1004, 1005, 1007) entsprechend zustehen. Dem im Pfandrechte Beeinträchtigten wird also nur die analoge Klage des Eigentümers gegeben; dagegen besagt § 1227 nicht, daß der Pfandgläubiger auch zur Begründung seines Pfandrechts sich nur auf den Besitz zu berufen brauche, wie dies der Besitzer nach § 1006 betreffs des Eigentums kann. In § 1227 ist vielmehr vorausgesetzt ein Recht des Pfandgläubigers, also dessen, der Pfandgläubiger zu sein nachweist. Wer ein Pfandrecht an einer von ihm besessenen Sache behauptet und hiermit anerkennt, daß ihm Eigentum nicht zustehe, wer also ein Recht an fremder Sache in Anspruch nimmt, der muß, wie oben aus § 986 Abs. 1 Satz 1 dargelegt, das Bestehen dieses Rechtes

beweisen [2]). Die entsprechende Anwendung der Rechtsvermutung aus § 1006 auf die Klage des Pfandgläubigers zeigt sich an folgendem Beispiele: Mir ist eine Kuh verpfändet, die plötzlich aus meinem Stalle verschwindet; ich finde sie demnächst im Besitze des X. Da ich nachweisen kann, daß ich die Kuh im Pfandbesitze gehabt, so steht mir nach § 1006 Abs. 2 verbunden mit § 1227 die Vermutung zur Seite, daß ich an der Kuh während der Dauer meines Besitzes ein Pfandrecht hatte. Nun steht zwar an sich dem X. nach Abs. 1 Satz 1 des § 1006 verbunden mit § 1227 die Vermutung zur Seite, daß er gegenwärtig Eigentümer der Kuh ist und daß er bei ihrem Erwerbe von meinem Pfandrechte keine Kenntnis hatte. Nach Satz 2 ebenda kann er sich aber mir gegenüber nicht auf diese Vermutung berufen, auch nicht darauf berufen, daß er die Kuh etwa in gutem Glauben erworben habe; denn die Kuh war mir „verloren gegangen". Ich dringe also mit der actio pignoraticia in rem auf Herausgabe der Kuh durch (vgl. Neumann, Handausgabe Anm. II unter 6 zu § 1227). Dagegen kann die entsprechende Anwendung des § 1006 nicht zu der Annahme führen: es gelte für den vom Eigentümer auf Herausgabe belangten Besitzer die Vermutung, daß ihm ein von ihm an der Sache beanspruchtes Pfandrecht zustehe. Hiermit würde dem Eigentümer die Erlangung seines Eigentums in noch viel höherem Maße erschwert werden, als in Fällen der oben zu I und II gedachten Art.

Die vorstehenden Erörterungen ergeben, daß die Vorschrift des § 1006 Abs. 1 eine schwere Gefährdung der Rechtsverfolgung betreffs beweglicher Sachen zur Folge hat. Schon in der zweiten Kommission, der der § 1006 seine Entstehung verdankt, wurde gegen diese Vorschrift geltend gemacht: Die Eigentumsvermutung zu Gunsten des gegenwärtigen Besitzers mache das Eigentum an beweglichen Sachen nahezu wertlos; der Eigentümer, der den Besitz seiner Sache ohne seinen Willen verloren habe, werde den zur Ausschließung der Vermutung erforderlichen Beweis des ohne seinen Willen eingetretenen Besitzverlustes sehr häufig nicht führen können; gegenüber dem Beklagten, der nur den gegenwärtigen Besitz für sich habe, verdiene der Kläger jedenfalls in höherem Grade Schutz, wenn er nachgewiesen habe, daß er das Eigentum früher erworben habe. Die Mehrheit der Kommission glaubte aber: man könne dem Besitzer nicht den Nachweis des Eigentums aufbürden; denn eine solche Regelung gefährde den jetzigen Besitzer, der oft den schwierigen Beweis seines Eigentums nicht werde führen können. Die natürliche Auffassung der Bedeutung des gegenwärtigen Besitzes führe zur Vermutung des gegenwärtigen Eigentums (Prot. Bd. 3 S. 382, 383). Zu welchen Folgen dies führt, zeigt besonders der oben zu II gedachte Fall: Eine vielleicht fragwürdige Person befindet sich im Besitz einer wertvollen Sache, die im Besitze meines Erblassers noch kurz vor Eintritt des Erbfalls gewesen ist. Der Strafrichter würde vielleicht aus

2) Vgl. Kammergericht in Rechtspr. d. OLG. Bd. 10 S. 127 und dazu die Bemerkungen des Einsenders.

der ganzen Sachlage schließen, daß ein solcher Besitzer die Sache auf strafbarem Wege an sich gebracht hat; verklage ich einen solchen Besitzer aber auf Herausgabe, so steht ihm die Vermutung zur Seite, daß er Eigentümer sei, mögen auch von vornherein noch so viel Umstände gegen den rechtmäßig erfolgten Eigentumserwerb sprechen. Nach preußischem und gemeinem Rechte lag die Sache anders: Hier mußte, wenn ich den Eigentumsbesitz meines Erblassers nachgewiesen habe (der in Fällen dieser Art ja niemals bestritten ist), der beklagte Besitzer zur Abwehr der Eigentumsklage nachweisen, daß auf ihn das Eigentum übergegangen sei; von diesem Beweise war aber der beklagte Besitzer schon dann entbunden, wenn sich bei freier Würdigung der Sachlage besondere Umstände ergaben, die (wie längere mit Wissen des Erblassers erfolgte Benutzung der Sache durch den Besitzer, näheres Verhältnis beider zu einander) auf eine Veränderung des entstandenen Rechtszustandes schließen lassen (Entsch. d. RGer. Bd. 10 S. 163, ferner Jur. Wochenschr. 1896 S. 6 Nr. 21). Statt dieser durch die Natur der Sache begründeten Regelung hat das neue Recht für alle Fälle ein Urteil über das Eigentum auf der unzuverlässigen Grundlage des gegenwärtigen Besitzstandes aufgestellt. Rechtspolitisch hatte die nach den früheren Rechten dem Besitzer obliegende Beweispflicht die wohltätige Folge, daß er mehr Anlaß hatte, sich den Beweis des Eigentumserwerbs zu sichern, der — als seine eigene Handlung — viel eher von ihm zu erwarten ist, als vom Kläger der Beweis: der Beklagte habe fehlerhaft erworben; denn hierüber kann der Kläger regelmäßig nichts wissen, so in dem oben unter I gedachten Falle, wo der Beklagte meine Tiere besitzt und allein in der Lage ist, über den Erwerb Auskunft zu geben. Dazu kommt, daß die Rechtslehre, wie oben unter III erwähnt, zu einer vom Gesetze gar nicht gewollten Auslegung des § 1006 neigt, wonach der Eigentümer gar noch die Vermutung gelten lassen soll, daß zu Gunsten des Besitzers auch Pfandrechte an der Sache bestehen! So führt die in § 1006 aufgestellte Vermutung zu einer schweren Gefährdung des Eigentums, während sie bei freier Würdigung der Sachlage des Einzelfalls völlig entbehrlich wäre[3]).

III. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Civilprozeß; Civilrecht.

Ist nach Abschluß eines den gesamten Rechtsstreit beendigenden Vergleichs eine Fortsetzung des Verfahrens zulässig?

Infolge Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts L., K. f. H. vom 31. Mai 1904 ist der Rechtsstreit der Parteien in II. Instanz bei dem IV. Civilsenate des Oberlandesgerichts D. anhängig geworden. In der mündlichen Berufungsverhandlung vom 11. April 1905 haben die Parteien sich verglichen.

3) Vgl. Buhl, Recht der beweglichen Sachen (1901) S. 87.

Am 14. Juni 1905 hat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten zum Zwecke der Terminsbestimmung einen vom 13. Juni datierten Schriftsatz eingereicht, worin, mit der Begründung, daß der Vergleich wegen arglistiger Täuschung der Beklagten durch die Klägerin, event. wegen Irrtums nichtig sei, diese zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung in dem anzuberaumenden Termine geladen war. Die Anberaumung dieses Termins ist von dem Vorsitzenden des IV. Civilsenats durch Verfügung vom 16. Juni 1905 abgelehnt worden.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beklagten vom 23. Juni, die bei dem Beschwerdegericht eingelegt und von diesem durch Beschluß vom 27. Juni 1905 anher abgegeben worden ist. Der Beschwerdeantrag lautet:

> unter Aufhebung des bezeichneten Beschlusses die Anberaumung eines Verhandlungstermins auf die eingereichte Ladung vom 13. Juni d. J. zu veranlassen.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 567 Abs. 1 CPO.), sie ist aber sachlich nicht begründet.

Durch den Prozeßvergleich vom 11. April 1905, der den Rechtsstreit seinem ganzen Umfange nach umfaßt hat, ist dieser, ohne daß es einer gerichtlichen Entscheidung bedurfte, erledigt und die beim Berufungsgerichte begründete Rechtshängigkeit erloschen. In Übereinstimmung mit der in der Literatur überwiegend vertretenen Ansicht, die auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts Anerkennung gefunden hat, ist davon auszugehen, daß der Prozeßvergleich nicht Urteilsnatur hat, sondern nebendem, daß er Prozeßhandlung ist, seinem Wesen nach, wie jeder Vergleich, auf einem Vertrage beruht. Es kann daher geltend gemacht werden, daß der Prozeßvergleich aus Gründen des materiellen Rechtes nichtig oder anfechtbar sei. Dies wird von der angefochtenen Verfügung nicht verkannt, sie meint aber, daß dies nicht in dem durch den Vergleich endgültig erledigten Prozesse, sondern nur in einem neuen Rechtsstreite geschehen könne.

Im Gegensatze zu dieser Ansicht wird von mehreren namhaften Schriftstellern gelehrt, daß der Streit über die Gültigkeit des Prozeßvergleichs in dem bisherigen Prozesse zum Austrage gebracht werden könne und zu diesem Zwecke die Ladung des Gegners zur weiteren mündlichen Verhandlung gemäß § 214 CPO. zulässig sei. Der wichtigste Grund dafür ist, daß der Vergleich seine prozeßerledigende Wirkung nur haben könne, wenn er formell und materiell gültig sei. Der Senat kann sich dieser Ansicht in solcher Allgemeinheit nicht anschließen. Bereits in dem Beschlusse II B. 96/95 vom 14. Juni 1895 (veröffentlicht in der Jur. Wochenschr. 1895 S. 359 Nr. 4) hat sich der zweite Civilsenat des Reichsgerichts dahin ausgesprochen, daß nach Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs eine Fortsetzung des dadurch erledigten Rechtsstreits nicht möglich sei. Ob dem in allen Fällen beizutreten wäre, braucht nicht geprüft zu werden. Zur Entscheidung steht jetzt nur der Fall, wo eine Partei behauptet, daß der Prozeßvergleich wegen Betrugs und Irrtums anfechtbar und angefochten worden, daher nichtig sei, und den Gegner im bisherigen Prozesse zur Verhandlung über dieses Vorbringen laden will. Der durch gerichtliches Protokoll festgestellten Tatsache des Vergleichs stehen also zunächst nur illiquide Parteibehauptungen gegenüber. Selbst wenn der Anfechtende schließlich durchdringt, so bedarf es doch eines vorgängigen Verfahrens, bis die Nichtigkeit des Vergleichs und damit der Wegfall seiner prozeßbeendigenden Wirkung festgestellt werden könnte. Es ist nicht anzunehmen, daß durch die Absicht des Gesetzes die völlig klare Prozeßposition, welche durch den Vergleichs-

abschluß gewonnen worden ist, zu Gunsten eines solchen, noch unentschiedenen Verfahrens sollte aufgegeben werden müssen. Dazu kommt, daß sich das Vorbringen des Beklagten auch als unschlüssig oder unwahr erweisen kann. Dann würde das nachträgliche Verfahren zugelassen worden sein in einem Falle, wo auch die entgegengesetzte Ansicht nicht bestreiten konnte, daß der Rechtsstreit bereits durch den Prozeßvergleich vollständig erledigt und die Rechtsgültigkeit endgültig beseitigt war. Für die Möglichkeit eines solchen Verfahrens bietet die CPO. keinen Anhalt.

Der Senat läßt es daher dahingestellt, ob nach Abschluß eines den gesamten Rechtsstreit beendigenden Prozeßvergleichs die Zulässigkeit einer Fortsetzung des Verfahrens dann gegeben wäre, wenn die Nichtigkeit des Vergleichs von Anfang an feststände. Für einen Fall aber, wie er hier vorliegt, wo die Nichtigkeit noch unentschieden ist und erst durch die weitere Verhandlung festgestellt werden soll, muß ein solches nachträgliches Verfahren als ausgeschlossen angesehen werden.

Bei diesem Ergebnis ist es auch nicht zu beanstanden, daß der Vorsitzende schon die Terminsbestimmung verweigert hat. Es würde eine Übertreibung des aus § 216 CPO. zu entnehmenden Grundsatzes sein, daß die Terminsbestimmung ohne sachliche Prüfung des Antrags zu erfolgen hat, wenn man den Vorsitzenden zu dieser Bestimmung in einem Falle verpflichten wollte, wovon von vornherein die Unzulässigkeit des ganzen Verfahrens feststeht, für welches die Terminsbestimmung verlangt wird.

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde zurückgewiesen worden. I. Civilsenat Nr. 93/05. Beschluß vom 12. Juli 1905.

Forderung für den Ausbau eines Weges. Kurze Verjährung (§ 196 Nr. 1 und 7 BGB.).

Der Kläger, ein Kgl. Regierungsbaumeister, Civilingenieur und Bauunternehmer, seit dem 24. Oktober 1901 als Kaufmann im Handelsregister eingetragen, hat durch Vertrag vom 4./7. Juli 1899 die Ausführung der Arbeiten zum chausseemäßigen Ausbaue des Weges von P. bis A. dem Kreise G.-H. gegenüber übernommen.

Er klagte im Juni 1903 gegen diesen Kreis auf Zahlung einer Restforderung von 15678 Mk. 69 Pfg. nebst Zinsen daraus sowohl als aus verschiedenen anderweitigen Beträgen.

Vom Beklagten ist der Klage nach Grund und Betrag widersprochen und insbesondere die Verjährungseinrede aus § 196 Nr. 1 BGB. entgegengesetzt worden.

Der erste Richter hat diese Einrede für begründet erachtet und daher die Klage abgewiesen.

Vom Kläger wurde Berufung eingelegt mit dem Antrage, den Klageantrag als dem Grunde nach gerechtfertigt zu erklären und die Sache zur Entscheidung über den Betrag an die erste Instanz zurückzuverweisen.

Durch Urteil des Oberlandesgerichts in B. vom 21. Juni 1904 wurde dem Berufungsantrage des Klägers stattgegeben, weil dieser zur Zeit des Fälligwerdens seiner Forderung weder Kaufmann, noch Handwerker gewesen sei, auch Nr. 7 des § 196 BGB. nicht zutreffe.

Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen.

Gründe: Der § 196 Nr. 1 sollte den Erfordernissen des „täglichen Verkehrs" dienen und das die Sachlage verwirrende allzulange Zuwarten mit

Forderungen, wie sie das Geschäftsleben täglich in Menge entstehen läßt, verhindern. Schon diese gesetzgeberische Absicht paßt nicht gut auf große, nicht alltägliche Vertragsverhältnisse, bei denen auf jeder Seite genaue Aufschreibungen geführt werden und sich wohlunterrichtete und sachkundige Vertragsteile gegenüberstehen (vgl. Mugdan, MaterialienBd. 1 S. 516, 775, 841). Aber abgesehen hiervon unterwirft die genannte Gesetzesstelle in Ziff. 1 nicht etwa, wie der Beklagte anzunehmen scheint, Forderungen aus bestimmten Vertragsarten, z. B. aus Werkverträgen, ganz allgemein der kurzen Verjährung, sondern sie unterstellt sie dieser nur dann, wenn sie bestimmten Personen, als Kaufleuten, Fabrikanten, Handwerkern, Kunstgewerbetreibenden zustehen. Es fragt sich daher im gegebenen Falle nicht, ob die vom Kläger übernommenen Leistungen zusammen eine einfache Werkübernahme oder einen sogenannten Entrepriseverträg begründeten, sondern nur, ob der Kläger unter die Zahl der vorgenannten Geschäftsleute fiel. Dies hat der Berufungsrichter zutreffend verneint. Daß der Kläger nicht als Fabrikant oder Kunstgewerbetreibender erachtet werden konnte, bedarf weiterer Ausführungen nicht. Er war aber vor seiner Eintragung in das Handelsregister auch kein Kaufmann, mag man altes oder — wie hier geboten — neues Handelsrecht in's Auge fassen. Bauunternehmungen, insbesondere auch Unternehmungen von Straßenbauten, wurden und werden an sich niemals als Handelsgeschäfte oder Handelsgewerbe angesehen, weil sie sich auf unbewegliche Sachen erstrecken (vgl. Art. 271, 275 HGB.; Entsch. des RGer. Bd. 14 S. 233; Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 15 S. 257; Jur. Wochenschr. 1901 S. 190 Nr. 12; § 1 HGB.; Staub, HGB. Anm. 46 und 80 hierzu). Mag auch Klägers Gewerbe solchen Umfang gehabt haben, daß es kaufmännische Buchführung und dergl. erforderte, so machte ihn dies doch vor Eintrag in's Handelsregister nicht zum Kaufmanne (§ 2 HGB.). Mit Recht spricht der Berufungsrichter dem § 5 daselbst rückwirkende Kraft, die er in anderer Beziehung haben mag (vgl. Jur. Wochenschr. 1902 S. 172 Nr. 35), in diesem Stücke ab. Der Angriff der Revision hiergegen ist hinfällig. Die Forderung muß von Anfang an eine Kaufmannsforderung gewesen sein, wenn sie nach § 196 Nr. 1 BGB. in zwei Jahren verjähren soll. Durch ihre Umwandlung in die Forderung eines Kaufmanns erst während des Laufes dieser kurzen Verjährungszeit kann diese nicht in Kraft gesetzt werden (vgl. auch das Urteil des RGer. III 301/04 vom 31. Januar 1905, Jur. Wochenschr. 1905 S. 169 Nr. 7). War hiernach die bestrittene Forderung höchstens erst vom Eintrage des Klägers in das Handelsregister — 24. Oktober 1901 — an als kaufmännische Forderung zu betrachten, so war bis zu der im Juni 1903 erfolgten Klageerhebung ihre Verjährung aus diesem Grunde noch nicht beendigt.

Unmöglich kann ferner der Annahme des Revisionsklägers gefolgt werden, daß die Forderung als Handwerkerforderung nach § 196 Nr. 1 BGB. mit Ablauf des Jahres 1902 verjährt gewesen sei. Der Begriff des „Handwerks" hat sich im Wirtschaftsleben seit alten Zeiten zu einem ziemlich feststehenden und eng umgrenzten gestaltet. Handwerker ist jener Gewerbetreibende, der nach althergebrachter Arbeitsteilung innerhalb gewisser Grenzen im kleineren Umfange durch Alleinarbeit oder doch unter eigener Mitarbeit gewisse Verbrauchs- oder Gebrauchsgegenstände herstellt und in den Verkehr bringt oder sonst bestimmte Werke verrichtet. Wenn auch die frühere strenge Abgrenzung der Handwerker in verschiedene Zünfte bis auf einzelne immerhin nicht unerhebliche Überreste (Innungen rc. rc.) weggefallen ist, so ist doch der geschichtlich eingeschränkte Begriff des Handwerks geblieben und hiernach hat man niemals große, wenn

auch etwa gewerbsmäßig betriebene Straßenbauunternehmungen zum Handwerksbetriebe gerechnet.

Wenn die Revision endlich noch anregt, ob die bestrittene Forderung nicht etwa aus „Dienstleistungen" im Sinne der Nr. 7 des § 196 BGB. erwachsen und daher dennoch bis zur Klagezustellung verjährt gewesen sei, so kann sie auch damit keinen Erfolg haben. Nach Wortlaut und Sinn will diese Gesetzesstelle neben den Forderungen für Besorgung fremder Geschäfte die Forderungen der nicht zu den eigentlichen Handwerkern nach Herkommen gerechneten kleineren Gewerbetreibenden für rein persönliche, ohne Verwendung von Rohstoffen und Waren geleistete Tätigkeit treffen. Dies geht deutlich aus der Begründung zum BGB. (Motive Bd. 1 S. 303) hervor, woselbst als Beispiele solcher Gewerbetreibender: die Stellenvermittler, Gesindevermieter, Lohndiener, Wäscherinnen, Dienstmänner, Fremdenführer aufgezählt sind.

Es mag dahingestellt bleiben, ob das Gesetz bei dem Ausdrucke „Leistung von Diensten" in Nr. 7 des § 196 BGB. nicht überhaupt reine Dienstverträge nach §§ 611 ff. im Gegensatze zu den Werkverträgen, die in §§ 631 ff. BGB. behandelt sind, im Auge hat, in keinem Falle können große Straßenbauunternehmungen, wobei, wie im gegebenen Falle, Leistungen im Werte von vielen tausend Mark bedungen sind und wozu außer Rohstoff- und Warenlieferungen und höheren wissenschaftlichen und technischen Vorarbeiten die Beschäftigung einer größeren Zahl von Fuhrwerken, Handarbeitern u. s. w. notwendig ist, zu Dienstleistungen im Sinne der mehrerwähnten Nr. 7 gerechnet werden. Dies verbietet auch schon der oben besprochene Grundgedanke des Gesetzes, wonach im allgemeinen nur alltäglich vorkommende Forderungen des kaufmännischen und Gewerbebetriebs der kurzen Verjährung unterliegen sollen.

Freilich hat das vorerwähnte Urteil des III. Civilsenats des Reichsgerichts vom 31. Januar 1905 Bohrungen, die zu bergbaulichen Zwecken vorgenommen wurden, zu Dienstleistungen, wie sie § 196 Nr. 7 BGB. erwähnt, gerechnet. Indessen kann dieses Urteil wegen des ihm zugrunde liegenden abweichenden Sachverhalts, der anderen Art und des viel kleineren Umfangs der darin berücksichtigten Leistungen, dem hier erkennenden Senate weder Anlaß geben, von seiner in vorstehendem dargelegten Meinung abzugehen, noch etwa die Entscheidung der vereinigten Civilsenate über diese Frage einzuholen. VII. Civilsenat Nr. 409/04. Urteil vom 31. März 1905.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Civilprozeß; Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Gerichtlicher Vergleich. Erfordernisse. Kosten einer vom Vormund eingelegten Beschwerde.

Der frühere Vormund der 1893 unehelich geborenen Tochter Anna Maria der Dienstmagd Anna H. von B. erhob 1894 bei dem Amtsgerichte R. gegen den Arbeiter Adam L. in Pf. als Vater des Mündels eine Klage, mit der er Anerkennung der Vaterschaft, Zahlung von Unterhaltsleistungen und namens der Mutter Entrichtung einer Kindbettkostenentschädigung verlangte. Zu dem auf 29. März 1894 angesetzten Termin erschien die Mutter Anna H. ohne den Vormund. Zwischen der Mutter und dem Beklagten wurde zunächst über die erhobenen Ansprüche verhandelt, ohne daß dabei einer Vertretung des Vormundes durch die Mutter Erwähnung geschah, dann kam „vor- und obervormundschaftliche Genehmigung vorausgesetzt" ein Vergleich dahin zu Stande, daß Adam L. sich verpflichtete, für das Kind „auf dessen 14 erste Lebensjahre

einen jährlichen, in vierteljährigen Raten vorauszahlbaren Alimentationsbeitrag von 70 Mk., das dereinstige Schulgeld und allenfallsige Kur- und Leichenkosten während der Alimentationsperiode zu bezahlen". Auf Anerkennung der Vaterschaft und auf die Kindbettkostenentschädigung wurde verzichtet.

Von dem Vergleiche wurde das Amtsgericht H. als Vormundschaftsgericht durch Mitteilung des Protokolls verständigt. Das Vormundschaftsgericht hörte den Vormund, der schriftlich sein Einverständnis erklärte und sandte hierauf das Protokoll mit dem Beifügen zurück: „Nachdem zum Pflegschaftsakte der Vormund dem Vergleiche zugestimmt, wird letzterer auch obervormundschaftlich genehmigt."

Am 17. Juni 1905 beantragte der Bäckermeister Johann B. in R., der inzwischen zum Vormunde für Anna Maria H. bestellt worden war, bei dem Amtsgerichte R. die Ansetzung eines neuen Termins in dem Rechtsstreite gegen Adam L., der deswegen noch nicht erledigt sei, weil bei der Schließung des Vergleichs vom 29. März 1894 der damalige Vormund weder mitgewirkt habe, noch vertreten gewesen sei und infolge dessen der Vergleich dem Mündel gegenüber unwirksam sei. Das Amtsgericht gab dem Antrage statt und in dem Termine vom 27. Juli 1905 kam zwischen dem Vormund und Adam L. ein neuer Vergleich zu Stande, in dem Adam L. sich verpflichtete, für das Kind vom 29. April 1905 an bis zur Vollendung des 14. Lebensjahrs als Unterhalt jährlich 70 Mk., in vierteljährigen Raten vorauszuzahlen, zu entrichten, von Seite des Vormundes dagegen auf alle weiteren Leistungen des Beklagten auch für die Vergangenheit verzichtet wurde.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wurde vorbehalten, das Amtsgericht H. lehnte aber die Erteilung der Genehmigung ab, weil es den Vergleich vom 29. März 1894 für rechtsgültig und vollstreckbar erachte und sich deshalb zu einer „Würdigung" des Vergleichs vom 27. Juni 1905 nicht veranlaßt sehe.

Die von dem Vormund „als gesetzlichem Vertreter der Anna Maria H." eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluß des Landgerichts A. vom 27. Juli 1905 als unbegründet zurückgewiesen. Die Kosten wurden dem Vormund auferlegt.

Gegen diese Entscheidung hat der Vormund weitere Beschwerde eingelegt.

Die weitere Beschwerde ist in der Hauptsache nicht begründet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Beschwerdegericht mit Recht eine einstweilige Zulassung der Mutter des Mündels zur Prozeßführung im Sinne des § 89 (85 ä. F.) CPO. angenommen und daraus deren Befugnis zur Schließung des Vergleichs gefolgert hat. Denn die Gegenpartei kann sich auf die Schließung eines Vergleichs mit dem nicht bevollmächtigten Vertreter einlassen, auch ohne daß dieser zur Prozeßführung zugelassen ist, und der so geschlossene Vergleich, der keine Prozeßhandlung ist (Entsch. d. RGer. Bd. 19 S. 362; Planck, Komm. z. BGB. Bd. 4 S. 572 Note 12 Lit. b und die dort angeführten Schriftsteller), wird durch die nachfolgende Genehmigung des Vertretenen nicht nur als Vertrag, sondern auch als vollstreckbarer Titel im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 CPO. wirksam. Die Beschwerdeschrift verwechselt die Annahme eines Vertragsantrags mit der Genehmigung eines von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrags. Der Vertretene schließt, indem er den von dem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrag genehmigt, nicht selbst einen Vertrag mit dem anderen Teile ab, sondern er macht durch seine einseitige Erklärung den schon geschlossenen Vertrag für sich wirksam. Die Genehmigung wirkt auf die Zeit der Vertragschließung zurück, der Vertrag wird so angesehen, als hätte ihn der Vertretene selbst abgeschlossen. Die gilt nach dem Preuß. Landrecht Tl. I Tit. 13 §§ 1, 85, 142, 238 ff.

(Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, 7. Aufl. Bd. 2 § 141 [S. 341 ff.], § 149 [S. 478]) ebenso wie nach dem BGB. §§ 177, 182, 184. Die Art, wie die Genehmigung des Vormundes und die nach Anh. § 51 zu LR. Tl. I Tit. 16 § 413 erforderliche obervormundschaftliche Genehmigung erteilt wurden, entspricht den damals in Geltung gewesenen Vorschriften.

Der Vollstreckbarkeit des Vergleichs steht es nicht entgegen, daß die Genehmigung des Vormundes nicht in dem Protokoll enthalten ist. Dies ist ebensowenig erforderlich, wie das Protokoll, wenn der Vergleich von einem Bevollmächtigten geschlossen wird, den Nachweis der Vollmacht enthalten muß. Auch aus dem Protokoll über einen von dem Vormunde selbst abgeschlossenen Vergleich ergibt sich dessen Vertretungsmacht nicht, wenn der Vormund einen Vergleich, zu dem er der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, ohne diese Genehmigung schließt und die seine Vertretungsmacht ergänzende Genehmigung nachträglich erteilt wird.

Die Vorinstanzen konnten deshalb mit Rücksicht auf die Wirksamkeit des Vergleichs vom 29. März 1894 dem Vergleiche vom 27. Juni 1905 die nach § 1714 BGB. erforderliche Genehmigung versagen. Das Vormundschaftsgericht hat damit, daß es aus diesem Grunde die „Würdigung" des neuen Vergleichs ablehnte, nichts anderes sagen wollen, als was das Beschwerdegericht zur Begründung seiner Entscheidung angeführt hat, daß angesichts der Wirksamkeit des früheren Vergleichs der neue, weil er dem Mündel weniger gewährt, nicht genehmigt werde.

Die Beschwerde ist hiernach in der Hauptsache nicht begründet und muß insoweit zurückgewiesen werden. Dagegen muß ihr insoweit, als sie sich gegen die Entscheidung über die Kosten richtet, stattgegeben werden. Der Vormund hat bei der Einlegung der Beschwerde ausdrücklich erklärt, daß er als gesetzlicher Vertreter des Mündels handle, das Rechtsmittel gilt daher nach § 164 BGB. als von dem Mündel eingelegt, und die Kosten des Rechtsmittels fallen dem Mündel, nicht dem Vormunde zur Last. I. Civ.-S. Reg. III 55/1905; Beschluß vom 16. September 1905.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß.

§§ 60, 74, 79 StGB.; § 482 StPO. Die gemäß § 66 StGB. oder § 482 StPO. in Anrechnung kommende Untersuchungshaft ist bei Bildung einer Gesamtstrafe aus ungleichartigen Einzelstrafen in die höhere Strafart umzuwandeln und nur nach dem sich dabei ergebenden Wertverhältnisse anzurechnen.

G. wurde durch Urteil des Landgerichts M. vom 7. September 1905 in eine Gesamtgefängnisstrafe von elf Monaten verurteilt, zugleich wurde von der Strafe ein Monat als durch die Untersuchungshaft verbüßt erklärt.

Durch Urteil des Landgerichts E. vom 15. September 1905 wurde sodann G. zur Gesamtzuchthausstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt.

Das Urteil vom 7. September 1905 wurde rechtskräftig am gleichen Tage vormittags 9 Uhr 30 Minuten. Nachdem G. zum Zwecke der Aburteilung nach E. geliefert worden war, wurde das erlassene zweite Urteil am 15. September vormittags 10 Uhr rechtskräftig.

Am 23. September 1905 hat die Strafkammer des Landgerichts E. beschlossen,

daß die mit den vorbezeichneten Urteilen erkannten Freiheitsstrafen auf eine Gesamtzuchthausstrafe von 2 Jahren zurückzuführen seien, auf welche ein Monat Untersuchungshaft und die Haft anzurechnen sei, welche Angeklagter seit 7. September 1905 vormittags 9 Uhr 30 Minuten erstanden habe.

Die gegen diesen Beschluß vom Staatsanwalt eingelegte Beschwerde, welche sich gegen die Art der Anrechnung der durch Untersuchungshaft erstandenen Gefängnisstrafe richtet, ist begründet.

Nach § 74 des StGB. ist gegen denjenigen, welcher durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen begangen und dadurch mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt hat, auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, welche in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht. Bei dem Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen tritt diese Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe ein und das Maß der Gesamtstrafe darf den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen.

Hieraus folgt, daß, wenn die arbitrierten Einzelstrafen verschiedener Art sind, das Maß der statthaften Gesamtstrafe nur gefunden werden kann, wenn die gelinderen Strafen nach Maßgabe des § 21 des StGB. umgewandelt werden (Entsch. d. RGer. Bd. 36 S. 89).

Dieselben Vorschriften kommen im Falle des § 79 a. a. O. zur Anwendung.

Handelt es sich im Falle des § 79 um Anrechnung einer teilweise verbüßten Strafe niederer Art, so versteht es sich von selbst, daß der verbüßte Teil der Strafe von der Dauer der zu bildenden Gesamtstrafe in Abzug zu bringen ist; dies kann aber nur nach dem gleichen Maßstab geschehen, der anzuwenden ist bezüglich des noch nicht verbüßten Teils der Strafe. Eine verschiedene Berechnungsweise einzelner Teile einer erkannten Strafe kennt das Gesetz nicht. Tritt also während der Dauer einer Strafvollstreckung eine Veränderung der Art der zu vollstreckenden Strafe ein, so muß bei Berechnung der Strafzeit der § 21 a. a. O. berücksichtigt werden.

Im vorliegenden Falle fragt es sich nun, ob von diesen Grundsätzen abgegangen werden kann, wenn es sich um die Anrechnung eines Teils einer erkannten Strafe handelt, welcher nach § 60 a. a. O. als verbüßt erklärt wurde. Nach § 60 umfaßt die auf die erkannte Strafe angerechnete Untersuchungshaft die ganze Dauer derselben ohne Rücksicht auf die Art der erkannten Strafe; denn es ist dem Ermessen des Richters überlassen, in welcher Dauer er die Untersuchungshaft anrechnen will, sodaß eine nachträgliche Umwandlung nach § 21 a. a. O. nicht zulässig ist. Allein das bezieht sich nicht auf den Fall, wenn es sich bei ungleichartigen Einzelstrafen um die Bildung einer Gesamtstrafe handelt. Die Bestimmungen in den §§ 74 ff. a. a. O. werden durch § 60 a. a. O. nicht berührt. Eine angerechnete Untersuchungshaft gilt als teilweise Verbüßung der erkannten Strafe, sie muß also bei Umwandlung in eine höhere Strafart dasselbe Schicksal teilen wie die erkannte Strafe, sie kann daher bei Festsetzung der Gesamtstrafe nur dann in ihrer vollen Dauer angerechnet werden, wenn es sich um gleichartige Strafen handelt. Bei Bildung einer Gesamtzuchthausstrafe kann die erkannte einzurechnende Gefängnisstrafe, einschließlich des durch Untersuchungshaft verbüßten Teils derselben nicht bestehen bleiben, an ihre Stelle hat Zuchthausstrafe und zwar der ganzen erkannten Dauer nach zu treten.

Ebenso verhält es sich mit der in § 482 StPO. bezeichneten Untersuchungshaft. Dieselbe hat allerdings unverkürzt in Anrechnung zu kommen, ohne Rücksicht auf die Art der erkannten Strafe; allein auch diese Bestimmung

bezieht sich nicht auf die bei Bildung einer Gesamtstrafe zu beobachtenden Grundsätze.

Die auf Billigkeitsgründen beruhende Bestimmung dieses § 482 a. a. O. ist eine Ausnahmsbestimmung, kann als solche nicht ausdehnend interpretiert werden und enthält keine Norm für die Anrechnung eines schon verbüßten Teils der Gefängnisstrafe auf die später erkannte Zuchthausstrafe.

Auch diese Untersuchungshaft gilt als teilweise Verbüßung der erkannten Strafe, sie kann also, wenn diese Gefängnisstrafe war und eine Gesamtzuchthausstrafe festgesetzt wurde, nur in dem Wertverhältnisse, das sie der Zuchthausstrafe gegenüber hat, in Anrechnung gebracht werden. Beschluß vom 12. Oktober 1905; Beschw.-Reg. Nr. 737/05.

StPO. §§ 140, 150. Gebührenansprüche eines von Amts wegen bestellten Verteidigers.

Die Verpflichtung der Staatskasse, dem zum Verteidiger bestellten Rechtsanwalt für die geführte Verteidigung die Gebühren nach Maßgabe der Gebührenordnung zu bezahlen, erstreckt sich auch auf die Schreibgebühren und die dem Anwalte durch die geführte Verteidigung erwachsenen anderen Auslagen. Es ist Pflicht des ohne besondere Einschränkung bestellten Verteidigers, alle nach den gesetzlichen Bestimmungen in Betracht kommenden, behufs Erreichung des Verteidigungszweckes gebotenen Handlungen vorzunehmen; hierzu gehört auch die Einlegung und sachverständige Begründung des Rechtsmittels der Revision. Dagegen stellt die von dem Verteidiger betätigte Einreichung eines Begnadigungsgesuchs keinen mit der Verteidigung vor Gericht unmittelbar zusammenhängenden Akt dar und es sind daher für diese Tätigkeit des bestellten Verteidigers Gebühren und Auslagen aus der Staatskasse nicht zu bezahlen. Beschluß vom 6. Juli 1905; Beschw.-Reg. Nr. 362/05.

D. Landgericht München I (Civilsachen).

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zur Bestimmung des Umfangs einer Pflegschaft (BGB. § 1909).

Den minderjährigen Töchtern des verstorbenen Hotelbesitzers W., die mit ihrer leiblichen Mutter in M. ihren Wohnsitz haben, ist bei dem am 18. Januar 1901 in Frankfurt a. M. erfolgten Ableben ihrer Großmutter väterlicherseits, der Privatierswitwe R., zufolge Testament ein Erbgut angefallen. In dem Testamente der Großmutter war bestimmt, daß der Erbteil der beiden Enkelinnen und ein ihnen von der Erblasserin schon zu Lebzeiten zugewiesener Betrag von 12000 fl. österr. Silber-Rente-Obligationen unter Ausschluß des Verfügungsrechts des gesetzlichen Vertreters der Enkelinnen einer besonderen Verwaltung durch den Sohn der Erblasserin, den Privatier August W. in Frankfurt a. M., unterstellt werden solle. Auf Grund dieser Testamentsbestimmung leitete das Amtsgericht München I, Abteilung A für Civilsachen, am 4. Juni 1901 für die beiden Minderjährigen eine — mit Rücksicht auf besondere Anordnungen des Testaments — befreite Pflegschaft nach den §§ 1909, 1917, 1852—1854 des BGB. ein und ließ August W. als Pfleger verpflichten. Der Pfleger nahm sowohl die den Pfleglingen aus Anlaß der Erbteilung zugewiesenen Werte, als auch die 12000 fl. österr. Silberrente, welche die Erblasserin für die Kinder in Verwahrung behalten hatte, unter seine Verwaltung

und deponierte die ganze Vermögensmasse bei der Frankfurter Bank. Die Zinsen des Kapitals wurden der Mutter jeweils zugewendet.

Mit Schriftsatz vom 22. März 1905 beantragte Rechtsanwalt E. in München namens der Witwe W. bei dem Vormundschaftsgericht, es wolle die Pflegschaft in Ansehung der 12000 fl. aufgehoben und dieser Vermögensteil der Witwe W. als Inhaberin der elterlichen Gewalt ausgehändigt werden, da die 12000 fl. aus dem Rücklasse des Großvaters der Mündel herstammen und sohin ein Vatergut der Pfleglinge bilden, da sohin die testamentarische Anordnung der Großmutter über die Verwaltung des Erbteils der Pfleglinge sich auf diesen Vermögensbestandteil nicht erstrecken könne.

Nach Anhörung des Pflegers wies das Amtsgericht München I, Abteilung A für Civilsachen, mit Beschluß vom 24. Mai 1905 den namens der Witwe W. gestellten Antrag ab, wobei zur Begründung im wesentlichen ausgeführt wurde, die Pflegschaft sei nur für das großmütterliche Erbgut der Pfleglinge bestellt und bestehe, da sie gesetzlich begründet sei, zu Recht; es handle sich nur um die Frage, ob der Pfleger irgend welches Kindesvermögen, das nicht aus dem großmütterlichen Nachlasse herrühre, also der Verwaltung der Antragstellerin unterliege, in Verwahrung genommen habe und sich hieran einen Anspruch auf Besitz und Verwaltung anmaße; der Pfleger bestreite dies, die Witwe W. nehme aber bezüglich der 12000 fl. kraft der elterlichen Gewalt das Recht auf Besitz und Verwaltung für sich in Anspruch; es stünden sich demnach bestrittene Ansprüche gegenüber, zu deren Entscheidung nicht das Vormundschaftsgericht, sondern das Prozeßgericht zuständig sei.

Gegen diesen Beschluß hat Rechtsanwalt E. namens der Witwe W. am 8. Juni 1905 Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, es wolle unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses angeordnet werden, daß die Pflegschaft hinsichtlich der 12000 fl. aufgehoben, dieses Vermögen aus der Verwaltung der Frankfurter Bank entnommen und der Witwe W. auf Grund ihrer elterlichen Gewalt ausgehändigt, der Pfleger aber zur Tragung der Kosten verurteilt werde; in der Begründung der Beschwerde wurde im wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die unter dem Vermögen der Pfleglinge befindlichen 12000 fl. seien zweifellos aus dem väterlichen Nachlasse, das Vormundschaftsgericht habe also nicht nur für das großmütterliche, sondern auch für das väterliche Vermögen der Pfleglinge eine Pflegschaft bestellt; diese Bestellung sei jedoch zu Unrecht erfolgt, und das Vormundschaftsgericht sei ohne Frage kompetent, die zu Unrecht bestellte Pflegschaft wieder aufzuheben; es handle sich nicht um bestrittene Ansprüche, zu deren Entscheidung nur das Prozeßgericht zuständig sei, sondern um Ansprüche aus der Pflegschaft gegen den Pfleger, deren Entscheidung lediglich dem Vormundschaftsgerichte obliege; die Frage, ob mit Recht oder mit Unrecht eine Pflegschaft eingeleitet worden sei, habe das Vormundschaftsgericht ebenso zu entscheiden, wie den Antrag auf Herausgabe des mit Unrecht der Verwaltung des Pflegers unterstellten Vermögens.

Die Beschwerde ist nach § 20 FGG. zulässig, jedoch materiell nicht begründet.

Kommt dem Vormundschaftsgerichte zur Kenntnis, daß das Bedürfnis einer Pflegschaft nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 BGB. besteht, so hat es vor Anordnung der Pflegschaft zu prüfen, ob der Gewalthaber durch die Verfügung des Zuwendenden tatsächlich an der Verwaltung des Vermögens verhindert ist. Es hat also das Zurechtbestehen der Verfügung des Schenkgebers, bezw. die formelle und materielle Gültigkeit der letztwilligen Verfügung, vor An-

ordnung der Pflegschaft zu prüfen (Engelmann in Staudinger's Kommentar zum BGB. § 1909 Anm. 2 b). Die Prüfung hat sich auch darauf zu erstrecken, welche Vermögensteile der Verwaltung des Gewalthabers entzogen sein sollen. Nur insoweit dies der Fall ist, kann das betreffende Vermögen der Pflegschaft unterstellt werden. Das Vormundschaftsgericht ist daher auch jederzeit in der Lage, hinsichtlich eines Vermögensteils, bei dem sich der Mangel der Voraussetzungen für die Pflegschaftsbestellung herausstellt, die angeordnete Pflegschaft wieder aufzuheben (§ 18 FGG). Der Umstand, daß zwischen dem Pfleger und dem Gewalthaber Streit über das Recht zur Verwaltung dieses Vermögensteils besteht, hindert hieran nicht. Die Verfügung des Vormundschaftsgerichts hat nicht die Wirkung, daß sie über die zwischen Pfleger und Gewalthaber strittigen Ansprüche entscheidet, bekundet vielmehr nur, entweder daß das Vormundschaftsgericht auf Grund der Prüfung des Sachverhalts einen Anlaß zu vormundschaftsgerichtlicher Tätigkeit nicht mehr findet und deshalb in Ansehung dieses Vermögensteils die Pflegschaft von Amts wegen aufhebt, oder aber, daß es das Fortbestehen der Pflegschaft als geboten erachtet. Das Vormundschaftsgericht wäre also in der Lage gewesen, den namens der Witwe W. gestellten Antrag sachlich zu verbescheiden. Bei dem Standpunkte, den das Vormundschaftsgericht in vorliegender Sache allezeit eingenommen hat, fand das Beschwerdegericht keinen Anlaß, den Erstrichter zur materiellen Prüfung des gestellten Antrags anzuweisen, hat vielmehr das Beschwerdevorbringen auch in materieller Hinsicht selbst der Würdigung unterzogen. Hierbei hat sich die Beschwerde als unzutreffend erwiesen. (Es folgen nunmehr Erwägungen tatsächlicher Natur.) Beschluß vom 25. Oktober 1905; Beschw.-Reg. Nr. 360/05.

IV. Literatur.

1) von Zahn & Jäntsch in Dresden.

Neue Zeit- und Streitfragen. Herausgegeben von der Gehestiftung zu Dresden. II. Jahrgang. 5. Heft. Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen von Georg Jellinek.

Der Verfasser spricht sich gegen das Pluralwahlrecht, von welchem man nur da reden dürfe, „wo die Gesamtheit der Wähler in allen Wahlkreisen als einheitliche Wahlkollegien fungiert, jedoch nicht nach gleichem, sondern nach einem durch die auf jeden Wähler entfallende Stimmenzahl abgestuften Wahlrecht", während Pluralwähler nicht derjenige sei, dem das Recht zusteht, bei denselben allgemeinen Wahlen für Abgeordnete beider Kammern seine Stimme abzugeben, wie man auch für dieselbe Kammer bei ein und derselben Wahl mehrmals seine Stimme abgeben könne, ohne deshalb Pluralwähler zu sein, wie weiter auch das mehrfache Kurialwahlrecht in Österreich nicht unter den Begriff des Pluralwahlrechts falle, wie ferner das kumulative Wahlrecht — wonach in denjenigen Wahlkreisen, wo mehrere Abgeordnete zugleich zu wählen sind, der Wähler das Recht hat, die ihm zustehenden Stimmen sämtlich einem einzigen Kandidaten zuzuwenden —, endlich auch das mehrfache Stimmrecht nicht hierher zu rechnen sei, das einem Wähler dadurch zusteht, daß er in verschiedenen Wahlkreisen bei derselben Wahl seine Stimme abgeben kann, und zwar hauptsächlich deshalb für Deutschland aus, weil es bei der Fülle von Einwänden, denen seine Lehrsätze ausgestellt sind, kein populäres Wahlrecht werden kann. B.

2) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck), München.

Die Wahlschuldverhältnisse. Von Dr. G. Pescatore, ord. Professor der Rechte in Greifswald. Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches herausgegeben von Dr. Otto Fischer, ord. Professor der Rechte in Breslau. 1905. XIII. Band, Heft 1.

Der Verfasser legt die kritische Sonde an der bisherigen Lehre über die Schuldverhältnisse an, auf Grund deren mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur

die eine oder die andere zu bewirken ist — alternative Obligation —, wobei er die Raketen des Humors ihre Feuergarben sprühen läßt. Pescatore ist ein wahrer Fischer, der mit dem Netze der Gelehrsamkeit aus der Tiefe der Lebenserscheinungen solche Wahlschuldverhältnisse herausfischt — Lösung eines zusammengestellten Fahrscheinhefts, das vielerlei Reisewahlmöglichkeiten, wie Unternehmung der Reise in der einen oder anderen Richtung, Wahl zwischen den verschiedenen Beförderungen und deren Arten, Fahrtunterbrechung, Fahrtwiederaufnahme 2c. zuläßt, Wahl des Pensionsgastes, dem als Pensionsbestandteil zum ersten Frühstücke Kaffee, Tee oder Kakao zugesichert ist —, sie förmlich ausädert und ihre juristisch relevanten Seiten bis zur definitiven Erledigung des Verhältnisses verfolgt. Es werden die alternativen Obligationen im Römischen und Gemeinen Rechte — die römischen Juristen kennen keine alternative Obligation im Sinne der Neueren, kein sog. Wahlrecht, kein sog. jus variandi, keine sog. Konzentration der alternativen Obligation, „ein verfehlter Grundgedanke" — behandelt, es werden die Pendenztheorieen, die resolutiven, wie die suspensiven, verworfen, Front wird gemacht gegen den seit der Glossatorenzeit mitgeschleppten Satz der duae res in obligatione una tantum in solutione; es wird dann die moderne Kodifikation, insbesondere auch das Recht des BGB. — Fälle von sog. Wahlschuldverhältnissen, bei denen die Wahl als Bedingung fungiert, und bei denen sie nicht als Bedingung fungiert — des einzelnen behandelt. Mit Recht wird sich hierbei über die Verträge lustig gemacht, welche die Monographieen in dieser Lehre erfinden, deren Autoren über die juristische Konstruktion und Abstraktion das Gefühl für das pulsierende Leben des Rechtsverhältnisses verloren ging. Mag der Leser dem Verfasser auch in manchen Punkten nicht beistimmen, jedenfalls regt ihn der frische Geist, der in dem Werke weht, so an, daß er nach der Lektüre der 312 Seiten bedauert, daß es kein „Fortsetzung folgt" gibt. B.

3) Wolstein & Teilhaber, G. m. b. H. in Straßburg i. E.

Das Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reiches (Telegraphengesetz) vom 6. April 1892. Gemeinverständlich erläutert von Hermann Wilz, Oberpostpraktikant. 1905.

Verfasser bezweckt lediglich eine möglichst erschöpfende Darstellung und Zusammenfassung alles dessen zu geben, was zum Verständnisse des Telegraphengesetzes dient, um denjenigen, die sich auf die Prüfungen der deutschen Postverwaltungen vorbereiten, sowie denjenigen, die sich in der Praxis oder im Verwaltungsdienste mit dieser Materie zu befassen haben, diese Aufgaben zu erleichtern. Dabei spricht er das große Wort gelassen aus, die vorhandene rechts- und staatswissenschaftliche Literatur widerspreche sich bisweilen, oder stehe auf anderem Standpunkte wie die Reichspostverwaltung, sei auch von sachlichen Irrtümern nicht frei. Eine nähere Substanzierung dieses Vorwurfs fehlt; auf die §§ 317—320, 355, 358, 275, 276, 360, 364, 319, 320 des Reichsstrafgesetzbuchs hätte vielleicht auch hingewiesen werden können. B.

4) J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.

Die Praxis der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Ein Handbuch des Verfahrens in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nach dem Reichsgesetze vom 24. März 1897 von Dr. Siegfried Dispeker, Rechtsanwalt in München. 1905.

In ganz origineller Weise sucht Dispeker die seit Anlegung des Grundbuchs auch für Bayern praktischen Sätze des Zwangsversteigerungsrechts dem Verständnisse näher zu bringen: er bringt eine Reihe von ihm entworfener Formulare (z. B. für den Antrag auf Zwangsversteigerung, Bestimmung des Versteigerungstermins, Aufgebot 2c.) und erläutert in Anmerkungen hierzu die Normen des RGes. vom 24. März 1897 unter Anführung von Beispielen und Verwertung der bereits vorliegenden Judikatur; auch die Ausführungsvorschriften der wichtigsten Bundesstaaten sind berücksichtigt. So bietet das Werk für Richter und Anwälte, die mit dieser schwierigen Materie befaßt sind, in knappstem Rahmen eine Fülle reicher Belehrung. E.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 2. 20. Januar 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Der Betrüger als Präsentant des Inhaberpapieres. II. Wirkungen der jüngsten Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetze. III. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civil- und Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen). IV. Literatur.

I. Der Betrüger als Präsentant des Inhaberpapieres.

Von Professor Dr. Erwin Riezler in Freiburg i. Br.

Muß der Aussteller eines Inhaberpapieres dem Präsentanten, der das Papier auf betrügerische Weise oder widerrechtlich durch Drohung erworben hat, Zahlung leisten? Daß er ihm Zahlung leisten darf, d. h. daß er durch Leistung an ihn befreit wird, ist zweifellos und bedarf angesichts des § 793 BGB. keiner Erörterung. Ob er aber ein Beanstandungsrecht hat, kann fraglich erscheinen. E. Jacobi[1]) hat mit eingehender Begründung den Satz aufgestellt, der Aussteller dürfe dem Gläubiger, der ihm das Papier präsentiert, die Befriedigung so lange verweigern, als dem früheren Inhaber das Recht zusteht, die Veräußerung an den jetzigen Inhaber anzufechten. Kober[2]) billigt Jacobis Ergebnis und Gründe, und auch Endemann[3]) meint, der Aussteller dürfe die Verfügungsberechtigung des Inhabers bestreiten durch die Behauptung, der Inhaber habe die Urkunde durch Betrug erlangt.

1) Die Wertpapiere im BGB. (Jena 1901) S. 62 ff.

2) Im Staudinger'schen Komm., 2. Aufl. Bd. 2 Bem V, 1, b zu § 793. Ob, wie Kober annimmt, auch Crome (System des bürg. R. Bd. 2 § 311 Anm. 36 S. 498 fg.) den gleichen Standpunkt teilt, ist mir doch zweifelhaft. Crome gibt dem Aussteller zwar eine Einwendung, „wenn der Inhaber selbst die Ausstellung des Papieres erschlichen, z. B. den Aussteller betrogen hat . . .“; er gibt ihm ferner „die allgemeine Doluseinrede (wenn der Erwerber . . . dem Vormann entgegenstehende Einwendungen bei dem Erwerbe des Papieres kannte oder dasselbe in der Absicht erwarb, dem Aussteller dadurch die betreffenden Einwendungen abzuschneiden)“. In unserem Falle handelt es sich aber weder um Betrug gegenüber dem Aussteller des Papieres, noch um die allgemeine Doluseinrede, sondern um Betrug (dolus specialis) des Inhabers gegenüber seinem Vormanne. Diesen Fall erwähnt Crome, so viel ich sehe, überhaupt nicht.

3) Lehrb. d. bürg. R., 8. Aufl. Bd. 1 § 196 unter 2, a Anm. 26.

Da diese Anschauung in bewußtem Gegensatze zum Buchstaben des Gesetzes als aus dem Geiste der Rechtsordnung geboren auftritt, hat sie auf den ersten Blick etwas Bestechendes. Leuchtet man aber näher hin, so erweist sich der ihr zugrunde liegende Gedanke als ein Trugbild.

I.

Stellen wir die rein logische Betrachtung voran!

Aus dem Inhaberpapier ist forderungsberechtigt, wer nach sachenrechtlichen Grundsätzen Eigentümer des Papiers, also der die Forderung verkörpernden Sache, geworden ist oder sein Verfügungsrecht über das Papier vom Eigentümer herleitet. Zwar besteht für die Verfügungsberechtigung des Inhabers eine Rechtsvermutung, aber immerhin bleibt der Grundsatz bestehen, daß nicht der Inhaber als solcher, sondern nur der verfügungsberechtigte Inhaber der Gläubiger ist. Es steht also dem Aussteller, von dem die Leistung begehrt wird, der Nachweis frei, daß der Inhaber, der die Leistung begehrt, nicht verfügungsberechtigt sei. Das ist der allgemeine anerkannte Sinn des § 793 Abs. 1 Satz 1.

Die entscheidende Frage ist demnach: Ist, wer seinen Vormann zur Übertragung des Eigentums am Inhaberpapier durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt hat, nach der Übergabe des Papiers oder einem ihr gleichstehenden Übergabesurrogat (929, 930, 931) verfügungsberechtigt über das Papier? Die Antwort kann, solange eine Anfechtung durch den Vormann nicht erfolgt ist, nur Ja lauten. Das wegen Betrugs oder Drohung anfechtbare Rechtsgeschäft ist ein wirksames Rechtsgeschäft und bleibt dies, wenn keine Anfechtung erfolgt. Die Entscheidung darüber, ob eine Anfechtung erfolgen soll, steht aber nach dem Gesetz bei einem Rechtsgeschäft unter Lebenden nur den an diesem Geschäft selbst Beteiligten zu, in den Fällen des § 123 nur dem Getäuschten oder Bedrohten, niemals einem Dritten. Folglich: Der Aussteller hat, wenn nicht er selbst getäuscht oder bedroht worden ist, keine Möglichkeit, die Verfügungsberechtigung des Präsentanten anzufechten[4]); er hat vielmehr die Tatsache, daß der Betrüger oder Erpresser Eigentümer des Papieres und damit berechtigter Gläubiger der Forderung geworden ist, hinzunehmen und demgemäß an ihn zu leisten[5]).

Das war auch der Wille des „Gesetzgebers", richtiger der geistigen Urheber des Gesetzes.

Aus den Protokollen der 2. Kommission[6]) geht hervor, daß hier der Antrag gestellt war, in § 687 (des Entw.) zu bestimmen: „Der Aussteller ist

4) Er hat aus der Tatsache des Betrugs oder der Drohung, da diese nicht in dem unmittelbaren Verhältnisse zwischen ihm und dem Inhaber vorliegt, auch keine Einwendung im Sinne des § 796.

5) Auf dem gleichen Standpunkte stehen Planck Bem. 3, b und Oertmann Bem. 3 zu § 793.

6) Bd. 2 S. 528, 533. Vgl. auch Gierke, Der Entwurf eines BGB. S. 232 fg. und die Zus. d. gutachtl. Äuß. S. 374 ff.

berechtigt, dem Inhaber die Leistung zu verweigern, wenn dieser die Schuldverschreibung in unredlicher Weise erworben hat". Dieser Antrag fand aber keine Billigung. Maßgebend für seine Ablehnung war unter anderen die Erwägung: Habe sich der Inhaber die Schuldverschreibung in anfechtbarer Weise, im Wege des Betrugs oder der Drohung, verschafft, so liege zwar dem Wortsinne nach eine Unredlichkeit des Erwerbers vor, der Aussteller werde sich aber auf die Anfechtbarkeit ebensowenig berufen dürfen, wie der Schuldner dem Cessionar gegenüber sich auf die Anfechtung(?) [7]) der Cession berufen könne.

II.

Wenn trotz alledem Jacobi und andere, den Boden des jus strictum verlassend, den Aussteller ein Beanstandungsrecht gegenüber den Inhaber geben, so tun sie das offenbar unter dem Banne der Vorstellung, daß der moralischen Gleichwertung zweier Tatbestände auch ihre rechtliche Gleichwertung entsprechen müsse. Warum soll der Erpresser oder Betrüger es besser haben als der Dieb oder Räuber?

Man braucht durch diese Frage nicht in Verlegenheit zu geraten. Die Idee eines vollständigen Parallelismus zwischen ethischer und rechtlicher Beurteilung ist eine utopische. Ihrer allgemeinen Durchführbarkeit wird für alle Zukunft schon die Tatsache entgegenstehen, daß innerhalb derselben Volksgemeinschaft die ethische Bewertung des gleichen Handelns je nach dem sozialen Milieu und der individuellen Lebensanschauung der einzelnen Volksgenossen eine verschiedenartige sein wird, während die rechtliche Bewertung nur eine sein kann und soll. Und was speziell die Behandlung des Diebes auf der einen und des Betrügers und Erpressers auf der anderen Seite anlangt, so war sie nicht nur strafrechtlich sondern auch civilrechtlich von jeher eine ungleichartige und ist dies auch heute noch — mit gutem Grunde. Eine Differenzierung gerade auf diesem Gebiete wird gefordert durch den ganz außerhalb jeder moralischen Erwägung stehenden Sicherheitszweck, den auch die Civilrechtsordnung bis zu einem gewissen Grade erfüllen muß.

Der Dieb und der Räuber sind Friedensbrecher. An der Aufrechthaltung des Rechtsfriedens, der vornehmlich darin sich äußert, daß eines jeden Gewere an seinem Gut unangetastet bleibt, hat auch die Gesamtheit ein erhebliches Interesse. Daran, daß bei einem Handel zwischen Hinz und Kunz dieser jenen nicht übers Ohr haut, hat sie ein verhältnismäßig geringeres Interesse.

7) Hier irren die Protokolle. Es soll anstatt „Anfechtung" wohl „Anfechtbarkeit" heißen. Denn wenn die Anfechtung schon geschehen ist, steht ja die Nichtigkeit der Cession fest und das kann auch der Schuldner dem Cessionar einwenden. Hellwig (Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraft S. 119 Anm. 20) will dem Schuldner vor der Anfechtung wegen der Anfechtbarkeit der Cession eine dilatorische Einwendung gegen den Cessionar gewähren. Das ist aber doch sehr bedenklich! Wenn Hellwig sagt, der Schuldner werde, wenn er in Kenntnis der Anfechtbarkeit zahlt, wegen § 142 Abs. 2 nicht befreit, also könne er auch nicht gegen seinen Willen zur Zahlung gezwungen werden, so ist dem gegenüber darauf hinzuweisen, daß dem Schuldner die Schutzvorschriften der §§ 409, 410 zur Seite stehen, welche auch durch § 142 Abs. 2 nicht berührt werden.

Damit (von anderen Momenten abgesehen) hängt es zusammen, daß in unserem Rechte[8]) die Sache als gestohlene gleichsam mit einem Mangel behaftet ist, der sie für den Rechtsverkehr untauglich macht (BGB § 935), während an der infolge Betrugs oder Drohung vom Eigentümer fortgegebenen Sache von andern Eigentum erworben werden kann. Und wenn auch gerade bei gestohlenen Inhaberpapieren eine Abschwächung dieses Grundsatzes insoferne eintritt, als an ihnen vom Gutgläubigen Eigentum erworben werden kann, so wird doch auch hier der schlechtgläubige Erwerber (vgl. dazu HGB. § 367), vor allem der Dieb selbst, niemals Eigentümer, während im Falle des Betrugs und der Drohung auch derjenige, der um diese Vorgänge weiß, ja sogar der Betrüger und Erpresser selbst, das Eigentum am Papier erwirbt. Warum dieser handgreifliche Unterschied auf einmal bei der Frage des Beanstandungsrechtes des Ausstellers, bei der doch alles auf das auf dem Eigentum beruhende Verfügungsrecht des Inhabers ankommt, ignoriert werden soll, ist nicht einzusehen.

Noch ein weiterer Grund spricht gegen das Beanstandungsrecht des Ausstellers. Wenn dieser dem Präsentanten des Papieres die Leistung verweigerte, so würde er damit das Anfechtungsrecht des früheren Papierinhabers gegen den jetzigen geltend machen, zwar nicht direkt durch Ausübung der Anfechtung selbst, aber doch indirekt, indem er es zu einer dilatorischen Einrede benützt. Jacobi glaubt, diese exceptio ex jure tertii dadurch rechtfertigen zu können, daß er sagt, damit mache der Aussteller hauptsächlich die Interessen des früheren Papierinhabers geltend. Das ist aber durchaus nicht immer zutreffend. Es ist psychologisch wohl begründet, wenn unser Gesetz dem Anfechtungsberechtigten die Geltendmachung seiner Interessen ausschließlich selbst zuweist und nicht einen Dritten mit der Aufgabe befaßt, das Sachverhältnis aufzudecken und zu beweisen[9]), welches die Anfechtungsmöglichkeit begründet. Man beachte auch unter diesem Gesichtspunkte die Verschiedenheit der Situation des Bestohlenen auf der einen und des Betrogenen oder Bedrohten auf der anderen Seite! Der Bestohlene wird regelmäßig kein Interesse daran haben, zu verschweigen, daß er bestohlen ist; ihm kann es recht sein, wenn er seine Sache wieder bekommt, gleichviel durch wen. Der Betrogene dagegen kann unter Umständen die Rolle, die er selbst bei dem betrügerischen Geschäft gespielt hat, als eine einigermaßen peinliche empfinden, so daß er sie nicht durch einen Dritten in Licht gesetzt wünscht. Und noch häufiger wird der durch Drohung zu einer Handlung Genötigte es sich wohl überlegen, ob die für ihn selbst vielleicht

---

8) Über die Bedeutung des Friedensgedankens beim Fahrniserwerbe des früheren Deutschen Rechtes s. neuestens Alfred Schultze, Publizität und Gewährschaft in Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 159 ff.; derselbe, Gerüste und Marktkauf (1905), S.-A. aus der Breslauer Festgabe für Felix Dahn.

9) Der Aussteller müßte sich um den Nachweis bemühen. Bei nur scheinbar begründetem Verdachte verweigert er ja die Leistung auf eigene Gefahr; vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 173.

nicht gerade rühmliche Zwangslage, in der er sich befunden, aufgedeckt werden soll; er wird es keineswegs immer als eine Wahrnehmung seines Interesses betrachten, wenn dies voreilig durch einen Dritten geschieht und dadurch für ihn zwar ein Vermögensopfer vermieden wird, seinem persönlichen Ruf oder der Familienehre aber ein Schaden erwächst.

III.

Der Fall des § 770 BGB., auf den Jacobi (a. a. O. S. 64) hinweist, liegt doch wesentlich anders und kann als Analogon nicht herangezogen werden. Wenn das Gesetz sagt, daß der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, so ist das im eigenen unmittelbaren Vermögensinteresse des Bürgen bestimmt. Ein solches eigenes Interesse hat der Aussteller in unserem Falle nicht. Der Bürge muß, wenn mit Erfolg angefochten ist, überhaupt nicht zahlen; der Aussteller dagegen, dem das Beanstandungsrecht gegeben würde, müßte, auch wenn die Anfechtung erfolgt, trotzdem zahlen, nur eben nicht an B., sondern an dessen nunmehr verfügungsberechtigten Vormann A. Der Vergleich mit § 770 hinkt also bedeutend.

Auch vom Standpunkte der Gesetzgebungstechnik aus spricht das Vorhandensein des § 770 eher gegen als für das Beanstandungsrecht des Ausstellers. Denn ergäbe sich das Beanstandungsrecht im Falle der Anfechtbarkeit schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dann wäre ja die Bestimmung des § 770 überflüssig. Ihre Existenz beweist ihren alogischen Charakter. Durch arg. e contrario kann man schließen, daß, wenn im Titel „Schuldverschreibung auf den Inhaber" sich eine ähnliche auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende Ausnahmebestimmung nicht findet, sie hier eben nicht gewollt ist.

IV.

Angenommen, die Anfechtbarkeit des Geschäfts, auf Grund dessen der Präsentant verfügungsberechtigter Inhaber des Papieres geworden ist, beruhe nicht auf arglistiger Täuschung oder Drohung, sondern auf Irrtum (BGB. § 119). Soll etwa auch in diesem Falle der Aussteller das Beanstandungsrecht haben? Zu dieser Frage wird nicht ausdrücklich Stellung genommen. Die Befürworter des Beanstandungsrechts sprechen nur von den Fällen des Betrugs und der Drohung; ihre Gründe lassen aber erkennen, daß das Beanstandungsrecht auch nur für diese Fälle unredlichen Erwerbes durch den Inhaber dem Aussteller gewährt werden soll, nicht auch für den Fall der Anfechtbarkeit wegen Irrtums. Auch ist wohl alles darüber einig, daß es mit dem Verkehrsinteresse unvereinbar wäre, wenn der Aussteller den Irrtum, der bei einem ihn persönlich gar nicht berührenden Geschäft unterlaufen ist, zu einem Leistungsverweigerungsrechte gegenüber dem Präsentanten benützen könnte.

Gewährt man aber das Beanstandungsrecht in den Fällen des Betrugs und der Drohung, während man es im Falle des Irrtums versagt, so ist

man damit bei einer neuen Differenzierung in der Behandlung der Anfechtungsgründe angelangt, die dem BGB. fremd ist und das größte Bedenken erregt. Wir haben dann eine Anfechtbarkeit schwächeren Grades, die von Dritten nur geltend gemacht werden kann, wenn sie infolge vollzogener Anfechtung als Nichtigkeit sich herausgestellt hat, und eine Anfechtbarkeit stärkeren Grades, die schon vor erfolgter Anfechtung von Dritten zu einer Einrede benutzt werden kann. Es geschieht aber, glaube ich, weder für die Theorie noch für die Praxis etwas Gutes, wenn gerade die ohnehin nicht durch besondere Durchsichtigkeit ausgezeichnete Materie der Fehlerhaftigkeit der Rechtsgeschäfte noch durch neue Distinktionen, von denen das Gesetz nichts weiß, ohne zwingende Gründe kompliziert wird.

II. Wirkungen der jüngsten Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetze.

Von k. II. Staatsanwalt Hümmer in Weiden.

I.

Auf Schlag folgt Rückschlag. Diesen Erfahrungssatz bestätigt die Strafrechtspraxis besonders auffällig auf dem weiten Gebiete der körperlichen Mißhandlung. Was ist da natürlicher, als daß der innige Zusammenhang bei Entstehung der beiden Rechtsgutverletzungen auch für ihre Verfolgung und Aburteilung maßgebend bleibt! Die gleichzeitige Strafverfolgung und gerichtliche Verhandlung gegenseitiger Körperverletzungen begegnete nach dem bisherigen Rechtszustande, wenn von den seltenen Fällen der §§ 225, 226 StGB. abgesehen wird, keinem gesetzlichen Hindernisse.

Anders zum Teile nach der Novelle zum GVG. vom 5. Juni 1905. Sie verweist die nur auf Antrag zu verfolgenden Körperverletzungen zur ursprünglichen Zuständigkeit der Schöffengerichte (§ 27 Nr. 3a GVG.; §§ 223, 230 Abs. 1, § 232 StGB.). Diese Normierung ist da unbedenklich, wo eine fahrlässige oder vorsätzliche leichte Körperverletzung mit einer leichten Körperverletzung erwidert wird. Erfahrungsgemäß erscheinen aber solche Fälle als Ausnahmen. Sehr häufig stehen sich vorsätzliche leichte und gefährliche, eventuell sogar schwere Körperverletzungen gegenüber, ohne daß einer der Täter sich auf Notwehr berufen kann. Hierbei kann nach Lage des Falles der aus § 223 StGB. Schuldige in höherem Grade strafwürdig erscheinen, als sein sich nach § 223 a StGB. verfehlender Gegner, wenigstens kann die Verfolgung auch des ersteren im öffentlichen Interesse liegen (§ 416 der StPO.). Nun ist aber bei wechselseitigen Körperverletzungen, von denen die eine unter § 223, die andere unter § 223 a oder § 224 StGB. fällt, ein Zusammenhang nach §§ 2, 3 der StPO. nicht vorhanden. Ein Zusammenhang im Sinne des auch für das Stadium des Vorverfahrens geltenden (vgl. Löwe, StPO. Anm. 34 vor Buch II Abschn. 1) § 236 der StPO. würde zwar bei gegenseitig verübten Körperverletzungen gegeben sein; allein § 236 a. O. setzt die sachliche Zuständig-

keit des Gerichts für beide Straftaten voraus, was im unterstellten Falle eben nicht zutrifft. Sonach hat der Amtsanwalt das Vergehen nach § 223 StGB., der landgerichtliche Staatsanwalt jenes nach § 223a a. a. O. zu verfolgen (§ 143 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 GVG.), obwohl beide Handlungen in einem innigen Zusammenhange stehen, obwohl die Beweismittel, zumal die Zeugen, in beiden Fällen die gleichen sind. Wird sodann das Vergehen nach § 223a a. a. O. nicht dem Schöffengerichte überwiesen oder steht ein Verbrechen nach § 224 a. a. O. in Frage, so folgt eine Hauptverhandlung vor der Strafkammer und eine solche vor dem Schöffengerichte. In jeder dieser beiden Hauptverhandlungen müssen die wegen ihres engen zeitlichen, räumlichen und ursächlichen Zusammenhangs gar nicht trennbaren Vorgänge strafrechtlich geprüft werden. Welch' unnützer Aufwand von Zeit, Mühe und, da die Mehrzahl der Verbrecher vermögenslos, Kosten für die Staatskasse! Weiter kann der mißliche Fall eintreten, daß das zuletzt urteilende Gericht das von ihm eröffnete Hauptverfahren durchführen muß, wenngleich die Hauptverhandlung vor dem ersturteilenden Gerichte bereits die Gewißheit erbracht hat, daß der zuletzt abzuurteilende Angeklagte freigesprochen werden muß z. B. im Hinblick auf § 53 oder § 51 StGB.

Es ließe sich einwenden, daß nach § 146 Abs. 1 GVG. der landgerichtliche Staatsanwalt die zur amtsanwaltschaftlichen Zuständigkeit gehörende Sache an sich ziehen kann. Indes darf, schon im Interesse des Ansehens der Amtsanwälte, ohne zwingenden Grund die bei der Organisation der Justizbehörden reiflich erwogene Zuständigkeitsabgrenzung nicht durchbrochen werden. Auch würde, dem legislativen Zwecke des § 146 Abs. 1 a. O. zuwider, bei der Häufigkeit der hier fraglichen Fälle von dem Devolutionsrecht ein allzu reicher Gebrauch gemacht werden müssen. Überdies würde die verbundene Behandlung beider Sachen mit Erhebung der öffentlichen Klage aufhören, von da ab jede Sache getrennt vor dem für sie zuständigen Gerichte weiter geführt werden.

Was eben für das Gegenüberstehen von Mißhandlungen aus § 223 StGB. und solchen aus §§ 223 a oder 224 daselbst ausgeführt wurde, gilt in gleicher Weise, wenn eine gefährliche oder schwere Körperverletzung mit einer Bedrohung oder eine von Amts wegen zu verfolgende Beleidigung mit einer leichten Körperverletzung oder Bedrohung erwidert wird, und umgekehrt.

Ein solcher Mißstand wird um so schwerer empfunden, als der Gesetzgeber selbst dem Gedanken, daß bei der Aburteilung eines Angeklagten auch die ihm vom Gegner zugefügte Mißtat entsprechend berücksichtigt werden soll, bereits für die gegenseitig verübten Beleidigungen und leichten Körperverletzungen Ausdruck verliehen hat (§§ 233, 199 StGB.). An derlei Unzuträglichkeiten dachte der Gesetzgeber bei Erlassung der Novelle offenbar nicht; begreiflich im Hinblick auf Entstehungsgrund, Zweck und voraussichtliche Lebensdauer dieses fragmentarischen Notstandsgesetzes.

II.

Der Amtsrichter hat gemäß § 422 der StPO. § 30 Abs. 2 GVG. eine Privatklageabschrift der Staatsanwaltschaft zur Kenntnisnahme mitzuteilen. Nach

feststehendem Sprachgebrauche des GVG. und der StPO. umfaßt der Ausdruck „Staatsanwaltschaft" alle Organe derselben, vom Oberreichsanwalt bis herab zum Amtsanwalt [1]). Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber dem Abstraktum Staatsanwaltschaft gerade im § 422 a. O. eine abweichende Bedeutung hätte beilegen wollen. Die Vorlegung der Privatklageabschrift bezweckt lediglich, die Entschließung der Strafverfolgungsbehörde über Erhebung oder Unterlassung der öffentlichen Klage herbeizuführen. Die Frage, welcher staatsanwaltschaftlichen Behörde diese Entschließung zukommt, wollte § 422 der StPO. nicht entscheiden. Die Antwort gibt § 142 GVG., der die sachliche Zuständigkeit der staatsanwaltschaftlichen Organe regelt.

Nach § 143 Abs. 1 Nr. 3 a. a. O. wird das Amt der Staatsanwaltschaft bei den Amts- und Schöffengerichten durch Amtsanwälte ausgeübt. Zu ihrer Zuständigkeit gehört nunmehr im Hinblick auf § 27 Nr. 3a GVG. auch die Verfolgung der Körperverletzungen, soweit sie nur auf Antrag stattfindet. Den einleitenden und grundlegenden Schritt zu dieser Verfolgungstätigkeit bildet die ihm durch § 143 a. a. O. gewährte, sohin kraft eigenen Rechtes zu treffende Entscheidung, ob die öffentliche Klage vom öffentlichen Interesse gefordert wird oder nicht. Daher muß ihm, nicht dem landgerichtlichen Staatsanwalt, die Abschrift der Privatklage vorgelegt werden, wenn eine vorsätzlich leichte oder fahrlässige Körperverletzung (§§ 223, 230 Abs. 1 StGB.) im Wege der Privatklage verfolgt wird.

Nur wenn sich aus der Tatschilderung in der Privatklage selbst der Verdacht auf eine der amtsgerichtlichen Zuständigkeit entrückte Straftat z. B. aus §§ 223a, 224, 185 (Realinjurie) StGB. ergibt, ist die Abschrift dem landgerichtlichen Staatsanwalt vorzulegen. Findet dieser sofort oder auf grund weiterer Erhebungen, daß lediglich ein Vergehen aus § 223 oder 230 Abs. 1 StGB. in Frage steht, so leitet er die Abschrift dem Amtsanwalte zu. Dieser entscheidet dann selbständig darüber, ob öffentliche Klage zu erheben ist.

Allerdings schreiben die Geschäftsanweisungen (so für Bayern: die vom 20. August 1879 § 41 Abs. 2, für Preußen: vom 28. August 1879 Art. 90) vor, daß die Privatklageabschrift dem Staatsanwalt beim Landgericht vorzulegen ist. Allein dies erklärt sich aus dem bei ihrer Erlassung geltenden Rechte, wonach sämtliche privatklagefähigen Straftaten zur Zuständigkeit der Landgerichte und somit der landgerichtlichen Staatsanwälte gehörten. Die Vorlegung der Privatklageabschrift und die sachliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft sind durch Reichsgesetz geordnet. Die vorangeführten, durch die Landesjustizverwaltungen getroffenen Bestimmungen der Geschäftsanweisungen sind deshalb nicht mehr anwendbar, soweit sie mit dem durch die jüngste Novelle zum GVG. geänderten Rechtszustande im Widerspruche stehen.

1) Stenogr. Ber. über die Verhandl. des Reichstags S. 457.

III. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Sachwucher (§ 138 Abs. 2 BGB.). Der damals 22 Jahre alte Kläger bestellte im Dezember 1901 im Laden der beklagten Firma Luxuspapiere und Lederwaren zum Gesamtpreise von 9547 Mk. Nach Darstellung der Beklagten war mit deren Inhaber vereinbart worden, daß die bestellten Waren erst nach erfolgter Bezahlung zu liefern seien. Der Kläger erhielt nach erfolgter Bezahlung die bestellten Waren ausgeliefert.

Nachdem der Kläger durch Beschluß vom 18. September 1902 wegen Verschwendung entmündigt worden war, verlangte sein Vormund mit der in dessen Namen erhobenen Klage die Rückzahlung von 9380 Mk. mit 4 % Zinsen seit 1. Juli 1902. Diese, später auf 9361 Mk. 70 Pfg. beschränkte Summe berechnet sich aus dem bezahlten Kaufpreise nach Abzug des Wertes der vom Kläger verbrauchten Karten, Briefumschläge u. s. w.; zugleich erklärte sich der Kläger zur Rückgabe der noch vorhandenen, im einzelnen verzeichneten Waren bereit. Die Klage war damit begründet, daß das Kaufgeschäft, wenn überhaupt eine feste Bestellung gemacht war, was nach Sachlage zu verneinen sei, gegen das Wucherverbot verstoße und deshalb nichtig sei; denn die Beklagte habe sich unter Ausbeutung des Leichtsinns und der Unerfahrenheit des Klägers für ihre Waren Vermögensvorteile gewähren lassen, die den Wert der Leistung dergestalt überstiegen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung standen. In zweiter Linie war mit der Klage geltend gemacht, daß die gelieferten Waren in der vorliegenden Ausführung gegenüber den Preisen um mindestens die Hälfte minderwertig, also insofern mangelhaft seien und daher die Beklagte zur Minderung des Kaufpreises und Rückzahlung mindestens der Hälfte davon verpflichtet sei.

In I. Instanz wurde die Beklagte zur Zahlung von 9361 Mk. 70 Pfg. nebst 4 % Zinsen seit 1. Juli 1902 Zug um Zug gegen Rückgabe der näher bezeichneten Waren verurteilt, auf die Berufung der Beklagten jedoch die Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Der Anspruch des Klägers ist in erster Reihe eine Kondiktion, gestützt auf die Nichtigkeit des Kaufgeschäfts aus § 138 Abs. 2 BGB. wegen Sachwuchers; nur fürsorglich macht er einen Anspruch auf Minderung des Kaufpreises wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Waren geltend; das gedachte Kaufgeschäft war ein Lieferungsgeschäft über zum Teile wenigstens erst anzufertigende Waren. Danach war für die Frage der wucherischen Ausbeutung zu unterscheiden zwischen dem, worauf den Vertragsteilen durch den Vertragsabschluß ein Anspruch erworben ist, und zwischen dem, was in Erfüllung des Vertrags geliefert wurde. Denn an sich ist eine vertragswidrige Lieferung für die Frage, ob der Vertragsabschluß eine wucherische Ausbeutung enthielt, nicht zu berücksichtigen; sie kann nur ihrerseits eine selbständige wucherische Ausbeutung enthalten, indem unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns u. s. w. der Berechtigte dazu gebracht wird, minderwertige Leistungen als Erfüllung des wirklich Geschuldeten anzunehmen.

Die gedachte Unterscheidung, auf die übrigens schon in einem Urteile des IV. Strafsenats (Entsch. des RGer. in Strafsachen Bd. 29 S. 84/85) hingewiesen

wurde, könnte auch bei Prüfung der Frage von Bedeutung sein, ob in dem Vorbringen der Klage: „Eventuell werde geltend gemacht, daß die gelieferten Waren in der vorliegenden Ausführung gegenüber den Preisen um mindestens die Hälfte minderwertig, also insofern mangelhaft sind, und daß die Beklagte daher zur Minderung des Kaufpreises und Rückzahlung mindestens der Hälfte desselben verpflichtet ist", die Erhebung eines zureichend substantiierten Minderungsanspruchs wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Waren im Sinne der §§ 459 fg. BGB. zu finden sei. — Der Senat nimmt indessen mit dem Berufungsrichter an, daß das wörtlich wiedergegebene Vorbringen der Klage keine Geltendmachung eines Sachmangels oder eines dem Sachmangel gleichzustellenden Tatbestandes enthielt, und daß für die Sachmängel, die erst in der Berufungsinstanz geltend gemacht wurden, zur Zeit dieser Geltendmachung die Verjährung aus § 477 BGB. beendet war.

Soweit also der Berufungsrichter den fürsorglichen Anspruch auf Preisminderung als unbegründet zurückgewiesen hat, gibt seine Entscheidung zu Bedenken keinen Anlaß.

Das angefochtene Urteil konnte dagegen nicht aufrecht erhalten werden, soweit es das Vorliegen eines Sachwuchers verneint hat.

Der Tatbestand des Sachwuchers in § 138 Abs. 2 BGB. erfordert objektiv: Versprechen oder Gewähren von Vermögensvorteilen für eine Leistung, welche den Wert dieser Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, sowie ein Ausnutzen (Ausbeuten) der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Vertragsgegners, subjektiv in der Person des Wuchernden bewußte Ausnutzung des Vertragsgegners zur Erlangung übermäßigen Gewinns, danach auch Kenntnis der Notlage, des Leichtsinns u. s. w., sowie auch Kenntnis der Voraussetzungen, die einen Schluß auf das Vorliegen des auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zulassen. Danach ist der rechtliche Begriff des Sachwuchers nach § 138 Abs. 2 verletzt, wenn der Berufungsrichter auf Ausführungen, wonach das Wucherverbot des § 138 Abs. 2 nicht die Bedeutung habe, die freie Preisvereinbarung einzuengen, fortfährt: „Es muß vielmehr das konkrete Geschäft durch ein solches Verhalten des einen Beteiligten herbeigeführt sein, das sich als ein arglistiges, gegen die guten Sitten verstoßendes Tun darstellt und das im Falle gewohnheitsmäßiger Ausübung den Tatbestand des Sachwuchers nach § 302e StGB. erfüllen würde." Denn § 138 Abs. 2 erfordert in subjektiver Beziehung kein arglistiges Verhalten; er bestimmt ferner, daß sein Tatbestand für sich allein als Verstoß gegen die guten Sitten zu beurteilen sei und verlangt also nicht als weiteres Erfordernis ein gegen die guten Sitten verstoßendes Handeln.

Wie bereits hervorgehoben, verlangt der Tatbestand des Sachwuchers objektiv, daß der Wert der Leistung zu dem Werte der Gegenleistung nach den Umständen in auffälligem Mißverhältnisse stehe. Hierher führt der Berufungsrichter aus: Die Beklagte, eine Firma mit teueren Preisen, hat für ihre Waren Preise berechnet, „die im Verhältniß zu ihrem objektivem Werte zu hoch erscheinen, daß sie als Luxuspreise bezeichnet werden müssen". Dann fährt er fort: „Der Kläger scheint nicht einmal behaupten zu wollen, daß ihm höhere Preise abgefordert seien, als die Beklagte von ihren anderen Kunden zu nehmen pflege; denn er erklärt nur, er wisse nicht, ob die ihm berechneten Einheitspreise die im Geschäfte der Beklagten üblichen seien. Die Beklagte hat aber, obwohl sie nicht einmal dafür beweispflichtig sein würde, sogar den Beweis geführt, daß sie anderen Kunden die gleichen oder ähnliche Einheitspreise abverlangt."

Auch diese Ausführungen geben zu rechtlichen Bedenken Anlaß. Unter dem „Wert der Leistung" in § 138 Abs. 2 BGB. ist gleich wie in § 302e StGB. der objektive Wert der Leistung zu verstehen. Allerdings müssen schon bei Feststellung dieses objektiven Wertes, noch mehr aber bei der Prüfung, ob nach den Umständen die Vermögensvorteile in auffälligen Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, die subjektiven Verhältnisse des Verkäufers in vollem Maße berücksichtigt werden. In diesem Sinne hat sich der dritte Civilsenat des Reichsger. in seinem Urteile vom 20. Dezember 1901 (Gruchot, Beitr. Bd. 46 S. 899) ausgesprochen, wenn er dort ausführt: „Als Maßstab für den Wert der Leistungen des Beklagten (des angeblich Sachwuchernden) sei die übliche Vergütung anzusehen, die für eine solche Leistung im allgemeinen gewährt zu werden pflege, besondere individuelle Momente, die gerade für den Beklagten einen höheren Betrag zu begründen geeignet wären, seien nicht hervorgetreten". Indessen wird bei Prüfung der Frage, ob in dem gegebenen Einzelfalle besondere individuelle Momente letzterer Art hervorgetreten seien, die bloße Tatsache allein, daß die Beklagte sich in ihrem Geschäftsbetriebe solche Vorteile hat von anderen Kunden gewähren lassen, dann nicht zureichen, um die Annahme schlechthin auszuschließen, daß nach den Umständen ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliege, wenn, wie hier, das Gutachten der wohl alle berechtigten Anforderungen eines loyalen Geschäftsbetriebs berücksichtigenden Sachverständigen annimmt, die Preise der Beklagten seien nach den Umständen in auffälligem Mißverhältnisse zu ihrer Leistung. Zum mindesten hätte es besonderer Prüfung und Erörterung des in den Gutachten der Sachverständigen niedergelegten Materials nach der hervorgehobenen Richtung bedurft.

Nach Erörterung prozessualer Bedenken fährt die Begründung fort: Die hervorgehobenen Mängel würden nicht zur Aufhebung führen können, wenn das weitere Erfordernis des Sachwuchers — Leichtsinn in der Person des Klägers — und der Ausbeutung des Leichtsinns durch die Beklagte mit zureichender Begründung verneint oder das Nichtvorhandensein der oben dargelegten subjektiven Momente in der Person des Inhabers der Beklagten mit zureichender Begründung festgestellt wäre. Die Urteilsbegründung gibt indessen auch nach diesen Beziehungen zu rechtlichen Bedenken Anlaß.

Leichtsinn ist Mangel an Überlegung und Sorglosigkeit in Bezug auf die Folgen seiner Handlungen, deren man sich bewußt ist. Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß der Kläger zur Zeit des Vertragsabschlusses kein Vermögen hatte, daß seine Familie auch dem Inhaber der Beklagten kundgegeben hatte, für solche Anschaffungen nicht aufzukommen, und daß diese Umstände dem Inhaber der Beklagten bei dem Kaufabschlusse bekannt waren. Darüber, ob dessenungeachtet die Bestellung des Klägers nicht als Handlung des Leichtsinns zu beurteilen sei, hat der Berufungsrichter sich ausdrücklich nicht ausgesprochen. Er führt lediglich aus, „darin, daß der Kläger sich gerade an eine Firma mit so teueren Preisen wie die der Beklagten wendet und bei ihr Bestellungen von einem allerdings selten vorkommenden Umfange macht, den Leichtsinn . . . zu finden, kann der Beklagten nicht angesonnen werden". Damit ist das Bewußtsein des Inhabers der Beklagten von dem Leichtsinne des Vertragsgegners zwar formell verneint; der Berufungsrichter hat indessen die entscheidenden Gesichtspunkte — Warnung durch die Familie des Klägers, Kenntnis seiner Vermögenslage — ganz außer Betracht gelassen.

Wenn ferner in diesem Zusammenhang ausgeführt ist, „das Verhalten der Beklagten, die nicht auf schleunige Abwicklung des Geschäfts gedrängt, auch nicht in erkennbarer Weise auf einen dahin zielenden Willensentschluß des

Klägers hinzuwirken gesucht hat, enthalte nichts, was von den Gepflogenheiten eines ordentlichen Geschäftsmanns abweicht und als eine Ausbeutung des Leichtsinns . . . des Klägers aufzufassen ist", so kommt hier eine unrichtige Auffassung des rechtlichen Begriffs der Ausbeutung zum Ausdrucke. Diese verlangt nicht ein agressives Verhalten, für sie ist der Gang der Verhandlungen überhaupt bedeutungslos. Für ihren Tatbestand reicht zu die Ausnutzung einer durch den Leichtsinn des Leistungsempfängers gegebenen zufälligen Gelegenheit, zur Erlangung übermäßigen Gewinns. Im übrigen scheinen diese Ausführungen gleich den Erörterungen des Berufungsrichters, daß „die der Beklagten von der Familie des Klägers gemachten Mitteilungen keine genügende Veranlassung für die Beklagte waren, um einen gewinnbringenden Auftrag abzulehnen, sondern nur um sich wegen ihrer Kaufpreisforderung zu sichern", von der eingangs erörterten unrichtigen Auffassung beeinflußt zu sein, wonach zu § 138 Abs. 2 BGB. ein arglistiges, wider die guten Sitten verstoßendes Tun und die Erfordernisse des Sachwuchers in § 302e des Strafgesetzbuchs mit Ausnahme der Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit nötig seien. II. Civilsenat Nr. 253/04. Urteil vom 18. April 1905.

Vertragsnatur der Ratserteilung. Ist § 638 BGB. anwendbar? Die auf Rückzahlung des Kaufpreises im Konkurs ausgefallener Vorzugsaktien gerichtete Klage war unter anderem auch darauf gegründet, daß einer der Beklagten und Gründer der Gesellschaft diese Vorzugsaktien der Schwiegermutter des Klägers als eine gute und sichere Kapitalsanlage empfohlen habe.

Das Berufungsgericht hatte die Einrede der Verjährung nach § 638 BGB. für begründet erachtet. Auf die Revision des Klägers wurde das Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Über den erwähnten Klagegrund äußern sich die Gründe wie folgt:

Unhaltbar ist die Entscheidung des Berufungsgerichts, soweit sie den dritten Klagegrund betrifft, das Verhalten der Beklagten in Verbindung mit der angeblich gegenüber der Schwiegermutter des Klägers gemachten Äußerung des Beklagten 2, H. S., über die Güte und Sicherheit der Vorzugsaktien. Das Berufungsgericht entscheidet nicht, ob der Kläger sich auf diese Äußerung würde berufen können. Es unterstellt dies und findet dann, daß darin zwar nicht die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft der Vorzugsaktien, wohl aber ein Rat, eine Empfehlung erblickt werden müßte, wofür die Beklagten als Bankiers mit Rücksicht auf den Verkauf der Papiere dem Kläger auch für bloße Fahrlässigkeit zu haften hätten. Beides ist unbedenklich. Auf Rechtsirrtum beruht es aber, wenn dieser Anspruch des Klägers nach Art. 169 Einf.-Ges. z. BGB. und § 638 BGB. für verjährt erklärt wird, weil es sich bei der Ratserteilung um einen Werkvertrag (loc. cond. operis) handele.

Ob auf Rat, Empfehlung, Auskunfterteilung dann, wenn sie den selbständigen Inhalt eines verpflichtenden Vertragsverhältnisses bilden, die Kategorie des Werkvertrags oder des Dienstvertrags anzuwenden sei, ist bestritten. Vom Standpunkte des neuen Rechtes hat sich mehr oder weniger bestimmt und zum Teile mit Beschränkung auf die Auskunftsbureaux die große Mehrzahl der Schriftsteller für den Werkvertrag ausgesprochen (vgl. Staub, Exkurs zu § 349 Anm. 9 [Auskunftsbureaux], Anm. 13 [Rat und Empfehlung des Bankiers]; Riezler, Der Werkvertrag [bei Fischer, Abhandlung Bd. 4 Heft 4] S. 88; Planck, Vorbemerkung zu § 641 unter II 2; Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. 2 II § 317 sub II und die weiteren Citate bei

Brunsvig, Die vertragsmäßige Haftung des Ratgebers [Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 56 S. 77 ff.] Note 25 der Seite 87). Brunsvig selbst will danach unterscheiden, ob die Vergütung nur für den richtigen Rat geschuldet sei (Werkvertrag) oder nicht (Dienstvertrag) und kommt zu dem Ergebnisse, daß in den meisten Fällen ein Dienstvertrag gemeint sei (S. 89/90). Ausschließlich die Kategorie des Dienstvertrags halten für anwendbar Düringer und Hachenburg, Handelsgesetzbuch § 347 Anm. VII unter 3 b a α (Bd. 2 S. 230), § 384 Anm. II (Bd. 3 S. 353). Für den Dienstvertrag hat sich auch ausgesprochen das in der Beilage zur D. Jur.-Ztg. 1905 S. 169 unter 11 auszugsweise wiedergegebene Urteil des VII. Civilsenats 139/04 vom 18. Oktober 1904.

Diese Zweifelsfrage bedarf indeß hier keiner Entscheidung. Von Rat und Empfehlung als Gegenstand eines selbständigen Vertrags ist hier keine Rede. Eine Haftung der Beklagten für die Empfehlung der Vorzugsaktien ergibt sich erst aus dem Zusammenhange mit dem späteren Verkaufe. Nur auf dieser Verbindung mit dem Hauptgeschäft, als einer von diesem mit umfaßten und bestimmten Nebenleistung, beruht der Rechtsgrund dafür, daß die, für sich allein betrachtet, unverbindliche Empfehlung zu einer rechtsverpflichtenden Handlung wurde. Diese Beziehung der Unterordnung von Rat und Empfehlung unter ein prinzipales Rechtsverhältnis, wie es namentlich bei den Geschäften des Bankiers häufig vorkommt, hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts schon mehrfach beschäftigt. Man ist stets davon ausgegangen, daß es sich dabei um einen integrierenden Teil des als ein zusammenhängendes Ganzes zu betrachtenden Geschäfts handele. Man hat daraus auch den Schluß gezogen, daß die rechtliche Beurteilung des in diesem Zusammenhang erteilten Rates oder der Empfehlung im Anschluß an das Hauptgeschäft und nach dessen Regeln erfolgen müsse (Urteil I 120/87 vom 15. Juni 1887 [Entsch. in Civils. Bd. 19 S. 100]; Urteil I 315/89 vom 22. Januar 1890 [Bolze Bd. 9 Nr. 216]) und hat dies insbesondere auch angenommen für die Frage der Verjährung (Urteil I 47/86 vom 26. März 1886 [Bolze Bd. 4 Nr. 646]).

Von dieser Auffassung, die für das neue Recht auch von Düringer und Hachenburg § 384 Anm. II vertreten wird, findet der Senat keinen Anlaß abzugehen. Vorliegend muß also die rechtliche Bedeutung der Empfehlung im Zusammenhange mit dem späteren Kaufgeschäfte beurteilt werden. Daß in diesem Zusammenhang etwa an einen akzessorischen Werkvertrag zu denken wäre, die Empfehlung des Verkäufers als ein von diesem herzustellendes Werk gemeint gewesen, muß ganz abgelehnt werden. Es ist eine unselbständige Nebenleistung des Verkäufers, die nur von dessen Verpflichtung aus dem Hauptgeschäfte getragen und charakterisiert wird. Für die Anwendung der Verjährungsvorschrift des § 638 BGB. ist kein Raum. Es kann aber auch nicht von der kurzen Verjährungsfrist des § 477 daselbst oder des Art. 349 des Allg. D. Handelsgesetzbuchs die Rede sein; denn die Zusicherung einer Eigenschaft der verkauften Aktien steht, wie bereits bemerkt, nicht in Frage und ebensowenig handelt es sich sonst um die Lieferung einer mangelhaften Sache (Entsch. Bd. 33 S. 200).

Die Ablehnung des dritten Klagegrundes wird daher durch die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht gerechtfertigt. Dieser Mangel würde nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, wenn feststände, daß der Kläger sich auf die seiner Schwiegermutter gegenüber ausgesprochene Empfehlung zu seinen eigenen Gunsten überhaupt nicht berufen könne. Dem ist aber nicht so. Vielmehr würden, bei Unterstellung des Hergangs, so wie ihn der Kläger behauptet hat, die Beklagten die Berufung auf diese Empfehlung ohne Arglist nicht ablehnen können. Zwar ist danach die Empfehlung, daß

die „mit 5 % verzinslichen" Vorzugsaktien der Arminius-Aktiengesellschaft eine gute und sichere Kapitalsanlage seien, zunächst freilich nur an die Adresse der Schwiegermutter des Klägers, Frau St., die eine Kundin des Bankgeschäfts war, gerichtet gewesen. Diese hat dann aber etwa eine Woche später auf dem Kontor der Beklagten 1 Arminiusvorzugsaktien nicht nur für sich, sondern zugleich auch 2 Stück für den Kläger gekauft. Dabei soll der Beklagte 2, H. S., der, wie behauptet ist, der Frau St. die Vorzugsaktien empfohlen und ihr den Ankauf angeraten hatte, auf dem Kontor anwesend gewesen sein, und es ist auch behauptet, daß die Frau St. bei dem Ankaufe „die Beklagten" von dem Schwägerschafts-, Aufenthalts- und Auftragsverhältnisse des Klägers in Kenntnis gesetzt habe. Sind diese Behauptungen richtig, so konnte die Beklagte 1, d. h. der für sie tätige Mitinhaber H. S., nicht im Zweifel darüber sein, daß der Ankauf der Vorzugsaktien, wie für die Schwiegermutter, so auch für den Kläger auf Grund der früheren, an die Schwiegermutter gerichteten Empfehlung erfolge. Wenn die Beklagte 1 unter diesen Umständen das Kaufgeschäft auch mit dem Kläger abschloß, so hat sie damit zugleich anerkannt, daß die Empfehlung auch ihm gegenüber gelten solle. I. Civilsenat Nr. 671/04. Urteil vom 31. Mai 1905.

B. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß.

Notwendige Verteidigung — vorübergehende Abwesenheit des Verteidigers — Heilung des Mangels.

Während des Verhörs des Angeklagten in der Hauptverhandlung richtete der Vorsitzende in Abwesenheit des Verteidigers, dessen Fehlen er im Sitzungssaale versehentlich nicht bemerkte, einige Fragen an den Angeklagten. Nach Wiedereintrit des Verteidigers teilte er diesem den Inhalt der Fragen und der darauf gegebenen Antworten mit, worauf der Angeklagte und der Verteidiger auf ausdrückliches Befragen des Vorsitzenden Erinnerungen nicht erhoben. Die Verteidigung war eine notwendige.

Bei dieser Sachlage kann es dahin gestellt bleiben, ob eine ununterbrochene Gegenwart des Verteidigers in der Hauptverhandlung, falls die Verteidigung eine notwendige ist, unbedingt erforderlich ist (vgl. Löwe, StPO. Note 4 zu § 145). In jedem Falle ist der Revision zuzugeben, daß bei allen wesentlichen Vorgängen der Hauptverhandlung der Verteidiger anwesend sein muß und daß grundsätzlich die Vernehmung oder Befragung des Angeklagten, gleichviel in welchem Stadium der Verhandlung sie geschieht, für einen solchen wesentlichen Vorgang zu erachten ist (§§ 145, 242, 136 StPO.). Was für die Hauptverhandlung als ganzes gilt, gilt auch für einen Teil derselben (Rechtspr. Bd. 10 S. 279). Insoweit somit eine Vernehmung des Angeklagten in Abwesenheit des notwendigen Verteidigers stattgefunden hat, ist nach § 377 Ziff. 5 StPO. das Urteil als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen, gleichviel ob es im konkreten Falle wirklich auf der gedachten Gesetzesverletzung beruht, hier also selbst dann, wenn ein Zusammenhang zwischen dem angefochtenen Urteile und dem gerügten Mangel des Verfahrens nachweislich nicht vorhanden sein sollte. Allerdings wird der Umstand, daß der notwendige Verteidiger, auch während einer Vernehmung des Angeklagten, auf kurze Zeit sich der Anwesenheit in der Hauptverhandlung entzieht, nicht unheilbar die Nichtigkeit der ganzen Verhandlung zur Folge haben, etwa in der Weise, daß infolge der vorübergehenden Abwesenheit die ganze Hauptverhandlung von Anfang an neu begonnen werden mußte. Der gedachte Mangel kann noch

in derselben Hauptverhandlung geheilt werden, aber ausschließlich auf dem Wege, daß dasjenige, was in Abwesenheit des Verteidigers und daher ungesetzlich verhandelt worden ist, als nicht geschehen angesehen, dies allen an der Verhandlung und Entscheidung Mitwirkenden und am Prozesse Beteiligten erkennbar gemacht und der nichtige Teil der Verhandlung von neuem verhandelt wird (Entsch. Bd. 35 S. 353). Eine Mitteilung des Vorsitzenden über den Inhalt dieses an sich nichtigen Teiles der Hauptverhandlung, auch wenn die Mitteilung an sich richtig ist und von den Prozeßbeteiligten als richtig anerkannt wird, kann die gesetzmäßige Verhandlung nicht ersetzen, das ungesetzliche der geschehenen Verhandlung nicht beseitigen und die auf dem Mangel einer gesetzlichen Verhandlung beruhende Nichtigkeit nicht aufheben. Denn das Urteil ergeht durchaus auf Grund der mündlichen Verhandlung und dies setzt eine Verhandlung voraus, welche in allen wesentlichen Teilen unter der Beobachtung der zwingenden Vorschriften der StPO. geführt worden ist. Nur aus dem wirklich und giltig Verhandelten, nicht aus dem, was auf andere Weise zu ihrer Kenntnis gelangt ist, dürfen Richter und Geschworene ihre Überzeugung schöpfen. I. Strafsenat. Urteil vom 23. November 1905.

Bildung der Geschworenenbank; Mängel und deren Heilung (§ 279 StPO.). Die Revision macht geltend, nach Bildung der Geschworenenbank und nach Beeidigung der Geschworenen habe sich herausgestellt, daß der Vorsitzende es übersehen, vor Beginn der Auslosung der Geschworenen sie gemäß § 279 Abs. 1 StPO. zur Anzeige etwaiger Ausschließungsgründe aufzufordern, worauf er zur Bildung einer neuen Geschworenenbank geschritten sei. Er habe also diejenige Geschworenenbank, die prozeßordnungsgemäß zur Aburteilung in vorliegender Sache berufen gewesen wäre, beiseite gesetzt und an ihrer Stelle habe eine andere Geschworenenbank geurteilt, die nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei.

Indessen hat die Verhandlung nach dem allein maßgebenden Inhalt des Sitzungsprotokolls einen anderen Verlauf genommen. Hiernach hatte der Vorsitzende das übersehen schon bemerkt, als er eben den Namen des 12., nicht abgelehnten Geschworenen gezogen gehabt hatte, und ist hierauf alsbald und ehe er irgend einen weiteren Verhandlungsakt vorgenommen, insbesondere die Ziehung der Geschworenen für beendet erklärt (§ 283 Abs. 3 StPO.) oder gar sie beeidet gehabt hätte, zur Neubildung der Geschworenenbank geschritten. Damit fiele schon die Begründung dieser Rüge in sich zusammen. Will man sie aber im erweiterten Sinn dahin auffassen, daß auch das Verfahren, wie es geschehen, ungesetzlich erscheine, so vermag sie damit gleichfalls nicht durchzudringen. So wie die Umstände liegen, stellt sich die erste, wieder zurückgezogene Auslosung als ein mißlungener Versuch der Bildung einer Geschworenenbank dar, der vom Vorsitzenden ohne Verstoß gegen positive gesetzliche Vorschriften durch einen neuen Beginn, d. h. den Beginn einer neuen Hauptverhandlung (§ 278 StPO.) unschädlich gemacht worden ist. Ihm konnte es, wenn er die Überzeugung erlangt hatte, daß das bisherige Verfahren, um zur Bildung einer Geschworenenbank zu gelangen, den gesetzlichen Bestimmungen nicht entspreche, keineswegs verwehrt sein, um zu verhindern, daß eine nicht vorschriftsmäßig zustande gekommene Geschworenenbank über die gegenwärtige Sache aburteile, die Verhandlung abzubrechen, sie sodann alsbald wieder aufzunehmen und unter nunmehriger Einhaltung der Vorschrift des § 279 Abs. 1 StPO. die abermalige Bildung einer Geschworenenbank herbeizuführen. Daß der in Betracht kommende Verstoß sich nur gegen eine Sollvorschrift der

Prozeßordnung gerichtet hat und demgemäß die Anfechtbarkeit des daraufhin ergangenen Urteils im Wege der Revision nicht nach sich gezogen hätte, worauf die Revision besonders hinweist, kann an sich keinen Unterschied machen, selbstverständlich macht auch die Nichteinhaltung derartiger Vorschriften das Verfahren zu einem gesetzwidrigen, auf dem weiter aufzubauen dem Vorsitzenden unter den gegebenen Umständen nicht zugemutet werden konnte.

Andererseits aber hatten die Angeklagten, die dann auch ausweislich des Sitzungsprotokolls in der Hauptverhandlung weder selbst noch durch ihre Verteidiger dem Vorgehen des Vorsitzenden Widerspruch entgegengesetzt haben, kein nachweisbares Recht, von einer Geschworenenbank abgeurteilt zu werden, die auf einem nicht vorschriftsmäßigen Wege zustande gekommen wäre. Selbst wenn der Revision stattgegeben würde, könnte sie keinen anderen Erfolg haben, als die Verhandlung vor einer neugebildeten Geschworenenbank. Und nicht einzusehen ist, wie den Angeklagten durch das eingeschlagene Verfahren ihr gesetzmäßig zustehendes Ablehnungsrecht verkümmert worden sein soll, das sie nach dem Sitzungsprotokoll vor- wie nachher unbeschränkt ausüben konnten und ausgeübt haben. Etwaige ganz entfernt liegende Möglichkeiten können nicht ins Gewicht fallen (vgl. Entsch. d. RGer. in Straff. Bd. 32 S. 378). I. Strafsenat. Urteil vom 20. November 1905.

Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im schwurgerichtlichen Verfahren (§ 264 StPO.).

Ebensowenig Erfolg kann die Revision mit dem zweiten, auf § 264 StPO. gestützten Angriff haben. Sie muß selbst anerkennen, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, wie sie in früheren Entscheidungen veröffentlicht ist, im schwurgerichtlichen Verfahren durch die Stellung einer Hilfsfrage der allgemeinen Vorschrift des § 264 StPO. Genüge getan wird. I. Strafsenat. Urteil vom 20. November 1905.

§ 125 StGB. Zum objektiven und subjektiven Tatbestande. Bezüglich der Tatbestandsmerkmale des nach § 125 Abs. 1 StGB. strafbaren einfachen Landfriedensbruchs geht das Urteil von der zutreffenden Annahme aus, daß dazu objektiv außer der öffentlichen Zusammenrottung einer Menschenmenge die Begehung von Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen gehöre, daß aber die strafbare Teilnahme schon dann gegeben sein könne, wenn jemand vorsätzlich und mit Kenntnis von dem strafbaren Zwecke der Zusammenrottung sich einer solchen Menge anschließt, ohne daß er selbst sich an der Verübung von Gewalttätigkeiten beteiligt oder auch nur in dem Augenblick an der Zusammenrottung teilnimmt, als zu Gewalttätigkeiten geschritten wurde. Die abweichende Ansicht der Revision, welche vermeint, daß Personen, die vor Begehung der Gewalttätigkeiten sich aus der Menschenmenge entfernt hätten, den § 125 StGB. nicht verletzt haben könnten, würdigt die Bedeutung der Gesetzesvorschrift nicht richtig und steht mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht im Einklange. Das Reichsgericht hat wiederholt zum Ausdrucke gebracht, daß es für die Anwendbarkeit des § 125 nicht erforderlich sei, daß die gesamte zusammengerottete Menschenmenge sich an den von einzelnen ausgeübten Gewalttätigkeiten beteiligt haben müsse; wenn es überhaupt hierzu gekommen sei, seien die übrigen Personen schon wegen ihrer bloßen Beteiligung an der Zusammenrottung zu bestrafen und könne es nach dieser Richtung nicht von entscheidender Bedeutung sein, wie lange sie sich in der Menge befunden haben, insbesondere nicht, ob sie gerade in dem Augenblick an der Zusammenrottung teilgenommen haben, als zu Gewalttätigkeiten übergegangen wurde. Der Land-

friedensbruch ist ein Vergehen gegen die öffentliche Ordnung und die Gefahr für letztere liegt nicht erst dann vor, wenn es zu Gewalttätigkeiten kommt, sondern sie ist schon in dem Augenblick gegeben, in welchem die Menschenmenge sich zusammenrottet in dem Bewußtsein, daß es zu Gewalttätigkeiten kommen werde oder kommen könne, des ungeachtet aber auf die Möglichkeit eines solchen Erfolges hin zusammenhält. Zur Vergrößerung der Gefahr trägt jeder bei, der sich einer solchen Menge, wenn auch nur vorübergehend, vorsätzlich und mit dem gleichen Bewußtsein, wenn auch ohne besondere Abrede, angeschlossen hat.

Der Begriff der Zusammenrottung ist nicht verkannt, auch in prozessual zureichender Weise begründet, indem festgestellt ist, daß eine aus 200 bis 300 Personen bestehende Menge sich auf dem Bahnhofsplatz und in der Bahnhofsallee, also auf öffentlichen Plätzen und Straßen, zusammengerottet hatte, um die Arbeitswilligen, welche der Arbeitgeberverband nach G. hatte kommen lassen, bei ihrem Eintreffen auf dem Bahnhof unter allen Umständen, sei es durch direktes Zureden, sei es durch Einschüchterung, zur Umkehr zu bringen. Daß diese Absicht, welche die Menge zusammengeführt hatte und sie von vornherein beseelte, eine rechtswidrige war, konnte der Vorderrichter unbedenklich feststellen, denn es handelte sich nach der Sachlage darum, die Arbeitswilligen zu zwingen, ihr Vorhaben aufzugeben, und die versammelte Menge hatte das Bewußtsein, daß der Zweck nötigenfalls durch Gewalt erreicht werden sollte.

Bezüglich des subjektiven Tatbestandes ist der erforderliche Vorsatz und ferner das Bewußtsein, sich in einer zusammengerotteten Menge zu befinden, welche Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen begeht oder begehen könnte, verbunden mit dem Willen, selbst auf diese Möglichkeit hin in der Menge und als ein Teil derselben zu bleiben, ausdrücklich festgestellt. Das Urteil unterläßt auch nicht, für jeden Angeklagten die konkreten Tatsachen anzugeben, aus denen das Gericht die Überzeugung von seiner Teilnahme an der Zusammenrottung gewonnen hat, und genügt in dieser Hinsicht den Vorschriften des § 266 StPO. Die Schutzbehauptung der Beschwerdeführer, daß sie nur von Neugierde getrieben der versammelten Menge sich angeschlossen hätten, ist für widerlegt erachtet.

Daß Gewalttätigkeiten gegen Personen und Sachen aus der Menge heraus verübt sind, hat die Strafkammer gleichfalls bedenkenfrei festgestellt; hiernach sind sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 125 Abs. 1 StGB. erfüllt. III. Strafsenat D. 272/05. Urteil vom 9. Oktober 1905.

§ 169 StGB. Objektiver und subjektiver Tatbestand. Das Urteil ist nur insoweit angefochten, als eine Verurteilung des Angeklagten aus § 169 StGB. erfolgt ist. Die Revision hat Verletzung dieser Gesetzesvorschrift gerügt, konnte aber keinen Erfolg haben.

Nach der tatsächlichen Feststellung des Vorderrichters hat der Angeklagte am 27. Januar 1899 zu R. das von ihm außerehelich erzeugte, von der damaligen Witwe T. geborene Kind als ein von seiner damaligen Ehefrau Marie F. geborenes Kind bei dem Standesbeamten in R. unter Vorzeigung der Heiratsurkunde angemeldet und dadurch eine der Anmeldung entsprechende Eintragung in das Geburtsregister des Standesamts herbeigeführt. Er hat dies getan, um die Witwe T., seine jetzige Ehefrau, die er nach Scheidung der früheren Ehe geheiratet hat, und sich selbst vor der ihnen durch seine damalige Ehefrau drohenden Schande zu bewahren.

Die Strafkammer hat in diesem Tatbestand übereinstimmend mit der Anklagebehörde nicht allein das nach § 271 StGB. strafbare Vergehen der

intellektuellen Urkundenfälschung, sondern auch ideal konkurrierend eine Verfehlung gegen § 169 StGB. gefunden, indem sie angenommen hat, daß Angeklagter den Personenstand des Kindes unterdrückt und verändert habe.

Diese Auffassung wird von der Revision bekämpft, weil nicht festgestellt sei, daß Angeklagter die Absicht gehabt habe, den Familienstand des Kindes dauernd zu verändern; es wird darauf hingewiesen, daß Angeklagter mit der unrichtigen Eintragung ganz andere Zwecke verfolgt habe.

Der Revisionsangriff ist verfehlt.

Auf den Beweggrund und den Endzweck der Handlung kommt es nicht an. Der Vorsatz muß allerdings auf die Herbeiführung eines dem bestehenden Rechte widerstreitenden Zustandes gerichtet sein, vermöge dessen verhindert oder wenigstens erschwert wird, daß das wirklich vorhandene familienrechtliche Verhältnis des Kindes zur Kenntnis Dritter gelangt. Der Zustand erfordert begriffsmäßig eine gewisse Dauer, keineswegs aber eine bleibende, sondern es genügt, daß vorübergehend ein Zustand geschaffen wurde, welcher den wahren Personenstand anders erscheinen läßt, als er in Wirklichkeit ist. In der von dem Vorderrichter und der Revision angeführten Entscheidung Bd. 10 S. 87 hat das Reichsgericht keineswegs zum Ausdrucke gebracht, daß die Absicht auf die Schaffung eines dauernden — im Gegensatze zum vorübergehenden — Zustandes gerichtet sein müsse; vielmehr ist hervorgehoben, daß ein vorübergehender Erfolg zur Erfüllung des Tatbestandes genüge. Diese Auffassung hat auch in der Entscheidung Bd. 25 S. 188 Bestätigung gefunden.

Die Absicht der späteren Wiederaufhebung des Zustandes ist an sich für die Vollendung des in Rede stehenden Vergehens bedeutungslos; sie begrenzt nicht den geschaffenen vorläufig dauernden Zustand, der nur im Wege einer neuen Willensbetätigung wieder verändert oder beseitigt werden kann.

Daß der Begriff des Dauerdeliktes für den § 169 StGB. auszuscheiden hat, ist schon in mehreren Urteilen des Reichsgerichts ausgeführt worden (Rechtspr. Bd. 5 S. 740; Entsch. Bd. 34 S. 24, Bd. 36 S. 137).

Hiernach ist es nicht zu beanstanden, wenn die Strafkammer von der Annahme aus, Angeklagter habe die unrichtige Eintragung nur solange bestehen lassen wollen, bis er nach Scheidung seiner ersten Ehe die Witwe T. habe heiraten können, den Tatbestand des § 169 StGB. auch in subjektiver Hinsicht für erfüllt angesehen hat. III. Strafsenat D. 235/05. Urteil vom 2. Oktober 1905.

§ 247 StGB. Verlöbnis in strafrechtlichem Sinne. Die erkennende Strafkammer hat das Verfahren gegen die des schweren Diebstahls bezichtigte Angeklagte eingestellt, weil sie die Verlobte des bestohlenen B. sei, dieser aber den nach § 247 StGB. erforderlichen Strafantrag nicht gestellt habe. Das Urteil geht zwar davon aus, daß sowohl die im Jahre 1885 geborene Angeklagte, als der Bestohlene (geboren 1884) noch minderjährig sind, daß auch die noch lebenden Eltern beider ihre Einwilligung zum Verlöbnisse nicht erteilt haben, auch wegen Fehlens der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter kein civilrechtlich gültiges Verlöbnis vorliegen möge, nimmt aber an, daß beide nach strafrechtlichen Begriffen als Verlobte anzusehen seien, weil sie, wie aus den Umständen gefolgert wird, in der Tat ein ernstlich gemeintes auf Verheiratung abzielendes Eheversprechen einander gegeben hätten. Die Revision der Staatsanwaltschaft ficht das Urteil an mit der Ausführung, daß wegen Mangels der Handlungsfähigkeit der Beteiligten und der Zustimmungserklärung der gesetzlichen Vertreter ein civilrechtlich gültiges, oder auch nur strafrechtlich zu beachtendes Verlöbnis nicht angenommen werden könne und deshalb die Anwendung der §§ 247

und 52 StGB. zu Gunsten der Angeklagten unzulässig sei, wobei des näheren ausgeführt wird, daß auch im Strafrechte die Voraussetzungen des Verlöbnisses den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu entnehmen seien.

Die Beschwerde kann indes nicht für begründet erachtet werden. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat ständig daran festgehalten, daß der Begriff des Verlöbnisses und Verlobtseins auf strafrechtlichem Gebiete nicht durch die Voraussetzungen des civilrechtlich gültigen Verlöbnisvertrags bedingt, sondern davon unabhängig gemäß den eigenartigen Aufgaben des Strafrechts durchaus selbständig zu beurteilen und wesentlich durch das Bestehen eines ernstlichen auf künftige Eheschließung gerichteten Verlöbnisvertrags gegeben sei, sofern nur die Eheberedung nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoße (Entsch. Bd. 10 S. 117, Bd. 24 S. 155, Bd. 35 S. 49; Rechtspr. Bd. 9 S. 120). Von dieser Anschauung abzuweichen, ist kein Anlaß gegeben. Liegt der entscheidende Gesichtspunkt für diese Auffassung in der besonderen Natur des Strafrechts, welches die tatsächlich bestehende Interessengemeinschaft derjenigen Personen zu berücksichtigen hat, welche nach beiderseits vorhandener ernster Willensmeinung demnächst in die Ehe treten wollen, auch wenn sie die civilrechtlich vorgeschriebenen Formalien des Verlöbnisses nicht beobachtet haben, so kann auch der Umstand, daß an die Stelle der früheren das Verlöbnisrecht vielfach verschieden regelnden Partikularrechte nunmehr die einheitlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs getreten sind, an jener Auffassung nichts ändern, welcher auch die Bestimmung des Art. 33 des Einf.-Ges. zum BGB. nicht entgegensteht. Es war diesem nach auf die literarisch streitige Frage, ob für die Gültigkeit des Verlöbnisses minderjähriger Personen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nach Maßgabe des § 107 des BGB. erforderlich ist, als für die Anwendung des § 52 des Strafgesetzbuchs unerheblich nicht einzugehen. Wenn das Urteil Bd. 35 S. 49 der Entscheidungen des Reichsgerichts die Voraussetzung erwähnt, daß die Beteiligten die rechtliche Handlungsfähigkeit besaßen, so werden dadurch wohl die nach § 104 BGB. völlig geschäftsunfähigen Personen betroffen, nicht aber die beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen. Vielmehr greifen die allgemeinen Erwägungen, welche für das Strafrecht dahin geführt haben, von den civilrechtlichen Förmlichkeiten des Verlöbnisses abzusehen, auch hinsichtlich minderjähriger Personen Platz, unter welchen die gleichen nahen Beziehungen bestehen, wie unter volljährig Verlobten. In Ansehung solcher Personen, welche noch dem Kindesalter näher stehen, würde das verständige Ermessen des Richters im Einzelfalle zu prüfen haben, ob überhaupt ein ernstlich gemeintes Eheversprechen angenommen werden kann. III. Strafsenat D. 431/05. Urteil vom 16. November 1905.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Civilrecht.

Vereinbarung, daß eine Darlehensschuld des Wirtes an den Brauer durch Zahlung eines bestimmten Überpreises für das zu beziehende Bier getilgt werden soll. Wirkung einer solchen Vereinbarung für den Erwerber der Wirtschaft und für die Erben des Darlehensschuldners (Ausf.-Ges zum BGB. Art. 13; Ges., Übergangsvorschriften betr. Art. 4).

Der Wirt F. R. in Rh. hatte am 26. April 1899 urkundlich anerkannt, der Brauereigesellschaft vormals Schw. in Sp. die Summe von 4736 Mk. 23 Pfg. als Darlehen zu schulden. Die Schuld sollte in der Art getilgt werden, daß der Schuldner seinen gesamten Bierbedarf von der Gläubigerin

zu beziehen und für jedes Hektoliter gelieferten Bieres einen sogen. Überpreis von 1 Mk. 50 Pfg. zu zahlen sich verpflichtete. „Eventuelle Rechtsnachfolger" sollten „diese Abmachungen zu respektieren haben". F. K. verkaufte im Jahre 1902 seine Wirtschaft an seinen Sohn R. K. Dieser war bereit, das Bier von der Brauereigesellschaft weiter zu beziehen, die Übernahme der Darlehensschuld lehnte er aber ab und kündigte im April 1903 den Lieferungsvertrag. Die Brauereigesellschaft erhob darauf Klage gegen F. K., in der sie beantragte, den Beklagten zu verurteilen, seinen Sohn R. K. zum Eintritt in den Vertrag von 1899 seinem ganzen Umfange nach zu verpflichten und für jedes Hektoliter von einer anderen Brauerei bezogenen Bieres 3 Mk. Entschädigung zu zahlen. Das Landgericht wies die Klage ab. Nachdem die Klägerin Berufung eingelegt hatte, starb der Beklagte; der Rechtsstreit wurde von seinen sämtlichen Kindern als Erben aufgenommen. Die Berufung wurde zurückgewiesen. Auf die Revision der Klägerin wurde das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Aus den Gründen des letztinstanziellen Urteils:

Das Berufungsgericht hat, ohne dabei ein Gesetz zu verletzen, den Inhalt der Urkunde vom 26. April 1899 dahin ausgelegt, daß F. K., der Rechtsvorgänger der Beklagten, die Verbindlichkeit eingegangen hat, eine Darlehensschuld an die Klägerin nur dadurch zu tilgen, daß er für jedes Hektoliter des aus der Brauerei der Klägerin bezogenen Bieres einen sog. Überpreis von 1 Mk. 50 Pfg. zahlt, und daß die Verpflichtung zum Bezuge des Bieres deshalb so lang bestehen soll, bis die Darlehensschuld getilgt ist. Mit Unrecht hat es aber angenommen, daß der Vertrag gegen die guten Sitten verstoße. Daß er nicht gegen die Vorschriften der §§ 8, 10 der Gewerbeordnung verstößt, hat das Berufungsgericht mit Recht anerkannt. Der Vertrag begründete nur die persönliche Verbindlichkeit, das Bier von der Klägerin zu beziehen, solang eine Darlehensschuld besteht, unter Bestimmung äußerer Anhaltspunkte für die Berechnung der Dauer und des Betrags der zur Tilgung der Schuld zu machenden Leistungen. Die Verpflichtung zum Bezuge des Bieres kann daher weder als eine Verpflichtung von unbegrenzter Dauer angesehen werden, noch als eine Verpflichtung, die wenigstens dem Wesen nach dinglicher Art ist. Die Begründung einer solchen persönlichen Verbindlichkeit durch einen Vertrag steht mit den Vorschriften der Gewerbeordnung nicht in Widerspruch (Samml. v. Entsch. des Obersten Landesgerichts in Gegenst. des Civilrechts u. s. w. Bd. 14 S. 727). Es kann auch nicht angenommen werden, daß die Schließung eines solchen Vertrags gegen die guten Sitten verstößt. Zur Wahrung der guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung ist es nicht erforderlich, die Vertragsfreiheit derer zu beschränken, die eine solche Bindung ihres Willens auf längere Zeit als ihrem Interesse entsprechend ansehen. Auch etwas sittlich Anstößiges liegt in dieser Bindung des Willens nicht. Der Vertrag ist deshalb weder nach Art. 1131 des Code civil. noch nach § 138 des BGB. nichtig.

Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, es sei bei der Schließung des Vertrags stillschweigend vereinbart worden, daß der Schuldner zum Rücktritte vom Vertrage befugt ist, wenn zwingende, einem unabwendbaren Zufalle gleichzuachtende Verhältnisse eintreten, und solche Verhältnisse seien eingetreten. Daß dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart worden sei, hat keine der Parteien behauptet. Die Annahme des Berufungsgerichts bildet daher einen Verstoß gegen die das Verfahren im Civilprozesse beherrschende sog. Verhandlungsmaxime. Sie ist übrigens auch nicht genügend begründet; denn die dafür angeführten Gründe zwingen keineswegs zu dem Schlusse, daß

bei der Schließung des Vertrags die Beteiligten über die Statthaftigkeit des Rücktritts in dem vom Berufungsgericht angenommenen Falle einig waren. (Wird näher ausgeführt.) Das Gesetz erklärt allerdings Verbindlichkeiten, auch ohne daß es vereinbart wurde, für hinfällig, deren Erfüllung unmöglich geworden ist (Code civil Art. 1148, 1302)[1]. Aber die Umstände, die das Berufungsgericht als solche anführt, die den F. K. zum Rücktritte vom Vertrage berechtigten, machten die Erfüllung des Vertrags nicht unmöglich, sofern nicht etwa die Verpflichtung zum Bierbezuge nach dem Vertrage dem F. K. nur für seine Person oblag.

Aus der in der Urkunde enthaltenen Bestimmung, daß „eventuelle Rechtsnachfolger die getroffenen Abmachungen zu respektieren haben", folgerte die Klägerin, daß F. K. verpflichtet war, den Erwerber des von ihm veräußerten Anwesens zum Eintritt in den Bierlieferungsvertrag zu verpflichten, während das Oberlandesgericht annahm, daß das Versprechen, den Nachfolger dazu anzuhalten, oder das Versprechen der Handlung eines Dritten[2]) in jener Bestimmung nicht zu finden sei. Es kann dahingestellt bleiben, wie die Bestimmung in dieser Beziehung auszulegen ist, da nach Art. 13 Abs. 2 des Ausf.-Ges. zum BGB. der Wirt, welcher mit einem Brauer einen Bierlieferungsvertrag im Sinne des Art. 13 Abs. 1 geschlossen hat, im Falle der Veräußerung seines Geschäfts dafür einzustehen hat, daß der Erwerber in den Bierlieferungsvertrag eintritt. Diese Vorschrift gilt, sowohl wenn der Vertrag für bestimmte Zeit, als wenn er für unbestimmte Zeit geschlossen wurde. Der Vertrag vom 26. April 1899 wurde zwar geschlossen, bevor das Ausführungsgesetz in Kraft trat, aber nach Art. 4 des Gesetzes, Übergangsvorschriften zum BGB. betr., bestimmt sich auch das Rechtsverhältnis aus einem vor dem Inkrafttreten des BGB., also auch des Ausf.-Ges., geschlossenen Vertrage der im Art. 13 dieses Gesetzes bezeichneten Art von diesem Zeitpunkt an nach den Vorschriften der Art. 13, 14 des Ausf.-Gesetzes. Um einen Vertrag der im Art. 13 bezeichneten Art und ein daraus entstandenes Rechtsverhältnis handelt es sich hier; das Berufungsgericht hat daher mit Unrecht die Anwendbarkeit des Art. 13 verneint.

Die hinsichtlich des Eintritts des neuen Inhabers der Wirtschaft in den Bierlieferungsvertrag dem bisherigen Inhaber obliegende Verpflichtung besteht aber nicht hinsichtlich des Darlehensschuldverhältnisses. Dieses ist durch die im Vertrag enthaltene Bestimmung über die Art der Tilgung der Darlehensschuld mit dem Bierlieferungsvertrag allerdings insofern in Zusammenhang gebracht, als die Tilgung durch bestimmte Zahlungen zu erfolgen hat, die zugleich mit der Zahlung der Bierlieferungen zu leisten sind. Immerhin aber lassen sich die beiden Rechtsverhältnisse unterscheiden, weil genau bestimmt ist, welcher Teil der Zahlungen auf die Darlehensschuld zu verrechnen ist. Diese ist auch nach ihrem Entstehungsgrunde von der Schuld aus dem Bierlieferungsvertrage verschieden. Durch die Vereinbarung über die zur Tilgung der Darlehensschuld und für das bezogene Bier zu leistenden Zahlungen ist mittelbar auch bestimmt, daß das Verhältnis aus dem Bierlieferungsvertrage so lang dauern soll, bis die Darlehensschuld auf die vereinbarte Art getilgt ist. Es kann dabei die Absicht der Beteiligten gewesen sein, daß die Vereinbarung

1) S. BGB. §§ 275, 323.

2) Code civil Art. 1120. Eine dieser Vorschrift und ähnlich lautenden Bestimmungen älterer und neuerer Gesetzbücher (s. Allg. Preuß. LR. §§ 40 bis 45 Tl. I Tit. 5; Allg. Österr. BGB. § 881; Sachsen § 799; Italien Art. 1129; Schweiz § 137) entsprechende Vorschrift enthält unser BGB. nicht. Anders Entwurf I, dessen § 348 bei der zweiten Lesung gestrichen wurde (Protokolle bei Mugdan, Materialien Bd. 2 S. 618). Anm. d. Ens.

auch dann gelten soll, wenn es dem J. K. nicht mehr möglich ist, selbst die Wirtschaft zu betreiben, und diese durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden auf einen anderen übertragen wird. Daß in diesem Falle der neue Inhaber des Geschäfts in den Bierlieferungsvertrag eintritt, ergibt sich bei gutem Willen der Beteiligten leicht daraus, daß auch der neue Inhaber zum Betriebe der Wirtschaft Bier braucht. Anders verhält es sich bezüglich der Darlehensschuld. Diese wird der neue Wirt, da er das Darlehen nicht erhalten hat, nicht ohne weiteres übernehmen. Bei einem Wechsel in der Person des Wirtes wird es daher in einem solchen Falle nicht selten sein, daß der Schuldner des Darlehens und der Abnehmer des Bieres, der Wirt, verschiedene Personen sind. Dies war auch der Fall, als R. K. die Wirtschaft seines Vaters übernahm. Diese betrieb er auch nach dem Tode seines Vaters kraft eigenen Rechtes, nicht als dessen Erbe. Er war, wie festgestellt ist, zwar geneigt, das Bier von der Klägerin weiterzubeziehen, aber nicht geneigt, die Darlehensschuld seines Vaters zu übernehmen. Wenn die Bestimmung über die Art der Tilgung der Darlehensschuld auch für diese Sachlage zu gelten hat, hatten J. K. und nach dessen Tode seine Erben dem neuen Wirte die erforderlichen Geldbeträge zur Verfügung zu stellen, um bei jeder Zahlung für empfangenes Bier die entsprechende Zahlung an der Darlehensschuld zu leisten. Die Erben des J. K. wären danach aus dem Vertrage verpflichtet, sowohl den neuen Wirt zum Bezuge des Bieres nach Maßgabe des Vertrags anzuhalten, als auch die Vereinbarung über die Art der Tilgung der Darlehensschuld zu vollziehen. Diese Verbindlichkeit läge nach den §§ 1967, 2060 BGB. auch dem R. K. selbst als Gesamtschuldner ob, da er Miterbe ist. Es ist aber auch nicht undenkbar, daß die Beteiligten bei der Schließung des Vertrags den Eintritt des erörterten Falles nicht im Auge hatten, sondern die Bestimmung über die allmählige Tilgung der Darlehensschuld nur für den Fall treffen wollten, daß der Darlehensschuldner die nämliche Person ist wie der Abnehmer des Bieres der Brauerei. Sollte der Vertrag so auszulegen sein, so würde, als die Scheidung der Personen der Schuldner eintrat, die Bestimmung über die Art der Tilgung der Darlehensschuld hinfällig geworden, es würden die gesetzlichen Vorschriften an ihre Stelle getreten sein. Für den Bierlieferungsvertrag aber würde, da keinerlei Bestimmung mehr darüber bestünde, wie lang die Verpflichtung zum Bezuge des Bieres dauert, die Bestimmung im Art. 13 Abs. 1 Satz 3 des Ausf.-Ges. Platz greifen. Welche Absicht die Vertragschließenden bei der in Frage stehenden Vereinbarung hatten, geht aus dem Wortlaute des Vertrags nicht mit Sicherheit hervor, muß daher durch Auslegung ermittelt werden.

Ob übrigens — hiervon abgesehen — der Bierlieferungsvertrag nicht schon deshalb gekündigt werden konnte, weil nach seinem Inhalte die Dauer des Vertragsverhältnisses von Anfang an überhaupt nicht bestimmt war, bedarf ebenfalls noch der Erörterung. Bezüglich der Abhängigkeit der Dauer des Rechtsverhältnisses aus dem Bierlieferungsvertrage von der Dauer der zur Tilgung der Darlehensschuld erforderlichen Zeit ist in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils bemerkt, daß, selbst wenn die Verhältnisse des Wirtschaftsbetriebs gleich bleiben und danach angenommen wird, daß im Durchschnitt jährlich 300 Hektoliter Bier verbraucht werden, die Gebundenheit des Schuldners mindestens bis zum Jahre 1913 und, wenn die Klägerin, wie sie bisher tat, die als Überpreis gezahlten Beträge auch zur Verzinsung von Rückständen des Bierpreises verrechnet, noch weit länger dauern wird. Die hiernach sich ergebende Dauer des Rechtsverhältnisses aus dem Bierlieferungsvertrage könnte

als „bestimmt" im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Satz 3 des Ausf.-Gesetzes nicht angesehen werden[3]). Das Berufungsgericht hat jedoch, weil es irriger Weise den Art. 13 für überhaupt nicht anwendbar hielt, die Umstände, von denen nach dem Vertrage die Dauer des Rechtsverhältnisses aus dem Bierlieferungsvertrag abhängt, nicht aus dem Gesichtspunkte geprüft, ob danach anzunehmen ist, daß die Dauer des Rechtsverhältnisses bestimmt oder nicht bestimmt im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Satz 3 ist. Sie aus diesem Gesichtspunkte zu prüfen, steht dem Berufungsgerichte zu, weil es sich dabei zunächst um die Beurteilung tatsächlicher Verhältnisse handelt. II. Civ.-S. Reg. I Nr. 49/05; Urteil vom 22. Mai 1905.

IV. Literatur.

1) Karl Winter's Universitätsbuchhandlung in Heidelberg.

Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. In Verbindung mit anderen herausgegeben von Professor Dr. med. Gustav Aschaffenburg. Bd. 1. 1905.

Eine Fülle verschiedenartiger Aufsätze ist in dem nunmehr abgeschlossenen ersten Bande der jungen Zeitschrift niedergelegt, welche in erster Linie den Zweck verfolgt, einer völligen Umgestaltung unseres geltenden Strafrechts den Weg zu ebnen. Zahlreiche Ärzte, namentlich Irrenärzte, haben ihre Anschauungen über verschiedene kriminalpolitische Fragen, sowie über Grenzfragen zwischen Strafrecht und Medizin hier ausgesprochen, und viele Juristen haben gleichfalls dazu das Wort ergriffen. Je gründlicher und exakter hierbei geforscht wird, desto sicherer sind wertvolle Ergebnisse für die Gefangenenbehandlung und für richtige Würdigung der Verbrechen zu erwarten. In erster Linie sind es die Grundlagen des Strafrechts, das Problem der Zurechnungsfähigkeit, der geistigen Minderwertigkeit, des bedingten Straferlasses, der Aetiologie des Verbrechens und der Anstaltsbehandlung, welche bisher zur Erörterung gelangten. Die Aufsätze vertreten überwiegend die moderne Richtung des Strafrechts. Die Zeitschrift läßt indessen freien Meinungsaustausch zu und ist in anerkennenswerter Weise sachlich gehalten. An lebhaftem Interesse weiterer Kreise für das Unternehmen wird es sicher nicht fehlen, und es steht zu hoffen, daß auch die künftigen Bände im Dienste der Wissenschaft wesentlich dazu beitragen werden, unsere Einsicht in die Fragen der Verbrechensbekämpfung zu fördern. K.

2) Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Halle a. S.

Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft. Von Dr. Otto Kähler, Syndikus des adeligen Klosters Itzehoe. 1904.

Der Verfasser gibt eine für den praktischen Gebrauch bestimmte und hierfür sehr brauchbare systematische Darstellung der Reichsgesetze vom 20. Mai 1898 und vom 14. Juli 1904, die er im Anhang auch abdruckt. Auf die Literatur wird nicht eingegangen. Desgleichen ist auf die Kritik des geltenden Rechtes in der Hauptsache Verzicht geleistet. Dagegen wird auf andere einschlägige Gesetze sorgfältig Bezug genommen und der Inhalt der das Thema bildenden Reichsgesetze sehr übersichtlich und anschaulich entwickelt, wobei die beiden Gesetze nicht getrennt, sondern gemeinschaftlich in 14 Paragraphen erörtert werden. Die Arbeit des Verfassers fördert durch sorgfältige Auslegung manches Neue zu Tage und wird denjenigen, welche sich mit der praktischen Anwendung der Gesetze zu befassen haben, recht gute Dienste leisten. K.

3) J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H. in Berlin.

Zur Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. (Allgemeiner Teil.) Berichte über die Literatur der Jahre 1902—1904. Von Dr. Walter Lehmann, Gerichtsassessor. Bd. 4 Heft 3 der Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin. 1905.

---

3) Der Begriff der nicht bestimmten Dauer des Vertragsverhältnisses wird in Art. 13 des Ausführungsgesetzes zum BGB. wohl in gleichem Sinne zu verstehen sein, wie in §§ 564, 620, 624, 723, 724 BGB. G.

In übersichtlicher Form hat der Verfasser eine Zusammenstellung der Thesen unternommen, welche zur Reform der Allgemeinen Lehren des Strafrechts in den Jahren 1902 bis 1904 literarisch geäußert wurden. Die einzelnen Aussprüche sind nach Materien geordnet. Innerhalb der einzelnen Materien werden die Ansichten der Verfasser nach deren alphabetischer Reihenfolge aufgeführt. Der Bericht umfaßt alle bekannteren Erscheinungen auf strafrechtlichem Gebiete. Lehmann hat es mit großer Gewandtheit verstanden, aus zum Teile ziemlich ausführlichen Darstellungen den Kern in knapper Kürze herauszuschälen, und befleißigt sich dabei anerkennenswerter Objektivität Seine Schrift erweist sich als recht nützlich für jeden, der sich für die Reform des Strafrechts interessiert und sich schnell über den Stand der Meinungen zu orientieren wünscht. K.

4) Verlag von Carl Marhold in Halle a. S.

Juristisch-psychiatrische Grenzfragen. Zwanglose Abhandlungen. Herausgegeben von Prof. Dr. jur. A. Finger, Prof. Dr. med. Hoche und Oberarzt Dr. med. Joh. Bresler. 1903 fg.

In unserer Zeit, wo die psychologische und psychiatrische Wissenschaft einen so bedeutenden Aufschwung genommen hat, wächst auch für Juristen das Interesse für ihre Probleme. Gilt es doch, eine Reihe von nicht näher definierten Begriffen des geltenden Rechtes nunmehr ihrem naturwissenschaftlichen Inhalt und ihrer Brauchbarkeit nach genauer zu untersuchen, sowie bei der Gesetzgebungspolitik die Ergebnisse naturwissenschaftlicher Forschung nutzbringend zu verwerten. Diesen doppelten Bedürfnissen dient die vorliegende Sammlung in hohem Maße. Zur Zeit liegt der erste Band abgeschlossen, der zweite bis zum 6. Hefte vor. Jedes Heft ist einzeln zu beziehen. Jedoch besteht eine Abhandlung zum Teil aus mehreren Heftnummern. Zum Teile sind auch mehrere Aufsätze (bezw. Vorträge) in einem Hefte vereinigt. 8 Hefte bilden einen Band (Preis 6 Mk.).

Unter den Arbeiten seien zunächst einige das BGB. berührende hervorgehoben. Professor Endemann konstatiert in seiner Schrift „Die Entmündigung wegen Trunksucht und das Zwangsheilungsverfahren wegen Trunkfälligkeit", daß die Entmündigung meist zu spät kommt, und befürwortet die Gründung von staatlichen Trinkerheilanstalten. Die Arbeit von Sanitätsrat Schaefer, „Die Aufgaben der Gesetzgebung hinsichtlich der Trunksüchtigen", enthält zugleich eine umfassende Zusammenstellung des ausländischen Rechtes bezüglich der Behandlung der Trinker. Mit der Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche beschäftigt sich eine Abhandlung von Dr. med. Ernst Schulze, welche u. a. eingehend darlegt, daß die Ausdrücke Geisteskrankheit und Geistesschwäche im Sinne des Gesetzes und nicht etwa im Sinne psychiatrischer Terminologie bei gerichtlichen Gutachten zu beantworten seien, daß ferner § 1910 BGB. auch bei Geisteskranken zur Anwendung kommen könne. — Für das prozessuale Gebiet ist besonders beachtlich ein interessanter Aufsatz von Professor Hoche, welcher im Anschluß an einen vorgekommenen Fall bedenklicher Beweiswürdigung die Zeugnisfähigkeit geistig abnormer Personen bespricht und den Ausschluß ihrer Beeidigung, also Abänderung von § 56 Ziff. 1 StPO. und § 393 Ziff. 1 CPO. wünscht. Zur Psychologie der Aussage läßt sich auch Professor Sommer mit sehr bemerkenswerten Ausführungen vernehmen. Professor Mittermaier bespricht die Reform des Vorverfahrens im Sinne einer Beseitigung der Voruntersuchung und ihrer Ersetzung durch verbesserte Information der Parteien. Rechtsanwalt Görres erörtert in lebhafter Schilderung die psychologischen Grundlagen des Spruches der Geschworenen und befürwortet die Ersetzung der Schwurgerichte durch Schöffengerichte. — Auf materiell-strafrechtlichem Gebiete bewegt sich eine sehr sorgfältige Untersuchung von Dr. med. Stier über die Fahnenflucht und die unerlaubte Entfernung nach ihrer ätiologischen, geschichtlichen und prophylaktischen Seite. Unter den dabei vorgebrachten Reformvorschlägen erscheint allerdings der Wunsch nach Beseitigung des Strafminimums recht bedenklich. Auch auf die Abhandlungen von Dr. Gaupp über moralisches Irresein und jugendliches Verbrechertum, sowie von Dr. Wildermuth über die Zurechnungsfähigkeit der Hysterischen sei besonders hingewiesen, da sich gerade auf diesen Gebieten leicht Fehlerquellen für Berufsrichter und Laienrichter ergeben. K.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 3. 1. Februar 1906.

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Über den Wiederaufnahmegrund des § 399 Nr. 5 StPO. II. Wird ein Verurteilter auf Grund des § 489 StPO. behufs Strafvollstreckung verhaftet, so ist die Strafzeit von dem Zeitpunkte der Aufnahme des Verurteilten in ein Gerichtsgefängnis an zu rechnen, auch wenn dieses noch nicht die zur Strafverbüßung bestimmte Anstalt ist. III. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Strafsachen); Oberlandesgericht München (Civilsachen, Beschluß betr. Eigentümerhypothek); Landgericht München I (Civilsachen). IV. Literatur.

I. Über den Wiederaufnahmegrund des § 399 Nr. 5 StPO.

Von Landgerichtsrat Karl Meyer in München.

Die Wiederaufnahme ist der außerordentliche Rechtsbehelf gegen ein rechtskräftiges, im ordentlichen Verfahren ergangenes Urteil. Sie ist nur gegen Urteile, nicht gegen Beschlüsse, Verfügungen und Strafbefehle zulässig. Sie ist kein Rechtsmittel im Sinne der StPO. Der Umstand, daß in § 405 StPO. die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel bei dem Wiederaufnahmeantrage für anwendbar erklärt sind, ändert hieran nichts. Die Wiederaufnahme ist als ein selten und in ungewöhnlichen Fällen eintretender Rechtsbehelf gedacht und hat im Gegensatze zu den Rechtsmitteln weder Suspensiv-, noch Devolutiveffekt[1]). Zweck der Wiederaufnahme ist, die Wiederaufhebung des früheren Urteils und die Wiederaufnahme des dadurch beendeten Verfahrens herbeizuführen. Ihr Endzweck ist verschieden, je nachdem sie zu Gunsten oder Ungunsten des Verurteilten angebracht wird. Aus der Natur eines außerordentlichen Rechtsbehelfs folgt aber, daß die einzelnen Wiederaufnahmegründe nicht extensiv interpretiert oder analog angewendet werden dürfen. Insbesondere darf die Wiederaufnahme nicht zu einem Ersatze für das der StPO. fremde Rechtsmittel der Berufung gegen die Urteile der Schwurgerichte oder der Strafkammern erster Instanz werden. Von dem besonderen Wiederaufnahmegrund in Nr. 3 der §§ 399 und 402 StPO. abgesehen, richtet sich die Wiederaufnahme gegen die Beweisgrundlagen des Urteils. Sie kann erst

1) Bennecke-Beling, Lehrbuch des Strafprozeßrechts 1900 S. 598; Binding, Grundriß des Strafprozeßrechts, 4. Aufl. S. 268; Löwe-Hellweg, StPO., 11. Aufl. S. 832; Stenglein, StPO., 2. Aufl. S. 594.

nach Rechtskraft des Urteils eingreifen und greift die Entscheidung in der Schuldfrage an[2]).

I. Im Strafprozesse, der von dem Offizialprinzipe beherrscht ist, widerstreitet es dem Prinzipe der materiellen Wahrheit, wenn Urteile aufrecht erhalten werden, obgleich mit neuen Tatsachen und neuen Beweisen ihre Unhaltbarkeit dargetan werden kann[3]). Von diesem Gedanken ist der günstige Wiederaufnahmegrund des § 399 Nr. 5 StPO. getragen, der in der Praxis von wesentlichster Bedeutung ist. Der Antrag hieraus richtet sich nur gegen die Schuldfrage, nicht gegen die Vorbedingungen der Strafverfolgung, insbesondere nicht gegen solche Annahmen des Urteils, welche lediglich die Zulässigkeit der Strafverfolgung betreffen und deren Beseitigung nicht eine Freisprechung oder geringere Bestrafung, sondern nur eine Einstellung des Verfahrens herbeiführen kann[4]). Begründete Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Verurteilten und die Tatsache, daß der Verurteilte zur Zeit der Tat noch nicht das 12. Lebensjahr vollendet gehabt hat, fallen unter diesen Wiederaufnahmegrund[5]), nicht aber die Prozeßunfähigkeit des Privatklägers[6]). Dieser Wiederaufnahmegrund ex capite novorum verlangt die Neuheit der Tatsachen oder Beweismittel und ihre Erheblichkeit im Sinne des § 399 Nr. 5. Die Neuheit der Tatsachen oder Beweismittel ist nicht mit Bezug auf den Angeklagten zu beurteilen, sondern mit Bezug auf den erkennenden Richter. Neu sind solche Tatsachen, die das Gericht bei der Urteilsfällung nicht kannte. Daraus folgt, daß diese Tatsachen im Momente der Urteilsfällung existent gewesen sein müssen. Das Gericht hätte an sich in der Lage sein können, sie bei der Entscheidung in Betracht zu ziehen; allein sie sind ihm nicht vorgelegen Die Vorschrift des § 399 Nr. 5 bezweckt die Beseitigung faktischer Irrtümer des Urteils unter den strikt zu interpretierenden Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmung. Eine Mehrzahl neuer Tatsachen oder Beweismittel ist nicht erforderlich; lediglich die alterierende Wirkung für das Urteil muß gegeben sein[7]). Ein förmlicher Beweis für die Neuheit der vorgebrachten Tatsachen oder Beweismittel ist vom Antragsteller nicht zu

---

2) Reichsgericht Bd. 19 S. 321; Löwe-Hellweg S. 832; Bennecke-Beling S. 599. Über den besonderen Fall, daß ein neuer selbständiger Wiederaufnahmegrund in einer Beschwerdeschrift enthalten sein kann, vgl. Beschluß des Obersten Landesgerichts in Strafsachen vom 18. Januar 1900, Samml. Bd. 1 S. 3.

3) Binding S. 268.

4) Goltdammer's Archiv Bd. 39 S. 363; Löwe-Hellweg § 399 Note 20; Stenglein S. 596.

5) Oberstes Landesgericht in Strafsachen, Samml. Bd. 3 S. 83, Bd. 1 S. 212, Bd. 2 S. 316 und Bd. 5 S. 287; Reichsgericht Bd. 20 S. 46; Oberlandesgericht München Bd. 9 S. 190.

6) Oberstes Landesgericht in den Blättern f. Rechtsanwendung Bd. 67 S. 514; Hahn, Mat. z. StPO. Bd. 1 S. 263.

7) Hahn, Materialien Bd. 2 S. 1585; Löwe-Hellweg § 399 Note 22; Stenglein S. 595 und 596.

liefern. Der Wiederaufnahmegrund des § 399 Nr. 5 versagt auch dann nicht, wenn der Verurteilte die neuen Tatsachen oder Beweismittel schon in dem früheren Verfahren gekannt, es jedoch unterlassen hat, sie geltend zu machen[8]). Lediglich für die schöffengerichtlichen Strafsachen, zu denen hier auch die von dem Amtsrichter ohne Zuziehung von Schöffen erledigten Sachen gehören[9]), gilt mit Rücksicht auf das Bestehen der Berufungsinstanz die einschränkende Ausnahme des § 399 Nr. 5. Nicht notwendig ist es jedoch für die Anwendbarkeit des § 399 Nr. 5, daß der Angeklagte in einer Schöffengerichtssache das Rechtsmittel der Berufung ergriffen hat.

II. Das Wiederaufnahmegericht hat bei seiner Beschlußfassung (§§ 408, 410 StPO.) in eine Prüfung der Tatfrage einzutreten, muß sich auf den Standpunkt des erkennenden Richters stellen und muß insbesondere die Vereinbarkeit der neuen Tatsache mit der in dem Urteile getroffenen Feststellung und demzufolge die Beweiserheblichkeit des neuen Beweismittels prüfen[10]). Dabei hat das Gericht nicht nur den Inhalt des Urteils, sondern den gesamten Inhalt der Akten zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für Schwurgerichtssachen, bei denen das Urteil zufolge der Fragestellung Entscheidungsgründe über die Tatfrage nicht enthält.

Gerade die Latitude des § 399 Nr. 5 kann — theoretisch gesprochen — dazu führen, daß die Wiederaufnahme hieraus, wie Binding a. a. O. S. 269 bemerkt, zu einer höchst bedenklichen außerordentlichen Berufung werden kann. Binding erachtet überhaupt in Besprechung der nicht allzu straff durchgebildeten Wiederaufnahmevorschriften den § 399 Nr. 5 als zu lax gefaßt und betont insbesondere, daß es unzulässig sei, den Parteien zur Belohnung ihrer Nachlässigkeit das Prinzip der Rechtskraft zu opfern. Auch Löwe § 399 Note 21 bemerkt, daß zufolge dieses so weit gehenden Wiederaufnahmegrundes eine besonders strenge und sorgfältige Prüfung aller auf diesen Grund gestützten Anträge geboten sei, wenn anders nicht aus der Bestimmung eine Gefahr für die Strafrechtspflege erwachsen soll.

In der Positive des § 399 Nr. 5, der die Rechtskraft des Urteils mit dem Streben nach materieller Wahrheit des Urteils abzugleichen sucht, liegt auch die Umgrenzung nach der Negative. Aus dem Erfordernisse, daß die neuen Tatsachen im Momente der Urteilsfällung existent gewesen sein müssen, ergibt sich insbesondere die Abgrenzung. Das nachträgliche Verhalten eines Zeugen kann demzufolge niemals einen Wiederaufnahmegrund abgeben. Nur dann, wenn dieses nachträgliche Verhalten einen Schluß auf eine gewisse, im Momente der Hauptverhandlung bereits existent gewesene beweiserhebliche Tatsache zuläßt, kann dieses nachträgliche Verhalten als Beweismoment herangezogen werden. Allein dieser Schluß muß, was in den seltensten Fällen möglich sein wird, sicher und zwingend sein. Es werden hier immer die be-

8) Reichsgericht, Entsch. Bd. 2 S. 323.
9) Sächs. Annalen Bd. 11 S. 202.
10) Hahn, Materialien Bd. 2 S. 1585; Löwe-Hellweg § 399 Note 23a.

sonderen Umstände des Einzelfalles eine Rolle spielen; allein dabei darf nicht außer Betracht bleiben, daß bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, daß die Wiederaufnahme ein außerordentlicher Rechtsbehelf ist und daß eine zu weitgehende Anwendung des § 399 Nr. 5 die Rechtskraft der Strafurteile beweglich machen kann. Deshalb wird auch das nachträgliche Bekanntwerden der Vorstrafen oder des üblen Leumundes eines eidesfähigen und in der Hauptverhandlung beeidigten Zeugen nur in seltenen Fällen ein beweiserhebliches Novum im Sinne des § 399 Nr. 5 abgeben können. Diese Nova werden in der Regel mit der Behauptung gehen, daß der Zeuge die Wahrheit nicht gesagt und seine Eidespflicht verletzt hat. Hier schlägt aber die Ergänzungsbestimmung des § 404 StPO. ein, bei der die rechtskräftige Verurteilung das Fundament des Antrags bildet [11]).

Die Wiederaufnahme wird ihrer Natur nach immer ein unvollkommener Rechtsbehelf sein. Die Beweisfragen und Kontroversen aus derselben — deren das Gebiet der Wiederaufnahme zahlreiche birgt — werden zum großen Teile gegenstandslos werden, wenn gegen die Urteile der Strafkammern erster Instanz die Berufung, die zweite Tatsacheninstanz, eingeführt wird [12]). Bleibt die Schwurgerichtsverfassung mit dem Rechtsmittel der Revision erhalten, dann behält hier auch das Institut der Wiederaufnahme seine Bedeutung, aber auch seine tatsächliche Einschränkung; denn die Eigenart der Geschworenengerichte, daß der Wahrspruch nicht mit Gründen zu versehen ist, wird sich, ohne die schwurgerichtliche Institution überhaupt zu alterieren, kaum beseitigen lassen.

II. Wird ein Verurteilter auf Grund des § 489 StPO. behufs Strafvollstreckung verhaftet, so ist die Strafzeit von dem Zeitpunkte der Aufnahme des Verurteilten in ein Gerichtsgefängnis an zu rechnen, auch wenn dieses noch nicht die zur Strafverbüßung bestimmte Anstalt ist.

Von Dr. Käb in Königshofen.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat mit Beschluß vom 18. Juli 1903 (Samml. von Entsch. des Oberst. Landesger. in Straff. Bd. 3 S. 407) die Ansicht vertreten, daß die Strafzeit des Verurteilten, der auf Grund eines von dem Staatsanwalte zum Zwecke der Strafvollstreckung erlassenen Haftbefehls verhaftet und in die zur Verbüßung der Strafe bestimmte Gefangenenanstalt überstellt worden ist, erst mit der Einlieferung in den Strafort be-

11) Über die Frage, ob die zuvorige Verurteilung des Zeugen wegen Meineids erforderlich ist, wenn die neuen Tatsachen, welche die Freisprechung begründen sollen, zugleich ergeben, daß ein früher vernommener Zeuge einen Meineid geschworen hat, vgl. Deutsche Jur.-Ztg. 1901 S. 588, 1902 S. 197 und 266.

12) Protokolle für die Reform des Strafprozesses Bd. 1 S. 494 fg. und zur Wiederaufnahme überhaupt Bd. 1 S. 270 fg., S. 278, 445, 449 und Bd. 2 S. 258 fg.

ginne, weil die auf Grund des § 489 StPO. verhängte Haft nicht eine Untersuchungshaft im Sinne des § 482 a. a. O. sei und gesetzliche Vorschriften nicht bestünden, nach denen jene Haft auf die zu verbüßende Freiheitsstrafe anzurechnen sei. Zugleich ist Bezug genommen auf die ähnlichen Entscheidungen in Bd. 4 S. 280, 463 und Bd. 10 S. 66, 146 der Samml. von Entsch. des OLG. München und Löwe-Hellweg, StPO. Note 2 zu § 489 und Note 2 zu § 482, wo die Frage in gleichem Sinne entschieden ist, ebenso auch in Samml. von Entsch. des OLG. München Bd. 3 S. 596.

Diese Ansicht dürfte nur insofern richtig sein, als die Zeit, welche von der Verhaftung des Verurteilten bis zur Aufnahme in das Gefängnis, in welches er eingeliefert wird, verfließt, auf die zu verbüßende Strafe nicht angerechnet wird. Anders aber dürfte zu entscheiden sein bezüglich der Zeit, die der Verurteilte nach seiner Verhaftung und auf Grund derselben in einem Gefängnisse verbringt, auch wenn dies nicht gerade dasjenige ist, in welchem er nach den bestehenden Vorschriften seine Strafe zu erstehen hat, wenn also beispielsweise die Einlieferung in das Amtsgerichtsgefängnis erfolgt, während die Strafe im Landgerichtsgefängnis oder in einer Strafanstalt zu verbüßen und daher der Verurteilte von dem Amtsgerichtsgefängnis in das Landgerichtsgefängnis oder die Strafanstalt zu verschuben ist.

Zuzugeben ist allerdings, daß die Zeit von der Einlieferung in das Amtsgerichtsgefängnis bis zur Ablieferung an das Landgerichtsgefängnis oder die Strafanstalt nicht deshalb auf die Strafzeit anzurechnen ist, weil während derselben eine Untersuchungshaft im Sinne des § 482 StPO. verbüßt wurde; zuzugeben ist ferner, daß ausdrückliche gesetzliche Vorschriften darüber, ob und in welchem Umfange die auf Grund des § 489 StPO. verhängte Haft auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe anzurechnen sei, nicht bestehen. Allein es kommt doch wohl nicht darauf an, ob ausdrückliche Vorschriften eine derartige Anrechnung gebieten, sondern darauf, ob ausdrückliche Vorschriften eine Nichtanrechnung gestatten. Denn eine Entziehung der persönlichen Freiheit durch Haft ist doch nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig [1]). Die Deutsche Strafprozeßordnung — ein anderes Gesetz kommt hier nicht in Betracht — kennt nun aber nur drei Arten der Haft: Polizeihaft — auf Grund vorläufiger Festnahme —, Untersuchungshaft — auf Grund richterlichen Haftbefehls — und Strafhaft — auf Grund rechtskräftigen Strafurteils. Da in den hier fraglichen Fällen Haftbefehle zum Zwecke der Vollstreckung rechtskräftiger Strafurteile vorliegen, so kann die auf Grund dieser Haftbefehle vollzogene Haft allerdings weder Polizei-, noch Untersuchungshaft sein, aber sie ist eben Strafhaft, ihre Anrechnung auf die erkannte Strafe versteht sich daher von selbst. Denn die auf Grund des § 489 StPO. ja zweifellos zulässige „Verhaftung" hat doch jedenfalls mit der Ablieferung des Verhafteten in ein Gefängnis, gleichviel in welches, also mit dem tatsächlichen

1) Vgl. § 3 Abs. 1 Reichsverfassung; § 8 Abs. 3 Bayer. Verfassungsurkunde.

Beginne der „Haft" ihr Ende erreicht. Würde man diese tatsächlich vorliegende Haft nicht als Strafhaft behandeln und deshalb ihre Anrechnung unterlassen, so würden diejenigen, welche vor Beginn der Strafhaft in Untersuchungshaft saßen — also doch vermutlich gefährlichere Verbrecher als solche, die von Untersuchungshaft verschont blieben —, in Bezug auf die Strafvollstreckung milder behandelt, als die vorher auf freiem Fuße befindlichen. Die Untersuchungsgefangenen sind ja sehr häufig in dem Zeitpunkte der Unterwerfung unter das Urteil, von wo also die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafhaft beginnt, nicht in der zur Verbüßung der Strafe bestimmten Strafvollstreckungsanstalt untergebracht. In der gleichen tatsächlichen Lage wie diese Untersuchungsgefangenen befinden sich aber diejenigen, welche zum Zwecke der Strafvollstreckung verhaftet und nun z. B. zunächst in das Amtsgerichtsgefängnis des Ortes ihrer Verhaftung eingeliefert worden sind. Auch sie sind in gerichtlichem Gewahrsam, aus welchem nach menschlichem Ermessen ein eigenmächtiges Entrinnen unmöglich ist. Der innere Grund für die Anrechnung der Untersuchungshaft nach § 482 StPO. ist ja doch zweifellos der, daß eben vom Standpunkte des Verurteilten aus gesehen bereits die Strafhaft beginnen könne. Um so weniger besteht in den hier fraglichen Fällen, wo stets ein bereits rechtskräftiges Urteil vorliegt, eine Veranlassung, den Beginn der Strafzeit im Widerspruche mit den tatsächlichen Verhältnissen lediglich aus formellen juristischen Bedenken wegen Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung künstlich hinauszuschieben. Wenn es sich dabei in den meisten Fällen auch nur um Tage handeln wird, so kann das unter Umständen doch für den Verurteilten einen ganz empfindlichen Schaden bedeuten.

III. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß; Spezialstrafgesetze.

§ 499 Abs. 2 StPO. Nicht obligatorisch. Die Revisionen der beiden Angeklagten greifen das sie von der Anklage wegen Meineids freisprechende schwurgerichtliche Urteil nur insoweit an, als nicht die ihnen erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt wurden. Die in der bezeichneten Richtung von den Beschwerdeführern eingewendeten Rechtsmittel sind zwar formell zulässig, können aber in der Sache selbst keinen Erfolg haben.

Der § 499 Abs. 2 StPO. schreibt keineswegs, wie sich sowohl aus seinem klaren Wortlaut, als auch aus seiner Entstehungsgeschichte ergibt, obligatorisch vor, daß die einem freigesprochenen oder außer Verfolgung gesetzten Angeklagten erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt werden müssen, sondern gestattet dies nur fakultativ und stellt es ausnahmslos in jedem einzelnen Falle je nach der Lage und Beschaffenheit desselben in das pflichtmäßige Ermessen des Instanzgerichts, welches unter Berücksichtigung der obwaltenden Umstände von Fall zu Fall zu prüfen und ausschließlich darüber zu befinden hat, ob aus Billigkeitsgründen Veranlassung gegeben ist, von der durch

§ 499 Abs. 2 dem Gericht eingeräumten fakultativen Befugnis Gebrauch zu machen.

Die Revision meint, daß es Pflicht des Vorderrichters gewesen sei, seine Entscheidung bezüglich der Nichtanwendung des § 499 Abs. 2 näher durch Darlegung der Erwägungen zu begründen, auf Grund deren er zu der Annahme gelangte, daß ungeachtet der Freisprechung der beiden Beschwerdeführer doch noch ein begründeter Verdacht, der die Anwendung des § 499 Abs. 2 auszuschließen geeignet sei, gegen dieselbe bestehe und worin derselbe zu erblicken sei, während die Hauptverhandlung die völlige Unschuld der Beschwerdeführer ergeben habe und für diesen Fall es an jedem ausreichenden Grunde für die Nichtanwendung des § 499 Abs. 2 fehle. Allein eine solche weitgehende prozessuale Begründungspflicht läßt sich für Entscheidungen, bezüglich deren das richterliche Ermessen von maßgebender Bedeutung und infolgedessen jede Nachprüfung des Revisionsgerichts ausgeschlossen ist, nicht anerkennen und kann die Existenz einer derartigen prozessualen Verpflichtung insbesondere nicht auf § 377 Nr. 7 StPO. gestützt werden, wenn man diese Rechtsnorm überhaupt auf Fälle der hier vorliegenden Art für anwendbar erachtet und nicht auf Sachen beschränken will, in denen eine nach bestehender gesetzlicher Vorschrift mit Gründen zu versehende richterliche Entscheidung jeglicher Begründung entbehrt. Die von der Revision vertretene Ansicht, daß § 499 Abs. 2 eine Änderung durch § 1 des Reichsgesetzes vom 20. Mai 1898 erfahren habe, ist hinfällig und verfehlt. Der § 1 des erwähnten Gesetzes, welcher sich nur auf die im Wiederaufnahmeverfahren erfolgten Freisprechungen bezieht und auch nicht einen Anspruch auf Ersatz der im Wiederaufnahmeverfahren entstandenen notwendigen Auslagen gewährt, bezüglich deren vielmehr auch hier § 499 Abs. 2 maßgebend bleibt, sondern gemäß § 2 des Gesetzes lediglich Ersatz des durch die Strafvollstreckung entstandenen Vermögensschadens, läßt die Vorschrift des § 499 Abs. 2, die sich auf alle Freisprechungen, nicht nur auf die im Wiederaufnahmeverfahren erfolgenden bezieht, völlig unberührt und hat nach keiner Richtung eine Änderung derselben bewirkt. III. Strafsenat D. 501/05. Urteil vom 6. November 1905.

Der Mitbeschuldigte, gegen den das Verfahren eingestellt ist, ist in der Hauptverhandlung Zeuge.

Verlesung des Protokolls über einen nach Eröffnung des Hauptverfahrens aber vor der Hauptverhandlung angeordneten Augenschein. § 244 StPO.

Gegen den Prozeßgrundsatz, daß ein Mitbeschuldigter nicht als Zeuge gegen einen anderen Mitbeschuldigten vernommen werden darf, ist nicht gefehlt. Das Hauptverfahren ist nur gegen den Angeklagten eröffnet, der Kaufmann B. ist gemäß § 196 StPO. auf Antrag der Staatsanwaltschaft außer Verfolgung gesetzt, und zwar vor der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten. Hiernach bestand kein Bedenken, B. als Zeugen in dem Verfahren gegen den Angeklagten zu vernehmen, denn er hatte aufgehört, Mitbeschuldigter zu sein und war demgemäß der Zeugnispflicht unterworfen. Ob der gemäß § 202 StPO. gefaßte Einstellungsbeschluß am Tage der Hauptverhandlung bereits die Rechtskraft beschritten hatte oder von Seiten der Staatsanwaltschaft in Anwendung der Vorschrift des § 209 Abs. 2 daselbst mit dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde angefochten werden konnte, ist ohne Bedeutung für die Revisionsrüge. Ob jemand in einer Hauptverhandlung als Zeuge oder Beschuldigter anzusehen ist, hängt lediglich davon ab, ob gegen ihn das Hauptverfahren gleichfalls eröffnet worden ist oder nicht. Die Außerverfolgsetzung hatte unter allen

Umständen die Wirkung, daß die für die Zeugen gegebenen Vorschriften auf B. anzuwenden waren.

Der weiteren Prozeßrüge, daß der § 244 StPO. durch die Nichtverlesung des Protokolls über die Einnahme des Augenscheins verletzt sei, mußte gleichfalls der Erfolg versagt werden.

Nach Inhalt der Akten ist nach der Eröffnung des Hauptverfahrens zur Vorbereitung der Hauptverhandlung die Einnahme des richterlichen Augenscheins in der Fabrik des Angeschuldigten unter Hinzuziehung von Sachverständigen gemäß § 224 StPO. von dem Gerichte beschlossen worden. Das in Ausführung des Beschlusses aufgenommene Protokoll ist zu den Akten gebracht, in der Hauptverhandlung jedoch nicht verlesen worden. Ein Antrag auf Verlesung ist nach Ausweis des Sitzungsprotokolls nicht gestellt, andererseits ist auch keine Verzichterklärung gemäß § 244 Abs. 1 StPO. von den Prozeßbeteiligten abgegeben worden. Die Ansicht der Revision, daß auch ohne Antrag das Protokoll zu verlesen gewesen wäre, weil es zu den herbeigeschafften Beweismitteln im Sinne des § 244 StPO. zu rechnen sei, kann nicht gebilligt werden. Protokolle über kommissarische Vernehmungen von Zeugen oder Sachverständigen, desgleichen über Einnahme des richterlichen Augenscheins sind, wie das Reichsgericht in ständiger Praxis angenommen hat, nur dann als herbeigeschaffte Beweismittel im Sinne des § 244 StPO. zu erachten, wenn die Beweisaufnahme von dem erkennenden Gericht in der Hauptverhandlung selbst, nicht vor derselben beschlossen war. Von dieser Auffassung abzuweichen, liegt im vorliegenden Falle keine Veranlassung vor. III. Strafsenat D. 442/05. Urteil vom 19. Oktober 1905.

§§ 1, 12, 14 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen. „Waren der angemeldeten Art".

Der Revision des Angeklagten war der Erfolg zu versagen. Zunächst erscheint der objektive Tatbestand des Vergehens nach §§ 1, 12, 14 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 einwandfrei festgestellt, insbesondere begegnet die Annahme der Strafkammer, daß das Schutzrecht des Kaufmanns Z. sich nicht auf die Essenz zur Herstellung kohlensäurehaltiger Getränke beschränkte, sich vielmehr auf bereits hergestellte kohlensäurehaltige Getränke erstreckte, der Angeklagte sonach die Bezeichnung: „Goldblonde" für Waren der von Z. angemeldeten Art gebraucht hat, keinen Bedenken.

Wie die Strafkammer zutreffend ausführt, beschränkt das Gesetz den Schutz nicht auf die angemeldete Ware, sondern erstreckt ihn auf „Waren der angemeldeten Art". Hiermit bringt es zum Ausdrucke, daß das Recht des Eingetragenen nicht nur die Waren, die in der Anmeldung angegeben sind, sondern auch die diesen „gleichartigen Waren" im Sinne des § 5 des Gesetzes umfaßt.

Ohne Rechtsirrtum konnte der Vorderrichter annehmen, daß die dem Z. geschützte Essenz zur Herstellung kohlensäurehaltiger Getränke und das von dem Angeklagten hergestellte kohlensäurehaltige Erfrischungsgetränk „gleichartige Waren" im Sinne des Gesetzes seien. Wie bei der Beratung des Gesetzes von den Regierungskommissarien hervorgehoben wurde (Drucksachen des Reichstags, 9. Legislatur-Periode, II. Session 1893/94, Kommissionsbericht Nr. 298 S. 2), kommt es für die Frage nach der Gleichartigkeit verschiedener Waren in erster Linie darauf an, ob die Möglichkeit einer Verwechselung oder Täuschung im Verkehre vorliegt. Besteht diese Möglichkeit, ist im einzelnen Fall anzunehmen, daß der Konsument, der das Zeichen an der neuen Ware sieht, dabei an das auf der anderen Ware angebrachte Zeichen denkt und hierdurch zu dem

Glauben veranlaßt wird, beide Waren stammten aus demselben Betriebe, so sind die Waren als gleichartig zu erachten. Daneben kommen in Betracht: ähnliche Beschaffenheit und Zusammensetzung, Herstellung in denselben Fabriken und Vertrieb in den gleichen Verkaufsstellen, ähnlicher Verwendungszweck, gleicher Abnehmerkreis.

Von diesen Gesichtspunkten ausgehend hat z. B. das Patentamt Rauchtabak und Zigarren, Margarine und Olnomargarine, Nähnadeln und Stecknadeln als gleichartige Waren im Sinne des Gesetzes bezeichnet (Blätter für Patent-, Muster- und Zeichenwesen Bd. 2 S. 17, Bd. 3 S. 63, Bd. 6 S. 210, Bd. 9 S. 176), dagegen Jagd- und Revolverpatronen einerseits, Sprengstoffe andererseits, Rohmetalle und Halbfabrikate von Werkzeugen, Bleistifte und Füllfedern, Taschenapotheken und deren Füllung nicht als gleichartige Waren erachtet (Blätter Bd. 10 S. 48, Bd. 6 S. 347, Bd. 9 S. 203, Bd. 10 S. 275) und ebenso hat das Reichsgericht im Urteile des II. Civilsenats vom 25. Januar 1901 (Blätter für Pat. Bd. 7 S. 265) dahin entschieden, daß ein für Spirituosen, Alkohole, Bier geschütztes Zeichen sich nicht auf Brennspiritus erstrecke, da vor allem die Auffassung im Handel und Verkehr entscheide und dieser alkoholische Getränke und Brennspiritus als durchaus verschiedene Waren erachte (vgl. auch Goltdammer Bd. 49 S. 268 und Geschäftstätigkeit des Patentamts S. 275). Daß nach der Annahme der Strafkammer jene oben erwähnte Verwechselungsgefahr im Verkehre bezüglich der dem Z. geschützten Essenz und des von dem Angeklagten hergestellten Erfrischungsgetränkes vorliegt, der Konsument, der eine Flasche des vom Angeklagten hergestellten, als „Goldblonde" bezeichneten Getränkes kauft, unwillkürlich an das dem Z. für seine zur Herstellung solcher Getränke dienende Essenz geschützte Zeichen „Goldblondchen" denken und zu der Annahme gelangen wird, daß beide Waren aus demselben Betriebe stammen, auch die weiteren Voraussetzungen für die Gleichartigkeit der Waren, ähnliche Beschaffenheit und Zusammensetzung, ähnlicher Verwendungszweck, gleicher Abnehmerkreis gegeben sind, ergibt die im Urteile getroffene Feststellung, daß die Essenz den wesentlichen Bestandteil des Getränkes selbst bildet, von diesem nicht zu trennen ist, daß es ihre Zweckbestimmung ist, zur Herstellung des Getränkes zu dienen. Deshalb erscheint die Annahme, daß es sich hier um gleichartige Waren handelt, frei von Rechtsirrtum. Auch der subjektive Tatbestand ist einwandfrei festgestellt. Dem Zusammenhange des Urteils muß entnommen werden, daß der Angeklagte gewußt hat, daß dem Z. das Wort „Goldblondchen" für die Essenz geschützt ist. Die Ausführungen des Vorderrichters, der Angeklagte habe sich gesagt, er wolle von der Benützung des Wortes „Goldblonde" für sein Erfrischungsgetränk trotz des Verbots seitens des Z. und trotz eines vom Landgerichte H. ergangenen, dem Angeklagten ungünstigen Urteils nicht ablassen, selbst wenn er damit in das Recht des Z. eingreife, er habe damit gerechnet, daß das Zeichen ein geschütztes sei, können sonach nur dahin verstanden werden, daß der Angeklagte die Möglichkeit voraussah, der dem Z. für die Essenz erteilte Zeichenschutz erstrecke sich auch wegen Gleichartigkeit der Ware auf das vom Angeklagten hergestellte Erfrischungsgetränk und die von ihm gewählte abweichende Bezeichnung „Goldblonde" sei so unbedeutend, daß die Gefahr einer Verwechselung im Verkehre vorliege, daß er sonach mit der Möglichkeit eines Eingriffs in das Zeichenrecht des Z. rechnete und diesen als möglich erkannten rechtswidrigen Erfolg in seinen Willen aufnahm.

Der in dieser Weise festgestellte Eventualdolus reicht, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, zur Annahme des subjektiven Tatbestandes aus. III. Strafsenat D. 155/05. Urteil vom 28. September 1905.

§ 2 Süßstoffgesetz. Zum Begriffe des Feilhaltens und Verkaufens. Nach den Feststellungen der Strafkammer hat der Angeklagte M. kurze Zeit vor dem Inkrafttreten des Süßstoffgesetzes vom 7. Juli 1902 — d. i. vor dem 1. April 1903 — seinen Vorrat an Saccharinplätzchen, der noch etwa 20 Kg. betrug, an seine Bierfahrer, zu denen auch der Angeklagte D. gehört, verteilt mit der Weisung, die Plätzchen bis zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes zu verbrauchen. Er war sich dabei bewußt, daß ein solcher Verbrauch wegen Kürze der Zeit unmöglich sei, und wollte den Erfolg herbeiführen, daß auch nach dem Inkrafttreten des neuen Süßstoffgesetzes sein Bier durch den Zusatz von Saccharin, der es besonders schmackhaft macht, erhöhten Absatz finde. Der Angeklagte D. war mit dieser Intention seines Dienstherrn bekannt und hat in der Zeit nach dem 1. April 1903 bis zum 20. September 1904 fortgesetzt bei dem Verkaufe des von ihm feilgehaltenen Jungbieres vor dem Abmessen ein Saccharinplätzchen in das Gemäß fallen lassen und dann das abgemessene Bier in die Gefäße seiner Kunden geschüttet, so daß diese zugleich mit dem Biere die Süßstofftäfelchen erhielten. Einer Zeugin hat er auf Befragen nach dem Grunde des Einwerfens solcher Plätzchen erwidert, es müßte so sein, sonst schmecke das Bier nicht gut.

Die auf die §§ 2c und 7 des Süßstoffgesetzes gestützte Verurteilung beider Angeklagten wird von der Revision mit der Behauptung angefochten, daß in dem nachträglichen Hineinwerfen des Plätzchens weder ein Feilhalten noch ein Verkaufen im Sinne des § 2c gefunden werden könne; feilgehalten und verkauft sei nur das Bier; das Saccharinplätzchen sei lediglich eine Zugabe gewesen.

Dieser Angriff erscheint verfehlt. Nach dem hier vorliegenden Sachverhalt ist das Hineinwerfen der Saccharinplätzchen in das Bier ohne Wissen und Willen der Käufer geschehen. Es geschah, um das Bier besser verkäuflich zu machen, also mit dem Willen, gesüßtes oder süßstoffhaltiges Bier an die Käufer gelangen zu lassen. Der Preis für die Saccharinplätzchen ist in dem für das Bier gezahlten Preise mit enthalten gewesen. Die Annahme des Urteils, daß die Angeklagten durch Zusatz von Saccharin zum Jungbier ein süßstoffhaltiges Genußmittel feilgeboten und verkauft haben, läßt hiernach einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Von einer Schenkung kann keine Rede sein.

Daß beide Angeklagte im gewollten und bewußten Zusammenwirken gehandelt haben, hat der Vorderrichter ausdrücklich ausgesprochen. Die Revision beanstandet die Mittäterschaft des Angeklagten M., weil dasjenige, was er getan habe, bereits vor dem 1. April 1903, also vor dem Inkrafttreten des Gesetzes, auf Grund dessen gestraft sei, liege und er sich durch ein bloßes Nichtzurückfordern der Saccharinplätzchen am 1. April 1903 unmöglich strafbar gemacht haben könne. Letzteres kann zugegeben werden; der ganze Einwand wird aber durch die tatsächliche Feststellung widerlegt, daß der Angeklagte M. die Verteilung der Saccharinplätzchen an seine Bierfahrer kurz vor dem 1. April 1903 gerade in der Absicht und zu dem Zweck vorgenommen hat, damit auch nach diesem Zeitpunkte das Bier in gesüßtem Zustande verkauft werden sollte. Hiermit ist genügend klargestellt, daß M. den durch das neue Süßstoffgesetz verbotenen Verkauf von süßstoffhaltigem Biere auch nach dem 1. April 1903 verwirklichen wollte und zur Ausführung dieser strafbaren Handlung durch die Hingabe des Süßstoffs an seine Bierfahrer mitgewirkt hat. Der Begriff der Mittäterschaft ist hiernach nicht verkannt. Ob die Verteilung des Süßstoffs vor oder nach dem 1. April 1903 stattgefunden hat, ist ganz unerheblich. III. Strafsenat D. 250/05. Urteil vom 2. Oktober 1905.

§§ 7, 23 des Gesetzes vom 30. März 1903, betr. Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben. Kegeljunge.

Nach den erstrichterlichen Feststellungen gehört an sich zu der vom Angeklagten betriebenen Gast- und Schankwirtschaft eine im Garten belegene Kegelbahn, zu deren Benützung er den ständigen Kegelgesellschaften und sonst auf Verlangen Kegeljungen zu stellen pflegte. Öfter ist es jedoch auch vorgekommen, daß sich die Gäste selbst Jungen zum Kegelaufsetzen genommen haben, die sich aus eigenem Antriebe hierzu einfanden. Dies ist auch mit dem am 28. Juni 1893 geborenen Schüler W. geschehen, der, ohne vom Angeklagten berufen zu sein, auf Verlangen der Gäste die Kegel aufstellte und von den Gästen bezahlt wurde.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat die Strafkammer den Angeklagten von der gegen ihn erhobenen Anklage freigesprochen, weil der Knabe nicht in ein Vertragsverhältnis zu dem Angeklagten, sondern lediglich zu den Gästen getreten.

Die Entscheidung ist unhaltbar.

Der Vorderrichter geht selbst von der zutreffenden Anschauung aus, daß an sich das Halten der Kegelbahn zum Wirtschaftsbetriebe des Angeklagten gehört und ist nicht in der Lage gewesen festzustellen, daß die Beschäftigung des Jungen ohne seine Kenntnis geschehen, hält vielmehr ausdrücklich für erwiesen, daß der Angeklagte während der Beschäftigung des Knaben die Gäste bedient und hierbei denselben gesehen hat. Einen Einspruch gegen die Tätigkeit hat er nicht zur Geltung gebracht.

Diese Feststellungen zwangen den Vorderrichter zur Verurteilung des Angeklagten.

Der auf der Kegelbahn beschäftigte Knabe war, da diese Bahn zum Gastwirtschaftsbetriebe gehörte, nicht bloß in ersterer, sondern auch in dem Gast- und Schankgewerbsbetrieb, zu dessen besseren und vorteilhafteren Ausnützung sie überhaupt bestimmt war, beschäftigt. Ob die Gäste selbst den Kegeljungen annahmen und bezahlten, konnte einen Unterschied nicht begründen. Angeklagter durfte als verantwortlicher Wirtschaftsinhaber die Beschäftigung des Knaben auch nicht dulden; zu einem Einspruche gegen die Tätigkeit des Knaben in seiner Wirtschaft war er zweifellos berechtigt; duldete er den Knaben, so machte er von einem Rechte keinen Gebrauch, obgleich dasselbe ihm zustand und verletzte hierdurch die ihm durch das Gesetz vom 30. März 1903 auferlegten Pflichten (vgl. Entsch. d. RGer. in Strafs. Bd. 37 S. 213). III. Strafsenat D. 612/05. Urteil vom 5. Oktober 1905.

§ 316 StGB. Handlungsunfähigkeit des Täters im Augenblicke des Eintrittes der Transportgefährdung.

Für die Frage nach einem strafbaren Verschulden des Angeklagten kommt es nicht darauf an, ob er in dem Augenblicke, in welchem der rechtswidrige Erfolg, die Gefährdung des Eisenbahntransports, eintrat, handlungsfähig war, sondern darauf, ob er zurechnungsfähig war, als er die Handlung vornahm, welche den Erfolg gehabt hat. Konnte er in diesem Augenblick den später eingetretenen wenngleich nicht gewollten Erfolg als möglich voraussehen, so hat er denselben durch Fahrlässigkeit herbeigeführt und ist er dieserhalb verantwortlich, auch wenn er in dem Augenblicke des eingetretenen Erfolges sich in einem Zustande völliger Bewußtlosigkeit befunden haben möchte.

Von diesen Erwägungen geht das angefochtene Urteil offensichtlich aus.

Der Vorderrichter stellt fest, daß der Angeklagte, der Lenker des Fuhrwerks, trotzdem er bereits übermüdet war, durch den übermäßigen Genuß von

Spirituosen sich in einen solchen Zustand versetzte, daß für ihn jede Einwirkung auf das seiner Leitung anvertraute Fuhrwerk ausgeschlossen war, und daß er als möglich hätte voraussehen können, daß das infolge seiner Trunkenheit und Übermüdung führerlos gewordene Fuhrwerk auf das Eisenbahngeleise gelangen konnte, endlich auch, daß das auf dem Gleise haltende Fuhrwerk für den fälligen Personenzug ein derartiges Hindernis bot, daß durch dasselbe die Entgleisung des Zuges herbeigeführt werden konnte.

Damit sind die Tatbestandserfordernisse des Vergehens gegen den § 316 Abs. 1 StGB., die an den Tag gelegte Fahrlässigkeit, die Vorhersehbarkeit des schädigenden Ereignisses und der ursächliche Zusammenhang zwischen diesem und dem eingetretenen Erfolge rechtseinwandsfrei zur Feststellung gelangt. III. Strafsenat D. 3853/04. Urteil vom 23. Januar 1905.

§ 164 StGB. Zurücknahme einer Anzeige vor Abgabe an die Behörde. Die Strafkammer führt aus, daß der Angeklagte das Bl. 1 der Akten befindliche Schreiben an den Feldjäger W. gerichtet hat mit dem Zwecke der Weitergabe an die Staatsanwaltschaft zu C. Daß eine solche Weitergabe tatsächlich erfolgt ist, ist in dem Urteile nicht festgestellt. Die Weitergabe ist aber Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 164 StGB., denn nur dann, wenn der Feldjäger als untergeordnetes Organ der Behörde die Anzeige dieser selbst mitgeteilt hat, ist das Tatbestandserfordernis der Anzeigeerstattung an eine Behörde erfüllt (Entsch. Bd. 27 S. 51).

Die ausdrückliche Feststellung der erfolgten Weitergabe ist im vorliegenden Fall um so mehr nötig, als, wie das Urteil bemerkt, der Angeklagte am 18. April 1904 die gegen G. erstattete Anzeige zurückgenommen hat. Diese Zurücknahme war allerdings dann ohne Bedeutung, wenn zu jener Zeit die Anzeige schon an die Staatsanwaltschaft zu C. weitergegeben und zu deren Kenntnis gelangt war, da das Vergehen der falschen Anschuldigung mit Erstattung der falschen Anzeige vollendet ist.

War jedoch zu jener Zeit die Anzeige noch nicht an die Staatsanwaltschaft gelangt, hatte sonach zur Zeit der Zurücknahmeerklärung eine Anzeigeerstattung im Sinne des § 164 StGB. gar nicht stattgefunden, so konnte sich der Angeklagte lediglich um deswillen, weil der Feldjäger dienstlich verpflichtet war, die Anzeige auch gegen den erklärten Willen des Angeklagten an die Staatsanwaltschaft weiterzugeben, nicht des Vergehens nach § 164 schuldig machen. III. Strafsenat D. 5853/04. Urteil vom 9. Februar 1905.

§ 259 StGB. Hehlerei bei einem nach § 247 Abs. 2 StGB. straflosen Diebstahl.

Die Straflosigkeit des Diebes gemäß § 247 Abs. 2 StGB. vermag keine Rückwirkung auf die Strafbarkeit der einem Dritten in Bezug auf die fraglichen Diebstähle zur Last liegenden Hehlerei zu äußern. Wenn in § 247 Abs. 2 a. a. O. sich bestimmt findet, daß der von einem Ehegatten gegen den anderen begangene Diebstahl straflos zu bleiben hat, so hat damit keineswegs zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß in einem solchen Falle objektiv überhaupt nicht einmal an sich ein strafbarer Diebstahl vorliegt, sondern es ist nur mit Rücksicht auf die zwischen Ehegatten bestehenden engen persönlichen Beziehungen lediglich aus diesem subjektiven Grunde dem diebischen Ehegatten wegen des von ihm gegen den anderen Eheteil verübten Diebstahls unbeschadet des an sich strafbaren Charakters dieses Diebstahls Straflosigkeit gewährt. Der betreffenden gesetzlichen Vorschrift kommt mithin nicht die Bedeutung eines Schuldausschließungsgrundes mit der Wirkung zu, daß eine strafbare Tat

überhaupt nicht gegeben ist und demzufolge auch eine strafbare Teilnahme eines Dritten hieran oder eine strafbare Begünstigung oder Hehlerei mit Bezug auf diese Straftat ausgeschlossen erscheint. Der § 247 Abs. 2 normiert vielmehr ähnlich wie im Falle des § 56 StGB. lediglich einen persönlichen Strafausschließungsgrund, welcher nur demjenigen gegenüber zur Anwendung gebracht werden kann, in dessen Person die erforderlichen persönlichen Voraussetzungen zutreffen. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich ohne weiteres aus § 247 Abs. 3, welcher bestimmt, daß die unmittelbar vorausgehenden Vorschriften nicht nur des ersten, sondern auch des zweiten Absatzes auf Teilnehmer oder Begünstiger, welche nicht in einem der dort aufgeführten persönlichen Verhältnisse stehen, keine Anwendung findet. Diese Bestimmung des dritten Absatzes wäre geradezu unverständlich und widersinnig, wenn man davon ausgehen wollte, daß dem von einem Ehegatten gegen den anderen verübten Diebstahl der Charakter einer an sich strafbaren Handlung überhaupt abzusprechen ist.

Der Hehler ist allerdings in § 247 Abs. 3 nicht besonders erwähnt und hervorgehoben. Hieraus kann jedoch schon mit Rücksicht auf den Zweck dieser gesetzlichen Vorschrift und die Selbständigkeit der Hehlerei im Vergleiche zur Haupttat keineswegs gefolgert werden, daß nunmehr § 247 Abs. 2 dem Hehler gegenüber Anwendung erleidet, wenn er auch zu den dort aufgeführten Personenkategorien nicht gehört. III. Strafsenat D. 224/05. Urteil vom 30. März 1905.

§ 249 StPO. Zulässigkeit der Verlesung polizeilicher Ermittelungen. Die erhobene Prozeßrüge kann als begründet nicht angesehen werden. Die in der Hauptverhandlung ohne Widerspruch der Beteiligten verlesene Urkunde stellt sich als ein Zeugnis der Polizeiverwaltung zu L. dar, welches über das Ergebnis der auf ein Ersuchen des Untersuchungsrichters angestellten Ermittlungen Auskunft erteilt. Es liegt kein Anlaß zu der Annahme vor, daß das Schreiben über etwas anderes berichte, als Wahrnehmungen, welche der Vertreter der als öffentliche Behörde anzusehenden Polizeiverwaltung in amtlicher Eigenschaft gemacht hat. Die Verlesung war daher nach der Bestimmung des § 255 StPO. zulässig, auch wenn sie auf Mitteilungen beruht, welche dem betreffenden Beamten von anderen Personen gemacht sind. III. Strafsenat D. 6323/04. Urteil vom 19. Januar 1905.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß.

Gebühren eines Amtstierarztes. Durch Beschluß der Strafkammer wurde gegen den Metzgermeister N. das Hauptverfahren eröffnet wegen eines fortgesetzten Vergehens nach § 10 Nr. 1 und § 12 Nr. 1 des Gesetzes vom 14. Mai 1879, betreffend den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen.

Am 5. Oktober 1904 fand die Hauptverhandlung vor der Strafkammer genannten Gerichts statt. N. wurde freigesprochen; die Kosten des Verfahrens wurden der Staatskasse überbürdet.

Als Sachverständiger war auf staatsanwaltschaftliche Veranlassung der städtische Bezirkstierarzt H. geladen worden. Bei neunstündiger Dauer des Termins wurde ihm eine Gebühr von 18 Mk. bewilligt und ausbezahlt.

Das Rentamt Str. stellte den Antrag auf Offizialberichtigung von der Ansicht ausgehend, daß H., weil als Sachverständiger an seinem Wohnsitz vernommen, keine Gebühren beanspruchen könne. Die Strafkammer hat, dem

Antrag des Rentamts stattgebend, durch Beschluß ausgesprochen, daß H. die an ihn ausbezahlte Gebühr von 18 Mk. an die Staatskasse zurückzubezahlen habe. Gegen diesen Beschluß wendet sich die von H. erhobene, formell zulässige Beschwerde.

Die Prüfung der Sache ergibt folgendes:

Am 20. Juli 1872 erschien die Allg. Verordnung, betreffend die Gebühren für Dienstleistungen der Tierärzte (Reg.-Bl. S. 1605).

Nach § 7 Absatz 1, 2 erhält ein amtlicher Tierarzt für ein am Wohnort vorgenommenes dienstliches Geschäft in der Regel eine Vergütung nicht.

An dieser Bestimmung hat weder die Allg. Verordnung vom 11. Februar 1875, die Aufrechnung der Tagegelder und Reisekosten bei auswärtigen Dienstgeschäften der Beamten und Bediensteten des Zivilstaatsdienstes betreffend (Ges. und Verordn.-Bl. S. 105, JMBl. S. 50), welche in § 17 Abs. 2 die besonderen Vorschriften für das tierärztliche Personal ausdrücklich aufrecht erhält, noch die Allg. Verordnung vom 18 Dezember 1875, die Gebühren für die Dienstleistungen der Tierärzte betreffend (Ges. und Verordn.-Bl. S. 852), etwas geändert.

Es muß deshalb der Ansicht der Strafkammer, daß H. eine Gebühr nicht zu beanspruchen hat, wenn sich seine Vernehmung als Sachverständiger in der Hauptverhandlung als ein dienstliches Geschäft darstellt, beigepflichtet werden.

Was unter dienstlichem Geschäft zu verstehen ist, ergibt sich aus § 14 Nr. 2 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 und 20. Mai 1898.

Nach dieser Bestimmung erhalten öffentliche Beamte Tagegelder und Erstattung von Reisekosten nach Maßgabe der für Dienstreisen geltenden Vorschriften, falls sie als Sachverständige aus Veranlassung ihres Amtes zugezogen werden und die Ausübung der Wissenschaft u. s. w., deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, zu den Pflichten des von ihnen versehenen Amtes gehört. Wie weit sich der amtliche Wirkungskreis eines Bezirkstierarztes erstreckt, ergibt sich aus der Allg. Verordnung vom 20. Juli 1872, das Civilveterinärwesen betreffend, und der hierzu erlassenen Dienstesinstruktion vom 28. Juli 1872 (Weber, VO. Samml. Bd. 9 S. 466, 483). Die daselbst getroffenen Bestimmungen lassen ersehen, daß den Bezirkstierärzten eine Tätigkeit in Bezug auf das Gesetz vom 14. Mai 1879, betreffend den Verkehr mit Nahrungsmitteln u. s. w., nicht zugewiesen ist.

Der Inhalt der Akten ergibt aber (s. Fol. 2, 27v), daß H. als Sachverständiger lediglich darüber vernommen wurde, ob gewisse Wurstwaren als verdorben im Sinne dieses Gesetzes zu betrachten seien. Schon hieraus ist zu ersehen, daß H. in dienstlicher Eigenschaft als Sachverständiger nicht vernommen wurde. Dazu kommt aber, daß für die nach dem Gesetze vom 14. Mai 1879 erforderlichen technischen Untersuchungen die in der Allg. Verordnung vom 27. Januar 1884 (Ges. und Verordn.-Bl. S. 43) bezeichneten Untersuchungsanstalten für Nahrungs- und Genußmittel bestimmt sind, welche nach § 2 die Aufgabe haben, auf Ersuchen der mit dem Vollzog des Reichsgesetzes vom 14. Mai 1879 betrauten Behörden und Gerichte die erforderlichen technischen Untersuchungen von Nahrungs- und Genußmitteln vorzunehmen und hierüber Gutachten abzugeben.

Nach § 9 ist den Untersuchungsanstalten gestattet, in jenen Fällen, in welchen die Beurteilung tierischer Produkte in Betracht kommt, einen vom Staatsministerium des Innern zu bestimmenden beamteten Tierarzt zur Beratung beizuziehen.

Von dieser Befugnis hat die Untersuchungsanstalt zu München auch Gebrauch gemacht und den städtischen Bezirkstierarzt Sch. in München beigezogen (s. Fol. 4 akt.).

Nach § 73 Absatz 2 StPO. sollen, wenn für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt sind, andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern (s. auch Bekanntm. des StM. der Justiz vom 25. Mai 1886, den Vollzug des Reichsgesetzes vom 14. Mai 1879 betr., JMBl. S. 165).

Aus alledem ergibt sich, daß Bezirkstierarzt H. nicht in seiner amtlichen Eigenschaft zur Abgabe des von ihm verlangten Gutachtens beigezogen werden konnte, daß die Veranlassung hierzu nicht sein Amt, sondern nur der Besitz der erforderlichen Kenntnisse gegeben hat.

Deshalb ist derselbe berechtigt, nach § 3 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 / 20. Mai 1898 Vergütung zu beanspruchen. Die ihm gewährte Vergütung von 18 Mk. ist in ihrer Höhe nicht zu beanstanden. Demgemäß mußte der die Rückzahlung dieser Gebühr anordnende Beschluß der Strafkammer aufgehoben werden. Beschluß vom 22. Mai 1905; Beschw.-Reg. Nr. 316 05.

StGB. §§ 223, 53. Körperverletzung zum Zwecke der Ausübung des Hausrechts.

Weder das Strafgesetzbuch noch eine sonstige reichsrechtliche oder landesrechtliche Rechtsnorm räumt demjenigen, welcher von der Ausübung seines Hausrechts Gebrauch macht, ein Recht auf Verübung von Körperverletzungen ein. Für die Frage, ob der Angeklagte in solchem Falle rechtswidrig gehandelt hat oder nicht, können daher nur die allgemeinen strafgesetzlichen Bestimmungen und zwar zumeist nach Lage der Sache hier die Bestimmung des § 53 StGB. in Betracht kommen, wonach eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war, d. i. durch eine Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, so ist zweifellos auch der Hausherr, beziehungsweise dessen Stellvertreter berechtigt, Handlungen, die gegen die Störung des Hausfriedens und gegen die Beeinträchtigung des Hausrechts, d. i. des Rechtes auf ausschließliche Geltung seines Willens in den von ihm bewohnten Räumen, gerichtet sind, abzuwehren, und zwar nicht nur zum Schutze des Lebens oder Leibes, sondern auch zum Schutze der Ehre, eines Familien- oder Vermögensrechts und dergl. (Oppenhoff, StGB. zu § 53 Note 8). Urteil vom 14. Juni 1905; Rev.-Reg. Nr. 140/05.

StPO. §§ 43, 35, 385. Die Vollmacht zur Empfangnahme von Zustellungen wirkt dem Gerichte gegenüber bis zu ihrer ausdrücklichen oder aus konkludenten Handlungen sich ergebenden Zurücknahme. Zustellungen, die vor der Anzeige des Widerrufs der Vollmacht an das Gericht erfolgen, setzen Fristen in Lauf auch dann, wenn der Widerruf der Vollmacht dem Bevollmächtigten gegenüber vorher erfolgt ist.

Die Strafkammer verurteilte am 17. April 1905 den R. wegen eines Vergehens.

Gegen das in Anwesenheit des Angeklagten verkündete Urteil legte R. zu Protokoll des Gerichtsschreibers vom 25. April 1905 im Hinblick auf § 43 Abs. 2 StPO. rechtzeitig Revision ein unter Vorbehalt der Begründung derselben.

Am 3. Mai 1905 wurde das Urteil im Wege der Ersatzzustellung dem Rechtsanwalt H., welcher laut aktenmäßiger Vollmacht des Angeklagten vom

23. März 1905 von diesem in der vorwürfigen Strafsache als Verteidiger in allen Instanzen bestellt und zum Empfang aller für ihn bestimmten Zustellungen ermächtigt worden war, zugestellt.

Innerhalb der Frist des § 385 Abs. 1 StPO. hat Angeklagter Revisionsanträge nicht angebracht.

Nach Ablauf der Frist kam am 16. Mai 1905 eine Erklärung des Rechtsanwalts H. in den Einlauf des Gerichts, in welcher dieser unter Vorlage des ihm zugestellten Urteils anzeigte, daß seine Vollmacht bereits vor der Urteilszustellung an ihn erloschen gewesen sei.

Seitens des Staatsanwalts wurde am 11. pr. 12. Mai 1905 an die Strafkammer der Antrag gestellt, die Revision des R. durch Beschluß als unzulässig kostenfällig zu verwerfen, da Revisionsanträge innerhalb der gesetzlichen Frist nicht eingekommen seien, und dieser Antrag nach Einsicht der Erklärung des Rechtsanwalts H. ausdrücklich unter dem 16. Mai 1905 aufrecht erhalten.

Mit Beschluß vom 17. Mai 1905 ordnete das Landgericht, ohne den staatsanwaltschaftlichen Antrag zu verbescheiden, die Zustellung des Urteils vom 17. April 1905 an den Verurteilten R. aus der Erwägung an, daß Rechtsanwalt H. laut seiner glaubhaften Erklärung d. pr. 16. Mai 1905 wegen in Mitte liegenden, bereits vor Zustellung des Urteils eingetretenen Erlöschens der Vollmacht nicht mehr als Zustellungsbevollmächtigter des R. anzusehen sei.

Gegen diesen Beschluß legte der Staatsanwalt Beschwerde ein, die Strafkammer erklärte mit Beschluß vom 19. ds. Mts., der Beschwerde nicht abhelfen zu wollen.

Die staatsanwaltschaftliche Beschwerde stellt sich als begründet dar.

Die Zustellung eines Urteils, welche die Bekanntmachung desselben an den Verurteilten bezweckt (§ 35 Abs. 2 StPO), kann nur an diesen selbst rechtsgültig erfolgen, die Zustellung eines in Abwesenheit des Angeklagten verkündeten Urteils an den wenn auch mit Vollmacht zur Empfangnahme von Zustellungen bevollmächtigten Verteidiger ist ungültig (Entsch. des RGer. Bd. 19 S. 390).

Auch die nach § 383 Abs. 2 StPO. erforderliche Zustellung des in Anwesenheit des Angeklagten verkündeten Urteils hat in der Regel an den Verurteilten selbst zu erfolgen, sie kann — mit der Wirkung der Eröffnung des Laufes der in § 385 Abs. 1 StPO. festgesetzten Frist — auch an den mit Vollmacht zum Empfang von Zustellungen versehenen Verteidiger betätigt werden (Samml. der Entsch. des OLG. München Bd. 2 S. 275, Bd. 10 S. 68/69; Entsch. des RGer. Bd. 6 S. 93).

Im vorliegenden Falle ist der Strafkammer die Ermächtigung des Verteidigers zur Empfangnahme von Zustellungen durch Vorlage der Vollmacht vom 23. März 1905 nachgewiesen.

Das in Anwesenheit des Angeklagten verkündete Urteil vom 17. April 1905 konnte daher der Vorsitzende der Strafkammer, wie geschehen, dem Verteidiger, Rechtsanwalt H., für den Angeklagten rechtswirksam zustellen lassen. Die betätigte Zustellung eröffnete den Lauf der Frist des § 385 Abs. 1 StPO.

Die Vollmacht zur Empfangnahme von Zustellungen blieb dem Gerichte gegenüber insolange existent, als nicht durch eine diesem abgegebene ausdrückliche Erklärung des Angeklagten selbst oder seines Vollmachtträgers oder aber durch eine die Absicht der Zurücknahme unzweideutig dokumentierende (konkludente) Handlung die Zurücknahme der Vollmacht dem Gerichte zur Kenntnis gebracht wurde.

Als solche konkludente Handlung ist die Einlegung der Revision durch den Angeklagten selbst oder dessen Erklärung, sich die Revisionsbegründung vorzubehalten, nicht zu erachten (Entsch. d. RGer. Bd. 25 S. 153).

Die Anzeige des bereits vor der Urteilszustellung eingetretenen Erlöschens der Vollmacht durch Rechtsanwalt H. vermag nur für die Zukunft, nicht aber rückwärts, auf die im Hinblick auf die dem Gerichte zur Kenntnis gebrachte Vollmacht vorgenommenen Rechtsakte eine Wirkung zu üben. Es behält daher die Zustellung des Urteils an Rechtsanwalt H. vom 3. Mai 1905 die Wirkung der Eröffnung der Frist des § 385 Abs. 1 StPO. Eine neuerliche Zustellung des Urteils an den Verurteilten selbst kann nicht bewirken, daß die bezeichnete Frist von Neuem eröffnet werde.

Die Anordnung der Strafkammer, das Urteil nunmehr dem R. selbst zuzustellen, kann hiernach nur als eine rechtlich zwecklose Maßnahme angesehen werden; hieraus ergibt sich die Berechtigung der staatsanwaltschaftlichen Beschwerde von selbst. Beschluß vom 25. Mai 1905; Beschw.-Reg. Nr. 395/05.

C. Oberlandesgericht München (Civilsachen).

Civilrecht.

Die Haupthypothek darf nicht durch Geltendmachung der an Stelle der Zinsen- und Kostenkautionshypothek tretenden Eigentümerhypothek geschmälert werden.

Auf Antrag der Württembergischen Hypothekenbank vom 16. März 1905 wurde das Anwesen des im Konkurs befindlichen Kaufmanns E., Haus-Nr. 1 an der R.-Straße in München, auf dem für die Beschlagnahmegläubigerin erste Hypothek zur Sicherheit eines dem E. gegebenen Darlehens von 180000 Mk. nebst 18000 Mk. Kaution für Zinsen, erhöhte Zinsen, Kosten und Schäden eingetragen war, für Zinsrückstände aus jenem Darlehen zum Zwecke der Zwangsversteigerung beschlagnahmt. Am 28. Juni 1905 wurde das Anwesen dem Bankdirektor B. um das Meistgebot von 188000 Mk. zugeschlagen. Eine Anfechtung des Zuschlags ist nicht erfolgt.

Am 22. Juli 1905 stellte Rechtsanwalt P. namens des Ansteigerers an das Vollstreckungsgericht den Antrag, nach Art. 96 der Subh.-Ordn. zu verfahren, wobei er nachwies, daß der Ansteigerer die in das geringste Gebot eingerechneten Beträge, sowie die rückständigen Zinsen aus dem angeführten Hypothekkapitale mit insgesamt 9981 Mk. 30 Pfg. bezahlt habe und hinsichtlich des Hypothekkapitals selbst als alleiniger Schuldner übernommen worden sei. Diesen Antrag teilte das Vollstreckungsgericht den Beteiligten gemäß Art. 96 Subh.-Ordn. mit. Innerhalb der gesetzten zweiwöchigen Frist sind Erinnerungen von keiner Seite geltend gemacht worden.

Mit Beschluß vom 30. September 1905 wies das Vollstreckungsgericht den Antrag kostenfällig zurück. Auf Beschwerde des Ansteigerers hat das Landgericht München I am 20. Oktober 1905 den amtsgerichtlichen Beschluß aufgehoben und das Vollstreckungsgericht angewiesen, nach Art. 96 Abs. 2, 94 Subh.-Ordn. zu verfahren. Gegen diesen Beschluß hat der Konkursverwalter am 9. November 1905 Beschwerde eingelegt.

Dieses als weitere sofortige Beschwerde erscheinende Rechtsmittel ist formell nicht zu beanstanden; insbesondere ist in der Entscheidung des Landgerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben. In materieller Hinsicht könnte fraglich sein, ob sich das Rechtsmittel nicht schon dadurch erledigt, daß

der Beschwerdeführer innerhalb der ihm gesetzten Frist Erinnerungen nicht erhoben hat, da, wenn dies innerhalb der Frist nicht geschieht, die Verteilung als genehmigt zu gelten haben wird (Motive zu Art. 32 der Novelle zur Subh.-Ordn.). Da indessen das Gericht selbständig und schon vor Einleitung des Verfahrens nach Art. 96 Subh.-Ordn. zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen jener Bestimmung gegeben sind, so mag die Möglichkeit zugegeben werden, trotz jener Unterlassung auf dem Wege der Beschwerde geltend zu machen, daß das Gericht damals jene Voraussetzungen zu Unrecht für gegeben erachtet habe.

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, daß der Ansteigerer die von ihm als bezahlt belegten Kosten wirklich bezahlt habe, bezw. rücksichtlich derselben als alleiniger Schuldner übernommen worden sei. Er bestreitet auch nicht, daß der Strichschilling nebst Zinsen durch die Berichtigung der in das geringste Gebot eingerechneten Forderungen, die bezahlten rückständigen Zinsen der Beschlagnahmegläubigerin und die Übernahme des Hypothekkapitals von 180 000 Mark vollständig erschöpft sei und daß damit die Schuldigkeit des Ansteigerers auf der Grundlage der früheren Landesgesetzgebung vollständig und richtig ausgewiesen wäre. Seine Beschwerdebehauptung geht vielmehr lediglich dahin, daß die für Zinsen, Schäden und Kosten errichtete Kaution von 18 000 Mark gleichen Rang mit der Haupthypothek habe, daß diese Nebensachekaution durch die Forderungen der Beschlagnahmegläubigerin nicht vollständig erschöpft sei, daß sie sich, soweit dies nicht der Fall sei, in eine Eigentümerhypothek verwandelt habe, daß diese deshalb mit der Haupthypothek gleichen Rang habe und neben dieser anteilmäßig befriedigt werden müsse.

Für die Würdigung dieser Beschwerdebegründung kann nun dahingestellt bleiben sowohl, ob die Bestimmung des § 15 EG. z. ZwVG. die Berücksichtigung der Eigentümerhypothek in dem gegenwärtigen Verfahren ausschließt, als auch, ob die Haupthypothek mit dem Zuschlag erloschen ist (Bl. f. RA. Bd. 61 S. 273, Bd. 62 S. 113, Entsch. d. Oberst. LG. n. F. Bd. 1 S. 125, Bd. 5 S. 370); denn jedenfalls muß im gegebenen Falle bei Zugrundelegung des nunmehr geltenden Rechts § 1176 BGB. zwar nicht wörtliche, aber sinngemäße Anwendung finden. Die Hypotheken für das Kapital einerseits, für die Zinsen, Kosten und Schäden andererseits wurden in einem einheitlichen Akte errichtet, sie sollen dem Gläubiger in der hierfür eingeräumten ausschließend ersten Rangstelle umfassendste und wirksamste Sicherheit für den Hauptanspruch wie die sich hieraus entwickelnden Nebenansprüche gewähren. Dieser Zweck kann hier ebensowenig wie im Falle teilweiser Erwerbung der Hypothek durch den Eigentümer dadurch vereitelt werden, daß letzterer dem Gläubiger mit der Kautionshypothek in der Haupthypothek Konkurrenz macht. Für das Preußische Recht, nach dem die Teileigentümer in Fällen des § 1176 BGB. mit der Resthypothek des Hypothekgläubigers gleichen Rang hatte (Entsch. d. RGer. Bd. 2 S. 206), hat das Reichsgericht überdies ausgesprochen, daß, wenn der die Teilhypothek erwerbende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist, der Geltendmachung jenes Gleichrangs die exceptio doli generalis entgegenstehe, weil der Schuldner das, was er infolge der Konkurrenz mit dem Hypothekgläubiger erlangen würde, diesem aus dem persönlichen Schuldverhältnis alsbald wieder erstatten müßte (Entsch. d. RGer. Bd. 27 S. 188). Es entspricht der Weiterentwicklung, die das Preußische Recht in § 1176 BGB. gefunden hat, wenn man in einem Falle wie dem gegenwärtigen nicht bloß dem Hypothekgläubiger eine Einrede gegen die Geltendmachung des Gleichrangs gibt, sondern anerkennt, daß der Eigentümer und Schuldner die Hypothek zum Nachteil der dem Gläubiger

verbleibenden Hypothek nicht geltend machen kann, so daß die Sachlage auch in dem Verhältnis zwischen Ansteigerer und Schuldner zu berücksichtigen ist. Der Umstand, daß gegebenen Falles die Hypothekgläubigerin den Ansteigerer als alleinigen Schuldner angenommen und demzufolge den bisherigen Schuldner aus seiner persönlichen Haftung entlassen hat, kann hieran nichts ändern; denn diese Annahme und Entlassung sollte nach dem Inhalt der Erklärung der Hypothekgläubigerin erst dann erfolgen, wenn feststand, daß die Hypothek der Gläubigerin ungeschmälert zum Zuge kam.

Aus diesen Erwägungen erschien die eingelegte Beschwerde unbegründet, weshalb sie kostenfällig zurückzuweisen war. Beschluß des IV. Civilsenats vom 20. November 1905; Beschw.-Reg. Nr. 586/05 IV.

Kommunmauerrecht; Voraussetzungen des Ablösungsanspruchs; Anwendbarkeit des neuen Rechtes.

Der Kläger S., Eigentümer des Hauses Nr. 4 an der L.-Straße in München, hat vor dem Jahre 1900 die zu diesem Anwesen gehörige Mauer gegen den Grundbesitz der Beklagten an der M.-Straße zu als Kommunmauer gebaut, dergestalt, daß die Mauer zur Hälfte ihrer Dicke auf gemeindlichen Grund zu stehen kam. In den Jahren 1903 und 1904 hat die Beklagte auf ihrem an der M.-Straße gelegenen Grund und Boden ein Schulgebäude errichtet. Sie hat dabei, soweit sie für ihren Bau Umfassungsmauern benötigte, eigene Mauern aufgeführt und nur für den Hofraum von der Aufführung einer eigenen Mauer vor der erwähnten Kommunmauer Umgang genommen, so daß diese Kommunmauer den Abschluß des zu dem Schulgebäude gehörigen Hofes gegen das S.'sche Nachbaranwesen bildet. Zur Verschönerung des Hofes hat die Beklagte die Kommunmauer auf der Seite gegen den Hof des Schulgebäudes zu verputzt, auch hat sie vor diese Mauer und zwar in deren Mitte einen Betonbrunnen von etwa 2 Meter Breite und gleicher Höhe gestellt.

Mit der am 21. November 1904 zugestellten Klage verlangt nun der Kläger Zahlung von 1592 Mk. nebst 4% Zinsen seit Klagezustellung als Ablösung der Kommunmauer, wobei er geltend macht, daß die für die Ablösung in Betracht kommende Hälfte des Wertes und der Erbauungskosten der Kommunmauer 1592 Mk. betrage.

Der Kläger hat seinen Antrag, die Beklagte durch ein gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbares Urteil zur Bezahlung von 1592 Mk. nebst 4% Zinsen seit Klagezustellung kostenfällig zu verurteilen, in erster Instanz in Sonderheit mit der Behauptung begründet, die Mauer sei von der Beklagten während des Baues des Schulgebäudes durch Einlassung von Gerüstbalken und später durch Verputz und Verzierung der Wandfläche, sowie durch Anbringung eines Brunnens benützt worden. Die Beklagte hat hiergegen geltend gemacht, daß eine zur Ablösung verpflichtende Benützung nicht stattgefunden habe, und hat vorsorglich bestritten, daß die Mauer durch Einlassen von Balken benützt worden sei.

Das Landgericht hat, ohne den vom Kläger angebotenen Zeugenbeweis zu erheben, die Klage kostenfällig abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt und dieselbe insbesondere mit der Behauptung begründet, daß in München gewohnheitsrechtlich die Ablösungspflicht bei jeder Art der Benützung durch den Nachbar, nicht bloß bei Anbau eines Gebäudes anerkannt sei.

Die Berufung ist formell nicht zu beanstanden, sachlich aber muß ihr der Erfolg versagt werden.

I. Dem Erstrichter ist zunächst darin beizutreten, daß die neurechtlichen Vorschriften nicht schlechthin maßgebend sein können, daß vielmehr zunächst zu prüfen ist, ob nach dem bisherigen Kommunmauerrecht ein Ablösungsanspruch überhaupt begründet ist, und daß erst für den Fall der Bejahung dieser Frage die Bestimmungen des Ausführungsgesetzes zum BGB. — Art. 70 — an Stelle der bisherigen Vorschriften über die Bemessung des Anspruchs anzuwenden sind. Die Richtigkeit dieser übrigens auch vom Kläger nicht angezweifelten Rechtsanschauung ergibt sich deutlich aus der Entstehungsgeschichte des Ausführungsgesetzes. In der Begründung des Gesetzentwurfes findet sich die Bemerkung:

„Auf die nach dem Münchener Rechte den Nachbar des Bauenden im Falle der Benützung der Grenzmauer treffende Ersatzpflicht werden die für die Ersatzpflicht bei der Erhöhung einer gemeinschaftlichen Mauer gegebenen Vorschriften Anwendung zu finden haben," und mit Bezug hierauf bemerkte ohne Widerspruch von irgend einer Seite der Regierungsvertreter von Jacubezky im besonderen (XVIII.) Ausschusse der Kammer der Abgeordneten, „es handle sich hierbei um denjenigen Ersatz, der nach den Vorschriften der Münchner Bauordnung von dem anbauenden Nachbar geleistet werden müsse, wenn dieser von dem Rechte, an die Kommunmauer anzubauen, Gebrauch mache" (s. Becher, Materialien, Abt. II und V, Bd. 1 S. 90 und 447).

Diese Auslegungsbehelfe lassen erkennen, daß der Sinn des Art. 70 Abs. 2 Ausf.-Ges. z. BGB. nicht der ist, daß sofort und schlechthin die älteren Vorschriften beseitigt sein sollen und an deren Stelle durchweg nur noch die neurechtlichen Bestimmungen Maß zu geben hätten, sondern der, daß die neurechtlichen Vorschriften auf die nach dem Münchener Rechte den anbauenden Nachbar treffende Ersatzpflicht Anwendung zu finden haben. Hieraus folgt ohne Weiteres, daß, ehe von einer solchen Anwendung die Rede sein kann, erst feststehen muß, daß nach dem Münchener Rechte den Nachbar die Ersatzpflicht trifft. Es ist hienach mit dem Erstrichter als Rechtssatz festzuhalten, daß die älteren Bestimmungen für Fälle der vorliegenden Art durch das neue Recht nicht durchweg verdrängt sind, daß sie vielmehr zunächst zur Prüfung der Frage herangezogen werden müssen, ob den Nachbar eine Ersatzpflicht trifft, und daß erst im Falle der Bejahung dieser Frage die neurechtlichen Vorschriften zum Zwecke der Bemessung der Ersatzpflicht entscheiden. Der Umstand, daß in anderer Hinsicht das neue Recht — wonach die ehedem als Kommunmauern bezeichneten Mauern nunmehr benützungsgemeinschaftliche Mauern im Sinne des § 921 BGB. geworden sind — schlechthin gilt, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern (vergl. Bl. f. RA. Bd. 67 S. 66 und 97, 98).

II. Auch in dem weiteren Punkte, daß die Voraussetzungen für eine Ersatzpflicht nach den bisherigen Bestimmungen nicht gegeben sind, muß dem Erstrichter beigetreten werden.

Aus den überzeugenden Darlegungen Tinsch's (das Stadtrecht von München, Seite 28 ff., insbesondere S. 36) ergibt sich klar, daß sich aus der Münchener Bauordnung von 1489 kein anderer Satz ableiten läßt, als der, daß eine Ersatzpflicht erst entsteht, wenn der Nachbar der Mauer bedarf und zwar zu einem Anbau, mit dem er auch wirklich begonnen hat.

Allerdings ließe sich eine die Entstehung der Ersatzpflicht anders gestaltende Bildung eines Gewohnheitsrechtes denken. Hierzu würde nach Bayer. Landrecht wie nach dem im wesentlichen mit ihm übereinstimmenden gemeinen Recht ein Satz rechtlichen Inhalts gefordert, welcher durch gleichmäßige längere Zeit fortgesetzte Anwendung im engeren oder weiteren Volkskreise unter der Überzeugung von seiner Wirklichkeit und verpflichtenden Kraft geübt wurde. Ein einziger

konträrer Fall kann die Entstehung eines Gewohnheitsrechtes hindern (das Nähere s. Entsch. d. Oberst. LG. Bd. 14 S. 502).

Vorliegenden Falles kann nun nicht davon die Rede sein, daß sich eine gleichmäßige Übung in dem vorbezeichneten Sinne feststellen ließe.

Schon die auch die gewohnheitsrechtliche Entwickelung in den Bereich der Erörterung ziehenden Ausführungen Tinsch's, welche von der Bildung eines Gewohnheitsrechtes im Sinne der klägerischen Aufstellungen nichts enthalten, deuten darauf hin, daß ein derartiges Gewohnheitsrecht sich nicht gebildet hat. Dazu kommt die obenerwähnte, auch in dieser Richtung belangreiche Äußerung v. Jacubezky's im besonderen (XVIII.) Ausschusse der Kammer der Abgeordneten.

Es ist völlig unbedenklich, in dieser ohne jeden Widerspruch gebliebenen Äußerung die zuverlässige Wiedergabe des Standes der Rechtsgestaltung, wie sie sich bis zur Zeit der auf das Ausführungsgesetz zum BGB. bezüglichen gesetzgeberischen Verhandlungen entwickelt hatte, zu erblicken.

In dieser Äußerung aber ist betont, daß die Ersatzpflicht für den anbauenden Nachbar bestehe, wenn er von dem Rechte, an die Kommunmauer anzubauen, Gebrauch mache.

Hienach ist schon jetzt die Annahme abzulehnen, daß sich ein gewohnheitsrechtlicher Satz des Inhalts gebildet habe, der Nachbar habe bei jeder Benützung, möge sie wie immer geartet sein, die Kommunmauer abzulösen gehabt.

Wenn einzelne Baumeister oder Architekten die Erfahrung gemacht haben sollten, daß die Ablösung von Kommunmauern nicht auf Fälle des Anbaues beschränkt blieb, so ist dies ohne Bedeutung, weil, wie gezeigt, feststeht, daß von einer gleichmäßigen, zur Bildung eines Gewohnheitsrechts geeigneten Übung nicht die Rede sein kann. Ist demnach aber nur der Umstand entscheidend, ob der Nachbar der Mauer zu einem Anbau, mit dem er auch wirklich begonnen hat, bedarf, so ist vorliegenden Falles keine zum Ersatze verpflichtende Benützung gegeben.

Daraus, daß ein Bedürfen der Mauer zu einem Anbau erforderlich ist, ergibt sich ohne Weiteres, daß die Mauer bei dem Anbau als nötig zu denken ist. Es muß eine Verwendung der Mauer für den nachbarlichen Anbau gefordert werden, dergestalt, daß die Mauer für dessen Bestand baulich von Bedeutung ist. Dies ist der Fall, wenn ihre Tragkraft, sei es in höherem oder geringerem Maße, für den Bestand des Anbaues in Anspruch genommen wird, es ist aber nicht der Fall, wenn — sei es auch aus Anlaß einer nachbarlichen Bauführung — lediglich Verschönerungen an der Mauer vorgenommen werden, oder wenn ihre Existenz bei Gewinnung eines architektonischen Bildes in der Weise berücksichtigt wird, daß die nachbarliche Bauvornahme sich aus ästhetischen Gründen mehr oder weniger nach dem Vorhandensein der Mauer richtet, und es wäre endlich nicht der Fall, wenn lediglich eine ganz vorübergehende Inanspruchnahme der Tragkraft im Laufe der nachbarlichen Bauführung stattgefunden haben sollte.

Eine Bestätigung dieser Anschauung liegt darin, daß die Kommunmauerablösung im Art. 60 der Münchener Bauordnung als Abkaufen bezeichnet ist und daß der innere Grund für die Vorschrift nur darin gesucht werden kann, daß es als unbillig befunden wurde, dem anbauenden Nachbar eine für den Bestand seines Bauwerks bedeutungsvolle Inanspruchnahme der Tragkraft der Mauer zu gestatten, wenn dieser nicht durch Leistung einer Vergütung sich definitiv das Eigentum an der auf seinem Grund stehenden Mauerhälfte sollte verschaffen wollen. Das Abkaufen ist — s. Tinsch a. a. O. S. 30 — „Ersatz

des Wertes der halben Mauer, welche nunmehr dem Anbau des Nachbars zur Stütze und Verstärkung des von ihm zu errichtenden Bauwerkes dienen soll."

Von den sämtlichen Tatumständen, in welchen der Kläger eine zum Ersatz verpflichtende Benützung der Mauer erblickt, kann hienach nur der Brunnenanbau in Betracht gezogen werden und auch dieser ist nur dann geeignet, die Ersatzpflicht zu begründen, wenn für den Brunnen eine Inanspruchnahme der Mauer zu dessen Stütze und Verstärkung stattgefunden haben sollte. Letzteres ist jedoch, wie das Gericht schon jetzt überzeugt ist, nicht der Fall. Eine Behauptung nach der Richtung, daß die Kommunmauer als Stütze für das Brunnenbauwerk herangezogen worden sei, konnte trotz Befragens vom Kläger nicht aufgestellt werden. Die klägerische Behauptung geht vielmehr lediglich dahin, daß der Brunnen angebaut, d. h. fest mit der Mauer verbunden worden sei. Wird erwogen, daß nach übereinstimmendem Parteivorbringen die Mauer vom beklagten Teile verputzt worden ist, so ist angesichts des Umstandes, daß der Kläger selbst eine Verwendung zu Stützzwecken nicht behaupten kann, die Verbindung des Brunnens und der Mauer nur als eine äußerliche, eine Inanspruchnahme der Tragkraft nicht in sich schließende, nach dem eigenen Klagevorbringen anzusehen.

Die vom Kläger geltend gemachten Benützungstatsachen sind hienach, selbst wenn sie als richtig zugrunde gelegt werden, nicht geeignet, den Anspruch zu begründen. Rechtlich ohne Bedeutung ist es, daß die Mauer ihrer Höhe nach sich zur Verwendung als Tragmauer für einen nachbarlichen Anbau geeignet hätte und daß das Stadtbauamt eine Ablösung als in Aussicht stehend angesehen hat.

Demgemäß erweist sich das angefochtene Urteil, ohne daß es noch auf eine Beweisaufnahme anzukommen hätte, als gerechtfertigt und war die Berufung als unbegründet zurückzuweisen. Urteil vom 21. Oktober 1905; Ber.-Reg. Nr. II, 2 185/05.

D. Landgericht München I (Civilsachen).

Grundbuchrecht.

Zwangsvollstreckung in Grundstücksanteile von Ehegatten (GBO. § 48). Die Eheleute Georg und Walburga E. sind im Grundbuche für U. seit 1. Februar 1888 als Miteigentümer des Grundstücks Hs.-Nr. 20 an der P.-Straße hier vorgetragen. Eine Angabe des Bruchteils der Anteilsberechtigung oder des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses ist im Grundbuche nicht enthalten. Mit Beschluß vom 9. Oktober 1905 hat das Amtsgericht München I — Vollstreckungsgericht — auf Betreiben des Stadtrentamts München I für einen Abgaberückstand die Zwangsversteigerung des Hälfteanteils des Georg E. an diesem Anwesen angeordnet. Das Grundbuchamt hat mit Beschluß vom 10. Oktober 1905 den grundbuchamtlichen Vollzug dieses Beschlusses abgelehnt, da die Vorschrift des § 48 GBO. nicht gewahrt sei und der Hälfteanteil, dessen Zwangsversteigerung angeordnet sei, aus dem Grundbuche nicht hervorgehe.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde des Vollstreckungsgerichts ist formell zulässig (Rechtspr. der Oberlandesgerichte Bd. 6 S. 437), sachlich jedoch nicht begründet.

Die Bestimmung des § 48 GBO. fordert die Angabe der Anteile in Bruchteilen oder des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses unbedingt. Dieser Vorschrift entspricht der derzeitige Eintrag im Grundbuch

über das Grundstück der Eheleute E. nicht. Insofern ist der Eintrag im Sinne des § 894 BGB. nicht richtig. Vor der Berichtigung des Grundbuchs ist eine Versteigerung nicht möglich (v. d. Pfordten, Komm. z. ZVG. S. 55; Turnau-Förster, 2. Aufl. Bd. 2 S. 286; Reichsgericht Bd. 54 S. 86; Rechtspr. der Oberlandesgerichte Bd. 6 S. 488, Bd. 9 S. 336; Entsch. in Angel. der freiwill. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts Bd. 5 S. 262).

Diese Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Anteile in Bruchteilen kann durch Bewilligung der Berechtigten beim Grundbuchamte herbeigeführt werden. Eventuell steht dem beteiligten Vollstreckungsgläubiger der Klageweg nach § 894 BGB. offen (Reichsgericht Bd. 54 S. 87).

Das Grundbuchamt hat bei dem Ersuchen des Vollstreckungsgerichts nach dem Grundbuchinhalte zu prüfen, ob der Vorschrift des § 48 GBO. im Grundbuche genügt ist (Rechtspr. der OLG. Bd. 7 S. 368; Centralbl. für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat Bd. 3 S. 626; hierzu Denkschrift z. GBO. Hahn-Mugdan Bd. 5 S. 163).

Dagegen hat das Grundbuchamt die Rechtmäßigkeit des nach § 39 GBO. gestellten Ersuchens, insbesondere ob der Versteigerungsanordnung ein gültiger Vollstreckungstitel zugrunde liegt, nicht zu prüfen (Willenbücher, Liegenschaftsrecht und GBO. S. 341 Note 3). Der Beschluß des Vollstreckungsgerichts enthält auch tatsächlich keine zwingende Feststellung, daß dem Schuldner Georg E. der Hälfteanteil an dem gemeinschaftlichen Grundstücke zusteht. Wohl aber hat der Grundbuchrichter die Rechte der Eheleute nach dem bisherigen eingetragenen Güterstand, in Ermangelung einer Eintragung oder eines anderweiten Nachweises nach dem gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung zu beurteilen (Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl. 1904 Bd. 1 S. 167 und Bd. 2 S. 37; Oberstes Landesgericht in Civils. n. F. Bd. 4 S. 860; Rechtspr. der OLG. Bd. 1 S. 382, Bd. 5 S. 5 und Bd. 6 S. 102, 285).

Im gegebenen Falle wäre nach Art. 83 des Ges. vom 9. Juni 1899, Übergangsvorschriften z. BGB. betr., an Stelle der Errungenschaftsgemeinschaft des Bayer. Landrechts der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung getreten. Allein dieser Güterstand zwingt nicht zur Annahme einer Anteilsberechtigung auf die Hälfte. Es muß volle Sicherheit bestehen und der Bruchteil selbst ziffermäßig aus dem Grundbuch ersichtlich sein. Nicht der vermutliche, sondern der wirkliche Anteil ist Gegenstand der Belastung. Deshalb versagt auch die widerlegbare Vermutung des § 742 BGB. für den Grundbuchverkehr (Oberstes Landesgericht in Civils. n. F. Bd. 5 S. 179, hierzu n. F. Bd. 4 S. 703; Reichsgericht Bd. 54 S. 86).

Der Umstand schließlich, daß unter der Herrschaft des Hyp.-Ges. in einzelnen Fällen die Anteilsberechtigung nach Bruchteilen nicht eingetragen zu werden pflegte, ist für die Wirksamkeit des nunmehr ausschließlich maßgebenden § 48 GBO. gleichgültig (Rechtspr. der OLG. Bd. 6 S. 488 und Bd. 9 S. 336).

Es war daher die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen. Beschluß vom 7. November 1905; Beschw.-Reg. Nr. 614 I/1905.

IV. Literatur.

1) Verlag der Schletter'schen Buchhandlung (Frank & Weigert) in Breslau.

Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Dr. E. Beling, ord. Professor an der Universität Tübingen. Heft 41—50. 1902/03.

Es bedarf keiner Ausführung, wie nützlich es ist, wenn unter den strafrechtlichen Monographieen, insbesondere den Dissertationen, von kundiger Hand eine Auswahl getroffen wird, welche dann in geschlossener Sammlung einheitlich erscheint.

Die vorliegenden zehn Hefte haben eine Reihe sehr interessanter Materien zum Gegenstande. In Heft 41 behandelt Sturm die strafrechtliche Verschuldung. Er geht aus von Willensfreiheit und Willenstheorie und bemerkt mit Recht, daß der dolus eventualis keine besondere Spezies des Vorsatzes bildet. — In Heft 42 legt Passow das Wesen der Kreditgefährdung nach § 187 RStGB. und die beschränkte Reformbedürftigkeit dieses Tatbestandes dar. — Eine gute, freilich teilweise seither überholte Darstellung der geminderten Zurechnungsfähigkeit enthält die Schrift von Hübbe, Heft 43, über die strafrechtliche Bedeutung der verminderten Zurechnungsfähigkeit. — Sehr eingehend und auf Grund sorgfältiger Berücksichtigung der Literatur erörtert Ostern die Alternativität bei strafprozessualen Willenserklärungen, Heft 44. Die Frage, ob gleichwertige oder ungleichwertige Modalitäten eines Tatbestandes vorliegen, beantwortet er dahin, es müsse beim einzelnen Gesetz untersucht werden, ob es ihm gleichgültig ist, welches der alternativen Glieder des Tatbestandes vorliegt. — Das Heft 45 bringt von M. Eckstein unter dem Titel „Die strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht" einen Kommentar, sowie eine kriminalpolitische Würdigung des § 361 Ziff. 10 RStGB. — Der Herausgeber der Sammlung, Professor Beling, bespricht in Heft 46 unter der Überschrift „Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafrecht" sehr wertvoll den Unterschied zwischen Beweisregeln und Beweisverboten, beleuchtet die Tragweite der Beweisverbote nach geltendem Rechte und knüpft hieran verschiedene verdienstliche Winke für den Gesetzgeber. — Dagegen kann die zahlreiche Unklarheiten und Widersprüche aufweisende Abhandlung von Wertheimer über die Mischgesetze des Deutschen Strafgesetzbuchs, Heft 47, als gelungen nicht bezeichnet werden. — Die Notstandslehre erfährt durch Würzburger, „Das Recht des strafrechtlichen Notstandes vor und nach dem Inkrafttreten des BGB.", in Heft 48 eine wesentliche Vertiefung. Insbesondere werden die Grenzen von Notstand und Notwehr eingehend erörtert und die verstreuten Notstandsbestimmungen des BGB. und des StGB. erläutert. — Die Arbeit von Erlanger, „Die materiell-rechtliche und prozessuale Bedeutung des § 213 RStGB.", in Heft 49, sucht entgegen der herrschenden Lehre nachzuweisen, daß der Totschlag auf Provokation nicht als ein Spezialfall der unbestimmten mildernden Umstände zu behandeln sei. — Eine sehr interessante rechtsphilosophische Untersuchung über Rechtsnormen und Kulturnormen von Professor M. E. Mayer enthält Heft 50. Die praktische Bedeutung der letzteren für das Rechtsleben wird nachzuweisen versucht. Als Kulturnormen bezeichnet der Verfasser hierbei die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, welche als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten. Zur Bestrafung wegen vorsätzlichen Handelns soll erforderlich sein nicht Kenntnis der Rechtsnormen, wohl aber Kenntnis der Kulturnormen. K.

2) J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München.

Gesetz, die Fortsetzung der Grundentlastung betr., vom 2. Februar 1898 nebst den Novellen vom 12. Dezember 1899 und 10. August 1904, den wichtigsten Ministerial-Bekanntmachungen und Entschließungen, sowie Formularen. Erläutert von Ludwig Yblagger, k. Rentamtmann in Eichstätt. Preis 1 Mk. 80 Pfg.

Das das Verständnis und den Vollzug der Grundentlastungsgesetzgebung erleichternde Werkchen gibt mehr, als der Titel besagt, es berücksichtigt auch die maßgebende oberstrichterliche Rechtsprechung. Welche Wichtigkeit dieser Gesetzgebungsmaterie innewohnt, folgt schon daraus, daß der bayerische Staat, von anderen Opfern abgesehen, seit dem Jahre 1898 über 42 Millionen Mark für Grundentlastung aufwendete. Das diesem wichtigen Rechtsgebiete vollauf Rechnung tragende Werkchen ist daher ein willkommenes Hilfsbuch für die Behörden und die übrigen interessierten Kreise. B.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 4. 15. Februar 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags. II. Die Fassung des Klageantrags, wenn vertragsgemäß über die Folgen eines Unfalls eine Ärztekommission zu entscheiden hat. III. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civilsachen), Urteil betr. Herausgabe des Kindes Marion L.; Oberlandesgericht München (Civilsachen). IV. Literatur.

I. Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags.

Von Landgerichtspräsident Hofmockel in Traunstein.

Bekanntlich hat sich in der Rechtswissenschaft eine lebhafte Kontroverse über Auslegung und Auffassung der §§ 325 und 326 des BGB. entsponnen; in der Rechtsprechung hat die Anwendung dieser Bestimmungen zu bedeutsamen Entscheidungen geführt und auch den Juristentag hat die Kontroverse im Jahre 1904 beschäftigt.

Es handelt sich um die Frage, ob der Schadensersatzberechtigte verpflichtet oder berechtigt ist, neben dem Anspruch auf Schadensersatz die ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen, oder ob infolge der vom Leistungsverpflichteten zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung und im Falle des Verzugs das gegenseitige Vertragsverhältnis als vollkommen aufgelöst zu erachten ist und dem Berechtigten der Anspruch auf die (etwaige) Differenz zwischen der ihm obliegenden Leistung und dem Schadensersatzbetrage zusteht.

Um in diese Frage tiefer einzudringen, wird sich eine Zusammenstellung und Besprechung der verschiedenen, in Literatur und Praxis hierüber zum Ausdruck gekommenen Anschauungen empfehlen. Doch soll keine äußerliche Kompilation gegeben werden, sondern es werden die einzelnen Stimmen und Gegenstimmen, unter Hervorhebung der sich bekämpfenden Gegensätze, zu Wort kommen, ähnlich, wie es in der Samhaber'schen Abhandlung über „die Reformbewegung in der Literatur" des Civilrechts in den Bl. f. RA. Bd. 26 auf einem größeren Gebiete geschehen ist. Zuletzt folgen die Verhandlungen des Juristentags.

Beginnen wir zunächst mit den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch und einigen Kommentatoren desselben; gehen wir sodann über zu demjenigen Schriftsteller, Schöller, der unsere Frage unter Anwendung außerordentlichen Scharfsinns eigentlich erst in Fluß gebracht hat; wenden wir uns hierauf zu dem Schriftsteller, Kisch, der Schöller mit großem wissenschaftlichen Rüstzeug entgegengetreten ist, und gehen sodann zu dem berühmten, von Professor Strohal „Petroleum-Urteil" genannten reichsgerichtlichen Urteil über, welches sich mit Entschiedenheit auf den Standpunkt der Differenztheorie gestellt hat.

Weiter gelangen diejenigen Autoren zum Worte, die über die Frage Gutachten für den Deutschen Juristentag erstattet haben und zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangten. Endlich wird das großartige juristische Turnier, das sich im September 1904 auf dem Deutschen Juristentag in Innsbruck abspielte, soweit tunlich, wiedergegeben; dort wurden, begünstigt durch den Vorzug, der der mündlichen Rede eigen ist, in wahrhaft glänzender, geistreicher Weise alle einschlägigen Fragen der uns beschäftigenden Kontroverse behandelt; dort spielte das Beispiel aus dem Leben und die praktische Auffassung eine besondere Rolle und wurde schließlich eine hochinteressante Versöhnung zwischen den widerstreitenden Anschauungen erzielt, unter Verwertung des Prinzips der Billigkeit und unter Vorbehalt weiterer Behandlung der Frage durch Wissenschaft und Praxis.

I. Nach den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2 S. 211 schließen sich Rücktritt und Anspruch auf Schadensersatz aus. Der Rücktritt soll die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre. Hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht. Das Interesse des Gläubigers ist durch das Wahlrecht genügend gewahrt.

In den Kommissions-Protokollen findet sich keine systematische Behandlung unserer Frage, weshalb wir eine Bezugnahme auf dieselben unterlassen.

II. In lapidaren Sätzen spricht Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch § 325 Anmerkung 1a, seine Meinung aus:

„Der andere Teil, also derjenige, welcher die unmöglich gewordene Leistung zu fordern hat, kann u. a. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern nach Maßgabe des § 280 BGB.

Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so bleibt er zu der ihm obliegenden Gegenleistung verpflichtet. Der Schadensersatz tritt an die Stelle der Leistung und ist Zug um Zug gegen die Gegenleistung zu entrichten. Besteht diese in Geld, so kann der Anspruch auf den in Geld zu leistenden Schadensersatz gegen den Anspruch auf die Gegenleistung aufgerechnet und die Ausbezahlung des überschießenden Betrags verlangt werden. Besteht die Gegenleistung aber nicht in Geld, z. B. bei einem Tauschvertrage, so ist Aufrechnung nicht möglich, und der andere Teil, d. h. derjenige, welcher die unmöglich gewordene Leistung zu fordern hat, kann

Schadensersatz nur gegen Bewirkung der von ihm geforderten Leistung verlangen."

III. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. Bd. 1 S. 538.

„Hat der Schuldner die Unmöglichkeit seiner geschuldeten Leistung zu vertreten, so kann der Gläubiger:

1) entweder vom Vertrage zurücktreten. Er löst damit die beiderseitigen Verpflichtungen auf, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Der Gläubiger kann auch die Rechte aus § 323 geltend machen (Note 17);
2) oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Erlangt der Gläubiger auf diese Weise das Erfüllungsinteresse, so muß er Zug um Zug auch die eigene vertragsmäßige Leistung bewirken (Note 18).

Beide Rechte des Gläubigers sind streng alternativ; wählt er das Rücktrittsrecht, so kann er nicht noch Schadensersatz begehren. Das Gleiche gilt bei Verzug nach Ablauf der Frist oder bei mangelndem Interesse des Gläubigers.

IV. Schöller, s. Zt. Landrichter in Düsseldorf, in Gruchot's Beiträgen Bd. 44 S. 603—646,

hält hinsichtlich der Frage, ob die Nichtbewirkung der ursprünglich geschuldeten Leistung seitens des schuldigen Teils auch auf die dem nichtschuldigen Teil obligende Gegenleistung einen Einfluß ausübt, drei verschiedene Auffassungen für möglich.

Nach der ersten Auffassung tritt der Schadensersatz einfach an die Stelle der dem schuldigen Teile ursprünglich obliegenden Leistung, welche als solche wegen nachträglich eingetretener Unmöglichkeit oder wegen Verzugs und Ablaufs der Nachfrist nicht mehr geschuldet wird. Der Schadensersatz ist hiernach lediglich Surrogat für die Leistung des schuldigen Teils; im übrigen bleibt der gegenseitige Vertrag seinem ganzen Inhalte nach unverändert bestehen. Es bleibt also insbesondere unverändert die Verpflichtung des nichtschuldigen Teiles, dem schuldigen die Gegenleistung zu gewähren.

Nach der zweiten Auffassung ist der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gleichfalls nur Surrogat der der schuldigen Partei ursprünglich obliegenden Leistung. Der Umstand aber, daß infolge des Verhaltens der schuldigen Partei die derselben ursprünglich obliegende Leistung nicht mehr geschuldet wird, bewirkt, daß auch die nichtschuldige Partei von der Verpflichtung zur Gegenleistung dauernd befreit wird. Will aber die nichtschuldige Partei Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Surrogat der Leistung der schuldigen Partei geltend machen, so muß sie ihrerseits als Äquivalent des Leistungssurrogats ihre Gegenleistung bewirken.

*

Nach der dritten Auffassung endlich tritt der Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim gegenseitigen Vertrage nicht nur an die Stelle der dem schuldigen Teile obliegenden Leistung, sondern er ist Erfüllungssurrogat bezüglich des ganzen gegenseitigen Vertrags. Der Wegfall der einen Leistung zieht den der anderen nach sich; der Schadensersatzanspruch geht mit anderen Worten auf Zahlung der Differenz zwischen dem Werte beider Leistungen, zuzüglich des etwa weitergehenden positiven Vertragsinteresses.

Dieser Auffassung liegt der Gedanke zugrunde, daß es als eine Beschränkung und Erschwerung des wohlbegründeten Rechtes der nichtschuldigen Partei auf Entschädigung anzusehen ist, wenn dieselbe gezwungen wird, die für eine ganz andere Gegenleistung versprochene Leistung aufzuopfern, um für das Ersatz zu verlangen, was ihr durch das vertragswidrige Verhalten der anderen Partei entzogen worden ist.

Schöller befaßt sich nun bei Beantwortung der Frage, welche dieser drei verschiedenen Anschauungen dem BGB. entspricht, mit einer genauen Analysierung der gesetzlichen Bestimmungen, unter Zurückgreifung auf die Entstehungsgeschichte derselben.

Schöller beruft sich auf § 323 BGB. und darauf, daß nach § 325 Abs. 1 Satz 3 der nichtschuldige Teil statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen kann.

§ 326 wiederhole allerdings die Bezugnahme auf § 323 nicht. Der Grundsatz des § 323 Abs. 1 sei aber ganz allgemeiner Natur und spreche einfach die der modernen Rechtsanschauung entsprechende Folgerung aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrags aus, daß die dauernde Befreiung des einen Teils von der ihm obliegenden Leistungspflicht auch dem anderen Teile das Recht gebe, seine Leistung dauernd zu verweigern. Durch den Verzug des schuldigen Teils und den fruchtlosen Ablauf der Nachfrist oder bei mangelndem Interesse des nichtschuldigen Teils werde aber der schuldige Teil nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 326 dauernd von seiner Leistungspflicht befreit, er könne weder auf die ursprünglich geschuldete Leistung verklagt werden, noch könne er dieselbe mehr als Erfüllung anbieten. Diese Befreiung sei die Folge seines schuldhaften Verhaltens. Er dürfe, und hierauf legt Schöller das Hauptgewicht, nicht besser gestellt sein, als wenn er ohne sein Verschulden von der Leistungspflicht befreit worden wäre. Der nichtschuldige Teil müsse also auch hier seine Leistung gemäß § 323 Abs. 1 dauernd weigern dürfen.

Schöller geht auch noch auf die Analysierung der gesetzlichen Vorschriften über die teilweise Nichterfüllung seitens des schuldigen Teils ein, wovon wir hier absehen müssen. —

Er erklärt die dritte Auffassung als die richtige.

Nach ihm ist mit der dritten Auffassung auch der Zusammenhang der Bestimmungen des BGB. mit denjenigen des alten Handelsgesetzbuchs und der

Praxis des Reichsoberhandelsgerichts hergestellt und zugleich der Standpunkt, den das neue Handelsgesetzbuch und dessen Begründung zu der Frage einnehmen, erklärt sowie den praktischen Bedürfnissen des Handelsverkehrs Genüge getan, die einer Beschränkung der bisher beim Handelskaufe dem nichtsäumigen Teile zustehenden Rechte aufs entschiedenste widerstreiten.

Nun aber tritt bei Schöller eine merkwürdige Umbiegung in seiner Argumentation ein.

Eine andere Frage sei nämlich die, ob der nichtschuldige Teil zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung nicht berechtigt bleibe, ob es ihm nicht freistehe, anstatt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung des ganzen zweiseitigen Vertrags Schadloshaltung lediglich wegen Nichtbewirkung der Leistung des anderen Teils zu begehren, anstatt des Interesses an der Erfüllung des gegenseitigen Vertrags das bloße Interesse an der Leistung des schuldigen Teiles einzuklagen.

Schöller bejaht diese Frage. Insbesondere wenn der nichtschuldige Teil noch nicht geleistet habe, könne er ein Interesse daran haben, sich der ihm obliegenden Leistung zu entledigen, um an Stelle der ganzen Gegenleistung Schadensersatz fordern zu können, anstatt die Differenz der beiden Leistungen zu erhalten.

In solchem Falle kämen naturgemäß nicht die Grundsätze des Schadensersatzes bei gegenseitigen Verträgen, sondern lediglich die Bestimmungen über den Schadensersatz bei einseitigen Schuldverhältnissen, nämlich diejenigen der §§ 280—283, zur Anwendung.

Ob der nichtschuldige Teil im einzelnen Falle Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen gegenseitigen Vertrags oder nur Schadensersatz wegen Nichtbewirkung der Leistung des schuldigen Teils in Anspruch nehmen wolle, sei eine rein tatsächliche Auslegungsfrage, die nur nach den Umständen der Sachlage beurteilt werden könne.

Schöller verwirft sonach die erste Auffassung, stellt die dritte als die Regel hin, und läßt ausnahmsweise die zweite zu.

V. Privatdozent Dr. Kisch in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 44 S. 68—142.

Dr. Kisch befaßt sich mit der Widerlegung der Ausführungen Schöllers.

Ein Grund für die Erlöschung der Gegenleistung lasse sich aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrags nicht ableiten.

Schöller habe es daher für ratsam erachtet, im Gesetze nach positiven Stützpunkten seiner Ansicht zu suchen. Einen solchen glaube er zunächst dem Umstand entnehmen zu können, daß der § 325 BGB. dem Gläubiger bei einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit auch die Befugnisse gewähre, die ihm bei Zufall nach § 323 BGB. zustehen.

Die Berufung auf den Halbsatz 2 des § 326 Abs. 1 Satz 2 „Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen" treffe nicht zu; diese Bestimmung be-

treffe lediglich die Naturalleistung des Schuldners, nicht auch die korrespondierende Verpflichtung des Gläubigers.

Die Gegenleistung wäre dem Gläubiger auch dann nicht erspart worden, wenn der Schuldner seinerseits erfüllt hätte. Da nun aber nach allgemeinen Grundsätzen der Berechtigte den Schadensersatz unter den gleichen Voraussetzungen beanspruchen könne, wie die ursprüngliche Leistung selbst, so müsse er sich folgerichtig denselben in unserem Falle durch sein Entgelt erkaufen.

Nach dem BGB. könne es keinem Zweifel unterliegen, daß die Alternativen des Rücktritts und der Entschädigung sich gegenseitig ausschließen. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen: „Der Gläubiger kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten" (§§ 325 Abs. 1 Satz 1 und 2, 326 Abs. 1 Satz 2); nicht minder aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, da bereits in dem ersten Entwurf und in seiner Begründung die beiden Befugnisse als miteinander unvereinbar angesehen wurden.

Dieser Regelung liege der folgende Gesichtspunkt zugrunde: Der Gläubiger solle bei vertragswidrigem Verhalten des Schuldners entweder in die Lage kommen können, als habe ein Kontraktsabschluß überhaupt nicht stattgefunden, oder aber es sei tunlichst der gleiche Zustand herzustellen, wie wenn der Vertrag vollzogen worden wäre. Der ersteren Tendenz entspreche der Rücktritt, der zweiten der Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Gegen diese zweifellosen Grundsätze verstoße die gegnerische Auffassung, indem sie einem Gläubiger, welcher Entschädigung verlange, die Zurückbehaltung seines eigenen Entgelts gestatte. Denn diese Zurückbehaltung sei im praktischen Ergebnis nichts anderes, als eine Loslösung des Gläubigers vom Vertrage. Derselbe entledige sich durch sie ohne weiteres seiner eigenen Verpflichtung, verlange aber gleichzeitig eine Leistung des Gegners. Er mute demselben das Festhalten an dem Kontrakt und auf Grund desselben die Zahlung des Schadensersatzes zu, während er seinerseits jede Verbindlichkeit aus dem gleichen Rechtsverhältnisse ablehne. Es trete mithin eine völlig ungleiche und deshalb mit dem Wesen des gegenseitigen Vertrags in schroffstem Widerspruche stehende Behandlung der beiden Parteien ein.

Nun solle aber nach Schöller dem Gläubiger doch das Recht erteilt werden, unter Bewirkung des vollständigen Entgeltes Entschädigung für die ganze unmöglich gewordene oder verzögerte Leistung des Schuldners zu verlangen. Es solle der vertragstreue Teil zwar nicht die ausnahmslose Pflicht, wohl aber nach Belieben die Befugnis haben, wenn er Entschädigung wähle, zwischen dieser und seiner Gegenleistung einen Austausch herbeizuführen.

Hierdurch gerate jene Theorie in Widerspruch mit ihrem eigenen Ausgangspunkte. —

Die Berufung auf das alte Handelsrecht sei unbehelflich.

§ 326 BGB. beziehe sich keineswegs bloß auf den Kauf, sondern auf alle gegenseitigen Verträge, insbesondere auch auf solche, bei denen die gegenüberstehenden Verbindlichkeiten auf einen anderen Gegenstand als Geld gerichtet seien. Hier versage vollends jede Analogie mit dem handelsrechtlichen Kauf.

Interessant ist übrigens, daß Kisch in einer Note (S. 131, Note 61) doch auch ein Zugeständnis macht. Er sagt:

„Eine andere Frage ist die, ob nicht vom gesetzespolitischen Standpunkte aus die Vorschriften des alten Handelsgesetzbuches über den Verzug beim Handelskaufe vor denjenigen des BGB. den Vorzug verdienen. Zahlt der Käufer nicht rechtzeitig, so hat der Verkäufer, zumal im Handelsverkehr, ein sehr lebhaftes Interesse daran, sich möglichst schnell der Ware zu entledigen. Umgekehrt muß meistenteils der Käufer bei Erfüllungssäumnis des Gegners seinen Bedarf sogleich anderweitig decken. Andererseits ist auch dem im Verzug befindlichen Vertragsteil damit, daß er bloß die Differenz zu ersetzen hat, regelmäßig besser gedient, als wenn er Schadensersatz für das Ganze leisten müßte. Diese Erwägungen waren wohl für die Aufnahme der Art. 354, 355 HGB. maßgebend. Sie passen aber grundsätzlich nur für Handelsleute und namentlich für den Handelskauf. Dagegen würde ihre Übertragung auf andere gegenseitige Kontrakte und auf den bürgerlich-rechtlichen Verkehr den wichtigsten theoretischen und praktischen Bedenken begegnen müssen. Freilich dürfe auch nicht verkannt werden, daß § 326 BGB., der weder zwischen den einzelnen Vertragsteilen, noch zwischen Kauf und anderen Verträgen, noch endlich zwischen Handels- und Civilrecht unterscheide, eine jener übertriebenen Verallgemeinerungen enthalte, an denen das BGB. nicht gerade arm sei.

VI. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 50, S. 255 ff.

Das Reichsgericht schließt sich im wesentlichen Schöller an. Dasselbe hatte u. A. die Frage zu behandeln:

„Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326, Abs. 1, Satz 2 BGB.?"

Schon der Wortlaut des § 326 Abs. 1, insbesondere das Wort „Nichterfüllung" und die an diese geknüpfte Folge „Schadensersatzanspruch". wiesen unzweideutig darauf hin, daß das Gesetz davon ausgehe, das zweiseitige Rechtsgeschäft komme nach keiner Richtung zum Austrag. Ebenso die Denkschrift zu dem Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches.

Wenn die gegenteilige Ansicht zuträfe, wäre alles andere geschaffen, nur keine klaren Verhältnisse.

Es sei durch die vom Reichsgericht vertretene Ansicht keineswegs ein Rücktritt vom Vertrage mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugelassen, u. A.

VII. Gutachten von Dr. Theodor Kipp, Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentags Bd. 1 S. 249—296.

Kipp zeigt gegenüber dem schroffen Gegensatze zwischen Schöller und Kisch einen Fortschritt in der Auffassung.

Unglücklicherweise habe Schöller den Differenzanspruch ganz wesentlich in den Vordergrund seiner Ausführungen gerückt und den daneben stehenden Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gegen Gegenleistung viel zu sehr als Beiwerk behandelt; er habe in der Begründung des Differenzanspruchs sogar nicht selten Wendungen gebraucht, welche die Vorstellung erwecken müßten, als gebe es nur den Differenzanspruch. Der Ausspruch zumal, daß infolge des vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichwerdens einer Leistung der ganze gegenseitige Vertrag sich in einen einseitigen Schadensersatzanspruch auflöse, habe keine Berechtigung, wenn sein Urheber dem Gläubiger die Wahl geben wolle, den Differenzanspruch zu erheben oder das Erfüllungsinteresse gegen Gegenleistung zu verlangen. Durch solche Mängel seiner Sachführung habe sich Schöller manche Angriffe zugezogen, die, seiner Argumentation gegenüber zwar berechtigt, doch seine praktische Ansicht keineswegs schlügen. Man müsse fragen, ob das Recht der Wahl zwischen dem Anspruch auf die Differenz und dem Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gegen Gegenleistung aus unserem Recht sich begründen lasse, und sei das der Fall, so müsse man die Konstruktion Schöllers preisgeben und anerkennen, daß er im Ergebnis dennoch Recht habe. —

Wenn ein Tauschvertrag geschlossen ist, und der eine Teil hat seinen Tauschgegenstand schuldhaft vernichtet, so hat nach Kipp der andere Teil die Wahl, ob er auf Grund des § 325 BGB. seinen Gegenstand behalten und als Schadensersatz fordern will den Betrag, um den sein Interesse an dem untergegangenen Gegenstande den Wert übersteigt, den der ersparte Gegenstand für ihn hat, oder ob er unter Anbietung seines Tauschgegenstandes gemäß § 280 BGB. sein Interesse an dem untergegangenen fordern will.

Die §§ 325, 326 BGB. entscheiden nach Kipp über die Folgen der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit und des Leistungsverzuges bei gegenseitigen Verträgen keineswegs erschöpfend. Sei doch im § 326 das allernächstliegende Recht, welches der Gegner des säumigen Teils unzweifelhaft habe, mit Stillschweigen übergangen, nämlich das Recht, nachträgliche Leistung nebst Schadensersatz wegen der Verzögerung zu verlangen gegen die vertragsmäßige Gegenleistung u. s. f.

Es sei nicht die Absicht der §§ 325, 326 BGB., dem Gläubiger im gegenseitigen Vertrage die Rechte zu versagen, welche sich für ihn aus anderweitigen Vorschriften des Gesetzes für den Fall des Verzuges und der nachträglich eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung ergeben.

Sei nun aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne der allgemeinen Vorschriften des Gesetzes, nämlich der §§ 280, 281, 283, 286 BGB. das Erfüllungsinteresse, d. h. der Ersatz des vollen Interesses des Gläubigers an der ausgebliebenen Leistung, so werde jeder, den nicht der Gedanke an die §§ 325, 326 BGB. störe, sicherlich keinen Augenblick zweifeln, daß auch bei jedem gegenseitigen Vertrage der Gläubiger berechtigt sei, jenes Erfüllungsinteresse zu fordern. Er werde sich aber selbstverständlich

sagen, daß dem Gläubiger dieses Erfüllungsinteresse nicht als Geschenk gebühre, sondern daß er für den Schadensersatz wegen Nichterfüllung dieselbe Gegenleistung schulde, welche er für die Erfüllung selbst zu entrichten gehabt hätte. Nur stellten §§ 325, 326 BGB. wahlweise neben das Recht des Gläubigers auf das Erfüllungsinteresse gegen Gegenleistung einen Differenzanspruch des Gläubigers.

Das Wort „Nichterfüllung" und die hieran geknüpfte Folge „Schadensersatz" wiesen nicht, wie das Reichsgericht meine, unzweideutig darauf hin, daß das Gesetz davon ausgehe, das zweiseitige Rechtsgeschäft komme nach keiner Richtung hin zum Austrage.

Doch sei anzunehmen, daß das Gesetz (§§ 325, 326) dem Gläubiger bei mangelndem Interesse an der Erfüllung nicht das zweifelhafte Geschenk des Erfüllungsinteresses gegen Gegenleistung, sondern vielmehr den Differenzanspruch gewähren wolle.

Das Reichsgericht betone auch, daß wenn man in dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne des § 326 die Differenz sehe, die einfache und klare Regulierung derartiger Streitigkeiten erreicht werde, welche das Gesetz unzweifelhaft angestrebt habe, während bei der entgegengesetzten Auffassung „alles andere geschaffen würde, nur keine klaren Verhältnisse." Dies sei vielleicht etwas übertrieben, aber es sei allerdings zutreffend, daß in vielen Fällen mit dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne der vom Reichsgericht bekämpften Anschauung gar nichts gewonnen würde.

Kipp gelangt sohin zu folgenden Thesen, die er an die Spitze seiner Abhandlung gestellt hat.

„1) Nach den §§ 325, 326 BGB. kann der Berechtigte als Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Differenz zwischen seinem Interesse an der Leistung des Gegners und dem Wert verlangen, den das Behalten der eigenen Leistung für ihn hat.

2) Soweit aber die sonstigen Vorschriften des BGB. dem Gläubiger ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geben, steht dieses Recht dem Gläubiger auch auf Grund eines gegenseitigen Vertrages zu und zwar in dem Sinne des Rechts auf Erfüllungsinteresse gegen Gegenleistung.

3) In jedem Falle, in welchem die Voraussetzungen des ersten und des zweiten Rechtes zusammentreffen, hat der Gläubiger zwischen beiden die Wahl."

VIII. Gutachten von Privatdozent Dr. Robert von Mayr in Wien. (Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages Bd. 2, S. 167—200).

Dr. v. Mayr steht auf dem von Kisch vertretenen Standpunkt.

Der springende Punkt des Problemes ist nach Dr. v. Mayr darin gelegen, ob der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages lediglich an Stelle der ursprünglichen Leistung trete, ohne den Bestand des gegenseitigen Vertrages im übrigen zu tangieren, oder ob er den ganzen

gegenseitigen Vertrag in einen Schadensersatzanspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten verwandele.

Welche der beiden Auffassungen nun dem Gesetze entspreche, müsse aus historischen, terminologischen und dogmatischen Momenten erschlossen werden.

Dr. v. Mayr geht auf diese dreierlei Momente in erschöpfender und scharfsinniger Weise ein; auf seine Ausführungen müssen wir hier verweisen. Insbesondere zieht er bei seiner Untersuchung auch die §§ 440, 463, 480, 538, 635 BGB. heran.

Hervorgehoben sei folgendes:

Ein Fehlschluß Schöllers sei die Argumentation, daß der Teil, dessen Leistung durch Zufall unmöglich werde, den Anspruch auf die Gegenleistung verliere, daß dies aber umsomehr für den gelten müsse, der die Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten habe. Denn damit, daß das Gesetz die aus zufälliger Unmöglichkeit erwachsenden Rechte dem Berechtigten auch im Falle verschuldeter Unmöglichkeit eingeräumt habe, habe es nur vermeiden wollen, daß der Gläubiger hier schlechter gestellt sei als dort, habe dies aber nur statt (§ 325, Abs. 1, S. 3 bezw. § 323), nicht zur Verstärkung der übrigen für diesen Fall wirksamen Rechte vorsehen wollen (Mot. Bd. 2 S. 209, Prot. Bd. 1 S. 639 f.).

Das Bürgerliche Gesetzbuch knüpfe an das alte Handelsgesetzbuch zweifellos an (Mot. Bd. 2 S. 211, Prot. Bd. 1 S. 644). Es wäre aber verkehrt, hieraus sichere Schlüsse für die Auslegung des bürgerlichen Rechts gewinnen zu wollen.

Auch die Begründung des neuen Handelsgesetzbuchs sei nicht imstande, die Surrogationstheorie zu entkräften; es spreche für diese umgekehrt insbesondere die scharfe Ausprägung des Gegensatzes zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung durch den Gesetzgeber (Mot. Bd. 2 S. 210 und 211).

Nach den von ihm angestellten Erwägungen erachtet v. Mayr die Annahme für gerechtfertigt, daß das Gesetz den Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Surrogat der vereitelten Leistung, nicht als Resultante der beiderseitigen Leistungswerte angesehen wissen will. Dr. v. Mayr betont, daß der Gegensatz der Meinungen sich von vornherein auf ein verhältnismäßig enges Gebiet beschränken lasse. Denn überall, wo die Leistung des Gläubigers in Geld bestehe, führten beide Anschauungen im großen und ganzen zu demselben praktischen Ergebnisse und gingen nur hinsichtlich des zu beschreitenden Weges auseinander.

Begebe man sich auf das engere, umstrittene Gebiet, so müsse für die praktische Beurteilung der Frage, welche Lösung den Vorzug verdiene, zweifellos ebenso der Standpunkt des Berechtigten wie der des Verpflichteten maßgebend sein.

Im Interesse des Berechtigten könne es aber sicherlich nicht nur gelegen sein, die Gegenleistung zurückbehalten, sondern auch, sie an den andern Teil bewirken zu dürfen.

Aus solchen Erwägungen sei wohl bei Schöller der Gedanke entsprungen, dem Gläubiger statt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung ohne Gegenleistung wahlweise auch Schadensersatz wegen Nichtleistung gegen Gegenleistung zu gewähren.

Dieses Zugeständnis der Gegner bilde das stärkste Argument gegen sie.

Sicher sei aber, daß die von — v. Mayr — vertretene Ansicht auch dem Interesse des Schuldners mehr entspreche, insofern sein Verschulden ihn nicht seiner Vertragsrechte beraube, sondern nur allenfalls seine Verpflichtung verschärfe.

IX. Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages, Bd. 4 S. 112—168.

Der dritte Gegenstand der Verhandlung, Ziff. 4 der gedruckten Vorlage, lautete:

„Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags?"

Der gestellte Antrag war, wie sich aus den Verhandlungen ergibt, (die betr. Vorlage selbst liegt mir nicht vor), folgender:

1) Geht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung auf Geld, so kann er als Schadensersatz grundsätzlich denjenigen Geldbetrag begehren, welcher sich nach Anrechnung seiner Leistung als Überschuß ergibt. Unterläßt der Schadensersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann grundsätzlich der Schadensersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen. Die Voraussetzungen der Aufrechnung brauchen hierbei nicht gegeben zu sein.

2) Besteht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung nicht in einer Geldleistung, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Einbehaltung und den Umständen entsprechender Anrechnung seiner Leistung dann verlangen, wenn ihm die Bewirkung dieser Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann. —

Die Diskussion über diese Vorlage hat sich nun im wesentlichen in folgender Weise entwickelt:

1.

Geh. Hofrat, Professor Dr. Strohal:

Dr. Strohal präzisiert zunächst die Streitfragen nochmals wie folgt:

Es stehen sich zwei Hauptansichten gegenüber. Die eine Ansicht sagt: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht in der Vergütung des Schadens an den Schadensersatzberechtigten gegen Bewirkung der diesem obliegenden Leistung; die andere Ansicht sagt: Der Schadensersatzberechtigte braucht seinerseits auch nicht zu erfüllen; er klagt seinen Schaden ein abzüglich des Wertes der einbehaltenen eigenen Leistung; es ist also danach der Schadens-

ersatz wegen Nichterfüllung eine Differenz, der Schadensersatzanspruch ein Differenzanspruch.

Dr. Strohal will an einem sehr einfachen praktischen Beispiel die Verschiedenheit der beiden Auffassungen klarstellen.

Es finde der Tausch eines Schimmels gegen einen Rappen statt; dem einen Teil werde die Leistung des Schimmels infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich. Nun könne nach der einen Auffassung der Schadensersatzberechtigte verlangen, daß ihm Ersatz geleistet werde dafür, daß er den Schimmel nicht erhält; den Rappen müsse er leisten. Nach der anderen Auffassung behalte der Schadensersatzberechtigte den Rappen und klage nur die Differenz zwischen dem ihm aus der Nichtleistung des Schimmels erwachsenden Schaden und dem Werte des einbehaltenen Rappens ein. Der Anspruch ist also ein Differenzanspruch.

Dr. Strohal glaubt, das Problem sei vom Standpunkte der absoluten Theorie überhaupt nicht zu lösen, und man würde, wenn man das versuchen wollte, immer auf verschiedene tote Punkte gelangen.

Dr. Strohal scheidet aus dem Streitgebiet eine große Gruppe von Fällen aus, von denen er annimmt, daß man sich über sie verhältnismäßig leicht einigen könne; nämlich diejenigen Fälle, in welchen die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung eine Geldleistung ist. Hier scheint ihm der Differenzanspruch grundsätzlich berechtigt zu sein und jede andere Behandlung zu unerfreulichen und unpraktischen Ergebnissen zu führen.

Die Vertreter der Ansicht, daß der Schadensersatzberechtigte unter allen Umständen selbst erfüllen müsse, machten freilich geltend, die Sache sei gar nicht so schlimm; denn auch von ihrem Standpunkt aus komme es in den Fällen der bezeichneten Art regelmäßig zu einem Differenzanspruch, und zwar deshalb, weil ja die Voraussetzungen der Aufrechnung regelmäßig gegeben sein würden, und der Kläger somit praktisch nur einen Differenzanspruch werde geltend machen können.

Es könnten diese Voraussetzungen aber auch fehlen, und sie würden sehr häufig fehlen, und dann sei der Unterschied zwischen beiden Auffassungen ein sehr erheblicher.

Dr. Strohal führt nun mehrere Beispiele an, von denen wir folgendes herausgreifen:

„Ich kaufe einen Gegenstand für 1200 Mk. und der Verkäufer tritt den Anspruch auf den Kaufpreis an einen Dritten ab, wovon er mich sofort benachrichtigt. Hinterher macht sich Verkäufer die ihm obliegende Leistung durch einen von ihm zu vertretenden Umstand unmöglich, so daß ich meinen Bedarf anderweitig decken und zu diesem Zwecke eine Ausgabe von 1400 Mk. machen muß. Die Voraussetzungen der Aufrechnung sind hier, weil ein auf Geld gehender Ersatzanspruch von 1400 Mk. erst nach der mir zugegangenen Nachricht von der Zession entstanden ist, nach § 406 BGB. und nach der bekannten Praxis des Reichsgerichts nicht gegeben. Trotzdem drängt

das praktische Bedürfnis zur Zulassung eines auf 200 Mk. gehenden Differenzanspruchs, den mein Verkäufer zu befriedigen hat, wogegen ich an den Zessionar nichts zu bezahlen brauche. Denn andernfalls gelangt man zu dem seltsamen Resultate, daß ich von meinem Verkäufer zwar 1400 Mk. verlangen kann, aber nur dagegen, daß ich Zug um Zug 1200 Mk. als Kaufpreis für einen Gegenstand, der mir nicht geleistet wird, an den Zessionar bezahle. Das heißt praktisch soviel: um meinen Schaden vergütet zu erhalten, muß ich, obschon ich für die anderweite Anschaffung 1400 Mk. verausgabt habe, nochmals 1200 Mk. aufbringen. Habe ich diese nicht zur Hand, so kann ich meinen Anspruch gegen den Verkäufer nicht realisieren! Das ist doch ein unleidliches Ergebnis!"

Referent und Korreferent sind so zu Ziff. 1 Satz 2 des vorgelegten Antrages gelangt.

„Unterläßt der Schadensersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann grundsätzlich der Schadensersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen. Die Voraussetzungen der Aufrechnung brauchen hierbei nicht gegeben zu sein."

Dr. Strohal wendet sich hierauf den anderen Fällen zu, in denen die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung keine Geldleistung, sondern eine Leistung anderer Art ist. Zunächst behandelt er die verschiedenen Variationen des Differenzanspruchs, insbesondere auch das Verhältnis der §§ 325 und 326 zu § 280 BGB., welch' letztere Bestimmung den Schadensersatz wegen Nichterfüllung im allgemeinen betreffe; auch wird gestreift, daß die Denkschrift zum neuen Handelsgesetzbuch bei Behandlung der Kontroverse eine erhebliche Rolle spiele.

Sodann fährt Dr. Strohal fort:

„Ist es zutreffend, wenn gesagt wird, daß sich die §§ 325, 326 BGB. nur auf den Differenzanspruch beziehen? Ist es richtig, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne der §§ 325, 326 der Differenzanspruch ist und ein anderer Anspruch nicht sein kann?"

Dr. Strohal betont die scharfe Trennung zwischen dem Falle des Rücktritts und dem Schadensersatzanspruch in § 325; dann, daß die Redaktoren des Gesetzes das Verhältnis zwischen §§ 325 und 280 nicht bestimmt haben; wenn der Gesetzgeber sich bewußt gewesen wäre, daß es sich im § 325 um die Regelung des Differenzanspruchs handle, so hätte er sich ganz anders ausdrücken müssen, als er sich ausgedrückt habe.

Dr. Strohal geht aber noch weiter. Er glaubt behaupten zu dürfen, daß es auch gar nicht richtig sein würde, wenn im § 325 der Anspruch auf Schadensersatz nur als Differenzanspruch gegeben wäre. Dies würde unter Umständen zu ganz ungesunden und verkehrten Resultaten führen. Man denke bei unserer Frage zunächst nur an die Fälle des Handelsrechts. Die §§ 325, 326 spielten aber auch eine Rolle in den Fällen des gewöhnlichen Lebens, und an einen solchen Fall des gewöhnlichen Lebens möchte er anknüpfen.

Dr. Strohal greift hier auf sein Beispiel von dem Tausche des Schimmels gegen den Rappen zurück und sagt schließlich:

„Es geht nicht an, daß Kläger den Gewinn, den er durch Weiterverkauf des Schimmels hätte erzielen können, ersetzt begehrt und dabei zugleich die Chance eines günstigen Verkaufs des Rappens für sich behalten will. Durch Verschulden meines Stallburschen ist der Schimmel zugrunde gegangen, und ich muß deswegen vollen Schadenersatz im Betrage von 1500 Mk. leisten. Allein wenn ich dies tue, so verlange ich dagegen den Rappen, für den ich wieder einen Liebhaber habe, der ihn zu einem Preise von weit über 1200 Mk. nimmt. Ist dies nicht ganz zutreffend? Würde es hier mit der Billigkeit verträglich sein, daß der Schadensersatzberechtigte wegen des Schimmels etwa 300 Mk. als Gewinnentgang vergütet erhält und zugleich den Rappen einbehält, wobei er zugleich die Chancen eines günstigen Verkaufs des Rappens für sich behielte?"

Dr. Strohal würde es deshalb für unrichtig halten, wenn das Gesetz in § 325 dem Schadensersatzberechtigten schlechthin das Recht zur Geltendmachung des Differenzanspruchs gewährte. Das wäre legislatorisch verfehlt.

Auch werde für den Fall der teilweisen Unmöglichkeit in Satz 2 des 1. Absatzes von § 325 gerade auf denjenigen § 280 hingewiesen, welcher mit dem Differenzanspruch gewiß nichts zu schaffen habe.

Etwas anders stehe die Sache allerdings mit dem § 326.

Wenn man annehme, es müsse auch im Falle des Verzugs des Käufers mit dem Kaufpreise der Verkäufer seinerseits erfüllen, dann bestehe der sogenannte Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in nichts anderem als in dem Anspruch auf den Kaufpreis und auf Schadensersatz wegen dessen verspäteter Entrichtung. Nahe zu liegen scheine deshalb der Schluß, daß der Gesetzgeber dies nicht gewollt haben könne, und daß unsere Bestimmung einen praktischen Inhalt nur durch die Auffassung gewinne, daß der Verkäufer seine Leistung einbehalten könne und den Anspruch auf die Differenz habe.

Entscheidend sei aber folgender Punkt. § 326 müsse auch auf alle Fälle bezogen werden, in denen der Differenzanspruch keine Rolle spielen könne, und wenn das der Fall sei, dann könne der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne des § 326 mit dem Differenzanspruch nicht identisch sein. Dr. Strohal weist hier, wie schon vorher einmal, auf die Möglichkeit eines Zusammentreffens von Leistungs- und Empfangsverzug hin. „Man denke wieder an einen Tausch! Der eine der Tauschenden hat den anderen Teil in Leistungsverzug und in Empfangsverzug versetzt. Der Schadensersatzberechtigte hat kein Interesse am Behalten seiner Leistung und zwar umsoweniger, als die Gefahr des von ihm zu leistenden Gegenstandes bereits vom Gegner zu tragen ist. Er will also leisten gegen die ihm gebührende Gegenleistung, an deren Bewirkung er vorläufig noch ein Interesse hat.

Er stellt daher dem anderen Teile eine Frist nach § 326 mit der Bestimmung, daß er nach Ablauf der Frist die Erfüllung ablehne, daß er aber

zugleich den anderen Teil verantwortlich mache für die Folgen des Annahmeverzugs und deshalb in keiner Weise geneigt sei, den von ihm zu leistenden Gegenstand zu behalten. Es würden also durch § 326 auch Fälle getroffen, in denen von einem Differenzanspruch nicht die Rede sein könne.

Diese Ausführung Dr. Strohals bezüglich des § 326 stellt sich als etwas einseitig dar, da er nur vom Interesse des Schadensersatzberechtigten ausgeht, nicht auch des Schadensersatzverpflichteten, wie es bei Kisch und v. Mayr geschieht.

Strohal fährt fort: „Was ist die Summe des Gesagten? Ich finde sie darin, daß die Annahme, „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" im Sinne der §§ 325, 326 bedeute schlechthin nur den Differenzanspruch, als ausgeschlossen zu betrachten ist." Wortinterpretation könne bei unserer Frage nicht zum Ziele führen; man müsse auf die einfachen Grundgedanken des Gesetzes zurückgehen, um aus diesen das herauszuarbeiten, was man für das Leben brauche. Seines Erachtens stünden die Dinge so: Das Gesetz spreche sich ausführlich darüber aus, wann ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags zulässig sei; worin dieser Anspruch bestehe, bestimme das Gesetz dagegen nicht. Und nun kommt Dr. Strohal zu einer kühnen Wendung; während man sich bisher abquälte mit der Frage, worin der Schadensersatz nach §§ 325, 326 bestehe, führt er folgendes aus.

Es sei gut, daß sich das Gesetz hierüber nicht ausspreche. Der eine Redaktor habe sich bei der Beratung des Gesetzes vielleicht dies, der andere vielleicht jenes gedacht; das gehe uns nichts an. Wir könnten nur konstatieren, daß das Gesetz hinsichtlich unserer Frage feste Regeln nicht aufstelle. Worin der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages bestehe, hätten wir somit nach der konkreten Sachlage und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu ermitteln, und wir würden bald finden, daß dieser Schadensersatzanspruch unter Umständen so geartet sei, daß der Schadensersatzberechtigte seinerseits erfüllen müsse, bald wieder so, daß er sich als Differenzanspruch darstelle.

Für die zweite Möglichkeit bezieht sich Dr. Strohal auf besondere gesetzlichen Bestimmungen, auf § 376 des neuen Handelsgesetzbuchs, § 18 KO., § 3 des Depotgesetzes. Er erklärt aber den Differenzanspruch für berechtigt auch in Fällen, in denen das Gesetz in dieser Beziehung nichts bestimmt, und zwar sowohl auf dem Boden des Handelsrechts, als auch in den Fällen des gewöhnlichen Lebens.

Dr. Strohal führt nun wieder eine Reihe von Beispielen an.

Insbesondere kommt Dr. Strohal auf „den wunderschönen handelsrechtlichen Fall", welcher der bekannten Reichsgerichtsentscheidung vom 11. April 1902, enthalten im 50. Bande der civilrechtlichen Entscheidungen, zugrunde liegt.

Ob man auch mit jedem Worte der Begründung einverstanden sein könne, sei eine andere Frage.

Schließlich gibt Dr. Strohal noch einen Überblick über seine Ausführungen und bemerkt, es werde bezüglich der zweiten Gruppe von Fällen die ziemlich allgemein lautende Formel der Lit. b des Antrags vorgeschlagen, welche den Differenzanspruch nicht zurückweise, sondern ihn unter Umständen vielmehr für zulässig erkläre, zugleich aber doch wieder in der Beurteilung des einzelnen Falls freie Hand lasse [1]).

2.

Professor Dr. Kipp

ist in der Sache selbst hocherfreut darüber, daß Dr. Strohal im großen ganzen doch eine Lanze gebrochen habe für den Differenzanspruch.

Auch er, Kipp, hält die Ansicht, daß der Differenzanspruch allein stünde, für indiskutabel; es könne sich seiner Überzeugung nach nur darum handeln, ob neben dem aus allgemeinen Gründen fließenden Anspruche auf Schadensersatz gegen Gegenleistung auch noch, unter gewissen Umständen oder alternativ nach Wahl des Gläubigers, ein Differenzanspruch bestehe.

Nur Lit. 2 oder b des Antrages würde er von seinem Standpunkt aus so fassen: „Besteht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung nicht in einer Geldleistung, so kann er auf Grund der §§ 325, 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne des Differenzanspruchs verlangen."

Er würde also den Bedingungssatz:

> „wenn ihm die Bewirkung dieser Leistung billiger Weise nicht mehr zugemutet werden kann"

streichen.

Da aber die Referenten ihrem Antrag eine Einleitung gegeben hätten, welche Jedem eine reservatio mentalis ermögliche, indem es dort heiße: „Ohne der endgültigen Erledigung der Frage durch Wissenschaft und Praxis vorgreifen zu wollen, beantragen wir das und das" —, so will Kipp auf einen Gegenantrag verzichten.

3.

Professor Dr. Enneccerus.

Dr. Enneccerus steht im allgemeinen auf dem Standpunkte des Referenten Dr. Strohal.

Dr. Enneccerus ist aber mit dem Satze in Ziffer 1 (Lit. a)

> „Unterläßt der Schadensersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann grundsätzlich der Schadensersatzverpflichtete auf ihre Vornahme bestehen"

nicht einverstanden.

Dr. Enneccerus führt folgenden Fall an.

„Jemand — etwa ein Paar, das sich verheiraten will — hat sich eine Wohnung gemietet, hierbei aber ausbedungen, daß der Mietpreis erst nach

1) Der Antrag wolle aus dem unten (S. 97) angeführten Beschlusse des Juristentags entnommen werden.

einem Jahre gezahlt wird. Es hat große Auslagen gehabt und kein Geld flüssig; nach einem Jahre steht das Geld zur Verfügung, jetzt nicht. Der Vermieter, dem die Sache leid wird, vermietet die Wohnung weiter. Er sagt: ihr könnt nur die Differenz verlangen, die will ich zahlen und die ist recht klein, vielleicht gleich Null. Aber dem verlobten Paare ist damit nicht gedient; es will die Wohnung gegen einen kreditierten Preis mieten.

Darum möchte er vorschlagen, diesen Passus zu streichen. Werde aber doch Wert darauf gelegt, die Frage zu ordnen, so könne man dem Schadensersatzpflichtigen jedenfalls nur ausnahmsweise, nämlich wenn besondere Billigkeitsgründe dafür sprechen, das Recht geben, sich durch Leistung der Differenz zu befreien. Grundsätzlich ihm das Recht geben, zu sagen: Ich zahle nur die Differenz, das würde er für eine schwere Unbilligkeit halten.

4.

Professor Dr. Kisch

bittet um Ablehnung des Antrags der Referenten.

Dr. Kisch erklärt, er sei sich zwar bewußt, daß er für eine an dieser Stelle verlorene Sache kämpfe, aber er wolle nicht den Rückzug antreten, ohne der trotz allem noch herrschenden Austauschtheorie ein Wort der Verteidigung zu widmen. Auf die betreffenden Ausführungen muß hier Bezug genommen werden.

5.

In origineller Weise spricht sich

Rechtsanwalt Dr. Wildhagen

für die Anträge aus.

An sich werde der Schadensersatzberechtigte dadurch, daß sein Gegner infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes von seiner Vertragsverpflichtung frei werde, von seiner Verpflichtung nicht auch frei. Aber der dem Ersatzberechtigten hierdurch entstehende Schaden könne ihm nach Lage der Umstände möglicher Weise nur dann voll ersetzt werden, wenn er nunmehr auch seinerseits nicht mehr zu erfüllen brauche. Dann werde ein Faktor seines Schadensersatzanspruches heißen: Ich muß befreit werden von meiner Verbindlichkeit. „Aber es können auch Fälle vorkommen, wo es durchaus nicht zu meinem Schaden gereicht, daß ich von meiner Verbindlichkeit nicht befreit bin, sondern wo ich im Gegenteil sagen muß, mein Interesse erfordert, daß ich meine Verbindlichkeit erfülle und die den Gegenstand des Vertrages bildende Sache los werde. Dann werde ich doch nicht als Schadensersatz verlangen: Ich will von der Verbindlichkeit, die mir obliegt, frei werden."

Nun werde allerdings die Praxis geneigt sein, zu sagen: ja, das sind ganz schöne Erwägungen, die erfüllen aber nicht die Anforderungen der Praxis; die Praxis hat andere Bedürfnisse, sie drängt nach einer festen Regel, die für alle Fälle gleichmäßig gilt. Er gebe zu, daß in einem gewissen Umfange dieses Verlangen ein berechtigtes sei, und er glaube, daß denjenigen Herren, die, sei es ausgesprochen oder unausgesprochen, von diesem Verlangen getrieben würden,

in erster Linie die Verhältnisse des Großhandels vorschweben. Das müsse wohl von einem jeden, der einigermaßen die Verhältnisse kenne, anerkannt werden, daß das Interesse des Großhandels im allgemeinen schablonenmäßige Behandlung der Geschäfte verlange. Insbesondere im Börsenverkehr müsse man sicher wissen: was ist die Rechtsfolge, wenn eine gewisse Lage der Dinge eintritt? Ganz anders lägen aber die Verhältnisse des kleinen Verkehrs, des gewöhnlichen Verkehrs des täglichen Lebens. Da würde es im hohen Maße bedenklich sein, für diese Verhältnisse ebenfalls eine derartige Schablone anzuwenden, wie sie der Großverkehr mit Recht fordere.

6.

In äußerst wirkungsvoller Weise spricht sich

Oberlandesgerichtspräsident Hamm

für die Bedürfnisse des Handelsverkehrs aus.

Nach ihm fällt die Schuld an der Streitfrage, die den Juristentag beschäftigt, den Verfassern des BGB. zu, welche die Bestimmungen nicht klar gefaßt haben. „Ihr Hauptfehler war der, daß sie die Bestimmungen zu allgemein faßten, insbesondere Handelssachen und Nicht-Handelssachen in einen Topf warfen. Zudem hieß es dann bei Abänderung des Handelsgesetzbuches: „„Die in diesem enthaltene — praktisch bewährte — Bestimmung brauchen wir nicht mehr, das steht jetzt im BGB. allgemein"". Und nun belehren uns die Herren Professoren, daß es nicht im BGB. steht. Wenn es Theoretiker gibt, die glauben, ohne Differenzanspruch könnten wir praktisch in Handelssachen auskommen, so ist das eine unbegreifliche Weltfremdheit. Prozesse aus dem Handelsverkehr, aus dem Warenverkehr, in welchen es sich um die vorliegende Frage handelt, sind das tägliche Brot der Gerichte; die zerbrochenen Schalen und die vertauschten Rappen und Schimmel von welchen Dr. Strohal sprach, bekommen wir nicht zu sehen. Es werden wohl bei dem Oberlandesgerichte Köln jede Woche 20 oder mehr Prozesse verhandelt, wo eine Handelsware im Preise gesunken ist und der Käufer im Annahmeverzug ist. Es handelt sich um vertretbare, um Handelssachen, die man jeden Tag zum Tagespreise haben kann. Die Waren sind vom Verkäufer auf Konjunktur verkauft, er kann sie sich jeden Tag verschaffen; nun fällt der Preis und der Käufer will die Waren nicht annehmen oder kann sie auch nicht annehmen, da er sie mit dem Erlöse beim Weiterverkauf bezahlen wollte, jetzt aber nicht soviel für die Ware erlösen kann. Da ist es doch naiv, wenn man verlangt, der Verkäufer solle nun zuerst die Kohlen, das Petroleum oder was es sonst für Waren sind, die vielleicht fortwährend im Preise zurückgehen, ankaufen und dem Käufer anbieten. Oder wenn der Verkäufer die Waren bereits besitzt, soll er sie, während der Preis weiter fällt, an sich halten, um sie dem Käufer anbieten zu können. Und wenn der Käufer sie nicht nimmt, dann soll der Verkäufer erst gegen ihn auf Annahme und Zahlung des vereinbarten Kaufpreises klagen. Hat er das Urteil und schreitet zur Exekution, dann zeigt sich,

daß der Käufer insolvent ist. Der Verkäufer hat Not, von ihm die Differenz herauszubekommen. Nun soll er noch erst durch Anschaffen oder Festhalten der im Preise fallenden Kohlen seinen Schaden größer machen und dann zusehen, wie er das auch noch verliert. Das würde nichts anderes bedeuten als gutes Geld dem schlechten nachwerfen. Der Kaufmann muß wissen, woran er ist. Er muß als Verkäufer wissen, ob er dem im Annahmeverzug befindlichen Käufer sagen darf: Ich verlange die Differenz, oder ob er ihm die Ware anbieten muß. Wenn er erst eine vielleicht durch alle Instanzen gehende gerichtliche Entscheidung darüber abwarten soll, was im einzelnen Falle der Billigkeit entspricht, so ist ihm durch die vorgeschlagene Ordnung der Frage wenig geholfen.

Ich möchte daher die Antragsteller und die Abteilung dringend bitten, den in Rede stehenden Satz in Nr. 2 (Lit. b) „wenn ihm die Bewirkung dieser Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann" zu streichen. Dann ist ein Vergleich abgeschlossen, auf Grund dessen wir praktisch arbeiten können. Dann, aber auch nur dann hat der Deutsche Juristentag wieder einmal eine Streitfrage auf das Schönste erledigt, Differenzen zwischen Theorie und Praxis glücklich zu lösen verstanden. Für eine solche Lösung möchte ich aufrichtig den Dank aussprechen der Theorie und vor allem aber auch dem Reichsgericht, das den Mut gehabt hat, die Frage ohne ängstliche Rücksichtnahme auf den Wortlaut der Gesetzesparagraphen nach der Natur der Sache und nach dem Bedürfnis des Verkehrs zu entscheiden."

Gegen Hamm wendet sich

Professor Dr. Enneccerus.

Der Antrag Hamms bedeute einfach, die ganzen Ausführungen Strohals praktisch zu beseitigen durch den Hinweis darauf, daß der Großhandel gewisse Wünsche habe und daß sich das übrige Publikum dem Großhandel zu akkomodieren habe. Er sei allerdings überzeugt, daß dasjenige, was Oberlandesgerichtspräsident Hamm ausgeführt habe, für den Großhandel, nicht in allen, jedoch in sehr vielen Fällen zutreffe. Ebenso überzeugt sei er aber, daß die Praxis auf Grund des Antrages, wie ihn Dr. Strohal gestellt habe, diesen Bedürfnissen des Großhandels in vollstem Maße gerecht werden könne und werde. Aber er halte es für sehr bedenklich, den für den Großhandelsverkehr passenden Weg nun auch für alle anderen, dem gewöhnlichen Leben angehörigen Fälle vorzuschreiben. Er bitte daher den Antrag Hamm auf alle Fälle abzulehnen.

7.

Korreferent Dr. Neumann:

Es frage sich: kann es Fälle geben, welche den Differenzanspruch notwendig machen, und kann es Fälle geben, welche den Erfüllungsanspruch notwendig machen? Er komme zu dem Resultate, daß beide Fälle möglich sind. Aus diesem Grunde habe er sich die Meinung gebildet, das Gesetz müsse auch die Möglichkeit gewähren, diesen Schadensersatzanspruch je nach

dem Fall in der einen oder anderen Art zu begründen; es müßten also grundsätzlich beide Arten des Schadensersatzes zulässig sein.

Nachher seien ihm die beiden Gutachten zu Gesicht gekommen, und er habe gesehen, nicht zu seinem Erstaunen, sondern so, wie er es nach der Literatur erwartet habe, daß beide Standpunkte in sehr logischer Anordnung und wissenschaftlicher Begründung vertreten werden konnten. Es ergebe sich daraus weiter der Schluß, daß durch die logische und historische Interpretation und unmittelbar aus den Worten des Gesetzes eine Lösung nicht zu finden sei. Im übrigen aber bestehe Einverständnis der Antragsteller, dem Bedenken von Dr. Enneccerus insoweit entgegenzukommen, daß in Abs. 1 (Lit. a) der Satz 2 so formuliert werde:

„Unterläßt der Schadensersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann der Schadensersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen, soweit dies der Billigkeit entspricht."

Professor Dr. Strohal:

Wissenschaft und Praxis würden sich mit dem Thema weiter beschäftigen und es allmählich seiner Erledigung, von der wir heute noch weit entfernt seien, zuführen.

Auf die Möglichkeit weiterer Ausnahmefälle habe Dr. Enneccerus hingewiesen. Er halte seine Ausführungen für vollkommen zutreffend und mit Rücksicht auf sie hätten Neumann und er den zweiten Teil der Ziff. 1 des Antrages etwas modifiziert, wozu Kollege Enneccerus seine Zustimmung erklärt habe. Ziff. 1 des Antrages habe danach zu lauten:

„Geht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung auf Geld, so kann er als Schadensersatz grundsätzlich denjenigen Geldbetrag begehren, welcher sich nach Anrechnung seiner Leistung als Überschuß ergibt. Unterläßt der Schadensersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann, soweit dies der Billigkeit entspricht, der Schadensersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen. Die Voraussetzungen der Aufrechnung brauchen hierbei nicht gegeben zu sein."

Es sei ferner angeregt worden, in Ziff. 2 die Worte: „wenn ihm die Bewirkung dieser Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann" zu streichen.

Es würde aber dann ausgesprochen sein, daß der Anspruch auf Schadensersatz im Sinne der §§ 325, 326 lediglich der Differenzanspruch sei, und das würde er für juristisch unzulässig halten.

Oberlandesgerichtspräsident Hamm

zieht seinen Antrag, über den letzten Satz von Nr. 2 besonders abzustimmen, zurück, wenn sich die Referenten damit einverstanden erklärten, daß noch ein Schlußsatz hinzugefügt werde, der laute:

„Letztere Erwägung wird bei Handelsgeschäften über Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, auch wenn diese Geschäfte nicht Fixgeschäfte sind, im Falle des Annahmeverzugs des Käufers regelmäßig zutreffen."

Professor Dr. Strohal

will gegen diesen Zusatz keinen Einspruch erheben. Der sich darin ausprägende Gedanke entspreche ja vollständig dem, was er vorhin ausgeführt habe.

Bei der Abstimmung wird Ziffer 1 unter Ersetzung des Wortes „grundsätzlich" durch die Worte „soweit dies der Billigkeit entspricht" und Ziffer 2 unverändert, aber mit dem Zusatze:

„Letztere Erwägung wird bei Handelsgeschäften über Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, auch wenn diese Geschäfte nicht Fixgeschäfte sind, im Falle des Leistungsverzugs des Käufers regelmäßig zutreffen",

einstimmig angenommen.

Der gefaßte Beschluß lautet schließlich unter Weglassung der Worte „im Falle des Annahmeverzugs" und „im Falle des Leistungsverzugs" wie folgt:

„a) Geht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung auf Geld, so kann er als Schadensersatz grundsätzlich denjenigen Geldbetrag begehren, welcher sich nach Anrechnung seiner Leistung als Überschuß ergibt. Unterläßt der Schadensersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann, soweit es der Billigkeit entspricht, der Schadensersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen. Die Voraussetzungen der Aufrechnung brauchen hierbei nicht gegeben zu sein.

b) Besteht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung nicht in einer Geldleistung, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Einbehaltung und den Umständen entsprechender Anrechnung seiner Leistung dann verlangen, wenn ihm die Bewirkung dieser Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann. Diese Bedingung wird in der Regel gegeben sein bei Handelskäufen über Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, auch wenn es sich nicht um Fixgeschäfte handelt."

Meine eigene Auffassung kann ich kurz zusammenfassen, da ich ohne Wiederholung der für das Für und Wider sprechenden Gründen nur an die bisherigen Ausführungen anzuknüpfen brauche. Der erste Eindruck, den man von dem Inhalte der §§ 325 und 326 BGB. empfängt, ist zweifellos der, daß sich Schadensersatz und Rücktritt gegenseitig ausschließen, was auch durch die Motive in klarster Weise bestätigt wird.

Ebenso erscheint es klar, daß dem Schadensersatz die Verpflichtung zur Gegenleistung gegenübersteht.

Gegen die konsequente Durchführung dieser Anschauung erhebt sich jedoch, wie wir gesehen haben, ein gewaltiger Widerspruch; namentlich die wuchtige Beweisführung Schöllers, die autoritative Stimme des Reichsgerichts und die hinreißende Beredsamkeit des Oberlandesgerichtspräsidenten Hamm tun unwiderleglich dar, daß noch eine andere Auffassung berechtigt und jedenfalls gleichberechtigt ist.

Professor Dr. Strohal stellt sich mit seinen glänzenden Ausführungen auf dem Standpunkt der Versöhnung und Ausgleichung der beiden Anschauungen und weiß den Juristentag hiefür zu gewinnen. Kisch hatte daher keinen

hinreichenden Grund, sich als völlig überwunden zu erklären. Es hätte deshalb auch in der Resolution die Gleichberechtigung des Ersatzanspruchs, unter Verpflichtung zur Gegenleistung, mit dem Differenzanspruche entschiedener betont werden sollen. Auch Kisch hat übrigens, wie oben gezeigt, wenigstens de lege ferenda der Differenztheorie Rechnung getragen.

Wie aber kommt die Versöhnung zwischen beiden Auffassungen in befriedigender Weise zu Stande?

Von der einen Seite werden die §§ 280, 281 BGB. zu Hilfe genommen; von der anderen wird, statt sich in die Interpretation der §§ 325, 326 zu vertiefen, mit einer kühnen Wendung darauf hingewiesen, daß diese Paragraphen die Art des Schadensersatzes überhaupt nicht regeln wollen.

Das Entscheidende aber ist meines Erachtens, daß bei gewisser, von Hamm, Strohal u. A. gekennzeichneter, Sachlage dem Verlangen der Gegenleistung die exceptio oder replica doli (generalis) entgegensteht, oder, um in der Sprache des BGB. zu sprechen, daß § 242 mit § 157 BGB. zur Anwendung kommt; es hat sohin die Vertragsauslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfolgen. Diese Grundsätze erfordern aber bei gegebener Sachlage, daß die Gegenleistung in Wegfall kommt und die Differenz zwischen dieser und dem Schadensersatzbetrage von dem Verpflichteten zu leisten ist.

Mit diesem Gesichtspunkte verbindet sich der weitere, daß schon in dem Zurückbehalten der Gegenleistung ein Teil des Schadensersatzes enthalten ist, wie auch Wildhagen bemerkt hat (siehe auch Staub, 6. Aufl., Anm. 24, S. 1279).

Nach dem Grundsatze von Treu und Glauben darf aber, wie auch Endemann (Bd. 1 S. 423 ff.) zutreffend ausführt, der Gläubiger nicht begehren, was der Billigkeit widerspricht, der Schuldner keinen Einwand erheben, der gegen die geläuterte Rechtsanschauung verstößt.

Zur unmittelbaren praktischen Geltung gelangt nach Endemann die natürliche Billigkeit in der Form der exceptio doli (generalis).

„Ein Klagebegehren (bezw. auch eine Einwendung) kann nach dem ganzen Sachverhalte, obwohl formal berechtigt, dennoch als Verstoß gegen die Handlungsweise eines anständigen Mannes (besser: gegen die Billigkeit) sich darstellen. Daher heißt es D 45 l. 36: Idem est, et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet" (Anm. 11).

Als Fortschritt ist es zu begrüßen, daß vom Juristentag, allerdings nach Vorgang des BGB, die Billigkeit als legitimes, praktisches Prinzip anerkannt wurde.

Nach dem Ausgeführten würde ich vorschlagen, den Beschluß des Juristentages unter Lit. b Satz 1 in folgender Weise zu fassen:

Besteht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung nicht in einer Geldleistung, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Bewirkung seiner Leistung verlangen; wenn ihm jedoch die Bewirkung seiner

Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann, so ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Einbehaltung und den Umständen entsprechender Anrechnung seiner Leistung zu begehren.

Anm.: Die Ausführungen im „Recht" Nr. 20/1905 über denselben Gegenstand sind erschienen, nachdem vorstehender Aufsatz bereits zur Drucklegung fertiggestellt war; aus diesem Grunde sind im letzteren jene Ausführungen nicht berührt. Übrigens stellt sich der Aufsatz im „Recht" hauptsächlich auf den Standpunkt des angeführten reichsgerichtlichen Urteils, sohin auf den der Differenztheorie, der vorstehend bereits gewürdigt wurde. Doch bleibt vorbehalten, auf die bezeichnete Abhandlung zurückzukommen.

II. Die Fassung des Klageantrags, wenn vertragsgemäß über die Folgen eines Unfalls eine Ärztekommission zu entscheiden hat.

Von Oberlandesgerichtsrat Geh. Justizrat H. Meyer in Breslau.

In den Verträgen über Unfallversicherung findet sich häufig, nur mit geringen Abweichungen im Ausdruck, die Bestimmung:

> Über die Beschränkung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten und deren Grad, sowie über den ursächlichen Zusammenhang mit dem erlittenen Unfall entscheidet eine Kommission von Ärzten mit Ausschluß des Rechtswegs. Im übrigen hat über die vom Versicherten geltend gemachten Ansprüche das Gericht zu entscheiden.

Mitunter wird die Kommission, über deren Zusammensetzung wohl stets genaue Vorschriften getroffen sind, auch „Schiedsgericht" genannt. Das kommt auf eins heraus, denn ein wirkliches Schiedsgericht wird es damit doch nicht; es ist nur ein ungenauer Ausdruck, denn dies sog. Schiedsgericht soll ja nicht den ganzen Rechtsstreit entscheiden (vgl. Entsch. d. RGer. Bd. 24 S. 211, Bd. 45 S. 351). Infolgedessen kommt § 274 Abs. 3 CPO. nicht zur Anwendung, und § 274 Schluß gilt auch nicht.

Wenn die Ärztekommission ihren Spruch dahin getan hat, daß der Versicherte infolge des Unfalls um 60 % im Erwerbe beschränkt sei, und im Vertrage bei voller Erwerbsunfähigkeit 30000 Mk. zugesichert sind mit dem Bemerken, daß bei teilweiser Erwerbsunfähigkeit der Prozentsatz zu wählen sei, so wird wohl die Versicherungsgesellschaft dem Versicherten in Güte die ihm zukommenden 18000 Mk. zahlen. Geschieht das nicht, so macht der Klageantrag keine Schwierigkeit, es wird einfach auf Zahlung von 18000 Mk. geklagt. Es ist dann freilich noch immer möglich, daß die Klage abgewiesen wird, denn es hat das Gericht noch allerlei andere Punkte zu prüfen, mit denen sich die Ärztekommission nicht zu befassen hatte. Es kann immer noch angenommen werden

1) ein Unfall ist unerwiesen, oder
2) der Versicherte hat sein Recht verwirkt durch Verspätung der Anzeige, unwahre Angaben, Verschweigen von Krampfadern bei der An-

meldung u. s. w. Derartige Verwirkungen pflegen ja auch gewöhnlich bedungen zu werden.

Dies alles macht keine Schwierigkeit. Ebenso wird einfach auf Zahlung geklagt, wenn zwar die Klage sich nicht auf den Spruch der Ärzte stützt, aber anzunehmen ist, die Bestimmung des Vertrags sei unanwendbar. Ich denke hier an den besonderen in Entsch. d. RGer. Bd. 45 S. 351 behandelten Fall, da angenommen ist, der Klageweg stehe dem Versicherten in vollem Umfange in einem Falle zu, da die Gesellschaft einen ungeeigneten Arzt erwählt hatte.

Dagegen kann man nicht annehmen, wiewohl dies auch einmal von einem Anwalt geltend gemacht ist, die Vertragsbestimmung trete außer Anwendung, wenn die Versicherungsgesellschaft den Anspruch und das Berufen des Schiedsgerichts ablehnt, weil sie der Ansicht ist, der Unfall habe überhaupt nicht stattgefunden oder es sei das Recht des Versicherten verwirkt. Man kann es der Gesellschaft nicht verdenken, wenn sie solchenfalls die Weitläufigkeiten und Kosten einer vielleicht oder wahrscheinlich nutzlosen Begutachtung durch Ärzte vermeiden will und die Fragen, über welche das Gericht zu entscheiden hat, vorab entschieden sehen will.

Wie soll da der Kläger den Klageantrag formulieren? Ein Antrag auf Verurteilung zur Zahlung von 18 000 Mk. ist nicht am Platze. Wenn nicht etwa die beklagte Gesellschaft einwilligt, daß das Verfahren ruhen bleibe und erst die von der Ärztekommission zu treffende Entscheidung eingeholt werden soll, muß auf Antrag der Beklagten die Klage abgewiesen werden, weil das Gericht über das Vorhandensein eines Teiles des Klagegrundes nicht entscheiden darf.

Die in der Praxis vorgekommene Fassung:

Ich beantrage festzustellen, daß der Kläger einen Unfall im Sinne des Versicherungsvertrags erlitten hat,

wenn nämlich sich der Streit vor Gericht gerade darum dreht, ist sicherlich unzulässig. Denn es handelt sich hier doch nicht um Feststellung eines Rechtsverhältnisses.

Ebenso kann man, wenn der Streit sich darum dreht, ob eine Verwirkung des Rechtes des Klägers eingetreten sei — was in der Praxis sehr oft vorkommt —, nicht beantragen,

festzustellen, daß das Recht des Klägers nicht verwirkt sei.

Denn eine Feststellung eines Rechtsverhältnisses (CPO. § 256) würde darin auch nicht zu finden sein.

Da ist man nun auf den Ausweg geraten, den Antrag so zu formulieren, die Beklagte zu verurteilen, den Kläger wegen des am u. s. w. erlittenen Unfalls nach Maßgabe der Vertragsbedingungen zu entschädigen.

So ist auch wohl von Gerichten erkannt, welche dann in den Gründen sagten, ein Unfall sei erwiesen und der Fall einer Verwirkung liege nicht vor, aber

die Höhe der Entschädigung könne nur von der Ärztekommission festgesetzt werden.

Dieser Ausweg ist aber nur gangbar, wenn die Beklagte zugibt, daß infolge des Unfalls wenigstens eine geringe Erwerbsfähigkeits-Beschränkung eingetreten sei. Aber dieser Fall ist gewiß nicht häufig, meistens wird die Gesellschaft sagen, das solle eben erst die Kommission entscheiden, sie müsse es bestreiten. Dann kann man diesen Ausweg nicht wählen, denn wenn man noch nicht weiß, ob der Kläger auch nur einen einzigen Pfennig zu fordern berechtigt ist, kann man doch nicht die Beklagte zur Entschädigung verurteilen. Wollte das Gericht in einem solchen Falle nach dem Antrag erkennen, so würde das folgenden Sinn haben: Wenn die Kommission einen Grad der Erwerbsunfähigkeit feststellen sollte als Folge des Unfalls, so soll danach der entsprechende Prozentsatz von 30 000 Mk. bezahlt werden. Ein solches bedingtes Urteil darf man doch nicht erlassen.

Das einfachste ist, zu beantragen,

die Beklagte zu verurteilen, die Ärztekommission zur Entscheidung der Frage, ob und in welchem Grade der Kläger infolge des Unfalls vom u. s. w. in der Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt sei, zusammentreten zu lassen.

Um dem Antrage stattgeben zu können, prüft das Gericht die Voraussetzungen, die seiner Beurteilung nicht entzogen sind, es sagt also, wenn es demgemäß erkennt, in den Gründen, der Unfall sei erwiesen und das Recht des Klägers sei nicht verwirkt.

Beim Oberlandesgericht in Breslau haben wir auch so erkannt, als der Kläger einen dahin gehenden Eventualantrag stellte.

III. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Übergangsrecht hinsichtlich der Erziehung von Kindern aus geschiedener Ehe; Erziehungsrecht nach Gemeinem Recht und Bayer. LR. (EG. z. BGB. Art. 206)*).

Tatbestand. Der Kunstmaler L. in München war in erster Ehe mit Magdalena, Gräfin v. M., der jetzigen Klägerin, verheiratet. Die Ehe war am 4. Juni 1887 geschlossen worden und wurde auf Klage von L. durch Urteil des Landgerichts München I vom 13. Juli 1896 dem Bande nach getrennt. Als Scheidungsgrund wird in dem Urteil angegeben, daß die damalige Beklagte den Kläger böslich verlassen habe, ein Schuldausspruch war jedoch nicht verlangt und ist in dem Urteil nicht enthalten. Aus der Ehe waren

*) Wir bringen hiermit das mit allseitiger Spannung erwartete Urteil des Reichsgerichts in dem Rechtsstreit über die Herausgabe des Kindes Marion L.; im Gegensatz zum Landgericht München I, zum Oberlandesgericht München und zum Obersten Landesgericht München (s. Beschluß vom 10. Februar 1905, veröffentlicht in Bl. f. RA. 1905 S. 238 ff.) erklärt das Reichsgericht hinsichtlich der Erziehung von Kindern aus einer vor dem 1. Januar 1900 geschiedenen Ehe das frühere Recht auch dann für maßgebend, wenn einer der Ehegatten gestorben ist. Red.

2 Kinder vorhanden, Marion L., geboren am 30. Januar 1892, und Erika L., geboren am 13. März 1895. Unmittelbar vor der Scheidung, am 10. Juli 1896, schlossen die damaligen Gatten einen Vertrag, durch den sie für den Fall der Scheidung sich in Ansehung des Vermögens auseinandersetzten und hinsichtlich der Kinder folgende Vereinbarung trafen.

Von den beiden vorhandenen Kindern Marion und Erika beläßt L. die jüngere Tochter Erika ganz der Mutter. Die ältere Tochter Marion dagegen hat vom 1. Januar 1897 ab ganz zum Vater zu kommen, während sie bis dahin noch ihrer Mutter belassen wird.

Diese Vereinbarung gelangte zur Ausführung. Am 5. Oktober 1896 ging L. eine zweite Ehe mit der jetzigen Beklagten ein; dieser Ehe entstammt eine Tochter, namens Gabriele. Seine von ihm geschiedene Gattin verheiratete sich am 16. Juni 1896 mit dem Professor S in Berlin. Unter dem 13. März 1903 errichtete L. ein Testament, in dem er über sein Vermögen verfügte und unter II § 9 verordnete:

„Es ist mein wohlbedachter Wille, daß meine Tochter Marion jedenfalls bis zu ihrer Volljährigkeit — den Fall etwaiger früherer Verehelichung natürlich ausgenommen — der Obhut und Erziehung meiner zweiten Gattin Lolo, geborenen v. H., welche mütterlich für sie zu sorgen gelobt hat, unterstellt bleibt. Nach Ableben meiner Gattin bestimme ich, daß die beiden Kinder Marion und Gabriele zur Erziehung dem Fräulein v. P. in München anvertraut werden.

Meinem Testamentsvollstrecker trage ich auf, in diesem Sinne im naheliegenden Interesse meines Kindes Marion die etwa nötig werdenden Anträge an das Vormundschaftsgericht zu stellen."

Am 6. Mai 1904 starb L. Seine erste frühere Gattin verlangte nunmehr von seiner Witwe, daß ihre Tochter Marion an sie herausgegeben werde, und erhob, als dies Verlangen abgelehnt wurde, Klage auf Herausgabe des Kindes. Von dem Testamentsvollstrecker wurde dagegen, um den Verbleib des Kindes im väterlichen Hause zu bewirken, bei dem Amtsgerichte München I eine entsprechende, auf Grund des § 1666 BGB. zu treffende Anordnung beantragt. Der Beschluß über diesen Antrag ist bis zur Erledigung des gegenwärtigen Rechtsstreits ausgesetzt.

Durch Urteil der 7. Civilkammer des Landgerichts München I vom 16. Februar 1905 wurde in diesem Rechtsstreit erkannt und der Klage stattgegeben, die Berufung der Beklagten ward durch Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts München vom 27. Mai 1905 zurückgewiesen

Nunmehr hat Beklagte Revision eingelegt und beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils der Berufung zu entsprechen und die Klage abzuweisen, während Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt. Der Sachverhalt ist in Übereinstimmung mit den ergangenen Urteilen vorgetragen worden.

Entscheidungsgründe. Die Entscheidung hängt davon ab, ob in Ansehung des Rechts und der Pflicht, für die Person der Marion L. z. sorgen, jetzt das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend ist.

Nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die rechtliche Stellung der ehelichen Kinder ist die tatsächliche Fürsorge für das Kind ein Bestandteil der elterlichen Gewalt, welche das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen (§ 1627), und damit dessen Vertretung (§ 1630), das Erziehungsrecht (§ 1631), das Recht, die Herausgabe des Kindes zu verlangen, (§ 1632) und die Nutznießung am Vermögen

des Kindes (§ 1649) umfaßt. Die in §§ 1631, 1632 bezeichneten Rechte gehören zur Sorge für die Person des Kindes. Während der Ehe steht die elterliche Gewalt grundsätzlich dem Vater zu (§§ 1627, 1634). Stirbt der Vater, so geht die volle elterliche Gewalt auf die Mutter über (§ 1684 Abs. 1 Nr. 1). Diese und damit die Nutznießung am Vermögen des Kindes verliert sie, sobald sie eine neue Ehe eingeht (§ 1697 Satz 1); sie behält jedoch in diesem Falle das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, und zwar nicht neben dem Vormund, sondern an dessen Stelle, während der Vormund in Ansehung der tatsächlichen Fürsorge nur die Stellung eines Beistandes neben ihr hat (§ 1697 Satz 2). Für den Fall der Scheidung gilt lediglich die Abweichung, daß die Sorge für die Person des Kindes nach näherer Bestimmung des § 1635 anders geregelt ist. Abgesehen davon und von der Befugnis des von der tatsächlichen Fürsorge ausgeschlossenen Gatten zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde (§ 1636) gelten die vorstehend wiedergegebenen Grundsätze aber auch nach Scheidung der Ehe. Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt (§ 1635 Abs. 2); die Nutznießung am Vermögen des Kindes behält er, auch wenn er für den schuldigen Teil erklärt ist, und nach seinem Tode steht der Mutter auch dann, wenn diese für den schuldigen Teil erklärt war, die elterliche Gewalt zu, wenn oder solange sie nicht zu einer neuen Ehe geschritten war oder schreitet, während ihr in den letzteren Fällen die tatsächliche Fürsorge für das Kind nach Maßgabe des § 1697 Satz 2 gebührt. Wären diese Bestimmungen im vorliegenden Falle maßgebend, so würde die Klage zufolge § 1697 in Verbindung mit § 1632 begründet sein.

In Frage kommt, ob andere Bestimmungen gelten, weil es sich um ein Kind handelt, das einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geschiedenen Ehe entstammt. Für das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde sind seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches dessen Vorschriften zufolge Art. 203 des Einführungsgesetzes maßgebend, für Kinder aus geschiedenen Ehen ist jedoch in Art. 206 ebendaselbst eine Sonderbestimmung getroffen. Diese bezieht sich nicht auf die Vertretung des Kindes, welche sich mithin ungeachtet der Scheidung nach dem BGB. regelt. Sie betrifft die tatsächliche Fürsorge und lautet:

„Es bestimmen sich das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, nach den bisherigen Gesetzen."

Streitig ist, ob hierdurch eine Ausnahme von der Bestimmung des Art. 203 allgemein oder nur für die Zeit, daß beide Eltern noch leben, getroffen ist.

Das Landgericht nimmt an, daß die Ausnahme nur gelten solle, solange beide Eltern am Leben seien, und das Berufsgericht ist ihm hierin gefolgt. Für diese Ansicht läßt sich geltend machen, daß bei Zugrundelegung derselben der Art. 206 eine Vorschrift enthält, die am besten mit den Bestimmungen des BGB. über das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und einem ehelichen Kinde im Einklang zu stehen, daher aber dem aus dem Art. 203 ersichtlichen Willen des Gesetzgebers und dem Grundsatze zu entsprechen scheint, daß Ausnahmen von allgemeinen Vorschriften nur dann und soweit zu machen sind, als das Bedürfnis solches erfordert.

Die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß nach dem Tode des Vaters die volle elterliche Gewalt auf die Mutter übergeht, enthält gegenüber den bis dahin in Deutschland geltenden Rechte eine Neuerung. In den Motiven zum ersten Entwurf, welcher schon dieselbe Regelung in Aussicht

nahm, wird dies (Bd. 4 S. 736 zu §§ 1501, 1502 des Entwurfs) dadurch gerechtfertigt, daß grundsätzlich die volle Handlungsfähigkeit der Frau vom Entwurf anerkannt werde und daher auf dem Gebiete des Privatrechts jede Nötigung wegfalle, den Frauen da, wo sie nach den natürlichen Verhältnissen zum Handeln berufen seien, dieses Handeln zu versagen. Die nämliche Betrachtung hat dahin geführt, im Falle der Scheidung dem schuldigen Gatten nach dem Tode des andern die volle elterliche Gewalt zu geben, also selbst der Frau, wenn diese die Scheidung verschuldet hatte. Der Entwurf und ebenso das BGB. gehen eben davon aus, daß an und für sich beide Eltern gleichberechtigt seien, und daß, wenn der eine gestorben sei, das Recht des andern keiner Beschränkung mehr unterliege (Motive Bd. 4 S. 627 zu § 1456 des Entwurfs). Bei solcher Anschauung bedurfte es besonderen Bestimmungen über das Verhältnis der Rechte beider Eltern untereinander und diese sind dahin getroffen, daß der Regel nach die Vertretung des Kindes, solange der Vater lebt, diesem zusteht, in Ansehung der tatsächlichen Fürsorge aber während bestehender Ehe die Meinung des Vaters vorgeht, im Falle der Scheidung auf die Schuldfrage Gewicht gelegt wird und die für den Fall der Scheidung unter Schuldigerklärung beider Gatten bestimmten Vorschriften auch für den Fall gelten, daß eine Ehe durch Wiederverheiratung eines Gatten nach der Todeserklärung des anderen aufgelöst wird, letzterer jedoch noch am Leben ist (§§ 1634, 1635, 1637 Bürgerlichen Gesetzbuchs, §§ 1506, 1456, 1465 des Entwurfs). Unzuträglichkeiten, die sich aus einem Mißbrauch der elterlichen Gewalt oder auch der tatsächlichen Fürsorge ergeben können, soll dadurch vorgebeugt werden, daß dem Vormundschaftsgericht die Befugnis zum Einschreiten beigelegt ist (§§ 1666, 1635 Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches; §§ 1546, 1456 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs).

Bei Einführung des BGB. trug man kein Bedenken, alle diese Vorschriften auf das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und den geborenen ehelichen Kindern für anwendbar zu erklären, für die Kinder aus geschiedenen Ehen wurden jedoch die Sonderbestimmung der Art. 206 des Einführungsgesetzes getroffen. Eine solche fand sich bereits im Entwurf des Einführungsgesetzes und lautete hier im Art. 124:

„. . . . so sind für die Beurteilung, welchem Elternteile die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zusteht, die bisherigen Gesetze maßgebend; die Vorschriften des § 1456 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und des § 1457 BGB. finden jedoch Anwendung."

Begründet wurde das (Seite 294 der amtlichen Ausgabe) durch die Erwägung, daß hinsichtlich der Fürsorge für die Kinder aus den vor dem Inkrafttreten des BGB. geschiedenen Ehen der § 1456 des Entwurfs (§ 1635 BGB.) nicht für maßgebend erklärt werden könne, weil ein darnach erforderlicher Wechsel in der Person des zur Erziehung berechtigten Elternteils weder betreffs der Eltern noch der Kinder angemessen sei; und weil zudem die Anwendung des § 1456 oft nicht möglich sein werde, da Scheidungsurteile nach bisherigem Recht nicht stets einen Schuldausspruch enthielten. Von der zweiten Kommission wurde der Art. 124 des Entwurfs gebilligt. Eine Debatte fand nicht statt, Anträge wurden nicht gestellt (Protokolle Bd. 6 S. 548) und deshalb (vgl. eben daselbst S. 599) kam der Art. 124 bei der 2. Beratung der Kommission überhaupt nicht mehr vor. Wohl dagegen wurde später der Wortlaut der in Art. 124 des Entwurfs vorgeschlagenen Bestimmung geändert und dem Art. 206 des Einführungsgesetzes die oben bereits mitgeteilte Fassung gegeben.

Im Hinblick auf diese Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den

Eltern und einem ehelichen Kinde im BGB. und auf die Entstehungsgeschichte des Art. 206 des Einf.-Ges. könnte man zur Annahme geneigt sein, daß Art. 206 die Bestimmung in § 1635 Abs. 1 Satz 1 des BGB. lediglich für den Fall, daß beide Gatten noch leben, ersetzen solle. Diese Annahme wird von beiden Instanzgerichten geteilt und von ihr aus mußten dieselben zu dem Schlusse gelangen, daß der Art. 206 das Erziehungsrecht nur für die Zeit, daß beide Eltern leben, bestimmen solle. Zugestimmt werden kann ihnen hierin jedoch nicht.

Zunächst ist es keineswegs zweifelfrei, ob bei dem Erlaß des Gesetzes wirklich die Absicht bestanden hat, durch die in Rede stehende Ausnahme von dem in Art. 203 des EG. zum BGB. ausgesprochenen Grundsatz einen Ersatz für die Bestimmung in § 1635 Abs. 1 Satz 1 des BGB. nur mit der Beschränkung auf den in dieser bezeichneten Fall zu treffen. Die Möglichkeit muß freilich zugegeben werden; dagegen fehlt jeder Anhalt dafür, daß jene Absicht, wenn sie bestanden haben sollte, auch noch gehegt worden ist, als die jetzige Fassung des Art. 206 des EG. gewählt wurde. Es kommt indes hierauf nicht an, denn jedes Gesetz muß aus sich selbst ausgelegt werden, und Erwägungen, die etwa bei den Vorarbeiten leitend gewesen sind, dürfen nicht maßgebend sein, wenn sie im Gesetze keinen Ausdruck gefunden haben. Zur Frage steht daher, ob der Art. 206 des EG. zum BGB. so zu verstehen ist, wie es von den Instanzgerichten geschieht, und diese Frage muß verneint werden. Nach dem Wortlaut des Art. 124 des Entwurfs war ihre Auslegung vielleicht möglich; gegenüber dem Wortlaut des Art. 206 des EG., dessen Fassung noch dazu auf einer Textänderung beruht, ist sie nicht statthaft; denn von einer Beschränkung enthält das Gesetz nichts. Es wird allerdings am Schlusse des Art. 206 gesagt: „Die Vorschriften des § 1635 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und des § 1636 BGB. finden jedoch Anwendung"; es werden mithin Vorschriften für anwendbar erklärt, die im Zusammenhang mit § 1635 Abs. 1 Satz 1 des BGB. allerdings nur für den Fall, daß beide Eltern leben, bestimmt sind. Allein hieraus darf nicht gefolgert werden, daß auch der Art. 206 des EG. nur für jenen Fall Geltung habe, denn wenn der Art. 206 die Tragweite hat, daß er das Erziehungsrecht geschiedener Gatten dauernd regelt, so passen die Vorschriften des § 1635 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 1636 BGB. auch für den Fall, daß nur eines der Eltern lebt; sie mußten mithin, wenn nicht das Gesetz eine Lücke haben sollte, unter allen Umständen getroffen werden und aus ihrer Aufnahme ist nichts zu schließen. Im Übrigen steht der Wortlaut des Art. 206 der Auslegung der Instanzgerichte nicht nur nicht zur Seite, sondern entgegen. Hätte man sie wirklich gewollt, so wäre es naheliegend und geboten gewesen, eine Fassung zu wählen, die mit § 1635 des BGB. im Einklang gestanden hätte (vgl. Zitelmann im „Recht" 1905 Seite 152). Tatsächlich gewählt ist dagegen eine Fassung, die dem Art. 203 des EG. entspricht. Der Art. 203 aber gilt schlechthin, nämlich auch für den Fall, daß zwar bei Inkrafttreten des BGB. beide Eltern lebten, später jedoch einer von ihnen stirbt, und auch für den Fall, daß zu jenem Zeitpunkt nur noch eines der Eltern am Leben war. Und da der Art. 206 die gleiche Fassung hat, so folgt daraus, daß nach dem Wortlaut seine Bestimmung gelten muß: wenn beide Eltern bei Inkrafttreten des BGB. lebten, für jeden bis zu dessen Tod, wenn damals nur einer von ihnen am Leben war, für diesen. Statt dessen würde, wenn den Instanzgerichten zu folgen wäre, der Art. 206 EG. zwar Platz greifen, wenn beide früheren Gatten bei Inkrafttreten des BGB. lebten, dagegen nicht mehr, sobald einer von ihnen stirbt, und er würde, anders als

Art. 203, garnicht zur Anwendung gelangen, wenn zu jenem Zeitpunkte schon einer der Gatten gestorben war. Eine solche Auslegung würde die Annahme erfordern, daß der Ausdruck in Art. 206 unrichtig gewählt worden sei, und dazu ist ein Anlaß nicht vorhanden. Der Wortlaut des Art. 206 EG. führt demnach dahin, daß derselbe freilich eine Ersatzbestimmung sowohl für § 1635 Abs. 1 Satz 1 als für § 1637 BGB. enthält, aber eine Bestimmung, deren Anwendung nicht an die Voraussetzung gebunden ist, daß beide Ehegatten noch leben. Hierzu kommt, daß solche Auslegung auch den Zweck, der nach den Motiven zu Art. 124 des Entwurfs mit der Bestimmung des Art. 206 EG. verfolgt wird, weit besser dienen kann. Die Ausnahme ist getroffen, weil eine Änderung in der nach früheren Recht erfolgten Regelung des Erziehungsrechts vermieden werden soll.

Eine derartige Schonung bestehender Verhältnisse war aber nicht bloß für den Fall geboten, daß bei dem Inkrafttreten des BGB. noch beide Eltern am Leben seien, sondern ebensowohl für den Fall, daß einer von ihnen schon gestorben sein würde. Denn wenn derjenige starb, dem das Erziehungsrecht zustand, und wenn er Bestimmungen traf, die bei fortdauernder Geltung des früheren Rechtes in ihrem Bestande gesichert waren, so konnte es, was gerade, wie die Motive hervorheben, vermieden werden sollte, ein rücksichtsloser und verletzender Eingriff in bestehende Verhältnisse sein, wenn der andere, bisher von der Erziehung ausgeschlossene Elternteil die Erziehungsgewalt in Abweichung von dem bisherigen Rechte erhielt. Die nämliche Erwägung führt dazu, daß es dem Zwecke der in Rede stehenden Ausnahmebestimmung mehr entspricht, wenn man in dem Falle, daß beide Ehegatten bei dem Inkrafttreten des BGB. noch leben, diese nicht mit dem Tode des erziehungsberechtigten erlöschen läßt.

Hiernach hat sich in dem Recht und der Pflicht der Klägerin, für die Person ihres ältesten Kindes zu sorgen, mit dem Tode ihres früheren Gatten nichts geändert, es ist vielmehr das alte Recht maßgebend geblieben.

Dies Recht ist im vorliegenden Falle das Bayerische Landrecht und das in seinem Bereiche subsidiär gültig gewesene Gemeine Recht. Das Bayerische Landrecht enthält Bestimmungen über Erziehung der Kinder nach Scheidung der Ehe nicht, da es die Scheidung einer beerbten Ehe vom Bande überhaupt nicht kennt (Teil I Kap. 6 § 41). Nach Gemeinem Rechte blieb im Falle der Scheidung das Erziehungsrecht des Vaters (l. 1 § 3, l. 3 § 5 Dig. de lib. exhib. 43, 30) an sich unberührt, wenn die Scheidung nicht von ihm verschuldet wurde, anderenfalls hatte die Mutter Anspruch auf das Erziehungsrecht, das sie aber durch Eingehung einer neuen Ehe verlor, doch konnte im Interesse der Kinder eine abweichende Anordnung getroffen werden (Nov. 117 cap. 7, L. un. Cod. div. facto 5, 24). Führte der Vater die Erziehung, und waren bei seinem Tode noch unmündige Kinder vorhanden, so war für diese nach den nunmehr eingreifenden Bestimmungen des Bayerischen Landrechts ein Vormund zu bestellen und der letztere hatte vor allem für die Erziehung zu sorgen. Zum Vormunde konnte die Mutter bestellt werden, jedoch nur, wenn sie nicht wieder verheiratet war. Der Vormund sollte sich bei der Erziehung zuvörderst nach den Anweisungen, die etwa der Vater hinterlassen hatte, richten und in Ermangelung solcher Anweisungen die Erziehung der Mutter überlassen. Schritt diese zu einer anderen Ehe, so konnte ihr gleichwohl die Erziehung vom Vormundschaftsgericht anvertraut werden (Bayer. Landrecht Teil I Kap. 7 § 2 Nr. 1, 2, § 11 Nr. 1, § 3 Nr. 3, Kap. 6 § 47 Nr. 4, Kap. 7 § 11 Nr. 2, 3). Ein Klagerecht auf Herausgabe des

Kindes hatte die Mutter, die nicht zum Vormunde bestellt war, wenn überhaupt, jedenfalls nur dann, wenn der Vormund einverstanden war, und das Vormundschaftsgericht ihr das Erziehungsrecht übertrug (vergl. Urteil des Oberappelationsgerichts München vom 31. Januar 1871, Bl. f. RA. Bd. 36 S. 255). Alles dies würde mithin in vorliegendem Falle zu gelten haben, nur mit der Abweichung, daß es zufolge § 1783 des BGB. jetzt gesetzlich an und für sich zulässig ist, die Mutter, die eine neue Ehe eingegangen ist, zum Vormund zu bestellen.

Vorstehende Erwägungen führen zu folgendem Ergebnis. Nach dem Tode ihres früheren Gatten würde Klägerin die elterliche Gewalt, jedoch nicht das Erziehungsrecht bekommen haben, wenn sie nicht eine neue Ehe eingegangen wäre. Da sie sich zum zweiten Male verheiratet hat, so hat sie zufolge § 1697 Abs. 1 des BGB. die elterliche Gewalt, auch soweit diese die Vertretung des Kindes und die Nutznießung an seinem Vermögen betrifft, nicht erlangt. Für das Kind mußte vielmehr gemäß § 1773 des BGB. ein Vormund bestellt werden. Die Erziehungsgewalt hätte Klägerin nicht erhalten und hat sie nicht erhalten, weil in dieser Beziehung zufolge Art. 206 des EG. zum BGB. das bisherige Recht maßgebend geblieben ist. Zum Vormund ist sie nicht bestellt. Danach erweist sich die Klage, deren Zulässigkeit allerdings nicht zu beanstanden ist, als unbegründet.

Auf Alles, was Beklagte im Übrigen noch gegen die Klage eingewendet hat, kommt es nicht an; weitere tatsächliche Aufklärungen sind nicht erforderlich. Unter Anwendung des § 565 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 der Civilprozeßordnung und des § 91 ebendaselbst in Ansehung der Kosten, ist daher erkannt, wie geschehen. IV. Civilsenat Nr. IV 439/05. Urteil vom 18. Januar 1906.

B. Oberlandesgericht München (Civilsachen).

Civilrecht.

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, wird nur mit vorheriger Zustimmung (Einwilligung) des Gerichts wirksam vorgenommen. Die Genehmigung ist dem gesetzlichen Vertreter gegenüber zu erklären.

Gründe: „Die Vorschrift des § 1828 BGB., nach welcher — entgegen der Regel des § 182 Abs. 1 — das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte nur dem Vormund gegenüber erklären kann (vgl. Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 59 S. 277), findet zufolge § 1643 Abs. 3 und bezw. § 1686 auf den Fall, wo der Vater bezw. die Mutter zu Rechtsgeschäften für das Kind die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nötig hat, entsprechende Anwendung. Einer solchen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf es nach § 1643 Abs. 2 für die Ausschlagung einer Erbschaft, es müßte denn der Anfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung seines Vertreters eingetreten sein.

Am 4. September 1905 hat die Witwe Babette P. zu Protokoll des ersuchten Amtsgerichts R. für ihre minderjährigen Kinder die Erbschaft ausgeschlagen. Diese ihre Erklärung, die dem Nachlaßgerichte am 25. September zuging, gedenkt nirgends einer Einwilligung des Vormundschaftsgerichts; sie war gemäß § 1831 Satz 1, § 1643 Abs. 3, § 1686 BGB. unwirksam. Das Ersuchen des Nachlaßgerichts vom 30. September: „bezüglich der Erbschaftsentschlagung des A. und der P. innerhalb der Ausschlagungsfrist sich vormundschaftsgerichtlich zu äußern", trifft demnach den Kern der Sache nicht. Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung im Sinne des § 184) des Vor-

mundschaftsgerichts könnte die unwirksame Erklärung — ein einseitiges Rechtsgeschäft nach Maßgabe der §§ 1831, 111 — nicht nachträglich zu einer wirksamen gestalten; es hätte vielmehr einer erneuten, durch die Einwilligung (§ 183) des Vormundschaftsgerichts gedeckten Erklärung die Ausschlagung bedurft (RJA. Bd. 2 S. 216; Bd. 5 S. 145). Ob eine solche neuerliche Ausschlagung in der Erklärung der Babette P. vom 4. Oktober, in welcher sie ohne weitere Erörterung auf die Erbschaftsausschlagung vom 4. September verweist, erblickt werden darf, mag dahin gestellt bleiben. Auch die Erklärung vom 4. Oktober erfolgte nicht mit Einwilligung des Vormundschaftsgerichts; die Genehmigung des Amtsgerichts N. wurde erst nachträglich, nämlich am 7. Oktober erteilt und wenn sie auch gleichzeitig mit der Erklärung vom 4. Oktober dem Nachlaßgerichte zuging, so war sie doch niemals der Babette P. gegenüber erklärt . . . Andererseits vermag aber auch die auf wiederholtes Ansuchen des Nachlaßgerichts nachträglich am 8. Dezember an die Babette P. ergangene Entschließung des Inhalts, daß ihre Erklärung vom 4. September vormundschaftsgerichtlich genehmigt wurde, dem Obengesagten zufolge irgend welche rechtliche Wirkung nicht zu äußern. Die in den Akten niedergelegte Ansicht des ersuchten Gerichts, es könne die Erklärung die Genehmigung, weil im § 1828 an keine Frist gebunden, auch nach Ablauf der Ausschlagungsfrist noch rechtswirksam abgegeben werden, ist ebenso auf ein Mißverständnis zurückzuführen, wie die einschlägige Bezugnahme auf Planck's Kommentar. Letzteren Orts (Anm. 2 Abs. 2 zu § 1828) wird es, wie sich schon aus § 108 Abs. 1 ergibt, bei „Verträgen" als gleichgültig bezeichnet, ob die Genehmigung vor oder nach dem Abschlusse des Vertrags erteilt wird; hiergegen wird dort ausdrücklich betont, daß „sich diese Frage für einseitige Rechtsgeschäfte mit Rücksicht auf § 1831 nicht aufwirft" . . . Beschluß des III. Civilsenats vom 4. Januar 1906; Beschw.-Reg. Nr. 673/05 III, zur Nachlaßsache der Austräglerin Walburga W. von P. im Verfahren nach § 160 GVG. H. H.

IV. Literatur.

1) Gnad & Cie. (Carl Amslinger), Würzburg.

Das Relativgeschäft, ein Rechtsgeschäft, das sich auf ein Sondervermögen bezieht von Dr. Arnulf Meyer, k. Amtsgerichtssekretär. 1905.

Mit dem Namen Relativgeschäft will der Verfasser einen „neuen Namen für einen alten Begriff" zur Anerkennung bringen; er nennt Relativgeschäft das Rechtsgeschäft, das zwischen einem Sondervermögen und einem Gegenstand eine solche rechtliche Verbindung herstellt, daß die wirtschaftliche Beziehung zwischen Sondervermögen und Gegenstand rechtsgestaltend wirkt und den Gegenstand der Rechtsnatur des Sondervermögens teilhaftig macht.

Wenn auch anerkannt werden will, daß die Frage der Surrogation durch die Schrift eine Klärung erfährt, können wir uns doch von der Aufstellung dieses neuen Namens keinen besonderen Gewinn versprechen. B.

2) Hermann Costenoble, Verlagsbuchhandlung in Jena.

Die Rechtswissenschaft in ihren Beziehungen zu anderen Wissenschaften. (Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 1 Inst. I, 1). Deutsche Sonderausgabe des in der „Séance universitaire" zu Lausanne am 26. Oktober 1904 gehaltenen „Discours d'installation" von Dr. jur. Ludwig Kuhlenbeck, o. Professor des deutschen Rechtes an der Universität Lausanne. 1905.

Kuhlenbeck, der bekannte Kommentator des BGB., erachtet die subsidiäre Gleichstellung der Realgymnasien und höheren Realschulen mit den humanistischen Gymnasien (S. 40) für ein durchaus gerechtfertigtes Experiment, ein Standpunkt, den Recensent nicht teilen kann, wie auch die Auffassung des idealen Berufs des Juristen, der ein „oraculum totius civitatis" sein soll, nicht bedenkenfrei erscheinen dürfte. B.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 5. 1. März 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Mayr, Die Aufsichtspflicht der Eltern nach dem BGB. Spaett, Der Geschäftsverkehr zwischen den Grundbuchämtern und Nachlaßgerichten in Bayern. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civil- und Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civil- und Strafsachen); Oberlandesgericht München (Civilsachen); Oberlandesgericht Bamberg (Civilsachen); Landgericht München I (Civilsachen). III. Aus der Praxis des Oberlandesgerichts Stuttgart (Civilsachen). IV. Vermischte Nachrichten. V. Literatur.

I.

Die Aufsichtspflicht der Eltern nach dem BGB.

Von Landgerichtsrat Dr. Otto Mayr in Kempten.

Die Anschauungen über die Pflichten der Eltern sind bei den verschiedenen Völkern verschieden und ändern sich mit den Zeiten. Die Pflichten der Eltern liegen zunächst auf sittlichem Gebiete, doch gibt es Pflichten, die rechtliche Wirkungen äußern. Eine solche Pflicht begründet das BGB. in der Aufsichtspflicht der Eltern, indem es bestimmt, daß die Eltern für den Schaden haften, der Dritten durch die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht verursacht wird.

Diese Bestimmung ist von einschneidender Wirkung für das praktische Leben.

Was unter Aufsichtspflicht verstanden wird, worin sie besteht und wie weit sie geht, ist aus dem Gesetzeswortlaute nicht klar zu ersehen.

Das römische Recht hatte eine Aufsichtspflicht der Eltern nirgends festgesetzt. Die vielfach zitierte l 27 § 11 D ad leg. Aquil. 9, 2, die das Verschulden durch Mangel an Sorgfalt bei der Beaufsichtigung von anderen behandelt, erwähnt weder Eltern noch Kinder.

Das gemeine Recht hat eine Schadensersatzpflicht der Eltern wegen mangelhafter Beaufsichtigung der Kinder angenommen, jedoch nur insoweit, als ihnen selbst eine Schuld an dem widerrechtlichen Handeln ihrer Kinder zufällt [1]).

Das ältere deutsche Recht dagegen war für eine strengere Handhabung der Haftpflicht der Eltern [2]).

1) Windscheid § 455 Note 12; Seuffert's Archiv Bd. 35 Nr. 204, Bd. 53 Nr. 226.

2) Dernburg, BGB. Bd. 2 S. 623; Stobbe-Lehmann, D. PR. Bd. 3 S. 547.

Ausdrücklich festgesetzt wurde eine Aufsichtspflicht der Eltern erst in den neueren Gesetzgebungen.

Das Preuß. Allg. LR. bestimmt in Bd. 1, 6 §§ 57, 56, daß wer die ihm über Kinder unter 7 Jahren obliegende Aufsicht verletzt, für den dadurch verursachten Schaden haftet.

Das Österr. BGB. besagt in § 1308 mit § 1309, daß für Beschädigungen durch Kinder Ersatz von denjenigen Personen verlangt werden kann, denen der Schaden wegen Vernachlässigung der ihnen anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann.

Am deutlichsten spricht sich Art. 1384 code civil über die Aufsichtspflicht der Eltern aus: » . . . . Le père, et la mère après le decès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux . . . . . La responsabilité cidessus a lieu à moins que le père et mère ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité«.

Art. 1384 code civil ist auch offensichtlich auf die Fassung der einschlägigen Bestimmung unseres BGB. von Einfluß gewesen. Das BGB. setzt allgemein fest, daß die Eltern die Pflicht haben, für die Person des Kindes zu sorgen.

Nach § 1631 BGB. umfaßt die Sorge für die Person des Kindes das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen.

§ 832 BGB. verfügt: „Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, dem diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt, oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde".

Was versteht man nun unter Aufsichtspflicht?

§ 1631 BGB. stellt: „erziehen", „beaufsichtigen" und „den Aufenthalt bestimmen" neben einander.

Es ist klar, daß „Erziehen" der weitere Begriff ist, denn eine Erziehung ohne Beaufsichtigung ist nicht denkbar und ebensowenig ist die Erziehung möglich, ohne daß man Bestimmung über den Aufenthalt des Kindes trifft.

Es fragt sich nun, wie verhalten sich Erziehungspflicht und Aufsichtspflicht zu einander? [3])

In den meisten Fällen wird die Aufsichtspflicht einen Teil der Erziehungspflicht bilden, jedoch kann man nicht sagen, daß die Aufsichtspflicht in der Erziehungspflicht aufgeht. In den ersten Kindheitsjahren besteht die Erziehung allerdings hauptsächlich in der Beaufsichtigung. Jede Bewegung des Kindes muß überwacht und es muß dem Kinde dabei klar gemacht werden, dies darfst

3) Deutsche Juristenzeitung 1905 S. 663.

du tun, jenes darfst du nicht tun, wenn du dies tust, fügst du dir ein Weh zu, wenn du jenes tust, fügst du anderen ein Weh zu. Mit zunehmendem Alter braucht die Beaufsichtigung weniger peinlich zu sein. Denn durch die geübte Beaufsichtigung lernen die Kinder allmählig, was sie tun dürfen und was sie lassen müssen, und je älter sie werden, desto klarer kommt ihnen dies zum Bewußtsein. Beaufsichtigung ist also hier ein Mittel zur Erziehung.

Die Eltern haben das ganze Tun und Treiben der Kinder, insbesondere aber deren aktives Handeln zu beaufsichtigen.

Zweck der Beaufsichtigung ist, die Kinder selbst vor Schaden zu bewahren, und sodann auch Schaden von Dritten abzuhalten.

Soweit die Beaufsichtigung das erstere bezweckt, ist sie hauptsächlich eine sittliche Pflicht und ein Teil der Erziehungspflicht, soweit sie das letztere im Auge hat, ist sie zugleich von rechtlicher Bedeutung, denn die Eltern haften für den Schaden, den die Kinder Dritten zufügen. In diesem Falle deckt sich Aufsichtspflicht und Erziehungspflicht nicht.

Die Schadenshaftung erstreckt sich nach § 832 BGB. allerdings nicht auf jeden Schaden, sondern nur auf denjenigen, der von dem Kinde einem Dritten widerrechtlich zugefügt wird [4]).

Es muß also eine objektiv unerlaubte Handlung des Kindes vorliegen, die einen der in den §§ 823—826 BGB. gegebenen Tatbestände erfüllt, die den Schutz allgemeiner Güter (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, sonstiges Recht), Schutz des Kredites, Erwerbes und Fortkommens, Schutz der Geschlechtsehre und Schutz gegen illoyale Handlungen, umfassen.

Dagegen ist ein Verschulden auf Seiten des Kindes nicht notwendig.

Es muß jedoch ein Verschulden, eine Fahrlässigkeit, auf Seiten der aufsichtspflichtigen Eltern vorliegen [5]).

Die Eltern müssen außerdem den Entlastungsbeweis führen, der in dem Nachweise bestehen kann, entweder, daß sie ihrer Aufsichtspflicht genügt haben, oder daß der Schaden auch bei gehöriger Erfüllung derselben entstanden sein würde [6]).

Die Beweislast ist also gegenüber dem bisher geltenden Rechte geändert. Als Grund für diese Änderung der Beweislast ist in den Protokollen [7]) ausgeführt, „es erscheine zweckmäßiger, von dem Aufsichtspflichtigen, der leicht imstande sei, die Gründe seines Verhaltens darzulegen, die Erbringung des Entlastungsbeweises zu fordern, als von dem Beschädigten die Herbeischaffung der belastenden Momente, da sonst der Beschädigte der Gefahr ausgesetzt sei, seines Anspruches schon deshalb verlustig zu gehen, weil es ihm nicht gelinge, die Nachlässigkeit des Aufsichtspflichtigen klarzustellen. Dem Wesen der Aufsichtspflicht als einer gesetzlichen Pflicht, die dem Aufsichtspflichtigen auch dem Beschädigten gegenüber obliege, entspreche es, daß der Aufsichtspflichtige über

4) Liszt, Deliktsobligationen S. 106; RGer. Bd. 53 S. 312, Bd. 50 S. 66 ff.
5) RGer. Bd. 50 S. 65 ff.; Gruchot Bd. 46 S. 949.
6) Jur. Wochenschr. 1904 S. 202.
7) Bd. 2 S. 595.

das, was er zur Erfüllung seiner Verpflichtung getan habe, Rechenschaft ablegen müsse".

Aus dem bisherigen erhellt, daß das BGB. die Aufsichtspflicht der Eltern viel strenger faßt, als irgend eine der früheren Gesetzgebungen. Man wird aber diese strenge Fassung mit Rücksicht auf die Entwicklung unserer modernen Lebens- und Verkehrsverhältnisse nur billigen können.

Die schwierigste Frage bei der Untersuchung der Aufsichtspflicht wird immer die sein, wie weit die Aufsichtspflicht geht, was unter „gehöriger Aufsichtsführung" verstanden wird, welches das Maß der Sorgfalt ist, das der Aufsichtspflichtige bei der Führung der Aufsicht anzuwenden hat.

Planck sagt in seinem Kommentar zum BGB.[8]): „Was der Aufsichtspflichtige zu tun hat, um seiner Aufsichtspflicht zu genügen, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles entscheiden."

Gewisse allgemeine Gesichtspunkte lassen sich aber immerhin aufstellen.

Eine Aufsichtspflicht besteht nur insoweit, als den Eltern die Sorge für die Person des Kindes obliegt (§§ 1627, 1631, 1634, 1684, 1685, 1699, 1736, 1757, 1763 BGB.).

Für die Erfüllung der Aufsichtspflicht ist der Vater dem Dritten nicht nach Maßgabe des § 1664 BGB. (Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten) verantwortlich, sondern er hat gemäß § 276 für die im Verkehr übliche Sorgfalt einzustehen[9]).

Die Haftung der Eltern erstreckt sich nur auf minderjährige Kinder.

Die Haftung wird in der Regel nur für diejenigen minderjährigen Kinder gegeben sein, die mit den Eltern in häuslicher Gemeinschaft zusammenleben, nicht aber für solche, die z. B. in Dienst oder Stellung sich befinden.

Da die Minderjährigkeit bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres dauert, so wird die Aufsichtspflicht je nach dem Alter des betreffenden Kindes verschieden beurteilt werden müssen.

Das Reichsgericht hat sich in dieser Hinsicht folgendermaßen ausgesprochen (Entsch. Bd. 52, S. 72 ff.): „Die minderjährigen Kinder sind wegen ihres Zustandes, der in ihrem eigenen Interesse die Aufsicht über sie notwendig macht, gefährlich. Die Aufsicht muß sich daher auch darauf erstrecken, daß den Gefahren vorgebeugt werde, die von zu Beaufsichtigenden Anderen drohen." „Aufsichtspflicht über den Minderjährigen besteht wegen des Zustandes, weil er eben minderjährig ist. Art und Maß der Aufsicht gestaltet sich selbstverständlich in hohem Grade verschieden je nach dem Alter, den Anlagen und Eigenschaften, der Entwicklung und Ausbildung, kurz nach der Individualität der Minderjährigen".

Es ist auch bereits durch oberrichterliche Entscheidungen zum Ausdrucke gebracht worden, daß Kinder von einem gewissen Alter an nicht mehr auf Schritt und Tritt beaufsichtigt werden müssen.

8) Note 1 zu § 832.
9) Planck § 1631 Note 2.

Das Oberlandesgericht Zweibrücken sagt in einem Urteile vom 9. April 1902: „Es kann von Eltern, welche ihre Kinder gut zu erziehen bemüht und deren Bemühungen von Erfolg gekrönt waren, billiger Weise nicht verlangt werden, daß sie Kinder im Alter von 11 Jahren auf Schritt und Tritt begleiten oder begleiten lassen" (Seuffert's Archiv Bd. 57 Nr. 216). In einem Urteile vom 3. November 1904[10]) spricht das Reichsgericht aus: „Der Maßstab für die an die Eltern als Aufsichtspflichtige zu stellenden Anforderungen ist zu finden in dem, was nach dem Alter und der Individualität der Kinder von verständigen Eltern in Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Lage und ihrer Kräfte an Erziehung und Aufsicht erwartet werden kann. Im gegebenen Falle war der zu beaufsichtigende Sohn des Beklagten zur Zeit der von ihm begangenen schädigenden Handlung fast 17 Jahre alt, der beklagte Vater aber infolge seines Gewerbes als Fuhrmann viel von zu Hause abwesend. Eine Beaufsichtigung auf Schritt und Tritt war bei diesem Alter des Sohnes nicht wohl möglich, und von dem Vater konnte die Bestellung eines Vertreters für die Dauer seiner jedesmaligen Abwesenheit nicht verlangt werden".

Praktisch wird die Aufsichtspflicht der Eltern vor allen von Bedeutung bei den Spielen der Kinder, insbesondere bei Spielen im Freien.

Die Eltern sind verpflichtet, das Spiel ihrer Kinder ständig zu beaufsichtigen[11]).

Zu den Anforderungen, die man an die Eltern behufs Erfüllung ihrer Aufsichtspflicht stellen kann, gehört, daß sie ihre Kinder darüber belehren müssen, wie sie mit ihrem Spielzeug umzugehen haben. „Dabei wird zu beachten sein, daß nicht jedes Spielzeug als gefährliches Werkzeug angesehen werden kann, durch welches unter besonders unglücklichen Verhältnissen einem anderen Menschen eine erhebliche Körperverletzung, wie die Beschädigung seines Auges, zugefügt werden kann. Denn dies kann unter besonderen Umständen fast durch jeden Gegenstand geschehen, der im körperlichen Leben auch bei Beobachtung der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt als ungefährlich angesehen wird. Es muß deshalb festgestellt werden, von welcher Beschaffenheit das einzelne Spielzeug war, und hiernach ist zu beurteilen, welche Verpflichtungen den Eltern in Bezug auf die Erziehung oblagen"[12]).

Als nicht gefährliche Spielzeuge sind von der Rechtsprechung bezeichnet worden, z. B. eine hölzerne Knallbüchse, aus der ein an einer Schnur angehängter Korkpfropfen mittels gepreßter Luft herausgetrieben wird (Kinderpistole)[13]), ferner ein Gummischnürchen, mittels welchem ein Papierstreifen

10) Jur. Wochenschr. 1905 S. 21.
11) RGer. Bd. 50 S. 62.
12) RGer. Bd. 50 S. 65.
13) Urteil des OLG. Zweibrücken vom 10. Februar 1904, Sörgel 1904.

abgeschnellt wurde (Mundziehschleuder)[14]), weiter das Fechten mit Bohnenstangen[15]).

Dagegen wird das Werfen mit harten Gegenständen, insbesondere mit Steinen, immer als gefährliches Spiel bezeichnet werden müssen, und werden die Eltern für Beschädigungen, die z. B. durch Steinwürfe ihrer Kinder verursacht worden sind, jederzeit aus § 832 StGB. in Anspruch genommen werden können.

Hier greifen Erziehungs- und Aufsichtspflicht in einander über. Bei genügender Erziehung müssen Kinder wissen, daß man nicht mit Steinen werfen darf, und werden dies auch dann nicht tun, wenn sie nicht beaufsichtigt sind.

Von einem anderen Gesichtspunkte aus ist das Werfen mit Schneeballen zu beurteilen, das allgemein als harmloses Spiel gilt. In sonstigen Fällen des Werfens, wenn z. B. mit gefallenem Obst, mit Kastanien ꝛc. nach einem Ziel geworfen wird, wird es immer je nach dem Orte und dem einzelnen Falle zu beurteilen sein, ob ein harmloses Spiel oder ein Mangel an Aufsicht bezw. Erziehung vorliegt.

Als gefährliche Spielzeuge werden unter allen Umständen alle Arten von Waffen, insbesondere alle Schußwaffen angesehen werden müssen.

Pfeil und Flitzbogen behandelt ein Urteil des RGer. vom 30. Dezember 1901[16]) und kommt dabei zu dem Schlusse, daß es auf die Beschaffenheit des Flitzbogens und die näheren Umstände des einzelnen Falles ankomme, ob man ein gefährliches Spielzeug anzunehmen habe oder nicht.

Das Schießgewehr aber hat das Reichsgericht in mehreren Urteilen ausdrücklich als gefährliches Spielzeug bezeichnet.

Ein Urteil des RGer. vom 13. März 1902[17]) bespricht den Fall, daß ein 14jähriger Sohn im Garten seiner Eltern unter Benützung eines mit einer Schrotkugel geladenen Gewehres nach der Scheibe schoß, wobei eine Schrotkugel an der Gartenmauer abprallte und ein Kind in einem Nachbargarten verletzte. Es zieht dabei folgende Schlußfolgerung: „Als gewissenhafter und sorgfältiger Mann habe der Vater das Schießen überhaupt nicht dulden dürfen . . . . ."

In einem Urteile vom 3. November 1904[18]), das eine Schußverletzung durch einen 17jährigen zum Gegenstande hat, äußert das Reichsgericht über Schußwaffen: „Die Führung einer Schußwaffe wird der Aufsichtspflichtige dem Minderjährigen nur gestatten können, wenn er zu dessen Besonnenheit, Geschick und Verständnis Vertrauen haben darf, oder wenn er in der Lage ist,

---

14) Urteil des RGer. vom 10. Februar 1904, Jur. Wochenschr. 1904 S. 204.

15) Urteil des OLG. Zweibrücken vom 9. April 1902, Seuffert's Archiv Bd. 57 Nr. 216.

16) Entsch. Bd. 50 S. 60 ff.

17) Gruchot Bd. 46 S. 949.

18) Jur. Wochenschr. 1905 S. 21.

den Gebrauch beständig überwachen zu können. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, hat der Aufsichtspflichtige nicht seines Teils für gehörige Ausbildung des Minderjährigen im Gebrauch der Waffe und für Unterweisung in den zu beobachtenden Vorsichtsmaßregeln bei deren Benützung Sorge getragen, oder darf er nicht nach der Persönlichkeit des Minderjährigen die Überzeugung haben, daß dieser die Unterweisungen sorgfältig befolgen werde, dann wird er sich von der Haftbarkeit des § 832 BGB. nicht befreien können."

Die Erfahrung lehrt, daß die meisten körperlichen Verletzungen, die durch Kinder beim Spielen verursacht werden, das Auge betreffen, wie denn auch alle oben angeführten Entscheidungen solche Verletzungen behandeln. Hier wird also wieder die Erziehung eingreifen und durch Belehrung dafür sorgen müssen, daß die Kinder beim Spielen insbesondere die Möglichkeit einer Verletzung der Augen vermeiden.

Im Übrigen erhellt aus dem Vorstehenden, daß sich feste Regeln über den Umfang der Aufsichtspflicht der Eltern nicht aufstellen lassen. Es ist zweifellos zutreffend, daß, wie nach dem BGB. zu geschehen hat, dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, im einzelnen Falle zu prüfen hat, ob der Aufsichtspflicht genügt wurde oder nicht, wobei der Richter immer die Erziehung, die Eigenschaften des Kindes, die soziale Stellung und wirtschaftliche Lage der Eltern wird berücksichtigen müssen.

Daß heute bei den sich fortwährend schwieriger gestaltenden Lebensverhältnissen auch ein strengerer Maßstab an die Aufsichtspflicht der Eltern gestellt werden muß als noch zu der Väter Zeiten, ist selbstverständlich, und es erscheint angezeigt, des öfteren auf die Haftung hinzuweisen, der sich die Eltern bei der Vernachlässigung ihrer Aufsichtspflicht aussetzen.

Der Geschäftsverkehr zwischen den Grundbuchämtern und Nachlaßgerichten in Bayern.

Von k. Amtsrichter Edm. Spaett in Traunstein.

Bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat sich der Geschäftsverkehr zwischen den damaligen Hypothekenämtern und den Verlassenschaftsgerichten in Formen abgewickelt, die durch langjährige Übung und Gewohnheit festgelegt und in ihrem Rechtsbestande erprobt waren.

Mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist der Bestand dieser altgewohnten Formeln zum ersten Male erschüttert worden, das bayerische Gesetz betr. das Nachlaßwesen vom 9. August 1902 hat sie neuerdings zum Wanken gebracht und mit dem am 1. Mai 1905 erfolgten Inkrafttreten des Grundbuchrechts für größere Landesteile des rechtsrheinischen Bayern ist denselben für diese Bezirke vollständig die rechtliche Grundlage entzogen worden.

Es ist deshalb vielleicht nicht unangebracht, im Interesse der Praxis die Frage einer kurzen Prüfung zu unterziehen, in welchen Formen sich nunmehr

der Geschäftsverkehr zwischen den Grundbuchämtern und den Nachlaßgerichten zu vollziehen hat und bis zu welchem Maße den früheren, namentlich im Interesse einer weniger rechtsgewandten Bevölkerung eingeführten Gepflogenheiten auch künftig Rechnung getragen werden kann.

I. Die bisherige, ausgedehnte Mitwirkung der Nachlaßgerichte bei der sog. Bereinigung des Hypothekenbuchs zeigte, insbesondere bei den Gerichten mit überwiegend ländlicher Bevölkerung, eine zweifache Richtung; die Mitwirkung erstreckte sich nämlich einerseits darauf, die Löschung der für den Verstorbenen eingetragenen, mit dem Tode oder bereits früher erloschenen Ansprüche herbeizuführen, andererseits darauf, die Umschreibung der als Eigentum des Verstorbenen eingetragenen Grundstücke oder der für den Verstorbenen eingetragenen Hypotheken auf die Erben zu vermitteln.

Auch bei der nachfolgenden Darlegung sollen diese verschiedene Fälle getrennt behandelt werden; im Hinblicke auf die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Grundbuchordnung sind hiebei die Fälle, in denen der Erwerb oder Verlust dinglicher Rechte an die Eintragung im Grundbuche geknüpft ist, streng zu scheiden von den Fällen, in denen sich der Rechtserwerb oder Rechtsverlust ohne Eintragung in das Grundbuch vollzieht (vgl. § 355 DA. f. d. GBA.).

In den erstbezeichneten Fällen handelt es sich um eine Eintragung, die gemäß §§ 19, 23 GBO. in der Regel durch die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von ihr betroffen wird, bedingt ist, in den letztbezeichneten Fällen steht eine Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 22 GBO. in Frage.

1) Die Frage, ob es auch nach dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts zulässig ist, Löschungserklärungen zu Protokoll des Nachlaßgerichts entgegenzunehmen, ist nach § 875 BGB. und §§ 27, 29 GBO. zu beantworten; hiernach ist zur Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke regelmäßig die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechtes im Grundbuche erforderlich; die Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden.

Es ist daher zu prüfen, ob die von den Nachlaßgerichten über Löschungsbewilligungen aufgenommenen Protokolle die Eigenschaft öffentlicher Urkunden haben, ob insbesondere die eine Voraussetzung für die Annahme einer öffentlichen Urkunde gegeben ist, daß die Urkunde als innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnisse der Nachlaßgerichte aufgenommen zu betrachten ist (vgl. § 148 DA. f. GBA.).

Aus allgemeinen Erwägungen kann diese Frage nicht bejaht werden.

Denn gemäß Art. 1 Not.-Ges. sind in Bayern im Allgemeinen und abgesehen von besonderer gesetzlicher Ermächtigung nur die Notare zuständig, öffentliche Beurkundungen und Beglaubigungen zu bewirken; in Bayern fehlt auch eine ähnliche Bestimmung wie in Art. 31 des Preuß. freiw. GG., wo

den Amtsgerichten ausdrücklich die Befugnis zur öffentlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften und sonstigen Tatsachen eingeräumt ist.

Auch die Bestimmung in § 167 FGG. kann zur Begründung der Zuständigkeit der Nachlaßgerichte nicht herangezogen werden; denn diese Bestimmung regelt die sachliche Zuständigkeit der Gerichte nur insoweit, als dieselben nach anderen Gesetzen (Reichs- oder Landesgesetzen) zur Beurkundung eines Rechtsgeschäftes berufen sind; lediglich unter dieser Voraussetzung weist dieselbe die Zuständigkeit für eine solche Beurkundung allgemein den Amtsgerichten zu (vgl. Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 58 S. 97).

Eine ausdrückliche Bestimmung, derzufolge den Nachlaßgerichten die Zuständigkeit zur Vornahme der fraglichen Beurkundung eingeräumt wäre, existiert aber nicht. In § 74 Nachl.-Ordn. ist lediglich bestimmt, daß das Nachlaßgericht auf die Löschung von Rechten Verstorbener „hinwirken" soll.

Auch in § 525 Abs. 2 d. DA. f. GBA. wird nur von Vermittlung von Berichtigungsanträgen durch das Nachlaßgericht gesprochen.

Endlich kann die Zulässigkeit der Beurkundung durch das Nachlaßgericht auch nicht darauf gestützt werden, daß gemäß § 129 Abs. 2 BGB. die öffentliche Beglaubigung durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt wird; denn die Anwendung dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall ist durch Art. 15 AG. z. GVG. in der Fassung d. Art. 167 AG. z. BGB. und Art. 1 Not.-Ges. ausgeschlossen, da auch der Fall einer Erklärung gegenüber einer Behörde und der deshalb zulässigen Protokollierung dieser Erklärung durch die Behörde nicht gegeben ist (vgl. JMBl. 1902 S. 308.).

Grundsätzlich wird daher die Frage, ob die Nachlaßgerichte auch jetzt noch zuständig sind, Löschungsbewilligungen entgegenzunehmen, zu verneinen sein.

Eine Ausnahme besteht jedoch in den Fällen der Nachlaßauseinandersetzung, da die Amtsgerichte als Nachlaßgerichte in solchen Fällen gemäß § 91, 93, 72, 167 FGG. ausdrücklich ermächtigt sind, die Vereinbarungen der Beteiligten zu beurkunden.

Eine weitere Ausnahme besteht nach §§ 21, 23, 24 GBO. bei den gelegentlich der Nachlaßbehandlung häufig zu tage tretenden Fällen des Erlöschens eines Rechtes, das auf den Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes (z. B. Verehelichung) oder auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist; im Falle des Erlöschens dieser Rechte bedarf es einer Bewilligung des Rechtsnachfolgers zur Löschung nicht, wenn entweder Rückstände von Leistungen ausgeschlossen sind (wie z. B. bei dem Wohnungsrechte), oder wenn die Löschung erst nach Ablauf eines Jahres nach dem Tode des Berechtigten erfolgen soll, ohne daß der Rechtsnachfolger der Löschung bei dem Grundbuchamt widersprochen hat oder wenn laut Eintragung im Grundbuche zur Löschung des Rechtes der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll.

Zur Löschung ist daher unter diesen Voraussetzungen bei den in die zweite Abteilung des Grundbuchs eingetragenen Lasten oder bei den altrechtlichen, gemäß Art. 48 des Ges. Übergangsvorschriften betr. in Reallasten oder

persönliche Dienstbarkeiten umgewandelten Hypotheken lediglich der Nachweis des Erlöschens, und zwar gemäß § 29 GBO. durch öffentliche Urkunden, zu führen und gemäß § 13 GBO. ein entsprechender Eintragungsantrag zu stellen. Dieser Eintragungsantrag ist aber in den eben angeführten Fällen formfrei (§ 30 GBO.); es kann daher der Eigentümer des belasteten Anwesens, wenn er, wie meistens bei bäuerlichen Nachlaßsachen, Miterbe oder Alleinerbe ist, auch zu Protokoll des Nachlaßgerichtes Antrag auf Löschung der Rechte stellen.

Bei den Hypotheken dagegen wäre dies nicht angängig, denn gemäß § 27 GBO. darf deren Löschung nur mit Zustimmung des Eigentümers des belasteten Grundstückes erfolgen, der Eintragungsantrag des miterbenden Eigentümers würde daher in diesem Falle zugleich eine zur Eintragung erforderliche Erklärung ersetzen und deshalb gemäß § 30 GBO. der Formvorschrift in § 29 GBO. unterliegen.

Demnach wird in allen Fällen, in denen sich bei Gelegenheit der Nachlaßbehandlung die Notwendigkeit der Abgabe einer Löschungsbewilligung ergibt, häufig nichts Anderes erübrigen, als die Beteiligten sofort nach Beendigung der Nachlaßverhandlung zur Abgabe ihrer weiteren, die Bereinigung des Grundbuchs bezweckenden Erklärungen an das Grundbuchamt zu verweisen; soweit die Beteiligten teilweise etwa nicht im Bezirke des Nachlaßgerichts und Grundbuchamts wohnen, kann mit dem Ersuchen an das auswärtige Nachlaßgericht zugleich ein Ersuchen um Gewährung sachgemäßer Rechtshilfe durch das auswärtige Grundbuchamt verbunden und dadurch den Wünschen der Beteiligten auf Vereinfachung der Grundbuchbereinigung Rechnung getragen werden (vgl. Art. 8 AG. z. GBO. u. ZwVG., § 2 FGG. § 130 DA. f. GBA., Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 55 S. 275; Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 220).

2) In den Fällen, in denen es sich lediglich um eine Berichtigung des Grundbuchs handelt, steht vor Allem bei dem erbweisen Übergange von Hypotheken einer Entgegennahme des Umschreibungsantrages durch das Nachlaßgericht nichts im Wege; die Unrichtigkeit des Grundbuchs wird von den Erben durch öffentliche Urkunden nach Maßgabe der Bestimmungen in § 29 Satz 2, § 36 GBO. nachgewiesen, die Notwendigkeit einer Eintragungsbewilligung entfällt nach § 22 Abs. 1 GBO., der Eintragungsantrag ist daher gemäß § 30 GBO. formfrei und kann somit auch durch das Nachlaßgericht entgegengenommen werden.

Soweit der erbweise Übergang von Grundstücken in Frage steht, ist den Nachlaßgerichten in § 67 ff. der Nachlaßordnung regelmäßig zur Pflicht gemacht, den Antrag der Erben auf Eintragung der Erbfolge in das Grundbuch entgegen zu nehmen. Auffällig ist hiebei, daß in § 67 Satz 1 der Nachlaßordnung auf die Bestimmung in § 30 GBO. hingewiesen ist, denn gemäß § 22 Abs. 2 GBO. darf die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers nur mit Zustimmung des einzutragenden Eigentümers erfolgen, der von den Erben zu stellende Eintragungsantrag enthält und ersetzt daher zugleich eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung und unterliegt

deshalb auch der in § 29 GBO. gegebenen Formvorschrift (vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 1 S. 479; Achilles-Strecker, GBO. § 22 Note 3 Abs. 3; Entsch. in Angel. d. freiw. Gerichtsbarkeit RJA. Bd. 3 S. 201).

II. Was die Form der von den Nachlaßgerichten entgegen zu nehmenden Anträge anlangt, so wäre in anbetracht der bisher üblichen Formeln insbesondere nicht zu übersehen, daß gemäß § 28 GBO. in der Eintragungsbewilligung oder, wenn eine solche nicht erforderlich ist, in dem Eintragungsantrag das Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch d. h. durch Angabe der Plannummern oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist (vgl. Entsch. d. Oberst. LG. in Civils. Bd. 4 S. 234)[1]).

Bezüglich der Form der Vollmachten bei Zulassung von Bevollmächtigten ist vor allem § 30 GBO. maßgebend; hiernach bedarf die Vollmacht nur dann der in § 29 Satz 1 GBO. bestimmten Form, wenn die abzugebende Erklärung selbst dieser Formvorschrift unterliegt; darnach bemißt sich demnach auch die Frage der Zulässigkeit von gemeindeamtlich beglaubigten oder zu Protokoll des Nachlaßgerichts erteilten Vollmachten (vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 192).

Der Eintragungsantrag ist auch dann, wenn Nachlaßgericht und Grundbuchamt identisch sind, in allen den Fällen, in denen er nicht in das Protokoll über die Eröffnung einer Verfügung von Todeswegen oder in ein Protokoll, das zugleich den Beschluß über die Erteilung des Erbscheins mitenthält, eingefügt ist, zu gesondertem Protokolle entgegenzunehmen, das in die Grundbuchanlagen eingereiht werden kann, oder dem Grundbuchamte in beglaubigter Abschrift zu übermitteln (§§ 524, 525, 528 DA. f. GBA.).

Durch den Umstand allein, daß das Protokoll mit dem Eintragungsantrage in einem Nachlaßakt enthalten ist, in dem auch eine Verfügung von Todeswegen eröffnet oder ein Erbschein erteilt ist, würde ein gegenteiliges Verfahren bezw. die Anwendung des § 528 DA. f. GBA. nicht gerechtfertigt werden; denn gemäß Ziff. 5 und 6 d. Just.-Min.-Bek. vom 28. Februar 1905 bleiben von der Vernichtung nur die Verfügungen von Todeswegen und die Protokolle über deren Eröffnung, sowie die Erbscheine, nicht aber die gesamten weiteren Aktenstücke von der Vernichtung ausgeschlossen (vgl. auch Ziff. 2 dieser Bekanntmachung).

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Anwendung der §§ 631, 638 BGB. auf den Personenbeförderungsvertrag. Verjährung.

Der am 23. Dezember 1898 bei der Einfahrt in den Bahnhof in D. durch einen Betriebsunfall verletzte Kläger hatte die gegen den S. Staatsfiskus erhobene Schadensersatzklage auf die Vorschriften des sächsischen Rechtes über widerrechtliche Schadenszufügung und über den Beförderungsvertrag, sowie auf

1) Vgl. Bl. f. RA. Bd. 70 S. 437.

Anerkenntnisvertrag, nicht aber auf das Reichshaftpflichtgesetz gestützt, da insoweit seine Ansprüche verjährt seien.

Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht gab der Berufung des Klägers statt und erklärte den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Auf die Revision des Beklagten wurde jedoch das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Beklagte hat, soweit der Klaganspruch auf widerrechtliche Schadenszufügung und auf den Beförderungsvertrag gestützt ist, die Einrede der Verjährung erhoben. Das Berufungsgericht hat bei der Beurteilung dieser Einrede mit Recht zunächst die Vorschrift im § 9 Abs. 2 in Verbindung mit § 8 des Reichshaftpflichtgesetzes in der vor dem 1. Januar 1900 geltenden Fassung und da hiernach einerseits die Verjährung an diesem Tage noch lief, andererseits jene Bestimmung mit diesem Tage weggefallen war, gemäß Art. 169 des EG. zum BGB. die Vorschriften des BGB. angewendet. Es hat daher und da es eine wirksame Unterbrechung der Verjährung verneint hat, den Klageanspruch, soweit er auf widerrechtliche Schadenszufügung gestützt ist, nach § 852 BGB. mit dem 23. Dezember 1901 für verjährt erachtet, dagegen die Verjährung des Anspruchs, soweit er auf Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung des Beförderungsvertrags gerichtet ist, verneint, indem es auf diesen Anspruch die regelmäßige 30jährige Verjährung des § 195 BGB. anwendet. Dabei geht es auf Grund des sächsischen Rechtes davon aus, daß der Beförderungsvertrag ein Werkvertrag sei, inhaltsdessen der Beklagte sich verpflichtet gehabt habe, den Kläger ordnungsmäßig ohne Verletzung seiner Person nach D. zu befördern, daß er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sei und daß er zu beweisen habe, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung der Forderung vom Kläger verschuldet worden sei oder in einem Zufall ihren Grund habe.

Die Revision macht geltend: Die Verpflichtung des Beklagten gehe nicht dahin, daß der Passagier in unversehrter Körperbeschaffenheit den Bestimmungsort erreiche, sondern nur dahin, daß der Passagier an den Bestimmungsort befördert werde; eine vertragsmäßige Verpflichtung, die Gesundheit des Reisenden unversehrt zu erhalten, bestehe nicht. Weiter sei die Beweislast nicht richtig verteilt. Das Berufungsgericht irre aber auch in der Annahme, daß der auf den Beförderungsvertrag gegründete Schadensersatzanspruch nach dem BGB. erst in 30 Jahren verjähre. Dieser Vertrag sei ein Werkvertrag; wenn der Inhalt der der Eisenbahn vertragsmäßig obliegenden Verpflichtung der sei, daß der Passagier in unversehrter Gesundheit den Bestimmungsort erreiche, so handele es sich hier um die Entschädigungsklage wegen eines Mangels des Werks und dieser Anspruch unterliege nach § 638 BGB. der sechsmonatigen Verjährung. Die Auffassung des Berufungsgerichts würde zu dem Ergebnis führen, daß bei allen Eisenbahnunfällen, bei denen Passagiere verunglücken, die Entschädigungsklagen erst in 30 Jahren verjährten; daran habe der Gesetzgeber bei der neuen Fassung des § 9 des Reichshaftpflichtgesetzes sicher nicht gedacht.

Der Revision konnte Beachtung nicht versagt werden.

Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag ist nach den vor dem 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen Vorschriften zu beurteilen. Das HGB. a. F. enthält keine Vorschriften über den Personenbeförderungsvertrag, die Eisenbahnverkehrsordnung vom 15. November 1892 — ebenso wie die vom 26. Oktober 1899 — nur vereinzelte Bestimmungen; soweit diese nicht ein-

greifen, was hier der Fall ist, ist der Vertrag als Handelsgeschäft (HGB. a. F. Art. 272 Abs. 2 Ziff. 3) nach Handelsgebräuchen (Art. 1) und in deren Ermangelung nach bürgerlichem Rechte, mithin hier nach dem sächsischen Rechte zu beurteilen. Wenn daher das Berufungsgericht auf Grund dieses Rechtes als Inhalt des zwischen den Parteien abgeschlossenen Verdingungsvertrags (Werkvertrages) die Verpflichtung des Beklagten angenommen hat, den Kläger ordnungsmäßig, ohne Verletzung seiner Person, nach D. zu befördern — übrigens nicht im Sinne einer Garantie, wie die Revision annimmt, sondern in dem Sinne, daß durch die Art und Weise der Beförderung der Kläger nicht verletzt werde —, und wenn es weiter darin, daß der Kläger infolge der Betriebstätigkeit verletzt worden ist, eine Verletzung der Vertragspflicht, einen Mangel des Werks, des herbeizuführenden Erfolgs, findet, so entzieht sich dies bei der Irrevisibilität des sächsischen Rechts der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Bei Zugrundelegung dieser Ausführungen ist aber die Anwendbarkeit des § 638 BGB. ohne weiteres gegeben.

Das BGB. versteht im § 631 unter einem „Werk" nicht bloß die Herstellung oder die Veränderung einer Sache, nicht bloß eine materielle Produktion, sondern überhaupt jeden durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg, also auch einen immateriellen Erfolg. Wird nur ein mangelhafter Erfolg herbeigeführt, so leidet das Werk, nämlich der herbeigeführte Erfolg, an einem Mangel. Auch auf solche Mängel ist § 638 anwendbar, wenn auch mit der Maßgabe, daß, weil „nach Beschaffenheit des Werks" die Abnahme ausgeschlossen ist, die Verjährung gemäß § 646 mit der Vollendung des Werks zu laufen beginnt. Das ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag. Der § 567 des ersten Entwurfs und die nachfolgenden §§ 568 bis 578 regelten nur denjenigen Werkvertrag, der die Herstellung oder die Änderung einer Sache zum Gegenstande hat; im Anschluß hieran wurden im § 579 „auf den Vertrag, der nicht die Herstellung oder die Änderung einer Sache, sondern einen anderweiten, durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg zum Gegenstand hat", jene Vorschriften entsprechend für anwendbar erklärt, darunter auch der die sechsmonatige Verjährungsfrist behandelnde § 571 und zwar mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Abnahme, sofern diese nach den Umständen ausgeschlossen ist, die Vollendung der dem Unternehmer obliegenden Leistung treten soll. In den Motiven zum § 579 (Bd. 2 S. 508) wird namentlich die Anwendbarkeit des § 571 auf den Werkvertrag im weiteren Sinne, wie er in § 579 bestimmt ist, dargelegt. Die §§ 567, 571, 579 sind Gesetz geworden; die zweite Kommission hat nur die §§ 567, 579 zusammengezogen (Protokolle Bd. 2 S. 309); der dadurch gegebenen Fassung (§ 569 des zweiten Entwurfs) entspricht § 631 des Gesetzes und dem § 571 des ersten Entwurfs (§ 576 des zweiten Entwurfs) der § 638 des Gesetzes. Daraus ergibt sich, daß diese letztere Bestimmung auch auf Fälle Anwendung leidet, wo der versprochene immaterielle Erfolg nur mangelhaft herbeigeführt worden ist. Hiergegen kann nicht verwertet werden, daß in vielen dergleichen Fällen von einer „Beseitigung des Mangels" und von einer Wandlung nicht gesprochen werden kann; dann verbietet sich die Anwendbarkeit des § 638 wegen Gegenstandslosigkeit von selbst. Jedenfalls ist ein Schaden wegen nur mangelhafter Herbeiführung des versprochenen Erfolgs tatsächlich möglich.

Hiernach unterlag der dem Kläger auf Grund des Beförderungsvertrags nach sächsischem Rechte entstandene Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Mangels des Werks der nach Art. 169 Abs. 2 Satz 1 des EG. zum BGB.

vom 1. Januar 1900 ab laufenden sechsmonatigen Verjährung des § 638. Daß innerhalb der Verjährungsfrist eine Unterbrechung stattgefunden habe, hat der Kläger nicht behauptet. Das Berufungsurteil mußte daher aufgehoben werden. VI. Civilsenat Nr. 350/04. Urteil vom 19. Juli 1905.

Rechtliche Natur der Kgl. Bayerischen Bank und ihrer Filialen [1]). Die Königlich Bayerische Bank ist eine Staatsanstalt mit kaufmännischer Geschäftsführung. Sie hat ihren Sitz in Nürnberg. Ihre Geschäfte werden unter Leitung eines Bankdirektors durch die Hauptbank und Filialbanken besorgt. Sie hat u. a. eine Zweigniederlassung in R., die unter der Firma „Königliche Filialbank R." im Handelsregister eingetragen ist.

Auf dem Grundstücke Haus-Nr. 100 in A. steht für den Privatmann Sebastian B. eine Hypothek von 21000 Mk. nebst 2100 Mk. Nebenleistungen eingetragen. Diese Hypothek hat B. der Kgl. Filialbank R. in Höhe von 13000 Mk. und 1300 Mk. Nebenleistungen zur Sicherung aller Ansprüche, die ihr aus dem ihm bis zum Betrage von 10000 Mk. eröffneten Kredite oder der Kgl. Bank auf Grund seines Verkehrs mit einer ihrer Zweigniederlassungen aus irgend welchem Rechtsgrunde bereits erwachsen sind und noch erwachsen werden, verpfändet und die Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch beantragt. Das Grundbuchamt hat als Pfandgläubigerin die „Königlich Bayerische Bank in Nürnberg, Filiale R." eingetragen und dies damit begründet, daß die Filialbank nicht als Gläubigerin eingetragen werden könne, weil ihr selbständige Persönlichkeit nicht zukomme. Die Bankdirektion in Nürnberg beantragte, die „Königliche Filialbank R." als Pfandgläubigerin im Wege der Berichtigung des Grundbuchs einzutragen. Das Grundbuchamt lehnte den Antrag ab. Die beim Landgericht in T. eingelegte Beschwerde hatte keinen Erfolg. Das Bayerische Oberste Landesgericht möchte die bei ihm eingelegte weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich darin aber durch zwei Beschlüsse des Oberlandesgerichts in Dresden behindert und hat daher die weitere Beschwerde dem Reichsgerichte vorgelegt.

Die weitere Beschwerde ist begründet.

Das Oberlandesgericht in Dresden führt in den beiden Beschlüssen vom 7. April 1903 (abgedruckt in Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 351) und vom 27. September 1904 aus, die Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft sei keine selbständige juristische Person, sondern bilde gleich der Hauptniederlassung selbst einen Bestandteil des von der Gesellschaft betriebenen Geschäfts; ihre Firma sei daher die Firma der Aktiengesellschaft selbst, und wenn sie von der Firma der Hauptniederlassung abweiche, so führe die Gesellschaft zwei verschiedene Firmen, von denen die eine ebenso rechtmäßig und zulässig ist, wie die andere. Das Bayer. Oberste Landesgericht geht davon aus, daß für einen Einzelkaufmann Rechte in das Grundbuch nur unter seinem bürgerlichen Namen, nicht unter seiner Firma einzutragen seien und daß dies auch für den Fall gelte, daß der Einzelkaufmann mehrere Niederlassungen mit verschiedenen Firmen hat, und meint, daß dasselbe gelten müsse, wenn es sich um die Eintragung für die Firma der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft oder einer staatlichen Anstalt handelt; denn auch deren Vermögen sei ein ebenso einheitliches wie das des Einzelkaufmanns; Rechtsgeschäfte zwischen den verschiedenen Niederlassungen seien bei ihnen ebensowenig möglich wie beim Einzelkaufmann und auch bei ihnen sei das Grundbuch nicht zu einer auf den Umfang einer Prokura oder sonstigen Vollmacht bezüglichen Eintragung bestimmt.

---

1) Vgl. Jahrgang 1905 dieser Blätter S. 28 fg.

Der Ansicht der Vorinstanzen und des Obersten Landesgerichts konnte nicht beigetreten werden. Bei einer Aktiengesellschaft, einer juristischen Person und einem gewerblichen Unternehmen des Reiches, eines Bundesstaats oder eines Kommunalverbandes hat die Firma eine wesentlich andere Bedeutung als beim Einzelkaufmann, denn bei ihnen ist die Firma nicht nur der Name, unter dem sie gewerbliche Geschäfte betreiben, sondern sie ist ihr alleiniger Name. Es kann also bei ihnen gar nicht die Frage auftauchen, auf welchen Namen Rechte für sie ins Grundbuch eingetragen sind. Zweifel können nur entstehen, wenn sie Zweigniederlassungen unter Firmen gegründet haben, die von denen der Hauptniederlassung abweichen, und von der Hauptniederlassung oder von einer Zweigniederlassung die Eintragung auf ihre, die besondere Firma der Zweigniederlassung, beantragt wird. Indes muß der Gedanke, daß solchenfalls die Aktiengesellschaft oder staatliche Anstalt unter einer von ihrem bürgerlichen Namen abweichenden Firma am Orte der Zweigniederlassung gewerbliche Geschäfte treibe, von der Hand gewiesen werden. Solche Gesellschaften und Anstalten haben keinen bürgerlichen Namen; sie führen einen Namen nur vermittels ihrer Firma (Entsch. d. RGer. in Civilsachen Bd. 1 S. 26, 28, Bd. 3 S. 68). Errichten sie eine Zweigniederlassung mit abweichender Firma, so bildet diese Firma wiederum für den Geschäftskreis der Zweigniederlassung ihren einzigen Namen. Erwirbt also die Zweigniederlassung eine Hypothek unter ihrer Firma, so macht sie, da sie keine selbständige Rechtspersönlichkeit hat, den Erwerb für die Aktiengesellschaft oder staatliche Anstalt unter deren für ihre durch die Zweigniederlassung betriebenen Geschäfte allein maßgebendem Namen. Daraus ergibt sich, daß die Eintragung in das Grundbuch auf die Firma der Zweigniederlassung lauten muß, wenn der Erwerbstitel auf sie ausgestellt ist. So allein wird der Gläubiger im Sinne des § 1115 BGB. richtig bezeichnet. Mit diesen Ausführungen steht das in der Jur. Wochenschr. 1904 S. 297 Nr. 27 mitgeteilte Urteil des Reichsgerichts nicht im Widerspruche, in dem im wesentlichen nur ausgeführt wird, daß eine von einer Filiale unter ihrer Firma erworbene Hypothek nicht ihr als einer besonderen Person, sondern der Aktiengesellschaft zusteht.

Demgemäß waren die beiden Vorentscheidungen aufzuheben und war das Grundbuchamt anzuweisen, die Königliche Filialbank R. als Pfandgläubigerin einzutragen. V. Civilsenat Nr. V B 281/1905. Beschluß vom 1. November 1905.

B. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Spezialstrafgesetze.

§ 292 StPO.; § 49a StGB. Alternative Fragestellung nicht zulässig. Die Fragestellung und die darauf erfolgte Verurteilung der Beschwerdeführerin wegen zweier Vergehen aus § 49a StGB. ist nicht bedenkenfrei. In beiden Fällen wurden alternative Fragen gestellt und bejaht, dahin gehend, daß die Angeklagte

a) im Jahre 1902 oder 1903 in S. oder P. die unverehelichte M.
b) im Jahre 1905 zu P. die Ehefrau E. daselbst zur Begehung des Verbrechens der Abtreibung der Leibesfrucht mündlich aufgefordert oder sich mündlich der M. bezw. der Ehefrau E. zur Begehung des Verbrechens der Abtreibung des Leibesfrucht oder zur Teilnahme an diesem Verbrechen erboten und daß die Aufforderung oder das Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgend welcher Art geknüpft gewesen ist,

und hiernach auch die Feststellungen im Urteile getroffen.

Eine derartige alternative Fragestellung und alternative Feststellung kann nicht gebilligt werden. Solche Fragestellung und die hierdurch bedingte Fest-

stellung ist zuzulassen, wenn der Tatbestand einer in einem konkreten Strafgesetze bezeichneten Handlung alternativ verschiedene Umstände als Ausführungsarten desselben Deliktes vorsieht, es sich also um gleichwertige Ausführungsarten des gesetzlichen Tatbestandes desselben individuell bestimmten Reates handelt und die gesetzliche Strafe für jede der Alternativen dieselbe ist. Dagegen ist eine alternative Fragestellung und Feststellung da unzulässig, wenn verschiedene Tatbestände in Frage stehen, die zwar gewisse Merkmale gemeinsam haben und gleich strafbar sind, die aber in tatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung dergestalt von einander abweichen, daß jeder von ihnen eine von dem anderen verschiedene Beurteilung erfordert. Letztere Voraussetzungen liegen hier vor. Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens ist die an einen anderen gerichtete Erklärung, wonach dieser zur Begehung des Verbrechens bestimmt oder in seinem bereits gefaßten Entschlusse bestärkt werden soll; Erbieten ist die an einen anderen gerichtete Erklärung des durch die Annahme des Erbietens bedingten Entschlusses, das Verbrechen selbst zu begehen. In einem Falle soll der Aufgeforderte, im anderen Falle will der Erbieter tätig werden. Die Beantwortung und Feststellung sind widerspruchsvoll und lassen nicht erkennen, welcher der beiden verschiedenen Tatbestände bejaht und auf welchen das Gesetz angewendet ist. Daß in dem einen oder anderen Falle die Strafzumessung eine verschiedene sein kann, ist ohne weiteres anzunehmen. III. Strafsenat D. 1234/05. Urteil vom 18. Dezember 1905.

§§ 18, 20 des Ges. vom 11. Juni 1870, betr. des Urheberecht an Schriftwerken ꝛc. Veranstalter oder Veranlasser?

Unter dem Veranstalter des Nachdruckes versteht der § 18 denjenigen, welcher den Nachdruck herstellt oder herstellen läßt, um ihn zu verbreiten, auf dessen Veranstaltung also der Vervielfältigungsapparat in Bewegung gesetzt wird, sonach sowohl denjenigen, für dessen Rechnung der Nachdruck hergestellt wird als denjenigen, welcher den sonst erforderlichen geschäftlichen Apparat und die sonst erforderlichen technischen Anstalten für die Herstellung hergibt.

Hiervon ausgehend konnte der Angeklagte, der nach den Feststellungen des Urteils als Stellvertreter seines stets auf Reisen abwesenden Prinzipals die Aufträge auf Lieferung von Postkarten aus eigener Entschließung und unter eigener Verantwortung ausführte und auch im vorliegenden Falle ohne Wissen des Prinzipals die Bestellung an die Berliner Firma aufgab, um die Karten im Geschäfte seines Prinzipals für dessen Rechnung zu verbreiten, unbedenklich als Veranstalter des Nachdruckes erachtet werden. III. Strafsenat D. 707/05. Urteil vom 4. Dezember 1905.

§ 264 StPO. Hinweis bei Hehlerei. Nach dem Sitzungsprotokolle ist der Angeklagte B. in der Hauptverhandlung allerdings über die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes dahin belehrt worden, daß er auch wegen Hehlerei bestraft werden könnte, es ist ihm aber, wie nach § 274 StPO. aus der Fassung des Protokolls entnommen werden muß, nicht gesagt worden, welche von den verschiedenen Begehungsarten beziehungsweise Tatbeständen der Hehlerei, ob Personenhehlerei aus § 258 StGB. oder Sachhehlerei aus § 259 StGB. in Betracht kommen sollte, und welche der im § 259 aufgezählten verschiedenen Kategorien von Handlungen, das Verheimlichen oder das Ansichbringen oder das Mitwirken zum Absatze bei Anderen, ihm zur Last fallen sollte.

Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Vorschrift des § 264 Abs. 1 StPO. nicht vollständig erfüllt ist, da der Hinweis, daß Angeklagter auch wegen „Hehlerei" bestraft werden könnte, es offen ließ, welcher von den ver-

schiedenen Tatbeständen in Frage kommen würde, und dem Angeklagten gerade derjenige spezielle rechtliche Gesichtspunkt zur Kenntnis gebracht werden mußte, der zu seiner Verurteilung führen sollte und ihm durch die Anklage bisher nicht bekannt geworden war.

Die Möglichkeit, daß das Urteil auf dieser Gesetzesverletzung beruht, ist auch nicht in Abrede zu stellen, denn die Verteidigung des Angeklagten hätte sich anders gestalten können, wenn er erschöpfend und sachgemäß belehrt worden wäre, und der gesetzgeberische Grund der Vorschrift im § 264 ist die Sicherung des Verteidigungsrechtes. III. Strafsenat D. 1268/05. Urteil vom 30. November 1905.

§ 184 Ziff. 3 StGB. Ankündigung dem Publikum gegenüber und öffentliche Ankündigung.

Die von dem Beschwerdeführer vertretene Auffassung, daß nur Anpreisungen und Ankündigungen unzüchtiger Schriften dem Publikum in seiner unbegrenzten Allgemeinheit gegenüber durch § 184 Nr. 3 a. a. O. unter Strafe gestellt seien, das Publikum in dem hier vorausgesetzten Sinne aber keineswegs mit der Öffentlichkeit auf gleiche Linie gestellt werden könne und in dem vorigen Urteile nur eine öffentliche Anpreisung festgestellt erscheine, kann für zutreffend nicht angesehen werden.

Wie in dem in den Entsch. des RGer. in Straff. Bd. 34 S. 81 veröffentlichten oberstrichterlichen Urteile mit Bezug auf die Entstehungsgeschichte unter ausführlicher Begründung dargelegt ist, besteht zwischen der zum Tatbestande des § 184 Nr. 3 erforderlichen Ankündigung und Anpreisung unzüchtiger Schriften dem Publikum gegenüber und einer solchen öffentlichen Ankündigung kein begrifflicher Unterschied, beide Begriffe sind vielmehr im wesentlichen identisch und im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs sowie der auf denselben gestützten bisherigen Praxis dahin zu verstehen, daß eine Ankündigung, welche an eine Mehrzahl unbestimmt welcher und wie vieler Personen im Gegensatze zu einem individuell bestimmten abgeschlossenen Personenkreise erfolgt, ebenmäßig als eine öffentliche wie auch als eine dem Publikum gegenüber geschehene anzusehen ist. Eine auf bestimmte Fach- und Berufskreise beschränkte Ankündigung schließt die Annahme einer öffentlichen Ankündigung nicht aus. Es ist deshalb auch ohne Belang, daß die hier in Frage stehende Ankündigung nicht in der Tagespresse, sondern in der Fachpresse zur Veröffentlichung gelangte. III. Strafsenat D. 5012/04. Urteil vom 23. März 1905.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Gebührenwesen; Civilprozeß.

Voraussetzung der Schuldung einer Gebühr für eine Notariatsurkunde wegen eines Rechtsgeschäfts.

Nach Art. 144 und 145 des Gesetzes über das Gebührenwesen werden für die von den Notaren errichteten Urkunden, welche Verträge, Schuldbekenntnisse oder Schuldversprechen enthalten, verhältnismäßige Gebühren erhoben. Die Entscheidung darüber, ob für den von B. mit dem . . Brauhause geschlossenen Bierlieferungsvertrag eine Gebühr zu erheben ist, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob die Urkunde vom 13. November 1902 die Beurkundung dieses Vertrags enthält. Um annehmen zu können, daß ein Vertrag öffentlich beurkundet worden ist, genügt es nicht, daß in der öffentlichen Urkunde der Vertrag oder dessen Inhalt erwähnt oder erzählungsweise angegeben ist, sondern es ist erforderlich, daß die Beurkundung der Schließung oder der von dem einen der Vertragsschließenden abgegebenen rechtsgeschäftlichen

Erklärung (Art. 175 Geb.-Ges.) den Zweck und Gegenstand der Urkunde bildet. Die Urkunde muß also die die Schließung des Vertrags bildenden Erklärungen der beiden Beteiligten oder wenigstens die in der Absicht, den Vertrag zu schließen, abgegebene Erklärung des einen enthalten. Sind diese Erklärungen schon vor der Errichtung der Urkunde erfolgt, so kann nur dann angenommen werden, daß sie in der von dem Beurkundungsbeamten errichteten Urkunde förmlich beurkundet sind, wenn sie vor ihm wiederholt wurden, um als rechtsgeschäftliche Erklärungen beurkundet zu werden, und demgemäß beurkundet werden.

Weiter ist in der Entscheidung bemerkt, daß wenn der Wortlaut der Urkunde nicht klar ausdrückt, ob eine bloße Erwähnung des Rechtsgeschäfts oder die förmliche Beurkundung gewollt ist, dies durch Auslegung der Urkunde festzustellen ist, und daß letzteres im wesentlichen die Feststellung einer Tatsache ist. II. Civ.-S. Reg. V 25/1905; Beschluß vom 13. November 1905.

Anrechnung einer Gebühr nach Art. 121 des Gebührengesetzes. Wenn ein Darlehen unter Bestellung einer Hypothek aufgenommen und innerhalb der vorgeschriebenen Frist der Nachweis der Verwendung des Darlehens zur Rückzahlung einer Hypothek verwendet wird, die das der neuen Hypothek unterstellte Grundstück belastet, so ist die seinerzeit für die zurückgezahlte Hypothek entrichtete Gebühr auch dann auf die Gebühr anzurechnen, welche für die neu errichtete Notariatsurkunde in Ansatz zu bringen ist, wenn die früher entrichtete Gebühr nicht auf Grund des jetzt geltenden Gebührengesetzes, sondern auf Grund der frühern Tax- und Stempelgesetze geschuldet war. Denn auch diese Taxen und Stempelgebühren sind Gebühren (vgl. Art. 1 des Geb.-Ges.). Weder der Wortlaut, noch der Grund und die Entstehungsgeschichte des Art. 121 lassen entnehmen, daß die Vorschrift dieses Artikels auf die letzterwähnten Gebühren nicht anwendbar sein solle. Allerdings dürfen nach der Fassung, welche der Art. 121 durch Gesetz vom 22. Dezember 1903 erhielt, nur verhältnismäßige Gebühren auf die Gebühr für die neu errichtete Urkunde angerechnet werden. Aber die Taxen, die früher nach dem Werte des Vertragsgegenstands erhoben wurden, und die Gebühr des sog. Gradationsstempels, der nach Wertklassen zu verwenden war, sind ihrem Wesen nach verhältnismäßige Gebühren. II. Civ.-S. Reg. V 22/1905; Beschluß vom 13. November 1905.

Voraussetzungen für die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung einer notariellen Schuld- und Hypothekenurkunde, wenn die Kündigungserklärung eines Bevollmächtigten des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher zugestellt wird [1]).

Laut notarieller Schuld- und Hypothekenurkunde schuldeten die Ehegatten A. und M. in R. an J. D. in M. ein 3 Monate nach Kündigung zurückzuzahlendes Darlehen von 1300 Mk. Der Gläubiger J. D. hat den Rechtsanwälten K. und Dr. F. in M. eine allgemein „in seiner Sache gegen die Ehegatten A. und M. in R. wegen Kapitalskündigung" lautende Vollmacht erteilt und Urkunde hierüber behändigt. In einer von Rechtsanwalt K. unterschriebenen Urkunde erklärte dieser, daß er den Schuldnern das Kapital zur Heimzahlung kündige; dieser Erklärung ist die Vollmachtsurkunde beigefügt. Eine beglaubigte Abschrift dieser beiden Schriftstücke stellte auf Betreiben des Bevollmächtigten des Gläubigers ein Gerichtsvollzieher mittelst der Post den

1) S. diese Blätter Bd. 69 S. 85 ff., S. 563 ff.

Schuldnern zu. Der Rechtsanwalt Dr. F. beantragte alsdann unter Vorlegung der Kündigungserklärung und der Zustellungsurkunde bei dem Notariate in F., eine vollstreckbare Ausfertigung der Schuld- und Hypothekenurkunde zu erteilen. Der Notar wies den Antrag ab, weil das die Kündigung enthaltende Schriftstück nur eine Privaturkunde sei.

Das vom Antragsteller um Entscheidung angegangene Landgericht wies dessen Einwendungen zurück. Auch die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Die Gründe der Entscheidung des Beschwerdegerichts lauten:

Nach Art. 130 des Gesetzes vom 23. Februar 1879 zur Ausf. der CPO. und der KO. wird die vollstreckbare Ausfertigung einer Hypothekenurkunde von dem Notar erteilt, der die Urkunde verwahrt, und nach Art. 136 finden auf die Zwangsvollstreckung aus Hypothekenurkunden die Bestimmungen der CPO. entsprechende Anwendung. Die Vorschriften der Art. 130 und 136 sind nach Art. VIII des Einf.-Ges. zu dem Ges. betr. Änderungen der CPO. vom 17. Mai 1898 und Art. 166 Abs. 2 des Ausf.-Ges. z. BGB. maßgebend, weil für den Bezirk des Amtsgerichts F. das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist. Nach § 795 CPO. finden die Bestimmungen der §§ 724 bis 793, also auch die des § 726, auf die Zwangsvollstreckung aus Urkunden Anwendung, die von einem Notar aufgenommen sind; auch der Art. 45 des Not.-Ges. verweist hinsichtlich der Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen auf die Bestimmungen der CPO. Nach § 726 muß die Tatsache, von deren Eintritt nach dem Inhalte der Urkunde die Vollstreckung abhängt, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bewiesen sein. Ist die zu beweisende Tatsache eine Erklärung, so besteht nach § 129 BGB. die öffentliche Beglaubigung darin, daß die Erklärung schriftlich abgefaßt und die Unterschrift des Erklärenden von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar beglaubigt wird. Diesem Erfordernis ist weder hinsichtlich der Vollmachtsurkunde noch hinsichtlich der Kündigungserklärung genügt.

Durch die Zustellungsurkunde ist nur bewiesen, daß eine die Kündigung enthaltende Erklärung zugestellt wurde; daß aber die Kündigung von dem Gläubiger ausging, ist nicht durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde bewiesen. Der Beschwerdeführer beruft sich mit Unrecht darauf, daß die Bevollmächtigung einer Form nicht bedarf. Daraus folgt nur, daß die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts der Bevollmächtigung für die dabei Beteiligten von der Beobachtung einer Form nicht abhängt; selbstverständlich aber folgt daraus nicht, daß, wenn die Bevollmächtigung schriftlich, und zwar durch eine Privaturkunde, erfolgt ist und es auf die Echtheit der Urkunde ankommt, diese eines Beweises nicht bedarf. Würde der Gerichtsvollzieher eine mit „J. D." unterschriebene Kündigungserklärung zugestellt haben, so wäre nur die Zustellung dieses Schriftstücks bewiesen, aber nicht bewiesen, daß es von D. herrührt. Dadurch, daß die Kündigung durch einen Rechtsanwalt erfolgte, ohne daß dessen Unterschrift auf der Kündigungserklärung und die Unterschrift des J. D. auf der Vollmachtsurkunde öffentlich beglaubigt waren, wurde an der Lage nichts geändert. Der Gerichtsvollzieher ist im wesentlichen Zustellungs- und Vollstreckungsbeamter; Beurkundungen vorzunehmen ist er nur in bestimmten Fällen zuständig (§ 155 GVG. Art. 66 des Ausf.-Ges. z. GVG., §§ 10 bis 13 der VO. vom 16. Dezember 1899, die Gerichtsvollzieherordnung betr., JMBl. S. 517). Willenserklärungen insbesondere kann er nicht beurkunden, sondern nur zustellen. Die Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 28. April 1900 (JMBl. S. 622) bestimmt im § 41, daß der Gerichtsvollzieher auch außerhalb einer anhängigen Rechtsangelegenheit die ihm von einem

Beteiligten aufgetragene Zustellung von schriftlichen Willenserklärungen (z. B. Kündigungen) zu bewirken hat; die Erklärung, durch die der Gerichtsvollzieher zur Zustellung ermächtigt wurde, wird dabei nicht mitzugestellt. Die Zustellungsurkunde muß zwar nach § 191 Nr. 2 CPO. die Bezeichnung der Person enthalten, für die zugestellt wird, aber die Erteilung des Auftrags wird darin nicht beurkundet; die Zustellungsurkunde ist daher weder geeignet noch überhaupt dazu bestimmt, den Beweis zu liefern, daß eine bestimmte Person dem Gerichtsvollzieher den Auftrag zur Zustellung erteilt hat. Für Zustellungen im Prozesse greift der § 167 Abs. 2 CPO. ergänzend ein, der bestimmt, daß, wenn eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt ist, bis zum Beweise des Gegenteils angenommen wird, daß die Zustellung im Auftrage der Partei erfolgt sei. Diese Vorschrift hat die irrige Meinung veranlaßt, daß, wenn eine Privaturkunde, die eine Kündigung enthält, durch einen Gerichtsvollzieher zugestellt wird, sie dadurch eine öffentlich beglaubigte Urkunde im Sinne des § 726 wird (Bl. f. RA. Bd. 69 S. 563). Die Vorschrift ist in dem von den Zustellungen im Prozesse handelnden 2. Titel des 1. Buchs der CPO. enthalten; aus diesem Zusammenhange darf sie nicht gerissen werden. Ihre Stellung im Gesetze und das Wort „Partei" zeigen deutlich, daß sie sich nur auf Zustellungen im Prozesse bezieht. Sie auf Zustellungen außerhalb des Prozesses anzuwenden, also den Rechtssatz aufzustellen, daß, wenn eine schriftliche Willenserklärung durch einen Gerichtsvollzieher zugestellt wird, die Vermutung dafür spricht, daß sie von dem herrührt, mit dessen Namen sie unterschrieben ist, ist hiernach unstatthaft. Der für die Zulässigkeit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung vom Gesetze geforderte Beweis der Tatsachen, von deren Eintritt die Vollstreckung abhängt, kann daher auch in einem solchen Falle nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt werden; Vermutungen als Grundlage des Beweises gelten zu lassen, entspricht weder dem Wortlaute noch dem Zwecke des § 726 CPO. II. Civ.-S. Reg. VI 1903; Beschluß vom 11. Juli 1905.

D. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß; Spezialstrafgesetze.

StGB. § 230. Fahrlässige Körperverletzung. Eine fahrlässige Körperverletzung begeht, wer durch Vernachlässigung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit und Vorsicht die nach den Erfahrungen des Lebens als mögliche Folge seiner Handlung oder Unterlassung voraussehbare körperliche Verletzung eines anderen verursacht. Daß der Erfolg durch das Mitverschulden eines Dritten oder des Verletzten selbst mit herbeigeführt wurde, macht den Täter nicht straflos. Urteil vom 10. Oktober 1905; Rev.-Reg. Nr. 230/05.

Nahrungsmittelgesetz § 10. Verfälschung durch Beimengung von Reig- und Restbier zu frischem Bier.

Als Verfälschung im Sinne des § 10 Nr. 1 des Gesetzes vom 14. Mai 1879 gilt jede auf Täuschung berechnete Veränderung der einem Nahrungs- oder Genußmittel nach seiner natürlichen Zusammensetzung zukommenden und von den Verzehrenden erwarteten Beschaffenheit, wenn durch die Veränderung dem Nahrungs- oder Genußmittel entweder der Schein einer besseren als seiner wirklichen Beschaffenheit verliehen oder dessen normale Beschaffenheit verschlechtert wird. Nicht gefordert wird vom Gesetze, daß, um eine Verfälschung annehmen zu können, dem Nahrungs- oder Genußmittel Stoffe einer anderen

Art zugesetzt werden. Der Zusatz eines minderwertigen Stoffes derselben Art genügt.

Nach dem Maßstabe des reellen Verkehrs darf der Gast einer Schankwirtschaft frisches Bier beanspruchen. Neigenbier ist minderwertig; einmal weil es durch längeres Stehen nach Abzapfen vom Fasse oder Abgießen aus der Flasche an Kohlensäure verloren hat, die eine der Hauptbedingungen des Genußwertes beim Biere bildet; sodann, weil das Bier schon während des Genusses z. B. durch Speisereste und noch in erhöhtem Maße als übrig gebliebener Rest Verunreinigungen verschiedener Art ausgesetzt ist.

Die Beimischung von Neigenbier oder von Bierresten zu frischem Bier enthält daher mindestens eine Verschlechterung der von den Abnehmern mit Recht erwarteten Beschaffenheit des Bieres. In der Verringerung des Genußwertes des Bieres durch Zusatz von Bierresten kann ohne Rechtsirrtum das Verderben dieses Genußmittels erblickt werden; denn unter „Verderben" eines solchen kann auch das Verschlechtern, die Verminderung des Gebrauchs- und Genußwertes unbedenklich angesehen werden. Urteil vom 3. Oktober 1905; Rev.-Reg. Nr. 238/05.

Gew.-Ordn. §§ 33, 147 Nr. 1. Wirtschaftsbetrieb durch Vereine. Der § 33 Abs. 5 Gew.-Ordn. findet zwar nur auf Vereine Anwendung, die den gemeinschaftlichen Einkauf von Lebens- und Wirtschaftsbedürfnissen im Großen und deren Absatz im Kleinen zum ausschließlichen oder hauptsächlichen Zwecke haben, und nicht auch auf Vereine, bei denen dieses Kriterium nicht zutrifft. Es ist aber für die Anwendbarkeit des § 33 Abs. 5 a. a. O. auf die dort bezeichneten Vereine ohne Erheblichkeit, ob der Einkauf und Absatz gerade von Bier den ausschließlichen oder hauptsächlichen Zweck des Vereins bildet. Die Bestimmung ist anwendbar auf Vereine der bezeichneten Art, auch wenn Einkauf und Absatz von Bier nur als untergeordneter Vereinszweck erscheint, in der Hauptsache aber gemeinschaftlicher Einkauf von anderen Lebens- und Wirtschaftsbedürfnissen im Großen und deren Absatz im Kleinen beabsichtigt ist. Urteil vom 2. September 1905; Rev.-Reg. Nr. 223/05.

Gew.-Ordn. §§ 44, 44a, 55, 59 Ziff. 1, § 148 Ziff. 5. Wer Bestellungen auf selbstgewonnene oder rohe Erzeugnisse der Landwirtschaft aufsucht, bedarf einer Legitimationskarte.

Der von der Doktrin überwiegend geteilten Anschauung, daß der in § 59 Ziff. 1 gebrauchte Ausdruck „Feilbieten" das Aufsuchen von Bestellungen mitumfasse, kann nicht beigepflichtet werden.

Der § 59 Ziff. 1 enthält eine Ausnahmebestimmung, welche als solche strikter Auslegung unterliegt und eine analoge Anwendung nicht gestattet. Der Begriff „Feilbieten" wird weder in § 59, noch überhaupt in der Gewerbeordnung definiert. Es ist derselbe daher nach dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens auszulegen.

Hiernach erfordert dieser Begriff, daß das Kaufobjekt in specie dem Publikum vorgezeigt und zur sofortigen Übergabe an den Käufer bereit gehalten wird. Dadurch unterscheidet sich das Feilbieten vom Aufsuchen von Warenbestellungen, bei welchem nur Proben, Muster, mitgeführt und vorgezeigt werden.

Die Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung ist in Doktrin und Praxis anerkannt.

Die Reichsgewerbeordnung stellt das Feilbieten und das Aufsuchen von Warenbestellungen als selbständige Arten des Gewerbebetriebs gesondert neben

einander (vgl. § 55 Abs. 1 Ziff. 1 und 2) und hält auch an anderen Stellen die beiden Begriffe auseinander (vgl. § 56 Abs. 2 und 3, § 56a).

Zudem hat der Vertreter der verbündeten Regierungen bei der Kommissionsberatung des Entwurfs der Novelle von 1883, durch welche § 59 Ziff. 1 in das Gesetz gelangte, ohne Widerspruch zu finden, ausdrücklich hervorgehoben, daß der Unterschied zwischen Feilbieten und Aufsuchen von Bestellungen vom Entwurf streng festgehalten werde (Verh. des Reichstags 1882/83 Anl.-Bd. 6 S. 732).

Volkswirtschaftlich läßt sich eine verschiedene Behandlung des Feilbietens der in § 59 Ziff. 1 aufgeführten Waren und des Aufsuchens von Bestellungen auf solche in Ansehung des Erfordernisses eines Wandergewerbescheins wohl rechtfertigen (Verh. des Reichstags 1895/97, Stenogr. Berichte Bd. 4 S. 2528).

Umfaßt aber, wie nach Vorstehendem anzunehmen, der Begriff „Feilbieten" im § 59 Ziff. 1 das Aufsuchen von Warenbestellungen nicht, so ist die auf § 59 Ziff. 1 Gew.-Ordn. gestützte Freisprechung des Angeklagten, der, ohne im Besitz einer Legitimationskarte zu sein, Bestellungen auf Produkte der dort angeführten Art aufsuchte, rechtsirrtümlich.

Es hat vielmehr auf ihn in Ansehung des Aufsuchens von Bestellungen §§ 44, 44a mit 148 Ziff. 5 Gew.-Ordn. zur Anwendung zu kommen. Urteil vom 25. August 1905; Rev.-Reg. Nr. 215/05.

StGB. § 263. Betrug durch Benützung der Eisenbahn ohne Fahrkarte. Ein Fahrgast, der unter Anwendung trügerischer Manipulationen sich den unentgeltlichen Transport seiner Person mittels der Eisenbahn erschleicht, verübt hierdurch eine die Merkmale strafbaren Betrugs an sich tragende Handlung.

Nach §§ 10 bis 21 der seit 1. Januar 1900 geltenden Eisenbahn-Verkehrsordnung (Ges.- und Verordn.-Bl. von 1899 S. 1075) setzt die Benützung der Eisenbahn durch einen Reisenden die Lösung und den Besitz einer gültigen Fahrkarte voraus, ohne welche derselbe im Zuge nicht Platz nehmen darf. Der Reisende, welcher ohne gültige Fahrkarte im Zuge Platz nimmt, hat unaufgefordert hiervon dem Schaffner oder Zugführer Meldung zu machen. Die Unterlassung dieser Meldung ist also geeignet, bei den eben angeführten Personen den Irrtum hervorzurufen, daß der Reisende eine gültige Fahrkarte besitzt. Dieser Irrtum wird durch ein positives Handeln des Reisenden erregt, nämlich durch das Einsteigen ohne gültige Fahrkarte und ohne Meldung des Nichtbesitzes einer solchen, also durch die Unterdrückung wahrer Tatsachen. Urteil vom 13. Juli 1905; Rev.-Reg. Nr. 155/05.

Gew.-Ordn. § 56 Abs. 2 Nr. 3 und 11, § 148 Nr. 7a. Vom Ankauf oder Feilbieten im Umherziehen sind ausgeschlossen Gold- und Silberwaren, sowie Schmucksachen jeder Art.

Der § 56 Abs. 2 Nr. 3 und 11 Gew.-Ordn. spricht ganz allgemein von Gold- und Silberwaren und von Schmucksachen. Der Wortlaut allein schon schließt somit jede Einschränkung dahin aus, als ob solche Gegenstände, welche als Altertümer anzusehen seien, nicht unter die vorerwähnte Bestimmung fallen würden (Landmann-Rohmer zu § 56 Note 7 Abs. 2). Die Absicht des Gesetzgebers, alle derartigen Waren, ohne Rücksicht auf ihr Alter, dem Verbote des § 56 Abs. 2 Nr. 3 und 11 zu unterwerfen, geht aber auch aus den Verhandlungen über den Gesetzentwurf im Reichstage deutlich hervor. Es herrschte Einigkeit in der Auffassung, daß nach dem Entwurfe bei Gold- und Silberwaren auf deren Alter nichts ankomme. Dies erhellt insbesondere aus einem in der Reichstagskommission gestellten Antrage, im Interesse der

modernen Industrie, namentlich von Schwäbisch-Gmünd, das Verbot des § 56 auf „alte" Gold- und Silberwaren einzuschränken (Reichstagsverh. 1882/83 Anl.-Bd. 6 S. 731).

Als ein Motiv für die Bestimmung in Nr. 3 wurde von einem Redner auch angeführt, daß durch Gestattung des unbeschränkten Gewerbebetriebs im Umherziehen mit Gold- und Silberwaren auch Diebstähle und Hehlerei erleichtert würden, wobei er die Diebstähle an uralten wertvollen Schätzen aus Kirchen besonders hervorhob (Stenogr. Berichte 1882/83 Bd. 3 S. 1770).

Es kann deshalb kein Zweifel darüber aufkommen, daß das Verbot des § 56 Abs. 2 auf alle Gold- und Silberwaren sich bezieht, gleichviel ob sie neu oder alt sind.

Als Zweck des Gesetzes wurde in den Motiven zu den Gesetzentwürfen angegeben die Verhütung der schwindelhaften Ausbeutung der Eitelkeit und Unerfahrenheit der Kauflustigen, namentlich des weiblichen Teiles derselben, durch umherziehende Händler (Verh. des Reichstags 1882/83 Anl.-Bd. 5 S. 20).

Derselbe Zweck war bezüglich des Verbotes des Ankaufs und Feilbietens von Schmuckgegenständen im Umherziehen maßgebend; außerdem wurde noch angeführt, hier bestehe die Gefahr einer Übervorteilung der Käufer wegen der Schwierigkeit bei Beurteilung des Wertes dieser Waren; das Publikum werde durch die Zudringlichkeit der Hausierer zu unnützen Ankäufen und zu Ankäufen minderwertiger Schmucksachen zu hohen Preisen veranlaßt (Verhandl. 1894/95 Anl.-Bd. 2 S. 520, 1451, 1895/97 Anl.-Bd. 1 S. 424).

Hiernach wird allerdings das Hauptgewicht auf das Feilhalten dieser Waren durch Händler im Umherziehen gelegt; allein abgesehen davon, daß in § 56 Abs. 2 Gew.-Ordn. der Ankauf dem Feilbieten völlig gleichgestellt ist, so trifft das Motiv der Übervorteilung jedenfalls auch dann zu, wenn die Händler solche Gegenstände von unerfahrenen Leuten kaufen. Offenbar wollte auch in dieser Hinsicht der Gesetzgeber schützend eingreifen.

Zum subjektiven Tatbestand ist, da es sich um eine Rechtsgefährdnng handelt, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht erforderlich; es genügt vielmehr jedes Verschulden. Urteil vom 4. Juli 1905; Rev.-Reg. Nr. 148/05.

E. Oberlandesgericht München (Civilsachen).

Civilrecht.

Über die buchmäßigen Voraussetzungen des § 890 Abs. 1 BGB. Art. 14 des Bayer. Ausf.-Ges. z. BGB.

„Die Entscheidung des Erstrichters, welcher die beantragte Vormerkung nur auf den einzelnen Plan-Nr. 88, Wohnhaus rc., eingetragen wissen will, im übrigen aber den Antrag des Gläubigers abweist, beruht auf der Erwägung, daß nur diese Plan-Nr. als „das Grundstück" angesehen werden könne, auf welchem die Schuldner ihr Gewerbe betreiben (Art. 14 Abs. 1 Ausf.-Ges. z. BGB.); ihr liegt zugleich der Gedanke zugrunde, daß die buchmäßigen Voraussetzungen des nach erfolgter Anlegung des Grundbuchs nun anwendbaren § 890 Abs. 1 BGB. vorwürfigen Falls nicht gegeben seien. Diesen Ausführungen ist nicht beizupflichten.

Der Erstrichter verkennt nicht, daß, wenn die „anderen Grundstücke" des Abs. 2 mit „dem Grundstücke" des Abs. 1 (im Art. 14 Ausf.-Ges. z. BGB.) dadurch zu einem Grundstücke vereinigt sind, daß sie der Eigentümer als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen ließ, die Bestellung der Sicherungshypothek, welche der Brauer gemäß Art. 14 Abs. 1 von dem Wirte verlangen darf, auch ohne weiteres an diesem einen, aus der Vereinigung der mehreren

Plan-Nrn. zusammengesetzten Grundstücke zu vollziehen ist. Es entspricht dies ja gerade dem Willen und den Zwecken des Grundstückeigentümers, der die Vereinigung nur deshalb vornimmt, um über die mehreren Grundstücke als ein einheitliches Ganze zu verfügen (vgl. Planck Anm. 1; Staudinger Anm. I zu § 890). Voraussetzung für eine derartige Vereinigung der mehreren Grundstücke zu einem Grundstücke ist allerdings, daß der Eigentümer seinen auf die desfallsige Eintragung gerichteten Willen erklärt hat und daß auch aus dem Grundbuch ersichtlich wird, daß die mehreren Grundstücke ein einheitliches Ganze bilden sollen (Planck a. a. O. Anm. 2a, b). Demgemäß gibt denn auch über die Art und Weise, wie sich der die Vereinigung erkennbar machende Vermerk namentlich dann zu gestalten hat, wenn die zu vereinigenden Grundstücke auch nach der Vereinigung ihre bisherige Plan-Nrn.-Bezeichnung behalten, wenn sie schon auf dem nämlichen Blatte eingetragen sind und auch nach der Vereinigung auf diesem Blatte eingetragen bleiben, die DA. f. GBÄ. in § 315 Ziff. 1 die zu beachtenden Winke. Es leuchtet jedoch ein, daß, um die aus § 890 Abs. 1 sich ergebenden Folgen herbeizuführen, nicht gefordert werden kann, daß die Vereinigung der mehreren Grundstücke nun auch erst unter der Herrschaft des BGB. bezw. seit dem Zeitpunkte, in welchem das Grundbuch für den einschlägigen Bezirk als angelegt anzusehen ist, erfolgt sein müßte. Ein der Vereinigung im Sinne des § 890 Abs. 1, der „Zusammenschreibung" (so Dernburg, B. R. Bd. 3 § 3 Nr. 3 mit Note 8) sachlich entsprechender Zustand muß ebenso Beachtung finden, wenn er sich im Geltungsbereiche eines früheren Landesgesetzes oder in den für die Übergangszeit geschaffenen Normen vollzogen hat. Die seinerzeitige, mit den jetzigen Vorschriften sich nicht vollständig deckende formelle Behandlung des maßgebenden Eintrags tut nichts zur Sache. Eine allgemeine Umgestaltung der seitherigen Hypothekenbuchsblätter in Grundbuchblätter hat nicht stattgefunden; es haben vielmehr gemäß § 24 Abs. 1 der AVO. vom 23. Juli 1898, die Anlegung des Grundbuchs in den Landesteilen r. d. Rh. betr., §§ 600 I, 601 DA. f. GBÄ. die nach den Vorschriften des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 angelegten und als solche bestehenden Hypothekenbuchsblätter als Grundbuchblätter zu gelten. Erfolgte sohin auch schon vor dem Zeitpunkte, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen war, eine Vereinigung mehrerer Grundstücke ersichtlich zu einem einheitlichen Ganzen, so muß diese, weil sie als solche fortwirkt und auch von späteren Belastungen in solcher Gestalt ergriffen wird (vgl. Dernburg a. a. O. mit Note 6), nun auch gegenüber der hier vom Gläubiger verlangten Hypothekbestellung Platz greifen. Dem war in der Tat so. Indem die Schuldner ihre auf einem Blatte vereinigten Grundstücke in dieser Zusammenstellung dem Pfandverbande unterbreiteten, sie insbesondere mit der Hypothek vom 12. Dezember 1898 für eben denselben Gläubiger belasteten und ebenso die Eintragung ihrer Bierschuld in den Raten von x Mark und bezw. y Mark am 25. Oktober 1902 bezw. 18. August 1903, obwohl sie nach der damals noch geltenden Bestimmung des § 109 Hyp.-Ges. über das Eintragungsgesuch gehört worden waren, als Hypothek an dem gesamten, auf dem Hypothenbuchsblatte vereinigten Grundbesitze ohne jeden Widerspruch geschehen ließen, haben sie ihren auf eine einheitliche Behandlung und Belastung dieses Komplexes gerichteten Willen in dem Hypotheken- und nunmehrigen Grundbuch selbst erkennbar zum Ausdruck gebracht (vgl. Gütl-Henle, Hypothekengesetz, 5. Aufl. Anm. 6 zu § 120; Samml. n. F. Bd. 1 S. 225, Bd. 2 S. 67). Daß letztere Entscheidungen und ebenso der in der Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern Jahrg. 1 S. 28 mitgeteilte Beschluß des Obersten Landesgerichts vom 3. September 1904, der in

dem Satze gipfelt, daß eine Mehrheit von gemäß § 890 BGB. vereinigten Grundparzellen auch für die Vorschriften des Ausf.-Ges. als ein einheitliches Grundstück gelte, jetzt, da das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach Ansicht des Erstrichters nicht mehr einschlagen sollen, ist unerfindlich. . ." Beschluß des III. Civ.-S. vom 11. Januar 1906; Beschw.-Reg. Nr. 15/06 III.

H. H.

F. Oberlandesgericht Bamberg (Civilsachen).

Civilrecht.

Unsittlicher Vertrag zur Verkürzung des Bezirksagenten (§ 138 BGB.; § 89 HGB.).

Fest steht, daß Klägerin einen Bezirksagenten mit der Berechtigung auf eine Provision von 4—5 Prozent bezüglich aller für Bayern auch ohne seine Mitwirkung geschlossenen Geschäfte aufgestellt hat.

Nun hat Beklagte in ihrem bereits längere Zeit vor dem vorwürfigen Lieferungsvertrag an die Klägerin gerichteten Antwortschreiben auf einen nicht vorliegenden Brief unter Inaussichtstellung eines demnächstigen größeren Abschlusses erklärt, daß Klägerin ihrer Diskretion völlig versichert sein dürfe, daß sie, Beklagte, sich nur dann in der Lage sehe, mit der Klägerin zu arbeiten, wenn niemand aus deren Verkäufen Prozente beziehe, und daß sie absolut spesenfreie Arbeit der Klägerin bei ihrer beiderseitigen Verbindung wünsche, da Beklagte gezwungen sei, möglichst billig und vorteilhaft einzukaufen. Diese allgemeine Vereinbarung wurde von dem Angestellten der Klägerin auch mündlich gelegentlich Bestellungsentgegennahme bei der Beklagten bestätigt und bezog sich nach dessen wie der Klägerin eigener Angabe auf die Provision des Bezirksagenten, welche ihm denn auch bei den nachgefolgten, ihm verheimlichten Lieferungen vorenthalten wurde.

Beim klaggegenständigen Vertragsschluß über 100 000 Zigarren zum Preise von 22 Mk. 50 Pfg. für das Tausend wurde in die ausgestellte Bestätigungsurkunde nach dem Zeugnisse des Ausstellers zur Bekräftigung jenes Übereinkommens der Vermerk „zu bekannten Konditionen" aufgenommen.

Hiernach ist es allerdings nicht zutreffend, daß der Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen worden sei, geschweige denn, daß für den nun eingetretenen Fall der gleichwohl veranlaßten Provisionszahlungspflicht der Klägerin es mangels einer Willensübereinstimmung der Vertragsteile, insbesondere hinsichtlich des Preises, an einem rechtsgiltigen Vertragsschlusse fehle. Es liegt nicht eine vertragauflösende Bedingung vor, welche die Willenskundgabe der Vertragschließenden erfordern würde, daß mit dem Eintreten eines gewissen künftigen Ereignisses, hier der Provisionszahlungspflicht, die Wirkung des Vertrages aufhören solle, sondern lediglich eine Vertragsbedingung im weiteren Sinn, eine Vertragsbestimmung.

Umgekehrt ist es auch nicht richtig, daß um eine bloße Nebenabrede zum Vertrag es sich handelte, sondern die Vereinbarung, daß der Bezirksagent vom Abschlusse nichts erfahren und Provision nicht erhalten solle, war ein ganz wesentlicher Vertragsteil, wie aus der erwähnten brieflichen Erklärung der Beklagten und für die Klägerin, abgesehen von der Ermöglichung der Erfüllung des dortigen beklagtischen Begehrens und damit des Vertragschlusses, schon aus ihrem erheblichen Interesse daran sich ergibt, daß ihre Vertragsbrüchigkeit gegenüber dem Bezirksagenten diesem nicht bekannt werde.

Erwiesenermaßen hat Beklagte aus eigenem Antriebe dem Agenten die von ihr mit der Klägerin geschlossenen Geschäfte gegen Zusicherung von 60%

der ihm hieraus von der Klägerin zu zahlenden Provision verraten. Ein Recht der Klägerin zum Rücktritte vom Vertrag auf Grund dieser Zuwiderhandlung der Beklagten gegen denselben durch Verletzung ihrer Schweigepflicht (also einer Unterlassungspflicht) könnte aber weder nach obigem infolge einer ausdrücklichen Bedingung, noch wegen Unmöglichkeit der Erfüllung der (hauptsächlich in der Kaufpreiszahlung bestehenden) positiven Vertragsleistung der Beklagten im Sinne des § 325 BGB., sondern nur nach dem Grundsatze des § 326 ebenda wegen einer durch positive Vertragsverletzung bewirkten Gefährdung des Vertragszweckes seitens des Beklagten (vgl. RGer. Bd. 54 S. 98; Seuffert's Archiv Bd. 59 Nr. 32; Das Recht 1904 S. 551) in Frage kommen. Gegen das Vorhandensein letzterer Voraussetzung spricht jedoch entschieden die Tatsache, daß Klägerin trotz Kenntnis des Vertragsbruches der Beklagten gleichwohl die noch ausständige Restlieferung zusagte und weiterhin sogar Beklagte zu deren Abnahme aufforderte.

Hiernach war die spätere Rücktrittserklärung der Klägerin nicht begründet, und käme gegenüber der formgerecht eingeleiteten Schadensersatzforderung der Beklagten wegen Nichtlieferung des Restes nur noch die bestrittene Frage in Betracht, ob Beklagte unter allen Umständen den Ersatz des Schadens als abstrakten verlangen könnte, oder aber einen betätigten oder doch möglich gewesenen Deckungskauf — letzteren gemäß § 254 Abs. 2 BGB. — gegen sich gelten lassen müßte (vgl. D. Jur.-Zeitg. 1901 S. 160, 234).

Allein auf diese, vom Kaufpreise für die Teillieferungen abgezogene Gegenforderung der Beklagten kommt es gar nicht an, indem die Klagforderung auf den Rest jenes Kaufpreises deshalb nicht als zu Recht bestehend anerkannt werden kann, weil sie auf einem gegen die guten Sitten verstoßenden, daher nach § 138 BGB. nichtigen Rechtsgeschäfte fußt.

Der Maßstab für den Begriff der guten Sitten ergibt sich aus dem Anstandsgefühle der ehrbar, billig und gerecht Denkenden unter Berücksichtigung der Sittenanschauung des Volkskreises, in dem sich die herrschende Sitte ausprägt (vgl. RGer. Bd. 48 S. 124), wogegen auf mißbräuchliche Auffassung Einzelner oder auch ganzer Gruppen keine Rücksicht zu nehmen ist (vgl. JW. 1904 S. 257), daher auch das mangelnde Bewußtsein von der Verwerflichkeit des Rechtsgeschäftes dieses nicht aufrecht zu erhalten vermag (vgl. Staudinger, Komm. z. BGB. § 138, I 3). Im Gegensatze zum I. Entw. d. BGB. entscheidet nicht lediglich der Inhalt des Rechtsgeschäftes, sondern dessen Gesamtcharakter einschließlich des Beweggrundes und des Zweckes (vgl. Jur. Wochenschr. 1903 Beil. S. 41).

Nun ist das Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem allgemein provisionsberechtigten Bezirksagenten ganz wesentlich Vertrauenssache; jener rechnet darauf, daß seine Interessen durch den mit der Alleinvertretung Betrauten nach Kräften gefördert werden, und dieser muß sich darauf verlassen, daß die ohne seine Mitwirkung geschlossenen Geschäfte, bezw. die aus solchen direkten Geschäften sich berechnenden Provisionen ihm nicht vorenthalten werden. Hintergeht in dieser Beziehung der Geschäftsherr den Agenten, so verletzt er gröblich Treu und Glauben, und ist dies um so verwerflicher, da er doch als der Verdienstgeber mehr oder weniger die vorherrschende Stellung in dem beiderseitigen Verhältnis einnimmt. Im vorwürfigen Falle handelte es sich um eine fortlaufende Geschäftsverbindung mit der Beklagten und erhebliche Abschlüsse, bezüglich deren die Klägerin gegenüber dem Agenten vertragsbrüchig war — wie sie denn laut dessen Zeugenaussage auch auf seine Aufforderung hin noch einen Teil der vertragsmäßigen Provision ihm endgiltig vorenthielt. Daß ein der-

artiges Verhalten eines redlichen Mannes überhaupt und eines anständigen Kaufmannes insbesondere unwürdig ist und dessen Auffassung von guter Sitte scharf zuwider geht, ist nicht zu bestreiten, durch das Urteil der Kammer für Handelssachen auch anerkannt.

Irrig aber ist es, daß die Wirkung dieses Verstoßes nur von dem dadurch geschädigten Bezirksagenten geltend gemacht werden könne und der Beklagten umsoweniger zu Statten komme, als sie nicht nur wissentlich sich daran beteiligt, sondern unter arglistiger Schädigung der Klägerin noch weitere Vorteile daraus gezogen, also in noch höherem Maße gegen die guten Sitten gehandelt habe (vgl. a. Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 11).

Eine besondere Stellung ist dem Geschädigten insofern eingeräumt, als er nach §§ 826, 840 BGB. auch gegen den nicht im Vertragsverhältnisse zu ihm Stehenden, aber unter Verstoß gegen die guten Sitten an seiner Schädigung Mitwirkenden das Recht auf Schadenersatz hat — sodaß hier der Agent gegen den Anspruch der Beklagten auf den ihr zugesicherten Provisionsanteil mit seinem Schadensersatzanspruche hätte aufrechnen können — und die Zuwiderhandlung beider Teile gegen die guten Sitten ist nach § 817 Satz 2 BGB. von Einfluß auf die Rückforderung des Geleisteten.

Die in § 138 BGB. bestimmte Nichtigkeit des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäftes aber wirkt unbedingt und kann nicht bloß von jedem irgendwie Interessierten geltend gemacht und durch Verzicht hierauf nicht geheilt, vielmehr nur durch erneute Vornahme des Geschäftes ohne den früheren Mangel behoben werden, sondern ist auch von Amts wegen zu beachten (vgl. Staudinger, Komm. Einl. z. 3. Abschn. ds. 1. Buches V E 2, § 138 I 7).

Endlich ist auch die — von der Klägerin darzutuende — Ausnahme des § 139 BGB. nicht gegeben, daß die Nichtigkeit eines Teils des Rechtsgeschäftes die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes dann nicht nach sich zieht, wenn anzunehmen ist, daß dieses auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Denn Beklagte hat es in ihrem oben erwähnten Schreiben unmittelbar ausgesprochen, daß sie zu anderen auf den Preis bezüglichen Bedingungen Geschäfte mit der Klägerin nicht mache, und auf der andern Seite ist hier der Hinweis des klägerischen Vertreters zutreffend, daß für den eingetretenen Fall der Provisionszahlungspflicht der Klägerin es an der hierdurch veranlaßten anderweitigen Preisfestsetzung, einem wesentlichen Bestandteile des Kaufvertrages, fehle.

Die gegen die guten Sitten verstoßende Vereinbarung beherrscht somit den hauptsächlichen Vertragsinhalt und macht deshalb den Vertrag hinfällig, sodaß Klägerin aus diesem kein Recht und insbesondere nicht das Recht auf die Gegenleistung der Beklagten für den klägerseits erfüllten Teil des Vertrages ableiten kann.

Daß dieses Ergebnis insoferne nicht befriedigt, als Beklagte aus ihrem die guten Sitten in weiterem Umfange verletzenden Gebahren ganz beträchtliche Vorteile zieht, vermag daran nichts zu ändern, daß die Rechtsordnung zur Durchführung eines von ihr mißbilligten Rechtsgeschäftes die Hand nicht bieten darf. Urteil des I. Senats vom 22. Dezember 1905, L. 134/05.

G. Landgericht München I (Civilsachen).

Civilrecht; Civilprozeß.

Haftung für Verzögerung einer Droschkenfahrt infolge eines Verkehrshindernisses.

Streitig zwischen den Parteien ist nur mehr, ob der Kläger berechtigt ist, deswegen das taxmäßige Wartegeld mit 50 Pfennigen zu verlangen, weil

die bestellte Droschkenfahrt an der Kreuzung der D.- und A.-Straße durch das Passieren eines Fackelzuges auf die Dauer von 20 Minuten eine Unterbrechung erlitt, für welche anerkanntermaßen weder den Kläger noch den Beklagten irgend ein Verschulden trifft. Der Erstrichter hat dem Beklagten die Verpflichtung zur Bezahlung dieser Wartezeit auferlegt, einmal, weil der Beklagte als Besteller für Zufall hafte, da er das „Werk" schon mit Beginn der Benützung der Droschke abgenommen habe; dann, weil er die Bestimmungen der Taxameterfahrordnung als stillschweigende Vertragsbestimmung zu beachten habe; endlich, weil der Beklagte von der Möglichkeit, den Wagen zu verlassen, keinen Gebrauch gemacht, sondern ihn während der Dauer der Unterbrechung der Fahrt zum Zuschauen benützt habe. Dem Erstrichter kann hierin nicht beigepflichtet werden. Der fragliche Vertrag stellt sich zwar zweifellos als Werkvertrag und nicht als Dienstvertrag dar (s. Oertmann, Schuldverh. Vorb. 1 vor § 611 BGB.); allein es kann nicht angenommen werden, daß in dem Moment der Benützung der Droschke schon die Abnahme des Werkes erfolgt sei. Falls man überhaupt ein abnahmefähiges Werk im Sinne des § 644 BGB. annehmen kann, und nicht ohnedies § 646 BGB. Platz greift, so könnte von Abnahme erst bei Erreichung des Endzieles der Fahrt gesprochen werden, da ja früher ein Akt der Billigung, welcher notwendig zur Abnahme gehört, ausgeschlossen ist; nach § 644 hatte also die „Gefahr" bis zur Vollendung der bestellten Fahrt der Kläger und nicht der Beklagte zu tragen. Es mag sein, daß durch diese gesetzliche Bestimmung die Haftungspflicht des Unternehmers gegenüber der des Bestellers in einer für ersteren ungünstigen Weise verteilt wird, wie dies auch z. B. von Oertmann, Note 3 zu § 644 anerkannt ist; es kann dies aber keinen Grund zur Nichtanwendung der gesetzlichen Vorschriften bilden.

Aus den Bestimmungen der Taxameterfahrordnung läßt sich aber der bestrittene Anspruch des Klägers deshalb nicht begründen, weil dieselbe nur die Höhe der eventuell zu zahlenden Wartegebühr regelt, aber keine Bestimmung darüber trifft, ob in Fällen, in denen nicht auf Veranlassung des Bestellers eine Wartezeit entsteht, eine Entschädigung an den Droschkenführer zu zahlen ist.

Daß endlich der Beklagte die Möglichkeit besaß, bei Eintritt der Verzögerung den Wagen zu entlassen, ist für die Frage belanglos; denn der Beklagte hatte durch Eintritt der Unterbrechung nicht das Recht verloren, auf Vollendung der von ihm bestellten Fahrt zu bestehen, da ja dieselbe nicht unmöglich geworden war, sondern durch den erwähnten Zufall nur eine „Verschlechterung" des teilweise vollendeten „Werkes" eingetreten ist. Daß der dadurch etwa für den Unternehmer sich ergebende Mehraufwand an Zeit und Arbeit auf seinen Lohnanspruch ohne Einfluß ist, das ist eben die Gefahr, welche er nach § 644 zu tragen hat.

Es kann aber auch mangels anderer gar nicht behaupteter Willenserklärungen des Beklagten in dem bloßen Verweilen desselben im Wagen ein Einverständnis mit der Forderung des Klägers auf Wartegeld nicht gefunden werden.

Der Anspruch des Klägers auf 50 Pfg. Wartegeld läßt sich daher rechtlich nicht begründen und war im Gegensatz zum angefochtenen Urteil abzuweisen. Urteil vom 3. Januar 1906; Ber.-Reg. 690/05 F.

Formelle und materielle Voraussetzungen der Zwangserziehung. Am 11. November 1905 erließ das Amtsgericht München II Beschluß dahin, daß gegen Georg J., geboren am 8. Februar 1891, und Margareta J., geboren am 20. Juni 1897, beide katholisch, beheimatet in B., Bezirksamts R., eheliche Kinder der Sattlerseheleute Michael und Maria J., die Zwangserziehung auf

öffentliche Kosten nach Maßgabe des Gesetzes betreffend die Zwangserziehung vom 10. Mai 1902 angeordnet wird. Das Amtsgericht führte im wesentlichen aus, daß die Eheleute J. größtenteils vom Bettel leben und daß insbesondere die Ehefrau wiederholt in München in Begleitung ihrer Kinder bettelnd betroffen wurde, ferner, daß der Knabe Georg J. geistig nicht normal sei, keine Schule besuche und gänzlich verwahrlost sei, und daß daher die Zwangserziehung zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens der Kinder als notwendig erscheine (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 3 des Zwangserziehungsgesetzes).

Gegen diesen, dem Bezirksamte R. am 1. Dezember 1905 zugestellten Beschluß hat das erwähnte Bezirksamt mit Schreiben vom 2. Dezember 1905, eingelaufen beim Amtsgerichte München II am 4. Dezember 1905, Beschwerde eingelegt. Zur Begründung wurde in einem weiteren Schreiben vom 20. Dezember folgendes geltend gemacht.

Der amtsgerichtliche Beschluß sei jedenfalls verfrüht, weil die nach Art. 3 Abs. 2 des Zw.-Erz.-Ges. vorgeschriebene Übersendung der Akten an die Distriktsverwaltungsbehörde, nämlich an das Bezirksamt R., nach Abschluß der Erhebungen und vor der Beschlußfassung nicht erfolgt sei. Abgesehen hiervon sei das Ergebnis der amtsgerichtlichen Erhebungen im großen und ganzen lediglich die Feststellung, daß die beiden Kinder von der Mutter zum Bettel angehalten würden. Hierdurch würden die gesetzlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit der Zwangserziehung nicht erschöpfend nachgewiesen. Insbesondere fehle auch eine Feststellung der Bildungsfähigkeit des von verschiedenen Seiten als Idioten dargestellten Knaben Georg J. Es fehle auch die Beobachtung des § 3 II der Ministerialbekanntmachung vom 28. Juni 1902 — Ausführungsbestimmungen zum Zwangserziehungsgesetze betreffend. — Hiernach sei bestimmt, daß, wenn die Verwahrlosung des Minderjährigen ihren Grund in wirtschaftlicher Not der Eltern habe, zunächst darauf zu achten sei, ob nicht durch Maßnahmen der Armenpflege Abhilfe geschaffen werden könne, und dadurch die Zwangserziehung, die nur als das letzte Auskunftsmittel in Anwendung gebracht werden solle, vermieden werden könne. Wenn der erziehungsberechtigte Vater der Kinder die geeignete Erziehung bezw. Unterbringung seiner Kinder auf Kosten der armengesetzlich unterhaltungspflichtigen Heimatgemeinde nicht beantragen wolle, so könne das Amtsgericht dem Vater die elterliche Gewalt entziehen und durch Vermittlung eines Vormundes die erforderlichen Schritte veranlassen. Eine Einvernahme des Vaters in dieser Richtung sei überhaupt noch nicht erfolgt.

Die eingelegte Beschwerde, die sich als sofortige Beschwerde qualifiziert, (Art. 4 Abs. 3 des Zw.-Erz.-Ges.) ist in formeller Beziehung nicht zu beanstanden und erscheint auch materiell als begründet. Es ist richtig, daß die nach Art. 3 Abs. 2 des erwähnten Gesetzes erforderliche Mitteilung der Akten an die Distriktsverwaltungsbehörde nach Abschluß der Erhebungen nicht erfolgt ist. Der Umstand, daß das Bezirksamt R. unterm 25. Mai 1905 durch die Polizeidirektion München von der Vernachlässigung der J.'schen Kinder seitens ihrer Eltern Kenntnis erhielt, genügt nicht, nachdem der Distriktsverwaltungsbehörde für das Zwangserziehungsverfahren die Stellung der Staatsanwaltschaft eingeräumt ist (s. Englert, Zwangserziehungsgesetz zu Art. 3). Abgesehen hiervon erscheinen auch die materiellrechtlichen Ausführungen der Beschwerde als begründet. Der gegenwärtige Fall ist noch nicht so gelagert, daß die Zwangserziehung, die in die Verhältnisse der Minderjährigen und ihrer Angehörigen so tief eingreift, als letztes Auskunftsmittel angewendet werden muß. Es erscheint vielmehr als erforderlich, daß das Amtsgericht zunächst gemäß

§ 3 Abs. 2 der Ausführungsbestimmungen zum Zwangserziehungsgesetz den Versuch macht, ob nicht durch Maßnahmen der Armenpflege bezüglich der Verwahrlosung der J.'schen Kinder Abhilfe geschaffen werden kann. Hierbei wird zu berücksichtigen sein, daß der Magistrat und die Gemeindebevollmächtigten in B. laut Beschluß vom 14. Juni 1905 es als zweckmäßig erklärt haben, daß die J.'sche Familie eventuell im Armenhause in B. untergebracht werde.

Es war daher der amtsgerichtliche Beschluß aufzuheben. Beschluß vom 30. Dezember 1905; Beschw.-Reg. Nr. 739/05 I.

Anwaltsgebühren im Entmündigungsverfahren. Das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren ist kein ordentlicher, ein Urteil erheischender Prozeß, sondern ein auf dem Offizialprinzip beruhendes Beschlußverfahren ohne eigentliche mündliche Verhandlung; daher kann auch für die Tätigkeit des Rechtsanwaltes in diesem Verfahren als Vertreter der Antragsteller zwar die für den Geschäftsbetrieb einschließlich der Information bestimmte Prozeßgebühr sowie im Falle einer Beweiserhebung eine Beweisgebühr, unter keinen Umständen aber eine Verhandlungsgebühr zum Ansatze gelangen (vgl. Walter-Joachim, Geb.-Ordn. f. R.-A., 4. Aufl. S. 218 ff. Note 20).

An dieser Beurteilung wird auch durch die Verordnung vom 26. Juli 1902 nichts geändert. Beschluß vom 20. Dezember 1905; Beschw.-Reg. Nr. 741/05.

III. Aus der Praxis des Oberlandesgerichts Stuttgart (Civilsachen).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Römer (Stuttgart).

Zu § 276 Abs. 1 Satz 2, § 823 Abs. 1 BGB. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet, daß derjenige, welcher einen anderen auffordert, in seinem Fuhrwerk Platz zu nehmen, dafür Sorge trägt, daß der andere nicht infolge der Benützung des Fuhrwerkes an seinem Körper und an seiner Gesundheit beschädigt wird. Diese Verpflichtung besteht unabhängig davon, ob der Auffordernde eine vertragsmäßige Verbindlichkeit, den anderen zu befördern, übernommen hat oder nicht. Sie folgt schon aus dem rein tatsächlichen Umstande, daß derjenige, welcher einen anderen zur Benützung seines Fuhrwerkes auffordert, dadurch die Möglichkeit einer Gefährdung des Körpers oder der Gesundheit des anderen herbeiführt. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet aber, daß derjenige, welcher durch sein Tun die Möglichkeit der Gefährdung eines anderen herbeiführt oder doch erhöht, auch die nach Anschauung des Verkehrs erforderlichen Gegenmaßregeln trifft, damit die Möglichkeit der Gefährdung nicht zu einer tatsächlichen Verletzung des anderen führe. Urteil vom 16. Januar 1906.

Zu §§ 652 ff., 320 BGB. Ein Mäkler, der seinen Auftraggeber arglistiger oder fahrlässiger Weise durch unrichtige Angaben über die Vermögensverhältnisse eines Kaufsliebhabers in Irrtum versetzt und dadurch zum Abschluß eines Vertrags bestimmt hat, ist seinem Auftraggeber schadensersatzpflichtig, und hieraus steht letzterem die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegenüber der Mäklerlohnforderung zu. Urteil vom 14. Dezember 1905.

Zu § 88 HGB. Der Handlungsagent erlangt schon mit dem Abschluß eines Verkaufsgeschäfts einen durch dessen Ausführung und durch den Eingang des Kaufpreises bedingten Anspruch auf die Provision, welcher einen

der Übertragung fähigen Bestandteil seines Vermögens darstellt. Urteil vom 12. Dezember 1905.

Zu § 3 Anf.-Ges. Die Erfüllung einer Schuld, welche erfüllbar, aber nicht erzwingbar ist, ist keine unentgeltliche Verfügung.

Die Absicht der Gläubigerbenachteiligung wird in der Regel auszuschließen sein bei einem Erfüllungsgeschäft, bei welchem der Gläubiger nicht mehr erhält, als er zu fordern hat. Urteil vom 27. Oktober 1905.

Zu § 393 CPO. Ein zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigter Zeuge, der von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, kann noch nach Ablegung des Zeugnisses die Leistung des Zeugeneides verweigern (a. A. Gaupp-Stein § 393 Abs. 3). Urteil vom 6. Oktober 1905.

Zu § 600 Abs. 2, § 302 Abs. 2 CPO. Auch für das an den Urkundenprozeß sich anschließende Nachverfahren gilt der Satz, daß Grundlage der Entscheidung derjenige Prozeßstoff ist, welcher bei Schluß der — letzten — mündlichen Verhandlung vorliegt, daß daher die Geltendmachung auch von solchen Einwendungen gegen die Klage, die erst nach dem Vorbehaltsurteil entstanden, wofern sie nur begründet sind, die Aufhebung des Vorbehaltsurteils und die Abweisung der Klage zur Folge hat. Dazu gehört auch der Einwand, daß nach dem Vorbehaltsurteil Kläger befriedigt worden sei. Es ist nicht die Aufgabe des Endurteils, endgültig festzustellen, ob zur Zeit des Vorbehaltsurteils der Anspruch des Klägers begründet gewesen sei (Seuffert's Archiv Bd. 50 N. 59; RGer. in Civils. Bd. 45 S. 429). Urteil vom 11. Juli 1905.

Zu §§ 455, 446 BGB. Die Gefahr der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache geht auf den Käufer schon mit der Übergabe der Kaufsache, nicht erst mit der Zahlung des Kaufpreises über. Ein nach der Übergabe, aber vor Zahlung des Kaufpreises, somit vor Übergang des Eigentums, eintretender Untergang der Sache befreit also den Käufer nicht von Zahlung des Kaufpreises. Die Vorschrift des § 323 BGB. gilt bei Kaufverträgen nur insoweit, als nicht die Regeln über die Gefahrtragung Platz greifen. Dies ergibt sich schon aus den Bestimmungen über den Versendungskauf: hier kann der Käufer in die Lage kommen, den Kaufpreis bezahlen zu müssen, obwohl ihm der Verkäufer das Eigentum nicht verschafft, ja nicht einmal die Sache übergeben hat. Gerade in diesem letzteren Moment, nicht etwa darin, daß der Käufer haftet, obgleich ihm das Eigentum nicht verschafft ist, liegt die Besonderheit der Vorschrift des § 447 BGB., sie bedeutet eine Verschärfung der Regel des § 446 zu Ungunsten des Käufers. Übergabe und Eigentumsverschaffung fallen nicht notwendig zusammen: es gibt Übergabe ohne Eigentumsverschaffung, gleichwohl erklärt § 446 lediglich die Übergabe als entscheidend für den Übergang der Gefahr (gl. Ans. Cosack, Crome, Staudinger, Neumann; a. Ans. Dernburg, Planck). Urteil vom 11. Juli 1905.

Zu § 1004 BGB. Bei unzulässigen Einwirkungen von einem Grundstück auf ein anderes erscheint als Störer außer dem, der die Störung vorgenommen hat, auch der Eigentümer des Grundstücks, von welchem die Störung ausging, dann, wenn diese auf seinen Willen zurückzuführen ist. Dies ist möglich sowohl dadurch, daß Grund der Störung eine mit dem die Störung verursachenden Grundstück zu einem Ganzen fest und dauernd verbundene Anlage ist, als dadurch, daß der Eigentümer selbst die Störung entweder ver-

anlaßt oder in ungehöriger Weise geduldet hat (RGer. in Civils. Bd. 45 S. 297, Bd. 47 S. 163 ff.; Gruchot's Beitr. Bd. 46 S. 650 ff.). Die Haftbarkeit des Eigentümers aus dem Grunde solcher Duldung der Störung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der Eigentümer die Pflicht hat, für Unterlassung unzulässiger Störungen, die von seinem Grundstück ausgehen, besorgt zu sein, weil und soweit er die Macht hat, seinen Willen geltend zu machen.. Unterläßt er die Geltendmachung dieses Willens, so hält er den durch die Störung geschaffenen Zustand mit seinem Willen aufrecht und ist insofern selbst Störer. Beschluß vom 17. Januar 1905.

IV. Vermischte Nachrichten.

Die Pfändung künftig etwa zur Entstehung gelangender Eigentümerhypotheken ist neuerdings in drei Beschlüssen verschiedener Kammern des k. Landgerichts München I (entgegen der Anschauung des k. Obersten Landesgerichts München) für unzulässig erklärt worden. Wir werden diese Beschlüsse in der nächsten Nummer veröffentlichen und ersuchen wegen der Wichtigkeit und Zweifelhaftigkeit der Frage um Einsendung übereinstimmender oder abweichender Entscheidungen bayerischer Gerichte. Red.

V. Literatur.

Verlag von L. Schwann in Düsseldorf.

Handbuch des Eherechts mit Ausschluß des Eheschließungs- und Ehescheidungsrechts von A. Wieruszowski, Landgerichtsrat in Köln a. Rh. Band I: Die allgemeinen Wirkungen der Ehe, 1900, 207 S. Band II: Das eheliche Güterrecht. Allgemeiner Teil (insbesondere internationales und intertemporales Güterrecht) und der Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung, I, 1904, 627 S.

Eine eingehende systematische Darstellung der privatrechtlichen Wirkungen der Ehe hat bisher gefehlt. Diese Lücke auszufüllen, ist der Zweck des Wieruszowski'schen Werkes. Dem Charakter eines „Handbuchs" entsprechend werden die zahlreichen Fragen des umfangreichen Stoffes mit einer in alle Einzelheiten dringenden Gründlichkeit unter vollständiger Verwertung der Materialien, der Literatur und der Praxis geprüft. Mit welcher Sorgfalt dies geschehen ist, dürfte schon aus der Tatsache erhellen, daß der erste, die allgemeinen Wirkungen der Ehe behandelnde Teil zur Darstellung von zehn Paragraphen des BGB. (§§ 1353—1362) nicht weniger als 196 Seiten beansprucht. Die erste Abteilung des zweiten Bandes bespricht nicht minder eingehend das Geltungsgebiet der deutschen Güterrechtsnormen nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts und das Ueberleitungsrecht der sämtlichen deutschen Bundesstaaten; den Schluß dieser Abteilung bilden allgemeine Erörterungen über den Einflußbereich des ehelichen Güterrechts (insbesondere das Verhältnis dieser Normen zu den Persönlichkeitsrechten der Ehegatten) und die gesetzlichen Güterordnungen des BGB. Die zweite Abteilung des zweiten Bandes ist bisher lediglich bis zur Vollendung der Lehre vom Vorbehaltsgute gediehen; freilich hat gerade dieses Rechtsgebiet die Behandlung zahlreicher grundlegender Fragen des Güterrechts (z. B. über die Rechtsstellung der Frau als Inhaberin eines selbständigen Erwerbsgeschäfts, das Surrogationsprinzip, die Verfügungsmacht der Frau, das Güterrechtsregister 2c.) erforderlich gemacht. Die Rechtsstellung des Vorbehaltsguts bei Zwangsvollstreckung und Konkurs soll mit der noch ausstehenden Darstellung der Rechtsverhältnisse des eingebrachten Gutes erörtert werden. Ein dritter Teil soll das vertragsmäßige Güterrecht und insbesondere die gütergemeinschaftlichen Systeme umfassen. Die Vollendung des Gesamtwerkes wird wohl noch geraume Zeit in Anspruch nehmen; schon der bisherige Torso aber muß als das hervorragendste System des deutschen Güterrechts bezeichnet werden, das zur Zeit existiert. Da auch die alltäglichen Fragen der Praxis (Kostenvorschußpflicht des Ehemanns, Schutz des gutgläubigen Dritten, Vermutung für das Bestehen des gesetzlichen Güterstandes und dergl.) in gründlicher, scharfsinniger und durchaus selbständiger Weise beleuchtet werden, sei das Buch auch dem Praktiker aufs wärmste empfohlen! E.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 6. 15. März 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Rehm, Die Sachübernahme bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Fuld, Bezieht sich § 361 Nr. 10 RStGB. auch auf uneheliche Kinder? Buchta, Ueber Verjährung der Gebührenansprüche von Zeugen und Sachverständigen. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civil- und Strafsachen); Oberlandesgericht München (Civilsachen); Landgericht München I (Civilsachen). III. Aus der Praxis des Oberlandesgerichts Stuttgart (Civilsachen). IV. Vermischte Nachrichten. V. Literatur.

I. Abhandlungen.

Die Sachübernahme bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Von Professor Dr. Rehm in Straßburg.

Sachübernahme im Gegensatz zur Sacheinlage liegt bekanntlich vor, wenn die entstehende Gesellschaft für die Überlassung von Vermögensgegenständen eine andere Vergütung als Zuwendung von Geschäftsanteilen (Gesellschafterstellen) gewährt.

I. Die Sachübernahmen zerfallen juristisch in zwei Gruppen, in solche von Gesellschaftern und solche von Dritten. Es ist möglich, daß jemand an die Gesellschaft gleichzeitig Stammeinlagen und Sachübernahmen leistet, bei ihr Kapital einlegt und an sie Vermögensgegenstände veräußert. Und zwar kann letzteres sowohl neben der Leistung von Bareinlagen, wie neben der Leistung von Sacheinlagen geschehen.

Aber solche Stammeinlageleistungen an die Unternehmung und Sachveräußerungen an sie können nicht bloß neben einander, sondern auch mit einander, d. h. in rechtsgeschäftlicher Verbindung erfolgen. In gleicher Weise vermögen Bareinlage- und Sacheinlageverpflichtungen mit der Sachübernahme in rechtsgeschäftliche Verbindung gebracht zu werden.

Besonders begegnet eine Mischung von Sacheinlage und Sachübernahme. Ein Vermögensinbegriff, 1 Mill. wert, wird z. B. bis zum Betrage von 400000 Mk. als Sacheinlage, darüber hinaus als Sachübernahme hereingegeben.

Ohne das Mittel solch gegenständlicher Beziehung werden die rechtlichen Verbindungen zwischen Sachübernahme und Bareinlage hergestellt. Es geschieht in der Form der Aufrechnung zwischen beiden. Beträgt die schuldige Stammeinlagesumme mehr als die Sachübernahme-Kaufpreisforderung, so wird wohl vereinbart, daß die Vergütung für die übernommenen Gegenstände auf

die Stammeinlageschuld angerechnet werden soll. Z. B. der Gesellschafter hat 500 000 Mk. bar einzulegen und andererseits schuldet ihm die Gesellschaft aus Sachkauf 400 000 Mk. Beläuft sich die Forderung, die dem Mitglied aus einer Hereingabe in der Rechtsform der Sachübernahme entsteht, auf einen höheren Betrag, als seine Bareinlageverbindlichkeit, so kann letztere auf die Kaufpreisforderung des Gesellschafters angerechnet werden.

II. Die erste wissenschaftliche Frage, die gegenüber den geschilderten Möglichkeiten entsteht, ist die nach der Rechtsform solcher Vorkommnisse. Schreibt das GmbHG. für die Sachübernahme und für Verbindungen von Sachübernahme und Stammeinlageverpflichtung besondere Rechtsformen vor?

A. Wir wissen: die Stammeinlageverpflichtung, ob eine solche zur Bar- oder eine solche zur Sacheinlageleistung, ist in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen und für diesen findet sich eine bestimmte Form — Abschluß vor Gericht oder Notar, Unterzeichnung durch sämtliche Gesellschafter — vorgeschrieben. Der § 3 verordnet, der Vertrag müsse enthalten den Betrag der von jedem Gesellschafter zu leistenden Stammeinlage. Allerdings fordert § 3 keine Angabe darüber, ob die Einlage in Geld oder in Sachen zu leisten sei, und selbst, soferne sie teils in Geld und teils in Sachen zu erlegen ist, verlangt der Paragraph nur die Angabe der Gesamteinlagesumme. Aber § 3 wird durch § 5 ergänzt. Letzterer schreibt in Abs. 4 vor: Sollen von den Gesellschaftern nicht in Geld zu erfüllende Einlagen gemacht werden, so sind außer der Person jedes Gesellschafters und dem Betrage seiner Gesamteinlageschuld im Gesellschaftsvertrage anzuführen der Gegenstand der Sacheinlage und der Geldwert, für den dieser als Einlage angenommen wird und außerdem ist die Person des Gesellschafters, der die Sacheinlage macht, als die eines Sacheinlegers zu kennzeichnen.

Gilt Ähnliches auch für die Hereingabe von Sachübernahmen durch den Gesellschafter, für Sachüberlassungen durch sie?

Staub in seinem Kommentar zum GmbHG. zu § 5 Anm. 17 behauptet, auch für Sachübernahmen durch Mitglieder sei Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag notwendig. Es folge aus § 3 Abs. 2. Dort sei vorgeschrieben: wenn den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapitalanlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden sollten, so müßten diese Bestimmungen ebenfalls in den Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden. M. E. ist hier übersehen, daß die Vorschrift des § 3 Abs. 2 lediglich auf Verpflichtungen sich bezieht, die dem Gesellschafter als solchem, nicht als Drittem obliegen sollen. Dies ergiebt der Zusammenhang mit § 3 Abs. 1. Hier ist bestimmt, daß der Gesellschaftsvertrag enthalten müsse: Firma und Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Stammkapitals, den Betrag der einzelnen Stammeinlagen. Er betrifft also lediglich Punkte des Gesellschaftsverhältnisses. Demgemäß gilt das Nämliche auch für Abs. 2. Unter anderen Verpflichtungen außer der Leistung von Kapitaleinlagen meint er lediglich weitere Mitgliedschaftspflichten, Pflichten, die am Geschäftsanteil haften, also Pflichten, die mit Veräußerung des letzteren übergehen. Bei der Lehre von der Veräußerung der Geschäftsanteile bemerkt Staub (§ 16 Anm. 14) selbst, auf den Erwerber gingen auch die Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft über, die an die Gesellschaftereigenschaft sich knüpfen. Warum sollten ebenso Verpflichtungen, die mit dem Gesellschafterverhältnis gar nicht zusammenhängen, Verpflichtungen als Käufer, Mieter, Pächter u. s. w., in den Gesellschaftsvertrag Aufnahme zu finden haben?

Die Richtigkeit dieser Anschauung bestätigt das Gesetz in § 5 Abs. 4. Es bestimmt dort für den Fall, daß vereinbart wird, die Vergütung für eine Sachübernahme auf die Stammeinlage anzurechnen, in dem Gesellschaftsvertrag sei unter anderem anzuführen der Gegenstand der Übernahme. Würden auch Verpflichtungen, die dem Gesellschafter als Drittem erwachsen, im Gesellschaftsvertrage festzusetzen sein, so wäre dieser Gegenstand im Gesellschaftsstatut ja schon gemäß § 3 Abs. 2 benannt, denn er bildet doch den Gegenstand der Übergabeverpflichtung.

B. 1) Für einen Fall besteht eine Ausnahme von der Regel, daß Übernahmeverträge außerhalb des Gesellschaftsvertrages gültig geschlossen werden können. Es ist eben der Fall des § 5 Abs. 4. Wenn vereinbart wird, die Leistung auf die Stammeinlage habe durch Aufrechnung einer für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Vergütung zu geschehen (§ 5 Abs. 4, § 19 Abs. 3), so muß die Person des Hereingebers, der Gegenstand der Übernahme und die für ihn zu gewährende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden, m. a. W. für den Übernahmevertrag gilt dann die Form des Gesellschaftsvertrages.

Das gilt aber lediglich für den Fall, daß die zu leistende Einlagesumme den Betrag der Übernahmevergütung übersteigt, nicht für den Fall, daß die zu fordernde Überlassungsvergütung sich auf eine höhere Ziffer als die der Einlageverbindlichkeit beläuft. Denn das Gesetz schreibt Aufnahme der Übernahmevereinbarung lediglich vor, wenn die Vergütung für Vermögensgegenstände, die die Gesellschaft übernimmt, auf Stammeinlagen angerechnet (§ 5 Abs. 4), die Leistung auf die Stammeinlage durch Aufrechnung einer für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährende Vergütung bewirkt werden soll (§ 19 Abs. 3). Von einem Anrechnen auf die Stammeinlage, von einem Bewirken der Stammeinlageleistung durch Aufrechnung läßt sich nur reden, wenn die Einlageschuld sich auf mehr beziffert, als die Vergütungsforderung. Ist das Umgekehrte der Fall, so spricht man von einem Anrechnen der Einlageschuld auf die Überlassungsvergütung, von einer Bewirkung der Einlageleistung durch Aufrechnung gegen eine Vergütungsforderung. Daher ist unrichtig, wenn Staub § 5 Anm. 6 meint, in den Gesellschaftsvertrag sei auch ein Vertrag aufzunehmen, inhaltlich dessen ein Gründer der Gesellschaft ein Grundstück für den Preis von 100 000 Mk. überläßt, jener Preis in Höhe von 50 000 Mk. durch einen Stammanteil dieses Nennbetrages belegt, in Höhe des Restes dagegen bar von der Gesellschaft bezahlt werden soll. Weder soweit diese Vereinbarung Aufrechnungs-, noch soweit sie Übernahmeabkommen ist, bedarf ..e der Form des Gesellschaftsvertrages.

Hieraus folgt aber keineswegs, daß der Vertrag nach jeder Richtung ohne weiters zulässig ist Er ist es, soweit in ihm die Übernahme vereinbart wird, aber nicht, soweit er ein Aufrechnungsabkommen darstellt.

Der § 19 verbietet einmal den Gesellschaftern eine einseitige Aufrechnung in Absatz 2 mit den Worten: Eine Aufrechnung können die Gesellschafter nicht geltend machen. Nur die Gesellschaft ist nicht gezwungen, ihre Schuld (die Überlassungsvergütung) bar zu bezahlen und rückständige Einlageschulden ihres Gläubigers einzutreiben. Sie darf gegen die Vergütungsforderung des Gesellschafters ihren Anspruch auf Einlageleistungen in Rechnung stellen. Dazu untersagt § 19 aber auch — in Abs. 3 — die vertragsmäßige Aufrechnung. Statthaft ist bloß eine Vereinbarung, durch die Anrechnung der Überlassungsvergütung auf die Einlageschuld festgesetzt wird, und selbst sie ist lediglich in der Form ihrer Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag zulässig. Dagegen kann

der Gesellschafter kein vertragsmäßiges Recht erhalten, die Einzahlung der Geldeinlage, die ihm obliegt, zu unterlassen, weil die Kaufpreissumme, die er aus einem Sachübernahmevertrag zu fordern hat, den Betrag übersteigt, auf den sich jene Geldeinlageschuld beläuft. Nach Staub (§ 20 Anm. 15 mit § 5 Anm. 17) soll auch dieses Aufrechnungsabkommen möglich sein, obschon natürlich nur in der Form seiner Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag.

2) Nicht verhehlt sei, daß bei unserer Auslegung der Worte „anrechnen auf die Stammeinlage" die Absicht, die die Begründung des GmbHG. mit der Bestimmung des § 5 Abs. 4 verfolgt, sich nicht als vollauf verwirklicht erweist, während dies bei der Staub'schen Auffassung der Fall ist.

Ausweislich der Motive (Reichstags-Aktenstück Nr. 660 für 1892 S. 20 fg.) ist der Grundgedanke des Rechtssatzes von § 5 Abs. 4, Gesellschaftsgläubiger und solche, die es werden wollen, gegen eine Verkürzung der liquiden Mittel des Stammkapitals durch Überbewertung von Sacheinlagen und von solchen Sachübernahmen zu schützen, die von Gesellschaftern hereingegeben wurden. Eine derartige Gefahr besteht bei Sachübernahmen nicht bloß, wenn der Sachübernahme-Preis sich auf weniger, sondern auch, wenn er sich auf mehr beziffert, als die Bareinlageschuld beträgt. Allein der von den Urhebern der Gesetzesbegründung verfolgte Gedanke hat eben im Gesetze selbst nicht ausreichende Formulierung gefunden. Anrechnen der Überlassungsvergütung auf die Einlage, Bewirken der Einlageleistung durch Aufrechnung der Überlassungsvergütung ist nicht gleichbedeutend mit Aufrechnen der Überlassungsvergütung gegen die Einlageschuld, mit Bewirken der Einlageleistung durch Aufrechnung gegen die Überlassungsvergütung.

Sich hier durch den den Motivenverfassern vorschwebenden Gedanken über den Wortlaut des Gesetzes hinausdrängen lassen, ist darum gefährlich, weil es dann auch in anderer Richtung, nämlich in Bezug auf die zweite Gruppe von Sachübernahmen — diejenigen, die mit Nichtgesellschaftern abgeschlossen werden — keinen Halt mehr gibt. Hier wird man dann sogar über das hinausgedrängt, was die Gesetzesbegründung will.

Die Begründnng des Gesetzes meint, eine Veranlassung, die Gesellschaftsgläubiger gegen eine Beeinträchtigung der Liquidität des Stammkapitals durch Sacherwerbungen zu schützen, bestehe nur bei Sacherwerb von Gesellschaftern. Weil die Veräußerung von Geschäftsanteilen umständlichen Veräußerungsformen unterworfen sei, sei ein Anreiz, Verkürzungen der liquiden Stammkapitalsbestände durch Sacherwerb von Dritten herbeizuführen, nicht leicht zu besorgen. Daher werde nur die der Sacheinlage wirtschaftlich gleichkommende Übernahme, die Übernahme von Gesellschaftern, der Sacheinlage rechtlich gleich behandelt.

Sofort erhellt, daß diese Folgerung der Schlüssigkeit mangelt. Aus der schwereren Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile folgt lediglich, daß hier die künftigen Gesellschaftsmitglieder keines gesetzlichen Schutzes bedürfen, daß jeder Schutz, auch der gegen überbewertete Sacheinlagen und zu hochbewertete Sachhereingaben durch Gesellschafter, allein um der Gesellschaftsgläubiger willen stattfindet. Keineswegs aber ergibt sich aus jenem Umstande, daß weniger Anreiz besteht, Sachen zu übermäßigem Werte von Dritten zu übernehmen, als Anreiz vorhanden ist, solche mit Überbewertung von Gesellschaftern zu erwerben. Es ist kein Grund ersichtlich, warum im ersteren Falle der Anreiz und demgemäß die Gefahr der Gesellschaftsgläubiger geringer sein soll. Auch aus Übernahmeverträgen mit Dritten können für die Gesellschaft die drückendsten Lasten entstehen.

So ist es leicht erklärlich, daß Staub (§ 5 Anm. 18) zu dem Ergebnis gelangt, Übernahmeverträge der entstehenden Gesellschaft mit Nichtgründern für unzulässig zu halten. Er meint, es wäre eine große Inkonsequenz, besondere Fürsorge zu treffen für den Fall, daß die Übernahmeverträge mit den Gründern geschlossen werden, und Übernahmen anderer Art ohne jede Fürsorge zu lassen. Die letzteren bräuchten dann nicht einmal im Gesellschaftsvertrage festgesetzt zu werden. Alle Fürsorge, mit der das Gesetz die Entstehung der Gesellschaft umgibt, wäre so vergeblich. Die aus dem Statut ersichtlichen Grundlagen der Gesellschaft könnten durch Übernahmeverträge mit Nichtgründern auch bereits im Augenblicke der Gesellschaftsentstehung die erheblichsten Veränderungen erfahren haben. Übernahmeverträge mit Dritten müßten daher unstatthaft sein.

Zu solchem Ende führt unerbittlich die Logik, wenn man in jenem ersten Punkte den Boden des Gesetzes verläßt und über des letzteren Wortlaut hinaus dem Grundgedanken der Gesetzesbegründung folgt.

Wer am formulierten Gesetze festhält, für den gibt es allein die Schlußfolgerung: Übernahmeverträge mit Dritten sind nicht unstatthaft; sie unterscheiden sich von solchen mit Gründern lediglich dadurch, daß sie selbst giltig sind, wenn sie außerhalb des Gesellschaftsvertrages festgesetzt werden. § 5 Abs. 4 bestimmt: Soll die Vergütung für Sachübernahmen auf Stammeinlagen angerechnet werden, so muß der Gegenstand der Übernahme und die Vergütung hiefür im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden. Hieraus folgt doch: Soll die Vergütung nicht hierauf angerechnet werden, geschieht also die Übernahme von einem Nichtgesellschafter her, so kann Gegenstand und Vergütung auch außerhalb des Statuts festgesetzt werden. Man mag diese Kurzsichtigkeit des Gesetzgebers bedauern. Sache der Auslegung ist es nicht, sie im Widerspruch zum klaren Gesetzeswortlaut zu verbessern. Das GmbHG. beherrscht der Grundsatz der Freiheit der Gesellschaften. Schutz der Gesellschaftsgläubiger durch das Gesetz ist nicht zu vermuten.

Bezieht sich § 361 Nr. 10 RStGB. auch auf uneheliche Kinder?

Von Rechtsanwalt Dr. Fuld in Mainz.

Vor dem Inkrafttreten des BGB. ist die Frage, ob § 361 Ziff. 10 des StGB. sich auch auf den Vater unehelicher Kinder anwenden lasse, in einem Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg bejaht worden (Archiv für Strafrecht Bd. 45 S. 295); seit dem genannten Zeitpunkt hat sich das Kammergericht mit ihr befaßt und sie in einer Entscheidung vom 29. November 1904 verneint. Die praktische Bedeutung der Streitfrage ist wie die der gedachten Strafvorschrift überhaupt keine besonders hervorragende; letzteres ist auf die sehr verklauselierte Formulierung der Bestimmung zurückzuführen, die um deswillen auch die auf ihre Wirksamkeit in den der öffentlichen Armenpflege nahestehenden Kreisen gesetzten Erwartungen einigermaßen enttäuscht hat. Immerhin kann ihr eine gewisse Wichtigkeit nicht abgesprochen werden und sowohl mit Rücksicht hierauf als auch im Hinblick auf die bei der Durchsicht und Umbildung des Strafgesetzbuches ohne Zweifel erfolgende Verstärkung der Unterhaltspflicht durch den strafrechtlichen Schutz muß hierzu Stellung genommen werden.

Die Gründe, welche den Gesetzgeber veranlaßten, gelegentlich der Abänderung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz eine sich gegen die Vernachlässigung der Unterhaltspflicht richtende Strafbestimmung aufzunehmen, sind darin

zu suchen, daß nach den mit § 361 Ziff. 5 gemachten Erfahrungen zahlreiche Familienhäupter, welche zwar arbeiteten, aber ihren Arbeisverdienst nicht zum Unterhalt ihrer Angehörigen verwendeten, sondern vergeudeten, so daß für diese die Armenpflege aufkommen mußte, straflos bleiben mußten. Die Lücke, welche insoweit in der Gesetzgebung vorhanden war, machte sich in empfindlicher Weise bemerkbar und es waren insbesondere die mit der öffentlichen Armenpflege betrauten Organe, welche darüber klagten, daß der Staat sich um die Pflichtvergessenheit der zu der Gewährung des Unterhalts verpflichteten und dazu befähigten Personen nicht kümmere. Die Wünsche, welche in den Kreisen dieser Organe gehegt wurden, gingen sehr weit, sie gingen zum Teil auf die Zulassung der Verweisung der betreffenden Personen in das Arbeitshaus. Die Motive zu dem Gesetzentwurf lassen kaum Zweifel darüber, daß der Gesetzgeber die neue Vorschrift mit der in Ziff. 5 enthaltenen in einem gewissen Zusammenhang gebracht hat. Hierauf stützt sich das Kammergericht, indem es sagt, die pflichtwidrige Entziehung von der Unterhaltungspflicht gegen Familienangehörige habe getroffen werden sollen und es müsse bei der Auslegung des Begriffs „Unterhaltspflicht" in Ziff. 10 auf den in Ziff. 5 damit verbundenen Sinn Rücksicht genommen werden. Wäre es nun richtig, daß für den Gesetzgeber die Unterhaltspflicht gegen Familienangehörige allein in Betracht gekommen wäre, so müßte zweifellos die Frage der Anwendbarkeit auf den außerehelichen Vater verneint werden, da nach dem BGB., wie nach dem früheren Recht das uneheliche Kind nicht zu der Familie des Vaters gehört. Indessen ist diese Argumentation eine irrige und zwar um deswillen, weil weder in Ziff. 10 noch in Ziff. 5 von der Familie und der Familienzugehörigkeit die Rede ist. Allerdings wird, wie schon erwähnt, in den Motiven von der Unterhaltspflicht gegen Familienangehörige gesprochen, allein aus dieser Bemerkung der Motive kann nicht gefolgert werden, daß für die Tragweite der Strafvorschrift nun auch der Umstand maßgeblich sei, ob eine zu der Beanspruchung des Unterhalts berechtigte Person auch zu der Familie des Unterhaltspflichtigen gehört oder nicht. Es wird nun weiter gesagt, daß nicht die Verletzung der Unterhaltspflicht schlechthin habe unter Strafe gestellt werden sollen, sondern nur insoweit, als die Unterhaltspflicht gegen Personen verletzt werde, bezüglich deren auch eine Ernährungspflicht bestehe. Die Unterhaltspflicht geht, hierüber kann ein Streit nicht obwalten, weiter als die Ernährungspflicht; daß die Strafvorschrift sich nicht auf die weitergehende erstere, sondern nur auf die letztere bezieht, muß mit Rücksicht auf die Verhandlungen des Reichstags zugegeben werden. Wenn im Verlaufe derselben Spahn auf den Wechsel der Worte — Ernährungspflicht — Unterhaltspflicht — aufmerksam machte, aber der Ansicht war, daß diesem Wechsel eine Bedeutung nicht beizulegen sei, so läßt sich dieser Anschauung nicht beipflichten. Allerdings hat der Wechsel eine Bedeutung und zwar die Bedeutung der Scheidung zwischen der umfassenderen und engeren Pflicht. Würde man jede Bedeutung verwerfen, so wäre es nicht leicht, die Schlußfolgerung abzulehnen, daß die Unterhaltspflicht ihrem gesamten Inhalte nach unter den Schutz des Strafgesetzes gestellt sei. Indessen braucht an dieser Stelle hierauf nicht weiter eingegangen zu werden; denn ist die engere Ernährungspflicht des außerehelichen Vaters nicht unter § 361 Ziff. 10 zu subsumieren, so kann natürlich auch die weitergehende Unterhaltspflicht nicht darunter gestellt werden. Das Kammergericht beruft sich darauf, daß bei den Verhandlungen diese Frage — Ausdehnung der neuen Strafvorschrift auf den unehelichen Vater — nicht erörtert worden sei. Dies ist zutreffend; wenn aber das Kammergericht dann weiter bemerkt, die Er-

örterung des Gegenstandes hätte bei der Wichtigkeit außerordentlich nahe gelegen, so daß man aus der Übergehung dieses Punktes den Schluß ziehen müsse, daß eine Bestrafung der außerehelichen Väter nicht in der Absicht der gesetzgebenden Gewalten gelegen habe, so läßt sich dieser Schluß doch nicht als ein unbedingt notwendiger und zwingender bezeichnen. Das Kammergericht übersieht, daß in den Verhandlungen mit Rücksicht auf die damals noch bezüglich des Kreises des Unterhaltsberechtigten und Unterhaltsverpflichteten bestandene Rechtsverschiedenheit von Groeber und Spahn beantragt wurde, die Bestrafung der Vernachlässigung auf den Unterhalt von Eltern, Kindern und Ehegatten zu beschränken, daß aber dieser Vorschlag nicht die Zustimmung des Reichstags fand. Es läßt sich aus der Ablehnung desselben zum mindesten der Schluß ziehen, daß die Mehrheit sich nicht bezüglich der Frage festlegen wollte, inwieweit der strafrechtliche Schutz der Unterhaltspflicht gehen solle, und insoweit dürfte dem Argument, welches aus der Nichterwähnung der Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters entnommen wird, doch ein Teil der ihm sonst wohl zuzugestehenden Bedeutung entzogen werden. Allerdings bedeutete ja die strafrechtliche Verfolgung des unehelichen Vaters, der sich unter den Voraussetzungen des § 361 Ziff. 10 der Unterhaltspflicht entzieht, eine Neuerung für das deutsche Recht, und es hätte freilich sehr nahe gelegen, diese Neuerung in den Verhandlungen zur Sprache zu bringen, welche sich auf die neue Strafbestimmung bezogen; allein andererseits bedeutete die Bestrafung des Ehemanns, welcher sich der ihm gegenüber dem anderen Ehegatten obliegenden Unterhaltspflicht entzieht, nicht minder eine Neuerung, wie überhaupt die Einführung des Strafzwangs zum Zwecke der Erfüllung einer privatrechtlichen Verbindlichkeit sich als eine Neuerung darstellt, deren grundsätzliche Wichtigkeit allerdings erheblicher ist, als die tatsächliche. Daher läßt sich die Entstehungsgeschichte des § 361 Ziff. 10 immer noch eher für als gegen die Bestrafung unehelicher Väter verwerten. Entscheidend muß aber einmal der Wortlaut, sodann die Tendenz der Novelle sein. Der Wortlaut bietet aber keinen zwingenden Grund zu der Beschränkung der Strafvorschrift auf die Unterhaltspflicht ehelicher Kinder, bezw. der sonst zu der Familie gehörigen Personen. Andererseits aber steht die Anwendung der Bestimmung zu Gunsten der Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters in Zusammenhang mit dem Bestreben der Gesetzgebung, diese Unterhaltspflicht mehr und mehr der bezüglich der ehelichen Kinder geltenden gleichzustellen, ein Bestreben, das beispielsweise bei der Änderung des früheren § 794 CPO. — jetzt § 850 — deutlichen Ausdruck gefunden hat. Strafpolitische Gründe stehen dieser Auslegung gewiß nicht entgegen; denn es kann nicht geleugnet werden, daß die oben erwähnten Klagen der Armenverbände nicht in letzter Linie durch das Verhalten unehelicher Väter im Hinblick auf ihre Unterhaltspflicht veranlaßt wurden. Die einschränkende Auslegung würde daher nur dann gebilligt werden können, wenn in der Tat unabweisliche Erwägungen zu ihren Gunsten angeführt werden könnten; dies ist aber, wie aus Obigem hervorgeht, nicht der Fall. Steht man nun auf dem Standpunkt, daß der strafrechtliche Schutz der Ernährungspflicht nach § 361 Ziff. 10 sich nicht auf die durch das Band der Familienzugehörigkeit mit einander verknüpften Personen beschränkt, sondern soweit geht, wie überhaupt die Ernährungspflicht reicht, so läßt sich die Konsequenz nicht ablehnen, daß mittels der Strafbestimmung nicht nur gegen die Vernachlässigung der gesetzlichen, sondern auch der vertraglichen Ernährungspflicht eingeschritten werden kann; das Gesetz spricht generell von der Verpflichtung zur Ernährung, es beschränkt aber diese Verpflichtung nicht auf das

Gesetz als Entstehungsgrund; hätte es die vertragliche eliminieren wollen, so würde es gesagt haben, „zu deren Ernährung er gesetzlich verpflichtet ist", eine Ausdrucksweise, die sich in anderen Gesetzen auch vorfindet. Es handelt sich also nicht nur um die Ernährung der Blutsverwandten, welche unter den Strafschutz gestellt ist, sondern vielmehr auch um die Ernährung derjenigen Personen, zu der man sich durch Vertrag verpflichtet oder bezüglich welcher die Ernährungspflicht in einer unerlaubten Handlung ihren Entstehungsgrund hat. Die Tragweite des § 361 Ziff. 10 ist sonach eine viel weitergehende, als vielfach angenommen wird. Wenn nun diese Konsequenz gegen die Richtigkeit obiger Auslegung verwertet und gesagt wird, daß gerade diese außerordentliche Ausdehnung des Strafschutzes der Ernährungspflicht zeige, daß die Unterstellung der Ernährungspflicht des unehelichen Vaters nicht von der Gesetzgebung gewollt sei und nicht gewollt sein könne, so muß hierauf erwidert werden, daß man sich sowohl vor als auch bei Erlaß der Novelle über diese Ausdehnung doch vielfach sehr klar war und sich darüber auch Rechenschaft gab. Die Gegner der neuen Strafbestimmung wiesen vor allem auf die Bedenken hin, die damit verbunden seien, die Ernährungspflicht in diesem Umfang unter den strafrechtlichen Schutz zu stellen, und sie konnten sich dieser Bedenken mit um so größerem Rechte bedienen, als ja nach der Fassung der Regierungsvorlage die Nichterfüllung der Ernährungspflicht auch die Verweisung in das Arbeitshaus nach sich ziehen konnte. Auch nach der Verabschiedung des Gesetzes gab Seuffert denselben noch in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 807 fg. Ausdruck. Nach alledem wird man zu dem Ergebnisse kommen müssen, daß die Anwendung des § 361 Ziff. 10 auf die Unterhaltspflicht unehelicher Kinder erfolgen kann und darf, ohne daß die Auslegung sich irgendwie einer Überschreitung der ihr gezogenen Grenzen schuldig machen würde, und es erscheint nicht einmal nötig, sich noch des Arguments zu bedienen, auf welches das Hanseatische Oberlandesgericht in dem oben erwähnten Urteil einen gewissen Wert gelegt hat, daß nämlich Zweck des Gesetzes von 1894, bezw. der neuen Strafbestimmung die Entlastung der Armenpflege von den Ernährungskosten sei, für welche die hierzu verpflichteten Personen aufzukommen hätten und aufkommen könnten.

Über Verjährung der Gebührenansprüche von Zeugen und Sachverständigen.

Von Rechtspraktikant Wilhelm Puchta in Deggendorf.

In § 16 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige ist bestimmt: „Die Gebühren der Zeugen und Sachverständigen werden nur auf Verlangen denselben gewährt. Der Anspruch erlischt, wenn das Verlangen binnen drei Monaten nach Beendigung der Zuziehung oder Abgabe des Gutachtens bei dem zuständigen Gerichte nicht angebracht wird." Dagegen sagt § 196 Nr. 17 BGB.: „In zwei Jahren verjähren die Ansprüche der Zeugen und Sachverständigen wegen ihrer Gebühren und Auslagen." Nach Art. 32 EG. z. BGB. treten die Vorschriften der Reichsgesetze insoweit außer Kraft, als sich aus dem BGB. oder dem EG. z. BGB. die Aufhebung ergibt. Eine Aufhebung liegt aber zweifellos dann vor, wenn eine Bestimmung des BGB. in Widerspruch steht mit der Bestimmung eines älteren Reichsgesetzes. Es ist sonach der § 16 der Geb.-Ordn. dann aufgehoben, wenn er mit dem § 196 Nr. 17 BGB. in Widerspruch steht.

Scherer erklärt, daß ein solcher Widerspruch bestehe, und daß der § 16 der Geb.-Ordn. aufgehoben sei (Das erste Jahr des BGB. Nr. 21). Dagegen ist Wochinger in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 65 S. 313 der Ansicht, daß § 16 Geb.-Ordn. aufrecht erhalten sei, daß dagegen § 196 Nr. 17 für solche Zeugen und Sachverständigen gelte, auf deren Gebühren- und Auslagenforderung die Geb.-Ordn. keine Anwendung finde. Dieser Ansicht ist Staudinger gefolgt (Bd. 1 § 196 Anm. zu Nr. 17). Sie ist aber wohl kaum richtig.

Zunächst ist davon auszugehen, daß § 196 Nr. 17 den Ausdruck Zeugen und Sachverständige ohne jede Einschränkung gebraucht, so daß dem Wortlaute nach die Bestimmung für jede Art von Zeugen und Sachverständigen in Anwendung zu kommen hat, somit auch für die vor den nicht ordentlichen Gerichten. Da dagegen die Geb.-Ordn. zunächst nur für die Zeugen und Sachverständigen vor den ordentlichen Gerichten gilt (§ 1 Geb.-Ordn.), so ist anscheinend für den § 196 Nr. 17 BGB. ein viel weiter gehendes Anwendungsgebiet begründet, als für den § 16 Geb.-Ordn. In der Tat ist dies aber nicht der Fall. Denn was die reichsrechtlich geregelten nicht ordentlichen Gerichte anbelangt, so findet auf die vor ihnen vernommenen Zeugen und Sachverständigen durchweg die Geb.-Ordn. Anwendung, also auch der § 16 derselben (siehe Gew.-G.-G. § 59; Kaufmannsger.-G. § 16 mit § 59 Gew.-G.-G.; Ges. ü. d. Konsulargerichtsbarkeit § 19 mit § 401 CPO.; § 70 StPO.; Militärstrafgerichtsordnung §§ 205, 208). Auf die vor Schiedsgerichten vernommenen Zeugen und Sachverständigen findet weder die Geb.-Ordn., noch § 196 Nr. 17 Anwendung. Denn die CPO. enthält keine Bestimmung über deren Gebühren und Auslagen. Es bleibt ihnen daher nur folgender Weg. Nach § 1035 CPO. ist niemand gehalten, vor einem Schiedsgerichte zu erscheinen. Wer vor einem Schiedsgericht erscheinen will, kann daher sein Erscheinen davon abhängig machen, daß ihm die Parteien eine Entschädigungssumme zahlen. Macht er einen solchen Anspruch geltend, so begründet er ihn nicht damit, daß er als Zeuge Gebühren und Erstattung seiner Auslagen verlangen könne, sondern darauf, daß die geforderte Summe vereinbart sei. Seine Forderung ist sonach eine aus einem Vertrage, nicht eine Gebühren- und Auslagenforderung im Sinne des § 196 Nr. 17 BGB. Auf die in § 14 GVG. und §§ 5 und 7 EG. z. GVG. zugelassenen besonderen Gerichte findet § 196 Nr. 17 BGB. ebenfalls keine Anwendung. Denn das EG. z. CPO. und EG. z. StPO. haben die Regelung des Verfahrens vor diesen Gerichten der Landesgesetzgebung überwiesen. Würde man § 196 Nr. 17 BGB. auf diese besonderen Gerichte anwenden, so würde damit in das durch besagte Einführungsgesetze der Landesgesetzgebung überwiesene Verfahren eingegriffen. Damit würde sich § 196 Nr. 17 in Gegensatz setzen zu den genannten Einführungsgesetzen und diese insoweit aufheben. Nach Art. 32 EG. z. BGB. sollen aber frühere Reichsgesetze nur dann aufgehoben sein, wenn sich aus dem BGB. oder EG. z. BGB. die Aufhebung ergebe. Aber weder die Entstehungsgeschichte noch der Wortlaut des § 196 Nr. 17 kann dahin führen, daß man annimmt, der allgemeine § 196 Nr. 17 habe jene Spezialbestimmung des älteren Rechtes aufheben wollen.

Wochinger a. a. O. hat Bedenken, ob § 16 Geb.-Ordn. auf die unmittelbar geladenen Zeugen und Sachverständigen Anwendung finde. Nach § 401 CPO. zweifellos, denn dieser spricht ganz allgemein von Zeugen, ohne Unterschied, wer sie geladen hat. Das Gleiche gilt nach § 413 für Sachverständige. Anders lautet allerdings § 70 StPO. Aber hier liegt der Nach-

druck darauf, daß der vom Richter oder Staatsanwaltschaft geladene Zeuge Anspruch auf Gebühren aus der Staatskasse habe, der andere Zeuge nur aus der Kasse des Angeklagten (vgl. § 219 StPO.), daß aber beide Gebühren erhalten, sagt ausdrücklich § 1 Geb.-Ordn., der nur ganz allgemein von Zeugen in den vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Rechtssachen spricht, die nach Maßgabe der Geb.-Ordn. Gebühren erhalten. Nach diesem § 1 findet auch die Geb.-Ordn. auf ihre Gebührenansprüche Anwendung. Das Gleiche gilt für die Sachverständigen (§ 84 StPO.).

Es ist sonach das Anwendungsgebiet von § 196 Nr. 17 BGB. und § 16 Geb.-Ordn. ganz das gleiche. Soll § 16 Geb.-Ordn. trotzdem bestehen bleiben, so muß der Grund hierfür anderswo gesucht werden.

Nach § 16 Geb.-Ordn. werden die Gebühren nur auf Verlangen gewährt. Eine Verpflichtung zur Gewährung entsteht sonach erst nach erfolgtem Verlangen, vor demselben besteht noch keine. Das Verlangen hat sonach den Charakter einer die Vollendung des Anspruchs herbeiführenden Bedingung, § 16 Geb.-Ordn. besagt nun nichts weiter, als daß dies Verlangen innerhalb 3 Monaten gestellt werden müsse, daß also der Anspruch nicht vollendet werde, wenn nicht die Bedingung innerhalb 3 Monaten eintritt. Ist aber die Bedingung eingetreten, das Verlangen gestellt, so ist der Gebührenanspruch zur Vollendung gelangt, aber nun ist er der Verjährung unterworfen wie jeder andere Anspruch. Über diese Verjährung enthält aber weder § 16, noch eine sonstige Bestimmung der Geb.-Ordn. etwas. Diese Lücke hat § 196 Nr. 17 BGB. ausgefüllt. Bei diesem Verhältnisse der beiden Paragraphen ist ohne weiteres klar, daß sie neben einander weiter bestehen, da jeder ein anderes Feld regelt. Immerhin ist das Anwendungsgebiet des § 196 Nr. 17 nicht sehr groß, da die Fälle, in denen auf das Verlangen hin die Ausbezahlung nicht alsbald erfolgt, nicht sehr häufig sind.

Zu gleichem Ergebnisse kommt man, wenn man die Entwicklungsgeschichte des § 196 Nr. 17 betrachtet. Im Entwurf I lautete § 156 Nr. 7: „Mit Ablauf von zwei Jahren verjähren die Ansprüche der . . . Zeugen und Sachverständigen wegen ihrer Gebühren und Auslagen, unbeschadet der Vorschrift des § 16 Satz 2 der Geb.-Ordn." Dazu bemerken die Motive Bd. 1 S. 303: „Die Gebührenordnung hat nur ein beschränktes Anwendungsgebiet; außerdem läßt sie den Fall offen, daß die Gebühren nach erfolgter Anmeldung nicht erhoben werden." In der 2. Lesung wurde dann der Zusatz „unbeschadet der Vorschrift des § 16 Satz 2 der Geb.-Ordn." gestrichen, weil man den Vorbehalt im Hinblick auf den Art. 9 des Entw. d. EG. (jetzt Art. 32 EG. z. BGB.) für entbehrlich und zudem insofern für irreleitend erachtete, als der angeführte § 16 nicht eine Verjährungs-, sondern eine Ausschlußfrist festsetze (Prot. Bd. 1 S. 206). Man ging also bei Schaffung des § 196 Nr. 17 davon aus, daß § 16 Geb.-Ordn. ungenügend sei und einer Ergänzung bedürfe, und daß § 196 Nr. 17 ein von der Geb.-Ordn. nicht geregeltes Gebiet regeln sollte.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht.

§ 266 StGB. Umfang der Vollmacht des Handlungsreisenden. Angeklagter war nach dem festgestellten Sachverhalt im Jahre 1904 Handlungsreisender der Aktiengesellschaft Brauerei Germania und als solcher mit der Befugnis aus-

gestattet, von den Kunden der Brauerei den Preis gelieferten Bieres für die Brauerei einzunehmen. Die Bedeutung und der Umfang seiner Handlungsvollmacht bestimmte sich nach den §§ 54 und 55 HGB. und nach Maßgabe dieser Vorschriften war zu prüfen, ob und inwieweit der Angeklagte gegenüber den Kunden der Brauerei zur Vornahme derjenigen Rechtshandlungen befugt gewesen ist, die in den erörterten 8 Fällen, welche der Verurteilung zugrunde liegen, festgestellt worden sind. Diese Prüfung ist, soweit die Urteilsbegründung erkennen läßt, nicht vorgenommen worden; sie würde, wie schon jetzt zu ersehen ist, im Falle 8, betreffend den Wirt B. zu einem anderen Ergebnis haben führen müssen.

Die Strafkammer hat in diesem Falle als erwiesen angesehen, daß Angeklagter bei der Abrechnung mit B. diesem auf seine Schuld an die Brauerei eine Forderung von 200 Mk. angerechnet hat, die dem B. aus einem Darlehensgeschäft gegen den Angeklagten persönlich zustand, und hat auf Grund dieser Feststellung angenommen, daß B. durch die Quittung, die er von dem Angeklagten über den ganzen Betrag, den er der Brauerei schuldete, empfangen hat, in vollem Umfange von seiner Schuld befreit worden sei, während die Brauerei 200 Mk. weniger erhalten habe, als sie zu fordern hatte.

Diese Annahme beruht auf Rechtsirrtum, denn der Handlungsreisende ist gemäß der vorerwähnten Vorschriften des Handelsgesetzbuchs nicht berechtigt, den von ihm einzuziehenden Kaufpreis gegen Forderungen an ihn selbst zu verrechnen. Der Umfang seiner Vollmacht ist im § 54 HGB. dahin begrenzt, daß sie sich auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen erstreckt, „die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt", und im § 55 a. a. O. ist bezüglich der Handlungsreisenden besonders noch die Ermächtigung zur Einziehung des Kaufpreises aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen und zur Bewilligung von Zahlungsfristen hervorgehoben. Aus diesen Bestimmungen, die von den Vorschriften der Artikel 47 und 49 des früheren Handelsgesetzbuches nicht abweichen, ist ohne weiteres zu entnehmen, daß eine Kompensation in der hier festgestellten Art außerhalb des Umfanges der Vollmacht liegt, also für den Vollmachtgeber keine Wirkung üben und den Schuldner nicht befreien kann. Wenn aber dies der Fall ist, dann ist der Tatbestand des § 266 StGB. nicht gegeben, weil es an einer vermögensrechtlichen Benachteiligung des Auftraggebers fehlt.

Die hiernach vorliegende Gesetzesverletzung nötigt schon zur Aufhebung des Urteils im ganzen Umfange, weil die 8 Fälle nicht als selbständige Straftaten aufgefaßt, sondern unter dem Gesichtspunkte des fortgesetzten Vergehens gegen den § 266 StGB. behandelt worden sind.

Bei der nochmaligen Verhandlung der Sache wird die Strafkammer die vermißte Prüfung über den Umfang der Handlungsvollmacht auch bei den übrigen 7 Fällen vorzunehmen und dabei zu beachten haben, daß der Angeklagte als Handlungsreisender zu Nachlässen und Vergütungen, wie er sie nach seinen für wahr gehaltenen Behauptungen einzelnen Schuldnern der Brauerei bewilligt hat, nach Inhalt der mehrgedachten §§ 54, 55 HGB. zwar soweit als ermächtigt gelten kann, als sie die Vornahme derartiger Geschäfte, also die Kaufpreiseinziehung, gewöhnlich mit sich bringt, daß er aber darüber hinaus nicht auf wohlerworbene Rechte des Vollmachtgebers verzichten konnte und, soweit dies doch der Fall gewesen ist, keine Rechtshandlungen vorliegen, welche eine die Brauerei schädigende vermögensrechtliche Wirkung geübt haben. III. Strafsenat D. 686/05. Urteil vom 11. Dezember 1905.

§ 348 StGB. „Beiseiteschaffen". Richtig ist, daß nicht schon jedes bewußt unberechtigte Ansichnehmen einer Urkunde, insbesondere nicht die lediglich zum Zwecke eines augenblicklichen unbefugten Gebrauchs bewirkte Wegnahme von dieser Strafbestimmung umfaßt wird; unter Beiseiteschaffung im Sinne derselben ist vielmehr nur eine solche Verfügung über die Urkunde zu verstehen, welche gegen die durch die amtliche Verwahrung gewährte Sicherheit für die Erhaltung der Integrität und Gebrauchsfähigkeit der Urkunde gerichtet ist und diese aufzuheben oder doch zu beeinträchtigen bestimmt ist. Es muß hiernach zu der vorsätzlichen Gewahrsamsentziehung und dem Bewußtsein der damit verbundenen Aufhebung der Verfügungsgewalt des Gewahrsamsberechtigten als subjektives Moment hinzukommen, daß der Täter auch den Erfolg in seinen Willen mit aufgenommen hat und sein Vorsatz darauf gerichtet ist, gerade die amtliche Aufbewahrung als solche und die dadurch bedingte jederzeitige Gebrauchsbereitschaft der Urkunde durch Unzugänglichmachung derselben auszuschließen. Gleichgültig ist es dabei, zu welchem eigenen Gebrauche und Endzwecke er die Urkunde aus dem amtlichen Gewahrsam an sich genommen hat und ob die Gebrauchsvereitelung und Beseitigung eine dauernde oder nur vorübergehende gewesen ist. III. Strafsenat D. 885/05. Urteil vom 4. Dezember 1905.

§ 274 Ziff. 2. Zum Begriffe des Grenzsteines. Subjektiver Tatbestand. Die der Verurteilung des Angeklagten zugrunde liegenden Erwägungen des Urteils lassen eine rechtsirrtümliche Auffassung des § 274 Ziff. 2 StGB. nicht hervortreten und können den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gegenüber die Ausführungen der Revision keinen Erfolg haben. Das Landgericht geht davon aus, daß zwischen den damaligen Eigentümern der aneinander grenzenden Gehöfte P. und G. die bisher streitig gewesene Grenze durch Vereinbarung festgelegt und örtlich bezeichnet worden ist, daß dann der Vater und Besitzvorgänger des Angeklagten den jetzt von letzterem beseitigten Grenzstein im Zuge der vereinbarten Grenzlinie gesetzt und der Nachbar G. auf Verlangen auch anerkannt hat, daß der Stein auf der am Tage zuvor festgestellten Grenzlinie liege. Daß diese Anerkennung erst nachträglich erfolgt ist, schließt die Annahme einer Vereinbarung über die Grenze keineswegs aus. Diese Bestimmung des § 274 Ziff. 2 StGB. will nicht etwa nur einen Eingriff in fremdes Eigentum zurückweisen, sondern jede eigenmächtige Veränderung der tatsächlich bestehenden, nicht auf lediglich einseitiger Willkür beruhenden Grenzbezeichnungen, ohne daß es darauf ankäme, ob dieselben in zivilrechtlich unanfechtbarer Weise und objektiv der wirklichen Grenze des Eigentums oder einer sonstigen Gerechtigkeit entsprechen.

Die Anwendung des § 274 Ziff. 2 setzt sodann weiter auch die auf Zufügung eines Nachteils gerichtete Absicht voraus. Es kommt dabei, wie die Fassung des Gesetzes klar ergibt, nicht darauf an, ob der Nachteil für den andern wirklich herbeigeführt ist, die Strafbarkeit in dieser Beziehung wird lediglich durch die Willensrichtung des Täters bedingt. Die strafbare Absicht aber konnte irrtumsfrei darin gefunden werden, daß der Angeklagte die Grenze an der betreffenden Stelle unkenntlich machen und dadurch dem G. den Beweis seiner Rechte erschweren wollte. Schon die Erschwerung des Beweises in Bezug auf den Besitzstand konnte als Nachteil angesehen werden. Gerade die Beseitigung des Grenzsteins als Beweismittel will das Gesetz im Zusammenhang des § 274 mit den übrigen Bestimmungen des Abschnitts über Urkundenfälschung unter Strafe stellen und verbieten (Goltdammer, Archiv Bd. 37 S. 355). Die Möglichkeit einer Nachteilszufügung in objektiver Beziehung und

der darauf gerichteten Absicht wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Endpunkte der in Frage kommenden in gerader Erstreckung verlaufenden Grenzlinie durch andere Merkmale (Kerben in einem Stein bezw. in einem Ständer) bezeichnet waren. Der in der Mitte der Grenzlinie angebrachte Stein diente jedenfalls zur vermehrten Sicherung der Grenzlinie und konnte namentlich dann von größter Bedeutung sein, wenn eins der anderen Grenzmerkmale abhanden kam. Auch die Überzeugung des Angeklagten, durch die Grenzvereinbarung in seinem Eigentum beeinträchtigt zu sein, kann das subjektive Schuldmoment nicht ausschließen. Es würde ein nicht beachtlicher Irrtum über die strafrechtliche Bedeutung des § 274 Ziff. 2 StGB. sein, wenn der Angeklagte aus jenem Grunde geglaubt haben sollte, eigenmächtig das tatsächlich bestehende Grenzmerkmal beseitigen zu dürfen. III. Strafsenat D. 583/05. Urteil vom 23. November 1905.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Civilrecht.

Ist die von dem einen Ehegatten nach türkischem Rechte einseitig erklärte Scheidung seiner Ehe in Deutschland als gültig anzuerkennen?

Im Jahre 1863 ist der damals staatsangehörigkeitslose Friedrich A. mit Therese H., die dem Königreiche Sachsen angehörte, in Helgoland mit Erlaubnis des damaligen englischen Gouverneurs kirchlich getraut worden. Die Gültigkeit dieser Eheschließung ist außer Zweifel.

Die Eheleute A. ließen sich in Deutschland nieder und wohnten im Jahre 1886 in Berlin. Von dort begab sich der Mann nach Konstantinopel, während die Frau mit den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern in Berlin zurückblieb.

Der Mann ist in Konstantinopel zum Islam übergetreten, hat dort auch die ottomanische Staatsangehörigkeit erworben und führt seitdem einen türkischen Namen. Er behauptet, er habe von Konstantinopel aus seiner Frau einen Scheidungsbrief vom 26. November 1886 durch die Post nach Berlin geschickt, nachdem er auf seine Anfrage einen die Scheidung für zulässig erklärenden Spruch (Fetwa) des Scheich ul Islam, des höchsten geistlichen und weltlichen Richters in Ehesachen, erhalten habe, und im Jahre 1887 in Konstantinopel eine neue islamitische Ehe mit der, ebenfalls zum Islam übergetretenen, früheren deutschen Reichsangehörigen Helene B. geschlossen. Mit dieser ist er im Jahre 1887 in das Deutsche Reich zurückgekehrt und lebt er jetzt in München zusammen, während Therese A., die im Jahre 1902 als „sächsische Staatsangehörige" die Aufnahme in die preußische Staatsangehörigkeit erlangt hat, nunmehr in K. wohnt. Therese A. hat im Jahre 1900 gegen ihn auf Herstellung des ehelichen Lebens geklagt, im Laufe des Rechtsstreits Zwischenfeststellungsklage auf Feststellung des Fortbestandes ihrer Ehe erhoben und, nachdem die Zwischenfeststellungsklage rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesen worden ist, mit besonderer Klage die Feststellung beantragt, daß die 1863 geschlossene Ehe noch zu Recht besteht.

Das Landgericht München I hat mit Urteil vom 26. Oktober 1904 festgestellt, daß die zwischen den Streitsteilen geschlossene Ehe noch fortbesteht.

Der Beklagte legte Berufung ein und ließ in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte Beweis dafür anbieten, daß die Klägerin seine Neigung zu Helene B. gefördert habe und mit seiner Verheiratung mit Helene B. einverstanden gewesen sei, daß sie von den Schritten, die er in

Konstantinopel zur Lösung seiner Ehe mit ihr unternommen hat, Kenntnis gehabt und darüber mit ihm im Briefwechsel gestanden, daß sie den Scheidungsbrief erhalten habe und gleichwohl im besten Einvernehmen mit ihm geblieben sei.

Das Oberlandesgericht München hat ohne Aufnahme des angebotenen Beweises die Berufung mit Urteil vom 15. April 1905 zurückgewiesen.

In den Entscheidungsgründen ist ausgeführt, die Anwendung des § 328 CPO. komme nicht in Frage, weil das Fetwa nicht ein Urteil, sondern nur ein Rechtsgutachten sei. Die das internationale Privatrecht betreffenden Vorschriften des EG. z. BGB. seien nur für Rechtsverhältnisse maßgebend, die unter der Herrschaft des neuen Rechtes stehen, der Art. 30 enthalte aber zwingendes Recht, das zur Anwendung kommen müsse, soweit nicht den Vorschriften des früheren Rechtes gleiche Grundsätze zu entnehmen seien. In dieser Beziehung sei dem Landgerichte darin beizustimmen, daß schon nach den Vorschriften, die in seinem Bezirke zu der Zeit in Geltung waren, zu welcher der Scheidebrief der Klägerin zugeschickt worden sein soll, den Vorschriften des Bayer. Landrechts (Tl. I Kap. 2 § 17) und des Gemeinen Rechtes, die Wahrung der Grundregeln des einheimischen öffentlichen Rechtes und der Sittlichkeit die Anwendung ausländischen Rechtes ausgeschlossen habe, soweit dieses unbedingt gebietenden oder verbietenden Sätzen des einheimischen Rechtes widerspricht. Nach den älteren Vorschriften sei zwar die Scheidung nach dem Rechte des Orts zu beurteilen, an dem der Mann zur Zeit des behaupteten Scheidungsakts seinen Wohnsitz hatte. Der hier behaupteten Scheidung sei aber nach den inländischen Rechts- und Sittlichkeitsgrundsätzen die Anerkennung zu versagen.

Die Scheidung durch Scheidungsbrief sei, gleichviel ob der andere Teil damit einverstanden ist oder nicht, eine Privatverfügung und könne „wegen der in ihrer Form hervortretenden Willkür" vermöge der deutschen Anschauung von dem sittlichen Wesen der Ehe nicht zugelassen werden. Daß früher nach einzelnen deutschen Rechten Scheidung auf Grund beiderseitiger Einwilligung möglich gewesen ist, könne nicht als Gegengrund angeführt werden, weil die Scheidung an solche Voraussetzungen geknüpft gewesen sei, daß bei deren Erfüllung in der Regel habe angenommen werden dürfen, die Ehe sei innerlich gebrochen. Dem ausländischen Rechtssatze, der die Auflösung der Ehe an den Tatbestand der einseitigen Willkürscheidung knüpft, könne im Inlande nicht ohne Verletzung feststehender sittlicher Grundbegriffe Wirksamkeit zugestanden werden. Die Wirksamkeit im Inlande stehe aber in Frage, weil die von der behaupteten Scheidungserklärung betroffene Ehefrau zu der Zeit, zu welcher die Scheidung wirksam geworden sein soll, sich im Gebiete des Deutschen Reiches befunden hat und die Scheidungshandlung sich teilweise auf deutschem Gebiete vollzogen haben soll, da der Scheidungsbrief nach der Behauptung des Beklagten der Klägerin durch die Post in Berlin zugegangen sei.

Der Versuch des Beklagten, darzulegen, daß die Ausschließung der Anwendung des islamitischen Scheidungsrechtes wegen seiner zweiten Verehelichung zu einem gegen den inländischen Sittlichkeitsbegriff noch mehr verstoßenden Ergebnisse führe als die Anerkennung der Scheidung, indem sie ihm ein polygamisches Verhältnis aufdränge, sei nicht zutreffend.

Der Revision, die der Beklagte gegen das Urteil des Oberlandesgerichts eingelegt hat, ist der Erfolg nicht zu versagen.

Das Berufungsgericht hat mit Unrecht der Beantwortung der Frage, ob die vom Beklagten nach islamitischem Rechte vollzogene Scheidung im

Inlande wirksam werden konnte, die im Bezirke des Prozeßgerichts erster Instanz bis zum 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen Vorschriften des Bayer. Landrechts und des gemeinen Rechtes und den Art. 30 EG. z. BGB. zugrunde gelegt. Die Scheidung soll sich durch Zugehen des Scheidungsbriefs in Berlin vollzogen haben, dort hat damals nicht das Bayer. Landrecht und das Gemeine Recht, sondern das Preuß. Landrecht gegolten. Ist die Scheidung im Gebiete des Preuß. Landrechts in solcher Weise erfolgt, daß sie nach dessen Vorschriften rechtlich wirksam war, so bestand nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts, die bis zum 1. Januar 1900 im Gebiete des Bayer. Landrechts und des gemeinen Rechtes galten, ebensowenig Grund, ihr in diesem Gebiete die Anerkennung zu versagen, wie die Vorschrift des Art. 30 EG. z. BGB. dazu führen kann, eine unter der Herrschaft des früheren Rechtes in Übereinstimmung mit dessen Vorschriften aufgelöste Ehe wiederaufleben zu lassen (Zitelmann, Internat. Privatr. Bd. 1 S. 359).

Es kommt also darauf an, ob der behaupteten Scheidung vom Standpunkte des Preuß. Landrechts aus die Wirksamkeit in dessen Gebiete zu versagen war. Die Anwendung des islamitischen Scheidungsrechts in weiterem Umfange auszuschließen, als die Grundsätze des Preuß. Landrechts über die Ehescheidung es mit sich bringen, läßt sich nicht durch die Erwägung rechtfertigen, daß die Ehe unter der Herrschaft derselben sittlichen Anschauungen geschlossen worden ist, die auch in Deutschland maßgebend waren. So sehr die abendländische und die islamitische Auffassung der Ehe von einander abweichen, erfordert die Wahrung des im Inlande herrschenden Sittlichkeitsbegriffs doch nicht die Ausschließung jeder Einwirkung des islamitischen Rechtes auf eine ursprünglich abendländische Ehe, sondern es genügt, den Vorschriften des islamitischen Rechtes die Anwendbarkeit zu versagen, soweit deren Anwendung mit dem im Inlande herrschenden Sittlichkeitsbegriff unverträglich ist. Etwas anderes ist auch aus der Bemerkung von Planck, Komm. z. BGB. Bd. 6 S. 117 Note 2d a. E., nicht zu entnehmen. Soweit die Anwendung des islamitischen Rechtes zu einem Ergebnisse führt, das nicht gegen den dem inländischen Rechte zugrunde liegenden Sittlichkeitsbegriff verstößt, ist die durch sie bewirkte Änderung des Scheidungsrechts nicht anders zu beurteilen als die Änderung, die nach Art. 17 EG. z. BGB. in einer Ehe, die unter der Herrschaft der Gesetze eines die Scheidung überhaupt nicht zulassenden Staates geschlossen worden ist, eintritt, wenn der Mann die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt, oder die Änderung, die unter der Herrschaft des konfessionellen Eherechts infolge Konfessionswechsels des einen Ehegatten eintreten konnte.

Die Wirksamkeit der von dem Beklagten behaupteten Scheidung muß nicht schon deswegen verneint werden, weil das Preuß. Landrecht eine sich in anderer Weise als durch gerichtliche Entscheidung vollziehende Scheidung nicht kannte.

Das Erfordernis der gerichtlichen Entscheidung ist nicht ein unerläßliches Gebot der Sittlichkeit, sondern eine Maßregel der Zweckmäßigkeit, die Gewähr dafür bietet, daß ein gesetzlicher Scheidungsgrund vorliegt. Eine Scheidung die nach ausländischem Rechte aus einem auch von dem inländischen Rechte anerkannten Scheidungsgrund erfolgt, wird nicht dadurch zu einer nach der einheimischen Anschauung unsittlichen Handlung, daß das ausländische Recht für sie die Form einer Privatwillenserklärung bestimmt, die auch einer nach der einheimischen Anschauung unsittlichen Scheidung dienen kann, es genügt, daß die Scheidung, die in der Form des ausländischen Rechtes im Inlande verwirklicht werden soll, ihrem Grunde nach eine auch nach der einheimischen

Anschauung zu billigende Scheidung ist (Zitelmann Bd. 1 S. 350, 351). Das Preuß. Landrecht hat eine „Willkürscheidung" nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Nach Tl. II Tit. 1 § 716 konnten „ganz kinderlose Ehen auf den Grund gegenseitiger Einwilligung getrennt werden, sobald weder Leichtsinn noch Übereilung noch heimlicher Zwang von einer oder der anderen Seite zu besorgen" war. Hiebei kam der gegenseitigen Einwilligung „der Charakter einer Tatsache zu, auf Grund deren der Richter die kinderlose Ehe zu scheiden hat" (Erk. d. RGer. vom 11. Dezember 1890, Jur. Wochenschr. 1891 S. 91 Nr. 11), sofern er sich nur über die Ernstlichkeit und Freiheit des Willens der Parteien vergewissert hat.

Die Scheidung auf Grund beiderseitigen Einverständnisses war nicht nur statthaft, wenn die Ehe überhaupt kinderlos geblieben war, sondern auch dann, wenn die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder gestorben waren (Förster-Eccius, Preuß. Privatr., 7. Aufl. Bd. 4 S. 106; Dernburg, Preuß. Privatr., 4. Aufl. Bd. 3 S. 64 N. 43). Dies deutet darauf, daß die Einschränkung ihren Grund nicht in der Auffassung des Gesetzgebers von dem sittlichen Wesen der Ehe sondern in anderen Erwägungen, insbesondere in der Rücksicht auf die gemeinschaftlichen Kinder hat. In anderen deutschen Reichsgebieten, in denen gleichfalls Scheidung auf Grund beiderseitiger Einwilligung zugelassen war, bestand diese Einschränkung nicht, sie galt insbesondere weder in dem rheinisch-französischen und badischen Rechte (Code civil Art. 233, 275 fg.), noch da, wo konfessionelles Recht maßgebend war, wie z. B. in Bayern, für das jüdische Eherecht (Fassel, Das mosaisch-rabbinische Civilrecht Bd. 1 S. 59 § 102, S. 62 § 107, Erläuterung, und S. 65 § 111, Erläuterung; Bl. f. RA. Bd. 52 S. 104 ff.; Fränkel, Das jüdische Eherecht S. 79 und S. 87 ff.).

Auch die bei der Beratung des Entwurfes des BGB. in der II. Kommission gestellten Anträge auf Zulassung der Scheidung auf Grund beiderseitigen Einverständnisses haben von dem Erfordernisse der Kinderlosigkeit abgesehen (Prot. Bd. 4 S. 409, 410, 420).

Es läßt sich daher wohl die Frage aufwerfen, ob der Unterschied zwischen den Vorschriften des Preuß. Landrechts und der von dem Beklagten behaupteten Scheidung auf Grund beiderseitiger Einwilligung ein so wesentlicher ist, daß dieser im Gebiete des Preuß. Landrechts die Wirksamkeit versagt werden mußte.

Eine Zerrüttung der Ehe, die nach Preuß. Landrecht Tl. 2 Tit. 1 §§ 716 bis 718b Grund zu einer Scheidung wegen unüberwindlicher Abneigung bieten konnte, hat der Beklagte in den Vorinstanzen nicht behauptet, das Berufungsgericht war deshalb nicht verpflichtet, seine Annahme, daß eine Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses nicht bestanden habe, eingehender zu begründen. Der Versuch, die Behauptung in der Revisionsinstanz nachzuholen, muß nach den §§ 549, 561 CPO. unbeachtet bleiben.

Wäre vom Standpunkte des Preuß. Landrechts aus der behaupteten Scheidung die Wirksamkeit zu versagen, so würde damit dem Beklagten nicht ein polygamisches Verhältnis aufgedrängt werden. Denn aus demselben Grunde, der dazu führte, die Scheidung für unwirksam zu erklären, müßte auch einer Verpflichtung des Beklagten zu ehelichem Zusammenleben mit seiner zweiten Frau die Anerkennung verweigert werden (Zitelmann Bd. 1 S. 362, 363).

Wie fremde Staaten die behauptete Scheidung beurteilen, ist für die Anwendung des inländischen Rechtes belanglos. Die deutsche Gerichtsbarkeit reicht nicht über das Reichsgebiet hinaus, innerhalb des Reichsgebiets aber obliegt ihr die Wahrung der dem einheimischen Rechte zugrunde liegenden

sittlichen Anschauungen. Da das angefochtene Urteil auf unrichtiger Anwendung von Vorschriften des Bayer. Landrechts und des gemeinen Rechtes, sowie des Art. 30 EG. z. BGB. beruht, muß es aufgehoben werden.

Mit Rücksicht darauf, daß weder die behauptete Scheidung selbst noch das Einverständnis der Klägerin mit ihr festgestellt ist und daß das der Entscheidung zugrunde zu legende Preuß. Landrecht, das in keinem Teile des Bezirkes des Oberlandesgerichts München in Geltung gewesen ist, im vorliegenden Falle nach § 549 CPO. nicht zu den Gesetzen gehört, auf deren Verletzung die Revision gestützt werden kann (N. Sammlung von Entsch. d. Obersten Landesger. Bd. 3 S. 8), wird für angemessen erachtet, in Gemäßheit des § 565 Abs. 3 CPO. die Entscheidung im vollen Umfange dem Berufungsgerichte zuzuweisen. I. Civ.-S. Reg. I 124/1905; Urteil vom 29. September 1905.

Bem. des Einsenders: Die erste Frage, die sich in der Sache bot, ist, ob das türkische Gesetz, auf Grund dessen der Beklagte nach seiner Behauptung der Klägerin einen Scheidungsbrief zugehen ließ, dieser gegenüber das für die Scheidung ihrer Ehe maßgebende Recht bildete. Das Berufungsgericht bejahte dies, da in Gemäßheit der damals bei uns geltenden Normen die Ehescheidung nach dem am Wohnorte des Mannes geltenden Rechte zu beurteilen sei. Eine Stütze findet diese Auffassung in dem zur Zeit des streitigen Scheidungsaktes in den meisten deutschen Staaten, insbesondere im Gebiete des Preuß. Landrechts, anerkannten Rechtssatze, daß sich das Recht der Ehe nach dem Rechte des Wohnorts der Ehegatten richte und daß die Frau den Wohnsitz des Mannes teile. Hiemit steht die Vorschrift der deutschen Civilprozeßordnung in § 17 und 568 alter und § 606 neuer Fassung in Einklang. Vom sächsischen Rechte, das im Allgemeinen das Recht des Heimatstaats als Personalstatut gelten ließ, mag hier abgesehen werden. Allein die Vorschriften über den Wohnsitz und insbesondere über den abgeleiteten Wohnsitz werden doch nur innerhalb des inländischen Gebiets, für das sie erlassen sind, auf Geltung Anspruch haben, und sich nicht auf das Ausland erstrecken.

Für die Ehe der Parteien, die auf englischem Boden geschlossen war, ist mit der Niederlassung in Berlin das Preußische Landrecht maßgebend geworden. Die Klägerin hat dadurch, daß der Beklagte in der Türkei einen neuen Wohnsitz begründete, während sie in Berlin zurückblieb, ihren Wohnsitz daselbst nicht verloren (vgl. Förster-Eccius, Preuß. Privatr., 7. Aufl. Bd. 1 S. 56 Note 7). Ihr Personalstatut bildete daher nach wie vor das Preuß. Landrecht. Die von ihrem Manne nach seinem Übertritt zum Islam ins Werk gesetzte Ehescheidung war daher ihr gegenüber wohl nur gültig, wenn sie auch dem preußischen Gesetze entsprach. Dieses kennt aber die einseitig willkürliche Scheidung nicht, sondern nur die Scheidung auf Grund eines auf einer causae cognitio beruhenden gerichtlichen Urteils (vgl. auch § 76 des Personenstandsgesetzes). Es handelt sich hierbei nicht um die bloße Form des Rechtsakts der Scheidung, sondern um ein im sittlichen Wesen der Ehe begründetes materielles Erfordernis derselben.

Damit ist von selbst die Frage gegeben, auf die es in zweiter Linie ankommt und auf deren Lösung die in den mitgeteilten Urteilen enthaltene Entscheidung beruht, nämlich die Frage, ob die Anwendung des türkischen Rechts, selbst wenn es auch im Verhältnis zur Klägerin nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts an sich anwendbar wäre, nicht um deswillen ausgeschlossen ist, weil seine die Ehescheidung betreffenden, von dem in Deutschland geltenden Rechte abweichenden Vorschriften den diesem zugrunde liegenden sitt-

lichen Anschauungen widerstreiten. In dieser Beziehung wird allgemein der Grundsatz festgehalten, daß der mit dem Rechtsstreite befaßte Richter dies vom Standpunkte des in seinem Bezirke geltenden Gesetzes zu beurteilen habe (vgl. insbesondere die Urteile des Reichsgerichts vom 19. Juni 1883 und 26. Juni 1886, Entsch. Bd. 9 S. 192 und Bd. 16 S. 138). Die beiden Untergerichte haben demgemäß die Frage vom Standpunkte des Bayer. Landrechts und des Art. 30 des Einf.-Ges. zum BGB. beurteilt. Das Oberste Landesgericht hat es dagegen als entscheidend erklärt, ob der Scheidungsakt mit den dem Preuß. Landrechte zugrunde liegenden sittlichen Anschauungen vereinbar sei, weil die Klägerin, als ihr der Scheidebrief nach der Behauptung des Beklagten zuging, im Geltungsbereiche des Preuß. Landrechts wohnte und es sich darum handle, ob die Scheidung damals für sie wirksam geworden sei. Es beruht diese Auffassung auf dem Gedanken, daß es sich, wenn die Scheidung als der Klägerin gegenüber wirksam geworden anzuerkennen sei, jetzt nur darum handle, ob das der Klägerin gegenüber perfekt gewordene Scheidungsverhältnis als fortbestehend anzuerkennen sei, daß ferner letztere Frage zwar nach dem im Bezirke des urteilenden Gerichts geltenden Gesetze zu beurteilen, das bestehende Scheidungsverhältnis aber auch vom Standpunkte dieses Gesetzes nicht als unsittlich zu erachten sei.

Wenn man dem Obersten Landesgerichte auch hierin beipflichtet, so wird doch die weitere Annahme desselben als sehr bedenklich erscheinen, daß die durch einen Willkürakt des einen Ehegatten — des Mannes — erfolgende Scheidung den bei uns herrschenden Anschauungen vom sittlichen Wesen der Ehe nicht unbedingt widerstreite. Es gibt hier der Ansicht Raum, daß dies dann nicht der Fall sei, wenn der andere Ehegatte mit der so erfolgten Scheidung einverstanden ist, weil die Ehescheidung mit gegenseitiger Übereinstimmung wenigstens dem Rechte, das bei uns in der hier in Betracht kommenden Zeit galt, und namentlich dem Preußischen Landrechte nicht fremd sei. Denn wenn dies Recht auch die Ehescheidung auf Grund gegenseitiger Willensübereinstimmung der Gatten bei gewissen Ehen zuläßt, so ist dies doch nur der Fall, wenn die zu scheidende Ehe kinderlos ist, hier aber Kinder aus der Ehe vorhanden sind und der übereinstimmende Willen der Scheidung, soweit es auf diesen ankommt, von den Gatten im gerichtlichen Scheidungsprozeß erklärt wird. Das Gesetz nimmt hier an, daß wegen der Umstände, unter denen die Erklärung erfolgt, an der Ernstlichkeit und Nachhaltigkeit des Scheidungswillens kein Zweifel ist, eine zerrüttete Ehe vorliegt und ihre Trennung deshalb angemessen ist. Eine von den Gatten vereinbarte Scheidung ist aber dabei für sie wegen des sittlichen Wesens der Ehe solange nicht bindend, als nicht auf Grund derselben die gerichtliche Scheidung erfolgt ist. Im vorliegenden Falle handelt es sich um ein außerhalb eines amtlichen Verfahrens bekundetes Einverständnis mit der Scheidung. Diese Bekundung hat keinerlei rechtsgeschäftliche Bedeutung und benahm dem Scheidungsbrief nicht die Natur eines einseitigen Willensaktes. Sie trägt keinerlei Gewähr in sich, daß sie in der Absicht erfolgte, dadurch gebunden zu sein. Sie kann deshalb mit der im Scheidungsprozesse im Bewußtsein ihrer Tragweite abgegebenen, auf Herbeiführung der Scheidung gerichteten Willenserklärung unmöglich auf eine Linie gestellt werden. Die Vorschriften des inländischen Gesetzes über die Erfordernisse der Ehescheidung beruhen auf den im Inlande herrschenden Anschauungen über das sittliche Wesen der Ehe und wo diese nicht vorliegen, ist der Scheidung auf Grund des ausländischen Rechts die Anerkennung zu versagen (vgl. die angeführten vor Einführung des BGB. ergangenen Urteile des Reichsgerichts). Insbesondere

wird hiernach auch für das Preuß. Landrecht die Bemerkung von Niedner zu Art. 17 — 2b a. E. — des Einf.-Ges. zum BGB. zutreffen, wonach eine Scheidung ohne gerichtliches Urteil und nach türkischem Recht dem bei uns herrschenden sittlichen Rechtsbewußtsein widerstreitet.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Strafsachen).

Strafrecht.

PStGB. Art. 81. Verwahrlosung anvertrauter Kinder. Anvertraut ist ein Kind, welches auf Grund eines Vertragsverhältnisses zur Verpflegung, Beaufsichtigung und Erziehung übergeben worden ist. Der Begriff Verwahrlosung erfordert die Herbeiführung eines Zustandes der Vernachlässigung der pflichtgemäßen Obsorge für den angehörigen oder anvertrauten Pflegebefohlenen seitens des Pflichtigen, welcher einen solchen Grad erreicht, daß der Pflegebefohlene in seiner Existenz oder doch in seiner körperlichen oder geistigen Entwicklung oder in seiner Gesundheit in einer äußerlich erkennbaren Weise gefährdet wird. Eine Gesundheitsschädigung braucht nicht eingetreten zu sein. Der subjektive Tatbestand erfordert ein Verschulden; als solches genügt Fahrlässigkeit. Urteil vom 12. Oktober 1905; Rev.-Reg. Nr. 283/05.

StGB. § 303. Sachbeschädigung. Sachbeschädigung liegt vor, wenn eine Einwirkung auf die Sache erfolgt, durch welche deren Substanz alteriert, ihre Unversehrtheit aufgehoben wird, und wenn durch die Einwirkung die Brauchbarkeit der Sache für die ihr gegebene konkrete Zweckbestimmung herabgemindert oder sonst das Interesse des Eigentümers an ihrer Unversehrtheit beeinträchtigt wird. — Der subjektive Tatbestand erfordert nicht eine auf Herbeiführung einer Beschädigung der Sache gerichtete Absicht des Täters; es genügt Vorsatz, ein Handeln, durch welches der Täter mit Bewußtsein alle Deliktsmerkmale verwirklicht. Der Täter muß wissen, daß die Sache eine fremde ist, daß deren Beschädigung die Folge seiner Handlung sein werde oder könne, und daß ihm eine Berechtigung zu der von ihm betätigten Einwirkung auf die Sache nicht zur Seite stehe. Urteil vom 15. September 1905; Rev.-Reg. Nr. 214/05.

StGB. § 113. Gewalt. Der Begriff der Gewalt erfordert die Anwendung physischer Kraft, deren Maß sich dahin bestimmt, daß sie eine erhöhte Kraftanwendung des Beamten zur Besiegung des Widerstandes erforderlich macht, wenn sie ihn auch nicht zur Abstandnahme von der Amtshandlung nötigen muß. Urteil vom 22. August 1905; Rev.-Reg. Nr. 211/05.

StGB. § 47. Mittäterschaft. Der Begriff der Mittäterschaft wird schon erfüllt durch jede auf die Ausführung einer Straftat abzielende Tätigkeit, soferne sie mit dem Vorsatze des Mittäters ausgeführt wird, und es genügt hierzu unter Umständen selbst eine nur intellektuelle Mitwirkung, insbesondere eine psychische Förderung der Tat. Urteil vom 15. Juli 1905; Rev.-Reg. Nr. 177/05.

PStGB. Art. 44; StGB. § 366 Nr. 10. Feilbieten. Art. 44 PStGB. ermächtigt über den Rahmen des § 366 Nr. 10 StGB. hinaus zur Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung Maßregeln zu treffen ohne Rücksicht darauf, ob die Gefährdung gerade auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen besorgt wird. Es sind also durch denselben alle im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bei Volksfesten u. s. w. gebotenen Maß-

nahmen zugelassen, soweit sie nicht gegen Art. 10 des Polizeistrafgesetzbuchs verstoßen (Entsch. d. Obersten Landesger. Bd. 3 S. 85, Bd. 4 S. 392).

Ein Feilbieten liegt dann vor, wenn die erkennbar zum Verkaufe bestimmte Ware in specie dem Publikum zu diesem Zwecke vorgezeigt wird und dieselbe im Falle des Kaufsabschlusses auch sofort übergeben werden kann (Entsch. d. Obersten Landesger. Bd. 1 S. 124, Bd. 4 S. 126, 197). Urteil vom 31. Mai 1905; Rev.-Reg. Nr. 93/05.

Gew.-Ordn. §§ 69, 149 Abs. 1 Nr. 6. Feilbieten. Zur Erschöpfung des Begriffs Feilbieten genügt es, wenn jemand seine zum Verkaufe bestimmten Waren in einer den Umständen entsprechenden Weise an Orten, an denen er auf einen Absatz und auf Kaufsabschlüsse rechnen kann, offen zu dem Zwecke der Allgemeinheit zugänglich macht, daß dadurch Kaufsabschlüsse ermöglicht werden. Nicht erforderlich ist, daß die Kauflustigen eigens aufgesucht oder daß die Waren förmlich und wörtlich zum Verkauf ausgeboten werden. Urteil vom 31. Mai 1905; Rev.-Reg. Nr. 95/05.

StGB. § 123 Abs. 3. Gemeinschaftlichkeit. Die gemeinschaftliche Ausführung einer strafbaren Tat enthält den Begriff der Mittäterschaft nach § 47 StGB.; es ist also der auf Verübung der Tat übereinstimmend gerichtete Wille der Handelnden erforderlich; nicht genügend ist das rein äußere Moment des Zusamenwirkens mehrerer Personen. Eine vorherige ausdrückliche Verabredung ist jedoch nicht erforderlich; es kann sich vielmehr das erforderliche Einverständnis der Täter bei der Verübung der Tat selbst ergeben. Urteil vom 13. Mai 1905; Rev.-Reg. Nr. 59/05.

StGB. § 292. Jagdausübung. Die Jagd übt aus, wer das Wild aufsucht, verfolgt oder ihm nachstellt, um es zu erlegen, einzufangen oder sonst in Besitz zu nehmen; für wen er das Wild in Besitz zu nehmen beabsichtigt, ist gleichgültig, auch wenn dies für den Jagdpächter geschehen sollte (Entsch. des OLG. München Bd. 4 S. 459; Entsch. des RGer. Bd. 4 S. 261). Urteil vom 6. Mai 1905; Rev.-Reg. Nr. 70/05.

D. Oberlandesgericht München (Civilsachen).

Civilrecht.

Selbständigkeit der Zinsen- und Kosten-Kautionshypotheken. Am 19. Dezember 1905 hat Rechtsanwalt T. namens des Gläubigers Sch. an das Landgericht München I Antrag gestellt, gemäß §§ 883 und 885 BGB. einstweilige Verfügung zu erlassen, daß in das Grundbuchblatt für das Anwesen des Schuldners W. Vormerkung eingetragen werde, daß der Eigentümer verpflichtet sei, die neben den Hypotheken zu 50000 Mk., 20000 Mk. und 5000 Mk. eingetragenen Hypothekkautionen zu 5000 Mk., 2000 Mk. und 500 Mk. vor der Hypothek des Antragstellers zu 993 Mk. löschen zu lassen, wenn sich dieselben mit dem Eigentümer in einer Person vereinigen.

Das Landgericht München I hat diesen Antrag mit Beschluß vom 23. Dezember 1905 als nicht gerechtfertigt kostenfällig zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluß hat Rechtsanwalt T. namens des genannten Gläubigers am 29. Dezember 1905 Beschwerde eingelegt mit dem Antrage, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen.

Diese Beschwerde, welcher das Landgericht München I nach Beschluß vom 30. Dezember 1905 nicht abgeholfen hat, ist zwar nach § 567 CPO. an sich zulässig, sachlich jedoch nicht begründet.

Das Beschwerdegericht ist nämlich entgegen der Meinung des Antragstellers der Anschauung, daß das frühere bayerische Hypothekengesetz ebensowenig wie das BGB. Hypotheken, die nur unselbständige Anhängsel einer anderen Hypothek wären, kennt. Die eingetragenen Hypotheken für nicht priviligierte Zinsen, Kosten und Schäden rc. sind ebenso selbständig, wie die etwa nach § 43 Satz 2 und § 12 Nr. 11 bayer. HG. eingetragenen Hypotheken und erscheinen nunmehr nach Art. 192 Abs. 1 Satz 2 des EG. zum BGB. als Sicherungshypotheken, welche bei gegebener Voraussetzung der § 1163 Abs. 1, § 1168 BGB. kraft des Gesetzes Eigentümerhypotheken werden. Ein Anspruch auf Löschung der Kautionshypoteken, wie beantragt, ist daher nicht gegeben und kann auch eine Vormerkung zur Sicherung eines derartigen Anspruchs im Grundbuch, wie der angefochtene Beschluß hervorhebt, nicht eingetragen werden. Die eingelegte Beschwerde ist sonach unbegründet und deshalb zurückzuweisen.

Bei der Erfolglosigkeit des Rechtsmittels sind dem Beschwerdeführer auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzulegen (§ 97 CPO.). Beschluß des II. Civilsenats vom 4. Januar 1906; Beschw.-Reg. Nr. 6/06.

E. Landgericht München I (Civilsachen).

Civilrecht; Civilprozeß.

Unzulässigkeit der Pfändung künftig entstehender Eigentümerhypotheken.

a) Der Erstrichter hat den Antrag, diejenige Eigentümerhypothek zu pfänden, die dem Schuldner A. als Eigentümer des Anwesens Hs.-Nr. 1 an der D.-Straße dahier an Stelle der für die Bayerische Vereinsbank darauf eingetragenen Nebenkaution zu 8000 Mk. zugefallen ist oder zufallen wird, ferner den dem Schuldner gegen die Bayerische Vereinsbank jetzt oder künftig zustehenden Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs zu pfänden, aus zwei Gründen abgewiesen.

In erster Linie stellt sich der Erstrichter auf den Standpunkt, daß die altbayerischen Zinsen- und Kostenkautionen keine selbständigen Kautionshypotheken sind, daß sie daher auch nicht Höchstbetragshypotheken im Sinne des § 1130 BGB. geworden und nicht eigentümerhypothekfähig sind. Dieser Ansicht kann vom Beschwerdegericht nicht beigetreten werden.

Das Oberste Landesgericht hat in seinem Beschlusse vom 23. Juni 1905 ausgeführt, daß auf Grund des bayerischen Hypothekenrechts eingetragene Kautionen nunmehr nichts anderes seien als Sicherungshypotheken für einen Höchstbetrag nach § 1130 BGB., deren Wesen der Entstehung von Eigentümerhypotheken daran keineswegs entgegensteht. Diese Ansicht des Obersten Landesgerichts hat das Reichsgericht in seinem Beschlusse vom 18. Oktober 1905 (Bl. f. RA. Nr. 25 S. 729) ausdrücklich gebilligt. Auch das Beschwerdegericht geht davon aus, daß die altbayerischen Zinsen- und Kostenkautionen eigentümerhypothekfähig sind, und es mag zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Begründung der beiden genannten Beschlüsse verwiesen sein.

Die Ausführungen des angefochtenen amtsgerichtlichen Beschlusses enthalten als zweiten Grund der Abweisung des Antrags die Aufstellung, daß die Pfändung künftiger Rechte und Forderungen unzulässig ist, und daß es sich bei dem gestellten Antrag ausschließlich um Pfändung künftiger Rechte handelt. Hier kann dem Erstrichter beigetreten werden. Die Frage ist zwar

sehr bestritten; bejaht wird sie u. a. auch in dem in Nr. 3 der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 2. Jahrg., erschienenen Aufsatze des Professors Dr. Lothar Seuffert, wie sich denn auch das Oberste Landesgericht auf diesen Standpunkt stellt. In dem obengenannten Beschlusse des Reichsgerichts ist die Frage weder bejaht, noch verneint. Sprechen schon die von dem Erstrichter für die Verneinung der Frage, ob künftige Rechte pfändbar sind, angeführten praktischen Erwägungen dafür, eine Pfändung künftiger Rechte nicht zuzulassen, so müssen solche Gründe besonders ins Gewicht fallen, wenn es sich um die Pfändung einer künftigen Eigentümerhypothek handelt, weil gerade die Pfändung derartiger künftiger Rechte im Hinblick auf ihre rechtlichen Eigentümlichkeiten besonders bedenklich erscheint. Auch Staatsrat Dr. v. Henle nimmt in dem im „Recht", 10. Jahrg. Nr. 1 S. 69 und 70 erschienenen Aufsatz an, daß die bloße Aussicht oder Möglichkeit eines künftigen Erwerbes nicht als ein für den Vollstreckungsangriff Dritter taugliches Vermögensobjekt angesehen werden kann, und hält eine Pfändung der „künftigen" Eigentümerhypothek für unstatthaft.

Wenn endlich der Erstrichter ausführt, daß auch die nach Inhalt des Antrags und seiner Begründung an den Schuldner bereits gefallene Eigentümerhypothek und der Berichtigungsanspruch nur künftige Rechte in sich begreifen, weil offenbar das der Nebenkaution zu 8000 Mk. zugrunde liegende Schuldverhältnis, nämlich die Verpflichtung zur Zahlung der Zinsen und Kosten, noch fortbesteht, so ist dem gleichfalls beizupflichten, denn die Beschwerdebegründung enthält keine gegenteilige tatsächliche Aufstellung, behauptet vielmehr nur, daß es sich nicht um künftige, sondern nur um bedingte und befristete Rechte handle. Diese Meinung ist aber nicht zutreffend; bei der Höchstbetragshypothek kann von einer Eigentümerhypothek erst die Rede sein, wenn das Rechtsverhältnis beendigt ist, zu dessen Sicherung die Hypothek bestellt ist, oder wenn feststeht, daß die bereits enstandene Forderung unter dem Betrage der Sicherungshypothek bleibt und neue Forderungen nicht entstehen. Das Recht auf die Eigentümerhypothek ist demnach ein künftiges und wird existent, wenn eine der letztgenannten Voraussetzungen eingetroffen ist. Nachdem es sich sohin in jedem Falle um die Pfändung künftiger Rechte handelt, das Beschwerdegericht eine solche aber gleichfalls für unstatthaft hält, erweist sich die gegen den angefochtenen amtsgerichtlichen Beschluß eingelegte Beschwerde als unbegründet und war deshalb zurückzuweisen. Beschluß der II. Civilkammer vom 6. Februar 1905; Beschw.-Reg. Nr. 49/06.

b) Unbegründet ist die Beschwerde, soweit der Antrag auf Pfändung des Anspruchs auf die möglicherweise entstehende Eigentümerhypothek abgewiesen wurde.

Es kann zwar dem Erstrichter darin nicht beigestimmt werden, daß die Zinsen- und Kostenkautionen des früheren bayerischen Hypothekenrechts keine selbständigen Hypotheken seien. Vielmehr schließt sich das Beschwerdegericht der von dem Obersten Landesgerichte München in seinem Beschlusse vom 23. Juni 1905 (Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1905 S. 350) begründeten Anschauung an, daß diese Kautionen Höchstbetragshypotheken im Sinne des BGB. darstellen, welche bei gegebenen Voraussetzungen in Eigentümerhypotheken sich verwandeln können. Dagegen vertritt das Beschwerdegericht mit dem Erstrichter und den von diesem in seinem Beschluß aufgeführten Autoren die Rechtsansicht, daß die Pfändung des Anspruchs auf eine künftig entstehende Eigentümerhypothek, wie die Pfändung künftiger Rechte überhaupt, unzulässig ist.

Das Reichsgericht hat diese bestrittene Frage in seinem Beschlusse vom 18. Oktober 1905 offen gelassen (Bl. f. RA. Bd. 70 S. 729 ff.).

Zu der Ansicht, daß künftige Ansprüche und Rechte unpfändbar zu bleiben haben, führt schon die Erwägung, daß es Sache des Richters ist, Rechtsunsicherheiten auszugleichen, nicht aber solche erst zu schaffen. Eine Rechtsunsicherheit wird aber zweifellos dann herbeigeführt, wenn über künftige Rechte zu einer Zeit verfügt wird, zu der völlig ungewiß ist, ob sie überhaupt jemals in der Person des als verfügungsberechtigt Gedachten zur Entstehung gelangen werden.

Frage ist, ob „die Aussicht des Eigentümers auf möglichen künftigen Erwerb einer Eigentümerhypothek" (so das Reichsgericht in obigem Beschlusse) als ein solches künftiges Recht sich darstellt, oder ob ein nur bedingter Anspruch des Eigentümers vorliegt, welch' letztere Ansicht insbesondere Professor Dr. Lothar Seuffert in der Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1906 S. 49 ff. neuerlich vertreten hat.

Es dürfte aber mit Staatsrat Dr. v. Henle im „Recht" 1906 S. 69 unbedenklich die Annahme zu vertreten sein, daß ein solcher bedingter Anspruch nicht vorliegt.

Der Eigentümer B. hat, da mangels anderweitiger Behauptungen des Antragstellers mit dem Erstrichter immer davon auszugehen ist, daß für B. derzeit eine Eigentümerhypothek überhaupt noch nicht entstanden ist, keinerlei Pfandrecht an seiner Sache, solange noch der Bayerischen Handelsbank das Recht an der Hypothek zusteht. Er hat lediglich die Hoffnung, Möglichkeit, Aussicht darauf, daß er einmal, wenn es ihm gelingt, den Anspruch der Bank ganz oder teilweise zu befriedigen, das Hypothekenrecht in seiner Person ohne weiteren Rechtsakt und ohne Mitwirkung des Gläubigers entstehen sehen wird.

Die Eigentümerhypothek entsteht dann, wie schon hervorgehoben, ipso jure; es erfüllt sich in diesem Falle nicht eine Bedingung („daß die Maximalhypothek nicht oder nicht vollständig ausgebeutet wird" nach Dr. L. Seuffert), sondern es tritt nur eine tatsächliche Voraussetzung, von welcher die Entstehung des Rechtes abhängig ist, ein (conditio tacita oder iuris, welche ein Rechtsgeschäft nicht als ein bedingtes, sondern als ein unbedingtes erscheinen läßt; Arndts, Pand. § 66 Ziff. 4 und Anm 9). Beschluß der V. Civilkammer vom 6. Februar 1905; Beschw.-Reg. Nr. 52/06.

c) Die Klägerin beantragt mit Schriftsatz vom 31. Januar 1906 auf Grund Arrestbeschlusses vom 18. Januar 1906 die Pfändung von 24 künftigen Eigentümerhypotheken (oder Eigentümergrundschulden), die dem Baumeister Franz Xaver H. aus den im Antrage näher bezeichneten Verkehrs- und Sicherungshypotheken seinerzeit zufallen könnten.

Diesem Antrage vermag nicht stattgegeben zu werden, da die Pfändung künftiger Eigentümerhypotheken für grundsätzlich unzulässig erachtet wird.

Die künftige Eigentümerhypothek (oder Eigentümergrundschuld) ist in Wahrheit nur eine bloße Aussicht auf den künftigen Erwerb eines solchen Rechtes. Die Eigentümerhypothek entsteht erst dann, wenn die Voraussetzungen eingetreten sind, unter denen nach dem Gesetz eine Eigentümerhypothek zur Entstehung gelangen kann. Mag auch die Pfändung künftiger Forderungen insoweit zulässig sein, als bereits ein Rechtsverhältnis besteht, aus dem die zu pfändenden Forderungen erwachsen können: das Hypothekenrecht des Gläubigers ist, solange es besteht, kein Rechtsverhältnis des Grundstückseigentümers, in welchem dieser eine Gläubigerstellung oder die Stellung eines Berechtigten

einnimmt. Es fehlt somit an jedem Rechtsgebilde, das als Grundlage einer Pfändung dienen könnte.

Die Anwendung der Vorschriften im § 185 BGB. versagt, weil, abgesehen davon, ob sie auf Pfändungen entsprechend auszudehnen sind (vgl. dazu RGer. in Civils. Bd. 60 S. 70), hier nicht das Recht eines Nichtberechtigten, sondern ein künftiges Recht des Berechtigten gepfändet werden soll.

Endlich sprechen auch praktische Erwägungen gegen die Zulässigkeit der Pfändung künftiger Eigentümerhypotheken. Sie fördert im schließlichen Ergebnis eine schrankenlose, wirtschaftlich nicht mehr zu rechtfertigende Ausübung höchst zweifelhafter Rechtsbefugnisse und führt so im weiteren Verlaufe nicht nur zu einem höchst bedenklichen Rechtsmißbrauche, sondern auch zu beispielloser Rechtsverwirrung.

Das Reichsgericht hat in seinem Beschlusse vom 18. Oktober 1905, abgedruckt in der Samml. der Entsch. des Bayer. Obersten Landesgerichts in Civils. Bd. 6 S. 425 ff., die Frage offen gelassen, das Oberste Landesgericht in seinem Beschlusse vom 23. Juni 1905 (s. ebenda S. 422 ff.) sie allerdings im gegenteiligen Sinne entschieden. Das erkennende Gericht hält aber aus rechtlichen und praktischen Gründen nur die Meinung für möglich, die solche Pfändungen für unzulässig erklärt (vgl. dazu neuerdings v. Henle im „Recht", Jahrg. 1906 S. 69; and. Ans. Seuffert in der Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern Bd. 2 S. 49, jedoch mit unzureichenden Gründen). Beschluß der IV. Kammer für Handelssachen vom 1. Februar 1906; P.-R. Nr. H. H. C 258/06.

Einstweilige Anordnungen im Offenbarungseidverfahren. Auf Grund vollstreckbaren Versäumnisurteils des Amtsgerichts München I Abt. A für Civilsachen vom 20. Oktober 1905 lud die durch Justizrat F. vertretene Klägerin den Beklagten am 21. November 1905 zur Leistung des Offenbarungseides vor das Vollstreckungsgericht.

In dem hierzu bestimmten Termine vom 5. Dezember 1905 ist der Schuldner nicht erschienen; vom Vertreter der Gläubigerin wurde Haftbefehl beantragt und diesem Antrag durch Beschluß vom gleichen Tage stattgegeben.

Gegen diesen Beschluß wendete der Schuldner am 30. Dezember 1905 zu Protokoll des Gerichtsschreibers ein, daß er den Offenbarungseid in Sachen B. am 18. November 1905 bereits in der Fassung des § 807 CPO. geschworen habe, und beantragte unter Verweigerung der nochmaligen Eidesleistung die Einstellung der Zwangsvollstreckung und Aufhebung des Haftbefehls.

Das Vollstreckungsgericht erließ hierauf am 30. Dezember 1905 eine einstweilige Anordnung, durch welche der Vollzug des Haftbefehls einstweilen eingestellt und dem Gläubigerteil aufgegeben wurde, sich binnen 10 Tagen über die erhobenen Einwendungen zu äußern.

Gegen diese, dem Justizrat F. am 1. Januar 1906 zugestellte Anordnung hat dieser mit Schriftsatz vom 3. Januar 1906 sofortige Beschwerde ergriffen mit dem Antrag, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses „den Antrag des Schuldners abzuweisen", indem er auszuführen suchte, daß Schuldner mit seinen Einwendungen infolge seines Ausbleibens im Termine vom 5. Dezember 1905 ausgeschlossen sei.

Diese Beschwerde ist aber ungerechtfertigt. In dem Protokollarvorbringen des Beklagten handelt es sich um Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung (Entsch. d. RGer. Bd. 16 S. 320, Bd. 25 S. 335). Das Vollstreckungsgericht hatte demnach gemäß § 766 Abs. 1 die Befugnis,

durch einstweilige Anordnung zu verfügen, daß die Zwangsvollstreckung bis zur Entscheidung über die vorgebrachten Einwendungen einstweilen einzustellen sei.

Gegen die einstweilige Anordnung ist nun zwar gemäß § 793 CPO. sofortige Beschwerde an sich zulässig und es ist deshalb das vom Justizrat F. eingelegte Rechtsmittel, zumal es auch frist- und formgerecht eingelegt ist, formell nicht zu beanstanden.

Es ist aber, soweit es auf „Abweisung der schuldnerischen Einwendungen" abzielt, verfrüht und unbegründet, weil eine Entscheidung der ersten Instanz über diese Einwendungen noch gar nicht vorliegt, sondern vorerst nur eine einstweilige Anordnung. Soweit sich aber die Beschwerde gegen letztere richtet, ist zunächst ein rechtliches Interesse der Gläubigerin an der Anfechtung überhaupt nicht abzusehen und zudem ist das Vorbringen gegen die angefochtene Verfügung verfehlt.

Gemäß § 903 CPO. ist ein Schuldner, der den im § 807 erwähnten Offenbarungseid geleistet hat, zur nochmaligen Leistung des Eides auch einem anderen Gläubiger gegenüber nur verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben hat. Es fehlt in einem solchen Falle eine der Voraussetzungen der Eidespflicht. Diese Voraussetzungen sind von Amts wegen zu berücksichtigen; beim Fehlen derselben kann das Gericht trotz gläubigerischen Antrags auch beim Ausbleiben des Schuldners nicht nach § 901 CPO. vorgehen (Seuffert, Komm. z. CPO., 8. Aufl. A. 3, b, d, f zu 901; Neumiller, CPO. § 903 A.).

Wird nun nachträglich im Wege der Einwendungen das Fehlen der Voraussetzungen des § 903 geltend und glaubhaft gemacht, so kommt die Rechtsgültigkeit des erlassenen Haftbefehls und die Zulässigkeit der Vollstreckung überhaupt in Frage und das Vollstreckungsgericht handelt angesichts der einschneidenden Wirkungen der in Frage kommenden Zwangsmaßregeln durchaus pflicht- und sachgemäß, wenn es von der ihm in § 766 CPO. eingeräumten Befugnis, wie hier, Gebrauch macht. Der Vollzug des Haftbefehls würde sich gerade gegebenen Falls als chikanös und rechtswidrig darstellen, da dargetan ist, daß Schuldner den Offenbarungseid am 18. November 1905 geleistet hat, und deshalb ist der hierauf gerichtete gläuberische Antrag auch sachlich unberechtigt. Beschluß vom 10. Januar 1906; Beschw.-Reg. Nr. 7/06.

Prozeßkosten; Erstattungsfähigkeit von Trambahnauslagen und Vollstreckungskosten.

Die Trambahnauslagen zu 20 Pfennigen, gegen deren Abstrich sich die Beschwerde in erster Linie richtet, bilden Fuhrkosten, welche dem Rechtsanwalte gemäß § 80 Abs. 1 Geb.-Ordn. für Rechtsanwälte für Geschäfte am Wohnorte nicht zustehen. „Außergewöhnliche Umstände" oder „sonstige notwendige Unkosten" im Sinne des Absatzes 2 sind hier nicht gegeben. Die Beschwerde war deshalb insoweit als unbegründet zu verwerfen.

Dagegen erwies sich der Abstrich der auf Vollstreckung des Versäumnisurteils erwachsenen Kosten zu 6 Mk. 10 Pfg., welche nach dem Vergleiche vom Beklagten ausschließlich zu tragen sind, als nicht gerechtfertigt. Wenn diese Kosten auch gemäß § 788 Abs. 1 CPO. zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben sind, so müssen sie doch auf Antrag des Gläubigers festgesetzt werden, einerlei, ob ein Interesse an ihrer Festsetzung besteht oder nicht. Der Mangel des Festsetzungsinteresses hat nur die Folge, daß dem Gläubiger die Kosten des Festsetzungsverfahrens auferlegt

werden können (Freudenthal, Komm. z. CPO., 2. Aufl., § 788 Note 4 und die dort aufgeführte Literatur und Rechtsprechung).

Wenn auch vorliegenden Falles ein Interesse der Klagspartei an der Festsetzung der Vollstreckungskosten nach den Darlegungen des Beschwerdeführers nicht gegeben ist, so war doch der Erstrichter nach dem oben Gesagten nicht berechtigt, die Festsetzung der Vollstreckungskosten, deren Ansätze gerechtfertigt erscheinen und den Bestimmungen der Rechtsanwalts-Gebührenordnung entsprechen, überhaupt zu verweigern. Beschluß vom 4. Januar 1906; Beschw.-Reg. Nr. 747/05 IV.

Unzulässigkeit einer Vollstreckungshypothek auf Grund der Verurteilung zur Hinterlegung.

In der Streitsache der Ökonomensfrau H. und der Gütlersfrau P. gegen die Schneidermeisterseheleute O. wegen Forderung erließ das Oberlandesgericht München am 14. Oktober 1905 vorläufig vollstreckbares Urteil dahin, daß die Beklagten O. schuldig sind, für die Klägerinnen oder für deren Ehemänner 2133 Mk. 33 Pfg. samt 4 % Zinsen hieraus seit 7. Oktober 1905 bei der k. Filialbank München zu hinterlegen.

Namens der Gläubiger H. und P. beantragte Rechtsanwalt K. hier am 14. Dezember 1905 bei dem Amtsgericht München II — Grundbuchamt — die Eintragung einer Sicherungshypothek zu Gunsten der gläubigerischen Forderung auf Hinterlegung von 2133 Mk. 33 Pfg. nebst 4 % Zinsen hieraus seit 7. Oktober 1904 auf den im Grundbuche für M. vorgetragenen Grundstücken der Hinterlegungsschuldner.

Das Grundbuchamt wies mit Beschluß vom 15. Dezember 1905 den Antrag mit der Begründung kostenfällig zurück, daß die Verurteilung zur Hinterlegung als Verurteilung zur Vornahme einer Handlung zu erachten und somit den Zwangsvollstreckungsvorschriften im III. Abschnitt des 8. Buches der CPO. unterstellt sei.

Die von Rechtsanwalt K. namens der Antragsteller gegen diesen Beschluß am 20. Dezember 1905 eingelegte Beschwerde ist formell nicht zu beanstanden, sachlich jedoch nicht begründet.

Die Vollstreckungshypothek nach §§ 866 ff. CPO. setzt eine vollstreckbare Geldforderung voraus. Es muß ein auf Zahlung von Geld gerichteter Judikatstitel vorliegen (s. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl. Bd. 1 S. 982 ff.; Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 1 S. 205).

Eine Forderung auf Hinterlegung von Geld ist keine Geldforderung, sondern geht auf eine Handlung. Sie ist daher nach § 887 CPO. zu vollziehen (s. Gaupp-Stein, CPO., 7. Aufl. Bd. 2 S. 520, § 866 Note V S. 665, § 887 Note II, 1 S. 693 und die auf S. 520 angeführte Literatur und Rechtsprechung hierzu; vgl. auch Staub, Wechselordnung, 2. Aufl. S. 87).

Die Bezugnahme der Beschwerdeführer auf die Ausführungen in Seuffert's Komm. z. CPO., 8. Aufl. Bd. 2 S. 453 Note 1, c versagt. Auch hier ist, abweichend von Gaupp-Stein, nur ausgeführt, daß, wenn der Schuldner zur Hinterlegung eines Geldbetrags verurteilt ist, die Vorschriften über die Vollstreckung wegen Geldforderungen mit dem Abmaße Anwendung zu finden haben, daß der beigetriebene Betrag nicht dem Gläubiger abzuliefern, sondern zu hinterlegen ist. Das Urteil vom 14. Oktober 1905 statuiert aber ausdrücklich eine Verpflichtung der Schuldner zur Hinterlegung des Geldbetrags bei der gerichtlichen Hinterlegungsstelle. Beschluß vom 29. Dezember 1905; Beschw.-Reg. Nr. 726/05 I.

III. Aus der Praxis des Oberlandesgerichts Stuttgart (Civilsachen).

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Römer (Stuttgart).

Zu § 3 Ziff. 2 Anf.-Ges. Die Feststellung des bloßen Bewußtseins, daß durch das abzuschließende Rechtsgeschäft einem Gläubiger die Möglichkeit der Befriedigung entzogen werde, genügt noch nicht zur Annahme einer Benachteiligungsabsicht, vielmehr muß die Handlung mit dem Willen, dadurch die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, vorgenommen sein. Selbst aus dem Bewußtsein einer Begünstigung anderer Gläubiger folgt noch keine Absicht der Benachteiligung des anfechtenden Gläubigers. Urteile vom 19. Dezember 1905 und vom 30. Januar 1906.

Zu § 1 Unl. Wettb.-Ges. Ist eine Angabe tatsächlicher Art mehrdeutig, so genügt, daß sie mindestens ebensogut in dem Sinne verstanden werden kann, wonach die Angabe unrichtig ist, als in dem an sich möglichen anderen Sinne. — Darauf, ob sich mutmaßlich Leute finden, die auf Grund der unrichtigen Angabe allein den angepriesenen Artikel kaufen, kommt es nach § 1 Unl. Wettb.-Ges. nicht an. Urteil vom 30. Januar 1906.

Zu demselben Paragraphen. Der Umstand, daß die gleiche Vorspiegelung in gleicher Weise einer größeren Anzahl von Personen gegenüber mündlich wiederholt wird, macht diese noch nicht zu einer für einen größeren Kreis von Personen bestimmten Mitteilung. Denn diese Mitteilung wäre nicht bestimmt und nicht geeignet, einer unbestimmt großen Anzahl von Personen zugänglich zu sein, wie dies bei schriftlichen Mitteilungen möglich ist. Urteil vom 23. Januar 1906.

Zu § 154 BGB. Der Umstand allein, daß nicht über alle Punkte eines Vertrags ausdrücklich Vereinbarungen getroffen wurden, über welche nach Lage der Sache Vereinbarungen getroffen werden können, berechtigt nicht, sich auf § 154 BGB. zu berufen. Wenn Einigkeit über die für den Vertrag wesentlichen Punkte herrscht, so tritt bezüglich anderer Punkte, über welche Abmachungen hätten getroffen werden können, an Stelle des Parteiwillens die Ergänzung durch richterliches Ermessen. Urteil vom 18. Januar 1906.

Zu §§ 1475, 1426 ff. BGB. Die Haftung der Ehefrau für solche Schulden, deren Rechtsgrund während Bestehens der allgemeinen Gütergemeinschaft gelegt war, bleibt bestehen, auch wenn Gütertrennung vereinbart wird, noch ehe der Anspruch auf jene Schuld fällig wurde.

Bei Gütertrennung kann eine Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen seiner Ehefrau nicht in Frage kommen, da ihm ein Verwaltungsrecht an diesem Vermögen nicht zusteht. Urteil vom 18. Januar 1906.

Zu §§ 823, 254 BGB. (und Gew.-Unf.-Vers.-Ges.). Aus der Eigenschaft des Gew.-Unf.-Vers.-Ges. als eines Teiles der zur Fürsorge für die Lohnarbeiter bestimmten Gesetzgebung ist darauf zu schließen, daß es dem Betriebsunternehmer nicht erlaubt sein kann, durch — selbst unabsichtliche — Erschwerung der Kenntnisnahme von vorgekommenen Unfällen seine Pflicht zur Anzeigeerstattung einzuschränken, daß es ihm vielmehr obliegt, alle Vorkehrungen zu treffen, die zur alsbaldigen Ermittlung und zur Ermöglichung

rechtzeitiger amtlicher Untersuchung von Betriebsunfällen dienlich sind. Unkenntnis von dem Unfall eines Angestellten entschuldigt daher den Unternehmer nur dann, wenn diese Unkenntnis nicht auf sein Verschulden zurückzuführen ist.

Dagegen begründet es auch ein — teilweises — Verschulden eines Angestellten, wenn er sich nicht um die Verfolgung seiner Ansprüche aus dem Gew.-Unf.-Vers.-Ges. bekümmert. Urteil vom 29. Dezember 1905.

Zu § 377 HGB. Ablieferung einer Ware ist derjenige Akt, durch welchen der Verkäufer die Ware aus seiner Verfügungsgewalt entläßt, um den Käufer in die Lage zu setzen, nunmehr seinerseits über dieselbe verfügen zu können, und durch welchen der Käufer, selbst oder durch einen Bevollmächtigten, die Ware übernimmt. Urteil vom 12. Mai 1905 und schon vom 29. April 1904. (Ebenso jetzt RGer. in Seuffert's Arch. Bd. 55 Nr. 23.)

IV. Vermischte Nachrichten.

Über das Verhältnis des Rechtes auf Streikpostenstehen zum Straßenpolizeirecht hat die II. Strafkammer des Landgerichts München I am 22. Januar 1906 in einem rechtskräftig gewordenen Urteil sich folgendermaßen ausgesprochen:

„Die Aufstellung von Streikposten verstößt an sich nicht gegen ein Gesetz und stellt insoferne sich als eine rechtmäßige Handlungsweise dar. Allein die Polizeibehörde hat durch § 366 Ziff. 10 StGB. die Befugnis erhalten, zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen und Straßen und Plätzen Polizeiverordnungen zu erlassen.

Auf Grund dieser Ermächtigung hat die Polizeidirektion München in § 76 Abs. IV der ortspolizeiichen Vorschriften vom 6. Oktober 1902 bestimmt:

„daß den zur Regelung des Verkehrs, namentlich zur Vermeidung von Verkehrsstörungen an Ort und Stelle ergehenden Anordnungen der Polizeiorgane Folge zu geben sei".

Durch diese Befugnisse der Polizeiorgane wird die Bewegungsfreiheit jedes einzelnen Passanten und damit auch solcher Personen, welche als Streikposten aufgestellt sind, eingeschränkt.

Ergeht seitens eines Polizeiorgans eine Aufforderung an eine Person, einen Platz zu verlassen, und zwar zum Zwecke der Regelung des Verkehrs, so muß dieser Aufforderung Folge geleistet werden; die Unterlassung macht den Täter strafbar. Der Richter hat nicht zu prüfen, ob durch die weggewiesene Person etwa schon eine Verkehrsstörung verursacht worden ist." Dr. H.

Der 30. Band „Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts". Dem 60. Bande der Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen ist vor kurzem der 30. Band des nach Johow's Tode von Viktor Ring unter Mitwirkung einer Reihe anderer hervorragender Kammergerichtsräte herausgegebenen Jahrbuchs der Entscheidungen des obersten preußischen Gerichtshofes nachgefolgt, dessen Rechtsprechung in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Abteilung A), in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (Abteilung B und C) es getrennlich veröffentlicht. Hier interessiert nur die Abteilung A, welche die freiwillige Gerichtsbarkeit betrifft und folgende Rubriken umfaßt: I. „Allgemeine Grundsätze des Verfahrens", II. „Vormundschaftssachen. Familienstiftung. Personenstand", III. „Nachlaßsachen", IV. „Handelssachen", V. „Grundbuchsachen"; ein Anhang gibt Entscheidungen anderer deutscher Oberlandesgerichte wieder.

Ein näheres Eingehen auf den bezüglichen Inhalt der Sammlung erscheint nicht bloß durch die erhebliche praktische Bedeutung, welche den Beschlüssen des Kammergerichts, „des kleinen Obertribunals", in den betreffenden Fragen für das große preußische Rechtsgebiet zukommt, sondern auch durch ihren inneren Wert gerechtfertigt, da sie hinter den civilrechtlichen Entscheidungen des höchsten deutschen Gerichtshofes an Klarheit und Sorgfalt der Begründung und verständiger Würdigung der Lebensverhältnisse kaum zurückstehen dürften. Aus der Fülle des Wichtigen und Beachtenswerten sei in Kürze folgendes besonders hervorgehoben.

a) Unter Nr. 10 wird im Anschluß an RGer. Bd. 55 S. 421 ausgeführt, daß eine die Frau willkürlich von jedem Verkehre mit ihren Kindern ausschließende Anordnung des Ehemannes als ein Mißbrauch seines Rechtes für diese unverbindlich sei. Die von ihrem Manne getrennt lebende Frau hat hiernach einen rechtlichen Anspruch auf den Verkehr mit ihren Kindern. Dieses Recht ist aber nicht wie im Falle bereits bewirkter Ehescheidung (§§ 1635, 1636) unter vormundschaftsgerichtlichen Schutz gestellt. Daraus wird der Schluß gezogen, daß bei dem bloßen Getrenntleben der Ehegatten die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Regelung des Verkehrs der Mutter mit den bei dem Vater lebenden Kindern nicht gegeben sei; die Geltendmachung des Anspruchs habe vielmehr beim Prozeßgerichte zu geschehen, das geeigneten Falles auch eine entsprechende einstweilige Verfügung erlassen könne (§ 940 CPO.). Das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts finde nur ausnahmsweise, nämlich nur dann statt, wenn die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen.

Auf die elterliche Gewalt bezieht sich auch die Nr. 11, welche die vorerwähnten Vorschriften der §§ 1635 und 1666 noch nach einer anderen Richtung hin erläutert. Der Zweck des § 1635 sei, nimmt das Kammergericht an, seinem ganzen Inhalte nach darauf gerichtet, das Verhältnis der geschiedenen Ehegatten unter einander in Ansehung der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu regeln. Das dem einen Elternteile so gegebene Recht der Personensorge sei geradezu als eine zeitweilige Beschränkung der natürlichen Elternrechte des anderen Elternteils aufgefaßt, deren Wegfall für ihn die Wiederherstellung seiner Elternrechte in ihrem normalen Umfange zur Folge habe. Daraus wird dann nun die Folgerung abgeleitet, daß beim Wegfalle dieses Personensorgerechts bei dem einen geschiedenen Elternteile zufolge einer Maßregel aus § 1666 der andere sein Elternrecht gleichfalls ohne weiteres in demjenigen Umfange zurückerlange, in welchem jener sie einbüßte; diese gesetzliche Rechtswirkung greife so lange Platz, als das Vormundschaftsgericht nicht etwa auch dem anderen Teile auf Grund des § 1666 sein Personensorgerecht entziehe. Es fehle also regelmäßig an einem besonderen Schutzbedürfnisse des Kindes, welches seine Unterbringung in einer geeigneten Familie oder weitere Maßregeln in seinem Interesse rechtfertigen könnte.

Von großer Tragweite ist auch die Annahme des KG., daß der Beitritt des Kindes zu einer bestehenden eingetragenen Genossenschaft die Übernahme fremder Verbindlichkeiten enthalte und deshalb der Genehmigung des VG. bedürfe (Nr. 39).

Keinem Bedenken dürfte wohl die Entscheidung (Nr. 9) begegnen, wonach die Entziehung der Vertretungsbefugnisse des Gewalthabers wegen erheblichen Interessengegensatzes (§ 1796) nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden braucht, sondern auch durch Bestellung eines Pflegers für das Kind und bezügl. Bekanntgabe an den Gewalthaber stattfinden kann.

Damit kommen wir zugleich auf das Gebiet der Vormundschaft.

Im Gegensatze zu dem OLG. Colmar, dessen Beschluß das Jahrbuch im Anhang S. 289 veröffentlicht, hält das KG. dafür (Nr. 2), daß, wenn eine Vormundschaft sachlich zutreffend eingeleitet ist, eine Beschwerde wegen örtlicher Unzuständigkeit mit dem Ziele der Aufhebung des bisherigen Verfahrens oder der Vormundschaft unzulässig sei; die Beschwerde könne nur den Zweck verfolgen, für die Zukunft einer weiteren Tätigkeit des unzuständigen Gerichts vorzubeugen und dieses zur Vornahme der für die Abgabe an das örtlich zuständige Gericht erforderlichen Schritte zu bestimmen. Aus praktischen Erwägungen wird man dieser Auffassung beipflichten müssen.

Das KG. hat schon früher (KG. Joh. 21 S. 199) den Grundsatz ausgesprochen, daß auch nach Beendigung der Vormundschaft die Amtsgewalt des Vormundschaftsgerichts zwecks vollständiger Abwicklung der auf der Führung der Vormundschaft beruhenden Geschäfte fortdauere und deshalb das Vormundschaftsgericht für befugt erachtet, noch nach beendigter Vormundschaft dem Vormund eine Vergütung zu bewilligen. Jetzt zieht es aus jenem Grundsatze den weiteren Schluß (Nr. 6), daß die bewilligte Vergütung auch nach Beendigung der Vormundschaft im Beschwerdeweg angefochten und durch das Beschwerdegericht herabgesetzt werden kann. Was dem Vormunde gegenüber recht ist, ist gegenüber dem Pfleger, insbesondere dem Nachlaßpfleger, billig, nur daß im Falle der Nachlaßpflegschaft das Nachlaßgericht an die Stelle des VG. tritt (§ 1962). Ob in einer privaten Entlastungserklärung eine Genehmigung der Honorarfestsetzung zu finden sei, darüber könne, so meint das KG. (Nr. 23), nur im Prozeßwege entschieden werden.

Nr. 5 gibt dem VG. auf Grund des § 55 Abs. 1 FGG. die Befugnis, die Genehmigung zum Antrage des Vormundes auf Zwangsversteigerung eines in Miteigentum des Mündels stehenden Grundstücks zwecks Aufhebung der Gemeinschaft (§ 181 ZVG.) wieder zurückzuziehen, solange noch nicht die Versteigerung erfolgt ist. Ausgegangen wird hierbei von der Annahme, daß der Antrag sich als Rechtsgeschäft darstelle, daß aber die Genehmigung den Beteiligten, sowie dem Ersteher gegenüber erst mit der Versteigerung wirksam werde, da sie vorher Rechte auf Durchführung des Verfahrens nicht erlangen.

b) In letztwilligen Verfügungen findet sich nicht selten die Anordnung, daß dem überlebenden Ehegatten des Erblassers (neben dem Nießbrauch) die freie Verwaltung und Verfügung betreffs des Nachlasses zustehen solle, während die Kinder zu Erben eingesetzt sind. Eine solche Anordnung läßt sich im Anschluß an das frühere preuß. Recht (RGer. Bd. 36 S. 123) sehr wohl dahin auffassen, daß der Ehegatte Vorerbe, die Nachkommenschaft Nacherbe sein soll. Allein dieser Auffassung fehlt jede Berechtigung — und darauf weist Nr. 25 hin —, wenn die Verfügungsbefugnis dem hinterbliebenen Ehegatten nicht im eigenen Interesse und zu eigenem Nutzen und Vorteile, sondern nur die Ausübung der Verfügung im Interesse der Erben als der alleinigen Nachlaßeigentümer und zwecks Vollziehung des letzten Willens zugewendet ist; in einem solchen Falle erachtet das KG. die Annahme für gerechtfertigt, daß der Ehegatte als Testamentsvollstrecker ernannt sei.

In der Literatur herrscht die Ansicht vor, daß der Miterbe, welcher gemäß § 2033 durch einen gerichtlich oder notariell beurkundeten dinglichen Vertrag über seinen Anteil am Nachlasse verfüge, damit auch sein anteiliges Erbrecht auf den Erwerber übertrage, und daß in dem über das Erbrecht auszustellenden Zeugnis (Erbschein) der Erwerber als Erbe aufzuführen sei. Demgegenüber nimmt das KG., welches ursprünglich die gleiche Auffassung vertrat, den Standpunkt ein (vgl. RGer. Bd. 60 S. 131), daß die Wirkung des dinglichen Übereignungsvertrags sich darauf beschränke, daß die Rechte des veräußernden Miterben an dem ungeteilten Nachlaßvermögen im Wege der Gesamtnachfolge auf den Erwerber übergehen, daß dieser jedoch die Rechtsstellung des veräußernden Miterben nicht völlig erlange. Es hat in dieser Hinsicht auch den Beifall des Bayerischen Obersten Landesgerichts (Beschl. vom 10. Februar 1905, RJA. Bd. 5 S. 232) gefunden und schließt sich (Nr. 27) dessen Meinung an, daß der Veräußerer als Miterbe im Erbschein zu bezeichnen, die Anteilsübertragung aber dort nicht zu berücksichtigen sei.

c) Die Eintragungen im Handelsregister haben entweder rechtserzeugende (konstitutive) Wirkung, d. h. sie schaffen, wenn auch nicht für sich allein, so doch in Verbindung mit anderen Tatsachen ein Rechtsverhältnis (wie z. B. in den Fällen des § 2, § 3 Abs. 2, § 2 0, § 277 Abs. 3, § 320 HGB.), oder sie haben nur beurkundende (deklaratorische) Bedeutung, sie dienen also nur dazu, gewisse für den Handelsverkehr wichtige Tatsachen oder daraus sich ergebende Rechtsverhältnisse zu buchen und durch die der Buchung folgende öffentliche Bekanntmachung zur Kenntnis des Publikums zu bringen. Schon der Umstand, daß auch in diesen Fällen die Eintragung kein indifferenter Akt ist, vielmehr eine — von dem die Gesetzmäßigkeit Bestreitenden nur durch Gegenbeweis zu entkräftende — Vermutung für die Richtigkeit des beurkundeten Rechtsverhältnisses begründet (RGer. Bd. 41 S. 22), zwingt — so führt Nr. 29 aus — zu der Annahme, daß der Registerrichter auch hier die Wahrheit der angemeldeten Tatsachen zu prüfen habe, allerdings nur, sobald sich gegen sie besondere Zweifel und Anstände ergeben (§ 12 FGG.). Da er jedoch nur die Aufgabe hat, die Eintragung unwahrer Tatsachen oder tatsächlich nicht bestehender Rechtsverhältnisse zu verhüten, so habe sich seine Prüfung auf die bloße Anfechtbarkeit eines einzutragenden Rechtsverhältnisses nicht zu erstrecken.

Unter Nr. 31 hält das KG. an seiner früheren Rechtsauffassung fest, daß die Verwendung eines Stempelabdrucks bei der Firmenzeichnung, die von dem Prokuristen zur Aufbewahrung bei dem Registergerichte vorgenommen wird, unstatthaft sei; es fordert also, daß der Prokurist zu dem Behufe auch die Firma eigenhändig schreibe.

Dagegen schließt es sich (Nr. 36) in der bekannten Streitfrage, ob die von den Geschäftsführern einer G. m. b. H. alljährlich im Monat Januar zum Handelsregister einzureichende Liste von sämtlichen Geschäftsführern unterschrieben werden muß, der milderen Auffassung an, indem es die Unterzeichnung durch das die Gesellschaft regelmäßig vertretende geschäftsführende Organ für ausreichend erachtet.

d) Reiches Lob vor allem verdient die ausgestaltende Auslegung, welche das KG. dem Immobiliarsachenrecht sowohl nach der materiellen Seite, als auch in Ansehung des Grundbuchwesens nach wie vor gewährt.

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß die gütergemeinschaftliche Ehefrau in ihrer Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt ist und ihre Willenserklärungen rechtsverbindlich sind trotz der ausschließlichen Befugnis des Ehemannes, das Gesamtgut zu verwalten und darüber zu verfügen (§ 1443). Damit wird der Grundsatz gerechtfertigt (Nr. 53), daß das Grundbuchamt die Entgegennahme der Auflassung eines Grundstücks nicht deswegen ablehnen dürfe, weil die Auflassung an eine in Gütergemeinschaft lebende Frau auf Grund eines Vertrags erfolgen soll, durch den die Frau das Grundstück für einen bar zu zahlenden Preis gegen Übernahme einer eingetragenen Last gekauft hat, und die Zustimmung des Mannes zu Vertrag und Auflassung fehlt. Richtig ist jedenfalls, daß eine Verfügung über das Gesamtgut nicht in Frage steht, und daß das Grundstück erst mit der Eintragung der Frau zu dem Gesamtgute gehört (§ 1438). M. E. wird man der Ansicht des KG. beitreten müssen. Ein

Nachteil für das Gesamtgut kann dadurch, daß die Ehefrau in dem Kaufgeschäfte Verbindlichkeiten übernimmt, nicht entstehen, da das Gesamtgut hiefür nicht haftet (§ 1460). Damit wird die zwischen dem Bayer. Obersten Landesger. (Rechtspr. d. Ob. LG. Bd. 2 S. 361) und dem KG. (Joh. 21 S. 316 und 26 S. 283) streitige Frage nicht entschieden, ob Unwirksamkeit des Rechtsaktes wenigstens dann anzunehmen ist, wenn der gütergemeinschaftliche Ehegatte bei Grundstückserwerb für das Restkaufgeld gleichzeitig Hypothek bestellt. Ich leugne mit dem KG. diese Unwirksamkeit[1]. Die Eigentumseintragung der Erwerberin und die Hypthekenbuchung auf Grund der früheren Bewilligung (§ 185 Abs. 2) sollen gleichzeitig erfolgen und erfolgen auch gleichzeitig, das Grundstück wird also bereits mit der Belastung für das Gesamtgut erworben, nicht also geschieht die Belastung erst nachträglich, was allerdings unzulässig wäre.

Trotzdem erachte ich die von dem KG. in Übereinstimmung mit dem Bayer. Oberst. Landesger. (Joh. 24 D S. 19) ausgesprochene Ansicht (Nr. 57) für zutreffend, daß der zu einem Bruchteile berechtigte Grundstücksmiteigentümer, der von einem anderen Miteigentümer einen Teil des diesem zustehenden Bruchteils käuflich erwirbt, mit dem hinzuerworbenen Teile allein eine Hypothek für die Kaufpreisforderung nicht bestellen kann. Hier widerspricht schon der Eintrag der Vorschrift des § 1114, welche wesentlich den Zweck verfolgt, die Schwierigkeiten der Buchführung und der Zwangsversteigerung zu mindern und zu beseitigen.

Einer Belastung des Grundbuchs tritt auch die Entscheidung (Nr. 62) entgegen, welche die Buchung der Pfändung der aus einer Höchstbetragshypothek künftig entstehenden Eigentümerhypothek ablehnt (vgl. hierzu RGer. in Jur. Wochenschr. 1905 S. 732).

Ueber die Wirkung der Vereinbarung zwischen dem Grundstücksersteher und dem Hypothekengläubiger über das Bestehenbleiben der aus dem Bargebote zu deckenden Hypothek gehen die Meinungen nach drei Richtungen auseinander. Das KG. (Nr. 58) entscheidet sich dafür, daß der Ersteher nicht nur in die dingliche Haftung, sondern auch an Stelle des bisherigen Schuldners in die der Hypothek zugrunde liegende persönliche Schuld eintrete. Die Vereinbarung hat hiernach nicht zur Folge, daß die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandelt, die Hypothek bleibt alsdann vielmehr als solche für die ursprüngliche Forderung bestehen. Diese Auffassung wird der Intention der Beteiligten sicherlich am meisten gerecht.

Eine große Tragweite kommt insbesondere der Entscheidung (Nr. 66) zu, wonach das Grundbuchamt auch im Falle der befreiten Vorerbschaft zur Löschung einer zur Erbschaft gehörigen Hypothek die Quittung und Löschungsbewilligung des Vorerben allein für nicht genügend erklären und die Zustimmung des Nacherben erfordern kann, auch wenn kein Anlaß für die Annahme besteht, daß eine unentgeltliche Verfügung vorliegt.

Diesem Grundsatz entspricht auch die Entscheidung (Nr. 67), daß die Löschung einer für den Gemeinschuldner eingetragenen, von ihm abgetretenen Hypothek nicht ohne Zustimmung des Konkursverwalters auf Grund der Bewilligung des neuen Gläubigers erfolgen darf, mag die Konkurseröffnung in das Grundbuch eingetragen sein oder nicht. Die Zustimmung des Konkursverwalters ist nur dann nicht erforderlich, wenn der Nachweis erbracht wird, daß der neue Gläubiger die Hypothek bereits vor der Eröffnung des Konkursverfahrens oder nachher ohne Kenntnis dieser Eröffnung erworben hat.

Zum Schluß möchte ich nur noch auf die Entscheidung (Nr. 70) hinweisen, welche die Gestaltung des Hypothekenbriefes betrifft. In Übereinstimmung mit der Praxis des früheren Preuß. Rechtes nimmt das KG. in recht zweckmäßiger Weise an, daß auch bei nachträglicher Abänderung der durch die Hypothek gesicherten Forderung, insbesondere in Ansehung der Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen, die über diese Änderung ausgestellte Urkunde mit dem Hypothekenbriefe zu verbinden sei. Bendix.

V. Literatur.

1) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck), München.

Bayerisches Gesetz vom 30. März 1850, betr. die Ausübung der Jagd, und die Gesetze, betr. den Ersatz des Wildschadens, bearbeitet von Markus Pollwein, k. Erster Staatsanwalt. Sechste, neubearbeitete Auflage. München 1906. 334 S.

Das seit 20 Jahren bekannte und beliebte, die zusammengestellten Gesetze und Verordnungen mit guten Erläuterungen anmerkungsweise ausstattende Sammelwerkchen bringt auch in der neuen, der 6. Ausgabe, weit mehr, als der Titel bescheiden in Aussicht stellt. Wer vermutet darin Auszüge aus den bahnpolizeilichen Vorschriften, aus der Eisenbahnverkehrsordnung, den markt- und lebensmittelpolizeilichen Vorschriften, den Bestimmungen

1) Vgl. Bendix, Bürgerl. R., 2. Aufl. S. 766 γ.

über Schußgelder, einen Jagdkalender und dergl.?! Auch dem hirschgerechten Waidmann ist Gesetzeskenntnis nicht überflüssig, und daß das Recht vom Unrecht auch in Sachen des edlen Waidwerks nicht immer leicht zu scheiden ist, beweisen die zahlreichen Streitfragen, die in Jäger- und Juristenkreisen diskutiert werden, — bei Pollwein sind die Entscheidungen aller dieser Kontroversen zu finden; so z. B. auch die der Frage, ob der Grundbesitzer in dem Augenblick, in dem er Eigentümer eines hinreichend großen Grundbesitzes (Art. 2 des Jagdges.) wird, das Recht hat, den Gemeindejagdpächter von der Ausübung der Jagd auf demselben auszuschließen (s. Pollwein S. 31 ff. und die Bedenken S. 34 Anm. 2). G.

2) J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München ließ erscheinen:
Militärgesetze für Bayern. Herausgegeben von Dr. Georg Schmidt, Bezirksamtsassessor im Staatsministerium des Kgl. Hauses und des Äußern. München 1905. 942 und VIII S. i. 8°.

Was diese schöne Textausgabe (ohne Anmerkungen, aber mit Register von 19 doppelspaltigen Seiten versehen) bietet, wird nicht durch das Wort „Gesetze" begrenzt, denn es sind auch Verordnungen, Ministerialentschließungen u. s. w. darin enthalten; Gesetz ist also in der Überschrift im weiteren Sinne gebraucht (vgl. Art. 2 Einf.-Ges. z. BGB.). Der Inhalt wird auch durch das Wort „Militär" nicht scharf begrenzt, denn es ist z. B. die Marineordnung, die Pferdeaushebungsvorschrift und ähnliches aufgenommen. Immerhin stehen alle hier zusammengestellten Gesetze u. s. w. im direkten Zusammenhang mit dem Wehrinteresse des Staates und des Reiches, sind daher in der Tat Militärgesetze im weiteren Sinne, und Civil- wie Militärbehörden werden darin alles vereinigt finden, was sie an Rechtsnormen in der amtlichen Behandlung militärischer Angelegenheiten als solcher brauchen. Diese Rechtsnormen sind nach folgenden Gesichtspunkten oder Schlagworten gruppiert: Brieftaubengesetz (S. 1 ff.), Ersatzverteilungsgesetz (S. 5), Familienunterstützungsges. (S. 7 ff.), Festungsrayonges. (S. 27 ff.), Flottenges. (S. 40 ff), Friedenspräsenzges. (S. 43), Heerordnung (S. 45 ff.), Kontrollges. (S. 156), Kriegsdienstges. (S. 158), Kriegsleistungsges. (S. 163 ff.), Marineordn. (S. 194 ff.), Marschgebührnisordn. (S. 343), MilitärstrafgerichtsGG. (S. 398 ff.), Militärstrafges. (S. 507 ff.), Naturalleistungsges. (S. 538 ff.), Pferdeaushebungsvorschrift (S. 603), QuartierleistungsGG. (S. 642 ff.), ReichsmilitärGG. (S. 698), Reichsverfassung (Auszug, S. 718), SchutztruppenGG. (S. 721 ff.), StGB. (Auszug, S. 730 ff.), StPO. (Auszug, S. 736), Versailler Vertrag (Auszug, S. 739 ff.), Waffengebrauchges. (S. 742 ff.), Wehrordn. (S. 747 ff.), WehrpflichtGG. (S. 913 ff.). Sämtliche Materien sind nach dem Stande der Gesetzgebung vom 20. Dezember 1905 gefaßt. G.

3) Verlag von Franz Vahlen in Berlin.
Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Von Dr. jur. Max Pagenstecher, Gerichtsassessor, Privatdozent an der Universität Würzburg.

Auf 494 Seiten mit 1172 Anmerkungen geht diese Studie, die kurzweg Antihellwig heißen könnte, mit Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, davon aus, daß in der Theorie über das Wesen der Rechtskraft wenig Klarheit und gar keine Übereinstimmung herrscht. Erstere zu verbreiten suchend lehrt der Verfasser an der Hand zahlreicher Beispiele und fingierter Rechtsfälle, insbesondere daß das Urteil, das Resultat des Prozesses, seiner Idee nach eine Deklaration der Wahrheit darstellt, ein Ausspruch, daß etwas ist (S. 302), daß die Lage der rechtlichen Verhältnisse nach erfolgtem Wiederaufnahmeverfahren nicht beweise, daß das Urteil eine materiell-rechtliche Wirkung nicht haben könne (S. 394), daß der Richter niemals gezwungen ist, ein publizistisches Recht zu verleihen, obwohl er weiß, daß der Gebrauch dieses Rechtes eine widerrechtliche Handlung ist und daß diese Verleihung zur Folge hat, daß andere staatliche Organe sich dazu hergeben müssen, dem Berechtigten einen widerrechtlichen Vermögensvorteil zu verschaffen (S. 395), daß — entgegen der Judikatur des Reichsgerichts — ein rechtskräftiges Urteil, so lange es besteht, ein authentisches Zeugnis für seine Gesetzmäßigkeit ist, und daß nur im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens Rechte daraus hergeleitet werden können, daß es auf ungesetzlichem Wege zustande gekommen sei.

Obwohl Referent auf dem Standpunkte der reichsgerichtlichen Judikatur steht, muß doch anerkannt werden, daß Pagenstecher viele Anregung gibt, viele Belehrung bietet. Nur seine Beispiele sind meist blutlose, in der Praxis nicht vorkommende Spintisierungen; man lese z. B. das Exempel S. 128 und 129: der Eigentümer des dort die Hauptrolle spielenden Hundes ist wahrlich auf den Hund gekommen! B.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 7. 1. April 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Hümmer, Zum Begriffe des sicheren Geleites. Steyer, Die künstliche Unterbrechung der Verjährung in Strafsachen. Dennler, Zur Bewertung der Erbanteilsabtretungen. Würzburger, Strafrechtlicher Schutz des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters? II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer Oberstes Landesgericht in München (Civil- und Strafsachen); Landgericht München I (Civilsachen). III. Literatur.

I. Abhandlungen.

Zum Begriffe des sicheren Geleites.

Von k. II. Staatsanwalt Hümmer in Weiden.

In einem gegen A. anhängigen Verfahren erteilte die Strafkammer dem wegen eines anderen noch nicht abgeurteilten Verbrechens steckbrieflich verfolgten B. sicheres Geleit, damit er als Zeuge zur Hauptverhandlung erscheinen konnte.

Später wies die nämliche Strafkammer, allerdings in veränderter Besetzung, in einem gleich gelagerten Falle den staatsanwaltschaftlichen Antrag auf Geleitserteilung an einen Zeugen ab, da diese nur gegenüber dem Beschuldigten zulässig sei.

Welche von den beiden entgegengesetzten Anschauungen steht auf dem Boden des Gesetzes?

Schon die Stellung des einzigen das sichere Geleit behandelnden § 337 StPO. im Abschnitte mit der Überschrift „Verfahren gegen Abwesende" weist darauf hin, daß es gegenüber der Person des Beschuldigten erteilt wird. Im Abs. 1 des § 337 ist dies zudem ausdrücklich ausgesprochen; die im Abs. 3 als Erlöschungsgrund vorgesehene Erlassung eines auf Freiheitsstrafe lautenden Urteils würde bei Geleitserteilung an einen Zeugen nie praktisch werden, da in dem Verfahren, wo er Zeugnis gibt, ein Urteil gegen ihn nicht ergeht.

Der Zweck des § 337 weist den gleichen Weg. Zwar wird das sichere Geleit (salvus conductus) nach der Reichsstrafprozeßordnung durch das Gericht, nicht, wie nach den früheren Strafprozeßgesetzen, durch die Landesjustizverwaltung bewilligt. Allein dies ist nur eine unwesentliche Erscheinungsform dieses Instituts. Sein Inhalt und gesetzgeberischer Zweck bleibt davon unberührt. Letzterer geht heute wie früher dahin, den Beschuldigten zu freiwilliger Gestellung behufs seiner Aburteilung zu bewegen.

Eine andere Auffassung läßt sich aus den diesem Paragraphen beigegebenen (dürftigen) Motiven des Entwurfs der StPO. nicht ableiten, noch ist eine solche im Laufe der Beratungen in der Kommission und im Reichstage je hervorgetreten (vgl. Hahn's Mat. S. 37, 242, 950, 951, 1458, 1921, 2096).

Die Lehrbücher des deutschen Strafprozeßrechts und die Kommentare zur StPO. sind offensichtlich der oben vertretenen Anschauung, da sie eine abweichende nicht einmal erwähnen. Die Rechtsprechung der oberen Gerichte hat sich, soweit ersichtlich, mit vorwürfiger Frage noch nicht befaßt.

Die gegenteilige Ansicht läßt sich auch nicht im Wege der Analogie begründen. Diese kann allerdings im Strafrechte (materiellen wie formellen) zur Ausfüllung von Gesetzeslücken verwendet werden, so ist die gleichartige Idealkonkurenz in § 73 StGB., Verjährung der Strafe des Verweises in § 70 ebenda zu interpretieren. Allein hier handelt es sich nicht um ein Versehen des Gesetzgebers; aus der Gestaltung des sicheren Geleites und seinem Zusammenhange mit den übrigen Strafprozeßnormen geht deutlich hervor, daß der Gesetzgeber dasselbe mit vollem Bewußtsein lediglich dem Beschuldigten, nicht aber sonstigen an dem gegen den Beschuldigten gerichteten Verfahren beteiligten Personen gewähren wollte.

Sonach kann nach geltendem Rechte das sichere Geleit nur dem Beschuldigten als solchem bewilligt werden.

De lege ferenda aber dürfte zu erwägen sein, ob das sichere Geleit nicht auch anderen Personen als dem Beschuldigten erteilt werden sollte. Oben ist nur des praktisch wichtigsten Falles, der Vernehmung als Zeuge, gedacht. Der Geleitsbrief kann ebenso gut einem Sachverständigen, Dolmetscher, Privat- und Nebenkläger gegenüber von großem Vorteile für die Erledigung des Strafverfahrens sein.

Angenommen: A. wird wegen Mordes verfolgt. Gegen den Hauptzeugen B., der sich im Ausland aufhält, ist wegen eines im Inlande begangenen Vergehens der Bedrohung die Untersuchungshaft verhängt. Aus Furcht vor Verhaftung wagt er nicht, der Ladung als Zeuge vor das inländische Gericht Folge zu leisten. Die Aufhebung des Haftbefehls gegen B. ist nicht angängig, da die Voraussetzungen des § 112 Abs. 2 Nr. 3 gegen ihn vorliegen. Andererseits kann wohl auch die Strafverfolgungsbehörde nicht von der Vollstreckung des vorliegenden Haftbefehls absehen.

Will man überhaupt im Strafverfahren gegen A. wegen Mordes die unentbehrliche Aussage des B. verwenden können, so erübrigt nur seine, wenn tunlich eidliche, zeugenschaftliche Vernehmung durch das ausländische Gericht, die dann bei der inländischen Hauptverhandlung verlesen werden kann (Rechtspr. d. RGer. Bd. 7 S. 293, 503).

Allein abgesehen von dem Falle, daß das ausländische Gericht die erbetene Rechtshilfe verweigern sollte, ersetzt die Verlesung einer im Ausland aufgenommenen Zeugenaussage nur selten ganz und voll die Vernehmung des Zeugen vor dem erkennenden inländischen Gerichte. Der persönliche Eindruck eines Zeugen kann nie durch Verlesung seiner niedergeschriebenen Aussage ersetzt werden, insbesondere nicht vor dem Laienrichter, dem die Kommission zur Reform des Strafprozesses ausweislich ihrer jüngst veröffentlichen Beschlüsse einen so weiten Spielraum bei der Neuorganisation der Strafgerichte einräumt.

Da die Strafprozeßordnung die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit so hoch hält und dieselben nach den genannten Kommissionsbeschlüssen auch in Zukunft nicht angetastet werden sollen, durch die Erteilung des sicheren Geleites, zunächst an Zeugen und Sachverständige (Dolmetscher)

diese Grundsätze einer ausgedehnteren Durchführung fähig werden, so dürfte die angeregte Frage wenigstens der Erwägung wert sein.

Die Anwendungsfälle werden gar nicht selten sein, insbesondere in den Bezirken der an das Ausland grenzenden Gerichte.

Die künstliche Unterbrechung der Verjährung in Strafsachen.

Von Amtsrichter Steyer in Ludwigshafen a. Rh.

Es ist leider im Laufe der Jahre vielfach zur Gepflogenheit geworden, den seitens der Staatsanwaltschaft gestellten Anträgen auf Vornahme einer richterlichen Handlung zwecks Unterbrechung der Verjährung stattzugeben, ohne daß auf die Frage der Zulässigkeit oder Erheblichkeit der richterlichen Handlung näher eingegangen wird auf Grund der Ansicht, daß eine solche Handlung schon deswegen für den Straffall erheblich ist, weil sie die Verjährung unterbricht. Die Verjährung, ein Erfolg, den das Gesetz an einen gewissen Zeitablauf knüpft, ist ein vollständig außerhalb des Rahmens des einzelnen Straffalls liegender Zufall. Die richterliche Tätigkeit im Strafprozeß umfaßt nur die nach dem Stande des Verfahrens und dem Inhalte der Akten selbst gebotenen Handlungen; es sind also alle Handlungen, welche nur einen außerhalb des Strafverfahrens liegenden Zweck erreichen oder einen außerhalb des Strafverfahrens eintretenden Zufall vereiteln wollen, unzulässig, da sie als Scheinhandlungen mit der richterlichen Tätigkeit unvereinbar sind. Eine richterliche Handlung zwecks Unterbrechung der Verjährung als Selbstzweck ist ausgeschlossen. Das Gesetz will, daß nach einer gewissen Frist, während welcher richterliche Handlungen nach dem Stande des Verfahrens nicht vorgenommen wurden, die Strafverfolgung durch Verjährung ausgeschlossen sein soll; nimmermehr hat aber das Gesetz gewollt, daß die Verjährungsunterbrechung zur Regel werden solle, indem fortgesetzt zwar an sich zulässige, aber nach dem Stande des Verfahrens vollständig zwecklose oder unnötige Handlungen des Richters vorgenommen werden.

Die weitaus größte Zahl der künstlichen Verjährungsunterbrechungen wird von der Staatsanwaltschaft gerade in den Fällen beantragt, bei welchen sie am wenigsten angebracht sind: bei den Übertretungen. Weil es sich eben hier nur um Bagatellsachen handelt, an deren Verfolgung weder der Staat noch sonst jemand nach kurzer Zeit ein Interesse hat, wurde die Verjährungsfrist auf die Dauer von drei Monaten beschränkt. Diese Strafakten können aber trotzdem oft Jahre lang ihr gesetzliches Ende nicht finden, weil immer und immer wieder auf künstliche Weise der Eintritt der Verjährung hinausgeschoben wird. Der Stand der Akten pflegt dabei der zu sein, daß ein Strafbefehl zwar erlassen ist, aber nicht zugestellt werden kann. Da in dem Antrag auf Erlassung des Strafbefehls die Erhebung der öffentlichen Klage enthalten ist, so hat der Amtsrichter nach § 153 Abs. 2 RStPO. hier zu prüfen, ob die beantragte Handlung zulässig und erheblich, d. h. zweckmäßig und nicht unnötig ist. Prüft man aber die bei Übertretungen in dieser Lage des Verfahrens gestellten Anträge im einzelnen, so muß man zu dem Resultate kommen, daß jede der in der Praxis zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung beantragten richterlichen Handlungen aus einem dieser Gründe abgelehnt werden muß.

Was zunächst den Antrag auf Bestimmung eines Termins zur Hauptverhandlung betrifft, so ist dieser Antrag als unzulässig zurückzuweisen, da gemäß § 451 RStPO. nur bei rechtzeitigem Einspruche zur Hauptverhandlung ge-

schritten werden kann. Selbst in den Fällen aber, in welchen der Strafbefehl zugestellt und rechtzeitig Einspruch erhoben wäre, könnte die Bestimmung eines Termins zur Hauptverhandlung gegen den Abwesenden nur stattfinden, wenn die Voraussetzungen des § 319 RStPO. gegeben sind; es ist also in den weitaus meisten Fällen selbst bei rechtzeitigem Einspruch eine Terminsbestimmung unzulässig. Auf jeden Fall wäre die Terminsbestimmung aber, abgesehen von den Fällen des § 319 unzweckmäßig, da es zur Hauptverhandlung nur in den äußerst seltenen Fällen kommen könnte, wenn der Aufenthalt des Abwesenden in den nächsten Tagen bekannt würde. Denn der Sitzungstag soll einerseits nicht in unabsehbare Ferne bestimmt werden (§ 32 Schöffengerichts-Ordnung), andererseits verdienen doch auch §§ 452, 216 RStPO. Beachtung.

Der Beschluß auf vorläufige Einstellung des Verfahrens wegen Abwesenheit des Beschuldigten ist zwar zulässig, wird aber als zwecklos abgelehnt werden müssen. Die vorläufige Einstellung eines Strafverfahrens erscheint nur dann angezeigt, wenn ein endgültiger Abschluß nicht in absehbarer Zeit zu erwarten ist. Bei der kurzen Verjährungsfrist der Uebertretungen besteht jedoch kein Anlaß, ein Verfahren vorläufig einzustellen, dessen Fortsetzung in der nächsten Zeit wegen Verjährung unzulässig wird. Erscheint aber eine andere richterliche Handlung, welche die Verjährung unterbricht, geboten, so müßte das soeben vorläufig eingestellte Verfahren zwecks Vornahme der weiteren richterlichen Handlung wieder aufgenommen werden, die vorläufige Einstellung wäre also im höchsten Grade zwecklos.

Vielfach wird auch zwecks Unterbrechung der Verjährung die Vernehmung von Zeugen beantragt. Die Erlassung eines Strafbefehls ist im wesentlichen der Eröffnung des Hauptverfahrens gleichzuachten. Eine richterliche Untersuchungshandlung ist deshalb nur in der Hauptverhandlung möglich, ausgenommen in ausdrücklich vom Gesetze bestimmten Fällen, wie § 222 RStPO. Eine Vernehmung von Zeugen lediglich zur Erhebung eines Beweises ist deshalb unzulässig. Eine solche Vernehmung zwecks Sicherung des Beweises für den Fall der künftigen Gestellung des Abwesenden ist zwar zulässig, in der Regel aber nach dem Inhalte der Akten sachlich nicht geboten und deshalb unnötig und zwecklos. Der Zweck einer solchen Vernehmung ist doch nur der, bei längere Zeit dauerndem Verfahren die Beweise zu sichern. Nun soll aber nach dem Willen des Gesetzes das Verfahren wegen Übertretungen in so kurzer Zeit seinen Abschluß finden, daß nur in Ausnahmefällen, z. B. schwerer Erkrankung eines Zeugen der Verlust eines Beweismittels zu besorgen sein wird.

Am meisten zur künstlichen Unterbrechung der Verjährung werden die Anordnungen von Aufenthaltsrecherchen, von Ausschreibungen und dergl. benützt. Daß der Richter befugt ist, solche Anordnungen zu treffen, wird nicht bezweifelt werden können. Nach § 36 RStPO. sind Entscheidungen, die einer Zustellung bedürfen, also auch Strafbefehle, der Staatsanwaltschaft zu übergeben, welche das Erforderliche zu veranlassen hat. Dadurch ist, wie es ja auch bei der Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafprozesse natürlich ist, dieser Behörde die Pflicht im allgemeinen auferlegt, Zustellungen von Entscheidungen zu betätigen und damit auch zugleich die Pflicht, diejenigen Maßnahmen zu treffen, welche zum Zwecke einer solchen Zustellung nötig werden, also auch den Aufenthalt des abwesenden Beschuldigten zu erforschen. Nach § 36 Abs. 2 RStPO. kann der Amtsrichter Zustellungen aller Art unmittelbar veranlassen, er kann also auch Recherchen nach dem Aufenthalte des Beschuldigten, dem zugestellt werden soll, anordnen oder sogar selbst betätigen. Der Zweck dieser Bestimmung ist die Förderung des Zustellungswesens, indem sie den Kollegialgerichten ab-

genommen wurde, und Entlastung des Richters von einer Arbeit, die als einfache Schreibarbeit mit dem Amte der Rechtsprechung nichts zu tun hat. Bezüglich der bei den Amtsgerichten anhängigen Strafsachen mußte eine Aenderung deshalb getroffen werden, weil die Führnng der Geschäfte der Amtsanwaltschaft nicht überall im Reiche Beamten obliegt, welche als Juristen ausschließlich mit der Führung einer Amtsanwaltschaft betraut sind. Solche Beamten hat Löwe, RStPO. § 36 Note 7: „Was die Amtsanwaltschaft betrifft, so wird von deren Angehen gänzlich abzusehen sein, da diese Behörde im allgemeinen zur Wahrnehmung der hier bestimmten Funktionen wenig geeignet erscheinen", sicherlich nicht im Auge. Diese Bemerkung kann sich nur auf Vertreter der Amtsanwaltschaft beziehen, welche nur im Nebenamte die Amtsanwaltschaft führen. Sind aber die Amtsanwälte Beamte, welche nach Erlangung der Befähigung zum Richteramt ausschließlich mit der Führung der Geschäfte der Amtsanwaltschaft betraut sind, so ist es und war es von jeher Sache dieser Amtsanwälte, als Organe der Strafverfolgung die nötig werdenden Ermittlungen des Aufenthalts der Beschuldigten und Zeugen von Amts wegen zu betätigen.

Mit Unrecht wird aus §§ 36 Abs. 2, 153 Abs. 2 RStPO., § 26 Schöffengerichts-Ordnung geschlossen, daß es Sache des Richters sei, die Zustellung des Strafbefehls herbeizuführen und zu diesem Zwecke selbst die erforderlichen Aufenthaltsrecherchen zu veranlassen oder zu betätigen. Die Schöffengerichts-Ordnung enthält in §§ 18—26 Bestimmungen über das Verfahren bei der Erlassung von Strafbefehlen: Erachtet der Amtsrichter eine andere Strafe als die beantragte angemessen oder wünscht er eine Aufklärung, so ist der Strafbefehl zur Erklärung dem Amtsanwalte zurückzugeben; findet der Amtsrichter Bedenken gegen die Behandlung im Wege des Strafbefehls, so bestimmt er Termin zur Hauptverhandlung u. s. w. und schließt mit § 26: Stimmt der vom Amtsrichter als angemessen erachtete Strafbefehl mit dem Antrage des Amtsanwalts in allen Punkten überein, so verordnet der Amtsrichter sofort die Ausfertigung und Zustellung des Strafbefehls und gibt dem Amtsanwalte nach der Unterzeichnung hiervon Kenntnis. Der § 26 enthält also keine andere Vorschrift, als daß der Strafbefehl zwecks schleuniger Behandlung sofort ausgefertigt und zugestellt werden soll, daß also eine vorhergehende Äußerung des Amtsanwalts überflüssig sein soll. Eine weitere Verpflichtung enthält § 26 nicht. Nach Anordnung der Zustellung ist es Sache des Gerichtsschreibers, die Zustellung zu bewirken. Ist die Zustellung nicht ausführbar, weil der Aufenthalt des Beschuldigten unbekannt ist, so geht der Strafbefehl an diejenige Behörde, welche allgemein für die Ermittlungen der vor Gericht zu stellenden Personen zu sorgen hat, d. i. die Amtsanwaltschaft, welche die Ermittlungen von Amts wegen vorzunehmen hat.

Der § 26 Schöffengerichts-Ordnung bietet nicht den geringsten Anhaltspunkt, daß auch die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten vom Amtsrichter von Amts wegen vorgenommen werden muß. Auch in der Praxis geschieht dies niemals. Immer erfolgen diese Aufenthaltsermittlungen des Amtsrichters auf Antrag der Amtsanwaltschaft, und es ist bis jetzt in der Praxis noch nie üblich gewesen, daß der Amtsrichter ohne einen solchen Antrag, also von Amts wegen, Aufenthaltsermittlungen anstellte. Diese Praxis hat bisher auch nie Beanstandungen seitens der vorgesetzten Behörden gefunden, obwohl diesen die Praxis bekannt sein muß. Eine Verordnung, daß der Amtsrichter von Amts wegen Aufenthaltsrecherchen anstellen muß, besteht nicht, es sind also hier nur die Anordnungen von Aufenthaltsermittlungen oder deren Vornahme auf Grund eines Antrags der Amtsanwaltschaft zu betrachten.

Da wohl nicht bestritten werden kann, daß die Amtsanwaltschaft die Pflicht hat, solche Ermittlungen von Amts wegen vorzunehmen, erscheint eine nochmalige Anordnung oder Vornahme durch den Amtsrichter vollständig unnötig, denn es kann doch nie und nimmer Sache des Richters sein, eine Handlung, welche eine andere Behörde bereits von Amts wegen vorzunehmen hat, durch besonderen Gerichtsbeschluß anzuordnen. Auch die Vornahme der Ermittlungen durch den Richter erscheint zwecklos, weil kein Anlaß besteht, anzunehmen, daß die Ermittlungen des Amtsrichters ein besseres Resultat haben, wie die des Amtsanwalts.

Wäre der Amtsrichter verpflichtet, von Amts wegen Aufenthaltsermittlungen anzustellen, dann bedürfte es auch nicht der bestehenden Weisung an die Amtsanwälte, während zweier Jahre für Unterbrechung der Verjährung bei Übertretungen zu sorgen. Denn, wenn der Amtsrichter von Amts wegen Ermittlungen anstellen muß, dann muß er sie pflichtgemäß auch anstellen, solange sie Erfolg versprechen; ein solcher ist aber erst ausgeschlossen, wenn der Tod des Beschuldigten feststeht. Der Amtsrichter bleibt dann eben nach § 153 Abs. 2 RStPO. zur selbständigen ununterbrochenen Tätigkeit in dieser Hinsicht verpflichtet, bis vielleicht nach hundert Jahren ein Nachfolger mit Recht annehmen zu können glaubt, daß der Beschuldigte und mit ihm das Strafverfahren nun endlich tot sei.

Zur Bewertung der Erbanteilsabtretungen.

Von k. Notar Dr. Dennler in Lauf a. P.

Erbanteilsabtretungen werden bekanntlich nach der Rechtsprechung des Obersten Landesgerichts mit 3 ‰ bewertet, und zwar nach dem Beschluß dieses Gerichtshofs vom 16. November 1903 (Samml. n. F. Bd. 4 S. 803) aus dem reinen Werte des Erbanteils.

Die Zulässigkeit des Abzugs der Schulden bei der Gebührenbewertung folgert das Oberste Landesgericht aus dem Begriff des „Vermögens".

Unter Bezugnahme auf die Pandektenstelle l. 39 § 1 D. de verb. signif. 50, 16, wonach Rechte das Vermögen vermehren, Verbindlichkeiten aber es vermindern, kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß im Falle der Veräußerung eines Nachlaßanteils bei der Bemessung des Wertes des Vertragsgegenstandes nicht die zum Nachlaß gehörenden Gegenstände allein in Betracht gezogen und die Verbindlichkeiten, die gleichfalls einen Bestandteil des Nachlasses bilden, außer Berücksichtigung gelassen werden können.

Die Richtigkeit dieser Bestimmung des Begriffs „Vermögen" unter den heutigen Zeitverhältnissen mag dahingestellt bleiben.

Was gegen die Zulässigkeit des Abzugs der Schulden bei der Bewertung der Erbanteilsabtretungen spricht, ist, daß damit gegen die Vorschrift des Art. 188 Geb.-Ges. n. F. verstoßen wird.

Dieser Artikel bestimmt allgemein, daß bei Berechnung der Gebühr nach der Gegenstandssumme die auf dem Gegenstande haftenden Schulden nicht in Abzug gebracht werden.

Eine Ausnahme hiervon besteht nur insoweit, als das Gesetz selbst Schulden bei der Bewertung berücksichtigt, wie bei den Inventaren und Vermögensverzeichnissen gemäß Art. 162 a. a. O. und bei den Vermittlungen der Auseinandersetzung in Ansehung eines Nachlasses oder eines Gesamtgutes der

ehelichen Gütergemeinschaft oder einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gemäß Art. 165 a. a. O.

In allen sonstigen Fällen kommen die Schulden für die Bewertung nicht in Betracht und können deshalb nicht bei Festsetzung des Wertes des Vertragsgegenstandes in Abzug gebracht werden.

Vertragsgegenstand bei der Erbanteilsabtretung ist freilich nicht ein Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen, sondern ein Anteil an dem durch die Gesamtheit der Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers gebildeten Vermögensinbegriff, oder, wie das Reichsgericht im Urteil vom 9. Februar 1905 (Samml. Bd. 60 S. 126) ausführt, die Übertragung der dem Miterben am Gesamtvermögen zustehenden Mitberechtigung.

Aber für den Wert dieses Vermögensinbegriffs oder Gesamtvermögens kommt doch auch der Wert der einzelnen Nachlaßgegenstände in Betracht; je mehr diese betragen, um so höher wird auch der Erbanteil werten.

Dieser durch den Wert der einzelnen Nachlaßgegenstände geschaffene Wert des Erbanteils muß aber für die Gebührenbewertung der maßgebende sein, nachdem im Gesetze selbst eine Ausnahme von dem im Art. 188 a. a. O. aufgestellten Grundsatze bezüglich der Erbanteilsabtretungen nicht ausgesprochen ist.

Wenn auch nach Preußischem Recht bei der Bewertung der Erbanteilsabtretungen der Betrag der Nachlaßschulden dem Kaufpreis für die Erbanteilsabtretung nicht hinzuzurechnen ist (Beschl. d. KG. vom 22. Februar 1894 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 300), so hat dies ebenfalls seinen Grund in einer besonderen gebührenrechtlichen Vorschrift:

> Da die Übernahme der Nachlaßschulden nicht aus dem Vertrage folgt, sondern aus der gesetzlichen Vorschrift des § 2378 BGB., so liegt nicht eine „ausbedungene Leistung" im Sinne der Tarifstelle 32 Pr. StGB. vor.

Die Berücksichtigung der Nachlaßschulden beruht also nach Preußischem Recht auf positiver gebührenrechtlicher Gesetzesvorschrift, wie andererseits ihre Nichtberücksichtigung nach Bayerischem Recht sich aus dem Mangel einer solchen Bestimmung ergibt.

Strafrechtlicher Schutz des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters?

Von Dr. jur. J. Würzburger, Bayreuth.

In einer Abhandlung „Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und sein strafrechtlicher Schutz" in Nr. 2 der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Jahrgang 1906, hat es Rechtsanwalt Dr. Adolf Strauß in München, ausgehend von der Tatsache, daß der Vermieter trotz des ihm gewährten gesetzlichen Pfandrechtes hinsichtlich der ihm zustehenden Mietzinsforderungen nach Civilrecht in vielen Fällen schutzlos ist, versucht, einen Schutz des Vermieters aus dem Strafrechte zu konstruieren.

Der Versuch ist gescheitert; das glaube ich in den folgenden Zeilen nachweisen zu können.

Der Gedankengang jener Abhandlung sei kurz noch einmal präzisiert. „Durch § 559 ff. BGB. ist das schon im römischen Rechte begründete Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters," so sagt der Verfasser, „bestätigt worden. In neuerer Zeit, seitdem insbesondere in den größeren Städten die Abzahlungsgeschäfte aufgetaucht sind, ist in vielen Fällen die Ausübung dieses Pfandrechtes dem Vermieter illusorisch gemacht worden,

weil die Praxis der Gerichte das Pfandrecht dem Vermieter nur bezüglich der im Eigentum des Mieters stehenden Sachen gewährt und die Anwendung der §§ 1207, 1208 BGB. (Erwerb im guten Glauben) auf das Vermieterpfandrecht trotz des § 1257 BGB. versagt. Da also in dieser Richtung der Vermieter zur Verwirklichung seiner Ansprüche aus dem Mietvertrage häufig nicht gelangen kann, fragt es sich, ob nicht andere, etwa strafgesetzliche Bestimmungen ihm zu Gebote stehen; es wäre an die Strafbestimmung des § 263 StGB. zu denken." Verfasser führt dann weiter aus, daß die Annahme eines Betrugs in diesen Fällen auch gerechtfertigt sei und daß die gegenteilige Praxis der Strafgerichte erheblichen Bedenken unterliege.

Wollen wir nun diese Bedenken näher untersuchen und auf ihre Stichhaltigkeit prüfen.

Wir wollen von dem Falle, in dem der Mieter in einem schriftlichen Vertrage der Wahrheit zuwider bestätigt hat, daß die von ihm einzubringenden bezw. eingebrachten Sachen sein Eigentum sind, zunächst absehen und nur den Fall ins Auge fassen, in dem der Mieter die Tatsache des „Nichteigentums" verschweigt.

Es ist klar, und das nimmt auch der Verfasser an, daß von einem Betruge nur dann gesprochen werden kann, wenn alle seine Tatbestandsmerkmale in dem Momente bereits verwirklicht sind, in dem der Mieter mit den ihm nicht gehörigen Sachen in die Wohnung eingezogen ist. In diesem Momente nun, behaupten wir, liegt keine Vorspiegelung falscher, bezw. Unterdrückung wahrer Tatsachen vor, es wurde der Vermieter zu keiner ihn schädigenden Vermögensdisposition veranlaßt, der Mieter hat keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangt, er hat auch nicht die Absicht gehabt, sich einen solchen zu verschaffen — es fehlen sonach mit Ausnahme eines Irrtums beim Vermieter, der aber belanglos ist, nicht weniger als sämtliche Merkmale des Betrugs.

Die Konstruktion des Betrugs scheitert schon an dem ersten der vier Betrugsmerkmale. Ohne weiteres sei zunächst dem Verfasser zugegeben, daß das Bestehen oder Nichtbestehen des Eigentums an den eingebrachten Sachen als „Tatsache" im Sinne des § 263 StGB. anzusehen ist. Das genügt aber nicht. Es muß vielmehr nachgewiesen werden, daß diese wahre Tatsache, die Sachen gehören nicht dem Mieter, entstellt oder unterdrückt oder daß die unwahre Tatsache, der Mieter sei Eigentümer, vorgespiegelt worden sei.

Welche Art der Betrugsvornahme der Verfasser angewendet wissen will, wenn man überhaupt die scharfe Unterscheidung zwischen Vorspiegelung falscher und Unterdrückung wahrer Tatsachen aufrecht erhalten will, läßt sich deutlich aus seinen Ausführungen nicht entnehmen. Während er einerseits sagt, es liege in dem Verschweigen eine betrügerische Handlungsweise, läßt andererseits der angezogene, scheinbar analoge Fall darauf schließen, daß er auch die Vorspiegelung einer wahren Tatsache als gegeben erachtet. Doch mag dem sein, wie es wolle; es kann weder von der einen, noch von der anderen Betrugsart die Rede sein.

Wer eine falsche Tatsache vorspiegelt, der muß etwas behaupten. Es kann nun keinesfalls gesagt werden, in der Miete einer Wohnung liege auch die Behauptung, die eingebrachten Sachen seien Eigentum des Mieters; soweit wird wohl auch der Verfasser nicht gehen können und wollen, und wenn man aus dem Bestellen von Speisen und Getränken bei der Zechprellerei ein Behaupten konstruieren kann, so liegt doch, wie wir unten noch näher ausführen werden, hier die Sache wesentlich anders.

Liegt nun nicht wenigstens Unterdrückung einer wahren Tatsache vor? Auch das ist nicht der Fall. Voraussetzung der Unterdrückung ist stets, daß eine Pflicht zur Mitteilung der Tatsache besteht und zwar, wie das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung festgestellt hat, eine Rechtspflicht. Daß der Mieter auf Grund gesetzlicher Bestimmung verpflichtet ist, den Vermieter über die Eigentumsverhältnisse an den eingebrachten Sachen aufzuklären, nimmt nun der Verfasser selbst nicht an. Dagegen folgert er eine solche Rechtspflicht nicht nur aus den geschäftlichen Gewohnheiten, sondern auch aus der Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr und auf die Moral. Nach dem das Vertragsrecht beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben im Verkehre sei der Mieter verpflichtet, den Vermieter darauf aufmerksam zu machen, daß die eingebrachten Sachen nicht sein Eigentum seien.

Mit aller Entschiedenheit wendet sich nun schon das Reichsgericht und die Mehrzahl der Schriftsteller gegen diese weite Auffassung der Rechtspflicht, gegen die Ableitung einer solchen aus den allgemeinen Grundsätzen, daß das Rechtsgeschäft so zu erledigen sei, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, und gegen die Gleichstellung einer moralischen Pflicht mit der Rechtspflicht (vgl. RGer. III, 21. März 1901, Goltdammers Arch. Bd. 48 S. 133; RGer. IV, 3. November 1903, Goltdammers Arch. Bd. 51 S. 51; Olshausen § 263 und insbes. Kohler, Treu und Glauben im Verkehr, 1893 S. 23).

Und mit vollem Recht. Wohin kämen wir mit einer solchen Auffassung, wie würde der Boden schwanken, auf den wir uns begeben! Ist es schon im bürgerlichen Rechte oft bedenklich, mit „Treu und Glauben" ꝛc. allein zu operieren und darauf die Verurteilung oder Klageabweisung zu stützen, so ist das im Strafrechte noch weit gefährlicher. Das Strafrecht bedarf mehr wie jede andere Rechtsdisziplin fester Normen und Begriffe, die nicht der schwankenden Anschauung einzelner Personen unterworfen sind; handelt es sich bei ihm doch um die höchsten menschlichen Güter.

Und warum soll man gerade den Mieter zu einer Aufdeckung seiner pekuniären Verhältnisse verpflichten, wäre dasselbe nicht viel mehr von jedem Kaufmanne, der auf Kredit bestellt, schließlich von jedermann, der nicht bar zahlt, zu fordern? Und doch sagt das Reichsgericht im Urteile des III. Senats vom 7. April 1880 (Entsch. Bd. 2 S. 7) ausdrücklich:

„Denn sowenig der auf Kredit bestellende Kaufmann an sich die rechtliche Verpflichtung hat, unaufgefordert den Mitkontrahenten Mitteilung über seine Vermögenslage zu machen, ebensowenig ꝛc."

Wäre nicht jeder Darlehensempfänger verpflichtet, außer der Angabe seiner Barmittel auch noch sein Mobiliar aufzuzählen, damit der Darlehensgeber weiß, ob er, wenn er sein Geld nicht bar zurückerhält, Aussicht auf Realisierung seiner Ansprüche im Wege der Pfändung hat?

So wäre noch eine Anzahl von Fällen zu nennen, die mit dem gleichen Maße gemessen werden müßten, wie der Fall des Mieters, und bei denen es niemandem einfällt, eine Rechtspflicht zum Reden anzunehmen.

Der Verfasser glaubt nun seine Ansicht auch mit dem Hinweise auf die Zechprellerei stützen zu können; allein auch damit geht er fehl. Es mag dahingestellt bleiben, ob nicht, wie Frank (Komm. zum StGB. S. 357) sagt, die herrschende Lehre und Praxis hierbei den Begriff des Vorspiegelns zu lax interpretieren, jedenfalls liegt die Sache beim Mieter ganz anders. Der Zechpreller verschweigt seine Zahlungsunfähigkeit, er geriert sich, indem er Lebensmittel zu sofortigem Genusse bestellt und sie verzehrt, als sei er imstande und

bereit, dieselben, wie üblich, sofort bar zu bezahlen. Der Zechpreller ruft bei dem Wirte direkt durch sein Tun den Glauben an seine Zahlungsfähigkeit hervor, er ist verpflichtet, diesen falschen Glauben zu zerstören. Der Mieter weckt bei dem Vermieter keine weitere Meinung, als daß er seine Miete bezahlen wolle und könne. Diese Meinung ist richtig — nach den Ausführungen über den Zeitpunkt der Vollendung des Betrugs ist dieses Delikt auch dann gegeben, wenn der Mietzins pünktlich bezahlt wird —, es besteht sonach keine Veranlassung für den Mieter, dem Vermieter irgend eine weitere Mitteilung über seine Vermögensverhältnisse zu machen.

Besteht aber für den Mieter keine Rechtspflicht zum Reden, so kann auch von einem Unterdrücken nicht gesprochen werden und schon aus diesem Grunde muß die Annahme eines Betrugs fallen.

Es fehlt aber auch an den weiteren Merkmalen des Betrugs. Der Getäuschte, also hier der Vermieter, muß in einen Irrtum versetzt oder in diesem erhalten werden und dadurch veranlaßt werden, sich selbst an seinem Vermögen zu schädigen. Es wäre nun interessant, zu erfahren, durch welche Handlung der Vermieter eine ungünstigere Gestaltung seiner Vermögenslage herbeiführt, oder mit anderen Worten, durch welche Handlung der Vermieter so auf sein Vermögen einwirkt, daß dasselbe nach der Täuschung einen geringeren Gesamtwert als vor derselben darstellt (Definition der Vermögensbeschädigung nach Plenarentscheidung des Reichsgerichts vom 20. April 1887, Entsch. Bd. 16 S. 1). Der Verfasser beantwortet diese Frage eigentlich nicht.

Er will die Vermögensbeschädigung in einer Entziehung des Pfandrechts an den eingebrachten Sachen sehen. Nun ist es zwar zweifellos richtig, daß an und für sich in der Entziehung eines Pfandrechts eine Vermögensbeschädigung liegt. Allein von einer Entziehung kann immer erst dann gesprochen werden, wenn jemand bereits ein Pfandrecht gehabt hat. Der Vermieter hat hier niemals ein Pfandrecht gehabt, ganz gewiß aber hat er sich dasselbe nicht selbst entzogen. Die einzige Handlung, die er selbst vornimmt, ist die Überlassung der Wohnung an den Mieter; daß er durch diese Handlung aber sein Vermögen vermindert, daß er durch diese Handlung sich eines Pfandrechts oder auch nur des Anspruchs auf ein Pfandrecht beraubt, wird niemand behaupten können. Im Gegenteil. Während er bisher nur eine leere Wohnung hatte, die ihm nichts eintrug, hat er sich durch die Vermietung einen Mietzinsanspruch verschafft, also eine Vermögensmehrung herbeigeführt. Denn dieser Anspruch bleibt ihm — mag er ihn vielleicht auch nicht sofort realisieren können — erhalten.

Ebensowenig wie der Vermieter sein Vermögen schädigt, verschafft sich der Mieter einen rechtswidrigen Vermögensvorteil; es ist zwar ebenfalls richtig, daß man an und für sich in der Tatsache, daß jemand in den Besitz einer Wohnung gelangt, einen Vermögensvorteil erblicken kann. Indes fehlt es an der Rechtswidrigkeit. Würde in der Verpfändung des Mobiliars der Gegenwert für die Überlassung der Wohnung liegen, so könnte man bei Vorliegen der anderen Voraussetzungen einen Betrug annehmen; denn es hätte sich dann der Mieter einen Vermögensvorteil verschafft, auf den er wegen nicht richtiger Leistung des Entgeltes keinen Anspruch hatte. Der Gegenwert ist aber lediglich in dem Mietzinse zu sehen, der von dem Mieter gezahlt werden will (es fehlt also auch die Absicht) und vielleicht auch gezahlt wird.

Ob der Mietzins tatsächlich entrichtet oder nicht entrichtet wird, ist für die Beurteilung des Falles völlig gleichgültig; es beginge sonach auch derjenige einen Betrng nach der Meinung des Verfassers, der pünktlich seine

Miete bezahlt, der aber aus irgend einem Grunde, vielleicht um bei der in Aussicht stehenden Versetzung die Umzugskosten zu ersparen, seine Möbel nur geliehen, diesen Umstand aber bei dem Einzuge seinem Hausherrn nicht mitgeteilt hat. Die Absicht ist ja, wie der Verfasser leichthin sagt, stets auf die Erlangung des rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtet.

Es wird also da mancher ahnungslos zu einem Verbrecher gestempelt. Aber glücklicherweise liegt die Sache nicht so, es kann von einem Betruge — und selbst bei unwahrer direkter Angabe über die Eigentumsverhältnisse liegt ein solcher wegen des Fehlens der anderen Merkmale nicht vor — nicht die Rede sein.

Der Versuch, dem Vermieter durch § 263 StGB. einen Schutz für sein Pfandrecht zu geben, muß als gescheitert betrachtet werden. Er mußte auch scheitern; denn er weist der Strafrechtspflege eine Aufgabe zu, der sie nicht gewachsen ist, eine Aufgabe, die darin bestünde, Fehler der Civilgesetzgebung — wenn man die hier hervortretende Schutzlosigkeit wirklich als Fehler betrachten kann — wieder gut zu machen durch Anwendung von Strafgesetzen.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß; Spezialstrafgesetze.

§ 253 StGB. Bezahlung einer Schuld durch einen Dritten nicht Verpflichteten nicht ohne weiteres Vermögensvorteil.

Die Strafkammer hat angenommen, daß Angeklagter glauben konnte, H. habe ihm Geld unterschlagen, habe auch Ersatz versprochen und gesagt, seine Verwandten würden einspringen; sie hat dem Angeklagten ferner zugestanden, daß er diese Aeußerung lediglich auf K. bezogen hat, in dem er den künftigen Schwiegervater des H. erblickte.

Einen rechtswidrigen Vermögensvorteil soll Angeklagter durch die dem K. gegenüber ausgesprochene Drohung: „Wollen Sie nun zahlen oder nicht, sonst lasse ich H. aus dem Bette holen und verhaften" deshalb erstrebt haben, weil ihm kein Anspruch gegen K., ein solcher höchstens gegen H. zugestanden habe.

Nach dieser Urteilsbegründung liegt der Verdacht vor, daß die Strafkammer den Begriff des rechtswidrigen Vermögensvorteils im Sinne des § 253 StGB. verkannt hat.

Wenn Angeklagter gegen seinen Geschäftsreisenden H. einen Anspruch auf Erstattung unterschlagener Gelder hatte oder wenigstens zu haben glaubte, so kann in der Geltendmachung dieses Anspruchs gegen dritte Nichtverpflichtete nicht ohne weiteres und unter allen Umständen die Erstrebung eines Vermögensvorteils gefunden werden. Die Zahlung einer rechtsbeständigen und fälligen Forderung gewährt dem Gläubiger an sich keinen Vermögensvorteil, weil durch die Zahlung die Forderung untergeht und aus seinem Vermögen ausscheidet. Dies leuchtet ohne weiteres ein, wenn die Zahlung durch den Schuldner selbst erfolgt; wird sie aber durch einen Dritten bewirkt, so kann diese Art der Zahlung doch unter Umständen einen Vermögensvorteil für den Gläubiger bedeuten, wenn der Schuldner etwa ganz zahlungsunfähig oder doch zur Zeit der Fälligkeit nicht imstande ist, die Zahlung zu leisten. Diese konkreten Umstände hätten in dem Urteil dargelegt werden müssen, um die

Annahme zu rechtfertigen, daß die Absicht des Angeklagten auf die Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtet war. Die Strafkammer ist ersichtlich von der Ansicht ausgegangen, daß die Zahlung einer bestehenden und fälligen Forderung durch einen Dritten schon an sich für den Gläubiger ein Vermögensvorteil sei. Dies ist rechtsirrig und deshalb unterlag schon das Urteil der Aufhebung.

Das Gericht hatte ferner zu prüfen, ob der Angeklagte nach den Umständen des Falles etwa annehmen konnte, daß ihm ein Recht zustehe, von K. als dem künftigen Schwiegervater des H. Zahlung zu fordern. Die Urteilsbegründung erscheint auch bei diesem Punkte unzureichend, denn es ist nach den bisherigen Feststellungen nicht ausgeschlossen, daß der Angeklagte durch die Mitteilung des H., seine Verwandten würden für ihn einspringen, und durch das entgegenkommende Verhalten des K. selbst in den Glauben versetzt werden konnte, es liege eine obligatorische Verpflichtung des K. gegen H. vor, aus welcher er — der Angeklagte — Rechte für sich herleiten durfte. Sollte der Angeklagte in dieser Voraussetzung die Unterredung mit K. veranlaßt und geführt haben, so würde es an dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des angestrebten Vermögensvorteils fehlen, das zum Tatbestande auch der versuchten Erpressung nötig ist. III. Strafsenat D. 1100/05. Urteil vom 22. Januar 1906.

§ 267 StGB. Unterzeichnung mit der Firma seitens eines ausgetretenen Teilhabers.

Die rechtlichen Erfordernisse der gegen den Beschwerdeführer zur Anwendung gebrachten Strafvorschriften sind ohne erkennbaren Rechtsirrtum festgestellt. Ohne Erfolg bemängelt die Revision die Annahme der Urkundenfälschung. In dem Zeitpunkt, als der Angeklagte die Quittung auf der Postanweisung und die beiden Schecks mit der Firma L. & St. unterzeichnete, war er nach der getroffenen Feststellung aus der unter dieser Firma betriebenen offenen Handelsgesellschaft ausgeschieden. Ob nun das Geschäft von dem zweiten Gesellschafter St. ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven übernommen, oder ob die Gesellschaft aufgelöst und in Liquidation getreten war, jedenfalls war nach der Feststellung des Urteils der Angeklagte in jenem Zeitpunkte weder als vertretungsberechtigtes Mitglied, noch als Liquidator zur Zeichnung der Firma berechtigt, sondern, wie das Urteil hervorhebt, nur noch als Angestellter mit der Ordnung verschiedener Angelegenheiten beschäftigt. Er hat die erwähnten Urkunden mit der Zeichnung der Firma ohne weiteren Beisatz versehen und ihnen dadurch den Schein verliehen, als seien sie von dieser Firma, das ist der offenen Handelsgesellschaft, durch eine zu ihrer Zeichnung berechtigte Person, durch welche die Gesellschaft verpflichtet wurde, mithin von einer anderen Person ausgestellt, als sie in Wirklichkeit ausgestellt waren. Keineswegs hat er hiernach durch die Abgabe der Unterschriften einen außerhalb der Urkunden liegenden Umstand, nämlich die Fortdauer seiner Vertretungsmacht, vorgetäuscht und sich eine ihm nicht zukommende Eigenschaft beigelegt, sondern einen fremden, ihm nicht zukommenden Namen, nämlich den kaufmännischen Namen der offenen Handelsgesellschaft, zu der er nicht mehr gehörte, unterschrieben, um über die Person des Urkundenausstellers zu täuschen. Auch der von der Revision hervorgehobene Umstand, daß die Eintragung des Ausscheidens des Angeklagten aus der offenen Handelsgesellschaft zur Zeit der Abgabe der Unterschriften noch nicht im Deutschen Reichsanzeiger veröffentlicht war, steht der Annahme der Urkundenfälschung

nicht entgegen. Nur dritten Personen, die davon keine Kenntnis erlangt haben, kann nach § 15 HGB. die einzutragende Tatsache vor der Eintragung und öffentlichen Bekanntmachung nicht entgegengehalten werden. Unter den Beteiligten selbst wirkt dagegen die eingetretene Rechtsänderung auch ohne Eintragung und Bekanntmachung. Mit dem Austritt des Beschwerdeführers aus der offenen Handelsgesellschaft war daher dieser gegenüber seine aus der Mitgliedschaft fließende Vertretungsbefugnis ohne weiteres erloschen. Er hat den Namen dieser Gesellschaft sonach unbefugt unterzeichnet, und die hierauf beruhende objektive Rechtswidrigkeit seines Handelns wird durch die Vorschrift des § 15 HGB. nicht berührt. Ebenso ist das subjektive Merkmal der rechtswidrigen Absicht hiervon unabhängig. Es genügt hierzu, daß der Angeklagte mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Handelns die Urkunden fälschlich hergestellt und von ihnen zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht hat, um dadurch im Rechtsleben einen Beweis zu erbringen. Daß kraft positiven Rechtssatzes Dritten gegenüber mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Handelsregisters die Vertretungsbefugnis des Angeklagten auch nach seinem Ausscheiden unter Umständen als fortdauernd galt und ihnen die Fälschung der Urkunden daher nicht entgegengehalten werden konnte, ist für den Tatbestand der Urkundenfälschung, die einen materiell rechtswidrigen Erfolg überhaupt nicht voraussetzt ohne Belang. III. Strafsenat D. 1444/05. Urteil vom 22. Januar 1906.

§ 159 StGB. Notwendige Voraussetzung einer Verurteilung nach § 159 StGB. ist, daß der Verleiter den zu Verleitenden zu einer Aussage zu bestimmen sucht, die er, der Verleiter, für unwahr hält. Dagegen entfällt der Tatbestand, wenn der Verleiter der, sei es auch irrigen, Meinung ist, das, was er dem zu Verleitenden auszusagen zumutet, entspreche der Wahrheit. Hierbei erscheint es gleichgültig, ob der zu Verleitende die Aussage, so wie sie ihm vom Verleiter zu machen angesonnen und von diesem für wahr gehalten wird, seinerseits für unwahr hält und ob der Verleiter dies weiß. So wenig derjenige sich eines Meineids schuldig macht, der eine objektiv wahre, von ihm aber für unwahr gehaltene Tatsache beschwört, so wenig begeht derjenige das Verbrechen nach § 159 StGB., der einen Dritten zu bestimmen sucht, eine von ihm, dem Verleiter, für wahr erachtete Tatsache zu beschwören, mag auch der Dritte sie für unwahr halten.

Da vorliegend festgestellt ist, daß die Angeklagte überzeugt war, die beleidigende Aeußerung nicht gemacht zu haben, daß sie also das, was der zu Verleitende nach seiner Meinung wahrheitsgemäß auf Eid aussagen wollte, für unwahr, dagegen das, was sie ihm zumutete: nicht zu beschwören, daß sie die beleidigende Aeußerung gemacht habe, für der Wahrheit entsprechend hielt, geschah mit Recht ihre Freisprechung wegen Verbrechens nach § 159 StGB. III. Strafsenat D. 776/05. Urteil vom 11. Januar 1906.

§ 113 StGB. Rechtmäßige Amtsausübung bei Vollstreckung der Anordnung eines Vorgesetzten.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der von dem Polizeiwachtmeister den Schutzleuten gegebene Auftrag, auf erneutes Anrufen der Hausbewohner hin den Angeklagten ohne weiteres in Polizeigewahrsam zu nehmen, rechtlich bedenkenfrei war; die Schutzleute, denen der Widerstand geleistet wurde, handelten innerhalb ihrer Amtspflichten in Erfüllung eines ihnen von dem zuständigen Vorgesetzten gegebenen Auftrags und es war deshalb ihre Amtsausübung

eine rechtmäßige, selbst wenn sich gegen den Auftrag rechtliche Bedenken erheben ließen. Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung bei Vollstreckung einer höheren Anordnung ist so wenig, wie durch die Angemessenheit, Zweckmäßigkeit oder Opportunität der Maßregel, ebensowenig auch durch die Gesetzlichkeit derselben im Einzelfalle bedingt. III. Strafsenat D. 780/05. Urteil vom 8. Januar 1906.

§§ 267, 246, 263 StGB. Urkundenfälschung oder Betrug? Betrug nach verübter Unterschlagung.

Aus den Gründen: Nach den Feststellungen des Urteils hat der Angeklagte, um von ihm verübte Unterschlagungen zu verdecken, entgegen der für ihn bestehenden Verpflichtung, der Reederei Abklatschkopien der den Passagieren ausgehändigten Originalfakturen vorzulegen, außer diesen Originalfakturen weitere Fakturen gefertigt, in die er die von ihm unterschlagenen Beträge an Ueberfracht und Spesen nicht aufnahm, hat von diesen inhaltlich unrichtigen Fakturen Abklatschkopien hergestellt und diese der Reederei als Belege für die von ihm an die Kasse abgeführten Beträge vorgelegt.

Das Urteil spricht von fälschlicher Anfertigung der Fakturen, dann wieder von fälschlicher Anfertigung der Klatschkopien, bezeichnet letztere als beweiserhebliche Privaturkunden und findet in deren fälschlicher Herstellung und Gebrauch zur Täuschung der Reederei die Urkundenfälschung nach § 267 StGB. Dies ist rechtsirrig. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Abklatschkopien als solche beweiserhebliche Privaturkunden waren; unter keinen Umständen liegt eine „fälschliche Anfertigung" von Urkunden vor. Diese besteht darin, daß eine echte Beglaubigungsform nachgeahmt und damit der Urkunde der Schein verliehen wird, als sei sie von einer anderen Person ausgestellt, als von der sie tatsächlich ausgestellt ist. An dieser Voraussetzung fehlt es im vorliegenden Falle durchaus sowohl hinsichtlich der hergestellten Fakturen, als der von ihnen genommenen Abklatschkopien. In beiden Fällen handelt es sich um ersichtlich vom Angeklagten hergestellte Urkunden, die lediglich inhaltlich unrichtig waren, aber nicht über die Person des Ausstellers täuschten oder täuschen sollten. Ebensowenig kann selbstredend die „Verfälschung" einer echten Urkunde in Frage kommen. Die Verurteilung wegen Urkundenfälschung war daher nicht aufrecht zu erhalten, und da die Strafkammer, ob rechtlich zutreffend, kann dahingestellt bleiben, die zur Verdeckung der vollendeten Unterschlagungen begangenen vermeintlichen Urkundenfälschungen mit den Unterschlagungen in rechtlichen Zusammenhang gebracht hat, mußte gleichzeitig die Verurteilung wegen der Unterschlagung in 22 Fällen aufgehoben werden, obwohl der Tatbestand der Unterschlagung sowohl hier als in den weiteren 18 Fällen einwandfrei festgestellt ist. Bemerkt sei noch, daß, soweit überhaupt Urkundenfälschungen hätten in Frage kommen können, die Annahme von 22 einzelnen Fällen nur dann gerechtfertigt gewesen wäre, wenn sich hätte feststellen lassen, daß von jeder einzelnen Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht wurde; überreichte jedoch der Angeklagte etwa mehrere Urkunden gleichzeitig, so würde hierin nur eine Urkundenfälschung gelegen sein.

Bei der neuerlichen Verhandlung wird die Strafkammer allerdings unter Berücksichtigung des Grundsatzes der reformatio in pejus zu prüfen haben, ob etwa der Angeklagte durch Vorlage der inhaltlich falschen Belege sich des Betrugs schuldig gemacht hat, was unter Umständen dann der Fall sein würde, wenn er den Rechtsanspruch der Reedereien auf Wiedererlangung des unterschlagenen Geldes vereiteln und gleichzeitig den ihm durch Wiederent-

ziehung der unterschlagenen Beträge drohenden Vermögensnachteil abwehren wollte. III. Strafsenat D. 1398/05. Urteil vom 4. Januar 1906.

§ 266 Ziff. 2 StGB. Abführung vereinnahmter Gelder an den Geschäftsherrn unter falscher Angabe hinsichtlich der zahlenden Schuldner.

Nach den erstrichterlichen Feststellungen hat der Angeklagte in 17 Fällen Gelder in Höhe von 43 Mk. für seinen Prinzipal vereinnahmt, dieselben jedoch nicht unter den Namen der richtigen Zahler, sondern unter denen anderer Kunden fälschlich abgeführt, um einen Betrag von 50 Mk. zu decken, den er verloren habe.

Der Vorderrichter hat in diesem Verhalten eine strafbare Handlung nicht erblickt. Er geht dabei davon aus, daß es an einem erkennbaren Zueignungsakt fehle: Angeklagter habe die vereinnahmten Gelder tatsächlich an den Eigentümer abgeführt, auch liege in der Abführung dieser Gelder unter falscher Angabe der Zahler keine Verfügung des Angeklagten über Vermögensstücke zum Nachteile seines Auftraggebers.

Dieser Ansicht konnte nicht beigetreten werden.

Angeklagter hatte rechtlich die Verpflichtung, die ihm von den Zahlern übergebenen Summen, die Eigentum seines Prinzipals geworden waren (§ 55 HGB.; §§ 164, 929 BGB.), als solche an diesen abzuführen.

Dieser Verpflichtung ist Angeklagter, wie aus den erstrichterlichen Feststellungen hervorgeht, nicht nachgekommen. Dadurch, daß er die Beträge, die er zur Abführung an seinen Prinzipal erhalten, nicht abgeführt, sondern zum Ersatz eines eigenen Verlustes verwendet und zur Deckung dieser Beträge und Verdeckung seiner Handlungsweise Zahlungen abführte, nicht unter den Namen der wirklichen Zahler, sondern derjenigen Kunden, deren Zahlungen er zur Deckung seines Verlustes gebraucht hatte — anders ist das angefochtene Urteil wenigstens nicht zu verstehen —, ist eine nur dem Eigentümer rechtlich zustehende Verfügung für eigene Zwecke erfolgt und somit der Zueignungsakt gegeben.

Die Freisprechung des Angeklagten erscheint hiernach in diesen Fällen nicht frei von Rechtsirrtum. III. Strafsenat D. 737/05. Urteil vom 21. Dezember 1905.

§ 246 StGB. Unterschlagung von Sammelgeldern. Die Beschwerde geht dahin, das Vordergericht habe zu Unrecht eine nach § 246 StGB. strafbare Unterschlagung angenommen, eine Unterschlagung sei ausgeschlossen, weil die Gelder, die nach dem Urteile Angeklagter J. an sich genommen habe, herrenlos gewesen seien.

Die Rüge geht fehl. Nach den prozessual ausreichenden Feststellungen des Urteils ging das Sammelunternehmen für die streikenden Bergleute während des letzten Ausstandes im Januar 1905 teils vom Bergarbeiterverbande, teils von der Siebenerkommission, einer zur Vertretung sämtlicher streikender Bergleute gebildeten Kommission, aus, das sich an unbestimmt wie viele und unbestimmt welche Personen um Leistung von Geldbeiträgen wendete: Oeffentliche Sammlung zu einem vorübergehenden Zwecke, § 1914 BGB. Zur Durchführung der Sammlung bedienten sich die Sammler, also der Bergarbeiterverband und die Siebenerkommission, Vertrauensmänner, welche Listen erhielten, in die die einzelnen Beiträge eingetragen wurden und auf Grund der die Ablieferung der erhaltenen Beiträge an die Sammler erfolgte. Die Vertrauensmänner zogen ihrerseits weitere Personen bei, die sie mit Listen ausstatteten, um die Sammlungen möglichst umfassend und einträglich zu

machen. Der Angeklagte J. war ein solcher Vertrauensmann, Zeuge H. sein Gehilfe, welcher am 21. Januar 1905 einen gesammelten Betrag von 369 Mk. an J. ablieferte, den nach den Feststellungen des Urteils J. sich aneignete.

Für den vorliegenden Fall ist eine Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Sammelvermögen als herrenlos betrachtet werden könnte, nicht geboten. Denn auf Grund tatsächlicher, der Nachprüfung des Revisionsgerichts nach § 376 StPO. entzogener Beweisannahmen hat das Vordergericht rechtsbedenkenfrei festgestellt, daß der Wille der Sammelgeldgeber nicht auf einen Verzicht auf ihr Eigentum an dem hingegebenen Gelde schlechthin — Dereliktion, § 959 BGB. —, sondern nur zu Gunsten der Personen gegangen sei, für welche gesammelt wurde. Mit dem Vorderrichter kann es für den konkreten Fall dahingestellt bleiben, ob das Sammelvermögen als Sondervermögen im Gesamteigentum der Geber blieb, oder ob es in das — vielleicht fiduziarische — Eigentum oder auch Gesamteigentum der Sammler, hier der Siebenerkommission oder des Bergarbeiterverbandes, überging, in jedem Falle waren die Sammelgelder für den Angeklagten, der als Vertrauensmann nur Gehilfe der Sammler war, fremdes Eigentum. Das Vordergericht erachtet ferner auf Grund der Beweiswürdigung für völlig ausgeschlossen, daß Angeklagter die Gelder für herrenlos gehalten hat.

Die sämtlichen Tatbestandsmerkmale des § 246 StGB. sind ohne erkennbaren Rechtsirrtum festgestellt. III. Strafsenat D. 1314/05. Urteil vom 21. Dezember 1905.

§ 171 StGB. Versuch der Doppelehe. Ein Versuch der Doppelehe liegt nur dann vor, wenn mit dem Akte der Eheschließung selbst der Anfang gemacht ist, denn die „Ausführung" des Verbrechens liegt in der Vollziehung der Eheschließungsform. Diese regelt nunmehr § 1317 BGB. Erst wenn mit der dort erwähnten Handlung begonnen ist, kann von einem „Anfange der Ausführung" die Rede sein, während das Bewirken des Aufgebots, das Angehen des Standesbeamten um Vornahme des Aktes der Eheschließung nach bewirktem Aufgebote und selbst das Erscheinen der Brautleute vor dem Standesbeamten behufs Abgabe der Erklärung nach § 1317 BGB. nur vorbereitende Handlungen darstellen. III. Strafsenat D. 1069/05. Urteil vom 18. Dezember 1905.

§ 111 StGB. Irrtum hinsichtlich der Strafbarkeit der Tat, zu der aufgefordert wird.

Die Anwendung des § 110 StGB. bezüglich der von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen setzt in objektiver Beziehung eine das allgemeine Verhalten regelnde, über den Einzelfall hinausgehende Maßnahme der Behörde voraus (Rechtspr. des RGer. Bd. 6 S. 605 und Entsch. des RGer. in Straff. Bd. 21 S. 172). Das angefochtene Urteil läßt nun zunächst eine eingehendere Würdigung in der Richtung vermissen, ob die Verfügung des Bezirkskommandos zu A. dieser Voraussetzung entspricht. Andererseits aber bedarf die Anwendbarkeit des § 111 Abs. 2 StGB., welche in erster Linie in Betracht kommt, einer wiederholten Prüfung. Mit Recht konnte das Urteil davon ausgehen, daß unter den § 111 StGB. nur die Aufforderung zu einer mit Kriminalstrafe, d. h. mit einer dem Strafrecht angehörenden öffentlichen Strafe im Gegensatz namentlich zu einer bloßen Disziplinar- oder Ordnungsstrafe bedrohten Handlung falle. Das Urteil weist auch darauf hin, daß der Ungehorsam gegen die in Frage stehende Verfügung des Bezirkskommandos strafbar sei auf Grund der Vorschriften der Disziplinarstrafordnung für das Heer und der §§ 92 und 113 des Mil.-StGB., scheint aber lediglich

eine disziplinäre Strafbarkeit für feststehend zu erachten, da der weitere Verlauf der Darlegung es dahin gestellt sein läßt, ob eine kriminell strafbare Handlung vorliege. In dieser Beziehung ist indes zu bemerken, daß die kriminelle Strafbarkeit der Tat an sich nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß in leichteren Fällen das Vergehen gegen § 92 (§ 113 Schlußsatz) des Mil.-StGB. nach Maßgabe des § 3 Ziff. 1 des Einf.-Ges. zum Mil.-StGB. und § 23 Ziff. 1 der Disziplinarstrafordnung für das Heer vom 30. Oktober 1872 im Disziplinarwege geahndet werden kann. Das Urteil schließt die Strafbarkeit des Angeklagten nach § 111 StGB. sodann deshalb aus, weil der Angeklagte jedenfalls mit dem Unterschied zwischen disziplinarischer und krimineller Strafbarkeit nicht gerechnet und an letztere — so muß die Ausführung des Urteils ihrem Zusammenhange nach verstanden werden — nicht gedacht habe. Die Verneinung der Strafbarkeit und der Anwendbarkeit des § 111 aus diesem auf dem subjektiven Gebiet der Deliktsvoraussetzungen ruhenden Grunde erscheint rechtsirrtümlich. Denn auch der zum Vergehen aus § 111 StGB. erforderliche strafbare Vorsatz wird allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechend durch Kenntnis der Strafbarkeit der Tat nicht bedingt (Entsch. des RGer. in Straff. Bd. 37 S. 141). War die Tat oder, was dem rechtlich gleichsteht, die Unterlassung, zu welcher der Angeklagte aufgefordert hat, an sich eine strafbare Handlung und hat der Angeklagte gleichwohl sie nicht für kriminell oder nur für disziplinarisch strafbar gehalten, so handelt es sich keineswegs um Unkenntnis von Tatumständen der begangenen Handlung, welche dem Täter nach § 59 StGB. nicht zuzurechnen wären, es liegt vielmehr lediglich ein Rechtsirrtum über das Strafrecht vor, welcher den Täter nicht entschuldigen kann. III. Strafsenat D. 875/05. Urteil vom 11. Dezember 1905.

§ 10 Nahrungsmittelgesetz. Zusatz von Teerfarbstoff zu Himbeersaft. Täuschung des unmittelbaren Abnehmers.

Der Revision des Angeklagten war der Erfolg zu versagen. Die Feststellung der Strafkammer, daß der Angeklagte dem Himbeersafte nicht nur Kirschsaft, sondern auch Teerfarbstoff zusetzte, ist auf Grund des Beweisergebnisses getroffen und liegt auf rein tatsächlichem Gebiete, kann daher in der Revisionsinstanz weder mit Erfolg angegriffen noch seitens des Revisionsgerichts auf ihre Richtigkeit nachgeprüft werden.

Ohne Rechtsirrtum konnte die Strafkammer darin, daß der Angeklagte dem Himbeersafte teils Kirschsaft, teils Teerfarbstoff zusetzte, um ihm die leuchtende dunkle Farbe des Muttersaftes und damit den Anschein besserer Beschaffenheit zu geben, über seine Qualität zu täuschen, eine Verfälschung im Sinne des § 10 Ziff. 1, 2 des NMG. erblicken. Denn für den Begriff der Verfälschung genügt es, daß durch irgend eine Behandlungsweise dem Nahrungs- oder Genußmittel der Schein einer besseren Beschaffenheit beigelegt ist, wobei es gleichgültig ist, ob der Nährwert nachteilig geändert ist. Ob ein solcher Schein besserer Beschaffenheit vorliegt, ist wesentlich Tatfrage.

Rechtsgrundsätzlich ist dabei nur festzuhalten, daß die Tendenz des § 10 des NMG. wesentlich auf den Schutz des Publikums vor Benachteiligungen gerichtet ist. Deshalb gehört es einmal zum Tatbestande des § 10 Ziff. 1, daß die Verfälschung zum Zwecke der Täuschung im Handel und Verkehr geschehen, zum Tatbestande des § 10 Ziff. 2, daß die Verfälschung verschwiegen ist und andererseits verdient bei der Feststellung des besseren Scheins die Ansicht des Kundenkreises und Publikums im allgemeinen über gute und bessere Beschaffenheit im konkreten Falle besondere Berücksichtigung.

Nach beiden Richtungen begegnen die Feststellungen der Strafkammer keinen Bedenken. Sie führt aus, daß das Publikum die Güte die Himbeersaftes nach der Farbe zu beurteilen pflegt und annimmt, daß die Intensität der Himbeerfarbe in direktem Verhältnisse steht zu der Menge und Güte der zum Safte gebrauchten Himbeeren und daß dem Angeklagten diese Anschauung des Publikums bekannt war.

Und sie stellt weiter fest, wie ja auch der Beschwerdeführer am Schlusse der Revisionsbegründung anerkennt, daß der Angeklagte seine Abnehmer, insbesondere auch den zunächst in Frage kommenden Käufer St. täuschen wollte und getäuscht hat. Wenn der Beschwerdeführer dem gegenüber ausführt, St. als Fachmann habe sich nicht täuschen lassen, so widerspricht dies der vom Beschwerdeführer selbst anerkannten Feststellung, daß St. getäuscht wurde. Abgesehen hiervon aber kommt es darauf, ob St. sich wirklich täuschen ließ, ob der beabsichtigte Zweck der Täuschung erreicht wurde, weder für den Tatbestand des § 10 Ziff. 1, noch für denjenigen des § 10 Ziff. 2 an; in letzterem Falle genügte es, daß die Absicht des Angeklagten auf Täuschung seines Abnehmers St. ging, während im Falle des § 10 Ziff. 1 der Angeklagte sogar dann noch strafbar wäre, wenn er seinen unmittelbaren Abnehmer St. über die Beschaffenheit des Himbeersaftes nicht hätte täuschen wollen, wohl aber bei Herstellung des Saftes bezweckt hätte, das aus der Hand dieses Abnehmers erwerbende Publikum zu täuschen. III. Strafsenat D. 585/05. Urteil vom 23. November 1905.

Non bis in idem. Gewerbeübertretung und Hehlerei. Die Revision hat mit Recht gerügt, daß der Vorderrichter den Grundsatz „non bis in idem" durch die Verurteilung des Beschwerdeführers verletzt habe.

Aus den herangezogenen Akten des Schöffengerichts in M. hat das Revisionsgericht festgestellt, daß der Beschwerdeführer durch Urteil des genannten Schöffengerichts vom 17. Januar 1905 wegen Gewerbeübertretung gemäß § 148 Nr. 4a Gew.-Ordn. zu einer Geldstrafe von 10 Mk., im Nichtbeitreibungsfalle zu 2 Tagen Haft, rechtskräftig verurteilt worden ist, und daß dieser Verurteilung dieselbe Tat zugrunde gelegen hat, die in der hier vorliegenden Sache den Gegenstand der gegen den Beschwerdeführer erhobenen Anklage der Hehlerei bildet. Sowohl aus der polizeilichen Strafverfügung, die dem schöffengerichtlichen Urteil vorausgegangen ist, als auch aus den Gründen des letztgedachten Urteils selbst ist unbedenklich zu entnehmen, daß in dem rechtskräftig entschiedenen Verfahren dem Angeklagten zum Vorwurfe gemacht ist, im November 1904 von denjenigen Personen, die in der hier vorliegenden Sache als diejenigen verurteilt sind, welche das Zinkblech gestohlen haben, solches gekauft zu haben, und zwar ohne die Posten in das Geschäftsbuch gehörig einzutragen, ohne Ausweispapiere verlangt zu haben und indem er mit minderjährigen Personen ohne Zustimmung der Eltern gehandelt hatte. Wenn die Nichterfüllung der nach § 38 Abs. 4 der Gew.-Ordn. erlassenen Vorschriften des Ministers für Handel und Gewerbe vom 30. April 1901 hiernach in dem schöffengerichtlichen Urteil geahndet ist, so bildete doch der Ankauf der gestohlenen Zinkmengen dasjenige Ereignis, welches sowohl in dem ersten wie in dem zweiten Verfahren zum Gegenstande der Anklage gegen den der gewerbsmäßigen Hehlerei verdächtigen Beschwerdeführer gemacht worden ist. Es liegt hiernach Identität der Tat vor und ist rechtsirrtümlich, in der Handlungsweise des Angeklagten, soweit sie den Tatbestand des gewerbsmäßigen Hehlerei bildet, ein anderes konkretes Tun zu erblicken, als dasjenige gewesen ist, welches bereits der richterlichen Beurteilung unterworfen war. Das Schöffengericht war mit der

Tat in ihrem ganzen Umfange und nach allen Richtungen ihrer Strafbarkeit hin befaßt und mußte, falls die Tat auch nur nach einer Richtung hin die Zuständigkeit des Schöffengerichts überschritt, gemäß § 270 StPO. die Sache in ihrem ganzen Umfange an das zuständige Gericht verweisen. Die Aburteilung der Tat in Bezug auf einen rechtlichen Gesichtspunkt durch das Schöffengericht und die nachträgliche Geltendmachung eines ideell konkurrierenden anderen strafrechtlichen Gesichtspunktes in einem neuen Verfahren ist mit dem Grundsatze über den Verbrauch der Strafklage unvereinbar (Entsch. des RGer. in Straff. Bd. 3 S. 210, Bd. 25 S. 27). Dies folgt ohne weiteres aus den Bestimmungen der §§ 263 bis 265 und 270 StPO.

Nachdem das schöffengerichtliche Urteil die Rechtskraft beschritten hatte, war die nochmalige Verfolgung des Angeklagten unzulässig. III. Strafsenat D. 513/05. Urteil vom 20. November 1905.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Civilrecht; Civilprozeß; Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Welcher Gerichtsschreiber ist zuständig für die Erteilung der vollstreckbaren Urkunde über die Vereinbarung zwischen dem Vormund eines unehelichen Kindes und dessen Vater wegen des künftigen Unterhalts des Kindes (BGB. § 1714), wenn die Vereinbarung in mehreren von verschiedenen Gerichten aufgenommenen Urkunden enthalten ist?

Bei dem Amtsgerichte N...t war die Vormundschaft für M. H., uneheliche Tochter der Fabrikarbeiterin B. H. anhängig geworden. Dieses Gericht nahm u. a. auch die Erklärung der vom Vormunde dazu bevollmächtigten Mutter des Kindes über die Ansprüche zu Protokoll, die für den Mündel gegen seinen Vater wegen des künftigen Unterhalts erhoben wurden. Das Amtsgericht N...g, das die Vormundschaft übernommen hatte, ersuchte dann das Amtsgericht P. um die Vernehmung des Vaters über die vom Vormund erhobenen Ansprüche, um Feststellung seiner Erklärung und der etwaigen Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung. Das Amtsgericht P. entsprach diesem Ersuchen dadurch, daß es die Erklärung des J. A. zu Protokoll feststellte. Diese ging dahin: er erkenne die Vaterschaft zu dem Kinde an, verpflichte sich zu den sämtlichen im Protokolle des Amtsgerichts N...t vom 22. Oktober 1904 von dem Vormunde verlangten Leistungen (mit Ausnahme einiger, die er nur in einem geringeren Maße anerkannte), und er unterwerfe sich wegen der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten der sofortigen Zwangsvollstreckung. Das Amtsgericht P. sendete die Urschrift des aufgenommenen Protokolls an das Amtsgericht N...g. Zu Protokoll letzteren Gerichts erklärte sich dann die Kindsmutter mit den von J. A. angebotenen Leistungen einverstanden und der Vormund erklärte in einem einige Zeit später aufgenommenen Protokolle desselben Gerichts seine Genehmigung zu der Vereinbarung. Das um Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunden von der B. H. an den Gerichtsschreiber des Amtsgerichts P. gerichtete Gesuch wurde von diesem wegen Unzuständigkeit abgewiesen. Das Amtsgericht P. und auf Beschwerde das Landgericht B. erklärten die Abweisung für gerechtfertigt. Das gleiche Schicksal hatte das an den Gerichtsschreiber des Amtsgerichts N...g gestellte Gesuch, da das Amtsgericht und das Landgericht N...g die Ablehnung des Gerichtsschreibers billigten. Auf das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichtsschreibers entschied das Oberste Landesgericht, daß der Gerichtsschreiber des Amtsgerichts N...g zuständig sei.

Gründe: Das Amtsgericht P. hat das die Erklärung des J. A. enthaltende Protokoll vom 28. Januar 1905 zur Erledigung eines Ersuchens des Amtsgerichts N...g aufgenommen. Zu diesem Ersuchen war das Amtsgericht N...g befugt, weil es, nachdem die Vormundschaft bei ihm anhängig geworden war, von den durch das Amtsgericht N...t beurkundeten Anträgen und Erklärungen des Vormundes und der Mutter des Kindes Kenntnis erlangt und die Urkunde vom 28. Januar 1905 als das nun zuständige Vormundschaftsgericht in Verwahrung genommen hatte. Andererseits bestand auch für das Amtsgericht P. ein gesetzliches Hindernis nicht, dem Ersuchen seinem vollen Umfange nach zu entsprechen. Daß eine Vereinbarung der im Art. 15 Abs. 2 des Ausf.-Ges. zum Reichs-Gerichtsverfassungsgesetze bezeichneten Art auch so zustande kommen und beurkundet werden kann, wie es in diesem Falle geschah, ist angesichts der Vorschriften der §§ 128, 152 des BGB. nicht zu bezweifeln (Josef in der Zeitschrift „Das Recht" 1904 S. 14, 15; Seuffert, Kommentar zur CPO., 9. Aufl. Bd. 2 S. 440 Bem. 2 zum § 797). Der Tatbestand und die Rechtslage sind im wesentlichen die gleichen wie in dem Falle, der den Gegenstand der Entscheidung des Obersten Landesgerichts vom 30. Dezember 1902 (Samml. v. Entsch. in Civilsachen u. s. w. Bd. 3 S. 1068; Bl. f. RA. Bd. 68 S. 146) bildete. Belanglos ist der Umstand, daß das Amtsgericht N...g die Erklärung des Vormundes und der Mutter über ihre Ansprüche gegen den Vater des Kindes nicht selbst beurkundet hatte; denn es war vollständig an die Stelle des Amtsgerichts N...t getreten, war also nicht bloß mit der Vormundschaft für M. H., sondern auch mit der vom Amtsgerichte N...t schon begonnenen Herbeiführung und Beurkundung von Vereinbarungen zwischen dem Vater des Kindes und diesem und zwischen dem Vater des Kindes und dessen Mutter befaßt worden. Allerdings würde das Amtsgericht N...g, wenn und soweit es nur zu einer vormundschaftsgerichtlichen Tätigkeit berufen gewesen wäre, für die Beurkundung von Vereinbarungen im Sinne des erwähnten Art. 15 nicht zuständig gewesen sein [1]). Allein weder das Gerichtsverfassungsgesetz, noch das Ausf.-Ges. zu diesem kennt „Vormundschaftsgerichte" als eine besondere Klasse von Gerichten; auch Nachlaß-, Register-, Beurkundungsgerichte u. s. w. bestehen nicht als eine besondere Art von Gerichten. Zuständig für alle die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auf die sich diese Bezeichnungen beziehen, ist das „Amtsgericht" als solches, und seine Einheitlichkeit wird dadurch nicht berührt, daß es bald in dieser, bald in jener Eigenschaft tätig wird, sei es, daß die durch das Gesetz ihm zugewiesenen verschiedenen Angelegenheiten sämtlich von einem einzigen Amtsrichter erledigt werden, oder daß von den mehreren Amtsrichtern, mit denen es besetzt ist, jeder nur die Angelegenheit einer bestimmten Art oder bestimmter Arten erledigt (GVGes. § 22; Ausf.-Ges. zum GVGes. Art. 18).

Für die Zulässigkeit der Annahme, daß bei der Beurkundung der im Art. 15 Abs. 2 bezeichneten Vereinbarungen das zunächst mit der Angelegen-

1) In der pflichtmäßigen Fürsorgetätigkeit des Vormundschaftsgerichts liegt es jedenfalls, den Vormund in der Herbeiführung einer urkundlichen Verpflichtungserklärung des Vaters zu unterstützen (s. auch Josef, Centralblatt f. freiw. Gerichtsbarkeit, 6. Jahrg. 1905/06 S. 201 ff.). Die Frage, ob reichsrechtlich auch in anderen rein rechtsgeschäftlichen Beurkundungssachen eine Verpflichtung zur Leistung der Rechtshilfe besteht, ist — richtiger Ansicht nach — zu verneinen (a. M. Josef a. a. O. S. 206). Die Streitfrage ist indes kaum von praktischer Bedeutung und jedenfalls für Bayern mit Rücksicht auf die Zuständigkeit der Notare gegenstandslos (s. auch die Entscheidungen in Seuffert's Archiv Bd. 59 Nr. 234, Bd. 61 Nr. 13). Anm. d. Eins.

heit befaßte und für sie zuständige Gericht sich durch ein anderes, ein ersuchtes Gericht vertreten lassen kann und daß in diesem Falle das ersuchende Gericht, bei dem sich die zusammen ein Ganzes bildenden Urkunden befinden, als dasjenige Gericht anzusehen ist, welches „die Urkunde“ [2]) aufgenommen hat, spricht auch folgende Erwägung. Der § 797 Abs. 1 CPO. geht offenbar von der Voraussetzung aus, daß die aufgenommene Urkunde den im § 794 Nr. 5 bestimmten Erfordernissen vollständig entspricht, also auch ohne Ergänzung ihres Inhalts durch den einer anderen Urkunde geeignet ist, einen vollstreckbaren Titel zu bilden. Wie aus der Begründung des Art. 34 des Entwurfs eines Gesetzes, die durch die Einführung des BGB. veranlaßten Aenderungen der seit 1818 erlassenen Gesetze betreffend, dem der Art. 167 des Ausf.-Ges. zum BGB. entspricht (Verhandl. der Kammer der Abg. 1898/99 Beil-Bd. 20 Abt. 1 S. 118), hervorgeht, hatte der Gesetzgeber bei der Schaffung der Vorschrift über die Zuständigkeit der Amtsgerichte für die Beurkundung von Vereinbarungen zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und diesem über seinen Unterhalt und von Vereinbarungen zwischen dem Vater und der Mutter des Kindes über deren Ansprüche zunächst den Fall im Auge, daß die Beurkundung bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten bei dem Gericht erfolgt, bei dem die Vormundschaft für das Kind anhängig ist. In diesem die Regel bildenden Falle versteht es sich von selbst, daß die Urschrift der Urkunde in der Verwahrung des Gerichts bleibt, das sie aufgenommen hat. Eine ausdrückliche Vorschrift darüber, bei welchem Gerichte das Protokoll über die gerichtliche Beurkundung eines Rechtsgeschäfts aufzubewahren, insbesondere wie in dem Falle zu verfahren ist, daß nach Maßgabe des § 128 BGB. ein Vertrag zwischen Personen beurkundet wird, die nicht nur nicht gleichzeitig anwesend sind, sondern ihre Erklärungen auch zu Protokoll verschiedener Amtsgerichte feststellen lassen, ist überhaupt nicht getroffen. Die Fassung des § 182 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit legt zwar die Vermutung nahe, daß der Gesetzgeber davon ausging, das Protokoll über die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts werde in allen Fällen von dem Gericht in Verwahrung genommen werden, das es aufgenommen hat; ausdrücklich vorgeschrieben ist es aber in dem von den gerichtlichen und notariellen Urkunden handelnden zehnten Abschnitte des Gesetzes nicht. Es blieb also nach § 200 des Gesetzes der Landesgesetzgebung überlassen, hinsichtlich der Verwahrung der Urkunden ergänzende Vorschriften zu erlassen. Eine solche Vorschrift (s. z. B. das Preuß. Gesetz über die freiw. Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899 Art. 42, 43) enthält aber weder der Art. 15 des Ausf.-Ges. zum Ger.-Verf.-Ges., noch einer der die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit betreffenden Art. 129 bis 133 des Ausf.-Ges. zum BGB. Es ist deshalb bei den bayerischen Amtsgerichten allgemein üblich, die Protokolle über die Beurkundung von Vereinbarungen der im Art. 15 Abs. 2 des Ausf.-Ges. zum Ger.-Verf.-Ges. bezeichneten Art nicht als Urkunden anzusehen, die als solche, etwa in der den Notaren vorgeschriebenen Weise, zu verwahren sind, sondern sie den auf die Vormundschaft für das uneheliche Kind bezüglichen Akten einzuverleiben. In den Fällen ferner, in denen eine bei der Schließung des Uebereinkommens beteiligte Person ihre Erklärung bei einem von dem Amtsgerichte, bei dem die Vormundschaft anhängig ist, verschiedenen Amtsgerichte hat beurkunden lassen, wird das Protokoll über die Beurkundung

2) Die „vollstreckbare Urkunde“ war in diesem Falle aus vier einzelnen Urkunden zu bilden, die sich alle bei dem Amtsgerichte befanden, das auch Vormundschaftsgericht war. Anm. d. Einj.

niemals bei dem Gerichte verwahrt, das es aufgenommen hat, sondern stets an das andere Gericht abgegeben. Für die Fälle dieser Art entspricht es daher auch einem dringenden praktischen Bedürfnisse, die Vorschrift im § 797 Abs. 1 der CPO. so auszulegen, daß, wenn bei der Beurkundung mehrere Gerichte beteiligt waren, für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung der Gerichtsschreiber des Gerichts zuständig ist, in dessen Verwahrung sich die zusammen ein Ganzes bildenden Urkunden befinden. Dieser ist in dem den Gegenstand der Entscheidung bildenden Falle der Gerichtsschreiber des Amtsgerichts N...g. II. Civ.-S. Reg. IV Nr. 73/05; Beschluß vom 20. November 1905.

Nachschrift des Einsenders. Die in der Schlußbemerkung zu der Mitteilung der Entscheidung vom 30. Dezember 1902 (s. diese Blätter Bd. 68 S. 149) vom Einsender ausgesprochene Erwartung künftiger Uebereinstimmung der Praxis mit der erwähnten Entscheidung wurde, wie der Sachverhalt zeigt, leider nicht gerechtfertigt. Für den Fall, daß die Gerichte sich auch der jetzt wiederholt ausgesprochenen und noch eingehender begründeten Ansicht des Obersten Landesgerichts nicht anschließen sollten, wäre wohl ein ergänzendes Eingreifen der Landesgesetzgebung oder wenigstens eine Aenderung und bezw. Ergänzung der das Vormundschaftswesen betreffenden Bekanntmachung vom 19. Januar 1900 (§ 9 Formular VI) dringend veranlaßt.

Sind die Bestimmungen der sog. Hausgesetze der dem hohen deutschen Adel angehörenden Familien (Familienverträge) revisible Rechtsnormen? (CPO. §§ 549, 550).

Über diese Frage enthalten die Gründe des Urteils der Revisionsinstanz folgendes:

Die Revision macht geltend, das angefochtene Urteil beruhe auf einer nicht richtigen Auslegung der gräflich Sch.'schen Hausgesetze, insofern, als es die Klägerinnen schon jetzt denjenigen Töchtern des gräflichen Hauses zurechnete, zu deren Vorteil die K . . . . stiftung bestimmt ist.

Auch dieser Revisionsangriff kann einen Erfolg nicht haben. Hinsichtlich der nicht unbestrittenen Frage, ob die Revision auf die Verletzung des für eine Familie des hohen deutschen Adels geltenden Hausgesetzes gestützt werden könne (für die Bejahung Gaupp-Stein a. a. O. Bem. 1 zum § 549 Bd. 2 S. 85; Seuffert a. a. O. Bem. 1a Abs. 2 zum § 550, Bd. 2 S. 75), schließt sich der erkennende Senat der diese Frage verneinenden Rechtsansicht an (Petersen-Anger, Die Civilprozeßordnung, 5. Aufl. Bem. III 9 Bd. 2 S. 69), die auch dem Urteile des Reichsgerichts vom 10. Februar 1899 und dem des ersten Senats des Obersten Landesgerichts vom 7. März 1901 zugrunde liegt (Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 43 S. 412, 413; Samml. v. Entsch. d. Obersten Landesgerichts in Civils. u. s. w. Bd. 2 S. 142, 148, 149). Auch der erkennende Senat erachtet nämlich als das ausschlaggebende Moment den Umstand, daß einem solchen „Hausgesetze" der örtliche Geltungsbereich eines Gesetzes im Sinne des § 549 CPO. mangelt. Der Familienvertrag vom 4./14. September 1766 ist, wie unter den Parteien unbestritten und festgestellt ist, eines der noch geltenden Hausgesetze der gräflichen Familie von Sch. Auf die Verletzung der Normen dieses Hausgesetzes konnte also die Revision in zulässiger Weise nicht gestützt werden. II. Civ.-S. Reg. I Nr. 126/05; Urteil vom 10. Oktober 1905.

Zulässigkeit der Anordnung einer Pflegschaft in Bezug auf den Gegenstand freigebiger Verfügungen.

Die 1901 in Frankfurt a. M. verstorbene Witwe Anna Maria verwitwete W. hat in ihrem Testamente vom 14. November 1896 die beiden minderjährigen Töchter ihres ersteheliche verstorbenen Sohnes Johann Jakob W. neben ihren drei anderen ersteheliche Söhnen als Erben eingesetzt und bestimmt, daß die Erbteile ihnen bis zur Erreichung des Alters von 21 Jahren nicht ausgeliefert, sondern „einschließlich der ihnen bereits überwiesenen 12 000 fl. Österr. Silberrente" unter eine „besondere Verwaltung gestellt" und ihrem gesetzlichen Vertreter nur die Zinsen ausgehändigt werden sollen.

Im Testamente ist bemerkt, die ersteheliche Kinder und Enkel hätten das durch ein Inventar festgestellte väterliche Vermögen vollständig ausgeliefert erhalten. Sie habe „nämlich" ihren Kindern bezw. Enkeln schon verschiedene Geldbeträge, insbesondere ihrem „Sohne Johann Jakob W. und bezw. dessen Kindern einschließlich obiger 12 000 fl. den Betrag von 28 869 Mk. 21 Pf." gegeben. Diese Zahlungen seien „zunächst" zur Ausgleichung der väterlichen bezw. großväterlichen Erbteile erfolgt, während die „überschießenden" Beträge aus ihrem Vermögen gezahlt worden seien. Die den Enkelinnen zugewiesenen 12 000 fl. habe sie in Verwahrung behalten, die Zinsen aber der Schwiegertochter als Vormünderin der beiden Enkelinnen seither ausgeliefert, was sie auch fernerhin tun werde. Zum Verwalter des den Enkelinnen zugewiesenen Vermögens und zum Testamentsvollstrecker ernannte die Erblasserin den Privatier A. W. in Frankfurt a. M.

In dem errichteten Inventare ist der Geldwert der zum Nachlasse des Johann Philipp W. gehörigen körperlichen Gebrauchsgegenstände nicht angegeben.

Das Amtsgericht M. als Vormundschaftsgericht bestellte den Privatier A. W. zum Pfleger für das nach dem Testamente gesondert zu verwaltende Vermögen der Kinder des Johann Jakob W.

Im März 1905 stellte die Witwe Lina W. den Antrag, ihr die 12 000 fl. Silberrente auszuantworten, die ihren Töchtern als väterliches Vermögen zugefallen seien, und die Pflegschaft für diesen Vermögensteil, für den sie ohne gesetzlichen Grund angeordnet worden sei, aufzuheben.

Das Vormundschaftsgericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil es sich bei dem von dem Pfleger bestrittenen Anspruche der Mutter auf die Verwaltung eines Teiles des Vermögens der Pflegebefohlenen um einen Rechtsstreit handle, zu dessen Entscheidung das Vormundschaftsgericht nicht berufen sei.

Die von der Mutter eingelegte Beschwerde ist vom Landgerichte M. zurückgewiesen worden. Das Beschwerdegericht billigte zwar die Ansicht des Vormundschaftsgerichts nicht, weil es sich nicht um die Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen Mutter und Pfleger, sondern um die Frage handle, ob für einen bestimmten Vermögensteil der Minderjährigen eine Pflegschaft erforderlich sei. Es erachtete aber die Erstreckung der Pflegschaft auf die 12 000 fl. Silberrente für begründet, indem es ausführte, nach der Angabe des mit den Verhältnissen vertrauten Pflegers, der keinen Glauben beizumessen kein Grund ersichtlich sei, im Zusammenhalte mit dem Inhalte des errichteten Inventars, aus dem sich der Nachlaß des Großvaters allerdings nicht ziffermäßig feststellen lasse, sei mit Sicherheit anzunehmen, daß der Erbteil des Vaters sich nicht so hoch berechnete, daß die nach einer Zahlung von mindestens 6425 Mk. 53 Pf. den Pflegebefohlenen zugewendeten 12 000 fl. Silberrente in Erfüllung der Verpflichtung zur Ausantwortung des dem Vater angefallenen Erbteils gegeben

sein könnten, sie seien daher ohne Zweifel eine freiwillige Zuwendung aus dem Vermögen der Großmutter. Die von der Großmutter in Ansehung der 12000 fl. getroffene Verfügung sei „sohin als rechtsgültig zu erachten" und das Vormundschaftsgericht habe mit Recht die Anordnung der Pflegschaft auf diesen Vermögensteil erstreckt.

Die von der Witwe Lina W. gegen dieser Entscheidung eingelegte weitere Beschwerde ist teilweise auch begründet.

Die gegen die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts gerichteten Angriffe sind verfehlt rc.

Ist auch als einwandfrei festgestellt zu erachten, daß die 12000 fl. Silberrente eine freigebige Zuwendung aus dem Vermögen der Erblasserin waren, so muß der Beschwerde doch zugegeben werden, daß diese Feststellung allein die Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht zu tragen vermag.

Nach § 1638 Abs. 1 BGB., dessen Vorschrift mit dem zur Zeit der Zuwendung in Frankfurt a. M. in Geltung gewesenen Gemeinen Rechte Nov. 117 c. 1 übereinstimmt, kann ein Dritter für das Vermögen, das er dem Kinde unter Lebenden unentgeltlich zuwendet, bei der Zuwendung bestimmen, daß der Erwerb dem Verwaltungsrechte des Inhabers der elterlichen Gewalt entzogen sein soll. Für das mit dieser Bestimmung zugewendete Vermögen ist nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 BGB. ein Pfleger zu bestellen. Hat der Dritte die Zuwendung ohne diese Bestimmung gemacht, so kann er das in der elterlichen Gewalt enthaltene Verwaltungsrecht nicht nachträglich durch Verfügung von Todeswegen ausschließen, über das zugewendete Vermögen steht ihm eine Verfügung nicht mehr zu. Im gegenwärtigen Falle liegt freilich die Vermutung nahe, daß die „Verwahrung" der den Kindern zugewendeten Wertpapiere, die die Großmutter sich bei der Zuwendung vorbehalten hat, gerade den Zweck hatte, das Verwaltungsrecht des gesetzlichen Vertreters der Kinder auszuschließen, und mit der im Testamente getroffenen Anordnung einer gesonderten Verwaltung klar gestellt werden sollte, daß es dabei auch nach dem Tode der Großmutter zu verbleiben habe. Das Beschwerdegericht ist aber auf die Frage, welche Bewandtnis es mit dem Vorbehalte der „Verwahrung" hatte, nicht eingegangen, sondern hat sich mit der Feststellung begnügt, daß die 12000 fl. Silberrente eine freigebige Zuwendung waren, und das Oberste Landesgericht ist nach § 27 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht in der Lage, die erforderliche Feststellung selbst zu treffen.

Sollte die ausgesprochene Vermutung sich nicht als begründet erweisen, so müßte die Pflegschaft, soweit sie das aus der Zuwendung der 12000 fl. Silberrente stammende Vermögen betrifft, als ohne gesetzlichen Grund angeordnet aufgehoben werden. Im Wege eines mit dem Pfleger zu führenden Rechtsstreits vermöchte die Mutter die Herausgabe dieses Vermögens zur eigenen Verwaltung nicht zu erwirken, da ihr Recht und ihre Pflicht, für das Vermögen der Kinder zu sorgen, nach § 1628 BGB. sich nicht auf Angelegenheiten der Kinder erstreckt, für die ein Pfleger bestellt ist, gleichviel ob die Bestellung in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften oder zu Unrecht erfolgt ist.

Aus den dargelegten Gründen muß die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen werden. I. Civ.-S. Reg. III Nr. 64/1905; Beschluß vom 6. Oktober 1905 [1]).

1) Vgl. S. 25 ff. dieses Jahrgangs.

Inwieweit kann ein Ehegatte, dem von dem anderen Ehegatten vor dem Jahre 1900 durch Ehevertrag eine Zuwendung auf den Todesfall gemacht worden war, im Falle des Todes des letzteren nach dem Inkrafttreten des BGB. an den Nachlaß des Verstorbenen Ansprüche auf Grund dieses Gesetzbuchs machen?

Die Eheleute Michael und Luise Sp. in P. hatten in einem Ehevertrage von 1891 Errungenschaftsgemeinschaft nach den Vorschriften des code civil vereinbart und für den Todesfall lediglich bestimmt, daß im Falle des Vorablebens der Frau „dem Bräutigam aus ihrem zurückzulassenden Vermögen die Summe von 2000 Mk. zur lebenslänglichen Nutznießung vermacht" sein solle.

Im April 1905 starb Luise Sp. kinderlos. Als gesetzliche Erben kommen außer dem Ehemanne Geschwister und Geschwisterkinder der Verstorbenen in Betracht.

Im Mai 1905 erklärte der Witwer zu Protokoll des Notariats W., daß er das ihm im Ehevertrage zugewendete Vermächtnis ausschlage, sein gesetzliches Erbrecht geltend mache und an das Nachlaßgericht den Antrag stelle, ihm einen Erbschein auf die Hälfte des Nachlasses zu erteilen.

Das Amtsgericht W. als Nachlaßgericht wies den Antrag zurück.

Das Landgericht K. hat die Beschwerde, die Michael Sp. hiergegen einlegte, mit Entscheidung vom 13. Juli 1905 zurückgewiesen, indem es ausführte:

Da die Erblasserin nach Art. 1094 Code civil befugt gewesen sei, ihrem Ehemanne, dem nach dem früheren Rechte ein gesetzliches Erbrecht nicht zustand, mehr zuzuwenden, als sie ihm in dem Ehevertrage zugewendet hat, so spreche sich in der Zuwendung der Wille der Erblasserin aus, daß ihr Mann aus ihrem Nachlaß überhaupt nicht mehr als das Zugewendete erhalten solle. Es fehle an jedem Anhalte dafür, daß die Erblasserin ihrem Manne später mehr, etwa das, was ihm vermöge des gesetzlichen Erbrechts nach dem BGB. gebühren würde, habe gewähren wollen — die Vorgänge bei dem Versuche, sie zur Errichtung eines letzten Willens zu bestimmen, sprächen dagegen —, unter diesen Umständen sei in der im Ehevertrag enthaltenen Zuwendung zugleich der Ausschluß jedes Erbrechts, auch des gesetzlichen, zu erblicken.

Gegen diese Entscheidung hat der Witwer weitere Beschwerde eingelegt. Diese ist begründet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vorinstanzen daraus, daß die Erblasserin durch die in dem Ehevertrage getroffene Verfügung von Todeswegen ihren gesetzlichen Erben, als die sie auf Grund des damaligen Rechtes ihre Verwandten ansah, nicht mehr entziehen wollte, als was sie ihrem Manne in dem Vertrage zugewendet hat, mit Recht den Willen entnommen haben, dem Manne, falls er durch Änderung der Gesetzgebung ein gesetzliches Erbrecht erlangen sollte, dieses zu entziehen; denn wenn sie dies wirklich gewollt haben sollte, ist ihr Wille nicht wirksam geworden.

Da eine Erbeinsetzung nicht vorliegt, konnte der Mann des im § 1931 BGB. bestimmten Erbrechts nur entweder durch Erbverzicht oder durch Ausschließung von der Erbfolge im Sinne des § 1938 BGB. verlustig werden. Ein Erbverzicht kommt aber nicht in Frage, weil das in der Pfalz in Geltung gewesene französische Recht einen Erbverzicht, abgesehen von den in den Art. 761, 918 Code civil bezeichneten besonderen Vereinbarungen, nicht kannte, ihn insbesondere auch in einem Ehevertrage nicht zuließ (Art. 791, 1130 Code civil; Zachariä-Crome, Handb. des franz. Civilrechts, 8. Aufl. Bd. 2 § 325 Note 9—13, Bd. 4 § 654 Note 1a § 695 Note 13).

Die letztwillige Ausschließung von der Erbfolge konnte nicht in einem Ehevertrage, sondern nur durch Testament erfolgen, als solches kann aber der Ehevertrag vom Jahre 1891, abgesehen von der die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente ausschließenden Vorschrift des Art. 968 Code civil, schon deswegen nicht angesehen werden, weil er nicht in der für Testamente im Art. 971 Code civil vorgeschriebenen Form, die die Mitwirkung eines zweiten Notars oder die Zuziehung von vier Zeugen erforderte, errichtet worden ist.

Da der Beschwerdeführer hiernach Erbe seiner Frau auf die Hälfte des Nachlasses geworden ist, müssen die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und das Nachlaßgericht angewiesen werden, in der Sache anderweit zu verfügen. I. Civ.-S. Reg. III Nr. 52/1905; Beschluß vom 4. September 1905.

Bem. des Einsenders: In dem vorliegenden Falle war der Ehemann, dem die Zuwendung auf den Todesfall von seiner Frau durch Ehevertrag gemacht worden war, erst infolge der Vorschriften des BGB. gesetzlicher Erbe seiner Frau geworden, da er nach dem Code civil neben Verwandten kein Erbrecht hatte. In der im Ehevertrage enthaltenen Vereinbarung der freigebigen Zuwendung auf den Todesfall an den einen Ehegatten ist ein Verzicht auf weitere Ansprüche an den Nachlaß des anderen Ehegatten wohl nur dann zu erblicken, wenn die Zuwendung in dem Sinne gemeint war, daß der bedachte Ehegatte aus dem Nachlasse in keinem Falle mehr als den Gegenstand der freigebigen Verfügung erhalten solle, also auch dann, wenn keine erbfähige Verwandte des Erblassers vorhanden wären oder der überlebende Ehegatte durch ein späteres Gesetz ein Erbrecht neben Verwandten erhalten sollte. Ein rechtlich ähnlich gelagerter Fall wie der vorliegende bildete den Gegenstand eines Urteils des Reichsgerichts vom 8. Juli 1901 (Entsch. in Civils. Bd. 49 S. 44 fg.). In dieser Entscheidung wurde davon ausgegangen, daß die Erblasserin durch die Verfügung im Ehevertrage die Berechtigung des Mannes an ihrem Nachlasse auf den Gegenstand der ihm gemachten Zuwendung habe beschränken wollen, ein Erbverzicht aber nicht Platz greife. Allein wenn der eine Vertragsteil in einem Erbvertrage den anderen Vertragsteil auf den Gegenstand der im Vertrage enthaltenen freigebigen Verfügung beschränken will mit der Wirkung, daß weitere auf einen anderen Erwerbsgrund gestützte Ansprüche an den Nachlaß ausgeschlossen sein sollen, so erfordert es doch wohl die zu einem Vertrage erforderliche Willensübereinstimmung, daß der Bedachte den Willen hat, sich mit dem Gegenstande der im Erbvertrage enthaltenen Verfügung zu begnügen, also auf weitere Ansprüche an den dereinstigen Nachlaß des Verfügenden zu verzichten. Der Inhalt der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts ist in Kürze folgender: Die Frau, welche früher bereits verheiratet gewesen war, hatte ihrem zweiten Manne in dem 1874 geschlossenen Ehevertrage für den Fall seines Überlebens soviel, als ihr zu seinen Gunsten zu verfügen erlaubt sei, nämlich einen Kindsteil vermacht. Die Frau starb nach dem Inkrafttreten des BGB. mit Hinterlassung von 8 ihrer früheren Ehe entsprossenen Kindern. Der Mann beanspruchte vom Nachlasse 1/9 auf Grund des Ehevertrags und 1/4 als gesetzlichen Erbteil. Das Oberlandesgericht Köln erkannte — in 2. Instanz —, daß er nur auf den Pflichtteil, bestehend in 1/8 des Nachlasses ein Recht habe und daß in dieses 1/8 das durch den Ehevertrag ihm zugewendete 1/9 einzurechnen sei. Die Revision hiergegen sei zurückzuweisen. Das Berufungsgericht hat in Auslegung des Inhalts des Ehevertrags und der begleitenden Umstände festgestellt, daß der Wille der Erblasserin dahin ging, ihren Mann mit ihren Kindern gleichzustellen und ihm von ihrem Nachlasse unter keinen Umständen mehr als einen den Gesetzen zur Zeit der Ver-

tragserrichtung entsprechenden Kindsteil zukommen zu lassen. Der Kläger könne daher nicht den vollen Erbteil des BGB. erhalten, sondern habe nur auf den ihm zugewendeten Erbteil und auf den Pflichtteil des BGB., soweit dieser den Erbteil übersteige, Anspruch. Der Einwand, daß es sich hier um einen Erbverzicht handle, sei abwegig.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Strafsachen).

Strafrecht; Spezialstrafgesetze.

Gesetz, die Einrichtung des die Kunststraßen befahrenden Fuhrwerks betr. vom 25. Juli 1850.

Die in Art. 5 Lit. c des Gesetzes vom 25. Juli 1850 getroffene Ausnahmebestimmung kann eine Anwendung dann nicht finden, wenn schon vor Beginn der Fahrt der Witterungswechsel eingetreten war, der Fuhrmann also von Anfang an für die ganze Dauer der Fahrt sich danach zu richten hatte. Von einer Ueberraschung durch plötzlich, während der Fahrt eingetretenes Tauwetter kann in solchem Falle nicht gesprochen werden, also auch nicht davon, daß durch das unerwartet eingetretene Ereignis ein Vorspann nötig wurde. Die Richtigkeit dessen ergibt sich nicht bloß aus den Worten „plötzlich eingetretenes Tauwetter", sondern auch aus dem Wortlaut der Lit. a und Lit. b des Art. 5 a. a. O., woselbst nur von einzelnen Teilen der Straßenstrecke gesprochen ist, für welche, also vorübergehend, ein Vorspann nötig wird.

Wenn von Anfang an eine Vermehrung der Zugtiere nötig ist, was durch Verringerung der Ladung vermieden werden kann, so handelt es sich nicht mehr um einen Vorspann im Sinne des Art. 5 a. a. O., sondern um die dauernde Bespannung des Fuhrwerks.

Das Gesetz beruht auf einer anderen Grundlage als die bis dahin in Wirksamkeit bestehende Verordnung vom 10. Juli 1840 (Reg.-Bl. vom Jahre 1840 S. 489). Während letztere die Einrichtung des die Kunststraßen befahrenden Fuhrwerks nach dem Maßstabe der Bespannung und zugleich nach dem Ladungsgewichte vorgeschrieben hat, wurde durch das Gesetz vom 25. Juli 1850 die Radfelgenbreite lediglich nach dem Verhältnisse der Bespannung bemessen und auf den ohnehin seltenen Fall, daß ein Fuhrmann eine größere Bespannung gebraucht, als nach dem Gewichte seiner Ladung nötig wäre, keine weitere Rücksicht genommen.

Daraus geht hervor, daß aus der Anzahl der Anspanntiere auf eine derselben entsprechende Belastung des Fuhrwerks — gleichviel, ob sie in der Tat vorhanden ist oder nicht — geschlossen wird und daß der Gesetzgeber von dem Erfordernis einer größeren Radfelgenbreite auch dann nicht absieht, wenn ein für zwei Pferde beladener und nur mit einer für dieses Gespann erforderlichen Radfelgenbreite versehener Wagen von vier Pferden gezogen wird.

Durch Art. 5 Lit. c wollte lediglich der plötzlich eingetretenen Notlage der Lastfuhrwerke abgeholfen werden, ohne im übrigen an der Grundlage des Gesetzes, daß die Bespannung maßgebend ist für die Radfelgenbreite, etwas zu ändern.

Neben dem durch § 2 des Einf.-Ges. zum StGB. und Art. 3 Ziff. 10a des Bayerischen Ausf.-Ges. zur StPO. aufrecht erhaltenen Art. 16 des Gesetzes vom 25. Juli 1850 kommen die in der Einleitung und dem ersten Teile des Strafgesetzbuchs enthaltenen Vorschriften insoweit zur Anwendung, als nicht nach dem Inhalte dieses Gesetzes anders bestimmt ist (Art. 4 des Ausf.-Ges. zur StPO.).

Eine andere Bestimmung in dieser Richtung enthält das Gesetz vom 25. Juli 1850 nicht; es ist insbesondere aus seinem Inhalte nicht zu entnehmen, daß es nur die in Art. 16 aufgeführten Personen bestraft und die allgemeinen Bestimmungen über Teilnahme ausgeschlossen wissen wolle. Deshalb konnte die Strafkammer ohne Rechtsirrtum den § 48 StGB. über Anstiftung zur Anwendung bringen. Urteil vom 28. Oktober 1905; Rev.-Reg. Nr. 293/05.

Forststrafgesetz für die Pfalz Art. 18, 9. „Abgestorbenes Holz". Der Angeklagte M., der zu den forstberechtigten Bürgern der Gemeinde R. gehört, hat als solcher am 5. April 1905, einem sogenannten Waldtage, in der Staatswaldabteilung K. eine noch stehende Birke gefällt und am 12. April 1905, ebenfalls einem Waldtage, das Holz der Birke heimgeschafft. Er wurde von der deshalb gegen ihn erhobenen Anklage einer Uebertretung nach Art. 18 des Forststrafgesetzes für die Pfalz vom Forstrügegericht R. freigesprochen und die von der Forstbehörde gegen das Urteil dieses Gerichts eingelegte Berufung wurde verworfen.

Nach den Feststellungen der Strafkammer haben die Bürger der Gemeinde R. das Recht, an bestimmten Tagen dürres Holz in der oben bezeichneten Staatswaldabteilung zu hauen. Die Birke, die der Angeklagte an einem sogenannten Waldtage fällte und deren Holz er dann wieder an einem Waldtage nach Hause brachte, war oberhalb des Wurzelstockes völlig abgestorben und dürr und nur noch an vereinzelten Stellen grün.

Im Einklang mit der Rechtsprechung und der Wissenschaft nahm die Strafkammer an, daß halbdürres, nicht mehr lebensfähiges Holz dem völlig abgestorbenen Holz gleich zu achten sei, und daß, weil die von dem Angeklagten gehauene Birke nicht mehr lebensfähig war, sie nicht grünes, sondern dürres Holz sei.

Obwohl diese Anschauung bezüglich des Begriffes des dürren Holzes nicht als rechtsirrtümlich erachtet werden kann, so erweist sich die auf Verletzung des Art. 18 des Forststrafgesetzes für die Pfalz gestützte staatsanwaltschaftliche Revision doch als begründet.

Nach Art. 9 dieses Gesetzes sind Forstberechtigte, die durch Ueberschreitung ihrer Berechtigung oder bei Ausübung derselben den Bestimmungen der Forstgesetze zuwiderhandeln, gleich den Nichtberechtigten strafbar und ersatzpflichtig. Darum war es geboten, den Umfang der dem Angeklagten zustehenden Forstberechtigung genau festzustellen. In dieser Beziehung geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Angeklagte in seiner Eigenschaft als Bürger der Gemeinde R. das Recht hat, an bestimmten Tagen, den sogenannten Waldtagen, dürres Holz in der Staatswaldabteilung K. zu hauen. Ob im Sinne dieser Berechtigung auch die Befugnis gelegen ist, noch nicht völlig dürres, sondern noch teilweise grünes Holz ohne weiteres zu hauen, oder ob darüber, ob solches Holz als abgestorben und nicht mehr lebensfähig zu erachten ist, nicht die Forstbehörde zu entscheiden hat, hat die Strafkammer nicht näher untersucht und gewürdigt. Hierzu kommt aber noch, daß die Anklage auch dahin geht, der Angeklagte habe die Birke gefällt, um das daraus gewonnene Holz zu verkaufen. Danach wäre auch zu prüfen und festzustellen gewesen, ob dem Angeklagten bloß das Recht zusteht, zur Deckung des eigenen Bedarfs dürres Holz zu fällen, und ob er gleichwohl die Birke zu dem Zwecke fällte, um ihr Holz zu verkaufen, oder ob zu dem Inhalte seiner Forstberechtigung

auch die Befugnis gehört, über seinen eigenen Bedarf hinaus dürres Holz zu dem Zwecke des Verkaufs zu hauen.

Falls derselbe aber nach der einen oder nach der anderen Richtung sein Recht überschritten hat, so erscheint er nach Art. 9 a. a. O. strafbar und ersatzpflichtig. — Das Urteil zweiter Instanz war aufzuheben. Urteil vom 17. Oktober 1905; Rev.-Reg. Nr. 287/05.

Forstgesetz vom 28. März 1852/17. Juni 1896 Art. 84. Zu „dürrem oder angefaultem zur Erde liegendem Holz" gehören auch entsamte, abgefallene Zapfen der Nadelbäume.

Das Bayer. Forstgesetz regelt die Materie der Entwendung von Waldprodukten, d. i. sowohl derjenigen Erzeugnisse, welche der Waldboden hervorbringt, als auch überhaupt aller Gegenstände des Waldes, die der jeweilige Waldbesitzer vermöge der ihm nach Art. 1 des Forstgesetzes zustehenden freien Benützung seines Waldes aus demselben gewinnen kann, nicht ausschließend; es bedroht vielmehr nur die Entwendungen bestimmter Waldprodukte, und zwar die in Art. 79—87 einzeln aufgeführten, als Forstfrevel mit Strafe. Ob die Wegnahme auch noch anderer Waldprodukte strafbar sei, bemißt sich nach den allgemeinen Strafrechtsnormen.

Eine analoge Anwendung der Strafbestimmungen des Forstgesetzes über Forstfrevel auf andere als die in diesem Gesetze bezeichneten Entwendungen ist ausgeschlossen.

Daß die im vorliegenden Fall entwendeten Fichtenzapfen unter den Begriff „Waldprodukte" fallen, kann mit Grund nicht in Zweifel gezogen werden. Es ist sohin zunächst zu prüfen, ob die Entwendung dieses Waldproduktes unter die lex specialis des Bayerischen Forstgesetzes fällt, und nur, wenn diese Frage verneint wird, kommt zu erwägen, ob die fragliche Entwendung nach den allgemeinen strafgesetzlichen Bestimmungen strafbar ist.

Von den Strafbestimmungen des Forstgesetzes kommt zunächst Art. 84 Abs. 1 in Betracht, wonach, wer unbefugter Weise oder in den hierzu nicht angewiesenen Waldorten dürres oder angefaultes zur Erde liegendes Holz oder Stockholz holt, neben dem Ersatz des Wertes mit einer demselben gleichen Geldstrafe belegt wird.

Das Berufungsgericht erachtet die Anwendbarkeit des Art. 84 im vorliegenden Falle für ausgeschlossen, weil entsamte Fichtenzapfen nicht als Holz im Sinne der bezeichneten Gesetzesbestimmung anzusehen seien.

Diese Annahme beruht auf einer rechtsirrtümlichen, weil zu engen Auslegung des Ausdrucks Holz.

Im engeren Sinne wird unter Holz die Holzsubstanz der Waldbäume — Wurzel-, Stamm- und Astholz — verstanden. Legt man den fraglichen Ausdruck in diesem Sinne aus, so würde unter dürrem zur Erde liegendem Holz allerdings nur das vom Baum abgestoßene dürre Astholz zu verstehen sein.

Für die Annahme, daß nur die unbefugte Wegnahme des letzteren im Art. 84 des Forstgesetzes unter Strafe gestellt werden wollte, bieten aber die Materialen zu dieser Gesetzesbestimmung keinen Anhaltspunkt.

Wenn Art. 84 die unbefugte Wegnahme des dürren oder angefaulten zur Erde liegenden Holzes unter Strafe stellt, so bezweckt er, das Recht des Waldbesitzers auf das sogenannte Raff- und Leseholz zu schützen. Zu diesem gehören aber nicht bloß die abgefallenen dürren Aeste, sondern auch der Schlagabraum, beim Holzaufarbeiten zurückgelassene Späne, Reiser, Rindenstücke, also Bestandteile der Bäume im weiteren Sinne, nicht bloß die Holz-

substanz derselben. Es werden hiernach als Holz im Sinne des Art. 84 alle abgefallenen Bestandteile der Waldbäume, welche nicht wie Streu und Waldsamen unter andere Strafvorschriften des Forstgesetzes fallen, anzusehen sein, somit auch die nach dem Ausfliegen des Samens abgefallenen dürren Fichtenzapfen. Für einen forststrafrechtlichen Schutz gegen die Wegnahme der letzteren sprechen auch dieselben Erwägungen, welche für die Schaffung der Strafvorschriften des Forstgesetzes über Forstfrevel überhaupt maßgebend waren, nämlich das Bestreben, den Waldbestand zu erhalten und die Waldkultur zu fördern und das Recht des Waldbesitzers auf die Produkte seines Waldes gegen Eingriffe zu sichern.

Die abgefallenen Zapfen dienen, soweit sie auf dem Waldboden liegen bleiben, gleich dem dürren Astwerk, der Humusbildung, und insoweit sie aufgelesen werden, bilden sie ebenso wie das dürre Astwerk, weil als Brennmaterial verwendbar, für den Waldbesitzer ein Verbrauchs- und Verwertungsobjekt. Zudem sind dürre Fichtenzapfen verholzte Gewebe, welche gleich den dürren Aesten auf natürlichem Wege vom Baum auf den Boden gelangen. Es besteht sohin kein ausreichender Grund, die nach der Entfernung vom Baum abgefallenen dürren Zapfen vom Begriff „Holz" im Sinne des Art. 84 des Forstgesetzes auszuschließen. Urteil vom 6. Juli 1905; Rev.-Reg. Nr. 152/05.

D. Landgericht München I (Civilsachen).

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Voraussetzungen der Eheschließung nach russischem Recht (§ 45 Personenstandsgesetz; Art. 13 EG. z. BGB.).

Mit Verfügung vom 21. Dezember 1905 lehnte der Standesbeamte des Standesamts M. die Erlassung des Aufgebots des Studierenden der technischen Hochschule M. mit der Malerin Th. ab, weil M. noch nicht großjährig sei und die erforderliche elterliche Einwilligung nicht vorliege.

Auf den von M. gemäß § 11 des Personenstandsgesetzes gestellten Antrag beschloß das Amtsgericht München I Abteilung A für Civilsachen nach Anhörung des Stadtmagistrats M. am 18. Januar 1906, daß der Antrag des M. auf Anweisung des Standesbeamten zur Erlassung des Aufgebots abgewiesen werde. Das Amtsgericht ging davon aus, daß M. als Russe, wenn auch als Voraussetzung zur Eheschließung nur Ehemündigkeit, die gegeben sei, und nicht Volljährigkeit, die bei ihm erst in sieben Monaten eintrete, verlangt werde, der elterlichen Einwilligung, solange er minderjährig sei, bedürfe, daß ein Nachweis der Einwilligung aber nur bezüglich der Mutter vorliege, der Umstand aber, daß der Vater sich zur Zeit bei der russischen Feldarmee in der Mandschurei befinde und daß jeder Versuch einer Verständigung mit ihm ergebnislos gewesen sei, bei der bevorstehenden Rückkehr der Feldarmee und dem Mangel jeglichen Nachweises für einen Grund zur möglichst raschen Eheschließung eine Umgangnahme von dem Erfordernisse der väterlichen Einwilligung nicht rechtfertige.

Gegen diesen Beschluß hat M. zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Amtsgerichts München I Abteilung A für Civilsachen am 23. Januar 1906 Beschwerde eingelegt mit dem Antrage, das Standesamt zur Erlassung des Aufgebots anzuweisen. Zur Begründung der Beschwerde wurde vorgebracht, es werde deshalb eine möglichst baldige Eheschließung angestrebt, weil die Braut schon im 7. Monate schwanger sei und bei ihrem nervösen Zustand

durch den Makel einer unehelichen Geburt in gesundheitlicher Beziehung auf das Schwerste geschädigt würde; zugleich wies der Beschwerdeführer darauf hin, daß die Einwilligung der Mutter vorliege, der Mangel der väterlichen Einwilligung in den außergewöhnlichen Umständen, die deren Beschaffung unmöglich machten, begründet sei, und daß der Mangel der väterlichen Einwilligung ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Ehe sei.

Das Amtsgericht hat erklärt, der Beschwerde nicht abhelfen zu wollen.

Die Beschwerde ist nach §§ 69, 19 des FGG. in formeller Beziehung nicht zu beanstanden, wurde jedoch als materiell unbegründet erachtet.

Nach § 45 des Personenstandsgesetzes hat der Standesbeamte vor Anordnung des Aufgebots sich die zur Eheschließung gesetzlich notwendigen Erfordernisse nachweisen zu lassen. Da die beiden Verlobten ausweislich der Bestätigung der kais. russ. Gesandtschaft in München vom 11. Oktober 1905 die russische Staatsangehörigkeit besitzen, sind gemäß Art. 13 EG. z. BGB. die Erfordernisse der Eheschließung ausschließlich nach russischem Rechte zu beurteilen.

Volljährigkeit wird nach russischem Rechte bei den Verlobten, gleichviel welcher Religion sie angehören, nicht gefordert, sondern nur Ehemündigkeit, die bei M. gegeben ist, da das russische Recht zur Ehemündigkeit bei Männern nur die Vollendung des 18. Lebensjahres erfordert (Leske-Löwenfeld, Das Eherecht der europäischen Staaten S. 717; Schmitz-Wichmann, Die Eheschließung im internationalen Verkehr Bd. 2 S. 164 II a). Insoweit wäre also, wie schon der Erstrichter angenommen hat, die Voraussetzung zur Eheschließung gegeben.

Dagegen ist nach russischem Rechte (Civilgesetzbuch Bd. 1 Teil I Art. 6) die Ehe ohne Einwilligung der Eltern verboten. Dies gilt für alle russischen Staatsangehörigen ohne Rücksicht auf die Religion. Die bestrittene Frage, ob die elterliche Einwilligung bei den der russischen Kirche nicht angehörenden russischen Staatsangehörigen ohne Rücksicht auf das Alter (Leske-Löwenfeld S. 719) oder nur bis zum Eintritt der Volljährigkeit (Schmitz-Wichmann S. 164 Note 1) erforderlich ist, mag dahingestellt bleiben, da M. nach russischem Rechte erst mit 21 Jahren volljährig wird (Leske-Löwenfeld S. 717), also jetzt — er ist am 28. August 1885 russ. St. geboren — noch minderjährig ist. Die Folgen des Mangels der elterlichen Einwilligung sind auch nach russischem Rechte nicht die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der unter Verletzung dieser Vorschrift abgeschlossenen Ehe, sondern es wird derjenige, der ohne Einwilligung der Eltern oder gar gegen deren ausdrückliches Verbot eine Ehe eingeht, auf Antrag derselben mit Gefängnis von 4—8 Monaten bestraft und verliert zugleich ohne weiteres das Erbrecht in das Vermögen des Elternteils, gegen dessen Verbot er gehandelt hat (Leske-Löwenfeld S. 719).

Wenn nun auch die Gültigkeit der Ehe nicht von der elterlichen Einwilligung abhängig gemacht wird, so bietet der Mangel der Einwilligung nach russischem Rechte doch ein Ehehindernis, welches der zur Trauung zuständige Geistliche berücksichtigen muß (Leske-Löwenfeld S. 729, 777).

Da sohin die elterliche Einwilligung für die beabsichtigte Ehe des M. ein gesetzliches Erfordernis bildet und da dem Standesbeamten ein vorschriftsmäßiges Zeugnis der Heimatbehörde, wie es in Ziffer III der Beilage 4 B zur Anweisung zum Vollzuge des Personenstandsgesetzes (Reger-Dames, Personenstandsgesetz, 3. Aufl. S. 203) vorgesehen ist, nicht vorgelegt wurde, war der Standesbeamte berechtigt und verpflichtet, gemäß § 45 Abs. 2 des

Ges. zu verlangen, daß ihm die zustimmende Erklärung der Eltern in beglaubigter Form beigebracht werde.

Wenn nun auch in den durch die russische Gesandschaft beglaubigten Briefauszügen ein solcher Nachweis der mütterlichen Einwilligung erblickt werden wollte, so fehlt doch jedenfalls jeder Nachweis für die Einwilligung des Vaters.

M. behauptet nun selbst nicht etwa, daß sein Vater einverstanden sei und daß er nur dessen förmliche Zustimmungserklärung nicht beibringen könne, er macht vielmehr geltend, daß es ihm bisher überhaupt nicht gelungen sei, den Vater wegen der beabsichtigten Eheschließung zu befragen. Bei dieser Sachlage hat der Standesbeamte auch beim Vorliegen besonderer Gründe, die eine alsbaldige Eheschließung als erwünscht erscheinen lassen, nicht die Befugnis, den Nachweis der väterlichen Einwilligung zu erlassen. Das wäre nach Abs. 3 des § 45 nur möglich, wenn ihm die Tatsache der väterlichen Einwilligung irgendwie glaubhaft nachgewiesen wäre oder wenn die Beibringung des Nachweises überhaupt unmöglich wäre (vgl. Entsch. des Verwaltungsgerichtshofs Bd. 7 S. 273). Da M. aber selbst angibt, daß eine Erklärung seines Vaters, ob dieser mit der Eheschließung einverstanden ist, überhaupt noch nicht habe erholt werden können, und da nach der Sachlage die Beibringung des Nachweises nur zur Zeit nicht möglich ist, sieht sich das Beschwerdegericht, trotz der vom Beschwerdeführer für die Dringlichkeit der Eheschließung vorgebrachten Gründe, nicht in der Lage, den Standesbeamten zur Umgangnahme von den Erfordernissen des Nachweises der väterlichen Einwilligung und zur Erlassung des Aufgebots anzuweisen.

Die Beschwerde war daher als unbegründet zurückzuweisen. Beschluß vom 1. Februar 1906; Beschw.-Reg. Nr. 32/06.

III. Literatur.

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.

a) **Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 unter besonderer Berücksichtigung des Bayerischen Ausführungsgesetzes und der einschlägigen Vollzugsvorschriften erläutert von Anton Steiner, Amtsrichter in München. 1905. Geb. 9 Mk. 60 Pfg.**

In glücklicher Weise behandelt der Verfasser unter Verwertung der Literatur und Rechtsprechung die gerade jetzt beim allmähligen Ausscheiden der Subhastationsordnung in der Praxis auftretenden Fragen des Übergangsrechts. Bemerkenswert ist die Übersichtlichkeit, Klarheit und Selbständigkeit der Erläuterungen des Gesetzes, deren praktischer Wert durch Anführung zahlreicher, mit Verweisungen auf die einschlägigen Gesetzesstellen versehener Beispiele erhöht wird. Der Anhang enthält gebührenrechtliche Bestimmungen. Ein ausführlich bearbeitetes Sachregister bildet den Schluß des Werkes.

b) **Grundriß des materiellen Liegenschaftsrechts des BGB. unter Berücksichtigung der Bayer. Ausführungs- und Übergangsvorschriften bearbeitet von Siegfried Schwab, Amtsrichter in Schwabach. 1905.**

Eine knappe, aber in ihrem systematischen Aufbau übersichtlich und praktisch angelegte Zusammenstellung des materiellen Liegenschaftsrechts des BGB. Für den bayerischen Praktiker als Nachschlagebuch besonders verwertbar mit Rücksicht auf die in das System eingefügten Hinweise auf die Bayer. Ausführungs- und Übergangsvorschriften. H.

Redaktions-Adresse z. Zt.: München, Luisenstraße 3/III.

Für die Redaktion verantwortlich: Landgerichtsrat Dr. Engelmann in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 8. 15. April 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Schäfer, Voraussetzungen der freihändigen Veräußerung von Grundstücken im Konkurse. Wirkung derselben auf Absonderungsrechte, insbesondere Hypotheken. Verzicht auf Absonderungsrechte. Meyer, Zur Auslegung und Anwendung des § 30 StPO. Warneyer, Der Bestimmung in § 177 Abs. 1 Satz 2 FGG. wird genügt, wenn die Beteiligten hinter den Worten: „vorgelesen, genehmigt" ihren Namen unterzeichnen, dann der Vermerk „unterschrieben" und die Unterschrift des protokollierenden Beamten folgt. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civil- und Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civil- und Strafsachen); Oberlandesgericht München (Civilsachen); Oberlandesgericht Nürnberg. III. Vermischte Nachrichten. IV. Literatur.

I. Abhandlungen.

Voraussetzungen der freihändigen Veräußerung von Grundstücken im Konkurse. Wirkung derselben auf Absonderungsrechte, insbesondere Hypotheken. Verzicht auf Absonderungsrechte.

§§ 6, 47, 64, 117, 126, 127, 134, 153 KO.

Nach einem praktischen Falle erörtert von Oberlandesgerichtsrat Schäfer in Bamberg.

In einem im Jahre 1899 eröffneten Konkurse entschloß sich der Konkursverwalter, das dem Gemeinschuldner gehörige, mit Hypotheken belastete Grundvermögen aus freier Hand, d. h. nicht in den Formen der Zwangsvollstreckung, im Wege öffentlicher notarieller Versteigerung zu veräußern. Er erwirkte hierzu, da ein Gläubigerausschuß nicht bestellt war, die Genehmigung der Gläubigerversammlung, welche jedoch nur unter der Bedingung erteilt wurde, daß auch die Hypothekgläubiger sich damit einverstanden erklärten. Auch diese willigten in die öffentliche Versteigerung ein. Solche fand in Anwesenheit des Konkursverwalters statt. Durch den erzielten Strichserlös konnte nur die I. Hypothek ganz, die II. aber bloß teilweise gedeckt werden, während noch mehrere weitere Hypotheken vollständig ausfielen. Dessenungeachtet erteilte der Verwalter ohne Anhörung der nicht gedeckten Hypothekengläubiger sofort nach der Versteigerung definitiv den Zuschlag. Die Verteilung des Strichserlöses fand nach der gesetzlichen Rangordnung statt. Sämtliche Hypothekengläubiger ließen ihre Hypotheken löschen, mit Ausnahme des zweiten. Dieser, welcher vor der Versteigerung seine ganze Forderung unter Beanspruchung des Absonderungsrechtes im Konkursverfahren angemeldet hatte, erklärte sich nur zur Teillöschung, soweit er wirklich gedeckt worden war, bereit. Die Ansteigerer der Grundstücke

erhoben darauf im Jahre 1902 Klage auf Löschung gegen diesen Hypothekgläubiger. Das Landgericht gab der Klage statt unter folgenden Ausführungen:

Der Beklagte habe seine Zustimmung zur Versteigerung ohne Vorbehalt gegeben und solche insbesondere nicht an die Bedingung geknüpft, daß er aus dem Erlös mit seiner Hypothek befriedigt wurde; er habe bei der Erteilung seiner Zustimmung nur bemerkt, eine solche sei gar nicht notwendig, weil der Konkursverwalter zum Verkauf aus freier Hand nur der Genehmigung der Gläubiger bedürfe; die Zustimmung der Hypothekengläubiger sei hier erforderlich gewesen, da die Gläubigerversammlung den Konkursverwalter nur ermächtigt habe, mit Zustimmung der Hypothekengläubiger den freihändigen Verkauf durchzuführen. Es frage sich, ob durch die Versteigerung des schuldnerischen Grundbesitzes die Hypothek des Beklagten erloschen sei, oder ob diese trotz der ihm aus dem Erlös nach dem Rangververhältnisse seiner Hypothek zugegangenen Teilbefriedigung in der im Konkursverfahren ungedeckt gebliebenen Höhe noch zu Recht bestehe. Bei Beantwortung dieser Frage sei davon auszugehen, daß vom Standpunkte des Gemeinschuldners, welcher allein maßgebend sei, die Versteigerung seiner Immobilien sich als ein unfreiwilliger Verkauf darstelle ohne Rücksicht darauf, ob die Versteigerung im Rahmen der Subhastationsordnung erfolgte oder ob sie der Kostenersparung halber auf Grund des § 122 (jetzt § 134) KO. durch freihändigen Verstrich betätigt worden sei. Auch bei der letzteren handle es sich nicht um eine freiwillige Veräußerung seitens des Grundbesitzers, des Gemeinschuldners, sondern um die im Wege des Konkursverfahrens betriebene Versilberung der Immobilien des Kridars durch den Konkursverwalter und bezwecke auch der freihändige Verstrich nichts anderes als die Befriedigung der Konkursgläubiger durch Veräußerung der zur Masse gehörigen Grundstücke. Daraus ergebe sich, daß die vom Konkursverwalter durchgeführte freihändige Versteigerung materiell einer Zwangsvollstreckung gleichstehe (RGer. in Civils. Bd. 42 S. 89). Dementsprechend sei auch der Strichserlös im Anschluß an die in Art. 107, 108 der Bayer. Subh.-Ordn. aufgestellten Rangordnung verteilt worden. Die materielle Gleichstellung der freihändigen Versteigerung mit der Durchführung einer formellen Zwangsvollstreckung äußere als weitere Wirkung die Erlöschung der auf den Versteigerungsobjekten ruhenden Hypotheken. Dem Beklagten stehe überdies der § 57 (jetzt § 64) KO. entgegen: er habe den Ausfall, den er als Absonderungsberechtigter bei der Versteigerung der Grundstücke erlitten, zu den nicht berechtigten Forderungen angemeldet und die ihn hiernach für den Ausfall treffende Quote angenommen. In der Anmeldung des Ausfalls und in der Annahme der Quote als nicht berechtigter Gläubiger sei ein Verzicht auf weitere Rechte aus den Immobilien gelegen.

Der Beklagte legte gegen dieses Urteil Berufung ein. In der II. Instanz kam ein Vergleich zustande, wonach die Kläger dem Beklagten die Hälfte seiner noch ungedeckten Forderung zu zahlen versprachen, der Konkursverwalter einen Anteil der beklagtischen Kosten übernahm und der Beklagte die Löschung bewilligte. Da infolge des Vergleichs die dem Prozesse zugrunde liegenden interessanten Rechtsfragen im II. Rechtszuge nicht zur Entscheidung gelangten, dürfte eine kurze Erörterung derselben hier gestattet sein. Obwohl die fragliche Konkurssache nach dem bisherigen Rechte zu behandeln war, soll doch im folgenden, da die einschlägigen Gesetzesstellen in sachlicher Hinsicht übereinstimmen, aus Zweckmäßigkeitsgründen nur das neue Konkursrecht in Anwendung gebracht werden.

Es ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen dem Konkursverwalter die freihändige Veräußerung von Grundstücken, die zur Masse gehören, erlaubt ist, ferner welche Wirkung diese Veräußerung hinsichtlich der auf den Grundstücken haftenden dinglichen Rechte hat, endlich wie ein Verzicht der Realgläubiger auf ihr Absonderungsrecht beschaffen sein muß.

I.

Der Konkursverwalter hat gemäß § 6 Abs. 2, § 117 Abs. 1 KO. das Recht und die Pflicht, das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu verwerten. Er muß also die beweglichen und unbeweglichen Gegenstände veräußern; hierzu stehen ihm zwei Wege offen: die Veräußerung aus freier Hand und das Zwangsvollstreckungsverfahren. Bei beweglichen Sachen steht dem Konkursverwalter das unbeschränkte Wahlrecht zwischen beiden Wegen zu (Jäger, Komm. z. KO., 2. Aufl. § 127 Anm. 2); bei unbeweglichen Gegenständen jedoch ist er nach § 134 Nr. 1 KO. bezüglich der Veräußerung aus freier Hand verpflichtet, die Genehmigung des Gläubigerausschusses, und wenn ein solcher nicht bestellt ist, die Genehmigung einer Gläubigerversammlung einzuholen (Jäger a. a. O. § 134 Anm. 1). Was aber unter Veräußerung aus freier Hand zu verstehen ist, darüber besteht in der Rechtslehre eine Meinungsverschiedenheit.

Während von einem Teil der Rechtslehre (v. Sarwey-Bossert, Komm. z. KO., 4. Aufl. § 134 Anm. 3; L. Seuffert, Das Konkursprozeßrecht § 48 Note 14; Wolff, Komm. z. KO. § 134 Anm. 3; v. Wilmowski-Kurlbaum, Komm. z. KO., 6. Aufl. § 134 Anm. 1; Willenbücher, Komm. z. KO., 2. Aufl. S. 197; Meyer, Die KO., Handausgabe § 134 Anm. I, 1) behauptet wird, freihändig sei jede Veräußerung, welche nicht in der Form der Zwangsvollstreckung erfolge, so daß in allen Fällen nicht vollstreckungsmäßiger Veräußerung die Genehmigung nach § 134 Nr. 1 erforderlich sei, stellen andere (Jäger a. a. O. § 134 Anm. 1; Petersen-Kleinfeller, Komm. z. KO., 4. Aufl. § 134 Anm. 15; Fitting, Reichskonkursrecht und Konkursverfahren, 3. Aufl. § 23 Note 35; Endemann, Konkursverfahren § 72 Note 45) die Ansicht auf, freihändig sei bloß die nichtöffentliche Veräußerung, nicht aber auch die öffentliche freiwillige Versteigerung, so daß bei letzterer die erwähnte Genehmigung nicht einzuholen sei.

Die erstere Meinung dürfte die richtige sein aus folgenden Gründen.

Jäger bringt a. a. O. zur Rechtfertigung des Satzes, daß die freiwillige öffentliche Versteigerung als konsensfrei gelten müsse, vor, die freiwillige Veräußerung bilde nach § 21 Abs. 3 KO. den Gegensatz zur Zwangsversteigerung, die freihändige Veräußerung aber den Gegensatz zur öffentlichen Versteigerung im Sinne des § 383 Abs. 3 mit § 156 BGB.; ohne zwingenden Grund dürfe nicht zugegeben werden, daß die dem neuen Reichsrecht angepaßte KO. die Veräußerung aus freier Hand anders als das BGB. (z. B. in den §§ 388, 1221), die CPO. (§ 820) und das HGB. (§ 373 Abs. 2) im Gegensatz zur Veräußerung in den Formen der Zwangsvollstreckung stelle; freihändig sei vielmehr nur die nichtöffentliche Veräußerung, nicht aber auch die freiwillige öffentliche Versteigerung, welche die durch § 134 Nr. 1 angestrebte Garantie für ordnungsmäßige Verwertung biete. Hiergegen ist Nachstehendes zu bemerken.

Die Unterscheidung zwischen „freiwillig" und „freihändig" ist nicht zutreffend; beide Ausdrücke sind vielmehr hier gleichbedeutend. Frei ist gleich „nicht gehindert" oder „nicht gebunden"; freiwillig ist also die Veräußerung,

wenn der Wille, sie vorzunehmen, nicht gehindert, und freihändig, wenn die Hand, welche diesen Willen ausführt, nicht gebunden ist. Beides läuft sonach auf das nämliche hinaus. Die KO. gebraucht auch beide Worte als gleichbedeutend; denn die in § 21 Abs. 3 erwähnte „freiwillige Veräußerung" ist nichts anderes als die „Veräußerung aus freier Hand" in § 134 Nr. 1. Den Gegensatz dazu bildet die vollstreckungsmäßige Veräußerung, welche ohne den Willen und ohne die Hand des Eigentümers erfolgt.

Richtig ist, daß die in der KO. vorkommenden Ausdrücke nicht in einem anderen Sinne aufgefaßt werden dürfen als im übrigen Reichsrecht; das geschieht aber auch hier nicht. Der § 134 Nr. 1 spricht von Veräußerung aus freier Hand, ohne einen Gegensatz zu bezeichnen, die citierten Gesetzesstellen aus BGB., CPO. und HGB. aber sprechen von Verkauf aus freier Hand im Gegensatz zur öffentlichen Versteigerung. Veräußerung und Verkauf ist also nicht dasselbe.

Unter Veräußerung im Sinne des BGB. versteht man ein Rechtsgeschäft, durch welches jemand ein ihm zustehendes Recht auf einem anderen überträgt (Windscheid-Kipp, Pand., 8. Aufl. § 69 S. 273; Staudinger, Komm. z. BGB., 2. Aufl. Bd. 1 S. 305 VIII B.; Endemann, Lehrb. des B. R., 8. Aufl. Bd. 1 S. 285 Note 19). Hier handelt es sich um Übertragung des Eigentums an unbeweglichen Gegenständen unter Lebenden und zwar, da der Konkursverwalter zu Schenkungen nicht befugt ist (Jäger a. a. O. § 6 Anm. 36, § 133 Anm. 2) gegen Entgelt. Es fallen also hier unter den Begriff „Veräußerung" nur Verkauf und Vertauschung. Verkauf im weiteren Sinne ist die Veräußerung einer Sache gegen einem bestimmten Preis in Geld (§ 433 BGB.). Mit Rücksicht auf die Art der Preisfestsetzung ist zu unterscheiden zwischen Verkauf im engeren Sinne und Versteigerung. Letztere ist gemäß § 461 BGB. auch ein Verkauf; der Unterschied besteht bloß darin, daß bei der Versteigerung der Preis durch Angebot des Käufers und Zuschlag des Verkäufers nach § 156 a. a. O., beim Verkauf durch direkte Unterhandlung zwischen Käufer und Verkäufer bestimmt wird. Es umfaßt der Begriff Veräußerung demnach sowohl den Verkauf im engeren Sinne, als auch die Versteigerung. Die oben angeführten Paragraphen aus BGB., CPO. und HGB. stellen den Verkauf im engeren Sinne und die öffentliche Versteigerung einander gegenüber. Ein solcher Gegensatz findet sich in § 134 Nr. 1 nicht und konnte auch nach dem oben entwickelten Begriffe von Veräußerung nicht aufgestellt werden. Eine sich widersprechende Auslegung des Konkursrechts und des übrigen Reichsrechts liegt also hier nicht vor.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ergibt sich auch aus dem Gesetzestext. Wenn in § 134 Nr. 1 die freiwillige öffentliche Versteigerung von der Konsenspflicht hätte ausgenommen werden wollen, so hätte dies der Gesetzgeber leicht ausdrücken können durch einen Zusatz z. B.: „wenn ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand ohne öffentliche Versteigerung ... veräußert werden soll", und er hätte es sicherlich ebenso getan, wie im BGB., im HGB. und in der CPO., wenn er die Ausnahme gewollt hätte. Daß aber eine solche nicht beabsichtigt war, zeigen die Motive klar und deutlich, wo es heißt: „Mit ihr (Veräußerung eines Bezugsrechts) stellt die Nr. 1 des § 122 (jetzt § 134) zwei andere Fälle außerordentlicher Veräußerung zusammen, die Fälle, daß ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand, also nicht in den Formen einer Zwangsvollstreckung .... veräußert werden soll" (Hahn, Materialien Bd. 4 S. 320). Hier ist von einem Gegensatz zwischen freihändiger Veräußerung und freiwilliger öffentlicher Versteigerung keine Rede,

sondern bestimmt ausgedrückt, daß der Gegensatz zur freihändigen Veräußerung die zwangsvollstreckungsmäßige sei. Mit Recht bemerkt L. Seuffert a. a. O. hierzu, man dürfe sich bei Wortauslegungen nicht ohne zwingenden Grund von den Motiven entfernen.

Das einzige, was für die gegnerische Ansicht mit Grund vorgebracht werden kann, ist, daß durch die freiwillige öffentliche Versteigerung die in § 134 Nr. 1 angestrebte Garantie für ordnungsmäßige Verwertung geboten wird; allein das Gesetz hat sich damit nicht begnügt, sondern bei jeder freihändigen Veräußerung von Grundstücken, sei es Verkauf oder Versteigerung, die Einholung der Genehmigung angeordnet und zwar mit Recht; denn es handelt sich dabei um eine wichtige Maßregel, welche die Motive a. a. O. als einen Fall außerordentlicher Veräußerung bezeichnen. Bei beweglichen Gegenständen hat das Gesetz dem Konkursverwalter das freie Wahlrecht bezüglich der Art der Veräußerung gelassen, weil die Mobiliarmasse meistens den geringeren Teil des Konkursvermögens bildet und bei dem niedrigen Werte der einzelnen Sachen die Art der Veräußerung nicht so wichtig ist. Bei Immobilien handelt es sich aber gewöhnlich um bedeutendere Werte; hier hat die Gläubigerschaft ein großes Interesse daran, jedesmal gehört zu werden, wenn der Konkursverwalter eine freihändige Veräußerung vor hat. Es dürfte sonach die Ansicht, daß bei jeder Veräußerung von Grundstücken, welche nicht in den Formen der Zwangsvollstreckung erfolgt, die Genehmigungspflicht nach § 134 Nr. 1 besteht, wohl begründet sein. Im gegenwärtigen Falle hat sich der Konkursverwalter dieser Ansicht angeschlossen und trotz der von ihm beabsichtigten freiwilligen öffentlichen Versteigerung die Genehmigung der Gläubigerversammlung eingeholt.

Ob zu der freihändigen Veräußerung der unbeweglichen Gegenstände auch die Einwilligung der absonderungsberechtigten Gläubiger erforderlich war, soll später besprochen werden.

II.

Die Ansicht des Landgerichts, daß die freiwillige öffentliche Versteigerung des Grundvermögens durch den Konkursverwalter materiell gleichgestellt sei mit einer formalen Zwangsvollstreckung und daher die gleiche Wirkung bezüglich der auf den Grundstücken haftenden Belastung habe, ist irrig.

Das Konkursverfahren ist allerdings an sich ein Zwangsverfahren (Universalexekution) und deshalb vom Standpunkte des Gemeinschuldners aus, welcher aber nicht allein maßgebend ist, weil auch die Gläubiger zu berücksichtigen sind, auch die vom Verwalter vorgenommene freiwillige Veräußerung der Immobilien eine Zwangsmaßregel; allein das ist nicht gleichbedeutend mit Zwangsvollstreckung. Da der Konkursverwalter nur die Rolle eines Pflegers hat und kein Organ der staatlichen Zwangsgewalt ist, sind die von ihm ohne die Zuziehung solcher Organe betätigten Veräußerungen freiwillige. Dies ergibt sich z. B. auch klar aus § 21 Abs. 3 KO., wonach eine vom Verwalter vorgenommene freiwillige Veräußerung des von dem Gemeinschuldner vermieteten oder verpachteten Grundstücks auf das Miet- oder Pachtverhältnis wie eine Zwangsversteigerung wirkt; diese Bestimmung wäre ganz überflüssig, wenn die freiwillige Versteigerung schon einer Zwangsversteigerung gleich wäre. Nur die vom Verwalter in den Formen der Zwangsvollstreckung durchgeführte Veräußerung steht auch ihren Wirkungen nach der Zwangsvollstreckung gleich, sodaß hierdurch die dinglichen Belastungen (Hypotheken) erlöschen (Bayer. Hyp.-Ges. § 76 Ziff. 6, § 81; Regelsberger, Bayer. Hyp.-

Recht, 3. Aufl. S. 471 IV; ZVG. § 52 Abs. 1, § 91 Abs. 1). Bei freihändiger Veräußerung muß der Konkursverwalter entweder die Absonderungsrechte, welche auf den Grundstücken ruhen, durch Befriedigung der Gläubiger beseitigen, oder sie gehen unberührt auf die Ansteigerer über (Jäger a. a. O. § 126 Anm. 2; v. Sarwey-Bossert a. a. O. § 126 Ziff. 2 Abs. 2; Petersen-Kleinfeller a. a. O. §§ 126, 127 Ziff. 2; Das Recht 1903 S. 547—548).

Das landgerichtliche Urteil stützt sich hauptsächlich auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. November 1898. In dem derselben zugrunde liegende Fall hatte der Konkursverwalter ein Speditionsinventar durch einen Gerichtsvollzieher für die Konkursmasse versteigern lassen. Schon vorher hatte ein Hypothekgläubiger dem Verwalter gegenüber ein Absonderungsrecht an den Inventar geltend gemacht, indem er solches als Zubehör der ihm als Hypothekgläubiger verpfändeten Grundstücke des Kridars in Anspruch nahm. Als ungeachtet seines Widerspruchs die Veräußerung des Inventars aus freier Hand erfolgt war, erhob der Gläubiger Klage auf Herausgabe des Strichserlöses. Das Reichsgericht erklärte diesen in den beiden Vorinstanzen abgewiesenen Anspruch für begründet. Der Berufungsrichter hatte ausgeführt, es sei der Eigentümer eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks in der Verfügung über die der Hypothek haftenden beweglichen Zubehörstücke, so lange sie nicht beschlagnahmt seien, nicht beschränkt; solche Zubehörungen würden durch die Veräußerung und Wegschaffung aus dem Pfandverbande gelöst; der Hypothekgläubiger habe hiegegen kein Wiederspruchsrecht; die fragliche Verwertung durch den Konkursverwalter sei kein Akt der Zwangsvollstreckung, sondern stehe jener durch den Eigentümer gleich. Hiegegen bemerkte das Reichsgericht, der Hypothekgläubiger nehme kein dingliches Recht an den veräußerten Zubehörungen selbst in Anspruch, sondern erkenne an, daß sie durch die Veräußerung und Wegschaffung von seinem dinglichen Rechte frei geworden seien, verlange aber dafür abgesonderte Befriedigung aus dem Erlöse, und fuhr dann fort: „Wollte man die Veräußerung durch den Konkursverwalter der durch den Eigentümer erfolgten lediglich gleichstellen, so würde dabei übersehen, daß der Verwalter nicht bloß die Interessen des Kridars, sondern auch die der Gläubiger wahrzunehmen hat, und daß die Veräußerung der zur Masse gehörigen Gegenstände zum Zwecke der Befriedigung der Konkursgläubiger erfolgt. Dieser letztere Umstand ist ausschlaggebend. Von ihm aus muß, wenn es auch richtig sein mag, daß eine solche Veräußerung nicht schlechthin und nicht in allen Beziehungen als eine Zwangsvollstreckung betrachtet werden darf (Jur. Wochenschr. 1886 S. 358 Nr. 18), doch anerkannt werden, daß sie materiell einer solchen gleichsteht, und daß sie in Beziehung auf dritte, denen das Gesetz ein Widerspruchs- oder Vorzugsrecht für den Fall einer Zwangsvollstreckung beigelegt hat, wie eine solche wirkt." Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß das Reichsgericht hier ausdrücklich erklärt hat, eine freihändige Veräußerung durch den Konkursverwalter sei nicht schlechthin und nicht in jeder Beziehung eine Zwangsvollstreckung. Wenn sodann die freihändige Veräußerung der vollstreckungsmäßigen materiell gleichgestellt und für die Absonderungsberechtigten wie eine Vollstreckung wirkend bezeichnet wird, so ist dies nur dahin zu verstehen, daß durch beide Arten der Veräußerung dem Absonderungsgläubiger der ihm haftende Gegenstand selbst entzogen wird und an dessen Stelle der Erlös tritt. Diese Entscheidung paßt also nur auf die damals vorliegende Veräußerung von beweglichen Zubehörungen und nicht auf die hier fragliche Verwertung von Grundstücken. Die ersteren werden

durch die Veräußerung und Wegschaffung vom Grundstücke, bevor sie zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind, von der Haftung für die dinglichen Lasten frei (§ 35 Bayer. Hyp.-Ges.; § 1121 Abs. 1 BGB.) und es kann dann der Gläubiger vom Konkursverwalter nur den Erlös, nach dem BGB. a. a. O. nicht einmal diesen mehr (Jäger a. a. O. § 4 Anm. 5), verlangen. Anders ist es aber bei der Veräußerung der verpfändeten Grundstücke; hier geht bei freihändiger Veräußerung die dingliche Last nicht unter; dies tritt, wie schon erwähnt, nur bei der vollstreckungsmäßigen Veräußerung ein. Das reichsgerichtliche Urteil war also im gegebenen Falle nicht anwendbar und beweist für die hier strittige Frage nichts.

Wenn die freihändige Veräußerung von Immobilien einer Zwangsvollstreckung gleich wäre, so würde die erhobene Löschungsklage überflüssig sein; denn es müßte die Löschung der Hypotheken dann doch von Amts wegen herbeigeführt werden, wie dies in Art. 94 der Bayer. Subh.-Ordn. bezüglich des Hypothekenbuchs und in §§ 130, 158 ZVG. bezüglich des Grundbuchs vorgeschrieben ist. Allein die KO. hat dem Konkursrichter eine ähnliche Verpflichtung hinsichtlich der freihändigen Veräußerung von Grundstücken nicht auferlegt und die vollstreckungsmäßige ganz aus dem Konkursverfahren ausgeschieden (§ 126 a. a. O.). Das Gesetz würde also, wenn die freihändige Veräußerung der Zwangsvollstreckung gleich wäre, gar keine Handhabe zur Vereinigung der öffentlichen Bücher bieten und es wären die Ansteigerer hiewegen auf den guten Willen der Realgläubiger oder auf den Prozeßweg angewiesen, was man doch gewiß nicht als ein ordnungsmäßiges Verfahren bezeichnen könnte. Es folgt auch aus diesem Mangel an gesetzlichen Vorschriften, daß die freihändige Veräußerung von Immobilien die Wirkung einer vollstreckungsmäßigen den Realgläubigern gegenüber nicht haben kann.

Nebenbei sei noch bemerkt, daß nicht einmal bei beweglichen Sachen die freihändige Verwertung als ein Zwangsvollstreckungsakt im Sinne der CPO. erachtet wird; denn sonst wäre die in § 127 a. a. O. dem Konkursverwalter ausdrücklich erteilte Ermächtigung, eine mit Absonderungsrechten belastete Sache im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwerten, überflüssig.

Aus dem angeführten ergibt sich, daß die freihändige Veräußerung durch den Konkursverwalter lediglich eine Verwaltungstätigkeit desselben bildet und weder formell noch materiell den Charakter einer Zwangsvollstreckung hat.

III.

Schließlich fragt es sich, welchen Einfluß die dem Konkursverwalter gegenüber erklärte Einwilligung des Hypothekgläubigers in die freihändige Veräußerung der Grundstücke, dann die Anmeldung der Hypothekforderung im Konkurse, die Annahme des Anteils an Strichserlöse und der Ausfallquote auf die Rechtslage hat, insbesondere ob darin ein Verzicht auf das Absonderungsrecht zu finden ist.

Verzicht ist die Aufgabe eines Rechtes schlechthin (Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. 1 S. 274). Der Realgläubiger kann sein dingliches Recht (Hypothek) ganz oder teilweise aufgeben (§§ 418, 1165, 1168, 1169, 1175, 1178 BGB.). Verschieden davon ist aber die Verzichtleistung auf den Absonderungsanspruch im Konkurse. Ob dieser Anspruch, welcher sich allerdings auf das außerhalb des Konkurses bestehende dingliche Recht gründet, ein selbständiges Recht bildet (Jäger a. a. O. § 47 Anm. 1) oder nicht (Meyer a. a. O. § 47 Anm. 1; L. Seuffert a. a. O. S. 102), kann dahingestellt bleiben; denn wenn auch der Absonderungsanspruch stets ein akzessorischer wäre,

so wirkt doch das Aufgeben desselben auf das ihm zugrunde liegende dingliche Recht zurück und bringt es mittelbar zur Aufhebung.

Strittig ist, ob zum Aufgeben des Absonderungsanspruchs ein einseitiger Verzicht genügt oder ob zu einem bindenden Verzicht dessen Annahme durch den Verwalter erforderlich ist oder ob der Gläubiger mindestens seinen Verzichtswillen in der durch die Natur des betreffenden dinglichen Rechtes bedingten Weise (z. B. Löschung einer Hypothek) äußern muß (Jäger a. a. O. § 64 Anm. 9; Eccius in Gruchot's Beitr. Bd. 45 S. 175 f.). Erstere Ansicht, wonach der Verzicht auf den Absonderungsanspruch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ist, dürfte die richtige sein. Einseitiger Verzicht ist statthaft bei solchen Rechten, die eine einseitige Verfügungsmacht verleihen (Endemann, B. R. a. a. O. Bd. 1 S. 856 Note 3); darunter fällt auch das Absonderungsrecht (Mot. S. 275; Hahn a. a. O. S. 256). Die Verzichtserklärung ist dem Konkursverwalter gegenüber abzugeben, sie ist an eine besondere Form nicht gebunden, auch wenn es sich um Aufgabe dinglicher Rechte handelt (vgl. §§ 875, 1168, 1178, 1183, 1192, 1199 BGB., §§ 27, 29, 47 GBO.), für welche eine bestimmte Formvorschrift besteht. In diesem Falle bildet der Verzicht auf den Absonderungsanspruch das obligatorische Grundgeschäft, welches auch den Verlust des dinglichen Rechts herbeiführt. Hier handelt es sich um Verzicht auf das Absonderungsrecht für eine Hypothek; auf diese kann nur in einer besonderen Form (Beurkundung vor Gericht oder Notar) verzichtet werden (§ 79 Bayer. Hyp.-Ges.; Gütl-Henle, Komm. hierzu, 3. Aufl., § 79 Note 2, 3; Oberstes LG. Samml. Bd. 2 S. 388, Bd. 3 S. 402; § 29 GBO.); die in dieser Form zu erklärende Einwilligung des Gläubigers in die Löschung der Hypothek ist nur eine erzwingbare Folge des Verzichts auf Absonderung (Jäger a. a. O. § 64 Anm. 9, § 153 Anm. 3).

Strittig ist ferner, ob der Verzicht auf den Absonderungsanspruch ausdrücklich erklärt werden muß, oder ob er auch stillschweigend durch konkludente Handlung erfolgen kann. Letzterer Ansicht (Jäger a. a. O. § 64 Anm. 11; L. Seuffert a. a. O. S. 436; Willenbücher a. a. O. S. 140; v. Sarwey-Bossert a. a. O. § 64 Anm. 3; v. Wilmowski-Kurlbaum a. a. O. § 64 Anm. 6, gegen Petersen-Kleinfeller a. a. O. § 64 Anm. 5) ist beizutreten. Die KO. enthält über die Abgabe von Willenserklärungen keine Vorschriften; es greifen daher die des bürgerlichen Rechtes Platz. Nach diesem ist dem Willensentschluß als einem inneren seelischen Vorgange erst dann eine Bedeutung beizulegen, wenn er auf eine im Rechtsverkehr verständliche Weise, d. h. durch ein bestimmtes äußeres Verhalten des Wollenden, erkennbar geworden ist; es muß dieses Verhalten, wenn es nach dem im Verkehr üblichen Grundsätzen beurteilt wird, zum Schluß auf den Willen nötigen (Staudinger a. a. O. Bd. 1 S. 331). Die obigen Rechtslehrer verlangen, daß der durch konkludente Handlungen geäußerte Verzicht auf das Absonderungsrecht unzweifelhaft erkennbar, bestimmt und unbedingt sein müsse. Wenn die Motive (S. 274; Hahn a. a. O. S. 255) sagen, ein stillschweigender Verzicht sei nicht annehmbar, so bedeutet das nur, daß ein zwar stillschweigend vorhandener, aber nicht durch entsprechendes Verhalten kundgegebener Verzicht nicht beachtet werden könne.

Im vorliegenden Falle hat der Hypothekgläubiger eine ausdrückliche Verzichtserklärung nicht abgegeben; es fragt sich daher, ob aus seinem eben dargelegten Verhalten diese Erklärung unzweifelhaft erkennbar hervorgeht.

1) Die Einwilligung des Hypothekgläubigers in die freihändige Veräußerung kann nicht als Verzicht auf den Absonderungsanspruch ausgelegt

werden. Solche war gesetzlich nicht erforderlich; denn der Konkursverwalter hat an Stelle des Gemeinschuldners das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die zur Masse gehörigen Gegenstände (§ 6 Abs. 2 KO.); er kann also auch, wie letzterer es hätte tun können, das Grundvermögen mit der darauf ruhenden Belastung, ohne sich um die Hypothekengläubiger zu bekümmern, freihändig veräußern (Petersen-Kleinfeller a. a. O. § 4 Anm. 5). Hier war aber die Einwilligung der Gläubiger aus einem tatsächlichen Grunde einzuholen, weil die Gläubigerversammlung dies zur Bedingung ihrer Genehmigung gemacht hatte.

Diese Einwilligung, welche dem Verwalter schriftlich mitgeteilt wurde, war eine ausdrückliche Willenserklärung, nicht eine konkludente Handlung. Willenserklärungen sind nach § 133 BGB. auszulegen; es ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften. Dadurch ist an dem alten Grundsatze, daß der Wortlaut einer Erklärung, insofern er deutlich und bestimmt ist, zunächst entscheidend sei, nichts geändert worden (Bayer. VGH. in Regers Entsch. Bd. 24 S. 380; RGer. in Das Recht Bd. 4 S. 153; Fischer-Henle, BGB., 6. Aufl. § 133 Anm. 3). Einwilligung in freihändige Veräußerung und Verzicht auf Absonderungsrecht sind ganz verschiedene Dinge. Die Erklärung des Gläubigers war hier deutlich und bestimmt, sie lautete nur auf Einwilligung in die freihändige Veräußerung der Grundstücke, und läßt die ausdehnende Auslegung, daß er damit auch erklärt habe, auf sein Absonderungsrecht, soweit er nicht durch den Strichserlös gedeckt werde, verzichten zu wollen, nicht zu. Vom Absonderungsanspruche war in der Willenserklärung des Gläubigers gar keine Rede und daß er nichts anderes als die Einwilligung in die Veräußerung im Auge hatte, ergibt sich aus dem Beisatz, daß die von ihm geforderte Einwilligung ja überflüssig sei. Letzteres war richtig, traf aber nicht zu, wenn unter der Einwilligung auch der Verzicht auf Absonderung zu verstehen gewesen wäre. Bei der Deutlichkeit seiner Erklärung brauchte der Gläubiger auch nicht, um den Schluß auf Verzicht abzuweisen, bezüglich des Absonderungsanspruchs einen ausdrücklichen Vorbehalt zu machen, und kann auch nicht angenommen werden, daß bei ihm arglistige Täuschung des Konkursverwalters beabsichtigt oder eine Mentalreservation vorhanden war. Letzterer hat offenbar fahrlässig gehandelt; er mußte sich sagen, daß die bloße Einwilligung in die Veräußerung keinen Wert habe, und daher von den Gläubigern vor der Versteigerung eine bestimmte Erklärung über den Verzicht auf das Absonderungsrecht verlangen oder doch bei der Versteigerung nur unter der Bedingung, daß die Hypothekgläubiger zustimmen, den Zuschlag erteilen, letzteres umsomehr, als er an dem Erfolg der Versteigerung, welche für die Konkursmasse keinen Überschuß ergab, gar kein Interesse hatte.

2) In der Anmeldung der Forderung an sich, auch wenn sie als Ausfallsforderung nicht bezeichnet ist, liegt kein Verzicht auf das Absonderungsrecht (Jäger a. a. O. § 64 Anm. 11; v. Sarwey-Bossert a. a. O. § 64 Anm. 3; Petersen-Kleinfeller a. a. O. § 4 Anm. 6, § 64 Note 5; Entsch. d. RGer. Bd. 16 S. 36, 70; Sächs. A. Bd. 2 S. 515; v. Wilmowski-Kurlbaum a. a. O. § 64 Anm. 6). Umsoweniger ist dies der Fall, wenn die Forderung, wie hier, ausdrücklich als Ausfallsforderung angemeldet wird; denn hierin liegt gerade die Geltendmachung des Absonderungsrechts.

3) Ob die vorbehaltlose Annahme der dem Hypothekgläubiger zugesendeten Geldbeträge, nämlich des auf die Hypothek treffenden Anteils am Strichserlös und der Ausfallsquote, als Verzicht auf die übrigen Ansprüche aus dem dinglichen Rechte anzusehen sei, das ist eine Tatfrage. Es liegt hier das gleiche

Verhältnis vor wie bei der vorbehaltlosen Annahme einer Zwangsvergleichsrate. Da die Zahlung eine rechtsgeschäftliche Verfügung, einen Vertrag enthält (Endemann, B. R. a. a. O. Bd. 1 § 141 S. 796 Note 10; Fischer-Henle a. a. O. Anm. 4), ist für ihre Wirkung der übereinstimmende Wille des Gläubigers und Schuldners maßgebend; es kommt hier auf den Willen des Gläubigers an, ob er durch die Annahme des Geldes auf sein Absonderungsrecht verzichten wollte; das ist jeweils nach den Umständen des Falles zu beurteilen (Jäger a. a. O. § 64 Anm. 11; L. Seuffert a. a. O. S. 436; Meyer a. a. O. § 64 Anm. II; Petersen-Kleinfeller a. a. O. § 64 Note 6; Entsch. d. RGer. in Bolze Bd. 11 Nr. 932 und in Jur. Wochenschr. 1896 S. 35 Nr. 26). Wenn der Gläubiger hier, wie er behauptet, wirklich nach der Versteigerung und kurz vor dem Geldempfang sein Absonderungsrecht wiederholt ausdrücklich geltend gemacht hat, so kann daraus wohl gefolgert werden, daß ihm bei Annahme der Zahlung der Verzichtswille fehlte. Dies ist umsomehr anzunehmen, als der Gläubiger, bevor die Zahlung erfolgte, weder den Nachweis des Verzichts, welcher hier mit der ausdrücklichen Verzichtserklärung dem Verwalter gegenüber zusammenfällt (Jäger a. a. O. § 153 Anm. 3), noch den Nachweis des Ausfalls, wie in § 153 Abs. 1 KO. vorgeschrieben, geführt hatte.

Zur Auslegung und Anwendung des § 30 StPO.

Von Landgerichtsrat Karl Meyer in München.

Die Bedeutung der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe ist verschieden. Der Ausschließungsgrund muß seitens des Gerichts von Amts wegen berücksichtigt werden. Er begründet den Mangel einer wesentlichen Prozeßvoraussetzung. Den Ablehnungsgrund darf das Gericht nur berücksichtigen, wenn er von einem Ablehnungsberechtigten geltend gemacht wird. Für ihn gilt die zeitliche Präklusion des § 25 StPO. Das Vorliegen eines Ausschließungsgrundes muß dagegen während des ganzen Verfahrens vom Gerichte beachtet werden. Die Nichtrüge oder Nichtkenntnis des Ausschließungsgrundes benimmt den Parteien im Rahmen des § 377 StPO. die Anfechtungsberechtigung nicht. Die Mitwirkung eines ablehnbaren, aber nicht rechtzeitig abgelehnten Richters gibt keinen Revisionsgrund [1]).

Zu den Regelbestimmungen in §§ 22 fg. StPO. tritt die Sonderbestimmung des § 30 StPO., die sich mit § 48 CPO. dem Wortlaute nach deckt und zwei Fälle umfaßt. Danach hat das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht auch dann zu entscheiden:

I. wenn Zweifel darüber, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, gleichviel aus welcher Veranlassung, entstehen;

II. wenn ein Ablehnungsgesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnisse Anzeige macht, welches seine Ablehnung rechtfertigen könnte.

Nach seiner Zweckbestimmung ist § 30 der Parteidisposition entrückt. Es bedarf für seine Anwendung keiner Parteierklärung. Die Vorschrift ist dem Gedanken entsprungen, daß das Gericht von Amts wegen dafür zu sorgen hat, daß sein Verfahren nicht als ungültig angefochten werde. Sie will ohne

1) Bennecke-Beling, Strafprozeßrecht S. 57 und 58; v. Kries, Strafprozeßrecht S. 122 fg.; Glaser, Handbuch des Strafprozesses Bd. 2 S. 128.

den Antrag einer Partei auf dienstlichem Wege die Mitwirkung eines Richters bei der Entscheidung abwenden und begründet für keinen der Prozeßbeteiligten — Staatsanwalt, Angeklagten und Verteidiger — ein Recht auf die Beschlußfassung. Diese tritt vielmehr von Amts wegen ein[2]).

Zu I. Es ist gleichgültig, aus welcher Veranlassung die Zweifel entstehen, ob sie von dem betreffenden Richter oder von einem anderen Mitgliede des Gerichts angeregt werden. Sie sind dann von Amts wegen zu erörtern und zu erledigen[3]). Allein notwendig ist, daß Zweifel bestehen. Diese müssen im Gerichte, also in der Hauptverhandlung im erkennenden Gerichte entstanden sein. Dabei ist es gleichgültig, ob die sämtlichen Mitglieder des Gerichts oder nur ein einzelnes von ihnen den Zweifel hegen. Ein Zweifel unter den Prozeßbeteiligten genügt dagegen nicht. Die Notwendigkeit zur Beschlußfassung nach § 30 StPO. entfällt, wenn das beschließende oder erkennende Gericht keinen Zweifel hat. Ueber das Nichtbestehen von Zweifeln braucht insbesondere das erkennende Gericht keine Erklärung abzugeben, sondern es kann die Hauptverhandlung einfach fortsetzen. Erfolgt aber eine derartige Erklärung, so hat sie lediglich die Bedeutung einer informierenden Mitteilung an die Prozeßbeteiligten, die kein Recht auf eine solche negative Erklärung haben. Erst dann, wenn solche Zweifel im Gerichte bestehen, tritt das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht in Tätigkeit.

Zu II. Ein Selbstablehnungsrecht des Richters kennt das Gesetz nicht. Entscheidet das Gericht, ein Ablehnungsgrund liege nicht vor, so hat der Richter weiter mitzuwirken. Bestritten ist, ob und inwieweit den Richter eine Verpflichtung zur Anzeige trifft. Löwe-Hellweg a. a. O. S. 255 und Bennecke-Beling a. a. O. S. 59 statuieren eine Anzeigepflicht nicht bloß für die Ausschließungsgründe, sondern auch für die Ablehnungsgründe. Andererseits beschränkt John a. a. O. S. 363 und anscheinend mit ihm auch Stenglein a. a. O. S. 148 diese dienstliche Pflicht des Richters auf die Fälle, in denen eine Tatsache vorliegt, welche die Ausschließung bedingen würde.

In den beiden Tatbeständen des § 30 StPO. ist die vorgesehene Entscheidung ein Internum des Gerichts. Ullmann a. a. O. S. 175 bezeichnet im ersten Falle die Entscheidung als einen Akt der Justizverwaltung[4]). Der Charakter einer inneren Angelegenheit des Gerichts bleibt der Entscheidung auch im zweiten Falle gewahrt, gleichviel ob der Richter infolge seiner Selbstanzeige ausgeschieden ist oder bei Nichtanerkennung derselben seinen Platz wieder eingenommen hat[5]).

Aus dem diskretionären Charakter dieses eine innere Angelegenheit des Gerichts betreffenden Beschlusses folgt weiter, daß der Staatsanwalt nicht vorher zu hören ist (§ 33 StPO.) und daß der Beschluß keiner Bekanntmachung und Zustellung (§ 35 Abs. 2) an die Parteien bedarf. Die Entscheidung ist auch mit der Beschwerde nicht anfechtbar[6]). Der von der Rechtslehre abweichende Beschluß des k. Oberlandesgerichts München vom 3. August

2) Glaser a. a. O. S. 128; John, Strafprozeßordnung Bd. 1 S. 363, 364; vgl. Ullmann, Strafprozeßrecht S. 175.

3) Löwe-Hellweg, StPO., 11. Aufl. S. 255; Glaser S. 128; Stenglein, StPO., 3. Aufl. S. 147.

4) Für den Civilprozeß vgl. Planck Bd. 1 S. 119; Gaupp-Stein, CPO., 4. Aufl. Bd. 1 S. 126.

5) Glaser a. a. O. S 128; John a. a. O. S. 364; Löwe-Hellweg S. 255; Stenglein S. 148.

6) Bennecke-Beling S. 59; John S. 364; Löwe-Hellweg S. 255; Stenglein S. 140. Hierzu Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 30 S. 123.

1886 (Entsch. dieses Gerichts Bd. 4 S. 283), der eine Zustellung des Beschlusses an die von ihm betroffenen Personen und eine Anfechtung mittels der fristlosen Beschwerde zuläßt, trägt dem amtlichen, dienstlichen Charakter der Beschlußfassung nach § 30 StPO. zu wenig Rechnung. Die Entscheidung, welche aktenkundig zu machen ist, muß dem Richter im Dienstwege eröffnet werden. Dieser interne Beschluß präjudiziert nicht den Anträgen der Ablehnungsberechtigten. Diese müssen vielmehr durch besondere Entscheidung erledigt werden[7]). Hier steht eine Beschlußfassung auf Parteiantrag, im Falle des § 30 eine solche aus dienstlichen Erwägungen in Frage.

Der Bestimmung in § 177 Abs. 1 Satz 2 FGG. wird genügt, wenn die Beteiligten hinter den Worten: „vorgelesen, genehmigt" ihren Namen unterzeichnen, dann der Vermerk „unterschrieben" und die Unterschrift des protokollierenden Beamten folgt.

Eingesendet von Amtsrichter Dr. Warneyer in Dresden.

Der Beschwerdeführer, Schmiedemeister X. in Dresden ist eingetragener Eigentümer des im Grundbuche von N. verzeichneten Grundstücks. In einer notariellen Urkunde vom 16. Oktober 1905 beantragte er, auf dieses Grundstück eine Hypothek von 10000 Mk. einzutragen. Die von ihm in Ausfertigung überreichte Urkunde wurde von dem als Grundbuchamt zuständigen Königlichen Amtsgericht in Dresden beanstandet, weil das Notariatsprotokoll insofern an einen wesentlichen Mangel leide, als der in ihm enthaltene Satz:

„Hierauf ist dieses Protokoll den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und mit

(folgen die Namen der Beteiligten)

eigenhändig unterschrieben worden."

dem § 177 Abs. 1 Satz 2 Fr. Ger.-Ges. nicht entspreche, die Feststellung der unterschriftlichen Vollziehung dürfe der Unterschrift nicht nachfolgen.

Auf eingelegte Beschwerde über die vorläufige Ablehnung der beantragten Eintragung (§ 18 der Grundbuchordnung) hat das Königliche Landgericht in Dresden die Beschwerde unter der Annahme abgewiesen, daß die Beanstandung begründet sei.

Die hiergegen von dem Grundstückseigentümer erhobene weitere Beschwerde wird von dem Königlichen Oberlandesgericht in Dresden für begründet gehalten. Das Oberlandesgericht hat ihr jedoch nicht selber abhelfen können, weil eine Abänderung des landgerichtlichen Beschlusses mit Bezug auf die erwähnte erste Bemängelung der Notariatsurkunde in Widerspruch stehen würde mit der reichsgerichtlichen Entscheidung, die in dem Urteile vom 11. Juli 1905 (Jur. Wochenschrift S. 54/[88]) zur Frage der Auslegung des § 177 Fr. Ger.-Ges. erlassen ist. Mit Rücksicht hierauf hat das Oberlandesgericht unter zutreffender Anwendung des § 28 Abs. 2 desselben Gesetzes die weitere Beschwerde dem Reichsgerichte vorgelegt.

Der entscheidende Senat des Reichsgericht hat nun bei wiederholter Prüfung seine in dem erwähnten Urteile vom 11. Juli 1905 entwickelte Rechtsansicht aufgegeben und ist dadurch zur Abänderung des angefochtenen landesgerichtlichen Beschlusses gelangt. Die bei der Auslegung des § 177 a. a. O.

7) John S. 364; Löwe-Hellweg S. 255.

in der Rechtswissenschaft und in der Rechtsprechung entstandenen Meinungsverschiedenheiten haben darin ihren Grund, daß die Gesetzesvorschriften über die gerichtliche Beurkundung von Rechtsgeschäften (§ 168 ff. a. a. O.) eine mit voller Schärfe durchgeführte Scheidung der urkundlichen Feststellungen, die den bei der Beurkundung mitwirkenden Personen obliegen, von der zur beurkundenden Handlungen der rechtsgeschäftlich beteiligten Personen nicht enthalten. Durch das in § 177 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes aufgestellte Erfordernis, daß das vorzulesende Protokoll von den Beteiligten genehmigt und unterschrieben werden muß, wird das Zustandekommen der öffentlichen Beurkundung von einem Zusammenwirken der „mitwirkenden Personen" und der „Beteiligten", u. s. w. nicht nur bei der Abfassung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen (§ 176 Abs. 1 Nr. 3), sondern ebenso bei der Feststellung äußerer Umstände und Vorgänge des Beurkundungsverfahrens, mithin mit Bezug auf solche Tatsachen abhängig gemacht, deren Beurkundung dem Wesen der Sache nach dem Urkundsbeamten und den etwa mitwirkenden „Urkundspersonen" (§ 198 Abs. 1) obliegt.

Das gilt sowohl von der Angabe des Ortes und des Tages der Verhandlung § 176 Abs. 1 Nr. 1 (vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 50 S. 215 f., als auch von der Bezeichnung der Beteiligten selbst und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen (§ 176 Abs. 1 Nr. 2; vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 50 S. 16 ff. insbesondere S. 20), tritt aber in seiner praktischen Bedeutungslosigkeit ganz besonders bei den Feststellungen hervor, die von dem Urkundsbeamten zu der Frage getroffen werden, ob die Beteiligten die nämlichen sind, für die sie sich ausgeben (§ 176 Abs. 3), da auch insoweit die Beteiligten nicht nur durch Vorlesung von dem Protokolle Kenntnis zu erhalten, sondern wörtlich genommen, das Protokoll zu genehmigen haben. Das Gesetz nötigt jedoch durch seine Fassung nicht dazu die Anforderung einer Bestätigung amtlicher Feststellungen durch die Beteiligten weiter auszudehnen, als das nach dem Zusammenhange der §§ 176 und 177 unabweisbar geboten erscheint.

Wenn nun in § 177 neben dem Verhandlungsakte der Vorlesung und Genehmigung des Protokolls und dem Beurkundungsakte der Unterzeichnung durch die Beteiligten ein urkundliches Zeugnis über diesen dreiteiligen Vorgang, also einen weiteren Beurkundungsakt vorschreibt, so ist das gleichfalls dem Wesen nach eine amtliche, und zwar vorzugsweise eine das Verhalten der Beteiligten mit öffentlichen Glauben bestätigende Feststellung. Daß sie aber nach der Absicht des Gesetzes im umgekehrten Verhältnis wiederum ihrerseits einer Bestätigung durch die Privatbeteiligten bedürfen und diese Bestätigung denselben Formerfordernissen der Verhandlung und Beurkundung unterliegen sollte, erscheint schon aus dem Grunde nicht annehmbar, weil ein Abschluß der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung sich streng genommen alsdann überhaupt nicht erreichen ließe. Das Schriftstück, welches gemäß § 177 Abs. 1 Satz 1 als „Protokoll" den Gegenstand der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung hier zunächst durch die Beteiligten und nicht auch schon durch die mitwirkenden Personen (vgl. § 174) zu bilden hat, braucht beim Beginn dieser Akte mit seinem Inhalt über die im § 176 vorgeschriebenen Bestandteile nicht hinauszugehen. Erst im Verlaufe des durch § 177 geregelten Protokollabschlußverfahrens treten ihm weitere Bestandteile hinzu, deren erste Stelle bei genauer Einhaltung der Verfahrensvorschriften die Unterschriften der Beteiligten einnehmen werden, während die durch § 177 Abs. 1 Satz 2 verlangte Feststellung, daß die Vorlesung Genehmigung und Unterzeichnung geschehen sei, bei ungezwungener Gesetzesauslegung einen Rückblick auf der Vergangenheit angehörige Vorgänge enthält und darum keineswegs an falscher

Stelle steht, wenn sie der Zeitfolge entsprechend auch räumlich jenen Unterschriften nachfolgt. In seiner früheren Entscheidung ist nun freilich der Senat davon ausgegangen, daß der Ausdruck „Protokoll" im § 177 Abs. 1 Satz 2 ganz dieselbe Bedeutung habe, wie im Satz 1, woraus gefolgert wurde, daß der durch Satz 2 vorgeschriebene Feststellungsvermerk als Teil des Protokolls nach geschehener Vorlesung von den Beteiligten gleichfalls zu genehmigen und zu unterschreiben sei.

Dies läßt sich jedoch im Ausgangspunkt und darum auch in der Schlußfolgerung nicht aufrecht erhalten. Nach der Verordnungsweise des Gesetzes, das im § 177 den Verhandlungs- und Beurkundungsvorgang und damit die Entstehung des Protokollabschlusses regelt, ist allenthalben, so oft an dieser Gesetzesstelle der Ausdruck „Protokoll" vorkommt, nicht von der fertigen, sondern von der in der fortschreitenden Vollendung begriffenen Urkunde die Rede. Der Ausdruck weist also im Unterschiede von seiner Anwendung im § 182 und im § 184 Abs. 2 des Gesetzes hier auf ein seine Beschaffenheit veränderndes Schriftstück hin. Aus der Wortfassung des Gesetzes läßt sich daher nichts herleiten, was auf die Annahme hinführen würde, das Gesetz habe mit der im § 177 Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebenen Feststellung nicht die Personen allein betrauen, vielmehr die Vollwirksamkeit ihres Zeugnisses auch in dieser Beziehung von einer Bestätigung durch die Beteiligten abhängig machen wollen. Nur soviel ist richtig, daß die mitwirkenden Personen mit ihren nach § 177 Abs. 3 an das äußerste Ende der Urkunde zu setzenden Unterschriften den Gesamtinhalt aller den Behandlungs- und Beurkundungsvorgang Protokollangaben als richtig bekräftigen und daß daher von dem in Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebenen Feststellungsvermerk dies auch in dem Fall gilt, wenn er den Unterschriften der Beteiligten vorangestellt ist. Die rechtlich unwesentliche Mitunterzeichnung des Feststellungsvermerks durch die Beteiligten ist deshalb zwar zulässig, sie ist jedoch nicht notwendig.

Aus denselben Gründen wurde im gegebenen Falle die Rechtswirksamkeit der notariellen Beurkundung nicht in Frage gestellt, daß vermöge der Einflechtung der Unterschriften zwar nicht die sämtlichen 3 Teile des Feststellungsvermerks, wohl aber das Zeugnis über die geschehene Vorlesung und Genehmigung des Protokolls räumlich den Unterschriften vorangestellt, das Zeugnis über den Ursprung dieser Unterschriften dagegen ihnen nachgestellt wurde.

Die Richtigkeit dieser Annahme und der vorstehenden, zu ihrer Begründung dienenden Darlegungen läßt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes gleichfalls herleiten.

Der in § 177 Fr. Ger.-Ges. wiederholt im wesentlichen die für die Testamentserrichtung geltenden Vorschriften des § 2242 des bürgerlichen Gesetzbuches (vgl. die Begründung zu dem Entwurf des Fr. Ger.-Ges., Drucksachen des Reichstages von 1897/98 Nr. 21 S. 89; Sten. Berichte Anh. Bd. 1 S. 321).

Im Bürgerlichen Gesetzbuche schließt sich die Vorschrift des § 2242 Abs. 1 Satz 1, daß das Protokoll vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben werden muß, unmittelbar an diesen wesentlichen Inhalt des Protokolls bestimmende Vorschrift des § 2242 an. Dieser Zusammenhang legt ohne weiteres die Auffassung nahe, daß jene Vorschrift auf den in der unmittelbar vorangehenden Vorschrift des § 2242 bezeichneten Inhalt des Protokolls zu beziehen ist.

Das Gleiche trifft für das Verhältnis des § 177 Abs. 1 Satz 1 Fr. Ger.-Ges. zum § 176 zu. Allerdings wird hier der Zusammenhang der Vor-

schriften durch die Vorschrift des § 176 Abs. 3 unterbrochen. Diese Vorschrift war in den vom Reichs-Justizamt aufgestellten Grundzügen eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit noch nicht enthalten. Der Zusatz ist erst auf Anregung der Regierungen von Bayern, Baden und Hessen in den dem Bundesrate vorgelegten Entwurf aufgenommen worden (vgl. die gedruckte Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen, § 147 S. 78). Sinn- und Tragweite des § 177 Abs. 1, haben aber dadurch nicht in der Weise geändert werden sollen, daß die im 1. Satze enthaltenen Vorschriften auf den Inhalt des Protokolls nunmehr in einem Umfange ausgedehnt wären, der über die im § 176 angegebenen Bestandteile mit Einschluß dessen, was durch den eingefügten Absatz hinzukam, sogar noch hinausginge. Aber nicht nur der Wortlaut und der äußere Zusammenhang, sondern auch der Zweck der Vorschriften unterstützt die Auffassung, daß der Feststellungsvermerk nicht einen Teil des nach § 2242 Abs. 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches und § 177 Abs. 1 Satz 1 Fr. Ger.-Ges. zu verlesenden, sowie von den Beteiligten zu genehmigenden und zu unterzeichnenden Protokolls bildet. Durch diese Vorschriften soll den Beteiligten die Möglichkeit gegeben werden, zu überwachen und nachzuprüfen, ob das, was Gegenstand der Beurkundung sein soll, auch richtig ihrem Willen entsprechend beurkundet ist. Dagegen liegt die im Satz 2 vorgesehene Feststellung außerhalb des eigentlichen Gegenstandes der Beurkundung. Hier ist eine Genehmigung und Unterzeichnung durch die Beteiligten und deshalb auch eine Vorlesung zwecklos. Demgegenüber kann darauf, daß das Reichsrecht nicht wie das preußische Gesetz über das Verfahren bei Aufnahme von Notariatsinstrumenten vom 11. Juli 1845 eine äußere Scheidung des Protokolls nach seinen verschiedenartigen Bestandteilen vorschreibt, entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, umsoweniger als die Entstehungsgeschichte der reichsgesetzlichen Vorschriften keinerlei Anhaltspunkte dafür bietet, daß eine in ihren Folgen so weit tragende Abweichung von dem preußischen Rechte beabsichtigt worden sei. Eine Bestätigung dessen kann darin erblickt werden, daß die Auffassung, wonach die im § 177 Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebene Feststellung einer Genehmigung und Unterzeichnung durch die Beteiligten nicht bedarf, mehrfach bei den Landesjustizverwaltungen zur Anerkennung gelangt ist. Sie wird ausdrücklich vertreten in dem Ausschreiben des Großherzoglichen Hessischen Ministerium der Justiz vom 3. Juli 1901 (Amtsblatt Nr. 13 unter 16) und zwar mit dem Hinweise darauf, daß sie vom Reichsjustizamte geteilt werde. Die gleiche Auffassung liegt dem § 165 Abs. 1 der Geschäftsordnung für die bayerischen Notariate (Bekanntmachung des Königl. Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 24. Dezember 1899, Justizministerialblatt S. 591) zugrunde, denn es heißt daselbst: „Die Feststellung über die Genehmigung und Unterzeichnung kann wie bisher an den Schluß des Textes und vor die Unterschriften der Beteiligten gesetzt werden.“ Ferner wird in dem auf amtliche Veranlassung des Königlich Preußischen Justizministeriums von Weißäcker und Lorenz herausgegebenen Formularbuche für die freiwillige Gerichtsbarkeit zum Gebrauche der Preußischen Gerichte (1. Auflage — 1900 — Seite 3 Note 4, 2. Auflage bis 1904 Seite 2 Note 4) ausdrücklich hervorgehoben, daß der Feststellungsvermerk des § 177 Abs. 1 Fr. Ger.-Ges. den Unterschriften der Beteiligten vorangehen oder ihnen nachfolgen könne. In der Literatur wird die gleiche Auffassung vertreten von: Dorner, Kommentar zum Fr. Ger.-Ges. 1899 S. 585 Note 1b zu § 177; Kloß, Notariat in Sachsen (1900) S. 36 Note 3; Frese im Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Jahrg. 1900 S. 305; Güthe, Drei Streitfragen

über die Bedeutung des § 177 Abs. 1 Satz 1, 2 Fr. Ger.-Ges., Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Jahrgang II (1902) S. 606, 612 fg.; Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1902) S. 414; Landsberg, An welche Stelle des Protokolls gehört nach § 177 Fr. Ger.-Ges. und § 2242 des Bürgerlichen Gesetzbuches der Feststellungsvermerk über die geschehene Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift, Jur. Monatsschr. für Posen, Jahrgang 1905 S. 141 fg.

Von derselben Auffassung gehen aus: Reidel, Handbuch des Verfahrens der Gerichte in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Bayern (1903) S. 384 unter c;. Wellstein, Fr. Ger.-Ges., 2. Auflage (1096) S. 369 Note 3 zu § 177. Ferner bemerkt Weißler, Kommentar zum Fr. Ger.-Ges. (1900) Note 4 zu § 177, daß ein der Preußischen Notariats-Ordnung sich anschließendes Verfahren, wenigstens bezüglich der Unterschrift, auch jetzt nicht für unzulässig erachtet werden könne. Die entgegengesetzte Auffassung wird hiernach gegenwärtig kaum noch als die unter den Schriftstellern vorherrschende gelten können.

Schließlich spricht auch der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts wiederholt hervorgehobene Umstand, daß den Gesetzesvorschriften über die Testamentserrichtung, ebenso wie die ihnen nachgebildeten Vorschriften der §§ 176 und 177 Fr. Ger.-Ges. die Tendenz zugrunde liegt, nach Möglichkeit eine Formungültigkeit abzuwenden (Entscheidungen Bd. 50 S. 17, 18, 21 und Urteil des III. Civilsenats in Sachen Eisermann ca. Clausius vom 28. November 1905, Jur. Wochenschr. von 1906 S. 53), gegen eine Gesetzesauslegung, die bei der vorhandenen ungenauen Gesetzesfassung sich für die Häufung sachlich wertloser Formforderungen entscheidet. Aus allen diesen Gründen konnte das von dem Königlichen Amtsgericht und von dem Beschwerdegerichte gegen die Formgültigkeit der notariellen Urkunde vom 16. Oktober 1905 erhobene Bedenken nicht für zutreffend gehalten werden. (Reichsgericht, IV. Civilsenat 14/06. Beschluß vom 15. Februar 1906.)

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Gebührenwesen.

Zuständig zur Verbescheidung von Beschwerden gegen den Ansatz von Gebühren nach § 101 RGKG. mit Art. 146 des Bayer. Gebührengesetzes sind die Oberlandesgerichte.

Die bestrittene Gebühr ist bei einem Prozeßgerichte aus Anlaß eines von diesem innerhalb seiner Zuständigkeit (§ 160 Ziff. 1 CPO) beurkundeten Vergleiches angefallen. Vergleichsgebühren hatte das Gericht zunächst nach § 23 Abs. 2 RGKG. zu erheben. Dieses Gesetz hat aber selbst in seinem § 101 gegen Versuche, landesgesetzliche Gebühren durch Abschluß geringer zu bewertender gerichtlicher Vergleiche zu hinterziehen, Vorsorge getroffen und bestimmt, daß wenn die Gerichtsgebühr weniger als die landesgesetzliche Vergleichsgebühr beträgt, der Mehrbetrag neben der 3/10 Entscheidungsgebühr (des § 23 Abs. 2) zu erheben sei. Es könnte sich fragen, ob nicht durch diese vom Reichsgesetz angeordnete Zuschlagserhebung auch der Zuschlag selbst zur civilprozeßrechtlichen Gebühr wird, weil die Gebührenfrage bei einem einheitlichen Gerichtsakt schwer zu trennen ist und auch für Zulässigkeit und Höhe

des Zuschlages der ganze Prozeßstand, insbesondere Erörterungen darüber, was eingeklagt war, worüber sich die Parteien verglichen haben u. s. w., erheblich sind. Die Entscheidung des III. Civilsenats des Reichsgerichts in Sachen M./H. III 135/97 vom 6. Juli 1897 — Jur. Wochenschr. 1897 S. 467 Nr. 28 — verneint dies allerdings, aber wenn man auch von ihr ausgeht, so stand es doch jeder Landesgesetzgebung gemäß § 4 EG. z. RGVG. frei, auch für den als besondere Landesgebühr zu betrachtenden Zuschlag des § 101 RGKG. bei Streit hierüber den ordentlichen Rechtsweg vor dem Prozeßgerichte zuzulassen. Dies hat die bayerische Gesetzgebung, wie der Beschluß des Königlich Bayerischen Obersten Gerichtshofs vom 14. November 1904 zutreffend ausführt, getan. Denn das Bayerische Gesetz über das Gebührenwesen enthält erkennbar keine Vorschrift, wonach über derartige landesgesetzliche Zuschläge zur reichsrechtlichen Vergleichsgebühr ein anderes Beschwerdeverfahren als das nach der Civilprozeßordnung und dem RGKG. vorgeschriebene Platz greifen soll. Seine Abteilung II bestimmt sogar in Art. 7, betr. die der Landesgesetzgebung überlassenen Gebühren der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, und im Art. 23 bezüglich anderer dem Landesrecht vorbehaltenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, daß abgesehen von den hier nicht zutreffenden Sondervorschriften das RGKG. Anwendung finden soll. Schon hieraus ist mit Sicherheit zu folgern, daß es nicht in einem so nebensächlichen Stücke, wie es die Bestimmung des § 101 RGKG. enthält, ein besonderes, vom civilprozessualen Verfahren getrenntes Beschwerdeverfahren einführen wollte. In der IV. Abteilung jenes Gebührengesetzes, die von „Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" handelt und in der die Art. 46 ff. stehen, die das Oberlandesgericht X. für maßgebend erklären will, hat es, wie z. B. aus den Art. 43, 47 hervorgeht, unzweifelhaft nur die bei dem Richter in der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder bei dem Notariate anfallenden, nicht aber die beim ordentlichen Prozeßgerichte erwachsenen und von diesem anzusetzenden Gebühren, mögen diese auch als Gebühren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erachten sein, im Auge. Hiernach kann das vom Bayer. Geb.-Ges. Art. 46 in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit angeordnete Gebührenbeschwerde-Verfahren auf Ansetzung einer Zuschlagsgebühr nach § 101 des RGKG. keine Anwendung finden, sondern nur das gewöhnliche vom RGKG. selbst vorgeschriebene Beschwerdeverfahren. Wenn, worauf das Oberlandesgericht X. in seinem angefochtenen Beschluß Gewicht legt, das Königl. Bayer. Oberste Landesgericht in früheren Entscheidungen — vgl. Samml. dieser Entscheidungen in Civilsachen Bd. 15 S. 343 alte Folge, Bd. 3 S. 999 neue Folge — anderer Ansicht gewesen sein sollte, was mit dem jetzigen Beschlusse des genannten Gerichtshofs keineswegs ohne weiteres anzuerkennen ist, so hindert dies doch weder den letztgenannten Gerichtshof noch das Reichsgericht, nunmehr die für richtig erachtete Entscheidung zu treffen. Nach dem Ausgeführten geht diese dahin, daß das Königl. Oberlandesgericht X. zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig ist und muß nur noch der Gegengrund dieses Gerichts als unzutreffend zurückgewiesen werden, daß, weil die bekämpfte Gebühr eine solche ist, die gewöhnlich von Notaren für Immobiliarverträge und Vergleiche erhoben wird, deswegen auch das Beschwerdeverfahren gegen Notariatsgebühren anzuwenden sei. Nach Obigem ist gerade die Behörde, von der die Gebühr angesetzt und erhoben wird, ausschlaggebend für die Art des Beschwerdeverfahrens.

Es bedarf hiernach keines Eingehens auf die weitere Frage, ob nicht auch bei notwendiger Anwendung des landesrechtlichen Beschwerdeverfahrens

gemäß Art. 46 des Bayer. Geb.-Ges. und wegen Nichtanwendung des § 199 Abs. 2 GFG. das Königl. Oberlandesgericht X. zuständig wäre, es war vielmehr schon aus obigen Gründen und ferner nach § 575 CPO., § 47 Ziff. 3, 6 RGKG., wie geschehen, zu beschließen. Beschluß vom 14. Februar 1906.

B. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht.

§ 286 StGB. Ringschleuderapparat Ausspielung. Wer ist Veranstalter? Subjektiver Tatbestand.

Die sogenannten Geschicklichkeitsspiele fallen nicht unter das Verbot des § 286 Abs. 2 StGB. Das Reichsgericht hat aber schon wiederholt ausgesprochen, daß auch ein solches Spiel ein Zufallsspiel sein kann, wenn das spielende Publikum, dem es eröffnet worden ist und das sich daran beteiligt, die für das Spiel erforderliche Geschicklichkeit nicht besitzt (Entsch. des RGer. in Strafsachen Bd. 25 S. 192; Goltdammer's Archiv Bd. 50 S. 281). Es ist in den Entscheidungen hervorgehoben, daß, wenn auch ein einzelner Teilnehmer ein so guter Spieler sein möge, um mit einiger Zuverlässigkeit auf einen Gewinn rechnen zu können, es auf solche Gewinnchancen eines einzelnen nicht ankomme, daß vielmehr der allgemeine Charakter des Spieles entscheidend sei, den es unter den gegebenen Verhältnissen, unter denen es gespielt werde, besitze und nach der Absicht des Veranstalters haben sollte.

In Uebereinstimmung mit diesem Grundsatze konnte die Strafkammer nach Maßgabe ihrer tatsächlichen Feststellungen dem mittels der Ringschleuderapparate veranstalteten Spiele unbedenklich den Charakter eines Zufallsspieles beimessen.

Zu billigen ist auch die Annahme der Strafkammer, daß die Beschwerdeführer als Inhaber der Wirtschaften, in denen die Apparate aufgestellt worden sind, und nicht etwa die Eigentümer der Apparate selbst, als die Veranstalter der Ausspielungen anzusehen sind.

Wenn auch, wie die Revision geltend macht, die Eigentümer die Voraussetzungen für den Betrieb geschaffen, mit den Wirten behufs Aufstellung „im eigenen Interesse paktiert" und an den Ergebnissen Anteil gehabt haben, so ist doch für die Frage nach dem Veranstalter wesentlich entscheidend, wer dem Publikum gegenüber die Gewinne ausgesetzt und die Beteiligung einer Mehrzahl von Personen an einem Unternehmen ermöglicht hat, durch das gegen einen Einsatz die Hoffnung auf einen Gewinn gewährt wird (Entsch. des RGer. in Strafs. Bd. 34 S. 447). Dies haben die Angeklagten getan, indem sie die Apparate in ihren Wirtschaften aufgestellt und die von dem Automaten verabreichten Marken gegen Lieferung von Getränken oder Zigarren eingelöst haben. Ob das Geschäft auf ihre Rechnung gegangen ist, bleibt — wie das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung schon näher dargelegt hat — für den Begriff der Veranstaltung unerheblich, so daß es nicht darauf ankommen kann, ob die gelieferten Waren später von den Eigentümern der Apparate an die Wirte bezahlt worden sind und letztere auch noch einen Anteil an dem Reinertrage gehabt haben.

Wenn hiernach objektiv eine Verletzung des § 286 Abs. 2 StGB. nicht anzuerkennen ist, so bestehen doch Bedenken, ob die Strafkammer die in subjektiver Hinsicht aufgestellte Schutzbehauptung der Angeklagten, sie hätten nicht gewußt, daß die Aufstellung eines solchen Apparats der obrigkeitlichen Erlaubnis bedürfe, erschöpfend und richtig gewürdigt hat.

Der Einwand ist einer doppelten Auslegung fähig. Wenn er den Sinn haben sollte, die Beschwerdeführer seien der irrtümlichen Ansicht gewesen, daß öffentlich veranstaltete Ausspielungen der obrigkeitlichen Erlaubnis nicht bedürften, so würde er ohne Einfluß auf die Strafbarkeit der Handlungsweise der Angeklagten sein, denn der Irrtum würde alsdann nur den Inhalt und die Bedeutung des Strafgesetzes betreffen. Wenn er aber — und dies scheint nach der Verteidigung der Beschwerdeführer nicht ausgeschlossen — so aufgestellt sein sollte, daß die Täter geglaubt hätten, die tatsächlichen Voraussetzungen einer Ausspielung seien nicht gegeben gewesen, insofern als das Ergebnis nicht wesentlich vom Zufall, sondern von der Geschicklichkeit des Spielers abhängig gewesen sei, so würde ein nach § 59 StGB. beachtlicher Irrtum in Frage stehen und es hätte geprüft werden müssen, ob die Behauptung Glauben verdiente oder nicht.

Da die Urteilsbegründung nicht klar ersehen läßt, in welchem Sinne der Einwand von der Strafkammer verstanden ist, war die Möglichkeit eines Rechtsirrtums nicht ausgeschlossen und deshalb die Aufhebung des Urteils geboten. III. Strafsenat D. 828/05. Urteil vom 18. Januar 1906.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Civilrecht.

Wesen und Wirkung des sog. Baudarlehensvertrags. Bedeutung des Rangrücktrittes des Gläubigers des Kaufpreises für das Baugrundstück mit seiner Hypothek hinter die Hypothek des Baukapitaldarleihers. Protestation des im Range zurückgetretenen Gläubigers gegen den Rechtsbestand der Hypothek für den vollen Baukapitalsbetrag. Guter Glaube des Cessionars der Baudarlehensforderung trotz des eingetragenen Widerspruchs mit Rücksicht auf den Wert des fertiggestellten Teiles des Baues? (Gem. R.; Bayer. Hyp.-Ges.; Bayer. Subh.-Ordn.)

Im Jahre 1897 verkaufte die Witwe G. Schm. in W. ihr dortiges häusliches Anwesen an A. H. Für den gestundeten Teil der Kaufpreisforderung bestellte der Käufer Hypothek an dem gekauften Anwesen. Da er an dessen Stelle einen Neubau errichten wollte, ließ sich die Verkäuferin herbei, zu Gunsten einer Baukapitalsforderung des A. D. von 22000 Mk. an die zweite Hypothekenrangstelle zurückzutreten. Der Gläubiger A. D. trat Forderung und Hypothek I. Ranges später an G. R. ab. Nach dieser Cession ließ die Gläubigerin der Kaufpreisforderung im Hypothekenbuche eine Protestation des Inhalts eintragen, daß sie sich, da sie nur zur Sicherung einer Baukapitalsforderung im Range ausgewichen sei, gegen den Vorrang einer jeden Forderung, deren Betrag nicht ausschließlich zu Bauzwecken verwendet wurde, verwahre. Später trat der Cessionar G. R. von dem Kapitale zu 22000 Mk. die Teilbeträge von 2481 Mk. an L. H., von 19519 Mk. an Ph. B. ab; letzterer trat seine Teilforderung weiter an G. L. ab. In dem von der Verkäuferin gegen den Käufer 1898 betriebenen Subhastationsverfahren wurde ihr das Grundstück als Ansteigerin zugeschlagen. Von den im Verteilungsverfahren angemeldeten Forderungen wurden jene des L. H. an I. Stelle, jene des G. L. an II. Stelle, die der betreibenden Hypothekengläubigerin G. Schm. endlich an III. Stelle der zweiten Reihe (Subh.-Ordn. Art. 108 Abs. 1 Ziff. 2) eingestellt. Da der von der G. Schm. gegen diese Einreihung erhobene Widerspruch von L. H. und G. L. nicht anerkannt wurde, erhob sie gegen diese Klage, in der sie u. a. beantragte, daß von der angemeldeten Forderung des L. H. der Betrag von 1633 Mk. 93 Pfg.

abgesetzt und nur der Betrag von 858 Mk. 5 Pfg. eingestellt werde, weil in Wirklichkeit nur dieser zu Bauzwecken verwendet gewesen sei, als L. H. die Forderung erwarb.

Das Landgericht gab der Klage im wesentlichen statt. Auf Berufung des G. R., dem vom Beklagten L. H. der Streit verkündet und der diesem beigetreten war, wies das Oberlandesgericht die Klage gegen L. H. ab, soweit sie den Widerspruch gegen dessen Forderung in der Hauptsache und bezüglich eines Teiles der Zinsen betraf. Auf Revision der Erben der inzwischen gestorbenen Klägerin, die den Streit aufgenommen hatten, wurde das zweitinstanzielle Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Aus den Gründen des letztinstanziellen Urteils:

Mit Recht machte der Vertreter der Revisionskläger geltend, daß das Berufungsgericht sich durch die Annahme, die Haftung für die Verwendung des Baukapitals in den Neubau des A. H. sei nicht auf L. H. übergegangen, in Widerspruch mit der gegenteiligen Feststellung des Landgerichts setzte, die es sich dadurch, daß es in dem Tatbestande seines Urteils auf den Tatbestand in dem Urteile des Landgerichts verwies, angeeignet hatte. Bei der Behauptung des Vertreters der Revisionskläger, die Urkunde vom 7. Februar 1898 sei in der zweiten Instanz nicht verlesen worden, muß es für das Revisionsgericht sein Bewenden haben, weil weder in den Sitzungsprotokollen des Oberlandesgerichts noch im Tatbestande des angefochtenen Urteils festgestellt ist, daß sie verlesen wurde. Dagegen wurde in der Verhandlung des Revisionsgerichts festgestellt, daß eine beglaubigte Abschrift der Urkunde sich bei den Akten befindet und der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten L. H. laut Sitzungsprotokolls diese Urkunde bei der Verhandlung übergab. Diese dem Tatbestande widersprechende Feststellung einer Tatsache, die für die Beurteilung der Sache von erheblicher und unter Umständen von entscheidender Bedeutung ist, auf der auch das angefochtene Urteil beruht, begründet allerdings die Revision.

(Folgt Anführung der maßgebenden Gesichtspunkte für die weitere Verhandlung über diesen Streitpunkt.)

Die wesentlichen Eigentümlichkeiten des sog. Baukapitalsvertrags bestehen nach den für das bisherige Gebiet des Gemeinen Rechtes anzuwendenden Rechtsnormen darin, daß der Gläubiger dem Schuldner verspricht, ihm zum Zwecke der Herstellung eines Baues Geld oder Wertpapiere in Raten zu geben, die sich nach dem Fortschreiten des Baues richten. Der Gläubiger setzt in den Schuldner das Vertrauen, er werde für die Herstellung des Baues sorgen, die ihm Sicherheit für seine Leistungen gewährt, und dem gegenüber soll der Schuldner das Geleistete in den Bau verwenden. Die Verpflichtung des Gläubigers, Kredit für einen Bau zu gewähren, und seine Erwartung, daß der Schuldner das Geld oder die Wertpapiere oder deren Wertbetrag in den Bau verwenden wird, beruhen, von besonderen Verabredungen abgesehen, auf der Annahme, daß ein „Bau" geführt wird. Was zu einem „Bau" in diesem Sinne gehört, ist vom Richter nach einer auf die Natur der Sache sich stützenden, der zweckmäßigen Ordnung des Lebensverhältnisses entsprechenden Anschauung und aus dem Gesichtspunkte der guten Treue [1]) des Schuldners gegenüber dem besonderen Vertrauen, das ihm Gläubiger gewährt, zu bestimmen. Von diesen Gesichtspunkten aus sind die oben dargelegten Eigentümlichkeiten des sog. Baukapitalsvertrags in das Auge zu fassen; dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß die „Herstellung des Baues" in besonderem Maße als Zweck des Vertrags hervortritt und den

1) d. h. redlichen Verhaltens. D. E.

Gegenstand eines besonderen Vertrauens des Gläubigers bildet. Danach aber erscheinen Zahlungen am Kaufpreise für das Baugrundstück, von Kosten für die Kaufsurkunde, für die Bestellung von Hypotheken auf dem Anwesen, sowie für die Abtretung der Baukapitalsforderung, endlich von Zinsen aus diesen Beträgen zwar als Leistungen, die der Bau veranlaßte, oder die in Beziehung zu ihm stehen, nicht aber, unbeschadet besonderer Verabredungen, als Verwendungen in den Bau im Sinne des sog. Baukapitalsvertrags. Solche Zahlungen aber sind es, die das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteile als Verwendungen in den Bau behandelte, die dem Beklagten L. H. zu gute gerechnet sind, und aus denen sich der streitige Betrag als ein Teil der in den Verteilungsplan eingesetzten Forderung bildete. Der Tatbestand des Urteils enthält die Behauptung des Beklagten H., der Eintrag der Hypothek, von der ihm ein Teil abgetreten wurde, laute auf 22000 Mk. Baukapital. Da nun die fraglichen Zahlungen im Gesamtbetrage von 1622 Mk. 95 Pfg. nicht Leistungen sind, die rechtlich als auf das Baukapital erfolgt anzusehen sind, kann ihnen auch nicht ohne weiteres der Rang zuerkannt werden, den das abgetretene Baukapital, soweit es zum Zuge kam, im Verteilungsplane des Amtgerichts einnimmt. Der Vertreter des Nebenintervenienten und Berufungsklägers hat aber in der zweiten Instanz behauptet und der Gegenpartei den Eid darüber zugeschoben, daß die G. Schm. die „Anrechnungsfähigkeit" der streitigen Beträge auf das Baukapital ausdrücklich anerkannte. Die Gegenpartei hat den Gegenbeweis durch Zeugen angetreten und erklärt, daß sie den Eid zurückschiebe. Dieses Vorbringen bildet einen selbständigen Streitpunkt. Könnte diese Behauptung als richtig erwiesen werden, so würde sie zur Entkräftung des Klageanspruchs führen.

Für den Fall, daß der Beklagte L. H. wirklich nicht in die Haftung der Cedenten A. D. und G. R. für die Verwendung des dem A. H. versprochenen Baukapitals in den Neubau eingetreten ist, wäre es allerdings auf seinen guten Glauben gegenüber dem bezüglichen Inhalte des Hypothekenbuchs angekommen. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß L. H. bei der Cession gutgläubig war, ist aber, ganz abgesehen von dem nicht festgestellten Inhalte der Einschreibung der Cession, an sich sehr bedenklich. Das Berufungsgericht ging davon aus, die vor der Cession im Hypothekenbuch eingetragene Protestation der G. Schm. enthalte lediglich eine Verwahrung gegen die Annahme, daß das Baudarlehen schon vollständig hingegeben und aufgebraucht sei. Diese Auffassung ist jedoch unvereinbar mit dem im Tatbestande wiedergegebenen Wortlaut und dem diesen stützenden inneren Zusammenhang der fraglichen Erklärung. Danach wurde unzweideutig der Rechtsbestand der Hypothek überhaupt, und zwar deshalb angegriffen, weil eine Baukapitalsforderung gesichert werden sollte und das Kapital ausschließlich zu Bauzwecken zu verwenden war, Geldbeträge jedoch angeblich nicht zum Bauen verwendet wurden und L. H. dies angeblich bei den Schließung des Cessionsvertrags wußte, also auch wußte, daß eine Baukapitalsforderung gegen A. H. noch nicht entstanden war. Das Berufungsgericht verkannte sonach den Inhalt und die Rechtswirksamkeit der Protestation und konnte deshalb auf deren rechtsirrtümliche Deutung die Annahme des guten Glaubens auf Seite des L. H. nicht gründen. Aber auch aus der Tatsache, daß die geleisteten Bauarbeiten zur Zeit der Cession einen Schätzungswert von etwa 2481 Mk. gehabt haben, konnte der Beklagte L. H. nicht ohne weiteres folgern, daß dieser Wert aus Leistungen seines Cedenten G. R. hergestellt wurde. Die Hypothek, der die G. Schm. nur unter der Bedingung ausgewichen war, daß das Kapital zu

Bauzwecken gegeben werde, wurde auch bloß für ein Darlehen dieser Art bestellt. Ob der Wert des Bauwerks den jeweils gegebenen Beträgen des Darlehenskapitals entsprach oder nicht, ist für die rechtliche Beurteilung der Hypothek und deren Ranges belanglos. Da nun der Beklagte L. H. durch die Protestation darauf aufmerksam gemacht worden war, daß der Rechtsbestand und damit der Vorrang der Hypothek angefochten sei, konnte er sich nicht mehr mit dem Gedanken begnügen, daß, weil der Wert des bis dahin hergestellten Bauwerks der Summe von 2481 Mk. entsprach, dieser Wert lediglich durch die Leistungen der Cedenten erzielt worden sein möge. Tat er es doch, so muß er auch die Folgen seiner Unvorsichtigkeit hinnehmen [2]). War er aber nicht guten Glaubens, so hätte es gleichfalls noch auf die Tatsache anzukommen, ob G. Schm. mit der Einrechnung der streitigen Beträge in das Baukapital einverstanden war. II. Civ.-S. Reg. I Nr. 127/05; Urteil vom 27. September 1905.

D. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Strafsachen).

Strafrecht.

StGB. §§ 186, 193. Wahrnehmung berechtigter Interessen bei Erhebung des Vorwurfs einer Straftat.

Ebenso wie derjenige nach § 193 StGB. straflos bleibt, der bei der zur Verfolgung berufenen Behörde gegen einen Dritten wegen einer von diesem in Wirklichkeit nicht begangenen strafbaren Handlung in gutem Glauben, daß der Angezeigte der Täter ist, Anzeige erstattet, so handelt nicht rechtswidrig und deshalb im Sinne des § 193 nicht strafbar, wer, um eine solche Anzeige erstatten zu können, in Bezug auf einen Dritten den Verdacht der Verübung einer strafbaren Handlung zu dem Zwecke ausspricht, um dadurch nach seiner Meinung Anhaltspunkte zur Ueberführung des Täters zu gewinnen, mag auch dieser Verdacht den Dritten zu Unrecht treffen. Nicht richtig ist die Annahme, es dürfe der gemachte Vorwurf nur demjenigen, auf den ein Verdacht fällt, in Person gemacht werden, um von Wahrnehmung berechtigter Interessen sprechen zu können; es würde dann in den weitaus meisten Fällen des Vergehens der Beleidigung durch üble Nachrede aus § 186 StGB. der Schutz des § 193 a. a. O. versagen, weil der § 186 seinem Inhalte nach vorwiegend solche Fälle im Auge hat, in denen in Bezug auf Abwesende nicht erweislich wahre Tatsachen behauptet werden. Urteil vom 26. Oktober 1905; Rev.-Reg. Nr. 303/05.

E. Oberlandesgericht München (Civilsachen).

Civilprozeß.

Kostenfestsetzung auf Grund der Kostenentscheidung des § 99 Abs. 3 CPO.

Den zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel (§ 104 Abs. 1 CPO.), auf welchen sich die Kostenfestsetzung des Vorderrichters gründet, bildet gemäß § 794 Ziff. 3 in Verbindung mit § 99 Abs. 3 die Kostenentscheidung des

2) Nach dem geltenden Gesetze steht zwar die selbst auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des dem Rechtserwerbe entgegenstehenden Hindernisses nur in Ansehung der Erwerbung von Rechten an beweglichen Sachen dem Mangel des guten Glaubens (mala fides) gleich. Gleichwohl hätte aber auch bei Anwendung des geltenden Rechtes der Schutz des öffentlichen Glaubens in Ansehung der abgetretenen Hypothek mit Rücksicht auf den be-

landgerichtlichen Urteils. Die Bemängelung des Beschwerdeführers, bezeichnetes Urteil, das auch nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde, sei noch nicht rechtskräftig, erweist sich als unzutreffend. Aus den in § 794 Ziff. 3 angeführten Entscheidungen findet die Zwangsvollstreckung ohne weiteres statt, also namentlich ohne Rücksicht darauf, ob gegebenenfalls die Notfrist des § 577 Abs. 2 abgelaufen, ob tatsächlich Beschwerde eingelegt worden ist oder nicht (Gaupp-Stein Anm. I Nr. 3 Abs. 2 zu § 794); als ein Endurteil im Sinne des § 704, der allerdings zur Voraussetzung der Vollstreckbarkeit die Rechtskraft des Urteils hat, kann aber die Kostenentscheidung des § 99 Abs. 3 nicht gelten. Das erkennende Gericht folgt in dieser Hinsicht bei dem Widerstreite der Meinungen (vgl. außer der vom Beschwerdeführer angezogenen badischen Entscheidung vom 16. März 1904: Freudenthal Nr. 11 zu § 794; Recht 1901 S. 382; D. Jur.-Ztg. 1901 S. 282 einerseits und: Neumiller zu § 794; Gaupp-Stein Anm. I Nr. 3 Abs. 1 a. E. zu § 794, I 4 mit Note 5 zu § 704; Recht 1901 S. 229; D. Jur.-Ztg. 1904 S. 115 andererseits) der letzteren Ansicht. Es rechnet hierbei insbesondere mit der Erwägung, daß der im § 99 gewählte allgemeinere Begriff „Entscheidung" sich mit dem Wortlaute des § 794 Ziff. 3 deckt, so daß also auch letzteren Ortes wohl an eine in Form Urteils erlassene Entscheidung gedacht werden darf; ferner, daß das Kostenurteil des § 99 Abs. 3, insoferne es infolge der eigenen Regelung seiner Anfechtbarkeit sogleich mit dem Zeitpunkt seiner Verkündung in besondere prozessuale Wege geleitet wird, die Wesensgemeinschaft mit dem regulären Endurteil der §§ 300 Abs. 1, 511, 545 verliert und darum auch den in §§ 704 ff. für die Zwangsvollstreckung aus solchen Endurteilen aufgestellten Vorschriften nicht zu folgen braucht; daß namentlich die Bestimmung in § 705 Satz 2, wonach der Eintritt der Rechtskraft und damit die Statthaftigkeit der Zwangsvollstreckung (§ 704 Abs. 1) durch rechtzeitige Einlegung des zulässigen Rechtsmittels gehemmt wird, angesichts des Umstands, daß für die im § 99 Abs. 3 zugelassene sofortige Beschwerde, abgesehen von dem Gebote in Satz 2, gegenüber den allgemeinen Vorschriften der §§ 567 ff. irgend welche Besonderheiten nicht vorgesehen sind, mit den Grundsätzen unvereinbarlich wäre, wie sie im § 572 in Ansehung der Wirkung der Beschwerde und der Vollziehung der mit Beschwerde angefochtenen Entscheidung aufgestellt werden. Noch sei erwähnt, daß die neuen Geschäftsanweisungen für die Gerichtsschreibereien in Civilsachen (Bek. vom 30. Dezember 1901, JMBl. 1902 S. 1 ff.), indem sie in § 34 unter den Urteilen, die nicht vollstreckbar auszufertigen sind, das Kostenurteil anführen, dabei auf den § 794 Ziff. 3 CPO. hindeuten. Beschluß des III. Civilsenats vom 13. März 1906 in Sache B. / M. T. wegen Herausgabe; Beschw.-Reg. Nr. 154/06 III. H. II.

Unzulässigkeit der Berufung wegen Mangels der Abschrift der Terminsbestimmung in der Abschrift des Berufungsschriftsatzes (CPO. § 518 Nr. 3).

Gemäß § 518 CPO. erfolgt die Einlegung der Berufung durch Zustellung eines Schriftsatzes; dieser muß nach der ausdrücklichen Bestimmung in § 518 CPO. unter anderem auch enthalten: „Die Ladung des Berufsbeklagten war das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung." Diese

stehenden Eintrag des Widerspruchs unter entsprechender Feststellung der Kenntnis des beklagten Cessionars L. H. vom wirklichen Inhalte der Widerspruchserklärung (Protestation) als ausgeschlossen erachtet werden können (BGB. §§ 892, 932 Abs. 2, 934, 1207, 1273).

Formvorschrift ist, wie die übrigen Formvorschriften des § 518 CPO., zwingender Natur, nicht blos von instruktioneller Bedeutung, wie die Vorschriften des § 519 CPO.; der Mangel eines Erfordernisses, das der Berufungsschriftsatz nach § 518 CPO. enthalten muß, bewirkt die Unzulässigkeit der Berufung; durch eine Schrift, welche in dem einen oder anderen Punkte des vom Gesetz geforderten wesentlichen Inhalts entbehrt, kann das Rechtsmittel wirksam nicht eingelegt werden (vergl. für die Revision Urteil d. RGer. vom 2. Februar 1883, Jur. Wochenschr. 1883 S. 112 Nr. 26; für die Berufung Urteil d. RGer. vom 29. September 1880, Bd. 2 Nr. 111 S. 397, vom 22. September 1903, Entsch. Bd. 55 Nr. 73 S. 305).

Darüber ferner, daß unter: „Ladung zur mündlichen Verhandlung" im Sinne des § 518 Nr. 3 CPO. die Ladung zu einem bestimmten, bei dem Prozeßgerichte festgesetzten Termine nach §§ 214 u. 216 CPO. zu verstehen ist, besteht in der Rechtsprechung nach dem Zeugnisse des Reichsgerichts keine Meinungsverschiedenheit (vgl. Urteil d. RGer. vom 15. Mai 1903, Entsch. Bd. 55 Nr. 6 S. 20 ff.); eine Ladung, d. h. Aufforderung zum Erscheinen vor Gericht, ohne Angabe eines bestimmten Termins, in welchem der Aufgeforderte erscheinen soll, ist daher keine Ladung im Sinne des § 518 Nr. 3 CPO. und entbehrt der Wirkungen der dortgemeinten Ladung. Nun ist im vorliegenden Fall allerdings auf die zum Zwecke der Terminsbestimmung beim Berufungsgericht eingereichte Urschrift des Berufungsschriftsatzes vom Vorsitzenden des Berufungsgerichts Terminsbestimmung auf heute gesetzt worden, allein der dem Anwalt des Berufungsbeklagten bei der Zustellung gemäß § 170 CPO. übergebenen beglaubigten Abschrift des Berufungsschriftsatzes ist diese Terminsbestimmung, wie urkundlich feststeht und auch nicht bestritten ist, nicht beigefügt worden, die Gegenpartei des Berufungsführers hat also durch die auf Betreiben des Anwalts des Berufungsführers erfolgte Zustellung von dem auf heute anberaumten Verhandlungstermin keine Kenntnis erhalten. Weil aber, wie bereits erörtert, die Terminsbestimmung einen wesentlichen Bestandteil der „Ladung" im Sinne des § 518 Nr. 3 CPO. bildet, enthält die dem Berufungsbeklagten zugestellte Berufungsschrift keine ordnungsgemäße Ladung im Sinne der Civilprozeßordnung, wenn auch die Urschrift des Berufungsschriftsatzes, so wie sie vorliegt, mit der beigefügten Terminsbestimmung des Gerichtsvorsitzenden allen gesetzlichen Anforderungen entspricht. Es liegt nun, wie schon in den Motiven zum Entwurf der Reichscivilprozeßordnung hervorgehoben ist (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstages, 2. Legislaturperiode, II. Session 1874 75 Bd. 3 S. 452 zu §§ 166—168 des Entwurfs) in der Natur der Sache, daß, wenn bei einer Zustellung die Urschrift des zugestellten Schriftstückes und die dem anderen Teile bei der Zustellung übergebene Abschrift dieses Schriftstückes von einander abweichen, für denjenigen, dem zugestellt wurde (für den „Requisiten"), bezüglich desjenigen, was ihm der betreibende Teil nach der gesetzlichen Vorschrift durch die Zustellung bekannt zu geben hat, nur der Inhalt, der bei der Zustellung übergebenen Abschrift maßgebend sein kann, denn anderes, als was in dieser übergebenen Abschrift steht, hat ja der betreibende Teil dem „Requisiten" durch die Zustellung nicht bekannt gemacht (Urteil d. RGer. vom 21. Juni 1884, Entsch. Bd. 13 Nr. 83 S. 334, und vom 22. September 1903 Entsch. Bd. 55 Nr. 73 S. 305 ff.). Da nun im vorliegenden Falle nachgewiesener- und unbestrittenermaßen die dem Anwalt des Berufungsbeklagten bei der Zustellung übergebene Abschrift des Berufungsschriftsatzes die Terminsbestimmung des Vorsitzenden des Berufungsgerichts nicht enthält, kann sich der Berufungsbe-

klagte darauf berufen, wie er getan hat, daß der ihm zugestellte Schriftsatz entgegen der Vorschrift des § 518 Nr. 3 CPO. keine ordnungsgemäße Ladung enthält, die Berufung also nicht wirksam eingelegt ist. Allerdings wäre der Mangel auch dieses wesentlichen Erfordernisses nicht ohne Antrag von Amtswegen durch das Gericht zu berücksichtigen gewesen, sondern hätte durch — auch stillschweigenden — Verzicht des Berufungsbeklagten gemäß § 295 CPO. geheilt werden können (Urteil d. RGer. vom 13. Juli 1883, Entsch. Bd. 9 Nr. 113 S. 388 und vom 22. September 1903, Entsch. Bd. 55 Nr. 73 S. 305); allein der Prozeßbevollmächtigte des Berufungsbeklagten hat den prozessualen Mangel ausdrücklich gerügt und wegen desselben die Zurückweisung der Berufung beantragt. Vollkommen belangslos ist, daß der Anwalt des Berufungsbeklagten anderweitig als durch die Zustellung des Berufungsschriftsatzes von dem heutigen Verhandlungstermine Kenntnis erhalten hat und im heutigen Verhandlungstermin erschienen ist, denn § 518 Nr. 3 CPO. verlangt eben, wie bereits erörtert, daß der Berufungsbeklagte vom Berufungskläger durch die Zustellung des Berufungsschriftsatzes samt Ladung vom Verhandlungstermin in Kenntnis gesetzt werde und die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat, wie gleichfalls schon erörtert wurde, die Unzulässigkeit der eingelegten Berufung zur Folge (CPO. §§ 518, 535). Ohne rechtliche Bedeutung ist endlich, daß hier die Zustellung des Berufungsschriftsatzes von Anwalt zu Anwalt erfolgte, denn auch der von Anwalt zu Anwalt zugestellte Berufungsschriftsatz muß bei Vermeidung der Unwirksamkeit der Berufungseinlegung, weil das Gesetz in dieser Beziehung für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt keine Ausnahme macht, den Erfordernissen des § 518 CPO. genügen, was eben hier nicht der Fall ist.

Weil nach dem Erörterten die dem Berufungsbeklagten bei der Zustellung des Berufungsschriftsatzes übergebene Abschrift des Berufungsschriftsatzes den Anforderungen des § 518 Nr. 3 CPO. nicht genügt, die Berufung demnach nicht in der gesetzlichen Form eingelegt ist, mußte dieselbe gemäß § 535 CPO. als unzulässig verworfen werden, was gemäß § 97 CPO. für den Berufungskläger die Verpflichtung zur Tragung der Kosten des von ihm erfolglos eingelegten Rechtsmittels nach sich zieht. Urteil vom 7. März 1906; Ber.-Reg. I 102/06 M.

F. Oberlandesgericht Nürnberg.

Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung; Zuständigkeit des erstangegangenen Gerichts selbst dann, wenn das Beschwerdegericht die einstweilige Verfügung im Beschwerdewege erlassen hat.

Die Frage, ob das Beschwerdegericht, welches die einstweilige Verfügung im Beschwerdewege erlassen hat, oder das erstangegangene Gericht, gegen dessen Beschluß die Beschwerde sich richtete, zur Entscheidung über den Widerspruch zuständig sei, ist sehr bestritten.

Die eine Anschauung, welche sich für die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts entscheidet (s. Gaupp, Komm. z. CPO. § 924 Note 14, 15 und die dort befindlichen Citate), geht davon aus, daß das Beschwerdegericht durch die beschlußmäßige Anordnung der einstweiligen Verfügung seine Aufgabe nur provisorisch vorbehaltlich des Widerspruchs erledige, und daß es gegen die Logik des Instanzenzuges wäre, wenn ein Untergericht bei Verbescheidung des Widerspruchs von der Auffassung des höheren Gerichts abweichen und dessen Beschluß auf Anordnung der einstweiligen Verfügung aufheben dürfte.

Demgegenüber hat sich das Reichsgericht in eingehender Ausführung in der Sammlung seiner Entscheidungen Bd. 29 S. 396 ff. und wiederholt in Bd. 37 S. 368 ff., ebenso auch das Bayer. Oberste Landesgericht in Seuffert's Archiv Bd. 55 Nr. 249 für die ausschließliche Zuständigkeit des Untergerichts, in diesem Falle des Amtsgerichts, ausgesprochen.

Das Reichsgericht sieht durch den Beschluß des Beschwerdegerichts die Aufgabe des letzteren als erledigt an, indem das Beschwerdegericht seinen Beschluß an Stelle des Beschlusses des Vorderrichters setze, die Anschauung der Gegner betone das Verhältnis zwischen höherem und niederem Richter zu scharf und berücksichtige das Verhältnis der vorläufigen Entscheidung und des demnächst ergehenden Endurteils zu wenig. Die Argumente der Gegner würden zu unrichtigen und unannehmbaren Konsequenzen führen. Dem Sinne des Gesetzgebers entspreche, daß er nicht Anstand genommen habe, da, wo es die Sache fordere, auch dem nachgeordneten Richter die freie Prüfung einer ihm zur Abgabe eines Endurteils vorgelegten Sache zu belassen, wenngleich der höhere Richter eine vorläufige Entscheidung getroffen habe. Die Auffassung des Reichsgerichts wird auch von Petersen-Anger, Komm. z. CPO. § 925 Note 4; Neukamp, CPO. § 924 Anm. 6; Struckmann-Koch, CPO. § 924 Note 1; Wilmowski-Levy, CPO. § 805 (alt) Note 3; Weißmann, Lehrbuch des Civilprozeßrechts Bd. 2 S. 242 vertreten.

Das Berufungsgericht schließt sich der Auffassung des Reichsgerichts aus den von demselben überzeugend dargelegten Gründen an und erachtet deshalb für das Widerspruchsverfahren die ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts (als des erstangegangenen Gerichts) als gegeben. Das Landgericht X. war also zur Verbescheidung des Widerspruchs nicht zuständig, stillschweigende oder ausdrückliche Vereinbarung des Gerichtsstands war unzulässig und auch die Bestimmung des § 10 CPO. blieb unanwendbar (Entsch. d. RGer. Bd. 18 S. 361).

Die Vorinstanz hätte also den Widerspruch wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts als unzulässig von Amts wegen, also unabhängig von den Erklärungen und Anträgen der Parteien, zurückweisen sollen. Urteil vom 23. Dezember 1905.

III. Vermischte Nachrichten.

Die Frage der Eigentümerhypothekfähigkeit der Nebenkaution ist in ein neues Stadium getreten. Das Reichsgesetzblatt enthält in Nr. 17 das Gesetz, betr. die Ueberleitung von Hypotheken des früheren Rechtes, vom 17. März 1906. Hiernach kann durch Landesgesetz bestimmt werden, daß ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstücke bestehendes Pfandrecht, das zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen neben dem Pfandrechte für die Hauptforderung bestellt worden ist, erlischt, wenn es sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Diese Bestimmung kann auch nach dem Zeitpunkte, zu welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, getroffen und dahin erweitert werden, daß Hypotheken der bezeichneten Art, die sich schon mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben, als im Zeitpunkte der Vereinigung erloschen gelten. Das von dieser reichsrechtlichen Ermächtigung Gebrauch machende bayerische Landesgesetz ist bereits vorbereitet und wird dem Landtag in Bälde zugehen. Im Hinblick auf die in Aussicht stehende gesetzliche Neuregelung der volkswirtschaftlich überaus bedeutsamen Frage wird demnächst eine Sondernummer der Bl. f. RA. erscheinen, die hauptsächlich der Erörterung dieser Materie gewidmet ist. E.

Eine neue „Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht", herausgegeben von Geh. Justizrat Prof. Dr. Josef Kohler unter Mitwirkung zahlreicher Gelehrter des In- und Auslandes, erscheint von März d. J. an in J. U. Kern's Verlag (Max Müller)

in Breslau. Die Zeitschrift ist in Deutschland der erste Sammelpunkt wissenschaftlicher Bestrebungen für das Völkerrecht; sie stellt sich auf eine breite internationale Basis, indem sie als Mittel der Verständigung neben der deutschen auch die englische und französische Sprache zuläßt.

Neben theoretischen Aufsätzen und wissenschaftlichen Darstellungen, welche die völkerrechtlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Staaten und die in dem Leben der Völker sich entwickelnden rechtlichen Normen behandeln, sollen Mitteilungen über wichtige internationale rechtliche Entscheidungen, völkerrechtliche Ereignisse, neue Gesetze, die einschlägige in- und ausländische Literatur ꝛc. den Bedürfnissen der Fortbildung auf diesem Gebiete dienen.

Die Zeitschrift erscheint in jährlich 6 Heften zum Preise von 20 Mark für den Jahrgang.

IV. Literatur.

Von der in Otto Liebmann's Verlag (Berlin) erschienenen Liliputausgabe des BGB. sind z. Zt. 56000 Exemplare verbreitet.

1) Bei J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H., Berlin, ist erschienen:
Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft, mit besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäfts. Von Dr. jur. P. Leutke, Postinspektor. 270 S. in 8°.

Auf diese Schrift möchten wir die Aufmerksamkeit unserer Leser hauptsächlich aus zwei Gründen lenken: vor allem deshalb, weil sie eine Reihe von praktisch sehr wichtigen Fragen praktisch, wie man es von einem mitten in der Praxis stehenden Praktiker füglich erwarten darf, beantwortet; ob und wie lange ein Wertbrief oder dergl. in der Verfügungsgewalt des Absenders stehe, und umgekehrt, ob oder von welchem Zeitpunkt an das Recht auf Aushändigung unwiderruflich an den Adressaten übergehe —, das sind Fragen, deren Wichtigkeit selbst einem Laien sofort einleuchtet. Die Leutke'sche Schrift gibt hierüber besten Aufschluß. Aber noch mehr: die ganze Arbeit hat auch einen hohen wissenschaftlichen Wert; denn eine Reihe der theoretisch schwierigsten Themata, so die ganze Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter, findet eine gediegene, vollkommen auf der Höhe der Wissenschaft stehende Behandlung und eine durch keine unwissenschaftliche Nebenrücksicht beeinträchtigte, streng objektive Beurteilung. G.

2) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck), München.
a) Sammlung preußischer Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts. Textausgabe mit Sachregister und Literaturnachweisungen. Herausgegeben von Professor Dr. Stier-Somlo in Bonn. XVI und 881 S.

Die bekannte Beck'sche Gesetzesausgabe in den kleinen roten Leinwandeinbänden bringt hier eine Zusammenstellung von 58 Gesetzen und Verordnungen nach der Zeitfolge geordnet, von 1807 bis 1904, darunter z. B. die Preuß. Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850, die das Beamtenrecht und die das Kommunalrecht betreffenden Gesetze, die ganze moderne Steuergesetzgebung Preußens, die Ansiedlungs- und Rentengütergesetze u. s. w.

b) Sammlung kleinerer Reichsgesetze und Verordnungen handelsrechtlichen Inhalts. Eine Ergänzung zum Handelsgesetzbuch. Textausgabe mit alphabetischem Sachregister. Zweite, berichtigte und fortgeführte Auflage. 1906. VIII und 621 Seiten.

In der gleichen Ausstattung wie Stier-Somlo's Gesetzessammlung und wie die vor 6 Jahren erschienene erste Auflage dieser Sammlung handelsrechtlicher Gesetze auf den Markt gebracht zeigt die vorliegende Neuauflage gegen letztere eine erhebliche Vermehrung, die sich schon äußerlich in der Steigerung der Seitenzahl (um fast hundert) darstellt; es sind zu den bisher gebrachten Gesetzen, z. B. der Seemannsordnung, der Strandungsordnung, dem Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe, die inzwischen Rechtens gewordenen Abänderungen eingefügt und dazu neu die inzwischen in Kraft getretenen Reichsgesetze über Urheber-, Verlags- und Versicherungsrecht, über die Kaufmannsgerichte u. a. angereiht. Mit Recht wird diese Zusammenstellung als Ergänzung für das Handelsgesetzbuch bezeichnet und angesehen. G.

3) Verlag von Deichert Nachf. in Leipzig.
Biologie des geschichtlich positiven Rechtes im Kulturleben der Gegenwart. 1906. LXIII und 396 S. Preis 9 Mk.

Das Buch von Seitz ist zwar für den praktischen Juristen wenig verwertbar, zeichnet sich aber durch eine große Gelehrsamkeit aus. Es ist ein rechtsphilosophisches Werk, das sich mit der Entstehung des Rechts in der Menschheit und seiner Fortbildung beschäftigt. Nach

Seitz entsteht es unbewußt in der menschlichen Gesellschaft und lebt unbewußt weiter, findet aber häufig schon lange Beachtung, ehe es von den Gelehrten und Richtern als solches erkannt oder von dem Repräsentanten der Gesellschaft, dem Staate, als Gesetzesrecht unmittelbar zur Beachtung vorgeschrieben werde. Das nach Seitz „ewig" lebende Recht beruht auf Religion, Moral und guter Sitte. Es dürfe daher in seiner Entwicklung nicht unbeachtet gelassen oder verkannt werden. Leider sei dies in kaum gut zu machender Weise in unseren Rechtsschulen geschehen, sowohl von der Naturrechtsschule, die alles allein von der Vernunft ableite und die französische Revolution erzeugt habe, als nicht minder von der romantischen oder historischen Schule Savigny's, die nur das alte, von der Geschichte bekundete Recht habe gelten lassen. Die lediglich auf dem Systeme dieser Schulen beruhende Gesetzgebung und Rechtsprechung habe das Leben verkannt. Die Jurisprudenz habe die Aufgabe, das in tausenderlei neuen Erscheinungen zu Tage tretende Recht zu erkennen und zu „konstruieren", wie andererseits die Rechtsprechung, besonders der oberen und obersten Gerichte, diesen Neubildungen in ihren Erkenntnissen Anerkennung zu verschaffen, endlich die Gesetzgebung, wie die des Deutschen Reichs im BGB. getan, den neuen Rechtsinstituten positive Geltung zu geben. Dabei müsse sie getragen werden vom Grundsatze der auf der Nächstenliebe ruhenden Billigkeit, wie auch das vom Römischen Recht anerkannte jus gentium einzig und allein auf dem bonum arbitrium und der aequitas beruht habe. Die Beweisführung Seitz's ist schwerfällig und macht das Buch etwas schwer verdaulich, wer es aber liest, muß sich sagen, daß der Verfasser als Jurist auf einem sehr idealen Standpunkt stehe. V.

4) Verlag von Franz Vahlen in Berlin.

Der juristische Vorbereitungsdienst in Bayern. Von Alfred Lunglmayr, Oberlandesgerichtsrat. 2. Band. Die einzelnen Stadien der Ausbildung: Amtsgericht — Landgericht — Bezirksamt (Magistrat und Polizeidirektion) — Rechtsanwaltschaft. 1905. XI und 546 S.

Dem im vorigen Jahrgange dieser Blätter (S. 336) besprochenen ersten Bande des Lunglmayr'schen Werkes ist rasch der zweite gefolgt. Wir können das damals gefällte günstige Urteil nur in vollem Umfange wiederholen. Der 2. Band enthält nicht nur eine eingehende Darstellung der Formalien des Dienstes bei den einzelnen Geschäftssparten des juristischen Vorbereitungsdienstes, sondern mehrfach auch wertvolle, wenn auch kurzgefaßte materiell-rechtliche Erörterungen; vgl. z. B. die Ausführungen über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (S. 47 ff.), über den Konkurs (S. 78 ff.), über das Grundbuchwesen (S. 228 ff.). Mit Recht betont der Verfasser (S. 140 ff.) die noch immer häufig unterschätzte Bedeutung der freiwilligen Rechtspflege. Der den Dienst bei der Staatsanwaltschaft behandelnde Anhang zum 2. Abschnitte (S. 395 ff.) wird vielfach willkommen sein. Das eingehende Register erstreckt sich auf beide Bände. E.

5) Verlag von Moritz Schauenburg in Lahr.

Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898 nebst den Einführungsgesetzen. Für den praktischen Gebrauch erläutert von Dr. Julius Petersen, Reichsgerichtsrat a. D. Fünfte Auflage, bearbeitet von Ernst Remelé, Reichsgerichtsrat, und Dr. Ernst Anger, kgl. sächs. Landgerichtsdirektor. 2. Band. 1906. VIII, 840 und LXXIX S.

Bei Besprechung des ersten Bandes der Neuauflage des Petersen-Anger'schen Kommentars zur CPO. (Jahrgang 70 dieser Blätter S. 492) wurde dem Wunsche Ausdruck gegeben, daß die Fertigstellung bald erfolgen möge; diesem Wunsche ist rasch Erfüllung geworden: der das groß angelegte Werk zum Abschlusse bringende 2. Band liegt vollendet vor. Die in jener Besprechung gerühmten Vorzüge zeichnen auch den zweiten Band aus; insbesondere ist die Literatur und Praxis bis in die jüngste Zeit berücksichtigt. Die Novelle vom 5. Juni 1905 mußte, da zur Zeit ihrer Verkündung die Abschnitte über die Revision und die Beschwerde bereits gedruckt waren, in einem Anhang erörtert werden. E.

Redaktions-Adresse z. Zt.: München, Luisenstraße 3/III.

Für die Redaktion verantwortlich: Landgerichtsrat Dr. Engelmann in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 9. 20. April 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts; und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Ueberleitung von Hypotheken, nebst Begründung. II. Abhandlungen: Jacoby, Die Eigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches und ihre Einwirkung auf den bestehenden Rechtszustand in Bayern. Seitz, Zur Frage der Ueberleitung der Kautionshypotheken des älteren Rechts. III. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Landgericht München I (Civilsachen). IV. Literatur.

I. Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Überleitung von Hypotheken*).

Artikel 1.

Eine zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bestehende Hypothek, die zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen neben der Hypothek für die Hauptforderung bestellt worden ist, erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt.

Artikel 2.

Hat eine Hypothek der im Artikel 1 bezeichneten Art sich schon vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so gilt sie als im Zeitpunkte der Vereinigung erloschen, es sei denn, daß ein Dritter nach der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentume durch Rechtsgeschäft ein Recht an der Hypothek erworben hat. Hat jemand vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes mit Rücksicht auf die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person eine Befriedigung erhalten, so kann die Rückgabe auf Grund der Vorschriften dieses Gesetzes nicht verlangt werden.

Begründung.

I.

Nach § 42 des bayerischen Hypothekengesetzes erstreckt sich die Hypothek gegen den Schuldner sowohl als gegen jeden dritten Besitzer nebst dem Kapital auch auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen

*) Wir bringen hiermit den von der kgl. Staatsregierung soeben dem Landtage vorgelegten Entwurf eines bayerischen Gesetzes, betr. die Ueberleitung von Hypotheken, der demnächst zur Beratung gelangen wird. Red.

Jahres, wenn das Kapital als ein verzinsliches im Hypothekenbuch eingetragen ist. Wegen weiterer Rückstände an bedungenen Zinsen, wegen der Verzugszinsen und wegen der auf Ausklagung und Beitreibung der Hypothekenforderung entstandenen Streitkosten hat der Gläubiger das dingliche Recht auf das verpfändete Grundstück zwar gegen seinen Schuldner, solange dieser die Sache besitzt, er kann es aber weder gegen einen dritten Besitzer der Sache geltend machen, noch dafür gegen andere Hypothekengläubiger den Vorzug nach der Eintragung der Hauptschuld verlangen (§ 43 des Hyp.-Ges.). Er hat zwar nach § 12 Nr. 11 des Hypothekengesetzes das Recht, „wegen der nicht über zwei Jahre rückständigen Zinsen und wegen der über Ausklagung und Eintreibung von Hypothekenschulden entstandenen Streitkosten durch deren besondere Eintragung eine eigene Hypothek an dem verpfändeten Grundstücke zu erwerben"; die Wirksamkeit dieser Hypothek gegen dritte Besitzer der Sache und andere Hypothekengläubiger beginnt aber erst mit dem Zeitpunkt ihrer Eintragung (§ 43 des Hyp.-Ges.). An und für sich erstreckt sich hiernach die Haftung des Grundstücks kraft der Hypothek auf die Kosten fast gar nicht, auf die Zinsen aber nur insoweit, als sie laufend oder nicht über ein Jahr rückständig sind.

Eine solche beschränkte Haftung des Grundstücks für Nebenleistungen genügte den Bedürfnissen des Immobiliarkredits nicht. Es bildete sich deshalb die Uebung, die Haftung des Grundstücks für Nebenleistungen in der Weise auf Grund Vertrags zu erweitern, daß neben der Hypothek für die Hauptforderung (die Darlehensforderung, die Kaufpreisforderung und dergl.) im gleichen Range mit dieser eine Hypothek zur Sicherung künftiger, nicht bevorzugter Zinsen, Kosten und anderer Nebenleistungen bestellt wurde.

In der Regel wurden diese sogenannten Nebensachekautionen (Zinsen- und Kostenkautionen) als Hypotheken bis zu einem Höchstbetrage von zehn Prozent der Hauptforderung, zur Sicherung „nicht bevorzugter Zinsen, Kosten und Schäden", eingetragen. Mitunter wurde der Höchstbetrag höher oder niedriger festgesetzt; manchmal wurden auch noch andere Nebenleistungen, wie Vertragsstrafen für unpünktliche Zinszahlung, Abschlußprovisionen, Kursdifferenzen und dergl. besonders hervorgehoben. Im Hypothekenbuche wurden die Nebensachekautionen in der Regel mit der Haupthypothek unter einer Nummer eingetragen. An einzelnen Gerichten wurden die Haupthypothek und die Nebensachekaution durch kleine lateinische Buchstaben besonders bezeichnet; ausnahmsweise ist es auch vorgekommen, daß die Haupthypothek und die Nebensachekaution unter gesonderten Nummern eingetragen wurden. Die Fassung der Eintragung und die Ausscheidung der Nebensachekaution von der Haupthypothek war verschieden. Bei vielen Gerichten hatte die Eintragung folgende Fassung:

Fortl. Nr.	Hypotheken, deren Zessionen und Löschungen		Anmerkungen
1/I	Am 1. Mai 1899. Hunderttausend Mark Darlehen der K. Bank in Nürnberg	100,000	Tgb. 1899 Nr. 396
	und zehntausend Mark Kaution für nichtbevorzugte Zinsen, Kosten und Schäden, lt. Urk. . . .	10,000	

Bei anderen Gerichten war die folgende Fassung gebräuchlich:

Fortl. Nr.	Hypotheken, deren Zessionen und Löschungen		Anmerkungen
1/I	Am 1. Mai 1899. Einhundertzehntausend Mark der K. Bank in Nürnberg und zwar: a) 100,000 ℳ . . . . Darlehen b) 10,000 ℳ Kaution für Zinsen, Kosten und Schäden, lt. Urk. . . .	110,000	Tgb. 1899 Nr. 396

Diese Nebensachekautionen wurden in der Praxis der Gerichte und im Grundstücks- und Hypothekenverkehr immer nur von dem Gesichtspunkt aus beurteilt, daß sie dem Hypothekengläubiger bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück volle Sicherheit für die Befriedigung der durch das Gesetz nicht geschützten Nebenansprüche gewährleisten sollen, also dazu bestimmt sind, die Haftung des Grundstücks für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen über die im Gesetze gezogene Grenze hinaus zu erweitern. Eine selbständige Verfügung über die Nebensachekautionen fand nie statt. Man war daran gewöhnt, bei der Schätzung der Sicherheit nachstehender Hypotheken nicht den ganzen Betrag der vorgehenden Nebensachekaution in Ansatz zu bringen, weil diese erfahrungsgemäß fast nie bis zu dem eingetragenen Höchstbetrag in Anspruch genommen wurde, die nachfolgenden Hypothekengläubiger also damit rechnen konnten, daß bei der Verteilung des Versteigerungserlöses ihre Hypotheken insoweit vorrückten, als die Nebensachekaution nicht für Zinsenrückstände und Kosten in Anspruch genommen wurde.

Erst nachdem am 1. Mai 1905 in den Bezirken des Oberlandesgerichts München und der Landgerichte Amberg, Regensburg und Weiden das Grundbuchrecht eingeführt war, wurde die bis dahin nie erörterte Frage, ob die Nebensachekaution eine selbständige Hypothek sei, aufgeworfen und der Entscheidung der Gerichte unterstellt. Sie wurde zur Grundlage für die Entscheidung der weiteren Frage, ob in Ansehung dieser Hypothek eine Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld) entstehen könne. Das Oberste Landesgericht sprach in einem Beschlusse vom 23. Juni 1905 (Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Civilsachen, n. F. Bd. 6 S. 418 ff.) aus, daß zwischen der Hypothek für die Hauptforderung und der Höchstbetragshypothek für künftige Zinsen- und Kostenansprüche ein Abhängigkeitsverhältnis nicht bestehe, diese Höchstbetragshypothek vielmehr als eine selbständige Hypothek zu betrachten sei, für die die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Eigentümerhypothek gelten und auf die der § 1178 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht Anwendung finde. Das Reichsgericht hat sich in den Gründen seines Beschlusses vom 18. Oktober 1905 V B 241/05 (abgedruckt in der Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Obersten Landesgerichts in Civilsachen, n. F., Bd. 6 S. 425) dieser Auffassung angeschlossen. Infolgedessen legen die Grundbuchämter und die Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte jetzt die in zwei oberstrichterlichen Beschlüssen vertretene Auffassung ihren Entscheidungen zugrunde. Sie gehen also davon aus, daß die neben der Hypothek für den Hauptanspruch bestellte Höchstbetragshypothek für Zinsen, Kosten und andere Nebenansprüche unter den in den §§ 1163, 1168 bis 1171 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Voraussetzungen insoweit auf den Eigentümer

übergeht, als Ansprüche, zu deren Sicherung die Höchstbetragshypothek bestellt wurde, nicht bestehen.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Bestand einer Hypothek von dem Bestande der Forderung, für die sie bestellt wurde, nicht abhängig. Das Erlöschen der Forderung hat nicht, wie dies nach dem bayerischen Hypothekenrechte der Fall ist, das Erlöschen der Hypothek zur Folge; vielmehr erwirbt, wenn die Forderung erlischt, der Eigentümer die Hypothek. Ebenso steht die Hypothek, wenn die Forderung, für welche sie bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 1 des BGB.). Allerdings hat auch nach dem bayerischen Hypothekenrechte das Erlöschen der Hypothek nicht das unbedingte Vorrücken der nachstehenden Hypotheken zur Folge. Dem Eigentümer steht vielmehr das Recht zu, solange die erloschene Hypothek im Hypothekenbuche nicht gelöscht ist, an deren Rangstelle eine neue Hypothek zu begründen (§ 84 des Hypothekengesetzes). Die Rechte, die nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche dem Eigentümer im Falle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person zustehen, gehen aber weiter als das nach § 84 des Hypothekengesetzes dem Eigentümer gesicherte Rangeinräumungsrecht. Dieses wird durch die Beschlagnahme des Grundstücks wirkungslos; es gewährt dem Eigentümer im Zwangsversteigerungsverfahren keinen Anspruch auf den Betrag, der auf eine Hypothek an der freien Stelle treffen würde; es kann von dem Eigentümer nicht veräußert oder belastet und von seinem Gläubiger nicht mit der Zwangsvollstreckung ergriffen werden. Dagegen hat der Eigentümer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in den Fällen, in denen die Hypothek sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ein selbständiges Recht, das dem nachstehenden Hypothekengläubiger grundsätzlich jede Aussicht auf das Vorrücken beim Erlöschen der im Range vorgehenden Hypothek entzieht, sofern nicht der Fall des § 1179 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegt. Er kann über die Eigentümerhypothek durch Abtretung oder Verpfändung verfügen; seine Gläubiger können auf sie im Wege der Zwangsvollstreckung greifen. Die Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld) bleibt auch der Beschlagnahme gegenüber wirksam; der Eigentümer kann nach dem Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren den auf die Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld) treffenden Teil des Versteigerungserlöses für sich beanspruchen.

Die Anwendung dieser Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Eigentümerhypothek auf die vor dem Inkrafttreten des Grundbuchsrechts entstandenen Nebensachekautionen, wie sie auf Grund der zwei oberstrichterlichen Entscheidungen nunmehr in der Praxis der Gerichte stattfindet, führt zu einer unverkennbaren Schädigung der nachstehenden Hypothekengläubiger. Diese rechneten vor der Einführung des Grundbuchrechts bei der Hingabe eines Darlehens gegen Bestellung einer Hypothek an zweiter oder folgender Rangstelle auf Grund langjähriger Erfahrungen damit, daß der vorgehende Hypothekengläubiger die Nebensachekaution voraussichtlich nicht bis zum Höchstbetrag in Anspruch nehmen werde und daß demgemäß bei der Verteilung eines etwaigen Versteigerungserlöses ihre Hypothek vorrücke. Nach der herrschenden Rechtsprechung ist ihnen aber die Aussicht auf ein Vorrücken vollständig entzogen. Sie müssen es sich gefallen lassen, daß der Eigentümer, der in der Regel auch ihr persönlicher Schuldner ist, denjenigen Teil des Versteigerungserlöses im Vorrange vor ihnen ganz oder teilweise zugewiesen erhält, der auf die Höchstbetragshypothek für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen entfällt. Die praktischen Folgen zeigt ein Beispiel.

Das Grundstück des A ist belastet an I. Rangstelle mit
100000 Mk. Hypothek für ein mit vier vom Hundert verzinsliches Darlehen des B und
10000 Mk. Nebensachekaution hierzu; ferner an II. Rangstelle mit
50000 Mk. Hypothek für ein mit vier vom Hundert verzinsliches Darlehen des C.

Die Zwangsversteigerung wird nach dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts auf Betreiben des B durchgeführt. Die nach § 10 Nr. 1 bis 3, § 109 des Zwangsversteigerungsgesetzes vorweg zu berücksichtigenden Ansprüche, Kosten u. s. w. betragen 3000 Mk. B meldet 4000 Mk. Zinsrückstände an, die nach § 10 Nr. 4 des Zwangsversteigerungsgesetzes in die vierte Klasse fallen; dagegen werden Ansprüche, zu deren Sicherung die Nebensachekaution bestellt ist, nicht angemeldet. Das Grundstück wird von D um 155000 Mk. erstanden. Der Versteigerungserlös ist hiernach in folgender Weise zu verteilen:

3000 Mk. den Gläubigern der nach § 10 Nr. 1 bis 3, § 109 zu berücksichtigenden Ansprüche,
104000 Mk. dem Gläubiger B
10000 Mk. dem Eigentümer A
38000 Mk. dem Gläubiger C.

Wäre dagegen die Zwangsversteigerung vor dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts durchgeführt worden, so hätte unter den gleichen Voraussetzungen die Verteilung des Versteigerungserlöses zu dem folgenden Ergebnisse geführt:

3000 Mk. den Gläubigern der vorweg zu berücksichtigenden Ansprüche,
104000 Mk. dem Gläubiger B
48000 Mk. dem Gläubiger C.

Der Gläubiger C erleidet also bei der Durchführung der Zwangsversteigerung nach dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts gegenüber dem früheren Rechte einen Ausfall von 10000 Mk., der dem Eigentümer zugute kommt.

Dem Bemühen der nachstehenden Hypothekengläubiger, sich durch die Pfändung des dem Eigentümer zufallenden Betrags schadlos zu halten, treten infolge der Konkurrenz anderer Gläubiger des Schuldners, häufig auch infolge des Mangels eines Vollstreckungstitels und in den Fällen, in denen der Eigentümer in Konkurs geraten ist, tatsächliche und rechtliche Hinternisse entgegen. Hierzu kommt, daß eine Reihe weiterer Fragen über die Wirkungen des Ueberganges der Hypothek auf den Eigentümer zur Zeit in der Rechtsprechung der Gerichte verschiedenartige Beantwortung erfahren. Es bestehen insbesondere widerstreitende Ansichten darüber, ob die Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek zulässig sei oder nicht, ferner ob der Eigentümer, auf den die im gleichen Range mit der Hypothek für den Hauptanspruch eingetragene Hypothek für Nebenansprüche übergegangen ist, bei der Verteilung des Versteigerungserlöses für seinen Anspruch den Gleichrang mit dem Anspruch aus der Haupthypothek beanspruchen könne oder ob auf seine im gleichen Range mit der Hypothek für den Hauptanspruch bestehende Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld) die Vorschrift des § 1176 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung zu finden habe. Die hieraus entspringende Rechtsunsicherheit und die geschilderte Schädigung der nachstehenden Hypothekengläubiger haben in den Bezirken, in denen das Grundbuch schon als angelegt anzusehen ist, eine große Beunruhigung aller am Liegenschaftsverkehr interessierten Kreise hervorgerufen. Sie drohen zur Quelle vieler Rechtsstreitigkeiten zu werden und es ist zu fürchten, daß sie auch in denjenigen Bezirken, in denen später das Grundbuchrecht eingeführt werden wird, hervortreten werden, wenn nicht rechtzeitig vor-

gebeugt wird. Zwar bestand eine Zeit lang die Hoffnung, daß die Rechtsprechung einen Weg zur Beseitigung der bestehenden Schwierigkeiten finden werde; aber diese Aussicht ist nach der jetzigen Lage der Sache sehr gering. Die dringend erforderliche Abhilfe kann nur im Wege der Gesetzgebung geschafft werden. Das Verlangen nach einer gesetzgeberischen Maßnahme ist nicht nur in der Tagespresse und in den Fachzeitschriften sondern auch bei der Beratung des Justizetats in der Kammer der Abgeordneten und im Ausschusse der Kammer der Reichsräte gestellt worden.

Für diejenigen Bezirke, in denen das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, könnte durch ein dem Vorbehalte des Art. 194 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch entsprechendes Landesgesetz geholfen werden. Allein hierdurch würden noch nicht alle Schwierigkeiten beseitigt. Der Art. 194 ermächtigt die Landesgesetzgebung nicht, das Entstehen der Eigentümerhypothek schlechthin auszuschließen. Die Landesgesetzgebung könnte nur bestimmen, daß ein Gläubiger, dessen Pfandrecht zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, besteht, die Löschung einer im Range vorgehenden oder gleichstehenden Nebensachekaution, falls diese sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, in gleicher Weise zu verlangen berechtigt ist, wie wenn zur Sicherung des Rechtes auf Löschung eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen wäre. Die Streitfrage, ob hierdurch im Zwangsversteigerungsverfahren die Geltendmachung eines Anspruchs auf einen Teil des Versteigerungserlöses durch den Eigentümer ausgeschlossen ist, würde nicht gelöst werden. Dagegen gibt das Reichsgesetz vom 17. März 1906 (Reichsgesetzblatt Seite 429) die Möglichkeit einer wesentlich einfacheren und durchgreifenderen Regelung, durch die das Entstehen der Eigentümerhypothek bei Hypotheken für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen schlechthin ausgeschlossen, also nicht nur dem im Range gleichstehenden oder nachfolgenden Hypothekengläubiger, dessen Pfandrecht zur Zeit der Einführung des Grundbuchrechts schon bestand, ein Löschungsanspruch zuerkannt wird.

Das Reichsgesetz vom 17. März 1906 lautet:

„Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstücke bestehendes Pfandrecht, das zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen neben dem Pfandrechte für die Hauptforderung bestellt worden ist, erlischt, wenn es sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt.

Diese Bestimmung kann auch nach dem Zeitpunkte, zu welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, getroffen werden. Sie kann dahin erweitert werden, daß Hypotheken der bezeichneten Art, die sich schon mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben, als im Zeitpunkte der Vereinigung erloschen gelten."

Auf Grund dieses Reichsgesetzes ist die Landesgesetzgebung in der Lage, nicht nur für die Bezirke, in denen das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, nachteilige Folgen der Überleitung in das neue Recht auszuschließen, sondern sie hat auch die Möglichkeit, für die Bezirke, in denen das Grundbuchrecht schon in Kraft getreten ist, die durch die Einwirkung der Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf Nebensachekautionen entstandene Schädigung der Hypothekengläubiger und die bestehende Rechtsunsicherheit in durchgreifender Weise und mit rückwirkender Kraft zu beseitigen. Der vorliegende Gesetzentwurf macht von der hiernach der Landesgesetzgebung zustehenden Befugnis zu gesetzgeberischem Eingreifen Gebrauch. Er schlägt vor, das Ent-

stehen einer Eigentümerhypothek bei Nebensachekautionen vollständig auszuschließen und dieser Vorschrift rückwirkende Kraft für diejenigen Bezirke zu verleihen, in denen das Grundbuchrecht schon eingeführt ist. Nur auf die Fälle, in denen nach dem Entstehen der Eigentümerhypothek ein Dritter ein Recht an dieser durch Rechtsgeschäft erworben hat, soll die rückwirkende Kraft sich nicht erstrecken.

Die Vorschriften des Entwurfes sollen nicht auf die Landesteile rechts des Rheins beschränkt, sondern auch für die Pfalz maßgebend sein. Auch in der Pfalz sind schon unter der Herrschaft des französischen Rechtes und insbesondere seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 26. April 1888 (Ges.- und Verordn.-Bl. S. 427) Kautionen für gesetzlich nicht bevorrechtigte Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen in der gleichen Weise, wie in den Landesteilen rechts des Rheins bestellt worden. Ebenso wie im Geltungsbezirke des bayerischen Hypothekengesetzes wurden in der Pfalz solche Nebensachekautionen bei der Schätzung der Sicherheit nachstehender Hypotheken nicht mit ihrem ganzen Höchstbetrag in Ansatz gebracht; auch hier rückten im Zwangsversteigerungsverfahren die nachstehenden Hypotheken insoweit vor, als die Nebensachekaution nicht in Anspruch genommen wurde. Diese Nebensachekautionen sind bei der Grundbuchanlegung als Höchstbetragshypotheken in das Grundbuch eingetragen worden. Seit dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts besteht bei den Amtsgerichten der Pfalz in der Frage, ob der vom Gläubiger nicht in Anspruch genommene Teil der Nebensachekaution Eigentümerhypothek wird, keine einheitliche Praxis. Für die Ausdehnung der vorgeschlagenen Ueberleitungsvorschrift auf die Pfalz sprechen daher die gleichen Gründe, die ihre Erlassung für die Landesteile rechts des Rheins notwendig machen.

II.

Zu Artikel 1.

Die Fassung des Art. 1 des Entwurfes schließt sich unmittelbar an die Fassung des Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 17. März 1906 an. Der Entwurf geht in Uebereinstimmung mit dem Reichsgesetze davon aus, daß die unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekengesetzes und die in der Pfalz vor der Einführung des Grundbuchsrechts entstandenen Nebensachekautionen im Hinblick auf die im Verkehre herrschende Auffassung und auf den ihrer Bestellung zugrunde liegenden Willen der Beteiligten von anderen Gesichtspunkten zu beurteilen sind, als die Hypotheken für eine dem Betrage nach bestimmte Forderung und als die sonstigen Höchstbetragshypotheken. Bei den Hypotheken der letzteren Art hat von jeher derjenige, welcher an nachstehender Rangstelle eine Hypothek erworben hat, damit gerechnet und damit rechnen müssen, daß die Vorhypothek in dem vollen in das Hypothekenbuch eingetragenen Betrage vor seiner Hypothek zum Zuge kommt. Bei der Nebensachekaution war dies, wie in Nr. 1 ausgeführt ist, nicht der Fall. Sie wurde nur bestellt, um die Haftung des Grundstücks für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen über die im bisherigen Rechte gezogenen engen Schranken hinaus zu erweitern. Es entspricht dem Vertragswillen der Beteiligten, der der Bestellung von Nebensachekautionen unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekengesetzes und nach dem in der Pfalz geltenden Rechte bisher zugrunde gelegen hat, daß die Nebensachekautionen unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der gleichen Weise behandelt werden, wie die im § 1178 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Hypotheken. Deshalb bestimmt der Entwurf, daß eine Hypothek für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt.

Durch die Fassung „Eine zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bestehende Hypothek, die zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen neben der Hypothek für die Hauptforderung bestellt worden ist", will der Entwurf alle Hypotheken treffen, die vor dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts in den Landesteilen rechts des Rheins und in der Pfalz als sogenannte Nebensachekautionen (Zinsen- und Kostenkautionen) begründet wurden (vgl. die Ausführungen und die Beispiele in der Nr. 1 Abs. 3). Insbesondere fallen alle Forderungen der in der Nr. 1 Abs. 3 bezeichneten Art, die nicht die Eigenschaft selbständiger Kapitalsforderungen haben, die aber neben dem Hauptanspruch zu entrichten sind, sodaß durch sie der Anspruch des Gläubigers und die Belastung des Grundstücks erweitert werden, unter den Begriff der Nebenleistungen im Sinne des Entwurfes. Die Vorschriften des Entwurfs erstrecken sich ferner gleichmäßig auf alle Nebensachekautionen, mögen sie in einer der in Nr. 1 Abs. 3 wiedergebenen Fassungen oder in einer anderen Fassung, unter einer Nummer oder unter gesonderten Nummern eingetragen sein.

Für die Entscheidung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Hypothek sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, sind die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend (vgl. insbesondere die §§ 889, 1143, 1153, 1163, 1168 ff). Die Fassung des Entwurfes „wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt", schließt sich an die vom Bürgerlichen Gesetzbuch in ähnlichen Fällen gewählte Fassung (vgl. §§ 1177, 1178, 1179 des GGB., Art. 194 des EG. z. BGB.) an. Sie trifft alle Fälle, in denen nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Eigentümerhypothek entsteht, also die Fälle, in denen „die Hypothek dem Eigentümer zusteht", oder in denen „der Eigentümer die Hypothek erwirbt", oder in denen „die Hypothek auf den Eigentümer übergeht" und dgl.

Durch die Vorschrift, daß die Hypothek erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, wird das Entstehen einer Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld) bei Hypotheken solcher Art ausgeschlossen. Das Erlöschen der Hypothek ist nicht abhängig von ihrer Löschung im Grundbuch. Tritt die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum nur in Ansehung eines Teilbetrags der Hypothek ein, so erlischt die Hypothek nur in der Höhe des Teilbetrags. Hat das verpfändete Grundstück den Eigentümer gewechselt, so tritt das Erlöschen der Hypothek auch insoweit ein, als nach den allgemeinen Grundsätzen über das Entstehen der Eigentümerhypothek bei Höchstbetragshypotheken die Hypothek nicht dem letzten Eigentümer, sondern einem früheren Eigentümer zufallen würde. Es soll also schlechthin ausgeschlossen sein, daß ein Eigentümer auf Grund einer Hypothek der bezeichneten Art einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke geltend machen kann. Dies ist von besonderer Bedeutung für die Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Da eine Hypothek der bezeichneten Art nicht auf den Eigentümer übergeht, steht diesem nach dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke bei der Verteilung des Versteigerungserlöses unter keinen Umständen zu. Soweit also von dem Hypothekengläubiger im Zwangsversteigerungsverfahren Forderungen, zu deren Sicherung die Nebensachekaution bestimmt ist, nicht geltend gemacht werden, kann weder der Subhastat, noch ein früherer Eigentümer, noch der Ersteher einen Anspruch auf den Betrag des Versteigerungserlöses geltend machen, der an sich auf den vom Gläubiger nicht in Anspruch genommenen Teil der Nebensachekaution fallen würde. Dieser Betrag kommt vielmehr den nachstehenden Hypothekengläubigern zugute.

Das Erlöschen der Hypothek hat allerdings zur Folge, daß der Eigentümer, der den Hypothekengläubiger in Hauptsache und Nebensache befriedigt und hierdurch die Hypothek für den Hauptanspruch erwirbt (§ 1163 BGB.), künftig nicht mehr in der Lage ist, bei der Uebertragung der Hypothek an einen neuen Gläubiger diesem auch die bisherige Höchstbetragshypothek für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen einzuräumen. Die Rechte des Grundstückseigentümers erleiden hierdurch gegenüber dem bisherigen Rechtszustand eine Einschränkung. Diese ist aber für die Praxis von untergeordneter Bedeutung, weil nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs die gesetzliche Haftung des Grundstücks für Zinsen und Kosten erheblich weiter geht als nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes. Während nach dem Hypotekengesetze das Grundstück kraft der Hypothek nur für die laufenden Zinsen und die Zinsen eines Vorjahres, für Kosten aber überhaupt nicht haftete, erstreckt sich die Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch auf die laufenden Zinsen, ferner auf die Zinsen aus den zwei Vorjahren und auf die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (§§ 1115, 1118 des BGB., § 10 Nr. 4, § 13 des Zw. V. G.) Mit Rücksicht auf diese weitergehende gesetzliche Haftung des Grundstücks ist die Bestellung einer eigenen Hypothek für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen nicht mehr im gleichen Maße geboten, wie unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes. Sie ist tatsächlich seit dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts selten erfolgt.

Zu Artikel 2.

Die Vorschriften des Art. 1 des Entwurfes sollen in den Bezirken, in denen das Grundbuchrecht noch nicht eingeführt ist, in dem Zeitpunkt in Kraft treten, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Für diese Bezirke wird hierdurch das Entstehen einer Eigentümerhypothek aus einer nach dem bisherigen Rechte begründeten Nebensachekaution von vornherein ausgeschlossen.

In den Bezirken, die schon unter Grundbuchrecht stehen, finden die Vorschriften des Art. 1 nach ihrem Wortlaut ohne weiteres auf jene nach dem bisherigen Rechte begründeten Nebensachekautionen Anwendung, die sich nicht schon vor dem Zeitpunkte des Inkrafttretens dieses Gesetzes mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben. Würde es hierbei sein Bewenden haben, so würde in Ansehung derjenigen Nebensachekautionen, bei denen die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in der Zeit zwischen dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts und dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten ist, der jetzige Rechtszustand unverändert bleiben. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Eigentümerhypothek würden auf diese Hypotheken in vollem Umfang Anwendung finden. Die hiermit verbundene Schädigung der nachstehenden Hypothekengläubiger und die oben besprochene Rechtsunsicherheit würden in weitem Umfange bestehen bleiben. Das Bedürfnis nach Beseitigung der Schäden und der Rechtsunsicherheit ist aber auch in Ansehung der seit dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts aus Nebensachekautionen des früheren Rechtes entstandene Eigentümerhypotheken vordringlich, zumal ihre Zahl und ihr Geldbetrag nicht unerheblich ist. Diesem Bedürfnisse kann nur dadurch Rechnung getragen werden, daß den Vorschriften des Art. 1 in möglichst weitem Umfange rückwirkende Kraft auf alle Hypotheken der bezeichneten Art verliehen wird, die sich seit dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben.

Dies ist jedenfalls insoweit unbedenklich, als Rechte dritter Personen an den mit dem Eigentum in einer Person vereinigten Hypotheken nicht in Frage kommen. Dem Eigentümer entgeht hierdurch nur ein Gewinn, den er weder erwartet hatte noch erwarten konnte. Deshalb heißt es im Art. 2 des Entwurfes, daß die Vorschriften des Art. 1 auf eine Hypothek der dort bezeichneten Art auch dann Anwendung finden, wenn die Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person schon vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten ist. Dies hat zur Folge, daß es in dem Zeitpunkt, in dem der Entwurf als Gesetz in Kraft tritt, so anzusehen ist, als ob die nach dem früheren Rechte begründeten Nebensachekautionen, die sich seit der Einführung des Grundbuchrechts mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben, im Zeitpunkte der Vereinigung erloschen wären. Der Eigentümer kann also über Hypotheken dieser Art nicht mehr durch Rechtsgeschäft verfügen; er kann insbesondere, wenn das Verfahren zur Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks im Gange ist, keinen Anspruch auf den Betrag des Versteigerungserlöses erheben, der an sich auf den vom Gläubiger nicht in Anspruch genommenen Teil der Nebensachekaution treffen würde und er kann einen vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes schon geltend gemachten Anspruch solcher Art nicht mehr weiter verfolgen. Auch können die Gläubiger des Eigentümers ein Pfandrecht an der mit dem Eigentum in einer Person vereinigten Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung nicht mehr erwerben.

Was aber diejenigen Fälle betrifft, in denen ein Rechtserwerb dritter Personen in Frage kommt, so sind vor allem die verschiedenen Formen eines solchen etwaigen Rechtserwerbs ins Auge zu fassen.

1) Die rechtsgeschäftliche Verfügung über die Eigentümerhypothek nach der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum. Es ist vorgekommen, daß der Eigentümer, nachdem eine Hypothek der bezeichneten Art sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt hatte, die erworbene Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld) abgetreten oder verpfändet hat. Der Eigentümer hatte zum Beispiel, nachdem durch Befriedigung des Gläubigers sowohl die Hypothek für das Darlehen als die dazu gehörende Hypothek für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen als Eigentümergrundschulden auf ihn übergegangen waren, von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die beiden Grundschulden unter Umwandlung in Hypotheken an einen neuen Gläubiger abzutreten.

2) Die rechtsgeschäftliche Verfügung über die künftige Eigentümerhypothek. Nicht selten sind in Ansehung einer Nebensachekaution, die noch als solche besteht und im Grundbuch eingetragen ist, Verträge zwischen dem Eigentümer und einer dritten Person abgeschlossen worden, welche die Abtretung oder Verpfändung der aus der Nebensachekaution künftig vielleicht entstehenden Eigentümerhypothek zum Gegenstande haben.

3) Die Pfändung der Eigentümerhypothek nach der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum. Diese erfolgte nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung insbesondere auch häufig im Zwangsversteigerungsverfahren in der Weise, daß der infolge des Zuschlags an die Stelle der Hypothek tretende Anspruch des Eigentümers auf einen Teil des Versteigerungserlöses gepfändet wurde.

4) Die Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek. Sehr häufig wurde, schon ehe die für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen bestehende Hypothek sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigte, die Anwartschaft des Eigentümers auf den künftig möglichen Erwerb dieser Hypothek als Eigentümerhypothek nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung gepfändet.

Die Fälle der in den Nr. 2, 4 bezeichneten Art, in denen es sich um die Abtretung, Verpfändung oder Pfändung künftig vielleicht entstehender Eigentümerhypotheken handelt, müssen bei der Entscheidung der Frage, ob Rechte dritter Personen geschützt werden sollen, überhaupt ausscheiden. Es ist in der Rechtsprechung gar nicht klargestellt, ob derartige rechtsgeschäftliche Verfügungen oder Vollstreckungsanordnungen über künftig vielleicht entstehende Eigentümerhypotheken überhaupt rechtswirksam und geeignet sind, Rechte dritter Personen zu begründen. Die Rechtswirksamkeit ist insbesondere deswegen fraglich, weil nach dem Beschlusse des Reichsgerichts vom 18. Oktober 1905 die Abtretung, Verpfändung oder Pfändung einer künftig vielleicht entstehenden Eigentümerhypothek nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann. Schon mit Rücksicht hierauf und auf die Gefahr, daß die hierüber bestehende Rechtsunsicherheit zahlreiche Streitigkeiten zur Folge haben könnte, ist es angezeigt, die Wirkung des Gesetzes für Fälle dieser Art nicht auszuschließen. Dies umsomehr, als hier von „wohlerworbenen Rechten dritter Personen" nicht die Rede sein kann. Die als Berechtigte in Betracht kommenden dritten Personen haben durch die Abtretung, Verpfändung oder Pfändung der künftig vielleicht entstehenden Eigentümerhypotheken, selbst wenn diese rechtswirksam sein sollte, günstigsten Falles nur eine Aussicht, eine Anwartschaft auf ein Recht erworben, von dem noch gar nicht feststeht, ob und in welchem Umfang es zur Entstehung gelangt.

Fester gegründet ist allerdings die Rechtsstellung der in der Nr. 3 erwähnten Pfändungsgläubiger, die ein Pfandrecht an der Eigentümerhypothek erworben haben, nachdem diese sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt hatte. Diese haben ein Pfandrecht an einem nach der jetzigen Rechtsprechung wirklich bestehenden Rechte ihres Schuldners erlangt, dessen Inhalt und Umfang genau feststeht. Gleichwohl liegen wichtige Gründe dafür vor, auch diesen Rechten den Schutz gegenüber der rückwirkenden Kraft der Vorschriften des Gesetzes zu versagen. Es liegt im Interesse aller Beteiligten, sogar auch der Pfändungsgläubiger, daß, wenn einmal an die Beseitigung der bestehenden Schwierigkeiten und Streitfragen gegangen wird, hierbei möglichst gründlich verfahren werde. Blieben die Fälle, in denen eine Eigentümerhypothek der bezeichneten Art nach der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentume gepfändet wurde, von den Vorschriften des Entwurfes unberührt, so würden zu den bestehenden Streitigkeiten über die Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber der gepfändeten Eigentümerhypothek und über das Rangverhältnis zwischen dieser Eigentümerhypothek und der Hypothek für den Hauptanspruch noch weitere Streitpunkte hinzukommen. Es bliebe insbesondere unentschieden, ob nicht auf Grund einer Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek ein Pfandrecht an der Eigentümerhypothek in den Fällen entstanden sei, in denen die Hypothek sich zwar erst nach der Pfändung aber schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes mit dem Eigentum in einer Person vereinigt hat. Abgesehen hiervon ist zu berücksichtigen, daß zwei einander ausschließende Interessen sich gegenüberstehen. Dem Rechte des Pfändungsgläubigers, das dieser erst nach dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts erwerben konnte, steht gegenüber das Interesse des nachstehenden Hypothekengläubigers, der sein Recht schon vor dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts erworben hat und der erheblich dadurch geschädigt werden kann, daß dem Pfändungsgläubiger der auf die Eigentümerhypothek treffende Teil des Versteigerungserlöses zugewiesen wird. Das Recht des nachfolgenden Hypothekengläubigers, der nach dem zur Zeit der Begründung seiner Hypothek bestehenden Rechtszustande mit der Möglichkeit einer derartigen Beeinträchtigung seines Rechtes nicht rechnete und nicht rechnen

konnte, ist das ältere. Es ist aber auch das stärkere Recht. Der nachstehende Hypothekengläubiger hat sein Recht an dem Grundstück in der Regel gegen Hingabe eines dem Werte der Hypothek entsprechenden Darlehens erworben. Der Pfändungsgläubiger dagegen stützt sein Recht nicht unmittelbar auf eine ähnliche Gegenleistung. Er ist deshalb, wenn er nunmehr seines Pfandrechts wieder verlustig geht, in wesentlich geringerem Maße geschädigt, als dies bei dem nachstehenden Hypothekengläubiger der Fall wäre, wenn das Pfandrecht aufrecht erhalten bliebe. Deshalb ist es angezeigt, das Recht des Pfändungsgläubigers zu Gunsten des nachstehenden Hypothekengläubigers auszuschließen. Der Entwurf schließt sich mit diesem Voranschlag an den § 892 des Bürgerlichen Gesetzbuchs an. Hier versagt das Gesetz dem Pfändungsgläubiger den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs; es beschränkt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Rechten an einem Grundstücke. Die gleichen Gründe, die den Gesetzgeber hierzu veranlaßt haben, sprechen auch dafür, die Rechte des Pfändungsgläubigers gegenüber der rückwirkenden Kraft dieses Gesetzes nicht weiter zu schützen.

Wesentlich anders liegt die Sache in den Fällen der in Nr. 1 bezeichneten Art. Der Eigentümer, der, nachdem das Grundbuchrecht in Kraft getreten ist, die Hypothek nach ihrer Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person an einem anderen Gläubiger abgetreten hat, — wenn auch in anderer Rechtsform — sachlich nichts anderes getan, als was er schon vor dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts nach § 84 des Bayerischen Hypothekengesetzes zu tun berechtigt war. Die Abtretung der entstandenen Eigentümerhypothek steht in ihrer Wirkung der Rangeinräumung nach § 84 des Hypothekengesetzes im allgemeinen gleich. Es würde, wenn die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes abgetretene Eigentümerhypothek als erloschen anzusehen wäre, hierdurch derjenige zu Schaden kommen können, der diese Hypothek im Vertrauen auf die Eintragung im Grundbuche von dem Eigentümer gegen eine Gegenleistung erworben hat. Sein Recht bedarf also dringend des Schutzes.

Mit Rücksicht hierauf schlägt der Entwurf im Art. 2 Satz 1 vor, daß die rückwirkende Kraft der Vorschrift des Art. 1 insoweit ausgeschlossen sein soll, als ein Dritter nach der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person durch Rechtsgeschäft ein Recht an der Hypothek erworben hat. Soweit dies nicht der Fall ist, soll das Gesetz auf die vor dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts begründeten Hypotheken für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen zurückwirken, die sich in der Zeit vom Inkrafttreten des Grundbuchrechts bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben. Alle diese Hypotheken sollen als im Zeitpunkte der Vereinigung erloschen gelten, ohne Rücksicht darauf, ob dritte Personen ein Recht an der Eigentümerhypothek, sei es durch rechtsgeschäftliche Verfügung über die künftige Eigentümerhypothek, sei es durch Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek oder der entstandenen Eigentümerhypothek, erworben haben.

Die Vorschriften des Art. 2 Satz 1 finden nach ihrem Wortlaut insbesondere auch Anwendung auf diejenigen Fälle, in denen die Hypothek für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen ist. Auch auf diese Fälle wirkt der Grundsatz zurück, daß der Uebergang der Hypothek auf den Eigentümer ausgeschlossen ist. Der Eigentümer hat also auch in Fällen dieser Art bei der Verteilung des Versteigerungserlöses keinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück. Soweit Pfändungen des Anspruchs des

Eigentümers auf einen Teil des Versteigerungserlöses erfolgt sind, werden sie mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes wirkungslos.

Als im Zeitpunkte der Vereinigung erloschen gelten die Hypotheken der bezeichneten Art auch in den Fällen, in denen über das Vermögen des Grundstückeigentümers, bei dem die Vereinigung mit dem Eigentum eingetreten ist, das Konkursverfahren im Zeitpunkte der Vereinigung eröffnet war oder nach der Vereinigung eröffnet wurde. Der Konkursverwalter kann also keinen Anspruch auf den Teil des Versteigerungserlöses geltend machen, der auf die Eigentümerhypothek entfiele, wenn das Erlöschen der Hypothek nicht einträte.

Seit der Einführung des Grundbuchrechts ist es schon vorgekommen, daß mit Rücksicht darauf, daß eine Hypothek für Zinsen, Kosten und andere Nebenansprüche sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt hat, ein Beteiligter wegen seiner Ansprüche aus der mit dem Eigentum in einer Person vereinigten Hypothek befriedigt wurde. Nicht selten wurde dem Eigentümer oder einem Pfändungsgläubiger oder einer anderen Person sei es bei der Verteilung des Versteigerungserlöses oder sei es sonst auf Grund einer Vereinbarung mit Rücksicht auf die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person der auf die Nebensachekaution treffende Teil des Versteigerungserlöses ganz oder teilweise zugewiesen und gezahlt oder sonst eine Leistung an ihn bewirkt. Es wäre unbillig, den Empfänger der Gefahr auszusetzen, daß er nachträglich wieder zur Rückgabe des Empfangenen gezwungen würde. Deshalb befreit der Art. 2 Satz 2 den Empfänger von der Verpflichtung zur Rückgabe dessen, was er mit Rücksicht auf die Vereinigung einer Hypothek der bezeichneten Art mit dem Eigentum in einer Person erhalten hat. Dabei wird vorausgesetzt, daß die Befriedigung wirklich erfolgt ist; der Art. 2 Satz 2 findet also keine Anwendung, wenn nur die Hinterlegung nach den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes stattgefunden hat.

II. Abhandlungen.

Die Eigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches und ihre Einwirkung auf den bestehenden Rechtszustand in Bayern.

Von Rechtsanwalt Dr. Hugo Jacoby in München.

I. Der wirtschaftliche Zweck der Eigentümerhypothek.

Die Eigentümerhypothek gehört zu denjenigen Rechtsbildungen, welche vom Bürgerlichen Gesetzbuch in besonders selbständiger Weise behandelt wurden. Ihr Anwendungsgebiet ist im Vergleiche zu dem früheren Rechtszustande in Preußen, welches Land bisher die Domäne der Eigentümerhypothek bildete, erheblich erweitert worden[1]). Es dürfte keine Übertreibung sein, wenn behauptet wird, daß die Eigentümerhypothek unter den modernen Rechtsinstituten der Rechtsanwendung und der juristischen Konstruktion die größten Schwierigin den Weg legt. Diese Schwierigkeiten sind für den bayerischen Juristen noch größer, weil unseren Praktikern der juristische Aufbau der Eigenthümerhypothek fernliegt. Das „Hypothekerneuerungsrecht" aus § 84 des Bayerischen Hypothekengesetzes war nach Wesen und Inhalt anders gestaltet, als die moderne Eigentümerhypothek.

1) Über die geschichtliche Entwickelung der Eigentümerhypothek vgl. E. Bruck, Eigentümerhypothek 1903 S. 1—102 und eine Zusammenfassung bei Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. S. 734 Anm. 5.

Einem derartig neu gestalteten Rechtsinstitute gegenüber dürfte es am Platze sein, sich zunächst den wirtschaftlichen Zweck, welchen der Gesetzgeber anstrebt, vor Augen zu führen, weil diese Betrachtung auch das juristische Verständnis erleichtert.

Die Eigentümerhypothek verfolgt den Zweck, den Rang einer freigewordenen Hypothekenstelle dem Eigentümer zu sichern. Der frei werdende Rang soll dem Eigentümer, nicht dem nachfolgenden Hypothek- oder Grundschuldgläubiger zu Gute kommen. Der Eigentümer wird den freigewordenen Rang regelmäßig durch Zession seiner Rechte an einen Dritten verwerten. Durch diese Zession begründet er für den Dritten je nach Belieben eine Grundschuld oder Hypothek im Range der freigewordenen Stelle. Der Eigentümer kann aber auch die freigewordene Rangstelle zunächst unbenützt lassen. Ihr Wert geht ihm keinesfalls verloren. Denn selbst im Falle der Zwangsversteigerung des Objekts hat er auf den auf die betreffende Rangstelle entfallenden Teil des Versteigerungserlöses Anspruch.

Ist diese wirtschaftliche Gestaltung zu billigen? Diese Frage muß bejaht werden. Das Rechtsinstitut der Eigentümerhypothek schützt die Interessen des Eigentümers gegenüber den Nachhypothekaren im Falle des Freiwerdens einer Rangstelle und entspricht durch Gewährung dieses Schutzes den Anforderungen des modernen Kreditverkehrs. Der zweite und dritte Hypothekgläubiger haben bei der Belehnung vernünftigerweise den Rang der zweiten bezw. dritten Hypothek in Betracht gezogen [2]). Sie haben in Anbetracht des größeren Risikos ihre Bedingungen nach diesen Rangstellen eingerichtet. Es hätte also keine wirtschaftliche Berechtigung, wenn sie bei Freiwerden einer Vorhypothek in den Rang derselben einrücken würden. Der Rang der freiwerdenden Stelle gebührt vielmehr dem Eigentümer, der die Grundlage für diese Rangstelle aus seinem Vermögen geschaffen hat. Das Rechtsinstitut der Eigentümerhypothek dient geradezu der Erhaltung des Grundwertes. Dies zeigt sich in den Fällen, in welchen Heimzahlung einer großen ersten Post verlangt wird. Könnte der Eigentümer hier nicht im Range derselben Rangstelle die zur Heimzahlung nötigen Gelder aufnehmen, so wäre für ihn oft der Ruin unvermeidlich. Denn große Darlehen — Summen von hunderttausend Mark und mehr — sind in der Mehrzahl der Fälle zu annehmbaren Bedingungen nur von großen Kreditinstituten, und von diesen nur zur ersten Stelle, zu erhalten.

II. Der Mangel des Rechtszwangs.

Wollte man gegen die obigen Ausführungen den § 1179 BGB. ins Feld führen und etwa geltend machen, der Gesetzgeber habe die wirtschaftlichen Vorteile der Eigentümerhypothek selbst wieder aufgehoben, indem er das Rechtsinstitut der Eigentümerhypothek nicht mit Rechtszwang ausgestattet habe, so wäre dieser Einwand nicht zutreffend.

Der Gesetzgeber hätte seine Aufgabe verkannt, wenn er dem vielgestaltigen Kreditverkehr durch Aufstellung eines zwingenden Rechtssatzes Fesseln angelegt hätte. Er hätte durch einen solchen Rechtssatz dem Kreditbedürfnis der Grundbesitzer nicht einmal entsprochen.

Auch die bisherige Gesetzgebung auf diesem Gebiete hat sich damit begnügt, eine gesetzliche Regel aufzustellen, und hat es in das Belieben des Grundbesitzers und seines Hypothekengläubigers gestellt, die gesetzliche Regel durch abweichende Vereinbarungen aufzuheben.

2) Vgl. die im Auftrage des Reichsjustizamts hergestellten Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB. Bd. 3 S. 599 ff., insbesondere S. 600.

Trotz dieser Parteiwillkür behält die gesetzliche Regel eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung.

Dies beweist ein Vergleich des geltenden Reichsrechts mit dem bisherigen Rechtszustande in Bayern.

Das Bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 kannte das Rechtsinstitut der Eigentümerhypothek nicht. Wurde eine Hypothekenstelle frei, so konnte der Grundbesitzer nach § 84 Hyp.-Ges., solange die Hypothek nicht gelöscht war, den Rang der freigewordenen Stelle einem anderen Gläubiger einräumen.

War auch das Rangeinräumungsrecht, worauf ich weiter unten näher zu sprechen komme, nach Wesen und Inhalt ein ganz anderes Recht als die Eigentümerhypothek, so diente es doch genau wie die Eigentümerhypothek dem Schutze des Eigentümers gegen die nachfolgenden Hypothekgläubiger, und der Weg, welcher den nachfolgenden Hypothekgläubigern zur Ausschließung des Rangeinräumungsrechts und damit zur bedingungslosen Sicherung des „Nachrückens" eröffnet wurde, war der gleiche, welchen das BGB. im § 1179 vorsieht.

Der Grundbesitzer konnte rechtswirksam einem Hypothekgläubiger gegenüber auf das Rangeinräumungsrecht verzichten. Der Verzicht wirkte, sofern die Vereinbarung als „Rangeinräumungsverzicht" ins Hypothekenbuch eingetragen wurde, im Verhältnis zwischen den Kontrahenten dinglich, er wirkte also beispielsweise einem neuen Erwerber des Grundstücks gegenüber. Der Rangeinräumungsverzicht gewann nach Einführung der Hypothekennovelle vom 20. Dezember 1903 noch an Bedeutung, weil infolge der Bestimmungen der Novelle die Ausübung des Rangeinräumungsrechts nicht mehr, wie früher, von der Gnade des Hypothekengläubigers, dessen Hypothek erloschen war, abhing. Bis dahin konnte der Hypothekengläubiger durch einseitige Löschung der Hypothek das Rangeinräumungsrecht des Schuldners vereiteln. Nach der Hypothekengesetznovelle war für die Regel zur Löschung einer Hypothek die Zustimmung des Schuldners notwendig.

Das Bayerische Hypothekengesetz hatte also prinzipiell dem Grundbesitzer das Rangeinräumungsrecht bei Freiwerden einer Rangstelle verliehen. Die Novelle hatte dieses Recht durch die angeführte Bestimmung gegen die Willkür eines ungefälligen Gläubigers geschützt. Der nachfolgende Gläubiger konnte die Folgen des Rangeinräumungsrechts durch rechtzeitige Ausbedingung des „Rangeinräumungsverzichtes" abwenden, um den Rang seiner Hypothek bei Freiwerden einer Vorhypothek durch „Nachrücken" zu verbessern.

Die Erfahrung hat nun gelehrt, daß es in der Mehrzahl der Fälle bei der gesetzlichen Regel sein Bewenden hatte, daß also der „Rangeinräumungsverzicht" nur ausnahmsweise vereinbart wurde. Diese Erfahrung zeigte sich in der Praxis alsbald nach Einführung des Grundbuchs, also in unserem engeren Rechtsgebiete bald nach dem 1. Mai 1905. Die vielbeklagte Wirkung der Eigentümerhypothek auf die „Unterkautionen" der altrechtlichen Hypotheken (hierüber s. unter Z. V.) machte sich nur deshalb in so unangenehmer Weise fühlbar, weil unter der Herrschaft des alten Rechtes überwiegend Vereinbarungen auf Rangeinräumungsverzicht nicht getroffen wurden[3]).

Die gesetzliche Regel der Eigentümerhypothek wird in Zukunft den Verkehr beherrschen. Vereinbarungen nach § 1179 BGB., werden zu den Aus-

3) War ein Rangeinräumungsverzicht unter altem Recht eingetragen, so wirkt derselbe wie eine auf Grund des § 1179 BGB. im Grundbuch eingetragene Vormerkung. (Art. 194 EG. z. BGB. und Art. 59 des Bayer. Übergangsgesetzes).

nahmen gehören, genau wie die Vereinbarung eines „Rangeinräumungsverzichtes" nach unserem bisherigen Rechte eine Ausnahme von der Regel bildete.

III. Die Anwendbarkeit des § 1179 auf Annuitätenkapitalien der Hypothekenbanken.

Im Anschluß hieran möchte ich einen für die Praxis wichtigen Fall hervorheben, in welchem der Gesetzgeber die Eigentümerhypothek mit Rechtszwang ausstattet.

Die betreffende Bestimmung hat besondere Bedeutung für unsere Hypothekenbanken.

Ich habe den § 21 Abs. 2 des Reichshypothekenbankgesetzes im Auge. Derselbe lautet: „Die Bank darf sich von der Verpflichtung, in Ansehung des amortisierten Betrages die ihr behufs der Berichtigung des Grundbuchs, der Löschung der Hypothek oder der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts obliegenden Handlungen vorzunehmen, nicht befreien."

Ich bin der Meinung, daß auf Grund dieser Gesetzesbestimmung eine Vereinbarung nach § 1179 BGB. zwischen dem Grundbesitzer und der Hypothekenbank hinsichtlich der zur Rückzahlung gelangenden Amortisationsbeiträge — bei uns meist „Annuitäten" genannt, — unzulässig ist. Das Gesetz verbietet eine Vereinbarung auf Ausschluß der die Berichtigung des Grundbuchs betreffenden Handlungen. Bei formalster Auslegung der angeführten Gesetzesstelle könnte man zu der Ansicht gelangen, es handle sich nur um den Schutz des im § 894 BGB. geregelten Berichtigungsanspruchs. Allein nach dieser Ansicht würde der Gesetzgeber dem Grundbesitzer ein unentziehbares Recht gewährt haben, welches im Falle einer Vereinbarung der Löschungspflicht nach § 1179 BGB. jede Bedeutung verlieren würde. Die Ausübung dieses besonders privilegierten Rechtes würde bei Vorliegen einer Vereinbarung auf Löschung dem Berechtigten an Stelle eines wirtschaftlichen Vorteils nur die Kosten der Umschreibung verursachen. Der Gesetzgeber war aber so kurzsichtig nicht, zumal sich die Erwägung ohne weiteres aufdrängt, daß, wenn lediglich der Berichtigungsanspruch mit unentziehbarem Rechtsschutz ausgestattet wäre, die gesetzeskundigen Leiter der Hypothekenbanken die angeführte, für diese Institute wegen der häufigen Wiederkehr der oft geringfügigen Raten sehr unbequeme Bestimmung des Hypothekenbankgesetzes[4]) durch formularmäßige Vereinbarungen nach § 1179 BGB. durchkreuzen würden[5]).

Die Unrichtigkeit der gegenteiligen Ansicht ergibt sich auch aus dem Wortlaut des Gesetzes. Das Gesetz läßt auch solche Vereinbarungen, welche das Recht des Schuldners auf Herstellung eines Teilhypothekenbriefs antasten, nicht zu. Was hätte die umständliche Prozedur, welche nach § 1145 BGB. und nach § 61 GO. zur Herstellung eines Teilhypothekenbriefes erforderlich ist, (Vermerk auf dem Hauptbrief, Vorlage des Briefs bei der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notar zum Zwecke der Bildung eines Teil-

4) Vgl. hierüber den vielbeachteten Aufsatz in der Zeitschrift für das Notariat, Jahrgang 1901 Nr. 8 S. 149 ff., dessen Verfasser sich bisher nicht genannt hat. Die Bestimmung des § 21 ist den Banken um so unbequemer, als sich häufig Zweifel über die Person des Berechtigten erheben werden, namentlich dann, wenn die Zahlungen schon vor längerer Zeit erfolgt sind.

5) Die Zulässigkeit einer Vereinbarung nach § 1179 gegenüber einem Hypothekgläubiger zu Gunsten der diesem Hypothekgläubiger zustehenden Hypothek kann nach dem Wortlaut des Gesetzes keinem Zweifel unterliegen und begegnet auch in der Praxis keinem Bedenken (vgl. Entsch. des RGer. Bd. 52 Nr. 2 S. 5 ff.).

hypothekenbriefs) für einen Sinn, wenn der wirtschaftliche Vorteil dieser mühsamen Operation sofort nach Vollendung derselben dem Schuldner durch die Wirkungen der nach § 1179 getroffenen Löschungsvereinbarung wieder entzogen werden könnte?

Ich habe die mit Rechtszwang ausgestattete Eigentümerhypothek im Rahmen dieser durch den Raum der Zeitschrift begrenzten Abhandlung ausführlicher behandelt[6]). Einmal tritt die große wirtschaftliche Bedeutung, welche der Gesetzgeber der Eigentümerhypothek beilegt, nirgends so markant hervor, als in der eingeführten Bestimmung des Hypothekenbankgesetzes. Sodann enthält aber die Bestimmung gegenüber dem bisherigen Rechtszustande in Bayern eine einschneidende Neuerung. Unter der Herrschaft des Bayerischen Hypothekengesetzes nahm die Praxis bei Tilgung von Bankgeldern durch Annuitäten auf Grund einer Reihe von Entscheidungen des obersten Gerichtshofs im Gegensatz zu Regelsberger[7]) an, daß dem Schuldner wegen der einzelnen Teilleistungen ein Recht aus § 84 des Bayerischen Hypothekengesetzes ohne ausdrückliche Zustimmung der Nachhypothekgläubiger regelmäßig nicht zustehe, es müßte denn bei der Hypothekbestellung das Erneuerungsrecht ausdrücklich vorbehalten und der Vorbehalt im Hypothekenbuch eingetragen sein. Die bezahlten Annuitäten kamen daher in unserem engeren Rechtsgebiete bis zum 1. Mai 1905 dem nachfolgenden Hypothekgläubiger für den Rang seiner Hypothek zu Gute, ohne daß eine Vereinbarung im Sinne eines Rangeinräumungsverzichts von der Hypothekenbank getroffen werden brauchte[8]). Nach dem nunmehr geltenden Recht kommen umgekehrt dem nachfolgenden Hypothekgläubiger für seinen Hypothekenrang diese Gutmachungen selbst dann nicht zu statten, wenn die Bank mit dem Schuldner eine Vereinbarung im Sinne einer Löschungsverpflichtung nach § 1179 BGB. getroffen hat.

IV. Die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek und die rechtliche Natur des Rangeinräumungsverzichts.

Bei der Untersuchung der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek gelangen wir, wie sich kürzlich Hachenburg bei Kritik von Endemann's Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts ausgedrückt hat, auf einen Tummelplatz für juristische Erklärungsversuche[9]). Es kann nicht Aufgabe dieser Abhandlung sein, zu den einzelnen Eigentümerhypothektheorieen Stellung zu nehmen[10]). Die Mannigfaltigkeit der Ansichten ergiebt sich bei Gegenüberstellung der Theorie von „einem subjektlosen Recht an der eigenen Sache“[11]), ferner der Dern-

6) In der Literatur ist auf die Bedeutung des § 21 Abs. 2 des Hypothekenbankgesetzes bisher noch wenig Gewicht gelegt. Oberneck in seinem Aufsatz: „Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis“, abgedruckt in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jahrg. 47, vertritt auf S. 337 ohne nähere Begründung die im Text als richtig erklärte Ansicht. Bonschab in seinem Kommentar zum Hypothekenbankgesetz vertritt ebenfalls ohne nähere Begründung die entgegengesetzte Ansicht.

7) Vgl. Regelsberger, das Bayerische Hypothekenrecht. Zweite Auflage § 62 Anm. 12. Vgl. auch den Aufsatz von Bonschab über „die Eigentümerhypothek und die Beziehungen zu §§ 84, 150 des Hyp.-Gesetzes“, abgedruckt in diesen Blättern, Jahrgang 1899 S. 213 und die darin angeführte Literatur.

8) In denjenigen Rechtsgebieten Bayerns, in welchen das Grundbuch noch nicht angelegt ist, kommen noch heute die Gutmachungen an einem Bankannuitätenkapital dem nachfolgenden Hypothekengläubiger hinsichtlich seiner Rangstelle zu statten.

9) Vgl. Juristisches Literaturblatt, Nummer vom Januar 1906 S. 6 ff., insbesondere S. 8.

10) Eine Zusammenstellung dieser Theorieen siehe bei Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, achte Auflage Bd. 2 S. 736 Anm. 7.

11) Hachenburg, das BGB. für das deutsche Reich. Vorträge, 2. Aufl. S. 510 ff.).

burg'schen sogenannten „Successionstheorie", d. i. der Theorie von dem Eintritt des Eigentümers in die freiwerdende Hypothek (vergl. Dernburg Bürgerliches Recht, 3. Aufl. Bd. III § 218 a. E.) und der „Wertparzellentheorie" von Oberneck[12]).

Bei der Schwierigkeit des Gedankengangs, welcher zum Verständnis jeder einzelnen Theorie durchgearbeitet werden muß[13]) — die oben angeführten Theorieen bilden nur eine Auslese[14]) — wäre es verlockend, sich Planck[15]) anzuschließen, welcher der Frage der juristischen Konstruktion der Eigentümerhypothek nur theoretische Bedeutung beilegt.

Allein die Judikatur zeigt, daß die Konstruktionsfrage erhebliche praktische Bedeutung hat. Die Entscheidung des Reichsgerichts im Bd. 60 Nr. 59 S. 251 ff. bietet hierfür das beste Beispiel. Diese Entscheidung, welche das in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 54 Nr. 25 für das preußische Recht ausgesprochene Prinzip verallgemeinert, dürfte in nächster Zeit die Theorie zu energischem Widerspruch herausfordern[16]). Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung im Gegensatz zu beiden Vorinstanzen ausgesprochen, daß der nicht valutierte Teil einer Grundschuld nicht dem Eigentümer zufalle, sondern bei Verteilung des Versteigerungserlöses dem nächst ausfallenden Realgläubiger zu Gute komme.

Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung zur Theorieenfrage zum ersten Mal eingehender Stellung genommen. Der Standpunkt des Reichsgerichts läßt sich in folgende drei Sätze zusammenfassen:

Das Institut der Eigentümerhypothek hat allerdings durch das BGB. eine wesentliche Erweiterung erfahren. Nichtsdestoweniger besteht kein allgemeines Rechtsprinzip, wonach der Eigentümer in den Rang einer frei werdenden Stelle unter Ausschluß nachstehender Realgläubiger einrückt. Diese Einrückung findet vielmehr nur dann statt, wenn sie auf eine besondere Gesetzesbestimmung gegründet werden kann.

Die Entscheidung des Reichsgerichts, welche im übrigen auf § 1192 Abs. 1 BGB. beruht, widerspricht der Billigkeit und läßt den wirtschaftlichen Zweck der Eigentümerhypothek unbeachtet.

Die Bedeutung der Eigentümerhypothektheorieen zeigt sich vorzugsweise bei Abgrenzung des Umfangs der Eigentümerhypothek, demnächst bei Behandlung der Legitimationsfrage. Unter der Legitimationsfrage verstehe ich die Frage, wer befugt ist, die Rechte aus der Eigentümerhypothek geltend zu machen. Diese Frage bereitet vornehmlich im Falle

---

12) Oberneck bestimmt die Eigentümerhypothek als die aus dem Eigentumsrechte fließende Befugnis des Eigentümers, vermöge des formalen Fortbestandes der Hypothek über den zu Gunsten eines andern ausgeschiedenen und kraft Gesetzes ihm wieder anheimgefallenen Wertteil seines Grundstücks zu verfügen. (So wiedergegeben bei Planck Bd. 3 S. 513. Vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht 3. Aufl. §§ 114, 115, insbesondere S. 652, ferner in Gruchot's Beiträgen Jahrg. 47 S. 306 ff.).

13) Es ist zum Verständnis der einzelnen Theorieen jeweils ein Eingehen auf den Begriff der Hypothek vom Standpunkt des betreffenden Autors aus notwendig. So sieht Oberneck im Gegensatz zu Dernburg in der Hypothek nicht eine Belastung des ganzen Grundstücks, sondern die Belastung eines nach Maßgabe der voreingetragenen Rechte zu ermittelnden Wertteils.

14) Predari in seinem Kommentar zur Grundbuchordnung S. 217 sieht in der Eigentümerhypothek „das dingliche Recht auf Aneignung des im Verfahren der Zwangsvollstreckung ermittelten Werts des haftenden Grundstücks in bestimmter Höhe".

15) Planck, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. Bd. 3 S. 128 Nr. 2 (zu § 889 BGB.).

16) Vgl. den Aufsatz von Neumann: „Die nicht valutierte Grundschuld" in der J. W. vom 15. März 1902.

des Besitzwechsels Schwierigkeiten, wenn auf eine und dieselbe Hypothek Gutmachungen während der Besitzzeit einer Mehrzahl von Eigentümern erfolgt sind[17]), oder wenn im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. vor Umschreibung der Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer eine Veräußerung des Anwesens stattgefunden hat, oder wenn sich erst nach dem Besitzwechsel ergibt, daß die Forderung, für welche die Hypothek vom Veräußerer bestellt wurde, nicht zur Entstehung gelangt ist.

Es ist nun für die Beantwortung dieser Fragen nicht genügend, die Eigentümerhypothek unter einen bestimmten Rechtsbegriff zu subsumieren. Denn diese Subsumtion führt, so sehr sie auch der Erforschung der Eigentümerhypothek nach der theoretischen Seite hin dienen mag (vgl. die Ausführungen am Schlusse dieser Ziffer bei Hervorhebung der Unterschiede zwischen der Eigentümerhypothek und dem Rangeinräumungsrecht), doch nicht zu einer Antwort auf die oben angeregten Fragen. Mag man die Eigentümerhypothek in analoger Weise wie die nach § 1196 BGB. originär bestellte Eigentümergrundschuld als ein Recht an eigener Sache oder mag man mit Predari die Eigentümerhypothek als ein Recht auf den bei der Zwangsversteigerung zu ermittelnden Wertteil des Grundstücks betrachten, man wird aus dieser Betrachtung eine sichere Grundlage zur Beantwortung der oben angedeuteten, zur Zeit vielleicht schwierigsten Fragen aus dem Gebiete der Eigentümerhypothek, nicht gewinnen[18]).

Wenn aber auch die Aufstellung eines bestimmten Rechtsbegriffs der Praxis keine unmittelbaren Dienste leistet, so ist doch die Auffindung eines allgemeinen Rechtsprinzips im Gegensatz zu der Anschauung des Reichsgerichts zunächst einmal zu dem Zweck notwendig, um den Umfang der Eigentümerhypothek, m. a. W. ihr Anwendungsgebiet zu bestimmen. Dieses Rechtsprinzip ist aber nicht aus dem Rechtsbegriff der Eigentümerhypothek, über welchen bei Abfassung des Gesetzes offenbar keine Klarheit herrschte — die Frage der juristischen Konstruktion sollte nach den Protokollen zum zweiten Entwurf[19]) der Wissenschaft überlassen bleiben — sondern aus dem wirtschaftlichen Zwecke zu entnehmen, welcher den Gesetzgeber zur Einführung des Rechtsinstituts der Eigentümerhypothek bestimmte. Der Gesetzgeber wollte bei Freiwerden einer Rangstelle die Interessen des Eigentümers gegenüber den Nachhypothekaren schützen. Zu diesem Zwecke führte er die Eigentümerhypothek in das Gesetz ein. Dieser Zweck aber würde vereitelt werden, wollte man die Eigentümerhypothek unter Accentuierung des Wortlauts in § 1163 einerseits, und in § 1192 BGB. andererseits und unter Betonung des Wortes „Hypothek" im § 1163 in den Fällen ablehnen, in welchen eine Hypothek mangels dinglicher Einigung nicht entstanden ist (vgl. Entsch. d. RGer. Bd. 52 Nr. 25), oder in denen eine Grundschuld sich erledigt hat (vgl. Entsch. d. RGer. Bd. 60 Nr. 59).

Die Unrichtigkeit des vom Reichsgerichte und der Mehrzahl der Schriftsteller[20]) eingenommen Standpunktes, wonach beim Mangel einer dinglichen

17) Hierüber vgl. den oben erwähnten Aufsatz in der Notariatszeitung.

18) Soweit allenfalls die Wertparzellentheorie von Oberneck eine sichere Grundlage zur Bestimmung des Anwendungsgebiets der Eigentümerhypothek bietet, versagt sie bei den Legitimationsfragen. (Hierüber siehe weiter unten).

19) Vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB. a. a. O. Bd. 3 S. 599 ff., insbesondere S. 600.

20) Eine Zusammenstellung der Meinungen siehe bei Endemann a. a. O. S. 739 Anm. 18. Dort ist auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte berücksichtigt, welche hinsichtlich des Mangels der dinglichen Einigung mit dem Reichsgerichte übereinstimmt. Im

Einigung aus der eingetragenen Hypothek eine Eigentümerhypothek nicht soll entstehen können, weil die eingetragene Hypothek nach § 873 BGB. mangels Wahrung der formellen Grundlagen nicht rechtswirksam geworden ist, läßt sich aus positiven Bestimmungen des Reichsrechts entnehmen. Die Zivilprozeßordnung kennt einen Fall der Eigentümerhypothek, in welchem die Hypothek, aus der die Eigentümerhypothek ihren Ursprung ableitet, formell unwirksam gewesen ist. Nach § 868 CPO. geht nämlich die zwangsweise eingetragene Sicherungshypothek auch dann auf den Eigentümer über, wenn die Zwangsvollstreckung auf Grund einer vollstreckbaren Entscheidung für unzulässig erklärt wird. Es erhebt beispielsweise der Schuldner mit Erfolg Einwendungen nach § 766 RCPO., weil die durch Eintragung der Sicherungshypothek betätigte Zwangsvollstreckung wegen eines Formalmangels bei der Zustellung oder wegen nicht erfolgter Zustellung des Vollstreckungstitels unzulässig sei. Dieser Mangel macht die zwangsweise eingetragene Sicherungshypothek formell ungültig, und doch läßt das Gesetz eine Eigentümergrundschuld entstehen. Dabei braucht der Gesetzgeber der Civilprozeßordnung dieselben Worte, wie der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nämlich: „Der Eigentümer erwirbt die Hypothek". Der Gesetzgeber versteht also hier unter der „Hypothek" sowohl die formell wirksame als auch die formell unwirksame Hypothek. Warum soll diesem Worte im § 1163 BGB. eine andere Bedeutung innewohnen?

Die gegenteilige Behandlung der freiwillig bestellten Hypothek wird dem Geiste des Gesetzes nicht gerecht und legt seinem Buchstaben eine Bedeutung bei, die ihm der Gesetzgeber selbst offenbar nicht geben wollte, und die diesem Buchstaben, wie der Vergleich mit der Zivilprozeßordnung zeigt, nach den Regeln einer verständigen Auslegung auch nicht zukommt. Die Ablehnung der Eigentümerhypothek in den gleichgelagerten Fällen der freiwillig bestellten Hypothek ist endgültig darauf zurückzuführen, daß das Reichsgericht den mit der Eigentümerhypothek vom Gesetzgeber angestrebten wirtschaftlichen Zweck unbeachtet ließ.

Aus diesem wirtschaftlichen Zweck wird als allgemeines Rechtsprinzip für den Umfang der Eigentümerhypothek der Grundsatz aufzustellen sein, daß in allen Fällen des Freiwerdens einer Hypothek — gleichviel ob es an der dinglichen Einigung oder an der Forderung fehlt — ferner in allen Fällen des Freiwerdens einer Grundschuld zu Gunsten des Eigentümers eine Eigentümergrundschuld entsteht.

Nach den vom Reichsgericht gewonnenen Resultaten würde das Rechtsinstitut der Grundschuld in Zukunft von einem auf seine Interessen bedachten Grundbesitzer nicht mehr akzeptiert werden dürfen, was gewiß nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein kann. Nach dieser Auffassung würde ferner derjenige Grundbesitzer schlechter stehen, welcher gegenüber einer Hypothek mit dem Einwande des Betruges nicht allein hinsichtlich der Forderung, sondern auch hinsichtlich der Hypothekbestellung (der dinglichen Einigung) durchdringt, als derjenige, der seine auf Betrug gestützte Anfechtung auf die Forderung beschränkt. Die Unhaltbarkeit dieser Resultate[21]) beweist die Not-

Resultat mit dem Text übereinstimmend nur Dernburg, Oberneck und Fuchs. Die Bemerkung der Protokolle Bd. 3. S. 603 und 604 kann natürlich nicht ins Gewicht fallen, weil die Fragen aus dem Gesetz zu beantworten sind.

21) Vgl. hierzu Endemann a. a. O. § 126 Anm. 4. Der Bewucherte, der eine Hypothek bestellt hat, soll Eigentümergrundschuld erwerben, wenn der Wuchereinwand sich nur gegen das Schuldversprechen richtet. Beruht dagegen die Hypothekbestellung selbst auf wucherischer Ausbeutung, so sollen die Nachhypothekare vorrücken. Dieselben erhalten also einen Vorteil aus dem Wucher ihres Vormannes.

wendigkeit der Annahme eines allgemeinen Rechtsprinzips, welches auf die wirtschaftliche Zweckbestimmung der Eigentümerhypothek aufgebaut werden muß.

Aus dem wirtschaftlichen Zwecke der Eigentümerhypothek erhalten wir auch Antwort auf die oben aufgeworfenen Legitimationsfragen. Zur Lösung derselben müssen wir nämlich den inneren Rechtsgrund erforschen, aus welchem der Gesetzgeber den oben angegebenen wirtschaftlichen Zweck anstrebt. Die Frage, die wir zu beantworten haben, ist also folgende:

Warum, d. h. aus welchem Rechtsgrunde, schützt der Gesetzgeber den Grundbesitzer bei Freiwerden einer Rangstelle gegenüber den nachfolgenden Hypothekaren?

Die Antwort lautet, weil der Eigentümer diese Rangstelle aus seinem Vermögen (Eigentum) begründet hat, und weil er infolgedessen auch das beste Anrecht auf den dieser Rangstelle anhaftenden Wert bei Freiwerden derselben hat.

Dieses Anrecht hat aber nur derjenige Eigentümer, welcher die Grundlage für diesen Wert aus seinem Eigentum gelegt oder den für den Dritten in der Rangstelle begründeten Wert durch Leistungen aus seinem Vermögen wieder frei gemacht hat.

Diese Betrachtung führt zu dem Ergebnis, daß zur Beantwortung der Legitimationsfragen, d. h. der Fragen, wem im Zweifelsfalle das Recht aus der Eigentümerhypothek zusteht, die Rechtsgrundsätze aus der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung heranzuziehen sind. Berechtigt aus der Eigentümerhypothek ist demnach derjenige, der die Grundlage für die Eigentümerhypothek durch Begründung der betreffenden Rangstelle aus seinem Eigentum gelegt, oder der die geschaffene Rangstelle durch Leistungen aus seinem Vermögen wieder frei gemacht hat.

Hiermit gelangen wir zu Resultaten, welche mit der Rechtsprechung übereinstimmen.

Im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 (des Nichtentstehens der Forderung) steht das Recht aus der Eigentümerhypothek, wenn ein Besitzwechsel in Mitte liegt, dem Verkäufer zu, weil dieser die Grundlage für die Eigentümerhypothek durch Begründung der betreffenden Rangstelle aus seinem Eigentum gelegt hat[22].

In den Fällen des § 1163 Abs. 1 Satz 2 steht, wenn eine Hypothek (Bankannuitätenkapital) durch Teilzahlungen verschiedener Eigentümer oder durch Teilzahlungen Dritter (beispielsweise eines Bürgen) getilgt wurde[23], jedem der mehreren Eigentümer (bezw. dem Dritten) das Recht auf den von ihnen gutgemachten Teilbetrag als Eigentümerteilgrundschuld bezw. Teilgrundschuld prinzipiell zu[24]. Es ist hierbei aber von Fall zu Fall auf das Rechtsverhältnis zwischen dem jeweiligen Veräußerer und dem Erwerber des Grundstücks Rücksicht zu nehmen. Nur soweit der Erwerber die Gutmachung seines Besitzvorgängers ohne Gegenleistung sich aneignen würde, wäre er auf Kosten

22) Im Resultat übereinstimmend Entsch. d. RGer. Bd. 51 Nr. 90 S. 398 ff., insbesondere S. 400 oben. Vgl. ferner Entsch. d. RGer. Bd. 55 Nr. 51 S. 217 ff., insbesondere S. 220.

23) Dabei unterstelle ich als selbstverständlich, daß, wie es auch regelmäßig der Fall sein wird, bei der einzelnen Zahlung nicht jedesmal eine Umschreibung auf den Zahlenden erfolgt ist. Wenn dies geschehen ist, wird ein Zweifel nicht entstehen.

24) Vgl. den oben erwähnten Aufsatz in der Notariatszeitung. Vom Standpunkt der Oberneck'schen Wertparzellentheorie müßte das Recht aus der Eigentümerhypothek demjenigen voll zufallen, der Eigentümer des Anwesens im Zeitpunkt der letzten Gutmachung war, dies auch dann, wenn eine oder mehrere Teilzahlungen von dritter Seite, etwa einem Bürgen, erfolgt sind.

des letzteren im Sinne des § 812 BGB. „ohne rechtlichen Grund" bereichert. Von diesem rechtlichen Gesichtspunkte aus werden eine Reihe von Fällen, welche nach dem oben erwähnten Aufsatze in der Notariatszeitung zu Zweifeln Anlaß geben, ausscheiden.

Sind mithin die Eigentümerhypothektheorieen notwendig, um das Anwendungsgebiet der Eigentümerhypothek zu bezeichnen und um das „Subjekt der Eigentümerhypothek"[25]) zu bestimmen, so sind sie doch nicht geeignet, die formellen Einzelfragen auf dem Gebiete der Eigentümerhypothek zu beantworten. Unter diesen Fragen verstehe ich die aus der Grundbuchordnung und aus der Zivilprozeßordnung sich ergebenden Formalfragen, also hauptsächlich die Frage, ob Umschreibung der Eigentümerhypothek auf den Eigentümer zur Übertragung des Rechtes erforderlich ist, ferner die Frage der Notwendigkeit des Pfändungseintrags im Grundbuch bei der Pfändung von Buchhypotheken (§§ 857 Abs. 2 und 6, 830 CPO.), sowie die Frage der Zulässigkeit dieses Eintrags vor der Umschreibung der Eigentümerhypothek auf den Eigentümer (§ 40 GO.)[26]). Diese Fragen möchte ich im Gegensatz zu den oben behandelten Fragen materiellen Inhalts als formelle Einzelfragen bezeichnen, für welche die Antwort aus den Formalbestimmungen der Grundbuchordnung und der Civilprozeßordnung entnommen werden muß. Dasselbe hat selbstverständlich für die einschlägigen Fragen der Briefhypothek (Wegnahme des Briefs bei der Pfändung ꝛc.) zu gelten. Für diese Formalbestimmungen sind, wie das Reichsgericht in seiner Entscheidung im Bd. 59 Nr. 85 S. 313 ff., insbesondere S. 317 und 318 zutreffend ausführt, in erster Reihe Rücksichten auf den Schutz des redlichen Verkehrs beim Erwerb von Rechten aus der Eigentümerhypothek, in zweiter Reihe Rücksichten auf die Ökonomie und Übersichtlichkeit des Grundbuchs bestimmend gewesen. Oberneck versucht auch diese formellen Fragen aus seiner Theorie heraus zu beantworten, gelangt aber dabei zu Ergebnissen, welche mit der allgemeinen Meinung und mit dem Stande der reichsgerichtlichen Judikatur in Widerspruch stehen und mit den Formalbestimmungen des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen sind.

In jüngster Zeit ist die Frage der Pfändbarkeit zukünftiger Eigentümerhypothekansprüche viel erörtert worden. (Vgl. die in diesen Blättern Nr. 6 dieses Jahrgangs auf S. 161 ff. abgedruckten Entscheidungen des Landgerichts München I.) Diese für die Praxis sehr wichtige Frage gehört nicht unmittelbar in diesen Abschnitt, weil sie keine Spezialfrage aus dem Gebiete der Eigentümerhypothek ist, vielmehr in die Lehre von der Übertragbarkeit zukünftiger Rechte gehört. Immerhin mag die Frage hier gestreift werden, zumal ihre Behandlung die selbständige Natur der Eigentümerhypothek vor Augen führt und insoferne einen Beitrag zur rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek überhaupt liefert. Es ist nicht richtig, wenn in den oben erwähnten Entscheidungen hervorgehoben wird, das Reichsgericht habe bisher die Frage der Pfändbarkeit zukünftiger Eigentümerhypothekansprüche offen gelassen. Richtig ist nur, daß diese Frage vom Reichsgericht in dem oben erwähnten Beschluß vom 18. Oktober 1905 offen gelassen wurde. Dagegen hat das Reichsgericht in zwei anderen Entscheidungen mit aller Bestimmtheit die Pfändbarkeit zukünftiger Eigentümerhypothekansprüche anerkannt. (Vgl. Entsch. d. RGer.

25) Dies sind die vorerwähnten Legitimationsfragen.

26) Hierüber vgl. Beschluß des Obersten Gerichtshofs vom 23. Juni 1905, abgedruckt in der Samml. der Entsch. des Bayer. Obersten Landesgerichts in Civilsachen Bd. 6 S. 422 ff., und entgegengesetzt Beschluß des Reichsgerichts vom 18. Oktober 1905, abgedruckt ebenda S. 425 ff.

Bd. 51 Nr. 25 S. 115 ff., insbesondere S. 116 unten und Entsch. d. RGer. Bd. 56 Nr. 2 S. 10 ff., insbesondere letzten Satz des ersten Absatzes auf S. 14.) Diesen Entscheidungen des Reichsgerichts muß auch beigepflichtet werden. In jeder Hypothek liegt der Keim für eine Eigentümerhypothek. Der Schuldner gewinnt mit der Bestellung jeder Hypothek ein Recht auf die Hypothek, nämlich ein Recht für den Fall ihrer Erledigung. Dieses Recht ist pfändbar, mag man es nun als ein nur zukünftiges oder als ein bedingtes Recht ansehen.

Die eben herausgegriffene Frage der Pfändbarkeit zeigt, daß das Eindringen in die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek zum sicheren Verständnis ihres Wesens führt. Wenn auch, wie oben gezeigt, aus der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek allein auf die wichtigsten und schwierigsten Fragen dieses Gebiets eine bestimmte Antwort nicht zu erhalten ist, so dient immerhin die Subsumption unter einen bestimmten Rechtsbegriff wesentlich der Erfassung der der Eigentümerhypothek inne wohnenden Kraft, also der Bestimmung ihres Inhalts.

Ein Vergleich zwischen der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek und der rechtlichen Natur des Rangeinräumungsrechts (von Regelsberger „Hypothekerneuerungsrecht" genannt) läßt die charakteristischen Merkmale der Eigentümerhypothek scharf hervortreten. Ich möchte daher mit einem solchen Vergleich diesen Abschnitt beenden.

Die Eigentümerhypothek verleiht genau wie die im § 1196 BGB. behandelte, vom Eigentümer selbst für sich bestellte Eigentümergrundschuld dem Eigentümer ein selbständiges dingliches Recht, mithin ein Recht an eigener Sache[27]. Dieses Recht, welches den Charakter der Grundschuld hat, ist übertragbar und pfändbar. Es äußert seine Wirkungen auch in der Person des Eigentümers. Letzterer nimmt bei der Zwangsversteigerung an dem Ergebnis der Zwangsvollstreckung im Range der Eigentümerhypothek teil. Zinsen gebühren ihm aus seiner Hypothek nur im Falle der Zwangsverwaltung des Grundstücks. (§ 1197 Abs. 2 BGB.) Seine Stellung unterscheidet sich von der eines sonstigen Grundschuldinhabers — abgesehen von der eben erwähnten Beschränkung seines Zinsanspruchs — nur darin, daß er nicht selbst die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben darf[28].

Demgegenüber verlieh das Hypothekerneuerungsrecht aus § 84 Hyp.-Ges. dem Eigentümer kein selbständiges Recht. Das Hypothekenerneuerungsrecht bildete vielmehr ein Accessorium des Eigentums, mußte daher im Falle einer Veräußerung des Grundstücks ipso jure auf den Erwerber übergehen. Weil es vom Eigentum nicht zu trennen war, war dies Recht nicht selbständig übertragbar, mithin auch nicht pfändbar. Der Inhalt dieses Rechts war nicht eine selbständige dingliche Belastung, sondern nur die Befugnis, für einen Dritten in dem freigewordenen Range eine Hypothek zu begründen. Infolgedessen verlieh das Hypothekerneuerungsrecht dem Eigentümer im Falle der Zwangsversteigerung auch nicht ein Anrecht auf einen in die freigewordene Rangstelle treffenden Teil des Versteigerungserlöses. Das Hypothekerneuerungsrecht

27) Das BGB. kennt im Gegensatz zum gemeinen Rechte solche Rechte, wie sich aus §§ 1196, 889 BGB. ergibt (vgl. Endemann a. a. O. § 9 Anm. 2 S. 39 Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 3 § 62 S. 193 Nr. 2).

28) Auch diese Beschränkung erklärt sich aus dem wirtschaftlichen Zweck der Eigentümerhypothek. Der Eigentümer sollte gegen das „Nachrücken" geschützt werden, es sollte ihm aber nicht die Hand zur Verkürzung nachstehender Hypothekgläubiger geboten werden. Auf diesem Gesichtspunkte beruht auch die Vorschrift in § 128 Abs. 3 Satz 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes. Der wirtschaftliche Zweck der Eigentümerhypothek spielt also bei Festsetzung des Inhalts der mit ihr verbundenen Befugnisse ebenfalls eine Rolle.

verlieh vielmehr dem Eigentümer nur die Legitimation zur Begründung eines dinglichen Rechts (Hypothek) für einen Dritten[29]), das Hypothekerneuerungsrecht war nicht, wie die Eigentümerhypothek, selbst ein dingliches Recht.

V. Uebergangsfragen.

a) Die Eigentümerhypothek und die Unterkautionen.

Die der Eigentümerhypothek innewohnende Kraft zeigte sich in unserem engeren Rechtsgebiete in der unvorhergesehenen Wirkung auf die Unterkautionen[30]) der altrechtlichen Hypotheken.

Die genaue Untersuchung der rechtlichen Natur dieser Hypotheken, wie sie erstmals in der oben erwähnten Entscheidung des obersten Gerichtshofs[31]) erfolgte, ergab, daß diese Hypotheken nach Bayerischem Hypothekenrecht Sicherungshypotheken waren[32]). Diese Hypotheken wurden infolgedessen mit der Anlegung des Grundbuchs auf Grund des Art. 192 Einf.-Ges. zum BGB. Sicherungshypotheken, genauer gesprochen, Maximalhypotheken des neuen Rechts (§ 1190 BGB.) und waren als solche eigentümerhypothekfähig. Die Folge war, daß die Unterkautionshypothek, soweit sie Eigentümerhypothek wurde, nicht bloß den Rang des nachfolgenden Hypothekgläubigers verschlechterte[33]), sondern daß

29) Machte der Eigentümer von der ihm in dem Hypothekerneuerungsrecht verliehenen Befugnis keinen Gebrauch, so entstand überhaupt kein Recht. Übte er die Befugnis aus, so entstand erst durch diese Ausübung für den Dritten, dem die Hypothek bestellt wurde, ein Recht.

30) Unter diesen „Unterkautionen" verstehen wir die Unterkautionshypothek, welche dem Hypothekgläubiger neben der Haupthypothek und im Gleichrange mit dieser zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen behufs bestmöglicher Sicherung seiner sämtlichen Ansprüche bestellt wurde. Nach § 42 des Bayer. Hyp.-Ges. haftete die verzinslich eingetragene Haupthypothek nur für die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres, sie haftete auf Grund des § 43 des Hyp.-Ges., wenigstens in dem regulären Falle der Konkurrenz mit anderen Hypothekgläubigern, nicht für die Kosten der Rechtsverfolgung. Es bestand daher ein gewisses Bedürfnis für die Unterkautionshypotheken, wenn auch eine Eintragung in der Höhe von 10% der Hauptsache — in dieser Höhe wurden die Unterkautionen regelmäßig bestellt — das Maß des Notwendigen weit überstieg. (Im Königreich Sachsen fanden sich die Unterkautionen häufig in der Höhe von 5% der Hauptsache.) Unter der Herrschaft des geltenden Reichsrechts besteht kein Bedürfnis für Sicherungshypotheken auf Zinsen und Kosten, weil nach § 1118 BGB. und nach § 10 Ziffer 4 des Zwangsversteigerungsgesetzes die Haftung der Haupthypothek sich auf einen zweijährigen Zinsrückstand, gerechnet von dem letzten der Grundstücksbeschlagnahme vorausgehenden Verfalltermin, und auf die Kosten der Rechtsverfolgung erstreckt.

31) Vgl. Sammlung Bd. 6 S. 422 ff.

32) Die gegenteilige Ansicht wurde von Kreß, „Die Umwandlung der Kautionshypotheken des Bayer. Rechts in Maximalhypotheken des BGB.", abgedruckt in der Zeitschrift für Rechtspflege, 1. Jahrgang Nr 23 und Nr. 24 vertreten. Kreß betrachtet die „Unterkautionen" nicht als selbständige Hypotheken, sondern als Anhängsel der Haupthypothek, welche mit dieser ipso jure von der Bildfläche verschwinden. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich allerdings nicht direkt aus dem Bayerischen Hypothekengesetz, weil dasselbe die Unterkautionshypotheken nicht erwähnt, wohl aber aus der Bayer. Subhastationsordnung, nämlich aus Art. 3 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 3 letzter Satz der Novelle zur Subh.-Ordn. Die letztere Bestimmung definiert die Unterkautionen als „Sicherungshypotheken für Zinsen, Kosten und andere Nebenforderungen, soweit sie sich auf künftige Ansprüche beziehen", gibt also eine ganz ähnliche Definition wie das weiter unten besprochene neue Reichsgesetz, betr. die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechts. Die Bestimmung in Art. 8 der Novelle zeigt ferner, daß der Gesetzgeber den Unterkautionen die rechtliche Eigenschaft von Sicherungshypotheken auch materiell beilegte. Der Gesetzgeber ging davon aus, daß an sich die Unterkaution, wie jede Sicherungshypothek, in voller Höhe ins Mindestgebot einzusetzen sei, und traf, um die Durchführung von Zwangsversteigerungen durch entsprechende Minderung des Mindestgebots zu erleichtern, die Bestimmung, daß die Unterkautionshypotheken ohne Anrechnung auf den Strichschilling auf den Ansteigerer übergehen.

33) Diese Rangverschlechterung konnte der nachfolgende Hypothekgläubiger, dessen Hypothek unter altem Recht begründet war, bei der Belehnung unmöglich in Betracht ziehen.

sie sogar entgegen ihrer Bestimmung dem Hypothekgläubiger, für den sie bestellt war, unter Umständen zum Nachteil gereichte[34]).

Die vielerörterte Frage nach den Mitteln[35]) zur Behebung oder doch zur Milderung dieser unhaltbaren, den Hypothekenkredit geradezu gefährdenden Zustände[36]) wird alsbald nur noch theoretische Bedeutung haben, weil inzwischen ein neues Reichsgesetz „Die Ueberleitung von Hypotheken des früheren Rechts betr." erlassen ist, und weil das auf Grund dieses Reichsgesetzes für unser Rechtsgebiet zu erlassende Landesgesetz unmittelbar in Aussicht steht. Die Erlassung eines eigenen Reichsgesetzes war für unser engeres Rechtsgebiet notwendig, weil der Vorbehalt aus Art. 194 Einf.-Ges. z. BGB. nicht rechtzeitig, nämlich vor Einführung des Grundbuchs, von der Bayerischen Landesgesetzgebung ausgeübt worden war. Das neue Reichsgesetz verleiht den Einzelstaaten die Ermächtigung, unter Einhaltung des vorgeschriebenen Rahmens, im Wege der Landesgesetzgebung Bestimmungen dahin zu treffen, daß Unterkautionen nicht eigentümerhypothekfähig sein sollen, und daß, soweit auf Grund der Normen des BHB. Eigentümerhypotheken aus Unterkautionen bereits entstanden sind, diese Eingentümerhypotheken mit rückwirkender Kraft[37]) erlöschen sollen.

Die unten angegebene Fassung des neuen Reichsgesetzes ist als eine glückliche zu bezeichnen. Dieselbe ist dem Wortlaut des Art. 194 Einf.-Ges. z. BGB. vorzuziehen. Nach letzterer Bestimmung konnte im Wege der Landesgesetzgebung ein unmittelbares Erlöschen einer einmal nach Reichsrecht entstandenen Eigentümerhypothek nicht angeordnet werden. Es konnte vielmehr nur bestimmt werden, daß ein nachfolgender Hypothekgläubiger berechtigt sei, die Löschung einer im Vorrang oder im Gleichrang entstandenen Eigentümerhypothek zu verlangen. Dabei war weiter vorausgesetzt, daß die Hypothek des nachfolgenden Gläubigers noch vor Einführung des Grundbuchs entstanden war. Nur der altrechtliche Hypothekgläubiger konnte durch Landesgesetz in die Lage

---

34) Man denke an den Fall, daß bei einer Zwangsversteigerung die Hypothek des Gläubigers nur zu einem Teil ausgeboten wird. Hier rangiert der Eigentümer mit Erledigung der Unterkaution — das Rechtsverhältnis wird regelmäßig im Verteilungstermin beendet sein — im Gleichrang mit der Haupthypothek im Verhältnis von 1 : 10, ein willkommener Angriff für die Kurrentgläubiger des Subhastaten.

35) Lothar Seuffert, „Zur Rechtsprechung über die Pfändung eventueller Eigentümerhypotheken", abgedruckt in der Zeitschrift für Rechtspflege, 2. Jahrg. Nr. 3 S. 49 ff., insbes. S. 51, deutete als einen solchen Weg die zwischen dem Hypothekgläubiger und dem Ersteher zu vereinbarende Liegenbelassungserklärung (ZVG. § 91 Abs. 2) an. Hierbei ist übersehen, daß die Liegenbelassungserklärung zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher vereinbart werden muß, und daß der Berechtigte aus der aus der Unterkaution hervorgegangenen Eigentümergrundschuld der Subhastat, nicht der Hypothekgläubiger ist.

36) In München wurde regelmäßig für jede Hypothek eine Unterkaution in der Höhe von 10% bestellt. Die neue Reichsgesetzgebung richtete infolgedessen die größte Verwirrung in den Rangverhältnissen an.

37) Das Landesgesetz kann also nicht bloß bestimmen, daß die nach den Normen des BGB. aus der Unterkaution entstandene Eigentümerhypothek untergeht, d. h. für die Zukunft keine Wirkungen mehr äußert, sondern es kann darüber hinaus anordnen, daß ihr Untergang auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung zurückwirkt.

Das Reichsgesetz lautet nämlich:

„Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstück bestehendes Pfandrecht, das zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen neben dem Pfandrecht für die Hauptforderung bestellt worden ist, erlischt, wenn es sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Diese Bestimmung kann auch nach dem Zeitpunkt, zu welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, getroffen werden. Sie kann dahin erweitert werden, daß Hypotheken der bezeichneten Art, die sich schon mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben, in dem Zeitpunkte der Vereinigung als erloschen gelten."

versetzt werden, in welcher sich nach neuem Rechte ein Hypothekgläubiger befindet, der für den Fall des Freiwerdens einer vorgehenden Rangstelle eine durch Vormerkung gesicherte Vereinbarung nach § 1179 BGB. getroffen hat Diese Normierung entspricht nicht der Eigenart der Unterkautionshypotheken. Der Hypothekenkredit ist vor der Verwandlung der Unterkautionen in Eigentümerhypotheken nur dann hinreichend geschützt, wenn die Eigentümerhypothek ipso jure erlischt[38]), und wenn die Eigentümerhypothek auch einem Hypothekgläubiger gegenüber erlischt, dessen Hypothek erst nach Einführung des Grundbuchs entstanden ist[39]).

b) Die rückwirkende Kraft des in Aussicht stehenden Landesgesetzes.

Ein Bedenken gegen die Fassung des Reichsgesetzes kann selbstverständlich nicht daraus erhoben werden, daß Fälle möglich sind, auf welche eine Rückwirkung des in Aussicht stehenden Landesgesetzes nicht am Platze wäre[40]). Es ist eben Sache der Landesgesetzgebung, bei Bestimmung der rückwirkenden Kraft eines neuen Gesetzes den weiten ihr gewährten Rahmen in denjenigen Grenzen auszunützen, welche den Anschauungen der billig denkenden Verkehrskreise gerecht werden. Im allgemeinen ist vorbehaltlose Ausstattung des neuen Landesgesetzes mit rückwirkender Kraft zu empfehlen. Rechte, deren Entstehung auf die unvorhergesehene Wirkung eines für andere Fälle berechneten Gesetzes zurückzuführen sind, Rechte, welche nicht einem wirtschaftlichen Bedürfnis, sondern der juristischen Konsequenz ihr Dasein verdanken, verdienen schon dann keine Schonung, wenn Einzelinteressen dritter Personen entgegen dem allgemeinen

38) Das Erlöschen ipso jure gegenüber dem Erlöschen auf Verlangen des Gläubigers, (vgl. die Fassung in Art. 194 Einf.-Ges.) hat praktische Bedeutung im Verteilungsverfahren nach Durchführung der Beschlagnahme. Bei einer Regelung nach Art. 194 Einf.-Ges. hat der nachfolgende Gläubiger nur ein obligatorisches Recht auf Löschung. Die Löschung hat also erst auf Geltendmachung des Rechtes zu erfolgen. Der Verteilungsrichter muß infolgedessen die Rechte aus der Eigentümerhypothek berücksichtigen. Der nachfolgende Gläubiger muß, um zu seinem Rechte zu gelangen, Widerspruch gegen den Teilungsplan erheben und eventuell Widerspruchsklage stellen. Bei entsprechender Ausnützung des von dem Reichsgesetze der Landesgesetzgebung eingeräumten Vorbehalts bestehen diese Mißstände nicht

39) Anderenfalls muß jeder Hypothekgläubiger, dem unter neuem Recht eine Hypothek bestellt wird, wegen der vorgehenden Unterkautionen eine Vereinbarung nach § 1179 BGB. treffen, ein Mißstand, welchem die Landesgesetzgebung nicht hätte begegnen können, auch wenn sie den Vorbehalt aus Art. 194 Einf.-Ges. rechtzeitig ausgenützt hätte.

40) Man denke an den Fall, daß vor Erlassung des in Aussicht stehenden Landesgesetzes über eine aus einer Unterkaution entstandene, im Grundbuche auf den Eigentümer umgeschriebene Eigentümergrundschuld vom Eigentümer im rechtsgeschäftlichen Verkehr grundbuchmäßig zu Gunsten eines Dritten in entgeltlicher Weise verfügt wurde. Der Eigentümer hatte beispielsweise eine Hypothek in Haupt- und Nebensache bezahlt, die gegenstandslos gewordene Unterkaution als Eigentümergrundschuld auf seinen Namen umschreiben lassen und gleichzeitig oder später das Recht aus dieser Eigentümergrundschuld einem Dritten, sei es als Grundschuld, sei es unter Umwandlung in eine Hypothek, grundbuchmäßig gegen Entgelt zediert. Zwar wäre noch zu prüfen, ob in diesem Falle nicht der Rechtsnachfolger nach §§ 1138, 892 BGB. auf Grund seines grundbuchmäßigen, gutgläubigen Erwerbes selbständige Rechte besitzt, in welche das neue Landesgesetz auch bei voller Ausnützung der reichsgesetzlichen Ermächtigung nicht eingreifen kann. Jedenfalls empfiehlt es sich, zur Beseitigung einer Streitfrage diesen Spezialfall in dem zu erwartenden Landesgesetze auszunehmen.

Keinesfalls aber darf dieser Fall jenem an die Seite gestellt werden, in welchem das Recht aus der Pfändung einer aus der Unterkaution zukünftig entstehenden Eigentümerhypothek an einen Dritten übertragen worden ist. Der Fall unterscheidet sich von dem obigen grundsätzlich dadurch daß die Eigentümergrundschuld im Zeitpunkt der Zession noch nicht entstanden war, und daß ein grundbuchmäßiger Erwerb mangels Eintragung der Pfändung im Grundbuche (§§ 857 Abs. 2 und 6, 830 RCPO.; RGE. Bd. 55 Nr. 94 S. 378 ff.) überhaupt nicht in Frage kommt. Der Rechtsnachfolger verdient hier so wenig einen Schutz, wie sein Rechtsvorgänger, der Pfändungsgläubiger.

Rechtsbewußtsein gefährdet würden, viel weniger dann, wenn die Gesamtheit im Falle ihrer Aufrechterhaltung durch Beunruhigung des Verkehrs und durch Erschütterung des Hypothekenkredits erheblichen Schaden erleiden müßte[41]).

c) Die letzten Reste des Rangeinräumungsrechts. Wirkungen desselben gegenüber altrechtlichen Hypotheken und gegenüber Hypotheken des neuen Rechts.

Das Rangeinräumungsrecht (Hypothekerneuerungsrecht) hat in den obigen Ausführungen bei Behandlung der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek einen breiten Raum eingenommen. Dies geschah dort zur Erleichterung des Eindringens in das Wesen der von diesem Rechte grundverschiedenen Eigentümerhypothek.

Die Kenntnis der rechtlichen Eigenart des Rangeinräumungsrechts ist aber auch zur Zeit für die gerichtliche Praxis noch von Bedeutung. Diese Bedeutung zeigt sich nach zwei Seiten, nämlich im „Rangeinräumungsverzicht" und in den Wirkungen eines noch unter der Herrschaft des Bayer. Hypothekengesetzes begründeten und seither bestehenden Rangeinräumungsrechts.

Auch der „Rangeinräumungsverzicht" kann selbstverständlich nur bei altrechtlichen Hypotheken in Frage kommen[42]). Der „Rangeinräumungsverzicht" ist schon oben behandelt worden. Seine Wirkungen stehen nach Art. 59 des Bayer. Uebergangsgesetzes vom 9. Juni 1899 den Wirkungen einer Vereinbarung nach § 1179 BGB. vollständig gleich. Insoweit hat die Bayerische Landesgesetzgebung den ihr im Art. 194 Einf.-Ges. z. BGB. eingeräumten Vorbehalt rechtzeitig und entsprechend ausgenützt.

Anders steht es mit Rangeinräumungsrecht.

Dieses Recht kann selbstverständlich nur dort noch in Frage kommen, wo seine Voraussetzungen unter der Herrschaft des Bayer. Hypothekengesetzes, also in unserem engeren Rechtsgebiete vor dem 1. Mai 1905, eingetreten sind. Mit der Einführung des Grundbuchs bestimmen sich die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen des Freiwerdens einer Rangstelle nach den Normen des BGB.

Das Uebergangsgesetz mußte nun die Wirkungen eines unter bisherigem Recht entstandenen Rangeinräumungsrechts gegenüber den altrechtlichen und gegenüber den unter neuem Rechte begründeten Hypotheken regeln.

Diese Regelung hat Art. 58 Abs. 1 des Bayer. Uebergangsgesetzes getroffen. Derselbe lautet:

„Das nach § 84 des Hypothekengesetzes dem Schuldner zustehende Recht, an der Stelle einer erloschenen, aber noch nicht gelöschten Hypothek eine neue Hypothek mit dem Range der erloschenen zu begründen, ist gegenüber einem nach der Anlegung des Grundbuchs entstandenen Rechte unwirksam."

Die Regelung ist also dahin erfolgt, daß das Rangeinräumungsrecht gegenüber den neurechtlichen Hypotheken keine Wirkungen äußert, daß vielmehr seine Wirkungen auf die altrechtlichen Hypotheken beschränkt bleiben. Gegenüber den altrechtlichen Hypotheken hat der Grundbesitzer aus dem Rangeinräumungsrecht die im § 84 Hyp.-Ges. vorgesehenen, oben näher bezeichneten Befugnisse. Diese Regelung führt zu unbilligen Resultaten und ist auch innerlich nicht begründet.

41) Dies wäre die Folge der Schonung der sogenannten „erworbenen" Rechte für unser Rechtsgebiet. Die Praxis zeigte, daß schiffbrüchige Grundbesitzer mit „ihren Unterkautionen" einen schwunghaften Handel trieben. Man las nicht selten in den Tageszeitungen Inserate, in welchen die Unterkautionen mit „erheblichem Nachlaß" zum Kaufe angeboten wurden.

42) Seit Einführung des Grundbuchs ist zur Sicherung der Vorteile aus dem früheren Rangeinräumungsverzicht eine Vereinbarung nach § 1179 BGB. notwendig.

Eine unter der Herrschaft des neuen Rechts im Zwangswege nach § 866 RCPO. eingetragene Sicherungshypothek, braucht den Rangvorbehalt nicht zu respektieren. Hingegen sind die altrechtlichen Hypotheken, also Hypotheken, welche dem Vollstreckungsgläubiger im Range vorgehen, dem Rechte aus dem Rangvorbehalt unterworfen. Der Grundbesitzer bedarf zur Aufnahme einer neuen Hypothek in dem unter der Herrschaft des alten Rechts frei gewordenen Rang der Zustimmung des Vollstreckungsgläubigers, hingegen nicht der Zustimmung der dem Vollstreckungsgläubiger im Rang vorgehenden, altrechtlichen Hypothekgläubiger.

Wird unter Grundbuchrecht eine Hypothek freiwillig bestellt, so verliert der Grundbesitzer ipso jure dem Inhaber dieser Hypothek gegenüber sein Recht auf Besetzung einer noch unter altem Rechte erledigten Rangstelle. Diese Rechtsfolge kann er nur durch eine rechtzeitige gegenteilige Abmachung bei Bestellung der neuen Hypothek ausschließen. In den seltensten Fällen wird dies geschehen, weil die Konsequenzen aus Art. 58 Überg.-Ges. wohl nur demjenigen Juristen im Moment gegenwärtig sind, der diesen nicht wenig komplizierten Rechtsverhältnissen besondere Aufmerksamkeit geschenkt hat.

Die für die Rechtsanwendung unerfreuliche Regelung ist auch innerlich unbegründet.

Die neurechtlichen Hypotheken erhalten vom Gesetzgeber Vorteile eingeräumt, welche ihnen nicht zukommen, Vorteile, welche zu erheblichen Ungleichheiten führen können[43]).

Bei richtiger Behandlung hätte das Übergangsgesetz aussprechen müssen, daß altrechtliche Rangvorbehalte sich in Eigentümergrundschulden umwandeln. Eine derartige Regelung wäre der Überführung der altrechtlichen Verhältnisse in das System des neuen Rechts förderlich gewesen und hätte die Interessen der altrechtlichen Hypothekgläubiger, welche der Gesetzgeber offenbar schonen wollte, weniger gefährdet, als das auf Wohlwollen für diese Gläubiger zurückzuführende, nun geltende Gesetz. Nebenher wäre die Umwandlung des Rangeinräumungsrechts in die neurechtliche Eigentümergrundschuld auch der Gerichtspraxis zu statten gekommen, weil dem Praktiker damit gedient gewesen wäre, nur ein Recht, nämlich das neue, anzuwenden.

Zur Frage der Überleitung der Kautionshypotheken des älteren Rechts.

Von Oberamtsrichter Heinrich Seitz in Garmisch.

Nach der Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 49 S. 162 ff. hätten sich die unter der Herrschaft des früheren Rechts eingetragenen Kautionshypotheken in Preußen schlechthin in Sicherungshypotheken des Bürgerlichen Gesetzbuchs verwandelt. Im Anschluß an diese Entscheidung hat sich auch in Bayern die Praxis wohl der meisten Vollstreckungsrichter daran gewöhnt, jede unter der Herrschaft des alten Rechts eingetragene selbständige Kautionshypothek, ohne Rücksicht darauf, ob Forderungen auf dieselbe entstanden sind, als Sicherungshypothek und gegebenenfalls als Eigentümergrundschuld zu behandeln. Die Frage, inwieweit die in Bayern neben der Haupthypothek für Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen eingetragenen Kautionshypotheken, die sogenannten Nebensachekautionen, als selbständige Hypotheken zu erachten

43) Die voreingetragenen altrechtlichen Hypothekgläubiger können beispielsweise dadurch zu erheblichem Verlust kommen, daß der Grundbesitzer in dem freien Rang eine Hypothek ohne Zustimmung des Inhabers der neurechtlichen Vollstreckungshypothek nicht aufnehmen kann.

sind, soll hier unerörtert bleiben, da die Regelung derselben auf dem Wege der Gesetzgebung in Angriff genommen ist. Die Frage der Ueberleitung hat aber auch für die anderen Kautionshypotheken, insbesondere die Kreditkautionen, eine große praktische Bedeutung. Die Stellungnahme des Vollstreckungsrichters, der mit dem Teilungsplane die Prozeßrollen verteilt, ist für die Beteiligten von großer Wichtigkeit. Dabei handelt es sich hier um sehr erhebliche Summen. So wurden z. B. im Jahre 1903 in Bayern allein für über 66 Millionen Mark Kautionshypotheken — ohne die Nebensachekautionen — eingetragen. Dies mag es begreiflich erscheinen lassen, daß ich namens derjenigen, die sich der Auffassung des Reichsgerichts nicht anzuschließen vermochten, den Versuch unternehme, die Frage neuerdings von einem m. E. noch nicht genügend erörterten Standpunkt aus zu beleuchten.

Der Art. 192 EG. z. BGB. trifft gegenüber dem Art. 184 die Ausnahmebestimmung: Ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstücke bestehendes Pfandrecht gilt von dieser Zeit an als eine Hypothek. Ist der Betrag der Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, nicht bestimmt, so gilt das Pfandrecht als Sicherungshypothek. Es wird also alles darauf ankommen, ob und inwieweit die Kautionshypotheken des alten Rechts als Pfandrechte zur Zeit des Inkrafttretens des Liegenschaftsrechts bestanden haben.

Die Kautionshypothek des preußischen Rechts war nach der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts eine bedingte Hypothek, bedingt dadurch, daß für den Gläubiger Forderungen aus dem durch die Kaution gesicherten Rechtsverhältnis entstanden; sie war nicht eine Hypothek für bedingte und künftige Forderungen, sondern das Hypothekrecht selbst hing vom Bestehen der Forderungen ab.

Das Gleiche gilt für die Kautionshypothek des bayerischen Rechts. Dieses hat nicht minder streng an der accessorischen Natur der Hypothek, an dem Grundsatz, daß die Hypothek ein Pfandrecht und daß ohne Forderung ein Pfandrecht begrifflich nicht möglich ist, festgestalten. Es waren zwar Hypotheken für bedingte und betagte, ja selbst für künftige Forderungen zugelassen, aber die Hypothek gelangte als solche nicht eher als mit dem Entstehen der Forderung zu rechtlichem Bestande. Bis dorthin bestand zwar eine dingliche Gebundenheit, aber kein Pfandrecht. Das bayerische Recht stand in dieser Beziehung ganz auf dem Boden des römischen Rechtes, dessen markanteste Stelle — l. 5 pr. D. de pign. et hyp. 20, 1 — Gönner in den Anmerkungen zu § 2 des Hyp.-Ges. anführt: „sed et in conditionali obligatione (res hypothecae datae) non alias obligantur, nisi conditio exstiterit". Von diesem Standpunkt aus haben Praxis und Doktrin die im Gesetz selbst nicht vorgesehene Kautionshypothek ausgebildet. Dies geschah, indem die Eintragung von Hypotheken nicht nur für bedingte und künftige, aber individuell bestimmte Forderungen, sondern auch für künftige und bedingte, nicht individualisierte Forderungen aus einem individuellen Rechtsverhältnis gestattet wurde. Der öffentliche Glaube des Hypothekenbuches kam für den gutgläubigen Erwerber solcher Hypotheken nicht zur Geltung. Selbstverständlich; die Hypothek war ja als eine in ihrem Bestande von einer Bedingung abhängige eingetragen; ob die Bedingung eingetreten sei, stand nicht im Buche, und so ergab sich aus der Fassung des Eintrags von selbst, daß das Hypothekenbuch, gleich als ob eine Protestation eingetragen gewesen wäre, für den Bestand der Hypothek nicht garantiere. Als ein bedingtes Hypothekrecht, nicht als eine Hypothek für bedingte Forderungen wird die Kautionshypothek dementsprechend auch in

den Entscheidungen des obersten Gerichtshofs Bd. 9 S. 709 und 134 bezeichnet (vgl. hierzu auch Regelsberger § 43 Nr. 4 Fußnote 7, § 61 Nr. 5c, § 87 Nr. 1, 2. Aufl. S. 185, 278, 413). Das Hypothekrecht der Kautionshypothek war in ähnlicher Weise bedingt wie das aus einer nach § 30 des Hyp.-Ges. erwirkten Vormerkung (Samml. d. Entsch. d. oberst. Gerichtshofs Bd. 9 S. 241), mit dem Unterschiede, daß in letzterem Falle die Entstehung des Pfandrechts von dem Eintritt der formalen Voraussetzungen der Eintragung, im Falle der Kautionshypothek aber von der Entstehung der Forderungen abhing. In beiden Fällen bestand bis zum Eintritt der Bedingung lediglich eine dingliche Gebundenheit des Grundstücks in der Gestalt, daß den künftig entstehenden Pfandrechten ein bestimmter Wertsteil des Grundstücks, ein bestimmter Rang für den Fall ihres Entstehens vorbehalten war. Hierin darf uns auch die Entscheidung des Obersten Landesgerichts Bd. 17 S. 401 ff. nicht beirren, die an der streng accessorischen Natur der bayerischen Hypothek nichts ändern konnte und, wie sich schon aus der Anführung von Gönner und der Entscheidung in Bd. 9 S. 707 ergibt, auch nichts ändern wollte.

Unter den Art. 192 EG. z. BGB. fallen auch bedingte Pfandrechte. Planck Anm. 1a zu Art. 192, Habicht, 3. Aufl. S. 491, Dennler in diesen Blättern Bd. 69 S. 91, Schürmer und Kreß in der bayer. Zeitschr. f. R., Jahrg. 1 S. 89, 479 und das Reichsgericht Bd. 49 S. 164, Bd. 48 S. 53 stimmen darin überein, und ihnen muß insoweit unbedenklich beigetreten werden. Nicht zugegeben aber kann werden, was sie weiter teils ausdrücklich, teils im Erfolg schließen, daß der Art. 192 EG. das bedingte alte Pfandrecht in eine unbedingte neue Hypothek verwandle. Eine erweiternde Auslegung des Art. 192 als einer Ausnahmevorschrift verbietet sich von selbst, insbesondere angesichts der vom Reichsgericht in Bd. 48 S. 51, 52, 54 so eindringlich geschilderten Tendenz des Einführungsgesetzes, nach Möglichkeit die bestehende konkrete Rechtslage zu wahren und erworbene Rechte unangetastet zu lassen. Wenn nach dem Dargelegten bei einer Hypothek des alten Rechts das Pfandrecht — und dies ist gleichbedeutend mit: das Bestehen des Pfandrechts — von einer aufschiebenden Bedingung abhing, so zwingen der Wortlaut und die Tendenz des Gesetzes zu der Annahme, der Art. 192 führe ein unbedingtes altes Pfandrecht in eine unbedingte neue Hypothek und ein bedingtes Pfandrecht in eine bedingte Hypothek über. Die Möglichkeit einer bedingten Hypothek, einer Rechtsform, bei welcher das Bestehen des dinglichen Rechts selbst von dem Eintritt einer Bedingung abhängt, wird vom BGB. nicht grundsätzlich abgelehnt (Planck Anm. 5 zu § 1113; Achilles-Strecker S. 126). Es darf nicht einmal die Zulässigkeit der Eintragung eines solchen bedingten Rechtes in das Grundbuch verneint werden; denn § 16 GO. versagt nur einem bedingten Eintragungsantrage, nicht aber einem vorbehaltslosen Antrag auf Eintragung eines bedingten Rechts die Wirksamkeit. Die §§ 125, 128 ZwVG. schreiben die Eintragung bedingter Sicherungshypotheken in gewissen Fällen sogar vor. Aber auch wenn dem anders wäre, könnte hieraus gegen den Fortbestand der vor der Grundbuchanlegung bestandenen bedingten Pfandrechte als bedingter Hypotheken nichts gefolgert werden. Wenn es richtig ist, was das Reichsgericht selbst ausführt, daß die alte Hypothek nur eine bedingte Hypothek gewesen, so war der Rechtszustand gerade so, als wie wenn dies mit ausdrücklichen Worten eingetragen gewesen wäre, beispielsweise: „Hypothek für 1000 Mk.; die rechtliche Wirksamkeit dieser Hypothek ist bedingt durch den Eintritt der Tatsache, daß ꝛc." Wollte man etwa für diesen Fall dem Art. 192 EG. die Wirkung zuschreiben, daß die eingeschriebene Be-

dingung nunmehr als durch den Wechsel der Gesetzgebung weggefallen von Amts wegen zu löschen sei? Das aber wäre die Konsequenz der herrschenden Meinung; denn ob die Bedingtheit der Hypothek ausdrücklich im Hypothekenbuche vermerkt oder ob sie nur dem Gesetzeskundigen aus der Fassung des Eintrags erkennbar war, macht doch keinen Unterschied. Der Art. 192 schreibt für das Pfandrecht an Grundstücken dasselbe vor wie der Art. 181 für das Eigentum; es wird aber noch niemand behauptet haben, daß, wer unter dem alten Rechte Eigentum unter einer aufschiebenden Bedingung erworben hatte, mit dem Inkrafttreten des BGB. von selbst unbedingter Eigentümer geworden sei.

Hieraus ergibt sich: Wenn und insoweit beim Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts auf eine Kautionshypothek Forderungen erwachsen waren, insoweit bestand eine unbedingte Hypothek, die seitdem als Hypothek des neuen Rechts mit allen ihren neuen Eigenschaften, insbesondere mit der Fähigkeit, zur Eigentümergrundschuld zu werden, fortbesteht; insoweit aber Forderungen in jenem Zeitpunkt nicht entstanden waren, war auch das Bestehen des Pfandrechts in Schwebe und insoweit und insolang blieb auch der Bestand der neuen Sicherungshypothek im Schwebezustand. Tritt die Bedingung ein, so entsteht nachträglich eine Hypothek, die als Hypothek des neuen Rechts zu erachten ist. Fällt aber die Bedingung aus, entsteht also vor oder nach dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts bis zum Zuschlag bei der Zwangsversteigerung oder bis zur anderweitigen Erledigung des der Sicherungshypothek zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses keine Forderung, so steht nunmehr endgültig fest, daß im Augenblicke des Uebergangs vom alten zum neuen Rechte kein Pfandrecht und keine Hypothek bestanden hatte. Von dem Entstehen einer Eigentümergrundschuld kann also in diesem Falle nicht die Rede sein. Eine solche entsteht vielmehr nur dann, wenn die Forderungen, welche zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechts bestanden haben oder welche später entstanden sind, wieder erlöschen und bis zur Beendigung des durch die Kaution gesicherten Rechtsverhältnisses nicht wieder neu entstanden sind.

Die herrschende Meinung räumt nur das eine ein, daß dann das Entstehen einer Eigentümergrundschuld ausgeschlossen ist, wenn schon vor dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts das der Kaution zugrunde liegende Kreditverhältnis beendet war und Forderungen aus ihm nicht mehr bestanden (Entsch. d. RGer. Bd. 52 S. 59, 414). Bestand aber zu dieser Zeit eine, wenn auch nur entfernte Möglichkeit, daß auf die Kautionshypothek noch Forderungen erwachsen, dann ist nach der herrschenden Meinung aus der alten Kautionshypothek schlechthin eine Höchstbetragshypothek des neuen Rechts geworden, die sich in eine Eigentümergrundschuld verwandelt, wenn sich schließlich herausstellt, daß auf die Kautionshypothek Forderungen nicht entstanden waren. Eine nähere Begründung dieser Auffassung ist mir nicht bekannt. Es scheinen ihr jedoch folgende Gedankengänge zugrunde zu liegen, die in Nachstehendem als Einwendungen gegen die hier vertretene Ansicht gewürdigt werden sollen:

1) Wenn die Kautionshypothek des alten Rechts auch nur eine bedingte Hypothek war, so hatte sie doch den Charakter einer sofort wirksamen dinglichen und zwar pfandrechtlichen Gebundenheit des Grundstücks.

Dies ist richtig; aber es ist dies nichts der alten Kautionshypothek eigentümliches, vielmehr etwas, was aus der Natur eines aufschiebend bedingten Pfandrechts von selbst folgt. Eine gewisse sofortige Wirksamkeit wohnt jedem aufschiebend bedingten Rechte inne, und soweit die Rechtsordnung be

dingte dingliche Rechte zuläßt, ist diese sofortige Wirksamkeit dinglicher Natur. Die vor dem Eintritt der Bedingung gegenwärtige pfandrechtliche Gebundenheit des Grundstücks ist nichts anderes als die sofort eingetretene Wirkung des Begründungsaktes des bedingt bestellten und als solches noch nicht entstandenen Pfandrechts. Sie läßt sich nicht als ein neben dem bedingten Pfandrecht unbedingt bestehendes selbständiges Recht auffassen; es ist also im Moment des Uebergangs zum neuen Recht immer nur ein bedingtes Pfandrecht vorhanden, das sich nunmehr als bedingte Hypothek des neuen Rechts fortsetzt. Wollte man aber die sofort wirksame, also unbedingte dingliche Gebundenheit als etwas selbständiges auffassen, so dürfte man es jedenfalls nicht als ein Pfandrecht erklären; denn das Pfandrecht besteht ja nur bedingt. Auf andere Rechte als Pfandrechte fände aber nicht die Ausnahmevorschrift des Art. 192, sondern die Norm des Art. 184 EG. z. BGB. Anwendung, der die alten Rechte mit dem bisherigen Rang und Inhalt aufrecht erhält.

2) Auch die alten Hypotheken waren in ihrem Bestande nicht von einer rechtsgeschäftlichen, sondern von einer gesetzlichen Bedingung abhängig; auch sie wurden an sich als unbedingte Hypotheken bestellt, das Gesetz nur versagte ihnen bis zur Entstehung von Forderungen die Wirkung eines unbedingten Pfandrechts. Der Sinn des Art. 192 ist aber kein anderer als der: Auf die alten Hypotheken findet von dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts an ausschließlich dieses Anwendung. Dieses läßt sofort voll wirksame unbedingte Pfandrechte für künftige Forderungen zu und schiebt damit den Riegel zurück, welcher bisher der sofortigen Wirksamkeit der für künftige Forderungen bestellten Pfandrechte entgegenstand. Die gesetzliche aufschiebende Bedingung des alten Rechts existiert kraft der Gesetzesänderung nicht mehr, sie ist weggefallen — nicht etwa ausgefallen —, die Hypothek ist fortan eine unbedingte.

Eine solche Folgerung ist aber nur möglich, wenn man den Wortlaut des Art. 192 EG. z. BGB. völlig außer Acht läßt. Nicht darum handelt es sich, was unter dem neuen Recht möglich, sondern was unter dem alten Recht wirklich war. Nur was in der letzten Sekunde der Geltung des alten Rechts als Pfandrecht des alten Rechts bestanden hatte, konnte zu einer neurechtlichen Hypothek werden und nur soweit als es bestanden hatte. Inhalt und Umfang der alten Hypotheken bestimmen sich zwar nach neuem Recht; alles aber, was ihre Begründung, ihre Entstehung betrifft, muß aus dem früheren Rechte beurteilt werden. Der rechtsbegründende Akt der als Kautionshypothek nur bedingt bestellten Hypothek vollzog sich unter dem alten Recht und bleibt diesem unterworfen, gleichgültig, wann die Bedingung sich entscheidet (vgl. Entsch. d. RGer. Bd. 47 S. 230, Bd. 52 S. 114, Bd. 54 S. 83). Wenn unter dem früheren Rechte eine Hypothek eingetragen war, die kraft eines gesetzlichen Verbots nichtig gewesen, so bestand im Augenblicke der Gesetzesänderung keine Hypothek und es entstand durch die Gesetzesänderung auch dann keine, wenn das neue Gesetz das Verbot nicht mehr kennt. Bei der alten Kautionshypothek war — soweit nicht etwa schon Forderungen entstanden waren — der Bestand der Hypothek im Augenblicke der Gesetzesänderung in Schwebe, abhängig von dem späteren Eintritt der Bedingung. Das Ausfallen einer aufschiebenden Bedingung hat aber der Natur der Sache nach stets rückwirkende Kraft.

3) Auch die Hypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat accessorische Natur; nur soweit Forderungen bestehen, hat das eingetragene Recht den Charakter einer Hypothek, anderenfalls den einer Grundschuld. Das Hypothekrecht

des Gläubigers, die Hypothek als solche ist also auch nach BGB. bedingt durch das Bestehen von Forderungen. Die bedingt bestandene Hypothek des alten Rechts verwandelt sich in eine in diesem Sinne bedingte Hypothek des neuen Rechts. Auf diese finden aber alle Bestimmungen des BGB., insbesondere auch der § 1163 Anwendung, wonach die Hypothek, wenn Forderungen auf sie nicht erwachsen, Eigentümergrundschuld ist.

Inwieweit die Hypothek des BGB. accessorische Natur hat, ist bekanntlich bestritten. Aber auch wenn man an dem accessorischen Charakter der neuen Hypothek mit Planck festhält, so ist bei einer solchen für künftige Forderungen — § 1113 Abs. 2 BGB. — oder bei einer Höchstbetragshypothek doch niemals das Hypothekrecht aufschiebend bedingt, sondern es ist nur ungewiß, wem es zusteht, ob dem Gläubiger als Hypothek im engeren Sinne oder dem Eigentümer als Grundschuld. Wenn nach Art. 192 EG. z. BGB. aus dem alten Pfandrecht eine neue Hypothek entsteht, so verwandelt sich damit die alte Hypothek in dasjenige dingliche Recht, welches bald als Hypothek, bald als Grundschuld gilt, je nachdem Forderungen, für die es haftet, bestehen oder nicht. Da aber dies nur für die bestehenden alten Pfandrechte und nur soweit gilt, als sie bestanden, so tritt durch den Gesetzeswechsel genau derselbe Rechtszustand ein, als wenn unter der Herrschaft des neuen Rechts das dingliche Recht selbst als ein durch das Auflaufen von Forderungen bedingtes eingetragen worden wäre. In diesem Falle gelangt das dingliche Recht nicht zur Entstehung, wenn die Bedingung ausfällt, kann es also nicht zur Eigentümergrundschuld werden (vgl. Planck Anm. 3a zu § 1163 BGB.). Auch das Reichsgericht — Bd. 48 S. 51, 55 — steht auf dem Standpunkt, daß der Begriff Hypothek in Art. 192 EG. die Grundschuld mitumfaßt, sonst könnte es nicht auf Grund des Art. 192 EG. — nicht etwa auf Grund des Art. 195 — die nicht valutierte preußische Hypothek unmittelbar in eine Grundschuld sich verwandeln lassen.

4) Endlich könnte man vielleicht noch einwenden: Die alte Kautionshypothek war nicht nur aufschiebend, sondern auch auflösend in dem Sinne bedingt, daß sie wie jede andere Hypothek mit dem Wegfall der Forderungen wieder erlosch. In Konsequenz des hier vertretenen Standpunktes müßte man beim Erlöschen der Forderung, also beim Eintritt der auflösenden Bedingung bei allen übergeleiteten Hypotheken das Entstehen einer Eigentümergrundschuld ausschließen. Das ist aber offenbar unrichtig.

Das wäre auch unrichtig; aber das ist keine Konsequenz unserer Meinung. Der Eintritt einer auflösenden Bedingung hat keine rückwirkende Kraft. Wer zu einer bestimmten Zeit unter einer auflösenden Bedingung berechtigt ist, ist wirklich berechtigt; fällt die auflösende Bedingung aus, so bleibt er es immer, tritt sie ein, so bleibt er es bis zu ihrem Eintritt. Die Wirkung ihres Eintritts bestimmt sich nach neuem Recht. Wer dagegen unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, besitzt das Recht noch nicht, er hat nur eine Anwartschaft darauf. Fällt die aufschiebende Bedingung aus, so entscheidet sich, daß er niemals berechtigt gewesen; tritt sie ein, so wird er vom Augenblicke des Eintritts an unbedingt berechtigt.

Bei gar manchen Kautionshypotheken des alten Rechts war von Anfang an das Entstehen von Forderungen von äußerst geringer Wahrscheinlichkeit; man denke z. B. an eine von einem Vormund oder einem Privatbeamten für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen bestellte Kaution. Gerade nur deshalb mochte ein Nachhypothekgläubiger das Grundstück beliehen haben. Bei anderen Kautionshypotheken waren die Forderungen beim Inkrafttreten des

neuen Liegenschaftsrechts zum größten Teil erloschen, das Kreditverhältnis seinem Ende nahe und wenig Aussicht auf das Entstehen neuer Forderungen. Hier war im praktischen Erfolge die vorgehende Kautionshypothek für den Nachhypothekgläubiger so gut wie nicht vorhanden. Nach der herrschenden Meinung aber erlangt der Eigentümer nach Beendigung des Kreditverhältnisses trotzdem eine Eigentümergrundschuld, die nun auch dem Zugriff der nicht gesicherten Gläubiger oder des Konkursverwalters offen steht. Damit sind nicht nur Hoffnungen enttäuscht, sondern wohlerworbene, voll bezahlte Rechte aufgehoben und an bisher Unberechtigte verschenkt. Das wird von den Gegnern zwar gewöhnlich nicht zugegeben. Es ist aber so. Der Nachhypothekgläubiger mit Rang nach einer Kautionshypothek des alten Rechts zu 10000 Mk. hatte nicht Rang nach einer Hypothek von 10000 Mk. schlechthin, sondern nach einer Hypothek, die nur unter der Bedingung bestand, daß Forderungen auf sie anfielen; unter der entgegengesetzten Bedingung hatte er ersten Rang. Man wende nicht ein, daß auch der Gläubiger mit Rang nach einer gewöhnlichen Hypothek unter der Bedingung des Erlöschens der Vorhypothek besseren Rang hatte. Das wäre nicht richtig; denn er hatte nur eine unbestimmte und — worauf es vor allem ankommt — gesetzlich nicht geschützte, gemäß § 84 des Bayer. Hyp.-Ges. von der Zustimmung des Eigentümers abhängige Aussicht auf Vorrücken. Beim Vorgang einer Kautionshypothek dagegen war die Anwendung des § 84 Bayer. Hyp.-Ges. ausgeschlossen und der Nachhypothekgläubiger saß — mit einer auflösenden Bedingung — im Range der Vorhypothek. Es liegt auf der Hand, daß ein solches Ergebnis der Gesetzesauslegung zu den größten Unbilligkeiten führt und Verwirrung in den Rechtsbegriffen des Volkes hervorrufen muß, daß dagegen unsere Auffassung einerseits vom Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts an dessen ausschließliche Geltung gewährleistet, andererseits aber allein der ausgesprochenen Tendenz des Gesetzgebers, bestehende Rechte und Interessen zu wahren, gerecht wird.

III. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht.

§ 368 Ziff. 5 StGB. „Unverwahrtes" Licht. Der § 368 Ziff. 5 StGB. ist nicht verletzt. Der Begriff „unverwahrtes" Feuer oder Licht ist kein absoluter, wie die Beschwerde annimmt, sondern es kann nur nach den Umständen ermessen werden, inwieweit mit Rücksicht auf die größere oder geringere Entzündbarkeit und Feuergefährlichkeit der an den gedachten Orten aufbewahrten Gegenstände das denselben nahe gebrachte Feuer oder Licht für verwahrtes, d. h. gegen die Mitteilung und Verbreitung nach außen sichergestelltes anzusehen ist, oder umgekehrt.

Es ist also Tatfrage, ob ein Feuer ein „unverwahrtes" ist. Auf Grund tatsächlicher, der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogener Feststellungen hat das Vordergericht die Ueberzeugung nicht gewinnen können, daß das Feuer, mit dem der Angeklagte in den Stall ging, unverwahrt war. III. Strafsenat D. 1434/05. Urteil vom 8. Januar 1906.

B. Landgericht München I (Civilsachen).

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Zahlung von Annuitäten vor Anlegung des Grundbuchs; Berechtigung des Notars zur Beschwerde gegen Entscheidungen des Grundbuchamts.

Der kgl. Notar S. hat am 13. Januar 1906 unter G.-R. Nr. 155 ein

„Schuldbekenntnis mit Hypothekbestellung" beurkundet; in der Urkunde erklären die Eheleute Franz und Rosalie M. folgendes:

Im Grundbuch des Amtsgerichts München I sei ihr Anwesen zu Gunsten der Bayerischen Handelsbank mit einer Hypothek für ein Darlehen von 36 000 Mk. und einer Sicherungshypothek zu 3600 Mk. belastet. An dem Darlehen seien durch Zahlung von Annuitäten 2104 Mk. 20 Pfg. getilgt; infolgedessen sei die Darlehenshypothek zum gleichen Teilbetrag auf sie als Grundstückseigentümer übergegangen und in eine Grundschuld umgewandelt worden; es solle nun von der Hypothek zu 36 000 Mk. ein Teilbetrag von 4 Mk. 20 Pfg., von der Sicherungshypothek ein Teilbetrag von 210 Mk. 42 Pfg. gelöscht werden; den in eine Grundschuld umgewandelten Restbetrag zu 2100 Mk. treten die Grundstückseigentümer zur Sicherung einer neuen Darlehensforderung der Bayerischen Handelsbank zu 2100 Mk. an diese Bank ab und wandeln dabei die Grundschuld in eine Hypothek ohne Brief für diese neue Darlehensforderung um.

Die Eheleute M. bewilligen und beantragen zugleich beim Grundbuchamte die erforderlichen Löschungen und Eintragungen. Diesem Schuldbekenntnis mit Hypothekbestellung ist eine „Zustimmungserklärung" der Bayerischen Handelsbank vom 17. Januar 1906 beigeheftet; ausweislich derselben erkennt die Bank die Erklärungen der Eheleute M. vom 13. Januar 1906 an, schließt sich denselben an und bewilligt und beantragt zugleich die Löschung eines Rangeinräumungsverzichts. —

Am 22. Januar 1906 übersandte Notar S. die Urkunde Nr. 155 mit Beilage an das Grundbuchamt „zum gefälligen Vollzug."

Das Grundbuchamt lehnte mit Verfügung vom 24. Januar 1906 den Vollzug der Urkunde ab und gab sie dem Notar unvollzogen zurück; es begründete die Ablehnung hauptsächlich mit der Ausführung, daß, soweit die Annuitätenzahlung vor der Anlegung des Grundbuchs erfolgt sei, keineswegs ohne weiteres eine Eigentümergrundschuld entstanden sei.

Notar S. legte die Urkunde am 14. März 1906 neuerdings dem Grundbuchamte vor mit dem Ersuchen, sie grundbuchamtlich zu vollziehen, im Falle der Ablehnung aber seine Note als Beschwerde vorzulegen; er versuchte dabei, den in der Urkunde eingenommenen Standpunkt zu begründen.

Das Grundbuchamt lehnte mit Verfügung vom 20. März 1906 es ab, der Beschwerde abzuhelfen.

Die Würdigung des Sach- und Rechtsverhältnisses ergibt: Die Verfügung des Grundbuchamts vom 24. Januar 1906 stellt sich dar als eine Entscheidung des Grundbuchamts, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet; die Note des Notars S. vom 14. März 1906 ist als Beschwerdeschrift anzusehen

Die Beschwerde ist also an sich statthaft, auch in der vorgeschriebenen Form eingereicht (§§ 71, 73 GBO.).

Sie ist aber als unzulässig zu erachten, weil der kgl. Notar S. zur Beschwerde nicht berechtigt ist. Allerdings ist in der Grundbuchordnung der Kreis derer, welche befugt sind, gegen die Entscheidung des Grundbuchamts Beschwerde zu führen, nicht ausdrücklich bestimmt; als beschwerdeberechtigt ist deshalb jeder anzusehen, dessen Recht durch eine Verfügung des Grundbuchamts beeinträchtigt wird; die Beschwerde steht daher insbesondere dem zu, der den Antrag an das Grundbuchamt gestellt hat.

Berechtigt zur Beschwerde ist insbesondere auch der Notar, der die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt und im Namen eines Antragstellers auf Grund der vermuteten Vollmacht desselben die Eintragung beantragt hat (§§ 15, 80 GBO.), ein solcher Notar hat eben

die Vermutung für sich, daß er von dem Antragsberechtigten auch zur Beschwerde ermächtigt ist. Notar S. hat aber einen Antrag auf Eintragung nicht gestellt; ein solcher war nicht erforderlich, weil schon in den Urkunden die nötigen Anträge niedergelegt sind; ein solcher ist auch in den Noten des Notars vom 22. Januar und vom 14. März 1906 nicht zu finden; denn diese Noten enthalten lediglich Leitungs- oder Vorlagverfügungen, nicht aber ein besonderes Verlangen auf Eintragung; die in den Noten enthaltenen Ersuchen um Vollzug enthalten etwas Selbstverständliches, bilden lediglich eine Verweisung auf den Inhalt der Urkunde; nirgends aber ist in den Noten zum Ausdruck gebracht, daß sich der Notar den in der Urkunde enthaltenen Anträgen anschließe, sie als Bevollmächtigter selbständig stellen oder wiederholen wolle. Notar S. hat also lediglich die Vorlegung der Urkunden, nicht aber eine Antragstellung betätigt (vgl. d. A. f. GBA. §§ 559, 565 und Muster).

Wenn aber Notar S. einen selbständigen Antrag nicht gestellt hat, so ist er auch nicht beschwerdeberechtigt (vgl. Entsch. d. b. Obersten LG. in Civils. Bd. 5 S. 136 ff.; Willenbücher, Liegenschaftsrecht S. 309 Note 4 zu § 15 GBO.). Seine Beschwerde ist daher unzulässig und aus diesem Grunde zu verwerfen; auf die materielle Würdigung der Beschwerde einzugehen, ist unter solchen Umständen zur Zeit nicht erforderlich.

Die durch die unbegründete Beschwerde verursachten Kosten fallen dem Beteiligten, der sie verursacht hat, also hier dem Beschwerdeführer Notar S. zur Last (Art. 131 AG. z. BGB.). Beschluß vom 23. März 1906; Beschw.-Reg. Nr. 135/06 I.

IV. Literatur.

Helwing'sche Verlagsbuchhandlung in Hannover.

Das Reichs-Haftpflicht-Gesetz, betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken, Steinbrüchen, Gräbereien und Fabriken herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen, vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 des Einführungsgesetzes und unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erläutert mit Benutzung der Akten der Kgl. Preuß. Ministerien der öffentlichen Arbeiten und für Handel und Gewerbe von Dr. Georg Eger, Regierungsrat. Sechste, vermehrte Auflage. 1906. XXIV und 653 S.

Daß wir „im Zeichen des Verkehrs" stehen, beweist nicht nur die unaufhaltsam wachsende Ausdehnung und volkswirtschaftliche Bedeutung des Eisenbahnwesens, sondern auch, als Kehrseite dieser Entwicklung, die stetige Steigerung der Betriebsgefahr und damit der Umfang der dem Haftpflichtgesetz unterliegenden Unfälle und Schadensersatzansprüche. Darum ist es nicht verwunderlich, daß ein so trefflicher Führer durch die schwierige Materie des Haftpflichtgesetzes wie der Eger'sche Kommentar schon bald nach seiner durch die Einführung des BGB. nötig gewordenen Umarbeitung (s. Bd. 65 dieser Zeitschrift S. 184) in neuer, nunmehr 6. Auflage erscheinen konnte. Die gesamte neuere Rechtsprechung und Literatur, die Materialien des BGB., des Einf.-Ges. z. BGB. und der CPO. haben, wie die Vorrede mit Recht hervorhebt, die sorgfältigste Berücksichtigung erfahren; füllen doch die Erläuterungen zu § 1 des Gesetzes allein 203 Seiten! Wie bedeutsam die Wechselwirkungen zwischen BGB. und Haftpflichtgesetz schon bisher geworden sind, zeigen insbesondere die Erörterungen über den Begriff des Kausalzusammenhanges (S. 110 ff., S. 305 ff.), über die Anwendbarkeit des § 254 BGB. (S. 198 ff.) rc. Zudem sind die Ergebnisse der Theorie und Praxis zu einzelnen Vorschriften des Haftpflichtgesetzes für die Lehre von den Deliktsobligationen (s. insbesondere §§ 843, 844 BGB.) unmittelbar verwertbar. Der Eger'sche Kommentar kann daher auch über sein eigentliches Anwendungsgebiet hinaus weittragende Bedeutung beanspruchen. E.

Redaktions-Adresse z. Zt.: München, Luisenstraße 3/III.

Für die Redaktion verantwortlich: Landgerichtsrat Dr. Engelmann in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 10. 1. Mai 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und Dr. Th. Engelmann, Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Langheineken, Zur Auslegung des § 2316 Abs. 4 BGB. Oertmann Unmittelbar erlangter rechtlicher Vorteil. Kriener, Verlustgefahr der unter bisherigem Recht entstandenen und nicht gebuchten Dienstbarkeiten in Bayern. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen); Oberlandesgericht Nürnberg. Oberlandesgericht Stuttgart. III. Literatur.

I. Abhandlungen.

Zur Auslegung des § 2316 Abs. 4 BGB.

Von Universitäts-Professor Dr. Langheineken, München.

In der Zeitschrift „Das Recht" Bd. 10 S. 283 ff. (1906, Nr. 5) behandelt v. Jacubezky eine pflichtteilsrechtliche Aufgabe, die sich folgendermaßen formulieren läßt:

„Es soll der Pflichtteil eines Abkömmlings, der im Testament in keiner Weise bedacht worden ist, dagegen eine bei Lebzeiten des Erblassers erhaltene Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen und zugleich sich auf seinen Pflichtteil anrechnen zu lassen hat, berechnet werden für den Fall, daß neben diesem Abkömmling sowohl noch andere Abkömmlinge als auch der Ehegatte des Erblassers als gesetzliche Erben vorhanden sind."

Ueber die Bedeutung des § 2316 Abs. 4 für diesen Fall besteht in der Literatur eine starke Divergenz der Ansichten. Dies erklärt sich daraus, daß die Normierung des § 2316 Abs. 4 unmittelbar nur auf den Fall paßt, daß nicht der Ehegatte als gesetzlicher Erbe konkurriert [1]). Da kann über die Berechnung des Pflichtteils eines Abkömmlings keine ernsthafte Meinungsverschiedenheit bestehen, und es läßt sich höchstens zweifeln, ob die (erst in der Reichstagskommission [2]) beschlossene) Aufnahme jener Vorschrift angebracht war oder nicht [3]).

In dem eingangs erwähnten Aufsatz gibt v. Jacubezky eine neue Berechnungsart, die aber im Resultat mit der von Planck-Ritgen, Kommentar

1) Das ist auch die Meinung von Strohal, Erbrecht Bd. 1 S. 487 a. A., und von Planck-Ritgen, Kommentar Bd. 5 S. 592 (Note 5b Abs. 1 a. E.).

2) Vgl. deren „Bericht" S. 22.

3) Für die Notwendigkeit der Aufnahme (m. E. mit Recht): Hellmann in KrVJSchr. Bd. 39 S. 232, 233; Küntzel in Gruch. Beitr. Bd. 41 S. 631 fg.; Kipp, Zusätze Bd. 3, S. 401. — Dawider: Strohal a. a. O. S. 482; Frommhold, Kommentar S. 287 (Note 5); Endemann, Lehrbuch Bd. 3 § 131 Anm. 30 und 31; Lehmann, Bürg. Recht 2. Aufl.) § 337 (5a) S. 850 fg.

S. 592 (Ziff. 3) und S. 593, aufgestellten genau übereinstimmt und sich nach Grundgedanke und Ergebnis als unannehmbar erweisen dürfte. Weit geeigneter, zur Grundlage einer Verständigung zu dienen, erscheint die früher von demselben Autor entwickelte (bei Planck-Ritgen S. 592 Ziff. 4 mitgeteilte), nunmehr freilich von ihm aufgegebene Lösung des Problems. Daher wird es sich verlohnen, dieser Lösung ebenfalls näherzutreten, umsomehr, als sie bisher gar nicht ausreichend gewürdigt worden ist[4]).

Dabei wird sich zeigen, daß (wie übrigens keineswegs nur vereinzelt und auch nicht nur von Theoretikern anerkannt wird[5])) die allgemeine, formelmäßige algebraische Darstellung einer für eine Gesetzesstelle gegebenen Auslegung am besten, unter Umständen sogar allein geeignet ist, den eigentlichen Kern dieser Auslegung herauszuschälen und damit deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit in volle Evidenz zu setzen. Das findet seine Bestätigung gerade bei der in Rede stehenden Gesetzesstelle und zwar namentlich in der Richtung auf die beiden von v. Jacubezky herrührenden Auslegungsversuche. Denn nur aus der völligen Vernachlässigung dieses mathematischen Hilfsmittels ist es zu erklären, daß die frühere Berechnungsweise nicht genügend verstanden und namentlich das brauchbare Element darin nicht erkannt worden war und daß bei der neuen Methode offenbar ihrem Urheber selbst die ganz allgemein im Resultat bestehende und folglich auch in dem gewählten numerischen Beispiel zahlenmäßig hervortretende Uebereinstimmung mit der Lehre von Planck-Ritgen ebenso entgehen konnte, wie die bei formelmäßiger Entwicklung sinnfällig hervortretende Unhaltbarkeit des Ergebnisses beider Lehren.

Dieser letztere Punkt mag nun im folgenden zuerst (unter I) behandelt werden, jedoch der Kürze halber mit Beschränkung auf das von beiden Autoren gewählte Zahlenbeispiel, also unter Verzicht auf allgemeine und algebraische Entwicklungen. Hiernach soll (unter II) die ursprüngliche Lehre v. Jacubezky's einer eingehenden Betrachtung unterzogen werden. Zum Schluß (unter III) wird dann noch die m. E. richtige Lösung wenigstens in ihren Ergebnissen kurz dargelegt werden.

I. Der neue Auslegungsversuch v. Jacubezky's.

Zur Widerlegung des bei v. Jacubezky neuerdings berechneten numerischen Ergebnisses, das mit dem von Planck-Ritgen gefundenen übereinstimmt, soll ausgegangen werden von folgendem Postulat, dessen Richtigkeit unmittelbar evident sein dürfte[6]):

---

4) Vgl. z. B. Strohal a. a. O. S. 485 Anm. 29: „Er gestehe, sich von dieser sehr verwickelten, offenbar auf einen besonderen Fall zugeschnittenen und aus diesem Grunde schwer übersehbaren Auffassung ein völlig klares Bild nicht machen zu können." Das ist insofern unzutreffend, als diese Lösung keineswegs auf einen besonderen Fall zugeschnitten ist, sondern vielmehr auf einem allgemeinen und in der Hauptsache ganz beachtenswerten Grundgedanken ruht (vgl. unten II A und II D).

5) Um einige Belege zu geben: Serini, Rangvorbehalt und Zwischenhypothek (München 1900); Amtsgerichtsrat Freund, Zur Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft. Ein Beitrag für die Praxis unter Verwertung der mathematischen Formel (Breslau 1902); Urteil des Landgerichtes Rostock im 1. Hefte der „Beiträge zur Auslegung des BGB." S. 23 ff.

6) In der mathematischen Behandlung des Civilrechtes, insbesondere des Pflichtteilsrechtes, geht man aus teils von einem solchen a priori einleuchtenden Postulat, d. h. einem rechnerischen Gesichtspunkt spezieller und einfacher Natur, teils von einem ganz allgemeinen mathematischen, gleichfalls den Charakter einer Hypothese tragenden Prinzip. Jenes ist unmittelbar verwertbar lediglich zur Widerlegung gegnerischer Ansichten, dieses zugleich auch zur positiven Auffindung des wahren Gesetzesinhaltes.

„Es muß ausgeschlossen sein, daß ein Pflichtteilsberechtigter, der eine anrechnungs- und zugleich ausgleichungspflichtige Zuwendung von bestimmter Höhe erhalten hat, einen größeren Pflichtteilsanspruch habe, als er gehabt hätte, wenn er ceteris paribus eine lediglich anrechnungspflichtige Zuwendung (von gleicher Höhe) erhalten hätte." —

Mit diesem Postulat steht nun, wie sich rechnungsmäßig zeigen wird, in offenem Widerspruch die sowohl bei Planck-Ritgen wie bei v. Jacubezky herausgestellte Berechnung. Nach ihr soll nämlich in dem Fall, daß der Nachlaß 4000 Mk. beträgt und von den beiden mit dem Ehegatten konkurrierenden, in keiner Weise letztwillig bedachten Abkömmlingen A und B ersterer eine anrechnungs- und zugleich ausgleichungspflichtige Zuwendung von 800 Mk., letzterer eine ebensolche von 400 Mk. erhalten hat, sich der Pflichtteil des A auf 250 Mk., der des B auf 650 Mk. belaufen. — Stellen wir jetzt mit diesem Fall (als dem „Hauptfall") zur parallelen Untersuchung zunächst den „Nebenfall", daß bei sonst ganz gleicher Sachlage der Vorempfang des A (von 800 Mk.) bloß anrechnungspflichtig ist, so berechnet sich hier der Pflichtteil des A gemäß § 2315 Abs. 1 und Abs. 2 und § 2316 Abs. 1 wie folgt: Nach § 2316 Abs. 1 (vgl. § 2055 Abs. 1 Satz 2) und § 2315 Abs. 2 ergibt sich zunächst der Ansatz:

$$\frac{1}{2} \cdot \frac{\frac{3}{4}(4000 + 800) + 400}{2} = \frac{3600 + 400}{4} = 1000$$

und hiernach weiterhin zufolge § 2315 Abs. 1 die Differenz

$$1000 - 800 = 200 \text{ Mk.}$$

als der dem A gebührende Pflichtteil[7]). Somit zeigt sich, daß nach Planck-Ritgen und v. Jacubezky der Pflichtteil des A dadurch, daß die an diesen Abkömmling erfolgte lebzeitige Zuwendung (von 800 Mk.) nicht nur zur Anrechnung, sondern auch zur Ausgleichung zu bringen wäre, eine Erhöhung (von 200 Mk. auf 250 Mk.) erfahren würde. Das ist, wie das vorangestellte Postulat ausspricht, ein offenbares Nonsens. — In ganz entsprechender Weise läßt sich dartun, daß auch der von jenen Autoren dem B zugewiesene Pflichtteilsbetrag von 650 Mk. zu hoch gegriffen sein muß. Denn denkt man sich (wiederum als „Nebenfall") bei sonst gleicher Sachlage den Vorempfang des B als einen bloß anrechnungspflichtigen, so beziffert sich unzweifelhaft der Pflichtteil des B nur auf

$$\frac{1}{2} \cdot \frac{\frac{3}{4}(4000 + 400) + 800}{2} - 400 = \frac{3300 + 800}{4} - 400 = 625 \text{ Mk.}$$

Nach unserem Postulat kann nun aber doch der Pflichtteil des B unmöglich dann größer als 625 Mk. werden, wenn B seinen Vorempfang (von 400 Mk.) nicht nur sich anrechnen zu lassen, sondern auch noch zur Ausgleichung zu bringen hat.

---

7) Vgl. zu diesem Rechnungsmodus, der von der zur Diskussion stehenden Streitfrage nicht berührt wird, insbesondere die damit übereinstimmenden Berechnungen bei v. Jacubezky a. a. O. S. 285 g. A. und ebenso bei Planck-Ritgen, Kommentar S. 592 (Ziff 3), wo (insoweit zutreffend) der anrechnungs- und zugleich ausgleichungspflichtige Vorempfang des anderen Abkömmlings (von 400 Mk.) „den auf die Söhne entfallenden Dreivierteilen des Nachlasses (= 3000 Mk.) hinzugerechnet" wird. — Abweichend freilich Strohal S. 488 a. A. Indessen würde sich nach dessen Rechnungsweise der Pflichtteil des A. (im Nebenfall, also bei bloßer Anrechnungspflicht der 800 Mk.) auf $\frac{1}{2} \cdot \frac{\frac{3}{4}(4000 + 800 + 400)}{2} - 800 = 175$ Mk., also sogar noch auf weniger als 200 Mk. belaufen.

*

Neben dieser deductio ad absurdum bedarf es kaum noch eines Eingehens auf weitere Argumente gegen jene Lehren. Es mag nur bemerkt werden, daß der Grundgedanke der v. Jacubezky'schen Theorie, der besonders in dem mit den Worten „dem Pflichtteilsberechtigten muß der Betrag belassen werden" beginnenden Halbsatz (S. 285 Abs. 2) zu finden sein dürfte, nicht weniger unvermittelt erscheint wie der bei Planck-Ritgen zum Ausgangspunkte gewählte, allerdings einfache und durchsichtige Leitsatz: „Der § 2315 wird ganz außer Betracht gelassen."

II. Der frühere Auslegungsversuch v. Jacubezky's.

Von erheblich größerem Interesse ist, wie schon bemerkt, die Auslegung, die v. Jacubezky ursprünglich dem § 2316 Abs. 4 gegeben hatte. Sie ist zwar ebenfalls nicht annehmbar, aber sie führt bei einer kleinen Modifizierung zu der richtigen Lösung hin und stellt in dieser Form eine interessante Umdeutung derselben dar.

Um unseren Betrachtungen eine breitere Grundlage zu geben, bezeichnen wir ganz allgemein

den Nachlaßbestand mit x,
den überlebenden Ehegatten mit W,
die n Abkömmlinge mit $A_1, A_2, A_3, A_4, \ldots\ldots A_{n-2}, A_{n-1}, A_n$,
deren ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtige Zuwendungen[8])
mit $\alpha_1, \alpha_2, \alpha_3, \alpha_4, \ldots\ldots \alpha_{n-2}, \alpha_{n-1}, \alpha_n$,

ferner

den Abkömmling, dessen Pflichtteil berechnet werden soll, mit A_v,
seine (ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtige) Zuwendung mit α_v,
seinen (zu berechnenden) Pflichtteil mit p_v,

wobei v irgend eine bestimmte Zahl aus der Reihe der Zahlen 1 bis n vorstellt.

A. Entwickelung der früheren Lehre v. Jacubezky's.

Der Grundgedanke dieser Lehre läßt sich wie folgt darstellen: Zunächst werden das Anrechnungsverfahren (nach § 2315 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1) und das Ausgleichungsverfahren (nach § 2316 Abs. 1 Satz 1, § 2055 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2) getrennt vorgenommen, und zwar wird bei letzterem nur die Differenz in Ansatz gebracht, um die der mit Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht berechnete Pflichtteil abweicht von dem nach dem einfachen Erbteile sich ergebenden Pflichtteile. Hierauf werden diese beiden Ergebnisse, d. h. der beim bloßen Anrechnungsverfahren ermittelte Pflichtteil (als 1. Glied) und jene Differenz (als 2. Glied) in der Weise mit einander vereinigt, daß ihre (algebraische) Summe gebildet wird[9]).

Das erste Glied (I) dieser Summe bestimmt sich gemäß § 2315 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 wie folgt:

$$(I) = \frac{1}{2} \cdot \frac{\frac{3}{4}(x + \alpha_v)}{n} - \alpha_v,$$

---

8) Die Zuwendungen brauchen keine schenkungsmäßigen zu sein. Deshalb kann und muß der Anspruch auf Pflichtteilsergänzung (§§ 2325 ff.) hier gänzlich außer Betracht bleiben.

9) Bei Planck-Ritgen, Kommentar S. 592 Ziff. 4, erscheinen diese Verhältnisse etwas verdeckt dadurch, daß dort mit der Bildung jener Differenz begonnen wird.

indem nämlich die an A_ν erfolgte Zuwendung als allein vorhanden und als lediglich anrechnungspflichtig gedacht wird[10]):

Bei Hinzufügung des zweiten Gliedes (II) der algebraischen Summe wird von der Vorstellung ausgegangen, daß die Eigenschaft der Zuwendung α_ν als einer ausgleichungspflichtigen sowie das Vorhandensein der Ausgleichungsposten der übrigen Abkömmlinge den Teilbetrag (I) um ebensoviel vergrößern oder verringern muß, als der einfache Pflichtteil (d. i. $\frac{1}{2} \cdot \frac{1}{n} \cdot \frac{3}{4} x = \frac{3}{8n} x$) durch die Eigenschaft der Zuwendung α_ν als einer ausgleichungspflichtigen und durch das Vorhandensein der übrigen Ausgleichungsposten zusammengenommen vergrößert oder verringert würde nach Maßgabe von § 2316 Abs. 1 Satz 1, § 2055 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2. Mit anderen Worten: es ist hinzuzufügen der (sei es positive, sei es negative) Betrag

$$(II) = \frac{1}{2} \cdot \left[\frac{\frac{3}{4} x + \alpha}{n} - \alpha_\nu\right] - \frac{3}{8n} x$$

oder:

$$(II) = \frac{1}{2n} \cdot \left(\frac{3}{4} x + \alpha\right) - \frac{1}{2} \alpha_\nu - \frac{3}{8n} x$$

oder:

$$(II) = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n} \alpha - \frac{1}{2} \alpha_\nu - \frac{3}{8n} x$$

oder kürzer:

$$(II) = \frac{1}{2n} \alpha - \frac{1}{2} \alpha_\nu,$$

wo α (ohne Index) abkürzend für die Summe aller Zuwendungen $(\alpha_1 + \alpha_2 + \alpha_3 + \alpha_4 + \ldots\ldots + \alpha_{n-2} + \alpha_{n-1} + \alpha_n)$ gesetzt ist. Darnach erhält man für p_ν folgende Formel:

$$p_\nu = \left[\frac{1}{2} \cdot \frac{\frac{3}{4}(x + \alpha_\nu)}{n} - \alpha_\nu\right] + \left[\frac{1}{2n}\alpha - \frac{1}{2}\alpha_\nu\right]$$

oder:

$$p_\nu = \frac{3}{8n} x + \frac{3}{8n} \alpha_\nu - \alpha_\nu + \frac{1}{2n} \alpha - \frac{1}{2} \alpha_\nu$$

oder:

$$p_\nu = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n} \alpha + \frac{3}{8n} \alpha_\nu - \frac{8}{2} \alpha_\nu$$

oder:

$$p_\nu = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n} \alpha + \frac{3}{8n} \alpha_\nu - \frac{3}{8n} \cdot 4n\alpha_\nu$$

oder endlich:

$$(*) \quad p_\nu = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n} \alpha - \frac{3(4n-1)}{8n} \alpha_\nu.$$

Von dieser Formel, die ganz allgemein den Inhalt der v. Jacubezky'schen Berechnungsart darstellt, gelangt man in der Tat bei dem gewählten numerischen Beispiel, wo $x = 4000$ Mk., $n = 2$, $\alpha_1 = 800$ Mk., $\alpha_2 = 400$ Mk., also $\alpha = 1200$ Mk. ist, für den Pflichtteil p_1 des A zu dem Betrage $750 + 300 - \frac{21}{16} \cdot 800 = 0$, für den Pflichtteil p_2 des B zu dem Betrage $750 + 300 - \frac{21}{16} \cdot 400 = 525$ Mk., d. h. zu den a. a. O. S. 592 a. E. herausgestellten Pflichtteilsbeträgen.

---

10) Übrigens wird hier noch vorausgesetzt, daß α_ν nicht etwa so groß ist, daß dieser Ausdruck negativ würde.

B. Einwendung gegen die frühere v. Jacubezky'sche Lehre.

Diese Lehre gibt insofern zu einem Bedenken Anlaß, als bei Aufstellung des Gliedes (II) das eigene α_v (d. h. die Zuwendung an den Abkömmling A_v, dessen Pflichtteil zur Berechnung steht) nochmals in Ansatz gebracht wird. Vermeidet man dies, führt man also für das zweite Glied den Ansatz ein:

$$(II') = \frac{1}{2}\left[\frac{\frac{3}{4}x + (\alpha - \alpha_v)}{n} - 0\right] - \frac{3}{8n}x$$

oder:

$$(II') = \frac{3}{8n}x + \frac{1}{2n}(\alpha - \alpha_v) - \frac{3}{8n}x$$

oder kürzer:

$$(II') = \frac{1}{2n}(\alpha - \alpha_v),$$

wo $(\alpha - \alpha_v)$ die Summe aller übrigen Zuwendungen (d. h. sämtlicher Zuwendungen mit Ausnahme der des Abkömmlings A_v, dessen Pflichtteil zur Berechnung steht) vorstellt, so gelangt man zu der Formel:

$$p_v = (I) + (II') = \left[\frac{1}{2} \cdot \frac{\frac{3}{4}(x + \alpha_v)}{n} - \alpha_v\right] + \left[\frac{1}{2n}(\alpha - \alpha_v)\right]$$

oder, indem man hierin den ersten und den dritten (letzten) Term zusammenzieht:

$$p_v = (I) + (II') = \frac{\frac{3}{4}(x + \alpha_v) + (\alpha - \alpha_v)}{2n} - \alpha_v,$$

eine Formel, die m. E. das richtige Ergebnis darstellt (darüber noch unter II D und III). Dieser Umstand beweist aber immerhin, daß jener scheinbar gezwungene und komplizierte Summenansatz bei v. Jacubezky eine beachtenswerte Umdeutung der gesetzlichen Vorschrift enthält.

C. Indirekter Gegenbeweis gegen die frühere v. Jacubezky'sche Berechnungsart.

Da eine direkte Widerlegung nicht ohne nähere Ableitung und Begründung der richtigen Auslegung der §§ 2315, 2316 ausgeführt werden kann, so soll hier nur ein indirekter Gegenbeweis geliefert werden. Es läßt sich nämlich für die v. Jacubezky'sche Methode auch die Charakterisierung geben (die übrigens in die gleiche Richtung einmündet, wie das unter B hervorgehobene Bedenken): Sie substituiert an Stelle der ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtigen Zuwendung α_v (d. i. die Zuwendung an den Abkömmling A_v, dessen Pflichtteil zur Berechnung steht) zwei je ebenso große Zuwendungen, von denen die eine nur ausgleichungspflichtig, die andere nur anrechnungspflichtig ist.

Um dies zu beweisen, stellen wir zur parallelen Untersuchung mit dem „Hauptfall" einen „Nebenfall", der sich vom Hauptfall nur dadurch unterscheidet, daß der Abkömmling A_v, dessen Pflichtteil zur Berechnung steht, eine ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtige Zuwendung nicht erhalten hat, dafür aber erhalten hat erstens eine nur ausgleichungspflichtige Zuwendung a_v und zweitens eine nur anrechnungspflichtige Zuwendung $\mathfrak{A}_v$, jede dieser beiden Zuwendungen ebenso groß wie α_v (im Hauptfall) angenommen. Versuchen wir jetzt, den Pflichtteil p'_v zu ermitteln, den bei dieser Sachlage der Abkömmling A_v zu

beanspruchen hätte, so ist zuvörderst darauf hinzuweisen, daß in diese Berechnung die eigentliche zur Diskussion stehende Frage nicht hereinspielt, weil eben der Abkömmling, dessen Pflichtteil bestimmt werden soll, gerade keinen ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtigen Vorempfang aufzuweisen hat. Für p_ν' ergibt sich bei Anwendung der früher citierten Gesetzesstellen folgender Wert:[11])

$$p_\nu' = \frac{1}{2} \cdot \left[\frac{\frac{3}{4}(x + \mathfrak{A}_\nu) + (\alpha - \alpha_\nu) + a_\nu}{n} - a_\nu \right] - \mathfrak{A}_\nu$$

oder, etwas weiter ausgeführt:

$$p_\nu' = \frac{3}{8n}(x + \mathfrak{A}_\nu) + \frac{1}{2n}(\alpha - \alpha_\nu) + \frac{1}{2n} a_\nu - \frac{1}{2} a_\nu - \mathfrak{A}_\nu$$

oder:

$$p_\nu' = \frac{3}{8n} x + \frac{3}{8n} \mathfrak{A}_\nu + \frac{1}{2n}(\alpha - \alpha_\nu) + \frac{1}{2n} a_\nu - \frac{n}{2n} a_\nu - \frac{8n}{8n} \mathfrak{A}_\nu$$

oder mit einigen Umstellungen:

$$p_\nu' = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n}(\alpha - \alpha_\nu) + \left(\frac{1}{2n} a_\nu - \frac{n}{2n} a_\nu\right) + \left(\frac{3}{8n} \mathfrak{A}_\nu - \frac{8n}{8n} \mathfrak{A}_\nu\right)$$

oder endlich:

$$p_\nu' = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n}(\alpha - \alpha_\nu) - \frac{n-1}{2n} a_\nu - \frac{8n-3}{8n} \mathfrak{A}_\nu .$$

Unsere obige Behauptung wird nun erwiesen sein, sofern sich herausstellt, daß dieser Ausdruck, wenn man in ihm jede der beiden Größen a_ν und $\mathfrak{A}_\nu$ durch den gleich großen Betrag α_ν (der Zuwendung an A_ν im Hauptfalle) ersetzt, identisch wird mit dem gemäß der v. Jacubezky'schen Methode unter A a. E. S. 273 in Formel (*) aufgestellten Wert für p_ν im Hauptfall.

Führt man diese Substitution aus, so erhält man zunächst:

$$p_\nu' = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n}(\alpha - \alpha_\nu) - \frac{n-1}{2n} \alpha_\nu - \frac{8n-3}{8n} \alpha_\nu$$

und nun weiterhin:

$$p_\nu' = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n} \alpha - \frac{4}{8n} \alpha_\nu - \frac{4n-4}{8n} \alpha_\nu - \frac{8n-3}{8n} \alpha_\nu$$

oder:

$$p_\nu' = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n} \alpha - \frac{4 + (4n-4) + (8n-3)}{8n} \alpha_\nu$$

oder kürzer:

$$p_\nu' = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n} \alpha - \frac{12n-3}{8n} \alpha_\nu$$

oder endlich:

$$p_\nu' = \frac{3}{8n} x + \frac{1}{2n} \alpha - \frac{3(4n-1)}{8n} \alpha_\nu .$$

Dies ist nun aber in der Tat genau derselbe Wert, den die Formel (*) S. 273 für p_ν aufweist.

Damit dürfte ausreichend dargetan sein, daß, wie behauptet worden war, dem Ergebnis nach die v. Jacubezky'sche Methode bei der Berechnung des Pflichtteils eines Abkömmlings, der mit einer ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtigen Zuwendung bedacht gewesen ist, diese Zuwendung so behandelt, als stünden an ihrer Stelle zwei je ebenso große Zuwendungen, von denen die eine nur ausgleichungspflichtig, die andere nur anrechnungspflichtig wäre.

Um diese Argumentation noch speziell auf das bei Planck-Ritgen auch nach der v. Jacubezky'schen Methode behandelte Beispiel anzuwenden, wollen

11) Vgl. hierzu das ähnliche Beispiel bei Planck-Ritgen a. a. O. Note 6 S. 593 fg.

wir zunächst den Pflichtteil des A berechnen unter der Voraussetzung, daß bei einem Nachlaß von 4000 Mk. der Sohn B wiederum einen ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtigen Vorempfang von 400 Mk., dagegen der Sohn A keinen solchen, sondern erstens einen nur ausgleichungspflichtigen Vorempfang von 800 Mk. und zweitens einen nur anrechnungspflichtigen Vorempfang von ebenfalls 800 Mk. erhalten hat. Alsdann muß sich (wenn unsere Argumentation stimmt) für den Pflichtteil des A derselbe Betrag (0) herausstellen, der sich bei der in Rede stehenden v. Jacubezky'schen Berechnungsart (im Hauptfall) herausgestellt hat. In der Tat ergibt sich dieser Betrag aus dem Ansatz

$$\frac{1}{2}\cdot\left(\frac{\frac{3}{4}(4000+800)+800+400}{2}-800\right)-800$$

$$=\frac{1}{2}\cdot\left(\frac{3600+1200}{2}-800\right)-800=\frac{1}{2}\cdot 1600-800=0.$$

Sodann wollen wir den Pflichtteil des B berechnen unter der Voraussetzung, daß bei einem Nachlaß von 4000 Mk. der Sohn A wiederum einen ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtigen Vorempfang von 800 Mk., dagegen der Sohn B keinen solchen, sondern erstens einen nur ausgleichungspflichtigen Vorempfang von 400 Mk. und zweitens einen nur anrechnungspflichtigen Vorempfang von ebenfalls 400 Mk. erhalten hat. Alsdann muß sich (wenn unsere Argumentation stimmt) für den Pflichtteil des B derselbe Betrag (525 Mk.) herausstellen, der sich bei der in Rede stehenden v. Jacubezky'schen Berechnungsart (im Hauptfall) herausgestellt hat. In der Tat ergibt sich dieser aus dem Ansatz

$$\frac{1}{2}\cdot\left(\frac{\frac{3}{4}(4000+400)+800+400}{2}-400\right)-400$$

$$=\frac{1}{2}\cdot\left(\frac{4500}{2}-400\right)-400=\frac{1}{2}\cdot 1850-400=525\text{ Mk.}$$

Daß im übrigen (nämlich für die Pflichtteile der anderen Abkömmlinge) die eine ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtige Zuwendung (α_ν) die nämliche Bedeutung hat wie die beiden gleich großen (teils nur ausgleichungspflichtigen, teils nur anrechnungspflichtigen) Zuwendungen (a_ν und $\mathfrak{A}_\nu$) zusammengenommen, ergibt sich von selbst aus dem Umstand, daß durch eine nur anrechnungspflichtige Zuwendung ein fremder Pflichtteil überhaupt nicht, dagegen durch eine nur ausgleichungspflichtige Zuwendung ein fremder Pflichtteil genau ebenso beeinflußt wird wie durch eine gleich große ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtige Zuwendung.

D. Modifizierung der früheren v. Jacubezky'schen Berechnungsart.

Es ist jetzt noch zu zeigen, daß, wie unter B S. 274 vorausbemerkt, die daselbst vorgeschlagene Modifizierung der v. Jacubezky'schen Berechnungsart wirklich zur richtigen Formel hinführt. Deren Ableitung kann hier freilich nicht gegeben werden, da dies uns zu weit führen würde und dabei die Frage der Bedeutung des § 2316 Abs. 4 von Grund aus aufgerollt werden müßte. Es mag daher nur die allgemeine Bemerkung Platz finden, daß in dem zur eigentlichen Diskussion stehenden Hauptfalle, d. h. wenn eine ausgleichungspflichtige Zuwendung an den Abkömmling, dessen Pflichtteil zur Berechnung

steht, zugleich auf den Pflichtteil anzurechnen ist, bezüglich dieser Zuwendung die Vorschrift des § 2315 Abs. 2 Satz 1 allein, nicht auch die Vorschrift des § 2316 Abs. 1 Satz 1 zur Anwendung zu bringen ist. Folgt man diesem Grundsatz (dessen Rechtfertigung wie gesagt hier unterdrückt werden soll), so wird man zu folgender Formel[12]) hingeführt:

$$p_v = \frac{\frac{3}{4}(x + \alpha_v) + (\alpha - \alpha_v)}{2n} - \alpha_v.$$

Vergleicht man diese mit der Formel unter B a. E. S. 274, so ist unmittelbar evident, daß man in der Tat dann, wenn man jene Abänderung an der v. Jacubezky'schen Methode vornimmt, sich zu dem richtigen Ergebnis geführt sieht.

E. Umformung der früheren v. Jacubezky'schen Methode.

Diese Methode gestattet übrigens noch eine kleine Umformung, bei der ihr Grundgedanke noch klarer hervortreten dürfte. Man kann sie nämlich auch so formulieren:

Auszugehen ist von dem einfachen Pflichtteil π_v, d. h. von dem Pflichtteil, wie er sich nach dem einfachen Betrage des gesetzlichen Erbteils bestimmt, also von

$$\pi_v = \frac{1}{2} \cdot \frac{1}{n} \cdot \frac{3}{4} x = \frac{3}{8n} x.$$

Zu diesem Werte π_v sind hinzuzulegen zwei Differenzen, nämlich erstens der Betrag, um den der mit Rücksicht auf die Anrechnungspflicht allein gebildete Pflichtteil abweicht von dem einfachen Pflichtteile, zweitens der Betrag, um den der mit Rücksicht auf die Ausgleichungspflicht allein gebildete Pflichtteil abweicht von dem einfachen Pflichtteile. Erstere Differenz beläuft sich auf:

$$\delta_1 = \frac{1}{2} \cdot \frac{\frac{3}{4}(x + \alpha_v)}{n} - \alpha_v - \pi_v,$$

letztere Differenz auf:

$$\delta_2 = \frac{1}{2} \cdot \left(\frac{\frac{3}{4}x + \alpha}{n} - \alpha_v\right) - \pi_v.$$

Die Vereinigung dieser beiden Differenzen mit dem an die Spitze gestellten einfachen Pflichtteile π_v liefert das Trinom:

---

12) Im wesentlichen die gleiche Formel hat neuerdings auch Matthiaß in der 3. Auflage seines Lehrbuchs (Bd. 2 § 159 III B f. S. 512), aber ohne den geringsten Versuch eines Beweises aufgestellt. Der Beweis ist auch nur auf streng mathematischem Wege zu führen. — Umgekehrt läßt Planck-Ritgen, Kommentar § 2316 Note 5b S. 592 f., die Vorschrift des § 2316 Abs. 1 Satz 1 vorgehen und behandelt die Zuwendung des Abkömmlings, dessen Pflichtteil zur Berechnung steht, auf gleicher Linie mit den ausgleichungspflichtigen Zuwendungen der übrigen Abkömmlinge; er stellt demnach (der Sache nach) die Formel auf: $p_v = \frac{1}{2} \cdot \frac{\frac{3}{4}x + \alpha}{n} - \alpha_v.$

Ihm folgen z. B. Frommhold, Kommentar § 2316 Note 3 S. 286; Cosack, Lehrbuch Bd. 2 § 413 IV S. 830; Kipp, Zusätze Bd. 2 S. 401 fg.; Matthiaß in der 2. Auflage seines Lehrbuches (S. 433 unter e). Vgl. auch Protokolle Bd. 5 S. 320. Eine selbständige, aber ebenfalls irrtümliche Auslegung gibt Strohal, Erbrecht (3. Aufl.) § 56 IV 2 S. 484 ff. Noch weniger annehmbar sind die sonstigen Auffassungen, namentlich die bei Lehmann, Bürgerl. Recht Bd. 2 § 337 a. E. S. 852, und bei Endemann, Lehrbuch Bd. 3 § 131 Note 31 S. 600. Es stehen sich demnach in dieser Frage eine große Zahl verschiedener Auslegungen gegenüber.

$$\pi_v + \delta_1 + \delta_2 = \left[\pi_v\right] + \left[\frac{1}{2} \cdot \frac{\frac{3}{4}(x + \alpha_v)}{n} - \alpha_v - \pi_v\right] + \left[\frac{1}{2}\left(\frac{\frac{3}{4}x + \alpha}{n} - \alpha_v\right) - \pi_v\right].$$

Zieht man nun zunächst die beiden ersten der in eckige Klammern eingeschlossenen Terme zusammen (nämlich indem man die beiden Glieder π_v und $-\pi_v$ gegen einander zur Aufhebung bringt), so erhält man das Element (I) des v. Jacubezky'schen Ansatzes (vgl. oben unter A S. 272), während der letzte Term nach Ersetzung von π_v durch seinen Wert $\frac{3}{8n}x$ identisch wird mit Element (II) a. a. O. S. 273.

Damit ist man abermals zu der v. Jacubezky'schen Formel hingelangt. Nunmehr hat man aber, um das richtige Resultat zu erreichen, noch eine Korrektur eintreten zu lassen, wie die oben unter B a. A. S. 274 angegebene. Sie entspringt der Erwägung, daß die Zuwendung α_v nicht zweimal, d. h. nicht bei der Bildung beider Differenzen, in Ansatz gebracht werden darf, weil sonst, wie unter C S. 274 f. gezeigt, für diese ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtige Zuwendung im Ergebnis substituiert würden zwei Zuwendungen von je gleicher Größe wie jene, und zwar die eine als nur ausgleichungspflichtige, die andere als nur anrechnungspflichtige gedacht. Es muß also noch nachträglich in einer der beiden Differenzen (δ_1, δ_2) die Größe α_v unterdrückt werden. Fraglich ist indessen, bei welcher Differenz das zu geschehen hat, und diese Frage ist es gerade, die den Kernpunkt des gegebenen Problems trifft und die bei der v. Jacubezky'schen Betrachtungsweise vollkommen in den Hintergrund gestellt ist. Wir wissen bereits, daß es die Differenz δ_2 ist (vgl. oben B S. 274), und finden dies dadurch noch bestätigt, daß das entgegengesetzte Verfahren (also die Unterdrückung der Größe α_v bei der Differenz δ_1) ein offenbar unrichtiges Resultat liefern würde, nämlich:

$$\left[\pi_v\right] + \left[\frac{1}{2} \cdot \frac{\frac{3}{4}(x + 0)}{n} - 0 - \pi_v\right] + \left[\frac{1}{2} \cdot \left(\frac{\frac{3}{4}x + \alpha}{n} - \alpha_v\right) - \pi_v\right],$$

ein Ausdruck, der da $\pi_v = \frac{1}{2} \cdot \frac{1}{n} \cdot \frac{3}{4}x$ ist, sich einfach auf den ersten Bestandteil des dritten Termes reduzierte, d. h. auf

$$\frac{1}{2} \cdot \left(\frac{\frac{3}{4}x + \alpha}{n} - \alpha_v\right),$$

womit, wie unbestritten, keine richtige Lösung erzielt wäre, denn dieser Ausdruck unterscheidet sich auch von dem für die Planck-Ritgen'sche Auslegung gegebenen allgemeinen Ausdruck (oben Anm. 12) um $\frac{1}{2}\alpha_v$.

III. Schlußbemerkung.

Es erübrigt noch, die m. E. richtige Berechnung des Pflichtteils für das mehr erwähnte Zahlenbeispiel auszuführen. Zu diesem Zweck hat man einfach in der unter II B a. E. S. 274 und II D a. E. S. 277 hingestellten allgemeinen Formel:

$$p_v = \frac{\frac{3}{4}(x + \alpha_v) + (\alpha - \alpha_v)}{2n} - \alpha_v$$

zu substituieren die Werte $x = 4000$ Mk., $n = 2$, $\alpha_1 = 800$ Mk., $\alpha_2 = 400$ Mk., also $\alpha = 1200$ Mk. Alsdann findet sich für den Pflichtteil p_1 des A der Wert:

$$p_1 = \frac{\frac{3}{4}(4000 + 800) + 400}{4} - 800 = 200 \text{ Mk.},$$

für den Pflichtteil p_2 des B der Wert:

$$p_2 = \frac{\frac{3}{4}(4000 + 400) + 800}{4} - 400 = 625 \text{ Mk.}$$

Diese Werte enthalten die m. E. richtige Lösung des von Planck-Ritgen vorgelegten Zahlenbeispieles.

Hier wird die Erscheinung auffallen, daß z. B. der Pflichtteilsbetrag des A (= 200 Mk.) zwar nicht größer, aber auch nicht kleiner ist, als er in dem Falle sein würde, daß der Vorempfang des A (= 800 Mk.) nur anrechnungspflichtig wäre; und das Entsprechende ist von dem Pflichtteilsbetrag des B zu sagen. (Vergl. oben I S. 271.) Indessen enthält der Umstand, daß davon, ob eine lebzeitige Zuwendung bloß anrechnungspflichtig oder zugleich auch noch ausgleichungspflichtig ist, die Größe des Pflichtteiles des Empfängers der Zuwendung nicht berührt wird, doch nichts Auffallendes. Denn wenn ein anrechnungspflichtiger Vorempfang (z. B. der des A) zugleich noch ausgleichungspflichtig ist, so wird durch die letztere Eigenschaft immerhin die Größe des Pflichtteils der anderen Abkömmlinge (hier des anderen Abkömmlings B) beeinflußt. — Gegen die Richtigkeit der von uns angenommenen Berechnungsart (für den Fall der Konkurrenz des Ehegatten) spricht aber jene Erscheinung auch deshalb nicht, weil sie in ganz gleicher Weise auch bei Nichtvorhandensein des Ehegatten hervortritt (also bei einer Sachlage, wo die Bedeutung des § 2316 Abs. 4 wenigstens unter den hier in Betracht kommenden Autoren[13]) außer Streit ist). Das mag noch kurz an einem numerischen Beispiel gezeigt werden, das sich von dem bisher verwendeten nur durch den Wegfall des Ehegatten unterscheidet. Sind also die Vorempfänge (800 Mk. und 400 Mk.) wiederum beide sowohl anrechnungs- als auch ausgleichungspflichtig, so beziffert sich (nach dem unmittelbaren Inhalt des § 2316 Abs. 4) der Pflichtteil des A auf:

$$\frac{1}{2} \cdot \left(\frac{4000 + 800 + 400}{2} - 800\right) - \frac{1}{2} \cdot 800 = \frac{1}{2}(2600 - 800) - 400 = 500 \text{ Mk.},$$

der des B auf:

$$\frac{1}{2} \cdot \left(\frac{4000 + 800 + 400}{2} - 400\right) - \frac{1}{2} \cdot 400 = \frac{1}{2}(2600 - 400) - 200 = 900 \text{ Mk.}$$

Läßt man nunmehr speziell den Vorempfang des A nur anrechnungspflichtig sein, so erhält man für den Pflichtteil des A (zufolge § 2315 und § 2316 Abs. 1) den Ansatz

$$\frac{1}{2} \cdot \frac{4000 + 800 + 400}{2} - 800,$$

der, wie leicht zu übersehen, ebenfalls zu dem Betrag von 500 Mk. hinführt. Entsprechend findet sich für den Pflichtteil des B, wenn man speziell dessen Vorempfang (von 400 Mk.) nur anrechnungspflichtig (dagegen jetzt den des A wieder sowohl anrechnungs- als auch ausgleichungspflichtig) sein läßt,

13) Vgl. namentlich Planck-Ritgen S. 591 (Note 5a).

den Ansatz

$$\frac{1}{2} \cdot \frac{4000 + 800 + 400}{2} - 400,$$

der abermals zu dem Betrag 900 Mk. hinführt.

Man könnte auf den Gedanken kommen, den eben herausgestellten Gesichtspunkt als die im § 2316 Abs. 4 niedergelegte ratio juris anzunehmen, die allerdings im Gesetz nur für den Fall des Nichtvorhandenseins eines Ehegatten direkt zum Ausdruck gelangt wäre. Allein damit würde doch ein juristisches Prinzip ganz spezieller Natur aufgestellt, dessen Berechtigung erst aus einem höheren Prinzip von weiterem Geltungsgebiet abgeleitet werden müßte. Aus dem gleichen Grunde läßt sich auch nicht von vornherein sagen (ähnlich wie es bei Planck-Ritgen S. 592 Ziff. 3 mit der bereits zitierten Äußerung geschehen ist: „Der § 2315 wird ganz außer Betracht gelassen"), ein anrechnungs- und zugleich ausgleichungspflichtiger Vorempfang sei bei Berechnung des Pflichtteiles des Empfängers wie ein nur anrechnungspflichtiger zu behandeln (m. a. W.: der § 2315 komme nach dieser Richtung hin allein in Betracht, § 2316 bleibe insoweit außer Anwendung), und dies zwar bei Vorhandensein des Ehegatten wie auch bei dessen Nichtvorhandensein. Denn obgleich das materiell ganz zutreffend ist, so fehlt es eben auch hier an einer höher gelegenen Quelle, aus der dieses Rechtsprinzip abflösse. Vielmehr muß das Prinzip, als dessen partieller und spontaner Ausdruck die Vorschrift des § 2316 Abs. 4 anzusehen ist, auf breiterer Grundlage angelegt sein. Dieses Prinzip ist, wie bereits erwähnt, ein spezifisch mathematisches: es ist das (wie man es wohl passend nennen kann) „Stetigkeitsprinzip", das (in etwas abgewandelter Form) hier einschlägt, aber auch sonst im Civilrecht, vor allem im Erbrecht und im Grundbuchrecht, an zahlreichen Stellen hervortritt und gerade bei Lösung besonders verwickelter juristischer Streitfragen, wo die rein juristische Argumentation versagt, zur Geltung kommt[14]).

Unmittelbar erlangter rechtlicher Vorteil.

Ein Beitrag zur Auslegung des § 143 Abs. 4 BGB.

Von Prof. Dr. Paul Oertmann in Erlangen.

I.

Der § 143 Abs. 4 BGB. bezeichnet als Anfechtungsgegner bei der Anfechtung einer einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung einen jeden, der daraus unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat[1]).

14) Vgl. einstweilen m. Anspruch und Einrede S. 39 f., Seite 41 Anm. 2. Im übrigen habe ich in m. Vorlesungen über „Mathematik im BGB." mehrfach Gelegenheit gehabt, Anwendungen dieser allgemeinen Hypothese aufzuzeigen. — Das Stetigkeitsprinzip ist etwa folgendermaßen zu formulieren: „Läßt man bei einem gegebenen Tatbestand an einem einzelnen Element (der „unabhängigen Variablen") eine unendlich kleine (virtuelle) Verschiebung eintreten, so verändert sich im allgemeinen auch die juristische Bewertung des Tatbestandes (die „abhängige Variable") um ein unendlich kleines Inkrement." Oder kürzer: „Die juristische Bewertung eines Tatbestandes ist eine stetige Funktion der (quantitativen) Elemente des Tatbestandes."

1) § 143. „Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.

Anfechtungsgegner ist bei einem Vertrage der andere Teil, im Falle des § 123 Abs. 2 Satz 2 derjenige, welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat.

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, das einem anderen gegenüber vorzunehmen war, ist der andere der Anfechtungsgegner. Das gleiche gilt bei einem Rechtsgeschäfte, das einem

So einfach und zweifellos dieser Ausdruck auf den ersten Blick erscheint — einfach genug, um einen großen Teil der Interpreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zu einer bloßen wörtlichen Wiedergabe in ihren Erläuterungen zu veranlassen —, so ergeben sich doch bei näherer Betrachtung alsbald Bedenken. Ist es ein „unmittelbar" aus der Auslobung erlangter rechtlicher Vorteil, wenn jemand, der die ausgelobte Handlung vornimmt, nunmehr einen Anspruch auf die ausgesetzte Belohnung gewinnt (§ 657); ein „unmittelbar" aus der Dereliktion erlangter, wenn jemand die dadurch herrenlos gewordene Sache mittels Aneignung (§ 958) zu Eigentum erwirbt? Die bejahende Antwort scheint mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht gut vereinbar; die verneinende würde den üblen Erfolg haben, die Anfechtbarkeit zahlreicher einseitiger Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen in Frage zu stellen, wenn nicht ganz auszuschließen.

So ist es erklärlich, daß die Literatur eine peinliche Unsicherheit in ihren Erklärungsversuchen aufweist.

a) Die engere Auffassung des „unmittelbar erlangten rechtlichen Vorteils" vertreten mit voller Schärfe die Kommentare zu § 143 von Hölder (Nr. 2c) und Riezler-Staudinger (Nr. 6c), anscheinend auch Eck in seinen Vorträgen (S. 128). Sie verwerfen die Anfechtbarkeit des Dereliktionsaktes gegenüber dem Okkupanten, da er den Vorteil seines Eigentumserwerbs nicht unmittelbar aus der Eigentumsaufgabe durch den Derelinquenten erlangt habe, sondern auf Grund eigenen Rechtsgeschäfts. Auch die durch den Dereliktionsakt begründete bloße Anfechtungsmöglichkeit will Hölder der Anfechtung nach § 143 Abs. 4 nicht unterworfen sein lassen; es könnte sonst, „da dieser Vorteil für jedermann entstand, die Preisgebung der Sache jeder beliebigen Person gegenüber angefochten werden".

Riezler schränkt — bei Hölder finde ich über diesen Punkt nichts — seine Ansicht in beachtenswerter Weise ein: er läßt (Lit. c Abs. 2) bei einer Auslobung die Anfechtung gegenüber dem Vollzieher der zu belohnenden Handlung zu, ohne sich über den Grund der verschiedenen Beurteilung dieses Falles gegenüber dem der Okkupation näher auszulassen. Unmittelbar in dem Sinne, daß das anzufechtende Geschäft bereits für sich alle Tatbestandsmomente des Rechtserwerbes für den Anfechtungsgegner enthielte, ist doch der rechtliche Vorteil des Auslobungsgläubigers nicht; er erwirbt ihn ja erst durch Vornahme der ausgelobten Handlung[2]). Der Unterschied gegenüber dem Aneignungsfall liegt vielmehr nur darin, daß zur Auslobung nur noch eine tatsächliche Handlung als weiteres Erfordernis der Vorteilserlangung hinzukommen muß, während es zum Aneignungserwerb noch eines weiteren rechtsgeschäftlichen Vorgangs bedarf.

Somit zerfällt die engere Auslegung des § 143 Abs. 4 wieder in zwei Unterarten: entweder muß das anzufechtende Geschäft bereits alle Tatbestandsmomente für den Erwerb erfüllen, um ihn als einen unmittelbar

anderen oder einer Behörde gegenüber vorzunehmen war, auch dann, wenn das Rechtsgeschäft der Behörde gegenüber vorgenommen worden ist.

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft anderer Art ist Anfechtungsgegner jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Die Anfechtung kann jedoch, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben war, durch Erklärung gegenüber der Behörde erfolgen; die Behörde soll die Anfechtung demjenigen mitteilen, welcher durch das Rechtsgeschäft unmittelbar betroffen worden ist."

2) Ob man inzwischen schon von einem bedingten Rechte sprechen könne, ist hier nicht zu untersuchen; m. E. ist die Annahme einer für jedermann gleichmäßig bestehenden bedingten Berechtigung unnatürlich und unnötig.

daraus erlangten erscheinen zu lassen, oder aber es dürfen die noch fehlenden Momente nur keinen rechtsgeschäftlichen Charakter aufweisen. Ich will jene Abart als die engste, diese als die engere Auslegung bezeichnen.

b) Der entgegengesetzte Standpunkt wird von Cosack (Lehrbuch § 53, II, 1 c a. E.), sowie in den Kommentaren von Planck (Nr. 3) und Rehbein (S. 200 oben) vertreten. Eine Begründung gibt nur Planck: es könne nicht die Absicht des Gesetzes sein, ein anfechtbares Geschäft dadurch zu einem unanfechtbaren zu machen, daß es an einem Anfechtungsgegner fehle. Darum müsse die Anfechtung nach Abs. 4 auch dem gegenüber erfolgen können, „welcher bei dem Hinzutreten eines anderen Umstandes aus dem Rechtsgeschäft in Verbindung mit diesem Umstand unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat", z. B. gegenüber dem Okkupanten der anfechtbar derelinquierten Sache.

c) Keine bestimmte Stellungnahme findet man bei den übrigen Schriftstellern, insbesondere in den systematischen Darstellungen von Dernburg (§ 119, IV), Enneccerus (§ 110, II, 2 b), Goldmann-Lilienthal (S. 183), Kipp-Windscheid (§ 82 S. 370), Landsberg (S. 197), Leonhard (Allg. Teil, S. 447, der von einer „sicher auffindbaren Anfechtungsstelle" spricht), Matthiaß S. 233; im Kommentar von Neumann Nr. 4. Einige Autoren geben wenigstens durch die gewählten Beispiele Fingerzeige dafür, ob sie zur ersten oder zweiten Gruppe zu rechnen seien. So scheint der Hinweis auf § 928 am ehesten auf den Standpunkt der weiteren Auslegung hinzuweisen (s. Endemann, § 67 Anm. 10, § 75 Anm. 18; Crome § 80 Anm. 26), während der auf die Auslobung (Kuhlenbeck Nr. 5—6) nach dem zu a) Gesagten neutral erscheint, nur mit der „engsten" Auslegung unverträglich ist. Umgekehrt vermeidet Fischer-Henle Nr. 6 alle zu einer weiteren Auslegung passenden Beispiele.

II.

1) Die Entstehungsgeschichte des § 143 Abs. 4 ist nicht geeignet, die Zweifel über seine Auslegung zu klären. Im Entwurf I hatte die entsprechende Bestimmung, § 113 Abs. 2, einen anderen, nicht minder zweideutigen Wortlaut:

„Anfechtungsgegner ist bei einem Vertrage der andere Vertragschließende, bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß es gegenüber einem Beteiligten vorgenommen wird, der Beteiligte, bei einem anderen einseitigen Rechtsgeschäft ein jeder, welcher aus dem Rechtsgeschäft ein Recht in Anspruch nimmt, dessen Aufgebung durch die Anfechtung bezweckt wird."

Auf die Zweideutigkeit dieses Textes wies schon Zitelmann[3]) hin, und seine Ausstellungen sind um so bedeutsamer, als die spätere Umgestaltung des Wortlautes wohl zweifellos auch auf seine Autorität zurückzuführen ist. Die Vorschrift sei entweder zu eng oder zu weit. Zu eng, wenn sie einen unmittelbaren Erwerb des Gegners aus dem anzufechtenden Akte erheischen wolle — Beispiel: Dereliktion und Aneignung; zu weit, wenn sie auch den mittelbaren, erst auf Grund des Zwischenerwerbs eines anderen berechtigten Erwerber mit umfasse. Zitelmann schlug daher in seinem Gegenentwurf die Formulierung vor: „Anfechtungsgegner ist . . bei Anfechtung eines nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts der, welcher auf Grund des Rechtsgeschäfts,

3) Die Rechtsgeschäfte im Entwurf II S. 76.

aber nicht erst infolge des Erwerbes eines anderen, Rechte oder Rechtsvorteile erworben hat" (S. 161).

Über die Weiterbehandlung in der zweiten Lesung geben die gedruckten Protokolle nur wenig Aufschluß. Das Schlagwort des „unmittelbaren rechtlichen Vorteils" taucht zunächst (s. Bd. 2 S. 128 fg.) in vier Anträgen auf, die, übrigens von einander abweichend, darin übereinstimmen, daß sie als Anfechtungsgegner bei nicht empfangsbedürftigen einseitigen Rechtsgeschäften (Rechtshandlungen, Willenserklärungen) den behandelt wissen wollten, der daraus unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Für diese Änderung wurde geltend gemacht, „die Fassung des Entwurfs erscheine zu eng (!), da sie nicht die Fälle treffe, in welchen das anfechtbare Rechtsgeschäft die Aufhebung eines den Gegner belastenden Rechts zum Inhalt gehabt habe".

Die Anträge wurden zunächst der Redaktionskommission zur Prüfung überwiesen; ihre Beratungen habe ich in den gedruckten Protokollen nicht finden können, doch scheinen sie dem ersten der gestellten Anträge günstig gewesen zu sein, da dieser fast wörtlich in § 114 Abs. 2 des Entw. II Platz fand (s. Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs I S. 60—61). Die späteren Beratungen und Änderungen (s. Prot. Bd. 6 S. 145 fg., 383) bezogen sich nicht mehr auf unsere Frage, sondern nur auf die Gestaltung des § 114 Abs. 3 (Anfechtung der vor einer Behörde abzugebenden oder an eine solche zu richtenden Willenserklärungen) und bemühten sich, sie mit § 114 Abs. 2 des Entwurfs in Einklang und Zusammenhang zu bringen, sowie auf den jetzigen Abs. 2 des § 143.

So wenig Beurteilungsmaterial uns die Entstehungsgeschichte demnach bieten kann — eins ist sicher: für die engere oder gar die engste Auslegung des § 143 Abs. 4 läßt sie sich ganz und gar nicht verwerten. Weder Zitelmann's Anregungen, noch die Absichten der Redaktoren gingen auf eine Einschränkung des Anfechtungsgegners im Sinne jener Anschauung; wenn überhaupt, sollte eine sachliche Änderung des ersten Entwurfs mit dem neuen Text nur im Sinne seiner Erweiterung herbeigeführt werden.

2) Der Ausdruck „unmittelbar erlangter rechtlicher Vorteil" und der ähnliche „unmittelbar erworbenes Recht" kommt auch noch sonst im BGB. vor, aber ohne uns erhebliche Ausbeute zur Auslegung des § 143 Abs. 4 gewähren zu können:

a) § 123. „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte."

Während Abs. 1 sich hier auf Willenserklärungen im allgemeinen, die durch Täuschung oder Drohung zustande gebracht sind, bezieht, handelt Abs. 2 nur im Sinne einer beschränkenden Ausnahme von empfangsbedürftigen, auf Täuschung beruhenden Willenserklärungen; für andere, also für die im § 143 Abs. 4 gerade ausschließlich in Frage stehenden nicht empfangsbedürftigen, bleibt es im Falle der Täuschung nicht minder wie in dem der

Drohung bei der weniger beschränkten Anfechtbarkeit nach Abs. 1. Wie immer man aber das unmittelbare Erlangen von Rechten im Sinne des § 123 Abs. 2 auffassen mag: das ist klar, daß zur Auslegung unseres § 143 dadurch nichts gewonnen wird, da es sich dabei gerade um Fälle handelt, die nicht unter Abs. 4, sondern unter Abs. 2 des § 143 gehören. Dementsprechend wird dann auch hier unter Bezugnahme auf § 123 Abs. 2 Satz 2 der zum Anfechtungsgegner erklärt, der „aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat".

b) Etwas anders steht es mit § 816:

„Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.

Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet."

Zunächst tritt die hier in Abs. 1 a. E. gebrauchte Fassung unserem § 143 Abs. 4 insoweit näher, als sie genau dieselben Worte: „rechtlicher Vorteil", nicht: „Recht" gebraucht. Und daß § 816 sich ausschließlich auf Verträge und empfangsbedürftige Erklärungen beziehe, ist nicht nachweisbar. Er findet freilich ganz überwiegend sein Anwendungsgebiet nur bei solchen — einseitige Verfügungen eines Nichtberechtigten, die dem Berechtigten gegenüber wirksam wären, sind im geltenden Schuld- und Mobiliarsachenrecht, soviel ich sehe, nirgends anerkannt, und auch im Immobiliarsachenrecht nicht ganz zweifelsfrei ausgebildet. Aber daß sie hier ganz ausgeschlossen seien, wird sich gegenüber §§ 892, 893 kaum behaupten lassen. So dürfte Biermann (zu § 1168 Nr. 3) gegen Fuchs (Grundbuchrecht S. 539 Nr. III, 4) wohl das Richtige treffen, wenn er den Hypothekenverzicht des zu Unrecht eingetragenen Pseudohypothekars nach § 893 unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches gestellt wissen will. Wie häufig oder selten derartige Fälle im modernen Grundbuchrecht auch seien — die Frage verdiente es wohl, ihr näher nachzugehen —: nichts steht im Wege, auf sie den Bereicherungsanspruch aus § 816 anzuwenden.

Andererseits dürfte es sich dabei, soweit ich sehe ausnahmslos, um Fälle handeln, wo der rechtliche Vorteil dem unentgeltlichen Empfänger unmittelbar, selbst im Sinne der strengsten Auslegung, zufällt. Anders allerdings, wenn der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf die Aufgabeerklärung des Eigentums durch den eingetragenen Nichteigentümer und die Aneignung durch den Fiskus im Sinne des § 928 erstreckt werden dürfte. Aber diese Auffassung hat unüberwindliche Bedenken gegen sich; sie wird in der Literatur, soweit ich sehe, allgemein abgelehnt (s. z. B. Planck zu § 928 Nr. 2 b γ). Somit dürfte die uns beschäftigende Streitfrage für das Gebiet des § 816 gegenstandslos sein, und es ist erklärlich, daß weder Literatur, noch Judikatur dazu Material für ihre Schlichtung bieten. Es ist im Sinne der Auslegung des § 816 vollauf zulänglich, wenn Engelmann-Staudinger (Nr. 2 a γ) als unmittelbar erlangt einen solchen rechtlichen Vorteil bezeichnet, der ohne Vermittelung eines weiteren Rechtsgeschäfts erworben ist. Unsere Frage ist eine ausschließliche Sonderfrage des Rechts der Anfechtung, der Auslegung des § 143.

III.

1) Daß eine rein grammatische Auslegung des § 143 Abs. 4 der engeren, wenn auch nicht gerade der engsten unter den zu I gegenübergestellten Auffassungen günstiger ist als der weiteren, wird sich mit Fug nicht bestreiten lassen. Unmittelbar erscheint uns durch einen Tatbestand der Erfolg herbeigeführt, dessen sämtliche Entstehungsbedingungen mit ihm bereits gegeben sind. Aber ich muß bestreiten, daß Sprachgebrauch und Sinn nur derartige Fälle unter den unmittelbaren Folgen eines Ereignisses werten; sie tun das weder innerhalb der unter dem Gesetz der Kausalität stehenden Welt des natürlichen, noch innerhalb des durch Motivation bestimmten Gebietes des rechtlichen Geschehens. Niemand wird die aus bedingten oder befristeten Geschäften entspringenden Rechte um deswillen weniger für unmittelbar aus dem Geschäfte erworben erachten, weil zu ihrem endgültigen Erwerb noch das weitere Tatbestandsmoment des Bedingungs- oder Termineintrittes erforderlich war. Unmittelbar ist der Gegensatz zumittelbar; im rechtsgeschäftlichen Verkehr muß alles das als durch ein Geschäft unmittelbar erlangt gelten, zu dessen Erlangung nicht noch ein weiteres Geschäft als unmittelbare, jenes zur mittelbaren Ursache oder bloßen Vorbedingung herabdrückende Ursache hinzutreten mußte.

Aber wir sind, wenn auch nicht verpflichtet, doch berechtigt, noch weiter zu gehen: Man kann als unmittelbar durch ein Rechtsgeschäft erworben alles das ansehen, was nicht zunächst, um in die Hand des Erwerbers zu gelangen, durch den Rechtskreis eines Dritten, eines Mittlers, hindurchgehen mußte, während es nichts schadet, wenn der Erwerber seinerseits noch eine rechtsgeschäftliche Handlung vornehmen muß, um den ihm durch das erste Geschäft ermöglichten Erwerb zu machen. Jedenfalls hat ihm jenes Geschäft unmittelbar die Erwerbsmöglichkeit verschafft, und macht er davon Gebrauch, so hat sich die eingetretene Vermögensverschiebung ohne das Mittelglied eines dazwischenstehenden Dritten zwischen ihm und dem Veräußerer vollzogen. Unmittelbar in diesem weitestmöglichen Sinn ist nicht nur der Erwerb, den man ohne ein hinzukommendes neues Rechtsgeschäft überhaupt, sondern auch der Erwerb, den man ohne ein vermittelndes Rechtsgeschäft mit einem Dritten infolge eines Geschäftes macht oder doch zu machen in der Lage ist; den man nicht nur als Rechtsnachfolger eines anderen ersten Erwerbers, sondern selbst als Ersterwerber macht. Unmittelbarer Erwerb ist Ersterwerb im Gegensatz zum Zweit- oder Nacherwerb.

2) Diese Auffassung[4]) einmal als möglich zugegeben, läßt sich die Entscheidung zwischen ihr und der grammatisch nicht minder möglichen engeren lediglich nach rechtspolitischen und Zweckmäßigkeitserwägungen treffen. Und diese senken alsbald die Wagschale so deutlich zu ihren Gunsten, daß die Entscheidung der Frage nicht zweifelhaft bleiben kann:

a) Die engere Auslegung würde eine Lücke schaffen; in einer ganzen Anzahl von Fällen würde es mangels eines Anfechtungsgegners zu einer Durchführung der Anfechtbarkeit nicht kommen können. Wollte das Gesetz einseitige Akte, wie Auslobung, Dereliktion überhaupt nicht anfechtbar sein lassen, so wäre das, wenn auch vielleicht rechtspolitisch bedenklich, doch immerhin verständlich. Aber geradezu widersinnig müßte es genannt werden, wenn das Gesetz die Anfechtbarkeit ausspricht, aber die Mittel für ihre Durchführbarkeit versagt. Nun kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß einseitige, nicht empfangsbedürftige Erklärungen als anfechtbar erachtet werden; § 123 Abs. 1

4) Die sich mit Zitelmann's rechtspolitischen Erwägungen, oben II, 1, vollauf deckt.

läßt sich, wie oben dargelegt, in seinem Gegensatz zum Abs. 2 nur von ihnen verstehen. Und nichts berechtigt uns, Akte wie Auslobung, Ausstellung von Inhaberpapieren, Dereliktion unter ein Ausnahmerecht zu stellen; weder innere noch äußere Gründe lassen sich dafür auffinden. Unterliegen sie aber an sich der Anfechtbarkeit, so würde es dem Anfechtungsrecht des BGB. durchaus widersprechen, jene vor dem inzwischen erfolgten Erwerb eines Anderen Halt machen zu lassen. Mit der rückwirkenden Kraft der Anfechtungserklärung (§ 142) ist auch ihre Einwirkung auf Dritte gegeben; nur die Sonderbestimmungen zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbes setzen ihr eine Grenze. Die hier bekämpfte Auslegung des § 143 dagegen würde in den genannten Fällen praktisch dahin führen, die Anfechtungsmöglichkeit durch den bloßen Erwerb Dritter als solchen beseitigt werden zu lassen — ohne Rücksicht auf des Dritten guten Glauben und zu Gunsten eines einseitigen originären Erwerbs, der übrigens durch das BGB. überhaupt nicht unter den Schutz des guten Glaubens einbezogen wird!

b) Das erfährt keine Widerlegung, sondern eine Bestätigung durch S. 2 unseres Absatzes. Es kann nach dem Wortlaut („die Anfechtung kann jedoch, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben war, durch Erklärung gegenüber der Behörde erfolgen" . . .) und der Entstehungsgeschichte nicht zweifelhaft sein, daß damit „alle Fälle einer Erklärung vor oder gegenüber einer Behörde" (Protok. Bd. 6 S. 146) getroffen werden sollen, ohne Rücksicht darauf, ob und wer infolge der anzufechtenden Erklärung bereits ein Recht erlangt hat. Die engere oder weitere Auslegung des „unmittelbar erlangten rechtlichen Vorteils" in Satz 1 kann im Sinne von S. 2 nichts ausmachen. Allerdings soll die Behörde nach dem Schlußpassus die Anfechtung demjenigen mitteilen, welcher durch das Rechtsgeschäft unmittelbar betroffen worden ist. Aber dies ist eben nur eine Sollvorschrift, deren Erfüllung nach bekannten Auslegungsgrundsätzen die Gültigkeit des Aktes — hier: der Anfechtung — nicht bedingt. Folgerecht kann auch der Umstand, daß es dabei, vom Standpunkt der engeren Auslegung, an einem unmittelbar Betroffenen etwa fehlen, die Mitteilung an ihn also untunlich sein sollte, der Möglichkeit und Wirksamkeit des Anfechtungsaktes nichts schaden.

Zu den einseitigen, nicht empfangsbedürftigen, aber der Behörde gegenüber abzugebenden Erklärungen gehört aber bekanntlich nach § 928 die Erklärung der Eigentumsaufgabe an einem Grundstück. Ihre Anfechtbarkeit kann also nach § 143 Abs. 4 S. 2 nicht angezweifelt werden, und daß sie auch gegenüber dem inzwischen nach § 928 Abs. 2 als Eigentümer eingetragenen Fiskus wirke, läßt sich nach § 142 nicht bestreiten.

Bliebe man demgegenüber bei der engeren Auslegung von § 143 Abs. 4 Satz 1 stehen, so ergäbe sich eine mehr als auffällige Inkonzinnität. Der gleichartige Akt der Dereliktion soll mit Wirkung dem Aneigner gegenüber anfechtbar sein, wenn eine bewegliche, unanfechtbar, wenn eine unbewegliche Sache den Gegenstand der Dereliktion gebildet hat! Ein so sinnloses Ergebnis wäre logisch und praktisch arg anstößig; nur bei Scheitern aller anderen Auslegungsversuche könnte man sich damit befreunden. Nur die weitere Auslegung (oben Nr. 1 a. E.) ist somit imstande, das erforderliche Gleichmaß der Behandlung zu gewährleisten!

3) Es bleibt nur noch die Frage nach der Anfechtung einseitiger Erklärungen, auf Grund deren noch niemand inzwischen ein Recht erlangt hat. Vielfach, ja meistens wird der Erklärende sein Interesse hier auch ohne besondere Anfechtungserklärung befriedigen können: er kann die anfechtbare Auslobung widerrufen (§ 658), das anfechtbar ausgestellte Inhaberpapier ver-

nichten, die anfechtbar derelinquierte Sache wieder an sich nehmen. Aber immer ist das nicht möglich: so nicht, wenn die Auslobung ausnahmsweise unwiderruflich war (§ 658 Abs. 2), der derelinquierte Gegenstand oder das ausgestellte Inhaberpapier zeitweilig nicht auffindbar ist. Bei Grundstücken ist der eingetragene Verzicht im Sinne des § 928 überhaupt nicht einseitig widerruflich.

Für derartige Fälle bedarf es der Möglichkeit einer Anfechtung auch schon vor dem Rechtserwerb eines anderen. Aber welches ist ihre Form? War die anzufechtende Erklärung gegenüber einer Behörde abzugeben, so dürfte sicherlich nichts im Wege stehen, die Form des § 143 Abs. 4 anzuwenden — ist sie sogar dann anwendbar, wenn durch die Anfechtung ein Dritterwerber betroffen würde, so ist ihre Anwendbarkeit für die anderen Fälle durch ein sicheres argumentum a fortiori zweifelsfrei begründet. Aber wie in den anderen Fällen? Neumann zu § 143 Nr. 4 (s. auch Planck das. Nr. 3) schlägt vor, alsdann § 132 Abs. 2 zu verwerten:

„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 CPO. erfolgen."

Ganz sicher ist die Verwendbarkeit der Vorschrift freilich nicht. Die Fälle, wo ein Anfechtungsgegner dem Anfechtenden nur nicht bekannt ist, sind mit denen, wo es überhaupt an einem solchen fehlt, eben nicht identisch. Trotzdem wird man berechtigt sein, mindestens im Wege der Analogie die Regel des § 132 Abs. 2 auch für Fälle der letzteren Art zu verwerten. Man darf das um so eher, als dabei vielfach mit der naheliegenden Möglichkeit zu rechnen ist, daß bereits jemand ohne Wissen des Anfechtungsberechtigten das von diesem zurückzugewinnende Recht erworben habe.

Verlustgefahr der unter bisherigem Recht entstandenen und nicht gebuchten Dienstbarkeiten in Bayern.

Von Wilhelm Kriener, Anlegungskommissär in Bad Kissingen.

Dienstbarkeiten bedurften nach bisherigem Recht in Bayern zu ihrer Entstehung nicht der Buchung; solche nach altem Recht begründete Dienstbarkeiten bleiben nach Art. 184 EG. z. BGB. mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Rang bestehen, ohne daß sie einer nachträglichen Buchung bedürfen.

Da bei Grundstücken deren Belastung mit Dienstbarkeiten in der Regel ohne weiteres nicht erkennbar ist, so konnte und kann daher sowohl nach bisherigem als auch nach neuem Recht oft der Fall eintreten, daß an einem mit einer Dienstbarkeit belastetem Grundstück Eigentum, Hypothek oder ein anderes dingliches Recht an fremder Sache erworben wird, ohne daß hiebei der Erwerber Kenntnis von der dinglichen Belastung des Grundstückes besitzt.

Dienstbarkeit und Eigentumsrecht am nämlichen Grundstück müssen stets kollidieren, da ja die erstere nichts anderes ist, als ein ausgeschiedener Eigentumsbestandteil; trifft dagegen eine Dienstbarkeit mit einer Hypothek oder einem anderen Recht an fremder Sache zusammen, so kann

Kollision eintreten; sie tritt ein im ersten Fall dann, wenn durch die Dienstbarkeit der Wert des Grundstücks so gemindert wird, daß hiedurch bei der zwangsweisen Realisierung der Hypothek aus dem Grundstück die versicherte Forderung nicht oder nicht ganz zum Zuge käme; im letzten Falle dann, wenn eine vollständige Ausübung der beiden Rechte nebeneinander auf dem Grundstücke nicht möglich ist, z. B. beim Zusammentreffen eines Fahrtrechtes und eines Erbbaurechtes auf dem nämlichen Grundstück.

In solchen Fällen der Kollission von älteren Dienstbarkeiten mit anderen und jüngeren dinglichen Rechten auf einem Grundstücke gibt es demnach nur zwei Möglichkeiten: es kommt entweder die ältere Dienstbarkeit zu Schaden oder der Schaden trifft den jüngeren dinglichen Rechtserwerb.

Eine Untersuchung, welche Folgen ein derartiges Zusammentreffen dinglicher Rechte nach bisherigem und neuem Recht hat, ergibt folgendes:

In Bayern galt für den Grundstücksverkehr bisher der aus der Rechtslogik entspringende Grundsatz, daß niemand mehr Rechte auf einen anderen übertragen kann als er selbst hat; wurde daher an einem schon dinglich belasteten Grundstück ein neues dingliches Recht erworben, so war der Neuerwerb nur insoweit rechtsgiltig und wirksam, als hiedurch die ältere dingliche Berechtigung nicht geschmälert wurde.

Eine einzige, wenn auch sehr einschneidende Ausnahme, galt zu Gunsten der Hypotheken: nach § 22 Ziffer 5 und 7 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822, mußten die auf einer Sache vermöge eines speziellen Rechtstitels haftenden Lasten, sowie Rechtsgeschäfte und Verhältnisse, wodurch die Befugnis des Besitzers über die Sache zu verfügen, eingeschränkt wurde, — nach nunmehr unbestrittener Ansicht kommen hier von den Dienstbarkeiten Nießbrauch, Gebrauchs- und Wohnungsrecht in Betracht, s. Regelsberger, Das Bayerische Hypothekenrecht, 2. Aufl. § 17 Note 21 und die dort zitierten Entscheidungen — bei Vermeidung der in §§ 25 und 26 a. a. O. bestimmten Rechtsfolgen ins Hypothekenbuch eingetragen werden; d. h. dem sich auf die Richtigkeit des Hypothekenbuchs verlassenden gutgläubigen Hypothekengläubiger gegenüber hatte die nicht eingetragene Last keine Wirksamkeit.

Hypotheken gegenüber gingen also solche Rechte unter.

Dagegen waren Grunddienstbarkeiten nach § 22 Ziffer 5 Satz 2 von der Eintragungspflicht ausdrücklich ausgenommen; für sie galt auch Hypotheken gegenüber der allgemeine oben bezeichnete Grundsatz.

Anders nach neuem Grundbuchrecht.

Die nach bisherigem Rechte begründeten Dienstbarkeiten erlöschen, wenn im Grundbuch nicht eingetragen, nach § 892 BGB. gegenüber jedem gutgläubigen dinglichen Neuerwerb, wenn die alte Dienstbarkeit mit dem Rechte des Erwerbers unvereinbar ist.

Aber auch hier gilt eine Ausnahme; Grunddienstbarkeiten bedürfen nach § 187 EG. z. BGB. und Art. 10 AG. z. BGB., wenn und so lange mit ihnen das Halten einer dauernden Anlage verbunden ist, zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit nicht der Eintragung; dagegen bedürfen alle übrigen Grunddienstbarkeiten dieses Eintrags nur vorläufig noch nicht, mit Erlaß der in Art. 10 a. O. in Aussicht gestellten Königlichen Verordnung unterliegen auch sie, wenn bis dahin nicht gebucht, dem Publizitätsprinzip.

Wird demnach an einem Grundstücke, das mit einer unter bisherigem Recht entstandenen und nicht gebuchten Dienstbarkeit belastet ist, Eigentum, Hypothek oder ein anderes dingliches Recht an fremder Sache erworben, ohne

daß dem Erwerber die schon vorhandene Belastung bekannt ist, so ist die Rechtswirkung nach bisherigem und nach neuem Recht eine verschiedene.

Nach bisherigem Recht bleiben Personalservituten (Nießbrauch, Gebrauchs- und Wohnungsrecht) neuerworbenem Eigentum oder dinglichen Rechten an fremder Sache — Hypotheken ausgenommen — gegenüber aufrecht erhalten, dagegen gehen sie Hypothen gegenüber unter.

Grunddienstbarkeiten dagegen bleiben nicht nur Eigentum und den eben genannten dinglichen Rechten an fremder Sache, sondern auch Hypotheken gegenüber in ihrer Wirksamkeit erhalten.

Nach neuem Recht aber erlöschen Nießbrauch, Gebrauchs- und Wohnungsrechte nicht nur gegenüber Hypotheken, sondern auch gegenüber Eigentum und dinglichen Rechten an fremder Sache.

Grunddienstbarkeiten dagegen behalten, wenn und so lange mit ihnen das Halten einer dauernden Anlage verbunden ist, ihre Wirksamkeit wie nach bisherigem Recht gegenüber allen jüngeren dinglichen Rechten; dies ist vorläufig auch noch bei den anderen Grunddienstbarkeiten der Fall, dagegen teilen diese nach Erlaß der Königlichen Verordnung das Schicksal der persönlichen Dienstbarkeiten.

Unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes wurden Grunddienstbarkeiten, da für sie Verlustgefahr durch das Öffentlichkeitsprinzip überhaupt nicht bestand, fast in gar keinem Falle, die persönlichen Dienstbarkeiten, Nießbrauch, Gebrauchs- und Wohnungsrecht) durchaus nicht in allen Fällen in das Hypothekenbuch eingetragen; letzteres teils wegen der gegenüber dem neuen Recht immerhin geringeren Verlustgefahr, teils, da diese Lasten in der Regel bei Anwesenübergaben bestellt wurden, aus Rücksicht gegen den Übernehmer (s. Bl. f. RA. Bd. 25 S. 385).

In dem sogenannten Anmeldungsverfahren, das der Einführung des Grundbuchs voranzugehen hat, ist den Beteiligten Gelegenheit geboten, Rechte und zwar vor allem solche, die künftig mit Untergang bedroht sind, zum Eintrag zu bringen.

Nach den bisherigen Erfahrungen sind Grunddienstbarkeiten bisher nur in geringem Maße und die bisher noch nicht gebuchten persönlichen Dienstbarkeiten auch keineswegs vollständig zur Eintragung angemeldet und gebucht worden.

Bezüglich der letzteren wird es daher bei den noch zu eröffnenden Anmeldungsverfahren in erster Linie Sache der Gerichte sein, den Parteien Verständnis für die Notwendigkeit dieser Anmeldungen beizubringen, später aber Sache der Notariate, besonders bei Anwesenverkäufen festzustellen, ob auf diesen trotzdem noch nicht eingetragene und dem Erwerber unbekannte persönliche Dienstbarkeiten lasten.

Anders dürften die Verhältnisse bei den Grunddienstbarkeiten liegen.

Derselbe Grund, der nach bisherigem bayerischen Recht diesen im Gegensatz zu den anderen Dienstbarkeiten eine exzeptionelle Stellung gab, hat auch die Bestimmung in § 187 EG. veranlaßt; die Tatsache nämlich, daß der unbekannte Bestand der Grunddienstbarkeiten den Immobiliarverkehr in geringem Maße bedroht und daß, sobald es um sich Dienstbarkeiten handelt, welche den Wert und die Benutzung der Grundstücke wesentlich beeinträchtigen, der Bestand derselben nicht leicht verborgen bleiben wird (s. Gönner Bd. 1 S. 262, 392 und Motive des EG. S. 268).

Würden daher in Bayern alte Grunddienstbarkeiten, mit denen das Halten einer dauernden Anlage nicht verbunden ist, für alle Zeiten gleich den übrigen

Grunddienstbarkeiten behandelt, so wäre eine besondere Gefährdung für die Sicherheit des Grundstückverkehrs wohl nicht zu befürchten.

Würde dagegen auf der bisher gemachten Unterscheidung bestanden, so müßte in einem besonderen Verfahren Gelegenheit geboten werden, die Unmenge aller hier in Betracht kommenden Dienstbarkeiten vorher ins Grundbuch eintragen zu lassen.

Sind aber derart umfassende Eintragungen bei einer Reihe Gerichten wegen der derzeitigen Verfassung der Hypotheken-, beziehungsweise Grundbücher schlechthin untunlich, so dürfte des ferneren die Erfahrung gelehrt haben, daß die nachträgliche durchgreifende Eintragung aller dieser alten Rechte mit kaum zu bewältigenden Schwierigkeiten verbunden wäre und auch für die Zukunft den laufenden Dienst der Grundbuchämter in einer Weise erschweren würde, daß die geringen Vorzüge solcher Eintragungen den mit ihnen verbundenen überwiegenden Nachteilen gegenüber kaum in Betracht kommen dürften.

Zweckmäßiger als der Erlaß der erwähnten Königlichen Verordnung möchte daher die Erlassung einer prozessualen Vorschrift erscheinen, durch welche der Beweis für das Bestehen dieser meist durch Ersitzung erworbenen alten Rechte auch für die Zukunft ermöglicht wäre.

Endlich seien noch die physischen Personen zustehenden sogenannten irregulären Servituten erwähnt.

Da diese Dienstbarkeiten inhaltlich von den Grunddienstbarkeiten nicht verschieden sind und durch die kurze Dauer ihres Bestehens noch weniger belastend als diese wirkten, so wurden sie bisher gleich den Grunddienstbarkeiten behandelt (s. Bl. f. RA. Bd. 32 S. 129).

Da sie aber in § 1090 BGB. den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ausdrücklich beigezählt sind, für diese aber ausnahmslos der § 892 des BGB. maßgebend ist, so gehören sie wohl in Zukunft zu den der Buchung bedürfenden Dienstbarkeiten.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß.

§ 7 Preßges. Genügt der Vermerk: „Verantwortlich für den redaktionellen Teil und die Inserate N. N. in A.“?

Der Revision der Staatsanwaltschaft war entsprechend dem Antrage des Oberreichsanwaltes der Erfolg zu versagen. Die Strafkammer nimmt an, „daß die in § 7 des Preßgesetzes für periodische Druckschriften vorgeschriebene Angabe des verantwortlichen Redakteurs nicht nur zur Kenntnis bringen soll, wer die Verantwortlichkeit für den Inhalt der Druckschrift übernehme, sondern vielmehr, daß die betreffende Person der Redakteur zu sein, d. h. die Redaktion des ausgegebenen Blattes besorgt zu haben, bekenne und daß diese Person deshalb folgeweise die Verantwortung für den Inhalt trage.“ Von diesem Gesichtspunkte aus prüft die Strafkammer die Frage, ob der Vermerk: „Verantwortlich für den redaktionellen Teil und die Inserate H. B. in A.“ den Vorschriften des § 7 des Preßgesetzes genüge und bejaht sie, indem sie im Wege der Auslegung zu der Feststellung gelangt, in dem fraglichen Vermerke: „verantwortlich für den redaktionellen Teil“ liege mit Rücksicht auf die beiden letzten Worte das Bekenntnis, daß der Erklärende sich mit der redaktionellen Seite

der Zeitung beschäftige, die Tätigkeit ausübe, welche man als Tätigkeit des Redakteurs zu bezeichnen gewohnt ist, daß er also die Redaktion besorgt habe."

Diese Ausführungen sind geeignet, die Freisprechung zu tragen. Für die Frage, wie der nach § 7 des Preßgesetzes vorgeschriebene Vermerk beschaffen sein muß, um den Anforderungen des Gesetzes zu genügen, ist entscheidend, wer als „verantwortlicher Redakteur" im Sinne des Preßgesetzes und hier insbesondere im Sinne des § 7 zu erachten ist. Ist verantwortlicher Redakteur derjenige, der durch die Nennung seines Namens mit dem entsprechenden Zusatze hinsichtlich der Verantwortlichkeit diese für den Inhalt des Blattes übernommen hat, so wird schon eine Bezeichnung genügen, aus der sich diese Tatsache der Uebernahme mit hinreichender Deutlichkeit erkennen läßt. Ist dagegen verantwortlicher Redakteur nur der, der mit dem Willen des Zeitungseigentümers oder Zeitungsunternehmers tatsächlich die Redaktionsgeschäfte leitet und besorgt, so muß die Bezeichnung nach § 7 des Preßgesetzes derart gefaßt sein, daß auch diese Tatsache aus ihm erhellt.

Die reichsgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich des Begriffes „des verantwortlichen Redakteurs" ist keine einheitliche, weder mit Rücksicht auf die Frage, ob das Preßgesetz nur einen Begriff des verantwortlichen Redakteurs in den verschiedenen vom verantwortlichen Redakteur handelnden Paragraphen kennt, noch mit Rücksicht auf den Begriff selbst. Während frühere Urteile als verantwortlichen Redakteur denjenigen bezeichnen, welcher die Verantwortlichkeit für den Inhalt durch Benennung seines Namens auf der Druckschrift übernimmt und sich zu dieser Verantwortlichkeit bekennt ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich Redakteur ist und tatsächlich die Redaktionsgeschäfte besorgt (Entsch. Bd. 23 S. 9; Bd. 25 S. 180 und Bd. 23 S. 9), steht die neuere Rechtsprechung entschieden auf dem Standpunkte, daß verantwortlicher Redakteur nicht der ist, der durch Nennung seines Namens die strafrechtliche Haftung übernimmt, sondern nur der, der die Stellung des verantwortlichen Redakteurs mit dem Willen des Unternehmers oder Eigentümers der Zeitung wirklich bekleidet (Entsch. Bd. 27 S. 246, 252, 254, Entsch. Bd. 36 S. 215). Auch der erkennende Senat hat in dem Urteile vom 13. Juli 1903 Rep. 2196/03 unter Offenlassung der Frage, ob unter dem verantwortlichen Redakteur im Sinne des Preßgesetzes durchweg unterschiedslos und ohne Rücksicht darauf, ob es sich um dessen Haftbarkeit für die Beachtung der Ordnungsvorschriften des Gesetzes oder um seine strafrechtliche Verantwortung für den Inhalt einer periodischen Druckschrift in Gemäßheit des § 20 Abs. 2 des Preßgesetzes und der hierdurch aufgestellten Beweispräsumtion handelt, stets nur der wirkliche Redakteur, welcher mit dem Willen des Zeitungsunternehmers oder Zeitungseigentümers tatsächlich die Redaktionsgeschäfte leitet und besorgt oder derjenige zu verstehen ist, welcher in der Zeitung als verantwortlicher Redakteur genannt ist, sich dahin ausgesprochen, daß als verantwortlicher Redakteur im Sinne des § 7 des Preßgesetzes nur derjenige angesehen werden kann, welcher tatsächlich die Redaktionsgeschäfte besorgt.

Im vorliegenden Falle bedarf die vorerörterte Frage nicht der Entscheidung. Würde angenommen, es genüge nach § 7 des Preßgesetzes die Bezeichnung dessen, der die Verantwortlichkeit für den Inhalt der Druckschrift durch Nennung seines Namens übernimmt, so hat der Angeklagte sich nicht gegenüber § 7 des Preßgesetzes verfehlt, denn eine derartige Uebernahme der Verantwortlichkeit geht aus der gewählten Fassung, wie auch die Revision der örtlichen Staatsanwaltschaft anerkennt, ohne Zweifel hervor; will dagegen verlangt werden, daß nach § 7 der als verantwortlicher Redakteur bezeichnet werden muß, der

wirklich Redakteur ist und als solcher die Redaktionsgeschäfte besorgt, den Standpunkt, auf den sich das angefochtene Urteil stellt, so ist auch in diesem Falle die Freisprechung ausreichend begründet, da, wie schon eingangs erwähnt, die Strafkammer auf Grund tatsächlicher Auslegung des gewählten Vermerkes zu der Feststellung gelangt ist, es sei dem Vermerke zu entnehmen, daß die genannte Person tatsächlich Redakteur sei, die Redaktionsgeschäfte besorge.

Im einen wie im anderen Falle ist deshalb die Freisprechung nicht zu beanstanden. III. Strafsenat D. 1161/05. Urteil vom 25. Januar 1906.

§ 56 Ziff. 3 StPO. Teilnahme am Konkursvergehen nach § 240 Ziff. 3, 4 Konk.-Ordn.

§ 240 Ziff. 4 Konk.-Ordn. Eröffnungsbilanz bei Uebergang vom Klein- zum Großbetrieb.

Aus den Gründen: Nach dem Sitzungsprotokoll hat das Gericht beschlossen, den Zeugen Sch. wegen Verdachts der Teilnahme an der zur Untersuchung stehenden Tat nicht zu beeidigen.

Die Ausführung der Revision, daß eine Teilnahme an den Vergehen gegen § 240 Nr. 3 und 4 Konk.-Ordn. rechtlich schlechthin unmöglich sei, trifft nicht zu. Eine vorsätzliche Verübung dieser Vergehen ist, wenn das Gesetz auch das Erfordernis der Vorsätzlichkeit nicht aufstellt und zur Erfüllung des Tatbestandes eine jede schuldhafte Pflichtverletzung ausreicht, weder begrifflich noch tatsächlich ausgeschlossen. Dafür, daß der Instanzrichter von der Annahme der vorsätzlichen Begehung ausgegangen ist, bietet das Urteil ebensowenig einen Anhalt wie für das Gegenteil. In dem ersten Falle kann die Möglichkeit einer strafbaren Teilnahme wenigstens in Form der Beihilfe einem rechtlichen Bedenken nicht unterliegen, sofern nur der Vorsatz des Gehilfen neben dem Bewußtsein, die fremde Tat zu fördern, alle diejenigen Tatumstände umfaßt, die den Vorsatz des Täters begründen (Entsch. Bd. 27 S. 316). Wird auch in dem Eintritt der Zahlungseinstellung oder des Konkurses ein Tatbestandsmerkmal der erwähnten Zuwiderhandlungen gefunden und hat sich der Vorsatz des Gehilfen auch auf die Beziehung der Tat zu diesen Ereignissen zu erstrecken, so liegt nichts dafür vor, daß der Instanzrichter dieses Erfordernis verkannt habe. Es kann sonach davon abgesehen werden, daß selbst die nicht vorsätzliche Begehung einer auch ohne dieses Erfordernis strafbaren Handlung die Annahme einer der Vorschrift des § 56 Nr. 3 StPO. unterfallenden Teilnahme nicht unbedingt ausschließen würde, da die Teilnahme in diesem Sinne eine jede, auch über den Begriff der §§ 47 bis 49 StGB. hinausreichende strafbare Beteiligung an der Herbeiführung des rechtsverletzenden Erfolges umfaßt.

In materieller Beziehung gibt die Verurteilung des Angeklagten wegen Vergehens gegen §§ 240 Nr. 3 und 4, 241 der Konk.-Ordn. zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Nicht zu beanstanden, auch von der Revision nicht bemängelt ist die Annahme, daß das Handelsgewerbe des Angeklagten, während es sich bis dahin in den Grenzen des handwerksmäßigen Betriebes hielt, seit Anfang 1903 über diesen Umfang hinausgegangen ist und nunmehr nach Art und Umfang einen kaufmännischen Betrieb erforderte, daß also seitdem der Angeklagte als Vollkaufmann anzusehen war, auf welchen der vierte Abschnitt des ersten Buchs des Handelsgesetzbuchs Anwendung fand. Hiermit erwuchs für ihn die Pflicht, Bücher nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung zu führen und die vorgeschriebenen Bilanzen aufzustellen. Mit Unrecht wendet die Revision sich gegen die Annahme, daß der Angeklagte aus Anlaß dieses Überganges auch verpflichtet war, eine sogenannte Eröffnungsbilanz zu ziehen.

Nach § 39 Abs. 1 HGB. hat jeder Kaufmann bei Beginn seines Handelsgewerbes Inventar und Bilanz aufzustellen. Wird ein Handelsgewerbe eröffnet, das die Grenzen des Handwerksbetriebes oder Kleingewerbes nicht überschreitet, so tritt diese Verpflichtung nach § 4 Abs. 1 HGB. zunächst nicht ein. Daraus folgt aber nicht, daß sie alsdann für alle Zeiten ausgeschlossen ist und auch dann nicht Platz greift, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 weggefallen sind und ein den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs in vollem Umfange unterstehender Betrieb vorliegt. In diesem Zeitpunkte tritt vielmehr die Verpflichtung aus § 39 Abs. 1 das., die bis dahin geruht hat, in Kraft; die von da ab begründete Pflicht zur kaufmännischen Buchführung macht es erforderlich, hierfür durch Aufstellung einer „Eröffnungsbilanz" eine Grundlage zu schaffen. Die Worte: „bei Beginn des Handelsgewerbes" sollen also den Zeitpunkt bezeichnen, in welchem ein den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über Buchführung unterfallender Handelsgewerbebetrieb ins Leben tritt, mag das Gewerbe auch schon früher von demselben Inhaber innerhalb der Grenzen des § 4 Abs. 1 das. betrieben sein. III. Strafsenat D. 846/05. Urteil vom 22. Januar 1906.

§ 12 des Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Können Aerzte Strafantrag stellen wegen Ankündigung eines Blutreinigungsthees?

Die Bemängelung des Strafantrages entbehrt der Begründung. Die drei Aerzte, die den Strafantrag persönlich gestellt und unterzeichnet haben, waren zur Stellung des Strafantrages befugt.

Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes hat das Recht den Strafantrag zu stellen, jeder der im § 1 Abs. 1 bezeichneten Gewerbetreibenden und Verbände. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 kann hiernach der Antrag gestellt werden von jedem Gewerbetreibenden, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt oder von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit die Verbände als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können.

Berechtigt zur Antragstellung ist also auch hier im allgemeinen der Verletzte, d. h. der Träger des das Angriffsobjekt bildenden Rechtsgutes. Dieses Rechtsgut ist nach der Tendenz des Gesetzes der geschäftliche Friede, das natürliche Recht, nur mit loyalen Waffen im Wettstreit um die Kundschaft und die Erhaltung derselben bekämpft zu werden. Dieses natürliche Recht haben dem Angeklagten gegenüber auch die Aerzte. Der Angeklagte greift durch seine Tätigkeit dieses Recht an und dies nicht weniger um deswillen, weil einerseits die Aerzte nicht Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellen und andererseits der Angeklagte nicht das Heilgewerbe betreibt. Maßgebend und ausreichend ist der Umstand, daß der Angeklagte durch seine Tätigkeit ebenso wie der das Heilgewerbe ausübende Pfuscher den Kundenkreis der Aerzte durch seine unrichtigen Angaben schmälert. Die Aerzte sind sonach Träger des vom Angeklagten angegriffenen Rechtsgutes, sie sind Verletzte und deshalb schon aus diesem Gesichtspunkte antragsberechtigt, ohne daß es einer Prüfung der Frage bedarf, ob die in der Literatur vertretene Anschauung, daß das Gesetz vom 27. Mai 1896 den Kreis der Antragsberechtigten über den der unmittelbar Verletzten hinaus erstreckt, daß es als Verletzte alle Personen betrachtet, welche nur in ihren allgemeinen Interessen bedroht sind, daß es eine Art Popularklage schaffen wollte und deshalb die Antragsberechtigung möglichst extensiv zu beurteilen ist (Stenglein, Nebengesetze Note 1 zu § 12 und Note 14 zu § 1 des Gesetzes vom 27. Mai 1896), zutrifft. III. Strafsenat D. 1166/05. Urteil vom 11. Januar 1906.

§§ 248, 252 StPO. Verlesung nicht immer nötig. § 135 Vereinszollgesetz. Fortsetzung begonnener Defraude. Mittäterschaft.

Unbeachtlich ist die Rüge der beiden Beschwerdeführer, aus dem Protokolle über die vorderrichterliche Hauptverhandlung lasse sich nicht feststellen, daß die frühere Aussage des Zeugen O. nach § 252 StPO. in der Hauptverhandlung verlesen sei, es sei anzunehmen, daß eine Verlesung nicht stattgefunden hat. Zunächst hindert die Vorschrift des § 248 StPO. nicht, auf eine andere Art als durch Verlesung, etwa durch Vorhalten an den Zeugen durch den Vorsitzenden, den Inhalt von Urkunden bekannt zu geben und sie dadurch zum Gegenstande der Hauptverhandlung zu machen, ohne daß das Sitzungsprotokoll hierüber Aufschluß zu geben brauchte. Dann aber bedarf, wenn nach Maßgabe des § 252 StPO. die Vorlesung einer Zeugenaussage, die sich als ein bei der Vernehmung gemachter Vorhalt darstellt, wenn also die Verlesung nicht selbstständiger Akt der Beweisaufnahme, sondern, wie nach den Urteilsgründen zu unterstellen ist, Bestandteil der Zeugenvernehmung war, es der Protokollierung nur, wenn Antrag hierauf gestellt ist, § 254 StPO. Ein diesbezüglicher Antrag ist nach Inhalt des Sitzungsprotokolls nicht gestellt.

Unbegründet sind auch die materiellrechtlichen Beschwerden.

Für W. wird Verletzung der § 149 des Vereinszollgesetzes und § 49 StPO. gerügt, weil seine Beteiligung nicht über das Maß einer Beihilfe hinausgegangen sei. Die Rüge scheitert an den einwandfreien nach § 376 StPO. der Nachprüfung des Revisionsgerichtes entzogenen Feststellungen des Vordergerichtes, nach welchen W. und der verlebte M. den Plan, sich den Wagen des K. unter Umgehung des Zolles anzueignen und ihn der Zollkontrolle zu entziehen, gemeinsam faßten und gemeinsam tätig waren, um dies Ziel zu erreichen. Aus welchen Beweggründen W. dabei handelte, ob er sich oder dem K. einen Vermögensvorteil verschaffen wollte, ist rechtlich belanglos. Entsch. des RG. in Strafsachen Bd. 28 S. 114, Bd. 31 S. 419. W. ist demgemäß als Mittäter strafbar, in seiner Tätigkeit erschöpfen sich alle Erfordernisse des § 135 Vereinszollgesetzes.

Die materielle Beschwerde des H. K. ist gleichfalls unbegründet. Nach den einwandfreien Feststellungen des Vordergerichtes schloß sich die strafbare Tätigkeit des Beschwerdeführers K. an die des W. und Dr. M. an. Diese setzten sich in Anwesenheit des K. durch Täuschung eines Bediensteten der Güterabfertigungsstelle D. in den Besitz des Wagens, ehe derselbe der vom Grenzzollamte mit der Erhebung des Zolles beauftragten Zollbehörde D. vorgeführt und ehe für den aus dem Auslande eingeführten zollpflichtigen Wagen der Zoll entrichtet war, und brachten den Wagen zu W. Von da ließ ihn Beschwerdeführer in Kenntnis aller dieser Umstände alsbald zu sich bringen, Abänderungen an demselben vornehmen und leugnete, als kurz darauf von der Güterabfertigungsstelle und der Zollbehörde nach dem Wagen gesucht wurde, Besitz und Eigentum ab, in der Absicht, den Zoll zu hinterziehen.

Damit sind die Tatbestandsmerkmale des § 135 des Vereinszollgesetzes subjektiv und objektiv gegen K. gegeben. Sein Wagen haftete noch für die Zollabgabe, § 14 des Vereinszollgesetzes, als seine Tätigkeit einsetzte. Er konnte jederzeit von der Zollbehörde beschlagnahmt werden. Diese Haftung wäre erst mit der erfolgten Zahlung des Zolles erloschen und damit der Wagen in den freien Verkehr getreten. Erst wenn die Zollbehörde den Wagen aus dem amtlichen Gewahrsam oder der Zollkontrolle entlassen oder für zollfrei erklärt hätte, wäre kein Raum mehr für ein weiteres Unternehmen der Hinterziehung der Eingangsabgabe vorhanden gewesen. Entsch. des RG. in Strafsachen Bd. 35

S. 13. Die hier zuständige Zollbehörde D. hatte den Wagen weder aus dem amtlichen Gewahrsam noch der Zollkontrolle entlassen, und ihn auch nicht für zollfrei erklärt. Die öffentlichen Rechte auf Sicherheit für die Eingangsabgabe und auf Zahlung derselben wurden durch das Zusammenwirken der drei genannten Personen verletzt. Das Unternehmen der Zollhinterziehung war mit der Tätigkeit des W. und des Dr. M. nicht abgeschlossen, es fällt darunter auch die sich anschließende, den gleichen Zweck verfolgende Tätigkeit des Beschwerdeführers, der seinen mit Zoll belasteten Wagen an sich brachte, abändern ließ und den Besitz ableugnete, um ihn dem Zugriffe der Zollbehörde und der Abgabenverpflichtung endgültig zu entziehen. Der Umstand, daß es der Zollbehörde später doch gelang, den Wagen zu beschlagnahmen und den Zoll zu erheben, hob die Strafbarkeit des Beschwerdeführers nicht auf, seine Bestrafung aus § 135 des Vereinszollgesetzes ist daher gerechtfertigt. III. Strafsenat D. 841/05. Urteil vom 4. Januar 1906.

§ 303 StPO. **Verkehr im Geschworenenzimmer.** Die Beschwerden rügen Verletzung des § 303 StPO. mit folgender Begründung:

Einige Zeit, nachdem sich die Geschworenen in das Beratungszimmer zurückgezogen hatten, sei der diensttuende Gerichtsdiener im Anwaltszimmer erschienen und habe gemeldet, die Beratung der Geschworenen sei beendet; Verteidiger, die Mitglieder des Gerichts und der Vertreter der Staatsanwaltschaft seien in das Sitzungszimmer eingetreten, der Gerichtsvorsitzende habe den Gerichtsdiener in das Beratungszimmer der Geschworenen geschickt, um diese aufzufordern, wieder in den Sitzungssaal einzutreten; der Obmann der Geschworenen habe den Gerichtsdiener mit der Meldung zurückgeschickt, die Beratung sei nicht beendet.

Die Wahrheit dieses Vorganges, über den das Sitzungsprotokoll nichts enthält, aber auch nichts zu enthalten braucht, weil es sich um eine Tatsache handelt, die außerhalb des Ganges der Hauptverhandlung lag (§ 273 StPO.), angenommen, liegt eine Verletzung des § 303 a. a. O. nicht vor. Absatz 1 a. a. O. untersagt jeden Verkehr zwischen den im Beratungszimmer versammelten Geschworenen und anderen Personen. In der Aufforderung des diensttuenden Gerichtsdieners an die Geschworenen, in den Sitzungssaal zurückzukehren, um ihren Spruch zu verkünden, und in der Rückäußerung des Obmanns, die Beratung sei noch nicht beendet, liegt kein „Verkehr" im Sinne des angezogenen Gesetzes (Entsch. d. RGer. in Straff. Bd. 1 S. 207, Bd. 27 S. 4). Nach Absatz 2 a. a. O. ist zwar dritten Personen der Eintritt in das Beratungszimmer untersagt, hierdurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß ein Gerichtsdiener, sei es auf Verlangen der Geschworenen, sei es auf Anordnung des Vorsitzenden, oder behufs dienstlicher Verrichtungen es betritt.

Die in den Beschwerden vorgetragene Befürchtung, der Eintritt des Gerichtsdieners in das Beratungszimmer, der auf einen Irrtum darüber zurückgeführt wird, die Beratung sei beendet, habe eine Störung der Geschworenen verursacht und auf die Gründlichkeit der weiteren Beratung eingewirkt, kann nicht geteilt werden. Nach § 304 Absatz 2 a. a. O. hat der Obmann die Beratung und Abstimmung nach Maßgabe der §§ 196—200 GVG. zu leiten. Die Beschwerden erkennen an, daß der Obmann die Aufforderung zur Rückkehr mit dem Hinweise zurückgewiesen hat, die Beratung sei noch nicht beendet Nach dem maßgebenden Sitzungsprotokolle ist die Verkündung des Spruches im Sitzungszimmer nach Vorschrift des § 308 StPO. erfolgt. Damit ist die Sicherheit gegeben, daß jeder Geschworene mit seiner Meinung gehört und seine

Stimme gezählt wurde. Eine Nachforschung, ob alle Vorschriften des Gesetzes hierbei beobachtet wurden, ist unzulässig. (Rechtspr. des RGer. in Straff. Bd. 3 S. 495.) III. Strafsenat D. 1353/05. Urteil vom 30. Dezember 1905.

§ 350 StGB. Gerichtsvollzieher verwendet amtlich vereinnahmte Gelder zur Deckung begangener Unterschlagungen.

Die Ausführungen des Angeklagten, als sei das von ihm vereinnahmte Geld in sein Eigentum übergegangen, es bestehe für die Gläubiger, zu deren Gunsten er als Vollstreckungsbeamter die Gelder vereinnahmte, nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückzahlung, treffen nicht zu. Er ist als Beamter zugleich Beauftragter der Gläubiger (§§ 753, 754 CPO.) und nimmt für diese das Geld ein (§ 819 a. a. O.). Nimmt er für mehrere Gläubiger gleichzeitig oder nach einander Gelder ein und vermischt diese, so entsteht nach § 948 BGB. Miteigentum der Gläubiger an dem vermischten Gelde, das für den Angeklagten fremde Sache bleibt. Hat der Angeklagte die vereinnahmten Gelder dazu verwendet, die früher unterschlagenen Summen mit den später vereinnahmten Geldern zu „decken", so liegt hierin eine nur den Eigentümern zustehende Verwendung für eigene Zwecke, folglich gegen den Angeklagten der objektive Tatbestand einer Zueignung im Sinne des § 246 StGB. vor. III. Strafsenat D. 767/05. Urteil vom 18. Dezember 1905.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Civilrecht.

Wenn von Ehegatten, die in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt und einen Erbvertrag geschlossen haben, der eine Teil stirbt, so ist der Erbvertrag durch das Nachlaßgericht den Beteiligten nur insoweit zu eröffnen, als er Verfügungen des Verstorbenen enthält.

Die Ehegatten Thomas und Anna F. in N. haben am 16. Februar 1905 einen von dem Notariate N. beurkundeten Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in dem sie allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und unter den Eingangsworten: „Für künftige Todesfälle treffen wir hiermit vertragsmäßig folgende Bestimmungen" sowohl für den Fall des Überlebens des einen als für den Fall des Überlebens des anderen Ehegatten Verfügungen von Todeswegen getroffen haben. Zunächst ist bestimmt, daß im Falle des Vorablebens der Frau der Mann der alleinige Erbe sein soll und ist neben anderen Vermächtnissen angeordnet, daß er den beiden erstehelichen Kindern seiner Frau, dem zur Zeit in Afrika befindlichen R. Sch. und der Ehefrau Seraphine B. in F., 30000 Mk. als Vermächtnis zu entrichten habe. Falls er sich wieder verheiratet, soll er ferner verpflichtet sein, den beiden Kindern 60000 Mk. zu bezahlen. Außerdem sind in der Urkunde Verfügungen über den dereinstigen Nachlaß des überlebenden Mannes und für den Fall getroffen, daß der Mann der zuerst versterbende Teil ist. Wenn eines der Kinder der Frau den Erbvertrag nicht vorbehaltlos anerkennt, so soll es auf das Pflichtteilsrecht gegenüber dem Nachlasse der Frau beschränkt sein.

Nachdem Anna F. am 31. Mai 1905 gestorben war, hat das Amtsgericht F. auf Ersuchen des Amtsgerichts N. als Nachlaßgerichts der Seraphine B. die erbrechtlichen Bestimmungen des Ehe- und Erbvertrags vom 16. Februar 1905 mit Ausnahme der Verfügungen bekannt gegeben, die für den Fall, daß der Mann der überlebende Teil ist, über seinen dereinstigen Nachlaß und für den Fall getroffen sind, daß er der zuerst versterbende Teil ist. Einige Zeit nachher

ließ Seraphine B. an das Nachlaßgericht den Antrag stellen, auch die Verkündung der in dem Ehe- und Erbvertrag etwa enthaltenen Bestimmungen anzuordnen, durch die für den Fall des Todes des Thomas F. den erstehelichen Kindern seiner Frau Zuwendungen gemacht sind.

Das Nachlaßgericht hat den Antrag unter Berufung auf die §§ 2273, 2300 BGB. zurückgewiesen.

Auf Beschwerde der Seraphine B. hat das Landgericht N. die Verfügung des Nachlaßgerichts aufgehoben und angeordnet, daß sämtliche auf die Beschwerdeführerin bezüglichen Bestimmungen des Ehe- und Erbvertrags mit Ausnahme der für den Fall des Vorablebens des Mannes getroffenen zu verkünden seien. In den Gründen ist ausgeführt, die Bestimmungen des Erbvertrags, deren nachträgliche Bekanntgabe die Beschwerdeführerin beantragt, seien nicht Verfügungen des überlebenden Mannes, sondern gemeinschaftliche Verfügungen der beiden Ehegatten, was sich nicht nur aus ihrer Fassung, sondern insbesondere auch daraus ergebe, daß eine Verfügung über das ganze Gesamtgut nicht von dem überlebenden Ehegatten allein, sondern nur von beiden Ehegatten gemeinschaftlich habe getroffen werden können.

Gegen diese Entscheidung hat Thomas F. weitere Beschwerde eingelegt. Die Beschwerde ist begründet.

Nach § 2300 BGB. findet auf die Eröffnung eines Erbvertrags die für die Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments geltende Vorschrift des § 2273, daß die Verfügungen des überlebenden Ehegatten, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden, noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen sind, entsprechende Anwendung. Dabei wird bei einem von Ehegatten geschlossenen Erbvertrage des im § 2280 bezeichneten Inhalts ebensowenig zwischen den vertragsmäßigen und den einseitigen Verfügungen des überlebenden Teiles unterschieden, wie nach § 2273 die von den Ehegatten im Sinne des § 2269 gemeinschaftlich und die von dem überlebenden Teile allein getroffenen Verfügungen verschieden behandelt werden (N. Samml. v. Entsch. d. Oberst. LG. Bd. 1 S. 182; Entsch. in Ang. d. fr. Grbk. u. d. Grdbr. Bd. 1 S. 45). Über den dereinstigen Nachlaß des überlebenden Teiles kann nur dieser als Erblasser verfügen, und er verfügt auch insoweit, als dasjenige, was er als Erbe des zuerst sterbenden Teiles erlangt, in seinem Nachlaß enthalten sein wird, über nichts anderes als seinen dereinstigen Nachlaß. Die Rücksicht darauf, daß er als Erbe des zuerst sterbenden Teiles das beiderseitige Vermögen in seiner Hand vereinigt, gibt häufig Anlaß, daß er über seinen dereinstigen Nachlaß im Sinne des § 2269 mit dem anderen Teile gemeinschaftlich verfügt oder, wie der Beschwerdeführer getan hat, mit seinem Ehegatten einen Erbvertrag schließt, in dem er für den Fall seines Todes vertragsmäßige Verfügungen trifft, diese Verfügungen hören aber durch die Mitwirkung des anderen Ehegatten nicht auf, im Sinne der §§ 2273, 2300 seine Verfügungen zu sein. Als künftiger Erblasser hat er nach diesen Vorschriften ein Recht darauf, daß die von ihm getroffenen Verfügungen von Todeswegen, sofern sie sich von den Verfügungen des anderen Teiles sondern lassen, nicht bei seinen Lebzeiten bekannt gegeben werden. Diesem Rechte gegenüber kommt das Interesse, das die von dem verstorbenen Ehegatten Bedachten an der Kenntnis seiner Verfügungen haben mögen, nicht in Betracht.

Durch die Anordnung des Beschwerdegerichts sind sonach die §§ 2273, 2300 BGB. durch irrige Anwendung verletzt worden, infolgedessen muß die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben und die Beschwerde der

Seraphine B. gegen die Verfügung des Nachlaßgerichts als unbegründet zurückgewiesen werden. I. Civ.-S. Reg. III Nr. 67/1905; Beschluß vom 27. Oktober 1905.

C. Oberlandesgericht Nürnberg.

Unzulässigkeit der Berufung gegen ein Zwischenurteil, durch das die Einreden der Unzuständigkeit des Gerichts und der mangelnden Klageerhebung verworfen wurden, wenn das erstrichterliche Urteil nur in letzterer Beziehung angefochten wird.

Das angefochtene Urteil hat sich zunächst im Einklang mit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung mit der Einrede der mangelnden Klageerhebung befaßt und ist nach Verwerfung dieser Einrede zur Prüfung der weiter vom beklagten Teil geltend gemachten Unzuständigkeitseinrede übergegangen; auch letztere Einrede wurde vom Erstgericht als unbegründet erachtet und zurückgewiesen.

Wie die Begründung des erstrichterlichen Urteils entnehmen läßt, ist das bezüglich dieser beiden Einreden erlassene Zwischenurteil, soweit es sich um die Einrede der mangelnden Klageerhebung handelt, als Zwischenurteil im Sinne des § 303 CPO., soweit es sich dagegen um die Einrede der Unzuständigkeit handelt, als Zwischenurteil gemäß § 275 CPO. behandelt. Diese Auffassung ist den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend, da es sich im ersteren Fall um ein selbständiges, zur Entscheidung bereiftes Verteidigungsmittel, im letzteren Fall um eine prozeßhindernde Einrede gemäß § 274 Ziff. 1 CPO. handelte, welche rechtzeitig vorgebracht und über welche besonders zu verhandeln und zu entscheiden war, da die Beklagte auf Grund dieser Einrede die Verhandlung zur Hauptsache verweigert hatte.

Soweit es sich um die Einrede der Unzuständigkeit handelt, ist das erstrichterliche Urteil nach ausdrücklicher Erklärung des beklagtischen Vertreters nicht angefochten und kommt deshalb das erstrichterliche Zwischenurteil in dieser Richtung nicht in Betracht. Soweit es sich dagegen um die Einrede der mangelnden Klageerhebung handelt, ist das erstrichterliche Zwischenurteil, welches in dieser Richtung einen antezipierten Bestandteil des künftigen Endurteils darstellt, der selbständigen Anfechtung durch Rechtsmittel entzogen und lediglich mit der künftigen Entscheidung anfechtbar, § 512 CPO. (Entsch. des RGer. in Civils. Bd. 34 S. 396).

Es war daher die Berufung der Beklagten als unzulässig und zwar, da der Prozeß für die gegenwärtige Instanz erledigt ist, durch Endurteil zurückzuweisen. — Urteil vom 8. März 1906.

D. Oberlandesgericht Stuttgart.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Römer (Stuttgart).

Zu § 8 UWG.; § 12 BGB. Der § 8 UWG. erfordert nicht das Gebrauchen einer Firma in dem engeren Sinne des § 37 Abs. 2 HGB., vielmehr genügt jede Art der Benützung, selbst eine Benützung der Firma in abgekürzter Gestalt. Täter kann nicht bloß der Inhaber, sondern auch ein Angestellter eines Handelsgeschäfts sein. Ist in der mißbräuchlich benützten Firma zugleich der Name des Firmeninhabers enthalten, so ist auch ein Anspruch aus § 12 BGB. begründet. Urteil vom 27. März 1906.

Zu § 823 BGB. Die zur Einfriedigung eines Ortssees angebrachten Schranken mögen in erster Linie die Bestimmung haben, dem Verkehr die Richtung zu weisen; daneben aber dienen sie auch dem Zweck, Unfälle zu verhüten, die z. B. dadurch entstehen könnten, daß jemand bei Nacht von der Ortsstraße abkommt und in den See gerät. Von einer zu solchem Zweck angebrachten Schranke muß eine gewisse Festigkeit, die Fähigkeit, einem leichteren Anprall standzuhalten, verlangt werden. Urteil vom 13. März 1906.

Zu § 17 HGB. Eine Firma erlischt, wie durch tatsächliche Aufgabe des Geschäfts, so auch durch andauernden Nichtgebrauch, mag auch der Eintrag der Firma fortbestehen. Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt, also der Name, dessen er sich im Geschäftsleben tatsächlich bedient. Daraus folgt, daß durch dauernden tatsächlichen Nichtgebrauch dieses Namens die Firma erlischt. Urteil vom 13. März 1906.

Zu §§ 119, 812 BGB. Wenn der Saldo einer Abrechnung von den Beteiligten auf Grund der Annahme, er sei richtig und vollständig, anerkannt worden ist und sich nachher herausstellt, daß ein Posten zu Gunsten der einen und zu Lasten der anderen Partei übersehen worden war, so kann wohl von einem Bereicherungsanspruch, nicht aber von einer Anfechtung gemäß § 119 BGB. die Rede sein; denn die Parteien waren nicht im Irrtum über den Inhalt ihrer Willenserklärung: sie waren sich vielmehr vollkommen bewußt, daß sie durch ihre Erklärungen Abrechnung und Saldo als richtig anerkannten, sie wollten ferner eine Erklärung dieses Inhalts — und keine andere Erklärung — abgeben. Urteil vom 27. Februar 1906.

Zu § 186 StGB. Unter „Behaupten" einer Tatsache ist das Hinstellen der Tatsache als Gegenstand eigenen Wissens, unter „Verbreiten" das Hinstellen der Tatsache als fremde Mitteilung zu verstehen (ebenso: RGer. Bd. 30 Nr. 224, Bd. 31 Nr. 66; Olshausen § 186 N. 2b; a. A. Frank, StGB. § 186 Abs. I Satz 3). Urteil des Strafsenats vom 19. Februar 1906.

Zu § 133 BGB. Die Vereinbarung, daß ein Schankwirt seinen Bierbedarf bei einer bestimmten Brauerei beziehe, gilt im Zweifel als auf die Lebensdauer des Schankwirts beschränkt und zwar auch dann, wenn die Verpflichtung auf einen bestimmten (beim Tode des Wirts noch nicht abgelaufenen) Zeitraum festgesetzt ist. Urteil vom 13. Februar 1906.

Zu § 857 Abs. 6 CPO. Zur Gültigkeit der Pfändung einer Eigentümerhypothek ist nach § 857 Abs. 6 CPO. vgl. mit § 830 Abs. 1 Satz 3 CPO. Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich: § 857 Abs. 6 spricht ganz allgemein von Grundschulden und nach § 1177 BGB. sind auch die Eigentümerhypotheken Grundschulden im Sinne des BGB. (ebenso: RGer. Bd. 55 Nr. 93, Bd. 56 Nr. 3; a. A. Gaupp-Stein § 857 II, Ziff. 6). Urteil vom 13. Februar 1906.

Zu § 516 BGB. Daß der Schenkende die Absicht habe, den Beschenkten zu bereichern, ist nicht erforderlich. — Wenn jemand einem anderen eine Zuwendung gibt mit der Auflage, den gesamten Betrag ohne Abzug und

ohne zeitweiligen Zinsengenuß für einen — gemeinnützigen oder idealen — Zweck zu verwenden, dessen Verwirklichung dem Empfänger der Zuwendung keinen vermögensrechtlichen Vorteil gewährt, so ist der andere durch diese Zuwendung nicht bereichert, es liegt in diesem Fall daher keine Schenkung vor. Urteil vom 18. April 1905.

III. Literatur.

1) Carl Heymann's Verlag in Berlin.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, herausgegeben von Biermann, v. Blume, Frommhold, Gareis, Niedner, Opet und Oertmann. **Das Recht der Schuldverhältnisse**, erläutert von Dr. Paul Oertmann, o. ö. Professor der Rechte in Erlangen. Zweite, völlig umgearbeitete Auflage. 1906. 1041 S. Preis 24 Mk., geb. 27 Mk.

Trotz des Vorurteils, das noch immer in manchen Kreisen der kommentatorischen Behandlung einer Rechtsmaterie gegenüber der systematischen entgegengebracht wird, bildet die Neuauflage eines der großen Kommentare zum BGB. stets ein Ereignis, dem Wissenschaft und Praxis mit Spannung entgegensieht, umsomehr, wenn es sich um ein so wichtiges Gebiet wie das Obligationenrecht und um einen Autor von so hervorragender Bedeutung wie Oertmann handelt. Die soeben erschienene zweite Auflage des Rechtes der Schuldverhältnisse von Oertmann hat alle in dieser Richtung gehegten Erwartungen glänzend gerechtfertigt. Schon der gegenüber der ersten Auflage nahezu verdoppelte Umfang zeigt, mit welcher Gründlichkeit der Verfasser die überreiche Literatur und Rechtsprechung der letzten Jahre zu verwerten bestrebt war. Daß es sich hierbei nicht um bloße Sammlung des Materials, sondern um ein im eminentesten Sinne wissenschaftliches Verarbeiten handelt, lehrt jede Seite des Werkes. Der Verfasser wahrt sich aber nicht nur überall die Selbständigkeit der eigenen Auffassung, insbesondere auch gegenüber der reichsgerichtlichen Judikatur (vgl. z. B. die treffenden Ausführungen über den Unterlassungsanspruch aus unerlaubten Handlungen in Vorbem. 4 vor § 823), sondern er hat auch die von ihm selbst in der ersten Auflage vertretenen Anschauungen durchgehends einer Revision unterzogen und mehrfach berichtigt. Welcher Aufwand mühevollsten Fleißes hierzu erforderlich war, das kann in vollem Umfange nur ermessen, wer sich die fast unübersehbare Zahl der mehr oder weniger bedeutsamen Streitfragen aus dem vielverzweigten Gebiete des Obligationenrechts vergegenwärtigt. Wir begrüßen das Oertmann'sche Werk in seinem neuen Gewande als ein stolzes Denkmal deutscher Geistesarbeit mit herzlichstem Willkommen! E.

2) Verlag von Struppe & Winckler in Berlin.

Der besondere Voraussetzungstatbestand beim Vergleich. Von Dr. Rietsch. Berlin 1906.

Die vorliegende Schrift sucht nachzuweisen, daß der besondere Voraussetzungstatbestand beim Vergleiche dessen Wesen allein ausmache und daß auch die besonderen Irrtumsfolgen nur hieraus zu erklären sind. Der besondere Voraussetzungstatbestand soll lediglich ein subjektiver Tatbestand sein, der in der Vorstellung des Streites oder der Ungewißheit sein Fundament hat. Infolgedessen zieht der Verfasser den Rahmen für den Begriff des Vergleichs weiter als bisher üblich. Die Ausführungen gehen vom österreichischen und deutschen Rechte aus und gipfeln nach einer Kritik beider in neuen Gesetzesvorschlägen. Die Schrift bringt für die schwierige Materie des Vergleichs viele interessante Punkte und fördernde Erörterungen. Vom Standpunkte des Praktikers aus bleibt immerhin bedauerlich, daß ein für das Rechtsleben so wichtiges Institut, wie es der Vergleich ist, so vielen tiefgehenden Streitpunkten ausgesetzt ist; es wäre gerade hier eine präzisere Stellungnahme des Gesetzgebers erwünscht gewesen. K.

Redaktions-Adresse z. Zt.: München, Luisenstraße 3/III.

Für die Redaktion verantwortlich: Landgerichtsrat Dr. Engelmann in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 11. 15. Mai 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Eichhorn, Die Rechtsbehelfe in Ehesachen. Dennler, Fälligkeit der „Besitzveränderungsgebühr" bei bedingten oder ungültigen Rechtsgeschäften. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civil- und Strafsachen); Oberlandesgericht Bamberg (Civilsachen). III. Literatur.

I. Abhandlungen.

Die Rechtsbehelfe in Ehesachen.

Von G. Eichhorn, Senatspräsident am Kammergericht, Berlin.

Die Ehe, dieses in der Regel aus Liebe geschlossene Bündnis zweier Menschenseelen, ist leider nicht immer frei von Zerwürfnissen und Meinungsverschiedenheiten, zumal wenn Geldfragen oder Sorgen um das Wohl von Kindern hinzukommen; außerdem aber schreibt das Gesetz vor, daß eine Lösung dieses Bündnisses nur durch Anrufung des Gerichts erfolgen kann, und so sind die sog. Ehesachen im modernen Recht in vielfacher Hinsicht Rechtsmaterien, deren genaue Darlegung für das Publikum wie für den Juristen von Interesse sein wird. Diejenigen Fragen allerdings, die sich auf das sehr umfangreiche eheliche Güterrecht beziehen, sowie diejenigen, die die Unterhaltspflicht gegen den anderen Ehegatten betreffen, ebenso wie die aus dem Vorhandensein von Kindern sich ergebenden Fragen müssen hier ausscheiden, da nur die im sechsten Buch der CPO. im ersten Abschnitt behandelten Streitigkeiten, die sog. Ehesachen, sich zu einer zusammenfassenden Erörterung eignen und — zumal für die Berufungsinstanz, wo sie von besonderen Senaten behandelt werden — eine eigene Praxis und genaue Kenntnis aller einschlagenden Gesetzesvorschriften erfordern. Die Rechtsbehelfe nun, die hier hauptsächlich zum Austrag gebracht werden, sind bestimmte Klagen, außerdem aber auch gewisse provisorische Maßregeln, die „einstweiligen Verfügungen", die ganz besondere Aufmerksamkeit und Erfahrung verlangen. Ueber sie seien in den nachfolgenden Seiten einige Sätze niedergelegt, die, wenn sie auch nicht durchweg Neues bringen, doch vielleicht als praktische Fingerzeige aus mehrjähriger Uebung einige Beachtung verdienen.

I. Die Klage auf Herstellung des häuslichen Lebens.

Die einfachste Klage, noch einfacher als die übliche Kaufklage oder die Darlehensklage, ist die Klage eines Ehegatten auf Herstellung der ehelichen

Lebensgemeinschaft, wie sie in § 1353 BGB. erwähnt und in § 1567 ebenda zur Voraussetzung einer Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung gemacht worden ist. Eine solche Klage hat, seitdem in § 888 Abs. 2 CPO. ausdrücklich ausgesprochen ist, daß eine Zwangsvollstreckung auf Grund eines Urteils zur „Herstellung" des häuslichen Lebens nicht erfolgen kann, nur noch einen „moralischen" Wert, der darin gefunden worden ist, daß auf den verurteilten Ehegatten ein Druck[1]) ausgeübt wird, der aber in Wirklichkeit nur in der Phantasie der Gesetzgeber besteht, da eine Klage unter Eheleuten, die lediglich den pflichtvergessenen Ehegatten an die Pflicht gemeinsamen Zusammenlebens erinnern soll, jedes praktischen Wertes entbehrt. Einen solchen hat diese Klage nur, wenn sie den Zweck hat, die Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung vorzubereiten, ähnlich wie im preußischen Recht früher der sog. Rückkehrbefehl, nur mit dem Unterschiede, daß letzterer nur ein Stück Papier war, das der treulose Ehegatte mit spöttischem Lächeln in die Tasche schob, wogegen das auf die Herstellungsklage ergehende Urteil einen umständlichen und oft recht kostspieligen Prozeß erfordert und oft recht schwierige Streitfragen und umfangreiche Beweiserhebungen nötig macht.

Freilich sind diese Streitfragen gewöhnlich keine Rechtsfragen, sondern nur tatsächlicher Art. Selbst der übliche Einwand der Nichternstlichkeit ist nur insofern beachtenswert, als es sich dabei teils um das innere Motiv der Klage — nämlich die demnächstige Absicht der Desertionsklage — handelt, teils um die Frage, ob die Klagepartei sich nicht eines „Mißbrauchs" ihres Rechtes schuldig macht und ihr Begehren daher nach § 1353 Abs. 2 BGB. abgewiesen werden muß. Der Begriff „Mißbrauch" ist ein ziemlich unklarer und eigentlich nur da verständlich, wo zugleich auf der anderen Seite ein Scheidungsgrund vorliegt. Gewöhnlich wird in der Praxis „Mißbrauch" dann angenommen, wenn das Klagebegehren nicht „ernstlich" gemeint ist, allein da es sich hierbei um innere Vorgänge handelt und Eideszuschiebung hierüber gemäß § 617 CPO. nicht zulässig ist, so ist eine Beweisaufnahme über diese Frage meistens nicht möglich. Es kommt nun aber auch in Betracht, daß in der Tat die Herstellungsklage in den meisten Fällen nur als Vorklage für die spätere Desertionsklage erhoben wird, die Klage also gewönlich von der Erwartung ausgeht, daß der Gegner dem Antrag auf Wiederherstellung nicht entsprechen werde. Ist das nun schon als „Mißbrauch" im Sinne des Gesetzes zu bezeichnen? Denn die Klage wegen böslicher Verlassung ist nur zulässig, wenn vorher eine Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft mit Erfolg erhoben worden war, und derjenige, der aus diesem Grunde Scheidung verlangt, muß daher zunächst die Herstellungsklage erheben, gleichviel ob er ernstlich die Rückkehr des anderen Teiles erwartet oder im Gegenteil hofft, daß diese Rückkehr nicht stattfinde. Eine Klage also, die nur angestellt wird, weil das Gesetz sie als Voraussetzung einer Desertionsklage verlangt, ist immerhin nicht zum Scherz erhoben, sondern aus bitterem Ernst. Ein „Mißbrauch" eines Rechtes liegt aber nicht vor, wenn das Gesetz selbst den Gebrauch, die Ausübung dieses Rechtes vorschreibt[2]).

---

1) S. hierzu Dernburg, Familienrecht S. 9 und daselbst Anm. 7 und 8.

2) Das Reichsgericht steht freilich auf diesem Standpunkt nicht, hält vielmehr in der bisherigen Praxis daran fest, daß auch die Herstellungsklage von der ernsten Absicht ausgehen muß, daß das eheliche Zusammenleben wieder stattfinden soll (s. Jur. Wochenschr. 1900 S. 891, 1902 Beil. S. 272, 1905 S. 710). Erhellt diese Absicht nicht (und meist spricht schon die Vermutung gegen sie), so wird die Klage abgewiesen, mag auch die Ehe noch so unhaltbar und durch die schon lange bestehende Trennung der Eheleute noch so zerrüttet sein.

Wenn freilich die Herstellungsklage nur eventuell erhoben wird, nachdem sich die prinzipaliter geltend gemachten Scheidungsgründe als hinfällig herausgestellt haben, so läßt sich die Annahme nicht abwehren, daß das Begehren der Aufrechthaltung der Ehe auf „Mißbrauch" beruhe. Freilich gestattet das Gesetz die Verbindung der Herstellungsklage mit der Scheidungsklage (§ 615 CPO.), allein sofern diese Verbindung Zwecke verfolgt, die lediglich den anderen Ehegatten in's Unrecht setzen sollen, so kann sehr wohl auch in ihr ein „Mißbrauch" gefunden werden.

Vielfach liegt auch mangelhaftes Verständnis den Herstellungsklagen zugrunde. Nicht selten kommt es nämlich vor, daß eine verlassene Ehefrau, die sich zum Gericht begeben hat, um zu einer Ehescheidungsklage das Armenrecht zu erbitten, hier erfährt, daß sie zunächst den Antrag auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft stellen müsse; sie unterschreibt dann in ihrer Erregung das ihr vorgelesene Gesuch und ist später sehr verwundert, wenn man ihr ein Urteil vorlegt, wonach sie zwar den Prozeß gewonnen hat, aber erst nach einem Jahre auf wirkliche Scheidung klagen kann. Es ist auch schon vorgekommen, daß der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilte Gatte aus dem Urteil herausliest, daß er „der schuldige Teil" sei, und der Meinung ist, die Ehe sei nun schon geschieden und er könne nun von neuem heiraten.

Dieser Wunsch anderweiter Heirat liegt häufig auch gerade auf der klägerischen Seite vor und ist oft der eigentliche innere Grund für Erhebuug der Herstellungsklage. Wenn nämlich der untreue Gatte die als „Wirtschafterin" mit ihm lebende Konkubine zu ehelichen beabsichtigt, seinerseits aber gegen die verlassene Gattin keinen triftigen Scheidungsgrund hat, so erscheint es ihm als der beste Ausweg, zunächst auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft Klage zu erheben, in der Erwartung, daß nun Widerklage gegen ihn erhoben und sein Ehebruch gegen ihn als Scheidungsgrund ins Feld geführt werde. Die Person, mit der er lebt, verweigert dann ihr Zeugnis, er selbst erklärt, einen Eid nicht leisten zu wollen, und der Ehebruch gilt dem Gericht für hinreichend festgestellt, sodaß die Ehe auf Widerklage getrennt und die Klage abgewiesen wird; die Kosten treffen ihn dann zwar, aber da er Vermögen nicht besitzt, so lastet diese Sorge auf ihm nicht schwer und auch das Eheverbot des § 1312 BGB. bildet meist kein Hindernis, denn die Befreiung von diesem Verbot wird, um den Skandal eines Konkubinates zu beseitigen, oft gar bald bewilligt. —

Angenommen nun aber, es liege eine ernstgemeinte, nicht mißbräuchliche und nicht mißverstandene Absicht der Klageerhebung zugrunde, so ist doch gerade in Fällen dieser Art die Entscheidung nicht immer leicht und die Sachlage oft überaus verworren. Oft allerdings bleibt die beklagte Partei einfach aus, teils aus Mangel an Geld und aus Sorge um die Prozeßkosten, teils aus Mangel an Interesse und in der Annahme, daß die Rückkehr in das Ehejoch lästig sei, aber die Verweigerung derselben keinen Nachteil bringen werde; dann entstehen die Schwierigkeiten aber bald mit Beginn des späteren Scheidungsprozesses. Oft aber wehrt sich der beklagte Ehegatte sehr entschieden gegen die Behauptung, daß er das eheliche Leben durch seine Entfernung zerstört habe, und behauptet der Gegner sei es gewesen, der ihn böslich verlassen habe. Dann ist zu untersuchen, wo die Eheleute eigentlich Wohnung genommen hatten, ob der Ehemann da, wo er jetzt lebt, sein Domizil hat oder sich nur vagierend dort aufhält, ob ferner die Ehefrau im ursprünglichen Ehedomizil verblieben ist oder dasselbe verlassen hat, und manches andere. Streitig ist dann auch oft die Frage, ob der Ehemann, der die Rückkehr der Frau verlangt, eine geeignete Wohnung zur Aufnahme derselben hat, und es wird dann

meist behauptet, es genüge, wenn er bereit sei, eine Wohnung zu mieten, sobald die Frau zurückkehren werde[3]). Auf der anderen Seite wird dagegen gewöhnlich geltend gemacht, der Ehemann lebe in einer Schlafstelle, sei gar nicht in der Lage, Weib und Kind bei sich aufzunehmen, und habe geäußert, daß er sie auch gar nicht aufnehmen wolle. Oder es wird erzählt, er habe, als die Frau mit einem Korb voll Sachen bei dem von ihr verlassenen Mann Aufnahme suchte, sie zurückgewiesen oder doch sie so schlecht behandelt, daß sie sich bald wieder entfernen mußte, und es wird dann entgegnet, daß sie, schon weil sie nur einen Korb, nicht aber auch die fortgeschafften Möbel und Betten mitgebracht habe, nur scheinbar zurückgekehrt sei, bezw. daß sie sich sogleich wieder zänkisch benommen und es darauf angelegt habe, den Mann zum Zorne zu reizen.

Manche Gerichte pflegen in solchen Fällen ohne weiteres dem Klageantrage stattzugeben (zumal dann, wenn die betreffenden Richter grundsätzlich jeder Scheidung abhold sind), indem sie davon ausgehen, daß die Ehen, die nicht ganz offenbar zerrüttet sind, aufrecht zu erhalten seien, eine zeitweilige Trennung aber eine solche Zerrüttung nicht erkennen lasse. Andere Gerichte wieder pflegen eine solche Klage, sobald auf der Gegenseite Mißhandlungen behauptet und erwiesen werden, abzuweisen, so lange nicht Gewähr gegen Wiederholung der Sävitien geleistet worden sei. Dies mag zuweilen ganz zweckmäßig erscheinen und das Reichsgericht hat in einem von mir kürzlich besprochenen Fall[4]) die betreffende Entscheidung des Berufungsgerichts (obgleich darin auch die gegnerische Klage auf Scheidung wegen der Sävitien abgewiesen war), gebilligt. Aber wenn keine Mißhandlungen als Scheidungsgrund als erwiesen gelten, dann ist nicht abzusehen, warum erst noch Garantien gegen Wiederholung derselben gefordert werden, und wenn andererseits die Mißhandlungen für so erheblich angesehen werden, daß ihre Wiederholung zu befürchten ist, so ist nicht verständlich, warum die ihretwegen erhobene Scheidungsklage abgewiesen wurde.

Die meisten Streitfragen entstehen nun aber gerade auf Grund der im Prozeß auf Herstellung ergangenen gerichtlichen Entscheidung in dem demnächstigen Hauptprozeß. Eine dieser Fragen ist die, wie die Zwischenzeit seit der Verurteilung bis zu der neuen Klage zu beurteilen sei, eine andere die, wie diese Frist zu berechnen sei. In letzterer Beziehung sei hier verwiesen auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 60 S. 194, in der die Berechnung der Jahresfrist des § 1567 Nr. 1 BGB. erörtert und schließlich auf § 1568 als anderweitigen Scheidungsgrund hingewiesen wird. In ersterer Hinsicht aber bedarf es hier noch eines näheren Eingehens auf die Meinungsverschiedenheit in der Praxis, wonach einzelne Gerichte den besonderen Nachweis verlangen, daß der beklagte Ehegatte während des kritischen Jahres „in böslicher Absicht" dem Urteile nicht Folge geleistet habe, und mangels eines Beweisantritts hierüber die Klage ohne weiteres abweisen, wogegen andere Gerichte

---

3) Es ist dies eine sehr häufige Streitfrage in diesen Prozessen, und es ist zuzugeben, daß meistens die Bereitwilligkeit zur Aufnahme genügen muß, da dem verlassenen Ehegatten, zumal wenn die Möbel mitgenommen waren oder von ihm inzwischen veräußert worden sind, nicht zuzumuten ist, daß er auf gut Glück eine andere Wohnung miete und ausstatte. Aber oft genügt die bloße Bereiterklärung nicht, weil der betreffende Ehegatte in Wahrheit gar nicht im Stande ist, eine passende Wohnung zu mieten, und dem anderen Teil nicht zuzumuten ist, eine Wohnung zu beziehen, die er vorher nie gesehen hat.

4) D. Jur.-Ztg. Bd. 10 S. 1111.

schon darin, daß die beklagte Partei während des Jahres[5]) seit dem Urteil keinen Schritt zur Herstellung des häuslichen Lebens getan hat, die „böslich Absicht" finden und keinen besonderen Beweis hierfür für erforderlich halten, der Klage vielmehr stattgeben. Gegen letztere Ansicht läßt sich einwenden, daß, wenn sie richtig, nichts einfacher ist als solche Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung und daß Eheleute, die die nötige Geduld haben, durch bloße Untätigkeit die Ehescheidung durchsetzen können. Andererseits aber ist zu erwägen, daß eine Partei, die ein Urteil auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft erstritten hat, hierdurch allein schon eine böslich Absicht auf der anderen Seite dargetan hat, und sie hat keinerlei Verpflichtung, weitere Schritte zu tun, um den Gegner zu veranlassen, nun die häusliche Gemeinschaft aufzunehmen. Genügt derselbe dem Urteile nicht, so liegt es jetzt ihm ob, zu behaupten und nachzuweisen, daß seine Fernhaltung dem Willen des anderen Ehegatten entsprach, oder daß er nicht in böslicher Absicht gehandelt hat. Er müßte also einwenden, daß nach dem Urteil Gründe eingetreten sind, die die Trennung gemäß § 1353 BGB. rechtfertigen, z. B. Mißbrauch oder Ehebruch auf der Klageseite (s. Entsch. d. RGer. Bd. 35 S. 128), und in der Regel geschieht dies auch in jedem solchen Prozesse, aber zur Klagebegründung gehört es nicht, daß keine Einwendungen dieser Art zu besorgen seien. Jedenfalls ist die Annahme, daß der Sieger im Vorprozeß, um mit der Scheidungsklage durchzudringen, noch weitere Schritte gegen den abtrünnigen Ehegatten zu tun habe, nicht zutreffend und darum kann letzterer auch nicht etwa geltend machen, er habe erwarten dürfen, aufgefordert zu werden, die Herstellung nun ins Werk zu setzen. In der vorhergegangenen Klage auf Herstellung war bereits „Aufforderung" genug enthalten.

Hiernach kommt man zu dem Resultat, daß in der Tat die Herstellungsklage des § 1353 BGB. eine recht bedenkliche Neuerung ist und daß, so gut sie auch motivirt worden ist (s. Motive Bd. 3 S. 108), bei einer Aenderung unseres BGB. einmal eine Reform erfolgen muß, bei der § 1567 Nr. 1 beseitigt und die Eheverfehlung der „böslichen Verlassung" dem § 1568 mitunterstellt wird.

II. Die Klage auf Scheidung.

Nicht so einfach wie die vorgedachte Klage, oft aber ganz schablonenmäßig verlaufend ist die Ehescheidungsklage, mit der sich der Eherichter am meisten zu beschäftigen hat und die ihn oft in die dunkelsten Abgründe sozialen Elends und sittlicher Verkommenheit führt. Immer wieder muß man dabei staunen, wie häufig der Menschengeist sich in der Ehe verändert und wie bald so mancher in demjenigen Wesen, das von ihm in inniger Liebe zum Lebensgefährten erwählt worden war, einen „Teufel in Menschengestalt" erblickt, der dem anderen Teile „das Leben zur Hölle macht", wie es in vielen Klageschriften heißt. Und wenn dann im Laufe des Prozesses immer neue Vorwürfe beiderseits auftauchen und beide Teile die seltsamsten Beschuldigungen mit allen erdenklichen Beweismitteln zu erweisen suchen, dann erscheint es oft

5) Diese Frist von einem ganzen Jahre ist offenbar viel zu lang, denn sie führt zu der Versuchung, daß die Ehegatten sich anderweit Ersatz zu verschaffen suchen, und zu erheblichen Streitfragen über die Lauterkeit der inzwischen angeknüpften Beziehungen. Statt daß im Scheidungsprozeß dann einfach das Urteil auf Herstellung zugrunde gelegt und die böslich Absicht aus diesem Urteil gefolgert wird, muß oft das ganze Leben des Paares während des letzten Jahres durch Beweisaufnahme klargestellt werden. Oft ist dann nicht mehr die böslich „Verlassung" der entscheidende Scheidungsgrund, sondern irgend ein neuerer Vorgang, der sich in dem langen Zeitraum seit dem Urteil auf Herstellung zugetragen hat.

unbegreiflich, wie solche Gehässigkeit sich unter Eheleuten entwickeln konnte, die äußerlich ganz glücklich und zufrieden mit einander gelebt hatten, und wie vollständig die Liebe, die sich die Gatten einst am Altar gelobt hatten, jetzt entschwunden ist. Gerade die wohlhabenderen und gebildeteren Parteien pflegen dann einen Eifer in der Verfolgung ihres vermeintlichen Rechtes zu entfalten, der oft befremdlich wirkt und nicht immer sympathisch den Richter berührt; Detektivs werden von beiden Ehegatten gedungen, auf daß sie jeden Schritt des anderen überwachen und Material für neue Anschuldigungen herbeischaffen, die Verwandten und Bekannten werden ausgeforscht und zu „eidesstattlichen Versicherungen" veranlaßt, die freilich nicht immer glaubwürdig erscheinen, die Zeugen des Gegners werden angegriffen und bekritelt, die vorgelegten Briefe einer oft gewagten Interpretation unterzogen und die harmlosesten Vorgänge in einer Weise entstellt und aufgebauscht, daß es oft undenkbar erscheint, wie solche Streitsucht unter Gatten entstehen konnte. Aber auch die ärmeren Parteien entfalten oft eine überraschende Kampflust und Verteidigungskunst, eine Fähigkeit, den Schritten des anderen nachzuspüren, seine Vergangenheit aufzudecken und seine Beziehungen zu anderen Personen zu erforschen, daß man oft nicht begreift, woher sie die Zeit dazu nehmen, und namentlich wo es sich um Geldfragen handelt, sind sie in Erfindungen und Ausflüchten oft unerschöpflich. Zahllose Schriftsätze werden dann ausgetauscht und nicht immer sind für deren Inhalt mit seinen oft recht bösen Stichelreden und Andeutungen die Rechtsanwälte, die sie vollzogen, verantwortlich, vielmehr sind die Parteien — besonders die gebildeten — selbst oft die Verfasser. Dabei werden dann die geringfügigsten Vorgänge aus fernster Vergangenheit vorgebracht, damit das Gericht über das gesamte bisherige Eheleben ein Bild gewinne, aber nur selten wird, selbst bei den feinsten Erscheinungen, ein Zeichen des Entgegenkommens, der Neigung zur Versöhnlichkeit bemerkt, vielmehr führen häufig die persönlichen Vernehmungen der Eheleute statt zu einer Sühne zu den heftigsten Wortgefechten und den erbittersten Anklagen, wobei zarte Frauen vielfach durch ihre Leidenschaftlichkeit, sowie ungebildete Arbeiter durch ihre Rechtskenntnisse auffallen.

Die gesetzlichen Ehescheidungsgründe sind nun nach §§ 1565 bis 1569 BGB.:

1) Ehebruch oder eine nach §§ 171, 175 StGB. strafbare Handlung (Bigamie und Unzucht),
2) das Trachten eines Ehegatten nach dem Leben des anderen,
3) bösliche Verlassung,
4) die Verschuldung einer tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten,
5) die Aufhebung der geistigen Gemeinschaft infolge längerer und hochgradiger Geisteskrankheit.

Zu 1. Den Ehebruch hat der Gesetzgeber vorangestellt, indem er ihn als die „unmittelbarste und schwerste Verletzung der ehelichen Pflichten" bezeichnet und als absoluten Scheidungsgrund (vgl. Bayer. LR. Tl. I Kap. 6 § 42) anerkennt, und zwar ohne Unterschied zwischen dem Ehebruch des Mannes und dem der Frau (im Gegensatz zum Art. 230 des code civil), so daß das sog. Extragehen der Männer, welches in der Moralauffassung einfacher Leute als erlaubt oder doch als nicht strafbar gilt, ebenso als Ehebruch aufzufassen ist, wie die gleiche Verfehlung der Ehefrauen, obgleich deren Untreue wegen der Möglichkeit fremder Kinder in der Ehe für viel gefährlicher angesehen

wird. Ebenso verkehrt ist die Auffassung, der man häufig begegnet, daß nämlich ein Ehegatte dadurch, daß der andere Teil Ehebruch begangen hat, das Recht gewonnen habe, dies auch seinerseits zu tun[6]). — Berechtigt ist dagegen der Einwand der Zustimmung, der in § 1565 auch ausdrückliche Anerkennung gefunden hat. Freilich besteht solche „Zustimmung" oft nur in der Einbildung des pflichtvergessenen Ehegatten, der aus irgend einer mißverstandenen Aeußerung des anderen Teiles sich eine Art Freibrief konstruiert, mit dessen Hilfe er ungestraft sündigen zu dürfen glaubt. Das Gericht ist leider nur zu oft genötigt, über solche Behauptungen Beweis durch Abnahme von Eiden zu erheben; zwar soll hier nicht ein Verzicht auf die Pflichten der Ehe dem klagenden Gatten untergelegt werden, wohl aber soll er durch sein Verhalten zu erkennen gegeben haben, daß der Ehebruch „seine eheliche Gesinnung nicht affiziert und ihm die Ehe nicht unerträglich macht" (Motive Bd. 4 S. 587). Es soll daher auch genügen, daß er seine Einwilligung in irgend welcher Art tatsächlich zu erkennen gegeben hat. Aber nicht immer ist das, was dem untreuen Gatten — wie er behauptet — „zu erkennen gegeben" ist, auch für den Richter überzeugend zum Ausdruck gebracht. Wenn z. B. die Ehefrau sich allzu heftigen Beiwohnungen entziehen will, so ist ihre Aeußerung, der Mann solle sie in Ruhe lassen, noch nicht als Erlaubnis zu betrachten, bei anderen Weibern seinen Geschlechtstrieb zu befriedigen, aber oft genug werden ihre Worte so ausgelegt und müssen dann den Gegenstand von Eiden bilden. Dieselbe oft sehr fatale Konsequenz tritt ein, wenn der klagende Ehegatte selbst solche Situationen herbeigeführt hat, die den anderen Teil zum Ehebruch verleiteten; auch hier wird eine Behauptung dieser Art, da Zeugenbeweis darüber meist nicht möglich ist, durch Eid erwiesen oder widerlegt werden müssen und Eide über solche Verhältnisse werden immer nur schwer normiert und geleistet werden können.

Der „Zustimmung" ist die „Teilnahme" gleichgestellt worden, wenn Bigamie oder Unzucht behauptet ist. Näheres hierüber ist bei der Seltenheit dieser Fälle entbehrlich. Dagegen ist der Einwand der Verzeihung hier beachtlich, da sie, wie die Zustimmung vor der Tat zu erfolgen pflegt, als nach der Tat gewährt behauptet wird und ebenfalls erkennen läßt, daß die eheliche Gesinnung durch den Ehebruch nicht beeinträchtigt ist, mag dies auch scheinbar durch Erhebung der Klage dargetan sein. Freilich wird der Einwand meist sehr unzulänglich substantiiert und oft nur durch die Behauptung begründet, daß die Parteien hinterher einmal Geschlechtsverkehr gehabt haben. Uebrigens hat dieser Einwand keine besondere Bedeutung für die Klage wegen Ehebruchs, ist vielmehr wie der Einwand der Verjährung allgemein gegen jede Scheidungsklage zulässig.

Als Besonderheit ist hier noch zu erwähnen, daß bei jeder Scheidung wegen Ehebruchs im Urteil die Person dessen, mit dem der Ehebruch festgestelltermaßen begangen ist, angegeben werden muß, da nach § 1312 BGB. der wegen Ehebruchs geschiedene Ehegatte denjenigen, mit welchem er diesen Ehebruch begangen hat, nicht heiraten darf, es sei denn, daß von diesem Eheverbot Befreiung bewilligt wird. Es genügt aber, wenn in den Urteilsgründen diese Person namhaft gemacht wird; im Tenor ist weder der Mitschuldige des Ehebruchs, noch überhaupt der Ehebruch als Scheidungsgrund kenntlich zu machen.

---

6) Das sog. Kompensationsprinzip ist jetzt völlig verworfen (Motive Bd. 4 S. 585, vgl. auch S. 587).

Zu 2. Die „Lebensnachstellung" (ein grammatisch nicht ganz richtiges Wort) wird in der Praxis zwar vielfach behauptet, aber nur äußerst selten als erwiesen erachtet, selbst wenn es sich um die Beschuldigung versuchter Vergiftung oder gefährlicher Bedrohung mit Revolver und schneidenden Werkzeugen wie Axt und Scheere, handelt. In der Regel erklärt der Richter die bei solchen häuslichen Scenen gefallenen Drohungen für nicht ernst gemeinte, in der Erregung ausgestoßene Redensarten und hält den über die behaupteten Tatsachen erbrachten Beweis für nicht ausreichend, da aus ihnen ein Trachten nach dem Leben nicht hervorgehe, sondern höchstens die Absicht einer Mißhandlung oder die Bereitung körperlichen Unbehagens oder gar nur ein derber Scherz. Nur wenn die erwiesenen lebens- und gesundheitsgefährlichen Tätlichkeiten „Ausfluß eines gegen das Leben gerichteten Vorsatzes sind" (vgl. Neumann, BGB. Bd. 2 S. 963 Note 2 zu § 1566 BGB.), fallen sie unter diesen absoluten Scheidungsgrund; ist ein solcher Vorsatz nicht erkennbar, so fallen sie unter § 1568 BGB. Gewöhnlich ist es aber unmöglich, einen solchen Vorsatz in Civilprozessen dem Richter nachzuweisen, und da § 1568 stets als Aushilfsmittel verbleibt, so liegt auch gar kein Anlaß vor, wie ein Untersuchungsrichter diesem Vorsatz nachzuspüren und viele Zeugen über ihn zu vernehmen oder gar auf Eide darüber zu erkennen.

Zu 3. Die böswillige Verlassung ist schon ausführlich unter I besprochen und kann daher hier nur kurz nochmals erwähnt werden [7]).

Hervorgehoben sei nur, daß § 1567 zwei Fälle umfaßt, die sog. Quasidesertion, bei der der Aufenthalt des treulosen Ehegatten bekannt ist und wegen deren erst ein Jahr nach Rechtskraft der Herstellungsklage geklagt werden darf, und die eigentliche Desertion, bei der der Aufenthalt des beklagten Teils unbekannt ist. Auch dieser Fall (§ 1567 Nr. 2 BGB.) ist in der Praxis ziemlich selten und ein Prozeß dann meist recht kostspielig. Uebrigens ist auch hier ein besonderer Einwand im Gesetze selbst aufgestellt, indem im Fall der Nr. 2 die Scheidung unzulässig sein soll, wenn „die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung am Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, nicht mehr bestehen".

Zu 4. Die relativen Scheidungsgründe. Die etwas allgemeine Vorschrift des § 1568 umfaßt so viele Scheidungsgründe, daß so ziemlich alles, was in dem früheren Recht Deutschlands als Scheidungsgrund galt, hier mit umfaßt wird. Namentlich ist jede „grobe Mißhandlung", die ja obenein besonders erwähnt wird, hier inbegriffen, aber auch Verweigerung der ehelichen Pflicht, Beleidigungen, entehrende Verbrechen, schlechte Lebensart, Versagung des Unterhalts und ähnliche Verfehlungen fallen nach der Praxis hierunter. Dagegen sind die Scheidungsgründe des Allg. Landrechts, Wechsel der Religion und „unüberwindliche Abneigung", beseitigt, lassen sich also auch nicht unter § 1568 bringen. Wohl aber können auch geringfügige Mißhandlungen als Verfehlung gegen § 1568 herangezogen werden, wenn die Voraussetzungen dieses Paragraphen vorliegen, nämlich:

7) Die Vorschrift in § 687 Allg. LR. II 1, wonach der die Wiederaufnahme wünschende Ehegatte über seinen inzwischen geführten unbescholtenen Lebenswandel glaubhafte Zeugnisse beibringen soll, ist dem neuen Rechte nicht bekannt. Wer also die Aufnahme im Heim des von ihm verlassenen Gatten verlangt, hat nicht nötig, sich über sein Verhalten während der Trennungszeit ausfragen zu lassen, und darf daher nicht, wenn er sich dessen weigert, zurückgewiesen werden. Andererseits braucht derjenige, der in dem Herstellungsprozeß obgesiegt hat, nicht noch weitere Schritte zu tun, um die Aufnahme des treulosen Ehegatten zu ermöglichen, und kann sich während der kritischen Zeit völlig passiv verhalten. S. oben S. 000.

1) daß durch das gerügte Verhalten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses herbeigeführt ist, daß dem klagenden Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann,
2) daß dieses Ergebnis nicht nur objektiv insofern vorliegt, als es sich um eine schwere Verletzung der „durch die Ehe begründeten Pflichten" handelt, sondern auch in subjektiver Hinsicht, insofern die Klagepartei die Handlung des anderen in der Tat als schwer verletzend empfindet, sodaß sie z. B. deswegen die häusliche Gemeinschaft verlassen oder deshalb die Klage erhoben hat[8]).

Es ist also — und darin besteht die sog. Relativität — die Wirkung der Eheverfehlung auf die Ehe für jeden einzelnen Fall zu prüfen; Schläge z. B., die eine Arbeiterfrau von ihrem Manne erhält, wiegen oft lange nicht so schwer für dieselbe, wie etwa ein Scheltwort, das einer vornehmen Dame von ihrem Gatten zu teil wird, von dieser empfunden wird, und ein unbescholtener junger Beamter, dessen Frau wegen eines kleinen Diebstahls bestraft wird, wird dies viel schwerer empfinden, als ein selbst schon mit Zuchthaus bestrafter Mensch, dessen Frau eines schweren Verbrechens beschuldigt ist. Besonders dann, wenn es sich nicht um eine einzelne schwere Pflichtverletzung, sondern um „ehrloses oder unsittliches Verhalten" im allgemeinen handelt, bedarf es genauer Prüfung, ob nicht auf der anderen Seite ebenfalls ein solches Verhalten erwiesen wird, sodaß für sie das Gefühl „ehelicher Gesinnung" völlig entschwunden ist. Für Leute dieser Art kommt dann eine „Zerrüttung" des ehelichen Lebens gewöhnlich kaum in Frage und oft muß man hier sich sagen, daß dem Kläger die Fortsetzung einer solchen Ehe leicht zuzumuten ist, da er ja eine Zerrüttung derselben nicht empfunden hat. Aber oft kann trotz erwiesener „Zerrüttung" noch eine Vertiefung derselben erfolgen dadurch, daß nun auch der andere Teil sich schuldhaft verhält. Man würde andernfalls dahin gelangen, jede Widerklage deshalb abzuweisen, weil eine bereits unheilbar zerrüttete Ehe vorliege und jede Handlung des Gegners daher nicht weiter in Betracht komme. Das Gesetz selbst aber erklärt die Widerklagen in Ehesachen für zulässig; es gestattet sogar dem beklagten Teil, wenn sein Recht auf Scheidung durch Verzeihung oder Zeitablauf ausgeschlossen ist, noch den Antrag auf Schuldigerklärung auch des anderen Teils zu stellen, falls Tatsachen vorliegen, wegen deren er zur Zeit des vom Kläger behaupteten Scheidungsgrundes auch hätte klagen können.

Zu 5. Die Vorschrift, daß auch wegen Geisteskrankheit die Scheidung erfolgen könne, ist eine Neuerung des BGB. gegenüber dem ersten Entwurf und gewiß trotz aller Bedenken gegen zu viele Scheidungsgründe eine sehr löbliche soziale Maßregel. Jeder Mißbrauch ist hier auch ausgeschlossen, denn Voraussetzung ist hier immer, daß die Geisteskrankheit mindestens drei Jahre lang ununterbrochen bestanden hat, daß die „geistige Gemeinschaft" der Ehegatten durch sie völlig aufgehoben ist und daß jede Aussicht auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft ausgeschlossen ist. Außerdem ist nach § 623 CPO. erforderlich, daß ein Sachverständiger oder noch besser mehrere Sachverständige über den Geisteszustand vernommen werden. Erst wenn diese gehört sind, kann das Gericht die obigen Feststellungen treffen. Es kann sich

8) Es genügt daher nicht die Feststellung, daß „dem Kläger die Fortsetzung der Ehe unerträglich werden mußte", denn nicht das eigene Empfinden des Klägers entscheidet darüber, sondern der Eherichter hat nach einem der sittlichen Bedeutung der Ehe zu entnehmenden objektiven Maßstab dies zu beurteilen (Urteil des RGer. vom 5. Oktober 1905, Juristische Wochenschr. 1905 S. 693).

denselben aber nicht etwa aus dem Grunde entziehen, weil es — dem Gutachten entgegen — der Ansicht ist, daß Aussicht auf Wiederherstellung sei oder daß eine geistige Gemeinschaft noch bestehe. Dies sind Fragen, die nur der erfahrene Psychiater beantworten kann, dem sich daher das Gericht, ohne Rücksicht auf § 412 CPO., unterwerfen muß.

Eine Prüfung der Schuldfrage erübrigt sich hier, während sie in allen anderen Fällen unbedingt erfolgen muß und oft die meiste Arbeit verursacht.

III. Die Anfechtungs- und die Nichtigkeitsklage.

Zuweilen kommt es bei der Scheidungsklage wegen Geisteskrankheit vor, daß der Vertreter des beklagten Ehegatten geltend macht, die Geisteskrankheit desselben habe schon bei der Eheschließung bestanden, er sei also damals geschäftsunfähig gewesen, so daß die Ehe gemäß § 1325 BGB. nichtig sei. Da nun eine nichtige Ehe nicht geschieden zu werden braucht, so ist dieser Einwand präjudiziell und das Verfahren muß ausgesetzt werden, bis auf die Nichtigkeitsklage ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe werden im dritten Titel des die „bürgerliche Ehe" überschriebenen ersten Abschnitts des Familienrechts im BGB. behandelt, und zwar handeln die §§ 1323—1329 von den Nichtigkeitsgründen, die §§ 1330—1335 von den Anfechtungsgründen. Als nichtig bezeichnet das Gesetz jede Ehe, bei deren Eingehung nicht die gesetzliche Form (§ 1317) beobachtet ist, ferner jede Ehe, bei welcher ein Ehegatte zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig war oder sich im Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Geistesstörung befand, sodann jede Ehe, die sich als Fall der Bigamie (§ 1309) ergibt oder zwischen Verwandten oder Verschwägerten dem Gesetze zuwider (§ 1310 Abs. 1) geschlossen ist, endlich jede Ehe, die wegen Ehebruchs (§ 1312) verboten war. Als anfechtbar gilt eine Ehe, wenn ein Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war und die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bei der Eheschließung (oder der „Bestätigung" im Fall des § 1325) nicht eingeholt war, oder wenn der Eheschließungswille fehlte, ferner eine Ehe, bei deren Schließung jemand sich in der Person oder in „wesentlichen Eigenschaften" des anderen Ehegatten geirrt hatte, sodann eine Ehe, zu deren Eingehung jemand durch arglistige Täuschung (abgesehen von Täuschungen über Vermögensverhältnisse) bestimmt worden ist, und endlich eine Ehe, bei der widerrechtlich Drohungen stattgefunden hatten, die den bedrohten Ehegatten zur Eheschließung bestimmten.

Die Nichtigkeitsklage kann nach § 632 CPO. von jedem der Ehegatten, sowie von dem Staatsanwalt erhoben werden, im Fall der Bigamie auch von dem Dritten, mit dem die frühere Ehe geschlossen war. Es kann mit ihr nur eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien verbunden werden und eine Widerklage ist hier nur statthaft, wenn sie eine solche Feststellungsklage oder ebenfalls eine Nichtigkeitsklage ist. Die Anfechtungsklage dagegen steht der Scheidungsklage im allgemeinen gleich, sodaß sie mit dieser und mit der Herstellungsklage sogar verbunden werden kann (§ 615 CPO.). Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte bedarf allerdings der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters zu einer Anfechtung und, wenn der Fall des § 1331 BGB. vorliegt, die Anfechtung also gerade wegen der damaligen Beschränkung der Geschäftsfähigkeit erfolgen soll, hat gerade nur der gesetzliche Vertreter das Recht zur Anfechtung [9]).

9) Uebrigens ist die Anfechtung hier ausgeschlossen, wenn der gesetzliche Vertreter die Ehe genehmigt oder der Ehegatte, nachdem die Beschränkung weggefallen ist, die Ehe „bestätigt" (§ 1337).

Im übrigen besteht für Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen die gemeinsame Bestimmung, daß das auf sie ergehende Urteil, sofern es bei Lebzeiten beider Ehegatten rechtskräftig wird, für und gegen alle wirkt. Nur im Fall des § 1326 BGB. wirkt die Abweisung gegen den Dritten, mit dem die frühere Ehe eingegangen war, nicht, sofern er an dem Rechtsstreit nicht teilgenommen hatte.

Hervorgehoben sei noch, daß die Vorschriften über die Folgen unterbliebener Erklärungen, Verzicht auf Zeugenbeeidigung, gerichtliche Geständnisse, über Eideszuschiebung und Eideserlaß, sowie über den Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben, die nach § 617 CPO. unanwendbar sind betreffs solcher Tatsachen, die die Scheidung oder die Anfechtung der Ehe begründen sollen, keine Anwendung finden sowohl betreffs der Tatsachen, welche die Nichtigkeit, als betreffs derer, die die Gültigkeit der Ehe begründen sollen. Für die Nichtigkeitsklagen ist also jede Eideszuschiebung verboten, für Anfechtungsklagen aber nur diejenige, durch welche die Anfechtung begründet werden soll; in Nichtigkeitsprozessen muß jeder Zeuge, selbst wenn auf seine Beeidigung verzichtet ist, eidlich gehört werden, in Prozessen um die Anfechtung der Ehe aber ist wie bei Scheidungsprozessen die Beeidigung von Zeugen bei Verzicht zulässig, sofern das betreffende Beweisthema Einwendungen gegen die Klage betrifft; für Nichtigkeitsklagen hat ein gerichtliches Geständnis überhaupt keine Bedeutung, wohl aber für eine Anfechtungsklage, wenn die betreffende Tatsache zu deren Abweisung führen würde. Es kann also, wenn z B. die Ehefrau ihre Ehe anficht, weil sie behauptet, daß der Mann sie über seinen Gesundheitszustand arglistig getäuscht habe (§ 1334), der Eid darüber, daß sie die Sachlage gekannt habe, zugeschoben werden. Wird dagegen die Nichtigkeit einer Ehe behauptet, weil sie wegen Ehebruchs verboten war, so ist eine Eideszuschiebung weder darüber, daß ein Ehebruch gar nicht begangen worden sei, noch darüber zulässig, daß eine Befreiung von der Vorschrift des § 1312 bewilligt oder abgelehnt worden sei.

Endlich ist noch auf die „Bestätigung" nichtiger Ehen im Fall des § 1325 und anfechtbarer Ehen im Fall des § 1337 hier hinzuweisen, sowie auf den Einwand der Verjährung der Anfechtung gemäß § 1339; die übrigen Paragraphen dieses Titels haben wohl nur theoretischen Wert.

IV. Zwei Klagen geringerer Bedeutung.

Die CPO. erwähnt noch eine Feststellungsklage betreffs des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe (§ 622) und das BGB. kennt noch eine besondere Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575). Praktischen Wert haben aber beide Rechtsbehelfe nicht. Die Aufhebungsklage, eine von der Reichstagskommission aus religiösen Gründen aufgestellte Neuerung, ist — wenigstens in Norddeutschland — fast unbekannt geblieben und, wird sie wirklich einmal erhoben, dann geht sie sehr bald in die Scheidungsklage über, zumal die Gegenpartei das Recht hat, jederzeit ihrerseits die Scheidung statt der bloßen Trennung zu verlangen. Diese Trennung äußert sich eben nur in der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, eine Wiederverheiratung ist dagegen hier nicht gestattet, und da die Hoffnung auf eine solche — sofern nicht die Vorschriften des katholischen Glaubens entgegenstehen — sehr lebhaft nach der Auflösung einer unglücklichen Ehe zu sein pflegt, so ist in der Regel die bloße Aufhebung der Gemeinschaft ohne Bedeutung. Dies gilt auch für die oben erwähnte Feststellungsklage. Theoretisch wird sie in den Kommentaren zum BGB. zwar recht ausführlich erörtert, aber vorgekommen ist mir noch keine.

Es handelt sich hier um den Gedanken, daß zwischen Eheleuten Streit entstanden ist, ob ihre Ehe formgerecht zu Stande gekommen ist. Falls dieselbe im Inland geschlossen ist, sodaß ihre Form nach den deutschen Gesetzen zu beurteilen ist (s. Art. 13 Abs. 3 Einf.-Ges. z. BGB.), so kann eine positive Feststellungsklage erhoben werden — und zwar selbst dann, wenn die Ehe in das Heiratsregister eingetragen war. Die negative Feststellungsklage ist dagegen bloß dann zulässig, wenn die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen ist. Sie ist nämlich gemäß §§ 1329, 1349 dann unzulässig, wenn die Voraussetzungen der Nichtigkeits- oder der Anfechtungsklage vorliegen, und einer eingetragenen Ehe gegenüber ist die Nichtigkeitsklage vorgeschrieben (§ 1329).

Eine positive Feststellungsklage kann ferner (nach Seuffert, CPO. zu § 606) erhoben werden, wenn der Beklagte das Bestehen der Ehe wegen eines Nichtigkeitsgrundes bestreitet. „Eine solche Klage enthält eine Provokation zur Erhebung der Widerklage auf Nichtigkeit", sagt der Kommentar, aber praktisch dürfte es wohl kaum vorkommen, daß ein Ehepaar, welches in Differenz darüber gerät, ob seine Ehe formgerecht zu Stande gekommen, nun das Gericht aufsucht, um mit Hülfe einer Feststellungsklage (bei der es doch oft an „alsbaldigem Interesse" fehlen wird), eine Nichtigkeitsklage zu provozieren, deren Ergebnis dann vielleicht beiden Parteien unerwünscht ist[10]). Ueberhaupt ist kaum anzunehmen, daß Eheleute, die friedlich mit einander leben, dergleichen Rechtsstreitigkeiten vor Gericht austragen werden, deren Kosten schließlich allemal der Ehemann tragen muß; sind sie aber entzweit, so bietet ihnen eine Scheidungsklage aus § 1568 viel bessere Aussicht, als die Feststellungsklage mit ihrem nur auf dem Papier stehenden Urteil.

Sowohl positive wie negative Feststellungsklage soll endlich erhoben werden können (s. Seuffert a. a. O.), „wenn unter den Ehegatten streitig ist, ob eine frühere Ehe gemäß § 1348 BGB. geschieden ist oder ob ihre Ehe zufolge einer Anfechtungsklage aufgehoben ist, etwa weil die behauptete Scheidung oder Aufhebung im Ausland erfolgt sein soll" — aber auch einen solchen Prozeß wird ein Ehepaar schwerlich gegen einander anstrengen, denn im Fall des § 1348 wird die frühere Ehe (mit einem für tot Erklärten) von Rechtswegen aufgelöst und es bedarf einer Entscheidung des Gerichts hierüber nicht; ebenso wird die Frage, ob die jetzige Ehe im Ausland oder Inland angefochten und aufgehoben worden ist oder nicht, kaum jemals so zweifelhaft und wichtig sein, daß sie erst durch ein Feststellungsurteil entschieden werden muß[11]).

Die CPO. enthält im § 638 noch eine Bestimmung, die dahin lautet, daß auf die Klage, welche die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien zum Gegenstande hat, die §§ 633, 635 ent-

---

10) Der einzig denkbare Fall eines solchen Interesses ist der in Nr. 1 der Deutschen Jur.-Ztg. von 1906 S. 70 angedeutete Fall, allein die Ehefrau, die in solch raffinierter Weise durch Prozessieren unter falschem Namen ihres Eherechts verlustig gegangen ist, wird schwerlich sich mit einer Feststellungsklage begnügen, sondern den Staatsanwalt anrufen und wegen Ehebruchs nun Scheidungsklage erheben. — Auch der Fall des § 154 CPO. erscheint kaum praktisch.

11) Im Kommentar zur CPO. von Vierhaus und Busch heißt es zu § 606, eine Feststellungsklage wegen Nichtbestehens der Ehe sei besonders dann gegeben, „wenn eine Eheschließung tatsächlich nicht stattgefunden hat oder die Ehe durch Scheidung oder zufolge Todeserklärung des einen Ehegatten gemäß § 1348 aufgelöst ist". Aber auch diese Fälle dürften kaum praktisch vorkommen, denn die unterbliebene oder formungültige Eheschließung wird man schwerlich vor Gericht kundmachen, weil meist beide Parteien sich eines Unrechts beschuldigen würden, und die „Auflösung" einer Ehe im Falle des § 1348 erst noch durch ein Urteil feststellen zu lassen, verursacht nur unnütze Kosten.

sprechende Anwendung finden. Es ist also mit einer solchen Klage nur eine Nichtigkeitsklage zu verbinden und eine Widerklage gegen sie nur statthaft, wenn die Nichtigkeit der Ehe behauptet werden soll, ein Scheidungsantrag dagegen kann gegen sie nicht erhoben werden, obgleich es mancher als Scheidungsgrund auffassen könnte, daß der Ehegatte ihn mit einem Prozesse über die Rechtsgültigkeit der Ehe verfolgt und dabei die diskretesten Dinge an die Oeffentlichkeit zerrt. Aus § 635 folgt endlich, daß ein Versäumnisurteil gegen den im Verhandlungstermin ausgebliebenen Kläger dahin zu erlassen ist, daß die Klage als zurückgenommen gelte. — Betreffs des auf eine solche Klage ergangenen Urteils sei nur noch auf § 629 Abs. 2 hingewiesen.

V. Die Anträge auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung.

Wichtiger als die zuletzt gedachten beiden Klagen sind in Ehesachen die zahlreichen Anträge, die gemäß § 627 CPO. gestellt zu werden pflegen und ohne die ein in Zwiespalt geratenes Ehepaar oft in die schwierigste Lage kommen würde. Solche einstweiligen Verfügungen sind zulässig, sobald der Termin zur mündlichen Verhandlung oder — bei Scheidungsklagen — der Sühnetermin bestimmt oder im Wege der Widerklage die Scheidung beantragt oder die Ehe angefochten ist. Es kann durch sie für die Dauer des Rechtsstreits 1) das Getrenntleben gestattet werden, 2) die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten geordnet werden, 3) wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder — abgesehen von ihrer gesetzlichen Vertretung — Anordnung getroffen werden, 4) die Unterhaltspflicht für die Kinder im Verhältnis der Ehegatten zu einander geregelt werden. Außerdem kann, was aber hier nicht besonders erwähnt ist, 5) dem Ehemann aufgegeben werden, der Ehefrau die Kosten für ihren Anwalt vorzuschießen (§ 1387 Nr. 1 BGB.). Im Schlußabsatz des § 627 ist ferner auf die allgemein gültigen Bestimmungen der §§ 936—944 CPO. hingewiesen, die „im übrigen" Anwendung finden sollen. Insbesondere ist also § 940 zu beachten, wonach die Regelung eines einstweiligen Zustandes zulässig ist, sofern sie „zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint". Es darf also eine solche einstweilige Verfügung nicht rein nach Gutdünken und nach freiem Ermessen erlassen werden, also z. B. nicht dem Vater ein Knabe entzogen werden nur deshalb, weil die Mutter vermutlich „besser" für ihn sorgen werde, während der Vater tagsüber viel im Geschäft sei. Es muß ein solcher Eingriff in die Rechte des Vaters (§ 1627) vielmehr stets damit begründet werden, daß „wesentliche Nachteile" abzuwenden seien oder „drohende Gewalt" verhindert werden müsse. Die Generalklausel: „oder aus anderen Gründen" besagt keineswegs, daß das Gericht seine Anordnungen ohne jede Rücksicht auf „Nachteile" und „Gewaltbedrohung" treffen dürfe, sondern daß die „anderen Gründe" ungefähr gleicher Art sein müssen. Die Hauptsache ist, daß die einstweilige Regelung „nötig" erscheint. Nötig ist eine solche Regelung aber nur dann, wenn das Verbleiben des Kindes in den gegenwärtigen Verhältnissen ihm von Nachteil ist; wo solches aber nicht evident glaubhaft gemacht ist, da wird der Richter stets den Grundsatz festhalten müssen, daß ein Kind da, wo es ist, zu belassen sei.

Auch was das Getrenntleben der Ehegatten betrifft, ist es in der Regel das Richtigste, den bereits vorhandenen Zustand zu gestatten, denn gewöhnlich beruht die Trennung der Ehegatten nicht auf bloßer Willkür und Unbesonnenheit der fortgezogenen Partei, sondern auf so tiefgehenden Zerwürfnissen, daß ein erzwungenes Wiederzusammenleben die traurigsten Folgen haben würde.

Wenn also das Getrenntleben bereits seit längerer Zeit besteht und der verlassene Ehegatte keinerlei Schritte tut, um den Ehegatten, bezw. sein Kind, wieder bei sich zu haben, so ist es entschieden anzuraten, dieses Getrenntleben zu gestatten, da eine gewaltsame Wiedervereinigung nur von Nachteil sein muß.

Ist aber einmal das Getrenntleben der Ehegatten gestattet, so folgt aus § 1361 ganz von selbst, daß dem bedürftigen Teile Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren ist, sowie daß derselbe — was freilich meist Sache besonderen Rechtsstreits ist — die zur Führung eines abgesonderten Haushalts erforderlichen Sachen herausverlangen kann. Dieser Unterhalt ist zu fordern, „solange einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert". Es ist also unerheblich, ob das Recht, die Herstellung des Zusammenlebens zu verweigern, dem unterhaltsbedürftigen oder dem unterhaltspflichtigen Ehegatten zusteht. Angenommen also, die Ehefrau hat ihren Mann verlassen, weil er sie grob mißhandelt hatte, so darf sie die Rückkehr verweigern und daher Unterhalt fordern; hat sie ihn treulos verlassen, so kann sie den Unterhalt ebenfalls verlangen, denn nun ist der Mann ihre Aufnahme zu verweigern berechtigt und tut es auch ohne Frage [12]). Dasselbe gilt, wenn der Mann der unterhaltsbedürftige Teil ist; hier muß die Frau ihm eine Rente gewähren, gleichviel wer von beiden die Trennung verschuldet hat.

Nur die Höhe der Unterhaltsrente verursacht oft Schwierigkeiten. Freilich hält man sich beim Erlaß der einstweiligen Verfügung meistens an den Betrag, den der Antrag angibt und der im Durchschnitt verlangt zu werden pflegt; wenn jedoch Widerspruch erhoben und nun eine längere Verhandlung nötig wird, so nehmen die Differenzen über den standesgemäßen Unterhalt der Frau, über das wahre Einkommen des Mannes und über die für die Kinder auszusetzenden Beträge oft einen erschreckenden Umfang an und die eidesstattlichen Versicherungen, mit denen Gericht und Gegner dabei überrumpelt zu werden pflegen, sind oft kaum zu zählen, geschweige denn zutreffend zu würdigen [13]).

Einen weiten Spielraum bei den einstweiligen Verfügungen nehmen die Fragen ein, wie es während des Scheidungsprozesses mit den gemeinschaftlichen minderjährigen Kindern zu halten sei. In der Regel wünscht die Mutter die Sorge für die Kinder allein zu haben und, solange sie noch nicht zur Schule gehen, sind sie auch zweifellos bei der Mutter besser aufgehoben. Allein dann erhöht sich die pekuniäre Unterhaltspflicht des Mannes und nur zu bald verlangt er die Herausgabe des Kindes oder doch mindestens die Möglichkeit einer besseren Ueberwachung desselben, z. B. durch Zuführung des Kindes in gewissen Zeiträumen oder durch Zulassung seiner Besuche bei dem Kinde an mehreren Tagen der Woche. Diesen Verkehr zweckmäßig zu regeln ist dann oft recht schwierig und die Hoffnung, daß die Herzen der Eltern bei solchen Besuchen sich wieder zusammenfinden werden, meistens trügerisch. Oft ist der Vater auch gar nicht so eingenommen für das Kind, wie er vorgibt, sondern nur

12) Hat dagegen der Mann die Frau verlassen, ohne für sie zu sorgen, so kann es zuweilen in Frage kommen, ob die Frau nun auch ihrerseits die Herstellung des ehelichen Lebens verweigert. Daß sie sie verweigern darf, ist ohne weiteres anzunehmen, wenn sie jedoch etwa erklärt, sie wolle den Mann wieder bei sich aufnehmen, so würde § 1361 nicht zutreffen. Es heißt aber nicht: „so lange der eine die Herstellung verweigert und der andere sie verweigern darf", sondern derjenige, der sie verweigert, muß sie auch verweigern dürfen, bezw. derjenige, der sie verweigern darf, muß sie auch verweigert haben. Liegt die Verweigerung ihrerseits nicht vor, so hat die Frau auch keinen Anspruch auf eine Geldrente.

13) Näheres hierüber s. meinen Aufsatz im „Recht", 9. Jahrg. Nr. 2 S. 30 ff.

bemüht, die Frau zu schikanieren, und behelligt das Gericht mit beständigen neuen Anträgen, oft hat aber auch die Frau nur das Interesse, den Mann zu ärgern, indem sie zu gewissen Zeiten, z. B. zu Weihnachten, ihre Kinder ausschließlich um sich zu haben begehrt.

Zweifellos sind die einstweiligen Verfügungen überaus zweckmäßige Rechtsbehelfe verneinigter Ehegatten, aber sie erfordern auch, zumal bei Eheleuten besseren Standes, viel Erfahrung, praktischen Verstand und mildes Urteil, sowie Takt und Energie, sobald die Parteien allzusehr die einstige Liebe in Haß und Rankünne verwandelt haben.

VI. Die Aufforderung gemäß § 1571 Abs. 2.

Noch ein anderer Rechtsbehilf existiert für getrennte Ehegatten gemäß § 1571 Abs. 2 BGB. und bedarf hier noch kurzer Erwähnung, trotzdem auch er nur geringe praktische Bedeutung hat. Es heißt dort, daß, wenn der zur Scheidungsklage berechtigte Ehegatte von dem anderen Ehegatten aufgefordert wird, „die eheliche Gemeinschaft herzustellen oder die Klage zu erheben", die Frist, binnen deren diese Klageerhebung zu erfolgen hat, von dem Empfang der Aufforderung an läuft. Es kann also der schuldige Ehegatte den unschuldigen, der ihn mit Grund verlassen hatte, auffordern, entweder die Gemeinschaft herzustellen oder die Scheidungsklage zu erheben. Aus welchem Grunde die häusliche Gemeinschaft aufgehoben war, kommt dabei nicht in Betracht. Zweck dieser, erst bei der zweiten Lesung des BGB. eingeschalteten Ausnahmeschrift ist insbesondere, „dem unschuldigen Ehegatten die Möglichkeit zu geben, daß er dem schuldigen Ehegatten Zeit zur Besserung gewährt, oder daß er sich mit einer tatsächlichen Aufhebung der Gemeinschaft begnügt, ohne den Verlust des Scheidungsrechts befürchten zu müssen" (Planck, Kommentar Note 2 zu § 1571). Der wirkliche Zweck dürfte allerdings darin bestehen, daß nach § 1355 Abs. 2 derjenige Ehegatte, der auf Scheidung klagen kann, nicht verpflichtet ist, dem Verlangen der häuslichen Gemeinschaft Folge zu leisten, und daß dann nach § 1361 ihm ein Unterhaltsanspruch zusteht; will der schuldige Ehegatte diese Folge nicht tragen, so darf er an den anderen die Aufforderung richten, entweder zurückzukehren oder die Scheidungsklage zu erheben. Von dieser Aufforderung läuft die Klagefrist, und wenn sie fruchtlos abgelaufen ist, so ist der unschuldige Ehegatte nicht mehr scheidungsberechtigt und der schuldige nicht mehr unterhaltspflichtig. Letzterer ist dann auch davor geschützt, „daß er nicht wider seinen Willen an einem Ehebande festgehalten wird, ohne daß er den materiellen Gehalt der Ehe hat" (Planck ebenda). Wie letzteres zu verstehen sei, wird dem Laien nicht immer klar erscheinen, zumal der einfachste Ausweg der ist, eine Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft anzustellen und die Scheidung auf die Widerklage zu gewärtigen, die ja in der Regel nicht ausbleiben wird. Wohl aber hat die Unterhaltspflicht des schuldigen Ehegatten gegen den unschuldigen oft den Wunsch hervorgerufen, ein Ende zu machen, und wenn der Unterhaltsberechtigte es bequemer findet, die ihm gebührende Rente einzuziehen, als die Scheidung im Prozeßweg zu erlangen, der Andere aber Bedenken trägt, selbst als Klagepartei aufzutreten, so ist es allerdings nicht unzweckmäßig, eine solche Aufforderung ergehen zu lassen, zumal wenn man damit rechnet, daß der andere Teil ihre Bedeutung nicht versteht, die Frist daher verstreichen läßt und die Alimente sodann ohne weiteres einbüßt.

Das Reichsgericht hat sich kürzlich mit einem seltsamen Falle dieser Art beschäftigt, bei dem hauptsächlich die Frage der Ernstlichkeit erörtert wurde (Jur. Wochenschr. 1905 S. 495, Urteil vom 29. Juni 1905). In der

Vorinstanz war nämlich, nachdem die Aufforderung des Mannes an die Ehefrau, zurückzukehren oder Scheidungsklage zu erheben, vergeblich gewesen war, die Frau auf die vom Manne erhobene Herstellungsklage verurteilt worden. Das RGer. hob diese Entscheidung auf und führte folgendes aus: „Durch die Bestimmung, daß die sechsmonatige Frist nicht laufe, solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben sei, sollte den Ehegatten die Möglichkeit gewährt werden, sich zunächst tatsächlich von einander zu trennen, ohne daß der unschuldige Teil sein Recht auf Scheidung mit dem Ablauf der Frist einbüßt. Jeder der beiden Ehegatten sollte es aber auch in der Hand haben, den durch die tatsächliche Trennung geschaffenen Zwischenzustand durch Herbeiführung einer Entscheidung zu beseitigen, wenn ihm dieser Zwischenzustand mit Rücksicht auf den Unterhalt der Familie, die Erziehung der Kinder oder andere Umstände unerträglich erscheint. Eine Entscheidung sollte der schuldige Ehegatte dadurch herbeiführen können, daß er den unschuldigen Ehegatten auffordert, zu ihm zurückzukehren oder die Scheidungsklage zu erheben. Man bezweckte, auf diese Weise eine vorübergehende Trennung als Mittel zur Vorbereitung der Aussöhnung zuzulassen, ohne den einen Ehegatten in seinen Rechten zu Gunsten des anderen Ehegatten zu beeinträchtigen. Hiernach hat es dem Gesetzgeber ferngelegen, die Wirksamkeit der Aufforderung an das Erfordernis zu knüpfen, daß der Auffordernde ernstlich gewillt sein müsse, die Gemeinschaft wieder herzustellen. Hier hat der Wille des Auffordernden nur dahin zu gehen, den Aufgeforderten zu einer Wahl zwischen Herstellung und Erhebung der Scheidungsklage zu veranlassen."

Offenbar war also der entscheidende Gedanke der gewesen, daß, wenn die Aufforderung aus § 1571 erfolglos geblieben ist, die von dem Auffordernden selbst erhobene Herstellungsklage nicht ernstlich gemeint sein könne. Dies ist auch zweifellos richtig und überhaupt war die Klage des schuldigen Ehegatten nach dem, was vorangegangen war, fast unverständlich. Allein ebenso unverständlich war dann auch die Aufforderung, „zurückzukehren oder auf Scheidung zu klagen", denn dem Verlangen der Rückkehr stand entgegen, daß der andere Teil auf Scheidung klagen konnte, und dem Verlangen nach einer Klage stand entgegen, daß sie zu einer Verurteilung des Auffordernden führen mußte. Nur das läßt sich für die Zulässigkeit seiner Herstellungsklage geltend machen, daß, wenn er die Rückkehr oder die Klage verlangen darf, ihm nun auch bei verweigerter Rückkehr eine urteilsmäßige Feststellung von Wert sein muß, daß seine Aufforderung vergeblich war. Aber das ist im Gesetze nicht ausgesprochen und die Aufforderung des § 1571 hat also lediglich die Bedeutung, daß die Frist zur Erhebung der Scheidungsklage anders zu berechnen ist, als in den Fällen, wo eine solche Aufforderung nicht gestellt wurde.

Sonach ist auch der hier erwähnte Rechtsbehelf von keiner praktischen Bedeutung.

Fälligkeit der „Besitzveränderungsgebühr" bei bedingten oder ungültigen Rechtsgeschäften.

Von k. Notar Dr. Dennler in Lauf a. P.

Soweit das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, bestimmt sich gemäß Art. 311 bayer. Geb.-Ges. n. F. die Fälligkeit der Besitzveränderungsgebühr bei Rechtsgeschäften nach Art. 113 Geb.-Ges. ä. F. Im Geltungs-

bereich des Grundbuchrechtes gibt für den Anfall dieser Gebühr Art. 146 Geb.-Ges. n. F. Maß.

Der Art. 146 entspricht dem Sinn nach dem bisherigen Art. 113.

a) Art. 113.

Für die Anwendung des Art. 113 wurde vom Obersten Landesgericht in ständiger Rechtsprechung[1]) angenommen, daß die Beurkundung des die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums begründenden Vertrages genüge, daß wirkliche Uebertragung des Besitzes oder Eigentums für die Erhebung der Gebühr nicht vorausgesetzt werde, daß deshalb auch die Tatsache der Unwirksamkeit des beurkundeten Rechtsgeschäftes oder des Nichtvollzugs des Vertrages oder des Nichteintrittes der Bedingung für die Gebührenbewertung außer Berücksichtigung bleibe.

Des Näheren wurde diese Anschauung im Beschluß vom 22. September 1887 (s. o.) begründet. Diesem Beschluß liegt zwar der Art. 112 Geb.-Ges. vom 18. Aug. 1879 zugrunde; der Art. 113 des Gebührengesetzes in der Fassung von 1892 stimmt aber wörtlich mit dem Art. 112 überein, so daß die Ausführungen des genannten Beschlusses auch für die Auslegung des Art. 113 maßgebend sind. Es wurde auch stets in den neueren zu Art. 113 ergangenen Beschlüssen (s. o.) auf diese Ausführungen Bezug genommen.

Die Gründe des Beschlusses vom 22. September 1887 sind dreierlei:

1) Der Wortlaut des Gesetzes: Der verhältnismäßigen Gebühr seien alle Verträge unterworfen, durch welche über Besitz und Eigentum unbeweglicher Sachen 2c. verfügt werde; sonach sei für die Gebührenpflicht nur die Verfügung über die genannten Gegenstände entscheidend, ohne daß es darauf ankomme, ob der betreffende Vertrag wirklich zum Vollzug komme, so daß demzufolge nicht die Besitz- oder Eigentumsübertragung selbst, sondern schon der Titel zu einer solchen als gebührenpflichtig erklärt werde.

2) Die Stellung des Artikels 113 (112) im Gegensatz zu Art. 213 (211): nach letzterer Bestimmung unterlige allerdings der Akt der Besitzveränderung selbst der Gebührenbewertung; dieses sei aber nicht der Fall hinsichtlich der notariellen Urkunden und Ausfertigungen.

3) Die Bestimmung des Art. 135 (133): hienach seien Verträge, die unter einer Bedingung abgeschlossen wurden, wie unbedingte zu behandeln, und es werde somit die prozentable Gebühr für einen solchen Vertrag geschuldet, gleichviel ob er zur wirklichen Existenz gelange oder nicht.

Diese Gründe sind aber nicht ganz stichhaltig.

Was zunächst den Wortlaut anbelangt, so kann man schon in Zweifel ziehen, ob bei bedingten oder ungiltigen Rechtsgeschäften wirklich auch „verfügt" wird. „Verfügen" heißt doch eine Handlung vornehmen, die eine Rechtsänderung zur Folge hat. Tritt aber wie bei den genannten Rechtsgeschäften eine Aenderung nicht ein, so kann man auch nicht von einer „Verfügung" sprechen.

Was das Verhältnis des Art. 113 zu Art. 213 anlangt, so dürfte hieraus gerade das Gegenteil der obigen Folgerung sich ergeben.

Art. 113 und 213 stellen nicht — wie der Oberste Gerichtshof annimmt — einen Gegensatz dar; ihr Sinn und ihre Bedeutung sind vielmehr die gleichen. Sie wollen beide eine Besitz- oder Eigentumsänderung bewerten, nur mit dem Unterschied, daß es sich bei Art. 113 um die Bewertung einer auf Grund

1) Vgl. u. a. Beschluß vom 22. September 1887 (Samml. Bd. 11 S. 699); Beschluß vom 22. April 1901 (Samml. n. F. Bd. 2 S. 231); Beschluß vom 21. Oktober 1902 (a. a. O. Bd. 3 S. 853); Beschluß vom 5. Juni 1905 (a. a. O. Bd. 6 S. 364); Beschluß vom 3. Juli 1905 (a. a. O. S. 438).

eines Rechtsgeschäftes sich vollziehenden Besitz- oder Eigentumsänderung handelt, und bei Art. 213 um die Bewertung einer auf Grund eines sonstigen Vorgangs sich vollziehenden Besitz- oder Eigentumsänderung; im übrigen haben sie aber ganz dieselbe Tendenz.

Das ergibt sich klar aus dem 2. Absatz des Art. 213; dort heißt es ausdrücklich, daß die Besitzveränderungsgebühr subsidiärer Natur und nur für jene Besitzveränderungen zu entrichten sei, über welche nicht schon eine mit der verhältnismäßigen Gebühr bewertete Vertragsurkunde vorliege.

Art. 213 tritt demnach nur ergänzend zu Art. 113 hinzu; ihr beider Anwendungsgebiet ist, abgesehen von dem oben erwähnten Unterschied, das gleiche, nämlich die Bewertung von Besitz- und Eigentumsänderungen.

Was den Hinweis auf die Bewertung der bedingten Verträge betrifft, so ist die Nichtbeachtung einer dem Rechtsgeschäfte hinzugefügten Bedingung freilich die Regel; aber sie ist nicht eine Regel ohne Ausnahme. Bedingte Verträge sind gebührenmäßig nur insoweit wie unbedingte zu behandeln, „als das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt".

Eine solche andere Bestimmung ist nun aber aus dem rechtlichen Charakter der Besitzveränderungsgebühr zu folgern.

Die Gebühren sind zwar keine direkten Staatssteuern[2]), aber sie haben doch die Natur von Steuern, sie sind steuerartige Abgaben[3]), und speziell die Besitzveränderungsgebühren sind als Vermögenssteuern vom Grundbesitze aufzufassen, als Immobiliarverkehrssteuern, die das Grundvermögen beim Wechsel in der Person des Besitzers, wo der Wert in der Form des Kaufpreises sichtbar wird, außerdem beim Erbgang oder bei gerichtlicher Zusprechung erfassen[4]).

Die Besitzveränderungsgebühren sind Verkehrssteuern aus dem Grundvermögen, für welche die Besitzveränderung nur als Anlaß, als Gelegenheit zur Erhebung dient; sie sind also eine an die Tatsache des Eigentumswechsels geknüpfte Steuer[5]).

Aus dieser verkehrssteuerartigen Natur der Besitzveränderungsabgabe nach Art. 213 und 113[6]) folgt aber, daß sie nur für den Grundstücksverkehr geschuldet wird, also nur dann, wenn eine Veränderung im Grundstückseigentum eintritt.

Kommt es zu einer solchen nicht — sei es, daß das Rechtsgeschäft wegen Ausfalls der Bedingung, z. B. Vereitelung der Eheschließung bei Gutsübergaben an Verlobte, nicht zum Vollzug kommt oder daß es sonst unwirksam ist, z. B. wegen Verweigerung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, so entfällt auch die Voraussetzung der Besitzveränderungsgebühr. Sie ist also in diesen Fällen nicht geschuldet und müßte, wenn bereits gezahlt, wieder zurückvergütet werden; denn andernfalls würde sich der Staat grundlos bereichern, da er Verkehrssteuern einzieht, wo gar kein Grundstücksverkehr stattfindet.

b) Art. 146.

Dieselben Grundsätze müssen auch für die Gebühr nach Art. 146 Geb.-Ges. n. F. gelten.

---

2) Oberst. Gerichtshof, Beschluß vom 23. März 1898 (Samml. Bd. 17 S. 68).

3) Oberst. Gerichtshof, Urteil vom 1. Mai 1903 (Samml. n. F. Bd. 4 S. 301).

4) Oberberufungskommission für Steuersachen, Entscheidung vom 14. Mai 1904 (Mitt. 5 S. 37).

5) Verwaltungsgerichtshof, Entscheidung vom 19. Oktober 1903 (Samml. Bd. 25 S. 34); Beschluß vom 23. Oktober 1905 (Bl. f. d. b. Finanzw. Bd. 13 S. 307).

6) Pfaff Geb.-Ges., Anm. 1 zu Art. 249.

Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist zwar die Gebühr zu entrichten für Verträge, durch welche sich der eine Teil „verpflichtet", das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Aber diese Verknüpfung der Gebühr mit dem Veräußerungsvertrag beruht lediglich auf der Erwägung, daß wohl regelmäßig an die Beurkundung des obligatorischen Vertrags sofort die Auflassung angereiht wird, weshalb man aus praktischen Gründen (Vermeidung von außerdem nötigen Kontrolvorschriften) von der Normierung besonderer Gebührenbestimmungen einerseits für den Veräußerungsvertrag (§ 313 BGB.), andererseits für die Auflassungserklärung (§ 925 BGB.) abgesehen hat[7]). Aber an dem Charakter der Gebühr selbst ist zu früher nichts geändert.

Der Art. 146 Geb.-Ges. n. F. entspricht dem Art. 113 Geb.-Ges. ä. F., und wie dieser durch Art. 213 Geb.-Ges. ä. F. ergänzt wurde, so findet auch Art. 146 seine Ergänzung im Art. 249 Geb.-Ges. n. F.

Auch die Gebühr des Art. 249 — „Besitzveränderungsgebühr" wird sie in der Ueberschrift genannt — ist eine an die Tatsache des Eigentumswechsels bei Grundstücken geknüpfte Steuer und sie kommt ebenso wie die Gebühr nach Art. 113 zur Erhebung, „sofern nicht die Gebühr des Art. 146 bereits zur Erhebung gelangt ist".

Voraussetzung der Gebühr des Art. 146 ebenso wie der des Art. 249 muß also der Erwerb von Eigentum sein, und die Gebühr des Art. 146 ist somit ebenfalls nicht geschuldet, falls nicht ein solcher Erwerb vorliegt.

Die Gebühr des Art. 146 ist eben gleich der des Art. 113 eine Mutationsgebühr[8]).

Die Schuldung der Besitzveränderungsgebühr in den hier behandelten Fällen wird — falls der Oberste Gerichtshof seine Ansicht nicht ändert — wohl immer wieder angestritten werden. Es wäre deshalb angezeigt, wenn in die gegenwärtig eingebrachte Gebührennovelle zur Abschneidung von Zweifeln auch eine auf die vorwürfige Frage bezügliche Bestimmung aufgenommen würde, entweder dahingehend, daß bei bedingten Geschäften eine Besitzveränderungsgebühr zunächst nicht anfällt, oder daß sie wenigstens beim Nichteintritt der Bedingung oder bei sonst unwirksamen Geschäften wieder zurückvergütet wird.

Aehnliche Vorschriften bestehen schon in anderen Staaten.

So ist in Preußen zwar auch für die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde die Hinzufügung von Bedingungen und die unterbliebene Ausführung des Geschäftes ohne Bedeutung; es kann aber nach § 25 des Landesstempelgesetzes bei unterbliebener Geschäftsausführung die Erstattung bereits verwendeter Stempel aus Billigkeitsgründen angeordnet werden.

In Elsaß-Lothringen werden nach dem Verkehrssteuergesetz vom 14. November 1904 bedingte Verträge überhaupt nicht besteuert.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Spezialstrafgesetze; Strafrecht.

§§ 135, 136 Ziff. 1 Lit. e Vereinszollgesetz. Kenntnis der Zollpflichtigkeit nötig.

Der Revision des Angeklagten war der Erfolg nicht zu versagen. Nach den Feststellungen des Urteils hatte der Angeklagte zur Zeit der Einführung

7) Pfaff a. a. O., Anm 1 zu Art. 146.
8) Pfaff a. a. O.

der Apparate über die deutsche Grenze seinen Beruf als Zauberkünstler schon aufgegeben, hat die Apparate nicht zur Ausübung seines Berufes bei sich geführt, sondern sie nach Deutschland eingeführt, um sie dort zu verkaufen. Es handelte sich sonach nicht um Artistengut, das zollfrei war. Auch die Annahme, daß nicht zollfreie Retourware in Frage kam, ist zutreffend. Der Angeklagte wußte, wie das Urteil weiter feststellt, daß es sich nicht um Artistengut handle, er machte in dieser Richtung wissentlich unwahre Angaben und er handelte, was die Strafkammer gleichfalls als erwiesen erachtet, in der Absicht der Zollhinterziehung. Hiermit wäre an sich der Tatbestand des Vergehens nach § 135 des Vereinszollgesetzes objektiv und subjektiv ausreichend festgestellt, ohne daß es der Beiziehung der Bestimmung des § 136 Ziff. 1 Lit. e des Vereinszollgesetzes und der dort aufgestellten Rechtsvermutung bedurfte.

Das Urteil sagt aber weiter, daß der Angeklagte möglicherweise in dem Irrtum befangen gewesen sei, es handle sich um zollfreie Retourware. Diesen Umstand würdigt es nur nach der objektiven Seite, entzieht sich aber jeder Prüfung, wie weit ein derartiger Irrtum das subjektive Verschulden beeinflussen konnte.

Sowohl bei bloßer Anwendung des § 135 als bei Bezugnahme auf § 136 Ziff. 1 Lit. e war Voraussetzung der Bestrafung die Kenntnis des Angeklagten von der Zollpflichtigkeit der Ware. Diese Kenntnis bedarf im Falle des § 135 und in den Fällen des § 136 Ziff. 1 Lit. b und e der besonderen Feststellung, während sie in anderen Fällen des § 136 als vorhanden vermutet und dem Angeklagten nach § 137 der Gegenbeweis, daß er die Zollpflicht nicht gekannt habe, offen gelassen wird. Würde also der Angeklagte des auch irrigen Glaubens gewesen sein, die Waren seien als „Retourwaren" zollfrei, so konnte eine Bestrafung wegen unternommener Zolldefraude weder aus § 135 noch unter Bezugnahme auf § 136 Ziff. 1 Lit. e erfolgen.

Daß die Bestimmung im § 163 des Vereinszollgesetzes dieser Anschauung nicht entgegensteht, hat das Reichsgericht schon früher ausgesprochen (Entsch. des RGer. in Straff. Bd. 28 S. 195, 198 ff.).

Würde hiernach unter Umständen das Dasein einer Defraude zu verneinen sein, so blieb doch für die Strafkammer zu erwägen, ob der Angeklagte sich nicht einer Übertretung nach § 152 des Vereinszollgesetzes schuldig gemacht und eine Ordnungsstrafe verwirkt hat. Die Nichtanführung des § 136 Ziff. 1 Lit. e in § 137 Abs. 2 würde der Anwendung des § 152 nicht entgegenstehen. Entsch. des RGer. in Straff. Bd. 34 S. 223. III. Strafsenat D. 1251/05. Urteil vom 18. Januar 1906.

§ 240 StGB.; § 561 BGB. Nach den erstrichterlichen Feststellungen begaben sich die beiden Angeklagten, weil die Eheleute B. nach Ablauf der Kündigungsfrist die von ihnen gemietete Wohnung nicht verließen und die rückständige Miete nicht zahlten, im Auftrage ihrer Mutter in die B.'sche Wohnung, um die sofortige Räumung und „die Zahlung der rückständigen Miete zu veranlassen".

Hier trafen sie nur Frau B., die ihnen erklärte, ohne ihren Mann nicht verhandeln zu wollen, Miete nicht schuldig zu sein, und sie aufforderte, ihre Wohnung zu verlassen.

Diesem Verlangen kamen aber die Beschwerdeführer nicht nach; der Angeklagte Friedrich H. ergriff vielmehr eines der im Zimmer hängenden Bilder und brachte es in einen anderen Raum in der Absicht, dieses Bild sowie andere Sachen wegen der rückständigen Miete mit Beschlag zu belegen.

Gegen diese Wegnahme wehrte sich Frau B., worauf August H. sie gegen die Brust stieß und an beiden Armen festhielt, während Friedrich H. ein zweites Bild und eine Weckeruhr hinausbrachte.

Auf Grund dieses Sachverhaltes hat der Vorderrichter beide Angeklagte wegen Vergehens gegen §§ 240, 47, den Beschwerdeführer August H. außerdem noch aus §§ 223, 73 StGB. zu Strafen verurteilt.

Die erstrichterliche Begründung gibt indes zu rechtlichen Ausständen Veranlassung.

Zwar lassen sich wesentliche Bedenken gegen die Ausführungen, durch die der Vorderrichter die Voraussetzungen des § 229 BGB. als nicht vorliegend und gegeben nachweist, weder in objektiver noch in subjektiver Beziehung geltend machen, es ist auch nicht zu verkennen, daß in objektiver Richtung der § 561 daselbst insoweit versagt, als der Mieter der Wohnung zu einem Verlassen derselben noch nicht Anstalten getroffen hatte, dagegen konnte die erstrichterliche Begründung, soweit sie die subjektive Seite der Schuldfrage betraf, für erschöpfend und zutreffend nicht erachtet werden.

Nach den vorderrichterlichen Feststellungen haben beide Angeklagte geglaubt, die Eheleute B. beabsichtigten, die Wohnung ohne Zahlung der geschuldeten Miete zu verlassen und sich aus diesem Grunde zur Pfändung der fraglichen Sachen berechtigt gehalten. Letztere Schutzbehauptung hält indes die Strafkammer für irrelevant, weil nach den eigenen Angaben der Beschwerdeführer ihnen eine Mitteilung, sie seien zur Wegnahme von Sachen im Wege des Zwanges befugt, nicht gemacht worden sei.

Diese Begründung kann aber mit Rücksicht auf § 561 BGB. für genügend in subjektiver Beziehung nicht erachtet werden.

Glaubten die Angeklagten zur Fortnahme und Einbehaltung der Sachen befugt zu sein, weil sie deren unberechtigte Fortschaffung befürchteten, so konnte der Umstand, daß sie nicht dahin belehrt worden seien, auch im Wege des Zwanges vorgehen zu können, einen Einfluß überhaupt nicht ausüben, weil beim Vorliegen oder vermeintlichen Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des § 561 BGB., zu denen im Unterschied mit § 229 daselbst nicht gehört, daß obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen, die Anwendung von Zwang im Wege der Selbsthilfe zweifelsfrei gestattet ist.

Nach dieser Richtung wird die Strafkammer den Tatbestand einer erneuten Prüfung zu unterziehen haben. III. Strafsenat D. 799/05. Urteil vom 11. Januar 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Civilrecht; Justiz- oder Verwaltungssachen.

Begriff der „Veränderung im Besitze" unbeweglicher Sachen im Sinne des Gesetzes vom 15. Juni 1898, die Einführung einer Besitzveränderungsabgabe für Gemeinden betr.

Am 30. April 1904 verkaufte der Gastwirt G. M. in P. sein dortiges häusliches Anwesen mit realer Wirtschaftsgerechtigkeit an den durch seinen Vater Michael E. vertretenen minderjährigen Max E. Der Notar setzte für die Vertragsurkunde u. a. eine örtliche Besitzveränderungsabgabe von 377,50 Mk. an. Das Wirtsgewerbe wurde auch kurze Zeit im erkauften Anwesen von Michael E. ausgeübt; der Kauf wurde aber nicht rechtswirksam, weil das Vormundschaftsgericht die Genehmigung versagte. Da das Gesuch der Vertragsschließenden um Erstattung des gezahlten Abgabebetrags erfolglos blieb, erhoben sie Beschwerde gegen dessen Ansatz, die jedoch vom Landgerichte zurückgewiesen wurde.

Ihre weitere Beschwerde hatte den Erfolg, daß der Ansatz für nicht gerechtfertigt erklärt werde.

Gründe: Die angefochtene Entscheidung beruht im wesentlichen auf folgenden Feststellungen und Erwägungen: Die Vertragsurkunde enthalte die „Konstatierung", daß die Besitzeinweisung erfolgt ist. Daraus und aus der Bestimmung des Vertrags, daß der Uebergang der Nutzungen und der Lasten auf den Käufer am 8. Mai 1904 eintreten sollte, gehe hervor, daß die Ausübung der Wirtschaft durch Michael E. in der Zeit vom 8. bis zum 18. Mai 1904 auf Grund des Kaufvertrags und mit Zustimmung des Verkäufers stattfand. Eine weitergehende Besitzergreifung sei nach den Umständen nicht wohl möglich und auch weder veranlaßt noch notwendig gewesen; Michael E. habe schon in dem Anwesen gewohnt und sei in der Lage gewesen, ohne weiteres die Gewalt darüber auszuüben. Der Besitzwille des Michael E. sei ferner dadurch zum Ausdrucke gelangt, daß er nach der Uebernahme der Wirtschaft allein mit den Geschäftsleuten verhandelte, die zu dieser in Beziehung standen. Die Ausübung der Wirtschaft habe „aus den aus dem Kaufvertrag erfließenden Rechten" beruht; das Wirtsgeschäft lasse sich bei dem Mangel einer besonderen Vertragsbestimmung von dem Anwesen nicht dergestalt trennen, daß es als ein selbstständiger Vertragsgegenstand und für die Besitzfrage gesondert in Betracht kommen könnte. Die Ergreifung des Besitzes des Anwesens durch Michael E. sei in innerem und untrennbarem Zusammenhange mit dem Kaufvertrage gestanden. Durch die Besitzhandlung seines gesetzlichen Vertreters habe der minderjährige Käufer „mindestens den mittelbaren Besitz" an dem Anwesen erworben. Michael E. habe zwar die Wirtschaft für sich ausgeübt, aber dies habe doch auf dem Kaufvertrage beruht, durch den sein Sohn die Rechte des Käufers erhalten sollte. Wäre der Vertrag vom Vormundschaftsgerichte genehmigt worden, so würde Michael E. die Wirtschaft als ein seiner Nutznießung kraft der elterlichen Gewalt unterliegendes Erwerbsgeschäft seines Sohnes betrieben haben. Hiernach sei die Annahme gerechtfertigt, daß Michael E. nur als gesetzlicher Vertreter seines Sohnes und für diesen Besitz des Anwesens ergriff.

Diese Feststellungen und Erwägungen sind von irriger Auffassung des Begriffs der „Veränderung im Besitze" im Sinne des Gesetzes vom 15. Juni 1898, die Einführung einer Besitzveränderungsabgabe für Gemeinden betr., beeinflußt. Zuzugeben ist, daß die Frage, was unter „Besitz" und unter „Veränderung im Besitze" zu verstehen sei, nach den Vorschriften des jeweils geltenden bürgerlichen Rechtes zu beantworten ist. Es kommt dabei aber auch der Zweck des Gesetzes in Betracht. Dieses will diejenigen Rechtsänderungen einer besonderen Abgabe unterwerfen, die sich in Ansehung der im Gemeindebezirke gelegenen unbeweglichen Sachen in der Person des berechtigten Subjekts (Besitzers, Eigentümers) vollziehen, sei es infolge eines rechtsgeschäftlichen Vorgangs, sei es unmittelbar kraft des Gesetzes. Daraus folgt, daß zur „Veränderung im Besitz" mehr zu fordern ist, als eine Aenderung bloß im tatsächlichen Besitzverhältnisse. Das Beschwerdegericht hat als einzige Besitzhandlung die Tatsache festgestellt, daß der Vertreter des Käufers zehn Tage lang das Wirtschaftsgewerbe in dem Anwesen ausgeübt hat und zwar „für sich", also in eigenem Namen und für eigene Rechnung, weder im Namen noch für Rechnung des Käufers. Hiernach ist nicht einmal genügend festgestellt, daß der Käufer durch seinen Vertreter die tatsächliche Gewalt über die gekaufte Sache erworben hat (§ 854 des BGB.), abgesehen davon, daß die Erwerbung der bloß tatsächlichen Gewalt, wie schon bemerkt wurde, nicht genügen würde, um eine „Veränderung im Besitze" im Sinne des Gesetzes zu begründen.

Diese Auffassung des Begriffs der Besitzveränderung trat auch bei der Beratung des Gesetzentwurfes zutage. Bei der Beratung in der Kammer der Abgeordneten bemerkte der Berichterstatter, als Bedenken gegen die Vorlage sei im Ausschusse hervorgehoben worden, „warum man Besitz oder Eigentum sage." Dagegen sei mit Recht bemerkt worden, man habe sich eben an das Gebührengesetz selbst gehalten und damit ausgedrückt, „daß nur die Besitzveränderungsfälle, welche im Gebührengesetze selbst geregelt sind, unter das Gesetz fallen" (Verh. der K. der Abgeordn. 1897/1898, Stenogr. Ber. Bd. 12 S. 423). Diese Auffassung blieb auch im weiteren Verlaufe der Beratung ohne Widerspruch. Damit ist für die Fälle, in denen es sich um eine in Folge eines Vertrags eingetretene Besitzveränderung handelt, auf die Vorschrift im Art. 113 Ziff. 1 des Gesetzes über das Gebührenwesen in der Fassung von 1892, die mit der des Art. 112 Ziff. 1 des Gesetzes in der Fassung von 1879 wörtlich übereinstimmt, also auch auf die Vorschriften des Art. 14 des Notariatsgesetzes vom 10. November 1861 und des Art. 219 des Ausf.-Ges. zur Reichs-CPO. und KO., die dort angeführt sind, verwiesen. Als „Verträge, durch welche über Besitz oder Eigentum unbeweglicher Sachen verfügt wird", sind demnach nur solche Verträge anzusehen, durch die entweder das Eigentum übertragen oder doch wenigstens der Eigentumsbesitz (Usukapionsbesitz) überlassen wird, der mit der Zeit zur Erwerbung des Eigentums durch Ersitzung führen kann, also ein Rechtsverhältnis begründet wird, bei dem „die Besitzüberlassung eine Brücke zur Uebertragung des Eigentums bilden soll" (v. Zink, Erläuterung des Gesetzes vom 10. November 1861, das Notariat betr., in Dollmanns Gesetzgebung des Königreichs Bayern Teil II Bd. 3 S. 431, 432; Brunner in Hausers Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht Bd. 5 S. 295, 301; Art. 13 des Entw. eines Not.-Ges. von 1851, der hinsichtlich der Bezeichnung des Gegenstandes der Verträge mit dem Artikel 14 des Gesetzes von 1861 wörtlich übereinstimmt, (Verh. der K. der Abgeordn. 1851, Beil.-Bd. 1 S. 21, Stenogr. Bericht Bd. 1 S. 297; Art 23 Abs. 1 des Gesetzes über das Taxregulativ für die Angelegenheiten der nichtstreitigen Rechtspflege u. s. w. vom 28. Mai 1852 und v. Stokars Erläuterung des Gesetzes bei Dollmann a. a. O. Teil II Bd. 2 S. 413, 414). Da es in dem vorliegenden Falle an einem „rechtmäßigen" Titel zum Uebergange des Eigentums fehlte, konnte nach den Normen des gemeinen Rechtes, das zur Zeit der Schließung des Vertrags in P. noch galt, die ordentliche Ersitzung für den Käufer nicht beginnen und auch die etwa begonnene sog. außerordentliche Ersitzung jedenfalls von dem Augenblick an nicht mehr fortgesetzt werden, in dem der Vertreter des Käufers von der Unwirksamkeit des Kaufvertrags Kenntnis erlangte, sich also nicht mehr in dem guten Glauben befinden konnte, Eigentum für den Käufer erworben zu haben.

Bezeichnend ist auch die Tatsache, daß in dem jetzt geltenden Gesetze über das Gebührenwesen die Worte „Besitz" und „Erwerbung von Besitz" in den an die Stelle des Art. 113 Ziff. 1 und der Art. 212 bis 216 des Gesetzes von 1892 getretenen Vorschriften des Art. 146 und der Art. 249 bis 252 überhaupt nicht mehr vorkommen, sondern in diesen Vorschriften nur noch von „Uebertragung des Eigentums" und „Erwerbung des Eigentums" an einem Grundstücke die Rede ist, weil eben nach den Vorschriften des neuen Liegenschaftsrechts der Eigentumsbesitz an unbeweglichen Sachen und die Ersitzung solcher Sachen im Sinne der früheren Gesetze nicht mehr stattfinden können [1]).

1) Es ist deshalb auch die Ausdrucksweise des Gesetzes vom 15. Juni 1898 für die

Belanglos ist der Umstand, daß in der Ueberschrift von Tit. I des 2. Abschnitts der 7. Abteilung des Gesetzes der Ausdruck „Besitzveränderungsgebühr" beibehalten wurde. II. Civ.-S. Reg. V Nr. 32,05; Beschluß vom 6. Dezember 1905.

Anspruch des Erstellers eines Neubaues gegen die Gemeinde auf Erstattung des infolge einer vertragswidrig höheren Berechnung zu viel gezahlten Betrags von Kosten für die Herstellung des neuen Straßenkörpers. Bereicherungsklage? Unzulässigkeit des Rechtswegs.

Hierüber äußern sich die Gründe des letztinstanziellen Urteils, aus denen sich auch der Sachverhalt zur Genüge ergibt, folgendermaßen:

Der Kläger machte zur Begründung seines Anspruchs geltend, er habe auf Grund vertragsmäßiger Uebernahme der durch die Herstellung der Straße längs seines Neubaues entstehenden Kosten den von der Stadtverwaltung festgesetzten Betrag dieser Kosten bezahlt, um nicht im Bauen aufgehalten zu werden, die gezahlte Summe übersteige aber den nach dem Vertrage wirklich geschuldeten Kostenbetrag und er verlange daher die Zurückerstattung des zu viel Bezahlten aus dem Grunde der ungerechtfertigten Bereicherung. Der Rechtsstreit dreht sich also um die von der Stadtverwaltung in Anspruch genommene Pflicht des Klägers zur Tragung der Kosten der Herstellung einer öffentlichen Ortsstraße. Das Straßenwesen bildet aber einen Gegenstand des öffentlichen Rechts. Nach § 65 Abs. 2 und 3 der VO. vom 17. Dezember 1825, die Formation, den Wirkungskreis und den Geschäftsgang der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betreffend, gehören die Leitung des Straßenbaues und die Sorge für die Anlegung und Unterhaltung zweckmäßiger Kommunikationswege zum Wirkungskreise der Kreisregierungen, Kammern des Innern. Im Art. 8 Ziff. 34 des Ges. vom 8. August 1878, betr. die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs u. s. w., sind bestrittene Verbindlichkeiten in Bezug auf Herstellung und Unterhaltung der nicht in die Klasse der Staatsstraßen gehörigen öffentlichen Wege als Verwaltungsrechtssachen bezeichnet, die nach Art. 7 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 des Gesetzes zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und in oberster Instanz des Verwaltungsgerichtshofs gehören. Nach § 62 Abs. 3 und 6 der VO. vom 31. Juli 1890, die Bauordnung betr., und vom 17. Februar 1901 gleichen Betreffs darf die Bewilligung zu Bauführungen in neuen Bauanlagen von Städten erst erteilt werden, wenn vorher bezüglich der Herstellung des Straßenkörpers Sicherheit geleistet ist, und wird der Betrag der unter den Voraussetzungen in den Absätzen 4 und 5 von § 62 zu ersetzenden notwendigen Auslagen für die Herstellung der Straße durch die Baupolizeibehörde festgestellt. Die Festsetzung der Beiträge des Klägers zu den Kosten der Herstellung der Straße und deren Einhebung bilden Handlungen der Fürsorge einer Verwaltungsbehörde für die Herstellung einer Ortsstraße und demgemäß nach den angeführten Vorschriften einen Teil der Tätigkeit, für die nach den bestehenden Normen des öffentlichen Rechts die Verwaltungsbehörden zuständig sind.

Im vorliegenden Falle kommt allerdings in Betracht, daß die Verpflichtung zur Tragung der Kosten der Straßenherstellung in einem Vertrage übernommen wurde, der von einer Rechtsvorgängerin des Klägers mit der Stadtgemeinde B. geschlossen wurde. In Art. 13 des Ges. über den Verwaltungsgerichtshof ist nämlich bestimmt, daß dieser in Sachen, die — ihrer Natur nach — vor

---

Zeit, da das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nicht mehr zutreffend, da von da an nur noch Rechtsänderungen im Eigentum (Geb.-Ges. Art. 146, 249) in Betracht kommen.
Anm. des Einf.

die Civilgerichte gehören, nicht zuständig ist. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs und überhaupt der Verwaltung greift demnach nicht Platz für Streitigkeiten über Ansprüche, die auf einem Privatrechtstitel beruhen. Einen vornehmlichen Privatrechtstitel bilden aber Verträge. Der Vertrag ist jedoch als Rechtstitel keineswegs dem bürgerlichen Rechte eigentümlich, er gehört auch dem Gebiete des öffentlichen Rechts an. Ersteres ist der Fall, wenn Privatrechte den Gegenstand des Vertrags bilden, letzteres wenn ein öffentlich-rechtliches Verhältnis seine Grundlage bildet. Der vorliegende Vertrag ist in Befolgung der Vorschrift von § 62 der Bauordnung geschlossen worden, welche es der Baupolizeibehörde zur Pflicht macht, die Bewilligung zu einer Bauführung nur zu erteilen, wenn vom Unternehmer vorher für die Herstellung des betreffenden Teiles der Straße Sicherheit geleistet ist. Diese in der Bauordnung enthaltene allgemeine Vorschrift stellt nach ihrem Inhalte eine Anordnung baupolizeilicher, also öffentlich-rechtlicher Natur dar. Es kommt deshalb auch dem zufolge der angeführten Vorschrift geschlossenen Vertrage über die Tragung der Kosten der Straßenherstellung öffentlich-rechtliche Natur zu. Ein Rechtsstreit über die hiernach übernommene Verbindlichkeit fällt deshalb in den Bereich der Zuständigkeit der Verwaltung und zwar nicht bloß, soweit es den rechtlichen Bestand der Verpflichtung zur Tragung der Kosten der Straßenherstellung an sich betrifft, sondern auch soweit es sich um den Umfang der Verpflichtung, insbesondere um den Betrag der zu tragenden Kosten handelt.

Daß die Vertragsurkunde, in welcher die erwähnte Verpflichtung übernommen wurde, zugleich andere Vereinbarungen privatrechtlicher Natur, insbesondere ein Tauschgeschäft enthält, läßt den öffentlich-rechtlichen Charakter der auf die Kosten der Straßenherstellung sich beziehenden Vereinbarung unberührt, da die verschiedenen in einer Vertragsurkunde enthaltenen Vereinbarungen nach den für sie maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen zu beurteilen sind.

Auch der Umstand, daß im vorliegenden Falle nicht die Erfüllung der Pflicht zur Zahlung der Kosten der Straßenherstellung beansprucht, sondern die Zurückerstattung des angeblich zu viel Bezahlten wegen ungerechtfertigter Bereicherung verlangt wird, ändert die öffentlich-rechtliche Natur des erhobenen Anspruchs nicht. Denn auch ein Anspruch der letzteren Art kann dem Bereiche des öffentlichen Rechts angehören. Es ist dies der Fall, wenn und insoweit der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung darauf gestützt wird, daß die Leistung, die zur Erfüllung einer in den Bereich des öffentlichen Rechts fallenden Verpflichtung gemacht wurde, ganz oder teilweise nicht geschuldet sei, wenn der Anspruch also auf die Verneinung des Bestandes einer öffentlich rechtlichen Verbindlichkeit in dem von der Verwaltung behaupteten Umfange gegründet wird. Denn die Verneinung des rechtlichen Bestandes der Verbindlichkeit gehört hier zum Klagegrunde und drückt daher dem Anspruche den Stempel der öffentlich rechtlichen Natur auf. Es hat daher auch in diesem Falle die Verwaltung über den wegen des Anspruchs erhobenen Rechtsstreit zu erkennen. II. Civ.-S. Reg. I Nr. 137/05; Urteil vom 9. Oktober 1905.

Nachschrift: Die Entscheidung ist in Uebereinstimmung mit dem Urteile des Berufungsgerichts ergangen. Das in erster Instanz ergangene Urteil hatte die Zuständigkeit des Civilgerichts angenommen. Die für die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde angeführten Gründe dürften kaum als durchschlagend anzusehen sein.

Für die Frage nach der Zuständigkeit der Gerichte oder Verwaltungsbehörden in einer Streitsache kommt es darauf an, ob ein privatrechtliches

oder ein öffentlich-rechtliches Verhältnis den Gegenstand des Streits bildet. Im allgemeinen ist ersteres der Fall, wenn es sich nach dem Klageanspruch um Rechte oder Pflichten handelt, bei denen sich die im Rechtsverbande Stehenden als selbständige Rechtssubjekte gegenüber stehen, das in Anspruch genommene Recht und die diesem entsprechende Verpflichtung des Gegners nicht in dem Verhältnisse des Einzelnen zum Staat oder zu einem andern öffentlichen Verbande und in der diesen Verbänden wegen ihrer öffentlichen Aufgaben zustehenden Gewalt ihren Grund haben. Abweichungen von diesem Grundsatz sind nur insoweit anzuerkennen, als sie auf Gesetz oder der Zulassung durch Gesetz beruhen. Im vorliegenden Falle war Kläger nach einem mit der Stadtverwaltung geschlossenen Vertrage verpflichtet, die Kosten der Pflasterung der öffentlichen Straße bei einem von ihm erworbenen Besitztum innerhalb des Stadtbezirks zu tragen. Eine gesetzliche Verpflichtung hiezu bestand für ihn nicht. Würde eine solche bestehen, so wäre sie zweifellos öffentlich-rechtlicher Natur, weil es sich um eine Verpflichtung handeln würde, die den Angrenzern einer Ortsstraße im öffentlichen Interesse, nämlich der Gewinnung von dem öffentlichen Verkehr dienenden Anlagen im Innern einer Stadt auferlegt ist. Die politische Gemeinde hat nach Art. 38 der Gemeindeordnung für das diesseitige Bayern und Art. 29 der Gemeindeordnung für die Pfalz die Pflicht zur Herstellung und Unterhaltung der Gemeindewege. Die Vorschrift dieser Artikel unterscheidet jedoch die Ortsstraßen von den übrigen Gemeindewegen. In Bezug auf Ortsstraßen oder öffentliche Wege, die den Verkehr innerhalb des Häuserkomplexes einer Ortschaft vermitteln, liegt nach den angeführten Gesetzesvorschriften der Gemeinde die Pflicht zur Herstellung nicht ob, sondern nur die Pflicht zur Unterhaltung. Der Grund für diese Unterscheidung ist wohl darin zu suchen, daß man den Angrenzern einer anzulegenden Ortsstraße nicht ein gesetzliches Mittel an die Hand geben wollte, die Gemeinde zur Herstellung einer Ortsstraße zu zwingen, sondern dieser die Möglichkeit offen halten wollte, die Herstellung der Straße erst zu unternehmen, wenn der Angrenzer, der ja ein großes wirtschaftliches Interesse an der Straßenherstellung hat, sich zu Opfern herbeiläßt, um der Gemeinde die finanzielle Last dieser Herstellung zu erleichtern. Jedenfalls besteht eine gesetzliche Verpflichtung zur Herstellung von Ortsstraßen für Dritte und namentlich für die Angrenzer ebensowenig als für die Gemeinde. Wenn der Angrenzer, wie im vorliegenden Falle, der Gemeinde gegenüber die Pflicht zu Tragung der Kosten der Herstellung übernommen hat, so ist diese Verpflichtung nicht im Gemeindeverbande, sondern nur in dem besonderen Rechtstitel des Vertrags begründet. Vermöge des Grundes, auf welchem das Recht auf die Leistung und die entsprechende Verbindlichkeit beruht, handelt es sich hier nur um ein Privatrechtsverhältnis.

Das Oberste Landesgericht berief sich für seine gegenteilige Annahme auf § 65 der Formationsordnung vom 17. Dezember 1825 und auf Art. 8 Ziff. 34 des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof.

§ 65 der Formationsordnung von 1825, die übrigens keine Gesetzeskraft hat, weist den Kreisregierungen in Absatz 2 die Leitung des Straßenbaues, mögen die dazu erforderlichen Mittel aus Gemeinde-, Distrikts-, Kreis- oder Staatsfonds bestritten werden, und in Absatz 3 die Sorge für Anlegung und Unterhaltung zweckmäßiger Vizinal- und Kommunalwege und die Entscheidung von Streitigkeiten über die desfallsigen Konkurrenzverbindlichkeiten zu. Die Verordnung setzt also voraus, daß die Kosten des Straßenbaues — Herstellung und Unterhaltung — von den genannten öffentlichen Verbänden zu tragen sind. Die Pflicht hiezu ist offenbar nur als eine öffentlich-rechtliche gedacht. In

Einklang hiemit erklärt Art. 8 des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof Streitigkeiten über die öffentliche Eigenschaft eines Wegs und über die Verbindlichkeiten zu Herstellung und Unterhaltung öffentlicher Wege als Verwaltungsrechtssachen. Daß unter den hier bezeichneten Streitigkeiten über Verbindlichkeiten zu Herstellung und Unterhaltung öffentlicher Wege nur Streitigkeiten über öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten hiezu zu verstehen sind, erhellt insbesondere aus Art. 13 des genannten Gesetzes, wonach die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs — der Verwaltung — sich nicht auf Rechtssachen erstreckt, die vor die Civil- oder Strafgerichte gehören, wonach also an der Zuständigkeit der Gerichte, soweit sie nach der innern Natur des streitigen Rechtsverhältnisses begründet ist und bisher bestand, nichts geändert werden soll. Die gerichtliche Zuständigkeit greift aber nach dem oben Gesagten dann Platz, wenn die angebliche Verbindlichkeit zur Herstellung oder Unterhaltung der Straße auf Grund eines besonderen Rechtstitels, insbesondere eines Vertrags in Anspruch genommen wird. Vgl. Urteil des Obersten Landesgerichts vom 1. Februar 1905 und die dortigen Citate (Bl. f RA. Bd. 70 S. 233). In dem oben mitgeteilten Urteile vom 9. Oktober 1905 ist zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Natur des Rechtsstreits noch besonderes Gewicht auf § 62 der Bauordnung vom 17. Februar 1901 gelegt, wornach die polizeiliche Bewilligung eine Bauführung in neuen Bauanlagen erst erteilt werden darf, wenn vorher die Herstellung des Straßenkörpers für den betreffenden Teil der Straße — durch den Unternehmer des Baues — gesichert ist. Allein durch diese Vorschrift kann eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Tragung der Kosten der Straßenanlage nicht geschaffen werden, weil eine gesetzliche Grundlage hiefür fehlt, und soll eine solche auch nicht geschaffen werden. Die Erteilung der polizeilichen Bewilligung zu neuer Bauführung ist freilich Sache der Verwaltungsbehörde und kann auf gerichtlichem Wege nicht erzwungen werden, auch dann nicht, wenn der Grund der Vorenthaltung der Bewilligung darin liegt, daß der Baulustige die Kosten der Straßenherstellung nicht übernehmen will. Der Strafrichter hat eben, wenn der Angrenzer der Straße ohne polizeiliche Bewilligung baut, nur zu prüfen, ob ohne polizeiliche Bewilligung gebaut wurde. Die Gründe der Nichtbewilligung sind seiner Nachprüfung entzogen. Die Nichterteilung der polizeilichen Bewilligung einer Bauführung bloß aus dem Grunde, weil der Bauunternehmer die Tragung der Kosten der Herstellung einer projektierten, an den Neubau angrenzenden öffentlichen Straße nicht übernehmen will, dürfte übrigens gesetzlich kaum gerechtfertigt sein. Die Bauordnung ist erlassen auf Grund von § 367 Nr. 15, § 368 Nr. 3, 8 StBG. und von Art. 73 Abs. 1, sowie Art. 101 Pol.-StGB. In diesen Gesetzesvorschriften läßt sich doch wohl eine Ermächtigung zu andern als polizeilichen Vorschriften über die Art und Weise der Bauführungen nicht erblicken. Die Erteilung der polizeilichen Baubewilligung darf daher wohl nur von der Einhaltung der die Bauführung betreffenden, aus polizeilichen Rücksichten getroffenen Anordnungen abhängig gemacht werden, nicht aber von der Erfüllung sonstiger Auflagen, insbesondere solcher, die die Wahrnehmung des finanziellen Interesses der betreffenden Gemeinde bezwecken. Die Vorschrift von § 366 Nr. 10 StGB., welche die Uebertretung der zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Plätzen und Straßen erlassenen Polizeiverordnungen mit Strafe bedroht, ist in der Bauordnung nicht in Bezug genommen. Diese Polizeiverordnungen können nur Handlungen oder Unterlassungen an oder auf öffentlichen Straßen zum Gegenstand haben, die den Bewohnern behufs Wahrung der vorbezeichneten

Zwecke zur Pflicht gemacht werden. Den ihnen zur Pflicht gemachten Handlungen oder Unterlassungen haben sich die Bewohner allerdings ohne Entgelt zu unterziehen, wenn nicht etwa ein solches bewilligt wird. Aber die bloße Pflicht, Kosten, insbesondere die Kosten der Herstellung einer von der Gemeinde gebauten Straße zu tragen, hat nicht einen polizeilichen, sondern einen finanziellen Zweck und Charakter, und die Auflage einer derartigen Pflicht kann nicht auf § 366 Nr. 10 StGB. gestützt werden. Vgl. auch Seydel, Bayer. Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. 3 S. 4 i. f. und S. 5 pr.[1])

Die Bauordnung macht es denn auch den Angrenzern einer Straße nicht zur Pflicht, die Kosten vor deren Herstellung zu tragen. Sie schreibt nur vor, daß die polizeiliche Bewilligung der Bauführung nicht erteilt werden darf, ehe die Herstellung des betreffenden Teils der Straße gesichert ist. Die Verwaltung der Gemeinde, die die Straße herstellen läßt, wird daher durch die Bauordnung nicht ermächtigt, von den Angrenzern ohne weiteres die Tragung jener Kosten zu beanspruchen. Das Recht hiezu erlangt sie erst mit der vertragsmäßigen Uebernahme der Kosten, und der Vertrag, durch den sie von dem Angrenzer übernommen werden, bildet ausschließlich den Rechtsgrund der Verpflichtung zu Tragung der Kosten. Die Baubewilligung bildet deshalb nicht den Rechtsgrund dieser Verpflichtung, sondern die Erlangung der Baubewilligung bildet für den Angrenzer nur den Beweggrund, aus dem er sich zur Eingehung der Verpflichtung entschließt. Die Baubewilligung kann auch nicht als die Gegenleistung für die Uebernahme der Kosten der Straßenherstellung angesehen werden. Die Erteilung dieser Bewilligung ist ein einseitiger obrigkeitlicher Akt, bei welchem nur als Vorfrage geprüft wird und nach § 62 der Bauordnung zu prüfen ist, ob die Herstellung der an den aufzuführenden Bau angrenzenden öffentlichen Straße — durch vertragsmäßige Uebernahme der Kosten — gesichert ist. Ein Rechtsstreit darüber aber, welche Wirkungen der Vertrag, durch den die Kosten übernommen werden, unter den Vertragschließenden erzeugt, ist unabhängig hievon nach der Natur des Vertrags und seinem Inhalte zu entscheiden. Hiebei kommt in Betracht, daß sich die Vertragschließenden als selbständige Rechtssubjekte gegenüberstehen, die durch den Vertrag zu begründenden Rechte und Pflichten nicht auf öffentlichen Rechtsnormen beruhen, sondern lediglich zufolge der beiderseitigen Willenserklärungen der Vertragschließenden nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts entstanden. In dem Urteile vom 9. Oktober 1905 ist gesagt, der vorliegende Vertrag falle in den Bereich des öffentlichen Rechts, weil ein öffentlich-rechtliches Verhältnis seine Grundlage bilde. Allein wenn hiemit etwas anderes gesagt sein soll, als „weil der Vertrag ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zum Gegenstand oder Inhalt habe", so geht es doch wohl zu weit. Wenn ein Baumeister mit der

1) Eine bestrittene Frage ist es bekanntlich, ob den Angrenzern einer Ortsstraße die Herstellung und Unterhaltung der Trottoirs durch polizeiliche Anordnung auferlegt werden kann. Der Strafsenat des Oberlandesgerichts und des Obersten Landesgerichts in München hat dies anerkannt. Allein der § 366 Nr. 10 StGB., der von Erhaltung der Sicherheit ꝛc. auf Straßen spricht, setzt doch wohl seinem Wortlaute nach voraus, daß die polizeilichen Vorschriften sich auf bereits bestehende oder fertig gestellte Straßen beziehen. Die Trottoirs bilden aber einen Teil des Straßenkörpers, der wie die Fahrbahn der Straße der Bewältigung des Verkehrs auf dieser zu dienen und daher als Straße zu gelten hat. Die Auferlegung der Pflicht zur Unterhaltung der Trottoirs steht mit Art. 38 der Gemeindeordnung in Widerspruch, der die Unterhaltung der Ortsstraßen der Gemeinde zur Pflicht macht. Vgl. Art. 10 Pol.-StGB. und Seydel, Bayer. Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. 3 S. 307. Wünschenswert ist jedenfalls, daß durch das Gesetz eine klare Grundlage dafür geschaffen wird, welche Opfer den Angrenzern einer öffentlichen Straße im Interesse ihrer Anlage und Instandhaltung angesonnen werden können.

Staats- oder Gemeindeverwaltung einen Vertrag schließt, durch den er sich zur Herstellung oder Ausbesserung einer öffentlichen Straße oder eines Amtsgebäudes verpflichtet oder wenn jemand für seinen Nachbarn in dessen Abwesenheit dessen fällige Steuern bezahlt, so ist der Anspruch auf Zahlung für die vertragsmäßig ausgeführten Bauarbeiten und auf Rückersatz der bezahlten Steuern ein Privatrechtsanspruch, obgleich im ersteren Falle der Vertrag sich auf einen öffentlichen Zwecken gewidmeten Gegenstand bezieht, die Staats- oder Gemeindeverwaltung bei Schließung des Vertrages in Erfüllung ihrer amtlichen Pflichten handeln und obgleich im zweiten Falle die Geschäftsführung ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zur Grundlage hat. In beiden Fällen wird durch das Rechtsgeschäft nur ein Privatrechtsverhältnis begründet. Entscheidend ist, wie oben ausgeführt, für die privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Natur eines erhobenen Anspruchs, ob er im öffentlichen oder im bürgerlichen Rechte seinen Grund hat, für die erwähnte Natur eines Rechtsgeschäfts, insbesondere eines Vertrags, ob ein öffentliches oder privatrechtliches Verhältnis seinen Inhalt oder Gegenstand bildet. Den Rechtsgrund der Verpflichtung zu Tragung der Kosten der Straßenherstellung bildet aber im vorliegenden Falle ein dem Bereiche des bürgerlichen Rechts angehöriger Vertrag. Ist dies der Fall, so bildet der Streit über die Pflicht zu Tragung der fraglichen Kosten und namentlich auch der Streit über die Pflicht zum Rückersatz des angeblich zu viel bezahlten Betrags desselben einen bürgerlichen durch die ordentlichen Gerichte nach Maßgabe der Civilprozeßordnung zu entscheidenden Rechtsstreit.

Wenn im letzten Absatze von § 62 der Bauordnung gesagt ist, daß der Betrag der — für die Herstellung der Straße durch den Angrenzer — zu ersetzenden notwendigen Auslagen durch die Baupolizeibehörde festgesetzt wird, so ist diese Vorschrift für die Baupolizeibehörde maßgebend und gegebenen Falls für die Entschließung über die Erteilung der Baubewilligung zu berücksichtigen. Aber die Natur des Rechtsstreits über die Verpflichtungen aus dem vorerwähnten Vertrage und über den Umfang der nach Maßgabe des Vertrags bestehenden Verpflichtungen wird hiedurch nicht berührt. X.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Strafsachen).

Strafrecht.

StGB. §§ 186, 193. Es genügt die Feststellung, daß der Angeklagte durch seine Aeußerung in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet habe, welche diesen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzusetzen geeignet sei. Zwar ist dadurch auch nicht bestimmt ausgedrückt, welche von diesen beiden, alternativ erforderlichen Eigenschaften der behaupteten Tatsache zukommt; aber dies ist unerheblich, weil beide Eigenschaften vom Gesetze gleichgestellt sind. — Das Gericht hat in subjektiver Beziehung in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob dem Angeklagten das Bewußtsein innewohnte, daß die behauptete Tatsache geeignet sei, eine der genannten Wirkungen hervorzubringen; einer ausdrücklichen Feststellung in dieser Richtung bedarf es im Urteil aber nur dann, wenn das Vorhandensein dieses Bewußtseins bestritten wird oder sonst die Verhandlung dazu Anlaß gibt. — Unzutreffend ist es, das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 193 StGB. lediglich deshalb zu verneinen, weil die inkriminierte Aeußerung im Wirtshaus gemacht worden und dies nicht der Ort sei, an dem der Angeklagte berechtigte Interessen wahrzunehmen gehabt hätte. Nicht auf den Ort kommt es an, an welchem die betreffende Aeußerung gemacht wurde, auch nicht darauf, ob nicht

der Angeklagte einen geeigneteren Weg zur Wahrnehmung berechtigter Interessen hätte einschlagen können, sondern darauf, ob er die Aeußerung zu dieser Wahrnehmung gemacht hat und ob nicht aus deren Form oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, das Vorhandensein der Beleidigung hervorgehe. Urteil vom 28. November 1905; Rev.-Reg. Nr. 314/05.

Gew.-Ordn. §§ 55, 148 Ziff. 7 und 7a; Wandergewerbesteuergesetz vom 16. März 1879/20. Dezember 1897. Vorgängige Bestellung. Verhältnis von Uebertretungen der Gew.-Ordn. und Steuerdelikten zu einander.

Ein Gewerbebetrieb im Umherziehen liegt nicht vor, wenn durch die „vorgängige Bestellung" das Feilbieten von Waren oder das Aufsuchen von Warenbestellungen herbeigeführt ist.

Hierzu ist selbstverständlich nicht eine bindende, auf den Abschluß eines Lieferungsvertrages gerichtete Vertragserklärung erforderlich; andererseits genügt aber auch nicht eine ganz allgemeine Aufforderung des Bestellers, ihn zu besuchen und ihm Waren anzubieten; denn die Bewilligung eines Besuches zum Zwecke der Anbietung von Waren ist noch keine Bestellung dieser Waren. Vorgängige Bestellung bedeutet vielmehr die an einen Gewerbetreibenden ergehende Aufforderung, hinreichend bestimmt bezeichnete Gegenstände aus seinem Gewerbebetriebe innerhalb eines ausdrücklich genannten oder aus den Umständen zu entnehmenden Zeitraums an einen bestimmten Ort zur Auswahl zu bringen.

Nach § 148 Abs. 2 Gew.-Ordn. bleibt in den in Abs. 1 aufgeführten Fällen die Strafe ausgeschlossen, wenn die strafbare Handlung zugleich eine Zuwiderhandlung gegen die Steuergesetze enthält. Die Handlung erhält mithin im Falle eines solchen Zusammentreffens den Charakter eines Steuerdeliktes und ist deshalb nach den Steuergesetzen zu beurteilen (Oppenhoff, Rechtsprechung Bd. 18 S. 193). — Die Zuwiderhandlung gegen das Wandergewerbesteuergesetz ist ein sog. Formaldelikt, d. h. sie erfordert im Gegensatz zu den Uebertretungen des § 147 Ziff. 7 und 7a Gew.-Ordn. weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit, ist vielmehr schon gegeben, wenn die Tatsache des Betriebs eines der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen unterworfenen Gewerbes ohne Erfüllung der gesetzlichen Vorbedingungen feststeht. Urteil vom 21. November 1905; Rev.-Reg. Nr. 309/05.

StGB. § 366 Nr. 1; Allerh. Verordn. vom 21. Mai 1897, die Feier der Sonn- und Festtage betr. § 1. Störung der Sonntagsruhe möglich durch Dulden von Arbeit.

Weder aus der Wortfassung, noch aus dem Zwecke des in § 1 der citierten Verordnung erlassenen Verbotes läßt sich die Anschauung rechtfertigen, daß nur der sich gegen dasselbe und damit gegen § 366 Nr. 1 StGB. verfehle, welcher eine Arbeit der bezeichneten Art in eigener Person vornehme; es erscheint vielmehr die Annahme begründet, daß auch derjenige der bezeichneten Vorschrift zuwiderhandelt, welcher als Unternehmer in seinem Gewerbe-, Handels- oder Fabrikbetriebe die Vornahme solcher Arbeiten zuläßt. Urteil vom 9. November 1905; Rev.-Reg. Nr. 277/05.

Reichsverfassung Art. 33; Zollvereinsvertrag vom 6. Juli 1867 Art. 5 § 7; Gemeindeordnung Art. 41. Gemeindliche Verbrauchssteuer.

Art. 5 § 7 des Zollvereinsvertrags, wonach die Erhebung von Abgaben für Rechnung von Kommunen nur für Gegenstände bewilligt werden soll, die zur örtlichen Konsumtion bestimmt sind, und der inhaltlich hiermit überein-

stimmende Art. 41 Abs. 1 der Gemeindeordnung statuieren die wirkliche örtliche Verzehrung nur als regelmäßige Voraussetzung örtlicher Besteuerung und stehen deshalb der Erhebung einer gemeindlichen Verbrauchssteuer von einem zur Ausfuhr bestimmten Verzehrungsgegenstande nicht unbedingt entgegen. Dies ergibt sich namentlich aus den Anordnungen, welche Art. 5 § 7 Abs. 7 des Zollvereinsvertrags bezüglich der Zulässigkeit gänzlicher oder teilweiser Zurückerstattung der Abgaben bei Ausfuhr besteuerter Verzehrungsgegenstände enthält (Entsch. d. Verw.-G.-H. Bd. 5 S. 341, Bd. 25 S. 145). Urteil vom 24. Oktober 1905; Rev.-Reg. Nr. 288/05.

D. Oberlandesgericht Bamberg (Civilsachen).

Civilprozeß.

Abhilfe auf unzulässige Beschwerde. Das Reichsgericht hat in Bd. 33 S. 377 und Bd. 37 S. 383 der Entscheidungen anerkannt, daß auch einer unzulässigen Beschwerde und weiteren Beschwerde in den Fällen, wo nicht eine Aenderung der angefochtenen Entscheidung nach Maßgabe des § (540 nun) 577 Abs. 3 CPO. ausgeschlossen ist, die Eigenschaft einer Gegenvorstellung zukommt, auf Grund deren die angegriffene Entscheidung vom erlassenden Gericht oder Vorsitzenden gemäß § (534 nun) 571 CPO. neuerdings zu prüfen und, falls die Beschwerde für begründet erachtet wird, abzuändern ist.

Diese Rechtsansicht wird von den Kommentatoren allgemein geteilt und ist neuerdings von verschiedenen Oberlandesgerichten festgehalten worden (vgl. u. a. Rechtspr. Bd. 2 S. 308, Bd. 3 S. 215; Recht 1903 S. 107 Nr. 547).

Gegenteilig erkannte das Oberlandesgericht Naumburg in einem in der Jur. Wochenschr. 1904 S. 117 Nr. 18 mitgeteilten Falle. Hier hatte ein nur beim Landgerichte zugelassener Rechtsanwalt gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß desselben sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht eingelegt und dieses die Beschwerdeschrift dem Landgerichte zur Wiedervorlage mit den Akten bei Nichtabhilfe zugeschlossen, dann aber den teilweise abhelfenden landgerichtlichen Beschluß auf Beschwerde der Gegenpartei aufgehoben, weil die Aenderung des ersten Beschlusses nur im Falle der Zulässigkeit der dagegen erhobenen Beschwerde hätte erfolgen dürfen, diese Beschwerde aber mangels Zulassung des Rechtsanwalts beim Oberlandesgericht und mangels Erweislichkeit des Einlaufs der dem Landgerichte zugeleiteten Beschwerdeschrift bei demselben innerhalb der Notfrist unzulässig sei.

Das Reichsgericht billigte diese Entscheidung, hob jedoch — wenigstens laut der Veröffentlichung in Jur. Wochenschr. — nur für die Unzulässigkeit der Beschwerde Gründe hervor, nicht dagegen für die Unzulässigkeit der Abhilfe.

Gerade fraglicher Fall spricht aber entschieden wider ein Abgehen von der früheren Rechtsauffassung und Uebung. Nach der in demselben zur Geltung gelangten Ansicht hätte das Oberlandesgericht durch die Anheimstellung der Aenderung des angefochtenen Beschlusses die Zulässigkeit der Beschwerde zu erkennen gegeben, das Landgericht aber dem entgegen sie verneinen sollen. Das läuft dem anerkannten Grundsatze zuwider, daß über die Zulässigkeit der Beschwerde nur das Beschwerdegericht zu entscheiden hat, welcher Grundsatz durch die im Gesetze vom 5. Juni 1905 geschaffene Ausnahmebestimmung des § 574 Abs. 2 CPO. noch besondere Bestätigung gefunden hat. Bei Meinungsverschiedenheit des Untergerichts und des Beschwerdegerichts über die oft nicht so glatten Voraussetzungen der Zulässigkeit der

Beschwerde, so namentlich auch hinsichtlich der weiteren Beschwerde nach § 568 Abs. 2 CPO., würde die hier bekämpfte Auffassung die durch § 571 bezielte Vereinfachung in das Gegenteil verkehren.

Es ist deshalb an der Zulässigkeit der Abhilfe ohne Rücksicht auf die Zulässigkeit der Beschwerde festzuhalten. Beschluß des I. Senats vom 1. März 1906; Beschw.-Reg. Nr. 31/06.

III. Literatur.

1) Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung (Arthur Roßberg) in Leipzig.

Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Civil-, Handels- und Prozeßrechts. Unter Mitwirkung von Amtsgerichtsrat Meves in Magdeburg und Amtsrichter Dr. Gutmann in Dresden herausgegeben von Dr. Otto Warneyer, Amtsrichter in Dresden. 4. Jahrgang, enthaltend die Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1905 zu BGB., EG. z. BGB., HGB., WO., CPO., KO., Anf.-Ges., FGG., ZVG., GBO. und 49 anderen Gesetzen. Leipzig 1906. XVI und 545 S.

Pünktlich mit der Wende des Jahres ist der 4. Band des Warneyer'schen Jahrbuchs erschienen; er umfaßt die gesamte Judikatur des Jahres 1905 auf dem Gebiete des Civil-, Handels- und Prozeßrechts und zeigt wiederum alle Vorzüge, die bei Besprechung der ersten drei Jahrgänge (s. Bd. 70 dieser Zeitschrift S. 583 ff.) hervorgehoben worden sind. Besondere Bedeutung gegenüber ähnlichen Sammelwerken verleiht dem Warneyerschen Jahrbuch die reichhaltige Verweisung auf die einschlägige Literatur. E.

2) Verlag von Franz Vahlen in Berlin.

Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen und den Preußischen Ausführungsgesetzen auf Grund der Rechtsprechung erläutert von Richard Skonietzki, Reichsgerichtsrat, und Dr. Max Gelpcke, Rechtsanwalt und Notar. Zweite Lieferung (§§ 65—127). Berlin 1905. 152 S. Preis 3 Mk.

Mit Freude können wir die zweite Lieferung des Skonietzki-Gelpcke'schen Kommentars zur Civilprozeßordnung begrüßen, da sie in jeder Hinsicht die an das Erscheinen der ersten Lieferung geknüpften Erwartungen bestätigt (vgl. Bd. 70 dieser Zeitschrift S. 652). Ein glänzendes Beispiel dafür, in welchem Maße es den Verfassern gelungen ist, die denkbar größte Reichhaltigkeit des Materials durch übersichtliche Gliederung für die Praxis verwertbar zu gestalten, bieten die Erläuterungen zu den Vorschriften über die Prozeßkosten, insbesondere zu § 91 CPO. (S. 229 ff.). Bleibt die Fortsetzung des Werkes auf der gleichen Höhe, so ist dem Wilmowski-Levy'schen Kommentar ein würdiger Nachfolger, den übrigen Kommentaren zur CPO. ein gefährlicher Nebenbuhler, der deutschen Juristenwelt aber ein zuverlässiger und nie versagender Berater auf dem Gebiete des Prozeßrechts erstanden. E.

3) Verlag von Gustav Fischer in Jena.

Die volkswirtschaftlichen Grundlagen für die Haftung des Tierhalters im Bürgerlichen Gesetzbuche. Von Dr. phil. Hans Kluge. 1905. 50 S.

Die vorliegende Schrift bildet den 50. Band der von Dr. Joh. Conrad herausgegebenen Sammlung nationalökonomischer und statistischer Abhandlungen des staatswissenschaftlichen Seminars zu Halle a. d. S. Der Verfasser untersucht die wirtschaftlichen Grundlagen für die Verteilung des durch ein Tier angerichteten Schadens, sowie für die Bemessung der Höhe des Schadensersatzes und kommt zu dem Ergebnis, daß trotz gewisser Bedenken die unbedingte Haftung des Tierhalters geboten sei. Die Abhandlung ist gewandt geschrieben, bietet aber weder in volkswirtschaftlicher, noch in juristischer Hinsicht wesentlich Neues; praktische Bedeutung kommt ihr im Hinblick auf die bevorstehende Abänderung des § 833 BGB. nicht zu. E.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 12. 1. Juni 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Neumeyer, Partikulare Staatsverträge über internationales Privatrecht. Doerr, Der Einfluß persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnahme. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civil- und Strafsachen). III. Literatur.

I. Abhandlungen.

Partikulare Staatsverträge über internationales Privatrecht.

Von Dr. Karl Neumeyer, Privatdozent in München.

Art. V des Freizügigkeitsvertrages zwischen Bayern und den Vereinigten-Staaten von Nordamerika vom 21. Januar 1845 (Regierungsblatt S. 851) bestimmt: „Wenn sich Streitigkeiten zwischen verschiedenen rechtlichen Anspruch auf die Erbschaft habenden Prätendenten erheben, so werden dieselben in letzter Instanz nach den Gesetzen und von den Gerichten des Landes entschieden werden, in welchem das Objekt der Erbschaft sich befindet." Die Vorschrift steht in hellem Widerspruch zu den Art. 24, 25 EG. zum BGB., wonach die Erbfolge dem heimatlichen Recht des Erblassers unterworfen ist; und dennoch ist ihre fortdauernde Geltung außer Zweifel. Wie aber, wenn bayerische Gerichte über den Nachlaß eines preußischen Staatsangehörigen entscheiden sollen, den amerikanische Erben in Anspruch nehmen? Wenn ein badisches Gericht in die Lage kommt, das nachgelassene Vermögen eines Bürgers der Vereinigten Staaten zu verteilen, zu dem ein Grundstück in München gehört, soll es seinem Urteil Art. 25 EG. zugrunde legen, oder ist das Gericht an jenen Staatsvertrag gebunden? Und was soll gelten, wenn etwa das Auswärtige Amt mit dem Nachlaß eines Bayern in den Vereinigten Staaten befaßt wird? Die aufgeworfenen Fragen sind einigermaßen überraschend und verdienen wohl eine etwas eingehendere Betrachtung. Es wird sich empfehlen, dabei die Vorkommnisse, welche ihre Beantwortung beeinflussen könnten, in ihrer geschichtlichen Aufeinanderfolge ins Auge zu fassen.

I. Vor der Reichsgründung bedeutete die Vorschrift jenes Freizügigkeitsvertrages eine Kollisionsnorm des bayerischen internationalen Privatrechts, genau wie etwa diejenigen der Bayerischen Gerichtsordnung. Sie waren verbindlich für den bayerischen Richter, gleichgültig für die Behörden anderer Staaten.

In ihrem Inhalte besagt die Klausel, es solle für erbrechtliche Streitigkeiten Recht und Gericht der belegenen Sache zuständig sein; mit einer Einschränkung allerdings, welche der Wortlaut nicht ohne weiteres erkennen läßt. Wo immer nämlich in den letzten Jahrhunderten für das Erbrecht auf die lex rei sitae verwiesen wurde, da wurde dabei regelmäßig der weitere Rechtssatz vorausgesetzt, daß als „Ort" des beweglichen Vermögens der letzte Wohnsitz des Erblassers zu gelten habe, ohne Unterschied, wo sich die einzelnen Gegenstände tatsächlich befanden. Es gilt das insbesondere auch für die Jurisprudenz der Vereinigten Staaten[1]), von denen die Klausel ausgeht, und man wird — schon um allzu ungereimte Ergebnisse zu vermeiden — auch den Vertrag in diesem Sinne auslegen dürfen[2]).

Noch größere Zweifel aber bietet der Umfang, in welchem ein derart verstandenes „Recht der belegenen Sache" nach dem Vertrag zur Anwendung gelangen sollte. Art. V selbst gibt darüber keinen Aufschluß. Die Art. II bis IV aber, mit denen er ein ganzes bildet, sprechen bald von der Staatsangehörigkeit des Erblassers, der Vermögen im anderen Gebiet zurückläßt, bald von jener der Erben, die dort Vermögen in Anspruch nehmen. Es liegt nun nahe, Art. V zunächst auf den Fall zu beziehen, daß die Verlassenschaft eines Amerikaners in Bayern, diejenige eines Bayern in den Vereinigten Staaten zur Abhandlung gelangen soll. Eine solche Auslegung dürfte sich freilich nicht darauf stützen, daß grundsätzlich jeder Staat berufen wäre, die Beerbung seiner Angehörigen zu ordnen — das wäre für damalige Zeiten, 1845, ein böser Anachronismus; aber sie fände eine Begründung in dem Umstand, daß es sich um einen Freizügigkeitsvertrag handelt, bei dem Auswanderung und damit Beerbung eines Inländers im Ausland als häufiger Fall vorausgesetzt werden muß. Sehr häufig allerdings wird der Auswanderer auch die Staatsangehörigkeit der neuen Heimat erworben haben; dann ist es nicht mehr die Staatsangehörigkeit des Erblassers, sondern jene der Erben zu Hause, zu deren Gunsten eine Abmachung veranlaßt erscheint. Man wird annehmen dürfen, daß die Vertragsteile diese beiden Möglichkeiten bei Abschluß der Vereinbarung vor Augen hatten, mochten sie regelmäßig auch nur auf bayerische Auswanderer in den Vereinigten Staaten zutreffen, für Amerikaner in Bayern aber lediglich unter dem Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit Interesse besitzen, und es hätte danach die Kollisionsnorm des Art. V in Bayern Anwendung zu finden, wenn an einem Erbfall Bürger der Vereinigten Staaten entweder als Erblasser oder als Erben beteiligt sind. — Aber hat Bayern damit die Verpflichtung übernommen, eine jede Erbschaft, bei der diese Voraussetzungen vorliegen, der lex rei sitae zu unterwerfen? Auch dann, wenn dies in Bayern zur Anwendung des Rechts eines dritten Landes führen würde? Ein vernünftiges Interesse des Gegenkontrahenten an solcher Abmachung wird man nicht in Abrede stellen können; die Anwendung amerikanischen Rechts auf einen Nachlaß im Land gewährleistet den Vereinigten Staaten die Anwendung ihres Rechts, wo es nach dortiger Auffassung Geltung beansprucht, sichert die ungestörte Tätigkeit der dortigen Nachlaßbehörden; die Festlegung des maßgebenden Rechts schützt den amerikanischen Erben vor unnützen Prozessen, auch wenn dies Recht das Recht eines dritten Staates ist. Immerhin dürfte hier eine beschränkende Auslegung am Platze sein. Art. V erklärt gleichermaßen Gesetze und Richter des Landes, in dem der Nachlaß liegt, für berufen, über den streitigen Anspruch zu entscheiden; nun hat es allerdings seinen guten Sinn, das bayerische Gericht für zuständig zu erklären, wenn der Nachlaß in Bayern ist, auch, seine Unzuständigkeit festzustellen, wenn es sich um eine Hinterlassenschaft in den Vereinigten Staaten handelt. Dagegen kann der Vertrag unmöglich die Gerichte eines dritten Staates, in dem sich der Nachlaß befindet, für zuständig erklären oder ihre Zuständigkeit ausschließen, wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft; und es wird demgemäß anzunehmen sein, daß der Vertrag so wenig wie die Gerichte auch die Gesetze dritter Staaten in seinen

1) Story, conflict of laws §§ 468, 481, 481 b ff.

2) Wie auch Meili, Internat. Civilrecht Bd. 2 S. 203 ff. im Anschluß an die Rechtsprechung schweizerischer Gerichte einen ähnlichen Vertrag der Vereinigten Staaten mit der Schweiz in gleicher Weise auffaßt.

Bereich ziehen wollte. — Eine Verpflichtung Bayerns endlich, eine bestimmte Gesetzgebung anzuwenden, wenn an dem Erbfall amerikanische Staatsangehörige überhaupt nicht beteiligt sind, dürfte kaum in dem Willen der Vertragsteile liegen, auch dann nicht, wenn die Anwendung amerikanischen Rechts auf Vermögen in den Vereinigten Staaten in Frage käme; der Zusammenhang ergiebt, daß es sich überall in dem Vertrag um den Schutz der Staatsangehörigen handeln sollte.

II. Die Reichsgründung hat den Geltungsbereich dieser Vereinbarung in ihrem Verhältnis zu den anderen Bundesstaaten nicht geändert. Nach wie vor behält jedes Rechtsgebiet sein internationales Privatrecht, verbindlich für die eigenen Behörden, ohne rechtlichen Belang für diejenigen anderer Rechtsgebiete. Da galt nun allerdings das Rechtshilfegesetz, das den Gerichten der einzelnen Bundesstaaten Gerichtsgewalt über das ganze Reich verliehen hat. Ein badisches Gericht, das über den in Bayern liegenden Nachlaß eines Amerikaners zu entscheiden hatte, legte seinem Urteil amerikanisches, nicht etwa der Konvention entsprechend bayerisches Recht zugrunde, und doch war nunmehr das Urteil in Bayern rechtskräftig und vollstreckbar. Das bedeutete eine Schmälerung der Wirksamkeit jenes Staatsvertrages — aber es konnte nicht zu seiner Anerkennung in anderen Bundesstaaten nötigen. Alles internationale Privatrecht war bis 1900 partikular verschieden, bei jeder Frage bestand die Möglichkeit, mit der Anrufung eines Forums dessen besondere Kollisionsnormen in Tätigkeit zu setzen und damit zu einer Lösung der materiellen Streitfrage zu gelangen, die verschieden war von jener, die bei Anrufung eines anderen deutschen Forums auf Grund der dortigen Kollisionsnormen zu erzielen gewesen; und dennoch waren alle solchen Urteile seither wechselseitig rechtskräftig und vollstreckbar.

Die Reichsjustizgesetze haben diesen Zustand übernommen. Sie haben aber auch eine andere Anomalie bestehen lassen, die mit der bisher besprochenen enge zusammenhängt. Nicht nur das maßgebende Recht, sondern auch das zuständige Gericht wurde durch den Vertrag von 1845 festgelegt. Die RCPO. gestattet Erbschaftsklagen im allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten, in einem durch Heimat, Wohnsitz, Aufenthalt des Erblassers bestimmten forum hereditatis, auch im Gerichtsstand des Vermögens, der Vertrag dagegen erklärt das forum rei sitae bei den von ihm umfaßten Erbschaftsstreitigkeiten für ausschließlich zuständig. Partikulare Staatsverträge aus älterer Zeit haben nach herrschender Meinung[3]) auch dort ihre Geltung bewahrt, wo sie von Vorschriften der RCPO. abweichen. Damit ist für amerikanische Erbschaftssachen das forum rei sitae in Bayern dauernd zuständig geblieben, während dieselben Sachen in den übrigen Bundesstaaten nach den Zuständigkeitsbestimmungen der CPO. zu behandeln sind. Ist nun der Nachlaß eines Amerikaners in Bayern in Frage, so kann das zu positiven Zuständigkeitskonflikten führen, die, an sich unschädlich, doch den eben beschriebenen Einbruch nichtbayerischer Kollisionsnormen und damit einer abweichenden materiellen Entscheidung möglich machen. Handelt es sich um den Nachlaß eines Bayern in den Vereinigten Staaten, so kann dies zu einer Vergewaltigung der Zuständigkeitsnormen des Reichsrechts führen — man nehme an, der Beklagte habe seinen Wohnsitz, besitze Vermögen in Bayern. Und es kann auch eigentümliche Verwicklungen mit sich bringen, wenn in den Vereinigten Staaten über den Fall Urteil ergangen ist, dessen Vollstreckung in Deutschland begehrt

3) Vgl. Hellwig, Civilprozeßrecht Bd. 1 S. 27; Niemeyer, Zeitschr. f. internat. Privatrecht Bd. 14 S. 101 und die dort Angeführten.

wird. Wendet sich der siegreiche Kläger mit dem Antrag auf Erlassung eines Vollstreckungsurteils an ein bayerisches Gericht, so ist die in § 328 Ziff. 1 CPO. vorausgesetzte Zuständigkeit durch den Vertrag gegeben, und der Kläger kann von dem so erwirkten Vollstreckungsurteil in ganz Deutschland Gebrauch machen. Wendet er sich dagegen mit seinem Antrag an ein deutsches Gericht außer Bayern, so wird die geforderte Zuständigkeit im Sinne der RCPO. manchmal mangeln, der Antrag alsdann abgewiesen, und die abweisende Entscheidung rechtskräftig auch für Bayern[4]).

Ein Novum hat die Reichsgründung im Verhältnis des Einzelstaates zum Reich gebracht. Die Aufteilung der Staatsgewalt zwischen Reich und Bundesstaat fordert ein lückenloses Ineinandergreifen der beiden Gewalten, nötigt den einen Teil, die Machtäußerungen des anderen auch für sich als verbindlich anzuerkennen, soweit sie in dessen Zuständigkeit ergangen sind. Wo das Reich in einer Landessache tätig wird, da hat es nicht sein eigenes internationales Privatrecht, sondern ist an dasjenige einer mit der Sache befaßten Landesinstanz gebunden, wie dies das Reichsgericht späterhin mit aller Schärfe herausgearbeitet hat. Das mochte zunächst praktisch werden für die deutschen Centralinstanzen und für die deutschen Vertretungen im Ausland, insonderheit für die deutschen Konsuln. War ein Bayer in den Vereinigten Staaten gestorben und hatte dort Vermögen hinterlassen, so hatte für die rechtliche Beurteilung des Falles auch der deutsche Konsul jenen Staatsvertrag von 1845 zugrunde zu legen; wie ihm etwa die badischen Kollisionsnormen verbindlich waren, wenn es sich um den Tod eines Badeners handelte. Wie aber, wenn der Verstorbene die Staatsangehörigkeit in Bayern und in Baden zugleich besessen hatte, wenn es sich um die Beerbung eines Badeners handelte, dessen Erbschaft von bayerischen (und amerikanischen) Staatsangehörigen in Anspruch genommen wurde? Wenn ich recht sehe, versagt hier jede Möglichkeit einer theoretischen Lösung, es liegt eine nackte Antinomie vor, und in der Praxis mochte man sich damit begnügen, die Parteien in solchem Fall auf den Rechtsweg zu verweisen. Nach neuerem Recht freilich kann ein derartiger Rechtsstreit vor das Reichsgericht und damit wiederum vor eine Reichsbehörde führen; die Lösung aber ist hier wenigstens insofern einfach, als das Reichsgericht stets die Kollisionsnormen der Vorinstanz zugrunde zu legen hat. Mit der Anhängigmachung im einen oder anderen Gerichtsstand wird die Sache als Landessache individualisiert, mit der Folge allerdings, daß das Reichsgericht unter Umständen verschieden entscheiden muß, je nachdem die Klage bei dem einen oder andern von mehreren zuständigen Gerichten erhoben wurde[5]).

---

4) v. Kries, Archiv für öffentl. Recht Bd. 5 S. 368 fg. und Hellwig, Civilprozeßrecht Bd. 1 S. 67 folgern für einigermaßen verwandte Fälle aus der Gerichtsgewalt der einzelnen Gerichte über das ganze Reich, daß die Vorschriften des Reichsrechts zurücktreten müßten, um abweichenden Partikularbestimmungen ihre ungeschmälerte Geltung zu belassen. Für die hier erörterten Fragen wird sich eine solche Selbstbescheidung des Reiches jedenfalls nicht vertreten lassen.

5) Eine eigentümliche Schwierigkeit ist mit der Reichsgründung auch in einem Nebenpunkt entstanden: in der Frage, wer als Angehöriger der Vereinigten Staaten im Sinne des Vertrags zu erachten sei. Die Frage, ob jemand als bayerischer oder als amerikanischer Staatsangehöriger zu gelten habe, hatte durch besonderen Staatsvertrag vom 26. Mai 1868 ihre Ordnung erfahren. Entsprechende Verträge hatten damals auch der Norddeutsche Bund, Württemberg, Baden, Hessen mit den Vereinigten Staaten abgeschlossen. Ein Badener war in den Vereinigten Staaten naturalisiert worden, ist zu dauernder Niederlassung nach Baden zurückgekehrt und stirbt; hat ein bayerisches Gericht das in den Vereinigten Staaten belegene Vermögen als Hinterlassenschaft eines Amerikaners nach der lex rei sitae zu beurteilen? Nach dem bayerischen Vertrag von 1868 hätte ein solcher Rückwanderer nicht

III. Das Einführungsgesetz zum BGB. hat das internationale Erbrecht unter Abstellung auf das heimatliche Recht des Erblassers einheitlich für das ganze Reich geregelt, und auch für das Verhältnis der deutschen Bundesstaaten zu einander (vgl. etwa § 1936 BGB.) hat das Heimatprinzip Geltung erlangt. Allein Art. 56 EG. erklärt die privatrechtlichen und damit auch die international-privatrechtlichen Bestimmungen älterer Partikularverträge mit dem Ausland für „unberührt", und es ist damit auch jene Kollisionsnorm von 1845 für Bayern in Geltung geblieben, auch dann, wenn es sich beispielsweise um den Nachlaß eines Preußen in Bayern handelt, der von amerikanischen Erben in Anspruch genommen wird. Hat die Neuordnung des BGB. die Anwendbarkeit jener Vorschrift nicht eingeschränkt, so erhebt sich dagegen neuerdings die Frage, ob ihre Geltung durch den ausdrücklichen Vorbehalt des Art. 56 nicht vielmehr auf die anderen Bundesstaaten erstreckt worden ist? In der Tat wird für verwandte Fragen des Prozeßrechts die Meinung vertreten[6]), landesrechtliche Abweichungen vom Reichsrecht, die von einem Reichsgesetz zugelassen sind, seien auch für die übrigen Bundesstaaten verbindlich; denn die Negative, der Ausschluß der reichsrechtlichen Vorschriften, beruhe selbst auf dem Willen des Reiches. Indessen, soweit dabei von dem Gedanken ausgegangen wird, es handle sich in derlei Fällen nicht positiv um die Anwendung des Rechtes eines anderen Bundesstaates, sondern nur negativ um die Nichtanwendung eines Reichsgesetzes nach Maßgabe seiner eigenen Vorschrift, so beruht eine solche Anschauung auf Täuschung; denn die Frage, in welchem Umfang das bevorzugte Landesgesetz Abweichungen aufstellt, kann nur aus diesem Landesgesetz beantwortet werden. Aber auch wenn man, wie es kaum statthaft ist, annehmen wollte, die landesrechtlichen Vorschriften, auf welche das Reichsrecht verweist, seien damit selbst zu einem Bestandteil des Reichsrechts geworden — mit einer bloßen Negative, der Nichtanwendung sonst geltenden Reichsrechts in dem bezeichneten Umfange, mag man auskommen, wo der Mangel einer reichsgesetzlichen Vorschrift nur die Unterlassung einer sonst vorzunehmenden Tätigkeit zur Folge hat, wo das reichsrechtlich berufene ordentliche Gericht nicht judiziert, weil ein partikularrechtlich zuständiges Sondergericht in Tätigkeit tritt. Dagegen hier, wo die Gerichte eines Bundesstaats bei der Ausschaltung der reichsrechtlichen Kollisionsnormen aktiv die Kollisionsnormen eines ihnen fremden anderen Bundesstaats anwenden sollen, bedürfte es einer staatsrechtlichen Brücke, welche den Willen jenes anderen Bundesstaats auch für sie als maßgebend erklärt, und eine solche Brücke ist nirgends geschlagen.

IV. Im Gegensatz zu jener partikularen Abmachung haben Verträge des Reiches mit Griechenland 1881, Serbien 1882 und Japan 1896 Recht und Gericht im Heimatland des Erblassers für zuständig erklärt, Erbschaftsstreitigkeiten zu schlichten, und es liegt die Maßgeblichkeit dieses Rechts insbesondere auch der großen Haager Erbrechtskonvention zugrunde, welche das

---

mehr als Amerikaner zu gelten, aber das Abkommen bezieht sich nur auf bayerische Staatsangehörige; der badische Vertrag dagegen beläßt ihm die amerikanische Staatsangehörigkeit. Das bedeutet nun allerdings für Bayern zunächst eine res inter alios acta. Doch hat § 21 des Bundesgesetzes über den Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit jene Verträge ausdrücklich in sich aufgenommen, und sie dürften damit in ihrem ganzen Umfang je für die Angehörigen eines Vertragsstaates auch Anerkennung in den übrigen Bundesstaaten erlangt haben.

6) Hellwig, Civilprozeßrecht Bd. 1 S. 67 und 75, und mit Einschränkungen schon v. Kries a. a. O. S. 370.

Reich am 17. Juli 1905 unterzeichnet hat, deren Ratifikation zur Zeit noch aussteht. Sollte aber einer der geltenden Verträge des Reichs und die bayerische Vereinbarung bei demselben Fall zusammentreffen (es beanspruchen Amerikaner den in Bayern liegenden Nachlaß eines Griechen), so haben die Verträge des Reiches den Vorrang. Reichsrecht bricht Landesrecht, und es kann nicht angenommen werden, daß das Reich bei Abschluß seiner Verträge einen stillschweigenden Vorbehalt zu Gunsten partikularer Vereinbarungen gemacht hat, der das Reich in Widerspruch zu seinen eigenen völkerrechtlichen Verbindlichkeiten gesetzt hätte. Ob freilich dasselbe Ergebnis auch gegenüber der Haager Konvention festgehalten werden darf, ist angesichts des inzwischen in Geltung getretenen Art. 56 EG. recht zweifelhaft, die Notwendigkeit, davon abgehen zu müssen, auf das äußerste unerfreulich.

V. Die bayerisch-amerikanische Vereinbarung von 1845 ist die einzige ihrer Art, von der die Literatur gelegentlich Kenntnis nimmt. Aber sie ist ganz und gar nicht die einzige in Deutschland, die sich in fortdauernder Geltung erhalten hat. Verschollen bei den Juristen des eigenen Landes, besitzen die sämtlichen größeren und mehrere mittlere Bundesstaaten Verträge mit den Vereinigten Staaten, die mit dem lange besprochenen bayerischen insoweit auf das vollständigste übereinstimmen, und zwar, soviel dem Verfasser bekannt, ohne in der Zwischenzeit aufgehoben worden zu sein. So vor allem Preußen in seinem Handels- und Schiffahrtsvertrag mit den Vereinigten Staaten vom 1. Mai 1828 Art. 15 (Gesetzsammlung 1829 S. 35): „S'il s'élève des contestations entre différens prétendans ayant droit à la succession, elles seront décidées en dernier ressort selon les lois et par les juges du pays où la succession est vacante“ [7]). Des weiteren Württemberg in einem Abzugsvertrag vom 10. April 1844 Art. 5 (Regierungsblatt S. 472); Königreich Sachsen, Freizügigkeitskonvention vom 15. Mai 1845 Art. 5 (Gesetz- und Verordnungsblatt 1846 S. 227); Mecklenburg-Schwerin, Handels- und Schiffahrtsvertrag vom 9. Dezember 1847 Art. 10 (Martens a. a. O. Bd. 10 S. 651); als letzter Braunschweig in einem Vertrag vom 21. August 1854 Art. I (Gesetz- und Verordnungssammlung 1855 S. 515). Was der Einfachheit halber vorstehend über den bayerischen Vertrag ausgeführt wurde, gilt völlig übereinstimmend auch für alle die anderen Vereinbarungen, und es mag nur noch bemerkt werden, daß alle diese Verträge, wie sie bei ihrem Abschluß unabhängig neben einander standen, auch durch die Reichsgründung nicht etwa zu einer inneren Einheit verbunden worden sind, so daß sie seither auch wechselseitig Anwendung zu finden hätten.

Unter Benützung desselben Formulars haben aber auch Baden und die Schweiz in einem Freizügigkeitsvertrag vom 6. Dezember 1856 Art. 6 (Regierungsblatt 1857 S. 432) vereinbart: „Sollte unter denjenigen, welche auf die gleiche Verlassenschaft Anspruch machen, über die Erbberechtigung Streit entstehen, so wird nach den Gesetzen und durch die Gerichte desjenigen Landes entschieden werden, in welchem das Eigentum sich befindet.“ Und es wird noch weiter beigefügt: „Liegt der Nachlaß in beiden Staaten, so sind die Behörden desjenigen Staates kompetent, dem der Erblasser bürgerrechtlich an-

7) Die Bestimmung gilt als vertragsmäßige Verpflichtung für das Königreich in seiner gegenwärtigen Ausdehnung und hat damit die entsprechenden Vorschriften der Verträge mit Nassau vom 27. Mai 1846 Art. V (Verordnungsblatt S. 214) und mit Hannover vom 10. Juni 1846 Art. 10 (Martens, nouveau recueil général Bd. 9 S. 197) gegenstandslos gemacht. Ueber die fortdauernde Geltung des Vertrages von 1828 vgl. z. B. Verhandlungen des Reichstags vom 23. Februar 1906.

gehört, oder in welchem er zur Zeit des Todes wohnte, wenn er nicht Bürger eines der kontrahierenden Staaten war[8]).

Der Wunsch, daß alle diese rudera aus dem geltenden Recht bald endgültig verschwinden möchten, wird nach den bisherigen Ausführungen nicht als unbegründet erscheinen können.

VI. Der Erwähnung bedürfen hier aber auch noch einige andere partikulare Staatsverträge, die sich mit der Wirksamkeit auswärtiger Urteile und mit dem Einfluß auswärtiger Konkurse befassen[9]). Zu der ersteren Gruppe gehören zunächst Verträge Badens mit Frankreich vom 16. April 1846 (Regierungsblatt S. 133, mit Oesterreich-Ungarn (ausgenommen die Militärgrenze) von 1856 (Regierungsblatt S. 224) und mit dem Kanton Aargau vom 23. August 1867 (Regierungsblatt S. 426) über Anerkennung und Vollstreckung auswärtiger Civilurteile (denen Baden-Aargau „rechtskräftige Schiedssprüche" gleichstellen). Ihr Geltungsgebiet aber entspricht genau dem vorstehend ausgeführten. Die Anerkennung auf Grund des Vertrags greift gegebenenfalls Platz in Baden, aber nicht in den übrigen Bundesstaaten, das Urteil ist rechtskräftig für das Reich, soweit es sich um eine badische Sache handelt, ist für das Reich unverbindlich, soweit diese Voraussetzung nicht zutrifft (wobei freilich im einzelnen wieder beträchtliche Schwierigkeiten begegnen können). Wenn die Ehe eines Badeners dem Vertrag entsprechend in Frankreich für nichtig erklärt worden ist, so kann der Mann in Baden eine neue Ehe eingehen, während die übrigen Bundesstaaten die Vornahme einer neuen Eheschließung wie die Anerkennung einer zweiten, in Baden geschlossenen Ehe unter Umständen versagen müssen. Begehrt der frühere Ehemann neuerliche Eheschließung bei einem Gesandten des Reiches im Ausland, so wird sie ihm als Badener (vgl. § 13 des Ausl. Pers.-St.-Ges.) auf Grund des französischen Urteils gewährt werden müssen; ob auch, wenn die Frau der für nichtig erklärten Ehe Württembergerin ist, wird kaum zu bejahen sein. Bei Vollstreckungen aber wiederholt es sich, daß ein dem Vertrag entsprechendes Erkenntnis in Baden Vollstreckung erlangen und damit für das ganze Reich wirksam werden kann, ohne daß es den Anforderungen der RCPO. entspricht, während umgekehrt außerhalb Badens der Antrag auf Erlaß eines Vollstreckungsurteils möglicherweise auf Grund der CPO. abgewiesen werden muß und damit auch für Baden Rechtskraft schafft, obwohl die Voraussetzungen des Abkommens vorliegen.

Der badisch-französische Vertrag ist durch Art. 18 des Frankfurter Friedens auch auf das Verhältnis Frankreichs zu den Reichslanden übertragen worden, und es könnte sich fragen, ob diese Ausdehnung, in einem Reichsgesetz vorgenommen, der Vereinbarung für elsaß-lothringische Sachen nicht Wirksamkeit im ganzen Reich verliehen hat. Immerhin wird als die Absicht jener Bestimmung anzunehmen sein, daß der Vertrag von 1846 für die Reichslande in dem Umfang Geltung erlangen solle, wie er entsprechend Geltung in Baden besitzt, so daß auch hier die anderen Bundesstaaten in der Würdigung des französischen Urteils freie Hand behalten haben.

---

8) Zur Auslegung Meili, Internat. Civilrecht Bd. 2 S. 200 ff.

9) Auch der Gothaer Vertrag, der die deutschen Staaten mit Ausnahme der Reichslande und Luxemburg verbindet, enthält Bestimmungen über internationales Privatrecht; vgl. darüber meinen Aufsatz, Annalen des Deutschen Reichs 1902 S. 390 ff. Doch kann der Vertrag vermöge seines besonderen Inhalts nicht zu Schwierigkeiten der hier behandelten Art führen.

Auch gegenüber Urteilen niederländischer Rheinschiffahrtsgerichte, österreichischer Elbzollgerichte können gleichartige Fragen auftauchen und verlangen dieselbe Beantwortung; und es kann eine Verpflichtung, solche Urteile anzuerkennen, für Bundesstaaten, die den Rhein- und Elbverträgen nicht angeschlossen sind, auch nicht aus § 14 GVG. abgeleitet werden. Die Stelle handelt unmittelbar nur von deutschen Rheinschiffahrts-, Elbzollgerichten; im übrigen sind die Verträge in ihrer bisherigen Geltung stillschweigend vorbehalten. Für die nichtbeteiligten Bundesstaaten aber bedeutet die in jenen Verträgen vorgesehene Anerkennung auswärtiger Urteile die aktive Anwendung eines nur in dem Recht anderer Bundesstaaten begründeten Rechtssatzes, für welche es einer besonderen staatsrechtlichen Ermächtigung bedürfte, die mangelt.

Mit der Wirksamkeit auswärtiger Konkurse endlich befassen sich Verträge Württembergs mit 20 Kantonen der Schweiz vom 30. Mai 1826 (Regierungsblatt S. 250; dazu 1860 S. 3)[10]; Bayerns mit 20½ Kantonen der Schweiz vom 11. Mai 1834 (Regierungsblatt S. 929 und 1005; dazu 1859 S. 1329)[11]; Preußens mit Oesterreich vom 12. Mai 1844 (Gesetzsammlung S. 165); Sachsens mit Oesterreich vom 6. Januar 1854 (Gesetz- und Verordnungsblatt S. 66)[12]. Zum Teil stimmen die in diesen Verträgen niedergelegten Grundsätze mit dem in Deutschland geltenden internationalen Konkursrecht ohnehin überein. In wesentlicher Abweichung von der (nach des Verfassers Meinung) in Deutschland festgehaltenen Territorialität dagegen legen sie die Universalität des Konkurses zugrunde, allerwärts für das bewegliche, im Vertrag Württemberg-Schweiz auch für das unbewegliche Vermögen, und zwar in den Vereinbarungen Württembergs, Bayerns, Sachsens derart, daß der auswärtige Konkurs mit seiner Eröffnung ipso jure Wirksamkeit auch für das deutsche Gebiet erlangt, während sich Preußen für den Fall des auswärtigen Konkurses nur zur Herausgabe des im Inland befindlichen Vermögens verpflichtet hat. Um solche Wirksamkeit zu erlangen, muß der Konkurs nach den Verträgen Württembergs und Sachsens am Wohnsitz des Gemeinschuldners eröffnet worden sein; Preußen verlangt, daß der Gemeinschuldner auch die Staatsangehörigkeit im eröffnenden Staat besitzen muß und dabei nicht mit Grundstücken im Inland ansässig sein darf; bei mehrfachem Wohnsitz

---

10) Zur Auslegung Roguin, conflit des lois suisses S. 728 ff.

11) Die bayerischerseits anscheinend gänzlich in Vergessenheit geratene Vereinbarung bestimmt, daß bei Insolvenzerklärungs- und Konkursfällen in den beteiligten Kantonen.. „von dem Augenblick der Insolvenzerklärung an im Königreiche weder durch Arrest, noch durch sonstige Verfügungen das bewegliche Vermögen des Zahlungsunfähigen zum Nachteil der Masse beschränkt werden solle". Das Abkommen ist gemäß Art. 1174 Bayer. CPO. in fortdauernder Geltung geblieben.

12) Zur Auslegung Krug, Sächsische Staatsverträge S. 42 ff., S. 68 ff. — Insoweit diese Verträge von dem Recht der RKO. abweichen, ist ihre fortdauernde Geltung nicht anders zu beurteilen als bei den Staatsverträgen, die sich mit der RCPO. in Widerspruch setzen. Literatur für und wider bei Kleinfeller, Zeitschr. f. internat. Privatrecht Bd. 13 S. 556 Anm. 9; dazu v. Martitz, Verträge Württembergs über internat. Rechtshilfe S. 8; Delius, Rechtshilfeverfahren S. 369, 377 ff. mit Nachweisen. Die Praxis hält an der unveränderten Geltung dieser Verträge einhellig fest. Dagegen dürfte die mehrfach begegnende Feststellung eines ähnlichen Verhältnisses zwischen Württemberg und Oesterreich (zuletzt bei Delius S. 378) der Begründung entbehren. Es liegt hier, soweit die Darstellung bei Starr, Rechtshilfe in Oesterreich S. 70 fg., erkennen läßt, nicht ein Uebereinkommen vor, das Verbindlichkeiten erzeugen sollte, sondern Erklärungen, die einen bestehenden Rechtszustand feststellen, bei einer Aenderung dieses Rechtszustandes von selbst gegenstandslos geworden sind; demgemäß sind diese Erklärungen auch, entgegen dem Vertrag von 1826, nicht in das württemb. Regierungsblatt aufgenommen worden. Ein entsprechender Vertrag Badens mit Kantonen der Schweiz wurde 1902 außer Kraft gesetzt.

soll die Zuständigkeit nach dem Vertrag Sachsen-Oesterreich durch Prävention ausschließlich werden.

Nächste Folge nun einer derart zu Gunsten des Auslands begründeten Universalität ist, daß ein Spezialkonkurs im Inland entgegen § 238 KO. nicht mehr statthaft ist (im Verhältnis Sachsens zu Oesterreich möglicherweise sogar ein Prinzipalkonkurs). In den Staaten, welche der fremden Konkurseröffnung ipso jure Wirksamkeit verleihen, kann aber auch entgegen § 237 eine Zwangsvollstreckung im Inland nicht mehr stattfinden, was Bayern allgemein, Württemberg für Arreste ausdrücklich bestätigen. Noch weitergehend entziehen Preußen und Sachsen selbst einem vor der Konkurseröffnung erlangten Arrest die Wirksamkeit. Das beruht allerdings auf einem Rechtszustand, der heute in Deutschland nicht mehr besteht, wonach der Arrest dem Gläubiger kein Pfandrecht gewährt; allein bei der ausdrücklichen Gegenüberstellung von Arresten und Pfandrechten in den Verträgen und bei der Fortdauer jenes Rechtszustands auf Seiten des Gegenkontrahenten wird man diese Bestimmung wohl als fortdauernd gültig anerkennen müssen. Weiterhin muß auf Grund der Vereinbarungen, welche dem fremden Konkurs ipso jure Wirksamkeit im anderen Gebiet verleihen, angenommen werden, daß insoweit auch ein im Ausland eröffneter Konkurs einen deutschen Civilprozeß unterbricht, und es bestimmt der sächsisch-österreichische Vertrag sogar, daß die im Inland anhängigen Prozesse über Forderungen, die am Konkurs teilnehmen, bei dem ausländischen Konkursgericht weiter zu verfolgen sind, soweit es das dortige Recht (vgl. § 7 Oesterr. KO.) fordert.

Macht nun aber die Feststellung des besonderen Inhalts dieser Vereinbarungen zuweilen Schwierigkeiten, so ist dafür die Frage, in welchem Umfang diese Besonderheiten gegenüber dem Reich und gegenüber den anderen deutschen Bundesstaaten Geltung besitzen, wiederum in voller Uebereinstimmung mit den früheren Ausführungen zu beantworten. An Seltsamkeiten fehlt es den Ergebnissen freilich auch hier nicht. Hat der Gemeinschuldner seinen Wohnsitz in Wien, eine gewerbliche Niederlassung in München, und er besitzt Vermögensstücke in Sachsen, so müßten diese Vermögensstücke, wenn an beiden Orten Konkurs eröffnet worden, an sich den beiden Verfahren dienstbar sein; doch darf man vielleicht Prävention entscheiden lassen. Hätte derselbe Gemeinschuldner Vermögen in Preußen, so kann dies jedenfalls dann nicht mehr an Oesterreich hinausgegeben werden, wenn das deutsche Verfahren vor Einlauf des österreichischen Ersuchens um Ausantwortung eröffnet worden ist. Verwandte Schwierigkeiten, wenn aus einem nicht beteiligten Bundesstaat her Zwangsvollstreckung in Vermögensgegenstände erfolgen soll, die im Vertragsgebiet liegen, wenn dort vor der Konkurseröffnung Arrest gelegt worden ist auf Gegenstände in einem Bundesstaat, der verpflichtet ist, einen solchen Arrest nicht anzuerkennen. Ja es läßt sich ausdenken, daß ein Drittschuldner in derlei Fällen der Gefahr einer doppelten Vollstreckung ausgesetzt ist, wobei denn freilich die einmal geschehene Leistung, gleichviel an welchen Teil, genügen muß, da es nach einem Elementarsatz des internationalen Privatrechts unstatthaft erscheint[13]), eine rechtsgemäß vorgenommene Leistung als Erfüllung einer nicht bestehenden Schuld zu behandeln.

Bemerkt mag noch werden, daß von der Wirksamkeit der preußischen Vereinbarung auf Seiten Preußens die Rheinprovinz ausgeschlossen wurde, so daß sich hier zwischen den verschiedenen Teilen des preußischen Staates gleich-

13) Vgl. etwa v. Bar, Theorie und Praxis Bd. 2 S. 417 fg.

artige Fragen erheben wie sonst zwischen deutschen Bundesstaaten: ein Gemeinschuldner z. B. hat seinen Wohnsitz in Wien, in Köln eine gewerbliche Niederlassung; kann der hier eröffnete Spezialkonkurs auch das in den anderen Provinzen Preußens befindliche Vermögen umfassen, wenn Oesterreich dessen Auslieferung begehrt? Aber man wird hier wohl ein anderes Prinzip zugrunde legen müssen. Der Vertrag ist geschlossen vom Staat Preußen als einer unteilbaren juristischen Person; und wenn eine einzelne Provinz von seiner Wirksamkeit ausgenommen wurde, so kann sie doch nicht die Möglichkeit haben, den Willen des Gesamtstaates zu durchkreuzen — so daß hier die beiden Konkurse nicht gleiche Kraft haben, sondern (so lange das Vermögen noch in den anderen Provinzen) der österreichische Konkurs vorgeht.

Daß die mancherlei Wunderlichkeiten, welche aus der partikularen Anerkennung auswärtiger Urteile und Konkurse entstehen, bald ihr Ende finden mögen, darf auch hier aufrichtig gewünscht werden. Aber nicht Aufhebung der Verträge, sondern Ausdehnung ihrer Grundsätze ist das Ziel, das zu erstreben wäre.

Der Einfluß persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnahme.

(RStGB. § 50.)

Von Dr. Fr. Doerr, Amtsrichter in München.

Den Einfluß persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnahme oder die Bedeutung und Tragweite des § 50 RStGB. einer eingehenderen Besprechung zu unterziehen, bedarf um so weniger einer Rechtfertigung, als sich hierüber de lege lata sowohl wie de lege ferenda eine große Anzahl ungelöster Streitfragen gebildet hat, zu deren Aufklärung die folgenden Zeilen das ihrige beitragen mögen.

Der § 50 a. a. O. bestimmt: „Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter[1]), Anstifter, Gehilfe)[2]) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen."[3])

Obwohl diese Gesetzesbestimmung — im Gegensatze z. B. zu § 59 StGB. — nur in positiver Form ausspricht, daß die erwähnten persönlichen Eigenschaften 2c. demjenigen zuzurechnen sind, bei welchem sie vorliegen, so folgt daraus doch unbestrittenermaßen auch umgekehrt, daß jene Momente bei dem Beteiligten außer Berücksichtigung bleiben, bei welchem sie nicht vorliegen[4]). In § 50 ist allerdings nur von persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen desjenigen, welcher eine strafbare Handlung begangen hat, also von Umständen, die in der Person des Täters vorhanden sind, die Rede;

---

1) Erwähnung des Mittäters erscheint überflüssig, zumal Mittäterschaft gar keine Form der Teilnahme, d. h. der Beteiligung an einem fremden Verbrechen, ist. Von Mittätern, wie von Nebentätern, ist jeder als Täter des ganzen Verbrechens (§ 47 RStGB.) selbständig, also nach seinen eigenen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen, strafbar. Auf alle Fälle ist aber die Anwendung des § 50 hier kein Fehler.

2) Der § 50 ist nach diesem Wortlaut auf die Fälle des § 49a und der Begünstigung nicht anwendbar.

3) Eine entsprechende Bestimmung fehlte im Preuß. StGB. von 1851.

4) Motive S. 66; vgl. Olshausen, Komm. Bd. 1 § 50 N. 6; Oppenhoff, Komm. § 50 N. 1.

doch ist § 50 seinem Sinne nach — was ebenfalls nicht bestritten — auch von Umständen in der Person des Teilnehmers zu verstehen, so daß nicht nur der Einfluß solcher in der Person des Täters vorliegender Umstände auf die Strafbarkeit der Teilnehmer, sondern auch der Einfluß der beim Anstifter oder Gehilfen gegebenen Umstände auf die Strafbarkeit der Beteiligten überhaupt zu berücksichtigen ist.

Das Gesetz spricht von besonderen Tatumständen im Sinne der StPO. § 262 Abs. 2, § 264 Abs. 2, 3, § 266 Abs. 2, § 295 Abs. 1, nämlich von den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen, nach denen das Gesetz die gesetzlich vorhandene Strafbarkeit einer Handlung ohne Änderung deren Eigenart erhöht oder vermindert, qualifiziert oder privilegiert, d. i. von gesetzlichen Strafänderungsgründen und zwar Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen, die auf persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Handelnden beruhen, ohne daß diese die Eigenart der Handlung selbst bestimmen, — qualitates aggravantes et mitigantes personae (oder delinquenti, nicht delicto) cohaerentes — und setzt voraus, daß alle Teilnehmer eine in concreto strafbare Handlung verübt haben, daß nur das Maß ihrer Strafbarkeit je nach den bei den einzelnen in ihrer Person begründeten[5]) Verhältnissen ein verschiedenes sei. Die Vorschrift beschränkt sich also auf solche Fälle, in welchen die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften 2c. ihres Urhebers erhöht oder vermindert wird: Sie findet keine Anwendung, wenn die persönlichen Eigenschaften 2c. die Strafbarkeit der Handlung nicht erhöhen oder vermindern, nicht zur Aufstellung eines besonderen Strafrahmens (poena extraordinaria) führen, mithin nicht als gesetzliche Strafschärfungs- oder Milderungsgründe wirken, sondern bloß als richterliche Zumessungsgründe von an sich individueller Bedeutung — Strafmehrungs- oder Minderungsgründe — innerhalb des (allgemeinen) Strafrahmens erscheinen[6]). Sie bleibt ferner außer Anwendung, sobald es sich um solche (persönliche) Momente handelt, welche ein an sich strafloses Tun erst zu einem strafbaren machen, die Eigenart der Handlung selbst bestimmend deren Strafbarkeit begründen (und ausschließen), nicht erhöhen oder vermindern, also nicht das Strafmaß, sondern den Verbrechenstatbestand bedingen (strafbegründende oder konstitutive Umstände im Gegensatze zu strafändernden Umständen) und für den Begriff des Verbrechens und die Existenz der Strafbarkeit überhaupt wesentlich sind, bei deren Wegfall in der Person des Täters ein Straffall, eine strafbare Haupttat, gar nicht vorliegt, von einer Strafbarkeit des Teilnehmers an einer solchen mithin ebensowenig wie von der des Täters die Rede sein kann[7]).

Solche persönliche Eigenschaften 2c., welche den Verbrechenstatbestand bedingen und, wenn sie beim Täter vorliegen, entsprechend der unselbständigen (accessorischen) Natur der Teilnahme dem Anstifter und Gehilfen zuzurechnen

---

5) Vgl. Paul Krug, Die besonderen Umstände der Teilnehmer, Gießener Diss., Breslau 1899, S. 72. Gegenstand der 77 Druckseiten starken Krug'schen Schrift ist nach des Verfassers eigener Erklärung nicht die Interpretation des § 50 RStGB., sondern die Erforschung der allgemeinen, auch dem § 50 zugrunde liegenden Prinzipien (Einteilung in Willens-, Handlungs- und Erfolgsumstände). Von diesem Gesichtspunkte aus verdient die Arbeit Beachtung; die praktische Bedeutung der einzelnen zum Gegenstand der Erörterung gestellten Fragen ist aber nicht scharf genug ins Licht gerückt.

6) Vgl. Hälschner, Gem. Deutsches Strafrecht, Bd. 1 § 175 S. 438.

7) Vgl. zum Folgenden: Oppenhoff § 50 N. 3; Olshausen N. 2; Hälschner a. a. O. Bd. 1 S. 436 fg.; Geyer in Holtzendorff's Handb. Bd. 2 S. 365 fg. und 395 f.; v. Liszt, Lehrb., 12. Aufl. 1903, § 53 S. 234 fg.; P. Krug a. a. O., insbesondere S. 67 fg.

sind, vorausgesetzt, daß sie von deren Schuld mitumfaßt werden, diese also zur Zeit der Anstiftungs- oder Beihilfehandlung davon, d. h. von den Eigenschaften des Täters, nicht dessen Strafbarkeit, Kenntnis haben (StGB. § 59), sind z. B. die Beamtenqualität des Täters bei reinen, sog. eigentlichen oder echten, d. h. kein Gemeindelikt in sich begreifenden, (im Gegensatze zu sog. gemischten oder uneigentlichen oder unechten[8]) Amtsdelikten, deren Subjekt nur Beamte im Sinne des § 359 RStGB. sein können[9]), die Eigenschaft approbierter Medizinalpersonen bei deren delicta propria, nahe Verwandtschaft und männliches bezw. weibliches Geschlecht bei gewissen Sittlichkeitsverbrechen, Eigenschaft eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, bei Bankrutt (§§ 239 ff. Konkursordnung vom 17. Mai 1898) ꝛc. ꝛc.

Ist z. B. bei einem reinen Amtsdelikt ein Nichtbeamter der Täter, so liegt ein Verbrechen überhaupt nicht vor; demgemäß wäre hier auch der Beamte als Anstifter oder Gehilfe straflos (von der mittelbaren Täterschaft abgesehen). Wenn umgekehrt ein Nichtbeamter einen Beamten zu einem solchen Amtsdelikt angestiftet hat, dann sind, da alle Merkmale, welche der Begriff der Anstiftung erfordert, hier zutreffen, beide dem nämlichen Strafgesetz unterworfen;[10]) die persönlichen Verhältnisse des Anstifters (oder Gehilfen), insbesondere die Nichtbeamtenqualität, können nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden[11]). Dadurch kann der Verschiedenheit des Maßes der strafrechtlichen Verantwortlichkeit mehrerer Beteiligter hinreichend Rechnung getragen werden; denn wer als Nichtbeamter an dem reinen Amtsdelikt eines Beamten teilnimmt, hat sich ebenfalls, wenn auch in geringerem Maße als der Beamte selbst, der Rechtsordnung gegenüber verschuldet. Hätte das Gesetz den früher von Henke, Abegg, Marezoll, Roßhirt, Brackenhöft, Köstlin, v. Schwarze u. a. vertretenen Standpunkt eingenommen, daß bei verschiedenen persönlichen Eigenschaften ꝛc. der Beteiligten der Begriff des Verbrechens sich nicht nach dem Täter, sondern für jeden immer nur nach seiner besonderen Eigenschaft bestimme, daß die Teilnehmer nur insoweit schuldig und strafbar erscheinen, als sie selbst das Delikt hätten begehen können, und den § 50 auch auf strafbegründende Umstände ausgedehnt, dann wäre der Nichtbeamte, der einen Beamten zu einem reinen Amtsverbrechen anstiftet oder unterstützt, einer strafbaren Handlung überhaupt nicht schuldig und damit eine bedenkliche Lücke im Gesetz geschaffen[12]). Da bei reinen Amtsverbrechen nur ein Beamter (kein Nichtbeamter) Täter sein

---

8) Hierüber unten B 2.

9) Das Preuß. StGB. hatte in § 331 folgende Spezialvorschrift: „Nehmen Personen, welche keine Beamten sind, an einem der in diesem Titel bezeichneten Verbrechen oder Vergehen teil, so sollen, soweit keine Ausnahmen bestimmt sind, die allgemeinen Grundsätze über Teilnahme gelten."

10) Ebenso zu § 348 Abs. 1: RGE. I. 22. Juni 1882 (Entsch. in Straff. Bd. 6 S. 414 und Rechtspr. Bd. 4 S. 599) und Bayer. Oberst. Gerichtshof 28. Juni 79 (Entsch. dieses Gerichts in Straff. Bd. 9 S. 339), entgegen Binding, Lehrb. II., 2. Aufl. 1904, S. 290 fg.; zu § 354: RGE. I. 9. Januar 96 (E. Bd. 28 S. 100). A. A. Kohler, Studien a. d. Strafr. Bd. 1 S. 135.

11) Ähnliche Fälle sind: Anstiftung zur Päderastie durch eine Frau, zur Blutschande durch einen Extraneus. Nach der für Aszendenten und Deszendenten verschiedenen Strafdrohung in § 173 Abs. 1 unterliegt der Verbrechensstrafe, wer an dem Verbrechen des Aszendenten teilnimmt, dagegen der Gefängnisstrafe, wer sich lediglich an dem Vergehen der Deszendenten beteiligt.

12) Vgl. hierzu Braunschweig. StGB. von 1840 §§ 54, 252 und Württemberg. StGB. von 1837 Art. 87, 404.

kann, kann auch nur ein Beamter Mittäter gemäß § 47 StGB. sein[13]); andre, die sich an einer solchen Tat beteiligen, können nur als Gehilfen strafbar sein[14]). Dagegen wird nach Obigem nicht auch der Anstifter zum Gehilfen[15]).

Das Gleiche gilt auch bezüglich der Teilnahme von Civilpersonen an reinen Militärdelikten[16]).

Ebenso bleibt § 50 außer Anwendung bei der sog. notwendigen Teilnahme (Mittäterschaft), wo die Mitwirkung einer Mehrheit von Personen eine notwendige Voraussetzung des Tatbestands eines Delikts ist (Doppelehe, Ehebruch, Blutschande 2c.), weil auch hier gewisse persönliche Eigenschaften und Verhältnisse strafbegründend wirken. Der Dritte, welcher an einer solchen Tat teilnimmt, ist strafbar, auch wenn er selbst zu den Haupttätern nicht in demjenigen Verhältnisse steht, welches für letztere die unerläßliche Vorbedingung der Strafbarkeit bildet[17]). Die Strafbarkeit des einen Beteiligten wird durch die Straflosigkeit des anderen Genossen nicht berührt.

Ferner bezieht sich § 50 nicht auf Strafaufhebungsgründe (Tod des Schuldigen, Begnadigung[18]), Verjährung[19]) oder prozessuale Hindernisse der Strafverfolgung (mangelnde Prozeßvoraussetzungen)[20]). Dieselben wirken ihrem Wesen nach, ohne daß es einer ausdrücklichen Bestimmung bedürfte, immer nur für denjenigen Beteiligten, in dessen Person sie vorliegen, schließen daher die Möglichkeit einer strafbaren Teilnahme an der objektiv strafbaren Handlung nicht aus.

Dasselbe gilt für persönliche Strafausschließungsgründe[21]). Wenn zwar infolge eines in der Person des Haupttäters obwaltenden Strafausschließungsgrundes (z. B. nach §§ 51—54 RStGB.) es an dem (subjektiven) Tatbestand des betr. Delikts fehlt, ist auch der Teilnehmer (Anstifter, Gehilfe) als solcher straflos — unbeschadet der Frage, ob er etwa als mittelbarer Selbsttäter anzusehen sei: Objektive Strafausschließungsgründe oder Schuldaus-

---

13) Bad. OHG. vom 5. Oktober 1878 (Annalen der bad. Gerichte Bd. 44 S. 251). Ob der Nichtbeamte auch wegen Anstiftung oder Beihilfe straflos bleibe, ließ das Urteil dahingestellt.

14) Berner, Lehrb., 17. Aufl. 1895, § 86 S. 167 N. 1; Oppenhoff § 47 N. 17, Olshausen § 47 N. 20; RGE. IV vom 14. Januar 1896 (E. 28 S. 109), II vom 30. Dezember 1898 (Bd. 31 S. 407, betr. betrügl. Bankrutt). Vgl. auch Hälschner a. a. O. Bd. 1 S. 438 zu Note 1.

15) Wie früher Stübel, Marezoll, Krug, Berner, Geib u. a. meinten; für die richtige Ansicht Geyer a. a. O. S. 365 fg. und die dort Cit.

16) Hecker, Lehrb. des Deutschen Militärstrafrechts, 1887 S. 84, 89 und in Goltdammer's Archiv Bd. 30 S. 101 ff.; Borchert, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter S. 19; H. Meyer, Lehrb., 5. Aufl. 1895, S. 229; v. Liszt a. a. O. S. 235; Olshausen § 48 N. 32; R. Frank, StGB. § 48 Z. III; RGE. II vom 1. April 1887 (Entsch. Bd. 15 S. 396 und Rechtspr. Bd. 9 S. 218), III vom 5. April 1894 (E. Bd. 25 S. 234), I vom 8. April 1895 (E. Bd. 27 S. 157). Dagegen: Kohler a. a. O.; Sonanini, Die Teilnahme von Civilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen, Erlanger Diss. 1897.

17) Oppenhoff N. 4; neuestens Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Breslau 1901.

18) Oppenhoff N. 7; Birkmeyer, Teilnahme S. 157.

19) RGE. III vom 14. Juni 1883 (E. Bd. 9 S. 10, Rechtspr. Bd. 5 S. 434).

20) Z. B. Fehlende Ermächtigung zur Strafverfolgung auf Grund der §§ 99, 101, 197 RStGB.

21) Bayer. Strafgesetzbuch von 1861 Art. 65 Abs. 3 und wörtlich damit übereinstimmend Bayer. Mil.-StGB. von 1869 Art. 57 Abs. 3 u. a. haben im Zusammenhang mit den „straferhöhenden und -mindernden" auch die „strafausschließenden und -tilgenden" Gründe erwähnt. Vgl. RStPO. § 262 Abs. 2, § 266 Abs. 2.

schließungsgründe[22]). Läßt aber der obwaltende Strafausschließungsgrund den vollständigen (insbesondere auch den subjektiven) Deliktstatbestand bestehen und verbietet er nur wegen eines subjektiven oder individuellen Grundes — z. B. wegen „Bestürzung, Furcht oder Schrecken" im Falle eines Notwehrexzesses nach § 53 Abs. 3, jugendlichen Alters nach § 173 Abs. 4[23]), Verwandtschaft gemäß §§ 247 Abs. 2, 3, 257 Abs. 2[24]), 289 Abs. 5, Monarchenqualität[25]) oder Immunität der diplomatischen, sog. völkerrechtlichen Personen und der Abgeordneten (§ 11 StGB.)[26]) — die den Täter an sich treffende Strafe, so wird dadurch die Strafbarkeit der Teilnehmer nicht berührt: Subjektive Strafausschließungsgründe.

Nicht zu den letztgenannten Strafausschließungsgründen, wie in der Literatur öfter zu lesen ist, sondern zu den — wenn auch nicht allgemeinen — Strafaufhebungsgründen (vgl. StPO. § 295 Abs. 2) ist der Rücktritt vom Versuch und die tätige Reue gemäß §§ 46 Nr. 1 und 2, 163 Abs. 2, 310 zu rechnen. Der die an sich verwirkte Strafe ohne Aenderung des Verbrechenscharakters der Tat hinterher beseitigende Rücktritt des einen Beteiligten, z. B. des Täters, macht die andern, Mittäter oder Teilnehmer, nicht straffrei[27]), es sei denn, daß das Gesetz selbst (z. B. § 204: „. . . die Strafe der Kartellträger fällt weg . . .") das Gegenteil ausdrücklich vorschreibt[28]).

---

22) Vgl. RGE. III. vom 28. Januar 1889 (E. Bd. 18 S. 419), III. vom 9/16. Juni 1884 (E. Bd. 11 S. 56), II. vom 10. Juni 1890 (Bd. 21 S. 14), I. vom 8/22. Dezember 1898 (Bd. 31 S. 395).

23) Bedenklich RGE. III vom 23. September 1889 (Bd. 19 S. 391): Die gesetzliche Straflosigkeit noch nicht 18 Jahre alter Verwandter und Verschwägerter absteigender Linie enthalte keinen persönlichen Strafausschließungsgrund, sondern das vollendete 18. Lebensjahr sei ein positives Tatbestandsmerkmal strafbaren Inzestes, so daß solche noch nicht 18 Jahre alte Deszendenten nicht als schuldhaft Beteiligte, als Teilnehmer, sondern als Objekte des Delikts, „nur als willenlose (?), unter dem Ansehen und der Gewalt der sie mißbrauchenden Aszendenten handelnde Werkzeuge oder Opfer der letzteren" anzusehen seien und ihre Beeidigung im Strafverfahren nach § 56 Nr. 3 StPO. nicht ausgeschossen sei.

24) Vgl. RGE. I vom 29. April 86 (E. Bd. 14 S. 102, Rechtspr. Bd. 8 S. 313), hierüber Olshausen § 50 N. 2 *a*.

25) Vgl. Frank a. a. O. (3. und 4. Aufl. 1903) § 50 N. IV S. 82 (in der 1. Aufl. 1897 ebenda S. 73); Birkmeyer a. a. O. S. 157.

26) Ob auch wegen Strafunmündigkeit des Täters in den Fällen der §§ 55 fg., ist bestritten; dafür: Oppenhoff N. 6, Olshausen § 55 N. 5 fg., Rubo, Rüdorff ib., Borchert a. a. O S. 24, Schütze in Goltdammer's Archiv XXI, 164, Herzog, zuletzt im „Gerichtssaal" XXXVIII, 342, Bünger, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch. VIII 579, van Calker, Befehl S. 36; dagegen: Geyer, Grundr. I, 137 und in Holtzendorff's Handb. II, 363, Hälschner I S. 223, Merkel, Lehrb. S. 56, H. Meyer, Lehrb. S. 223, v. Liszt S. 166 fg., Binding, Normen I, 29, Frank § 55 N. II, v. Kries in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. V. 10, Birkmeyer, Teilnahme S. 158, 269, Kohler, Studien I 114 u. a. Das Reichsgericht hat sich der ersteren Ansicht angeschlossen: RGE. III vom 12. April und II vom 6. Juni 1882 (E. VI. 187, 336), III vom 20. September 1882 (Rechtspr. IV 700), I. vom 29. April 1886 (E. XIV 104), III vom 29. April 1889 (XIX 192), vom 3. Dezember 1897 (Goltdammer's Arch. XLVI. 41). Die gegenteilige Ansicht wird zwar den Anstifter zum Delikt des Strafunmündigen als mittelbaren Täter bestrafen können, den Gehilfen aber straflos lassen müssen; dieses Ergebnis ist wenig befriedigend. Ebenso wäre gemeinschaftliche Begehung im Sinne der §§ 119, 123 Abs. 3, 223 a, 293 u. a. — d. i. Mittäterschaft — mit einem Strafunmündigen ausgeschlossen, demnach auch die Strafschärfung für den Strafmündigen.

27) Ebenso die herrschende Ansicht, insbesondere RGE. I vom 13. Januar 1881 (E. III 249, Rechtspr. II 722), II vom 6. Juni 1882 (E. VI. 341, Rechtspr. IV 533), III vom 15. März 86 (E. XIV 19, R. VIII 171), IV vom 19. April 1887 (Rechtspr. IX 253), II vom 25. November 1887 (E. XVI 347, Rechtspr. IX 650), IV vom 13. Dezember 1887 (Rechtspr. IX 724) IV vom 9. Oktober 1888 (Rechtspr. X 555) Vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 156 N. 281.

28) § 290 hat teils strafausschließende, teils strafaufhebende Wirkung.

Alle die genannten Verhältnisse hat § 50 nicht im Auge. Damit ist die Abgrenzung des Wirkungskreises dieser Gesetzesbestimmung in negativer Richtung aber noch nicht erschöpft.

Der § 50 erwähnt nur die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche, außerhalb der Tat selbst liegend, die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern. Hierunter sind solche zu verstehen, welche der Person des Täters beiwohnen, ohne den gesetzlichen Tatbestand des Straffalles und die Eigenart der Handlung selbst zu berühren. Wird der Tatbestand eines Delikts berührt, so wird die Strafbarkeit an sich, deren Existenz berührt, nicht bloß erhöht oder vermindert. Demgemäß ist die Willensbeschaffenheit, aus der in concreto die Tat hervorging, der Vorsatz, welchen der betr. Fall voraussetzt und zwar als Faktor des (subjektiven) Tatbestands erfordert, nicht als eine solche persönliche Eigenschaft, als „besonderer Tatumstand" im Sinne des Gesetzes, anzusehen, sondern durch die Verschiedenheit des Dolus wird eine Verschiedenheit der Handlung bedingt. Daraus folgt, daß die Haupttat auch in Betreff des Anstifters und Gehilfen nach dem Dolus des Täters zu qualifizieren ist, soweit nicht § 59 entgegensteht[29]).

Auch die Ueberlegung in §§ 211, 212 StGB., die sonst nur Strafzumessungsgrund ist, ist kein besonderer straferhöhender (oder der Mangel der Ueberlegung kein besonderer strafvermindernder) Tatumstand i. S. § 50, da das positive Recht, das einer übertausendjährigen Tradition folgt, weder den Mord als qualifizierten Totschlag, noch den Totschlag als privilegierten Mord, sondern beide als zwei verschiedene Deliktsarten behandelt. Hiernach ist die (überlegte oder unüberlegte) Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag nur mit der Strafe des Totschlags nach §§ 212, 48 bezw. 49, die — wenn auch nicht überlegte — Anstiftung zum Mord mit der Strafe des Mordes zu ahnden; ebenso trifft die Strafe des § 211 in Verbindung mit §§ 49, 44 den Gehilfen[30]) bei Mord auch dann, wenn er selbst ohne Ueberlegung, aber mit Kenntnis von dem überlegten Vorsatz des Täters[31]), handelte[32]). M. a. W. auf die Ueberlegung des Anstifters und Gehilfen selbst kommt es nicht an.

---

29) Oppenhoff N. 2.

30) Nicht aber den Mittäter nach § 47, da hier diese Verschiedenheit stets individuell zu berücksichtigen ist. Es steht nichts im Wege, wenn die Geschworenen die Frage nach der Ueberlegung bei einem Mittäter bejahen, bei dem andern verneinen. Unrichtig Oppenhoff N. 2; richtig v. Liszt, Lehrb. § 50 S. 224 zu Note 10.

31) § 59 StGB. Der Gehilfe, nicht aber der Anstifter, kann sich auf Unkenntnis von der Ueberlegung des Täters allenfalls berufen. Abw. Frank § 211 II: Auch dem Anstifter sei dieses Moment nur dann zur Last zu setzen, wenn er darum wußte. Wie sich Frank dies denkt, kann ich mir nicht vorstellen.

32) Ebenso: Oppenhoff N. 2, Olshausen N. 5a, Rüdorff N. 4, Otto N. 5, Frank § 211 N. II, Schütze, Lehrb., Merkel, Lehrb. S. 307, Binding, Grundriß des Strafr. I (5. Aufl.) § 67 Ziff. II S. 129, II 1. Hälfte S. 6 und Lehrb. I (2. Aufl. 1902), S. 28, Kobner, Reichsstrafrecht (3. Aufl. 95) S. 69, RGE. vom 2. März 1881 (Rechtspr. III 93); dagegen: Geyer in Holtzendorff's Handb. II S. 364, 395, IV S. 163 (de lege lata aber mit Obigem übereinstimmend), v. Schwarze Komm. S. 157, Berner, Lehrb. S. 288, 516, Hälschner I S. 439, H. Meyer, Lehrb. S. 229, v. Liszt, Lehrb. § 53 S. 234, § 83 S. 309, Ortmann, Aphoristische Bemerkungen zur Lehre v. d. Teilnahme am Verbrechen, in Goltdammer's Arch. XXII S. 391 fg., Herzog in der Allgem. Deutschen Strafrechtszeitung XII (1872) S. 223 fg., P. Krug a. a. O. S. 48 fg., 64. Die gegenteilige Meinung, welche den § 50 auf die Überlegung (analog) anwendet und dies Moment für jeden Beteiligten besonders geprüft wissen will, führte zu dem — jedenfalls nicht befriedigenden — Ergebnis, daß der mit Überlegung handelnde Anstifter (Gehilfe) wegen Teilnahme an einem Morde zu bestrafen wäre, der, weil der Täter ohne Ueberlegung die Tötung ausgeführt hat, gar nicht begangen worden ist.

Wir haben bisher das Anwendungsgebiet des § 50 in negativer Richtung nach außen abzugrenzen versucht; es erübrigt nunmehr, gewissermaßen nach innen zu dringen, auf die Fälle einzugehen, welche die vorwürfige Gesetzesbestimmung regelt, und festzustellen, welche besondere, in der Person des Handelnden begründete und deren Strafbarkeit beeinflussende Tatumstände zu berücksichtigen sind.

Im allgemeinen ist zu betonen, daß die persönlichen Eigenschaften — z. B. Beamteneigenschaft, die ohnedies nach § 359 StGB. zeitlich beschränkt sein kann, — keine dauernden zu sein brauchen, wie ja die persönlichen Verhältnisse begrifflich das Moment des Dauernden zweifelsohne nicht erfordern, daß auch vorübergehende Qualitäten nach dem Geiste wie nach dem dies nicht ausschließenden Wortlaut des Gesetzes in Betracht kommen[33]). Im übrigen läßt sich eine erschöpfende, allgemein zutreffende Begriffsbestimmung dafür, was unter „persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen" zu verstehen sei, schwer geben[34]); eine streng begriffliche Unterscheidung zwischen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen ist undurchführbar und entbehrlich[35]).

Nach dem Gesetz sind zu unterscheiden:

A. Strafmilderungsgründe und
B. Strafschärfungsgründe.

A.

Zu den Strafmilderungsgründen gehören[36]):

1) Das jugendliche Alter (im Fall des § 57)[37]). Nur der Jugendliche hat auf diesen Strafmilderungsgrund Anspruch; freilich hätte es hiefür einer ausdrücklichen Bestimmung nicht bedurft.

2) Die „mildernden Umstände", insbesondere der Reiz (StGB. § 213)[38]). Nur dem Täter gegenüber angenommene mildernde Umstände üben

---

33) Ebenso: Ortmann a. a. O. S. 392; P. Krug a. a. O. S. 71 fg. N. 1, Oberreichsanwalt in RGE. XXV S. 274; contra: Olshausen N. 1.

34) Vgl. RGE. XXV S. 269, P. Krug S. 71 fg.

35) Vgl. Herzog a. a. O. S. 225.

36) Nicht hierher gehört die Eigenschaft eines Angehörigen, Mündels, Zöglings, Lehrlings oder Dienstboten gemäß § 247 Abs. 1, da diese nur das Antragserfordernis bewirkt, im übrigen aber nicht strafmildernd wirkt; hierfür kommt vielmehr lediglich Abs. 3 eod. in Betracht.

37) Ebenso: v. Liszt, Lehrb. § 53 S. 234, Binding, Grundriß I § 67 Ziff. II S. 129, Oppenhoff N. 5, Rüdorff N. 2, Otto N. 2; dagegen: Olshausen N. 3, Berner S. 167, Schütze S. 147, Hälschner I S. 439, H. Meyer S. 229, Herzog a. a. O. S. 221, die zwar § 50 auf solche „rein persönliche" oder „rein subjektive", „höchst persönliche" (i. S. Schütze's) oder „subjektiv-persönliche" (Ortmann a. a. O. S. 390) Eigenschaften rc. rc. („qualitates personalissimae") nicht beziehen, im Resultat aber mit Obigem übereinstimmen. Doch verleitet die Anwendung des § 50 — wie Berner sagt — wenigstens nicht zu Fehlgriffen.

38) So Oppenhoff a. a. O., Pr. Ob.-Trib. vom 1. Februar 1878 (Rechtspr. des Ob.-Trib. XIX 51, Stenglein, Zeitschr. für Gerichtspraxis, N. F. VIII 74) mecklenb. O. G (ohne Datum) im „Gerichtssaal" XXVIII 516; dagegen: Berner S. 167, Borchert a. a. O. S. 36, P. Krug S. 66, Olshausen N. 2β, jedoch im Resultat übereinstimmend. Es kommt nicht darauf an, ob die mildernden Umstände im Einzelfall „wegen persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse" des Täters oder Teilnehmers zugebilligt werden, sondern darauf, ob sie in der Person des einen oder andern der Beteiligten aus irgend welchen Gründen angenommen werden. — Neuerdings sucht A. Erlanger, Materiellrechtliche und prozessuale Bedeutung des § 213 des RStGB., Marburger Diss., Breslau 1903, — ohne durchschlagende Begründung — nachzuweisen, daß die Reizung in § 213 trotz des entgegenstehenden Wortlauts dieser — eben wegen der besonderen Erwähnung der Reizung keineswegs einwandfrei und glücklich redigierten — Gesetzesbestimmung kein speziell hervorgehobener mildernder Umstand sei, und kommt zu dem „merkwürdigen Ergebnis" (S. 31), daß § 213 sowohl ein vom

keine Wirkung auf das gegen den Teilnehmer zu erkennende Strafmaß und umgekehrt.

3) Die in §§ 157, 158 StGB. (s. auch § 161!) erwähnten Strafermäßigungsgründe[39]): Das Verhältnis des Meineidigen

a) zu einem Verbrechen oder Vergehen: § 157 Ziff. 1[40]),

b) zu der Person, zu deren Gunsten die falsche Aussage gemacht ist: § 157 Ziff. 2,

c) zu den Folgen des Verbrechens: § 158[41]).

4) Der Eigentumsnotstand in § 313 Abs. 2 StGB.[42]). Unter „Täter" in dieser Gesetzesbestimmung ist wie in § 310 nicht bloß Haupttäter (und Mittäter), sondern auch Anstifter und Gehilfe inbegriffen. War der Anstifter der Inhaber des gefährdeten Eigentums, so ist er nach § 313 II, der Täter, auf den dieses „persönliche Verhältnis" zu dem gefährdeten Eigentum nicht zutrifft, nach § 313 I zu bestrafen und umgekehrt. Das oben über den Vorsatz Gesagte steht nicht entgegen, da § 313 Abs. 2 den strafrechtlichen Vorsatz, wie ihn Abs. 1 erfordert, nicht aufhebt, sondern neben demselben noch eine besondere Absicht verlangt.

5) Endlich gehört hierher die frühere Zugehörigkeit zur feindlichen Kriegsmacht bei Waffentragen gegen das deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen gemäß § 88 Abs. 3 im Verhältnis zu Abs. 1.

B.

Zu den Strafschärfungsgründen gehören:

1) Die (straferhöhende, nicht, wie z. B. in § 88, strafbegründende)

Schwurgericht abzuurteilendes Verbrechen (Totschlag nach § 212 unter Annahme mildernder Umstände), wie ein selbständiges, zur Strafkammerzuständigkeit gehörendes Vergehen (Totschlag auf Provokation) enthalte. Im ersteren Fall schließt sich Erlanger (S. 33) Berner, v. Schwarze und Olshausen an und läßt § 50 bei mildernden Umständen außer Betracht; nur im Falle der Reizung hält er (S. 33 f.) § 50 für maßgebend. Die besondere Hervorhebung der Provokation in § 213 als eines Privilegierungsgrundes enthält einerseits eine gesetzliche Strafmilderungspflicht, während sonst nur ein Milderungsrecht für den Richter bestünde, der bei Provokation mildernde Umstände annehmen und demgemäß den milderen Strafrahmen anwenden könnte oder nicht, ist aber andererseits insofern von untergeordneter Bedeutung, als im Falle des Nichtvorhandenseins einer Provokation im Sinne des Gesetzes andere mildernde Umstände mit gleicher Wirkung als vorhanden angenommen werden können.

39) Ebenso v. Liszt (wenigstens in früheren Auflagen seines Lehrbuches), Binding, Grundr. I S. 129 und Lehrb. II (2. Aufl.) S. 162, Olshausen N. 4. Des § 163 Abs. 2 ist oben in anderem Zusammenhang gedacht.

40) RGE. F.-S. vom 10. August 1881 (E. IV 377) und F.-S. vom 29. Juli 1891 (XXII 106). In letzterem Urteil ist zwar anerkannt, daß die Strafermäßigung dem Anstifter nicht zu statten kommt, wenn die Möglichkeit der Strafverfolgung ihn nicht betrifft, dieser besondere Umstand also bei ihm nicht vorliegt, aber weiter S. 109 ff. mit Unrecht der inkonsequente Satz aufgestellt, daß eine Anwendung des § 157 Z. 1 auf den Anstifter auch dann unzulässig sei, wenn die Angabe der Wahrheit gegen ihn, den Anstifter, eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte, da das Gesetz sich ausdrücklich nur auf den meineidigen Täter und dessen persönliches Verhältnis zu einer von ihm begangenen Missetat beziehe und nur die Zwangslage des Zeugen (und Sachverständigen) zwischen seiner gesetzlichen Zeugnispflicht und der Gefahr der Strafverfolgung berücksichtige. Dies widerstreitet dem § 50; der besondere Umstand ist auch dem Teilnehmer zuzurechnen, bei welchem er vorliegt, die Strafermäßigung muß also auch zu Gunsten des Anstifters eintreten, wenn seine eigene Verfolgung auf dem Spiele stand. Ebenso Binding, Lehrb. a. a. O. und Handbuch I S. 221 fg., Frank § 157 N. I 1 und Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch. XIV S. 381, Hälschner II 295; a. M.: Olshausen § 157 N. 5, Rüdorff § 157 N. 7, Oppenhoff § 157 N. 3.

41) RGE. III vom 12. Februar 1903 Nr. 267/03.

42) Vgl. Binding, Handb. I S. 221 fg., Lehrb. II S. 35. P. Krug a. a. O. S. 46, 65; a. M. Olshausen § 50 N. 5 b, § 313 N. 2.

Untertanenqualität des Täters: StGB. §§ 80, 94—97 im Verhältnis zu §§ 81, 98—101[43]).

2) Die (straferhöhende, nicht den Tatbestand bedingende) Beamteneigenschaft insbesondere in §§ 340—342, 347, 348 Abs. 2 (349), 350 (351), 357 StGB.[44]), sowie die Eigenschaft als Militärperson.

Der Nichtbeamte, der sich an einem solchen „gemischten" Amtsverbrechen (z. B. einer Amtsunterschlagung nach § 350) beteiligt, ist nur Mittäter oder Teilnehmer an dem in dem „gemischten" Amtsverbrechen enthaltenen gemeinen Verbrechen (z. B. der einfachen Unterschlagung nach § 246), auch wenn er die Amtseigenschaft des Täters gekannt hat[45]). In letzterem Fall hat sich der Nichtbeamte durch Anstiftung ꝛc. trotz dieser Kenntnis (Kenntnis von der besonderen Strafbarkeit braucht er nicht zu haben) nach allgemeinem Gerechtigkeitsgefühl allerdings strafbarer gemacht als durch Anstiftung eines Nichtbeamten zu einer gemeinen Unterschlagung — allein nicht in dem Maße, als die Pflichtverletzung des Beamten selbst Strafschärfung erheischt. Das Gesetz hat daher mit Recht hier die Anwendung der Bestimmungen über Amtsverbrechen auf Nichtbeamte abgelehnt und die Berücksichtigung der höheren Strafwürdigkeit der letzteren in den gedachten Fällen der richterlichen Strafzumessung überlassen.

Hierher gehört auch die Eigenschaft eines in einer öffentlichen Angelegenheit mit der Sammlung von Wahl- oder Stimmzetteln oder mit der Führung der Beurkundungsverhandlung Beauftragten, eines Wahlkommissärs ꝛc.: § 108[46]); ferner „Amt, Beruf oder Gewerbe" in §§ 222 II, 230 II.

3) Die Rückfälligkeit (§§ 244 f., 250 Ziff. 5, 261, 264, 362 Abs. 2; vgl. StPO. § 262 Abs. 3), ein nur in der Person des Rückfälligen begründeter, das Rückfallverbrechen vom einfachen Verbrechen unterscheidender Umstand, der wie die unter folgender Ziffer zu behandelnde Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit das Maß der individuellen Verschuldung, die Unverbesserlichkeit charakterisiert[47]). So hat auch § 149 Abs. 2 des deutschen Vereinszollgesetzes

---

43) Binding, Grundr. I S. 129, Oppenhoff N. 5, Olshausen N. 4.

44) Berner a. a. O. S. 167, Binding a. a. O., v. Liszt, Oppenhoff a. a. O., Olshausen a. a. O., Pr. Ob.-Trib. vom 3. November 1877 (Rechtspr. XVIII 690 und Goltdammer's Arch. XXIV 51), Bad. OHG. vom 5. Oktober 1878 (Bad. Annalen XLIV 251). Zu den uneigentlichen Amtsverbrechen gehören auch die Fälle der §§ 128 Abs. 2, 129 Abs. 2, 300, 316 Abs. 2, 318 Abs. 2, 322; hier wirkt aber — von den Nebenstrafen der §§ 128 Abs. 2, 129 Abs. 2, 319 abgesehen — die Beamteneigenschaft nicht strafschärfend.

45) Nach l. 9 Inst. De publicis iudiciis 4, 18 dagegen traf bei der Unterschlagung öffentlicher Gelder die durch die Richterqualität des Täters bewirkte Strafschärfung alle, „qui ministerium eius ad hoc adhibuerunt vel qui subtracta ab his scientes suscoperunt"; s. auch l. 6 eod.

46) Binding, Lehrb. II 2 (1905) S. 831.

47) So die gemeine Meinung, insbesondere v. Liszt a. a. O. S. 234, Oppenhoff N. 5, Rüdorff N. 2, Otto N. 2, Pr. Ob.-Trib. vom 3. Dezember 1873 (Rechtspr. XIV 768, Stenglein, Zeitschr. für Gerichtspraxis II 188), Bad. OHG. vom 2. Juni 1877 (Bad. Annalen XLIII 201) RGE. I vom 23. September 1880 (E. II S. 261, Rechtspr. II 243), II vom 20. Mai 1881 (E. IV S. 186, Rechtspr. III 313); vgl. RGE. XXV 275. Dagegen: Berner a. a O., Schütze S. 147, Hälschner I S. 439, H. Meyer S. 229, Olshausen N. 3, die die Rückfälligkeit wie die Jugendlichkeit als höchst persönliche Eigenschaft von § 50 nicht berührt wissen wollen, im Ergebnis aber mit der gemeinen Meinung übereinstimmen. A. M. Binding, Grundr. I S. 129. Für „analoge" Anwendung des § 50 neuerdings Frank (3. und 4. Aufl. 1903) N. II S. 82, während er in der ersten Aufl. (1897) S. 72 N. II und in der 2. Aufl. (1901) S. 77 N. II übereinstimmend mit Rubo § 244 N. 7 noch die Ansicht vertrat, die Rückfälligkeit des Anstifters oder Gehilfen falle nicht einmal diesen zur Last, da die den Rückfall berücksichtigenden Gesetzesstellen eine wiederholte „Begehung" des Delikts voraussetzen, nach der Ausdrucksweise des Gesetzes aber weder Anstifter noch Gehilfe ein Delikt „begehe".

vom 1. Juli 1869 ausdrücklich vorgeschrieben: „Die für den Rückfall bestimmte Strafe trifft nur diejenigen Teilnehmer einer Kontrebande oder Defraudation, welche sich selbst eines Rückfalles schuldig gemacht haben.“ [48]) Die Rückfälligkeit des Täters berührt den nicht rückfälligen Teilnehmer nicht; ist der Anstifter oder Gehilfe, nicht auch der Täter, rückfällig, so ist dieser Umstand nur dem Anstifter bezw. Gehilfen zuzurechnen.

4) Die (straferhöhende) Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit [49]), insbesondere bei Hehlerei (§ 260), Kreditwucher (§ 302d) [50]) und Jagen (§ 294, hier lediglich „gewerbsmäßig“).

5) Die Zugehörigkeit zu einer Diebs- oder Räuberbande: § 243 Ziff. 6, § 250 Ziff. 2. Den Schuldigen, der keiner Bande angehört, trifft bei Teilnahme nur die einfache Strafe; „denn nur dem geschworenen Feinde des Eigentums gilt die Schärfung“ [51]).

6) Die Eigenschaft des Rädelsführers, z. B. in §§ 115, 125, des Stifters und Vorstehers von Verbindungen in §§ 128, 129, des Veranstalters und Anführers im RGes., betr. die Bestrafung des Sklavenraubes ꝛc. ꝛc., vom 28. Juli 1895 § 1 u. a. m.

7) Die Eigenschaft einer Vertrauensperson oder das Verhältnis des Täters nach § 246 zur anvertrauten und veruntreuten Sache. Wer also zur Unterschlagung einer dem Täter anvertrauten Sache anstiftet, kann selbst nicht mit der auf Zueignung einer solchen gesetzten höheren Strafe belegt werden [52]).

C.

Teils straferhöhend, teils strafmildernd wirken gewisse verwandtschaftliche Verhältnisse des Täters zu dem Verletzten [53]).

I. Straferhöhend wirken:

1) Das Verhältnis von Kindern zu Eltern und Aszendenten überhaupt: §§ 215, 223 Abs. 2 [54]). Die Teilnehmer an dem Aszendententotschlag und der Aszendentenmißhandlung werden, soweit sie nicht selbst Deszendenten sind, nicht von der Strafe des § 215 und des § 223 Abs. 2, sondern nur von der der §§ 212 fg. bezw. § 223 Abs. 1 nach Maßgabe der §§ 47—49 betroffen, sollten sie auch zur Zeit der Tat das Verwandtschaftsverhältnis des Täters gekannt

48) Vgl. auch Bad. StGB. von 1845 § 137.

49) So v. Liszt a. a. O. S. 234, v. Schwarze S. 154, Oppenhoff N. 5, Olshausen N. 4, RGE. II vom 20. Mai 1881 (E. IV S. 184 und Rechtspr. III S. 312), IV vom 6. Dezember 1887 (Rechtspr. IX 708), I vom 9. Januar 1893 (E. XXIII 378), Beschl. der vereinigten Strafsen. vom 18. April 1894 (E. XXV 266), II vom 22. Juni 1894 (XXVI 3), IV vom 18. Februar 1902 („Das Recht“ 1902 S. 187). A. M. Binding, Grundr. a. a. O. Für „analoge“ Anwendung des § 50: Frank a. a. O. im Gegensatz zur 1. Aufl. S. 73 Note II a. E.

50) Nicht beim Sachwucher nach § 302 e, da hier die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit konstitutiver, strafbegründender Umstand ist, ebenso wie die Gewohnheitsmäßigkeit in §§ 150, 180 — Beihilfe zur gewohnheitsmäßigen Kuppelei erfordert nicht, daß der Gehilfe auch seinerseits gewohnheitsmäßig handelt: RGE. IV vom 19. Dezember 1902 Nr. 4670/02 —, die Gewerbsmäßigkeit in § 284 und in Art. 3 Postgesetznovelle vom 20. Dezember 1899 (vgl. RGE. IV vom 10. März 1903, E. XXXVI 154) und die Geschäftsmäßigkeit in § 144 StGB.

51) Binding, Lehrb. I (2. Aufl.) S. 304.

52) Ebenso: Bad. OHG. vom 5. Oktober 1878, Bad. Annalen XLIV 252.

53) Motive S. 66, Berner a. a. O., Geyer in Holtzendorff's Handb. II S. 366 ff., 395, v. Liszt a. a. O. und S. 310, Binding, Grundr. I § 67 S. 129 ff., Oppenhoff N. 5, Olshausen N. 4; dagegen: P. Krug S. 59 fg., 69, 73.

54) Die beiden Spezialvorschriften könnten wegfallen, und die Strafmehrung dürfte der richterlichen Strafzumessung überlassen werden.

haben[55]). Umgekehrt verwirkt der Sohn, welcher einen fremden Dritten (Nichtdeszendenten) zum Totschlag seines Vaters anstiftet (oder unterstützt), zwar die Strafe des § 215, der Haupttäter aber die des § 212 wegen einfachen Totschlags; die Haupttat erhält natürlich ihren Charakter nicht durch die Persönlichkeit des Anstifters, sondern durch die des Täters, doch finden die persönlichen Verhältnisse des Anstifters für dessen Bestrafung nach § 50 ihre gerechte Würdigung. Wenn der Sohn, welcher zum Totschlag seines Vaters einen Fremden angestiftet hat, nur der Anstiftung zu einem gemeinen Totschlag schuldig wäre, während umgekehrt der Fremde, der den Sohn zum Aszendententotschlag anstiftet, wegen Teilnahme am qualifizierten Totschlag zu bestrafen wäre, so käme der Sohn im ersten Fall gelinder weg wie der Fremde im zweiten Fall[56]). Diesem Mißverhältnis ist durch § 50 mit Recht vorgebeugt; wenn es auch einem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl nicht widerstreiten würde, falls die Anstiftung eines Sohnes zur Tötung seines Vaters seitens eines Fremden als Anstiftung zum qualifizierten (Aszendenten-)Totschlag zu ahnden wäre, da eine solche Tat sittlich verwerflicher erscheint als die Anstiftung eines andern zur Tötung eines Nichtaszendenten, wo das natürliche Pietätsgefühl nicht Platz greift, so darf doch nicht verkannt werden, daß die Teilnahme am Aszendententotschlag gegenüber der Teilnahme am gemeinen Totschlag keineswegs in demselben Verhältnis höher strafbar erscheint, als der Aszendententotschlag selbst gegenüber dem gemeinen Totschlag, ebensowenig wie Teilnahme am Kindsmord in demselben Verhältnis minder strafwürdig erscheint gegenüber der Teilnahme am gemeinen Mord als der Kindsmord gegenüber dem gemeinen Mord.

2) Das Verhältnis von Eltern zu Kindern: § 221 Abs. 2.

Nicht hierher gehören die in § 181 Nr. 2 bezeichneten persönlichen Verhältnisse, die nicht straferhöhend, sondern strafbegründend wirken, also von § 50 nicht umfaßt werden. Droht auch § 181 eine höhere Strafe an als § 180, so können doch die in Nr. 1 und 2 bezeichneten Umstände als straferhöhend im Sinne des § 50 gegenüber § 180 nicht erachtet werden, weil § 181 die für § 180 erforderten Tatbestandsmerkmale der Gewohnheitsmäßigkeit oder Eigennützigkeit gar nicht zur Voraussetzung hat. Demgemäß hat die Bestrafung des Teilnehmers an einer schweren, aus § 181 Nr. 2 zu ahndenden Kuppelei, der selbst zu den Personen, mit welchen die Unzucht getrieben worden ist, in keinem der dort bezeichneten Verhältnisse steht, aus § 181, nicht § 180, zu erfolgen[57]).

II. Strafmildernd wirkt:

Das Verhältnis der Mutter zum unehelichen Kind: § 217. — Den fremden Mittäter (z. B. außerehelichen Vater) bei der Kindstötung, deren Verbrechenssubjekt nur die außereheliche Mutter sein kann, trifft nicht die Strafe des § 217, sondern die des § 211 oder § 212, je nachdem er die Tötung mit oder ohne Ueberlegung ausgeführt hat, den fremden Teilnehmer (Anstifter, Gehilfen) an dem Verbrechen ebenfalls nicht die Strafe des § 217, sondern die des § 211 oder § 212, je nachdem die Haupttäterin mit oder — was die Regel sein wird — ohne Überlegung gehandelt hat. Umgekehrt ist die Kindsmutter, welche den extraneus zur Tötung ihres außerehelichen Kindes

55) Nach l. 6 Dig. De parricidiis 48, 9 dagegen ist der fremde conscius mit der schärferen Strafe des parricidium zu belegen.
56) Geyer a. a. O. S. 367.
57) RGE. II vom 19. Juni 1891, E. XXII S. 51, 53.

angestiftet oder unterstützt hat, nach §§ 217, 48 bezw. 49 zu beurteilen[58]). Die außereheliche Mutter unterliegt sonach nicht nur als Täterin, sondern wegen § 50 auch als Anstifterin und Gehilfin einer milderen Strafdrohung als der Dritte; auch in den letzteren Fällen trifft in der Person der Mutter der — anderen nicht zu gute kommende — legislatorische Grund zur privilegierten Stellung des Kindsmordes zu: Der mit dem Geburtsakt (zumal bei unehelicher Geburt) verbundene Zustand der psychischen Erregung und die hierdurch hervorgerufene (oder doch präsumierte) Verminderung der Widerstandsfähigkeit und Zurechnungsfähigkeit. Die Mindeststrafe von 2 Jahren Gefängnis in § 217 Abs. 2 steht freilich im Widerspruch zu dem übertrieben milden, erst während der parlamentarischen Beratung des RStGB. aufgenommenen Mindestmaß von 6 Monaten Gefängnis in § 213. Von einem allgemeinen Gesichtspunkte aus betrachtet, wiegt allerdings die Teilnahme am Kindsmord nicht ganz so schwer wie die Teilnahme an der gemeinen Tötung; soweit dies im einzelnen Falle zutrifft, bietet wiederum die richterliche Strafzumessung — abgesehen von § 211 — hinreichende Handhabe, die auf die Täterin nach § 217 Anwendung findende Strafmilderung zu einem gewissen, nicht allgemein zu bestimmenden Anteil, insoweit es nach richterlichem Ermessen gerechtfertigt erscheint, strafmindernd auch dem Teilnehmer zu gute kommen zu lassen.

Alle die vorbesprochenen besonderen Tatumstände sind nur demjenigen Beteiligten — Täter, Mittäter, Anstifter, Gehilfen (nicht Begünstiger) —, bei welchem sie vorliegen, „zuzurechnen", d. h. hier wie in § 59 bei der Bestrafung zu berücksichtigen[59]) oder bei Beurteilung der Strafbarkeit in Betracht zu ziehen[60]), gleichgültig, ob das Vorhandensein bei einem der Beteiligten dem einen oder andern derselben vor oder während der Begehung der Straftat bekannt gewesen ist oder nicht. Mit diesem Satze, der bezüglich des Mittäters selbstverständlich, dagegen bezüglich des Anstifters und des Gehilfen von weittragender Bedeutung ist, hat das Gesetz eine der wichtigsten Konsequenzen aus seiner prinzipiellen Auffassung, daß Teilnahme Beteiligung an dem Verbrechen eines anderen — durch das sie ihren strafrechtlichen Charakter erhält, so daß sie entfällt, wenn es zu einem Handeln des (Haupt-)Täters gar nicht gekommen oder wenn dieses kein verbrecherisches nach dem Gesetze ist, — und nicht mittelbare (intellektuelle) Selbstbegehung des Verbrechens sei, mit Entschiedenheit und mit vollem Recht abgelehnt und in diesem Punkte den ohnehin auf willkürlicher Fiktion beruhenden Grundsatz von dem unselbständigen, sog. accessorischen Charakter der Teilnahme und die Regel der §§ 48, 49 durchbrochen[61]). Durch § 50 wird, soweit es sich nicht um strafbegründende persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse handelt, infolge Statuierung einer Ausnahme von den Grundsätzen über Teilnahme dahingehend, daß der Begriff der Mißtat sich nicht, wie in anderen Stücken, auch in den persönlichen Eigen-

58) So Oppenhoff a. a. O., § 47 N. 17, § 217 N. 16, Olshausen § 50 N. 4, 8, Rüdorff N. 6, Berner a. a. O, Geyer a. a. O. S. 364 fg., 368, v. Liszt S. 234, 312, P. Krug S. 47, 64, Pr. Ob.-Trib. vom 8. September 1875 (Rechtspr. XVI 566, Stenglein, Zeitschr. für Gerichtspraxis V 257), RGE. III vom 8. Mai 1880 (Entsch. II 153) und III vom 2. März 1881 (Rechtspr. III 93). Dagegen: Herzog a. a. O. S. 231, Schütze S. 388 N. 8, Merkel in Holtzendorff's Rechtslexikon s. v. „Kindsmord" S. 452. Über die Teilnahme Dritter an der Kindstötung enthielt Preuß. StGB. in § 180 Abs. 2 eine Spezialvorschrift im gleichen Sinne wie oben.

59) Olshausen N. 7.

60) Ausdrucksweise des Bayer. StGB. von 1861 Art. 65 Abs. 3 und des Bayer. Mil.-StGB. von 1869 Art. 57 Abs. 3.

61) Ueber die „Kompromißnatur" des § 50 s. insbes. Herzog a. a. O. S. 227 ff.

schaften und Verhältnissen für alle Teilnehmer gleichmäßig nach dem Täter bestimmt, die Absicht der Motive (S. 66) erreicht, „daß ein jeder lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll" — ohne Rücksicht auf die besonderen persönlichen Verhältnisse der übrigen Beteiligten[62]). Aus dem Standpunkt des Gesetzes, das der strafbegründenden Umstände in obigem Zusammenhang nicht gedenkt, werden zwar die gegenseitigen Einwirkungen der verschiedenen persönlichen Eigenschaften 2c. 2c. der Beteiligten auf die Strafwürdigkeit nicht vollständig gewürdigt, indem — vom prinzipiellen Standpunkt aus — jeder der Mitschuldigen zunächst nach seinen eigenen Verhältnissen zu beurteilen, sodann auch den bei den einen vorhandenen besonderen Umständen ein verhältnismäßiger Einfluß auf die Strafbarkeit der andern einzuräumen wäre. Hierdurch etwa hervortretenden Übelständen kann aber — wie wir in den einzelnen Fällen oben angedeutet haben — die Praxis durch Berücksichtigung jener Einwirkungen beim Strafausmaß leicht abhelfen, da das Gesetz nur über den Begriff der Mißtat oder deren „rechtlichen Charakter" (Mot.) entscheidet und nicht jeden einzelnen konkreten Fall einer solchen Mißtat besonders regeln und daher auch nicht das Maß jenes Einflusses von vornherein für alle Fälle festsetzen kann.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß.

§ 4 des Musterschutzgesetzes vom 1. Juni 1891. Irrtum über das Maß der Abweichung nicht strafrechtlich.

Die Rüge der Verletzung des materiellen Rechts hat insoweit für zutreffend erachtet werden müssen, als die Begründung für die Annahme des subjektiven Tatbestandes des Delikts im Sinne des § 4 des Gesetzes vom 1. Juni 1891 auf rechtsirrigen Erwägungen beruht.

Wenn die Angeklagten geglaubt haben, die Abweichungen des von ihnen hergestellten Spachtels von dem für die Nebenklägerin in die Gebrauchsmusterrolle eingetragenen Modell wären so wesentliche, daß dieser Spachtel nicht als Nachbildung des Modells angesehen werden könne und die Gefahr einer Verwechslung ausgeschlossen erscheine, so würden sich dieselben nicht, wie in dem Urteile angenommen wird, in einem unbeachtlichen Rechtsirrtume, sondern in einem ihre Strafbarkeit ausschließenden und demgemäß ihre Freisprechung rechtfertigenden tatsächlichen Irrtume befunden haben.

Anders würde der Fall zu beurteilen sein, wenn die Angeklagten etwa irrtümlich angenommen hätten, die Benutzung eines geschützten Gebrauchsmusters mit Abänderungen und Abweichungen, gleichgültig, wie diese beschaffen seien, lasse diese Benutzung straflos erscheinen; eine derartige Annahme würde sich nicht als ein tatsächlicher Irrtum im Sinne des § 59 StGB., sondern als ein Irrtum über den Sinn und die Auslegung, die Bedeutung und Tragweite der Bestimmungen des Gesetzes vom 1. Juni 1891, mithin als ein strafrechtlicher Irrtum darstellen. Daß aber die Angeklagten zum Schutz sich auf einen derartigen Irrtum berufen hätten oder der Vorderrichter solchen für festgestellt erachtet hätte, läßt sich aus der Urteilsbegründung nicht entnehmen.

---

62) Olshausen N. 8.

Die Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen im 35. Bande S. 351 steht dieser Auffassung nicht entgegen, denn in dem dort erörterten Falle hat nach dem für erwiesen erachteten Sachverhalt der Angeklagte die Identität der von ihm hergestellten mit den für den Nebenkläger geschützten Borden gekannt, während hier von den Angeklagten die Uebereinstimmung des von ihnen hergestellten Spachtels mit dem für die Nebenklägerin geschützten Gebrauchsmuster ausdrücklich bestritten worden ist. III. Strafsenat D. 1124/05. Urteil vom 12. März 1906.

§ 266 StPO. **Ausspruch über mildernde Umstände.** Die Anordnung der Angabe der Strafzumessungsgründe in § 266 Abs. 2 Satz 1 StPO. beruht nicht auf einer zwingenden Vorschrift; die Verabsäumung der Angabe der Umstände, die für die Verhängung der Ehrenstrafe bestimmend waren, begründet daher nicht die Revision. Zwingend ist dagegen die sich daran anschließende Vorschrift, daß die Urteilsgründe die Entscheidung über die Zulassung oder Versagung mildernder Umstände enthalten müssen, wenn diese im allgemeinen im Gesetze vorgesehen sind und entweder zugebilligt oder einem in der Verhandlung gestellten Antrage entgegen verneint werden. Ein solcher Antrag liegt auch dann vor, wenn eine Strafe beantragt ist, die gesetzlich nur unter der Voraussetzung der Annahme mildernder Umstände eintreten kann. (Entscheidungen Bd. 29 S. 276.) Ob der Antrag von dem Staatsanwalt oder von dem Angeklagten gestellt ist, kann, da das Gesetz in dieser Beziehung nicht unterscheidet, nicht ins Gewicht fallen. Nach § 244 StGB. tritt in dem hier festgestellten Falle eines im Rückfall begangenen einfachen Diebstahls als ordentliche Strafe Zuchthausstrafe ein, während bei Annahme mildernder Umstände auf Gefängnis erkannt werden kann. Der nach dem Sitzungsprotokoll gestellte Antrag des Staatsanwalts auf 9 Monate Gefängnis umfaßte daher den Antrag auf Zubilligung mildernder Umstände. Die Entscheidung hierüber durfte in dem Urteile, welches auf Zuchthausstrafe erkennt, also die mildernden Umstände versagt, nicht fehlen. Hinsichtlich der Straffestsetzung unterlag wegen dieses Mangels das Urteil der Aufhebung. III. Strafsenat D. 1292/05. Urteil vom 8. März 1906.

§ 230 StGB. **Zum Begriffe der Fahrlässigkeit.** Angeklagter hatte als Asservatenführer einen geladenen Revolver in Verwahrung genommen, ohne für Entladung zu sorgen oder kenntlich zu machen, daß der Revolver geladen sei. Bei der nach Enthebung des Angeklagten vom Amte vorgenommenen Versteigerung des Revolvers entlud sich dieser, einer der Anwesenden wurde verletzt. Die Strafkammer sprach frei, auf Revision der Staatsanwaltschaft wurde das Urteil mit folgender Begründung aufgehoben:

Die Strafkammer gelangte, ohne die Frage, ob der Angeklagte, da er als Asservatenführer den Revolver ohne Prüfung auf etwaige Ladung in Empfang nahm, pflichtwidrig und unter Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt handelte und ob er bei entsprechender Aufmerksamkeit den eingetretenen schädigenden Erfolg als Folge seines pflichtwidrigen Verhaltens voraussehen konnte, zu prüfen, zur Freisprechung schon um deswillen, weil „die Verantwortlichkeit des Angeklagten für einen durch die von ihm unterlassene Entladung des Revolvers herbeigeführten rechtsverletzenden Erfolg jedenfalls in dem Augenblick aufgehört habe, in dem er seines Amtes als Asservatenführer enthoben war.“ Dieser Rechtsauffassung vermag nicht beigetreten zu werden. Es ist nicht abzusehen, weshalb die Verantwortung des Angeklagten für eine durch seine pflichtwidrige

Unterlassung gesetzte schädigende Ursache durch den rein äußerlichen Umstand beseitigt werden soll, daß der Angeklagte zur Zeit des Eintrittes des aus dieser von ihm geschaffenen und verschuldeten Ursache sich herleitenden Erfolges nicht mehr Asservatenführer und deshalb für die Aufbewahrung der Asservaten nicht mehr verantwortlich war.

Der von der Strafkammer allein angeführte Grund vermag sonach die Freisprechung nicht zu tragen. Hat, was erst zu prüfen sein wird, der Angeklagte bei Aufbewahrung des Revolvers pflichtwidrig unter Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt gehandelt und konnte er den später eingetretenen rechtswidrigen Erfolg als Folge seines pflichtwidrigen Verhaltens voraussehen, so steht bei ersichtlich gegebenem Zusammenhange der Annahme strafbarer Fahrlässigkeit nichts im Wege, insbesondere würde auch nicht eine etwa mitkausal gewordene strafbare Fahrlässigkeit Dritter diese Annahme hindern. III. Strafsenat D. 1381/05. Urteil vom 1. März 1906.

§§ 269, 348 StGB. Form der öffentlichen Urkunden. Aus den Gründen: Was zunächst die Verurteilung wegen Vergehens nach § 269 StGB. anlangt, so ist hierfür die Frage, ob der Angeklagte öffentliche Urkundsperson oder Behörde ist, selbstredend ohne Bedeutung.

Wohl aber begegnet die Annahme der Strafkammer, daß die von der Vollstreckungsbehörde ausgestellten, mit dem Namen des Rendanten B. unterdruckten Pfändungsbefehle öffentliche Urkunden im Sinne des § 415 der Civilprozeßordnung und des Strafgesetzbuches waren, im Hinblick auf die Verordnung vom 15. November 1899 betreffend das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen (Preuß. Gesetzblatt S. 545 cf., insbes. §§ 13, 4, 6), die Ausführungsanweisung vom 28. November 1899 Art. 16, 36 und Formular IV und die Geschäftsanweisung für die Vollziehungsbeamten im Bereiche der Verwaltung der direkten Steuern vom 10. Februar 1900 §§ 1 ff., §§ 11, 39, Bedenken. Zu den wesentlichen Bestandteilen einer öffentlichen Urkunde gehört, daß sie in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist. Die Form, in welcher die Pfändungsbefehle aufzunehmen und auszufertigen waren, bestimmt für den vorliegenden Fall Art. 36 der Ausführungsanweisung vom 28. November 1899, wonach die Pfändungsbefehle nach dem dort als Muster IV bezeichneten Formulare herzustellen waren. Dieses Formular fordert u. a. Unterschrift des die Vollstreckungsbehörde vertretenden Beamten. Abgesehen davon, daß das bei der Kassenverwaltung des Amtes H. für die Pfändungsbefehle gebräuchliche Formular auch in anderer Richtung von dem Inhalte des in Muster IV vorgeschriebenen Formulars mehrfach abweicht, ist es auch nicht mit dem Namen des Vollstreckungsbeamten unterschrieben, sondern unterdruckt.

Wenn es nun auch unter Umständen gebräuchlich und zulässig sein mag, daß in Urkunden, die von öffentlichen Behörden ausgehen, die Autorschaft ohne Unterschrift des Repräsentanten der Behörde nur durch Stempelabdruck konstatiert oder die Unterschrift durch Stempel oder durch Druck ausgeführt wird (Entsch. des RGer. in Strafs. Bd. 8 S. 409, Bd. 12 S. 17), so muß doch im vorliegenden Falle angenommen werden, daß mit Rücksicht auf den Inhalt des in Art. 36 der Ausführungsanweisung vorgeschriebenen Formulars Muster IV, das die Unterschrift des die Vollstreckungsbehörde vertretenden Beamten fordert, die von dem Angeklagten ausgefüllten Pfändungsbefehle, unter denen der Name des Rendanten B. nicht in Schrift, sondern in Druck stand, soweit und so erheblich von der vorgeschriebenen Form abwichen, daß sie als öffentliche Urkunden nicht zu erachten waren.

Hiernach vermag das Urteil, soweit Vergehen nach § 269 StGB. in Frage kommt und, da die Strafkammer bezüglich dieses Vergehens und des Vergehens aus § 348 StGB. ein Fortsetzungsverhältnis konstruiert und die Strafe nun aus § 269 StGB. bemessen hat, auch hinsichtlich der Verurteilung aus § 348 StGB. nicht aufrecht erhalten zu werden.

Die Annahme eines Vergehens nach § 348 StGB. wäre an sich nicht zu beanstanden.

Der Angeklagte war als beeidigter Vollziehungsbeamter des Amtes H. im Hinblick auf die vorerwähnte Verordnung vom 15. November 1899 (§§ 4, 6) und die Geschäftsanweisung vom 1. Juni 1900 §§ 1 ff., § 11 ein zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugter Beamter und handelte bei Feststellung des Pfändungsabstandes innerhalb seiner Zuständigkeit (§ 63 der Geschäftsanweisung). Entsch. des RGer. in Strafs. Bd. 15 S. 4.

Die von ihm in den Pfändungsprotokollen beurkundeten, wie er wußte, falschen Tatsachen waren rechtserheblich. (Entsch. des RGer. in Strafs. Bd. 32 S. 389.) Fraglich könnte allerdings auch hier wiederum sein, ob, wie im Falle des § 348 StGB. objektiv eine vollgültige beweiskräftige öffentliche Urkunde hergestellt sein muß (Entsch. des RGer. in Strafs. Bd. 1 S. 42, 312; Bd. 12 S. 331; Bd. 13 S. 116), und da, wie oben bemerkt, zu den wesentlichen Bestandteilen einer öffentlichen Urkunde gehört, daß sie auch in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist, ob den Beurkundungen des Angeklagten die Eigenschaft öffentlicher Urkunden etwa um deswillen abzusprechen wäre, weil die in § 63 der Geschäftsanweisung vorgeschriebene Form, Benutzung des Formulars VII der Anlage zur Geschäftsanweisung nicht beobachtet ist.

Diese Frage ist jedoch hier zu verneinen.

Wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat (Entsch. des RGer. in Strafs. Bd. 4 S. 283; Bd. 31 S. 421, vgl. auch Oppenhoff, Obertribunal Bd. 5 S. 267, dagegen Bd. 17 S. 346) kommt einem bloßen Bericht des Vollstreckungsbeamten über die Erfolglosigkeit einer versuchten Pfändung die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde nicht zu. In den vorliegenden Fällen handelt es sich aber keineswegs nur um solche Berichte, sondern um vom Vollstreckungsbeamten förmlich wenn auch unter Benutzung eines anderen als des vorgeschriebenen Formulars aufgenommene Protokolle, welche Ort und Zeit der Verhandlung, den Gegenstand der Vollstreckungshandlung, die Namen der Personen, mit denen verhandelt wurde, die Angabe des Grundes, weshalb die beteiligten Personen nicht unterschreiben konnten, und die Unterschrift des Vollstreckungsbeamten trugen, sonach im wesentlichen den Formerfordernissen, welche an eine derartige Beurkundung zu stellen sind und welche auch § 63 der Geschäftsanweisung fordert (vgl. auch § 762 der Civilprozeßordnung), entsprachen. Diese Protokolle können daher mit den in den angeführten Entscheidungen erwähnten Berichten keineswegs auf gleiche Stufe gestellt werden. Sie waren, obwohl sie von der vorgeschriebenen Form in einzelnen, nicht wesentlichen Punkten abwichen, im allgemeinen und in der Hauptsache doch dieser Form entsprechend und geeignet, für die in ihnen bezeugten Vorgänge für und wider jeden Dritten Beweis zu erbringen, sonach öffentliche Urkunden. III. Strafsenat D. 1114/05. Urteil vom 22. Februar 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Civilrecht.

Kann wegen Beeinträchtigung eines Fischereirechtes oder eines sonstigen Privatrechts durch eine Wasserbenützungsanlage oder ein Wasserbauunternehmen nur in den in den Wassergesetzen vom 28. Mai 1852 ausdrücklich vorgesehenen Fällen Entschädigung beansprucht werden? Setzt der schädigende Eingriff notwendig ein Verschulden voraus, damit ein Anspruch auf Schadensersatz entstehen kann? Gemeines Recht. Gesetz vom 27. Mai 1852, die Benützung des Wassers, den Uferschutz und den Schutz gegen Ueberschwemmungen betr.

Die Kläger sind fischereiberechtigt und behaupten, daß die beklagten Gemeinden dadurch, daß sie umfassende Dammbauten im Bereiche des Fischwassers aufgeführt haben, das Recht der Kläger in Folge der wesentlichen Aenderungen des Fischereigrundes beeinträchtigt, ihnen einen erheblichen Schaden zugefügt haben. Die Beklagten bestreiten jede Ersatzverbindlichkeit, da das einschlägige Sondergesetz einen Anspruch auf Entschädigung nicht vorgesehen habe, sie auch nicht unerlaubt gehandelt, sondern nur von einem gesetzlichen Rechte Gebrauch gemacht hätten. Ueber diese beiden Einwendungen enthalten die Gründe des letztinstanziellen Urteils folgende Ausführungen:

Zugegeben ist, daß die Beklagten durch die Errichtung der Dämme an dem öffentlichen Flusse an sich nicht widerrechtlich gehandelt haben, da sie nur von einem nach dem Gesetz ihnen zustehenden Rechte Gebrauch gemacht haben (Art. 18 des Gesetzes über den Uferschutz und den Schutz gegen Ueberschwemmungen vom 28. Mai 1852). Die aus dem Grundsatze: „qui jure suo utitur nemini facit injuriam" gezogene Folgerung aber, daß jeder Anspruch auf Ersatz des durch die Ausübung eines eigenen Rechtes einem anderen Berechtigten zugefügten Schadens ausgeschlossen sei, ist nicht richtig. Jener Grundsatz unterliegt schon nach den Normen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes erheblichen Einschränkungen, z. B. im Nachbarrechte. Ein Korrektiv bildet insbesondere das Verbot des Eingriffs in den Rechtskreis eines Anderen; nur wer sich bei der Ausübung seines Rechtes innerhalb der gesetzlichen Schranken hält, ist von jeder Schadensersatzpflicht frei. Ein Grundsatz, der hinsichtlich der Befreiung von der Verbindlichkeit zum Ersatze des durch die Ausübung eines Rechtes einem Anderen zugefügten Schadens weiter ginge, ist auch in den bayerischen Wassergesetzen nicht anerkannt. Die frühere Meinung, daß in den drei Wassergesetzen die Frage der Entschädigung für die Fälle der Kollision von Rechten erschöpfend geregelt sei (z. B. Erkenntnis des vormaligen Oberappellationsgerichts vom 15. Februar 1866, Bl. f. RA. Bd. 31 S. 125), ist von der neueren Rechtslehre (Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht § 92 S. 384 bis 386) und von der neueren Rechtsprechung (Urteil des Obersten Landesgerichts vom 11. Juni 1898, Samml. v. Entsch. in Gegenständen d. Civilrechts u. s. w.; Bd. 17 S. 144) verlassen. Daß die erwähnten Gesetze in bestimmten einzelnen Fällen die Entschädigungspflicht ausdrücklich erwähnen, in einem anderen Falle (Art. 6 des die Wasserbenutzung betreffenden Gesetzes) eine Entschädigung ausdrücklich versagt wird, rechtfertigt die Annahme, daß es sich bei diesen Vorschriften mehr oder weniger um Gelegenheitsbestimmungen handelt, die getroffen wurden, um in den Fällen, die sich dazu besonders eigneten, jeden Zweifel darüber auszuschließen, ob nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes Entschädigung zu leisten ist oder nicht. Es ist deshalb auch weder der aus dem Art. 57 des Wasserbenützungsgesetzes gezogene Schluß

vom Gegenteile zutreffend, noch der Hinweis der Revisionskläger auf den Fall der durch die Korrektion eines öffentlichen Flusses bewirkten Beeinträchtigung eines Fischereirechts von Belang. Es kann dahingestellt bleiben, ob unter die im Art. 57 erwähnten „Anlagen zur Wasserbenützung" auch Korrektionsbauten zu rechnen sind, ferner ob der in diesem Artikel ausgesprochene Grundsatz auch auf die öffentlichen Gewässer auszudehnen ist, wie Pözl (Kommentar zu dem Gesetze über die Benützung des Wassers, 2. Aufl. S. 153, 154), Reuß, (die bayerischen Wassergesetze, 2. Aufl. S. 122 Abs. 2) und Oertmann (a. a. O., insbesondere Anm. 15) annehmen, weil es sich hier um eine staatliche Flußkorrektion nicht handelt. Da das Gesetz (Art. 18 des Uferschutzgesetzes) die Frage offengelassen hat, ob den durch die Dammbauten in ihren Rechten Verletzten ein Entschädigungsanspruch zusteht, ist sie nach den oben erwähnten, allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zu beantworten. Die obrigkeitliche Erlaubnis zur Vornahme einer Handlung, welche die Schädigung eines anderen zur Folge hat, nimmt der Handlung zwar insofern die Eigenschaft der Rechtswidrigkeit, als sie nicht mehr ohne weiteres als strafbares oder civilrechtliches Verschulden angesehen werden darf. Der Grundsatz des römischen Rechtes aber, daß ohne Verschulden (dolus oder culpa) eine Schadensersatzpflicht nicht besteht, daß man also für die schädigenden Folgen einer an sich nicht rechtswidrigen Handlung überhaupt nicht aufzukommen hat, kann nach der seitdem eingetretenen wesentlichen Aenderung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse für das jetzige gemeine Recht eine ausnahmslose Geltung nicht mehr beanspruchen. Das allgemeine bürgerliche Recht und eine Reihe von Sondergesetzen haben dieser Aenderung der Verhältnisse und der dadurch bewirkten Aenderung des Rechtsbewußtseins des Volkes Rechnung getragen durch Aufstellung von Vorschriften, die die Schadensersatzpflicht des Handelnden auch in Fällen anerkennen, in denen ihn der Vorwurf eines Verschuldens nicht treffen kann. Wer die obrigkeitliche Erlaubnis zur Vornahme einer Handlung, z. B. zum Betrieb eines mit der Gefahr der Beschädigung anderer Personen oder fremder Sachen oder Rechte verbundenen Unternehmens erhält, darf die Handlung vornehmen, das Unternehmen betreiben, ohne besorgen zu müssen, daß ihm der in seinem Privatrechte Verletzte mit der konfessorischen oder der negatorischen Klage hindernd in den Weg tritt. In Kollisionsfällen dieser Art geht eben das vom objektiven Rechte sozial und wirtschaftlich höher gewertete rechtliche Interesse dem geringer gewerteten vor; dieses muß hinter jenes zurücktreten, aber nur soweit, als der Zweck des höher gewerteten es erfordert. Es darf nicht völlig oder teilweise vernichtet werden, sondern es muß ein Ausgleich der kollidierenden rechtmäßigen Interessen stattfinden und zwar durch angemessene Entschädigung des in seinem Rechte Verletzten. Die negatorische oder konfessorische Klage verliert also in solchen Fällen einen Teil ihres Inhalts; der Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und auf Untersagung künftiger Störungen fällt weg, die Klage ist auf den Schadensersatzanspruch beschränkt. Dies muß namentlich gelten für die Fälle einer mit der Erlaubnis der Behörde errichteten gefährlichen Anlage oder des obrigkeitlich bewilligten Betriebs eines Unternehmens, das einen Schaden für andere herbeiführen kann[1]). II. Civ.-S. Reg. I Nr. 164/05; Urteil vom 6. November 1905.

---

1) Der Entwurf eines Wassergesetzes für Bayern (1905) stellt zwar im Art. 72 den Anspruch des Fischereiberechtigten auf Entschädigung in zweifelloser Weise gegenüber demjenigen fest, der die Erlaubnis zu besonderen Anlagen für die Wasserbenützung oder zur Einführung von Flüssigkeiten oder sonstigen Stoffen in Ansehung von öffentlichen oder Privat-

Pflicht des Vaters oder der Mutter zu Fertigung eines Verzeichnisses des ihrer Verwaltung unterliegenden Vermögens der Kinder. Ungenügendes Verzeichnis. Formelle Erfordernisse für die Entziehung eines Teiles der elterlichen Gewalt.

Es kann allerdings zugegeben werden, daß das Vormundschaftsgericht Maßregeln zur Abwendung der aus der Verletzung der Pflichten der Mutter entstehenden Gefahr nach den §§ 1667, 1668 BGB. nicht getroffen hat. Dies hätte auch mündlich geschehen können (Entsch. in Ang. d. fr. Gerichtsb. u. d. Grundbr. Bd. 2 S. 151; Schneider, GFG. Anm. 1 zum § 16), aber die Fragen, die an die Beschwerdeführerin gestellt, und die Vorhaltungen, die ihr gemacht worden sind, waren wohl nur Versuche, zur Herstellung eines richtigen und vollständigen Verzeichnisses des Vermögens des Kindes mitzuwirken, zu dessen Einreichung sie nach den §§ 1640, 1669 — vgl. § 1686 — verpflichtet war, und eine Sicherheitsleistung ist ihr nur auf Grund des § 1669 Satz 2 in dem Sinne vorgeschlagen worden, daß die Eheschließung nicht bis zur Bewirkung der Auseinandersetzung aufgeschoben werden sollte, wenn sie die Sicherheit leistete. Im übrigen aber gehen die Ausführungen der Beschwerdeschrift fehl.

Die Beschwerdeführerin ist darüber, ob sie der Verpflichtung, das Vermögen des Kindes richtig und vollständig anzugeben, nachgekommen ist, vom Vormundschaftsgericht eingehend gehört worden. Die Androhung der Entziehung der Vermögensverwaltung war nicht erforderlich, dem Beschwerdegerichte gegenüber hat aber die Beschwerdeführerin auch über die Frage, ob Grund zu dieser Maßregel bestehe, in der Beschwerdeschrift das vorgebracht, was sie zu ihrer Verteidigung dienlich erachtete. Damit ist ihr das rechtliche Gehör gewährt und der Vorschrift des § 1673 Abs. 1 Genüge geleistet worden (Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 42, 299, Neue Samml. von Entsch. d. Oberst. LG. Bd. 4 S. 94). In der Person des Pflegers hat das Vormundschaftsgericht einen Verwandten des Kindes gehört und daneben konnte die von einem anderen Verwandten in dem Arrestverfahren abgegebene Aussage berücksichtigt werden. In der Unterlassung weiterer Vernehmungen ist eine Verletzung der Vorschrift des § 1673 Abs. 2 nicht zu finden. Nach § 1640 BGB. war die Beschwerdeführerin verpflichtet, das ihrer Verwaltung unterliegende Vermögen des Kindes, das beim Tode des Vaters vorhanden war, zu verzeichnen und das Verzeichnis mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit dem Vormundschaftsgerichte einzureichen, aus Anlaß ihrer Absicht, eine neue Ehe einzugehen, hatte sie nach § 1669 ein Verzeichnis des ihrer Verwaltung unterliegenden Vermögens einzureichen, und soweit in Ansehung dieses Vermögens eine Gemeinschaft zwischen ihr und dem Kinde bestand, die Auseinandersetzung herbeizuführen. Die ihr in Ansehung der Verzeichnung des Vermögens des Kindes obliegenden Verpflichtungen konnte sie nicht dadurch erfüllen, daß sie über den Nachlaß ihres Mannes und das Vermögen des Kindes Angaben machte, deren Unrich-

---

gewässern erlangt. Dagegen enthält er keine besonderen Bestimmungen über den Entschädigungsanspruch der Berechtigten, wenn es sich um das Fischereirecht beeinträchtigende Anlagen und Unternehmungen zum Zwecke der Instandhaltung der Gewässer, insbesondere durch Flußregulierungen und Dammbauten handelt. Die Art. 81, 83 erwähnen nämlich des Fischereiberechtigten nicht; selbst den Uferneigentümern und den Besitzern der im Art. 77 erwähnten Anlagen (Brücken, Stege, Ueberfahrtsanstalten u. s. w.) soll darnach ein Anspruch auf Entschädigung übrigens nur zustehen, wenn er auf einem besonderen Rechtstitel, z. B. Vertrag, beruht. Auch eine allgemeine ausdrückliche Bestimmung, daß Entschädigung nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen beansprucht werden kann, ist im Entwurf nicht enthalten. —

tigkeit ihr bekannt war, und in der Absicht, den wirklichen Vermögensstand dem Vormundschaftsgerichte zu verheimlichen, die Richtigkeit und Vollständigkeit der unwahren Angaben versicherte. Das so aufgestellte Vermögensverzeichnis ist nicht bloß ungenügend im Sinne des § 1640 Abs. 2 sondern es ist in Wirklichkeit überhaupt nicht ein Verzeichnis des Vermögens des Kindes, die Beschwerdeführerin hatte gar nicht den Willen, das Vermögen des Kindes zu verzeichnen, und dadurch das Vormundschaftsgericht täuschen. Da sie die ihr nach den §§ 1640, 1669 obliegenden Verpflichtungen geflissentlich nicht erfüllt hat, konnte das Vormundschaftsgericht nach § 1670 ihr die Vermögensverwaltung entziehen. I. Civ.-S. Reg. III 70/1905; Beschluß vom 4. November 1905.

Wert des Beschwerdegegenstandes. Beweislast im Rechtsstreite über Grunddienstbarkeiten.

Die Zulässigkeit der eingelegten Revision ist auch insoweit nicht zu beanstanden, als sie von dem Vorhandensein der Revisionssumme abhängt. Der Wert des Beschwerdegegenstandes bestimmt sich nach dem Interesse, das die Revisionskläger — Beklagten — daran haben, daß es nicht bei der das Dienstbarkeitsrecht verneinenden Entscheidung des angefochtenen Urteils verbleibt, sondern ihnen die Möglichkeit eröffnet wird, die gegenteilige Entscheidung zu erwirken, es ist also das Interesse der Revisionskläger an dem Bestehen der Dienstbarkeit maßgebend (Entsch. d. RGer. in Civilsachen Bd. 16 S. 343; ältere Samml. v. Entsch. d. Obersten LG. Bd. 14 S. 582.) Der Vergleichsvorschlag, zu dem sich der Kläger verstanden hat, läßt glaubhaft erscheinen, daß das mit mit der Widerklage beanspruchte Recht für die Beklagten einen den Betrag von 1500 Mk. übersteigenden Wert hat.

In der Sache selbst kann die Revision keinen Erfolg haben. Die Berufung auf den Art. 191 Abs. 1 EG. z. BGB. ist verfehlt. Gehörte die Vorschrift des Bayer. Landrechts Tl. 2 Kap. 7 § 11 Nr. 2 in der Fassung des Art. 142 AG. z. CPO. und KO. zu den den Schutz im Besitz einer Grunddienstbarkeit betreffenden Gesetzen im Sinne des Art. 191 Abs. 1, so würde sie ihre Geltung seit dem Inkrafttreten des BGB. dadurch verloren haben, daß das Gesetz vom 9. Juni 1899, Uebergangsvorschr. zum BGB. betr. im Art. 45 an die Stelle der im Art. 191 Abs. 1 aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften die im Abs. 2 des Art. 191 enthaltenen Vorschriften gesetzt hat. Es handelt sich aber nicht um Schutz des Dienstbarkeitsbesitzes, die gerichtliche Geltendmachung des dem Eigentümer zustehenden Rechtes auf Unterlassung das Eigentum beeinträchtigender Einwirkungen auf die Sache ist nicht Besitzesstörung. Die Vorschrift des Bayer. LR. begründet auch nicht eine Rechtsvermutung für das Bestehen der Dienstbarkeit bei zehnjährigen ruhigem Besitze, wie nach § 891 BGB. die Eintragung eines Rechtes im Grundbuche die Rechtsvermutung begründet, daß das Recht besteht. Aus LR. Tl. 2 Kap. 7 § 10 Nr 6 und den Anm. dazu Lit. e ergibt sich, daß sie nicht in diesem Sinne zu verstehen ist, da der Dienstbarkeitsbesitzer, wenn er die behauptete Dienstbarkeit mit Klage geltend macht, auch bei zehnjährigen ruhigem Besitze nicht von der Beweislast befreit ist. Es kommt deshalb nicht in Frage, ob die Vorschrift etwa als eine die Begründung von Rechten an einem Grundstücke betreffende Vorschrift gemäß Art. 189 Abs. 1 EG. z. BGB. und Art. 177 AG. z. BGB. in Geltung geblieben ist, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen war. Die Vorschrift hängt vielmehr mit der des LR. Tl. 2 Kap. 5 § 8 Nr. 5, 6 über den Einfluß des Besitzes auf die Beweislast zusammen, sie enthält lediglich eine Bestimmung über die Beweislast bei dem

Anspruche des Eigentümers auf Unterlassung sein Recht beeinträchtigender Einwirkungen auf die Sache, worüber im gemeinen Rechte Meinungsverschiedenheit besteht (Windscheid-Kipp, Pand.-R., 8. Aufl. Bd. 1 § 198 Note 15; Dernburg, Pand., 7. Aufl. Bd. 1 § 256 Nr. 4) und ist ebenso wie die gemeinrechtliche Streitfrage seit dem Inkrafttreten des BGB. dadurch beseitigt, daß der Art. 181 Abs. 1 EG. z. BGB. an die Stelle der „actio negatoria" des Bayer. LR. und des gemeinen Rechtes den Eigentumsanspruch nach § 1004 BGB. gesetzt hat, bei dem eine Verschiebung der Beweislast zu Gunsten des Besitzers nicht stattfindet. (v. Staudinger-Kober, Komm. z. BGB., 2. Aufl. Bd. 3 S. 264, 265; Meisner, Nachbarrecht S. 285).

Ein Eingriff in ein wohlerworbenes Recht der Beklagten würde darin nicht enthalten sein, auch wenn sie sich am 1. Januar 1900 im zehnjährigen ruhigen Besitze des Wegerechts befunden haben sollten (Affolter, System des bürgerlichen Uebergangsrechtes S. 260, 95 ff.). Die den Besitzer begünstigende Vorschrift über die Verteilung der Beweislast begründete nicht ein besonderes, von ihrem Fortbestand unabhängiges Rechtsverhältnis, sondern kam dem Besitzer nur zu statten, so lang sie bestand, die Verschiebung der Beweislast war nicht ein mit der Vollendung eines zehnjährigen ruhigen Besitzes erworbenes Recht, sondern ein Vorteil, den die Vorschrift des Landrechts dem Besitzer gewährte, der seit dem 1. Januar 1900 für den Anspruch des Klägers maßgebende § 1004 BGB. ihm aber nicht mehr gewährt. I. Civ.-S. Reg. I Nr. 145/1905; Urteil vom 13. Oktober 1905.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Strafsachen).

Strafrecht.

Gew.-Ordn. § 44. „Produzent". Wandergewerbesteuergesetz vom 16. März 1879 / 20. Dezember 1897 Art. 1. „Ohne vorgängige Bestellung".

Die Gew.-Ordn. gibt keine nähere Erläuterung darüber, was unter den Personen zu verstehen ist, welche die Waren produzieren; nach dem allgemeinen Sprachgebrauche fallen alle jene Personen darunter, in deren Geschäftsbetrieb die Waren hergestellt oder hervorgebracht werden, also offenbar auch Landwirte hinsichtlich des Viehes, welches sie durch ihre eigene Viehzucht gewonnen haben, bezw. das als Ergebnis des landwirtschaftlichen Betriebs zu erachten ist. Auf den Umfang des Betriebs kommt es hierbei nicht an. — Ein Hauptgrund, weshalb der Gewerbebetrieb im Umherziehen gewerbepolizeilich beschränkt und mit höherer Steuer belegt wird als das stehende Gewerbe, liegt in der Belästigung des Publikums. Diese fällt weg, wenn der Händler von dem Verkäufer zu dem Geschäfte ausdrücklich veranlaßt wird (vgl. Entsch. des Kammergerichts im Jahrbuch Bd. 28, C S. 13). Wollte man im Anschlusse an eine andere, bei Reger, Entsch. der Gerichte und Verwaltungsbehörden Bd. 17 S. 252 mitgeteilte Entscheidung des Kammergerichts vom 11. März 1895 verlangen, daß der Händler die Bestellung zum Ankaufe schon erhalten haben müsse, ehe er seinen Wohnort verlassen und sich an jenen des Verkäufers begeben hat, so würde dies zu einer formalistischen Rechtsprechung führen. Dem Gesetzgeber kommt es lediglich darauf an, daß der Gewerbetreibende nicht erst durch sein, unter Umständen mit Belästigung verbundenes, unberufenes Erscheinen bei seinem späteren Mitkontrahenten dessen Aufforderung und Zustimmung zum Abschlusse eines Vertrags provoziert hat (Entsch. d. OLG. München Bd. 5 S. 207, Bd. 9 S. 17; Schicker, Ge-

werbeordnung Bd. 1 Note 4 zu § 55). Urteil vom 31. Oktober 1905; Rev.-Reg. Nr. 275/05.

StGB. § 61. Strafantrag. Kenntnis von der Handlung. Wirkungen eines Vergleichs.

Die Angeklagte behauptete in Beziehung auf die Privatklägerin eine Reihe nicht erweislich wahrer Tatsachen, welche geeignet waren, diese verächtlich zu machen. Die Privatklägerin erfuhr zunächst einen Teil dieser Behauptungen und ließ die Angeklagte zum Sühnetermin vorladen, woselbst ein Vergleich zustande kam. Später erfuhr die Privatklägerin den anderen Teil jener beleidigenden Behauptungen. Sie stellte hierwegen Privatklage und Strafantrag; es erfolgte die Verurteilung der Angeklagten nach § 186 StGB. Die Revision rügt Verletzung der Grundsätze über den Strafantrag, die Wirkungen eines Vergleichs und die Einheitshandlung. Sie wurde verworfen.

Aus den Gründen: Zur „Kenntnis von der Handlung" im Sinne des § 61 StGB. ist allerdings nicht die Kenntnis aller Einzelheiten des Vorgangs erforderlich; es wird vielmehr nur erfordert, daß der Antragsberechtigte solche Tatsachen erfahren hat, welche einen Schluß auf die Beschaffenheit der Tat in ihren wesentlichen Beziehungen rechtfertigen. Im gegenwärtigen Falle handelt es sich um beleidigende Aeußerungen, die außer und neben den im Sühnetermine zur Sprache gekommenen gefallen sind; diese weiteren Aeußerungen bilden die konkrete Handlung, von der die Privatklägerin erst nach dem Sühnetermin Kenntnis erhielt. — Durch einen vor der Vergleichsbehörde abgeschlossenen Vergleich wird das Privatklagerecht des Verletzten nur insoweit beseitigt, als dies von den Parteien gewollt war. Nach der getroffenen Feststellung bezog sich der Vergleich nicht auf die der Privatklägerin erst später bekannt gewordenen beleidigenden Aeußerungen. — Die Frage, ob die den Gegenstand des Vergleichs bildenden Aeußerungen mit den durch die Urteile der Vorinstanzen abgeurteilten eine Einheitshandlung bilden, könnte allerdings dann von Bedeutung sein, wenn bezüglich der ersteren ein Urteil ergangen wäre, da diesfalls die Grundsätze über Verbrauch der Strafklage und Ausschluß einer neuen Strafverfolgung in Betracht zu kommen hätten. Diese Voraussetzung trifft aber hier nicht zu. Es kann hiernach keine Rede davon sein, daß das Urteil auf einer Verkennung des Begriffs „Einheitshandlung" mitberuhe. Urteil vom 24. Oktober 1905; Rev.-Reg. Nr. 299/05.

III. Literatur.

1) Verlag von M. und H. Marcus in Breslau.

Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung nebst dem Einführungs- und Preußischen Ausführungsgesetze mit Erläuterungen und Beispielen von Otto Lindemann, Landrichter. 1905. VI und 264 S.

Eine gefällig ausgestattete Handausgabe, die vorwiegend praktischen Zwecken dienen will und zu diesem Behufe die bisherigen Ergebnisse der Wissenschaft und Praxis kurz darlegt, während auf ausführliche Erörterung von Streitfragen Verzicht geleistet ist. Von landesrechtlichen Ausführungsvorschriften sind lediglich diejenigen Preußens berücksichtigt. Zahlreiche Beispiele und ein Anhang, der die wesentlichsten Vorgänge des Zwangsversteigerungsverfahrens nach den amtlichen preußischen Formularen wiedergibt, erhöhen die praktische Brauchbarkeit des Buches. E.

2) Verlag von Georg Rosenberg in Fürth.

Das neue Liegenschaftsrecht in der Rechtsprechung von Rechtsanwalt Dr. Hans Baumann und Dr. Otto Kahn in München. 1905. VI und 207 S.

Die Verfasser bieten eine kurze Sammlung wichtigerer Entscheidungen aus dem Gebiete des Immobiliarrechts in der Form erläuternder Noten zu den §§ 90—103, 313, 416,

648, 873—902, 925—928, 1008—1203 des BGB., zur Grundbuchordnung, zu den §§ 794, 800, 830, 837, 857, 864—871 und 932 der CPO. und zum Zwangsversteigerungsgesetz. Die Auswahl der erläuterten Gesetzesbestimmungen ist nicht frei von Willkür, so fehlen z. B. der wichtige § 1821 BGB. und die gerade zur Zeit für Bayern besonders bedeutsamen Uebergangsvorschriften (EG. z. BGB Art. 180 ff. und EG. zum ZVG.); immerhin mag das Werkchen als „anspruchslose Zusammenstellung", als die es sich selbst bezeichnet, manche Freunde finden. E.

3) Verlag von Dörffling & Franke, Leipzig.

Der politische Verbrecher und seine Gefängnishaft. Kriminalistische Studie von Reinhold Stabe. 1905. Preis 2 Mk.

Der „politische" Verbrecher verletzt wie jeder andere die bestehende Rechtsnorm und es besteht deshalb keine Veranlassung, ihm sei es in Ansehung der Strafverfolgung, oder der Strafvollstreckung prinzipiell eine Sonderstellung einzuräumen. Insoweit die Motive zur Tat des politischen Verbrechers, der Einfluß äußerer Verhältnisse u. s. w. in Frage kommen, können diese gleich wie beim „gemeinen" Verbrecher beim Ausmaß der Strafe von Fall zu Fall Berücksichtigung finden. — Diese Grundsätze verficht der Verfasser in einer von tiefem sittlichem Ernst zeugenden Weise, indem er aus ethischen Gründen sich gegen die Auffassung wendet, das politische Verbrechen erheische von vorneherein eine sich von anderen Verbrechen unterscheidende Beurteilung. H.

4) Verlag von Otto Liebmann, Berlin.

Die Entschädigung der unschuldig Verhafteten und der unschuldig Bestraften. Kommentar zu den Reichsgesetzen vom 14. Juli 1904 und 20. Mai 1898 von E. Burlage, Oberlandesgerichtsrat zu Oldenburg, Berichterstatter der Reichstagskommission für den Entwurf des Gesetzes von 1904. 1905.

Namentlich dem Praktiker, an den sich der Verfasser mit seiner Arbeit in erster Linie wendet, wird diese in hohem Grade willkommen sein, da sie durch eingehende Erläuterungen, Anführung der Gesetzesmaterialien und Verweisung auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung die mannigfachen Schwierigkeiten, welche die Anwendung der Entschädigungsgesetze in sich birgt, wesentlich zu beseitigen geeignet ist. H.

5) Verlag von Carl Marhold, Halle a. Saale.

Die Prinzessin Luise von Sachsen-Coburg und Gotha, geb. Prinzessin von Belgien. Eine forensisch-psychiatrische Studie von Oberjustizrat Dr. Frese in Meißen. 1905. Preis 2 Mk.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Sprache der Studie an manchen Stellen eine gewisse Leidenschaftlichkeit in der Beurteilung des Falles verrät. Wenn auch so der Standpunkt absoluter Objektivität verlassen scheint, so verliert die Arbeit dadurch weder an Interesse, noch an Wert, da die wörtliche Wiedergabe der wichtigsten amtlichen Aktenstücke und Gutachten es ermöglicht, an der Hand des in der Studie geschilderten Tatbestandes sich selbständig ein Urteil über den forensisch wie psychiatrisch ungemein interessanten Fall zu bilden. H.

6) Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart.

Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Von Dr. Jakob Weismann, ord. Professor an der Universität Greifswald. 1903/1905.

Das zwei stattliche Bände umfassende Werk ist in wohl mustergültiger Weise geeignet, seinen vornehmlichen Zweck, als Lehrbuch zu dienen, zu erfüllen: prägnant aber doch umfassend, in der äußeren Erscheinung klar und übersichtlich, enthält es eine Darstellung der Lehren des Civilprozeßrechts, die dem Studierenden in anregender Weise die Schwierigkeiten dieser Materie erschließt. Daß der Verfasser sich in Angabe von Literatur und Rechtsprechung beschränkt hat, vermag bei dem Charakter der Arbeit als Lehrbuch deren Wert keinen Eintrag zu tun; dies um so weniger, als sich in ihr jeweils nicht nur die Anschauung des Autors, sondern auch die Darstellung von dieser widerstreitenden Auffassungen finden und zudem durch Verweisungen auf andere Autoren die weitere Orientierung über Literatur und Rechtsprechung angebahnt ist. — Ueber seine ursprüngliche Aufgabe hinaus wird aber dieses Lehrbuch auch dem Praktiker behilflich sein, bei der Anwendung des Civilprozeßrechts sich rasch und zuverlässig über dessen Grundsätze Aufschluß zu verschaffen. H.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 13. 15. Juni 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und Dr. Th. Engelmann, Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Francke, Zwei Beiträge zur Auslegung. Hilse, Klagenverbindung im Verfahren vor den Gewerbegerichten, bezw. Kaufmannsgerichten. Kraus, Einige Streitfragen aus dem Offenbarungseidverfahren nach §§ 899 ff. RZPO. Doerr, Rechtsunwirksamkeit der Zustimmung des Vormunds zur Löschung einer Hypothek auf dem Mündelgrundstück ohne Genehmigung. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civilrecht); (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civil- und Strafsachen) III. Literatur.

I. Abhandlungen.

Zwei Beiträge zur Auslegung.

Von W. Ch. Francke, Oberlandesgerichtsrat a. D. zu Hannover.

I.

Unvorhergesehene Fälle.

Als im Vorfrühling 1902 infolge von Regengüssen große Wasser durch viele Straßen von Berlin fluteten, insbesondere auch durch Straßen der Omnibuslinie Chausseestraße—Hallesches Tor, vereinbarte ein Herr, der auf trockener Stelle eines Bürgersteiges stand und trockenen Fußes aus der Wassersnot herauszukommen begehrte, mit einem nahen Arbeiter, daß dieser ihn für 10 Pfg. — die vorausbezahlt wurden — zum nächsten vorbeifahrenden Omnibus auf seinem Rücken trage. Der Omnibus kam; der Arbeiter nahm den Herrn auf den Rücken und schritt mit ihm durch die Wasser auf den Omnibus zu. Aber ehe der Transport den Omnibus erreichte, lehnte der Führer des Omnibus unter Hinweis auf die bereits vorhandene Ueberfüllung die begehrte Aufnahme ab. Der Arbeiter erklärte nunmehr dem Herrn, daß er bereit sei, ihn für vorauszubezahlende 20 Pfg. zur trockenen Ausgangsstelle zurückzutragen, im Falle der Weigerung solcher Zahlung aber ihn sofort ins Wasser fallen lassen werde. Der Herr zahlte die 20 Pfg. und der Arbeiter trug ihn trocken zurück. —

So erzählt Rechtsanwalt Leo Vossen im „Recht" von 1902 S. 290/291. Das Erzählte ist von ihm dort auch besprochen, desgleichen a. a. O. S. 344 und 345 von Gerichtsassessor Dr. Voß und Notar Menzelkoch. Nach den beiden ersteren lag der Rücktransport ganz außerhalb der Tragweite des auf der trockenen Stelle abgeschlossenen Vertrages und war daher der Arbeiter befugt, den Herrn, wie gedroht, ins Wasser fallen zu lassen. Nach Menzelkoch war, weil Verträge laut § 157 BGB. so auszulegen sind, wie Treu

und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, der Arbeiter zum Rücktransport verpflichtet, jedoch nur gegen Vorausbezahlung der nicht gerade unangemessenen Vergütung von 20 Pfg. Wie kraft Treu und Glauben aus jenem Vertrage die Pflicht des Rücktransports folgt, begründet Menzelkoch nicht weiter, wie doch wohl noch erforderlich wäre. M. E. ist es folgendermaßen zu begründen:

Der Herr und der Arbeiter hatten einen Transport des ersteren aus Trockenem in Trockenes durch das Wasser gewollt und als Ende dieses Transportes Einsteigen in den vorüberfahrenden Omnibus so sicher angenommen, daß sie andere mögliche Fälle solchen Endes gar nicht besprachen; hätten sie den besprochenen Fall nicht für den einzigen gehalten, der sich ereignen würde, wäre von ihnen sicher auch über andere, insbesondere über den eingetretenen Vereinbarung getroffen. Auch dieser Fall gehörte in den Gedankenkreis, hinsichtlich dessen sie verfügten. Ihr Vertrag hatte eine Lücke; sie darf und muß aus dem ergänzt werden, was dem ausdrücklich Ausgesprochenen zugrunde lieat. Der Herr soll auf Trockenes gebracht werden; da er in den Omnibus nicht gebracht werden kann, muß er zur nächsten trockenen Stelle der Straße gebracht, also zum Ausgangspunkt zurückgebracht werden, natürlich gegen eine Vergütung, welche der für den Hintransport ausdrücklich vereinbarten entsprechend ist.

Gleich wie hier der Personen-Transportvertrag für das kleine zeitige Wasser Berlins ist von norddeutschen Schiffern und Händlern schon vor langen Zeiten ihr Fracht-Transportvertrag für das große ewige Wasser aufgefaßt und ergänzt; und auf Grund von Seegewohnheiten sagt jetzt § 536 HGB.: „Wird die Fortsetzung der Reise in der ursprünglichen Richtung durch einen Zufall verhindert, so ist der Schiffer befugt, die Reise in einer anderen Richtung fortzusetzen oder sie auf kürzere oder längere Zeit einzustellen oder nach dem Abgangshafen zurückzukehren, je nachdem es den Verhältnissen und den möglichst zu berücksichtigenden Anweisungen entspricht."

Der § 536 HGB. läßt also einen unvorhergesehenen Fall vom Vertrage getroffen werden.

Ebenso hat laut l. 13 pr. Dig. de lib. et post. her. 28, 2 Julian beim unvorhergesehenen Falle einer Zwillingsgeburt die letztwillige Verfügung eines römischen Bürgers seiner Zeit aufgefaßt und ergänzt. Seine Frau guter Hoffnung hinterlassend, hatte dieser einen etwaigen Sohn auf $^2/_3$, eine etwaige Tochter auf $^1/_3$, die Frau aber neben einem Sohn auf $^1/_3$, neben einer Tochter auf $^2/_3$ eingesetzt; bald nach des Mannes Tode gebar die Frau aber Zwillinge, einen Knaben und ein Mädchen. Julian erklärte das Testament für gültig, obwohl es Zwillings-Noterben nicht berücksichtigte, und sprach dem Sohn $^4/_7$, der Witwe $^2/_7$, der Tochter $^1/_7$ zu, und diese Entscheidung ward durch den Gesetzgeber römisches Recht; sie ist mit Recht also gedacht:

Der römische Bürger wollte seiner Frau und deren Leibesfrucht sein ganzes Vermögen letztwillig hinterlassen und dabei einen Sohn doppelt so gut, ein Mädchen nur halb so gut als die Frau stellen. Er hatte an den eintretenden Fall eines Knaben und eines Mädchens nicht gedacht, sondern nur an die Fälle eines einzigen Kindes, Knabens oder Mädchens, gedacht und daher nur für diese Fälle ausdrückliche Bestimmung getroffen. Sein Wille, Frau, Knaben und Mädchen das Vermögen zu hinterlassen, war aber mittelbar ebenso klar zu erkennen, als sein Wille klar war hinsichtlich des Größenverhältnisses zwischen dem Erbteil der Frau und dem eines Kindes. Da er-

gibt sich ohne weiteres die Gleichung $1 = x + 2x + 4x$, x als Erbteil des Mädchens gesetzt.

Gleichartige Auslegung letztwilliger Verfügungen findet sich mehrfach auch im BGB.

Hat der Erblasser, sagt § 2173, eine ihm zustehende Forderung vermacht, so ist, wenn vor dem Erbfalle die Leistung erfolgt und der geleistete Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist, im Zweifel anzunehmen, daß dem Bedachten dieser Gegenstand zugewendet sein soll. — Der Erblasser hat hier die ihm hinsichtlich eines bestimmten Gegenstandes zustehenden Rechte vermachen wollen, den Fall aber nicht vorgesehen, daß noch bei seinen Lebzeiten an die Stelle der zur Zeit des Testamentes bestehenden Forderung das Eigentum trat.

Steht, so heißt es im § 2169 Abs. 3, dem Erblasser ein Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes oder, falls der Gegenstand nach der Anordnung des Vermächtnisses untergegangen oder dem Erblasser entzogen worden ist, ein Anspruch auf Ersatz des Wertes zu, so gilt im Zweifel der Anspruch als vermacht. — Die zugrunde liegende Erwägung wird eine der vorstehenden völlig entsprechende sein.

Ist ferner mehreren derselbe Gegenstand vermacht, so wächst laut § 2158, wenn einer von ihnen vor oder nach dem Erbfalle wegfällt, dessen Anteil den übrigen Bedachten nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu, und dies gilt auch, wenn der Erblasser die Anteile der Bedachten bestimmt hat. Der Erblasser wollte den bezüglichen Gegenstand bestimmten Personen zuwenden, den ganzen allen zusammen, jeder einen Teil; indem er die Teile bestimmte, berücksichtigte er nur den Fall, daß alle erben würden und sah den Fall nicht vor, daß der eine nicht miterbte. Gewollt hat er aber auf alle Fälle die Zuwendung, und es sind deshalb in dem eingetretenen, nicht vorgesehenen Fall die Anteile der Erbenden in dem Verhältnis zu berechnen, welches der Erblasser für den nicht eingetretenen Fall bestimmte und offenbar überhaupt zwischen den Bedachten wollte.

II.

Bezugnahme auf die Gesetze.

In Verträgen sowohl wie in einseitigen Verfügungen wird oft bald ausdrücklich, bald mittelbar durch nicht anders zu verstehende Willenserklärungen auf die Gesetze als Erläuterungen oder Ergänzungen des Vertrags oder der einseitigen Verfügung Bezug genommen, ohne daß der Inhalt der bezüglichen Gesetzesvorschriften bezeichnet oder vielleicht auch nur angedeutet würde.

Es heißt da wohl: „Im übrigen soll zwischen uns gelten, was die Gesetze besagen", oder: „Im übrigen soll die gesetzliche Erbfolge eintreten", oder: „Dann aber soll der Schuldner gesetzliche Zinsen bezahlen", oder: „Dann soll der etwa eintretende Schaden nach dem, was Rechtens, ersetzt werden", oder: „Solchen Falls soll mein Sohn A. auf den Pflichtteil gesetzt sein", oder: „Bis zu erreichter Volljährigkeit", oder: „Aber nur gegen Bestellung von Sicherheit" und dgl. m.

Daß in solchen Fällen unter den Gesetzen, welche ausdrücklich oder als Normen der bezüglichen Vorgänge oder Einrichtungen stillschweigend in Bezug genommen wurden, die Gesetze des eigenen Landes verstanden sind, wird von niemand bezweifelt werden. Aber sind darunter verstanden Gesetze, welche zur Zeit der Verfügung bestanden oder Gesetze, welche jetzt bestehen, wo die

Verfügung wirksam wird? — Daß das eine oder das andere aus dem Zusammenhang klar erhellen kann, soll nicht bestritten werden. Uebrigens aber dürften darunter die Gesetze der letzteren Zeit zu verstehen sein. Denn ein Vertrauen auf den Gesetzgeber ist es, daß der Verfügende der Mühe sich überhebt, was er geordnet wissen will, alles eins nach dem andern selbst zu ordnen. Die Gesetze selbst pflegt der Verfügende selten so genau zu kennen, daß er gerade ihres bekannten Inhaltes wegen sich mit einer Bezugnahme auf sie begnügte; er ergibt sich daher auch einem etwaigen Wechsel in der Gesetzgebung mit Vertrauen, und er weiß ja, daß die Gesetze öfters wechseln.

Hiefür spricht aber auch, daß wenn Gesetze, ohne selbst sie zu ordnen, Vorgänge oder Einrichtungen erwähnen, welche in anderen Gesetzen sich geordnet finden, nach Aufhebung dieser anderen jene nicht aus diesen, sondern aus denjenigen Gesetzen zu ergänzen sind, welche an die Stelle dieser traten. Das Gesetz, wie es jeweilig ist, ward in Bezug genommen, nicht für alle Zukunft das augenblickliche. So bleiben z. B. laut Art. 170 EG. z. BGB. für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden ist, die bisherigen Gesetze in Kraft, und doch hat, wer auf Grund eines Schuldverhältnisses, in welches er nach gemeinem Recht vor 1900 eintrat, infolge von Vorgängen aus der Zeit nach 1899 Sicherheit bestellen, Schaden ersetzen oder Zinsen zahlen muß, dies zu tun nach den Vorschriften der §§ 232 fg., 249 fg., 288 BGB. Denn das gemeine Recht hat für Schuldverhältnisse keine besonderen Vorschriften über Sicherheitsleistung, Schaden und nichtverabredete Zinsen, sondern verweist stillschweigend auf die allgemeinen Vorschriften über diese Dinge, sagt also nicht, daß über sie dies oder jenes Bestimmte gelten solle, sondern was die Gesetze, also was die jeweiligen Gesetze sagen. Gleiches ist bekanntlich auch der Sinn, wenn in Gesetzen aller möglichen Zeiten, Lande und Arten bei anderweiten Verfügungen gesagt wird: „der Besitzer", „der Eigentümer", „die Ehefrau", „der Erbe"; das heißt nicht, wer Besitzer, Eigentümer, Ehefrau, Erbe nach den Gesetzen zur Zeit der Verfügung ist, sondern wer je nach den Gesetzen dieser Zeit oder späterer Zeiten Besitzer, Eigentümer, Ehefrau, Erbe ist.

Klagenverbindung im Verfahren vor den Gewerbegerichten, bezw. Kaufmannsgerichten.

Von Kreisgerichtsrat Dr. B. Hilse, Berlin.

Es finden auf das Verfahren vor den Gewerbe- bezw. Kaufmannsgerichten laut § 26 GGG., § 16 KGG., soweit darin nicht besondere Bestimmungen getroffen sind, die für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Vorschriften der Civilprozeßordnung entsprechende Anwendung. Als derartige Sondervorschriften sind nur hervorzuheben die Ausschließung der Rechtsanwälte und Prozeßagenten als Rechtsbeistände (§ 31 GGG.), sowie das Versagen eines Rechtsmittelzuges bei einem Streitwerte unter 100 Mk. in gewerblichen (§ 55 GGG.) bezw. 300 Mk. in kaufmännischen (§ 16 KGG.) Rechtsstreitigkeiten. Mithin findet auf das Verfahren vor diesen beiden Sondergerichten die Rechtsregel des § 147 CPO. gleichfalls Geltung, wonach das Gericht die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen kann, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in

rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können. Von dieser Vergünstigung wird neuerdings der weitgehendste Gebrauch gemacht, wenn als Kampfmittel bei einer Vereinigung zur Erzielung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen eine Massenarbeitseinstellung bezw. Aussperrung oder die Sperre der Betriebsstätten gewählt und durchgeführt wurde. So sollen nach Mitteilungen der Tagespresse die freien Holzarbeiterorganisationen, nämlich der deutsche und der christliche Holzarbeiterverband, sowie der Hirsch-Dunkersche Gewerkverein zu Düsseldorf von der dortigen Firma Weber und Bardach auf Ersatz des der Klägerin durch Sperrung ihres Betriebes verursachten Schadens in Höhe von 7000 Mk. beklagt, auch von dem Gewerbegerichte in München-Gladbach die bei der Aktiengesellschaft Hermann Schötte in Rheid ohne Kündigung in den Ausstand getretenen Arbeiter zur Zahlung von 7444 Mk. Schadensersatz verurteilt sein.

Was den ersteren der beiden Rechtsstreite anlangt, so erscheint die Zuständigkeit des Gewerbegerichts zur Entscheidung des Streitfalles deshalb ausgeschlossen, weil auf Grund § 27 GGG. solche davon abhängig, daß in dessen Bezirke die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist oder sich die gewerbliche Niederlassung des Arbeitgebers befindet oder beide Parteien ihren Wohnsitz haben, überdies gemäß § 1 GGG. nur für gewerbliche Streitigkeiten zwischen Arbeitern einerseits und ihren Arbeitgebern andererseits, sowie zwischen Arbeitern desselben Arbeitgebers dasselbe errichtet wurde. Die drei durch Klage auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Arbeiterverbände haben deshalb vor dem Gewerbegerichte weder Recht zu geben noch zu nehmen, wenngleich die ihnen als Mitglieder zugehörigen Arbeiter auf Grund § 124b GO. zum Schadensersatz ihren Arbeitgebern gegenüber verpflichtet sein mögen, auch die sachliche Zuständigkeit durch § 4 GGG. begründet wäre, wenn der Rechtsstreit zwischen jedem einzelnen Arbeiter und der arbeitgebenden klagenden Firma zum Austrage gebracht werden sollte. Unter dieser Voraussetzung würde vielleicht auch § 147 CPO. die Klageverbindung gestatten, obschon auch dies nicht als unanzweifelbar gelten kann, vielmehr stichhaltige rechtliche Bedenken dem entgegenstehen. Näher hierauf einzugehen erübrigt jetzt sich deshalb, weil aus den Veröffentlichungen der Tagespresse nicht mit Sicherheit hervorgeht, ob das Gewerbegericht seine Zuständigkeit wirklich anerkannt oder nicht vielmehr abgelehnt habe, weshalb auf Grund § 28 GGG. mit § 11 Ger.-Verf.-Ges. das ordentliche Gericht die Entscheidung zu treffen haben würde.

In der Rechtsstreitsache der Firma Hermann Schötte zu Rheid mit ihren Arbeitern soll dagegen das Gewerbegericht zu München-Gladbach eine Entscheidung gefällt haben auf Grund deren der Klägerin ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 7444 Mk. zuerkannt wurde. Eine solche wäre nur bei der Voraussetzung möglich, daß das Gewerbegericht von der durch § 26 GGG. mit § 147 CPO. ihm zustehenden Befugnis der Klageverbindung aller einzelnen bei ihm angebrachten Streitfälle Gebrauch gemacht hätte. Formell würde hiergegen sich wohl nichts einwenden lassen und doch kann ein derartiges Vorgehen nicht als dem gesetzgeberischen Willen entsprechend gelten. Es geht im wesentlichen nämlich auf ein Außerachtlassen des leitenden Grundgedankens hinaus, welcher das Gewerbegerichtsgesetz beherrscht und führt in seiner Konsequenz zu den schädlichsten Folgen für die Rechtsstreitparteien. Aus der Entstehungsgeschichte sowohl der §§ 31 und 55 GGG. wie § 16 KGG. geht nämlich klar und unzweideutig als gesetzgeberischer Wille hervor, daß Rechtsanwälte und Personen, welche das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, lediglich aus der Erwägung als Prozeßbevollmächtigte oder Beistände vor dem Gewerbe-

gericht nicht zugelassen werden sollten, um einmal das Verfahren einfacher und billiger zu gestalten, sodann für dessen schnellere Erledigung Sorge zu tragen, insonderheit aber weil die sachliche Zuständigkeit auf Streitfälle beschränkt bleibt, bei denen ein höherer Grad von Rechtskenntnis nicht erforderlich erschien. Bei einer Verbindung der anhängigen einzelnen Streitfälle in so großem Umfange, wie es hier geschehen, beschränkt sich die richterliche Tätigkeit nicht auf die einfachen Fälle des Schadensersatzes, wie solche § 124b GO. in das Auge faßt, greift vielmehr und zwar recht gewaltig über in die Rechtslehre der Vertretung der Folgen der unerlaubten Handlungen, also in das Gebiet der §§ 823 fg. BGB. Nicht welchen Schaden der einzelne ausständige Arbeiter durch vertragswidriges Vorenthalten seiner Arbeitskraft seinem Arbeitgeber zufügte, sondern welcher Schaden diesem letzteren durch das gemeinsame einmütige Handeln der Arbeitnehmerschaft zugefügt wurde, bildet den Kernpunkt des Rechtsstreites. Ob hierin ein Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 826 BGB. oder gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz nach § 823 BGB. zu erblicken und deswegen ein Ersatz des Schadens gerechtfertigt sei, bildet den Vordersatz, von welchem ausgehend das Gericht in logischer Gedankenfolge seinen Rechtsspruch zu finden hat. Zu dieser Frage hat aber die Rechtsprechung des Reichsgerichts bereits Stellung genommen, insonderheit den Einfluß der Rechtsregel des § 152 GO. auf die Ansprüche aus § 153 GO. mit § 824 BGB., sowie der Einrede der höheren Gewalt seiner Prüfung unterzogen und daraufhin leitende Rechtsgrundsätze aufgestellt. Die Kenntnis dieser, sowie ihre richtige Anwendung in einem gegebenen Falle setzt aber einen höheren Grad von Scharfsinn und juristischer Vorbildung voraus, als über welchen der Fabrikarbeiter gemeingewöhnlich zu verfügen pflegt. Hier erweist die Zuziehung eines rechtsgelehrten Beistandes sich als dringend geboten. Und deshalb erscheint infolge der Ausschließung der Rechtsanwaltschaft als Prozeßvertreter ein derartiges Vorgehen nicht im Einverständnisse mit dem gesetzgeberischen Willen stehend.

Es wird ein solches aber um so bedenklicher, weil zufolge § 55 GGG. in den durch die Gewerbegerichte entschiedenen Rechtsstreitigkeiten nur die Rechtsmittel stattfinden, welche in den zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zulässig sind. Mithin wird der Rechtsmittelzug durch die Berufung des § 511 CPO. erschöpft und die Revision des § 545 CPO. ausgeschlossen, welche letztere bei der Höhe des Streitwertes hier zugestanden haben würde. Abgesehen hiervon fällt auch noch weiter in das Gewicht, daß hier die bloß mit drei Richtern besetzte Berufungskammer des Landgerichtes über das Rechtsmittel zu erkennen haben würde an Stelle des sonst mit fünf Mitgliedern besetzten Civilsenats des Oberlandesgerichtes, sodaß auch diese Gewähr für einen reiflicher erwogenen Rechtsspruch fortfällt.

Ist bislang auf das Bedenken hingewiesen, welches durch Erheben der an sich vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Klagen bei den Gewerbegerichten wegen der Beschränkung des Rechtsmittelzuges erhoben werden kann, so ist umgekehrt die Klageverbindung auch schon deshalb zu beanstanden, weil leicht der Grundsatz verletzt werden kann, welcher bei einem Streitwerte von 100 Mk. bezw. 300 Mk. zufolge § 55 GGG., § 16 KGG. ein Rechtsmittel überhaupt ausschließt. Das Versagen des Rechtsmittels beruhte auf der Absicht, die Streitigkeiten zu vereinfachen und schneller endgültig zu erledigen. Nun kann rechtlich in Frage kommen, ob in dem Falle, wo durch die Klageverbindung ein diese Grenze übersteigender Streitwert sich herausstellt, dann die Berufung gegen das ergangene Urteil zulässig oder unzulässig ist. Festhaltend an dem Wortlaute

des § 147 CPO. ist nur zum Zwecke der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens die gleichzeitige Entscheidung und Verhandlung in Aussicht genommen. Mit diesem Grundsatze versetzt sich die Anschauung in Widerspruch, welche dafür sich einlegt, daß die einzelnen anhängig gemachten Streitwerte zusammenzurechnen seien und die Entscheidung auf den so gewonnenen Gesamtstreitwert sich erstrecke, mithin ein Rechtsmittelzug gegeben wird, welches sonst fehlen würde. Es muß vielmehr dafür gehalten werden, daß, wenngleich der Tatbestand in jedem dieser Streitfälle gleichzeitig festgestellt und gleichzeitig die Rechtsfrage geprüft und geklärt wird, dennoch das Urteil in jeder Einzelsache ergeht, also auf deren Streitwert sich beschränkt, was weiter zu dem Endergebnisse führt, daß je nach dem letzteren die Berufung gegeben oder versagt wird. Durch die Klageverbindung mehrerer bei dem Gewerbegerichte oder dem Kaufmannsgerichte schwebender Rechtsstreitigkeiten im Streitwerte unter 100 Mk. bezw. 300 Mk. kann also nicht die Wirkung herbeigeführt werden, daß das wegen zu geringen Streitwertes versagte Rechtsmittel infolge Zusammenrechnens dieser Streitwerte den Beteiligten verschafft wird.

Einige Streitfragen aus dem Offenbarungseidverfahren nach §§ 899 ff. RCPO.

Von k. Amtsrichter Gg. Kraus in München.

I. Ist bereits bei der Terminsbestimmung zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides vorhanden sind?

Nach der allgemein in der Theorie und Praxis herrschenden Anschauung hat das Gericht von Amts wegen, auch wenn der Schuldner seine Verpflichtung zur Leistung des Eides nicht bestreitet, ja wenn er dieselbe ausdrücklich anerkennt, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Verpflichtung tatsächlich vorhanden sind. Streit besteht aber darüber, ob diese Prüfung bereits bei der Terminsansetzung zu geschehen hat.

In dem Kommentar zur RCPO. von Seuffert (8. Auflage Note 2a zu §§ 900 und 901 wird diese Frage verneint mit der Begründung, der Amtsrichter bestimme den Termin nicht als Vollstreckungsgericht, sondern als Vorsitzender, auch würde eine in diesem Stadium über die Voraussetzungen ergehende Entscheidung der Entscheidung in der Verhandlung vorgreifen. Beide Gründe scheinen nicht stichhaltig zu sein. Das Offenbarungseidsverfahren gehört zur Zwangsvollstreckung. Im Zwangsvollstreckungsverfahren kann man aber von der Tätigkeit eines Vorsitzenden überhaupt nicht sprechen, da die Entscheidungen nur durch Einzelrichter erfolgen und mündliche Verhandlung nur fakultativ ist (§ 764 RCPO.). Aber auch die Terminsansetzung gehört bereits zum Offenbarungseidsverfahren. Dasselbe beginnt nach § 900 daselbst mit der Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides. Der Ladung muß aber die Terminsansetzung notwendig vorausgehen. Ohne daß ein Termin angesetzt ist, kann eine gültige Ladung nicht bewirkt werden. Es ist willkürlich und durch keine Bestimmung der CPO. gerechtfertigt, anzunehmen, daß die Ansetzung des die Ladung zum Offenbarungseid ermöglichenden Termins noch keine Tätigkeit des Vollstreckungsgerichts ist.

Ebenso wenig ist durch die Bestimmungen der CPO. die Anschauung gerechtfertigt, es dürfe bei der Terminsansetzung der Entscheidung in der

mündlichen Verhandlung nicht vorgegriffen werden. Eine mündliche Verhandlung ist ja, wie auch in dem genannten Kommentar (vgl. a. a. O. Nr. 3 c) anerkannt wird, nicht notwendig. Der Termin ist in erster Linie zur Vorlage des Vermögensverzeichnisses und Ableistung des Offenbarungseides bestimmt (vgl. Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts Bd. 2 S. 774 § 188 N. 3). Es kann über die Einwendungen des Schuldners auch ohne förmliche, mündliche Verhandlung entschieden werden und die Entscheidung erfolgen, auch wenn der Gläubiger im Termine nicht erscheint. Es ist daher nicht ersichtlich, warum diese Entscheidung, wenn möglich, nicht bereits bei der Terminsansetzung getroffen werden dürfte.

Da die Civilprozeßordnung bestimmt, welche Voraussetzungen vorhanden sein müssen, damit die Zwangsvollstreckung beginnen darf (§ 750 daselbst), das Offenbarungseidsverfahren aber bereits mit der Ladung beginnt, müssen auch bereits in diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen vorhanden sein, unter denen die durch das Offenbarungseidsverfahren beabsichtigte Zwangsvollstreckung zulässig ist. Der Vollstreckungsrichter darf deshalb die Ladung zum Offenbarungseid durch Terminsansetzung nur ermöglichen, wenn die Voraussetzungen für die Verpflichtungen vorhanden sind. Allerdings wird man annehmen müssen, daß der Vollstreckungsrichter auch gerade zum Zwecke der Prüfung der Voraussetzungen mündliche Verhandlung anordnen kann, wenn ihm dies erforderlich erscheint. Auf keinem Fall darf er aber den Termin ansetzen, wenn ihm bereits bekannt ist, daß die Voraussetzungen nicht vorhanden sind.

Die Anschauung, daß bereits bei Terminsansetzung die Voraussetzungen für die Verpflichtung zu prüfen sind, wird auch vertreten in den Kommentaren zur RCPO. von Gaupp-Stein, 4. Aufl. N. I; Struckmann-Koch, 8. Aufl. N. 2; Petersen, 4. Aufl. N. 3 je zu § 900; ferner bei Planck a. a. O. Bd. 2 S. 773 § 188 D II. Die gegenteilige Ansicht findet sich außer bei Seuffert u. a. bei Falkmann (Die Zwangsvollstreckung, 1. Aufl. S. 326).

Die Frage ist von größerer Wichtigkeit, als es auf den ersten Blick zu sein scheint, weil auch bereits die Terminsansetzung für den Schuldner schwerwiegende Folgen haben kann. Es wird insbesondere der Kredit des Schuldners auch schon dadurch empfindlich geschädigt, daß die Ladung zum Offenbarungseid bekannt wird. Bei vielen Gerichten besteht die Uebung, daß auch die Offenbarungseidssachen in öffentlicher Sitzung behandelt und auf die Sitzungsliste gesetzt werden. Die Sitzungslisten werden aber vielfach namentlich an größeren Orten in sogenannten Gerichtszeitungen und ähnlichen Blättern veröffentlicht, namentlich die Offenbarungseidssachen. Hiedurch wird die Ladung zum Offenbarungseid in weiten Kreisen bekannt. Die hiedurch bewirkte Kreditschädigung wird nicht dadurch beseitigt, daß sich nachträglich herausstellt, daß die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides überhaupt nicht vorhanden waren. Schon dieser Umstand dürfte es wünschenswert erscheinen lassen, daß die Gerichte der strengeren Anschauung folgen und bereits bei der Terminsansetzung die Voraussetzungen für die Verpflichtung prüfen.

II. Sind die Offenbarungseidssachen in öffentlicher Sitzung zu behandeln?

Es wurde bereits angedeutet, daß vielfach die Praxis besteht, den Offenbarungseid in öffentlicher Sitzung abzunehmen. Seit dem Inkrafttreten der Novelle zur RCPO. ist jedoch bestritten, ob dies zulässig ist (vgl. Neumiller Anm. zu § 900 RCPO.). In den Kommentaren von Seuffert (Note 3 a zu §§ 900 und 1901), Gaupp-Stein (Note 2 zu § 900), Petersen und

Anger (Note 4 b zu § 900) ist unter Bezugnahme auf § 170 des RGVG. die Ansicht ausgesprochen, daß die Termine in Offenbarungseidssachen nicht öffentlich sind. Der gleichen Anschauung ist Schönfeld (Offenbarungseid S. 23 Nr. 21).

§ 170 des GVG. bestimmt, daß die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse desselben öffentlich erfolgt. Da im Offenbarungseidsverfahren über die Einwendungen des Schuldners seit der Novelle zur RCPO. nicht mehr durch Urteil, sondern durch Beschluß entschieden wird, und der Gläubiger im Termin überhaupt nicht zu erscheinen braucht, die mündliche Verhandlung auch nur fakultativ ist, handelt das Gericht im Offenbarungseidsverfahren nicht als erkennendes Gericht im Sinne des § 170 GVG. Falkmann (Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. S. 314) vertritt allerdings die Anschauung, der § 170 des GVG. verstehe unter dem erkennenden Gericht nicht bloß den erkennenden Richter des § 128 RCPO. sondern, wie der § 171 II GVG. (soll jedenfalls 172 II heißen) außer Zweifel stelle, auch den beschließenden Richter und folgert daraus, daß auch im Falle der fakultativen mündlichen Verhandlung diese öffentlich stattzufinden habe. Man muß aber den Worten Gewalt antun, wenn man unter dem erkennenden Gericht auch das beschließende Gericht verstehen will. Sowohl in der CPO. als insbesondere in der StPO. ist scharf zwischen erkennendem und beschließendem Gericht unterschieden. Es ist nun kein Grund zu der Annahme ersichtlich, daß in der Bestimmung des § 170 GVG. dieser unterschiedlichen Bezeichnung nicht habe Rechnung getragen werden wollen. Auch der Abs. 2 des § 172 daselbst zwingt nicht zu dieser Annahme. Es wird an dieser Stelle bestimmt, daß das Verfahren wegen Entmündigung und Wiederaufhebung derselben, §§ 645 bis 663, 675 bis 678 CPO., nicht öffentlich ist. Daraus, daß hier das Gesetz ausdrücklich die Oeffentlichkeit ausschließt, obwohl das Amtsgericht nicht als erkennendes, sondern als beschließendes Gericht tätig wird, scheint Falkmann zu folgern, daß unter dem erkennenden Gericht des § 170 GVG. auch das beschließende Gericht verstanden werden müsse, da außerdem die Bestimmung des § 172 II daselbst überflüssig wäre. Die beiden Bestimmungen sind aber auch in der Weise in Einklang zu bringen, daß man annimmt, in § 170 a. a. O. habe lediglich bestimmt werden wollen, wann die Verhandlung öffentlich erfolgen muß, und daß der Gesetzgeber von der Anschauung ausgegangen ist, daß in den übrigen Fällen die Oeffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit der Verhandlung dem Ermessen des Gerichts überlassen bleiben soll. War der Gesetzgeber dieser Ansicht, dann mußte er bei den nicht nach § 170 GVG. zu beurteilenden Fällen, wenn er wollte, daß die Verhandlung unter allen Umständen nicht öffentlich sein solle, dies ausdrücklich bestimmen, wie es in § 172 Abs. 2 daselbst geschehen ist. Diese Auslegung verdient den Vorzug, weil sie nicht nötigt, den Worten „erkennendes Gericht" in § 170 a. a. O. eine Bedeutung unterzuschieben, welche ihnen sonst in unserer Gesetzgebung fremd ist.

Nimmt man nun an, die Oeffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit liege in Sachen, bei welchem die mündliche Verhandlung nur fakultativ ist, im Ermessen des Gerichts, soweit im Gesetz nichts Gegenteiliges bestimmt ist, so muß man daraus folgern, daß der Vollstreckungsrichter nach freiem Ermessen die Offenbarungseidssachen öffentlich oder nicht öffentlich behandeln kann.

Der Schuldner wird häufig ein Interesse daran haben, daß er den Offenbarungseid nicht in öffentlicher Sitzung zu leisten braucht. Er muß viel-

fach zur richtigen Angabe seines Vermögens Verhältnisse klarlegen, welche er nicht in die Oeffentlichkeit kommen lassen will, oder deren Besprechung vor einem größeren Publikum für ihn höchst peinlich ist. Der Gläubiger aber hat kaum je ein begründetes Interesse an der Oeffentlichkeit des Verfahrens. Trotzdem führen nicht selten namentlich an den größeren Gerichten dienstliche und praktische Erwägungen dazu, sämtliche Offenbarungseidssachen unterschiedslos unter Anordnung der mündlichen Verhandlung in die öffentliche Sitzung zu verweisen.

Bei dieser Sach- und Rechtslage würde eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Frage im allgemeinen Interesse liegen.

III. Ist die Bestimmung des § 903 RCPO. von Amts wegen zu beobachten?

Diese Frage muß bejaht werden, da die Vorschrift nicht bloß zum Schutz des Schuldners, sondern auch im öffentlichen Interesse erfolgt ist, um unnötige Verhaftungen und Eidesleistungen zu verhüten. Diese Anschauung findet sich vertreten in den Kommentaren zur RCPO. von Seuffert Note 1 b; Struckmann-Koch Note 3; Petersen-Anger Note 2 je zu § 903 und in den Beschlüssen des Landgerichts Nürnberg vom 17. Januar und 11. Februar 1905 (mitgeteilt in der Zeitschrift für Rechtspflege, I. Jahrg. Nr. 5 S. 136 und Nr. 7 S. 182). Die gegenteilige Meinung wird jedoch mit unzureichenden Gründen in dem Kommentar von Gaupp-Stein Note 1 zu § 903 vertreten.

Daraus, daß die Bestimmung des § 903 von Amts wegen zu berücksichtigen ist, folgt, daß der Vollstreckungsrichter die Terminsansetzung ablehnen muß, wenn ihm eine frühere nicht über 5 Jahre zurückliegende Eidesleistung bekannt ist und der Gläubiger den Erwerb neuen Vermögens nicht glaubhaft macht. Durch den oben angeführten Beschluß vom 11. Februar 1905 hat das Landgericht Nürnberg die Beschwerde gegen den Beschluß eines Amtsgerichts verworfen, durch welchen der Antrag auf Terminsanberaumung aus dem hier fraglichen Grunde abgelehnt worden war.

Selbstverständlich braucht aber der Vollstreckungsrichter vor der Terminsansetzung keinerlei Erhebungen darüber zu pflegen, ob nicht vielleicht der Schuldner den Offenbarungseid bereits geleistet habe. Auch kann, wenn dies im einzelnen Falle nötig erscheint, gerade zu dem Zweck Termin angesetzt werden, um dem Gläubiger die Glaubhaftmachung des Vermögenserwerbs zu ermöglichen.

IV. Kann der Schuldner seine Einwendungen schriftlich vorbringen?

Da das Gericht von Amts wegen die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides zu prüfen hat, so muß es auch berücksichtigen, wenn ihm aus einer schriftlichen Mitteilung des Schuldners bekannt wird, daß die Voraussetzungen nicht vorhanden sind. Daraus, daß in § 900 Abs. 2 RCPO. lediglich bestimmt ist, daß die Anwesenheit des Gläubigers in dem Termin nicht erforderlich ist, kann nicht gefolgert werden, daß der Schuldner unter allen Umständen, auch wenn er seine Verpflichtung bestreitet, erscheinen muß. Die betreffende Bestimmung bezweckt nur, daß dem Schuldner der Eid abgenommen oder über seine Einwendungen entschieden werden muß, auch wenn der Gläubiger im Termin nicht erscheint. Der Schuldner muß ja selbstverständlich, wenn es zur Eidesleistung kommt, was den Regelfall bildet, im Termin erscheinen, da er den Eid nur persönlich leisten kann.

Da im Zwangsvollstreckungsverfahren durchweg schriftliche Einwendungen berücksichtigt werden und die mündliche Verhandlung nur fakultativ ist, in dieser Beziehung die Bestimmungen der §§ 899 ff. RCPO. keine besonderen Vorschriften enthalten, besteht kein Grund, in Offenbarungseidsachen anders zu verfahren. Hätte der Gesetzgeber gewollt, daß die Bestreitung der Verpflichtung nur im Termin zur Ableistung des Offenbarungseides erfolgen kann, so hätte er dies bestimmt zum Ausdruck bringen müssen. In Absatz 3 des § 900 ist aber nur allgemein bestimmt, daß im Falle der Schuldner die Verpflichtung zur Eidesleistung bestreitet, von dem Gericht durch Beschluß über den Widerspruch zu entscheiden ist. Da über die Art und Weise, wie der Widerspruch zu erheben ist, nichts gesagt ist, muß angenommen werden, daß derselbe wie auch sonst im Zwangsvollstreckungsverfahren formlos also auch durch einfache schriftliche Mitteilung erfolgen kann.

Auch der § 901 a. a. O kann nicht für das Gegenteil herangezogen werden. Hat der Schuldner die Verpflichtung bestritten, kann ihm der Eid erst abgenommen werden, wenn sein Widerspruch rechtskräftig verworfen ist (§ 900 III a. a. O.). Im Falle der Bestreitung der Verpflichtung kann daher der angesetzte Termin nicht mehr als zur Leistung des Eides bestimmt betrachtet werden, er ist daher entweder aufzuheben, oder dient nur zur mündlichen Verhandlung über die Einwendungen. Wenn allerdings die schriftlich mitgeteilten Einwendungen sich nur als grundlose Eidesverweigerung darstellen, muß das Gericht auf Antrag die Haft anordnen. Es sind sohin die schriftlichen Einwendungen genau so zu behandeln, wie die im Termin selbst vorgebrachten. Ebenso Seuffert in seinem Kommentar Note 3e zu §§ 900 und 901 RCPO.; a. M. Gaupp-Stein Note 2 zu § 900 und Neumiller zu § 900 RCPO.

V. Kann der Schuldner seine Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides auch noch bestreiten, wenn bereits Haftbefehl gegen ihn erlassen ist?

In dem Kommentar von Gaupp-Stein (Note II zu § 901) ist diese Frage verneint mit der Begründung, der Schuldner sei durch sein Ausbleiben im Termin der Einwendungen endgültig verlustig gegangen. Diese Anschauung ist nicht richtig. Wenn das Gesetz an das Ausbleiben des Schuldners, Folgen von so weittragender Bedeutung hätte knüpfen wollen, so hätte es dies zum Ausdruck bringen müssen, wie es in den Bestimmungen über das Versäumnisurteil geschehen ist (§ 330 ff. RCPO.). Auch der Umstand, daß das Gericht von Amts wegen die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides zu prüfen hat, spricht dafür, daß es die diesbezüglichen Einwendungen des Schuldners in jeder Lage des Verfahrens berücksichtigen muß und daß weder ein ausdrücklicher, noch ein stillschweigender Verzicht des Schuldners auf die Einwendungen dessen Widerspruchsrecht beseitigt. Die gleiche Ansicht findet sich in dem bereits unter III aufgeführten Beschluß des Landgerichts Nürnberg vom 17. Januar 1905. Auch das Landgericht München I hat sich bereits wiederholt auf diesen Standpunkt gestellt, so in den Beschlüssen vom 24. Februar 1904, Beschw.-Reg. Nr. 111/04 VII und vom 10. Dezember 1904, Beschw.-Reg. Nr. 628/04 III.

Der Schuldner kann seinen Widerspruch (in der Regel handelt es sich um die Bestimmung des § 903 StCPO.) sowohl im Wege der Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach § 766 RCPO., als durch Beschwerde gegen den erlassenen Haftbefehl geltend machen.

VI. Wie ist zu verfahren, wenn sich der Schuldner nach Erlassung des Haftbefehls, aber vor Vollzug desselben zur Eidesleistung bereit erklärt?

Ohne weiteres kann in diesem Falle dem Schuldner der Offenbarungseid nicht abgenommen werden, da der Gläubiger nur Recht darauf hat, im Eidesleistungstermin anwesend zu sein und nur dem verhafteten Schuldner in § 902 RCPO. das Recht eingeräumt ist, jederzeit bei dem Amtsgerichte des Haftortes die Abnahme des Eides zu beantragen. Jedoch kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Schuldners einen neuen Termin zur Ableistung des Offenbarungseides anberaumen und den Offenbarungseid in diesem Termin abnehmen, wenn der Gläubiger von dem Schuldner zu demselben geladen worden ist. Dieses Verfahren wurde in einem Beschluß des Landgerichts München I (Beschw.-Reg. Nr. 528/04) gebilligt und wird auch in den Kommentaren von Seuffert (Note 2) und Gaupp-Stein, 6. Auflage (Note 2) für zulässig erklärt, während in der 3. Auflage des letzteren Kommentars noch die gegenteilige Anschauung vertreten war (Note 1 zu § 783 — jetziger § 902 —).

Es entspricht dieses Verfahren in der Regel auch dem beiderseitigen Interesse, da der Schuldner auf diese Weise seine Verhaftung abwendet, der Gläubiger die Haftkosten erspart und bei der Eidesleistung zugegen sein kann. Gehindert ist allerdings der Gläubiger durch die neue Terminsanberaumung nicht, den Haftbefehl vollziehen zu lassen. Es kann das Vollstreckungsgericht auch nicht etwa den Vollzug des Haftbefehls einstweilen einstellen. Erfahrungsgemäß lassen aber die Gläubiger, wenn neuer Termin zur Eidesleistung anberaumt wird, den Haftbefehl nicht vollstrecken.

Rechtsunwirksamkeit der Zustimmung des Vormunds zur Löschung einer Hypothek auf dem Mündelgrundstück ohne Genehmigung.

Ein Beitrag zur Auslegung und Anwendung des § 1812 BGB.

Von Dr. Friedrich Doerr, Amtsrichter in München.

Ist die Forderung, für welche eine Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer des belasteten Grundstücks zu. Erlischt die Forderung oder verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt diese der Eigentümer (BGB. §§ 1163, 1168, 889). Auch in den Fällen des § 1170 BGB. und § 868 CPO. wird die Hypothek durch den Eigentümer erworben. Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer, wie z. B. nach § 1143 BGB.[1]), auch die Forderung zusteht, insbesondere im Falle des Untergangs der Forderung, der Voraussetzung einer Hypothek (§ 1113 BGB), so verwandelt sich die Hypothek mangels Forderung in eine Grundschuld, die eine Forderung nicht voraussetzt (BGB. §§ 1177, 1192 Abs. 1). Das Grundstück ist dann kraft Gesetzes, ohne daß es einer Eintragung des Rechtserwerbs im Grundbuch bedürfte, in der Weise belastet, daß an den Eigentümer, der selbst Grundschuldgläubiger ist, — bei der Eigentümerhypothek: „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden

1) Außer dem Falle der Befriedigung des Gläubigers erwirbt der Eigentümer, der bloß dinglicher Schuldner ist, die Forderung auch durch Abtretung oder Ueberweisung an ihn im Zwangsvollstreckungsverfahren oder durch Erbgang. Vgl. BGB. §§ 1164 Abs. 2, 1178 Abs. 1.

Forderung" (§ 1113) — eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (BGB. §§ 1191, 1196 f.). Mag es auch sonderbar erscheinen, daß Grundstückseigentümer und Grundschuldgläubiger identisch sein können, zumal ein solcher Berechtigter zunächst wenigstens nicht von sich selbst oder von sonst jemand — von andern Realberechtigten — eine Leistung verlangen kann, mag man vom theoretischen Standpunkt über die rechtliche Konstruktion der Eigentümergrundschuld denken, wie man will, oder vom legislatorischen Gesichtspunkt aus dem Rangvorbehalt des Bayer. Hyp.-Ges. § 84 (vgl. BGB. § 881) aus theoretischen und praktischen Gründen vor der Eigentümergrundschuld den Vorzug geben, so muß man sich de lege lata doch damit abfinden, daß — worauf es allein ankommt — das Gesetz nun einmal die Eigentümergrundschuld als wirksames dingliches Recht der in § 1191 BGB. bezeichneten Art an eigener Sache geschaffen hat[2]).

Freilich vermag sich der Anspruch des Grundschuldgläubigers auf die Leistung, die Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstücke, während der Vereinigung des Gläubigerrechts und des Eigentums in einer Person nicht ohne weiteres zu betätigen, aber nicht, weil er aus dem Rechte nicht mehr entstände, sondern deshalb, weil er infolge und während der Vereinigung der beiden Rechte als befriedigt gilt, für diese Zeit — also nur vorübergehend — gehemmt ist oder ruht[3]); durch dieses Hindernis für die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs[4]) büßt aber die Grundschuld ihr Wesen und ihren Charakter nicht ein. Daß das aus der Grundschuld sich ergebende Recht auf Leistung nicht für immer erloschen ist[5]), beweisen die Möglichkeit der Belastung mit dem Rechte eines Dritten (Pfandrecht, Nießbrauch[6]), der Pfändung[7]), der Uebertragung auf einen Dritten, das Wiederaufleben bei Veräußerung des Grundstücks, die Berücksichtigung bei der Zwangsvollstreckung, die der Eigentümer allerdings nicht zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben kann[8]), insbesondere im Zwangsversteigerungsverfahren, und die Verzinsung während der Zwangsverwaltung[9]). In diesen Fällen zeigt sich die praktische Bedeutung der Eigentümergrundschuld als eines Rechtes, kraft dessen — wenn auch unter gewissen Bedingungen — eine Leistung gefordert werden kann, sehr deutlich.

Nach § 1812 BGB. kann der Vormund über eine Forderung oder über ein „anderes Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann," nur mit Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts verfügen. § 1812 umfaßt — anerkanntermaßen trotz seiner wenig präzisen Fassung — nicht nur persönliche (obligatorische) Ansprüche[10]), sondern auch die in § 1821 Abs. 2[11]), der übrigens § 1812 unberührt läßt, ausgenommenen dinglichen Rechte, Hypotheken und Grund- (Renten-) Schulden, wie sie Entw. I § 1669 ausdrücklich erwähnt hatte[12]), und zwar die Hypotheken als selbständige

2) Vgl. u. a. Planck, Komm. Bd. 3 S. 445.
3) Planck Bd. 3 § 889 N. 2.
4) Mot. Bd. 3 S. 733 zu § 1098 Entw.
5) Vgl. BGB. § 889.
6) Hier müssen z. B. auch die Zinsen (BGB. § 1177 Abs. 1 Satz 2) fortbezahlt werden.
7) Vgl. CPO. §§ 857 Abs. 6, 830, Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 56 S. 184; Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts, 8. u. 9. Aufl. Bd. 2, 1. Abt. (1905) S. 737 Anm. 8.
8) BGB. § 1197 Abs. 1; vgl. § 1147 u. CPO. §§ 864 ff.
9) BGB. § 1197 Abs. 2.
10) BGB. § 241.
11) Vgl. § 1551 Abs. 2.
12) Nicht aber dingliche Ansprüche auf beweglich. Sachen. — Mot. Bd. 4 S. 1123 f., Prot. Bd. 4 S. 782; Planck, Komm. Bd. 4 § 1812 N. 1 Abs. 3 § 1821 N. 3; Staudinger-Engelmann, Komm. Bd. 4 (2. Aufl.) § 1812 N. 1a, § 1821 f. N. 2a β.

dingliche Rechte und nicht bloß als Accessorien der ohnedies in § 1812 erwähnten Forderungen. Von den unbestrittenermaßen unter § 1812 fallenden Hypotheken und Grundschulden diejenigen, welche dem Eigentümer selbst zustehen, auszunehmen, wäre willkürlich und gesetzlich unbegründet; auch die Eigentümerhypothek ist nichts anderes als eine Hypothek mit der Maßgabe des § 1177 Abs. 2 BGB., die Eigentümergrundschuld ist und bleibt nach dem Gesetz eine Grundschuld, ein Recht, kraft dessen der Berechtigte — wenn auch nur bedingt — die Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück als Leistung verlangen kann. Demgemäß kann nach § 1812 der Vormund selbständig über eine Eigentümergrundschuld des Mündels ebensowenig wie über eine andere Grundschuld des Mündels verfügen, d. h. ein Rechtsgeschäft vornehmen, durch das unmittelbar die Grundschuld übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Daß in der Verfügung über eine Eigentümergrundschuld keine — nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterliegende — Verfügung über das Grundstück selbst liegt, ist außer Zweifel[13]); nur zur Belastung eines Mündelgrundstücks mit einer Eigentümergrundschuld als einer Verfügung über das Grundstück ist vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich.

Die Beantragung der vom Hypothekgläubiger bewilligten Löschung der Hypothek seitens des Eigentümers oder die „Zustimmung" des letzteren zur Löschung enthält regelmäßig, soweit die Hypothek nicht kraft Gesetzes erlischt, eine auf Aufhebung gerichtete Verfügung über ein Recht der in § 1812 bezeichneten Art, nämlich einen Verzicht auf die kraft Gesetzes entstandene Eigentümergrundschuld[14]). Ebenso ist die Zustimmung des Eigentümers zum Rangrücktritt im Falle des § 880 BGB. zu behandeln[15]). Daraus folgt, daß der Vormund des Grundstückseigentümers in der Regel — von § 1825 BGB. abgesehen — nur mit Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts zur Löschung einer Hypothek auf dem Mündelgrundstück zustimmen kann. Erwägt man die Bedeutung, welche die Eigentümergrundschuld und der Verzicht auf eine solche für das Mündelvermögen unter Umständen haben kann, so wird man dieses Ergebnis nur billigen müssen.

Das Gleiche gilt auch im Falle des § 1179 (883) BGB.[16]). Durch den Umstand, daß der Mündel einem andern gegenüber verpflichtet ist, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum vereinigt, wird das Erfordernis der Genehmigung des Gegenvormunds ebensowenig beseitigt wie das Erfordernis der Zustimmung des Eigentümers zur Löschung überhaupt[17]).

Die Vorschrift des § 1822 Nr. 13 BGB., die nur den Fall im Auge hat, daß lediglich die für eine Forderung des Mündels bestehende Sicherheit aufgehoben ꝛc. wird, die Forderung selbst aber unberührt bleibt[18]), trifft hier wegen des Mangels einer Forderung (BGB. § 1192 Abs. 1) nicht zu; sie kommt nur dann in Betracht, wenn dem Mündel auch die Forderung zusteht (BGB. §§ 1143, 1177 Abs. 2).

Die Zustimmung des Eigentümers (BGB. § 1183, GBO. § 27 Abs. 1), die auch durch Stellung des Löschungsantrags erklärt werden kann[19]), wird

13) Vgl. u. a. Planck Bd. 4 § 1821 N. 2a Abs. 3; Staudinger-Engelmann Bd. 4 § 1821 f. N. 2a β.
14) BGB. §§ 875 Abs. 1, 1183, GBO. § 27 Abs. 1.
15) Vgl. Planck a. a. O.
16) Vgl. Art. 194 EG. z. BGB., Art. 59 Bayer. Ueb.-Ges.
17) Mot. Bd. 4 S. 1124.
18) Vgl. z. B. KG. Berlin vom 23. Februar 1903, Rechtspr. der OLG. Bd. 8 S. 359 f.
19) GBO. §§ 13, 29 f.

wie die Löschungsbewilligung nach BGB. § 875, GBO. § 19 vom BGB. abweichend vom Entw. I § 1091 als einseitiges Rechtsgeschäft behandelt[20]). Ein solches einseitiges Rechtsgeschäft, das der Vormund ohne die erforderliche Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts vornimmt, ist unwirksam (BGB. §§ 1831 f.) und wird auch nicht durch nachträgliche Erteilung der Genehmigung wirksam[21]). Der Grundbuchbeamte hat die Wirksamkeit der Löschungserklärung zu prüfen; zu diesem Behuf ist ihm die Genehmigung nachzuweisen; andernfalls sowie im Falle der Unwirksamkeit der Erklärung ist der Antrag zurückzuweisen (GBO. §§ 18, 29). M. a. W. der grundbuchamtliche Vollzug des Antrags ist von dem Nachweise der erforderlichen Genehmigung abhängig zu machen[22]). Es kann dabei keinen Unterschied begründen, ob das Grundstück und die Eigentümerhypothek oder Grundschuld dem Mündel allein oder ihm und andern gemeinschaftlich gehört und ob die mehreren nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand berechtigt sind[23]).

Da eine oberstrichterliche Entscheidung der vorwürfigen Frage noch nicht ergangen ist, auch die Literatur ein Eingehen auf die Frage und eine entschiedene Stellungnahme zu derselben vermissen läßt, ist die Praxis der Grundbuchämter in diesem Punkte bisher sehr verschieden. Manche Hypotheken oder Grundschulden mögen schon ohne die — wie gezeigt — erforderliche Genehmigung, also mit Unrecht, im Grundbuch gelöscht worden sein.

Anders liegen die Verhältnisse nach bayer. Hypothekenrecht, dem die Eigentümerhypotheken fremd sind, für die vor Inkrafttreten des Grundbuchrechts (EG. z. BGB. Art. 186, 189) löschungsreif gewordenen, erloschenen, aber noch nicht gelöschten Hypotheken oder die sog. offenen Rangstellen[24]). Die Löschung der erloschenen Hypotheken im Hypotheken- oder Grundbuch ist nur Berichtigung desselben. Aus ihnen können mangels gesetzlicher Grundlage selbst dann keine Eigentümerhypotheken oder Grundschulden ohne weiteres entstehen, wenn inzwischen das Grundbuch für angelegt erklärt worden ist. Die Rangeinräumungsrechte oder Rangvorbehalte nach § 84 Hyp.-Ges., die übrigens vom Eigentümer nach Anlegung des Grundbuchs auch für eine Grundschuld, die er für sich selbst bestellt, benützt werden können[25]), durch Art. 58

---

20) Mot. Bd. 3 S. 719, Prot. Bd. 3 S. 615 f.

21) Es genügt, wenn die Genehmigung erteilt war, bevor die Löschungsbewilligung des Vormunds dem Grundbuchamte zuging. KG. Berlin vom 21. Mai 1902, Rechtspr. der OLG. Bd. 5 S. 404. Ebenso KG. Berlin vom 23. Juli 1902, Entsch. i. Angel. d. freiw. Gerichtsbark. 2c. Bd. 3 S. 163.

22) So die weitaus überwiegende Meinung; s. z. B. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 2. Aufl., Bd. 2 GBO. S. 184; Kretzschmar, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 105; Brachvogel-Frydrychowicz, Grundbuchrecht S. 221; J. Böhm, Reichsgrundbuchrecht S. 93; Staudinger-Engelmann, Bd. 4 S. 1097; Meikel GBO. S. 149g; OLG. Kolmar vom 28. April 1902. Rechtspr. der OLG. Bd. 5 S. 288; Oberst. LG. München vom 30. Dezemb. 1903, Rechtspr. der OLG. Bd. 9 S. 463; KG. Berlin vom 30. Mai 1904, Rechtspr. der OLG. Bd. 9 S. 461; Bayer. Dienstanw. f. d. Grundbuchämter r. d. Rh. § 150 Abs 1. Die gegenteilige, unrichtige Ansicht ist am ausführlichsten begründet von Schlomka im Centralblatt f. freiw. Gerichtsbark. 2c. 2. Jahrg. S. 871 ff., widerlegt von Schultheis im Centralblatt 3. Jahrg. S. 261 ff; gegen Schlomka auch Breit ebendort 4. Jahrg. S. 598.

23) Vgl. KG. Berlin vom 29. September 1902, Rechtspr. der OLG. Bd. 5 S. 411, vom 14. März 1904, Rechtspr. d. OLG. Bd. 10 S. 10 f. und Entsch. i. Angel. d. freiw. Gerichtsbark. 2c. Bd. 4 S. 182 f.

24) Hyp.-Ges. §§ 71, 80.

25) Ebenso Staudinger-Kober, Komm. Bd. 3 (2. Aufl.) S. 473 N. VIb zu § 1163; Henle-Schneider, Die Bayer. Ausführungsgesetze z. BGB. (1900) S. 496 Vorbemerkung Nr. 2 a. E., S. 501 N. 2 zu Art 58 Ueb.-Ges.; Meikel in Bl. f. RA. Bd. 67 S. 361 ff.; dagegen Schäfer ebendort Bd. 66 S. 81 ff., Bd. 67 S. 497 ff.

Abs. 1 Ueb.-Ges. z. BGB. aber wesentlich eingeschränkt werden, sind selbst keine dinglichen Rechte am Grundstück, kraft deren eine Leistung verlangt werden könnte, und fallen nicht unter § 1812 BGB., mag ihnen auch ein wirtschaftlicher Wert für den Eigentümer nicht abgesprochen werden. Sohin bedarf der Vormund zu der nach § 158 Abs. 2 Hyp.-Ges. in der Fassung der Novelle vom 20. Dezember 1903 Art. I Z. 14[26]) bezw. nach Anlegung des Grundbuchs gemäß § 27 Abs. 1 GBO.[27]) erforderlichen, eine Verfügung über ein Recht der im citierten § 1812 bezeichneten Art nicht enthaltenden „Zustimmung" oder „Einwilligung" zur Löschung solcher offenen Rangstellen und zum Verzicht auf das Rangeinräumungsrecht keiner gegenvormundlichen oder vormundschaftsrichterlichen Genehmigung, da das Reichsrecht den aus dem Landesrecht sich ergebenden Fall nicht vorgesehen hat.

Gleiches gilt für die Fälle, in denen nach Reichsrecht die Hypothek ipso iure erlischt[28]), falls man — was bestritten ist — zur Löschung außerhalb des Grundbuchs untergegangener Hypotheken die Zustimmung des Eigentümers nach dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 BGO. für erforderlich hält[29]).

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Einrede des eigenen Verschuldens der Verletzten und des Verschuldens der Eltern des Kindes gegenüber der Klage eines siebenjährigen Mädchens aus § 1 des Haftpflichtgesetzes.

Ersatzanspruch des noch nicht Erwerbsfähigen wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit. Feststellungs- oder Leistungsklage? (§ 323 der Civilprozeßordnung.)

Aus den Gründen: Hinsichtlich des eigenen Verschuldens der Klägerin stellt sich die Revision nicht auf den mehrfach vertretenen, vom Reichsgericht aber stets abgelehnten Standpunkt, wonach der Begriff des Verschuldens für die Auslegung des § 254 BGB. in einem anderen und weiteren Sinne zu nehmen sei, wie nach § 276 BGB., und es genügen müsse, daß ein eigenes, nach den Verkehrsanschauungen sachwidriges Verhalten den gefährlichen Erfolg mitwirkend verursacht habe, so daß auch ein solches Verhalten des unzurechnungsfähigen Kindes als Verschulden im Sinne des Gesetzes zu erachten sei (Entsch. d. RGer. Bd. 51 S. 275, Bd. 54 S. 407, Bd. 59 S. 221, Jur. Wochenschr. 1903 Beil. Nr. 175, 208, 270, 1906 S. 55 Nr. 6; es wird auf diese Entscheidungen, bei denen verblieben wird, Bezug genommen). Die Revision meint aber, daß das Berufungsgericht den von den Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen handelnden § 828 BGB. durch irrige Auslegung verletzt habe, indem es die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht, wie sie das Gesetz erfordere, mit der Einsicht in die Gefährlichkeit des eigenen Verhaltens verwechselt habe. Sei aber die Frage

---

26) Ausnahmen bestehen nur beim eingetragenen Rangeinräumungsverzicht und im Falle des Art. 11 Abs. 2 Nov. vom 29. Mai 1886 z. SO.

27) Auch im Falle des Rangeinräumungsverzichts. Vgl. Art. 59 Ueb.-Ges. und oben zu Note 15 und 16.

28) Vgl. z. B. BGB. §§ 1173 Abs. 1, 1174 Abs. 1, 1175 Abs. 1, 1178 Abs. 1, Reichsges. vom 17. März 1906, betr. die Ueberleitung von Hypotheken des früheren Rechtes.

29) Kammergericht Berlin vom 3. September 1901, Entsch. in Angel. d. freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, 2. Bd. S. 240 f.

nach der Zurechnungsfähigkeit der Klägerin gemäß § 828 Abs. 2 BGB. unrichtig beantwortet und bedürfe sie daher einer abermaligen Prüfung, dann bedürfe es auch der von dem Berufungsgericht abgelehnten weiteren Beweisaufnahme über den Vorgang bei dem Unfalle selbst, die die Bekanntschaft der Klägerin mit dem Straßenbahnbetriebe und dadurch deren eigenes schuldhaftes Verhalten dartun solle. Mit dem ersten dieser Angriffe der Revision fällt auch der zweite, da alsdann die vom Berufungsgericht angenommene Unverantwortlichkeit der Klägerin für ihr eigenes Verhalten bestehen bleibt. Der erste Angriff aber erschien unbegründet. Allerdings ist in dem Urteile des erkennenden Senats (Entsch. Bd. 53 S. 157) ausgesprochen, daß die Erkenntnis der Verantwortlichkeit sich nicht mit der Erkenntnis der Gefährlichkeit der verübten Handlung decke; es ist aber hinzugefügt, daß sie darüber hinausreicht, und daß bei Fahrlässigkeitshandlungen die Erkenntnis der Verantwortlichkeit ohne die der Gefährlichkeit nicht denkbar sei, da die Fahrlässigkeit gerade auf einem verschuldeten Irrtum über die schädlichen Folgen der Handlung beruhe und darin bestehe, daß der Handelnde die Gefährlichkeit der Handlung, die er erkennen konnte, schuldhafterweise sich nicht vorgestellt hat. Es muß dies um so mehr gelten, wenn es sich nicht um die Erkenntnis der Verantwortlichkeit für den dritten Personen zugefügten Schaden, sondern um die Einsicht in das gegen die eigene Person begangene Unrecht handelt. Hier ist die Erkenntnis der Verantwortlichkeit mit der Erkenntnis der Gefahr und somit auch die zu beiden erforderliche Einsicht, wenn auch nicht begrifflich, so doch tatsächlich nahezu identisch. Dem Berufungsgericht ist deshalb darin beizutreten, daß es bei der Klägerin die zur Erkenntnis ihrer Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht verneint, weil ihr die zur Erkenntnis der Gefährlichkeit ihres Verhaltens erforderliche Einsicht gefehlt habe. Die Erwägungen selbst, mit denen das Berufungsgericht seine Annahme des Mangels dieser Einsicht bei der Klägerin begründet hat, geben zu rechtlichen Bedenken keine Veranlassung und lassen auch die Ablehnung des gestellten Beweisantrages gerechtfertigt erscheinen.

Was ein Verschulden des Vaters der Klägerin als ihres gesetzlichen Vertreters oder etwa auch der Mutter als einer Hilfsperson, für das die Klägerin unter Anwendung des § 278 BGB. auf Grund der im letzten Satze des zweiten Absatzes des § 254 ausgesprochenen Verweisung auf diesen Paragraphen einzustehen hätte, angeht, so hat der erkennende Senat in einem Urteil vom 29. Januar 1906 (Rep. VI 175/05) ausgeführt, daß im Gebiete der unerlaubten Handlungen mangels einer seitens des Beschädigten gegenüber dem Schädiger bestehenden und zu erfüllenden Verpflichtung eine Anwendung des § 278 BGB. auf ein zur Entstehung des Schadens ursächlich mitwirkendes Verschulden der Vertreter und Hilfspersonen nicht stattfinden könne, diese vielmehr auf ein Verschulden bei der Abwendung des bereits verursachten und bei der Minderung des schon entstandenen Schadens einzuschränken sei (vgl. auch Entsch. d. RGer. Bd. 54 S. 404 und 407, Bd. 55 S. 316). Im gegebenen Falle kann deshalb ein Verschulden des Vaters oder der Eltern der Klägerin in der Beaufsichtigung des Kindes vor dem Unfalle nicht in Betracht kommen, wohl aber die schuldhafte Verweigerung einer Operation, wenn diese den eingetretenen Schaden zu beseitigen oder zu mindern geeignet gewesen wäre (vgl. Entsch. d. RGer. Bd. 60 S. 147; Gruchot, Beitr. Bd. 35 S. 401). Die Gründe, aus denen das Berufungsgericht die Verweigerung der Operation für berechtigt erachtet hat, sind jedoch tatsächlicher Natur, es hat die Auslassung des vernommenen Sachverständigen Dr. H., die vielleicht auch anders gewürdigt werden konnte, dahin aufgefaßt, daß von der Operation immerhin eine Lebens-

gefahr für die Klägerin zu besorgen und ein erheblicher Erfolg nicht mit genügender Sicherheit zu erwarten sei; unter solchen Umständen aber ist dem Verletzten die Einwilligung in den operativen Eingriff nicht zuzumuten und die Verweigerung als Verschulden nicht anzurechnen.

Die Klägerin war nun zur Zeit des Unfalles wie der Klageerhebung und ist auch jetzt noch nicht, von den Folgen des Unfalles abgesehen, erwerbsfähig. Das raubt ihr nicht den Ersatzanspruch wegen Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit überhaupt, wie das Reichsgericht des öfteren anerkannt hat; die Meinung (vgl. Eger, Reichshaftpflichtgesetz, 5. Aufl. S. 323), daß das Reichshaftpflichtgesetz eine Erwerbsfähigkeit voraussetze, die vor dem Unfalle schon bestanden habe, und einen Ersatz lediglich künftiger Vermögensnachteile ausschließe, ist als unrichtig abzulehnen. Es kann sich fragen, ob, solange die Zeit der Erwerbsfähigkeit noch fern ist, der Verletzte nicht auf die Feststellungsklage beschränkt ist, zu deren Anstellung das rechtliche Interesse in der drohenden Verjährung gegeben ist (Jur. Wochenschr. 1905 S. 497 Nr. 26, 1906 S. 16 Nr. 14). Die Klägerin hat im gegebenen Falle auch wegen dieser künftigen Ansprüche die Leistungsklage erhoben, und die Gerichte beider Vorinstanzen haben dieser stattgegeben. In der Tat ist nun vielleicht in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, in denen einem erst in einer ferneren Zukunft erwerbsfähig werdenden Kinde ein Schaden an der Erwerbsfähigkeit zugefügt worden ist, der Weg der Feststellungsklage der einzige zur vorläufigen Durchführung des Anspruches gegebene Weg. Denn in der Regel werden sich bei einem Kinde zur Zeit des Unfalles oder kurz nach diesem die künftigen Erwerbsverhältnisse noch nicht übersehen lassen; die Umstände allgemeiner und lokaler Natur, die diese gestalten, können sich bis zum Eintritte des erwerbsfähigen Alters des Kindes so wesentlich ändern, daß die Verhältnisse der Gegenwart als geeignete Grundlage für eine Verurteilung überhaupt nicht anzusehen sind. Indessen handelt es sich hierbei nicht um eine grundsätzliche Frage, und wie einerseits die gedachte Veränderung in den männlichen Erwerbszweigen für durchgreifender zu erachten sein wird als in den weiblichen Hausberufen, so ist ferner auch in Betracht zu ziehen, welcher Art die Entschädigung ist, die gefordert wird. Handelt es sich nur um den gewöhnlichen Durchschnittslohn gewöhnlicher Hand-, Haus- und Fabrikarbeit, nicht um lohnendere, aber auch eine besondere Vorbildung erfordernde Berufszweige höherer Art, so werden sich die Gerichte eine Schätzung der zukünftigen Nachteile viel leichter zutrauen dürfen, als für diese schwierigeren Verhältnisse und es wird dann nicht zu beanstanden sein, wenn der Leistungsklage entsprochen wird. Die Klägerin fordert aber nichts anderes als den Ersatz für den ihr verlorenen Gewinn aus einer dienenden Tätigkeit oder aus einfacher weiblicher Handarbeit, so daß aus diesem Gesichtspunkte die Leistungsklage der Klägerin im gegebenen Falle als gerechtfertigt angesehen werden kann.

Es kommt aber für den vorliegenden Rechtsfall noch ein weiteres Moment in Betracht. Eine Rente wegen Vermehrung der Bedürfnisse ist der im Gebrauche des verletzten Beines dauernd behinderten Klägerin nach der Sachlage schon jetzt zuzusprechen. Dem Berufungsgericht ist aber darin beizutreten, daß der Anspruch auf den durch Entrichtung einer Geldrente zu leistenden Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 3a und 7 des Reichshaftpflichtgesetzes wie nach §§ 843, 844 BGB. als ein einheitlicher anzusehen ist: es ist eine Rente festzusetzen für den gesamten Schaden, soweit er in die Zukunft sich erstreckt, bei deren Bemessung sowohl auf die Minderung der Erwerbsfähigkeit wie auf die Vermehrung der Bedürfnisse Bedacht zu nehmen ist (vgl. Entsch. d. RGer.

Bd. 47 S. 405). Daraus ergibt sich, daß, wenn auch die künftigen Erwerbsverhältnisse noch nicht berücksichtigt werden könnten, die einheitliche Rente auf die erhobene Leistungsklage dennoch der Klägerin bereits zuzuerkennen wäre, jedoch nur auf der Grundlage der gegenwärtigen Vermehrung der Bedürfnisse, während die Erhöhung der Rente wegen der später eintretenden Verminderung der Erwerbsfähigkeit alsdann im Wege des § 323 CPO. durchgesetzt werden müßte. Da aber die Bestimmung des § 323 CPO. nur dazu gegeben ist, spätere Veränderungen der Verhältnisse in ihrem Einflusse auf den Schaden und dessen Höhe zur Geltung zu bringen, die zur Zeit der früheren Verurteilung vorschauend noch nicht zu übersehen waren, und die dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, wie er zu dieser Zeit erscheinen mußte, nicht entsprechen (vgl. Jur. Wochenschr. 1905 S. 143 Nr. 23, S. 152 Nr. 38, S. 283 Nr. 4, S. 493 Nr. 19, 1906 S. 27 Nr. 30), muß, soweit die zukünftigen Erwerbsverhältnisse schon jetzt sich übersehen lassen, auf diese bei Festsetzung der Rente auch Rücksicht genommen werden. Wenn das Berufungsgericht in Uebereinstimmung mit dem Gerichte erster Instanz deshalb auf der Grundlage der einfachen Verhältnisse eines gewöhnlichen Arbeitserwerbes der späteren Verminderung der Erwerbsfähigkeit der Klägerin schon jetzt Rechnung getragen hat, so kann ihm darin nicht entgegengetreten werden.

Das Berufungsgericht hat in Uebereinstimmung mit dem Gericht erster Instanz der Klägerin die für die Zeit ihrer vollen Erwerbsfähigkeit, vom vollendeten 18. Lebensjahre ab festgesetzte Rente bis an ihr Lebensende zugesprochen. Die Revision erachtet dies für ungerechtfertigt. Wenn das Berufungsgericht zur Begründung dieser Entscheidung ausführt: daß Krankheit, Gebrechlichkeit und sonstige Alterserscheinungen Aenderungen bewirken könnten, sei von ihm nicht übersehen; solches seien indessen bloße Möglichkeiten, und Sache des Ersatzpflichtigen sei es, Umstände nachzuweisen, die für den einzelnen Fall von einem bestimmten Zeitpunkte an eine wesentliche Minderung des Erwerbes annehmen ließen —, so muß diese Erwägung an sich rechtlich beanstandet werden und sie wird durch die angezogene Entscheidung (Entsch. d. RGer. Bd. 17 S. 51), in deren Fall es sich um einen Beamten mit festem Gehalt handelte, nicht gestützt. In den oben bezeichneten Entscheidungen (Jur. Wochenschr. 1905 und 1906) ist vom Reichsgericht wiederholt mit bezug auf § 323 CPO. ausgesprochen, daß Minderungen der Erwerbsfähigkeit, die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge erfahrungsgemäß als Regelerscheinungen eintreten, schon bei der Zuerkennung der Rente zu berücksichtigen sind und bezüglich ihrer nicht auf den Weg des § 323 CPO. verwiesen werden darf. Dahin gehören zwar nicht bestimmte Krankheiten und Gebrechlichkeiten des Alters, die allerdings nur als zufällige Möglichkeiten erscheinen und nicht vorausgesehen werden können, wohl aber die regelmäßige und gewöhnliche Abnahme der Körperkräfte im höheren Alter, die erfahrungsgemäß die Tauglichkeit gerade zu körperlichen Arbeiten hervorragend beeinflußt. Lassen sich die Erwerbsverhältnisse einer ferneren Zukunft, wie das Berufungsgericht angenommen hat, überhaupt schätzen, so ist nicht abzusehen, warum diese Schätzung an dieser Frage Halt machen müßte und dürfte und nicht wie die voraussichtliche Zunahme der Körperkräfte und mit ihr die aufsteigende Erwerbsfähigkeit, so auch die Abnahme jener und den Nachlaß des Erwerbes bei Bemessung der Entschädigungsrente in Betracht ziehen müßte. Für den gegebenen Fall war indessen von einer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung aus diesem Grunde dennoch abzusehen. Denn das Berufungsgericht hat jenen allgemeinen und zu beanstandenden Erwägungen über das Verhältnis der gegenwärtigen Festsetzung

zu späteren Veränderungen ihrer Unterlagen den Satz vorausgeschickt, daß die Klägerin nach der Lebensstellung, die sie ohne den Unfall erlangt haben würde, genötigt gewesen wäre, bis an ihr Lebensende dem Erwerbe nachzugehen, und daß sie auch in höherem Lebensalter bei entsprechender Arbeitsamkeit voraussichtlich imstande gewesen wäre, auf einer im wesentlichen der bisherigen gleichbleibenden Erwerbsstufe zu verharren. Das ist eine tatsächliche Annahme, die jedenfalls soweit reicht, daß nach der Würdigung des Berufungsgerichts ein wesentlicher, erheblicher Nachlaß der Erwerbsfähigkeit und der Erwerbsmöglichkeiten für die Klägerin bis an ihr Lebensende nicht eingetreten sein würde. Da nun anderseits im höheren Lebensalter der Klägerin wieder auf eine Erhöhung der als Folge des Unfalls eingetretenen Vermehrung der Bedürfnisse durch besondere Pflege zu rechnen ist, so kann im gegebenen Falle der Unterschied in der Erwerbstätigkeit hierdurch für ausgeglichen und deshalb die erfolgte Festsetzung der Rente bis an das Lebensende der Klägerin für gerechtfertigt erachtet werden. VI. Civilsenat Nr. 231/05. Urteil vom 1. März 1906.

Sind bei Berechnung des Pflichtteils die Kosten der Nachlaßverwaltung unter die Passiven des Nachlasses einzustellen? (§§ 2311, 2313 d. BGB.).

Es war gerügt, daß bei der Berechnung des Pflichtteils gewisse Schuldposten mit berücksichtigt worden seien.

Die Gründe äußern sich hierüber folgendermaßen: Diese Rüge ist nicht begründet, soweit es sich um die schätzungsweise mit 2000 Mk. eingestellten Kosten der Nachlaßverwaltung handelt. Zwar schreibt § 2311 des BGB. vor, daß bei Berechnung des Pflichtteils der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zu Grunde zu legen ist. Allein es würde auf eine ungerechtfertigte, vom Gesetzgeber nicht gewollte Begünstigung des Pflichtteilsberechtigten hinauslaufen, wenn dabei nur solche Nachlaßverbindlichkeiten in Betracht kommen dürften, die im Augenblicke des Todes des Erblassers (§ 1922) schon feststanden. Es muß vielmehr genügen, wenn zu diesem Zeitpunkte nur der Rechtsgrund vorhanden war, auf dem die betreffenden Verbindlichkeiten beruhen. Schon die Tatsache des Todes und die Eröffnung der Erbfolge bringt die Notwendigkeit oder doch die Möglichkeit gewisser Kostenaufwendungen zu Lasten des Nachlasses mit sich. Es besteht auch in der Literatur Uebereinstimmung, daß derartige Aufwendungen, wie z. B. die Beerdigungskosten (§ 1968 BGB.), die Kosten der Sicherung des Nachlasses (§ 1960), der Inventarerrichtung (§§ 1993, 2314 Abs. 2) auch bei Berechnung des Pflichtteils gemäß § 2311 in Abzug zu kommen haben. Dasselbe muß von den Kosten der Nachlaßverwaltung gelten, die gemäß § 1981 immer beantragt und nach § 1982 nur wegen Mangels an Masse abgelehnt werden darf. Es kommt hinzu, daß gerade die Nachlaßverwaltung auch den besonderen Interessen des Pflichtteilsberechtigten zu dienen bestimmt ist (§ 1985) und daß im Falle des Nachlaßkonkurses die Kosten der Nachlaßpflegschaft, somit auch der Nachlaßverwaltung ausdrücklich als Masseschulden anerkannt sind (Konk.-O. § 224 Nr 4). Das Reichsgericht vermag deshalb die in der Literatur nur vereinzelt aufgetauchten Bedenken gegen die Abzugsfähigkeit der Nachlaßverwaltungskosten nicht zu teilen. Dagegen hat der Berufungsrichter gegen § 2313 BGB. verstoßen, wenn er unter den Nachlaßschulden auch 5000 Mk. Pauschale für 4¼ % Zinsen und Kosten einer gegen den Nachlaß eingeklagten Bürgschaftsforderung von 14000 Mk. und die von der Klägerin in diesem Prozesse mit eingeklagte Lohnforderung von 500 Mk. in Abzug bringt. Diese Schuldposten kennzeichnen sich vielmehr ohne weiteres als zweifelhafte Ver-

bindlichkeiten im Sinne von § 2313 Abs. 2 und hatten daher nach Vorschrift von Absatz 1 derselben Gesetzesstelle, vorbehaltlich späterer Ausgleichung im Verhältnis zu dem Pflichtteilsberechtigten, jetzt außer Ansatz zu bleiben. IV. Civilsenat Nr. 314/1905. Urteil vom 21. Dezember 1905.

Der Tatbestand des § 992 BGB. erfordert nur das Wissen von der Rechtswidrigkeit der Eigenmacht.

In dem über das Vermögen des Klägers, des Möbelfabrikanten M. J. am 22. Oktober 1901 eröffneten Konkurse hatte der Beklagte als Verwalter auch ein im Kellerraum unter dem Wohnhause des Gemeinschuldners befindliches Fournierlager zur Masse gezogen. Das Lager wurde verkauft, der Erlös zur Masse genommen. Der Kläger nahm auf Grund der Behauptung, daß er das Lager im Juli 1905 vom Gemeinschuldner um den Preis von 2700 Mk. gekauft und übergeben erhalten habe, ein Aussonderungsrecht in Anspruch und erhob Klage auf Herausgabe des Lagers, eventuell auf Ersatz des Wertes mit 2700 Mk. nebst 4% Zinsen seit der Klageerhebung. Nach wiederholter Verhandlung gelangte das Berufungsgericht auf Grund der Annahme, daß der Beklagte sich durch verbotene Eigenmacht in den Besitz des Fournierlagers gesetzt habe und deshalb nach § 992 BGB. hafte, zur Verurteilung des Beklagten zum Wertersatze. Die Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Der Berufungsrichter stellt fest, daß die Veräußerung des Fournierlagers an den Kläger ein ernst gemeintes Geschäft gewesen und daß das Lager dem Kläger übergeben worden sei. Gegen diese Feststellung sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben und auch von der Revision nicht geltend gemacht. Danach ist der Aussonderungsanspruch des Klägers, d. i. der Anspruch auf Herausgabe des in sein Eigentum gelangten Fournierlagers begründet. Fraglich kann nur sein, ob die Konkursmasse, nachdem durch die Veräußerung des Lagers dessen Rückgabe unmöglich geworden ist, für den Ersatz des Wertes haftet. Der Berufungsrichter bejaht die Frage, indem er den § 992 BGB. anwendet und für erwiesen erachtet, daß sich der Konkursverwalter durch verbotene Eigenmacht den Besitz der dem Kläger gehörigen Fourniere verschafft habe. Gegen die Anwendung des § 992 BGB. richten sich die Angriffe der Revision. Sie erscheinen jedoch nicht begründet. Nach der bezeichneten Vorschrift ist der Besitzer, der den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, dem Eigentumskläger gemäß den Bestimmungen über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen verantwortlich. Verbotene Eigenmacht begeht, wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet (§ 858 BGB.). Zum Begriffe der verbotenen Eigenmacht gehört sonach ein subjektives Verschulden des Täters nicht. In der zweiten Kommission, welche die verschärfte Haftung auf Grund fehlerhaften Besitzes in den Entwurf aufnahm, ging man indessen davon aus, daß aus der Anwendung der Vorschriften über unerlaubte Handlungen folge, daß die Verpflichtung zum Schadensersatz nur eintrete, wenn dem Täter ein Verschulden zur Last falle, wenn er also gewußt habe oder habe wissen müssen, daß er unerlaubte Eigenmacht begehe (Protokolle Bd. 3 S. 346 ff). Es ist daher dem Wortlaute des § 992 BGB. gegenüber Streit darüber entstanden, ob die die schärfere Haftung des Besitzers begründende Eigenmacht ein Verschulden voraussetze. Einer entscheidenden Stellungnahme zu diesem Streite bedarf es im vorliegenden Falle nicht, weil der Berufungsrichter schuldhafte verbotene Eigenmacht auf seiten des Konkursverwalters in ausreichender Weise feststellt. Er nimmt als dargetan an, daß

der Beklagte den Keller, in welchem sich das Fournierlager befand, trotz des Hinweises auf den Kläger, der die Schlüssel in Händen habe, mittelst Dietrichs habe öffnen lassen und sich so in den Besitz des Lagers gesetzt habe. Danach ist zunächst soviel sicher, daß der Beklagte in Kenntnis des Besitzes des Klägers und in Kenntnis der mangelnden Zustimmung desselben gehandelt hat, also insofern jedenfalls vorsätzlich. Dies bezweifelt auch die Revision nicht. Sie meint aber, daß der Vorsatz auch die Kenntnis von dem berechtigten Besitze des Klägers umfassen müsse und daß es in dieser Beziehung an einer genügenden Feststellung fehle. Allein das Verbot der Eigenmacht bezweckt den Schutz des Besitzes, nicht des Rechtes zum Besitze und eine wissentliche Uebertretung des Verbots wird durch die Unkenntnis jenes Rechtes nicht ausgeschlossen. Es kommt nur auf das Wissen von der Rechtswidrigkeit der Eigenmacht an, welches vorhanden sein kann, auch wenn der Täter der Ansicht ist, dem Besitzer mangele das Recht zum Besitze. Vorsätzlicher Eigenmacht macht sich schuldig, wer weiß, daß er dem Besitzer den Besitz gegen dessen Willen entzieht und daß Umstände, welche die Entziehung ausnahmsweise rechtfertigen könnten, z. B. die Voraussetzungen der erlaubten Selbsthilfe, nicht vorliegen. Wenn vielleicht auch der Revision zugegeben werden mag, daß das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit unter ganz besonderen Verhältnissen durch die irrige Annahme, der Besitzer habe kein Recht und es sei deshalb die Dejektion gestattet, beseitigt werde — wobei freilich immer noch zu untersuchen bliebe, ob nicht der Dejizient fahrlässig gehandelt hat, — so hatte sich doch im gegenwärtigen Falle der Beklagte damit begnügt, zu bestreiten, daß er sich eigenmächtig in den Besitz des Fournierlagers gesetzt habe, ohne anzudeuten, daß er sich jedenfalls für befugt gehalten habe, gegen den Willen des Klägers, mithin gewaltsam vorzugehen. Der Berufungsrichter war daher berechtigt, die vom Beklagten geübte, objektiv rechtswidrige Eigenmacht auch schlechthin als subjektiv rechtswidrig in dem Sinne zu bezeichnen, daß der Beklagte vorsätzlich gehandelt habe. Einer besonderen Feststellung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit bedurfte es im Hinblick auf das Vorbringen des Beklagten nicht; es ergab sich zunächst von selbst, nachdem sich die Behauptung des Beklagten als unwahr erwiesen hatte, daß ihm der Gemeinschuldner den Keller, in dem sich das Fournierlager befand, geöffnet und erklärt habe, er dürfe über das Lager verfügen. Auf die Meinung des Beklagten, daß der Kläger zum Besitze der Konkursmasse gegenüber nicht berechtigt gewesen sei, mithin auf den guten Glauben in diesem Punkte kam es, wie der Berufungsrichter mit Recht bemerkt, nicht weiter an. Darum kann es auf sich beruhen, ob prozeßgerecht festgestellt ist, daß der Beklagte von den Eigentumsansprüchen des Klägers Kenntnis erlangt hat. Auch brauchte der Berufungsrichter nicht zu untersuchen, ob nicht gegen den Beklagten der Vorwurf der Fahrlässigkeit unter allen Umständen begründet sei. Hiernach ist die Anwendung des § 992 BGB. auch dann gerechtfertigt, wenn man der Meinung folgt, daß dem Dejizienten ein Verschulden zur Last fallen müsse. VII. Civilsenat Nr. 1/05. Urteil vom 6. Oktober 1905.

B. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht.

§§ 41, 42 StGB. setzt Antragstellung der Staatsanwaltschaft voraus. Die gerügte Nichtanwendung der §§ 41 und 42 StGB. ist, obwohl der Inhalt der Abbildungen nach den Urteilsgründen sich als strafbar darstellt, nicht zu beanstanden. Denn es ist, wie das Sitzungsprotokoll ergibt, seitens der Staats-

anwaltschaft lediglich Verurteilung der Angeklagten zur Geldstrafe eventuell Gefängnis beantragt worden. Es war aber zunächst Sache der Staatsanwaltschaft, sich darüber schlüssig zu machen, ob die Voraussetzung des objektiven Strafverfahrens, daß nämlich der Verfolgung oder die Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar sei, vorliege. An einer Erklärung in dieser Richtung mit entsprechendem Antrage hat es aber gefehlt und es war deshalb nach den in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 32 S. 53, Bd. 8 S. 242, Bd. 16 S. 119 (oben) niedergelegten Ausführungen nicht zulässig, die Unbrauchbarmachung auszusprechen, was nunmehr einem besonderen Verfahren vorbehalten bleiben muß. Das von der Revision angeführte Urteil Bd. 28 S. 123 der Entscheidungen des Reichsgerichts steht dem nicht entgegen, da es sich mit der speziellen Frage des Erfordernisses eines vorgängigen Antrages der Staatsanwaltschaft — welcher in dem dort entschiedenen Falle vorlag — nicht beschäftigt. III. Strafsenat D. 876/05. Urteil vom 29. Januar 1906.

§ 266 Z. 2 StGB. Angestellte und Bevollmächtigte. Gebrauch fremder Sache und Verfügung.

Die Strafkammer folgert die Bevollmächtigten-Eigenschaft des Angeklagten daraus, daß er von D. angestellt war, um die von D. übernommenen Tiefbohrungen auszuführen, daß ihm zu diesem Zwecke von D. das diesem gehörige Bohrmaterial überwiesen war, er die Bohrungen zu leiten und zu beaufsichtigen, die erforderlichen Anordnungen zu treffen hatte. Auf Grund dieser Feststellungen konnte der Angeklagte als „Bevollmächtigter" nicht erachtet werden; sie reichen hin, den Angeklagten als Angestellten des D. anzusehen, nicht aber als dessen Bevollmächtigten. Bevollmächtigter war er nur, sofern ihm vom Vollmachtgeber eine rechtsgeschäftliche Verfügungsmacht übertragen war; daß dies geschehen war, lassen die Feststellungen des Urteils, soweit sie zur Begründung der Annahme, der Angeklagte sei Bevollmächtigter gewesen, verwendet sind, nicht erkennen. Das Urteil sagt allerdings an anderer Stelle, der Angeklagte habe die für die Bohrung nötigen Arbeiter anzustellen und mit dem ihm von D. übersandten Gelde zu entlohnen gehabt. Von diesem von der Strafkammer nicht gewürdigten Gesichtspunkt aus konnte unter Umständen der Angeklagte als Bevollmächtigter des D. erachtet, es konnte angenommen werden, daß in dieser Richtung mit dem Dienstvertrag ein Vollmachtsverhältnis verbunden war und der Angeklagte würde, wenn er sich z B. bei Anstellung oder Entlohnung der Arbeiter einer Untreuehandlung schuldig gemacht hätte, gegebenen Falles nach § 266 Abs. 1 Nr. 2 strafbar sein können. Diese Bevollmächtigten-Eigenschaft konnte jedoch im vorliegenden Falle nicht in Frage kommen. Die den Auftraggeber benachteiligenden Verfügungen brauchen zwar nicht notwendig zu den vom Bevollmächtigten kraft des erteilten Auftrages vorzunehmenden Geschäften zu gehören; aber sie dürfen andererseits nicht außerhalb jedes Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrage stehen, sie müssen eine Verletzung der dem Bevollmächtigten als solchem obliegenden Pflichten enthalten (Entsch. des RGer. in Straff. Bd. 32 S. 26, 30; Bd. 36 S. 133).

An einem solchen Zusammenhange zwischen der Bevollmächtigten-Eigenschaft des Angeklagten, die sich nur auf Anstellung und Entlohnung der Arbeiter bezog, und den Untreuehandlungen — Benutzung der Bohrwerkzeuge, Verwendung von Holz und Eisen des D. zur Errichtung eines Bohrturmes, Verschenken von Holz und Röhren — fehlt es im vorliegenden Falle vollständig und es kann deshalb von einer dem Angeklagten zur Last fallenden Untreue überall keine Rede sein.

Hiernach bedarf es eines Eingehens auf die Frage, ob in der Benutzung der Bohrwerkzeuge und in der Verwendung von Holz und Eisen zum Bau des Bohrturmes eine „Verfügung" im Sinne des § 266 Abs. 1 Ziffer 2 des StGB. lag, gar nicht mehr. In der bloßen Benutzung der Bohrwerkzeuge würde übrigens eine solche Verfügung wohl gefunden werden können. Unter Verfügung über ein Vermögensstück im Sinne des § 266 wird eine Maßregel verstanden, die in irgend einer Weise eine Veränderung in dem Verhältnisse des Vollmachtgebers zu dem betreffenden Vermögensstücke herbeiführt (Entsch. des RGer. in Straff. Bd 11 S. 412).

Dies kann auch beim bloßen vorübergehenden Gebrauche eines Vermögensstückes des Vollmachtgebers der Fall sein, insbesondere dann, wenn, wie hier festgestellt, durch den Gebrauch eine erhebliche Verminderung des Wertes der Sache eingetreten ist. III. Strafsenat D 1223/05. Urteil vom 1. Februar 1906.

Oeffentliche Urkunden — Haftscheine der Notare. § 267 StGB.[1]) Die verlesenen „Haftscheine" enthielten die Bestätigung, daß „das unterfertigte Notariat" den angegebenen Betrag von dem nach Namen und Wohnort bezeichneten Darlehensgeber zur Wegfertigung von Hypotheken erhalten habe. Es war in ihnen die Haftung des „Notariats" dafür übernommen, daß das „Darlehen" samt Zinsen bis zu einem bestimmten Termine aus dem bewilligten Bankkapitale zur Rückzahlung gelange, und mit einer einzigen Ausnahme war in ihnen zum Schlusse bestätigt, daß der Angeklagte zum Geldempfange und zur Regelung der Sache ermächtigt sei. Die Haftscheine waren unter Angabe des Ausstellungsortes datiert und wiesen unter der Behördenbezeichnung „Kgl. Notariat X." die Unterschrift des Notars und das Amtssiegel auf.

Die Revision meint, daß diese Haftscheine nicht als Privaturkunden, sondern als öffentliche Urkunden zu erachten seien. Sie geht damit fehl.

Oeffentliche Urkunden sind solche, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb ihrer amtlichen Befugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form errichtet sind. Die Aufnahme von Darlehen liegt, wie sich aus den Bestimmungen des Bayerischen Notariatsgesetzes vom 9. Juni 1899, insbesondere dessen Art. 1 mit 4, klar ergibt, außerhalb des Kreises der Geschäfte, welche den Notaren in ihrer Eigenschaft als Vertreter der vom Gesetze in Art. 6 ausdrücklich als staatliche Behörden bezeichneten Notariate obliegen; namentlich gehören zu diesen Geschäften auch nicht solche, welche Anlaß zu einer amtlichen Darlehensaufnahme geben könnten oder dürften. Es kann deshalb auch von einer Befugnis der Notare, in ihrer amtlichen Eigenschaft Darlehen aufzunehmen und dadurch nicht sowohl sich selbst, als vielmehr die Staatskasse gegenüber dem Darlehensgeber zu verpflichten, nicht gesprochen werden. Die Revision sucht die Darlehensaufnahmen als Amtsgeschäfte im Sinne des Art. 4 Not.-Ges. hinzustellen, wonach der Notar verpflichtet ist, „Gelder, Wertpapiere oder Kostbarkeiten, die aus Anlaß eines Amtsgeschäftes von den Beteiligten übergeben werden, zur Aufbewahrung für die Beteiligten oder zur Ablieferung an Dritte oder an eine Behörde zu übernehmen". Daß aber die Uebernahme von Geldern, welche von den bei einem Amtsgeschäfte Beteiligten aus Anlaß des Geschäftes übergeben werden, einer Darlehensaufnahme im Sinne der Haftscheine nicht gleichgestellt werden

1) Vgl. auch § 415 CPO.; § 29 GBO.; Art. 126 Bayer. Not.-Ges.

kann, sondern davon gänzlich verschieden ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Unrichtig ist auch die Meinung der Revision, daß die Haftscheine als öffentliche Urkunden zu erachten seien, weil ihre Fassung den Anschein erwecke, als ob der unterzeichnete Notar nicht als Privatperson, sondern in amtlicher Eigenschaft habe handeln wollen. Dieser Anschein kann die aus den Urkunden ersichtliche Tatsache nicht beseitigen, daß die Urkunden im Falle ihrer Echtheit vom Notar außerhalb seiner Amtsbefugnisse errichtet worden wären. Reichsgericht, I. Strafsenat. Urteil vom 28. April 1906.

§ 302 StGB. Mittäterschaft bei Wucher. Aus den Gründen: Nicht einwandsfrei erscheint die Annahme der Mittäterschaft auf seiten des Beschwerdeführers M. Der Vorderrichter stellt nach dieser Richtung fest, daß der Angeklagte M., weil er selbst als Aussteller der am folgenden Tage fällig werdenden beiden Wechsel an deren rechtzeitiger Einlösung das größte Interesse gehabt, versucht habe, in Bekanntenkreisen das erforderliche Geld aufzutreiben, daß er mit W., dem Mitangeklagten, wegen Zustandekommens des Geschäfts das Erforderliche verabredet und sich als Anteil an dem Gewinn 35 Mk. habe versprechen lassen. Weiter ist festgestellt, daß, während W. dem Bewucherten die 300 Mk. behändigte und beide Angeklagte diesem eröffneten, die Sache koste 100 Mk. und 10 Mk. Provision, M. ein Wechselformular über 410 Mk. ausgefüllt und dieses selbst als Aussteller unterschrieben hat, um dem W. erhöhte Sicherheit zu geben, während der Bewucherte den Wechsel mit seinem Akzept versehen habe. Diese Beweistatsachen lassen die Annahme einer „Mittäterschaft" im Sinne des § 47 des Strafgesetzbuchs nicht ausreichend begründet erscheinen, die Ausführungen geben vielmehr dem Verdachte Raum, daß der Vorderrichter die Begriffe „Mittäterschaft" und „Beihilfe" für gleichartig erachtet, beziehungsweise miteinander verwechselt hat.

Allerdings kann das Vergehen des Wuchers auch mit fremdem Gelde verübt werden; entscheidend für diese Frage ist, wie das Landgericht selbst nicht zu verkennen scheint, ob der Täter dabei lediglich als Vermittler zwischen dem Kapitalisten und dem Kreditsuchenden aufgetreten, somit lediglich der Willenseinigung dieser beiden Kontrahenden gegen eine hierfür bezogene Vergütung herbeigeführt oder ob er den Wucher als eigene Tat gewollt hat (Entsch. des RGer. in Straff. Bd. 35 S. 113, Bd. 36 S. 226 ff).

Ob letzteres der Fall gewesen, darüber hat es die Strafkammer an einem bei der gegebenen Sachlage gebotenen bestimmten und unzweideutigen Ausspruche fehlen lassen, Mangels eines solchen reichen aber die Feststellungen für die Annahme der Mittäterschaft im strafrechtlichen Sinne nicht aus. Hierzu genügt nicht der Nachweis, daß M. sich bei den Verhandlungen beteiligt oder daß er den Aeußerungen des bewucherten R. zuhörte und wenn R. glaubte, M. sei sein alleiniger Gläubiger, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß dieser Glaube ein irriger und mit der wirklichen Willensrichtung des W. und des M. in Widerspruch stehender war.

Dem M. gegenüber erschien aus diesem Grunde die Aufhebung des angefochtenen Urteils geboten und mußte bei der erstrichterlichen Annahme eines in Mittäterschaft verübten Wuchers gemäß § 397 StPO. das Urteil auch soweit W. in Frage kommt, somit in vollem Umfange der Aufhebung unterliegen. III. Strafsenat D. 1224/05. Urteil vom 1. Februar 1906.

§ 239 ff. StPO. Befragung eines Zeugen wegen Vorstrafen. Ausweislich des Sitzungsprotokolles hat der Verteidiger des M. den Antrag gestellt,

den Zeugen D. zu befragen, ob er schon vorbestraft sei, diesen Antrag nicht näher begründet, dann die Fragen verneint, ob er Anhaltspunkte dafür habe, daß die Vorstrafen des Zeugen von Einfluß auf seine Glaubwürdigkeit sein könnten und ob ihm bekannt sei, daß Zeuge überhaupt bestraft sei. Der hierauf ergangene ablehnende Beschluß ist nicht zu beanstanden.

§ 239 Abs. 2 der StPO. räumt dem Verteidiger das Recht ein, die Stellung geeigneter Fragen an die Zeugen zu verlangen. Nach § 240 Abs. 2 a. a. O. darf aber der Vorsitzende ungeeignete oder nicht zur Sache gehörige Fragen zurückweisen. Im Zweifelfalle hat nach § 241 a. a. O. das Gericht über die Zulässigkeit einer Frage zu entscheiden. Der Zeuge ist zu vernehmen nach Maßgabe der §§ 67, 68 a. a. O. Im § 67 sind die allgemeinen Fragen, auf welche sich die Angaben der Zeugen zu erstrecken haben, geschieden, Satz 1 enthält die von jedem Zeugen zu beantwortenden, Satz 2 solche, welche nur erforderlichenfalls an den Zeugen zu richten sind über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen. Hiezu gehören die Fragen nach den Vorstrafen des Zeugen, die entweder unmittelbar an den Zeugen selbst gestellt oder durch Befragung eines anderen Zeugen festgestellt werden können.

Das Gesetz hat also klar ausgedrückt, daß die Vorlegung von Fragen über Umstände, welche die Glaubwürdigkeit eines Zeugen betreffen, insbesondere auch über die von diesem etwa erlittenen kriminellen Strafen, dem Ermessen des Gerichts überlassen ist.

Das Vordergericht hat die vom Verteidiger zur Begründung seines Antrags vorgebrachten Tatsachen auf Grund der ganzen Sachlage erwogen, es stand in seinem Ermessen, die Frage nach den Vorstrafen unter diesen Umständen namentlich bei Verneinung des Einflusses auf die Glaubwürdigkeit als ungeeignet und nicht zur Sache gehörig zurückzuweisen, eine Gesetzesverletzung ist nicht erkennbar. III. Strafsenat D. 41/06. Urteil vom 5. Februar 1906.

§ 250 StPO. Antrag auf wiederholte Vernehmung eines kommissarisch vernommenen Zeugen.

Ein prozessuales Recht auf nochmalige Vernehmung des Zeugen B. über die gleichen Tatsachen, über welche er bereits kommissarisch vernommen worden war, stand dem Beschwerdeführer, da die kommissarische Vernehmung des B. in der Hauptverhandlung verlesen wurde, nicht zur Seite. Der von diesem Zeugen bei der vorgenommenen Prüfung der Geschäftsbücher des Beschwerdeführers konstatierte Fehlbetrag ließ sich auch nach den erstrichterlichen Beweisannahmen nicht auf eine strafbare Handlung desselben zurückführen. Die dem Beschwerdeführer zur Last liegende Untreue fällt vielmehr in eine spätere Zeit und der Beschwerdeführer kann selbst nicht behaupten, daß der Zeuge B. in Bezug hierauf etwas Sachdienliches zu seinen Gunsten auszusagen in der Lage gewesen sei. Eines Gerichtsbeschlusses bedurfte es nicht zur Ablehnung des nur eventuell gestellten Antrages auf wiederholte persönliche Vernehmung des Zeugen B. und die Erwägungen, aus welchen dieser Antrag in der Urteilsbegründung abgelehnt wurde, lassen sich nicht beanstanden. III. Strafsenat D. 944/05. Urteil vom 18. Januar 1906.

§ 472 StPO., § 140 StGB. Die Erklärung der Kontrollbehörde liefert gesetzlichen Beweis.

In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist wiederholt ausgesprochen, daß der § 475 StPO. eine gesetzliche Beweisregel aufstellt, sodaß durch die

im § 472 StPO. vorgesehene Erklärung der Kontrollbehörde der Tatbestand des § 140 StGB. bewiesen wird, wenn nicht die Verhandlung Umstände ergibt, die der Erklärung entgegenstehen, also sie entkräften oder ihre Richtigkeit widerlegen. Es ist auch anerkannt, daß die Frage, ob ein Umstand der im § 472 bezeichneten Erklärung entgegensteht und ihren Inhalt zu widerlegen oder zu erschüttern geeignet ist, der freien Würdigung des Gerichts unterliegt und daß das Revisionsgericht nach strafprozessualen Grundsätzen (§§ 260, 376 StPO.) nicht zu der Prüfung berechtigt ist, ob die Tatsachen, aus welchen das erste Gericht diese Annahme abgeleitet hat, an sich einen solchen Schluß rechtfertigen.

Das Reichsgericht hat aber andererseits darauf hingewiesen, daß die unter dem Ausdruck „Umstände" zu verstehenden Tatsachen in den Urteilsgründen ausdrücklich festgestellt werden müssen und daß die Aufstellung von Möglichkeiten, welche, wenn wahr, der Erklärung aus § 472 StPO. entgegenstehen würden, nicht genügt, weil in dem besonderen Verfahren gegen Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben, die Erklärung der Kontrollbehörde einen gesetzlichen Beweis liefert, der widerlegt werden muß (Entsch. des RGer. in Strafs. Bd. 2 S. 351, Bd. 10 S. 152, Bd. 20 S. 200, Bd. 36 S. 242).

Diesen letztgedachten Grundsatz hat das Instanzgericht unbeachtet gelassen und dadurch den § 475 StPO. sowie den § 140 Abs. 1 Ziff. 1 StGB. verletzt.

Die Beweisaufnahme hat sich ausweislich des Sitzungsprotokolls auf die Verlesung der Erklärung der Kontrollbehörde und der von dieser Behörde angestellten Ermittelungen beschränkt. Auf Grund derselben ist in dem Urteil festgestellt worden, daß der am 29. Juni 1881 geborene Angeklagte im Jahre 1893 mit seinen Eltern von Z. nach Amerika ausgewandert und seit dieser Zeit nach dem genannten Orte nicht wieder zurückgekehrt sei, daß auch keine Nachrichten von ihm eingegangen seien, sodaß sein jetziger Aufenthalt und Verbleib unbekannt sei. Irgend eine weitere tatsächliche Feststellung ist in dem Urteil nicht enthalten.

Die Strafkammer hat nun erwogen, daß die deutsche Reichsangehörigkeit allgemein durch einen zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalt im Auslande verloren gehe und daß speziell für die nach den Vereinigten Staaten von Amerika auswandernden Deutschen dieser Verlust bereits in fünf Jahren eintreten könne, falls sie naturalisierte Staatsangehörige der Vereinigten Staaten geworden sind und fünf Jahre ununterbrochen dort zugebracht haben (§§ 13, 21 des Bundesgesetzes über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 und Art. 1 und 2 des Vertrages zwischen dem Norddeutschen Bunde und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 22. Februar 1868). Im Anschluß an diese Erwägung heißt es in der Urteilsbegründung weiter: „Danach würde der Vater des Angeklagten, falls er sich nicht in die Matrikel des Konsulats hat eintragen lassen, was dem Gericht nicht bekannt ist, schon im Jahre 1898 seine Staatsangehörigkeit verloren haben. Da sich dieser Verlust der Staatsangehörigkeit auch auf diejenigen Kinder erstreckt, deren gesetzliche Vertretung dem Ausgetretenen kraft elterlicher Gewalt zusteht, soweit sich wenigstens diese Kinder bei dem Ausgetretenen befinden, so würde zu derselben Zeit auch der Angeklagte seine Staatsangehörigkeit verloren haben."

Der Revision ist unbedenklich zuzugeben, daß das Landgericht hier lediglich die Möglichkeit aufstellt, daß der Angeklagte im Frühjahr 1893 nicht allein das deutsche Bundesgebiet verlassen hat, sondern auch in das Gebiet der Vereinigten Staaten von Amerika eingewandert ist, daß er naturalisierter An-

gehöriger jener Staaten geworden ist und durch fünfjährigen ununterbrochenen Aufenthalt dort die deutsche Staatsangehörigkeit verloren hat. Daß diese Möglichkeit den Tatsachen entspricht, ist nicht festgestellt worden. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Annahme des Urteils, es seien Umstände vorhanden, die der Erklärung der Kontrollbehörde entgegenständen, der nach dem Gesetze erforderlichen Begründung entbehrt und daß nach den bisher festgestellten Tatsachen lediglich die Verurteilung des Angeklagten gemäß § 475 Abs. 1 StPO., aber nicht seine Freisprechung zu erfolgen hatte. III. Strafsenat D. 1110/05. Urteil vom 29. Januar 1906.

§ 14 des Gesetzes vom 14. Juni 1897 betr. den Verkehr mit Butter ꝛc. Umfaßt § 14 Abs. 3 auch den Zusatz von Sesamöl?

Die Bestrafung wegen des unterlassenen Zusatzes von Sesamöl läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

§ 14 Nr. 3 des Gesetzes umfaßt auch den fehlenden Zusatz von Sesamöl. Er bedroht ganz allgemein den mit Strafe, der Margarine ꝛc. ohne den nach § 6 erforderlichen Zusatz vorsätzlich herstellt. Welcher Art der erforderliche Zusatz ist, bestimmt nicht nur § 6 Abs. 1, sondern gleichzeitig § 6 Abs. 2 m. a. W., strafbar ist der, der es unterläßt, den in § 6 Abs. 1 im allgemeinen bezeichneten, nach § 6 Abs. 2 vom Bundesrate näher zu bestimmenden Zusatz der Ware zu geben. Hiermit sind die vom Bundesrat auf Grund des § 6 Abs. 2 erlassenen Bestimmungen vom 4. Juli 1897 von selbst unter Strafe gestellt und es bedurfte einer Delegation des Strafbestimmungsrechts an den Bundesrat nicht. Aus § 18 des Gesetzes ist nichts für die gegenteilige Anschauung zu entnehmen. Wenn dort nur die vom Bundesrat in Gemäßheit der §§ 11 und 12 Ziffer 1 ergehenden Bestimmungen unter Strafe gestellt, die nach § 6 Abs. 2 zu erlassenden aber nicht erwähnt sind, so findet dies seine Erklärung darin, daß es sich in § 11, 12 Ziff. 1 um selbständige, von dem hierzu ermächtigten Bundesrate nach seinem Ermessen zu erlassende Bestimmungen handelt, deren Uebertretung, wenn sie nicht besonders unter Strafe gestellt wäre, straflos bliebe, während die nach § 6 Abs. 2 notwendig zu erlassenden Bestimmungen nur einen integrierenden Bestandteil des § 6 bilden, ihre wissentliche Uebertretung daher unter § 14, die nicht vorsätzliche als „Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften dieses Gesetzes" unter § 18 fällt. III. Strafsenat D. 1092/05. Urteil vom 15. Januar 1906.

Minderwertiges und verdorbenes Fleisch im Sinne des Fleischbeschau- und des Nahrungsmittelgesetzes.

Die Annahme, daß § 29 des Fleischbeschaugesetzes die Bestimmungen des Nahrungsmittelgesetzes nicht berühre und daß sogenannt minderwertiges — zum Genusse für Menschen taugliches, jedoch in seinem Nahrungs- und Genußwert herabgesetztes — Fleisch im Sinne des Fleischbeschaugesetzes wohl als verdorbenes Fleisch im Sinne des Nahrungsmittelgesetzes betrachtet werden könne, begegnet keinem Bedenken ebensowenig wie die weitere, daß ein Irrtum der Angeklagten über den Begriff des „Verdorbenseins" auf strafrechtlichem Gebiete liegen würde. III. Strafsenat D. 944/05. Urteil vom 5. Februar 1906.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Civilrecht.

Wenn im Zwangsenteignungsverfahren Grundstücke abgetreten und andere dafür eingetauscht werden, so kann die Einigung der Beteiligten hierüber rechtswirksam zu Protokoll der Distriktsverwaltungsbehörde erklärt und die Eigentumsübertragung auf Grund dieses Protokolls nach Antrag der Beteiligten in das Hypothekenbuch eingetragen werden.

Aus Anlaß der Verhandlungen über die Zwangsenteignung der zur Herstellung einer Lokalbahn erforderlichen Grundstücke, kam zwischen dem abtretungsberechtigten Eisenbahnärar und der abtretungspflichtigen Stadtgemeinde Nürnberg am 13. Juni 1905 vor einer Kommission des Stadtmagistrats Nürnberg als Distriktsverwaltungsbehörde ein Vergleich zustande, nach dem die Stadtgemeinde Nürnberg eine Anzahl von Grundstücken und Teilflächen von solchen in den Steuergemeinden Sch. und H. an das Eisenbahnärar und dieses eine Anzahl von Grundstücken in den Steuergemeinden T., W., Sch. und H. an die Stadtgemeinde Nürnberg tauschweise abtrat. Beide Teile beantragten die Umschreibung der Grundstücke und Grundstücksteile, die in dem Vergleiche einzeln bezeichnet sind, in den öffentlichen Büchern.

Das Amtsgericht Nürnberg, Hypothekenamt, lehnte die Umschreibung ab, weil der Vergleich wegen des vereinbarten Austausches von Grundstücken nach Art. 14 des Not.-Ges. von 1861 der notariellen Form bedürfe [1]).

Die von der Generaldirektion der K. B. Eisenbahnen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte Nürnberg mit Beschluß vom 26. August 1905 zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht trat der Ansicht des Hypothekenamts bei, daß die Vorschrift des Art. 26 AG. z. CPO. und KO. auf den Fall nicht anwendbar sei, daß die für die abzutretenden Grundstücke zu leistende Entschädigung durch Uebertragung des Eigentums an Grundstücken gewährt wird.

Gegen diese Entscheidung hat die Generaldirektion die weitere Beschwerde eingelegt, die sie damit begründete, daß sie den Art. 26 AG. z. CPO. und KO. als verletzt bezeichnete.

Der Beschwerde ist stattzugeben.

Die in dem Gesetze vom 17. November 1837 (Ges. Bl. S. 109) enthaltenen Vorschriften über die Zwangsenteignung von Grundstücken sind durch den Art. 55 (in der neuen Fassung Art. 26) des AG. z. CPO. und KO. dahin ergänzt worden, daß „eine gütliche Einigung der Beteiligten über die zu leistende Entschädigung mit der Protokollierung durch die Distriktsverwaltungsbehörde rechtswirksam" wird, es also der im Art. 14 des Not.-Ges. von 1861 vorgeschriebenen notariellen Beurkundung nicht bedarf [2]). Wie sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (Verh. der K. d. Abg. 1878/79, Beil.-Bd. 6 S. 74 ff.) ergibt, sollte die zur Durchführung des Zwangsenteignungsverfahrens berufene Distriktsverwaltungsbehörde auch die Befugnis zur Beurkundung der Einigung über die Abtretung und die dafür zu leistende Entschädigung erhalten, um den Verzögerungen und sonstigen Unzukömmlichkeiten vorzubeugen, welche in solchen Fällen durch die Notwendigkeit der Errichtung von Notariatsurkunden entstehen können, man hoffte auf diesem Wege die Herbeiführung einer Einigung unter den Beteiligten zu erleichtern und die Erledigung der Angelegenheit zu vereinfachen und zu beschleunigen.

---

1) Vgl. § 313 und 873 BGB.

2) Anm.: Die Vorschrift hat auch für die Zeit nach Einführung des Grundbuchs noch Geltung. Art. 109 und 142 Einf.-Ges. zum BGB.

Wenn auch bei den Gesetzgebungsverhandlungen nur von einer in Gemäßheit des Gesetzes vom 17. November 1837 in Geld zu leistenden Entschädigung gesprochen wurde, so ist dies doch nicht in dem Sinne geschehen, daß die Zuständigkeit der Distriktsverwaltungsbehörde auf die Fälle beschränkt werden sollte, in welchen die Beteiligten sich über die Zahlung einer Geldsumme einigen. Der Gesetzgeber hatte keinen triftigen Grund, auf die Vorteile, die er sich von ihr versprach, zu verzichten und an dem Erfordernisse der notariellen Beurkundung trotz der damit verbundenen Unzukömmlichkeiten festzuhalten, wenn die Beteiligten die Abtretung im Wege des Grundstückstausches vollziehen wollen. Der Wortlaut des Gesetzes bietet einer einschränkenden Auslegung keine Stütze, er spricht ganz allgemein von einer Einigung über die für die Abtretung zu leistende Entschädigung und eine solche kann auch den Inhalt haben, daß die abzutretenden Grundstücke gegen andere Grundstücke vertauscht werden.

Hiernach ist die Umschreibung der den Gegenstand des Vergleiches vom 13. Juni 1905 bildenden Grundstücke mit Unrecht abgelehnt worden. I. Civ.-S. Reg. III 58/1905; Beschluß vom 22. September 1905.

Recht des Stadtmagistrats München auf Einsichtnahme des Grundbuchs hinsichtlich ungelöschter Ewiggelder.

Gegen den in Bd. 70 dieser Blätter S. 550 fg. mitgeteilten Beschluß des Landgerichts München I vom 14. Juli 1905 wurde weitere Beschwerde eingelegt, aber vom Obersten Landesgerichte zurückgewiesen. In den Gründen ist u. a. bemerkt:

Das Recht, dessen Ausübung durch die Einsicht des Grundbuchs ermöglicht werden soll, besteht jedenfalls jetzt nicht mehr.

Das Gewohnheitsrecht, auf das der Magistrat sich beruft, hatte nach den Darlegungen der oben genannten Schriftsteller nicht den Inhalt, daß die Stadtgemeinde ein Recht an den verwaisten Ewiggeldern erwarb, sondern es enthielt nur den Rechtssatz, daß solche Ewiggelder zur Verstärkung des Vermögens örtlicher Stiftungen dienen sollen und die Bestimmung der Stiftung, der das Ewiggeld im einzelnen Falle zufallen soll, dem Magistrate zustehe. Von einem Anspruche des Magistrats im privatrechtlichen Sinne, von einem Rechte, von dem unbekannten Berechtigten oder von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Einwilligung in die Verfügung zu verlangen, kann nicht die Rede sein; der Magistrat leitete sein Verfügungsrecht unmittelbar aus dem Rechtssatz ab, der es ihm einräumte. Daß der Berechtigte sich nicht mehr ermitteln ließ, wurde seit der Einführung des Hypothekengesetzes, wie die bei Tinsch a. a. O. S. 52 aus den magistratischen Akten angeführten Beschlüsse des Magistrats und des vormaligen Stadtgerichts München entnehmen lassen, in einem Aufgebotsverfahren festgestellt, auf das die Vorschriften des § 82 des Hypothekengesetzes entsprechend angewendet wurden (vgl. auch Roth-Becher, Bayer. Civilrecht, 2. Aufl., Bd. 2 Abt. 1 S. 182). Aus einer Sachlage, die den Antrag auf Erlassung des Aufgebots zu begründen vermochte, ergab sich nur die rechtliche Möglichkeit, daß es zu der Feststellung der Unbekanntheit des Berechtigten und infolgedessen zur Ausübung der dem Magistrat in diesem Falle zustehenden Verfügungsbefugnis kommen werde. Wäre das Aufgebotsverfahren, wie der Magistrat geltend macht, nicht erforderlich gewesen, so würde die Unbekanntheit des Berechtigten allein gleichfalls nur die Möglichkeit geboten haben, von dem die Verfügungsbefugnis gewährenden Rechtssatze Gebrauch zu machen, die Eintragung im alten Grundbuche wurde nicht schon dadurch unrichtig, daß der Berechtigte unbekannt geworden war. Diese Möglichkeit ist

mit der nach Art. 47 des Gesetzes vom 9. Juni 1899, Uebergangsvorschriften zum BGB. betr., am 1. Mai 1905 eingetretenen Umwandlung der Ewiggelder in Rentenschulden (§§ 1199 mit 1203 BGB.) hinweggefallen. Für die Rentenschulden gelten ausschließlich die Vorschriften des BGB., der gewohnheitsrechtliche Rechtssatz, der die Zuwendung an eine örtliche Stiftung ermöglichte, ist im Art. 47 Ue.-G. nicht vorbehalten worden, eine Rentenschuld, deren Gläubiger unbekannt ist, wird nach Maßgabe des § 1170 BGB., wenn der Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen ist, von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks erworben, gleichviel ob die Voraussetzungen für den Antrag auf Erlassung des Aufgebots erst seit dem 1. Mai 1905 eingetreten sind oder schon vor diesem Tage vorhanden waren. I. Civ.-S. Reg. III 51/1905; Beschluß vom 9. September 1905.

Eine unter der Herrschaft des Bayer. Hypothekengesetzes von 1822 vereinbarte Hypothek kann seit Geltung der einschlägigen Vorschriften des BGB. als Buchhypothek in das Grundbuch nur eingetragen werden, wenn die Hypothekbestellungsurkunde durch eine Erklärung über die Art der Hypothek ergänzt wird.

Nach § 21 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 wird die Hypothek durch die Eintragung in das Hypothekenbuch erworben. Das unter seiner Geltung vereinbarte, aber in das Hypothekenbuch noch nicht eingetragene Pfandrecht ist daher als Hypothek des früheren Rechts nicht entstanden und kann, da jetzt für den Bezirk, in welchem das Grundstück liegt, das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nur als Hypothek nach den Vorschriften des BGB. entstehen.

Nach § 1116 BGB. wird über die Hypothek ein Brief erteilt, wenn nicht die Beteiligten sich über dessen Ausschließung einigen.

Im vorliegenden Falle haben sich die Beteiligten darauf beschränkt, in der Notariatsurkunde die Eintragung einer Hypothek zu vereinbaren, und haben eine Ausschließung des Briefs nicht erwähnt. An die Erteilung eines Briefs, der dem damals geltenden Rechte fremd war, haben sie nicht gedacht, vielmehr angenommen, daß die vereinbarte Belastung des Grundstücks nach den Vorschriften des älteren Rechts als Hypothek ohne Brief begründet werde. Allein diese Vorschriften sind dadurch, daß die Beteiligten sie als Ergänzung ihrer Willenserklärung ansahen und durch sie den gewollten rechtlichen Erfolg zu erreichen erwarteten, nicht zu rechtgeschäftlichen Bestimmungen, zu Bestandteilen des geschlossenen Vertrags geworden.

An ihre Stelle sind als ergänzendes Recht nunmehr die Vorschriften des BGB. getreten, welche die Ausschließung des Briefs von einer besonderen Einigung abhängig machen.

Eine solche Einigung ist weder in der notariellen Kaufurkunde, noch sonst in einer der Formen des § 29 GBO. erklärt. Die vereinbarte Hypothek würde daher als Briefhypothek einzutragen sein, wenn nicht die Beteiligten in der Beschwerde und weiteren Beschwerde ihre Eintragung als Hypothek, für welche die Erteilung des Briefs ausgeschlossen ist, ausdrücklich beantragt hätten. Der beantragten Eintragung steht aber der Mangel eines Nachweises der erforderlichen Eintragungsbewilligung als Hindernis entgegen (§ 29 GBO). Die vom Grundbuchamte nach § 18 GBO. erlassene Verfügung steht daher mit den gesetzlichen Vorschriften in Uebereinstimmung. I. Civil.-S. Reg. III 46/1905; Beschluß vom 26. August 1905.

III. Literatur.

1) Deutsche Verlagsanstalt in Stuttgart.

Rechtsprechung 1905 zum BGB., EG. z. BGB., CPO., KO., GBO., FGG., ZwVG. und dem gesamten Handelsrecht, nach der Reihe der Gesetzesparagraphen bearbeitet von Dr. H. Th. Sörgel. 6. Jahrgang. 1906. Preis 6 Mk.

Das zur Orientierung über den Stand der Rechtsprechung zu den einzelnen Vorschriften der in der Ueberschrift angegebenen Gesetze und Rechtsmaterien sehr wertvolle und sorgfältig durchgearbeitete Buch hat sich in der Praxis so eingebürgert, daß es einer besonderen Hervorhebung seiner Vorzüge nicht bedarf. Der neue — 6. — Jahrgang hat eine Bereicherung dadurch erfahren, daß er den einzelnen Rechtssätzen entsprechende Schlagwörter voranstellt, die Rechtssätze in teilweise etwas ausführlicherer Form mitteilt und sich auch auf die gesamte handelsrechtliche Judikatur vom Jahre 1904 an erstreckt. Auch bei den Rechtssätzen zu den übrigen Gesetzen sind einzelne Entscheidungen aus früherer Zeit, insbesondere dem Jahre 1904, nachgeholt. Durch all dies ist der Umfang des Jahrgangs gegen früher nicht unerheblich gewachsen. O.

2) J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München.

Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich von Karl Männer, Reichsgerichtsrat. 2. neubearbeitete Auflage des „Rechts der Grundstücke". Geb. 14 Mk.

In Ausdehnung der für die erste Auflage gestellten Aufgabe, in der Hauptsache das Immobiliarrecht des BGB. zu behandeln, bringt die zweite Auflage unter entsprechend geändertem Titel eine systematische Darstellung des ganzen Sachenrechts des BGB. In übersichtlicher Anordnung und leicht verständlicher Sprache behandelt der Verfasser wohl alle Fragen des Sachenrechts, wobei die Literatur und Rechtsprechung eingehend berücksichtigt ist, ohne aber den Verfasser zu hindern, seiner selbständigen Meinung Ausdruck zu geben. Die Knappheit der Darstellung, die jedoch ihrer Gründlichkeit keinen Eintrag tut und in den zahlreichen Verweisungen auf andere Autoren und die Rechtsprechung unmittelbar zu weiterer Forschung anregt, erscheint als ein besonderer Vorzug des den Bedürfnissen der Praxis dienenden Werkes. H.

3) Schletter'sche Buchhandlung (Frank & Weigert) in Breslau.

Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt und Erörterung ihrer Strafbarkeit. Von Dr. jur. Theodor Fabian. 1905.

In Heft 63 der von Beling herausgegebenen strafrechtlichen Abhandlungen unternimmt der Verfasser die Grenzlegung zwischen strafbarem Versuch und straflosem Putativdelikt. Er verwirft die Straflosigkeit jedes untauglichen Versuchs und geht darin so weit, daß er im Gegensatz sogar zum Reichsgericht für die Strafbarkeit des Totbetens u. s. w. eintritt. Versuch ist ihm der in der Außenwelt objektivierte Wille. Ein Putativdelikt liegt nach dieser Auffassung nur vor, wenn der objektive und subjektive Tatbestand einer konkreten Handlung keinem Strafgesetze zuwiderläuft, trotzdem der Handelnde dies vermeint. Dieser Erweiterung des Versuchsbegriffs kann nicht zugestimmt werden. Es fehlt an jeder Beweisführung, daß schon der bloße Vorsatz, durch eine bestimmte Tätigkeit ein vorgestelltes Delikt zu begehen, jedes objektiv nicht rechtswidrige Handeln zu einem rechtswidrigen zu gestalten vermöge. Ein Delikt ohne Rechtswidrigkeit des Handelns erscheint aber undenkbar. Folglich genügt der ein Handeln begleitende Vorsatz allein noch nicht, um daraus ein rechtswidriges Handeln zu machen. Die Fälle, in welchen jemand in Wahrheit rechtmäßig handelt, aber irgend einen wirklich existierenden gesetzlichen Deliktstatbestand zu verwirklichen glaubt, mögen die Gemeingefährlichkeit eines Individuums offenbaren; ein Versuch des Verbrechens sind sie nur da, wo nach dem gesetzlichen Tatbestand der hinzutretende Vorsatz das Handeln rechtswidrig werden läßt, z. B. beim Vorbringen an sich unverfänglicher Behauptungen in der Absicht, jemanden damit zu einer bestimmten strafbaren Handlung zu verleiten. K.

4) J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München.

Grundbuchordnung für das Deutsche Reich vom 24. März 1897 unter besonderer Berücksichtigung des Bayerischen Ausführungsgesetzes und der einschlägigen Vollzugsvorschriften erläutert von Georg Meikel, k.II.Staatsanwalt in München. 1906.

Die bisher erschienenen beiden ersten Lieferungen, enthaltend Erläuterungen zu §§ 1 mit 18 der Grundbuchordn., lassen Klarheit und Uebersichtlichkeit in der Anlage des Werkes erkennen. Die Verlagsbuchhandlung sichert in der Ankündigung baldige Fertigstellung zu, nach welcher Gelegenheit sein wird, auf das Werk zurückzukommen. H.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 14. 1. Juli 1906.

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: von Jacubezky, Zu §§ 2315, 2316 BGB.; Fuchs, Die Kosten der hypothekarischen Klage; du Chesne, Vormerkung und Zuschlag. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civil- und Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civil- und Strafsachen); Oberlandesgericht München (Civilsachen); Landgericht München I (Civilsachen). III. Literatur.

I. Abhandlungen.

Zu den §§ 2315, 2316 BGB.

Von Senatspräsident Dr. von Jacubezky in München.

In dem in Nr. 10 veröffentlichten Aufsatze stellt Langheineken das Postulat auf, ein Pflichtteilsberechtigter, der eine anrechnungs- und zugleich ausgleichungspflichtige Zuwendung empfangen hat, dürfe nicht einen größeren Pflichtteilsanspruch haben, als er haben würde, wenn die Zuwendung nur anrechnungspflichtig wäre, eine Berechnung, die ein gegenteiliges Ergebnis liefert, bezeichnet er als „Nonsens", damit glaubt er meine im Ergebnisse mit Planck-Ritgen und anderen Schriftstellern übereinstimmende Darstellung „ad absurdum" geführt zu haben. Das ist „kurz, nervose und deutlich"[1]) gesprochen, und wenn es sich nur um die Berechnung handelte, ließe sich nichts dagegen einwenden.

Bevor man an die Berechnung geht, muß aber erst die Rechtsfrage entschieden werden, ob der Zuwendende die Anrechnung (§ 2315) ganz unbeschränkt anordnen kann. Ist er in der Anordnung der Anrechnung einer Beschränkung unterworfen, so ist es sehr wohl möglich, daß der Pflichtteil des Empfängers einer ausgleichungspflichtigen Zuwendung durch die nur teilweise wirksame Anordnung der Anrechnung weniger gemindert wird, als wenn die Zuwendung nicht ausgleichungspflichtig, die Anordnung der Anrechnung aber vollwirksam wäre. Langheineken setzt die Bejahung der Frage als selbstverständlich voraus und kommt so zu dem Ergebnisse, daß der Pflichtteil des Empfängers sich bei dem Zusammentreffen mit dem Ehegatten des Erblassers nicht wie der der anderen Abkömmlinge durch die Berücksichtigung der Zuwendung bei der Ausgleichung (§ 2316 Abs. 1) erhöht, für den Empfänger der § 2316 nicht zur Anwendung kommt und bei ihm lediglich Anrechnung nach § 2315 statt-

1) Wie es im Jüngsten Reichsabschied von 1654 § 37 für die Einlassungsschrift angeordnet war.

findet. Die Zuwendung mit der Bestimmung der Anrechnung enthält hiernach eine Schmälerung des Pflichtteils, sie schließt die Zuwendung zum Nachteile des Empfängers von der Berücksichtigung nach § 2316 Abs. 1 aus. Es ist aber nicht selbstverständlich, daß dem Zuwendenden freisteht, den Pflichtteil des Empfängers in solcher Weise zu kürzen. Bei einer Zuwendung der im § 2050 Abs. 1 bezeichneten Art ist er nach § 2316 Abs. 3 dazu nicht berechtigt, er kann nicht hindern, daß die Ausstattung den Pflichtteil des Empfängers ebenso erhöht wie den der anderen Abkömmlinge, der Empfänger muß mit Einrechnung der auf den Pflichtteil treffenden Hälfte der Zuwendung ebensoviel haben, wie ein anderer Abkömmling, dessen gesetzlicher Erbteil der gleiche ist, als Pflichtteil erhält[2]). Infolgedessen bleibt für die angeordnete Anrechnung nur die andere Hälfte der Zuwendung übrig, die Anordnung der Anrechnung ist nach § 2316 Abs. 4 nur teilweise wirksam. Eine Zuwendung anderer Art kann dagegen der Zuwendende nicht nur bei den Pflichtteilen aller Abkömmlinge von der Berücksichtigung ausschließen, sondern es ist ihm auch nicht verwehrt, eine solche Bestimmung nur für die Pflichtteile einzelner Abkömmlinge, insbesondere für den des Empfängers, zu treffen. Auf den Pflichtteil des von dieser Bestimmung betroffenen Abkömmlinges ist der § 2316 überhaupt nicht anwendbar, der vollen Wirksamkeit der die Anrechnung nach § 2315 anordnenden Bestimmung steht kein Hindernis entgegen. Da diese Bestimmung den Zweck hat, durch Minderung der Pflichtteilslast die Verfügungsfreiheit des Zuwendenden zu erweitern, so wird in der mit einer ausgleichungspflichtigen aber nicht unter den § 2050 Abs. 1 fallenden Zuwendung verbundenen Anordnung der Anrechnung die Bestimmung zu finden sein, daß die Zuwendung bei dem Pflichtteile des Empfängers von der Berücksichtigung nach § 2316 Abs. 1 ausgeschlossen sein soll, es wird anzunehmen sein, daß der Zuwendende seine Verfügungsfreiheit in dem größtmöglichen Umfang erweitern will. Insoweit wird den Ausführungen Langheineken's beizustimmen und aus ihnen ein Gewinn zu ziehen sein, der vielleicht zur Klärung der weit auseinandergehenden Ansichten beiträgt.

Die Kosten der hypothekarischen Klage.

Ein Beitrag zur Lehre von der rechtlichen Natur der Hypothek.

Von Oberlandesgerichtsrat Fuchs in Cassel.

Nach § 93 CPO. fallen die Prozeßkosten dem Kläger zur Last, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat und den Anspruch sofort anerkennt. Es ist bestritten, ob diese Vorschrift auch auf den Fall Anwendung findet, daß gegen den lediglich dinglich, nicht daneben auch persönlich haftenden Eigentümer des belasteten Grundstückes die hypothekarische Klage erhoben ist und Beklagter im Prozesse den hypothekarischen Anspruch sofort anerkennt. Ist dagegen der Eigentümer des belasteten Grundstücks zugleich Schuldner der durch die Hypothek gesicherten persönlichen Forderung, so hat er durch sein Verhalten, nämlich dadurch, daß er es unterließ, die Forderung nach Fälligkeit zu tilgen, zur Erhebung der hypothekarischen Klage Veranlassung gegeben. Hätte er die Handlung, zu der

2) Der Empfänger kann freilich durch Erbverzichtsvertrag in eine Beschränkung seines Pflichtteilsrechts willigen, aber ein solcher Vertrag, der nach § 2348 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, steht hier nicht in Frage

er verpflichtet war, Zahlung der persönlichen Schuld, vorgenommen, so wäre für den Gläubiger keine Veranlassung zur Erhebung der hypothekarischen Klage gegeben gewesen. In dem Unterlassen der geschuldeten, fälligen Leistung liegt das zur Klage Veranlassung gebende Verhalten.

1. Wenn dem lediglich dinglich haftenden Eigentümer des belasteten Grundstücks ebenfalls eine Leistung an den Hypothekengläubiger obliegt, dann kann man auch von dem Eigentümer im Falle passiven Verhaltens sagen, daß er durch sein Verhalten Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben habe. Von einer weitverbreiteten Meinung wird nun angenommen, der Eigentümer des Pfandgrundstücks sei verpflichtet, die Pfandsumme dem Pfandgläubiger zu zahlen. Von Manchen wird diese Verpflichtung als eine Verpflichtung zur Zahlung aus dem Grundstücke, als eine durch den Wert oder Erlös des Grundstückes beschränkte Zahlungspflicht bezeichnet. Ueber die Vertreter dieser Meinung vgl. Crome, System § 460 Bd. 3 S. 644 Anm. 41.

Darüber, welche Pflicht die Hypothek dem Eigentümer des Pfandgrundstücks auferlegt, muß naturgemäß die gesetzliche Bestimmung Auskunft geben, welche den Begriff der Hypothek aufstellt. Danach ist die Hypothek die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (§ 1133 BGB.). Es ist also hier ein Zahlungspflichtiger nicht genannt, es ist auch nicht schlechthin von Zahlung, sondern von Zahlung aus dem Grundstück die Rede. Eine Zahlung aus dem Grundstück kann aber der Eigentümer nicht leisten; denn Zahlung aus dem Grundstück ist nur eine Zahlung aus dem im Wege der Zwangsvollstreckung erzielten Ertrag oder Erlös des Grundstücks (vgl. Denkschrift Heymann'sche Ausgabe S. 211). § 1147 BGB. spricht es ausdrücklich aus, daß die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Zahlungen, die der Eigentümer, gleichviel aus welchen Mitteln, auf die Hypothek freiwillig leistet, sind nicht Zahlungen aus dem Grundstück (vgl. Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 47 S. 270). Macht der Eigentümer das Grundstück oder die von der Hypothek ergriffenen Gegenstände zu Geld und befriedigt er mit diesem Geld den Gläubiger, so ist das keine Zahlung aus dem Grundstück, die Hypothek wird dadurch nicht verwirklicht, befriedigt, sondern es wird dadurch nur die persönliche Forderung des Hypothekengläubigers zu dem gezahlten Betrage getilgt (vgl. Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 56 S. 325, Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. 1 zu § 1181 Bem. II, 2, 2. Aufl. S. 795 unten). Die Zwangsvollstreckung selbst kann aber der Eigentümer, abgesehen von dem besonderen Ausnahmefall des § 175 Zwangsverst.-Ges., gar nicht herbeiführen. Wenn also das Gesetz dem Eigentümer wirklich eine Verpflichtung zur Zahlung aus dem Grundstücke auferlegte, so wäre das eine Verpflichtung, die er unmöglich erfüllen kann, an deren Erfüllung ihn das Gesetz selbst hindert, indem es die Befriedigung aus dem Grundstück nur im Wege der Zwangsvollstreckung zuläßt. In der Zwangsvollstreckung ist aber nicht der Eigentümer derjenige, der an den Gläubiger zahlt oder zu zahlen hat. Wenn der Zwangsversteigerungsrichter aus dem an ihn vom Ersteher eingezahlten Steigpreis an den Hypothekengläubiger zahlt, so handelt er nicht in Vertretung des Schuldners (Kretzschmar, Zwangsversteigerungsgesetz S. 55).

Andere behaupten, der Eigentümer sei zur Zahlung der Pfandsumme schlechthin, nicht etwa nur zur Zahlung aus dem Grundstück verpflichtet. Von einer solchen Verpflichtung des Eigentümers spricht § 1113 BGB. ebensowenig

— fast möchte man sagen: noch weniger — als von einer Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung aus dem Grundstück. Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 1113 ergibt sich eine Zahlungspflicht des Eigentümers nicht. § 1065 des Entw. I bezeichnete die Hypothek als die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen. Die Motive Bd. III S. 676 bemerkten hierzu ausdrücklich, es müsse von einer Zahlungspflicht des Eigentümers abgesehen werden. Sie sagen weiter, die Unterstellung einer Zahlungspflicht des Eigentümers würde die Hypothek in ein obligatorisches Rechtsverhältnis verwandeln. Das Verhältnis werde bald als Alternativobligation konstruiert, nach welcher der Eigentümer Zahlung zu leisten oder die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zuzulassen habe, bald als eine neben dem persönlichen Schuldverhältnisse herlaufenden Obligation, deren Eigentümlichkeit in der Beschränkung der Verbindlichkeit auf die Haftung mit dem Grundstücke bestehe. Nach beiden Auffassungen habe also der nicht zahlende Eigentümer nur zu gewärtigen, daß der Gläubiger den Weg der Zwangsvollstreckung in das Grundstück beschreite. Hieraus folgern die Motive, daß nicht ein obligatorisches Band beide verbinde, daß der Eigentümer nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt sei, den Gläubiger zu befriedigen, um dessen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke abzuwenden. Im gewöhnlichen Leben — das erkennen die Motive an — möge der Gläubiger allerdings auch den nicht persönlich haftenden Eigentümer als seinen Schuldner bezeichnen. Dies sei aber für den Gesetzgeber kein Grund, eine Korrealschuld des Eigentümers zu unterstellen, da sich hieran Folgen knüpfen würden, die mit der akzessorischen Natur der Hypothek nicht vereinbar wären. Der praktische Zweck, den die Konstruktion einer Schuld des Eigentümers als solchen haben soll, werde darin gefunden, daß sie es ermöglichen soll, die Geltendmachung einer Hypothek einerseits von einer Kündigung an den Eigentümer abhängig zu machen, andererseits auf dem schnelleren und weniger kostspieligen Wege des Mahnverfahrens und des Urkundenprozesses oder — bei vollstreckbaren Urkunden — des Vollstreckungsverfahrens zu gestatten. Diese Zwecke seien aber auch in anderer Weise zu erreichen. In der zweiten Kommission wurde nun zwar ausgeführt, es entspreche der natürlichen Auffassung, daß der Gläubiger kraft der Hypothek in der Person des Eigentümers einen Schuldner habe, der ihn seiner Zeit aus dem Grundstücke befriedigen müsse. Die juristische Rechtfertigung dieser Auffassung liege darin, daß die Hypothekbestellung eine Zahlungspflicht begründe, die gesetzlich dergestalt mit dem Grundstücke verbunden sei, daß sie jedem Eigentümer des Grundstücks, aber auch nur diesem, und zwar nur mit den Mitteln des Grundstücks obliege, die Zahlung somit nur aus dem Grundstück, nicht aus anderen Mitteln des Verpflichteten beigetrieben werden dürfe (Kommiss.-Prot. Bd. 2 S. 4359, Bd. 3 S. 539). Der Antrag auf die dieser Auffassung entsprechende Fassung des § 1113 wurde jedoch von der Kommission abgelehnt, allerdings mit der Bemerkung, daß der juristischen Konstruktion nicht vorgegriffen werden solle (Protokolle Bd. 2 S. 4424, 4444, 4719, Bd. 3 S. 572, 582, 712). Auch aus dem weiteren Inhalt der Materialien ergibt sich nichts für die Annahme einer Zahlungspflicht des Eigentümers. Crome, System des B. R. Bd. 3 § 460 S. 644 behauptet zwar, die Protokolle Bd. 3 S. 728 behandelten den Pfandschuldner und den persönlichen Schuldner als Korrealschuldner, sie sagen aber S. 728 nur, zwischen Hypothekenschuldner und persönlichem Schuldner bestehe bezüglich ihrer Ausgleichungsansprüche ein ähnliches Verhältnis wie zwischen Korrealschuldnern. Nach Bd. 3 S. 584 der

Protokolle ist zwar von einer Seite geltend gemacht worden, die Kommission habe sich der Auffassung, nach welcher die Hypothek unter dem Gesichtspunkt der Realobligation zu betrachten sei, wesentlich genähert, wie die Fassung des § 1062 (jetzt 1113) zeige. Daß aber die Kommission durch die Fassung des § 1113 eine Zahlungspflicht des Eigentümers nicht als ausgesprochen ansah, wurde schon vorher erwähnt. Bd. 3 S. 539 der Protokolle findet sich dann noch die Bemerkung, die Konstruktion der Hypothek als dingliches Forderungsrecht gewähre insofern gewisse praktische Vorteile, als bei dieser Auffassung die Wiederholung einzelner für das Forderungsrecht gegebener Bestimmungen, insbesondere der Vorschriften über Kündigung und Verzug entbehrlich werde. Nun sind aber gerade diese Bestimmungen im Gesetze für die Hypothek wiederholt, sie werden ausdrücklich als für die Hypothek anwendbar erklärt, so bezüglich der Kündigung in den §§ 1141, 1156, bezüglich der Mahnung im § 1160 Abs. 2, bezüglich des Verzugs im § 1146. Gerade diese letztere Vorschrift zeigt so recht ihre Natur als Ausnahmevorschrift. Wenn der Eigentümer wirklich Geld schuldete, so wäre diese Bestimmung nicht erforderlich, sie wäre ganz selbstverständlich gewesen. Gerade aus der Aufstellung der Bestimmung ergibt sich, daß das Gesetz nicht davon ausgeht, der Eigentümer schulde Geld. Auch die Fassung des § 1146 ist zu beachten. Von einem Verzug des Eigentümers wird nicht gesprochen, sondern nur davon, daß dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt. Wenn das Gesetz den Eigentümer als einen Schuldner ansähe, so wäre die Ausdrucksweise nicht erklärlich. Weiter spricht für die hier vertretene Auffassung der Umstand, daß § 1142 BGB. dem Eigentümer unter gewissen Voraussetzungen ein Recht zur Zahlung der Hypothekschuld beilegt. Wäre der Eigentümer Schuldner der sog. Hypothekschuld, dann könnte doch nur von seiner Pflicht zur Zahlung, nicht aber von einem Recht des Eigentümers zur Zahlung die Rede sein. Ferner aber lassen sich die §§ 688 Abs. 2, 592 Satz 2, 794 Ziff. 5 CPO. nur im Sinne der hier vertretenen Meinung verstehen. In allen diesen Bestimmungen ist gesagt: „Als Anspruch, welcher Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, gilt der Anspruch aus einer Hypothek." In dem Worte „gilt" tritt die Fiktion deutlich zu Tage. Hätte der Hypothekengläubiger in Wirklichkeit einen Anspruch auf Zahlung gegen den Eigentümer, dann könnte das Gesetz unmöglich von diesem Anspruch sagen, er gelte als Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme. Entscheidend ist aber die Bestimmung des § 1147 BGB. § 1113 ist nicht für sich allein zu betrachten. Hier wird nur der Inhalt der Belastung, in welcher die Hypothek besteht, angegeben; über den aus dieser Belastung sich ergebenden Anspruch s. § 1147 BGB.: Da aus § 1113 an sich noch nicht zu entnehmen ist, durch wen und auf welchem Wege die dort vorgesehene Zahlung zu leisten ist, so bedarf es in dieser Beziehung einer näheren Bestimmung, die § 1147 gibt. Danach ist der Anspruch auf Zahlung aus dem Grundstück lediglich auf Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung gerichtet. Damit ist gesagt, daß der unmittelbare Inhalt der dem Hypothekengläubiger durch das Hypothekenrecht gegebenen Rechtsmacht die Herbeiführung der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung ist. Der Gläubiger kann das Pfandrecht dem Eigentümer gegenüber nur ausüben durch den Antrag auf Zwangsvollstreckung. Die Zwangsvollstreckung hat hier eine andere Funktion als gewöhnlich, worauf bereits Staub bei Gruchot Bd. 27 S. 707 ff. und im Anschlusse an ihn Nissen in Jur. Wochenschr. 1902 S. 436 hingewiesen haben. Während die Zwangsvollstreckung sich regelmäßig gegen den Gegner richtet, der seine materiellrechtliche Verpflichtung zu einer Leistung, einem Handeln

oder Unterlassen, nicht erfüllen will, mithin ein Surrogat der materiellen Rechtspflicht ist, stellt sich die Zwangsvollstreckung bei der Hypothek als die Ausübung des Pfandrechts dar, sie ist die Geltendmachung der materiellrechtlichen Rechtsmacht, sie soll hier nicht zur Erzwingung der verweigerten Rechtspflicht dienen; die Zwangsvollstreckung bildet vielmehr den eigentlichen Inhalt des Pfandrechts. Daß die Zwangsvollstreckung hier eine andere Bedeutung hat als gewöhnlich, ergibt sich schon daraus, daß das Gesetz ausdrücklich ausgesprochen hat, die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück erfolge im Wege der Zwangsvollstreckung. Handelte es sich hier um die Erzwingung einer verweigerten Rechtspflicht, dann hätte das BGB. einen solchen Ausspruch ebensowenig getan, wie es etwa den Ausspruch getan hat, die Erzwingung der Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises, des Mieters zur Zahlung des Mietzinses u. s. w. erfolge im Wege der Zwangsvollstreckung. Denn in diesen Fällen handelt es sich um die dem Prozeßrecht unterliegende Frage der Erzwingung der Erfüllung materiellrechtlicher Verbindlichkeiten. Die Vorschrift des § 1147 BGB. zeigt, daß es sich hier um einen materiellrechtlichen Satz, um den Inhalt der Hypothek handelt.

Die Annahme einer Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung der Hypothekensumme an den Gläubiger erscheint mir auch unvereinbar mit der Tatsache, daß die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung des Hypothekengläubigers möglicherweise dahin führt, daß er nichts oder nur einen Teil der Hypothekensumme erhält. Fällt in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks kein Teil des Erlöses auf die Hypothek, dann kann der Gläubiger auf Grund der Hypothek nichts verlangen. Mit einer unbeschränkten Zahlungspflicht ist dies jedenfalls unvereinbar; denn bei einer solchen wäre zu einer Beschränkung der Befriedigung des Gläubigers auf den Erlös oder den Ertrag des belasteten Grundstücks kein Anlaß. Aber auch von einer auf den Erlös des Grundstücks beschränkten Zahlungspflicht tritt im Zwangsversteigerungsverfahren nicht das Geringste hervor; denn wird das Bargebot vom Ersteher nicht berichtigt, so hat nicht etwa der Eigentümer für dessen Berichtigung zu sorgen, das Weitere ist vielmehr zwischen den Gläubigern und dem Ersteher auszumachen. Hierauf hat bereits Nissen (Jur. Wochenschr. 1902 S. 436 ff.) zutreffend hingewiesen. Nimmt man eine unbeschränkte Zahlungspflicht des Eigentümers des belasteten Grundstücks an, dann ist diese Zahlungspflicht häufig viel weitergehend als der Anspruch des Hypothekengläubigers auf Befriedigung; denn letzterer ist beschränkt auf denjenigen Teil des Erlöses, der nach Maßgabe des Grundbuchs auf die Hypothek entfällt, dieser kann aber naturgemäß kleiner sein als der Betrag der Hypothek, die Hypothek kann sogar ganz ausfallen. Nimmt man aber eine beschränkte Zahlungspflicht des Eigentümers an, und zwar beschränkt auf den Betrag des Erlöses des Grundstücks, der nach Maßgabe des Grundbuchs auf die Hypothek entfällt, dann hat man es mit einer Zahlungspflicht zu tun, deren Umfang völlig unbestimmt ist, und solange ungewiß bleibt, als nicht im Wege der Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens sich herausgestellt hat, welcher Betrag des Erlöses auf die Hypothek entfällt. Mit einer solchen Zahlungspflicht von ganz unbestimmtem Umfange dürfte praktisch nichts anzufangen sein.

Wer annimmt, der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks sei verpflichtet, den Betrag der Hypothek an den Gläubiger zu zahlen, der muß m. E. dem Hypothekengläubiger auch das Recht zugestehen, mit seiner Forderung auf diese Zahlung gegen eine dem Eigentümer an ihn, den Hypothekengläubiger, zustehende Forderung aufzurechnen.

Alle diese Erwägungen sprechen gegen die Annahme einer Zahlungspflicht des Eigentümers. Auch wird durch Annahme einer solchen Zahlungspflicht das Wesen des Pfandrechts verkannt. Denn das Pfandrecht wird hierdurch aus einem dinglichen negativen Recht ein persönliches positives Recht, dessen einziger Unterschied von der Obligation in dem Gegenstand der Haftung besteht. Zutreffend hat Staub, um die Unrichtigkeit dieser Konstruktion darzutun, bei Gruchot Bd. 27 S. 707 ff. darauf hingewiesen, daß doch im Konkurse des Verpfänders der Gläubiger ein absolutes Recht auf Befriedigung aus der Pfandsache habe, während der persönliche Gläubiger, dem sein Schuldner unbegrenzt, also anscheinend viel intensiver hafte, in's Teil gehen müsse; dies erkläre sich nur daraus, daß der Pfandgläubiger kein persönliches Recht auf Zahlung, sondern nur das dingliche Recht, die Veräußerung des Pfandes zu verlangen, habe. Staub fragt a. a. O. ferner, wie es komme, daß der persönliche Schuldner seine Pflicht nicht einseitig auf Andere übertragen könne, während der Verpfänder dies einfach durch Veräußerung der Pfandsache tue, und bemerkt dazu, der juristische Grund könne nicht in dem verschiedenen Umfange der Verpflichtung liegen; denn es sei juristisch nicht erfindlich, warum man eine weniger umfangreiche Verpflichtung leichter solle übertragen können als eine Verpflichtung von größerem Umfange. Die Erklärung ist nach Staub in der verschiedenen Art der Verpflichtung zu suchen; persönliche Verpflichtungen können nicht auf Andere übertragen werden, weil sie an der Person haften, wohl aber dingliche Verpflichtungen, weil sie an der Sache haften.

Ob man nun auf dem Standpunkt steht, dem Hypothekenrecht des Gläubigers entspreche die Verpflichtung des Eigentümers, sich die Zwangsvollstreckung in das Grundstück — genauer: die Zahlung aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung — gefallen zu lassen (so Staub a. a. O., Unger, österreich. Priv.-R. Bd. 1 S. 517, Planck, BGB. Vorbem. 3 zum 8. Abschn. des 3. Buchs u. a.), oder ob man annimmt, es handle sich bei der hypothekarischen Klage lediglich um eine Feststellung der Vollstreckbarkeit der hypothekarischen Ansprüche des Klägers in das Grundstück (so Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 3 § 235), um ein auf das Pfandrecht basiertes rein prozeßrechtliches Institut (so Nissen, Jur. Wochenschr. 1902 S. 436 ff.), kann für die vorliegende Untersuchung dahin gestellt bleiben. Denn diese letzteren Meinungen stimmen jedenfalls darin überein, daß sie eine Zahlungspflicht des Eigentümers verneinen.

2. Nach § 93 CPO. ist im Falle sofortigen Anerkenntnisses des Anspruchs durch den Beklagten entscheidend, ob er dem Kläger durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat. Die Veranlassung zur Klage muß also vom Beklagten ausgegangen sein und sie muß ihren Grund in seinem Verhalten haben. Liegt dies vor, dann treffen den Beklagten die Kosten; liegt es nicht vor, so treffen den Kläger die Kosten. Durch sein Verhalten hat aber Beklagter zur Erhebung der Klage nur dann Veranlassung gegeben, wenn er der Verwirklichung des klägerischen Anspruchs hindernd in den Weg getreten ist oder wenn er es unterlassen hat, das ihm zur Verwirklichung des Anspruchs Obliegende zu tun. Wenn er in dieser Hinsicht nichts zu tun verpflichtet war, so kann man auch nicht sagen, daß er durch lediglich passives Verhalten zur Klageerhebung Veranlassung gegeben habe; denn es kann doch nur gemeint sein, daß er eine begründete Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hat. Wer einem Andern zu zahlen nicht verpflichtet ist, gibt diesem dadurch keine begründete Veranlassung zur Klageerhebung, daß er nicht zahlt. Auf diesem Standpunkt steht auch das Oberlandesgericht Marienwerder in dem Urteil vom

13. Juli 1900 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 1 S. 259). Anderer Meinung sind die Oberlandesgerichte Celle (Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S 318 und 319) Posen (Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 65) und das Kammergericht (Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 386). Die abweichende Meinung wird von einer Seite damit begründet, daß der Eigentümer entweder gemäß § 1142 BGB. zahlen oder dem Kläger mit dessen Zustimmung die in § 1149 bestimmten Rechte einräumen oder sich erbieten könne, dem Kläger eine vollstreckbare Urkunde auszustellen. Es ist richtig, daß der Eigentümer dies alles tun kann, aber entscheidend ist doch, ob er dazu verpflichtet ist. Und eine Verpflichtung zur Zahlung oder zur Einräumung der in § 1149 bestimmten Rechte wird dem Eigentümer nirgends auferlegt. Auch zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde ist er nicht verpflichtet. Das Oberlandesgericht Posen erkennt ausdrücklich eine Pflicht des Eigentümers an, auch seinerseits dazu mitzuwirken, daß der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel erhält, auf Grund dessen er Befriedigung aus dem Grundstücke herbeiführen kann. Auf demselben Standpunkt steht das Kammergericht. Aber daraus, daß der Pfandgläubiger ohne vollstreckbaren Titel nicht zur Befriedigung aus dem Grundstück gelangen kann, folgt doch nicht die Verpflichtung des Eigentümers, dem Gläubiger für einen vollstreckbaren Titel zu sorgen. Soll damit eine zivilrechtliche Verpflichtung des Eigentümers anerkannt werden? Von einer solchen sagt das Gesetz nichts. Nach ihm besteht nur ein Anspruch des Pfandgläubigers auf die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Zahlung aus dem Grundstück. Aus diesem Anspruch ergibt sich nicht ein Anspruch auf Herbeischaffung des die gesetzliche Grundlage dieser Zwangsvollstreckung bildenden Vollstreckungstitels. Beschaffen könnte ihn der Eigentümer nur durch Ausstellung und Aushändigung einer vollstreckbaren Urkunde. Wenn wirklich ein Anspruch darauf bestände, dann müßte man dem Hypothekengläubiger auch das Recht einräumen, auf Ausstellung und Aushändigung einer vollstreckbaren Urkunde zu klagen. Diese Konsequenz, die ich nirgends gezogen finde, scheint mir gegen die Annahme einer solchen Verpflichtung zu sprechen.

Von den Vertretern der gegenteiligen Meinung, z. B. Hellwig (Anspruch und Klagerecht S. 360, 361), wird zur Begründung ihrer Ansicht auch darauf verwiesen, daß der Pfandgläubiger ja eines Vollstreckungstitels bedarf. Dagegen ist folgendes zu erwidern: der Umstand, daß das Gesetz den Pfandgläubiger zur Erwirkung eines vollstreckbaren Titels nötigt, führt zu der Annahme, daß das Gesetz dem Pfandgläubiger die Veranlassung zur Erhebung der Pfandklage gibt. Wer dem Eigentümer die Verpflichtung auferlegt, dem Pfandgläubiger eine vollstreckbare Urkunde auszuhändigen oder an den Gläubiger zu zahlen, der verlangt vom Eigentümer, daß er dem Gläubiger die ihm durch das Gesetz gegebene Veranlassung zur Klage nehme. — Und eine dahingehende Verpflichtung des Eigentümers erkennt das Oberlandesgericht Celle (Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 319) in der Tat ausdrücklich an. § 93 sagt nun aber: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben", nicht aber „hat der Beklagte die für den Kläger gegebene Veranlassung zur Erhebung der Klage ihm nicht durch sein Verhalten genommen". Beides ist nicht identisch. Entscheidend ist nach § 93 nicht, ob der Kläger Veranlassung zur Erhebung der Klage hatte, sondern lediglich, ob sie ihm der Beklagte durch sein Verhalten gegeben hat. Auf die Lage des Beklagten, auf sein Verhalten, stellt es § 93 ab. Entscheidend ist, ob der Eigentümer diese Veranlassung schafft. Stände das Gesetz auf dem Standpunkt, lediglich der Umstand, daß Kläger einen vollstreckbaren Titel zwecks Befriedigung aus

dem Grundstück haben müsse, sei entscheidend, dann müßte es folgerichtig auch die Kosten der Zwangsversteigerung dem Schuldner auferlegen; denn dieser bedarf der Gläubiger ebensosehr, wie des vollstreckbaren Titels, der die Voraussetzung für die Zwangsversteigerung bildet.

In Betracht zu ziehen ist ferner, daß der Hypothekengläubiger ein Recht hat, dessen Realisierung von vornherein beschränkt, d. h. nicht in das gesamte Vermögen des Eigentümers möglich ist. Es wäre also gar nichts Auffälliges und keine Härte gegen den Gläubiger, wenn er mit der Befriedigung für die Kosten, deren er zur Ausübung seines Rechtes bedarf, auf das Grundstück beschränkt wäre, wenn er also nur den Ausspruch verlangen könnte, daß er wegen der Kosten der hypothekarischen Klage das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke habe. Dann stände die Kostenpflicht im Prozesse der Kostenliquidation in der Zwangsversteigerung gleich und wäre auf das Grundstück beschränkt. Dieser Standpunkt wird auch in der Tat von Kretzschmar (Einführung in das Grundbuchrecht) vertreten, auch für den Fall, daß Beklagter der Klage widersprochen hat. Für diesen letzteren Fall ist er allerdings mit Gestaltung der Kostenpflicht im Prozesse nicht vereinbar; es müssen vielmehr die Kostenvorschriften der Zivilprozeßordnung Anwendung finden, da es sich um einen Rechtsstreit handelt.

Ohne Annahme einer Zahlungspflicht kann man m. E. nicht dazu gelangen, im Falle des sofortigen Anerkenntnisses des Anspruchs durch den Beklagten diesem die Kosten aufzuerlegen. Das Kammergericht unternimmt es in seinem Urteil vom 26. Februar 1903 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 386) nachzuweisen, daß ganz abgesehen von der Frage der Konstruktion der Hypothek auch bei völlig passivem Verhalten des beklagten Eigentümers und sofortigem Anerkenntnisse des hypothekarischen Anspruchs doch den Beklagten die Kosten treffen müßten. Im Verlauf der Begründung (S. 387) operiert es aber ausdrücklich damit, daß der Gläubiger vom Grundstückseigentümer die aus dem Grundstück zu leistende Zahlung zu fordern habe, obwohl es kurz vorher gesagt hat, es sei ganz gleichgiltig, ob man annehme, der nicht persönlich haftende Grundstückseigentümer sei nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung und zu nichts weiterem verpflichtet oder ob man eine Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung aus dem Grundstück annehme.

Ich muß hier noch kurz auf die Ansicht von Oberneck eingehen. Oberneck (Reichsgrundbuchrecht 3., Aufl. S. 932) führt aus, die Duldungspflicht des Eigentümers bestehe nicht in einem lediglich passiven Verhalten, sondern in einer Unterwerfung des Grundstücks unter die Zwangsvollstreckung. Eine Duldung kann aber logischerweise nur in einem Geschehenlassen bestehen, nicht in einer Tätigkeit, wie es die Unterwerfung ist. Oberneck fährt fort, die Unterwerfung erfordere einen vollstreckbaren Titel und nötige den Gläubiger zur Anstellung der Hypothekenklage, wenn nicht der Eigentümer dem Gläubiger einen vollstreckbaren Titel zur Verfügung stelle. Sei dies nicht geschehen, so sei die Klage notwendig und durch den Eigentümer als solchen veranlaßt, weil die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung ohne die Bereitstellung des entsprechenden vollstreckbaren Titels unmöglich und ohne Mitwirkung des jeweiligen Eigentümers nicht erreichbar sei. Dieses hypothekarische Vollstreckungsrecht dürfe der Eigentümer nicht durch Versagung seiner Mitwirkung hemmen. Aber von einer Unterwerfungspflicht sagt das Gesetz nirgends etwas.

Die Zwangsvollstreckung ist der Weg, auf dem der Gläubiger sein Pfandrecht verwirklicht. Daraus, daß das Gesetz ihn auf diesen Weg verweist, folgt

aber doch nicht, daß dem Eigentümer auch die Verpflichtung auferlegt sein soll, bei der Zwangsvollstreckung dadurch tätig mitzuwirken, daß er dem Gläubiger einen vollstreckbaren Titel beschafft. Es bedarf keiner Bereitstellung des vollstreckbaren Titels, der Gläubiger kann ihn sich auch ohne aktive Mitwirkung des Schuldners beschaffen und man kann auch nicht davon sprechen, daß der Eigentümer durch Versagung der Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde das hypothekarische Vollstreckungsrecht des Gläubigers hemme.

Von den Vertretern der hier verteidigten Meinung stehen allerdings Nissen (Jur. Wochenschr. 1902 S. 436 ff.) und das Oberlandesgericht Marienwerder (Rechtspr. d. OLG. Bd. 1 S. 259 ff.) auf dem Standpunkt, daß der Eigentümer auf Ansuchen des Hypothekengläubigers zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde verpflichtet und daß also im Versagungsfalle die Klageerhebung durch den Eigentümer veranlaßt sei, beide jedoch ohne nähere Begründung.

Bezüglich der Frage der Verpflichtung des Eigentümers zur Erteilung einer vollstreckbaren Urkunde steht auf dem hier vertretenen Standpunkt Schink (das Recht Bd. 5 S. 171) unter Berufung darauf, daß der Gläubiger, weil sein Anspruch gegen den Eigentümer nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung gehe, von dem Eigentümer begrifflich eine tätige Mitwirkung bei der Zwangsvollstreckung nicht beanspruchen dürfe. Im Uebrigen nimmt er aber die Veranlassung zur Klage als mit der Fälligkeit der Forderung gegeben an.

Der hier vertretenen Ansicht sind, soweit ersichtlich, außer den bereits Genannten auch Petersen-Anger (CPO. Anm. 1 zu § 93) und Planck (BGB. Anm. 2d). Erstere sprechen sich darüber, ob sie die Verpflichtung des Eigentümers zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde annehmen, nicht aus. Planck dagegen steht ganz auf dem hier verteidigten Standpunkt. Er verneint auch mit Recht die Frage, ob der Beklagte auch in dem Falle in die Kosten zu verurteilen sei, daß er vor der Erhebung der Klage den später anerkannten Anspruch bestritten hat; denn auch in diesem Falle ist nicht das Bestreiten die Veranlassung der Klage, sondern der Umstand, daß der Kläger den erforderlichen vollstreckbaren Titel nur im Wege des Prozesses erlangen kann.

Der entgegengesetzten Meinung sind außer den bereits Genannten Staudinger-Kober, BGB. Bem. 3, 1 zu § 1147 S. 138, Biermann, Sachenrecht Anm. 4 zu § 1147, Skonietzky-Gelpke (CPO. Anm. 1 zu § 93), Fuchs (Grundbuchrecht S. 391 Anm. 6a zu § 1113), Predari (Grundbuchrecht S. 226), Fischer-Schäfer (ZwVG. S.393 Anm. 4 zu § 109), welche die Veranlassung zur Klageerhebung durch den Beklagten schon dann als gegeben ansehen, wenn Beklagter sich auf Aufforderung geweigert hat, dem Gläubiger den für diesen unentbehrlichen Vollstreckungstitel auf dessen Kosten außergerichtlich auf dem kürzesten Wege durch Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde zu beschaffen und das Oberlandesgericht Cassel in einem Urteil vom 22. Januar 1906.

3. Nicht im Widerspruch mit der hier vertretenen Auffassung steht es, wenn man für den Fall der Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen einer Schuld der Frau in deren eingebrachtes Gut entgegengesetzt entscheidet. Hier ist dem Gläubiger Veranlassung zur Erhebung der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Mann gegeben, wenn der Mann der Aufforderung des Gläubigers zur Beschaffung einer vollstreckbaren Urkunde nicht nachgekommen ist. Die Rechtslage ist aber hier auch eine wesentlich andere als im Falle der hypothekarischen Klage. Der Mann ist verpflichtet, der Frau die Mittel des eingebrachten Gutes zur Begleichung der Schuld rechtzeitig zur Verfügung zu stellen. Diese Pflicht besteht

allerdings nur gegenüber der Frau (Mot. Bd. 4 S. 259), worauf Gaupp-Stein (CPO. Bem. zu § 739), die entgegengesetzter Meinung sind, hinweisen. Allein dies ist nicht entscheidend, es besteht eine aktive Verpflichtung des Mannes. Denn sein Verwaltungsrecht steht der Vollstreckung des Urteils in das eingebrachte Gut hemmend entgegen, während im Falle der hypothekarischen Klage ein solches Hemmnis gegenüber der Zwangsvollstreckung nicht besteht. Der Mann ist daher verpflichtet, dieses Hemmnis zu beseitigen, das kann er wirksam nur durch Gewährung einer vollstreckbaren Urkunde, in der er sich der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut unterwirft. Im Falle der hypothekarischen Klage kann die Verwirklichung der Hypothek, weil der Anspruch nur auf Befriedigung aus dem Grundstück geht, nur durch Zwangsvollstreckung erfolgen; das Gesetz ist es also, welches die Veranlassung zur Klage gibt. Im Falle des Anspruchs auf Befriedigung aus dem eingebrachten Gut besteht ein Anspruch auf Befriedigung gegen den Schuldner (die Frau) schlechthin, der in das gesamte Vermögen der Frau vollstreckt werden kann, dem sich aber bezüglich des eingebrachten Gutes ein Hindernis in dem Verwaltungsrecht des Mannes, in dessen Besitz am eingebrachten Gut, entgegenstellt. Das Verwaltungsrecht, der Besitz ist es also, wodurch die Veranlassung zur Erhebung der Klage auf Duldung gegeben wird. Uebereinstimmend Oberlandesgericht Dresden (Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 295), Kammergericht (Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 295) Aronius (Gruchot Bd. 45 S. 264).

4. Daß der hier vertretene Standpunkt auch im Konkurse des Eigentümers derselbe bleibt, hat m. E. Nissen (Jur. Wochenschr. 1902 S. 436 ff.) zutreffend dargelegt. Der Konkursverwalter kann zwar nach § 126 KO. die Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung selbst beantragen. Da er aber dieses Recht nur, soweit es das Interesse des Konkursgläubiger erfordert, also nicht nach seinem Belieben ausüben darf, so kann die Unterlassung der Ausübung dieses Rechts auf Grund seines im Befriedigungsprozesse nicht zu kontrollierenden Ermessens nicht als ein Verhalten angesehen werden, das dem Hypothekengläubiger zur Erhebung der Klage Veranlassung gibt. Von einer analogen Anwendbarkeit der Vorschrift des § 11 Abs. 2 KO. — deren Anwendbarkeit läßt das Reichsgericht in dem Urteil vom 31. Januar 1901 (Jur. Wochenschr. 1901 S. 183) dahin gestellt — kann deshalb keine Rede sein, weil sie den Charakter einer Ausnahmevorschrift trägt (Jaeger, Konkursordnung Anm. 18 zu § 12).

5. Schließlich ist noch die Frage zu beantworten, ob im Falle der sofortigen Anerkennung des hypothekarischen Anspruchs die Kosten dem Kläger schlechthin aufzuerlegen sind oder mit der Beschränkung, daß er deren Ersatz aus dem verpfändeten Grundstück verlangen kann. Hier muß ich noch einmal auf den schon erwähnten Aufsatz von Schink (Recht Bd. 5 S. 171) zurückkommen. Schink bezeichnet es mit Recht als zweifellos, daß der Hypothekengläubiger, dem die Kosten auferlegt sind, diese trotz § 1118 BGB gegen die Kaufgeldermasse nicht liquidieren dürfe; denn es fehlt an einem vollstreckbaren Titel für diese Kosten. A. M. Fischer-Schäfer ZwVG. S. 393 Anm. 4 zu § 109. Es würde also der Gläubiger infolge einer Tatsache, deren Eintritt er gar nicht hindern kann, zu einem wesentlichen Teile seines Hypothekenrechts beraubt. Diese Erwägung führt Schink zu der Annahme, daß zur Hypothekenklage mit dem Moment der Fälligkeit Veranlassung gegeben sei gerade deshalb, weil der Hypothekengläubiger lediglich verlangen dürfe, daß der Eigentümer die Zwangsvollstreckung in das Grundstück dulde und weil sein Anspruch nicht dahin gehe, daß der Eigentümer zahle. M. E. führt die Erwägung zu einem

anderen Ergebnisse, das der Sachlage durchaus gerecht wird. Bei der Verurteilung des Klägers ist auszusprechen, daß der Kläger die ihm auferlegten Prozeßkosten aus dem Teil der Kaufgeldermasse, die auf seine Hypothek fällt, erstattet verlangen kann. Es bedarf dazu keines Antrags seitens der Parteien; über die Prozeßkosten ist auch ohne Antrag zu entscheiden. In dem Antrag des Klägers, dem Beklagten die Kosten der hypothekarischen Klage aufzuerlegen, ist aber auch der Antrag enthalten, im Falle der Verurteilung des Klägers in die Kosten die Vollstreckbarkeit dieser Kosten in das Grundstück auszusprechen. Dieser Antrag liegt schon in der Erhebung der hypothekarischen Klage; denn mit der Entstehung der Hypothek entsteht, wie Schink a. a. O. ausführt, schon kraft Gesetzes der Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück wegen der Kosten der diese Befriedigung bezweckenden Rechtsverfolgung, wenn auch als bedingter Anspruch. Er ist, wie Schink weiter sagt, dem Hypothekenrecht so sehr inhärent, daß ihm, weil aus dem Gesetze folgend, das Kammergericht mit Recht die Eintragungsfähigkeit abspricht (Rechtspr. d. OLG. Bd. 1 S. 201). Er ist also mit der Hypothekenklage erhoben.

Es ist auch kein Widerspruch, wenn dem Kläger bei dessen Verurteilung in die Kosten die Befugnis zugesprochen wird, diese Kosten gegenüber dem auf die Hypothek fallenden Teil der Kaufgeldermasse zu liquidieren. Denn der Rückgriff des Klägers richtet sich nicht gegen das ganze Vermögen des Beklagten, sondern nur gegen die Kaufgeldermasse des Grundstücks. Ohne einen solchen Ausspruch wird allerdings Kläger gegenüber der Kaufgeldermasse nicht liquidieren können. Anderer Meinung Nissen (Jur. Wochenschr. 1902 S. 336 ff.).

Bei dieser Konstruktion wird man einerseits dem Gesichtspunkt gerecht, daß das hypothekarische Recht auch bezüglich der Kosten der Rechtsverfolgung einen, allerdings wie bezüglich des Hauptgeldes, auf den Erlös des Grundstücks beschränkten Anspruch gibt, andererseits wird der Regelung der Kostenpflicht im Prozesse Rechnung getragen.

Vormerkung und Zuschlag.

Von Landrichter du Chesne in Leipzig.

„Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte .... kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig" (§ 883 Abs. 1 BGB.). „Verpflichtet sich der Eigentümer einem andern gegenüber, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden" (§ 1179 BGB.). Das Gesetz unterscheidet an den angeführten Stellen zwischen dem zu sichernden Anspruche und dem Sicherungsmittel, d. i. der Vormerkung, der zu sichernde Anspruch kann anerkanntermaßen nur ein schuldrechtlicher (obligatorischer) sein. Sein hauptsächlicher Entstehungsgrund ist der Vertrag (§ 1179: „Verpflichtet sich der Eigentümer einem andern gegenüber" u. s. w.). Aus dem Vertrage entsteht für den Anspruchsberechtigten das Recht, von dem dinglich berechtigten Schuldner eine Verfügung über sein dingliches Recht zu verlangen, sei es, daß es sich um einen als Substrat eines erst zu bestellenden dinglichen Rechts ins Auge gefaßten Wertsteil des Grundstücks, sei es, daß es sich um

ein bereits bestehendes dingliches Recht handelt. Die Arten dieser Verfügungen sind in §§ 883,1, 1179 aufgezählt. Der Anspruch kann, wie jeder schuldrechtliche Anspruch, auch künftig und bedingt sein. Im Falle des § 1179 insbesondere bedeutet der Anspruch das Recht, von dem Eigentümer als Gläubiger der Eigentümergrundschuld, sobald diese entstanden ist, ihre Löschung zu verlangen.

Für diesen rein schuldrechtlichen Anspruch kann nun eine Vormerkung eingetragen werden. Geschieht dies, so entsteht die Frage, ob sich damit im Wesen des gedachten Anspruchs etwas ändert. Das Gesetz gibt für die Bejahung der Frage keinen Anhalt. Es führt als Wirkungen der Vormerkung an, daß eine Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über den Inhalt des in Aussicht genommenen Rechts oder das bereis bestehende Recht getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, und dehnt dies auch auf Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung und durch den Konkursverwalter aus (§ 883,2 BGB.); weiter wird im § 888 bestimmt, daß der Anspruchsberechtigte von demjenigen Erwerber, der der Vormerkung zuwider ein Recht erworben hat, die Zustimmung zur Eintragung oder Löschung verlangen kann. Die Wirkung der Vormerkung ist demnach die, daß dem dinglich Berechtigten und seinen Gläubigern die rechtliche Möglichkeit entzogen wird, die Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs zu vereiteln; der Verpflichtete kann über das dingliche Recht nur noch durch Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs rechtswirksam verfügen. Damit ist aber der durch Erfüllung des schuldrechtlichen Anspruchs zu erzielende dingliche Rechtserfolg dem Anspruchsberechtigten noch um keinen Schritt näher gebracht, und dieser ist dadurch keines derjenigen Schritte überhoben, die auch sonst ein Forderungsberechtigter zur Herbeiführung der Erfüllung seines Anspruchs tun muß. Der Erfolg der Vormerkung ist vielmehr nur ein negativer in dem Sinne, daß alle dem Interesse des Anspruchsberechtigten zuwiderlaufenden Einwirkungen des Schuldners und Dritter ausgeschlossen werden. Eine Aenderung des schuldrechtlichen Anspruchs ist demnach — falls dies als Aenderung des Anspruchs angesehen werden kann — nur in der Verfügungsmacht des dinglich berechtigten Schuldners eingetreten, d. i. in dem Verhältnisse des Schuldners zu dem zu bestellenden, zu übertragenden oder aufzuhebenden Rechte. Der Erfolg der Vormerkung ist hierin ähnlich, wie wenn eine gekaufte bewegliche Sache für den Käufer arrestweise beschlagnahmt wird: auch hier muß gegebenen Falles noch der ganze Prozeß wegen Erfüllung des Kaufs durchgeführt werden, bevor es zur Uebertragung des Eigentums an der Kaufsache kommt.

Wird nun ein Grundstück, auf das eine Vormerkung eingetragen ist, von der Zwangsversteigerung betroffen, so wird hierdurch der aus dem vorgemerkten Anspruche verpflichtete Eigentümer nicht in die Unmöglichkeit versetzt, den Anspruch zu erfüllen. Denn die Zwangsversteigerung bedeutet eine der Vormerkung widersprechende Verfügung der Gläubiger eines Schuldners (§ 883 Abs. 2 BGB.) und ist demnach insoweit unwirksam, als sie das Recht des Vorgemerkten beeinträchtigen würde. Deshalb ist der Schuldner auch noch, nachdem er das Eigentum am Grundstücke verloren hat, in der Lage, insoweit über das Grundstück zu verfügen, als es zur Einräumung des vorgemerkten Rechts nötig ist, und der Ersteher ist gehalten, einer solchen Verfügung zuzustimmen (§ 888 BGB.). Daraus ergibt sich, daß der Vormerkungsberechtigte durch den Uebergang des Grundstückseigentums an den Ersteher seine Rechte nicht verliert und die Erfüllung seines Anspruchs nach wie vor herbeiführen kann (s. Predari 205, 206; OLG. Karlsruhe in OLG. 11, 120).

Es ist aber immerhin möglich, daß der Vorgemerkte ein Interesse daran hat, nicht seinen Anspruch auf Eintragung ꝛc. einstweilen noch zu behalten, sondern vielmehr Befriedigung des vorgemerkten Anspruchs aus dem Zwangsversteigerungserlöse zu erlangen. Es erhebt sich sonach die Frage, ob sich das vorgemerkte Recht etwa an diesem Erlöse fortsetzt (OLG. Dresden in Centralbl. f. freiw. Gerichtsbark. 4, 258; 5, 217).

Ist, wie wir oben gesehen haben, der vorgemerkte Anspruch ein rein schuldrechtlicher und hat er auch durch die Eintragung der Vormerkung keine Aenderung dieses seines Wesens erlitten, so muß zunächst die aufgeworfene Frage verneinend beantwortet werden. Denn der Gläubiger steht dem Versteigerungserlöse zunächst lediglich ebenso gegenüber, wie jeder andere schuldrechtlich Berechtigte, d. i. er muß, wenn er an der Verteilung des Erlöses teilnehmen will, sich ein hierzu geeignetes Recht erst verschaffen. Es bliebe demnach nur die Möglichkeit, daß sich das vorgemerkte Recht durch die Zwangsversteigerung selbst in einer Weise verwandelte, die es ihm ermöglichte, sich an dem Erlöse fortzusetzen. Im Zwangsversteigerungsgesetze finden sich keine Vorschriften, die so verstanden werden könnten. § 48 handelt lediglich vom geringsten Gebote und betrifft überdies nur Ansprüche auf Bestellung von Rechten (s. auch Kretzschmar, das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, S. 257). Es könnte daher ein solches Ergebnis nur aus dem materiellen Rechte abgeleitet werden. Eine Umwandlung des schuldrechtlichen Anspruchs auf Einräumung u. s. w. eines dinglichen Rechts dergestalt, daß er sich am Erlöse fortsetzte, der an die Stelle des verschwundenen Rechtes tritt, wäre nur so denkbar, daß sich der vorgemerkte schuldrechtliche Anspruch in ein dingliches Recht am Grundstück umwandelte. Vor dem Zuschlage geschieht etwas derartiges nicht, insbesondere nicht durch § 48 ZVG.; vielmehr bleibt bis zum Zuschlage die dingliche Rechtslage unverändert. Dafür aber, daß es durch den Zuschlag selbst geschähe, findet sich ebenfalls kein Anhalt. Und doch könnte eine derartige rechtliche Regelwidrigkeit, daß sich nämlich kraft Gesetzes ein bis dahin schuldrechtliches Rechtsverhältnis in ein dingliches verwandelte, nur auf Grund einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift annehmbar erscheinen. Bedingte Hypotheken, wie streitig auch sonst ihre rechtliche Natur sein mag, sind doch noch immer dingliche Rechte. Wie aber schuldrechtliche Ansprüche auf Verschaffung einer dinglichen Rechtslage plötzlich als dingliche Rechte wirken sollen ist schlechthin unerfindlich (s. noch Predari S. 211 Note 20).

Wir kommen daher zu dem Ergebnisse: Die Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs wird infolge des Zuschlags nicht unmöglich; es bedarf also eines Rechts auf den Erlös als Surrogat des vorgemerkten Anspruchs nicht. Ein solches Recht ist aber auch nicht gegeben, weil es voraussetzen würde, daß der vorgemerkte schuldrechtliche Anspruch sich in ein dingliches Recht verwandelt hätte. Um ein Recht auf den Erlös zu erlangen, bedarf es vielmehr der vorherigen Durchführung des vorgemerkten Anspruchs. Nur dem Zwecke, diese Durchführung zu sichern und dem Vorgemerkten damit die Möglichkeit zu geben, ein Recht auf den Erlös zu erlangen, dienen die Vorschriften der §§ 119, 120 ZVG.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Haftet, wer erfolglosen Widerspruch gegen eine Pfändung erhoben hat, für allen Schaden?

Der Beklagte W. H. hatte Widerspruch gegen die von der Firma Gebrüder D. im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkte Pfändung von 5 Pferden erhoben und die Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung von 1900 Mk. erwirkt. Der Widerspruch gegen die Pfändung blieb infolge Abweisung der Klage erfolglos. Die Firma D. wollte nur die Pferde versteigern lassen. Es stellte sich aber heraus, daß zwei derselben eingegangen waren. Die Firma Gebr. D. erhob nun auf Grund der Behauptung, daß die beiden eingegangenen Pferde, wenn der Beklagte es nicht verhindert hätte, wie die anderen 3 versteigert worden wären und der Erlös 1900 Mk. betragen haben würde, Klage gegen den Beklagten mit dem Antrage auf Verteilung des Beklagten, darein zu willigen, daß der hinterlegte Betrag an sie ausbezahlt werde. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, in der zweiten Instanz der Klageanspruch dem Grund nach für gerechtfertigt erachtet.

Auf die Revision des Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

In dem Urteil des Landgerichts ist davon ausgegangen, daß der Klageanspruch als Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 BGB. betrachtet werden müsse. Das Landgericht hat diesen Anspruch nicht für begründet erachtet, weil es jetzt, abweichend von seinem Urteil im Vorprozeß, die Ansicht gewonnen hat, daß Beklagter den Widerspruch gegen die Pfändung in dem guten Glauben an sein Eigentumrecht erhoben habe und weil es ferner angenommen hat, daß die beiden in Rede stehenden Pferde lediglich infolge eines Zufalls eingegangen seien. Das Landgericht hat mithin den Nachweis eines Verschuldens des Beklagten vermißt. In zweiter Linie hat es den Anspruch wegen eines mitwirkenden Verschuldens der Klägerin gemäß § 254 BGB. für unbegründet erachtet, da Klägerin die Pferde für Rechnung dessen, den es angeht, hätte versteigern lassen können.

Das Berufungsgericht hat dagegen den Anspruch der Klägerin für berechtigt gehalten und zwar ohne Rücksicht darauf, ob den Beklagten der Vorwurf eines Verschuldens trifft oder nicht. Es nimmt an, daß die von dem Beklagten bestellte Sicherheit neben den gepfändeten Pferden der Klägerin habe haften sollen, um der letzteren einen Ersatz zu bieten für den Fall, daß eines der Pfandstücke während des Verfahrens über die Widerspruchsklage untergehen oder an Wert verlieren sollte. Zu diesem Ergebnis ist das Berufungsgericht durch die Erwägung gelangt, daß der jetzige Beklagte, als er die Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirkte, von einem außerordentlichen Rechtsbehelf Gebrauch gemacht habe, deshalb aber für die Folgen einstehen müsse, ebenso wie derjenige, der eine einstweilige Verfügung oder einen Arrest erwirke, oder die Vollstreckung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils betreibe, gemäß §§ 945, 717 Abs. 2 CPO., schlechthin zum Ersatze des hieraus entstehenden Schadens verpflichtet sei. Eine Entscheidung über den Betrag des Anspruchs ist jedoch deshalb noch für erforderlich erachtet worden, weil Klägerin aus der von dem Beklagten gestellten Sicherheit nur denjenigen Betrag verlangen könne, den sie durch den Verkauf der beiden eingegangenen Pferde,

wenn die Zwangsvollstreckung nicht vorläufig eingestellt worden wäre, erzielt haben würde.

Diese Erwägungen müssen beanstandet werden. Durch das Gesetz betreffend Aenderungen der CPO. vom 17. Mai 1898 sind allerdings in Ansehung der Haftung für den Schaden aus verfrühter Zwangsvollstreckung und aus der Vollziehung vorsorglicher Maßregeln Bestimmungen getroffen worden, die von dem bisherigen Rechtszustand erheblich abweichen. Nach der überwiegenden, auch vom Reichsgericht früher stets befolgten Rechtsanschauung wurde im Fall der vorläufigen Vollstreckung eines später wieder aufgehobenen Urteils (vgl. Entsch. des RG. in Civils. Bd. 30 S. 418) ebenso im Fall der Vollziehung eines später für unberechtigt erklärten Arrestes (vgl. das. Bd. 26 S. 304) ein Anspruch auf Schadensersatz nur nach Maßgabe des einschlagenden Landesrechts anerkannt und demgemäß fast überall von dem Nachweis eines Verschuldens abhängig gemacht. Leitend hierfür war die Ansicht, daß der Gläubiger, der das Recht der Zwangsvollstreckung habe, durch die Ausübung desselben an sich kein Unrecht begehe, eine Auffassung, die noch von der ersten Kommission zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Motive Bd. 2 S. 848) geteilt wurde. Die Civilprozeßordnung in der zufolge des Gesetzes vom 17. Mai 1898 geänderten Fassung erklärt dagegen aus der Vollziehung des Schuldtitels in den Fällen der §§ 302 Abs. 4 (Vorabentscheidung gegenüber der Geltendmachung von Gegenforderungen), 600 Abs. 2 (Vorbehaltsurteil im Urkunden- und Wechselprozeß), 717 Abs. 2 (Erlaß eines vorläufig vollstreckbaren Urteils), 945 (Arrest und einstweilige Verfügung), den Gläubiger ohne jede Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden für haftbar. Das geschah, weil der bisherige Rechtszustand nicht für befriedigend angesehen, es vielmehr für billig erachtet wurde, daß der Gläubiger, wenn er von einer Befugnis außerhalb des gewöhnlichen Gangs des Verfahrens Gebrauch mache, die Gefahr zu tragen habe (vgl. die Begründung zu §§ 302, 717, Hahn, Motive zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 8 S. 102, 135). Hierin ist die Anschauung befolgt, daß jedermann von seinen Rechten nur insoweit Gebrauch machen darf, als es ohne den Schaden anderer geschieht; aber diese Anschauung hat Geltung nur insoweit, als sie in dem positiven Rechte zum Ausdruck gelangt ist und das ist für Fälle der vorliegenden Art nicht geschehen. Die Bestimmungen der §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 945 CPO. enthalten freilich insoweit, als sie die Verpflichtung zum Schadensersatz aussprechen, nicht eine prozessuale, sondern eine materiellrechtliche Vorschrift, allein einen Rechtssatz, der analog anzuwenden wäre, stellen sie nicht auf. Dagegen enthält die Civilprozeßordnung für eine Reihe verwandter Fälle Bestimmungen, die jenen Grundsatz nicht zur Geltung bringen: § 541 Abs. 2 (Urteil in zweiter Instanz unter Vorbehalt einstweilen zurückgewiesener Verteidigungsmittel), § 707 (Einstellung der Zwangsvollstreckung bei Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder Wiederaufnahme des Verfahrens), § 719 (desgl. bei Einspruch oder Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil), § 769 (desgl. bei der sog. Vollstreckungsgegenklage), § 771 (ebenso bei der sog. Widerspruchsklage). Letztere ist die hier maßgebende Bestimmung. In allen diesen Fällen ist nicht gesagt, daß derjenige, der von den ihm gebotenen Rechtsbehelfen Gebrauch macht, auf seine Gefahr handelt, so daß er für allen Schaden herzukommen hat. Die Beantwortung der Frage, ob und wie weit Beklagter für den hier in Rede stehenden Schaden zu haften hat, muß deshalb aus anderweitigen Bestimmungen entnommen werden. Solche finden sich in der Civilprozeßordnung nicht. Es enthält diese freilich in § 91 den Grund-

satz, daß die unterliegende Partei auch Maßgabe der dort gegebenen näheren Bestimmungen die Kosten ohne jede Rücksicht auf ein ihr zur Last fallendes Verschulden zu tragen hat und auch hierin ist ein Satz des materiellen Rechts enthalten. Allein eine Anwendung desselben auf den vorliegenden Fall kann nicht in Frage kommen. Ebensowenig ist eine Entscheidung aus dem Umstand zu entnehmen, daß Beklagter, um die Einstellung der seinerzeit von der Klägerin betriebenen Zwangsvollstreckung zu erwirken, Sicherheit geleistet hat. Die Frage, wofür eine bestellte Sicherheit haftet, kann nur nach den jeweils in Betracht kommenden Umständen entschieden werden. Wird eine Sicherheit geleistet, damit sie dem Gläubiger für eine diesem zustehende vollstreckbare Forderung als Pfand diene oder an die Stelle eines für eine vollstreckbare Forderung schon erlangten Pfandes trete, so haftet sie dem Gläubiger in demselben Umfange, wie ihm das wegen Leistung der Sicherheit nicht erlangte oder aufgegebene Pfand gehaftet haben würde (vgl. Entsch. des RGer. in Civils. Bd. 25 S. 373, Bd. 37 S. 430, Bd. 12 S. 394). Ein Verschulden dessen, der die Sicherheit bestellt, ist nicht erforderlich und kann überhaupt nicht in Betracht kommen. Anders verhält es sich dagegen, wenn die Sicherheit geleistet wird, um dem Gläubiger für den Fall, daß er gegen denjenigen, der die Sicherheit bestellt, Ansprüche erhalten sollte, Mittel zur Befriedigung zu bieten. Das trifft in dem vorliegenden Falle zu. Die für Klägerin gegen den Spediteur A. vollzogenen Vollstreckungsmaßregeln sind, als Beklagter die gepfändeten Pferde für sich in Anspruch nahm, nicht aufgehoben, es ist vielmehr nur deren Verkauf gehindert worden, Klägerin hat mithin ihr Pfandrecht behalten. Bei dieser Sachlage kann daraus, daß Beklagter zur Sicherheitsleistung angehalten wurde, nicht folgen, daß er schlechthin für allen Schaden einstehen muß, den ein Aufschub des Verkaufs mit sich führte, denn nach § 771 Abs. 3 in Verbindung mit § 769 Abs. 1 CPO. ist in dem Falle der sog. Widerspruchsklage die Einstellung der Zwangsvollstreckung auch ohne Sicherheitsleistung zulässig und hieraus ergibt sich, daß die Sicherheitsleistung in solchem Falle nicht Ansprüche schaffen, sondern nur dazu dienen soll, die Befriedigung der etwa aus der Einmischung des Dritten für den Gläubiger entstehenden Ansprüche zu gewährleisten. Ob solche Ansprüche entstehen, ist aus dem materiellen Rechte zu beurteilen; nach dessen Grundsätzen aber kann die Verfolgung eines die Veräußerung hindernden Rechts, das ein Dritter sich an dem Gegenstand einer Zwangsvollstreckung beilegt, an sich nicht als eine Handlung betrachtet werden, die zum Schadensersatz verpflichtet, vielmehr kann die Einmischung des Dritten seine Verbindlichkeit zum Schadensersatz nur nach sich ziehen, wenn sie eine unerlaubte Handlung ist, und das ist sie, wenn die Voraussetzungen des § 823 d. BGB. zutreffen. Die erhobene Klage ist daher nur begründet, wenn die vom Beklagten seinerzeit erwirkte Einstellung der Zwangsvollstreckung diesem zum Verschulden gereicht und hierauf muß von dem Berufungsgericht noch eingegangen werden. Denn es ist allerdings der Beklagte mit seiner Widerspruchsklage abgewiesen worden und die Richtigkeit dieser Entscheidung unterliegt jetzt einer Nachprüfung nicht. Allein hieraus folgt nicht, daß der Beklagte durch seine Einmischung eine unerlaubte Handlung begangen hat, vielmehr kommt in Frage, ob ihm die Erhebung der Klage zum Vorwurf gemacht, also mindestens auf Fahrlässigkeit (§ 276 d. BGB.) zurückgeführt werden muß.

Andrerseits wird das Berufungsgericht zu erwägen haben, ob Klägerin, wie das Landgericht angenommen hat, den Schaden durch Bewirken des Verkaufs der Pferde und Hinterlegung des Erlöses hätte abwenden können und

daher zufolge § 254 Abs. 2 BGB. keinen Ersatz beanspruchen darf. Da das Landgericht diese Frage nicht bloß aufgeworfen, sondern sogar bejaht hat, war auch für das Berufungsgericht Anlaß vorhanden, darauf einzugehen, denn daß sie in Betracht kommen kann, ist nicht abzulehnen. Die Entscheidung würde in diesem Punkte davon abhängen, ob die Herbeiführung eines Verkaufs der in Rede stehenden Pferde für Rechnung dessen, den es angeht, eine Maßregel ist, die von einem Geschäftsmann, wie die Inhaber der klagenden Firma sind, unter den damals obwaltenden Umständen mit Fug erwartet werden konnte. IV. Civilsenat Nr. 286/05. Urteil vom 12. Januar 1906.

Erfordernis der Bestimmtheit der Anfechtungserklärung (§ 143 BGB). Aus den Gründen: Am 12. April 1902 hatte der Beklagte dem Mitkläger H. G. neben anderm folgendes geschrieben: „Falls ich gewußt hätte, daß sich in dem Grundstücke Lehmwände vorfinden, hätte ich entweder das Grundstück überhaupt nicht gekauft, jedenfalls aber nicht für einen Preis von 28000 Mk. Ich ersuche Sie um Mitteilung, ob Sie damit einverstanden sind, daß der Kaufpreis von 28000 Mk. auf 24000 Mk. gemindert wird. In diesem Falle bin ich bereit, jederzeit die Auflassung gegen die Restzahlung von 8260 Mk entgegenzunehmen. Wenn Sie jedoch hiermit nicht einverstanden sind, würde ich natürlich vom Vertrage zurücktreten müssen und ersuche Sie binnen 3 Tagen um Ihre gefällige Erklärung." Dieses Schreiben hat der Berufungsrichter dahin gewürdigt, daß die Erklärung der Anfechtung in ihm nicht enthalten sei, weil, wenn auch eine bedingte Anfechtung in ihm gefunden werden könne, eine solche den §§ 121, 124 BGB. nicht genüge. Der Beklagte will außerdem das Kaufgeschäft mündlich dem G. gegenüber angefochten haben. Ueber diese Behauptung ist auf einen Eid erkannt. Von der Revision wird Verkennung des Inhalts des Schreibens vom 12. April 1902 gerügt, weil in ihm nicht eine eigentliche Bedingung gestellt, vielmehr im Zusammenhange mit der Anfechtung ein Vergleichsvorschlag gemacht sei, was zugelassen werden müsse. Dem § 133 BGB. gemäß ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Der Revision ist deshalb darin beizutreten, daß die Anfechtungserklärung keines anderen Inhalts bedarf als des erkennbaren Willens, das Geschäft, um das es sich handelt, nicht bestehen lassen zu wollen. Diesen Satz hat aber auch das Berufungsgericht nicht verkannt. Denn von ihm wird in dem Schreiben nur die Bestimmtheit der Anfechtungserklärung vermißt, die im Interesse einer klaren Entscheidung der Rechtslage durch § 143 BGB. gefordert ist. Und darin ist ihm beizutreten, daß die Anfechtung eine unzweideutige Erklärung erfordert, daß das abgeschlossene Geschäft z. B. wegen Irrtums oder Betrugs unwirksam sein solle (Jur. Wochenschr. 1903 Beilage 107). Eine solche unzweideutige und bestimmte Erklärung kann in einem Schreiben nicht gefunden werden, das die Entschließung des Anfechtenden von einer vorhergehenden Stellungnahme des Anfechtungsgegners abhängig macht. Die Berufung der Revisionsbegründung für ihre gegenteilige Meinung auf Staudingers Kommentar Bd. 1 S. 446 ist unrichtig; denn dort ist im Gegensatze zu der für die Kündigung vertretenen Ansicht bezüglich der Anfechtungserklärung bemerkt, daß sie ihrer Natur nach keine Bedingung vertrage. Noch weniger wie in dem Schreiben vom 12. April 1902 kann eine Anfechtungserklärung in der Aeußerung des Beklagten dem Mitkläger H. G. gegenüber gefunden werden: „Ich kann das Haus für einen so hohen Preis nicht behalten. Ich werde Sie verklagen." Der Berufungsrichter hat daher mit Recht die Vernehmung der

über diese Aeußerung benannten Zeugen abgelehnt. V. Civilsenat Nr. 176/05. Urteil vom 23. November 1905.

B. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht.

§ 49a StGB. Gleichgültig, ob der Aufgeforderte schon zur Tat entschlossen ist.

Nach den erstrichterlichen Feststellungen hat vor wenigen Jahren bei Gelegenheit eines Gesprächs die Angeklagte P. ohne jeden äußeren Anlaß der Mitangeklagten R. erklärt, sie möchte sich, wenn sie sich einmal schwanger fühle, nur an sie wenden, sie habe ein gutes Mittel gegen die Schwangerschaft. Als die Angeklagte R. später schwanger geworden, traf, wie der Vorderrichter weiter als erwiesen hinstellt, die P. wiederum mit der R. zusammen, äußerte zu ihr, sie sähe blaß aus und bemerkte auf die Erwiderung der R., sie sei schwanger, dann solle sie sich ein Mittel von ihr holen, das würde gewiß helfen. Auf dieses Anerbieten schrieb etwas später — im November 1904 — die R. der P. einen Brief, in dem sie um Zusendung des Tees bat, von dem sie früher gesprochen. Hierauf erhielt die R. Lebensbaum, gebrauchte aber nichts davon.

Auf Grund dieses Sachverhaltes ist gegen die Angeklagte R. das Hauptverfahren aus den §§ 49a, 49, 218 StGB. eröffnet worden, der Vorderrichter ist aber zu einer Freisprechung gelangt, in erster Linie deshalb, weil in dem brieflichen Ersuchen um Zusendung des Mittels eine Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens nach Lage der Sache aus rechtlichen Gründen nicht zu finden sei und eventuell, weil die konkreten Tatumstände ergäben, daß „Auffordernde" nicht die Angeklagte R., sondern die Angeklagte P. gewesen, daß erstere die Aufforderung der letzteren nur angenommen und, da die Aufforderung bloß mündlich erfolgt, eine Bestrafung ausgeschlossen sei.

Unbedenklich war der Beschwerdeführerin darin beizutreten, daß der erste Entscheidungsgrund rechtlich verfehlt ist.

Die Strafkammer, davon ausgehend, daß die Angeklagte P. der R. zweimal aus freien Stücken ein Abtreibungsmittel angeboten, folgert, daß die Angeklagte P. bereits entschlossen gewesen sei, ein Vergehen gegen § 218 StGB. zu begehen, als die R. an sie geschrieben, daß daher die P. von der R. nicht aufgefordert oder sonst irgendwie bestimmt oder verleitet worden sei, der Entschluß vielmehr vorher bereits selbständig in der P. gereift gewesen sei, während die R. durch ihr Schreiben auf diesen Entschluß nur zurückgegriffen habe und sich dabei wohl bewußt gewesen sei, daß ihr Schreiben in keiner Weise mehr bestimmend oder bestärkend wirken könne: infolgedessen habe auch der Brief eine „Aufforderung" im Sinne des § 49a StGB. nicht enthalten.

Diese Ansicht ist rechtsirrig; sie beruht auf einer Verkennung der rechtlichen Natur des selbständigen Delikts des § 49a StGB.

Die Aufforderung im Sinne dieser Norm erfordert nur, daß dieselbe eine ernstgemeinte gewesen ist, wird aber in keiner Weise dadurch berührt, ob der Aufgeforderte zum Teil zur Begehung der Tat, zu der er aufgefordert wird, bereits entschlossen gewesen ist oder nicht.

Wenn der erste Richter daher geglaubt hat, in dem Briefe der Angeklagten R. eine Aufforderung um deswillen nicht erblicken zu können, weil die P. bereits zur Begehung der Tat entschlossen gewesen, so hat er sich von einem Rechtsirrtum leiten lassen.

Trotzdem war dem Antrage auf Aufhebung des angefochtenen Urteils aber nicht zu entsprechen, da dieses durch den eventuellen Entscheidungsgrund getragen wird.

Nach diesem stellt der Vorderrichter auf Grund der konkreten Sachlage fest, daß die Aufforderung von der Angeklagten P. ausgegangen sei, die Angeklagte R. dieselbe nur angenommen habe.

Diese Feststellung ist an sich aber eine der Lage des gegebenen Falls entnommene wesentlich tatsächliche, die eine rechtsirrige Auffassung des Begriffs der „Aufnahme" oder „Annahme" in keiner Weise erkennen läßt, da es lediglich Sache tatsächlicher Auslegung ist, festzustellen, welche Bedeutung einer Aeußerung beizulegen ist und welchen Sinn der Erklärende mit ihr verbunden hat (Rechtspr. des RGer. Bd. 9 S. 743).

Diese Feststellung des ersten Richters bindet aber auch, da sie tatsächlicher Natur, das Revisionsgericht. III. Strafsenat D. 972/05. Urteil vom 19. Februar 1905.

§ 166 StGB. Subjektiver Tatbestand. Gründe: Der Tatbestand des Vergehens der Gotteslästerung im Sinne des § 166 StGB. erfordert in subjektiver Hinsicht „Vorsätzlichkeit", der Täter muß wissentlich und willentlich ein Aergernis gegeben haben. Daß der Vorderrichter nach dieser Richtung von rechtsirrigen Erwägungen ausgegangen wäre, ist aus dem angefochtenen Urteile nicht zu entnehmen; eines besonderen Ausspruches bedurfte es dieserhalb nicht, da das Urteil nicht erkennen läßt, daß von dem Angeklagten ein diesbezüglicher Einwand erhoben wäre.

Die Absicht, das, was Achtung und Verehrung fordere, verächtlich zu machen und herabzuziehen, wird vom Gesetz nicht verlangt, es genügt das Bewußtsein des Täters von diesem Charakter seiner Handlung. III. Strafsenat D. 1170/05. Urteil vom 19. März 1906.

§ 243 Ziff. 5 StGB. Beisichführen geeigneter Waffe genügt. Aus den Gründen: Wenn der Angeklagte ausführt, es komme entscheidend darauf an, ob er das Werkzeug, das er bei sich geführt — ein Stemmeisen —, als Waffe habe gebrauchen wollen, so ist seine Meinung insofern eine rechtsirrtümliche, als es für die Anwendbarkeit von Nr. 5 des § 243 StGB. genügt, wenn feststeht, daß der Täter bei Begehung der Tat ein Werkzeug bei sich geführt hat, welches an sich geeignet war, bei Verteidigung oder Angriff als Waffe verwendet zu werden. III. Strafsenat D. 145/06. Urteil vom 19. März 1906.

§ 246 StGB. Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherung. Die Verurteilung des Angeklagten wegen Unterschlagung findet in dem festgestellten Sachverhalt ihre zutreffende Grundlage; insbesondere läßt die Annahme, daß Wagen und Pferde nach dem 25. Januar 1902 für den Angeklagten fremde Sachen waren, keinen Rechtsirrtum erkennen. Der an diesem Tage zwischen ihm und B. abgeschlossene Vertrag ist, wie das Landgericht zutreffend ausführt, der äußeren Form nach ein Kaufvertrag unter Vorbehalt des Wiederkaufsrechts und unter Uebertragung des Mietsrechts an den verkauften Sachen auf den Verkäufer. Das Landgericht stellt ferner fest, und zwar auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung, nicht des im Civilprozesse erlassenen Urteils, daß der wahre und ernste Wille der Vertragsparteien dieser Form entsprach und auf den Verkauf der Sachen und die Eigentumsübertragung

gerichtet war. Diese dem Gebiete der Auslegung angehörige tatsächliche Feststellung ist mit der Revision nicht anfechtbar. Es kann daher keine Beachtung finden, wenn der Beschwerdeführer in dieser Instanz auf seine für widerlegt erachtete Behauptung zurückkommt, daß dem Vertrag eine zum Scheine in die Form des Kaufvertrages gekleidete Pfandbestellung zugrunde lag. Die Auffassung des Landgerichts widerspricht auch nicht der Annahme des Urteils, daß der Vertrag die Sicherung des Käufers wegen seiner Warenforderung an den Verkäufer bezweckt hat. Denn der Sicherungszweck kann auch durch das ernstlich gewollte Mittel der Eigentumsübertragung erreicht werden, und für die rechtliche Beurteilung eines Vertrages ist nicht der ihm zugrunde liegende wirtschaftliche Zweck, sondern der zum Ausdruck gelangte Wille der Parteien entscheidend. Daß aber durch den Vertrag, wie ihn das Landgericht auslegt, das Eigentum an Wagen und Pferden auf B. übergegangen sei, ist gleichfalls ohne Rechtsirrtum angenommen, da die nach § 929 BGB. erforderliche Einigung im Vertrage festgestellt und die Uebergabe gemäß §§ 930, 868 das. durch die Begründung des Mietsverhältnisses ersetzt worden ist. Ohne Grund vermißt ferner die Revision die genügende Feststellung des Bewußtseins des Angeklagten, daß dem Vertrage die Rechtswirkung eines Kaufvertrages beiwohne. Er hat zwar nach dem Urteil behauptet, von der Annahme ausgegangen zu sein, daß der Vertrag eine in die Form des Kaufvertrages zum Scheine gekleidete Pfandbestellung enthalte. Diese Behauptung ist aber für widerlegt erachtet und festgestellt, daß er sich des Eingriffs in fremdes Eigentum bewußt gewesen sei. Auch nach der subjektiven Seite hin gibt deshalb die Annahme der Unterschlagung zu Bedenken nicht Anlaß. Hiernach war die Revision zu verwerfen. III. Strafsenat D. 1048/05. Urteil vom 8. März 1906.

§§ 237 ff. StPO. Können Zeugen direkt Fragen an andere Zeugen stellen?

Die Leitung der Verhandlung, insbesondere die Aufnahme des Beweises durch Vernehmung der Zeugen hat gemäß § 237 Abs. 1 StPO. durch den Vorsitzenden zu erfolgen, vorbehaltlich der in den §§ 238, 239 enthaltenen Ausnahmebestimmungen, in denen nur den beisitzenden Richtern, dem Staatsanwalt, dem Angeklagten, dem Verteidiger und den Geschworenen ein Recht auf Stellung von Fragen an die erschienenen Zeugen zugestanden sind.

Eine ausdrückliche Vorschrift, kraft welcher der Vorsitzende befugt erscheinen könnte, einem Zeugen die Stellung von Fragen an einen mitanwesenden Zeugen zu gestatten, ist in der Strafprozeßordnung allerdings nicht enthalten, auf der anderen Seite existiert auch keine einen derartigen unmittelbaren mündlichen Verkehr zwischen zwei Zeugen verbietende Rechtsnorm.

Wenn nun auch die im § 237 a. a. O. dem Vorsitzenden übertragene Leitung der Hauptverhandlung demselben nicht das Recht einräumt, über die Grenzen des § 239 hinaus die ganze Beweisaufnahme oder einen Teil derselben auf einen anderen der Prozeßbeteiligten, auch nicht auf einen der beisitzenden Richter zu übertragen — Entsch. des RG. in StS. Bd. 9 S. 310 ff. —, so schließt dies nicht aus, es für zulässig zu erachten, daß der Vorsitzende, wenn er dies für die Aufklärung des Sachverhalts oder aus anderen damit in Verbindung stehenden Gründen für geboten oder zweckdienlich hält, die Stellung einzelner nach dieser Richtung ihm erheblich erscheinenden Fragen und deren Beantwortung durch direkte Aussprache zweier Zeugen untereinander, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, zu gestatten. Eine unzulässige Ueberschreitung der im § 237 StPO. ihm beigelegten Befugnis, beziehungsweise ein

Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 238, 239 StPO. kann hierin jedenfalls nicht erblickt werden. Für die Zulässigkeit derartiger wechselseitiger Befragung, beziehungsweise Aussprache von Zeugen untereinander spricht die den Fall der Gegenüberstellung von Zeugen zum Gegenstande habende Vorschrift des § 58 Abs. 2 StPO.

Wenn in dem hier vorliegenden Falle der als Zeuge erschienene und vernommene Rechtsanwalt K. in der Hauptverhandlung an einzelne der mitanwesenden Zeugen Fragen gestellt hat und letztere diese beantwortet haben, ohne daß seitens des Vorsitzenden hiergegen eingeschritten worden ist, so muß dies als mit stillschweigender Genehmigung des prozessual hieran nicht behinderten Vorsitzenden geschehen angesehen werden. III. Strafsenat D. 1158/05. Urteil vom 15. März 1906.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Wohnsitz eines unehelichen Kindes. Zwischenrecht. Der Wohnsitz eines vor dem Jahre 1900 geborenen unehelichen Kindes ist für die Zeit nach dem 1. Januar 1900 nach den Vorschriften des BGB. zu beurteilen. BGB. § 1705 und § 11 Einf.-Ges. z. BGB. Art. 208. II. Civ.-S. Reg. IV Nr. 24/1906; Beschluß vom 10. April 1906.

Guter Glaube auf Grund der Eintragungen in das Hypothekenbuch und in das Grundbuch. Erfordernisse desselben.

Das Hypothekengesetz macht den Schutz des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs, den es im § 25 demjenigen gewährt, der bei einem „im Vertrauen" auf das Hypothekenbuch erfolgten Erwerbe „nach den im Hypothekenbuche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt hat", nicht davon abhängig, daß der Erwerber das Hypothekenbuch eingesehen oder sich durch eine Mittelsperson Kenntnis von dessen Inhalte verschafft hat, es verlangt nicht mehr, als daß der Erwerber in gutem Glauben von der Annahme der Rechtslage ausgeht, die sich aus dem Inhalte des Hypothekenbuchs ergibt, und versteht unter dem im Vertrauen auf das Hypothekenbuch erfolgenden Erwerbe den durch den Inhalt des Hypothekenbuchs gewährleisteten gutgläubigen Erwerb. Es kommt nicht auf eine mehr oder minder sichere Kenntnis von dem Inhalte des Hypothekenbuchs an, sondern es genügt, daß der wirkliche Inhalt in gutem Glauben vorausgesetzt wird. Der öffentliche Glaube des Hypothekenbuchs würde seinen Zweck für den Verkehr verfehlen, wenn die Berufung auf ihn demjenigen versagt würde, der aus der Eintragung des erworbenen Rechtes erfährt, daß das Hypothekenbuch das, was er als dessen Inhalt vorausgesetzt hat, wirklich enthält, und daraufhin das versprochene Darlehen oder den Kaufpreis für die ihm abgetretene Forderung auszahlt. Es ist insbesondere bei der Bestellung einer Hypothek nicht erforderlich, daß die den Erwerb gewährleistende Eintragung des Bestellers als des Eigentümers des Grundstücks schon zur Zeit der Bestellung der Hypothek besteht, der öffentliche Glaube kommt, wie die oberstrichterliche Rechtsprechung seit mehr als dreißig Jahren anerkannt hat, dem Gläubiger auch dann zu statten, wenn der Besteller erst nachher als Eigentümer und im unmittelbaren Anschlusse daran die bestellte Hypothek eingetragen wird (Regelsberger, Bayer. Hyp.-Recht, 3. Aufl. § 33 Nr. 2 S. 151, § 31 Note 4 S. 139 und in den Bl. f. RA. Bd. 37 S. 71 Nr. 2 Abs. 2). Das gleiche gilt nach § 892 BGB. für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Planck-Strecker, Komm. z. BGB.

3. Aufl. Bd. 3 S. 137 Anm. 3 zum § 892). Die von dem Revisionskläger angeführte Entscheidung des Reichsgerichts — vom 7. Juli 1905 (Jur. Wochenschr. 1905 S. 531 Nr. 13) — betrifft eine andere Frage, sie schließt die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus, wenn der Erwerber gewußt hat, daß das, was nach dem Grundbuche dem Veräußerer, in Wirklichkeit aber einem Dritten gehört, ihm nicht übertragen werde, und es demgemäß auch nicht hat erwerben wollen. I. Civ.-S. Reg. I Nr. 125/1905; Urteil vom 28. Oktober 1905.

Vereinigung mehrerer Grundstücke. Zuständiges Amtsgericht. Liegen mehrere Grundstücke, die nach § 890 Abs. 1 BGB. zu einem Grundstück vereinigt werden sollen, in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken, so ist das zuständige Grundbuchamt nach Art. 5 Ausf.-Ges. zur GBO. und z. Zw.-Verst.-Ges. vom 9. Juni 1899 durch das zunächst höhere Gericht zu bestimmen. Dies kann aber nur geschehen, wenn in allen diesen Amtsgerichtsbezirken das Grundbuch als angelegt gilt. Gilt in dem einen dieser Bezirke das Grundbuch als angelegt, im andern noch nicht, so ist die Vereinigung unstatthaft, da der angeführte Art. 5 hiefür voraussetzt, daß die zu vereinigenden Grundstücke in verschiedenen Grundbuchamtsbezirken liegen, und da hier das eine Grundstück in einem Grundbuchamtsbezirk, das andere in einem Hypothekenamtsbezirk liegt. Der gestellte Antrag auf Bestimmung des zuständigen Grundbuchamts ist deshalb hier zurückzuweisen. II. Civ.-S. Reg. IV Nr. 51/1905; Beschluß vom 3. August 1905.

Bemerkung des Einsenders: Handelt es sich darum, ein Grundstück einem andern Grundstücke als Bestandteil zuzuschreiben, das in einem andern Amtsgerichtsbezirke liegt, so ist das Amtsgericht dieses Bezirks das zuständige Grundbuchamt (§ 890 Abs. 2 BGB. und Art. 6 Ausf.-Ges. z. GBO. und z. Zw.-Verst.-Ges.). Aber auch hier dürfte nach dem Entscheidungsgrunde, der dem vorstehenden Beschlusse zu Grunde liegt, die Zuschreibung unstatthaft sein, wenn in den Bezirken, in welchen die beiden Grundstücke liegen, das Grundbuch teils als angelegt, teils als nicht angelegt gilt (Vgl. Bayer. Hypoth.-Gesetz § 22 Nr. 3 § 34 mit Novelle vom 26. Dezember 1903 und § 36).

Zwangsvollstreckung in Grundstücke. Bestimmung des zuständigen Gerichts.

Seit 1. Mai 1905 ist bekanntlich das Grundbuch in den Bezirken des Oberlandesgerichts München und der Landgerichte Regensburg, Amberg und Weiden eingeführt. Infolge dessen gilt in diesen Bezirken das Grundbuchrecht des BGB. und das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, während im übrigen Teile des rechtsrheinischen Bayerns noch die Bayerische Subhastationsordnung gilt. Soll die Zwangsvollstreckung in Grundstücke, die in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken liegen, in einem und demselben Verfahren durchgeführt und zu diesem Behufe ein für sämtliche Grundstücke zuständiges Vollstreckungsgericht bestellt werden, so hat die Bestellung, soweit das Verfahren nach der Bayer. Subhastationsordnung durchzuführen wäre, gemäß § 756 CPO. alter Fassung, und soweit für das Verfahren das deutsche Zwangsversteigerungsgesetz in Betracht kommt, gemäß § 2 dieses Gesetzes durch das zunächst höhere Gericht zu erfolgen. Da das Verfahren nach den beiden Gesetzen über die Zwangsvollstreckung aber verschieden ist, so kann die Zwangsvollstreckung in Grundstücke, von denen ein Teil in Amtsgerichtsbezirken liegt, in denen das Grundbuch als angelegt gilt, und der übrige Teil in Gerichts-

bezirken, in denen dies noch nicht der Fall ist, nicht in einem und demselben Verfahren durchgeführt werden. Es wurde deshalb in einem solchen Falle vom Obersten Landesgerichte der Antrag auf Bestellung des zuständigen Vollstreckungsgerichts für ein gemeinschaftlich durchzuführendes Zwangsvollstreckungsverfahren als unbegründet zurückgewiesen. II. Civ.-S. Reg. IV Nr. 78/1905; Beschluß vom 14. Dezember 1905.

D. Bayer. Oberstes Landesgericht (Strafsachen).

Strafrecht.

§ 47 StGB.. Mittäterschaft. Nach § 47 StGB. ist in objektiver Richtung erforderlich, daß zur Begehung der Straftat vor deren Vollendung in irgend einer Weise seitens jedes Teilnehmers mitgewirkt wird. Diese Mitwirkungstätigkeit ist nicht auf Handlungen beschränkt, welche unmittelbar ein Tatbestandsmerkmal des Reates selbst erfüllen, beziehungsweise welche einen Akt der Mitwirkung bei der Ausführung der Deliktshandlung darstellen; es genügt jede der Vollendung der Straftat vorausgehende, auf deren Ausführung gerichtete Tätigkeit, selbst eine nur vorbereitende. In subjektiver Hinsicht wird gefordert, daß die Mittäter den gesamten Tatbestand des zu verwirklichenden Reates in ihren Willen aufgenommen und ihre zur Erfüllung des Tatbestandes zusammenwirkende Tätigkeit gewollt haben, sowie daß der Vorsatz jedes einzelnen der mehreren Mittäter auf die Ausführung der Tat als der eigenen gerichtet ist. Urteil vom 18. Januar 1906. Rev.-Reg. Nr. 443/05.

§ 303 StGB. Sachbeschädigung. Umlegen eines Zaunes. Die Beschädigung einer Sache im Sinne des § 303 StGB. ist gegeben, wenn auf dieselbe in einer Weise eingewirkt wird, daß ihre Substanz alteriert, ihre Unversehrtheit aufgehoben wird, so daß ihre Brauchbarkeit für die ihr gegebene konkrete Zweckbestimmung herabgemindert oder sonst das Interesse des Eigentümers an ihrer Unversehrtheit beeinträchtigt wird (Entsch. d. RGer. Bd. 33 S. 178). Es ist deshalb zunächst der Zweck zu berücksichtigen, dem die Sache, auf welche eingewirkt wird, dienen soll. Der vom Eigentümer eines Grundstücks hergestellte, den Zugang zu demselben hindernde Zaun kann selbstverständlich seinen Zweck nur erfüllen, so lange ihm diese Eigenschaft der Umzäunung nicht genommen ist. Der fertig gestellte, aber noch nicht aufgestellte Zaun bildet keine Umzäunung. Wird aber der aufgestellte Zaun umgelegt und dadurch wieder der freie Zutritt zu dem Grundstück geschaffen, so ist er zerstört, weil seiner Zweckbestimmung völlig entzogen. (Entsch. d. RGer. Bd. 31 S. 331). Daß seine einzelnen Teile in ihrer Substanz nicht beschädigt wurden, ist gleichgültig, denn sie bilden nur das Material, welches zur neuerlichen Herstellung des Zaunes verwendet werden kann.

Ob durch die Sachbeschädigung eine Vermögensbeschädigung eingetreten ist, ist gleichgiltig. (Entsch. des RGer. Bd. 33 S. 177). Urteil vom 13. Januar 1906. Rev.-Reg. Nr. 415/05.

§ 303 StGB. Allh. Vdg. vom 5. Oktober 1863, polizeiliche Vorschriften über Ausübung und Behandlung der Jagden betr., § 17. Töten jagender Hunde durch Jagdberechtigte.

§ 17 der zit. Allh. Verordnung bezweckt den Schutz des Jagdausübungsberechtigten gegen die Gefährdung und Beunruhigung des in seinem Reviere vorhandenen Wildes durch aufsichtslos umherstreifende Hunde und gestattet demselben die Tötung solcher Hunde im Wege der Selbsthilfe, um die Gefahr

einer weiteren Beeinträchtigung seines Rechts durch eine unmittelbare Fortsetzung des benachteiligenden Verhaltens der Hunde abzuwenden. Hiernach ist die Tötung eines fremden Hundes nur zulässig, wenn und solange der Hund aufsichtslos ist und im Reviere umherstreift, nicht aber dann, wenn dieser in dem Zeitpunkte der Tötung nicht mehr umherstreifte (Entsch. d. OLG. München Bd. 6 S. 3).

Die Ausübung der dem Jagdberechtigten gestatteten Selbsthilfe ist allerdings nicht dadurch bedingt, daß der Hund Wild aufsucht oder verfolgt, es genügt vielmehr, daß er im Reviere „umherstreift". Ein Umherstreifen im Sinne der Allerhöchsten Verordnung liegt aber nicht schon dann vor, wenn der Hund im Reviere überhaupt frei umherläuft. Der mit dem Worte gewöhnlich verbundene Begriff deutet vielmehr darauf hin und der Zweck der Vorschrift stellt außer Zweifel, daß die Art der Umherbewegung des Hundes im Reviere nach den gegebenen Verhältnissen die Gefährdung oder Beunruhigung des Wildes besorgen lassen muß (Entsch. d. OLG. München Bd. 5 S. 72). Ob dies im einzelnen Falle zutrifft, ist wesentlich eine Frage der tatsächlichen Beurteilung, bei der insbesondere die Oertlichkeit, an welcher der Hund betroffen wird, die Richtung, in der er sich bewegt, und sein sonstiges Verhalten in Betracht gezogen werden können. Urteil vom 30. Januar 1906. Rev.-Reg. Nr. 438/05.

§ 366 Nr. 10 StGB. Oeffentliche Straße. Unter einer öffentlichen Straße ist jede Straße zu verstehen, welche tatsächlich jedermann frei zugänglich ist und dem öffentlichen Verkehr dient, ohne daß etwas darauf ankommt, ob sie sich im öffentlichen oder im Privateigentum befindet. Auch eine Sackgasse kann eine öffentliche Straße sein. Urteil vom 14. Dezember 1905; Rev.-Reg. Nr. 370/05.

§ 366 Nr. 10 StGB. Pol.-StGB. Art. 2 Z. 6. Herstellung der Trottoirs durch die Hausbesitzer.

Im Hinblick auf Art. 38 der rechtsrheinischen und Art. 29 der pfälzischen Gemeindeordnung sind auf Grund des § 366 Nr. 10 StGB. mit Art. 2 Z. 6 Pol.-StGB. die Ortspolizeibehörden befugt, durch allgemeine Anordnungen den Haus- und Grundbesitzern, soweit ihre Besitzungen an die Ortsstraßen grenzen, die Verpflichtung aufzuerlegen, je längs ihres Besitztums die Trottoirs herstellen und pflastern zu lassen. Das Trottoir bildet weder einen Bestandteil noch eine notwendige Zubehör des Straßenkörpers und es kann daher aus Art. 38 der rechtsrheinischen und Art. 29 der pfälzischen Gemeindeordnung eine Verpflichtung der Gemeinden zur Herstellung und Unterhaltung der Trottoirs nicht abgeleitet werden. Dieser Ansicht steht auch Art. 4 Z. 1 des Gesetzes vom 11. Frimaire III über die Einnahmen und Ausgaben der Departements und das diesen erläuternde Staatsgutachten vom 27. März 1807 nicht entgegen. (Samml. des OLG. München 4·81; 10·132; des Obst. LG. 1·59). Urteil vom 19. Dezember 1905. Rev.-Reg. Nr. 396/05.

§ 33 Gew.-Odg. Gesetz vom 30. Januar 1868, das Gewerbswesen betr. Art. 9 Lit. b Ziff. 1. Das von den Brauern zum Ausschank eigenen Erzeugnisses gewählte Lokal muß innerhalb derselben politischen Gemeinde liegen, wie der Ort des Brauereibetriebs.

Die Worte des Art. 9 Lit. b Ziff. 1 des bayer. Gewerbsgesetzes, nämlich „der Ausschank des eigenen Erzeugnisses bleibt den Brauern in einem hiefür bezeichneten Lokal und auf ihren Lagerkellern gestattet", lassen nicht entnehmen, ob das gewählte Schanklokal in der nämlichen politischen Gemeinde liegen

müsse wie der Ort des Bierbrauereibetriebs, wohl aber zwingt die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesvorschrift zur Bejahung dieser Frage.

Nach § 72 der Verordnung vom 21. April 1862, den Vollzug der gesetzlichen Grundbestimmungen für das Gewerbswesen in den sieben älteren Kreisen des Königreichs betreffend (Reg.-Bl. S. 713), waren die konzessionierten Brauer zum Minutoverschleiße des Bieres in dem Brauhause befugt, doch konnte ihnen die Verleitgabe auch in einer anderen Lokalität gestattet werden.

Nach dem im Jahre 1867 seitens der Regierung dem Landtage vorgelegten Entwurfe eines Gesetzes, das Gewerbswesen betreffend, sollte das Recht des Ausschanks von Bier vom Recht der Bierbrauerei getrennt, also beseitigt werden. Den gleichen Standpunkt nahm der besondere Ausschuß der Kammer der Abgeordneten ein. Allein im Plenum der Abgeordnetenkammer wurde Art. 9 Lit. b Ziffer 1 des Entwurfs in der erweiterten Fassung angenommen, daß den Bräuern der Ausschank des eigenen Erzeugnisses gestattet bleibe.

Da jedoch im Ausschusse der Kammer der Reichsräte die Einräumung einer so weitgehenden Befugnis beanstandet wurde, wurde im Plenum der Kammer der Reichsräte der Antrag gestellt: „Den Brauern in ihren Braun- und Keller-Lokalitäten den Ausschank des eigenen Erzeugnisses zu gestatten", nachdem ihnen dieses Recht schon seither ohne besondere Konzession eingeräumt gewesen sei, die Befugnis aber, überall ihr eigenes Fabrikat auszuschänken, zu weit gehe. Die Kammer der Reichsräte nahm diesen Antrag an.

Im Plenum der Kammer der Abgeordneten schlug jedoch der Berichterstatter namens des Ausschusses vor, statt der Worte: „in ihren Braulokalitäten und Lagerkellern", die Worte zu setzen: „in einem hiefür bezeichneten Lokale und auf ihren Lagerkellern".

Zur Begründung wurde geltend gemacht, die Brauer hätten an manchen Orten und vielfach ihre eigenen Braulokalitäten nicht mehr im Innern der Stadt, sondern der Feuergefährlichkeit wegen oder auch aus anderen Rücksichten außerhalb derselben, sie hätten aber eigene Schanklokalitäten noch im Innern der Stadt, und um die Bräuer hieran nicht zu hindern und ihnen keine Anstände zu bereiten, sollten sie befugt sein, ein ihnen passendes Lokal als dasjenige zu bezeichnen, in welchem der Ausschank des eigenen Erzeugnisses beabsichtigt werde.

Niemand machte hiebei geltend, daß es gleichgiltig sei, ob Bräuhaus und Schanklokal in der nämlichen politischen Gemeinde liegen oder nicht. Obige Fassung wurde hierauf von der Kammer ohne Debatte genehmigt und schließlich in das Gesetz aufgenommen.

Aus dem Hinweis auf die Lage des Bräuhauses außerhalb der Stadt und auf die Lage der Schenklokalitäten „noch im Innern der Stadt" sowie auf die seitherige Regel der Vereinigung von Bräuhaus und Schanklokalität geht deutlich hervor, daß bei der Beratung des Gesetzentwurfs als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, daß beide Betriebsstätten innerhalb der nämlichen Gemeinde liegen. (Weber, Neue Gesetz- und Verordnungensammlung Bd. 24 S. 642; Entsch. d. Obersten Landesgerichts in Straff. Bd. 5 S. 131; v. Landmann-Rohmer, Gew.-Ordn. § 33 Note 5 Lit. f). Urteil vom 5. Januar 1906. Rev.-Reg. Nr. 441/05.

§ 44, 44a, 55 Gew.-Ordn. Erfordernis der Legitimationskarte bei Ausübung stehenden Gewerbebetriebs.

Die Frage, ob der Ankauf von Vieh außerhalb des Gemeindebezirks der gewerblichen Niederlassung für Zwecke des Metzgereibetriebes den Besitz einer Legitimationskarte erfordert, ist zu verneinen.

In derselben Weise ist die weitere Frage zu beantworten, ob der Ankauf von Vieh seitens eines Viehhändlers außerhalb des Gemeindebezirkes seiner gewerblichen Niederlassung zum Zwecke des Wiederverkaufes, wenn er auf vorgängige Bestellung erfolgt, den Besitz einer Legitimationskarte zur Voraussetzung hat. Bei Entscheidung der beiden Fragen ist nicht der Wortlaut der §§ 44, 44a Gew.-Ordn., sondern der aus der Entstehungsgeschichte der bezüglichen Gesetzesbestimmungen sich ergebende Wille des Gesetzgebers maßgebend. Nach der Intention des letzteren steht der § 55 a. a. O. sowohl nach der Fassung des Gesetzes von 1869 als auch nach den durch die Novellen von 1883 und 1896 bewirkten Abänderungen zu § 44 Gew.-Ordn. im Verhältnis von Regel zur Ausnahme, und es gilt auch dermalen noch der Grundsatz, daß der stehende Gewerbebetrieb nicht strengeren Anforderungen unterworfen sein solle, als der Gewerbebetrieb im Umherziehen. Hieraus folgt aber, daß ein Akt der Gewerbeausübung, der einer Beschränkung nach Maßgabe der Bestimmungen in Tit. III der Gewerbeordnung (§ 55) nicht unterliegt, auch dann, wenn er als Ausfluß des stehenden Gewerbebetriebes in Betracht kommt, keiner gesetzlichen Beschränkung und damit auch nicht dem Erfordernis der Legitimationskarte nach § 44, 44a Gew.-Ordn. unterworfen ist. (Reger Bd. 17 S. 139, 141 Seydel, Bayer. Staatsrecht Bd. 3 S. 405 Note 9, Rohrscheidt Gewerbeordnung, Note 4 zu § 44a). Urteil vom 7. Dezember 1905. Rev.-Reg. Nr. 350/05.

Art. 58 Pol.-StGB. Voraussetzung gerichtlicher Bestrafung der Eltern wegen Nichtanhaltens ihrer Kinder zum Schulbesuch.

Es ist in jedem einzelnen Falle der gerichtlichen Einschreitung zu prüfen, ob die schulbehördliche Bestrafung und gleichzeitige Verwarnung vorausgegangen ist und diese Prüfung darf nicht deshalb unterlassen werden, weil eine gerichtliche Verurteilung vorausgegangen ist.

Dieser Grundsatz kann aber, wenn er mit dem Zweck des Gesetzes in Einklang gebracht werden soll, nicht so verstanden werden, daß jeder gerichtlichen Einschreitung jene Bestrafung und Verwarnung vorausgehen muß, es ist vielmehr anzunehmen, daß es derselben nicht bedarf, wenn nicht die nachfolgenden Schulversäumnisse von den früheren durch Zeiträume geschieden sind, die ihren inneren Zusammenhang unterbrechen.

Die Allerhöchste Verordnung vom 2. September 1886, die Behandlung der Versäumnisse des Besuchs der Schule und des öffentlichen Religionsunterrichts betreffend (Ges.- u VOBl. S. 585), geht von der gleichen Anschauung aus, denn sie bestimmt in § 3 Abs. 4, daß, wenn seit der letzten Einschreitung ein längerer Zeitraum innerhalb des nämlichen Schuljahres verflossen ist, ausnahmsweise die in § 3 Abs. 1 und 2 vorgeschriebene Anzeige erst nach Verhängung einer weiteren Geldstrafe, womit ebenfalls eine Verwarnung des Schuldigen vor weiteren Versäumnissen zu verbinden ist, erstattet werden darf.

Es ist also unter den hier bezeichneten Voraussetzungen die Fortwirkung der schulbehördlichen Bestrafung und Verwarnung ausdrücklich anerkannt. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist in jedem einzelnen Falle Sache der richterlichen Prüfung, und dieselbe muß zu einem verneinenden Resultat dann führen, wenn es sich nicht um das nämliche Schuljahr handelt. Ist dies aber der Fall, dann muß die Fortwirkung jener Bestrafung und Verwarnung angenommen werden, wenn nicht bis zur neuerlichen gerichtlichen Einschreitung ein Zeitraum in Mitte liegt, währenddessen der Schuldige sich straflos verhalten hat. Hat die schulbehördliche Bestrafung und Verwarnung die Folge gehabt,

daß die Schulversäumnisse während eines längeren Zeitraumes unterblieben, so ist ihre Wirkung erschöpft, und sie muß, wenn neue Versäumnisse vorkommen, wiederholt werden, wenn gerichtliche Einschreitung erfolgen soll. Ob ein solcher längerer Zeitraum anzunehmen ist, unterliegt der Würdigung im einzelnen Falle. Urteil vom 13. Januar 1906. Rev.-Reg. Nr. 446/05.

Art. 101 Pol. StGB. Gew.-Odg. § 120 e. Oberpol. Vorschr. zum Schutze der bei Bauten beschäftigten Personen vom 24. Juli 1904. GVBl. 257. Vergehens-Charakter der Verfehlungen hiegegen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die in der Oberpol. Vorschrift zum Schutze der Bauarbeiter vor Gefahren getroffenen einzelnen Bestimmungen auf Grund des Art. 101 Abs. 2 Pol. StGB. erlassen werden durften; jedenfalls gibt § 120 e Gew.-Odg. die Ermächtigung zur Erlassung derselben. Die Strafandrohung für die Zuwiderhandlungen gegen die auf Grund dieses § 120 e erlassenen Vorschriften ist in § 147 Abs. 1 Z. 4 Gew.-Odg. enthalten, welche als reichsgesetzliche Strafbestimmung allenfalls konkurrierenden landesrechtlichen Strafandrohungen vorgeht. Hiernach wird mit Geldstrafe bis zu 300 Mk. oder mit Haft bestraft, wer den auf Grund des § 120 e erlassenen Vorschriften zuwiderhandelt; eine derartige Zuwiderhandlung ist also Vergehen. § 27 StGB. Urteil vom 9. Januar 1906. Rev.-Reg. Nr. 412/05.

§§ 7 und 18 Nr. 2 Preßgesetz. Angabe des Wohnorts des Redakteurs. Eine unrichtige Angabe des Wohnorts des Redakteurs kann nur dann nach § 18 a. a. O., d. h. als Vergehen bestraft werden, wenn diese unrichtige Angabe in Kenntnis dieser ihrer Eigenschaft, also bewußt, etwa gerade zur Täuschung derjenigen Staatsorgane gemacht worden ist, welchen nach der Absicht des Gesetzes der wirkliche Sachverhalt bekannt sein soll. Sobald der Handelnde sich einer solchen Unrichtigkeit nicht bewußt war, etwa deshalb, weil er äußere Anhaltspunkte zu der Annahme hatte, daß er die vom Gesetz geforderte Angabe gerade in dessen Sinn und nach dessen Auffassung gemacht habe (in concreto gestützt auf die Entscheidung des preuß. Obertribunals vom 5. Sept. 1878, Goltd. Arch. 26. 462), kann er nicht in Kenntnis der Unrichtigkeit seiner Angabe gehandelt haben. Urteil vom 12. Dezember 1905; Rev.-Reg. Nr. 362/05.

E. Oberlandesgericht München (Civilsachen).

Civilprozeß.

Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts; Begriff der „anvertrauten Tatsache" (CPO. § 383 Nr. 5).

Durch Beweisbeschluß des k. Landgerichts München I vom 6. Dezember 1905 war auf Antrag der beklagten Partei die zeugschaftliche Vernehmung des Rechtsanwalts A. über das Zustandekommen einer zwischen den Parteien Ende 1904 oder Anfangs 1905 getroffenen Vereinbarung angeordnet worden.

Rechtsanwalt A. verweigerte im Beweisaufnahmetermine vom 9. Februar 1906 unter Berufung auf § 383 Nr. 5 CPO. das Zeugnis, weil er in dieser Sache früher den Kläger vertreten habe.

Das Landgericht München I verhandelte hierüber, da der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten die Verweigerung des Zeugnisses für unberechtigt erachtete, und erließ am 21. März 1906 Zwischenurteil:

1. Die Zeugnisverweigerung des Rechtsanwalts A. wird für begründet erklärt. 2. Der Beklagte hat die Kosten des Zwischenstreits zu tragen.

Gegen dieses Zwischenurteil legte Rechtsanwalt S. mit Schriftsatz vom 6. April 1906 namens des Beklagten sofortige Beschwerde ein und beantragte, das Zwischenurteil vom 21. März 1906 aufzuheben und die Zeugnisverweigerung des Rechtsanwalts A. für unbegründet zu erklären.

Die sofortige Beschwerde ist gemäß § 387 Abs. 3 CPO. zulässig, auch rechtzeitig eingelegt, aber sachlich nicht begründet.

Der Beschwerdeführer erachtet die Verweigerung des Zeugnisses seitens des Rechtsanwalts A. deshalb für unberechtigt, weil dieser nur über die Tatsache des Vertragsabschlusses und dessen Inhalt vernommen werden solle, dies aber nicht eine ihm anvertraute Tatsache enthalte. Diese Anschauung beruht indes auf Rechtsirrtum.

Die Berechtigung des Rechtsanwalts zur Verweigerung des Zeugnisses nach § 383 Nr. 5 CPO. bezieht sich nicht nur auf rechtsgeschäftliche Vorgänge, sondern auf Mitteilungen seiner Partei (Information) und auf Alles, was er in seiner Vertrauensstellung als Anwalt der Partei wahrgenommen und getan hat. Diese Tatsachen sind ihm anvertraut; denn dieser vom Gesetz gebrauchte Ausdruck muß im weiteren Sinne verstanden werden (vgl. Seuffert CPO. Anm. 7 b zu § 383; RGer. in Civils. Bd. 50 S. 353 und Bd. 54 S. 1).

Im vorliegenden Fall erscheint die Geheimhaltung der dem Anwalt in seiner Berufsausübung anvertrauten Tatsachen durch die Natur derselben zweifellos geboten; denn nach dem Beweissatz müßte Rechtsanwalt A. über die Erklärungen des früher von ihm vertretenen Klägers und dessen Ehefrau, insbesondere auch über deren Haltung gegenüber dem Gegenvorschlag des Beklagten als Zeuge sich äußern, er hätte, wenn er von der Zeugnisverweigerung keinen Gebrauch machen wollte, keine Befugnis, die Antwort auf die Fragen zu verweigern, wie das Uebereinkommen zu Stande kam und welchen Inhalt es hatte.

Daß solche Umstände das Interesse der von ihm vertretenen Partei sehr nahe berühren und vielleicht diesem abträglich sind, läßt sich nicht verkennen. Das Zwischenurteil des Landgerichts München I erscheint demnach im Gesetze begründet und die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Beklagten ungerechtfertigt. Beschluß vom 19. April 1906. Beschw.-Reg. Nr. 329/06 II.

F. Landgericht München I (Civilsachen).

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Abwesenheitspflegschaft; Beschwerderecht des Nachlaßgerichts (BGB. § 1911; FGG. § 57 Abs. 1 Nr. 3).

In F., Amtsgericht J., ist am 13. Dezember 1905 die Webersfrau Bibiana R. unter Hinterlassung ihres dort wohnhaften Ehemannes Paul R. gestorben. Ein von Bibiana R. am 19. Oktober 1905 errichtetes Dorftestament wird wegen eines Formfehlers beanstandet. Als gesetzliche Erbin der kinderlos verstorbenen Bibiana R. kommt eine uneheliche Tochter einer bereits verstorbenen Schwester der Erblasserin, Karoline H., in Betracht. Der Ehemann der Karoline H., Schneider Ludwig H., hat seinen Wohnsitz in M.; seine Ehefrau lebt von ihm getrennt und hält sich in Chicago in Nordamerika auf; ihre Adresse ist bekannt.

Am 17. März 1906 ersuchte das Amtsgericht J. als Nachlaßgericht das Amtsgericht M., den Ehemann H. als Pfleger für seine abwesende Frau aufzustellen und zur Nachlaßsache einzuvernehmen.

Ludwig H. erklärte am 29. März 1906 zu Protokoll des ersuchten Gerichts, die Voraussetzungen zur Einleitung einer Pflegschaft seien nicht

gegeben, da der Aufenthalt seiner Frau nicht unbekannt sei, und bat zugleich, unter allen Umständen von seiner Aufstellung als Pfleger abzusehen, weil er sich von seiner Frau scheiden lassen wolle. Mit dieser Protokollarerklärung leitete das ersuchte Gericht den Akt an das Nachlaßgericht ohne weiteres Beifügen zurück.

Am 4. April 1906 wiederholte das Nachlaßgericht sein Ersuchen um Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft für Karoline H. mit dem Beifügen, es sei der Fall des § 1911 Abs. 2 des BGB. gegeben und bei der Geringfügigkeit des Nachlasses sei die Pflegschaftsbestellung dem mit Schwierigkeiten und erheblichen Kosten verbundenen Erholen einer Vollmacht vorzuziehen.

Mit Verfügung vom 6. April 1906 lehnte das Amtsgericht M. die Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft ab mit der Begründung, es sei nicht abzusehen, weshalb Karoline H. nicht durch einfaches Schreiben von der Sachlage verständigt und ihre Erklärung über die Annahme der Erbschaft nicht schriftlich abgegeben werden könne; auch sei es ihr zu überlassen, ob sie nicht lieber einer Persönlichkeit, welcher sie Vertrauen schenkt, Vollmacht erteilen wolle. Hiegegen richtet sich der vom Amtsgericht J. am 10. April 1906 an das Landgericht gestellte Antrag, es wolle das Amtsgericht M. als zuständiges Vormundschaftsgericht zur Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft über Karoline H. angewiesen werden, weil die Voraussetzungen hiefür — § 1911 Abs. 2 BGB. — gegeben seien.

Der gestellte Antrag ist unzulässig. Es liegt weder ein Fall der verweigerten Rechtshilfe (§ 2 FGG.) noch ein Streit über die Zuständigkeit (§ 5 dieses Ges.) vor; nach der Fassung des Antrags ist auch nicht anzunehmen, daß eine Aufsichtsbeschwerde beabsichtigt ist. Es erübrigt daher nur die Annahme, daß das Amtsgericht J. mit seinem Antrag eine sachliche Beschwerde gegen die Verfügung des Amtsgerichts M. vom 6. April 1906 im Auge hat. Gegen die Verfügung, durch die die Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft abgelehnt wird, steht jedem, der ein rechtliches Interesse an der Aenderung der Verfügung hat, die Beschwerde nach § 57 Abs. 1 Nr. 3 FGG. zu. Zu diesen beschwerdeberechtigten Personen zählt das den Antrag stellende Gericht nicht, da ihm zwar die von ihm vorgeschlagene Art der Sachbehandlung im Interesse einer raschen Abwickelung der Nachlaßsache erwünscht sein mag, eigene rechtliche Interessen des Gerichts im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 3 a. a. O. aber nicht in Frage kommen können (vgl. auch Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4 S. 2b; Bd. 5 S. 287b). Da auch sonst ein Beschwerderecht des Gerichtes nicht statuiert ist, war der Antrag des Amtsgerichts J. als unzulässig zurückzuweisen. Beschluß vom 13. April 1906. Beschw.-Reg. Nr. 170/06 I.

Beitritt eines Gläubigers zum Verfahren bei Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (ZwVG. §§ 27, 180).

Unter Vorlage der vollstreckbaren Ausfertigung des vom K. Landgerichte München I am 9. April 1906 in Sachen des August M. gegen Ludwig Z., Marie J. und Therese L., sowie die Ehemänner der zwei letztgenannten erlassenen Versäumnisurteils samt Zustellungsnachweisen beantragte Rechtsanwalt M. als Bevollmächtigter des August M. beim K. Amtsgerichte München I, Abteilung B für Civilsachen, am 23. April 1906, zu Gunsten der dem M. gegen die drei genannten Schuldner zustehenden Forderung von 2000 Mk. und der 4 %igen Zinsen hieraus seit 20. März 1905 die Zwangsversteigerung des im Grundbuche des K. Amtsgerichts München I B für

Giesing vorgetragenen schuldnerischen Grundbesitzes oder den Beitritt zu der bereits am 15. Februar 1906 eingetragenen Zwangsversteigerung zu beschließen. Durch Beschluß vom 26. April 1906 wurde dieser Antrag wegen der Unzulässigkeit des Beitritts eines Gläubigers zu dem wegen Aufhebung der Gemeinschaft betriebenen Versteigerungsverfahren vom Amtsgericht kostenfällig zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluß legte Rechtsanwalt M. sofortige Beschwerde ein. Das Rechtsmittel ist formell nicht zu beanstanden und auch sachlich begründet.

Nach § 180 ZwVG. finden auf die zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft erfolgende Zwangsversteigerung die Vorschriften des ersten und zweiten Abschnittes des Gesetzes Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 181 bis 184 ein anderes ergibt.

Sonach findet bei der Teilungssubhastation auch die Bestimmung des § 27 ZwVG. über die Zulassung des Beitrittes Anwendung, gleichviel, ob der Beitritt von einem Teilhaber oder vom Gläubiger eines oder mehrerer Teilhaber beantragt wird.

Keine Vorschrift des Gesetzes steht dieser Zulassung und demzufolge der Vereinigung mehrerer Subhastationsakten entgegen.

Die Erwägung, daß vielleicht durch Zulassung eines die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers sich Schwierigkeiten bei der Durchführung des Verfahrens ergeben können, kann für die Frage der Zulässigkeit des Beitrittes an sich nicht ausschlaggebend sein.

So wird auch der Beitritt eines Gläubigers zur Teilungssubhastation in den Kommentaren zum ZwVG. (Jaeckel, 2. Aufl., § 182 Anm. 5; Wolff, § 180 Note 6, § 182 Note 3, Steiner § 180 Note 4, v. d. Pfordten § 180 Note 4 Lit. d) für zulässig erachtet. Beschl. vom. 4. Mai 1906. Beschw.-Reg. 201/1906 III.

III. Literatur.

1) Schletter'sche Buchhandlung (Frank & Weigert) in Breslau.

Zur Lehre der Beleidigung Verstorbener. Von Dr. jur. Karl Freiherrn von Gemmingen-Fürfeld. 1905.

Heft 66 der „strafrechtlichen" Abh. ist der Darstellung des Vergehens nach § 187 StGB. gewidmet. In vorsichtiger und sachlicher Untersuchung gelangt der Verfasser dazu, die Ehre als Angriffsobjekt des Delikts abzulehnen und als geschütztes Rechtsgut das dem Verstorbenen von der Nachwelt bewahrte Andenken zu bezeichnen. Eine gute historische Einleitung geht dem theoretischen Teile voraus. De lege ferenda wird die Ausdehnung der Strafbarkeit auf eine nachweisbar falsche üble Nachrede über Verstorbene befürwortet und gut begründet. Im exegetischen Teil werden die Begriffselemente eingehend und sorgfältig erörtert. Der Verfasser zieht u. a. aus der Verschiedenheit der angegriffenen Rechtsgüter bei Beleidigung Lebender und Beschimpfung Verstorbener die Folgerung, daß die irrige Annahme des Lebens oder des Todes bei einer wissentlich unwahren Behauptung jede Bestrafung ausschließe. Hierin dürfte ihm nicht beizutreten sein. Die Anwendbarkeit des § 59 StGB. hängt von der rein dogmatischen Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter nicht ab.

K.

2) Schletter'sche Buchhandlung (Frank & Weigert) in Breslau.

Die Aufreizung zum Klassenkampf. Von Dr. jur. et rer. pol. Ludwig Weil. 1905.

Mit verdienstlicher Genauigkeit unterzieht der Verfasser in Heft 65 der „strafrechtlichen" Abh. dieses Delikt einer Erörterung seiner Merkmale. Nach einem beachtlichen geschichtlichen Ueberblick und einer kritischen Würdigung der systematischen Stellung entwickelt er seine Ansicht zu den einzelnen Streitfragen. Außerdem gibt er eine feine Gegenüberstellung von Rechtsgut und Interesse. Mit Recht tritt er dafür ein, daß die Gefährdung des öffentlichen Friedens bei der Aufreizung zu Gewalttätigkeiten eine Folge der Tätigkeit sein

muß und daß es nicht genügt, wenn die Tätigkeit auf gefährliche Weise vor sich ging. Den Ausdruck „öffentlicher Friede" faßt Weil in der objektiven Bedeutung von öffentlichem Friedenszustand, nicht in dem subjektiven Sinn eines Bewußtseins des Friedens auf. Allein hier erscheint seine Beweisführung nicht als zwingend. Da die Gefährdung, ja sogar die Verletzung des öffentlichen Friedenszustandes als solche überhaupt nicht strafbar ist, wäre es schwer begreiflich, wenn gerade das in einer bestimmten, für den objektiven Gefahrzustand unwesentlichen Form erfolgende Gefährden dieses Zustandes herausgegriffen würde. In Uebereinstimmung mit dem gleichen Ausdruck in den §§ 126, 130a wird daher der öffentliche Friede nicht subjektiv zu fassen sein. Dagegen ist dem Verfasser darin beizustimmen, daß de lege ferenda das Merkmal der Friedensgefährdung überhaupt gestrichen werden mag.
K.

3) W. Mauke Söhne (vormals Perthes-Besser & Mauke), Verlagsbuchhandlung in Hamburg.

Das Strafensystem und seine Reform. Von Dr. jur. Georg Gennat, Gefängnisdirektor. 1905.

In einem vor der Hauptversammlung der sächsisch-anhaltischen und der thüringischen Gefängnisgesellschaft gehaltenen Vortrag bespricht der Verfasser die Reformbedürftigkeit des Strafensystems. Das Werkchen birgt in knapper Form eine Fülle brauchbarer Gedanken. Es ist anregend geschrieben und sehr geeignet, zu weiterem Nachdenken anzuspornen. Mag man auch mit einzelnen Ausführungen nicht übereinstimmen, z. B. mit der warmen Befürwortung der Prügelstrafe, so ist doch des Verfassers reiche Erfahrung auf dem Gebiete der praktischen Strafrechtspflege bereits eine Garantie dafür, daß man es mit sehr beachtlichen Vorschlägen zu tun hat. Voll anzuerkennen sind insbesondere die Reformgedanken, welche hinsichtlich der Freiheitsstrafe von ihm geäußert werden, so z. B. die allgemeine Einführung des Arbeitszwangs, die Notwendigkeit einheitlichen Strafvollzugs, das Verlangen nach stufenweisem Strafvollzug, Beschränkungen in der Größe der Strafanstalten. Der Verfasser wünscht ferner mit Recht die Anerkennung der verminderten Zurechnungsfähigkeit (geistigen Minderwertigkeit) als eines mildernden Umstandes, sowie die Erweiterung des strafrechtlichen Notstandes. Der bedingten Verurteilung und der Deportation steht er nicht ohne Grund ziemlich skeptisch gegenüber. Es ist sehr zu wünschen, daß sich Viele mit der Schrift bekannt machen mögen, da sie sehr dazu angetan ist, den Blick für unsere Strafrechtsreform zu erweitern.
K.

4) Verlag von C. L. Hirschfeld in Leipzig.

Der Pitaval der Gegenwart. Almanach interessanter Straffälle. Bd. 1 Heft 1, 2. Herausgeber: Dr. A. Frank, Professor in Tübingen, Dr. G. Roscher, Polizeidirektor in Hamburg, Dr. H. Schmidt, Oberstaatsanwalt in Mainz. 1903, 1904.

5) Verlag von Joh. Heinr. Meyer in Braunschweig.

Zur Feststellung des Geisteszustandes der Beschuldigten im Strafverfahren. Kriminalpsychiatrische Plauderei nebst einer Sammlung von Strafrechtsfällen von Paul Peßler, erster Staatsanwalt. 1905.

Der Pitaval der Gegenwart dient vorzüglich dazu, durch Kenntnisnahme von interessanten Straffällen in objektiver aktengetreuer Darstellung ein lebendiges Bild von der Entstehung eines konkreten Verbrechens und von den Praktiken des Verbrechers zu gewinnen. Davon zieht nicht nur der Jurist Vorteil, indem er in manche Einzelheiten eingeführt wird, welche ihm für das berufliche Leben zu statten kommen, sondern auch der Kriminalpolitiker und der gebildete Laie. Eine gesunde Gesetzgebungspolitik wird ihr Material für die methodische Bekämpfung des Verbrechens aus einer sorgfältigen Beobachtung der einzelnen kriminell bedeutsamen Fälle zu schöpfen haben. — Die andere angeführte Sammlung, Peßler's kriminalpsychiatrische Plauderei mit angeschlossenen Strafrechtsfällen, gibt uns ebenfalls reichen Stoff zur Beurteilung von Verbrechen an die Hand. Der Zweck ist aber ein anderer. Es handelt sich da um typische Beispiele von verschiedenen Psychosen bei Erfüllung eines objektiven Verbrechenstatbestandes, sowie um Gegenstücke, welche noch diesseits der strafrechtlichen Verantwortlichkeit liegen. Die Darstellung ist für die Erkennung der Merkmale einer Psychose sehr lehrreich. Sie ist nach Gruppen übersichtlich geordnet und bietet dem Praktiker Gelegenheit, auf zweifelhafte Geisteszustände bei beschuldigten Personen aufmerksam zu werden.
K.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 15. 15. Juli 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Hagen, Pfändung von Arbeitslohn zu Gunsten von Unterhaltsforderungen eines unehelichen Kindes; Hilse, Mit Beginn der Unfallfürsorge endet der Anspruch auf Krankenfürsorge für einen Betriebsverletzten; Brückmann, Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots aus § 399 BGB; Schönfeld, Die Verhandlungsgebühr des Gerichtskostengesetzes bei der Rechtsanwaltsgebührenordnung wird durch die Stellung der Anträge nicht begründet. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen und Strafsachen). III. Literatur.

I. Abhandlungen.

Pfändung von Arbeitslohn zu Gunsten von Unterhaltsforderungen eines unehelichen Kindes.

Von K. Landgerichtsrat W. Hagen in Frankenthal.

Ist es bei der Pfändung von Arbeits- und Dienstlohn eines unehelichen Vaters zu Gunsten der Unterhaltsforderungen des unehelichen Kindes zulässig, einen festen Betrag zu pfänden, oder muß die Pfändung in der Weise betätigt werden, daß dem Schuldner eine bestimmte Summe freibleibt und nur der überschießende Teil gepfändet werden darf?

Das Lohnbeschlagnahmegesetz vom $\frac{21. \text{ Juni } 1869}{29. \text{ März } 1897}$ verbietet unter gewissen Voraussetzungen die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes; dieses Verbot erleidet jedoch zu Gunsten gewisser privilegierter Forderungen eine Reihe von Ausnahmen. Eine derartige Ausnahme findet sich in § 4a des genannten Gesetzes, woselbst bestimmt ist:

> Auf die Beitreibung der zu Gunsten eines unehelichen Kindes von dem Vater für den im § 4 Nr. 3 bezeichneten Zeitraum kraft Gesetzes zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge findet dieses Gesetz nur insoweit Anwendung, als der Schuldner zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhaltes und zur Erfüllung der ihm seinen Verwandten, seiner Ehefrau oder seiner früheren Ehefrau gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht der Vergütung (§§ 1, 3) bedarf. Hierbei werden ausschließlich die Leistungen berücksichtigt, welche vermöge einer solchen Unterhaltspflicht für den nämlichen Zeitraum oder, falls die Klage zu Gunsten des unehelichen Kindes nach der Klage eines Unterhaltsberechtigten erhoben ist, für die Zeit von dem Beginne des der Klage dieses Berechtigten vorausgehenden letzten Vierteljahres ab zu entrichten sind.

Mit anderen Worten: Die Unpfändbarkeit des Arbeits- und Dienstlohnes kommt in Wegfall, wenn es sich um die Unterhaltsforderung eines unehelichen Kindes des Schuldners handelt (hinsichtlich des in § 4a a. a. O. bestimmten Zeitraumes), sie bleibt jedoch auch in diesem Falle insoweit bestehen, als der Schuldner des Arbeits- oder Dienstlohnes zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhaltes oder zur Erfüllung der ihm seinen Verwandten, seiner Ehefrau oder früheren Ehefrau gegenüber obliegenden Unterhaltspflicht bedarf.

Daraus ergibt sich nun folgendes: Will das uneheliche Kind zu Gunsten seiner Unterhaltsansprüche für den in § 4a a. a. O. bezeichneten Zeitraum gegen den unehelichen Vater vorgehen, so darf nicht schlechtweg der ganze jeweilige Lohn des Vaters gepfändet werden, sondern es muß dem Vater soviel freigelassen werden, daß er mit dem freigelassenen Teile seines Lohnes seinen notdürftigen Unterhalt und eventuelle sonstige gesetzliche Unterhaltsverpflichtungen gegenüber seinen Verwandten, seiner Ehefrau oder früheren Ehefrau bestreiten kann. Beträgt demnach z. B. der privilegierte Unterhaltsrückstand 60 Mk. und bezieht der uneheliche Vater einen Lohn von 24 Mk. pro Woche, so darf nicht etwa der ganze jeweilige Wochenlohn von 24 Mk. gepfändet werden, sondern nur ein entsprechender Teilbetrag.

Es fragt sich nun, in welcher Weise dieser Teilbetrag gepfändet werden soll, bezw. darf?

Steht der Schuldner in fester Stellung gegen einen stets gleichbleibenden Gehalt, z. B. er bezieht monatlich 120 Mk. (gleichviel, ob Feiertage hereinfallen, oder ob er infolge von Krankheit vorübergehend die Arbeit aussetzen muß u. s. w.), so wird es sich tatsächlich gleich bleiben, ob die Pfändung in der Weise vorgenommen wird, daß eine gewisse Summe, z. B. 110 Mk., freigelassen und der überschießende Betrag gepfändet wird, oder ob man an dem Monatsgehalt von 120 Mk. einen festen Betrag, z. B. 10 Mk. pfändet.

Anders liegt die Sache dagegen, wenn die Gehalts- bezw. Lohnbezüge Schwankungen unterliegen, z. B. der Schuldner kann zwar bei seinem Arbeitgeber tagtäglich arbeiten und erhält seinen Lohn wöchentlich ausbezahlt, er bekommt aber nur die wirklichen Arbeitstage vergütet, z. B. er arbeitet gegen einen Tagelohn von 4 Mk., sodaß er wöchentlich 24 Mk. erhält. Fällt dagegen ein Feiertag unter die Woche, so zählt dieser Tag nicht, sodaß er dann nur 20 Mk. verdient. Nachdem nun aber der eigene notdürftige Unterhalt des Schuldners und die ihm seinen Verwandten, seiner Ehefrau oder früheren Ehefrau gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht dem Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes vorgehen, muß an sich soviel freibleiben, als zur Bestreitung der vorerwähnten Bedürfnisse erforderlich ist.

Aus diesem Rangverhältnisse hat man nun den Schluß gezogen, daß zu Gunsten einer derartigen Unterhaltsforderung eines unehelichen Kindes nur die wöchentlich (monatlich) einen bestimmten Betrag übersteigende Lohnforderung des unehelichen Vaters gepfändet werden dürfe, da bei dieser Beschlagnahme stets, auch bei schwankenden Bezügen der notdürftige Unterhalt des Schuldners berücksichtigt werden müsse (vgl. Meyer, Beschlagnahme von Lohn- und Gehaltsforderungen, 2. Aufl. S. 102).

Auch Gaupp-Stein, 4. Aufl. Bd. II S. 626 Anm. 99 steht auf diesem Standpunkte mit der Begründung, bei der Pfändung eines festen Betrages würden Schwankungen des Einkommens von dem Schuldner, bezw. den Verwandten 2c. zu tragen sein und dem ersteren der notdürftige Unterhalt nicht freibleiben, anstatt daß das Kind den jeweiligen Ueberschuß erhält.

Auf einem anderen Standpunkte steht die Entscheidung des Landgerichtes Naumburg (s. Naumburger Anwaltszeitung 1901 S. 38), welche es für zutreffend erachtete, daß gegen einen zur Alimentation seines unehelichen Kindes verurteilten Erzeuger, welcher wöchentlich mindestens 25 Mk. verdiente, ein Betrag von 5 Mk. pro Woche — nicht der über 20 Mk. hinausgehende Ueberschuß — gepfändet wurde.

Der Unterschied beider Pfändungsarten mag auf den ersten Blick vielleicht harmlos erscheinen, ist es aber in Wirklichkeit durchaus nicht, denn je nach der Pfändungsart kann der Anspruch des Kindes befriedigt oder direkt illusorisch gemacht werden.

Man hat schon oft und zwar mit vollem Rechte behauptet, daß nicht immer der Schuldner schutzbedürftig sei; auch der Gläubiger kann, und zwar oft in noch höherem Maße als der Schuldner, schutzbedürftig sein. Dieser Satz trifft aber gerade bei den unehelichen Kindern außerordentlich oft zu. Jeder Vollstreckungsrichter weiß, daß die Fälle sehr häufig sind, in denen uneheliche Väter nicht bloß freiwillig ihren Unterhaltspflichten gegen ihre unehelichen Kinder nicht nachkommen, sondern mit allen nur denkbaren Schikanen darauf hinarbeiten, die Ansprüche des Kindes zu vereiteln. Ich will gar nicht davon sprechen, daß es z. B. vielfach einem unehelichen Vater nicht im Entferntesten einfällt, für sein uneheliches Kind — das doch immerhin sein eigenes Fleisch und Blut ist — etwa durch Ueberstunden, oder durch anderen leicht zu erzielenden Nebenerwerb etwas zu verdienen, Arbeiten, die er sonst als ganz selbstverständlich machen würde und auch tatsächlich früher gemacht hat. So ist mir der Fall vorgekommen, daß ein Arbeiter, der früher bei dringlicher Arbeit stets Ueberstunden gemacht hatte, trotz Ersuchens seines Arbeitgebers nicht eine einzige Ueberstunde mehr machte, nachdem ihm der über einen bestimmten Lohnbetrag hinausgehende Lohn gepfändet worden war. Die Praxis zeigt aber noch viel traurigere Erscheinungen. So kommt es nicht selten vor, daß ein Arbeiter nach erfolgter teilweiser Lohnpfändung sofort seinen Dienst verläßt, wodurch die Lohnpfändung hinfällig wird. Das Kind kann dann lange suchen, bis es den neuen Arbeitsplatz des Vaters findet, um einen neuen Pfändungsbeschluß erwirken zu können. Während der ganzen Zeit steht es mittellos da. Sehr häufig ist auch der Fall, daß der Schuldner, wenn ihm ein bestimmter Lohnbetrag freigelassen und der überschießende Betrag gepfändet wird, überhaupt nur mehr soviel arbeitet, bis er den freigelassenen Betrag verdient hat und dann feiert. Ein solcher Fall lag auch der obenangeführten Entscheidung des Landgerichtes Naumburg zugrunde.

Ein anderer Fall: Einem ledigen unehelichen Kindsvater in ziemlich jugendlichen Alter, der lediglich für sich zu sorgen hatte und in ständiger Arbeit 3 Mk. pro Tag, sohin 18 Mk. pro Woche verdiente, war der Betrag von 15 Mk. pro Woche freigelassen worden, während der überschießende Lohnbetrag gepfändet wurde. Die Folge dieser Pfändung war, daß der Schuldner in Zukunft nur mehr vom Montag bis Freitag inkl. arbeitete. Durch diese Arbeit hatte er den freigelassenen Betrag von 15 Mk. verdient; am Samstag machte er dann blau, nur damit das Kind nichts erhielt.

Da nun derartige Fälle sehr häufig vorkommen, fragt es sich, ob nicht das Gesetz eine Handhabe bietet, dem Verhalten derartiger gewissenloser und schikanöser Väter einen Riegel vorzuschieben, was nicht bloß im Interesse des Kindes, sondern auch im Interesse der Autorität des Gesetzes gelegen ist. Denn das Gesetz verfolgt ja einen doppelten Zweck. Es will auf der einen Seite

dem Schuldner ein gewisses Existenzminimum wahren, auf der anderen Seite aber auch das uneheliche Kind schützen. Und wenn der doppelte Zweck des Gesetzes an sich erreichbar ist, der eine Zweck aber lediglich durch das schikanöse Verhalten des Schuldners vereitelt wird, so liegt es auch wohl in der Absicht des Gesetzes, den Schuldner zu zwingen, dieses schikanöse Gebahren aufzugeben.

Hiezu gibt aber meines Erachtens das Gesetz die Möglichkeit.

Der Wortlaut des § 4a a. a. O. selbst zwingt in erster Linie nicht dazu, die Pfändung dahin zu fassen, daß nur der Betrag gepfändet werden dürfe, der über eine bestimmte, freizulassende Summe hinausgeht; das Gesetz verlangt vielmehr nur ganz allgemein, daß dem Schuldner das belassen wird, was er zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhaltes und etwaiger Unterhaltsverpflichtungen gegen seine Verwandten, seine Ehefrau oder frühere Ehefrau benötigt.

Daraus folgt nun allerdings zunächst, daß der Schuldner unter allen Umständen einen Anspruch auf Belassung dieses Existenzminimums hat, es folgt aber nicht daraus, daß bei der Pfändung, bezw. der Fassung des Pfändungsbeschlusses der Vollstreckungsrichter alle möglichen Eventualitäten berücksichtigen muß, welche möglicherweise in einzelnen Ausnahmsfällen dieses Existenzminimum beeinträchtigen könnten. Denn dies ist überhaupt unmöglich und zwar auch dann, wenn der Pfändungsbeschluß in der Weise gefaßt wird, daß ein bestimmter Lohnbetrag freizubleiben hat und nur der überschießende Teil gepfändet wird. Es mag hierbei nur auf die Fälle verwiesen werden, in denen sich die Notwendigkeit ergibt, den freigelassenen Betrag überhaupt oder vorübergehend zu erhöhen, z. B. dem Schuldner ist an seinem Wochenlohn ein Betrag von 20 Mk. freigelassen und der überschießende Teil gepfändet worden. Erhält er nun Familienzuwachs, so ist der Betrag von 20 Mk. nicht mehr genügend, sondern muß erhöht werden. Oder die Ehefrau des Schuldners verfällt in eine mehrere Monate anhaltende mit erheblichen Kosten verbundene Krankheit; auch in diesem Falle wird wenigstens für die Dauer der Krankheit der freibleibende Betrag von 20 Mk. erhöht werden müssen. Oder es fällt der erste Weihnachtsfeiertag auf einen Donnerstag; dann fällt der zweite auf einen Freitag. Die Fabrik, in welcher der Schuldner beschäftigt ist, läßt wegen des kurz darauffolgenden Sonntags auch an dem Samstage nicht arbeiten. Es fallen nunmehr dem Schuldner drei volle Arbeitstage in einer Woche aus. Zweifellos würde er in diesem Falle beanspruchen können, daß die Pfändung seines Lohnes für die Woche vor Weihnachten außer Wirksamkeit gesetzt wird, da er sonst in seinem Existenzminimum beeinträchtigt werden würde.

Ist es nun aber schlechterdings unmöglich, bei der Fassung des Pfändungsbeschlusses für alle möglichen Ausnahmsfälle in der Weise Sorge zu tragen, daß das jeweilige Existenzminimum des Schuldners schon durch die Fassung des Pfändungsbeschlusses geschützt wird, so wird man zu dem Schlusse kommen müssen, daß es an und für sich genügen muß, wenn bei der Pfändung soviel Rücksicht auf den Schuldner genommen wird, daß ihm für die Regel das Existenzminimum verbleibt. Dadurch wird sein Anspruch auf Belassung des gesetzlichen Existenzminimums in keiner Weise verletzt. Denn tritt dann ein Ausnahmsfall ein, welcher für einen bestimmten Zeitraum, z. B. für eine Woche sein Existenzminimum beeinträchtigen würde, dann liegt es jederzeit in seiner Macht, die Beeinträchtigung hintanzuhalten. Er kann dies sehr leicht durch einen einfachen Antrag bei dem Vollstreckungsgericht nach § 766 RCPO., welches dann die Wirksamkeit der Pfändung für den betreffenden Zeitraum aufhebt oder doch modifiziert, sodaß dem Schuldner auch für diesen Zeitraum das Existenzminimum verbleibt, z. B. ein verheirateter Schuldner ohne Kinder

steht bei einem Arbeitgeber in Dienst und verdient pro Tag 4 Mk., demnach in der Woche 6 × 4 = 24 Mk. Die Auszahlung des Lohnes erfolgt jeweils am Samstag. Nach den örtlichen Verhältnissen braucht der Schuldner für seinen und seiner Ehefrau Unterhalt pro Woche 20 Mk., sodaß an sich pro Woche 4 Mk. pfändbar wären. Wenn nun ein fester Betrag von 4 Mk. pro Woche gepfändet wird, so verbleibt dem Schuldner für die Regel das Existenzminimum von 20 Mk. Es können nun allerdings Ausnahmefälle eintreten, welche den Wochenlohn von 24 Mk. reduzieren, z. B. bevor die Schuld vollständig durch die Lohnabzüge gedeckt ist, fällt ein Feiertag unter die Woche, sodaß der Schuldner bei nur 5 Arbeitstagen à 4 Mk. 20 Mk. Wochenlohn erhält, von welchem dann 4 Mk. abgezogen würden. Allein dies ist eben ein Ausnahmsfall und gegen eine Benachteiligung in solchen Ausnahmsfällen kann sich der Schuldner jeweils durch Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach § 766 RCPO. schützen und erreichen, daß die Pfändung für die betreffende Woche außer Wirksamkeit gesetzt wird.

Selbst in streng katholischen Gegenden, in welchen im Laufe des Jahres mehr Feiertage gefeiert werden, bildet das Hereinfallen von Feiertagen unter die Woche nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Es mag nun allerdings auch noch andere Umstände geben, welche den Wochenlohn durch den einen oder anderen Umstand reduzieren, z. B. der Schuldner ist an einem Wochentage einmal durch irgend welchen Anlaß verhindert, zu arbeiten u. dgl. Aber auch solche Fälle bilden eben nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Der Fall, daß der Schuldner sozusagen jeden Tag wo anders arbeitet, wie z. B. der Gelegenheitsarbeiter, muß hier schon deshalb ausscheiden, weil ja die Wirksamkeit der Pfändung erst mit der Zustellung an den Drittschuldner erfolgt (RCPO. § 829 III), sodaß in diesem Falle eine Pfändung des Arbeitslohnes praktisch gar nicht denkbar ist. Denn bis der Pfändungsbeschluß dem Arbeitgeber zugestellt wäre, arbeitet der Schuldner nicht mehr bei diesem.

Stellt man sich nun aber auf den Standpunkt, daß bei der Betätigung der Pfändung nicht sämtliche möglichen Ausnahmsfälle berücksichtigt werden können, daß der Vollstreckungsrichter vielmehr lediglich so viel Rücksicht auf den Schuldner nehmen muß, daß diesem für die Regel das Existenzminimum verbleibt, während in Ausnahmsfällen sich der Schuldner rühren muß, so ist ein Grund nicht ersichtlich, warum nicht auch die Pfändung in der Weise zulässig sein sollte, daß ein fester Betrag gepfändet wird.

Der Einwand, daß in diesem Falle Schwankungen des Einkommens von dem Schuldner, bezw. den Verwandten zu tragen wären und dem ersteren der notdürftige Unterhalt nicht freibleibe, widerlegt sich durch das bereits hervorgehobene Recht des Schuldners, in derartigen Ausnahmsfällen mit Hilfe des § 766 RCPO. ganze oder teilweise Außerwirksamkeitssetzung des Pfändungsbeschlusses zu verlangen. Es besteht auch keinerlei Gefahr, daß der Schuldner in derartigen Fällen mit seinem Antrage etwa zu spät kommt. Denn das diesbezügliche Verfahren ist derartig einfach und rasch, daß es ganz gut in einem Tage wenigstens so weit erledigt werden kann, daß die Auszahlung des Lohnes an den Gläubiger inhibiert wird. Dazu kommt noch, daß der Schuldner sehr häufig derartige Ausnahmsfälle längere Zeit voraussehen kann; so kann er insbesondere das Hereinfallen von Feiertagen unter die Woche wohl genügend lange voraussehen.

Man könnte nun allerdings vielleicht einwenden, daß dieses Verfahren (Pfändung fester Beträge) mitunter sehr umständlich werden könnte, allein mit Unrecht. Denn in erster Linie kann sich ein Schuldner, der es auf die Zwangs-

vollstreckung ankommen läßt, überhaupt nicht beschweren, wenn er durch Zwangsvollstreckung Unannehmlichkeiten bekommt. Auf der anderen Seite kann der Schuldner oft mehrere derartige Ausnahmsfälle durch einen Antrag erledigen; z. B. es fällt der erste Weihnachtsfeiertag auf einen Montag, dann fällt auch Neujahr auf einen Montag und in manchen Gegenden wird auch noch Hl. Dreikönige gefeiert; in einem solchen Falle kann er dann vor Weihnachten mit einem einzigen Antrage die Außerwirksamkeitssetzung des Pfändungsbeschlusses für diese beiden Wochen erreichen. Es ist weiter noch zu berücksichtigen, daß derartige Einwendungen auch dann notwendig werden können, wenn der Pfändungsbeschluß so gefaßt wird, daß ein bestimmter Lohnbetrag freibleibt und nur der überschießende Teil gepfändet wird (s. oben).

Kann nun aber ein Schuldner schon an sich nicht beanspruchen, daß der Pfändungsbeschluß in der Weise gefaßt wird, daß der Schuldner möglichst wenig Umstände hat, so kann dies ganz sicherlich nicht ein Schuldner, dem zuerst ein bestimmter Betrag freigelassen worden ist und der dann nur mehr soviel arbeitet, daß er den freigelassenen Betrag verdient, während er im Uebrigen aus reiner Schikane jeden weiteren Erwerb mutwillig zurückweist.

Ich halte es deshalb wenigstens für die Regel — seltene Ausnahmen kann es ja geben und dann darf die Pfändung fester Beträge allerdings nicht erfolgen — für statthaft, einen festen Betrag auch bei schwankenden Lohnbezügen zu pfänden. Gegen etwaige Kürzungen seines Existenzminimums kann sich der Schuldner stets von Fall zu Fall durch Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach § 766 RCPO. schützen. Auf diese Weise wird dem Gesetze nach jeder Hinsicht Rechnung getragen. Der Schuldner behält sein Existenzminimum, aber auch das uneheliche Kind kommt zu seinem Rechte. Beides aber will das Gesetz.

Nur nebenbei mag noch auf die heilsamen Wirkungen hingewiesen werden, welche die Pfändung von festen Beträgen im Gefolge hat. Weiß nämlich der Schuldner von vorneherein, daß ihm ein fester Betrag abgezogen wird, so liegt es in seinem eigensten Interesse, regelmäßig zu arbeiten; er wird nicht nur nicht blau machen, sondern die ganze Woche hindurch arbeiten; er wird außerdem bestrebt sein, sein Einkommen durch oft leicht erreichbaren Nebenerwerb zu erhöhen, denn eine Mehreinnahme kommt ihm zu Gute. Wird dagegen die Pfändung in der Weise bewirkt, daß ein bestimmter Lohnbetrag freigelassen und der überschießende Teil gepfändet wird, so wird dem Schuldner die Arbeitsfreude direkt benommen, denn er mag soviel arbeiten, als er nur will, er erhält immer nur den freigelassenen Betrag.

Durch die Pfändung eines festen Betrages wird aber außerdem auch noch eine nachteilige Folge für den Schuldner vermieden. Denn, wenn der Schuldner bei Freilassung eines bestimmten Lohnbetrages nur soviel arbeitet, daß er den freigelassenen Betrag verdient, im übrigen aber feiert, so braucht er für diese selbstgeschaffenen Feiertage wieder um so mehr Geld.

Die Frage ist endlich auch noch von hoher Wichtigkeit für unsere gewiß überall stark belasteten Armenpflegen. Denn, wenn der Vater für sein uneheliches Kind nichts bezahlt, fällt letzteres in den meisten Fällen der Armenpflege zur Last. Das schikanöse Verhalten des Schuldners trifft daher in vielen Fällen weniger das uneheliche Kind, als die einschlägige Armenpflege. Auch aus diesem Grunde empfiehlt sich die Pfändung fester Beträge.

Mit Beginn der Unfallfürsorge endet der Anspruch auf Krankenfürsorge für einen Betriebsverletzten.

Von Kreisgerichtsrat Dr. B. Hilse in Berlin.

Es endet auf Grund § 6 KrVG. vom 15. Juni 1883/10. April 1892 der Anspruch eines Kassenmitgliedes auf Krankenunterstützung mit Ablauf der 13. Woche seit Beginn der Krankheit und tritt zufolge § 5 UVG. vom 6. Juli 1884 bezw. § 9 GUVG. vom 30. Juni 1900 die Pflicht zur Entschädigung eines infolge Betriebsunfalles Erkrankten mit Beginn der 13. Woche seit dem Unfalle ein. Aus dem Zusammenhange dieser beiden grundsätzlichen Rechtsregeln ist seitens der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung stets daran festgehalten worden, daß die Krankenversicherung und die Unfallversicherung sich in der Weise ergänzen, daß nach dem gesetzgeberischen Willen mit Endigung der ersteren der Anfang der letzteren zeitlich zusammentrifft. Eine Bestätigung findet diese Rechtsauffassung auch im § 13 GUVG., welcher bestimmt ist, eine bei der praktischen Handhabung hervorgetretene Lücke zwischen diesen beiden Versicherungsarten zu beseitigen, indem der Anfangstermin für die Unfallfürsorge auf einen früheren Zeitraum in dem Falle zurückverlegt wird, wenn die Heilung der Krankheitserscheinungen so schnell vorgeschritten ist, daß das Heilverfahren als abgeschlossen, mithin als fortan entbehrlich erachtet werden kann, trotzdem aber die Wiederherstellung der vollen Erwerbsfähigkeit noch nicht erreicht, also der Betriebsverletzte an Verwertung seiner Arbeitskraft zur Erzielung eines Erwerbes noch beschränkt ist. Unter diesen Voraussetzungen soll unmittelbar mit Wegfall der Krankenunterstützung die Unfallrente zugebilligt werden, um Not und Entbehrung von dem auf Verwertung seiner Arbeitskraft Angewiesenen fern zu halten. Dabei sei der Vollständigkeit wegen hervorgehoben, daß auf diese Vergünstigung jedoch diejenigen keinen Anspruch haben, welche bei Ausführung von Regiebauarbeiten einen Unfall erlitten. Diese bislang unstrittige Auslegung des gesetzgeberischen Willens ist durch das KrVG. vom 25. Juni 1903 insofern getroffen, als durch dasselbe die Unterstützungsdauer der Krankenkassen von 13 auf 26 Wochen erweitert wurde. Denn nunmehr gehen die Ansichten darin auseinander, ob auch auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Berufsgenossenschaften die Fristverlängerung einen Einfluß ausübt, ob mithin neben der Unfallfürsorge gleichzeitig auch noch die Krankenfürsorge fortdauern soll.

Die gemäß § 58 KrVG. zur Vorentscheidung über Streitigkeiten auf Krankenunterstützung berufenen krankenkaßlichen Aufsichtsbehörden sind hinsichtlich dieser Frage zu diametralentgegengesetzten Rechtsprüchen gelangt. Der Magistratskommissar für die Orts- und Betriebskrankenkassen in Berlin erachtet in seiner Entscheidung vom 11. Mai 1904 (Zeitschr. f. prakt. Arbeiterv. 04, 236) die Unterstützungspflicht der Krankenkassen bei Unfällen vom Beginne der 14. Woche nach Eintritt derselben für eine nur subsidiäre, weshalb bei Uebernahme des Heilverfahrens durch die Berufsgenossenschaft der Anspruch des Versicherten an die Krankenkasse aufgehoben werde, während der Magistratskommissar in Magdeburg unter dem 15. August 1905 (ebd. 05, 336) die Rechtsüberzeugung vertritt, daß die Krankenkassenmitglieder auch dadurch, daß die Berufsgenossenschaft bei Betriebsunfällen vom Beginn der 14. Woche nach Eintritt des Unfalls das Heilverfahren übernimmt und Rente gewährt, nicht ihre statutarischen Ansprüche an die Krankenkasse bis zum Ablauf der 26. Woche nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit verlieren. Nur einer von beiden kann richtig, der andere muß unrichtig geurteilt haben. Auf wessen Seite das Ueber-

gewicht der Wahrscheinlichkeit liegt, hier das Richtige getroffen zu haben, muß an der Hand der einschlägigen Gesetzesstellen geprüft werden.

Daß aus der Versicherungspflicht der Versicherungspflichtige niemals mehr soll erhalten können als einen Ausgleich der geminderten zu einer vollen Erwerbsfähigkeit, entspricht dem leitenden Grundgedanken des Versicherungsrechtes, welcher auch in der öffentlich-rechtlichen Arbeiterversicherung einen klaren und bestimmten Ausdruck gefunden hat. Es läßt zwar § 6 KrVG. zu, daß jemand gleichzeitig bei mehreren Krankenkassen versichert sein könne, beschränkt bei Bestehen der Doppelversicherung jedoch das Höchstmaß des Krankengeldes auf den vollen Betrag des Durchschnittsarbeitsverdienstes. Aus der Rechtsregel des § 19 KrVG., wonach die Versicherungspflicht kraft des Gesetzes mit Aufnahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung von selbst beginnt und mit deren Niederlegung erlischt, in Verbindung mit dem Grundsatze in § 27 KrVG., wonach die freiwillige Fortsetzung der Versicherung nur so lange gestattet ist, wie nicht auf Grund des Beschäftigungsverhältnisses die Zugehörigkeit zu einer anderen Pflichtkrankenkasse sich ergibt, folgt rechtlich unwiderlegbar, daß der Gesetzgeber die Doppelversicherung nur in der Weise sich gedacht haben kann, daß die eine Versicherungsnahme eine pflichtgemäße, die andere eine freiwillige sei. Der Grundsatz in § 48 IVG., wonach das Bezugsrecht auf Invalidenrente neben einer zugebilligten Unfallrente nur insoweit besteht als beide zusammen nicht das 7½fache des Grundbetrages der Invalidenrente übersteigen, spricht überzeugend dafür, daß aus der Versicherungspflicht nicht zwei selbständige Ansprüche gleichzeitig neben einander fortbestehen sollen. Ebenso läßt § 113 IVG. keinen begründeten Zweifel dagegen zu, daß die Unterstützungspflicht der Berufsgenossenschaft als eine primäre, diese der anderen Träger der Versicherung, d. h. der Landesversicherungsanstalt und der Krankenkasse nur als eine subsidiäre gedacht wurde. Bestätigt wird diese Anschauung auch noch durch § 76e KrVG. und § 11 GUVG., welche der Berufsgenossenschaft die Befugnis und der Krankenkasse die korrespondierende Verbindlichkeit beilegen, für Rechnung der ersteren das Heilverfahren eines Betriebsverletzten schon vor und auch über den Ablauf der 13. Woche hinaus durch letztere besorgen zu lassen. Hinzu tritt noch ergänzend, daß §§ 22—24 GUVG. dem Genossenschaftsvorstande das Recht beilegen, jederzeit das ihm zweckdienliche Heilverfahren für einen Betriebsverletzten mit der Wirkung anzuordnen, daß im Weigerungsfalle das Rentenbezugsrecht gänzlich oder teilweise entzogen werde. Alle diese Rechtsregeln in ihrem Zusammenhange und in ihrer Wechselbeziehung schließen jedes rechtliche Bedenken dagegen aus, daß durch die jetzt geltende 26wöchentliche Krankenfürsorge in dem Verhältnisse zwischen Krankenkassen und Berufsgenossenschaften nichts geändert werden sollte, mithin der Empfänger einer Unfallrente vom Beginn der 14. Krankheitswoche ab einen selbständigen Anspruch gegen die Krankenkasse nicht erheben kann und daß zur Geltendmachung eines solchen ihn auch nicht die Rechtsregel in § 25 GUVG. ermächtigt. Aus der freiwilligen Versicherungsnahme mag ihm, was hier nicht geprüft werden soll, vielleicht ein solcher zustehen. Dann beruht er aber nicht auf gesetzlicher oder statutarischer Pflicht, was weiter ausschließen würde, daß eine Ueberweisung der Unfallrente an die Krankenkasse in Höhe der von ihr gemachten Aufwendungen auf die §§ 25, 26 GUVG. gestützt werden kann. Seitens der zur Entscheidung zuständigen ordentlichen Gerichte ist eine rechtsgrundsätzliche Stellungnahme zu dieser neu aufgeworfenen Streitfrage noch nicht bekannt geworden, vielleicht deshalb, weil sie hierüber noch nicht angerufen worden sind.

Bedeutung und Tragweite des Abtretungverbots aus § 399 BGB.

Kann sich auch ein Dritter darauf berufen? Kann und in welcher Weise kann eine verbotswidrige Cession geheilt werden?

Von Rechtsanwalt Dr. Arthur Brückmann am Kammergericht in Berlin.

Im § 399 BGB. ist bestimmt, daß eine Forderung nicht abgetreten werden kann, „wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist". Daß die gegen eine derartige Vereinbarung verstoßende dennoch geschehende Abtretung dem Schuldner gegenüber unwirksam ist, ist zwar in der Regel der springende Punkt, oft aber doch nicht das allein Erhebliche. Vor allem nämlich dann nicht, wenn die betreffende Forderung irgendwie zwischen dritten streitig wird. Der nächstliegende und praktisch bedeutsamste Fall mag hier der Fall der Forderungsprätendenten sein. In vereinsmäßigen Satzungen, hauptsächlich z. B. in den Satzungen der Genossenschaften, wird — beispielsweise, an der Hand dieses Beispiels können leicht andere gebildet werden — außerordentlich häufig die Abtretung des Geschäftsguthabens den Genossen untersagt. Es kommt nun vor, daß der Genosse gleichwohl das Guthaben abtritt, und sogar mehrfach. Geht alles glatt, so wird die Genossenschaft kein erhebliches Interesse daran haben, beim Ausscheiden des Genossen das Guthaben nicht auszuzahlen. Aber an wen? — In dem Forderungsprätendentenstreit, der sich nun zwischen den beiden Cessionaren anspinnt, — kann in diesem Streit das zwischen dem Genossen und der Schuldnerin verabredete Abtretungsverbot eine Rolle spielen? Etwa in dem Sinne, daß die Gegenstandslosigkeit der Abtretung von dem einen oder dem anderen oder ihre Wirkungslosigkeit geltend gemacht werden kann? — Hat es auf der anderen Seite die Schuldnerin, die Genossenschaft, in der Hand, das Guthaben nur dem Primus oder Secundus auszuzahlen, indem sie nachträglich diese oder jene Cession „genehmigt"? — Oder wie ist die eigentliche Rechtslage sonst beschaffen?

Bei Durchprüfung dieser Fragen an der Hand der Literatur — in der Rechtsprechung habe ich nichts ermitteln können — schien es mir, als ob das Wesen des Abtretungsverbots des § 399 BGB. nach seiner prinzipiellen Seite hin noch kaum interessiert habe. Der Umstand, daß es vor allem der Regel nach für das Verhältnis zwischen Schuldner und dritten praktisch wird, trug dazu bei, die oben von mir formulierte Frage als Streitfrage noch latent zu lassen. Diese Frage ist aber weder ohne praktische Bedeutung noch ohne wissenschaftliches und theoretisches Interesse.

Allgemein wird nun bezüglich des § 399 in der Literatur mit Recht hervorgehoben, daß es sich um eine im Interesse des Schuldners gesetzte Bestimmung handle. Soweit aber wie Goldmann-Lilienthal (Lehrbuch) S. 177/8, 438) in ihren Folgerungen aus diesem Prinzip geht sonst keiner. Diese nämlich nehmen lediglich „relative Unwirksamkeit" im Sinne des § 135 als Wirkung des Verstoßes gegen das Verbot an. Sehr angenähert erscheint die Auffassung Endemanns (Lehrbuch S. 868/9). Er läßt zwar die „verbotswidrige Abtretung . . . grundsätzlich nichtig" sein, und zwar „auch die durch Vertrag vereinbarte Unübertragbarkeit eines Anspruchs, wodurch das Forderungsrecht seinem Inhalte nach zu einem unveräußerlichen wird." Anders dagegen soll es stehen, „wenn das Forderungsrecht seinem Inhalte nach veräußerlich ist, die Beteiligten aber die Verfügung durch Vertrag beschränkt oder ausgeschlossen haben". Eine derartige Vereinbarung soll nur „eine obligatorische Verpflichtung unter den Vertragschließenden" bewirken, „der Giltigkeit einer trotzdem erfolgten Abtretung nicht entgegenstehen". Auf diese Weise will er § 399 mit § 137

Satz 2 „vereinigen" (Anm. 12). In ganz ähnlicher Weise nimmt Planck (zu § 274 Nr. 3 und § 399) an, die Abtretung sei „nicht völlig nichtig", sobald „die Unzulässigkeit der Abtretung lediglich auf den im Interesse des Schuldners getroffenen Vorschriften beruht". Und Rehbein (S. 387/88 zu § 399 Nr. 11) gewährt „dem Schuldner eine Einrede gegen jeden Cessionar". . . . „Die Vereinbarung macht die Abtretung dem Schuldner gegenüber unwirksam, aber nicht nichtig". Er hebt hervor: „Der Schuldner kann an den Cessionar zahlen, auch nachträglich die Abtretung bewilligen".

In diesem Punkt treffen sich überhaupt die Vertreter obiger und ähnlicher Auffassungen mit denjenigen, die prinzipiell entgegengesetzte vertreten. Hierher gehören z. B. Crome (Lehrbuch S. 326), Dernburg (Lehrbuch S. 352/3), Müller-Meikel (Lehrbuch S. 303), Cosack (Lehrbuch S. 389), die alle den Ton darauf legen, daß „einfache Zustimmung des Schuldners zur Abtretung die Forderung wieder übertragbar" macht, daß durch sie „das Verbot seine Kraft" verliert, daß die Abtretung von der Zustimmung des Schuldners abhängig ist. — Nehmen diese Autoren demnach wohl prinzipielle — wenn auch heilbare — Unwirksamkeit einer verbotswidrigen Abtretung an, so wird diese Folge von anderen, sei es infolge der Unterdrückung des Hinweises auf die Heilbarkeit, sei es durch Betonung des dem § 399 zugrunde liegenden legislatorischen Gedankens, schärfer herausgearbeitet. Hier sind zu nennen: Staudinger (Komm. zu § 399 Nr. 1e), Bendix (Lehrbuch S. 379 Nr. 2), Oertmann (Komm. S. 123 Nr. 1b), Schollmeyer (Komm. zu § 399 Nr. 2), Matthiaß (Lehrbuch S. 451), Ehrlich (Zwingendes und nichtzwingendes Recht S. 22 Anm. 72), auch wohl Brütt (S. 75) und Stammler (Schuldverhältnisse S. 191). Aber auch bei diesen Schriftstellern wird die Ungültigkeitsfolge natürlich nicht in allen ihren Konsequenzen erörtert. Insbesondere scheint bisher überhaupt noch nicht die Frage für sich gewürdigt worden zu sein, ob sich ein Dritter einem anderen Dritten gegenüber auf das Vertragsverbot berufen kann.

Ich bejahe diese Frage. Man muß hierzu gelangen, wenn man scharf die Wurzel der Unübertragbarkeit aus § 399 im Auge behält. Die Nichtabtretbarkeit ist im Falle des § 399 der Forderung durchaus immanent. Diese Immanenz ist durch den Parteiwillen geschaffen, wie jegliche Modalität der Forderung durch ihn geschaffen wird. Wie man es nicht als Berufung auf das Recht eines Dritten bezeichnen kann, wenn man Nichtfälligkeit oder Unkündbarkeit, eine Vertragsstrafenabrede oder sonst eine der Forderung entstammende Rechtsbehauptung oder -Verteidigung entgegenstellt, so wird auch im vorliegenden Falle nur eingewendet, was sich unmittelbar aus der Forderung, wie sie von den Parteien geschaffen ist, selbst ergibt. Es ist sicher, daß der § 399 im Interesse des Schuldners geschaffen ist und ihm gegenüber auch vorwiegend seine praktische Verwirklichung finden wird. Aber es muß doch immer im Auge behalten werden, durch welche technischen Mittel der Gesetzgeber dieses Interesse betätigt hat. Hier hat er die Unabtretbarkeit von einer „Vereinbarung" der Parteien abhängig gemacht. Die ursprünglich entgegenstehenden Bedenken,[1]) die insbesondere die Kraft der Privatautonomie, unübertragbare Forderungen ins Leben zu rufen, bezweifelten, wurden ausdrücklich als unbegründet zurückgewiesen und unser Satz des § 399 Gesetz. Es ist

1) Denkschrift S. 55, Mugdan (Materialien) II S. 67, Motive II S. 122/3 Protok. für die zweite Lesung I S. 384. Ausführlich über die Vorgeschichte Brütt S. 70 ff.; s. a. über das frühere gemeine Recht im Vergleich zum heutigen Stammler S. 191.

nicht ganz genau, wenn Schollmeyer (a. a. O.), und Crome S. 84 ausführen, daß er der Forderung die Fähigkeit, cediert zu werden, „nimmt", daß sie durch Vertrag die Abtretungsfähigkeit „verlor"[2]), — nicht ganz genau, weil hier immer noch leise die Vorstellung anklingt, als ob der Verbotsvertrag von außen an die als abtretbar entstandene Forderung herantrete. Aber so liegt der Fall nicht. So wenig wie man sagen kann, daß im Fall eines mit einer bestimmten Kündigungsfrist vereinbarten Darlehens das Darlehen seine gesetzliche Kündbarkeit (§ 609) infolge der Vereinbarung der Frist „verlor", so wenig kann man hier von dem „Verlust" einer gewöhnlichen, sonst verkehrsgemäß den Forderungen anhaftenden Eigenschaft sprechen. Von vornherein vielmehr ist die Forderung als eine unabtretbare entstanden. Wer sich auf die Unabtretbarkeit beruft, macht ihren Inhalt geltend.[3])

Hiermit ist aber nicht — und dies muß, um etwaige praktische Bedenken zu zerstreuen, hervorgehoben werden — die Möglichkeit der nachträglichen Heilbarkeit einer gegen das Vertragsverbot verstoßenden Verfügung verneint. Dies muß gerade anerkennen, wer den Vertrag als die Quelle der Unübertragbarkeit im Auge behält. Denn ihm zu allererst ergibt sich zwanglos der Satz, daß vor allen Dingen durch Vertrag auch die Unabtretbarkeit der Forderung beseitigt (nicht etwa „wieder" beseitigt)[4]) werden kann, daß durch Vertrag die Abtretbarkeit erlangt werden kann. Aber auch nur durch Vertrag, — und nicht etwa durch „Zustimmung", „einfache Zustimmung" u. s. w. des Schuldners, wie viele (s. o.) behaupten. Denn die Unabtretbarkeit war doch eben auf die übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Parteien begründet. Und wer nichts weiter als lediglich die einseitige Zustimmung des Schuldners als Heilungsmittel betont, der übersieht, daß er damit die Möglichkeit einer einseitigen Abänderung eines Vertrages behauptet. Es kann daher von vornherein als sicher gelten, daß, wer die „Zustimmung" des Schuldners als mögliches Mittel der Heilung ansieht, darauf bedacht sein muß, sie als Bestandteil eines das Verbot beseitigenden Vertrages zwischen Gläubiger und Schuldner erscheinen zu lassen. Man darf vielleicht folgendes annehmen: der Gläubiger, dem ja in fast allen Fällen nichts an dem Abtretungsverbot gelegen sein wird, gibt schon durch seine verbotswidrige Cession seine Absicht, von der Verbotsabrede abzugehen, zu erkennen. Er, für seine Person, „verzichtet" auf die Klausel. Natürlich will er incidenter alles, was notwendig ist, um die rechtlichen (juristischen) und wirtschaftlichen Ziele seiner Absicht zu verwirklichen; denn sie bleibt ja ein untauglicher Versuch, wenn es ihr nicht gelingt, sich den Willen des Schuldners (Cessus) geneigt zu machen und sich mit ihm zu vereinigen. So liegt, namentlich sofern nicht ein besonderer Antrag an den Schuldner gerichtet wird, vor allem der Gläubiger selber keine Schritte zur Herbeiführung der Genehmigung tut, in aller Regel in der verbotswidrigen Cession gleichzeitig der zum Aufhebungsvertrage erforderliche „Antrag" mit beschlossen. Dieser Antrag, der den § 145 ff. BGB. untersteht, wird mit der Geltendmachung der Forderung dem Cessus von dem Cessionar übermittelt, den ja manche

---

2) Eine Folge dieser Ausdrucksweise s. a. S. 87 Anm. 1.

3) Zu solchem Ergebnis muß sicher insbesondere auch gelangen, wer (wie Matthiaß) annimmt, daß durch die Vereinbarung die Leistung dahin bestimmt werde, „daß sie nur an den bisherigen Gläubiger erfolgen soll", die Leistung an einen anderen daher Veränderung der Leistung wäre, auch wenn sie an sich anderen als den bisherigen Gläubigern gemacht werden könnte. Anders z. B. Endemann.

4) Schollmeyer sagt natürlich (s. o. S. 86 Anm. 1): daß die Forderung die „verlorene" Abtretbarkeit durch Vertrag „wieder erlangen" kann. S. a. Crome S. 84, 36.

unter Umständen nach § 168 S. 2, § 140 BGB. sogar für zur Einziehung der Forderung unwiderruflich bevollmächtigt erachten[5]), der aber jedenfalls zur Empfangnahme der die Cession gültig machenden zustimmenden Willenserklärung des debitor cessus ermächtigt gehalten werden muß (§ 167), wie auch natürlich ihm, dem ersten Gläubiger gegenüber diese Zustimmung erklärt werden kann. Beide werden in der Regel in gleicher Weise bemüht und interessiert sein, sie zu beschaffen. Erfolgt sie (und zwar regelmäßig als nachträgliche, § 184: Genehmigung), so ist die Cession von Anfang an wirksam; wird sie nicht erteilt, so ist eine unabtretbare Forderung abgetreten, d. h. also die Abtretung wirkungslos. Jedenfalls hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung des Cessus ab (§ 182). Diese Konstruktion versucht nur, aus den wirtschaftlichen Vorgängen die juristischen Elemente zu entwickeln, die notwendig sind, um jene ihrem Ziele zuzuführen; die Annahme, daß regelmäßig der Cedent, der eine Forderung verbotswidrig abtritt, die Frage des Cessionars „Soll ich den Schuldner in Deinem Namen bitten, der Abtretung zuzustimmen?" bejahen würde, ist wohl nicht zu kühn. Nur dieser Erfahrungssatz wird hier juristisch verwertet.

Diese „Antragstheorie", wie ich einmal sagen will, kann die erheblichsten praktischen Folgen insbesondere in allen denjenigen Fällen zeitigen, in denen dem Cedenten die Abtretung der verbotswidrigen Cession leid wird. Nähme man nämlich an, daß der Schuldner die verbotswidrige Abtretung durch einfache „Zustimmung", d. h. einseitige Erklärung, genehmigen, wirksam und rechtsbeständig machen könnte, so würde man ihm eine Stellung und eine Macht, über den Kopf seines Gläubigers hinweg, dessen Rechtslage zu beeinflussen, einräumen, die durch nichts gerechtfertigt wäre. Am allerwenigsten durch sein eigenes Schuldner-Interesse; denn dieses erschöpft sich restlos in der Verfügungsmöglichkeit über das Abtretungsverbot, in der Möglichkeit, an ihm festzuhalten oder auch, es in Uebereinstimmung mit dem Gläubiger aus dem Vertrage wieder herauszubringen. Aber ein selbständiges aus dem Vertrage sich ergebendes Interesse, die verbotswidrig abgetretene Forderung dem Cessionar endgültig zu verschaffen, ist nicht zu erkennen und könnte lediglich in außerhalb seiner Grenzen liegenden Umständen, z. B. Kollussionsabsichten u. dgl., zu finden sein. Deshalb ist es notwendig, dem Schuldner fortdauernd im Gedächtnis zu halten, daß er nur, wenn auch sein Gläubiger will, sein „Recht", das eben ein Vertragsbestandteil ist, aufzugeben vermag. Sein Gläubiger kann nun u. U. zwar durch eine verbotswidrige Abtretung einem neuen Gläubiger die Forderung verschaffen wollen, aber dies bleibt eben so lange im Stadium des Versuches, bis der Cessus den in dieser Abtretung liegenden Antrag angenommen hat. Hier aber greift zugunsten des verbotswidrig abtretenden Gläubigers in seinem Verhältnis zum Schuldner der § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB. ein. Eine Willenserklärung wird nicht wirksam, wenn dem Anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. Diese Bestimmung ermöglicht es dem Gläubiger, eine verbotswidrig abgetretene Forderung, deren Cession ihm leid geworden ist, zurückzuhalten, wenn nicht der neue Gläubiger vorher schon von dem Schuldner unter Hinweis auf den in der Cession liegenden, oben des näheren gekennzeichneten Antrag auf Zustimmung, diese erlangt haben sollte. Sie ermöglicht es ihm, bis zu diesem Zeitpunkt an den Schuldner heranzutreten und ihm zu erklären: „Ich bin aber nicht mit der

[5]) Rehbein S. 387/88 zu § 399 Nr. 11, Schollmeyer zu § 399 Nr. 2; Dernburg II S. 352/3.

Beseitigung des Cessionsverbots einverstanden; ich widerrufe den in meiner verbotswidrigen Cession liegenden, dir etwa von meinem Cessionar noch zugehenden Antrag auf Zustimmung." In diesem Falle kann der Schuldner nichts „genehmigen", keiner Abtretung „zustimmen".

Eine besondere Erscheinungsform dieses nachträglichen „Bereuens" des Gläubigers stellt im Grunde die mehrfache verbotswidrige Cession dar. Denn indem der Gläubiger die gegen das Verbot abgetretene Forderung nochmals abtritt, nimmt er den in der ersten Abtretung liegenden Antrag auf Zustimmung zurück und stellt mit der zweiten einen neuen an seinen Schuldner. Dieser Antrag gibt dem Schuldner die Möglichkeit, die zweite oder richtiger die letzte, die späteste Cession zu genehmigen, nicht aber die früheren. Nimmt man dies nicht an und hält man etwa die Möglichkeit einseitiger Zustimmung für gegeben, so käme man u. U. dazu, dem Schuldner die Macht anzuvertrauen, sämtliche Cessionen durch Genehmigung an sich wirksam zu machen, dadurch aber, da ja schon die zweite gegenstandslos ist, lediglich dem ersten Cessionar die Stellung des berufenen Gläubigers zu verschaffen. Das aber wäre völlig willkürlich und hätte nicht die geringste innere Veranlassung; denn die Cession an den Primus war nicht minder gegen den Vertrag als die an den Ultimus; und was einzig und allein ausschlaggebend in die Wagschale fällt, ist dem Schuldner gegenüber der Wille des Gläubigers. Ueber ihn darf der Schuldner sich keineswegs hinwegsetzen.

Auch kann sich der Schuldner nicht etwa darauf berufen, daß der Gläubiger dolos handle, wenn er die verbotene Abtretung ihm, Schuldner, gegenüber widerrufe, daß infolgedessen die Zurücknahme des in der Cession liegenden Antrags an ihn, Schuldner, (§ 130 Abs. 1 S. 2), nicht beachtlich sei und er den Antrag annehme. Dies kann er nicht, weil — in dem Falle mehrfacher Cessionen — ihm gegenüber sich die eine so vertragswidrig ausnimmt wie die andere und — in dem Falle oben, wo es dem Gläubiger lediglich leid wird, — der Gläubiger sich doch sogar bemüht zeigt, den ihm, Schuldner, gegenüber durch die Abtretung begangenen Vertragsbruch wieder gut zu machen, indem er ihn bittet, nicht zuzustimmen.

So erweist sich der Satz, daß die Zustimmung des Schuldners mit dem Willen des verbotswidrig abtretenden Gläubigers sich zum Aufhebungsvertrage zusammenschließen muß, nach manchen Richtungen hin bedeutungsvoll. — Ganz dahingestellt müssen heute an dieser Stelle bleiben die internen Wirkungen, die die verbotswidrige Abtretung einer Forderung zwischen Cedenten und Cessionar zeitigen kann. Besteht eine Pflicht des Cedenten, dem Cessionar zu offenbaren, daß die Abtretung verboten ist, so daß also unter der Suspensivbedingung der Zustimmung durch den Schuldner abgetreten wird (§ 158 Abs. 1)? Kommt § 160 zur Anwendung, wenn inzwischen der Cedent das in pendenti befindliche Recht des Cessionars dadurch beeinträchtigt, daß er es an dem Secundus abtritt und den Schuldner veranlaßt, dieser Abtretung zuzustimmen? Greift § 162 ein, wenn der Cedent dadurch, daß er dem Schuldner gegenüber, wie oben dargelegt, den Antrag widerruft, den Eintritt der Bedingung, d. h. die vertragsmäßige Aufhebung des Verbots wider Treu und Glauben verhindert? Kommt § 433 Abs. 1 Satz 2 in Betracht, wonach der Verkäufer eines Rechtes verpflichtet ist, dem Käufer das Recht zu verschaffen? Und umfaßt die Haftung „für den rechtlichen Bestand" der Forderung aus § 437 auch die Haftung für die Freiheit von Abtretungsverboten? — Alle diese Fragen, die sich zwanglos aus dem Umstande ergeben, daß der verbotswidrig

abtretende Gläubiger immer noch als Vertragsgenosse des Schuldners das Heft in einem gewissen Umfange in Händen behält, gehören dem internen Kapitel an und sollten heute nur des Zusammenhanges wegen wenigstens angeregt werden.

Die Verhandlungsgebühr des Gerichtskostengesetzes und der Rechtsanwaltsgebührenordnung wird durch die Stellung der Anträge nicht begründet.

Von Oberlandesgerichtsrat Schönfeld in Breslau.

Das deutsche Gerichtskostengesetz schreibt im § 18 Ziff. 1 den Ansatz der vollen Gebühr für die kontradiktorische mündliche Verhandlung vor, bestimmt im § 19, daß die Verhandlung im Sinne des § 18 Nr. 1 als kontradiktorisch gilt, soweit in derselben von beiden Parteien einander widersprechende Anträge gestellt werden, und dehnt durch § 20 die Erhebung der vollen Gebühr auf die mündliche Verhandlung ohne widersprechende Anträge in Ehesachen und in den landgerichtlichen Entmündigungsangelegenheiten, sofern der Kläger verhandelt, sowie auf jede mündliche Verhandlung im vorbereitenden Verfahren aus, während im übrigen die nicht kontradiktorische mündliche Verhandlung von Gerichtsgebühren freibleibt.

Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte gewährt ihrerseits durch § 13 Ziff. 2 grundsätzlich für jede mündliche Verhandlung die volle Gebühr, setzt aber ausnahmsweise diese Gebühr — abgesehen von den im § 20 Ziff. 1 GKG. aufgeführten beiden Fällen der Verhandlung des Klägers, in denen ebenso wie im vorbereitenden Verfahren, dessen Verhandlung als kontradiktorische gezählt wird, stets der ungeschmälerte Satz eintritt — durch § 16 auf die Hälfte herab, wenn ohne Stellung widersprechende Anträge verhandelt worden ist.

In beiden Gesetzen ist mit unverkennbarer Deutlichkeit gesagt, daß die Verhandlungsgebühr sich zwar nach der Tatsache des Widerspruchs im Antrage der Regel nach richtet, daß sie indessen von der mündlichen Wahrnehmung der Parteirechte vor dem angegangenen Gerichte abhängt. Mit andern Worten, es bildet die Erörterung des Streitverhältnisses in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung die Voraussetzung für die Verhandlungsgebühr und es erzeugt der mündliche Vortrag nach der Richtung hin die Gebühr, die dem Gegenstande nach von den §§ 9 bis 13 GKG. bezw. § 10 GO. f. RA. schlechthin und zudem bei der kontradiktorischen Verhandlung noch besonders von § 19 GKG. bezw. § 11 GO. f. RA. begrenzt wird, indem die volle Gebühr nicht weiter greifen darf, als der widersprechende Antrag reicht. Nur insoweit läßt das Gesetz die Verhandlungsgebühr entstehen. Eine Tätigkeit, die nicht als mündliche Verhandlung anzusehen ist, trägt keine Verhandlungsgebühr ein, und ebensowenig sind der Berechnung Werte zu unterbreiten, die nicht infolge widersprechender Anträge beider Parteien oder infolge der Ausdehnung auf den unwidersprochen gebliebenen Antrag der einen Partei von dem betreffenden Gesetze anerkannt werden. Der Grundgedanke jedes Kostengesetzes verlangt eine klare Vorschrift für die Ansetzbarkeit eines Gefälles, andernfalls versagt es den Anspruch darauf, da es keine Zweifel zu Gunsten der Berechtigten gelten läßt und eine wohlwollende Auslegung benimmt. Sogar eine entsprechende Entlohnung tritt erst dann ein, wenn sie für gewisse Tätigkeitsarten vorgesehen worden ist. Die Regeln für die Abgeltung von Diensten nach dem Bürger-

lichen Gesetzbuche sind für das Gebiet der dem öffentlichen Rechte angehörenden Gebührenordnungen unverwertbar und sogar Vereinbarungen bleiben, wie der § 93 GO. f. RA. zeigt, ohne ausdrückliche Gestattung im Gesetze ausgeschlossen.

Der Begriff der mündlichen Verhandlung ist weder im GKG. noch in der GO. f. RA. wiedergegeben. Es erschien die Uebergehung gerechtfertigt, weil der § 1 beider Gesetze mit der Anwendung der CPO., der StPO. und der KO. deren Begriffsbestimmung, hier den Begriff der mündlichen Verhandlung im Sinne der §§ 128 ff. CPO. der Gebührenregelung vorangeschickt hat. Man sollte danach meinen, daß die Notwendigkeit der erschöpfenden Darlegung des Rechtsstreits in freier Rede für den Gebührenertrag aus einer mündlichen Verhandlung unwiderlegbar feststeht, und daß jedenfalls ohne solche Erörterung des Streitstoffes selbst dann nicht von dem Gebührenbezugsrechte für die mündliche Verhandlung gesprochen werden kann, wenn in die Erörterung wohl eingetreten, jedoch von ihr demnächst wieder Abstand genommen war, geschweige daß man sie als geschehen ansähe, sofern sie wenigstens eingeleitet wurde. Gleichwohl weichen die bekanntesten Bearbeiter der beiden Gesetze hiervon ab.

Pfafferroth, Willenbücher und Meyer-Irmler erklären bei § 19 GKG. bezw. § 13 GO. f. RA. die volle Verhandlungsgebühr für bereits entstanden, sobald einander widersprechende Anträge gestellt sind. Sie sehen in den Anträgen des § 137 CPO. um deshalb „integrierende Bestandteile" der mündlichen Verhandlung, weil ihr Vorbringen in den Rahmen der mündlichen Verhandlung gelegt ist. Sie halten für den Gebührenanfall nicht einmal die Beifügung einer Erläuterung der Anträge als geboten, indem sie sich auf den Wortlaut des § 19 GKG. stützen, der die Stellung der Anträge, im Gegensatze zu deren Mitteilung nach § 130 Ziff. 2 CPO. mittels der vorbereitenden Schriftsätze, „in dieselbe" d. h. in die mündliche Verhandlung verweist.[1]) Hierbei wird zweifellos zu Unrecht das ausschließliche Gewicht in der Bestimmung des GKG. gesucht, obschon dort das Wesen der mündlichen Verhandlung nicht einmal gestreift ist, am allerwenigsten abgeändert, vielmehr lediglich der Begriff „kontradiktorisch" eingeführt werden sollte. Der Gesetzgeber dachte nicht an zwei Sorten mündlicher Verhandlung. In ihrer irrtümlichen Annahme liegt der Fehler. Es wird vor allem der Begriff einer Einleitung im Abs. 1 § 137 CPO. und deren Verhältnis zu der im Abs. 2 bestimmten Verhandlung über den Streitstoff in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verkannt und zugleich übersehen, daß die Vorlesung von Schriftstücken innerhalb des freien Vortrags nur insoweit ausnahmsweise zugelassen wird, als es auf deren wörtlichen Inhalt ankommt, während nach § 297 CPO. im landgerichtlichen und dem sich daran anschließenden Verfahren die Anträge zur Vermeidung ihrer Nichtberücksichtigung verlesen werden müssen. Diese Vorschrift, die nicht in den amtsgerichtlichen Betrieb eingeschaltet ist, beweist die Scheidung zwischen der Einleitung und der Verhandlung. Wäre die Stellung der Anträge schon ein Teil der mündlichen Verhandlung und nicht bloß deren vorangeschickte Ein-

1) Auch Walter spricht sich in der 3. Auflage bei § 16 GO. f. RA. dafür aus, daß der § 19 GKG. für die Gebührenrechnung die Fiktion aufstelle, der Fall beiderseitiger Erörterung des Verhandlungsgegenstandes sei schon mit dem Falle, daß von beiden Parteien einander widersprechende Anträge gestellt werden, gegeben und seien also identisch, wobei er jedoch warnt, den Satz über das Gebührenwesen hinaus gelten zu lassen, während er bei § 13 Ziff. 2 die volle Gebühr als verdient hinstellt, sobald einmal vor Gericht zur Hauptsache vollständig verhandelt worden ist. Die bloße Antragstellung entspricht aber doch nicht der vollständigen Verhandlung, selbst wenn man sie als einen Teil der Verhandlung ansieht. Die Fiktion bezieht sich nur auf das „soweit" des § 19 GKG.

leitung, so dürften im Rechtsstreite vor dem Amtsgerichte die doch sicher nicht als Schriftstücke im Sinne des Abs. 3 § 137 CPO. aufzufassenden Anträge nicht abgelesen werden, obschon das Gesetz in dem übergeordneten Rechtszuge das Ablesen unerläßlich fordert.

Nach den §§ 128, 136 CPO. bildet die vollständige Behandlung des Stoffes einschließlich des Beweisergebnisses nach § 285 CPO. vor dem erkennenden Gerichte die Bedingung für die in den §§ 300 ff. CPO. vorgesehene Urteilsfällung, die der § 309 CPO. nur denjenigen Richtern anvertraut, welche der zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben. Auch der § 309 CPO. geht von der vollständigen Verhandlung aus. Eine teilweise mündliche Verhandlung kennt weder die CPO. noch führen sie das GKG. oder die GO. f. RA. ein. Ihre Zerlegung in „integrierende" Teile bezw. in Teile überhaupt ist ungesetzlich und auch vom Standpunkte des Gebührenzuflusses, man möchte sagen, willkürlich. Es gibt eine einzige, der Antragstellung sich anschließende Verhandlung, die später beim Wechsel der Richter allerdings erneuert werden muß, um dem § 309 CPO. zu genügen. Wären die Anträge Teile der Verhandlung, so könnten sie in deren Verlaufe angebracht werden. Die CPO. aber hat sie als Einleitung bezeichnet, ihr reichte die Stellung „in derselben" nicht aus. Sonach fällt für den Inhalt der mündlichen Verhandlung auf den danach nicht abgefaßten § 19 GKG. nicht das mindeste Gewicht, soweit nicht der dort eingeschobene, der CPO. fremde Kostenbegriff „kontradiktorisch" in Frage steht.

Für diese Auffassung sprechen noch weitere Vorschriften der CPO. Der § 333 daselbst setzt die Folge für das Unterbleiben der Verhandlung und zwar, wie der VII. Civilsenat des Reichsgerichts im Urteile vom 25. Oktober 1904 (Rep. VII 150/04) sagt, bei der „totalen Versäumnis" trotz des Erscheinens fest, der § 334 behandelt die lediglichen Nichterklärung über Tatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen und der § 335 Abs. 1 Ziff. 3 unterscheidet scharf zwischen der Mitteilung von Anträgen und zwischen der Mitteilung eines tatsächlichen mündlichen Vorbringens an die im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienene Partei mittels Schriftsatzes und gebietet in Abs. 2 die Ladung der ausgebliebenen Partei zu dem neu auf Antrag anberaumten Termine, in dem selbstverständlich gegen den abermals ausgebliebenen Gegner die nachträgliche Beobachtung der Vorschriften geprüft werden muß, während die Vertagung nach Erfüllung der für die Zurückweisung gegebenen Vorschriften die neue Ladung wegen des § 218 CPO. erübrigt. Die Antragstellung allein schützt demnach nicht vor dem Versäumnisnachteile der §§ 330, 331 CPO.

Bei dieser Sachlage ist es nicht angängig, für den Kostenansatz den Begriff der mündlichen Verhandlung abweichend von den dafür in der CPO. gegebenen Bestimmungen darzustellen. Es ist vielmehr der Schluß aus § 19 GKG., daß mit dem Augenblicke der beiderseitigen Antragstellung in einander widersprechender Richtung schon kontradiktorisch verhandelt sei, als unrichtig zu bezeichnen. Der § 19 GKG. bezweckt nichts anderes als die Grenze für den vollen Ansatz nach § 18 Ziff. 1 daselbst festzulegen, die der Widerspruch ergibt, wenngleich der Antrag des Gegners in der Erörterung darüber hinaus bekämpft werden sollte. Die Begründung des § 19 GKG. nimmt wegen der Bedeutung der kontradiktorischen Verhandlung auf die damals in den einzelnen Bundesstaaten geltenden Prozeßordnungen Bezug, sie will Bedenken aus deren Nichtübereinstimmung begegnen, setzt die Verhandlung beider Parteien, sowie den Gegensatz ihrer Anträge voraus und fährt fort: „wo die Voraussetzung nur für einen Teil des Streitgegenstandes zutrifft, da ist die Verhandlungsgebühr

nach dem Werte dieses Teiles zu berechnen." Das heißt doch einfach nichts mehr, als die kontradiktorische Verhandlung erzeugt die Gebühr des § 18 Ziff. 1 GKG. insoweit, als der Gegenantrag reicht.

Freilich hat der V. Civilsenat des Reichsgerichts in dem Urteile vom 17. Oktober 1883 (Bd. 10 S. 386 Entsch. in Civilsachen) ausgeführt, daß in dem Verlesen der Anträge eine unvollständige Verhandlung zur Sache erblickt werden könne, er hat aber auch hinzugesetzt „im Sinne des § 299 (jetzt 334) CPO." und sodann für den Fall, daß die Anträge über die eigentliche Bitte unter Hinzufügen begründender und erläuternder Umstände mit wenigstens teilweisem Eingehen auf die Sache selbst greifen, den unbemängelbaren Satz ausgesprochen, in dem Verlesen eines so beschaffenen Antrags liege nicht ein bloßes Ausschweigen auf den sachlichen Vortrag des Gegners. Das Urteil ist überdies keineswegs für die Gebührenfrage ergangen und steht daher der von § 137 CPO. getroffenen Trennung der Einleitung des Abs. 1 und der Verhandlung des Abs. 2 im Grunde genommen nicht entgegen. Zugegeben muß werden, daß der I. Civilsenat des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 26. September 1898 (Jur. Wochenschr. 1898 S. 607) eine kontradiktorische mündliche Verhandlung der CPO. und des GKG. verschieden betrachtet wissen will. Indessen es darf nicht vergessen werden, daß Urteile und Beschlüsse den jedesmaligen Fall erledigen und daß sogar bei ganz gleichen Fällen der Lehrsatz immer wieder von dem entscheidenden Gerichte aus dem Gesetze geschöpft werden muß.

Hiernach ist dabei zu verharren, daß der Begriff einer mündlichen Verhandlung ausschließlich der CPO. entstammt, und daß nach ihr die mündliche Verhandlung eine gebührenlose Einleitung besitzt, so daß die Stellung der reinen Anträge ohne die nachfolgende Erörterung des Streitverhältnisses in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung keine gebührentragende Tätigkeit vorstellt.

Die entwickelte Ansicht hat längst bei den Oberlandesgerichten Anerkennung gefunden, wenn schon vielfach der Ausführung von Pfafferroth, Willenbücher und Meyer-Irmler nachgegangen wird. Namentlich haben die Oberlandesgerichte zu Stuttgart am 7. Mai 1897, zu Posen am 8. März 1900, zu Jena am 22. März 1902 und 21. Dezember 1904, zu Königsberg i. Pr. am 5. Oktober 1903 sowie zu Breslau am 14. Mai 1903 und 10. Juli 1905 (vgl. Recht 1900 S. 401, 1902 S. 512, 1903 S. 315, 1904 S. 49 und 1905 S. 475, Rechtsprechung der OLG. Bd. 11 S. 340) ihr Ausdruck gegeben. Die Kommentatoren der CPO. folgen mehr oder weniger offen dem Reichsgerichtsurteile vom 17. Oktober 1883. Der Schwerpunkt liegt zufolge § 568 Abs. 4 CPO. neuester Fassung im Beschwerdeverfahren bei den Oberlandesgerichten. Die Prozeßgerichte werden jedoch, um ihre Meinung zweifellos zu machen, den Verlauf der mündlichen Verhandlung in der darüber abgesetzten Niederschrift nötigenfalls nach Abänderung der amtlichen Entwürfe bei der lediglichen Antragstellung dahin wieder zu geben haben, daß die (näher zu bezeichnenden) Anträge gestellt sind, daß aber die mündliche Verhandlung unterblieben bezw. gegebenen Falles nicht vollendet worden ist.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafgesetze. Strafprozeß.

§ 73 StGB. Fortgesetztes Vergehen beim Betrug. Die Erwägungen, auf Grund deren das Urteil zur Annahme von 14 selbständigen Handlungen statt einer fortgesetzten Straftat gelangt, sind nicht frei von Rechtsirrtum. Die Strafkammer sagt: Die gesamten von den Angeklagten B. und M. ausgeführten Betrugshandlungen seien nach einem einheitlichen Plan ausgeführt und beruhten auf dem einheitlichen Vorsatze, eine möglichst große Anzahl von Lieferanten zu beschädigen, eine einheitliche fortgesetzte Handlung könne aber trotzdem um deswillen nicht angenommen werden, weil bei den verschiedenen Taten jedesmal ein anderes Rechtsgut, das Vermögen einer anderen Firma verletzt sei. Die Strafkammer geht sonach von der Anschauung aus, die Verschiedenheit der Personen der Geschädigten stehe rechtsgrundsätzlich der Annahme einer fortgesetzten Straftat entgegen, was rechtsirrig ist, da dies nur dann zutrifft, wenn es sich um Verletzung persönlicher Individualrechte wie Leben, Ehre 2c. 2c. handelt, nicht aber auch bei Verletzung des Vermögens verschiedener Personen. III. Strafsenat D. 193/06. Urteil vom 26. März 1906.

§ 182 StGB. Zum Begriffe der Verführung. Der Begriff der „Verführung" ist nicht verkannt. Nach den Feststellungen des Urteils hat Angeklagter, der zur Befriedigung seiner sinnlichen Begierde den Beischlaf mit der K. vollziehen wollte, den Willen des Mädchens durch Anbieten von Geschenken, durch Mißbrauch seines Ansehens als Dienstherr und durch Ausnutzung der Unerfahrenheit des Mädchens seinen Zwecken mit Erfolg geneigt gemacht, nachdem er schon vorher durch das mehrfache Umfassen um die Taille und Anfassen an die Brüste versucht hatte, die sinnliche Begierde des Mädchens zu erwecken und sie zur Gestattung des Beischlafs zu verleiten. Den Umstand, daß die K. sich gegen die Vollziehung des Beischlafs nicht gesträubt hat, hat die Strafkammer nicht übersehen, sie hat ihn aber damit erklärt, daß das Mädchen gar nicht recht wußte, worum es sich handelte, daß sie durch die Scheu vor ihrem Dienstherrn beherrscht und auch durch das Versprechen von Geschenken beeinflußt war. Hierin ist eine rechtsirrtümliche Auffassung des Begriffs der Verführung nicht zu erblicken, denn das Gesetz verlangt nicht, daß von dem Mädchen ein ernstlicher Widerstand geleistet wurde und zur Ueberwindung desselben auf Seiten des Mannes eine erhebliche Anstrengung notwendig war, sondern es genügt, daß der Mann als der verleitende und bestimmende Teil unter Benutzung der geschlechtlichen Unerfahrenheit und geringen Widerstandskraft des Mädchens den Willen desselben mit Erfolg beeinflußt und es in dieser Weise dazu gebracht hat, sich ihm hinzugeben (Entsch. des RGer. Straff. Bd. 6 S. 135, Bd. 10 S. 95).

Auch die Feststellung, daß die K. ein unbescholtenes Mädchen gewesen sei, gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Ersichtlich ist die Strafkammer von der dem Gesetze entsprechenden richtigen Auffassung ausgegangen, daß den Umständen nach die Bescholtenheit eines Mädchens auch dann angenommen werden kann, wenn sie zwar nicht den Beischlaf, aber doch andere unzüchtige Handlungen gestattet hat, die eine geschlechtliche Verdorbenheit, einen Mangel an Ehrgefühl für die eigene geschlechtliche Reinheit erkennen lassen (Entsch. des RGer. in Straff. Bd. 37 S. 94).

Von diesem Gesichtspunkte aus hat das erkennende Gericht die Persönlichkeit der K. und ihr Verhalten geprüft und ist zu dem in der Revisionsinstanz nicht anfechtbaren tatsächlichen Ergebnis gelangt, daß sich gegen ihre Unbescholtenheit nichts ergeben, der Angeklagte auch zur Zeit der Beischlafsvollziehung nicht angenommen hat, daß die K. bescholten sei. III. Strafsenat D. 1033/05. Urteil vom 5. März 1906.

Zum Tatbestand des § 257 StGB. Aus den Gründen: Das von Hermann J. bei der Jagdausübung am 12. Februar 1905 benutzte Gewehr ist vor der bei ihm erfolgten Haussuchung in den Besitz des Angeklagten B. gelangt, wo es beschlagnahmt wurde. B. bat daraufhin den Waffenhändler F. um Ausstellung einer Bescheinigung, daß er im Juli 1904 von diesem das Gewehr gekauft habe. Diesen Vorgang hat offenbar das Urteil im Auge, wenn es den Angeklagten B. für überführt erachtet, Schritte getan zu haben, um das Gericht in den Glauben zu versetzen, daß Hermann J. das Gewehr niemals besessen habe. Die Anwendung des § 257 StGB. findet in dieser Annahme eine ausreichende Grundlage. Zum „Beistandleisten" im Sinne des § 257 StGB. genügt jede auf die Vereitelung der Bestrafung oder die Sicherung der Vorteile abzielende positive Tätigkeit, die an und für sich geeignet ist, diesen Erfolg, mag er auch nicht erreicht werden, herbeizuführen. Diese Voraussetzung konnte ohne Rechtsirrtum für gegeben erachtet werden. Das beschlagnahmte Gewehr, mit welchem der Schuß am 12. Februar 1905 abgegeben war, bildete ohne Zweifel ein wichtiges Ueberführungsstück, und mindestens die Annahme der Gewerbsmäßigkeit konnte durch den Nachweis, daß es einem Dritten gehörte, erschüttert werden. Ebenso wie nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in dem erfolglosen Unternehmen der Verleitung eines Dritten zu einer unwahren uneidlichen Aussage im Ermittelungsverfahren der Tatbestand des § 257 StGB. gefunden werden kann (Entsch. Bd. 20 S. 233), so kann auch der fehlgeschlagene Versuch der Verleitung eines Dritten zur Ausstellung einer im Ermittelungsverfahren zu verwertenden unwahren Bescheinigung als ein Beistandleisten in dem erwähnten Sinne angesehen werden. Hierdurch erledigt sich auch die Annahme der Revision, daß die Handlung des B. sich höchstens als straflose Vorbereitungshandlung darstelle. Das dort angezogene Urteil des RGer. (Entsch. Bd. 16 S. 157) spricht den Grundsatz aus, daß die Frage, ob eine Handlung im einzelnen Falle eine wirkliche Beistandsleistung oder bloß ein diese vorbereitender Akt ist, auf tatsächlichem Gebiete liege und nach den konkreten Umständen zu beantworten sei. Der Eintritt des Erfolges ist für den Tatbestand der Begünstigung, die sich als eine zu einem selbständigen Delikt erhobene Versuchshandlung darstellt, grundsätzlich ohne Belang. Das Gericht konnte deshalb ohne Rechtsirrtum annehmen, daß die Beistandshandlung des B. sich schon durch sein an F. gerichtetes Ersuchen um Ausstellung der unwahren Bescheinigung verwirklicht habe, mochte es auch zur Ausführung der Absicht der Einreichung dieser Bescheinigung zu den Ermittelungsakten aus einem vom Willen des B. unabhängigen Grunde, nämlich infolge des Widerstandes des F. nicht gekommen sein. Ob die Einreichung der Bescheinigung an das Gericht nach dem Willen des Angeklagten durch F. unmittelbar oder erst durch die Vermittlung des Angeklagten erfolgen sollte, ist für die rechtliche Beurteilung seiner Handlungsweise nicht von entscheidender Bedeutung. III. Strafsenat D. 958/05. Urteil vom 22. Februar 1906.

§ 497 StPO. Umfang der Kostenpflicht. Die auf Verletzung des § 497 StPO. gestützte Revision konnte keinen Erfolg haben.

Nach Maßgabe dieser Vorschrift hat der Angeklagte, wenn er zu Strafe verurteilt wird, die Kosten des Verfahrens mit Einschluß derjenigen, die durch die Vorbereitung der öffentlichen Klage und durch die Strafvollstreckung entstanden sind, zu tragen. Zu den Kosten gehören sowohl die nach §§ 59 ff. des deutschen Gerichtskostengesetzes in Strafsachen zu erhebenden Gebühren als auch die im § 79 daselbst näher beschriebenen baren Auslagen. Nach § 6 desselben Gesetzes sind die Gerichte befugt, Gebühren, welche durch eine unrichtige Behandlung der Sache ohne Schuld der Beteiligten entstanden sind, niederzuschlagen; auf bare Auslagen bezieht sich diese Vorschrift nicht. Für einzelne Fälle hat die Strafprozeßordnung überdies dem Strafgerichte die Befugnis erteilt, diejenigen Kosten, welche durch ein Verschulden von Zeugen und Sachverständigen oder eines Verteidigers entstanden sind (§§ 50, 69, 77, 145 StPO.), nicht dem verurteilten Angeklagten, sondern dem betreffenden Dritten aufzuerlegen.

Abgesehen von diesen Fällen und darüber hinausgehend sind die Strafgerichte nicht befugt, bei der Verurteilung des Angeklagten in die Kosten solche Beträge auszunehmen, welche durch die Verschuldung einer dritten Person oder durch eine unrichtige Behandlung der Sache erwachsen sind. Eine dem § 102 (früher § 97) der CPO. entsprechende Vorschrift kennt die Strafprozeßordnung nicht.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die in dem Urteil ausgesprochene Uebernahme derjenigen besonderen Kosten, die durch die kommissarische Vernehmung des Zeugen E. entstanden sind, auf die Staatskasse nach Maßgabe der vorentwickelten Grundsätze gerechtfertigt war. Jedenfalls stand dem Angeklagten ein Anspruch darauf, ihn auch von der Tragung derjenigen Kosten zu befreien, die durch die am 21. September 1905 beschlossene Vertagung der Sache entstanden sind, nicht zu, denn diese Kosten — es kann sich nur um Auslagen handeln, da besondere Gebühren durch die Vertagung nicht erwachsen — mußten dem verurteilten Angeklagten nach § 497 StPO. auferlegt werden, selbst wenn sie, wie die Revision behauptet, durch eine unrichtige Behandlung der Sache hervorgerufen waren. Hiernach bedarf es keiner weiteren Erörterung, aus welcher Veranlassung die Vertagung beschlossen werden mußte und ob sie hätte vermieden werden können, wenn das Gericht die zur Vorbereitung der Hauptverhandlung gestellten Anträge der Verteidigung berücksichtigt hätte. Der Revisionsangriff stellt sich unter allen Umständen als unbegründet dar. III. Strafsenat D. 1283/05. Urteil vom 5. April 1906.

§ 175 Abs. 1 GVG. Nicht nötig, den Verteidiger neben dem Angeklagten zu hören.

Nach § 175 Abs. 1 des GVG. muß vor der Verkündung des die Ausschließung der Oeffentlichkeit zum Gegenstande habenden Beschlusses über die Oeffentlichkeit verhandelt und dem Staatsanwalte und einem jeden der anwesenden Angeklagten Gelegenheit zur Abgabe einer Erklärung gegeben werden.

Das ist aber ausweislich des Sitzungsprotokolls geschehen, denn der Vermerk: „Auf Antrag der Staatsanwaltschaft wurde im Einverständnisse mit den Angeklagten beschlossen und verkündet, die Oeffentlichkeit auszuschließen, weil die Oeffentlichkeit der Verhandlung eine Gefährdung der Sittlichkeit besorgen läßt", kann nur dahin verstanden werden, daß dieser Beschluß erst verkündigt worden ist, nachdem sowohl der Vertreter der Staatsanwaltschaft als auch ein jeder der drei Angeklagten sich zu dieser Frage geäußert hatten.

Damit war der gesetzlichen Vorschrift genügt, das Gesetz erfordert nicht, daß neben dem Angeklagten auch dessen Verteidiger eine ausdrückliche Erklärung abgibt; sein Schweigen ist vielmehr in dem Sinne aufzufassen, daß er durch die Erklärung der Angeklagten auch sein Einverständnis mit dem Ausschluß der Oeffentlichkeit für ausgesprochen erachtet haben will. III. Strafsenat D. 1193/05. Urteil vom 26. März 1906.

§ 9 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. „Geschäftsgeheimnis".

Die Verurteilung des Angeklagten F. aus § 9 des UWG. beruht auf der Feststellung, daß er solche Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu Zwecken des Wettbewerbs unbefugt anderen, nämlich der Firma H. mitgeteilt habe, deren Kenntnisse er dadurch erlangt hatte, daß die Mitangeklagten B. und F., ein Angestellter und ein Arbeiter im Geschäftsbetriebe der Asbest- und Gummiwerke C. Aktiengesellschaft, dieselben, die ihnen vermöge ihres Dienstverhältnisses oder sonst zugänglich geworden waren, unbefugt ihm mitgeteilt hatten.

Die Rüge, daß der Begriff des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses verkannt sei, geht fehl.

Bezüglich der Mitteilung des B., daß die Fabrik von C. an eine Cölnische Asbestwarenfabrik Waren verschickt habe, führt das Urteil aus, es sei als ein Geschäftsgeheimnis anzusehen, an wen ein Kaufmann seine Waren absetze; dies sei auch sowohl dem B. wie dem F. bewußt gewesen; letzterer habe das Geheimnis seinen Auftraggeber H. brieflich mitgeteilt, und zwar zu Zwecken des Wettbewerbes.

In dieser Entscheidung kann eine rechtsirrtümliche Auffassung des Begriffes des Geschäftsgeheimnisses nicht gefunden werden. Ob ein im kaufmännischen Geschäftsbetriebe sich ereignendes Vorkommnis den Charakter des Geheimnisses hat, ist allerdings nach objektiven Merkmalen und nicht lediglich nach der subjektiven Auffassung des Geschäftsinhabers zu beurteilen. Außerdem ist aber für den Begriff des Geheimzuhaltenden die Lage des Falles entscheidend, weil ein Geschäftsereignis nach Zeit und Umständen eine ganz verschiedene Bedeutung haben kann. Dies hat auch das erkennende Gericht nicht übersehen. Wenn es hätte rechtsgrundsätzlich aussprechen wollen, daß es unter allen Umständen als ein Geschäftsgeheimnis anzusehen wäre, an wen ein Kaufmann seine Ware absetze, so möchten die von der Revision geltend gemachten Bedenken begründet sein. Ersichtlich hat aber die Strafkammer die konkrete Sachlage in Betracht gezogen und im Hinblick auf diese angenommen, daß die Mitteilung über die Lieferung an die Cölnische Asbestwarenfabrik einen geschäftlichen Verrat bedeute. Dies ist nicht zu beanstanden, denn bei dem lebhaften Konkurrenzkampfe, in dem die beiden Firmen standen, der sogar zu einer direkten Ueberwachung der Nebenklägerin geführt hatte, konnten die geschäftlichen Beziehungen der letzteren, insbesondere ihr Absatzgebiet und ihr Kundenkreis als Tatsachen gewürdigt werden, deren Geheimhaltung für die Nebenklägerin, deren Kenntnis andererseits für die Konkurrentin von größter Bedeutung war. Auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die Kenntnis von den Namen der Kunden in geeigneten Fällen schon unter die Geschäftsgeheimnisse im Sinne des § 9 des UWG. gerechnet worden (Entsch. in Straff. Bd. 31 S. 93; Bd. 33 S. 62).

Der Hinweis der Revision darauf, daß es in Deutschland und Oesterreich nur wenige Fabriken gebe, die Asbestzementplatten herstellen, und daß deshalb jedermann leicht feststellen könne, woher ein derartiges Produkt stamme, umsomehr als große Mengen davon verladen würden und viele Menschen wüßten,

woher die Ware stamme und wohin sie versandt würde, kann nicht für beachtungswert gelten; denn einmal ist für die Bestimmung des Zeitpunktes, ob etwas geheim ist oder nicht, lediglich der Zeitpunkt der Mitteilung entscheidend, so daß es nicht darauf ankommen kann, ob die Tatsache später etwa ohne Verletzung der Geheimhaltungspflicht erkundet werden konnte, und sodann steht der Umstand, daß ein gewisser begrenzter Kreis von Personen die Tatsache kennt, der Annahme eines Geschäftsgeheimnisses keineswegs entgegen. III. Strafsenat D. 1111/05. Urteil vom 1. März 1906.

§ 240 Nr. 1. Konk.-Ordn. Aufwand übermäßiger Summen. Gegen die Anwendung des § 240 Nr. 1 der Konk.-Ordn. ergeben sich rechtliche Bedenken, da die Feststellung, daß der Angeklagte durch Aufwand übermäßige Summen verbraucht hat und schuldig geworden ist, in dem für erwiesen erachteten Sachverhalte keine ausreichende Grundlage findet. Ohne Rechtsirrtum berücksichtigt hierbei das Landgericht außer den in den Bereich des Privatlebens fallenden auch die geschäftlichen Ausgaben. Wenn es aber in dieser Beziehung dem Angeklagten an mehreren Stellen des Urteils zum Vorwurf macht, nach früheren geschäftlichen Fehlversuchen ohne die geringsten Mittel abermals unter Inanspruchnahme eines leichtfertigen Kredits ein umfangreiches, mit großen Betriebskosten verbundenes Geschäft begonnen und bewußt seine Gläubiger geschädigt zu haben, so ist die Bedeutung dieser Ausführungen nicht klar erkennbar. Soll auch das allgemeine geschäftliche Verhalten des Angeklagten, namentlich die große Anlage seines auf Kredit gegründeten Geschäfts, zur Feststellung des Tatbestandes des § 240 Nr. 1 der Konk.-Ordn. unmittelbar verwertet werden, so würde eine rechtsirrtümliche Auffassung vorliegen, da diese Vorschrift die leichtsinnige Vermögensgebahrung und Kreditausbeutung nicht unbedingt und allgemein, sondern nur in bestimmten Erscheinungsformen mit Strafe bedroht (Entsch. Bd. 16 S. 238). Das Landgericht erblickt nun ferner einen übermäßigen geschäftlichen Aufwand in einzelnen bestimmten Ausgaben, nämlich für Ladenmiete, für die Kosten der Reklame, deren Höhe übrigens trotz der erheblichen Abweichung zwischen der Bekundung des Zeugen Z. und der Angabe des Angeklagten nicht näher festgestellt ist, und für das Gehalt eines zweiten Verkäufers. Wenn aber diese Annahme sich auch auf die Erwägung stützt, daß der Geschäftserfolg von der Dauer des Kredits abhing und der Angeklagte „auf einen längeren Kredit keinen Anspruch" hatte, und wenn ferner betont wird, daß er mit „Hülfe der großen Reklame" und „in dem günstig gelegenen Laden" einen recht bedeutenden Umsatz erzielte, so entsteht der Zweifel, ob er nicht wenigstens von seinem Standpunkte aus die einzelnen Aufwendungen für nützlich und notwendig halten konnte und gehalten hat, um seinem Geschäft zum Aufschwung zu verhelfen und dessen Leistungsfähigkeit zu heben. Dieser Zweifel wird verstärkt durch die im Urteil mitgeteilte Aeußerung des Sachverständigen M., daß derartige auf Kredit gegründete Unternehmungen in neun von zehn Fällen „reussieren". III. Strafsenat D. 1168/05. Urteil vom 19. März 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Civilsachen).

Civilrecht.

Die nach dem BGB. bestehende Pflicht der amtlichen Eröffnung des Testaments an alle Beteiligten kann vom Erblasser nicht eingeschränkt werden.

Der im Jahre 1905 zu M. verstorbene Direktor K. O. hat in seinem im Dezember 1899 errichteten Testamente seine Ehefrau Helene als „Haupterbin" eingesetzt, dabei aber bestimmt, daß ihr eine Verfügung über die Substanz

seines Nachlasses an Kapitalien nicht zustehen, die Kapitalien vielmehr nach ihrem Ableben zu gewissen Teilen an verschiedene im Testament und dessen Nachträgen bezeichnete Personen und Wohltätigkeitsvereine und -Stiftungen fallen sollen. Das eine Mal nannte er darin die in solcher Weise Bedachten „Nacherben" und sprach von „erbweisem" Uebergange der Anteile auf sie, das andere Mal bezeichnete er die Zuwendungen als „Vermächtnisanteile". Außerdem bestimmte er, daß das Testament nach seinem Ableben zunächst nur der Witwe und erst nach deren Ableben auch den übrigen Erbbeteiligten bekannt gemacht werde.

Das Testament nebst den Nachträgen wurde von dem Amtsgerichte M. als Nachlaßgericht im Mai 1905 in Gegenwart der Witwe und ihres Beistandes eröffnet, den übrigen Bedachten ist der sie betreffende Inhalt vorerst nicht bekannt gemacht worden. Die Witwe ließ durch Rechtsanwalt Dr. A. beantragen, von der Benachrichtigung der übrigen Bedachten der Anordnung des Erblassers entsprechend abzusehen, wodurch vermieden werden solle, daß fremde, nur mit Vermächtnissen bedachte Leute in die Lebenshaltung der Witwe Einblick bekämen und diese einer Art von Bevormundung unterworfen werde.

Das Nachlaßgericht wies den Antrag mit der Begründung zurück, daß die für den Fall des Todes der Witwe Bedachten, mögen sie als Nacherben oder als Vermächtnisnehmer angesehen werden, als Beteiligte im Sinne des § 2262 BGB. zu erachten und deshalb von dem sie betreffenden Inhalte des Testaments in Kenntnis zu setzen seien, die gegenteilige Anordnung des Erblassers aber unwirksam sei.

Die gegen diese Verfügung eingelegte Beschwerde wurde vom Landgericht M. zurückgewiesen.

Gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts hat Rechtsanwalt Dr. A. namens der Witwe weitere Beschwerde eingelegt. In der Beschwerdeschrift macht er geltend, das Testament sei schon eröffnet, die Vorschrift des § 2262 BGB. schließe die Befolgung der Anordnung des Erblassers nicht aus, sie bestimme nicht, daß die Benachrichtigung aller Beteiligten „gleichzeitig" erfolgen müsse, und sei nur eine Ordnungsvorschrift, von der auf Anordnung des Erblassers abgewichen werden könne und abzuweichen sei, wenn Gründe wie die in dem Antrag angeführten dies als billig erscheinen ließen. Die Statthaftigkeit der Aussetzung der Benachrichtigung sei von dem Oberlandesgerichte Hamburg in einem Beschlusse vom 17. April 1901 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 468) anerkannt worden.

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet.

Da der Erblasser unter der Herrschaft des BGB. gestorben ist, sind für die Eröffnung des Testaments, auf die sich der Vorbehalt des Art. 214 EG. nicht erstreckt, die Vorschriften der §§ 2260 bis 2264 BGB. maßgebend und kommt die Anwendung der dem richterlichen Ermessen Raum gebenden Vorschrift des Bayer. LR. III, 2 § 14 Nr. 11 nicht in Frage.

Nach § 2260 BGB. hat das Nachlaßgericht das Testament in einem Termine, den es zu bestimmen hat, sobald es von dem Tode des Erblassers Kenntnis erlangt, und zu dem die Beteiligten soweit tunlich geladen werden sollen, zu öffnen und den erschienenen Beteiligten zu verkünden. Die bei der Eröffnung, d. h. der Oeffnung und Verkündung nicht zugegen gewesenen Beteiligten hat es nach § 2262 von dem sie betreffenden Inhalte des Testaments in Kenntnis zu setzen, von dem eröffneten Testamente kann nach § 2264 jeder, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, Einsicht nehmen und Abschrift fordern. An diesen Obliegenheiten des Nachlaßgerichts kann der Erblasser

nichts ändern. Das BGB. gestattet ihm nicht jede denkbare Verfügung von Todeswegen, sondern läßt nur Anordnungen bestimmten Inhalts zu und schließt im § 2263 ein Verbot, das Testament alsbald nach dem Tode des Erblassers zu eröffnen, ausdrücklich aus. Die in der Beschwerdeschrift versuchte Unterscheidung zwischen der Eröffnung des Testaments und der Benachrichtigung der bei der Eröffnung nicht zugegen gewesenen Beteiligten ist verfehlt. Die Verpflichtung des Nachlaßgerichts, die im Termin erfolgte Verkündung des Testaments durch Benachrichtigung der dabei nicht zugegen gewesenen Beteiligten zu ergänzen, schließt sich ebenso wie die Verpflichtung zur Gewährung der Einsicht des Testaments und zur Erteilung von Abschriften unmittelbar an die Eröffnung des Testaments an, sie ist eine notwendige Folge, die das Gesetz mit der Eröffnung des Testaments verbindet, der Inhalt des einmal eröffneten Testaments darf auch den bei der Eröffnung nicht zugegen gewesenen Beteiligten nicht vorenthalten werden, sie müssen ebenso wie die erschienenen Beteiligten in die Lage gesetzt werden, ihre auf dem Testamente beruhenden Rechte zu wahren. Eine Befugnis, die Benachrichtigung nach Belieben hinauszuschieben, ist dem Nachlaßgerichte nicht eingeräumt und würde dem Zwecke der Benachrichtigung widersprechen; die Benachrichtigung hat alsbald, d. h. so zeitig zu erfolgen, wie es dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entspricht.

Die in der Beschwerdeschrift in Bezug genommene Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg betrifft ein gemeinschaftliches Testament und legt entscheidendes Gewicht auf besondere Umstände — Fortsetzung der Gütergemeinschaft und Befugnis des überlebenden Ehegatten, die letztwilligen Anordnungen des verstorbenen Teiles zu widerrufen —, es braucht deshalb nicht auf die Frage eingegangen zu werden, ob ihr zuzustimmen sein würde.

Daß auch Vermächtnisnehmer zu den Beteiligten im Sinne des § 2262 gehören, kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen. I. Civ.-S. Reg. III 54/1905; Beschluß vom 4. September 1905.

Sachliche Erfordernisse des Erbbaurechts. Durch notariellen Vertrag von 1905 veräußerte der Elektrizitätswerkbesitzer K. P. in St. den ihm zustehenden Hälfteanteil an dem Anwesen Haus-Nr. 35 dort, in dem sich auf der Parzelle Pl.-Nr. 82a außer dem Wohnhause mit Stall eine Mahl- und Schneidmühle befindet, an seinen Bruder J. P., dem der andere Hälfteanteil zusteht, gegen Uebernahme der Hypothekenschulden und Einräumung verschiedener Nutzungsrechte, insbesondere eines Erbbaurechts an dem Grundstücke Pl.-Nr. 82a, vermöge dessen ihm das vererbliche und veräußerliche Recht zustehen soll, gegen eine gewisse jährliche Vergütung in dem Mühlgebäude das von ihm eingerichtete Elektrizitätswerk zu halten und zu dessen Betriebe die Wasserkraft während der Nachtzeit zu benutzen. Das Elektrizitätswerk besteht aus einer Turbine, die im Mühlbache neben der das Mühlwerk treibenden Turbine unter einem gemeinschaftlichen Schutzdach aufgestellt ist, und einer Dynamomaschine, Akkumulatoren und einem Benzinmotor, die in dem Mühlgebäude am Fußboden auf Betonunterlagen festgeschraubt sind und nach Lösung der Schrauben entfernt werden können. Dem von den beiden Vertragschließenden gestellten Antrage, den verkauften Hälfteanteil auf den Käufer umzuschreiben und die dem Verkäufer bestellten Rechte in das Hypothekenbuch einzutragen, gab das Amtsgericht St., Hypothekenamt, mit der Maßgabe statt, daß die Eintragung des Rechtes auf Haltung des Elektrizitätswerkes abgelehnt wurde, weil das vereinbarte Recht kein Erbbaurecht sei.

Auf Beschwerde des K. P., die darauf gerichtet war, daß entweder auch das Erbbaurecht für das Elektrizitätswerk eingetragen oder die Umschreibung des verkauften Hälfteanteils gelöscht werde, ordnete das Landgericht B. die Löschung der bewirkten Eintragungen an.

Gegen den landgerichtlichen Beschluß hat Rechtsanwalt M. als Bevollmächtigter der Brüder K. und J. P. weitere Beschwerde eingelegt. Er legte dabei eine schriftliche Bestätigung dreier Bauverständigen vor, wornach das Elektrizitätswerk zwar nicht ein Gebäude, aber doch ein selbständiges Bauwerk sei.

Die weitere Beschwerde ist in formeller Beziehung nicht zu beanstanden, insbesondere ist auch J. P. als zu der Beschwerde berechtigt anzusehen, weil die Beschwerde, mit der sein Bruder den gemeinschaftlichen Antrag gegenüber der ablehnenden Verfügung des Hypothekenamts weiter verfolgt hat, auch in seinem Interesse eingelegt worden ist (Beschluß vom 23. März 1905 in der Neuen Samml. v. Entsch. d. Oberst. LG. Bd. 6 S. 212, — Bl. f. R.-A. Bd. 70 S. 269 —).

Das Rechtsmittel ist aber nicht begründet.

Wie die vorgelegte „Bestätigung" nicht nur die Rechtsansicht der Verfasser aussprechen will, sondern der Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse eine neue Grundlage geben soll, so muß sie nach § 27 GFG. unbeachtet bleiben. In der Anwendung des Gesetzes auf die vom Beschwerdegerichte festgestellten Tatsachen, die für das über die weitere Beschwerde entscheidende Gericht maßgebend sind, ist eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften nicht zu finden.

Da für St. das Grundbuch noch nicht angelegt ist, so kommen für die Begründung eines Erbbaurechts nach Art. 189 EG. z. BGB. die Vorschriften des gemeinen Rechtes, das in St. bis zum 1. Januar 1900 in Geltung war, mit der Maßgabe zur Anwendung, daß ein nach dem BGB. unzulässiges Erbbaurecht nicht mehr begründet werden kann. Das BGB. schließt im § 1014 ein auf einen Teil eines Gebäudes beschränktes Erbbaurecht aus. Ein Erbbaurecht kann daher nicht mit dem Inhalte begründet werden, daß das Bauwerk, das der Berechtigte auf dem belasteten Grundstücke haben darf, ein Teil eines Gebäudes ist. Die in dem Mühlgebäude aufgestellten Maschinen sind dadurch, daß sie, um ihnen einen festen, gegen Verschiebung gesicherten Stand zu geben, auf Betonunterlagen festgeschraubt sind, nicht mit dem Grund und Boden fest verbunden, die durch einfache Lösung der Schrauben aufzuhebende Befestigung hat sie nicht zu einem Bauwerke gemacht (Planck, Komm. z. BGB., 3. Aufl. Bd. 3 S. 349 Anm. 3 Lit. a zu § 1012, N. Samml. v. Entsch. d. Oberst. LG., Bd. 6 S. 157 — Bl. f. R.-A. Bd. 70 S. 356 fg. —). Als Bauwerk können neben der Turbine nur die in dem Fußboden des Mühlgebäudes angebrachten Betonunterlagen in Betracht kommen. Sie sind aber nur Teile des für das Elektrizitätswerk notwendigen Gebäudes, das Mühlgebäude ist in einem Teile so eingerichtet, daß es auch der Aufstellung und dem Betriebe des Elektrizitätswerkes dient, das als Erbbaurecht bezeichnete Recht soll dem Berechtigten die Befugnis geben, einen bestimmten Teil des Mühlgebäudes zur Aufstellung und zum Betriebe seines Elektrizitätswerkes zu benutzen und zu diesem Zwecke in dem Fußboden des Gebäudes die erforderlichen Betonunterlagen zu haben. Ein vererbliches und veräußerliches Recht dieses Inhalts kann aber nach § 1014 BGB. nicht begründet werden. Die Eintragung des als Erbbaurecht bezeichneten Rechtes an dem Grundstücke Pl.-Nr. 82a ist daher mit Recht verweigert worden. I. Civ.-S. Reg. III, 66/1905; Beschluß vom 28. Oktober 1905.

Kann die Umschreibung von im Nachlasse befindlichen Grundstücken in den öffentlichen Büchern auf die Erbengemeinschaft erfolgen, wenn die Grundstücke zum ehelichen Gesamtgute des von seiner Witwe und seinen Kindern beerbten Erblassers gehörten und in Ansehung dieses Gesamtgutes noch keine Auseinandersetzung statt hatte?

Der Waldaufseher Friedrich Sch. von W., der am 1. Juni 1905 ohne letztwillige Verfügung verstorben ist, hat mit seiner Ehefrau, nunmehrigen Witwe Marie Sch. in Errungenschaftsgemeinschaft nach Württemb. Landrechte, seit dem 1. Januar 1900 in Gemäßheit des Art. 75 des Ges. vom 9. Juni 1899, Uebergangsvorschr. zum BGB. betr. in der Errungenschaftsgemeinschaft des BGB. gelebt und als gesetzliche Erben außer ihr drei Kinder hinterlassen. Zur Zeit seines Todes besaßen die Eheleute Sch. das Grundstück Plan-Nr. 749 der Steuergemeinde W., das sie schon als Brautleute im Jahre 1882 aus beiderseitigen Mitteln gemeinschaftlich erworben hatten und das im Januar 1904 erworbene Anwesen Hs.-Nr. 130 in W. Der Grundbesitz war im Hypothekenbuch auf einem Blatte eingetragen. In der ersten Abteilung war vermerkt, daß die Eheleute Sch. in Errungenschaftsgemeinschaft leben.

Am 28. Juli 1905 erteilte das Amtsgericht D. als Nachlaßgericht den Erben einen gemeinschaftlichen Erbschein des Inhalts, daß Friedrich Sch. von seiner Witwe und den drei Kindern zu vier gleichen Teilen beerbt worden ist und der Witwe die lebenslängliche Nutznießung an den Erbteilen der Kinder zusteht. Die Erben erklärten, von der Auseinandersetzung vorerst absehen zu wollen, und beantragten, den Anteil des Erblassers an dem Grundbesitz auf die Erbengemeinschaft umzuschreiben. Das Hypothekenamt lehnte aber die Umschreibung ab, weil in Ansehung des Gesamtguts der beendigten Errungenschaftsgemeinschaft bis zu der Auseinandersetzung ein besonderes Gemeinschaftsverhältnis bestehe, das sich nicht mit der Erbengemeinschaft decke, und diese erst eintrete, wenn durch die Auseinandersetzung ermittelt ist, was von dem Gesamtgut auf den Anteil des Erblassers trifft.

Auf Beschwerde der Witwe Sch. wies das Landgericht A. mit Beschluß vom 2. September 1905 das Hypothekenamt an, bei dem Grundstücke Plan-Nr. 749 mit der Berichtigung, daß jedem der beiden Ehegatten das Miteigentum zur Hälfte zugestanden habe, einzutragen, daß der Hälfteanteil des Friedrich Sch. infolge dessen Ablebens Gegenstand der zwischen der Witwe Sch. und den drei Kindern bestehenden Erbengemeinschaft sei. Im übrigen wurde die Beschwerde zurückgewiesen, die Kosten wurden der Witwe Sch. auferlegt.

Die ablehnende Entscheidung wurde damit begründet, daß der Anteil des Erblassers an dem Gesamtgute vor der Auseinandersetzung nicht als ausscheidbarer Gegenstand der Erbengemeinschaft derselben Personen in Betracht komme, die in Ansehung des ungeteilten Gesamtguts in einem Gemeinschaftsverhältnisse zur gesamten Hand stehen.

Gegen die die Beschwerde in Ansehung des Anteils des Erblassers an dem Anwesen Hs.-Nr. 130 zurückweisende Entscheidung hat die Witwe Sch. weitere Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, sie aufzuheben und das Hypothekenamt anzuweisen, in Ansehung des Anteils des Erblassers die Erbengemeinschaft einzutragen.

Die weitere Beschwerde ist begründet.

Das Beschwerdegericht scheint den Anteil, d. h. das Anteilsrecht des Erblassers an dem Gesamtgut und die den Anteilsrechten der Teilhaber unterworfenen Bestandteile des Gesamtguts zu verwechseln. Mit dem Tode des

Erblassers ist dessen Anteil an dem Gesamtgut als Bestandteil des Vermögens des Erblassers in Gemäßheit des § 1922 BGB. auf die Erben übergegangen, die Erben sind zu dem Anteile des Erblassers Teilhaber der in Ansehung des Gesamtguts der beendigten Errungenschaftsgemeinden in Gemäßheit des § 1546 Abs. 1 BGB. bestehenden Gemeinschaft geworden. In Ansehung des Nachlasses und des dazu gehörenden Anteils an dem Gesamtgute stehen die Erben in der im § 2032 BGB. bestimmten Erbengemeinschaft. Gemeinschaftliches Vermögen der Erben sind, solange die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts nicht erfolgt ist, nicht ausgeschiedene Teile des Gesamtguts, die Bestandteile des Gesamtguts sind Gegenstand des im § 1546 bestimmten Gemeinschaftsverhältnisses, das zwischen der Witwe einerseits und den vier Erben andererseits besteht, Gegenstand der Erbengemeinschaft der vier Erben ist das Anteilsrecht des Erblassers an dem Gesamtgute. Jedes der beiden Gemeinschaftsverhältnisse hat einen besonderen Gegenstand und bei jedem bestehen besondere Anteilsverhältnisse. Wäre nur ein Erbe vorhanden, so würde anscheinend auch das Beschwerdegericht kein Bedenken tragen, die Umschreibung des Anteils des Erblassers an dem zum Gesamtgute der beendigten Errungenschaftsgemeinschaft gehörenden Grundbesitz auf den Erben zuzulassen. Ebensowenig unterliegt es aber einem begründeten Bedenken, den Anteil des Erblassers auf die vier Erben mit dem Vermerk umzuschreiben, daß sie in Erbengemeinschaft stehen. Im einen wie im anderen Falle wird durch die Umschreibung das in Ansehung des Eigentums an den Grundstücken bestehende Rechtsverhältnis ersichtlich gemacht, der durch den Tod des Erblassers unrichtig gewordene Inhalt des Hypothekenbuchs berichtigt. Dabei wird in Gemäßheit des Art. 28 Abs. 2 des Gesetzes, Uebergangsvorschriften zum BGB. betreffend, auch das nach dem Erbscheine der Witwe zustehende lebenslängliche Nutznießungsrecht einzutragen sein.

Aus den dargelegten Gründen müssen die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und das Hypothekenamt zu anderweitiger Verfügung angewiesen werden. I. Civ.-S. Reg. III 60/1905; Beschluß vom 29. September 1905.

Zwangsversteigerung. Sachenrecht.

Umschreibung des Eigentums am subhastierten Grundstück. Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung des Gläubigers, der eine Anweisung auf den Erlös erhielt.

Das Anwesen Haus Nr. 50 in der Xstraße in München, das im gemeinschaftlichen Eigentum der Witwe Katharina St. und ihrer Töchter Katharina St., Anna T., Josepha St., Walburg St. und Monika D. stand, wurde auf Antrag der letzteren durch Beschluß des Amtsgerichts München I vom 13. Jan. 1902 behufs Aufhebung der Gemeinschaft der Zwangsversteigerung unterstellt. Die Beschlagnahme wurde am 14. desselben Monats in das inzwischen zum Grundbuch erklärte Hypothekenbuch eingetragen. In dem Versteigerungstermin vom 19. Juni 1902 erhielt Monika D. für das Meistgebot den Zuschlag. Der Zuschlag ist rechtskräftig geworden, Monika D. hat aber den Betrag des Meistgebots, den sie binnen drei Monaten zu berichtigen hatte, bisher nicht erlegt. In dem Verteilungsverfahren sind zur Ausführung des am 28. Juni 1905 abgeschlossenen Verteilungsplans den bisherigen Miteigentümerinnen für die ihnen zugewiesenen Beträge vollstreckbare Erhebungsanweisungen erteilt worden. Josepha St. hat eine solche für den Betrag von 14524 Mk. 73 Pfg. nebst 4% Zinsen seit 7. Juli 1903 erhalten. Die Anordnung der Löschung der Beschlagnahme und der Umschreibung des Anwesens auf die Ersteherin ist

vom Vollstreckungsgerichte wegen Nichterfüllung der der Ersteherin obliegenden Verbindlichkeiten abgelehnt worden.

Josepha St. ließ am 12. September 1905 durch Rechtsanwalt L. an das Amtsgericht München, Grundbuchamt, den Antrag stellen, das Grundbuch durch Eintragung der Monika D. als Eigentümerin des Anwesens Hs. Nr. 50 an der Xstraße zu berichtigen und zugleich für den ihr zugewiesenen Betrag auf Grund der Erhebungsanweisung eine Sicherungshypothek einzutragen.

Das Grundbuchamt lehnte den Antrag ab, weil die Umschreibung und die mit ihr verknüpfte Löschung der Beschlagnahme nur auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts erfolgen könne und die Eintragung der Sicherungshypothek die Umschreibung voraussetze.

Die von Josepha St. eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluß des Landgerichts München I vom 2. Oktober 1905 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat Josepha St. weitere Beschwerde eingelegt, dabei aber den Antrag dahin beschränkt, daß die Umschreibung unter Aufrechterhaltung der eingetragenen Beschlagnahme angeordnet werden solle.

Die weitere Beschwerde erweist sich zum Teil als begründet. Das Beschwerdegericht hat mit Recht angenommen, daß zu dem zur Zeit der Geltung der bayer. Subhastationsordnung beantragten Zwangsversteigerungsverfahren, das nach § 15 EG. zum ZVG. nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze zu erledigen ist, auch die nach den Art. 94, 122 SO. den Abschluß des Verfahrens bildende Anordnung der Löschung der Beschlagnahme und der Umschreibung des versteigerten Grundstücks auf den Ersteher gehört und ein Eingreifen des Grudbuchamts in das noch nicht erledigte Verfahren nicht statthaft ist[1]). Die weitere Beschwerde bestreitet dies auch nicht, sondern will die Berichtigung des Grundbuchs nur unbeschadet der noch eingetragenen Beschlagnahme und ihrer Wirkungen herbeiführen. Diesem Antrage stehen die Vorschriften der Art. 94, 122 SO. nicht entgegen. Sie machen die Anordnung der Löschung der Beschlagnahme und der Umschreibung des Grundstücks auf den Ersteher, abgesehen von dem in Art. 94 Abs. 2 bezeichneten Falle, der hier nicht in Betracht kommt, von der Erfüllung der aus dem Zuschlag entstandenen Verbindlichkeiten abhängig, weil das dem Ersteher zugeschlagene Grundstück für die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten haftet und die Eintragung der Beschlagnahme, die zu den Wirkungen des Verfahrens gehörende Haftung im Hypothekenbuche, nunmehr im Grundbuch, ersichtlich zu machen bestimmt ist. Die Fortdauer der Beschlagnahme hindert aber nicht, daß das Eigentum an dem Grundstücke nach Art. 55 Ziff. 2 SO. mit dem Zuschlag auf den Ersteher übergeht und der Eigentumserwerb endgültig wird, sobald die Wiederversteigerung nach Art. 87 SO. nicht mehr beantragt werden kann, und als endgültiger Eigentümer kann der Ersteher auch bei Fortdauer der durch die Beschlagnahme ersichtlich gemachten Haftung des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen werden[2]). In das noch nicht vollständig erledigte Verfahren wird dadurch nicht eingegriffen, das Grundstück bleibt bei dem Fortbestehen der Beschlagnahme den Wirkungen des Verfahrens unterworfen, die Eintragung des Erstehers erlangt erst mit der Löschung der Beschlagnahme die Bedeutung, die der auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts erfolgenden Eintragung zukommt.

---

1) Vgl. hiezu Reichszwangsversteigerungsgesetz § 130.
2) Vgl. Reichszwangsversteigerungsgesetz § 90.

Monika D. ist durch den Zuschlag und die Abschließung des Verteilungsplans endgültig Eigentümerin des versteigerten Grundstücks geworden, die Beschwerdeführerin ist auf Grund der vollstreckbaren Erhebungsanweisung, die ihr das Recht gibt, nach § 866 CPO. die Eintragung einer Sicherungshypothek für den ihr zugewiesenen Betrag zu verlangen, nach § 14 GBO. berechtigt, die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Eigentümerin zu beantragen, und die Berichtigung kann nach den §§ 22, 29 GBO. auf Grund des Versteigerungsprotokolls und des abgeschlossenen Verteilungplans erfolgen.

Von dem Rechte auf Eintragung einer Sicherungshypothek kann die Beschwerdeführerin aber solang nicht Gebrauch machen, als sie nicht auf die durch das Zwangsversteigerungsverfahren begründete Haftung des Grundstücks für den ihr zugewiesenen Betrag verzichtet. Sowenig dasselbe Grundstück mit zwei Hypotheken für denselben Forderungsbetrag belastet werden kann, geht es an, eine Sicherungshypothek für einen Betrag einzutragen, für den das Grundstück schon aus einem anderen Grunde haftet, die der schon bestehenden Haftung im Range nachstehende Sicherungshypothek würde gegenstandslos sein[3]).

Aus diesen Gründen ist das Grundbuchamt anzuweisen, die Berichtigung des Grundbuchs unter Aufrechthaltung der Beschlagnahme vorzunehmen. Dagegen muß die Beschwerde insoweit, als Eintragung einer Sicherungshypothek beantragt wird, als unbegründet zurückgewiesen werden. I. Civ.-Sen. Reg. III Nr. 65/1905. Beschluß vom 10. November 1905.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht in München (Strafsachen).

Strafprozeß.

§§ 98, 94 StPO. Beschlagnahme urteilsgemäß einzuziehender Gegenstände vor Eintritt der Rechtskraft des auf Einziehung erkennenden Urteils.

In einem vom Angeklagten mit Revision angefochtenen Urteil der Strafkammer des Landgerichts wurde auf Einziehung eines Gegenstandes (des zu unbefugter Jagdausübung benützten Gewehres) erkannt. Der Staatsanwalt wies die örtlich zuständige Gendarmerie an, diesen vorläufig zu beschlagnahmen, was unter Widerspruch des von der Wegnahme Betroffenen geschah. Der Staatsanwalt stellte den Gegenstand der Strafkammer zur Verfügung und beantragte, über die Aufrechthaltung der Beschlagnahme Beschluß zu fassen. Die Strafkammer wies diesen Antrag beschlußmäßig zurück, weil der Gegenstand auf Grund des seine Einziehung aussprechenden Urteils beschlagnahmt worden, sohin die Beschlagnahme auf richterliche Anordnung hin erfolgt und demgemäß eine richterliche Bestätigung nicht mehr erforderlich sei. Die Zurückweisung des staatsanwaltschaftlichen Antrags ist unbegründet.

Die Strafkammer verkennt die rechtliche Bedeutung der von der Staatsanwaltschaft getroffenen Anordnung. Diese ist nicht auf Grund und zum Vollzuge der Einziehungsverfügung des Urteils ergangen, sondern vielmehr nur zur Sicherung des seinerzeitigen Vollzuges jener Verfügung, wie dieselbe denn auch nur als „vorläufige Beschlagnahme" bezeichnet ist. Eine Vollstreckung des auf Einziehung lautenden Ausspruchs des Urteils ist nach §§ 481 und 483 der StPO. erst zulässig, wenn das Urteil rechtskräftig geworden und der Staatsanwaltschaft eine vollstreckbare Ausfertigung der Urteilsformel zugegangen ist. (Löwe-Hellweg, Komm. 11. Aufl. Note 2 zu § 481.)

---

3) Vgl. hiezu Reichszwangsversteigerungsgesetz § 128.

Andererseits konnte die Staatsanwaltschaft annehmen, daß, nachdem auf Einziehung erkannt worden war, der Angeklagte den einzuziehenden Gegenstand vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils beiseite schaffen werde. Um dem vorzubeugen, war für sie die Ergreifung einer vorläufigen Sicherungsmaßregel veranlaßt, und es erschien daher bei dem Vorliegen von Gefahr im Verzuge gemäß §§ 94 und 98 Abs. 1 der StPO. die Beschlagnahme als angemessen. Da dieselbe in dem Prozeßstadium nach erhobener öffentlicher Klage vorgenommen worden ist, so war der Staatsanwalt nach § 98 Abs. 3 a. a. O. verpflichtet, dem Richter Anzeige hievon zu erstatten und den beschlagnahmten Gegenstand zur Verfügung zu stellen. Als dieser Richter ist, zumal da zur Zeit der Beschlagnahme und der Anzeigeerstattung das Urteil der Strafkammer noch nicht rechtskräftig geworden war und das Revisionsgericht zur Erlassung von Entscheidungen der hier fraglichen Art überhaupt nicht berufen erscheint, die Strafkammer zu erachten (Löwe-Hellweg a. a. O. Note 1c zu § 98). Aufgabe der letzteren wäre es demnach gewesen, nachdem ihr von dem Widerspruche des durch die Wegnahme Betroffenen Kenntnis gegeben worden war, die Entscheidung über Aufrechterhaltung der Beschlagnahme zu treffen. Beschluß vom 11. Januar 1906; Beschw.-Reg. Nr. 4/06.

§ 499 Abs. 2 StPO. Kosten der Verteidigung. Der Angeklagte wurde vom Schöffengerichte verurteilt, auf seine Berufung vom Landgerichte freigesprochen, wobei das Berufungsgericht die Kosten des Verfahrens 1. und 2. Instanz der Staatskasse überbürdete und weiter erkannte, daß auch die dem Angeklagten in 2. Instanz erwachsenen notwendigen Auslagen, insbesondere die Kosten der Verteidigung in dieser Instanz, der Staatskasse zur Last fallen. Die Verteidigung in 2. Instanz führte ein nicht am Sitze des Landgerichts ansässiger Rechtsanwalt. Dieser liquidirte gemäß § 78 Geb.-Odg. für Rechtsanwälte ein Tagegeld von 12 Mk., Gebühr für Zu- und Abgang von 6 Mk. und Entfernungsgebühr von 3,90 Mk. Die Regierungs-Finanzkammer strich diese Gebühren, weil ihre Notwendigkeit nicht anerkannt wurde. Das Landgericht billigte beschlußmäßig diesen Abstrich, weil der Angeklagte seine Verteidigung vor dem Berufungsgerichte durch einen an dessen Sitz ansässigen Anwalt hätte führen lassen können. Die Beschwerde des Rechtsanwalts gegen diesen Beschluß ist begründet.

Nach § 499 Abs. 2 der StPO. können die dem freigesprochenen Angeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt werden. Das Gericht kann sich auf diesen allgemeinen Ausspruch beschränken, es kann aber auch im Urteil bereits einen Teil der Auslagen als nicht notwendig ausscheiden und die Erstattungspflicht der Staatskasse beschränken (Entsch. des R.-Ger. Bd. 10 S. 33). Daß zu den notwendigen Auslagen auch die für die Verteidigung erwachsenen gerechnet werden können, ist nicht zu bezweifeln. Dieselben sind selbstverständlich verschieden, je nachdem ein am Sitze des Gerichts wohnender Anwalt oder ein auswärtiger die Verteidigung führt. Zu den Kosten der Verteidigung gehören an sich unzweifelhaft auch die durch Beiziehung eines auswärtigen Anwalts erwachsenen. Wenn nun das Gericht die für die Verteidigung erwachsenen Auslagen der Staatskasse ohne Begrenzung auf einzelne Ansätze überbürdete, so kann das Urteil nur so verstanden werden, daß alle für die Verteidigung erwachsenen Auslagen von der Staatskasse zu tragen sind. Das Gericht wußte, daß der Verteidiger auswärts domiziliert, daß also dadurch, daß derselbe die Verteidigung des Angeklagten in der Berufungsinstanz führte, besondere Auslagen erwachsen waren, es hat

aber eine Ausscheidung nicht getroffen, sondern ohne jede Einschränkung die für die Verteidigung in der eben angeführten Instanz erwachsenen Auslagen der Staatskasse überbürdet. Damit ist ausgesprochen, daß alle erwachsenen Auslagen als notwendige im Sinne des § 399 Abs. 2 der StPO. angesehen worden sind. Entscheidend ist also der im Urteil erlassene, an sich klare Ausspruch, woraus folgt, daß derselbe durch nachträgliche Beschlußfassung nicht abgeändert werden kann. Beschluß vom 14. Dezember 1905. Beschw.-Reg. Nr. 912/05.

III. Literatur.

1) R. v. Decker's Verlag (G. Schenck), kgl. Hofbuchhändler, Berlin. 1905.

Berliner Juristische Beiträge zum Civilrecht, Handelsrecht, Strafrecht und Strafprozeß und zur vergleichenden Rechtswissenschaft, herausgegeben von Dr. J. Kohler, ord. Professor an der Universität Berlin. 7. Heft. Die Straftat eines Deutschen im Konsulargerichtsbezirke und den Schutzgebieten, insbesondere die Bielehe in der Türkei. Von Dr. jur. Beckmann, Gerichtsassessor.

Eine fleißige, aber nicht zu neuen Resultaten führende Abhandlung mit einem für 49 Seiten sehr ausführlichen Literaturverzeichnis, das mit seinen 79 Autoren — abgerechnet von den „Drucksachen", „Entscheidungen" und „stenographischen Berichten" — mehr zur Zierde zu dienen scheint, wenigstens konnten wir eine textliche Verwertung der meisten Autoren nicht entdecken.

2) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck), München.

Die Bayerischen Ausführungsvorschriften zum Gesetze über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 unter Mitwirkung von Otto Klimmer, III. Staatsanwalt in Traunstein bearbeitet von Theodor von der Pfordten, II. Staatsanwalt, verwendet im k. b. Staatsministerium der Justiz. Anhangband zu dem Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz von Theodor von der Pfordten. 1906. Preis: geheftet 2 Mk. 40 Pfg., in Leinen geb. 3 Mk. 20 Pfg.; Kommentar und Anhangband zusammengebunden 15 Mk.

Das Lob, welches wir dem von der Pfordten'schen Hauptwerk zollten, gebührt auch dem Anhangband, der dem Praktiker um so willkommener sein wird, als er auch eine Erläuterung der die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung betreffenden, in der Literatur nur spärlich behandelten Vorschriften des Gebührengesetzes enthält. Ueber die Unstimmigkeiten zwischen der Schreibweise des Gesetzes (Miethe) und des Kommentars (Miete) wird sich der Leser wegsetzen.

3) Verlag von Otto Liebmann, Verlagsbuchhandlung für Rechts- und Staatswissenschaften, Berlin.

Die Praxis der Finanzierung bei Errichtung, Erweiterung, Verbesserung, Fusionierung und Sanierung von Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bergwerken, sowie Kolonialgesellschaften. Handbuch für Juristen, Bankiers, Handelsgewerbetreibende, Industrielle, Kapitalisten, Gesellschafter u. s. w. von Dr. Emil Wolff, Großh. Kreisamtmann a. D. und Syndikus, Frankfurt a. M. 1905. Preis 4 Mk., geb. 4 Mk. 75 Pfg.

Mit Recht bemerkt das Vorwort, daß zu einer Zeit, in welcher die Entwickelung der wirtschaftlichen Verhältnisse in zunehmendem Maße die großen Kapitalsvereinigungen zur Notwendigkeit macht, eine umfassende Darstellung der Formen angebracht erscheint, in welchen solche Finanzierungen sich vollziehen. Das Buch verfolgt nun den Zweck, die Juristen über die wirtschaftlichen und finanziellen Seiten, die Industriellen über die rechtlichen Gesichtspunkte der einschlägigen Materie aufzuklären, ein Zweck der insbesondere auch durch die vielfach eingestreuten Beispiele und durch Berücksichtigung und Anführung der reichsgerichtlichen Entscheidungen erreicht wird. Instruktiv ist namentlich der Abschnitt „Der Kurs der Wertpapiere" und „Publikum und Bankier". Der bayerische Leser wird bedauern, daß der Verfasser die Finanzierung bei Bergwerken nur vom Gesichtspunkte des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 aus behandelt.

4) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck), München.
Deutsches Theaterrecht von Dr. jur. Kurt Heinzmann, kgl. Staatsanwalt in Zwickau. 1905.

Der Verfasser versucht die Rechtsverhältnisse des Theaters allgemein verständlich und systematisch zu behandeln. Unter ausgiebigster Exzerpierung anderer Schriften — wobei wir aber eine Berücksichtigung des Opet'schen Deutschen Theaterrechts vermissen — plädiert er in einer sich leicht lesenden Kauserie für Errichtung einer deutschen Theaterakademie und für ausgiebigen Schutz des sozial schwachen Bühnenmitgliedes. Er berührt auch die Bestrebungen für Verlängerung der Schutzfrist für den Parsival (lex Cosima): sein Gegenargument — vor dem Gesetze sollen alle gleich sein — dürfte unseres Erachtens zu banal sein, als daß es durchaus überzeugend wirken müßte.

5) Verlag von Struppe & Winckler, Berlin W., Potsdamerstraße 108.
Das Erbbaurecht nach dem BGB., ein rechtsgeschichtlicher Beitrag von Dr. jur. Max Kohn. 1905.

In 8 Abschnitten behandelt die klar geschriebene, mehr das gegebene Gesetz unter Berücksichtigung partikularrechtlicher Normen erläuternde, als die kritische Sonde anlegende Abhandlung das Institut des Erbbaurechts nach allen Seiten und legt die juristische Natur desselben dar. Die Literatur ist erschöpfend berücksichtigt, ein alphabetisches Register mangelt.

6) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck), München.
Die Haftung der Versicherungsforderung für Hypotheken und Grundschulden von Dr. jur. E. Reinbeck. 1905.

Verfasser stellt in den §§ 2—4 das frühere Recht, in den §§ 5—12 das Recht des BGB. dar, so daß sich die Schrift als ein fleißiger Kommentar zu den §§ 1127—1130 des BGB. charakterisiert, wobei einzelne Bestimmungen des zur Zeit des Erscheinens der Abhandlung erwarteten Gesetzes über den Versicherungsvertrag berücksichtigt sind. Verfasser gibt erschöpfend die einschlägige Rechtslehre und Rechtsübung wieder und nimmt bei den einzelnen Streitfragen eine selbständige Stellung ein.

7) Verlag von Georg Wattenbach in Berlin und Leipzig.
Die Zurechnung im Strafrecht und die gesetzliche Berücksichtigung der geistig Minderwertigen. Von Carl Günther, Rechtsanwalt in Arnsberg. 2. vermehrte und verbesserte Auflage. 1905.

Der Verfasser tritt ein für die Annahme der Willensfreiheit und befürwortet dringend, daß die geistige Minderwertigkeit als ein Zwischenglied eingeführt werde zwischen Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit. Er wünscht auch, daß den psychiatrischen Sachverständigen ein erhöhter Einfluß auf die Rechtsprechung eingeräumt werde in der Weise, daß das Gericht an ein Gutachten der Majorität der befragten medizinischen Gutachter gebunden sei, sofern dieselben die geistige Minderwertigkeit des Angeklagten bejahen. Diese partielle Einräumung einer Richterstellung für Sachverständige in Bezug auf eine bestimmte psychiatrische Diagnose erscheint verfehlt, insbesondere deshalb, weil die Merkmale der geistigen Minderwertigkeit keine scharfen medizinischen Grenzen aufweisen, also wohl juristischer Nachprüfung bedürfen, sowie deshalb, weil die medizinischen Sachverständigen ihrer Befähigung nach zu verschiedenartig sind, als daß man hier Majoritätsbeschlüsse entscheiden lassen könnte. Ein warmes Bestreben, die Strafrechtspflege möglichst wirksam zum Nutzen der menschlichen Gesellschaft zu gestalten, geht aus dem Schriftchen hervor. K.

8) R. v. Decker's Verlag (G. Schenck), kgl. Hofbuchhändler in Berlin.
Protokollmuster für die Hauptverhandlung vor der Strafkammer. Zum Handgebrauch in der Sitzung zusammengestellt von R. Stölting und E. Arnim, Landgerichtsräten. 1905.

Diese kleine, namentlich für angehende Praktiker bestimmte Sammlung erweist sich als sehr zweckdienlich. Sie enthält zunächst für die 1. und 2. Instanz in übersichtlicher Reihenfolge die in Preußen gebräuchlichen Schemata für die häufiger vorkommenden Protokollierungen und gibt im Anhang eine Anzahl von Probeausfüllungen. Der Gebrauch wird durch erläuternde Anmerkungen, Anführung von Gesetzesstellen und Verweisungen auf die Werke von Löwe-Hellweg und Lukas sehr erleichtert. Die Benützung der Sammlung kann bestens empfohlen werden. K.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 16. 1. August 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Singer Die Vergütung an Bauunternehmer. Meikel, Ist die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchbeamten eine schriftliche oder eine mündliche Erklärung? II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht (Civil- und Strafsachen); III. Vermischte Mitteilungen. IV. Literatur.

I. Abhandlungen.

Die Vergütung an Bauunternehmer.

Mit besonderer Berücksichtigung der Techniker-Gebührenordnungen.

Von Oberamtsrichter Singer in München.

Die Frage, ob ein Bauunternehmer, Architekt, Ingenieur, technisches Bureau, Baumeister, für seine Leistungen an den Bauherrn eine Vergütung und in welcher Höhe er sie beanspruchen kann, ist fortgesetzt eine Quelle von Streitigkeiten, weil leider allzuhäufig verabsäumt wird, über die Entlohnung des Unternehmers eine Vereinbarung zu treffen. Insbesondere pflegen Bauherrn, welche die Ausführung des Baues einem anderen Bausachverständigen übertragen, als jenem, welcher die Bauvorarbeiten, wie Skizzen, Pläne, Kostenanschlag, geliefert hat, nicht selten von der Anschauung ausgehen, daß der Bausachverständige für diese Vorarbeiten überhaupt keine Entlohnung verlangen kann, während der Bausachverständige die Entlohnung als selbstverständlich hält.

Die für die bezüglichen Rechtsverhältnisse in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen sind zum Teil nur dürftig, sie lassen überdies für mannigfache Zweifel Raum.

Im Folgenden sollen daher die wichtigsten der für die Unternehmervergütung einschlägigen Fragen erörtert werden.

I.

Vertragsmäßige Bauvorarbeiten ohne Ausführung der Hauptarbeit. Auskünfte.

Vor Ausführung eines Bauwerks oder einer gewerblichen, industriellen oder sonstigen Anlage tritt der Baulustige in der Regel behufs entsprechender Orientierung in Verbindung mit einem Bausachverständigen. Dies führt in einer großen Anzahl von Fällen dazu, daß der Baulustige dem Bausachverständigen eine Bestellung dahin aufgibt, ein mehr oder minder ausführliches Projekt für ihn auszuarbeiten, damit er eine Grundlage in die Hand bekommt,

welche ihm ermöglicht, sich über die Art der Ausführung und die Kosten ein ungefähres Bild zu machen und schlüssig zu werden, ob er die Hauptarbeit überhaupt ausführen lassen und ob er bei dem angegangenen Sachverständigen bleiben will. In anderen Fällen hinwieder ist es dem Baulustigen lediglich um eine Auskunft, einen Rat oder die Ausarbeitung eines Gutachtens zu tun.

Wird, was seltener vorkommt, für die vom Baulustigen begehrte Vorarbeit ausdrücklich eine bestimmte Vergütung oder doch ein bestimmter Vergütungsmaßstab[1]) vereinbart, so hat die Vereinbarung mit Ausschluß der gesetzlich vorgesehenen Vergütungsbestimmungen zu gelten. Andernfalls treten die gesetzlichen Bestimmungen ein.

1) Sind die Bauvorarbeiten[2]) vertragsmäßig zu liefern, so treten die Vertragsteile in ein gemischtes, nach den Grundsätzen des Werkvertrags und des Dienstvertrags, §§ 611 u. fg., §§ 631 u. fg. BGB. zu beurteilendes Rechtsverhältnis ein, welches namentlich nicht sachkundigen Baulustigen gegenüber die Haftung des Bausachverständigen für zweckmäßige und durchführbare Projektierung begründet.[3])

Mangels ausdrücklicher Abrede gilt nach § 632 I BGB. — gleichlautend mit § 612 I das. — eine Vergütung stillschweigend vereinbart, wenn die Ausführung der bestellten Arbeit „den Umständen nach" nur gegen Vergütung zu erwarten ist.

Objektiv nach der Verkehrssitte aber — übrigens auch subjektiv bei vernünftiger Ueberlegung — kann ein Baulustiger, welcher die Anfertigung eines Bauprojektes in Auftrag gibt, nicht erwarten, daß ein Bausachverständiger, welcher sein Geschäft berufsmäßig als Erwerbsquelle betreibt, unentgeltlich seine Dienste leisten werde.[4])

Aus § 632 I BGB. kann daher unbedenklich das Prinzip abgeleitet werden, daß der Bausachverständige mangels entgegenstehender Abrede für die bestellte und gelieferte Arbeit eine Vergütung[5]) erlangen kann, welche im Zweifel bei Abnahme der Arbeit durch den Besteller zu zahlen, eventuell von da an zu verzinsen ist, § 641 BGB.

Wie ist nun die Höhe der Vergütung zu bemessen? § 632 II BGB. — gleichlautend mit § 612 II BGB. — schreibt vor, daß, wenn über die Höhe der Vergütung nichts vereinbart ist, zuvörderst im Falle des Bestehens einer Taxe die Taxsätze, beim Nichtbestehen einer Taxe aber die „übliche" Vergütung als vereinbart zu gelten hat.

Die Bauunternehmer stehen nun meist auf dem Standpunkt, daß die innerhalb des Kreises ihrer Berufsgenossen vereinbarten Gebührenordnungen mit Prozentualtarifen — „Honorar-Norm für Arbeiten des Architekten und Ingenieurs vom Jahre 1888, s. g. Hamburger Normen, später die „Gebührenordnung der Architekten und Ingenieure", aufgestellt vom Verband deutscher Architekten- und Ingenieurvereine, Verband deutscher Zentral-

1) Vgl. Jur. Wochenschr. 1902 Beil. S. 253.
2) Vgl. unter Anhang zu Ziff. I.
3) Vgl. Jur. Wochenschr. 1905 S. 20. Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 7 S. 477.
4) Für Dienstleistungen der Kaufleute in Ausübung ihres Handelsgewerbes schreibt HGB. § 354 schlechthin die Vergütung vor. Vgl. auch Bl. f. RA. Bd. 11 S. 325.
5) Selbstverständlich kann der Bausachverständige außer der Vergütung für seine Mühewaltung auch Ersatz seiner Auslagen einschließlich der auf die Zuziehung notwendiger Hilfskräfte erwachsenen Auslagen verlangen, §§ 675, 670, 256, 645 Satz 1 a. E. BGB., Motive II S. 459, insofern nicht nach der Verkehrssitte mit der Mühewaltungsvergütung zugleich gewisse Aufwendungen, wie z. B. für Schreib- und Zeichnungsmaterial, als abgegolten zu erachten sind.

heizungsindustriellen, Verband deutscher Elektrotechniker, deutscher Verein von Gas- und Wasser-Fachmännern, Verein deutscher Ingenieure, Verein deutscher Maschineningenieure, im Jahre 1901, dann „Gebührenordnung der deutschen Baugewerksmeister" für Anfertigung von Entwürfen, Bauzeichnungen, Kostenanschlägen 2c., beschlossen vom Innungs-Verband deutscher Baugewerksmeister zu Düsseldorf am 9. September 1902, sog. Düsseldorfer Tarif — für das baulustige Publikum rechtsverbindliche Normen im Sinne des § 632 II BGB., sei es als Taxen, sei es als „übliche" Sätze, seien. Dies wird vielfach durch Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte der §§ 632 II, 612 II BGB. begründet und geltend gemacht, die fragliche Gesetzesbestimmung sei gerade zum Schutze der von Berufsinteressenten aufgestellten Tarife aufgenommen worden.

Das geht jedoch fehl.

Im ersten Entwurfe des BGB. §§ 559, 567 mangelte allerdings eine den §§ 612 II, 632 II BGB. entsprechende Vorschrift, in den Motiven Bd. II S. 460 ist sogar die Einfügung einer bezüglichen Vorschrift unter Verweisung auf die als genügend bezeichneten, den §§ 315, 316 BGB. entsprechenden Bestimmungen der §§ 353, 354 des ersten Entwurfs für entbehrlich erklärt.

In der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs ist dem gegenüber hervorgehoben worden, daß die Parteien häufig zunächst nicht den subjektiven Maßstab des billigen Ermessens als Vergütungsmaßstab wünschen, sondern den objektiven Maßstab von Taxen oder ortsüblichen Preisen. Demgemäß wurden von der Kommission unter wiederholter besonderer Betonung des Vorrangs des objektiven Maßstabs vor dem subjektiven die mit den §§ 612 II, 632 II des Gesetzes gleichlautenden Bestimmungen in den zweiten Entwurf eingestellt; vgl. Prot. Bd. I S. 466, Bd. II S. 277, 278, 309.

Aus dieser Entstehungsgeschichte folgt ein weiteres nicht, als daß mangels besonderer Abrede für die Vergütung des Unternehmers in erster Linie etwa bestehende Taxen bezw. ortsübliche Preise maßzugeben haben, insbesondere nicht, daß einseitig von einer Interessentengruppe aufgestellte Tarife das Gesetz ergänzen sollen.

Unter Taxe versteht man nun gemeinhin gesetzlich oder obrigkeitlich sanktionierte Preisnormen, sei es, daß es sich um vom Gesetze oder von der Obrigkeit für Dienstleistungen bestimmter Art aufgestellte Sätze oder um von Unternehmern bei der Obrigkeit eingereichte, von dieser gebilligte, nur mit Zustimmung der Obrigkeit abänderliche Sätze — sog. Selbsttaxen — handelt, sei es, daß die Ansätze nicht überschreitbare Zwangsnormen oder Normen für Streitfälle darstellen.[6])

Die ohne Zutun einer öffentlichen Gewalt aufgestellten erwähnten Gebührenordnungen für Architekten, Ingenieure und Baugewerksmeister sind also keine Taxen im Sinne des Gesetzes, insbesondere sind sie keine mit öffentlichrechtlichem Charakter bekleidete Selbsttaxen.

Hier mag auch darauf hingewiesen werden, daß, wenn es sich nicht um Privatvergütungen, sondern um gerichtliche Sachverständigengebühren handelt, es wohl kaum je vorkommt, daß für die Techniker-Gebührenordnungen der Charakter von Taxen im Sinne des § 13 der Reichsgebührenordnung für Zeugen und Sachverständige beansprucht oder gar vom Gerichte anerkannt wird.[7])

---

6) Vgl. R. Gewerbeordn. § 72 fg. Motive zum BGB. Bd. II S. 460.

7) Vgl. Unger, die Gebühren technischer Sachverständiger nach den deutschen Prozeß- und Gebührenordnungen S. 16.

Für die Frage, ob die Gebührenordnungen der Techniker unter den Begriff der „üblichen" Vergütungsnormen fallen, kommt folgendes in Betracht.

Unter üblicher, d. i. ortsüblicher[8]) Vergütung für Leistungen der Baukundigen ist jene zu verstehen, welche seit einer längern Reihe von Jahren von gewerbetreibenden Baukundigen am Sitze ihres Unternehmens dem baulustigen Publikum abverlangt und von dem letzteren trotz Unterlassung einer Preisvereinbarung in Kenntnis des angewendeten Maßstabes und mit der Ueberzeugung von der Rechtsmäßigkeit dieses Maßstabs anstandslos bezahlt worden ist, so daß sich das Publikum daran gewöhnt hat, mangels vertragsmäßiger Festsetzung der Vergütung die Berechnungsweise der Bauunternehmer als nach der Verkehrssitte zulässig und notwendig anzuerkennen.

Es genügt daher zur Herbeiführung der Eigenschaft einer Vergütung als der üblichen nicht, daß die deutschen Architekten und Ingenieurvereine bezw. die deutschen Baugewerksmeistervereine einseitig unter sich für ihre Dienstleistungen in ganz Deutschland anzuwendende Tarife vereinbart haben, auch nicht, daß die Architekten und Ingenieure oder die Baumeister eines bestimmten territorialen Kreises oder einer Stadt noch besonders die Anwendung dieser Tarife beschlossen haben, ferner nicht, daß die Tarife in, dem großen Publikum ja nicht zugängliche, Fachzeitungen eingerückt und in Baukalender eingestellt sind, des weiteren nicht, daß die Unternehmer ihren Vergütungsberechnungen fortgesetzt die Gebührenordnungen zugrunde legen und von dem einen oder andern Besteller hiewegen keine Beanstandung erfahren — während das bauende Publikum die Tarife nicht einmal dem Namen und noch viel weniger der Sache nach kennt, sondern fortgesetzt gegen die Berechnungsweise der Gebührenordnungen wegen der ihm zu hohen Sätze sich sträubt.

Die Aufstellung der Gebühren-Normen und -Ordnungen der Techniker erscheint vielmehr von Hause aus lediglich als der, an sich vollkommen zu billigende, Versuch, für standesgemäß erachtete Gebühren-Normen zur Einführung und womöglich nach und nach zur allgemeinen Anerkennung zu bringen.

Eine allgemeine Anerkennung der Tarife in ganz Deutschland aber in dem Sinne, daß sich das baulustige Publikum allüberall daran gewöhnt hätte, nach den Techniker-Gebührenordnungen zu zahlen, besteht nicht. Dies folgt ohne weiteres aus der bekannten Tatsache, daß die Gerichte jahraus jahrein mit Rechtsstreitigkeiten über die Höhe und den Berechnungsmaßstab der von den Bauunternehmern zu beanspruchenden Vergütungen beschäftigt sind; vielfach zeigen schon die Klagsbegründungen, daß die Bauunternehmer selbst nicht felsenfest von der in den Klagen beanspruchten „Ueblichkeit" oder gar „Taxmäßigkeit" der Gebührenordnungen überzeugt sind, wenn es z. B. in Klagsschriften heißt, der Kläger könne zwar nach seiner Gebührenordnung noch viel mehr verlangen, er wolle sich aber freiwillig mit einer geringeren Vergütungssumme begnügen.

Das Gericht wird daher in allen zur Entscheidung vorgelegten Fällen eine Prüfung der „Ueblichkeit" des der Vergütungsberechnung zugrunde gelegten Maßstabes vorzunehmen haben.

In Ansehung der Hamburger Normen, nach denen von Ingenieuren und Architekten trotz der Gebührenordnung vom Jahre 1901 auch heute noch vielfach, zum guten Teil wegen der größeren Einfachheit der Berechnungsweise, gerechnet wird, wird sich in einer Reihe von Städten und Bezirken die Eigen-

---

8) Motive zum BGB. Bd. II S. 460. „Das Recht" 1901 S. 43.

schaft üblicher Preissätze feststellen lassen,[9]) so ist z. B. einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 2. September 1901 — Rechtspr. d. Oberl.-Ger. Bd. 5 S. 222 — zu entnehmen, daß dieses Gericht sich schon wiederholt dahin ausgesprochen hat, daß die Hamburger Normen als Vergütungsmaßstab des „üblichen" Preises für Leistungen des sachverständigen Architekten und Ingenieurs im Sinne des § 4 der R. Geb.-Ordn. f. Zeug. u. Sachverst. gelten können.

In Ansehung der Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure vom Jahre 1901 wird sich bei der Kürze der seit ihrer Aufstellung verflossenen Zeit und bei der gegenüber den Hamburger Normen sehr komplizierten und wesentlich höheren Berechnungsweise nur selten eine Gewöhnung des Publikums im oben erörterten Sinne konstatieren lassen.

Auch die Ueblichkeit des erst im Dezember 1902 aufgestellten Düsseldorfer Tarifs wird dermalen nur an wenigen Plätzen anerkannt werden können.[10])

Kann die Gewöhnung des Publikums an die Sätze der Gebührenordnungen oder eines etwaigen sonstigen Vergütungsmaßstabes beim Mangel vertragsmäßiger Vergütungsabrede nicht festgestellt werden, so ist auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 315, 316 BGB. zurückzugreifen.

Hienach hat der Unternehmer als der Vergütungsberechtigte die Höhe der Entlohnung zu bestimmen. Die Bestimmung ist nach billigem Ermessen zu treffen, daher für den Bauherrn nur verbindlich, wenn sie auch tatsächlich der Billigkeit entspricht; ist letzteres nicht der Fall, hat der Richter den „billigen" Lohn festzusetzen.

Billige Vergütung ist jene, die nicht willkürlich ist, sondern welche in gerechter Abwägung aller Umstände mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, nach dem arbitrium boni viri des römischen Rechts,[11]) getroffen wird.

Das Gericht wird oft, besonders bei größeren und schwierigeren Bauwerken, selbst nicht die genügende Sachkunde zur sofortigen Feststellung der billigen Vergütung besitzen, es muß sich daher der Hilfe von technischen Sachverständigen bedienen.

Jedenfalls sind bei der Festsetzung der Entlohnung die verschiedensten Faktoren, welche die Arbeitsausführung bedingen, in Berücksichtigung zu ziehen, wie Maß der aufgewendeten Zeit für Platzbesichtigungen, Messungen, Bureauarbeiten, Grad der vom Unternehmer bewiesenen Sachkunde, Vorbildung und fachliche Stellung des Unternehmers, Materialaufwand, Art der Ausführung in konstruktiver und künstlerischer Hinsicht.

Das praktische Ergebnis der Beweisaufnahme und der richterlichen Würdigung wird, wenn es sich um Forderungen der akademisch-gebildeten Architekten und Ingenieure handelt, in einer großen Zahl von Fällen das sein, daß die in den Hamburger Normen bezw. in der Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure vom Jahre 1901 aufgestellten Sätze als „billige", angemessene erachtet und daher dem Architekten oder Ingenieur zugesprochen werden müssen.

---

9) Mir ist erst vor kurzem eine Klage zu Händen gekommen, in welcher mit der Behauptung, es sei nach den für Architekten und Ingenieuren üblichen Taxen gerechnet, sowie unter Beweisangebot für die Angemessenheit eine Prozentualgebühr nach den Hamburger Normen verlangt wird.

10) Die Eigenschaft üblicher Normen wird sämtlichen Gebührenordnungen abgesprochen von Hilse in Jur. Wochenschr. 1905 S. 106; das „Recht" 1903 S. 574, dem Düsseldorfer Tarif für Augsburg vom Oberl.-Ger. Augsburg mit Urteil vom 10. November 1903 in Bestätigung eines landgerichtlichen Urteils.

11) Vgl. Motive z. BGB. Bd. 2 S. 192, 193.

So hat auch das Reichsgericht in Urteilen vom 25. Januar 1902 und 6. März 1902 [12]) ausgesprochen, daß die Hamburger Normen zwar nicht als zwingende Rechtsregel, aber als Anhaltspunkt für die Abschätzung einer angemessenen Vergütung angesehen werden können und daß der bezüglichen Schätzung eines gerichtlichen Sachverständigen, die in den Normen aufgeführten Sätze seien angemessene Vergütung, unbedenklich beigetreten werden darf.

Der Düsseldorfer Tarif dagegen wird in der Mehrzahl der Fälle weniger siegreich bestehen.

Der als Sachverständiger aufgerufene Baugewerksmeister wird in der Regel die Sätze dieses Tarifs als „billige" einschätzen, der akademisch gebildete Bausachverständige aber wird häufig, in konstruktiver und künstlerischer Hinsicht einen strengen Standpunkt einnehmend, die Sätze als zu hoch gegriffen, oft auch die Prozentualtarifierung als nicht zulässig bezeichnen.

Das Gericht wird dann häufig einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Sachverständigen-Schätzungen dadurch schaffen, daß es das arithmetische Mittel zieht. Trotz auseinandergehender Gutachten ist aber, besonders bei schwierigen Projekten, nicht ausgeschlossen, daß das Gericht zur Anlehnung an die Sätze des Düsseldorfer Tarifs als billige gelangt.

Auch bei der Ermittelung des üblichen Preises für die Mühewaltung des gerichtlich vernommenen Bausachverständigen in schwierigen Fällen nach § 4 R.-Geb.-Ordn. f. Zeug. u. Sachv. ist die Anlehnung an die Stundensätze der Gebührenordnungen — siehe Anhang zu Ziff. I — als angemessene Vergütung zulässig. [13])

Nach dem bisher Erörterten wird praktisch die „billige" Vergütung und die „übliche" Vergütung oft auf das Gleiche herauskommen.

2) Erholt sich der Baulustige beim Baukundigen lediglich eine Auskunft, einen Rat oder ein schriftliches Gutachten über ein auszuführendes Bauwerk oder über Umänderung oder Ergänzung einer bestehenden Anlage, so entsteht durch die ausdrückliche oder stillschweigende Bereitwilligkeitserklärung des Baukundigen, seine Dienste zu leihen, ein Vertragsverhältnis zwischen dem Baulustigen und dem Baukundigen, das nach den Grundsätzen des Dienstvertrags zu beurteilen ist, [14]) und für welches bei mangelnder Entlohnungsabrede hinsichtlich des Vergütungsmaßstabs das nämliche zutrifft, was eben unter Ziffer 1 ausgeführt ist, § 612 II BGB.

Hier ist ebenfalls der Grundsatz aufzustellen, daß eine Vergütung zu gewähren ist, es müßte denn das unter Ziffer II zu Erörternde zutreffen.

Wendet sich der Baulustige an ein technisches Bureau, das sich überhaupt nur mit Auskunftserteilungen und Projektanfertigungen befaßt, nicht aber mit Hauptarbeiten, so kann er schlechthin nichts anderes erwarten, als daß er eine Vergütung zu entrichten hat.

Aber auch bei der Inanspruchnahme von Unternehmern, die auch Hauptarbeiten ausführen, kann der Baulustige, wenn es sich nicht um ganz einfache Anfragen handelt, nach der Verkehrssitte nicht erwarten, daß er unentgeltlich bedient wird, eben weil der Baukundige aus seiner Sachkenntnis eine Erwerbsquelle macht.

---

12) Rechtspr. d. Oberl.-Ger. Bd. 5 S. 222, Jur. Wochenschr. 1902 S. 441.

13) Bezüglich der Architekten und Ingenieure vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 222 (Hamburger Normen) und Unger a. a. O. S. 14, 15 sowie die dort citierte Entsch. d. Reichsger. vom 8. November 1901 (Geb.-Ordn. f. Architekten und Ingenieure).

14) Vgl. Jur. Wochenschr. 1905 S. 138; Bl. f. RA. Bd. 71 S. 6.

Der „billige" Vergütungsmaßstab richtet sich nach der größeren oder geringeren Schwierigkeit der Beantwortung, dem Maß der aufgewendeten Zeit und geistigen Tätigkeit, der Vorbildung und fachlichen Stellung des Baukundigen, der wirtschaftlichen und künstlerischen Bedeutung der Sache. Die Honorarhöhe mag dann in Anlehnung an die R.-Geb.-Ordn. f. Zeug. u. Sachv.[15]) oder in schwierigeren Fällen an die Techniker-Gebührenordnungen, insbesondere an deren Stundensätze, gefunden werden.

Anhang zu Ziffer I.

Im Hinblick auf die Bedeutung, welche nach dem Ausgeführten die Gebührennormen der Techniker für die Urteilsfindung haben, erscheint es zweckmäßig die wesentlichen Grundsätze derselben hervorzuheben.

A. Die Vergütung richtet sich in erster Linie nach der Art der Arbeiten.

In dieser Beziehung unterscheidet die Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure:

1) Allgemeine Gebühren (Honorar) für
   a) Vorarbeiten:
   aa) Skizzen (probeweise Versuche zur Lösung einer technischen Aufgabe) und Kostenschätzung — sog. Vorentwurf oder allgemeine Vorarbeiten,
   bb) Entwurf (Grundrisse, Durchschnitte, Ansichten mit Maß) zur Ermöglichung des Kostenanschlags,
   cc) Kostenanschlag,
   dd) Bauvorlagen zur Erwirkung der baupolizeilichen Genehmigung, — bb bis dd sogen. ausführliche Vorarbeiten,
   b) Ausführungsarbeiten:
   aa) Bau- und Werkzeichnungen in einem für die Ausführung genügenden Maßstab,
   bb) Oberleitung der Bauausführung,
   cc) Prüfung und Feststellung der Baurechnungen.
2) Besonders zu vergütende Nebenkosten für
   a) die zur Aufstellung des Entwurfs notwendigen Unterlagen, wie Katasterauszüge, Lage- und Höhenpläne, Bodenuntersuchungen, Messungen, Bauzeichnungen des zu bearbeitenden Gebäudes bei besonderen Anlagen und Einrichtungen,
   b) die besondere Bauleitung, wie Gehälter und Löhne, Unterhaltung des Baubureaus,
   c) Mühewaltung bei Auswahl, Erwerb, Benützung von Grundstücken,
   d) Reisen,
   e) Revisionszeichnungen, Schlußvermessungen.
3) Besondere Gebühren:
   a) für Gutachten, Schätzungen, statische Berechnungen, künstlerische Darstellungen,
   b) für nach der Zeit zu vergütende Mühewaltungen,[16])
   c) Reisediäten — Spesen besonders zu vergüten,
   d) Honorar für Gehilfen.

---

15) Dies ist um so unbedenklicher als die Motive zur R.-Geb.-Ordn. f. Zeug. u. Sachv. § 4 die Uebereinstimmung der gerichtlichen Mühewaltungsgebühr mit den im Privatverkehr zu gewährenden vorsehen.

16) Geb.-Ordn. f. Archit. u. Ing.: 20 Mk. für die 1. Stunde, 5 Mk. für jede fernere; Düsseldorfer Tarif: 5—20 Mk. für die 1. Stunde, 3—5 Mk. für jede fernere; Hamburger Normen: 4 Mk. für die Stunde in der Wohnung oder im Geschäftslokal, 5 Mk. für die Stunde außerhalb derselben, jedoch am Wohnort.

Dem Düsseldorfer Tarif liegt im großen Ganzen die gleiche Einteilung zugrunde.

Bei den Hamburger Normen ist sachlich das nämliche der Fall; äußerlich unterscheiden die Normen zwischen Honorar und Leistungen, die nicht nach der Bausumme zu vergüten sind.

B. Die rechnerische Behandlung ist folgende:

Die Hamburger Normen rechnen nach Prozentsätzen der Bausumme; letztere ist zu bestimmen nach dem höheren oder niederen Rang des Bauwerks — 6 Bauklassen —, der Höhe der Bausumme und der Art und dem Umfange der aufgewendeten Tätigkeit.

Der Düsseldorfer Tarif rechnet ebenso, jedoch sind hier nur 3 Bauklassen (Gruppen) aufgestellt; er nähert sich den Sätzen der Hamburger Normen, hinter diesen etwas zurückbleibend.

Die erheblich höhere Sätze aufstellende Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure unterscheidet Honorar für Architekten und solches für Ingenieure. Für Architekten wird nach Prozentsätzen der Bausumme gerechnet. Die Bausumme wird bestimmt nach der Höhe der sämtlichen Baukosten (zu entnehmen aus der Baurechnung bezw. dem Kostenanschlag, eventuell der Kostenschätzung), der Art des Bauwerks (5 Ranggruppen) und nach der Ausbausumme (der auf den Ausbau und die Ausschmückung des Bauwerks fallende Teil der Bausumme).

Für Ingenieure, soweit nicht Hochbauten in Betracht kommen, und soferne die Baukosten mindestens 5000 Mk. betragen — unter 5000 Mk. werden Zeitgebühren berechnet — sind 3 Gruppen aufgestellt:

Prozentualgebühren nach der Höhe der Bausumme in 4 Rang-Bauklassen,
Gebühren für Arbeiten, die nach der Länge der Linie,
Gebühren für Arbeiten, die nach der Fläche zu entlohnen sind;

die beiden letzteren Gebührenarten, berechnet nach der Zahl der Kilometer bezw. Hektar, und je mit der Unterscheidung, ob einfache oder schwierige Verhältnisse vorliegen.

II.

Gratisleistungen für Vorarbeiten und Wettbewerbe.

Liegt die Sache nicht so wie oben unter I 1 vorausgesetzt, nämlich daß der Baulustige dem Baukundigen eine vom letzteren angenommene Bestellung aufgibt, sondern so, daß es sich lediglich um für beide Teile unverbindliche Vorbesprechungen handelt, deren Ergebnis dahin geht, daß der sich um Preis, Ausführung u. s. w. erkundigende Baulustige lediglich anregt, daß ihm der Baukundige Vorschläge machen soll, während der Baukundige sich einseitig bereit erklärt, dem Baulustigen Skizzen, Kostenanschläge oder ein völliges Projekt vorzulegen, und zwar in der Hoffnung, die Hauptarbeit übertragen zu erhalten, so kommt ein Vertrag überhaupt nicht zustande.

In diesem Falle steht dem Unternehmer im Zweifel eine Vergütung nicht zu; die Lieferung der Vorarbeiten hat nicht die rechtliche Bedeutung der Vertragserfüllung, sondern die einer Offerte, welche die Abschließung eines Vertrags erst anstrebt.[17])

Immerhin ist auch in diesem Falle[18]) anzuerkennen, daß sich eine Verkehrssitte bilden kann, daß die Entgegennahme des angebotenen Projektes zur

17) Vgl. Jur. Wochenschr. 1902 S. 441; 1905 S. 106; „Recht" 1904 S. 133; Seuff. Arch. Bd. 47 Nr. 25; Staudinger, Komm. z. BGB. § 632 Note 6.

18) mit Michels im „Recht" 1904 S. 134.

Honorierung desselben verpflichtet; doch wird bei dem bekannten menschlichen Streben, sich gegen nicht erwartete Zahlungsanforderungen ablehnend zu verhalten, und mit Rücksicht auf die Tatsache, daß die Konkurrenz vielfach kostenlos arbeitet, dem Unternehmer nur schwer der Nachweis der Bildung einer solchen Verkehrssitte gelingen.

Die Konkurrenzverhältnisse haben dazu geführt, daß zahlreiche Bauunternehmer gewisse Vorarbeiten öffentlich, durch Zeitungsinserate, Geschäftszirkulare, Vordrucke auf Geschäftsbriefen, oder im einzelnen Fall zur unentgeltlichen Lieferung anbieten; große Aktiengesellschaften liefern z. B. zu Anlagen, für welche sie sich interessieren, sogar vollständig ausgearbeitete Projekte mit detailliertem Kostenanschlag ohne jede Vergütung, auch wenn sie später den Auftrag für die Hauptarbeit nicht erhalten.

Die Gratisangebote dürfen übrigens, weil in ihnen immerhin ein Verzicht gelegen ist, nicht ausdehnend ausgelegt werden. Ankündigungen wie „Auskünfte, Skizzen, Kostenschätzung gratis" geben zu Zweifeln kaum Anlaß. Strittig wird dagegen leicht die Ankündigung „Kostenanschlag gratis". Der Kostenanschlag kann nur auf Grund eines detaillierten, insbesondere auch mit Maßen versehenen, Entwurfs hergestellt werden; folgerichtig kann der Unternehmer auch kein Honorar für die Anfertigung des Entwurfs verlangen; etwa durch die Anfertigung des Entwurfes erwachsende notwendige Nebenkosten aber und Spesen [19]) kann der Unternehmer bezahlt verlangen, weil das Gratisangebot nach der Verkehrssitte nicht so weit ausgelegt werden darf, daß der anbietende Unternehmer über die Bureauarbeit hinausgehende Arbeit leisten und ein geringfügiges Maß übersteigende Auslagen aus eigener Tasche zahlen will.

Ueber die unentgeltliche Lieferung der Vorarbeiten, wenn der Baukundige auch die Hauptarbeit übertragen bekommt, s. unten Ziff. 4.

Eine besondere Art der Bauofferten bilden die Wettbewerbe. Dieselben sind mit den „vom Verbande deutscher Architekten- und Ingenieurvereine aufgestellten Grundsätzen für das Verfahren bei Wettbewerben im Gebiete der Architektur und des Bau-Ingenieurwesens" einzuteilen in öffentliche — Welt-, Deutsche- und Orts- — und in beschränkte — nur für bestimmte Personen oder einen bestimmten Personenkreis geltende — Wettbewerbe.

Bei öffentlichen und bei beschränkten Wettbewerben über schwierige Anlagen bildet die Einsetzung eines Preisgerichts und die Aussetzung von Preisen die Regel; bei sonstigen beschränkten Wettbewerben bildet der Wegfall eines Preisgerichts und die Kostenlosigkeit die Regel, denn hier wendet sich der Bauherr an mehrere Unternehmer, die nicht einmal etwas von einander zu wissen brauchen, um sie zur Einreichung gehörig belegter Offerten zu veranlassen, von deren Ausfall er es abhängig macht, ob er einem der Offerenten und welchem er die Arbeit übertragen will.

Hierher gehören auch die Submissionen, bei denen die Unternehmer ihre Vorschläge kostenlos einreichen müssen.

Beschränkte Wettbewerbe können auch durch mehrere Unternehmer selbst veranlaßt werden, indem sie dem Baulustigen ihre Dienste anbieten und in der Erwartung, daß der eine oder andere die Hauptarbeit übertragen erhält, die nötigen Bauvorarbeiten einschließlich der Kostenanschläge kostenlos einreichen.

Immerhin kommt auch bei beschränkten Wettbewerben Honorierung der Unternehmer vor, sei es, daß sie von dem Bauherrn ausdrücklich versprochen oder daß ohne ausdrückliches diesbezügliches Versprechen ein förmlicher Be-

19) Vgl. oben Anhang zu I A 2, 3.

stellungsvertrag mit jedem der mehreren Bewerber über die Lieferung des Bauprojektes abgeschlossen wird; es ist dann die vereinbarte bezw. billige Vergütung zu zahlen.

Hat der Bauherr durch öffentliche Ausschreibung unter Aussetzung von Belohnungen oder Preisen zum Wettbewerb eingeladen, so finden die Vorschriften über Auslobung Anwendung, § 657 fg. BGB.

Bei den unter Mitwirkung des Verbandes deutscher Architekten- und Ingenieurvereine veranstalteten Wettbewerben sind die Beteiligten den vorhin erwähnten vom Verbande aufgestellten Grundsätzen unterworfen. Da in allen Fällen auf Grund des von den Preisrichtern mit dem Bauherrn aufgestellten Programms nach bestimmten, sich an die Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure anlehnenden Normen Preise ausgesetzt werden, haben die Teilnehmer am Wettbewerbe Vergütung zu erwarten; bei öffentlichen, sowohl Skizzen- als Entwurfs-Wettbewerben kommt nur eine gewisse, mit der Höhe der Baukosten zunehmende, Anzahl von Preisen zur Verteilung; bei beschränkten Skizzen- und bezw. Entwurfswettbewerben erhält jeder Bewerber eine Vergütung; verlangte spezielle Kostenanschläge bei architektonischen Wettbewerben werden extra honoriert.

III.

Vorarbeitenvertrag oder Offerte? Vorvertrag. Beweislast.

Die Grenze zwischen Vertrag über Lieferung von Bauvorarbeiten und bloßer Offerte wird nicht immer leicht zu ziehen sein, da, wenn einmal die Vergütungsfrage strittig geworden ist, die Behauptungen des Unternehmers und jene des Bauherrn über den Inhalt ihrer Veredungen gewöhnlich weit auseinander gehen und daher die praktische Anwendung des § 154 BGB., wonach der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen gilt, wenn nicht die Parteien sich über alle Vertragspunkte geeinigt haben, erheblichen Schwierigkeiten begegnet.

Der Unternehmer, welcher sich auf Vertrag beruft, muß im Bestreitungsfalle den Beweis für das Vorliegen eines Vertrags führen.

Ergibt die Beweiserhebung, daß Bauherr und Unternehmer auf dem Standpunkt standen, daß ersterer gegen letzteren einen klagbaren Anspruch auf Lieferung der Bauvorarbeiten hatte, — möglicherweise läßt sich dies aus gepflogenen Korrespondenzen entnehmen — so liegt Vertrag vor; läßt sich dagegen ermitteln, daß es im Belieben des Unternehmens stand, ob er Vorarbeiten einreichen wollte oder nicht, liegt nur Offerte vor. Ein Kriterium kann häufig auch darin gefunden werden, ob die Anregung zur Anfertigung und Lieferung der Bauvorarbeiten vom Unternehmer oder vom Baulustigen ausgegangen ist; die Anregung seitens des Unternehmers spricht mehr für Offerte, die Anregung seitens des Baulustigen spricht mehr für Vertrag.

Freilich kann es sich bei der Anregung durch den Baulustigen auch um eine bloße Anfrage handeln, welche der Unternehmer mit einer Offerte, ähnlich wie der um den Preis gefragte Kaufmann, beantwortet[20]).

Wendet sich der Baulustige an mehrere Unternehmer und wissen diese, daß sie in Konkurrenz mit einander zu treten haben, so liegt im Zweifel nur Offerte vor.

Erklärt der Baulustige bei der Bestellung eines Bauprojektes oder bei der Anregung einer Offerte, er wolle dem Unternehmer auch die Hauptarbeit übertragen, so liegt hierin nur eine unverbindliche Inaussichtstellung eines Vertragsabschlusses über die Hauptarbeit, keineswegs aber ein Vorvertrag[21]),

20) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 34 Nr. 114.
21) Vgl. Rechtspr. d. Oberl.-Ger. Bd. 2 S. 178.

aus welchem der Unternehmer einen klagbaren Anspruch auf Uebertragung der Hauptarbeit ableiten könnte; der einen derartigen Anspruch begründende Vorvertrag muß vielmehr zu seiner Rechtsgültigkeit die wesentlichen gegenseitigen Rechte und Pflichten des künftigen Hauptvertrags in sich enthalten.

Bezüglich der Höhe der etwa zu zahlenden Vergütung ist schließlich noch zu bemerken, daß im Bestreitungsfalle der auf Vergütung klagende Unternehmer sowohl für seine Behauptung, es sei ein bestimmter oder ein angemessener Preis vereinbart worden, als auch für die Behauptung, es sei ein bestimmter Preis nicht vereinbart worden und daher der „übliche" eventuell „billige" Preis zu zahlen, beweispflichtig ist, weil ihm der Beweis für den vollen Inhalt des behaupteten Vertrags obliegt[22]).

IV.

Vorarbeiten und Hauptarbeit.

Werden die Bauvorarbeiten und die Hauptarbeit von vornherein dem nämlichen Unternehmer übertragen — ein gemischtes nach den Grundsätzen des Werkvertrags und des Dienstvertrags zu beurteilendes Rechtsverhältnis[23]) — so bildet bei Neubauten, Neuanlagen, größeren Aenderungen und wichtigen Einrichtungen die Preisvereinbarung, zum mindesten die über einen bestimmten Vergütungsmaßstab, die Regel.

Eine häufig beliebte Art ist die Uebertragung der sämtlichen Vor- und Hauptarbeiten um einen Akkordpreis; in diesem Falle kann für die Vorarbeiten eine besondere Vergütung nicht verlangt werden, weil der Akkordpreis die Entlohnung für die gesamte Mühewaltung und die gesamten Auslagen des Unternehmers in sich schließt, der Unternehmer daher eine gesonderte Vergütung für die Projektierung nicht erwarten kann, § 632 I BGB.

Ist ein Akkordpreis nicht vereinbart, so liegt in der Vergütung der Hauptarbeit nicht ohne weiteres auch die Entlohnung für die Vorarbeiten.

In den Techniker-Gebührenordnungen ist der Grundsatz aufgestellt, daß die Vorarbeiten auch im Falle der Bauausführung zu vergüten sind und daß, falls der Unternehmer nur einen Teil der gesamten Arbeiten übertragen erhält, die Gebührensätze entsprechend zu erhöhen sind[24]).

Gleichwohl hat sich an zahlreichen Orten infolge der Konkurrenzverhältnisse die Verkehrssitte herausgebildet, daß der Unternehmer, welcher die Hauptarbeit übertragen erhält, die Entlohnung auch für vertragsmäßige Vorarbeiten im Preise für die Hauptarbeit zu suchen hat; diese Verkehrssitte konnte sich um so leichter bilden, als, wie oben Ziffer II erörtert, von vielen Unternehmern allerhand Gratisleistungen ausgeboten werden.

Sind dem Unternehmer einfachere Hauptarbeiten, Einrichtungen oder Abänderungen übertragen, welche ohne Vorarbeiten ausgeführt werden können, oder hat der Unternehmer lediglich die Hauptarbeit auszuführen, nachdem ein anderer Unternehmer die Vorarbeiten geliefert hat, gilt mangels einer Preisabrede das oben unter I 1 Gesagte.

---

22) Vgl. Bl. f. RA. Bd. 69 S. 38.

23) Vgl. Jur. Wochenschr. 1905 S. 20; Rechtspr. d. Oberl.-Ger. Bd. 7 S. 477.

24) Beispiel der Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure: Villa mit 100 000 Mk. Bau- und 50 000 Mk. Ausbausumme nach Kostenschätzung und Kostenanschlag bezw. 120 000 Mk. und 66 000 Mk. nach der schließlichen Baurechnung: 1 485 Mk. für Vorentwurf und Entwurf, 2 572 Mk. für alle Vorarbeiten, 7 216 Mk. für alle Arbeiten.

Bezüglich der Vergütung von Bauausführungsarbeiten ist noch zu bemerken, daß an vielen Orten, insbesondere bei kleineren Baumeistern, die Bemessung nach den Lohnlisten der Arbeiter üblich ist; hier wird nach Prozenten des von den Arbeitern verdienten Stundenlohnes gerechnet.

V.

Erhöhung, Gefährdung, Minderung, Verlust der Vergütung.

Eine Erhöhung der vereinbarten oder gesetzlich als vereinbart geltenden Vergütung wird am häufigsten bei Ueberschreitung des Kostenvoranschlags begehrt.

Hat der Unternehmer, entsprechend der ausdrücklichen Vorschrift des § 650, BGB. dem Bauherrn von der Notwendigkeit der Anschlagsüberschreitung unverzüglich nach Kenntniserlangung hievon Anzeige gemacht, und hat der Besteller trotzdem von dem ihm auf Grund solcher Anzeige zustehenden Kündigungsrecht keinen Gebrauch gemacht, so kann der Unternehmer entsprechend höhere Vergütung beanspruchen; hat der Unternehmer keine rechtzeitige Anzeige gemacht, sondern unter Ueberschreitung des Anschlags das Werk fertiggestellt, kann er lediglich nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung des Bestellers das vergütet verlangen, was das Werk wertvoller geworden ist.

Hat aber der Unternehmer eine Gewähr dafür übernommen, daß das Werk um die im Voranschlag vereinbarte Maximalsumme hergestellt werden wird, muß er, auch wenn hintennach die Ueberschreitung des Kostenanschlags notwendig werden sollte, das Werk um die Gewährssumme fertigstellen, auch wenn er dadurch mit Verlust arbeiten sollte.

Die nachträgliche Erhöhung einer dem Besteller überschickten Rechnung über seine Anforderungen kann der Unternehmer, auch wenn er der Rechnung die Klausel salvo errore et ommissione beigesetzt hat, nicht ohne weiteres verlangen; insbesondere kann er nicht, wenn es zum Prozesse kommt, aus diesem Grunde nunmehr einen höheren Prozentsatz rechnen; offensichtliche Kalkulfehler und versehentliche Auslassungen dürfen berichtigt werden[25]).

Stellt sich nach Vertragsabschluß bezw. während der Ausführung der Arbeiten heraus, daß der Bauherr zur Zeit der Bestellung in schlechter Vermögenslage war, so daß der Unternehmer befürchten muß, keine Vergütung zu erhalten, kann der Unternehmer unter Berufung auf § 157 BGB. vom Vertrage zurücktreten oder auch den Vertrag wegen Betrugs oder Irrtums anfechten, §§ 119, 123 BGB. Tritt die schlechte Vermögenslage des Bestellers erst nach Vertragsabschluß ein, kann der Unternehmer die Weiterarbeit verweigern, bis der Besteller vorausbezahlt oder hinreichende Sicherheit bestellt, § 321 BGB.; auch bei nachträglich eintretender schlechter Vermögenslage des Bestellers kann übrigens nach den Umständen des Falls Rücktritt vom Vertrage gemäß § 157 BGB. erfolgen[26]).

Im Konkurse des Bestellers tritt der vergütungsberechtigte Bauunternehmer, insoweit er durch Vertragshypothek oder gesetzliche Sicherungshypothek nach § 648 BGB. Sicherheit hat, als Absonderungsberechtigter gemäß § 47 KO., im übrigen als einfacher Konkursgläubiger auf; das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers an Mobilien, § 647 BGB., § 49 Ziffer 2 KO., wird hauptsächlich beim Maschinenbau praktisch.

---

25) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 56 Nr. 46.

26) Vgl. Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 50 S. 258; Bl. f. RA. Bd. 65 S. 412, Bd. 67 S. 149; Rechtsp. der OLG. Bd. 6 S. 44.

Die Verpflichtung des Bauunternehmers, fehlerlose und brauchbare Arbeit rechtzeitig und ohne Verzug zu liefern, eventuell die Mängel auf Verlangen des Bauherrn zur Nachbesserung rechtzeitig zu beseitigen, falls er nicht die Herabsetzung der Vergütung oder Rückgängigmachung des Vertrags mit der Folge des Verlusts des Vergütungsanspruchs oder gar Schadensersatzforderungen des Bauherrn riskieren will, sind in §§ 633—639 BGB. eingehend geregelt.

Der Verband deutscher Architekten und Ingenieure hat im Jahre 1886 „Bestimmungen über die civilrechtliche Verantwortlichkeit für Leistungen des Architekten und Ingenieurs" — revidiert im Jahre 1903 — aufgestellt, welche als Vertragsabreden angeraten werden und für den Umfang der beiderseitigen Verpflichtungen und Haftungen angemessene Bestimmungen vorsehen.

Fehlerhaftigkeit von Ratschlägen, Auskünften, Gutachten entbindet mangels entgegenstehender Vereinbarung den Baulustigen nicht ohne weiteres von der Pflicht zur Honorarzahlung, soferne nämlich trotz entsprechender Sorgfalt und Anwendung des zu erwartenden Durchschnittmaßes von Kenntnissen der Fehler vorgekommen ist[27]).

Beruht aber der Fehler auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit, so kann bei der Vertragsnatur des Verhältnisses — vgl. oben I 2 — die Bezahlung der Vergütung mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags verweigert werden, § 320 BGB.[28]).

Was schließlich die Verjährung der Vergütungsforderungen betrifft, so gilt die regelmäßige 30jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB. für die Ansprüche des Unternehmers aus den sog Bau-Entrepriseverträgen, d. i. aus solchen Verträgen über Erstellung eines Bauwerkes, bei denen die persönliche Arbeitsleistung des Unternehmers als Gewerbetreibenden oder Handwerkers in den Hintergrund tritt, bei denen vielmehr die Haupttätigkeit des Unternehmers darin besteht, die zur Bauausführung notwendigen fremden Arbeits- und Leistungskräfte, wie Handwerker, Lieferanten, Unter-Unternehmer zusammenzubringen und durch diese die erforderlichen Arbeiten und Leistungen vornehmen zu lassen[29]).

Die Vergütungsforderungen aus anderen als Bau-Entrepriseverträgen verjähren einschließlich der Forderungen auf Auslagenersatz in 4 Jahren, wenn für den Gewerbebetrieb des Bestellers geliefert wurde, sonst in 2 Jahren, und zwar vom Schlusse desjenigen Jahres an, in welchem die Vergütung vertragsmäßig oder mangels bezüglicher Abrede gesetzlich, nämlich mit der Werkabnahme, § 641 BGB., fällig wird, § 196 Abs. 1 Ziffer 1, Abs. 2, § 201 BGB.[30]).

VI.
Schlußbemerkungen.

Aus dem Erörterten ergibt sich, daß in jedem Falle dem Bauherrn und den Unternehmern aufs dringendste anzuraten ist, die gegenseitigen Rechte und Pflichten, insbesondere die Vergütungsberechnung, durch Vertrag ausdrücklich klarzustellen.

Der Düsseldorfer Tarif trägt auf seinem Titelblatt den zweckmäßigen Ausdruck „es empfiehlt sich, dem Auftraggeber von nachstehender Gebührenordnung Kenntnis zu geben."

---

27) Vgl. Rechtspr. d. OLGer. Bd. 6 S. 83; Motive z. BGB. Bd. 2 S. 459.

28) Vgl. Bl. f. RA. Bd. 65 S. 411, Bd. 71 S. 6; Jur. Wochenschr. 1905 S. 20, 138; „Recht" 1902 S. 556 Nr. 2569, 1903 S. 79 Nr. 328, S. 180 Nr. 937; Rechtspr. d. OLG. Bd. 7 S. 477.

29) Vgl. Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 28 S. 232; Rehbein, Komm. z. BGB. Bd. 1 S. 328.

30) Vgl. Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 5 S. 273 mit Mot. z. BGB. Bd. 1 S. 300.

Es wäre wünschenswert, daß auch die Gebührenordnung der Architekten und Ingenieure einen ähnlichen, vielleicht gut dahin zu präzisierenden Ausdruck erhielte, daß die Gebührensätze der Gebührenordnung mit dem Auftraggeber ausdrücklich vereinbart werden sollen. Es würde dies sich schon um deswillen empfehlen, weil in der Gebührenordnung Ziff. 37 ausgesprochen ist, daß die Gebühren für Ingenieurarbeiten, die nach der Länge oder nach der Flächengröße berechnet werden, vertragsmäßig zwischen den Gebührengrenzen vereinbart werden sollen, diese Aufstellung aber leicht zu dem Mißverständnis führen kann, als dürften die übrigen Gebührensätze ohne weiteres beansprucht werden.

Den Technikergebührenordnungen das Ansehen „üblicher" Normen im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB. zu verschaffen, wäre am besten dadurch anzubahnen, daß die Bauunternehmer eines Ortes von Zeit zu Zeit in den Tagesblättern bekannt geben, daß sie für ihre Vergütungsansprüche ihre Gebührenordnungen mit Prozentualtarifen in Anrechnung bringen.

Ist die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchbeamten eine schriftliche oder eine mündliche Erklärung?

Von Kgl. Staatsanwalt Gg. Meikel, München.

Nach Art. 9 bayer. AG. z. GBO. soll über Erklärungen, die vor dem Grundbuchamt abgegeben werden, ein Protokoll aufgenommen werden. Das Protokoll soll den Vorschriften des § 177 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 FGG. entsprechen, d. h. es muß vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben werden; erklärt ein Beteiligter, daß er nicht schreiben könne, so muß diese Erklärung im Protokolle festgestellt werden; das Protokoll muß von den mitwirkenden Personen unterschrieben werden.

Diese sämtlichen Vorschriften sind Sollvorschriften.

Die Entscheidung der Frage, ob eine Erklärung zu Protokoll des Grundbuchamts als eine mündliche oder eine schriftliche Erklärung aufzufassen ist, ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn nach den Satzungen eines Vereines, einer Innung u. dgl. zur Abgabe von schriftlichen Erklärungen die Mitwirkung aller oder mehrerer Vorstandsmitglieder erforderlich ist, während zur Abgabe anderer Erklärungen die Erklärung durch ein Vorstandsmitglied genügt.

Was den Sprachgebrauch der Reichsgesetze anlangt, so bestimmt

a) § 496 CPO.: Die Klage kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden.

b) § 156 Abs. 2 StPO.: Bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, muß der Antrag bei einem Gericht oder der Staatsanwaltschaft schriftlich oder zu Protokoll, bei einer anderen Behörde schriftlich angebracht werden.

c) § 21 Abs. 2 FGG.: Die Einlegung (sc. der Beschwerde) erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers 2c.

d) § 73 Abs. 2 GBO.: Die Einlegung (sc. der Beschwerde) erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zum Protokolle des Grundbuchsamts oder des Gerichtsschreibers des Beschwerdegerichts.

Das Reichsgericht führt in einem zu § 156 Abs. 2 StPO. ergangenen Urteil vom 28. Juni 1880[1]) aus: „Unter einem Protokoll im Sinne des § 156 Abs. 2 StPO., dessen Aufnahme nur einem Gerichte oder der Staatsanwaltschaft zusteht, ist eine schriftliche Registratur zu verstehen, durch welche beurkundet wird, daß ein Strafantrag mündlich gestellt worden ist."

Diese Anschauung dürfte zu eng sein; denn eine Vorschrift darüber, auf welche Weise die Verständigung zwischen dem Erklärenden und der Behörde stattzufinden hat, daß insbesondere diese Verständigung nur mündlich erfolgen dürfe, enthalten weder die Vorschriften des § 156 Abs. 2 StPO., noch die der anderen Gesetze. Das normale Verständigungsmittel wird freilich die mündliche Erörterung sein; allein eine Verständigung durch Schriftzeichen oder durch Zeichensprache ist nicht ausgeschlossen. Aber auch, wenn die Verständigung schriftlich erfolgt, wird das Protokoll noch nicht zu einer schriftlichen Erklärung. Eine schriftliche Erklärung wird das Protokoll auch dadurch nicht, daß, wie im Art. 9 AG. z. GBO. durch eine Sollvorschrift oder, wie im § 177 FGG., durch eine Mußvorschrift, die Unterschrift des Protokolls durch den Erklärenden vorgeschrieben ist. Denn das Protokoll ist nicht die Erklärung, sondern es enthält die Erklärung. Das Protokoll wird über die Erklärung aufgenommen (Art. 9 AG. z. GBO.); es ist die Beurkundung der Verhandlung, die über die Abgabe der Erklärung gepflogen wurde (§ 175 FGG.). Die Unterschrift des Protokolls durch den Erklärenden ist in gleicher Weise „Beurkundungs"-erfordernis, wie die Verlesung und Genehmigung des Protokolls sowie dessen Unterzeichnung durch die mitwirkenden Personen.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß.

§ 184 StGB. Feststellung des unzüchtigen Charakters bei wissenschaftlichen Werken.

Die Entscheidung wird durch die Feststellung getragen, die dem Zusammenhange der Urteilsgründe zu entnehmen ist und die dahin geht: Die Schrift — Original und Uebersetzung — stellt sich dar als ein wertvoller Beitrag zur Kenntnis der Kulturgeschichte, als ein bedeutendes Hilfsmittel für die literarhistorische Wissenschaft und als ein novellistisches Kunstwerk. Diese Feststellung ist tatsächlich und in der Revisionsinstanz unanfechtbar. Wenn auf dieser Grundlage das Tatbestandsmerkmal der Unzüchtigkeit verneint und die Subsumtion unter das Gesetz im § 184 Nr. 1 des StGB. abgelehnt wird, so ist hierin ein Rechtsirrtum nicht erkennbar.

Richtig ist zwar, daß eine Schrift des festgestellten Inhalts nicht rechtsgrundsätzlich auch dann als straflos zu gelten hat, wenn ihr Inhalt sonst geeignet ist, das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl zu verletzen. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls und es kommt darauf an zu prüfen, ob die Darstellung der geschlechtlichen Beziehungen durch die vorherrschenden wissenschaftlichen und künstlerischen Zwecke dermaßen in den Hintergrund gedrängt ist, daß das normale Scham- und Sittlichkeitsgefühl des Lesers nicht verletzt

---

1) Entsch. in Straff. Bd. 2 S. 253, Rechtspr. Bd. 2 S. 133; vgl. auch Entsch. Bd. 2 S. 125; Rechtspr. Bd. 2 S. 128.

wird (Entsch. d. RGer. in Strafsachen Bd. 37 S. 315). Es kann sein, daß der geschlechtliche Stoff zum Selbstzweck erhoben und beabsichtigt ist, auf den Leser einen geschlechtlichen Reiz auszuüben (a. a. O. Bd. 23 S. 388). Es kann auch sein, daß der Verfasser und der ihm gleichsteht, die Behauptung, sein Buch sei didaktischen Inhaltes und wertvoll als Bereicherung der kulturgeschichtlichen Literatur, nur aufstellt, um sich vor abfälliger Kritik zu schützen. Wenn aber die Gesamttendenz dahin geht, den lehrhaften und künstlerischen Inhalt zum selbständigen und ausschließlichen Zweck zu erheben, dergestalt, daß dieser Zweck nur erreicht werden kann, wenn auch Darstellungen geschlechtlicher Art als Mittel zur Erreichung benutzt werden, dann entfällt die Anwendung des Strafgesetzes. Hier kommt auch der Kreis der Leser, für die das Buch bestimmt ist, in Betracht. Besteht das Lesepublikum aus Personen, denen das notwendige Verständnis und ausreichendes Interesse für künstlerische und wissenschaftliche Lektüre eignet, so wird als die Norm ihrer Empfindung zu bezeichnen sein Abwesenheit geschlechtlicher Erregung und ausschließliche Hingabe an den übrigen Inhalt. War das Buch vom Verfasser für diesen Leserkreis bestimmt, so ist der tatsächliche Schluß auf seinen guten Glauben und den Mangel des Bewußtseins von der Unzüchtigkeit gerechtfertigt.

Von diesen Gesichtspunkten aus hat der Strafrichter die Füglichkeit der Gesetzesanwendung zu prüfen. Sie wird alsdann eine tatsächliche. Das Landgericht ist in diese Prüfung erschöpfend eingetreten und dabei zu dem eingangs erwähnten Ergebnis gelangt. Das Landgericht hat auch die von der Revision besonders hervorgehobenen Umstände beachtet. Es stellt tatsächlich fest, daß die moralischen Betrachtungen, die Masuccio seinen Novellen beigefügt hat, weggelassen sind, nicht um den geschlechtlichen Reiz zu erhöhen, sondern aus künstlerischen Rücksichten wegen schwülstiger und schwerfälliger Form, und es stellt ferner fest, daß in dem für die Buchhändler bestimmten Prospekt die Stelle aus der 2. Novelle des ersten Buches nur zu dem Zwecke aufgenommen sei, den Fachmännern einen Anhalt für die von ihnen zu treffende Entscheidung zu geben, ob sie das Buch weiter vertreiben wollen. Diese Feststellungen sind lediglich tatsächlich und entziehen sich der Kritik des Revisionsrichters. III. Strafsenat D 128/05. Urteil vom 23. April 1906.

§ 330 StGB. Wie weit richtet sich die Strafbestimmung gegen den Bauunternehmer?

Nach den hier unanfechtbaren Feststellungen des Vordergerichtes hat der Angeklagte L. im Frühjahre 1905 mit dem Bäckermeister K. in G. einen Vertrag abgeschlossen, für diesen einen Neubau herzustellen, hat darauf der zuständigen Baupolizeibehörde die erforderlichen Zeichnungen eingereicht und die Baugenehmigung erhalten, ist aber weiter mit dem Baue, insbesondere mit der Leitung des Baues tatsächlich nicht befaßt gewesen, hat vielmehr die Leitung des ganzen Baues ausschließlich dem Bautechniker Karl Richard L. überlassen, welcher die Ausführung des Neubaues in allen Teilen leitete, während L. sich um diesen Neubau gar nicht kümmerte. Es wurde die Eigenschaft des L. als Bauleiter verneint.

Diese Annahme greift die Beschwerde mit Unrecht an. L. ist nach den Feststellungen des Vordergerichtes Bauunternehmer (§ 631 BGB.). Nicht gegen diesen richtet sich die Strafbestimmung des § 330 des StGB., sondern gegen den Leiter eines Baues, d. h. denjenigen, nach dessen selbständig erteilten Anordnungen der Bau tatsächlich zur Entstehung gelangt, und gegen den Bauausführer, d. h. denjenigen, der dem Willen des Bauleiters folgend die

zur Errichtung des Bauwerkes notwendigen Arbeiten, sei es unmittelbar mit eigener oder mittelbar durch fremde Hand ausführt. Diese Voraussetzungen treffen gegen L. nicht zu. Auch die Anfertigung der Pläne und der Zeichnungen, nach denen der Bau ausgeführt wurde, machen ihn noch nicht zum Bauleiter oder Bauausführer.

Treffen aber die Voraussetzungen des § 330 des StGB. gegen L. nicht zu, so kann auch eine kriminell strafbare Fahrlässigkeit desselben nicht darin gefunden werden, daß er pflichtwidrig die Kontrolle und Nachprüfung der einzelnen Arbeiten am K.'schen Neubaue unterlassen habe. III. Strafsenat D. 1354/05. Urteil vom 30. April 1906.

§ 251 StPO. Vernehmung des Untersuchungsrichters bei verweigerter Aussage.

Die Zeugin Frau Sch., eine Schwester des Angeklagten, die bei ihrer Vernehmung in der Voruntersuchung auf ihr Recht zur Verweigerung ihres Zeugnisses hingewiesen war, hat in der Hauptverhandlung erklärt, daß sie ihr Zeugnis verweigere. Insoweit die Revision rügt, daß trotzdem ihre frühere Aussage zum Gegenstande der Beweisaufnahme durch Vernehmung des Untersuchungsrichters gemacht sei, kann ihr keine Folge gegeben werden. Das in § 251 der StPO. ausgesprochene Verbot der Verlesung der Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Rechte zur Verweigerung des Zeugnisses Gebrauch macht, steht nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts der Vernehmung des Untersuchungsrichters über den Inhalt der früheren Aussage nicht entgegen (Entscheidungen Bd. 5 S. 143, Bd. 16 S. 119, Bd. 35 S. 5). Dagegen wendet die Revision sich mit Recht gegen das im vorliegenden Falle bei der Vernehmung des Untersuchungsrichters beobachtete Verfahren. Auf seine zunächst abgegebene Erklärung, sich im einzelnen nicht mehr auf die Aussage der Frau Sch. besinnen zu können, wurde ihm das Protokoll über deren Vernehmung „zur Unterstützung seines Gedächtnisses" auf verkündeten Gerichtsbeschluß vorgelegt, und er bekundete nunmehr, er könne sich mit Bestimmtheit an die Aussage der Frau Sch. nicht erinnern, diese müsse jedoch ausgesagt haben, daß der Angeklagte die Tötung der Frau F. schon lange vorgehabt habe, weil er andernfalls eine solche Aussage nicht zu Protokoll genommen hätte. Der Untersuchungsrichter hat sonach einen Teil der vor ihm abgegebenen Aussage der Frau Sch. aus dem ihm vorgelegten Protokoll vorgetragen; und diese Aussage ist hierdurch in der Hauptverhandlung, nachdem die Zeugin von dem Rechte der Verweigerung des Zeugnisses Gebrauch gemacht hatte, wiederhergestellt worden. Ein solches Verfahren, das sachlich auf eine Verlesung der Aussage hinausläuft, verstößt gegen das Verbot des § 251 der StPO.; ob die Kundgabe der Aussage durch den Mund des Vorsitzenden oder des als Zeugen vernommenen Untersuchungsrichters erfolgt, kann keinen Unterschied begründen. Jenes Verbot erstreckt sich, wie in wiederholten Entscheidungen des Reichsgerichts ausgesprochen ist, auf die Bekanntgabe des Protokolls über die frühere Aussage in jeder Form und begreift auch die Wiedergabe eines Teils dieses Protokolls durch den als Zeugen vernommenen Untersuchungsrichter (Entscheidungen Bd. 8 S. 122, Bd. 35 S. 5).

Der hiernach vorliegende Prozeßverstoß ist dadurch nicht geheilt, daß, wie das Sitzungsprotokoll ergibt, Frau Sch. nach der Vernehmung des Untersuchungsrichters sich zur Abgabe des Zeugnisses bereit erklärte, und sich nunmehr vernehmen ließ, übrigens unter Abweichung von ihrer früheren Aussage

gerade in dem vom Untersuchungsrichter vorgetragenen Teile. Es wird dadurch an der Tatsache nichts geändert, daß die frühere Aussage der Frau Sch. auf eine prozeßordnungswidrige Weise zur Kenntnis des Gerichts gebracht ist; und da ein Beruhen des Wahrspruchs der Geschworenen auf der gegen das Gesetz verstoßenden Vernehmung des Untersuchungsrichters nicht ausgeschlossen werden kann, so mußte dieser Verstoß zur Aufhebung des Urteils führen. III. Strafsenat D. 265/06. Urteil vom 21. April 1906.

§ 369 StPO. Strafkammer, Berufungs- oder erste Instanz. Verfehlt ist die wegen Verletzung des § 369 der StPO. erhobene Beschwerde. Das vorliegende Urteil ist sachlich als erstinstanzliches Urteil anzusehen, da die Strafkammer nicht zuständig war, über das Vergehen der Untreue in der Berufungsinstanz zu entscheiden, das Urteil auch keinen Anhalt dafür bietet, daß sie als Berufungsgericht hat erkennen wollen. Daß in dem Urteile der § 369 Abs. 3 der StPO. nicht ausdrücklich in Bezug genommen ist, daß in der Urteilsformel von der Verwerfung der Berufung des Angeklagten die Rede ist, vermag an der Tatsache, daß das Urteil unter den obwaltenden Umständen als erstinstanzliches zu gelten hat, nichts zu ändern. Entscheidend ist, daß tatsächlich nach Maßgabe des § 369 Abs. 3 d. StPO. verfahren und erkannt worden ist.

Zunächst war allerdings die Strafkammer als Berufungsgericht mit der Sache befaßt. Dies schloß aber nicht aus, daß die Berufungsstrafkammer, wenn sich nachträglich herausstellte, daß ein die schöffengerichtliche Zuständigkeit überschreitendes Delikt in Frage stand, als Gericht erster Instanz erkannte, vorausgesetzt nur, daß sie ordnungsmäßig besetzt war, was der Fall gewesen ist, und daß die Verhandlung in ihr in dem Rahmen einer erstinstanzlichen sich abspielte, was gleichfalls zutrifft (Entsch. d. RGer. in Straff. Bd. 31 S. 302). Die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses wurde durch die Verlesung des schöffengerichtlichen Urteils ersetzt (Goltdammer Bd. 45 S. 54); daß anfänglich der Berichterstatter gemäß § 365 der StPO. einen Vortrag über die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens hielt, ist ohne Bedeutung, da nachher das ganze Verfahren, insbesondere auch die Beweisaufnahme sich in dem Rahmen der erstinstanzlichen Verhandlung hielt. III. Strafsenat D. 1424/05. Urteil vom 23. April 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Pfändung einer noch nicht zur Entstehung gelangten Eigentümerhypothek und Zulässigkeit ihrer Eintragung in das Grundbuch. Bezeichnung des Beschwerdegerichts bei Einlegung der Beschwerde.

Durch Beschluß des Amtsgerichts L. vom 31. Oktober 1905 wurde für Karl K. in K. auf Grund eines vollstreckbaren Urteils des Amtsgerichts K. vom 3. Oktober 1905 die Eigentümerhypothek, welche für die Schuldner, die Eheleute H. in L. aus der auf ihrem Grundstücke der Steuergemeinde L. ruhenden Sicherungshypothek zu 5000 Mk. durch Befriedigung des Hypothekengläubigers entstehen wird, sowie der Anspruch der Schuldner gegen den eingetragenen Gläubiger auf Mitwirkung zur Umschreibung der Hypothek oder auf Bewilligung der Löschung gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen. Die für den Gläubiger K. bei dem Amtsgerichte L., Grundbuchamt, beantragte „Eintragung der Pfändung in das Grundbuch (eventuell durch Vormerkung

nach § 883 BGB.)" wurde von dem Grundbuchamte mit Verfügung vom 15. November 1905 mangels der Voraussetzungen des § 40 GBO. und des § 885 BGB. abgelehnt und das Landgericht Fr. hat die den Antrag wiederholende Beschwerde des Gläubigers mit Beschluß vom 25. desselben Monats zurückgewiesen.

Das Beschwerdegericht billigte die Rechtsansicht des Grundbuchamts, daß die Eintragung des Eigentums nicht schon die Eintragung der Eigentümerhypothek enthalte, die Pfändung der Eigentümerhypothek daher erst eingetragen werden könne, wenn die Hypothek Eigentümerhypothek geworden und die entsprechende Berichtigung des Grundbuchs erfolgt ist, die Eintragung einer Vormerkung aber schon deswegen ausgeschlossen sei, weil die Pfändung nicht einen persönlichen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts begründe.

Gegen diese Entscheidung hat Rechtsanwalt C. für den Gläubiger weitere Beschwerde zu dem Oberlandesgerichte Z. mit dem Antrag eingelegt, die Eintragung der Pfändung anzuordnen.

Die weitere Beschwerde wurde mit den Akten dem nach § 199 GFG. und Art. 42 Abs. 3 AG. z. GVG. in der Fassung des Art. 167 Ziff. XII AG. z. BGB. zuständigen Obersten Landesgerichte vorgelegt.

Die weitere Beschwerde ist in formeller Beziehung nicht zu beanstanden. Die irrige Bezeichnung des Beschwerdegerichts ist unschädlich, weil es der Bezeichnung des Beschwerdegerichts überhaupt nicht bedarf und die Abgabe der Beschwerde an das zuständige Gericht dem vermutlichen Willen des Beschwerdeführers entspricht. Sachlich ist der Beschwerde aber der Erfolg zu versagen. Für die Entscheidung der bestrittenen Frage, ob die Pfändung der aus einer eingetragenen Hypothek für den Schuldner möglicherweise entstehenden Eigentümerhypothek in das Grundbuch eingetragen werden darf, vgl. für die Bejahung: Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht 2. Aufl. Bd. 1 S. 748 Nr. 5, S. 751 Nr. 11, Bd. 2 S. 266 Nr. 10; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht Bd. 1 S. 653, Entsch. in Angel. d. frw. Gerichtsbark. und des Grundbuchrechts Bd. 2 S. 198, für die Verneinung; Planck, 3. Aufl. zu § 1177 Anm. 4 S. 673 ff.; Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1, S. 526 Note bb; Achilles-Strecker, GBO. S. 270; Ennecerus-Lehmann, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 266 Nr. 3; Biermann, Sachenrecht 2. Aufl. S. 310, 418, Entsch. in Angel. d. frw. Gerichtsbark. u. des Grundbuchrechts Bd. 5 S. 270, ist die Erwägung, daß die Hypothek, wie der jetzt entscheidende Senat in dem Beschlusse vom 23. Juni 1905 (N. Samml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 6 S. 417 — Bl. für RA. Bd. 70 S. 607 —) dargelegt hat, vermöge ihres Inhalts dazu bestimmt ist, mit der Beendigung des Rechtes des Gläubigers an den Eigentümer des belasteten Grundstücks zu fallen, bei der Hypothek der Erwerb durch den Eigentümer an die Stelle der bei anderen beschränkten Rechten eintretenden Befreiung des Grundstücks von der Belastung tritt, und deshalb die Eintragung der Hypothek zugleich eine Verweisung auf die Eintragung des Eigentümers als des künftigen Berechtigten enthält, nicht ausschlaggebend, es fragt sich vielmehr, ob die das künftige Recht des Eigentümers mitenthaltende Eintragung dem Erfordernisse des § 40 GBO. Genüge leistet. Diese Frage hat das Reichsgericht mit Beschluß vom 18. Oktober 1905 (mitgeteilt in der N. Samml. a. a. O. in der Anmerkung, S. 425 ff., in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 729 ff., auszugsweise auch im „Recht" Jahrg. 1905 S. 622 Nr. 2588a) verneint[1]), es gibt dem § 40 GBO. mit Rücksicht auf die Zweckbestimmung

[1]) Vergl. auch diese Zeitschrift Bd. 70 S. 430 und Bd. 71 S. 161—164.

des Grundbuches, dessen Uebersichtlichkeit durch die Eintragung von Verfügungen über künftige, vielleicht nie sich verwirklichende Rechte in der bedenklichsten, die Gefahr der Rechtsverwirrung hervorrufenden Weise beeinträchtigt werden würde, die Auslegung, daß unter dem Berechtigten, dessen Recht von der beantragten Eintragung betroffen wird, der schon jetzt endgültig Berechtigte, nicht ein nur bedingt oder unter gewissen Umständen Berechtigter zu verstehen ist. Hiernach setzt die Eintragung der Pfändung der Eigentümerhypothek voraus, daß die Hypothek bereits dem Schuldner zusteht, und ist der Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek, die der Schuldner erwerben wird, falls er zur Zeit der Beendigung des Rechtes des Hypothekengläubigers noch der Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, die Eintragung versagt.

Bei der nach § 880 Abs. 1 BGB. zu dem Rangrücktritt einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld erforderlichen Zustimmung des Eigentümers und bei der im § 1179 zugelassenen Bewilligung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung der Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, falls sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, handelt es sich um Verfügungen, deren Wirksamkeit nicht davon abhängt, daß der Verfügende der Eigentümer ist, in dessen Person der künftige Erwerb der Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld eintritt, sondern sich auf die künftigen Eigentümer erstreckt, von denen daher das in der Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld enthaltene Recht des Eigentümers schlechthin betroffen wird und ergibt sich die Statthaftigkeit der Eintragung aus den angeführten Sondervorschriften.

Die Eintragung einer Vormerkung kann, wie sich aus dem Wortlaute des § 883 BGB. ohne weiteres ergibt, überhaupt nicht in Frage kommen. I. Civ.-S. Reg. III 81/1905; Beschluß vom 16. Dezember 1905.

Zulässigkeit der weiteren Beschwerde wegen Nichtbeachtung der Vorschrift von § 1673 BGG. in einer die elterliche Gewalt beschränkenden Entscheidung.

Margarete W., welche z. Z. im 19. Lebensjahre steht, trat im Jahre 1901 mit Genehmigung ihres Vaters Jakob W. in H., in den Dienst des Gastwirts Pf. in P. Im Jahre 1904 stellte ihr Vater an das Amtsgericht P. als Vormundschaftsgericht den Antrag, ihm amtliche Unterstützung dazu zu gewähren, daß seine Tochter das Dienstverhältnis, in welchem sie zu geringen Lohn erhalte und ihre Sittlichkeit gefährdet werde, verlasse und zu ihm zurückkehre. Der Antrag wurde mit Verfügung vom 25. Mai 1904 aus dem Grunde abgewiesen, weil das Dienstverhältnis nach der Erklärung der Dienstherrin auf ein weiteres Jahr eingegangen worden sei. Nachdem Jakob W. das Dienstverhältnis gekündigt hatte, verlangte er von seiner Tochter, daß sie am 1. Januar 1905 den Dienst verlasse. Margarete W. weigerte sich, zu ihrem Vater zurückzukehren, weil er bisher ihren ganzen Dienstlohn vereinnahmt und für sich verbraucht habe, bei seiner Mittellosigkeit sie nicht ernähren könne und sie schon wiederholt bedroht habe. Auf Antrag des Vaters, der behauptete, seine Tochter habe versprochen, die von ihm ausgemittelte Dienstesstelle in H. anzutreten, ihr Versprechen aber nicht gehalten, traf das Vormundschaftsgericht am 20. Januar 1905 Verfügung dahin, daß Margarete W. sofort in diesen Dienst einzutreten habe und die Gerichtsvollzieherei beauftragt werde, sie ihrem Vater zuzuführen. Die Verfügung konnte nicht vollzogen werden, weil Margarete W. inzwischen in einen Dienst in F. a. M. eingetreten war. Diese legte gegen die Verfügung vom 20. Januar Beschwerde ein. Das Landgericht Z. ließ die Eheleute Pf. als Zeugen vernehmen und einen Bericht des Waisenrats Fr. a. M. erholen und beschloß am 23. Mai

1905 die Aufhebung der Verfügung des Vormundschaftsgerichts und die Belastung des Jakob W. mit den Kosten. In den Gründen wird ausgeführt, Jakob W. habe seine väterlichen Pflichten gänzlich verkannt, infolge dessen sei das Zerwürfnis zwischen Vater und Tochter ein so tiefes geworden, daß ein friedliches Zusammenleben ausgeschlossen sei. Da der Vater durch Mißbrauch des Rechtes der Sorge für die Person der Tochter deren geistiges und leibliches Wohl gefährde, sei das Vormundschaftsgericht nicht verpflichtet, ihn zur Durchführung der von ihm beabsichtigten Maßregel zu unterstützen, vielmehr habe es nach § 1666 des BGB. die zum Schutze der Tochter erforderlichen Maßregeln anzuordnen. Die Verfügung vom 20. Januar 1905 müsse daher aufgehoben werden.

Gegen diesen Beschluß hat Jakob W. die weitere Beschwerde eingelegt, in deren Begründung er die ihm zum Vorwurf gemachten Tatsachen bestreitet und zum Nachweise seiner Behauptungen mehrere Zeugen benannte.

Die weitere Beschwerde ist begründet.

Nach § 1631 BGB. umfaßt die Sorge für die Person des Kindes das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Der Vater kann kraft des Erziehungsrechtes angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden. Auf seinen Antrag hat das Vormundschaftsgericht ihn durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel zu unterstützen. Das Beschwerdegericht hat dem Beschwerdeführer die Unterstützung, die ihm durch die Verfügung des Vormundschaftsgerichts vom 20. Jan. 1905 gewährt werden sollte, verweigert, weil er das Recht der Sorge für die Person seiner Tochter mißbrauche und deshalb Grund bestehe, ihn in diesem Rechte in Gemäßheit des § 1666 des BGB. zu beschränken. Dadurch sollte Margarete W. in den Stand gesetzt werden, entgegen dem Willen des Vaters in dem von ihr gewählten Dienstverhältnisse zu bleiben, solang dies ihrem Interesse entspricht. Mit dieser Anordnung, die nicht als eine einstweilige im Sinne des § 24 Abs. 3 GFG., sondern als endgültige Verbescheidung des von dem Beschwerdeführer an das Vormundschaftsgericht gestellten Antrags gemeint ist, hat das Beschwerdegericht selbst auf Grund des § 1666 BGB. eine das Recht des Vaters beschränkende Maßregel getroffen, indem es dem Vater die Bestimmung des Aufenthaltes der Tochter entzogen hat. Vor einer Entscheidung, durch welche die Sorge für die Person des Kindes dem Vater entzogen oder beschränkt wird, soll nach § 1673 BGB. der Vater gehört werden, es sei denn, daß die Anhörung untunlich ist, und wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann, sollen auch Verwandte, insbesondere die Mutter, oder Verschwägerte des Kindes gehört werden. Diese Vorschrift, die zum Schutze der elterlichen Gewalt eine besondere Gewähr für erschöpfende Würdigung der Verhältnisse bieten will, ist zwar nur eine Ordnungsvorschrift, ein Verstoß gegen sie begründet aber als Verletzung des Gesetzes im Sinne des § 550 CPO., nach § 27 GFG. die weitere Beschwerde, wenn angenommen werden kann, daß die angefochtene Entscheidung auf ihr beruht (N. Samml. v. Entsch. d. Obersten Landesger. Bd. 2 S. 529, Bd. 3 S. 24, Bd. 4 S. 93, Entsch. in Angel. d. frw. Gerichtsbark. u. d. Grundbuchr. Bd. 2 S. 152). Im vorliegenden Falle ist weder der Vater noch die Mutter noch ein anderer Verwandter oder ein Verschwägerter der Margarete W. gehört worden, insbesondere ist dem Vater nicht Anlaß gegeben worden, sich über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu erklären und die ihm zu Gebote stehenden Beweismittel zu bezeichnen. Jedenfalls ermangelt die Entscheidung der vom Gesetze verlangten Gewähr erschöpfender Würdigung der Verhältnisse, und es erscheint nicht von

vorneherein als ausgeschlossen, daß die Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens, insbesondere die Anhörung des Vaters und die durch sie etwa veranlaßte Aufnahme weiterer Beweise, zu einer dem Beschwerdeführer günstigeren Auffassung des Sachverhalts geführt haben würde.

Hiernach muß die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen werden. I. Civ.-S. Reg. 76/05; Beschluß vom 30. November 1905.

Die Zwangsvollstreckung im Eigentumsanteile an Grundstücken erfordert die vorherige Eintragung des Berechtigungsverhältnisses im Grundbuch. Verfahren.

Die Eheleute Georg und Walburga E. in N. sind auf Grund notarieller Urkunden vom 31. Januar und 1. Februar 1888 seit 1. Februar 1888 im Hypothekenbuche, das seit dem 1. Mai 1905 als Grundbuch gilt, als Miteigentümer des Grundstückes Hs.-Nr. 20 in M. eingetragen.

Eine Angabe ihrer Anteile in Bruchteilen oder eine Bezeichnung des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses ist nicht beigefügt. Auf Antrag des Rentamts M. hat das Amtsgericht M. als Vollstreckungsgericht mit Beschluß vom 9. Oktober 1905 für rückständige öffentliche Abgaben die Zwangsversteigerung des Hälfteanteils des Georg E. angeordnet. Das Grundbuchamt hat die Eintragung der Anordnung abgelehnt.

Die von dem Vollstreckungsgericht eingelegte Beschwerde wurde von dem Landgerichte M. mit Beschluß vom 7. November 1905 zurückgewiesen. (Vgl. diesen Jahrgang S. 74 u. 75.)

Gegen diese Entscheidung hat das Vollstreckungsgericht weitere Beschwerde eingelegt.

Diese ist in formeller Beziehung nicht zu beanstanden, insbesondere unterliegt das Beschwerderecht des Vollstreckungsgerichts keinem Bedenken (Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 437), die Beschwerde ist aber nicht begründet.

Die Eintragung des Miteigentums der Eheleute, die nicht entnehmen läßt, welches Rechtsverhältnis in Ansehung des Eigentums an dem Anwesen besteht, war von Anfang an ordnungswidrig. Der Zweck des Hypothekenbuchs, innerhalb seines Bereichs mit öffentlichem Glauben Auskunft über das Verfügungsrecht des eingetragenen Besitzers zu geben, erforderte bei gemeinschaftlichem Erwerbe mehrerer eine Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses, die erkennen läßt, ob die Anteile der Einzelnen selbständiger Gegenstand der Verfügung sein können oder nicht (N. Samml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 3 S. 687), und im Falle einer Gemeinschaft nach Bruchteilen Angabe der Größe der Anteile. Eine diesem Erfordernisse nicht entsprechende Eintragung bedurfte, um als Grundlage für eine neue Eintragung zu dienen, ebenso der Ergänzung (N. Samml. Bd. 4 S. 707, Bd. 5 S. 179), wie sie unter der Herrschaft des Grundbuchrechts vorerst mit der Vorschrift des § 48 GBO. in Einklang gebracht werden muß (Entsch. in Angel. d. frw. Gerichtsbark. u. d. Grundbuchr. Bd. 5 S. 262).

Die erforderliche Ergänzung gehört nicht zu den Eintragungen, um die das Vollstreckungsgericht nach gesetzlicher Vorschrift das Grundbuchamt zu ersuchen befugt ist, und kann deshalb nicht nach § 39 GBO. auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts erfolgen. Das Grundbuchamt darf sich der Feststellung des Güterstandes der Eheleute E. nicht mit der Annahme entschlagen, daß der gesetzliche Güterstand bestehe (N. Samml. Bd. 3 S. 689), und kann im Falle

einer Gemeinschaft nach Bruchteilen ebensowenig die im § 742 BGB. bestimmte Vermutung der Eintragung zugrunde legen (N. Samml. Bd. 5 S. 179, Rechtspr. der OLG. Bd. 6 S. 488), die Eintragung hat nicht ein vermutliches, sondern das wirkliche Rechtsverhältnis anzugeben.

Die erforderliche Ergänzung der Eintragung kann möglicher Weise auf Grund der notariellen Urkunden vom 31. Januar und 1. Februar 1888 erfolgen. Bedarf es der Zustimmung der Eheleute, so ist es Sache des Fiskus als Vollstreckungsgläubiger, sie durch Geltendmachung des ihm nach § 894 BGB. und § 14 GBO. zustehenden Anspruchs zu beschaffen. Daß der bei der Eintragung vom 1. Februar 1888 begangene Fehler für den Vollstreckungsgläubiger Weiterungen mit sich bringt, kann nicht zu einer anderen Entscheidung führen. (Entsch. d. RGer. Bd. 54 S. 86 ff.) Einer Entscheidung über die Kosten bedarf es nicht, weil sie der Staatskasse zu Last fallen. I. Civ.-S. Reg. III 77/1905; Beschluß vom 2. Dezember 1905.

Kann dem Vormund oder Gegenvormund auch nach Beendigung der Vormundschaft noch eine Vergütung für seine Tätigkeit bewilligt werden? § 1836 BGB.

Dem Gegenvormund, einem Rechtsanwalt, war auf seinen Antrag vom Vormundschaftsgericht eine Vergütung nach Beendigung der Vormundschaft bewilligt worden. Das Landgericht M. wies auf Beschwerde hiegegen den Antrag ab, weil die Bewilligung durch das Vormundschaftsgericht nach Beendigung der Vormundschaft nicht mehr statthaft sei. Auf die weitere Beschwerde des Gegenvormundes hob das Oberste Landesgericht die Entscheidung des Landgerichts auf und verwies die Sache an dieses zurück aus folgenden Gründen:

Die weitere Beschwerde ist insoweit begründet, als das Beschwerdegericht dem Vormundschaftsgerichte die Befugnis zur nachträglichen Bewilligung einer Vergütung abspricht.

Die vom Beschwerdegericht angenommene Ansicht wird allerdings von einer Mehrzahl von Schriftstellern (vgl. die Nachweisungen bei Staudinger-Engelmann, Komm. z. BGB. Bd. 4 S. 1111 Anm. 3, denen noch Nußbaum in Busch's Zeitschr. für C.-Pr. Bd. 29 S. 450 beigefügt werden kann) vertreten, der Senat schließt sich aber der gegenteiligen Ansicht des Kammergerichts Berlin (Entsch. i. Angel. d. freiw. Gerichtsbark. u. d. Grundbuchr. Bd. 2. S. 5, Bd. 3 S. 64, Bd. 6 S. 13, 33) an, die die Zustimmung von Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 4 § 104 Note 2 (S. 333) gefunden hat.

Die Vormundschaft wird nach § 1836 S. 1 BGB. unentgeltlich geführt. Der Vormund und der Gegenvormund haben nicht Anspruch auf angemessene Vergütung, wenn das Vermögen des Mündels, sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte die Gewährung einer Vergütung zu rechtfertigen vermögen, sie können nach Beendigung der Vormundschaft von dem bisherigen Mündel nicht deswegen eine Vergütung verlangen, weil die angeführten Umstände für die Gewährung einer solchen sprechen. Der bisherige Mündel kann ihnen in Anerkennung der geleisteten Tätigkeit eine Schenkung machen, das steht aber in seinem freien Belieben, und wenn er sich dazu herbeiläßt, erhalten sie nicht eine ihnen als Entgelt gebührende Vergütung, sondern eine freigebige Zuwendung. Eine Ausnahme von der Regel des § 1836 Satz 1 kann nur vom Vormundschaftsgerichte zugelassen, nur durch Verfügung des Vormundschaftsgerichts kann bestimmt werden, daß die Vormundschaft nicht unentgeltlich geführt wird, sondern dem Vormund und dem Gegenvormund eine Vergütung gebührt, und das Vormundschaftsgericht

hat, wenn die angeführten Umstände die Gewährung einer Vergütung rechtfertigen, darüber nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden. Der Anspruch auf angemessene Vergütung wird durch die Verfügung des Vormundschaftsgerichts geschaffen, er entsteht durch die Bewilligung, zur Entrichtung der bewilligten Vergütung ist der Mündel verpflichtet. In vielen Fällen ist es zweckmäßig, die Entscheidung darüber, ob eine Vergütung bewilligt werden soll, bis zur Beendigung der Vormundschaft zu verschieben, und aus der nach § 1882 BGB. eintretenden Beendigung der Vormundschaft folgt nicht ohne weiteres die Ausschließung jeder ferneren Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts. Das Vormundschaftsgericht kann nicht nachträglich in Angelegenheiten verfügen, deren Ordnung jetzt Sache des bisherigen Mündels oder seines nunmehrigen gesetzlichen Vertreters ist, es hat aber, abgesehen von den besonderen Vorschriften der §§ 1892, 1893 BGB., eine Angelegenheit noch zu ordnen, die nur von ihm geordnet werden kann und deshalb durch die Beendigung der Vormundschaft nicht aufgehört hat, eine vormundschaftsgerichtliche Angelegenheit zu sein, insoweit ist trotz der Beendigung der Vormundschaft die Aufgabe des Vormundschaftsgerichts noch nicht erledigt. Eine Angelegenheit dieser Art ist gegebenen Falles die Entscheidung über die Bewilligung einer Vergütung für den Vormund oder den Gegenvormund, die nur durch das Vormundschaftsgericht getroffen werden kann und nach pflichtmäßigem Ermessen getroffen werden muß, zu der Entscheidung darüber bleibt deshalb das Vormundschaftsgericht auch nach der Beendigung der Vormundschaft befugt und verpflichtet. I. Civ.-S. Reg. III 85/1905; Beschluß vom 16. Dezember 1905.

Privatrecht oder öffentliches Rechtsverhältnis.

Anspruch auf Nutzungen des Gemeindevermögens. Beweislast in Ansehung der privatrechtlichen Natur solcher Nutzungsrechte. Uebertragung dieser Rechte auf andere Mitglieder der Gemeinde und auf Gemeindefremde, Häufung mehrerer Nutzungsrechte in einer Person, Eintragung in das Grundsteuerkataster und in das Hypothekenbuch als Beweisbehelfe? Gem.-Ordn. vom 29. April 1869, Art. 32, 33, 36, Gesetz vom 14. März 1890, die Abänderung des Art. 33 der Gem.-Ordn. betr.

Die Kläger behaupten, daß ihnen als Eigentümern bestimmter häuslicher Anwesen in der Gemeinde W. das Recht zusteht, mit Ausschluß aller anderen Gemeindeangehörigen, insbesondere auch der anderen Hausbesitzer (sog. Leerhäusler) von gewissen Grundstücken der Gemeinde, namentlich von deren Waldungen die Nutzungen zu beziehen. Die Gemeinde, die früher die Rechte anerkannt und die Nutzungen ganz oder teilweise gewährt, daneben aber auch Umlagen von nicht unbeträchtlicher Höhe erhoben hatte, bestritt schließlich infolge des Einspruchs der Aufsichtsbehörde gegen die Erhebung von Umlagen die Berechtigung der Kläger. Das Landgericht verurteilte im Sinne des Klageantrages die beklagte Gemeinde zur Anerkennung des Anspruchs und Leistung der einbehaltenen Nutzungen. Das Oberlandesgericht wies die Klage ab und die Revision der Kläger ist zurückgewiesen — im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Die Gem.-Ordn. vom 29. April 1869 enthält im Art. 33 Vorschriften über Rechte auf Gemeindenutzungen, die sich auf den Gemeindeverband gründen, und im Art. 36 eine Vorschrift für den Fall, daß Nutzungen am Gemeindevermögen auf Grund eines privatrechtlichen Titels in Anspruch genommen werden. Eine Vermutung dafür, welcher Art die Nutzungsrechte sind, um die es sich im einzelnen Falle handelt, besteht nicht. Die Verhältnisse, die auf die

Gestaltung der Nutzungsrechte von Einfluß waren, haben sich in den einzelnen Landesteilen und Gegenden in verschiedener Weise entwickelt, es ist daher in jedem einzelnen Falle zu prüfen, um welche Art von Nutzungsrechten es sich handelt. Den Klägern liegt also ob, zu beweisen, daß ihnen ein Privatrecht zusteht; es ist nicht die Aufgabe der Beklagten, darzutun, daß die Nutzungsrechte auf dem Gemeindeverbande beruhen. Gegen diese Rechtsgrundsätze verstößt die Revision, indem sie von den Beklagten den Beweis verlangt, daß und durch welche Vorgänge die auf dem früheren Bestehen einer Markgenossenschaft beruhende privatrechtliche Natur der Nutzungsrechte aufgehoben und deren Umwandlung in Rechte öffentlichrechtlicher Natur erfolgt sei. Daß die Nutzungsrechte in W. auf das vormalige Bestehen einer Markgenossenschaft zurückzuführen sind, steht nicht fest; es zu beweisen, lag den Klägern ob.

Aber auch wenn feststünde, daß die Nutzungsrechte von dem Bestehen einer Markgenossenschaft herrühren, wäre noch nicht bewiesen, daß sie Privatrechte sind, denn die Umwandlung, die die Markgenossenschaften im Laufe der Zeit erfuhren, mußte auch auf die Nutzungsrechte von Einfluß sein. Unter dem Einflusse der landesherrlichen Gewalt, die ein Aufsichtsrecht geltend machte, gingen die Markgenossenschaften allmählich in politische Gemeinden über. Während ursprünglich die Gemeinde selbst über die Nutzungen verfügte, taten es später landesherrliche Beamte; die Nutzungen wurden zur Gemeindekasse gezogen und wurden beschränkt durch die im 17. und 18. Jahrhundert eingeführten Forst- und Feldpolizeiordnungen, die die Gemeinden unter die Vormundschaft des Staates stellten.

Aus dem Erörterten ergibt sich zugleich, daß die von den Klägern aufgestellte Behauptung, daß es in Bayern vor dem Inkrafttreten des Edikts über das Gemeindewesen vom 24. September 1808 politische Gemeinden nicht gegeben habe, irrig ist; das Edikt hat nur die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden neu geregelt.

Es ist zuzugeben, daß die Unterscheidung von ganzen und halben Höfen (die in den Steuerbeschreibungen des 17. und 18. Jahrhunderts öfters wiederkehrt) wohl nicht bloß mit der Besteuerung zusammenhängt, sondern zunächst die Größe und die Beschaffenheit der Höfe, möglicherweise auch die Verschiedenheit der Beteiligung an den Nutzungsrechten andeutet. Dieser Punkt ist übrigens schon deshalb belanglos, weil die Ungleichheit der Beteiligung an den Nutzungsrechten nicht deren privatrechtliche Natur beweist. Auch bei den auf den Gemeindeverband sich gründenden Nutzungsrechten können die Anteile ungleich sein. Nach Art. 32 Abs. 4 der Gem.-Ordn. spricht für die Gleichheit der Ansprüche der zur Teilnahme an Gemeindenutzungen Berechtigten nur eine Vermutung, und gleiche Bestimmungen waren im § 19 Nr. 3 d. GE. v. 17. Mai 1818 und den §§ 27, 28 des Edikts vom 24. September 1808 enthalten. Daß einzelnen Gemeindemitgliedern ein Vorzugsrecht bei der Verteilung zustand, spricht nicht dafür, daß es ein Privatrecht war. Daß es solche Vorzugsrechte öffentlichrechtlicher Natur gibt, geht aus den Vorschriften im Art. 27 Abs. 3 und Art. 32 der Gem.-Ordn. hervor.

Daß es Rechte auf Gemeindenutzungen gibt, die auf einem Hause oder einem Grundstücke ruhen, sich aber gleichwohl auf den Gemeindeverband gründen, geht aus dem Art. 33 der Gem.-Ordn. hervor. Das Gemeinderecht ist in diesem Falle Zubehör des Anwesens oder des Grundstücks und teilt das rechtliche Schicksal der Hauptsache. Nur die Trennung des Rechtes vom Grundstück ist verboten, aber nicht die Veräußerung, auch nicht die Veräußerung an eine Person, die nicht in der Gemeinde wohnt. Geht das Eigentum an

einem solchen Anwesen durch Erbfolge auf eine nicht in der Gemeinde wohnende Person über, so geht das Gemeinderecht ebenfalls auf sie über. Nach § 3 d. GE. v. 1808 und § 11 des Edikts v. 1818 begründete das Eigentum an einem häuslichen Anwesen an sich schon die Gemeindemitgliedschaft. Ein Auswärtiger wurde also dadurch, daß er ein häusliches Anwesen in einer Gemeinde erwarb, Mitglied der Gemeinde. Die Gem.-Ordn. von 1869 macht allerdings in Art. 11 Abs. 1 die Fähigkeit zur Erwerbung des Bürgerrechts vom Wohnen in der Gemeinde abhängig; aber nach Art. 15 Abs. 1, 4 kann, wer in der Gemeinde ein besteuertes Wohnhaus besitzt, das Bürgerrecht auch dann beanspruchen, wenn er nicht in der Gemeinde wohnt. Solche Personen treten also schon durch den Erwerb eines häuslichen Anwesens in eine Beziehung zur Gemeinde; der Ausübung eines mit dem Anwesen verbundenen Nutzungsrechts steht der Umstand, daß sie nicht in der Gemeinde wohnen, nicht entgegen. Im Falle des Art. 32 Abs. 3 der Gem.-Ordn. können auch Personen, die der Gemeinde nicht angehören, ein öffentlichrechtliches Nutzungsrecht ausüben.

Die Tatsache, daß in den Jahren 1872, 1881, 1891 das Eigentum an einzelnen Anwesen auf auswärts wohnende Personen überging, beweist also dafür, daß die Nutzungsrechte Privatrechte sind, nichts. Auf die Rüge einer Verletzung der §§ 48, 95 des Grundsteuergesetzes braucht nicht näher eingegangen zu werden, da die Eintragung der Gemeinderechte in das Grundsteuerkataster und in das Hypothekenbuch auch dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie öffentlichrechtlicher Natur sind. Im Kataster sind die Gemeinderechte nach ihrem Inhalte beschrieben; aber welche rechtliche Natur sie haben, ist im Kataster nicht angegeben, kann also durch den Eintrag im Kataster auch nicht bewiesen werden. Daraus, daß Einkünfte eines Rechtes in das Privatvermögen fließen, folgt keineswegs, daß das Recht selbst ein Privatrecht ist. Ob die Nutzungsrechte auf dem Gemeindeverband oder auf einem Privatrechte beruhen, unterscheiden die einschlägigen Vorschriften[1]) nicht. Die auf diesen Vorschriften beruhenden Eintragungen der Gemeinderechte im Kataster können also nichts zu Gunsten der Kläger beweisen.

Das Gleiche gilt von der Belastung der Nutzungsrechte mit Hypotheken. Gemeinderechte, die auf dem Gemeindeverbande beruhen, können allerdings selbständig mit Hypotheken nicht belastet werden, aber nach § 33 des Hyp.-Ges. erstreckt sich die Hypothek auf die Zugehörungen der mit der Hypothek belasteten Sache; die Verpfändung eines Anwesens ergreift also auch das dazu gehörende Gemeinderecht, gleichviel welche rechtliche Natur es hat.

Die Kläger machten ferner geltend, daß die Häufung von Gemeinderechten auf deren privatrechtliche Natur schließen lasse. Eine Häufung liegt nach Art. 33 Abs. 2 Satz 2 d. Gem.-Ordn. nur dann vor, wenn „mit einem Anwesen mehr als ein volles Nutzungsrecht verbunden wird". Sie wird wohl immer darauf zurückzuführen sein, daß ein Nutzungsrecht von einem Anwesen getrennt und mit einem anderen verbunden wird, auf dem schon ein Nutzungsrecht ruht. Solche Fälle liegen in W. in der Tat vor, sie lassen sich aber nicht für die Führung des Beweises verwerten, daß die Nutzungsrechte Privatrechte sind. Vor dem Inkrafttreten der Gem.-Ordn. von 1869 war die Uebertragung eines mit einem Anwesen verbundenen Gemeinderechts auf ein in derselben Gemeinde gelegenes anderes Anwesen mit Zustimmung der Gemeinde gestattet. Bezüglich

---

[1]) Instruktion für die Liquidierung, Katastrierung und Umschreibung der definitiven Grundsteuer vom 19. Januar 1830 (Reg.-Bl. S. 301).

der bewiesenen Fälle der Uebertragung eines Gemeinderechts von einem Anwesen in W. auf ein anderes hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Gemeinde stillschweigend zugestimmt hatte. Einem Bedenken unterliegt diese Annahme nicht, denn auf die Zustimmung der Gemeinde kann mit Sicherheit geschlossen werden, wenn die Uebertragung unbeanstandet blieb. Soweit also vor dem 1. Juli 1869 Gemeinderechte übertragen wurden, kann aus der Uebertragung auf die privatrechtliche Natur der Nutzungsrechte nicht geschlossen werden.

Durch den Art. 33 der Gem.-Ordn. in seiner ursprünglichen Fassung war schlechthin verboten, auf den Gemeindeverband sich gründende Rechte auf Gemeindenutzungen, die auf einem Hause oder Grundstücke ruhen, von diesem zu trennen; sie konnten also auch nicht mit Zustimmung der Gemeinde davon getrennt werden. Da dies aber zu Härten führte, wurde durch das Gesetz vom 14. März 1890 der Art. 33 dahin geändert, daß ausnahmsweise aus wichtigen Gründen die Uebertragung auf ein in derselben Gemeindemarkung gelegenes Haus mit Zustimmung der Gemeindevertretung von der vorgesetzten Verwaltungsbehörde gestattet werden kann.

Zu den auf dem Gemeindeverbande beruhenden Nutzungsrechten, auf die sich der Art. 32 Abs. 1 der Gem.-Ordn. bezieht, gehören die sog. „qualifizierten Nutzungsrechte"; ihre Eigentümlichkeit besteht darin, daß sie auch dem eigenen Bedarfe der Gemeinde gegenüber bevorzugt sind, diese also im Falle des Bedürfnisses die Nutzungsrechte nicht schmälern darf, sondern Umlagen erheben muß. Die Tatsache, daß Umlagen erhoben werden, läßt also keinen zwingenden Schluß darauf zu, daß die Nutzungsrechte privatrechtlicher Natur sind. Die Kläger selbst haben dies dadurch anerkannt, daß sie ihre Rechte zunächst als qualifizierte Nutzungsrechte bei den Verwaltungsbehörden geltend machten. Dazu kommt, daß die Nutzungen den Klägern niemals unverkürzt gewährt worden sind. (Dies war auf Grund der Vorträge in den Gemeinderechnungen festgestellt.) Urteil vom 10. Januar 1906 (2. Senat); Reg. I Nr. 173/05.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht (Strafsachen).

StGB. § 292. Jagdausübung. Gesetz über die Ausübung der Jagd vom 30. März 1850 Art. 2 „Hausgarten" — „umschlossenes Grundstück".

Unter den Begriff Jagen, Jagdausübung, fällt jede Handlung, durch welche jemand ein jagdbares wildes Tier aufsucht, verfolgt oder ihm nachstellt, um es zu erlegen, einzufangen oder sonst in Besitz zu bringen, insbesondere aber jede auf die unmittelbare Occupation des Wildes gerichtete Handlung.

Die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Ziff. 1 des Jagdgesetzes läßt entnehmen, daß dem Grundeigentümer das Jagdrecht an dem mit seiner Behausung im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang stehenden Hofraum und Hausgarten im Interesse der Aufrechthaltung seines Hausfriedens belassen werden wollte. Art. 2 Ziff. 1 a. a. O. erfordert daher eine so nahe Beziehung des Grundstücks zu der Behausung, daß die Erstreckung des dieser zukommenden Friedens auf ersteres sich rechtfertigt. Das Grundstück muß aber, wie die sprachliche Bedeutung des gebrauchten Ausdruckes Hausgarten ersehen läßt, auch nach der Richtung mit der Behausung im engen Zusammenhange stehen, daß es — wenigstens im wesentlichen — häuslichen, hauswirtschaftlichen Zwecken des Grundeigentümers — Anwesensbesitzers — zu dienen hat. Bei Entscheidung der Frage, ob ein solcher Zusammenhang vorliegt, fällt Flächeninhalt, Kulturart und bestimmungsgemäße Verwendung der Früchte in das Gewicht. Auf Grund der Feststellung, daß das den Tatort in sich begreifende Grundstück

über 26 Tagwerk umfaßt, daß es bis in die jüngste Zeit Weideland war, und erst vor kurzem in demselben etwa 1000 Obstbäume eingepflanzt wurden, daß der Ertrag an Heu weit über die Bedürfnisse der Wirtschaft des Angeklagten hinausgeht, daß die Obsternte für die Verwertung zu Handels- und Gewerbszwecken bestimmt ist, das Grundstück daher hauptsächlich Erwerbszwecken dient, konnte das Berufungsgericht diesem die Eigenschaft eines Hausgartens absprechen (Entsch. d. RGer. Bd. 5 S. 230 und Bd. 17 S. 239). Da mit der Verneinung dieser Eigenschaft Art. 2 Ziff. 1 des Jagdausübungsgesetzes auf den vorliegenden Fall unanwendbar wurde, so bedarf es für das Revisionsgericht einer Erörterung der weiteren Frage nicht, ob das Landgericht nicht etwa den Begriff „Umfriedung" im Sinne der eben angeführten Gesetzesbestimmung unrichtig ausgelegt hat.

Inhaltlich der Bestimmung in Ziff. 2 des Art. 1 des Jagdgesetzes muß die Umschließung des Grundstücks eine derart dichte sein, daß durch diese Beschaffenheit jedem, der das Grundstück betreten will, erkennbar wird, daß der Grundeigentümer das Betreten des umschlossenen Grundstücks seitens Dritter gegen seinen Willen ausschließen will (Bl. f. RA. Bd. 44 S. 1 ff.).

Eine Umschließung in diesem Sinne ist bei dem fraglichen Grundstück des Angeklagten nicht vorhanden, da letzteres nach der Feststellung des Berufungsgerichts auf die Strecke von 30 m jedes das Eintreten hindernden Abschlusses völlig entbehrt. Urteil vom 23. Nov. 1905; Rev.-Reg. Nr. 339/05.

StGB. § 367 Nr. 15 u. § 67 Abs. 4. Bauordnung vom 17. Febr. 1901 § 73. Verjährung bei genehmigungspflichtiger, einen gefahrdrohenden Zustand nicht herbeiführender Baufführung. Unterschied zwischen Bauherrn und Baumeister.

Die Uebertretung aus § 367 Nr. 15 StGB. ist „begangen" im Sinne des § 67 Abs. 4 StGB. mit dem Abschlusse der Ausführung des Baues, und wann dieser Zeitpunkt eingetreten ist, wird in der Regel Sache der tatsächlichen Feststellung sein (Entsch. d. RGer. Bd. 37 S. 78). Wenn aber in einer auf Grund des § 367 Nr. 15 StGB. in Verbindung mit Art. 2 Ziff. 11 Pol.-StGB. erlassenen Verordnung in dieser Hinsicht Vorschriften getroffen sind, so sind dieselben ebenfalls maßgebend. Nun ist in § 73 Abs. 1 der auf Grund der vorbezeichneten Gesetzesbestimmung ergangenen Allerh. Verordnung vom 17. Februar 1901, die Bauordnung betreffend, dem Bauherrn die Verpflichtung auferlegt, binnen 8 Tagen nach Vollendung der genehmigungspflichtigen Baufführung der Ortspolizeibehörde und durch diese der Distriktspolizeibehörde zum Zwecke der Kontrolle Anzeige zu erstatten, damit die plan- und vorschriftsmäßige Baufführung durch den in § 66 Abs. 1 bezeichneten Sachverständigen kontrolliert und je nach dem Ergebnisse weitere Verfügung getroffen werden kann. Die Ausführung des Baues ist sonach erst dann abgeschlossen, wenn die nach § 73 Abs. 1 der Bauordnung vorgeschriebene Anzeige erstattet ist (Entsch. d. Obersten Landesgerichts Bd. 4 S. 282). Das Reichsgericht hat in konstanter Rechtsprechung angenommen, daß das Vergehen nach § 330 StGB. jedenfalls mit der Vollendung und polizeilichen Abnahme des Baues begangen sei und die Verjährung mit diesem Zeitpunkte beginne (Entsch. d. RGer. Bd. 26 S. 261). Dieser Gesetzesbestimmung sind aber die Uebertretungen aus § 367 Nr. 15 StGB. hinsichtlich der Frage, wann eine Handlung als begangen im Sinne des § 67 Abs. 4 StGB. anzusehen sei, gleichzuachten.

Je nach Lage des Falles kann die Verjährungsfrist, wenn mehrere Angeklagte beteiligt sind, von verschiedenen Zeitpunkten an zu laufen beginnen. Nun schreibt § 73 lediglich für die Bauherrn eine weitere auf die Bestimmung der Bauvollendung sich beziehende Tätigkeit vor; dem Baumeister oder Bauhandwerker, deren Tätigkeit regelmäßig mit der Vollendung des Baues und dessen Uebergabe an den Bauherrn abgeschlossen ist, obliegt eine solche Verpflichtung nicht; für ihn beginnt deshalb die Verjährung von dem Zeitpunkte an zu laufen, in welchem er seine Tätigkeit am Baue beendet hat. Urteil vom 25. September 1905; Rev.-Reg. Nr. 228/05.

Gew.-Ordn. § 153. Unter Drohung im Sinne des § 153 Gew.-Ordn. ist nichts anderes als die Bedrohung im Sinne des § 240 StGB., also die Ankündigung der zu bewirkenden oder zu veranlassenden Zufügung eines Uebels zu verstehen. Es fällt somit unter den Begriff der Drohung jede Einwirkung, mittels welcher die Teilnahme an einer zur Erlangung günstigerer Lohnbedingungen getroffenen Verabredung oder die Freiheit des Rücktritts beschränkt werden soll, sofern dem Drohenden nicht kraft besonderen Rechtstitels ein Zwangsrecht gegenüber dem Anderen zusteht. Handelt es sich um eine unter Arbeitern getroffene Verabredung, so kann als „Anderer" sowohl ein Arbeiter, wie ein Arbeitsgeber in Betracht kommen. Es darf weder auf einen Berufsgenossen, noch auf irgend eine andere Person, also auch nicht auf einen Arbeitgeber seitens eines Arbeiters durch Anwendung der in § 153 a. a. O. angeführten Mittel eingewirkt werden, daß er Verabredungen der bezeichneten Art Folge leiste. Erforderlich ist nur, daß eine Beziehung zwischen der erzwungenen Unterlassung und der getroffenen Verabredung bestehe, daß durch den Zwang das Ziel der Verabredung verfolgt werden will. Urteil vom 16. Januar 1906. Rev.-Reg. Nr. 454/05.

StGB. §§ 123, 303. Hausfriedensbruch. Sachbeschädigung. Bei Hausgärten, deren Zusammenhang mit der Wohnung jedermann erkennbar ist, bedarf es keiner besonderen Einfriedung; sie gelten als befriedet und genießen den Schutz des Hausfriedens wie die Wohnung selbst, zu der sie gehören. Der Begriff des Eindringens ist erschöpft, wenn sich der Täter in das befriedete Besitztum eines anderen bewußtermaßen gegen dessen Willen begab. Unter Beschädigen im Sinne des § 303 StGB. ist jede Minderung des vorherigen Maßes der Unversehrtheit zu verstehen, die zugleich eine Wertsminderung im Rechtssinne bedeutet, einerlei, ob hiedurch die Sache an Brauchbarkeit oder nur an Ansehnlichkeit (z. B. ein Tisch durch Beschmutzung mit Menschenkot) einbüßt. (Binding, Lehrb. I S. 248 Nr. 2.) Urteil vom 13. Februar 1906. Rev.-Reg. Nr. 494/05.

Gebührenwesen.

Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom $\frac{30. \text{ Mai } 78.}{20. \text{ Juni } 98.}$ Jeder unmittelbar und zwar auch der im Privatklageverfahren geladene Zeuge hat das Recht, richterliche Festsetzung der ihn treffenden Gebühren zu verlangen und das Gericht ist zur Festsetzung der Gebühren nicht nur berechtigt, sondern auf Antrag hiezu verpflichtet. Es ist dabei nicht von der Höhe des hinterlegten Vorschusses abhängig.

Nach § 70 StPO. hat jeder vom Richter oder der Staatsanwaltschaft geladene Zeuge nach Maßgabe der Gebührenordnung Anspruch auf Entschädigung

für Zeitversäumnis u. s. w. aus der Staatskasse. Die sich hiernach ergebenden Gebühren sind also diejenigen, auf welche der Zeuge gesetzlichen Anspruch hat. Nun bestimmt § 219 StPO., daß der Angeklagte Zeugen unmittelbar laden lassen kann, daß dieselben aber nur dann zum Erscheinen verpflichtet sind, wenn ihnen bei der Ladung die gesetzliche Entschädigung für Reisekosten und Versäumnis bar dargeboten oder deren Hinterlegung bei dem Gerichtsschreiber nachgewiesen wird.

Es steht also fest, daß auch die unmittelbar geladenen Zeugen Anspruch auf die gesetzliche Entschädigung haben. Für Privatklagen bestimmt der § 426 Abs. 2 StPO., daß dem Privatkläger wie dem Angeklagten das Recht der unmittelbaren Ladung von Zeugen zusteht. Was also im § 219 a. a. O. vom Angeklagten gesagt ist, gilt hier von dem Privatkläger und dem Angeklagten; beide sind verpflichtet, den von ihnen unmittelbar geladenen Zeugen die gesetzliche Entschädigung zu gewähren. Welches die letztere ist, ergibt sich aus der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige. Dieselbe bestimmt in § 17, daß die dem Zeugen oder Sachverständigen zu gewährenden Beträge durch das Gericht, vor welchem die Verhandlung stattfindet, festgesetzt werden.

Mangels einer entgegenstehenden Bestimmung sind daher auch im Privatklageverfahren die Zeugen berechtigt, nach Maßgabe der vorerwähnten Gebührenordnung die richterliche Festsetzung ihrer gesetzlichen Gebühren zu verlangen, und das Gericht überschreitet daher, wenn es sich mit dieser Festsetzung befaßt, seine Zuständigkeit nicht (Samml. d. Entsch. des OLG. München in Strafsachen Bd. 9 S. 283).

Die Geltendmachung des Anspruchs hat allein in dem in § 17 der Gebührenordnung vorgesehenen Verfahren zu erfolgen; die den Zeugen und Sachverständigen zukommenden Gebühren werden daher durch das Gericht oder den Richter, vor welchem die Verhandlung stattfindet, festgesetzt, da diesen in erster Reihe möglich ist, die Höhe des Anspruchs entsprechend bemessen zu können, und überdies Abs. 2 des § 17 der Geltendmachung des Anspruchs im ordentlichen Wege geradezu entgegensteht (Entsch. des RGer. in Civils. Bd. 43 S. 47). Dies gilt unzweifelhaft auch für die Privatklagesachen.

Daraus ergibt sich aber auch, daß das Gericht die Gebühren der in einer Privatklagesache unmittelbar geladenen Zeugen ohne Rücksicht auf die Höhe des hinterlegten Vorschusses festsetzen kann. Der gesetzliche Anspruch des Zeugen auf Gebühren ist von der Höhe des geleisteten Vorschusses nicht abhängig. Zur Zahlung kann allerdings nicht mehr angewiesen werden als hinterlegt ist, unabhängig hievon aber besteht die Festsetzung des gesetzlichen Anspruchs. Reicht der Vorschuß nicht aus, so hat der Zeuge den Anspruch auf weitere Vergütung gegen denjenigen, der seine Ladung veranlaßt hat und um diesen Anspruch geltend zu machen, dazu dient die richterliche Festsetzung. Beschluß vom 9. November 1905; Beschw.-Reg. Nr. 801/05.

III. Vermischte Mitteilungen.

Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Konkursverwalter und Nachlaßverwalter. In der Zeitschrift für Rechtspflege Jahrgang II Seite 107 ist ein Beschluß der VI. Civilkammer des Kgl. Landgerichts München I vom 23. Dezember 1905 abgedruckt, wonach zur Vollstreckung eines noch gegen den Gemeinschuldner ergangenen Urteils in die Absonderungsmasse die Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Konkursverwalter als

Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners im Sinne des § 727 CPO. erforderlich ist. Ich möchte darauf hinweisen, daß ein Beschluß der I. Civilkammer desselben Gerichts vom 27. April 1901 (Beschw.-Reg. Nr. 138/1901) die gegenteilige Auffassung vertritt und zwar sogar für den Fall, daß dem Konkursverwalter mit der ständigen und gewiß berechtigten Rechtsprechung des Reichsgerichts eine selbständige Parteistellung einzuräumen ist. Diese Entscheidung geht davon aus, daß die Vorschrift im § 6 KO., die nicht einen Wechsel im Rechtssubjekte, sondern nur einen Uebergang der Verwaltungs- und Verfügungsmacht auf den Konkursverwalter bewirke, nicht zu der Annahme einer Rechtsnachfolge im Sinne des § 727 CPO. dränge und daß die gegenteilige Auffassung auf einen wertlosen Formalismus hinauslaufe, um so mehr als der Vollstreckungstitel (mit der Vollstreckungsklausel gegen den Gemeinschuldner versehen) ja doch dem Konkursverwalter zugestellt werden müsse. Die Bezugnahme des Beschlusses der VI. Civilkammer auf das Erkenntnis des Reichsgerichts vom 4. November 1902 (E. Z. 53, 8) schlägt nicht durch, da dort der Konkursverwalter zwar als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners im Sinne des § 445 CPO. anerkannt, für den Fall des § 727 CPO. aber die Frage nicht ausdrücklich entschieden ist; nur beiläufig ist erwähnt, daß auch die Rechtsnachfolge des § 727 nicht unbedingt einen Uebergang des Rechtes im Ganzen voraussetze. Wenn nun auch im Falle des § 445 CPO. das Bedürfnis dringend die Gleichstellung erheischt, so läßt sich doch das Gleiche nicht für den Fall des § 727 behaupten. Schon aus praktischen Erwägungen möchte ich der im Beschlusse der I. Civilkammer vertretenen Ansicht den Vorzug geben.

Im Zusammenhange damit sei auch noch ein Beschluß der III. Kammer für Handelssachen beim Kgl. Landgerichte München I vom 12. Februar 1906 erwähnt, der die Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Nachlaßverwalter zu einem gegen den Erblasser oder den Erben ergangenen Urteil aus folgenden Gründen nicht für geboten erachtet:

Zu entscheiden ist die Frage, ob im Falle der Nachlaßverwaltung zur Vollstreckung eines gegen den Erblasser ergangenen Urteils in den Nachlaß die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den Nachlaßverwalter erforderlich ist. Sie ist zu verneinen, mag der Nachlaßverwalter als gesetzlicher Vertreter des Erben zu erachten sein oder ganz oder teilweise eine selbständige Parteistellung einnehmen, wie sie die Rechtsprechung dem Konkursverwalter zubilligt. Im ersteren Falle ist das Verhältnis zwischen dem Nachlaßverwalter und dem Erben nicht anders geartet wie das Verhältnis zwischen dem Vormund und dem Mündel, zwischen dem Pfleger und dem Pflegling und hier ist anerkanntes Rechtens, daß von einer Rechtsnachfolge des Vormundes oder des Pflegers im Sinne des § 729 CPO. nicht gesprochen werden kann, weil der Mündel und der Pflegling trotz der Beschränkung durch den gesetzlichen Vertreter Inhaber aller ihrer Rechte und Verpflichtungen bleiben. Räumt man aber dem Nachlaßverwalter eine selbständige Parteistellung ein, so kommt sie ihm nur innerhalb des im § 1984 BGB. gezogenen Kreises zu, sie erschöpft sich in der Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen, läßt aber gleichfalls die Inhaberschaft des Erben bezüglich seiner Rechte und Verpflichtungen vollständig unberührt. Der Nachlaßverwalter hat sich zwar „wie" der Eigentümer der Nachlaßgegenstände, „wie" der Schuldner der Nachlaßverpflichtungen zu verhalten, ist aber trotzdem nicht der wahre Eigentümer, der wirkliche Schuldner, beides ist und bleibt trotz der Nachlaßverwaltung der Erbe. Dieser Umstand führt auch hier zu der Annahme, daß mangels einer Rechtsnachfolge des Nachlaßverwalters in den Nachlaß und damit auch im Sinne des § 729 CPO. zur Vollstreckung eines gegen den Erben ergangenen Urteils in den Nachlaß die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den Nachlaßverwalter wenn nicht überhaupt unzulässig, so doch zum mindesten nicht erforderlich erscheint und dies umsoweniger, als § 1984 Satz 3 BGB. ausdrücklich klarstellt, daß Ansprüche, die sich gegen den Nachlaß richten, nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden können. Zur Vollstreckung eines solchen Urteils in den Nachlaß ist den Vorschriften in §§ 729 und 750 CPO. zufolge erforderlich und genügend eine Vollstreckungsklausel gegen den Erben und die Zustellung des Urteils mit dieser Klausel an den Nachlaßverwalter. Würde man bei jedem gegen den Erblasser und folgerichtig auch bei jedem gegen den Erben erlassenen Urteile die Vollstreckungsklausel gegen den Nachlaßverwalter fordern, so würde dies zu einer recht überflüssigen Beschwerung des Rechtsverkehrs mit in Wahrheit bedeutungslosen Formalitäten und unangebrachten Kosten führen."

Das Oberlandesgericht München ist auf Beschwerde in seinem Beschlusse vom 23. Februar 1906 zu demselben Ergebnisse gekommen, es hat aber dabei den Nachlaßverwalter als gesetzlichen Vertreter des Erben behandelt und hierfür in kaum ganz einwandfreier Weise auf die Entscheidung des Obersten Landesgerichts vom 4. September 1905 (Samml. Bd. VI S. 515) und auf die Vorschrift im § 1984 Abs. 1 Satz 3 BGB. verwiesen, da erstere mit der rechtlichen Stellung des Nachlaßverwalters sich „konstruktiv" nicht befaßt und letztere sicher mehr gegen als für die Annahme spricht, daß der Nachlaßverwalter gesetzlicher Vertreter des Erben sei. Die Gründe dieses Beschlusses lauten:

„Daß der Nachlaßverwalter nicht Rechtsnachfolger des im Urteil bezeichneten Schuldners im Sinne des § 727 der CPO. ist, bedarf keiner Ausführung. Es wird aber in der Tat von mancher Seite analoge Anwendung der genannten Gesetzesstelle auf den hier vorliegenden Fall empfohlen (Gaupp, Eccius u. A.), weil der Nachlaßverwalter eine selbständige Parteistellung wie der Konkursverwalter ꝛc. einnehme. Diese Anschauung kann das Beschwerdegericht nicht für zutreffend erachten. Die Nachlaßverwaltung ist nach § 1975 BGB. eine besondere Art der Nachlaßpflegschaft, es finden auf sie die allgemeinen Vorschriften über Pflegschaft Anwendung (cfr. Beschluß des Obersten Landesgerichts vom 4. September 1905 Bd. VI S. 515). Der Nachlaßverwalter ist Pfleger des oder der Erben — nicht curator rei — für den Prozeß nach den Sondervorschriften der §§ 53, 241 CPO. dem gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Person gleichgestellt (cfr. Motive zum Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderung der CPO. Seite 86 und 101). Daher auch die Vorschrift des § 1984 Abs. 1 S. 3 des BGB.

Für einen nach Beginn der Nachlaßverwaltung geltend zu machenden Anspruch fehlt im Prozeß den Erben die Passivlegitimation. Ist aber der Prozeß schon beendet, das Urteil rechtskräftig, bevor die Nachlaßverwaltung angeordnet wurde, so kann die Vollstreckung in den Nachlaß erfolgen, ohne daß es der Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Nachlaßverwalter bedürfte (cfr. Planck BGB. Note 3c zu 1984). Es ist die Rechtsnachfolge des oder der Erben, soweit nicht offenkundig, durch öffentliche Urkunde nachzuweisen und das Urteil mit der Vollstreckungsklausel gegen die Erben versehen dem Pfleger-Nachlaßverwalter zuzustellen."

Ausführlich befaßt sich mit der rechtlichen Stellung des Nachlaßverwalters ein Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 13. Juli 1905, abgedruckt in der Zeitschrift für Rechtspflege 1905 Seite 459 ff., das ihm selbständige Parteistellung einräumt. Dem Oberlandesgerichte München scheint diese Entscheidung nicht vorgelegen zu haben, da ihre Gründe einer eingehenden Widerlegung bedurft hätten. Derselben Auffassung pflichtet neuerdings das Reichsgericht (E. Z. 61, 222) bei. — b —

IV. Literatur.

1) C. F. Münchmeyer, Amtsgerichtsrat in Hannover.

Der deutsche Erbnachweis, Hannover/Berlin 1904; 350 S. (einschließlich 8 leerer Blätter für Notizen und eines ausführl. Sachregisters); Preis 4 Mk. 50 Pfg.

Das Buch enthält außer einer längeren „Einleitung" 3 Abteilungen und IV Anhänge.

Die 1. Abteilung behandelt in 31 Paragraphen den Regelerbschein nach BGB. und zwar im Abschnitt A die „Voraussetzungen", in Abschnitt B das „Ergebnis der Ermittelungen", im Abschnitt C das „Verhältnis des Nachlaßgerichts zum erteilten Erbschein", im Abschnitt D die „Wirkungen des Erbscheins; Vermutungen". Die 2. Abteilung bespricht in 9 Paragraphen „Reichs- und landesrechtliche Erbzeugnisse für besondere Fälle bei Vorgängen seit 1. Januar 1900", die 3. Abteilung in 6 Paragraphen: „Erbnachweise nach altem Recht für erbrechtliche Vorkommnisse vor 1. Januar 1900." Die Anhänge I—IV betreffen: „Ueberleitung der güterrechtlichen Verhältnisse der vor 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen in die Güterstände des BGB.'s," „Muster für Erbnachweise neuen und alten Rechts", „Unterlagen für die Kostenberechnung," „Statutarisches Erbrecht der christl Bürgersleute in der Stadt Hannover." (In den ersten beiden Abschnitten des Buchs sind auch eine Reihe materieller Fragen des Erbrechts behandelt.)

Das Buch verrät großen Fleiß und reiche praktische Erfahrung, es bietet auch entsprechend viel Material; gerade dessen Fülle aber hätte behufs Erhöhung der praktischen Brauchbarkeit des Buches mehr Unterscheidungen und Hervorhebungen durch den Druck wünschenswert erscheinen lassen, da dadurch die Uebersichtlichkeit und die Möglichkeit rascher Orientierung bedeutend erhöht worden wäre. Trotzdem kann und wird das Buch Vielen — bei richtigem Gebrauche — gute Dienste leisten.

Zu einer Polemik gegen Einzelheiten ist hier nicht der Platz. Nur die Behauptung (S. 18 und 268), daß nach altem Rechte in Bayern dem „Gerichtsnotariate" die Ordnung der Verlassenschaften von Amtswegen obgelegen habe, sei hier als irrig konstatiert.

Dr. F. H.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 17/18. 15. August 1906.

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Piloty, Beziehungen der Rechtswissenschaft zur Philosophie; Trendel, Feld- und Wald-Nachbarrecht in bezug auf Pflanzungen. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen und Strafsachen); Oberlandesgericht München (Civilsachen). III. Vermischte Nachrichten. IV. Literatur.

I. Abhandlungen.

Beziehungen der Rechtswissenschaft zur Philosophie.

Von Professor Dr. Robert Piloty.

Niemand hat mehr Grund, Objektivität als Forderung der Selbstdisziplin zu stellen, als der Jurist, besonders der theoretische, denn keine Wissenschaft rückt so nahe an das Leben selbst, seine Willensströmungen, seine Politik, Parteilichkeit und Subjektivität heran als die Rechtswissenschaft. Nirgends ist daher auch die Versuchung größer, die eigene Meinung in die Sache zu verlegen, im Kampf der Interessen selbst Partei zu nehmen und geschähe es nur, um dadurch dem spröden Stoff des Rechts Seele und Wärme einzuhauchen.

Und doch muß gerade der Jurist stets eingedenk bleiben, daß seine Wissenschaftlichkeit seine Objektivität ist. Verliert er diese, so ist er vom Richter zum Streiter geworden und ehe er sichs versieht, hält er das Schwert in der Hand anstatt der Wage. Die Versuchung freilich liegt näher als sonst irgendwo, den Willen für das Wissen einzusetzen, denn was dem Juristen vorliegt, ist immer und in jeder Erscheinungsform das bunte, vielgestaltige, willenswarme Leben. Aber nicht bloß dies! Seine Aufgabe ist es gerade, von diesem Leben, über welches er zu richten hat, ein Stück weit abseits zu stehen. Er hat zwar so wenig wie der Philosoph und der Kulturhistoriker den Strom an sich vorüberfließen zu lassen, um nur das Geschehende abstrakt zu bestimmen, seine Aufgabe ist es wohl, in das Leben selbst einzugreifen und gerade dem Strom der eigenen Zeit Richtung und Ziel zu setzen. Seine Wissenschaft ist keine reine Geisteswissenschaft, es handelt sich für ihn nicht um ein reines Erkennen objektiv erfaßter Wirklichkeit allein, sondern seine Wissenschaft ist eine schätzende, Werte sind es, die er findet und bestimmt und was er in forschendem Sinne erkennt, das soll nicht etwa nur in der Erkenntnis verharren und genossen oder gar wieder vergessen werden, sondern es soll geschehen und gelten.

Wenn nun die Rechtswissenschaft für das Leben gültige Werte findet und setzt, so ist klar, daß der Wille zu solcher Wissenschaft den im Leben selbst wirksamen Kräften und Strömungen nicht fern stehen, ja sogar von ihnen aufs innigste durchdrungen sein muß. Aber es ist auch ebenso klar, daß in solcher Wissenschaft eben nicht der Wille schlechthin entscheiden kann und soll. Vielmehr tritt im Juristen das Leben mit seinen Forderungen vor ein Forum, welches gereinigt ist von all den Mängeln und Zutaten, mit denen vermischt alle Interessen von Gesellschaftsgruppen, Parteien und Einzelnen an die Oeffentlichkeit zu kommen pflegen. Zu allen Zeiten sind Wünsche und Forderungen unrein zur Welt gekommen wie die Kinder. Die Reinigung aber der Lebensinteressen, Wünsche und Forderungen von dem, was ihnen von Natur an Schädlichem, Ungehörigem, Nebensächlichem anhaftet, ist vor allem Sache des juristischen Genius. Um dieser Aufgabe gerecht werden zu können, genügt dem Juristen nicht diejenige Kenntnis des Lebens, welche aus dichter Nähe vom Standpunkte des Beteiligten selbst gewonnen zu werden pflegt, sondern es muß dazu auch noch jene Reife der Ueberlegung kommen, die ihn befähigt, mit seinem Urteil über den Dingen zu stehen. In solcher Reife wurzelt seine Objektivität, seine Wissenschaftlichkeit.

Die deutsche Rechtswissenschaft ist nun durch die ungewöhnlich starke Bewegung, welche alles öffentliche Leben seit Jahrzehnten ergriffen hat und besonders auch in einer äußerst fruchtbaren Gesetzgebung auf allen Gebieten sich kundgibt, einigermaßen in Unruhe versetzt worden. Es ist seit der Gründung des Deutschen Reiches nicht nur das Staats- und Verfassungsrecht, sondern auch das ganze übrige öffentliche und private Recht in neue Formen gegossen worden und die soziale Bewegung hat sogar neue und sonst nirgends sich wiederholende Rechtsgebilde hervorgebracht.

Auf allen Gebieten dieses schaffenden und normgebenden Rechtslebens ist die Wissenschaft der gestaltenden Politik eifrig und erfolgreich gefolgt und hat sich der Aufgabe unterzogen, auf die Erkenntnis der inneren Zusammenhänge nicht nur zwischen den einzelnen Institutionen und Gebieten des geltenden Rechtes, sondern auch dieses geltenden Rechtes im Ganzen mit seinen historischen Vorläufern und Vorstufen und vor allem auch mit dem Gesamtbau und Leben des sozialen und politischen Körpers hinzuwirken. Kaum in irgend einer früheren Periode der deutschen Rechtsentwickelung hat es für die Wissenschaft nach allen Seiten hin so viel zu tun gegeben, als in der gegenwärtigen. Naturgemäß ist das vorwiegende wissenschaftliche Interesse der Erklärung und Durchbildung der einzelnen neuen Rechtsinstitute zugewendet worden. Wie im öffentlichen Rechte Begriff und Praxis des Bundesstaates, des Budgets, der sozialen Rechtsgebilde der Arbeiterversicherung, so haben im Privatrechte vorwiegend die neugeschaffenen Gesellschafts- und Haftungsformen und all' die zahlreichen Um- und Neubildungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Scharfsinn und das systematische Interesse der Rechtstheorie herausgefordert und neuerdings sind auch Strafrecht und Prozeßrecht in die Aera der Reform eingerückt.

So belebend und befruchtend nun auch dieses von der Gesetzgebung angeregte Treiben der Wissenschaft auf den Geist des Rechtes im Ganzen gewirkt hat und noch zu wirken verspricht, so ist doch auch nicht zu leugnen, daß Fülle des Stoffes und Reichtum der Neuerung auch für die Wissenschaft und ihre Technik mit Gefahren verbunden ist. Unstetigkeit und Zerfahrenheit pflegen allen großen Neuerungen das Geleite zu geben. Das Bestreben der Wissenschaft, der im Rechtsleben immer voranstehenden Praxis alles Neuerscheinende möglichst rasch mundgerecht und handlich zu machen, hat überall eine gewisse mittelmäßige Ueberproduktion angeregt und dem Gesamtbilde des wissenschaftlichen

Rechtszustandes einige unerwünschte Züge von Flüchtigkeit und Seichtigkeit aufgeprägt. Es ist an der Zeit, daß die Wissenschaft auch ihrer tieferen Quellen und des ihr unentbehrlichen Gehaltes an stetigen Begriffen und Werten sich bewußt werde.

Gerade in neuerer Zeit tritt das Verlangen nach Prüfung der Grundlagen des Rechtes wieder besonders stark hervor. Man besinnt sich wieder darauf, unter dem Strom des Beweglichen und Veränderlichen das Beharrende zu entdecken und neben dem Kleinen und Vielfachen das Große und Einfache in das rechte Licht zu stellen. Die Rechtswissenschaft kehrt wieder da und dort in ihre inneren Gemächer zurück und würdigt neben der mehr kasuistischen Kleinarbeit auch wieder Erwägungen, die den allgemeinen und großen Problemen zugewendet sind.

Technik und Methode werden wieder kritisch geprüft und die Einsicht wächst, daß nicht nur das Neue und Neueste wichtig und wissenschaftlich interessant ist, sondern daß auch in den Gründen bedeutsame Aufgaben ihrer Lösung harren.

Fragen der Systematik, Vergleichung, geschichtlichen Betrachtung und der juristischen Denktechnik drängen mit unaufhaltsamer Wucht in den Vordergrund und gebieten in gewissem Maße selbst dem Gesetzgeber eine Zurückhaltung im Neuern und Gestalten, vor allem aber der Wissenschaft Muße und Verweilen zu reiferer Ueberlegung. Der Praxis des Rechtes kann es nur zu Gute kommen, wenn neben der sie allezeit umdrängenden Hast des Lebens, wenigstens in dem von ihr zu übenden und zu pflegenden Rechte mit der Ruhe auch wieder Ordnung und Vertiefung eintreten.

Zwei Dinge sind es, die in dieser Hinsicht vor allem zu würdigen sind, der Zusammenhang des Rechtes mit der Philosophie und der Zusammenhang der Rechtswissenschaft mit den übrigen Wissenschaften.

Ihren Zusammenhang mit der Philosophie hat die Rechtswissenschaft seit ziemlich langer Zeit fast völlig verloren. Und daran ist wohl nicht nur diese allein schuld. Hat die Rechtswissenschaft sich vom Leben in zu weitgehendem Maße fortreißen lassen, so ist die Philosophie davon vielleicht allzufern geblieben. Wie es sich indeß auch mit der Schuldfrage verhalten mag, sicher ist, daß man sich gegenseitig nicht so viel gewesen ist, als man sich sein könnte und sollte und als man sich in anderen Zeiten gewesen ist.

Das Beste, was die neuere Philosophie geleistet hat, ist hierbei dem Rechte noch nicht zu Gute gekommen. Vierfach aber ist die Rechtswissenschaft mit der Philosophie verknüpft und diese Verbindungen aufs neue zu erkennen und zu pflegen, erscheint als eine Aufgabe von nicht geringerer Dringlichkeit und Wichtigkeit, als die dogmatisch kasuistische Arbeit, in welcher die Rechtswissenschaft gegenwärtig so sehr fruchtbar ist.

Diese vier Verbindungen sollen in diesen Zeilen nur skizzenhaft gezeigt werden, sie sind gegeben durch die vier Grundprobleme der Philosophie: das erkenntnistheoretische, das psychologische, das ethische und das politische, während mit dem fünften, dem naturphilosophischen Problem, und dem sechsten, dem ästhetischen für die Rechtswissenschaft keine unmittelbare Verbindung besteht.

1) Das erkenntnistheoretische Problem der Philosophie als ihr spezifisches Alleingebiet zu überlassen, hat die Rechtswissenschaft allen Grund. Von dort her kann sie wohl immer nur als die Empfangende betrachtet werden. Aber auch als Empfangende muß sie selbst prüfen und nie könnte sie sich Nutzen erwarten, wenn sie etwa in eine Denktechnik und Logik verführt würde, über die sie sich nicht an der Hand ihrer eigensten Aufgabe Rechenschaft gegeben hätte. Nun gehören freilich auch Denktechnik und Logik nicht in das Gebiet der reinen

Erkenntnistheorie, sie hangen enger an der Psychologie, als an jener, aber die Erkenntnislehre selbst ist ohne Psychologie und namentlich ohne Logik reiner Begriff, nicht Funktion und deshalb wenn nicht gar unmöglich, so doch sicher wertlos. Eine Theorie des Erkennens ohne Logik gibt es nicht. Logik aber ist Anwendung des Gesetzes der Kausalität auf das Denken selbst. Ein reines Erkennen wäre ein Denken ohne Logik und verliefe entweder in bloße verstandesmäßige Anschauung oder in ein logisches Denken ohne Bewußtsein. Beides mag nun außerhalb der Rechtswissenschaft seinen Platz haben, sei es in der Welt der religiösen Spekulation oder der sonstigen Mystik oder auch in den Künsten. Wissenschaft überhaupt und besonders eine von der Praxis auf Schritt und Tritt so hart erprobte Wissenschaft wie diejenige des Rechtes ist ohne logisches Denken nicht möglich. Ihren höchsten Wert für die Rechtswissenschaft besitzt also die Theorie der Erkenntnis durch die in ihr angewandte Logik, d. h. durch die Gesetzmäßigkeit und Richtigkeit des in ihr angewandten Denkens. Was solch richtiges Denken in dem der reinen Erkenntnistheorie eigenen Gegenstande, nämlich der Erkenntnis selbst, entdeckt, das wird sich in der Rechtswissenschaft von diesem allgemeineren auf ihren besonderen Gegenstand, nämlich das Recht, übertragen lassen, sofern nur der Satz richtig ist, daß im allgemeinen das besondere enthalten ist.

Es schließt sich hieran unmittelbar die Frage nach der Methode. Die Philosophie stellt allen Wissenschaften eine aus dem Geiste der Philosophie selbst geborene Methodologie zur Verfügung. Auch sie hat ihr Verhältnis zur Logik, denn jede Methode mündet, wenn sie wissenschaftlich brauchbar sein soll, in den Dienst der Logik. Richtiges Denken ist methodisches Denken. Die verfügbaren Methoden können aber der Rechtswissenschaft nur dienen, soferne sie der Aufgabe gerade dieser Wissenschaft angemessen sind. Hier eröffnet sich nun eine Wahl, welche man gewöhnlich durch den Gegensatz von Empirie und Ratio auszudrücken pflegt. Einige Verständigung über die Bedeutung und die Verwendbarkeit dieses Gegensatzes der Denkmethode in der Rechtswissenschaft ist nur erreichbar, wenn man sich über die Begriffsbedeutung zu einigen sucht, ehe man über den Wert der Methoden urteilt. Das neuerdings beliebtere Verfahren ist freilich das umgekehrte, man schätzt, urteilt und verurteilt den Wert der Methoden nicht selten ohne vorausgehende Bestimmung von Sinn und Wesen der Sache. Was ist empirisches und was rationelles Denken? So sollte man füglich fragen, ehe man ad libitum dem einen oder anderen den Vorzug gibt und damit Werte prägt, ohne das nötige Metall dazu zu besitzen. Nun ist der Erfahrungsbegriff ein nahezu unbestrittener im engen Umkreis der Naturwissenschaften und aller sonstigen Wissenschaften, in welchen der Weg zum Verstande durch die Sinne geht und das Material der Beobachtung ein breiter, sichtbarer, wägbarer oder meßbarer Stoff ist. Im ganzen Anwendungsgebiete des Experimentes ist Erfahrung mit der Methode der Sinneswahrnehmung nahezu identisch und alles Denken erschöpft sich hier in einem Sammeln und Ordnen von Tatsachen, welche ihre Feststellung auf diesem Wege gefunden haben. Die sinnliche Wahrnehmbarkeit fehlt nun freilich auch den Geisteswissenschaften an ihrem Gegenstande nicht völlig, auch die Rechtswissenschaft hat Augen zum Sehen, Ohren zum Hören und Hände zum Greifen. Allein diese Art der Wahrnehmung ist für sie nur der roheste und wissenschaftlich überhaupt kaum mehr in Betracht kommende Gegenstand der Erkenntnis. Das Normgefüge, welches im Recht die Beziehungen der Menschen unter einander in Pflicht und Ordnung hält, ist von anderem Stoff. Das Denken knüpft hier an Erfahrungen an, die schon dem Stoff nach geistiger Natur sind. Tatsächliche Verhältnisse wie die persönlichen Eigen-

schaften des Alters, Geschlechtes, Besitzes oder der Familienangehörigkeit, Nachbarschaft, Handlungen wie Versprechung, Eid, Eheschließung, Vorgänge wie Aufenthaltsveränderung, Auswanderung, Tod, dann Willensbestimmungen, Entschlüsse, Aeußerungen, ja Absichten, Vorhaben, Motive u. a. m. bilden neben dem noch flüchtigeren unermeßlichen Gebiet der Bedürfnisse und Interessen und den mannigfaltigen hieraus entspringenden Gemeinschaften und Verbindungen das eigentliche Substrat des Rechtes und seiner Wissenschaft. Und da es sich nun bei dieser Wissenschaft gar nicht in erster und eigentlicher Linie um die unmittelbare Erkenntnis dieser Dinge selbst handelt, das Wissen davon vielmehr vorausgesetzt wird, so setzt die Erfahrung in wissenschaftlichem Sinne beim Rechte überhaupt erst ein, wo eine bestimmte Vorstellung sinnlicher Art längst gegeben ist. Gibt es für die Rechtswissenschaft überhaupt irgend eine Erfahrungsgrundlage dieser Art, so ist es das Leben in seiner ganzen äußeren und inneren Entfaltung. Das Leben aber ist Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis nur von einer ganz bestimmten Seite her betrachtet, nämlich insofern es bewußt gegebener Normierung fähig und bedürftig ist. Die Norm also ist der Anfang und das Ende dieser Wissenschaft, sie aber ist etwas durchaus Geistiges und alle Normerfahrung ist daher eine Erfahrung ganz anderer Art, als es diejenige der Naturwissenschaften ist. Selbst die Sprache ist trotz ihrer geistigen Herkunft und obgleich auch sie eine Art konventioneller Norm zur Grundlage hat, eben wegen der vorwiegenden Bedeutung des in ihr lebendigen sinnlichen Ausdruckes, dem Erfahrungsgebiete der Naturwissenschaften viel näher gelegen als das Recht. Im Rechte ist ein geistiger Vorgang, den die Sprachwissenschaft erst selbst erfahrungsgemäß zu durchlaufen hat, schon zurückgelegt, ehe der wissenschaftliche Teil nur beginnt. Und in diesem Teil kommt der Jurist an seinen Gegenstand mit ganz anderer intellektueller Funktion, als es in Gebieten der sinnlichen Erfahrung der Fall ist. Hier setzt ein Denken in Begriffen und im Gegensatz zu jener anschaulichen Verstandesmäßigkeit eine reflektierende Vernunftmäßigkeit ein, die man Ratio nennt. Diese Vernunftarbeit, welche mit Begriffen und Schlüssen zu tun hat, steht immer in Beziehung zur Norm, die ihr Ausgangsmaterial und Produkt zugleich ist. Nur eine oberflächliche Bekanntschaft mit dem Rechte könnte indeß annehmen, es handle sich in der Rechtswissenschaft um weiter nichts als um die wechselnde Erklärung der ein für allemal festgegebenen Norm. Die Rechtswissenschaft ist ihrem Wesen nach keine beschreibende, sondern eine kritische und durch das Mittel der Kritik auch eine normbildende Wissenschaft. Wohl tritt ein Willensakt hinzu, der außerhalb der Wissenschaft liegt, aber auch er kann nicht ohne sie entstehen. In der Norm wiederholt sich das Leben in gesteigertem, nämlich bewußt gewolltem Sinn. Ueber dem mehr instinktiven, wirklichen Leben schwebt das normale und den stets erstrebten, nie voll erreichten Einklang zwischen beiden herzustellen, ist reine Willenssache, praktische Rechtsübung.

Mag man nun bei solcher Lage der Sache die Methode der Rechtswissenschaft als empirisch oder als rationell bestimmen, sicher ist auf alle Fälle, daß es sich um eine Leistung der Vernunft handelt. Begriffe und Werte sind es, welche dieser Wissenschaft vorliegen und wie sie selbst ihre Begriffe bildet, so nimmt sie auch selbst ihre Schätzungen vor, um sie in die Satzung, welche das Leben regelt, einzuführen. Ihre geistige Tätigkeit aber ist weder im konstruktiven noch im schätzenden Teil eine ganz eigene. Die Begriffe und Werte, welche das Leben selbst im praktischen Bewußtsein und die Philosophie im theoretisch bewußten Denken schaffen, gehen in diese Wissenschaft ein und werden ihr eigen erst durch die Norm, also dadurch, daß Begriff und Wert die Prägung zum geltenden Recht erlangen.

2) Psychologie und Rechtswissenschaft. Die Versuche einer wissenschaftlichen Orientierung in der Menschenseele sind so alt wie die Philosophie selbst. Das Recht hat von diesen Bestrebungen in seiner Gesamtentwickelung nicht immer den möglichen Nutzen gezogen. Der Grund liegt darin, daß die Ergebnisse der Psychologie für das Recht unmittelbar keine Verwendung finden können. Die Einwirkungen der Psychologie auf das Recht sind durchaus mittelbar und zwar geschehen sie von zwei Seiten her, einmal durch das Leben selbst und sodann durch die Rechtswissenschaft. In das Leben selbst hat die wissenschaftliche und vor allem die philosophische Psychologie zu Zeiten im hohen Maß bestimmend eingewirkt, indem sie derjenige Teil der Philosophie ist, welcher den Künsten und der allgemeinen Kultur Erkenntnisse und Werte von größter Bedeutung zuführt. Die ganze Schichtung eines Volkes in Gebildete und Nichtgebildete ist wesentlich ein Werk der Psychologie. Psychologie wird hier in dem weiten Sinne verstanden, wonach sie auch die Pädagogik umfaßt. Und diese Schichtung ist auch im Rechte sehr bedeutsam. Die Rechtswissenschaft ist durch die Psychologie namentlich dadurch beeinflußt, daß die für die Rechtsanschauung im allgemeinen so wichtige Auffassung der menschlichen Persönlichkeit, ihrer seelischen und geistigen, Willens- und Vernunft-Anlage von jeher mehr durch die Psychologie, als durch die Rechtswissenschaft selbst prinzipielle und kritische Förderung erfahren hat. Der Einfluß der Kunst, besonders der Poesie auf das Rechtsleben ist freilich weniger durch die Wissenschaft als durch die allgemeine Kultur vermittelt worden, aber auch an der Rechtswissenschaft sind die künstlerisch-psychologischen Entdeckungen nicht spurlos vorübergegangen.

Eine allgemeine Betrachtung über den Stand und die Wirksamkeit der Psychologie muß hier — freilich nur in skizzenhaftesten Umrissen — eingeschoben werden. Die neuere Psychologie ist Wege gegangen, die das kritische Urteil aller Denkenden herausfordern. Während der große Aufschwung der englischen Psychologie des 18. Jahrhunderts sich hauptsächlich aus dem Umstande erklärt, daß es eine richtige Erkenntnis war, dem Organe des Denkens und den allgemeinsten Funktionen desselben Sinnlichkeit, Verstand, Vernunft, empirisch und frei von metaphysischen Voraussetzungen nachzuforschen, scheint die neuere seit Schopenhauer und namentlich seit Fechner und Wundt der Psychologie gegebene Richtung nicht unbedenklich zu sein. Das Experiment von den physiologischen auf die psychologischen Erscheinungen zu übertragen, ist zweifellos ein glückliches Beginnen gewesen, aber die Gefahr lag nahe, daß fortan alle Wissenschaftlichkeit von dieser Seite her für die experimentelle Psychologie in Anspruch genommen werde. Nun ist aber der Begriff des Experimentes selbst schon ein nicht geschlossener und ist jedenfalls gar manches als exakter Versuch anzusehen, was nicht in den gewöhnlichen Formen der naturwissenschaftlichen Experimentalpraxis vorkommt. Zudem sind die meisten und weitaus wichtigsten seelischen Vorgänge exakt experimenteller Methode überhaupt unzugänglich. So ist es nun zwar einerseits ein Gewinn, daß dem Gebiete, auf welchem seit langer Zeit und immer noch ein haltloser Rationalismus mit der Prätension der Wissenschaftlichkeit leere Behauptungen für erwiesene Tatsachen in Kurs setzt, eine streng wissenschaftliche Technik da und dort wertvolle Aufklärung bringt, auf der anderen Seite aber wird einer Fülle von inneren, hochwichtigen Erkenntnissen einfach aus dem Grunde, weil das Experiment dorthin nicht gelangen kann, alle Bedeutung oder doch alle wissenschaftliche Bedeutung abgesprochen. Es ist an der Zeit, sich des künstlich aufgenötigten Vorurteils, das alpartig zu wirken beginnt, zu entledigen und anzuerkennen, daß neben der sehr engbegrenzten naturwissenschaftlichen Psychologie eine ebenfalls wissenschaftliche Psychologie Raum hat,

die ihre Gegenstände mit ganz anderen Methoden zu erfassen hat. Beobachtung, Erlebnis, historische Erkenntnis und selbst unmittelbare Intuition sind Erkenntnisweisen, durch welche schon die wichtigsten seelischen Tatsachen in das Bereich der wissenschaftlichen Erkenntnis gerückt sind. Ihnen sich zu verschließen nur aus dem Grunde, weil das Experiment hier versagt, wäre ein Schritt zu einer Bornierung des Verstandes von nicht minder verhängnisvoller Tragweite wie Dogmenzwang und Unfehlbarkeiltsglaube. Die Rechtswissenschaft hat bisher von Seite der experimentellen Psychologie nur Anregungen von verschwindender Geringfügigkeit empfangen, während ihr jene weitherzigere Psychologie schon großen Gewinn gebracht hat und noch größeren Gewinn verspricht. Solange eben die Kenntnis von den Organen und Funktionen der Seele sich noch so sehr in den Anfängen befindet, wie es zur Zeit der Fall ist, hat die experimentelle Psychologie bei allem angewandten Eifer doch noch nicht die Legitimation, sich als die einzige wissenschaftliche Psychologie zu behaupten. Zur Zeit ist aber der Wille zu Macht und Ansehen gerade in dieser engen Gruppe wohl größer als die Ergebnisse es rechtfertigen. Wie weit entfernt man noch von dem Ziele ist, die Menschenseele experimentell wissenschaftlich anatomisiert und atomisiert zu demonstrieren, das beweisen gerade die besten unter diesen Leistungen, die sich doch samt und sonders nur auf Einzelheiten beschränken, während man Hauptgedanken und selbst systematische Anordnung auch im engeren Lager der experimentellen Psychologie noch immer von den großen, nicht experimentellen Psychologen her zu leihen nimmt und mittels dieser Methode in dem Hauptproblem, dem Verhältnis von Wille und Intellekt, kaum nur ein wenig vorangekommen ist.

Die Rechtswissenschaft ist daher in allen psychologischen Fragen wesentlich noch auf die Auskünfte angewiesen, die ihr durch die Lebenspraxis selbst und durch die alten Grundtatsachen der philosophischen (allgemeine Psychologie), nicht experimentellen Psychologie erschlossen sind.

Die allgemeine Psychologie muß im Gegensatze zur experimentellen daran vor allem festhalten, daß sie den Gesamteindruck des ganzen äußeren und wirklichen Lebens auf das Bewußtsein kontrolliert. Die zahlreichen und unübersehbaren Einzeltatsachen in ihrer strengen Beobachtung können eine solche Totalbeobachtung nicht ersetzen. So wissen wir, daß wir andauernd unter einer Art von psychischem Druck des gesamten Lebens stehen, gegen welchen innere Kräfte teils bewußt, teils unbewußt reagieren, um eine Art Gleichgewicht herzustellen. Wir wissen ferner, daß dieser Lebensdruck ein zusammengesetzter ist. Wir nennen ihn im allgemeinen die Not des Lebens, die teils als Reiz, teils als Motiv unser Reagieren bestimmt. Wir wissen aber auch, daß in uns selbst ein ungefähres, mehr oder minder scharf gezeichnetes Lebensbild vorhanden ist, eine Gesamtvorstellung vom Leben, deren Vorhandensein uns davon abhält, sinn- und ziellos nach allen Seiten hin zugleich zu reagieren. Dieses Lebensbild, mag es noch so blaß und verworren sein, hat die Funktion eines Gegenmotivs, erzeugt in uns den Status der Passivität. Ein reiner Lebenstrieb ist entweder überhaupt nicht vorhanden oder doch nicht erkennbar. Was man so nennt, ist vielmehr beim Menschen wenigstens das jeweilige Uebergewicht der äußeren Willensanregungen gegenüber dem Gegenmotiv der vorgestellten, bildlichen Welt.

Lebensnot und Lebensbild erzeugen also in uns Aktion und Reaktion und sind psychologische Tatsachen ersten Ranges. Auf dem Wege der Synthese, die sich zum größeren Teil unbewußt und unwillkürlich vollzieht, zum Teil aber auch bis zur bewußten Empfindung, (psychologische Erkenntnis) aufsteigt, entsteht jene Gesamtansicht vom Leben, der äußeren Wirklichkeit und der inneren Vor-

stellung von ihr. Die Analyse nun unternimmt es, in durchaus bewußter Weise diese Gesamtheit in Untereinheiten zu zerlegen.

Ein Hauptinteresse der Rechtswissenschaft am psychologischen Problem geht nun dahin, schärfere Bestimmungen der psychologischen Einheiten zu erlangen. Ich verstehe unter psychologischer Einheit weder einen einzelnen psychologischen Begriff, noch einen einzelnen psychologischen Wert, sondern eine Kombination psychologischer Tatsachen von konstanter Verbindung und Erscheinung. Solche altbekannte Einheiten sind im Gebiete der Geistespsychologie die Tatsachenkombinationen: Bewußtsein, Zurechnungsfähigkeit, Irrtum, Wissen, im Gebiete der Willenspsychologie: Entschluß, Versuch, Tat, Vorsatz, Abhängigkeit, Selbstbestimmung. Es gibt aber darüber hinaus Einheiten von mindestens ebenso hoher Bedeutung, denen es bisher an der Einheiterkenntnis fehlt.

Das psychologische Interesse des Juristen ist zudem stets ein doppelseitiges in dem Sinne von Subjektivität und Objektivität. Der Mensch als erkennendes wissenschaftliches Subjekt erwartet von der Psychologie Aufschlüsse, die ihn in der wissenschaftlichen Technik des Denkens und Erkennens fördern, das erkennende Subjekt muß durch die Psychologie hindurchgehen, um in ihr zu höherem Standpunkt der Erkenntnis zu gelangen. Neben dieser subjektiven Umwandlung aber vollzieht sich auch eine veränderte Anschauung vom Objekte. Objekt der Rechtswissenschaft ist nun aber die Norm nicht in ihrer abstrakten Hülle als Gedanke oder Befehl, sondern in ihrer Beziehung zum Menschen, denn jede Norm ist um des Menschen willen da. Sie selbst ist daher nie trennbar von dem psychologischen Element. Und so kommt es, daß die Wissenschaft eine psychologische Kritik nicht nur an sich selbst, sondern auch an ihrem Objekt, der für den Menschen bestimmten Norm, übt. Mit der psychologischen Wandlung im Subjekte selbst vollzieht sich also auch eine Veränderung des Erkenntnisstandpunktes gegenüber dem Objekt. Es ist nur ein anderer Ausdruck desselben Gedankens, wenn man sagt, die Rechtswissenschaft gelange durch die Psychologie erst dahin, ihren Gegenstand allseitig zu erkennen. In dieser Formulierung aber wird das Gesagte erst leichter verständlich. In folgendem wird es sich zeigen. Die Rechtswissenschaft läuft nämlich wie alle Wissenschaften Gefahr, sich an ihrem Gegenstande blind zu sehen. Wer nur immer die Norm, sei es in ihrer speziellen Isolierung oder auch in ihren nur logischen Zusammenhängen betrachtet, dem mag wohl viel vom Geiste des Rechtes zum Bewußtsein kommen, aber es kann ihm leicht begegnen, daß er den Menschen nur noch durch das Gedankengitter der Norm beurteilt und erkennt. Unsere Juristen und mit ihnen unsere Wissenschaft legen auf diese Weise dem Ewigmenschlichen zu den Hüllen, in denen es schon von Natur einherkommt, noch die künstliche Verschleierung einer subjektiv einseitigen Betrachtungsweise an. Es entsteht so ein Bild vom Menschen im Geiste des Juristen, welches zwar einseitig richtig, allgemein genommen aber falsch und verstellt ist. Die Fehlerhaftigkeit des Sehens steigert sich alsdann natürlich noch mit jeder weiteren Stufe der Spezialisierung innerhalb der Rechtswissenschaft selbst. Die Psychologie schützt — wofern sie nicht selbst wieder ohne Not sich die Fessel der experimentellen Einschränkung anlegt — vor dieser Einseitigkeit, denn sie führt die Rechtswissenschaft an den Punkt, wo sie nicht mehr den Menschen durch die Norm, sondern umgekehrt die Norm durch den Menschen sieht. Sie zeigt uns den Menschen wieder in der Totalität seiner inneren und äußeren Beschaffenheit und läßt dann die Norm als ein Produkt des Menschen und als Etwas erkennen, was mit einer gewissen Notwendigkeit aus der natürlichen Beschaffenheit der Menschenseele entspringt. Wendet man etwa dagegen ein, daß der Jurist an das Recht schon durch seine tatsächliche und gewöhnliche Lebenserfahrung herankomme, so genügt dagegen

hier wohl schon der Hinweis auf das enge Feld der tatsächlichen Lebenserfahrung eines jeden Einzelnen, welches in um so größeres Mißverhältnis zu seinem Berufe kommt, je umfassender dieser selbst wird. Ohne nun den Wert der eigenen persönlichen Lebenserfahrung irgend zu unterschätzen, ist man doch genötigt, anzuerkennen, daß die Psychologie ein Mittel ist, durch welches der Blick ins Leben und besonders ins Menschliche geschärft wird. Nicht zu unterdrücken ist freilich andererseits auch die Tatsache, daß die Psychologie selbst vom Recht und seiner Wissenschaft für ihr Eigenstes Nutzen ziehen kann und soll. Es spiegelt sich ja in dem normalen Leben, welches im Recht sich über dem natürlichen aufbaut, der Mensch in einer dem Psychologen sehr beachtenswerten Weise und es ist viel Psychologie, echt erfahrungsmäßige Psychologie im Recht selbst enthalten. Der Geist der Gesetze ist zwar nicht der ganze Geist eines Volkes, aber ein sehr bedeutender Teil davon ist im Recht auf alle Fälle enthalten, selbst wenn die Gesetze schlecht sind, vielleicht sogar gerade dann.

3) Ethik und Rechtswissenschaft. Auch hier hat die Rechtswissenschaft Grund, als Empfangende Kritik zu üben. Die in philosophischen Kreisen schwebende Frage, ob die Ethik der Philosophie oder der Wissenschaft angehöre, bietet mehr Stoff zu müßiger Unterhaltung als zur Belehrung. Wenn die Philosophie selbst die Ethik als philosophische Wissenschaft erklärt, so ist damit deutlich genug angezeigt, daß jene ihre Burgmauern auch von der Ethik noch nicht zurückgezogen hat. Und dies wohl mit Recht. Man weiß ja genau, wer sofort bereit wäre, sich der Verlassenen anzunehmen. Voran die Theologie, aber auch noch andere, so die Naturwissenschaften, die Kunst und was an ihr hängt, Schriftstellerei und Presse und vielleicht sogar auch die Rechtswissenschaft, namentlich die Kriminalistik. Einstweilen ist indeß die Rechtswissenschaft dazu doch noch zu bescheiden. Sie kann es sich zwar nicht versagen, ihre juristische Ethik im Stillen zu pflegen, aber sie ist sich bewußt, Allgemeingültigkeit dafür nicht beanspruchen zu können.

Wenn Ethik eine Lehre vom handelnden Menschen überhaupt ist, dann ist der Mensch, so wie er im Recht erscheint, doch ein zu kümmerliches Objekt ethischer Beobachtung und Bestimmung. Immerhin ist es ein großer Teil der menschlichen Persönlichkeit, der im Rechte als handelnd auftritt. Allein bei aller Verfeinerung der individuellen und sozialen Rechtsordnung, bleibt doch das Meiste und Beste vom handelnden Menschen außerhalb des Rechtes und ist, ethisch betrachtet, das Recht doch nur eine Waffe im Kampf des Lebens und noch dazu eine künstliche. Und mag man selbst so weit gehen, auch die ethischen Lehren nur als Hilfsmittel des kämpfenden Lebens zu betrachten, so ist die Ethik doch das dem Lebenszentrum näher stehende. Sie ist der Arm, wenn das Recht das Schwert ist. Doch sei dem so. Es ist dann immerhin schon eine Beziehung zwischen Ethik und Recht gegeben, denn das Schwert muß nach dem Arm gebildet sein, dem es als Waffe dienen soll.

Es kehrt auch eine Unterscheidung wieder, die dort und hier im gleichen Sinne liegt. Was für das Recht Theorie (Wissenschaft) und Praxis ist, das ist dort Ethik und Moral. Ethik ist die theoretische, Moral die praktische Lehre. Das „Du sollst" der Ethik ist nicht gleich dem „Du sollst" der Moral. Die höchst schwierige Frage, ob es in der Ethik überhaupt ein „Du sollst" gebe, mag hier als methaphysisch auf sich beruhen. In ihr wurzelt das ethische Problem und alle Probleme der Philosophie verlaufen ja schließlich dort, wo es gilt: Methaphysik oder Schweigen! Die Rechtswissenschaft muß, um mit der Ethik anzuknüpfen, vor allem ihre Grenzen kennen und bekennen. Nun sind wissenschaftliche Grenzen darin

den staatlichen ungleich, daß sie nicht wie diese auch nur für den einzelnen Zeitpunkt ganz fest bestimmbar sind. Wie alles fließt, außer etwa die Ideen, so sind auch die wissenschaftlichen Grenzen nichts absolut Beharrliches. Besser man bestimmt dort und hier den Gegenstand, um zu suchen, ob nicht in der Vergleichung ein Gegensatz sich finde. Indem das ethische Problem vom psychologischen sich löst, geschieht ein Schritt, der dem vom Gedanken zur Tat gleicht. Wie alles innerlich im Menschen, d. i. in der Seele sich vorbereite, das versucht die Psychologie aufzuklären. Was aber dann geschieht, erlangt sofort von seinen Wirkungen her wie durch Wellenrückschlag eine die Grenzen des Psychologischen überschreitende Bedeutung. Der Mensch steht in der Ethik unter dem Gesichtspunkt einer Schätzung, die wohl in die Psychologie zurückwirken mag, aber doch selbst ein Problem für sich darstellt. Was ist der Mensch wert? So gefragt, ist die Sache methaphysisch. Enger aber gefaßt: Welcher Maßstab ist an die Handlungen des Menschen zu legen? Hierauf antwortet in Praxi die Moral und ihre Kritik ist dann die Ethik. So viel nun lehrt schon die Vernunft — auch dies freilich aus methaphysischer Quelle —, daß ein Widerspruch zwischen Moral und Recht unerträglich ist. Das „Du sollst" des Rechtes darf dem „Du sollst" der Moral nicht widersprechen. Mag sein, daß Beide nur konventionelle Maßstäbe setzen und anwenden. Nach dem Ausgleich etwaiger Widersprüche drängt schon unbewußt das Leben selbst, sei es nun, daß das Recht sich nach der Sitte oder diese nach dem Recht sich bilde. Von der Möglichkeit und Unerträglichkeit des Widerspruchs zur Konstatierung des Gegensatzes ist nur noch ein Schritt. Entwicklungsgeschichtlich betrachtet und, was in gradueller Steigerung dasselbe ist, historisch oder perspektivisch gesehen, ist der Punkt der Vereinigung leichter zu erkennen als die jeweilige Distanz der laufenden Linien. Vereinigend ist die Tatsache, daß eine Macht es ist, welche Moral und Recht setzt, das heißt aber auch mitunter nur soviel wie durchsetzt. Das Trennende und etwa Gegensätzliche zeigt sich vorerst nur in Einzelheiten. Das Recht hat sich der gröberen und sichtbareren Verhältnisse angenommen, die Moral bleibt zurück im feineren Stoff und in den verwickelten Verhältnissen. Die Moral ist das Generelle, das Recht das Spezielle. Wo irgend ein moralisches Problem im Bewußtsein schärfere Umrisse annimmt, da nimmt das Recht sich seiner an und prägt es in harte, nicht selten schmerzliche Formen. Die Moral hat größere Variabilität, das Recht stärkere Charakteristik. Recht ist mutierte Moral. Recht hat eine tiefere Stimme, es läßt sich überhaupt sprechen, es geht in Sätze ein und erträgt Paragraphierung und Glossierung, Moral dagegen bleibt stets im Bannkreis des Mystischen, woher sie stammt, in künstlerischen und willkürlichen Formen tritt sie aus dem nebelhaften Helldunkel der Empfindung und verschwindet auch wieder darin. Moral ist visionär, Recht durchaus zweckbewußt. Dies alles gilt natürlich nur für höhere, d. i. bewußtere Kulturen, solange Moral und Recht nicht im selben Strombette fließen. Kein Recht setzt eine Gesamtlebensformel, Moral tut das und verlangt einen ganzen Menschen, wie er sein soll. Genug der Unterschiede, um den allgemeinen Gegensatz von Moral und Recht wenigstens in Umrissen zu erkennen. Die Rechtswissenschaft nun könnte versucht sein, gerade diesem Gegensatze nachzuforschen. Allein sie täte nicht gut daran, denn unversehens wechselte sie auf diesem Wege die Farbe und würde zu dem, was eben die Theorie der Moral zu leisten hat, was Ethik ist. Die Ethik nun, in der Theorie wohl vertraut mit allen Erkenntnissen, welche den inneren Menschen bis an die Schwelle der Tat hinführen, prüft kritisch die Gebote und Regeln der Moral und so entsteht für das Leben ein doppeltes Normale, das ethische und das rechtliche. Die Beziehungen zwischen Ethik und Rechtswissenschaft aber liegen damit, wenn auch

nicht im Innersten erkannt, so doch vom Rande her erleuchtet vor Augen. Es ist indeß noch eine vierte allgemeine Beziehung gegeben, nämlich die zwischen

4) Politik und Rechtswissenschaft. Wie die Ethik so ist auch die Politik eine Normlehre, und wie die Ethik eine Kritik der praktischen Moraldogmatik ist, so hat auch die Politik ihre theoretisch kritische und ihre angewandt praktische Seite. Die Beziehungen der Rechtswissenschaft zur Politik, der theoretischen und der praktischen, sind sehr mannigfaltige. Um den Kern derselben richtig zu treffen, ist es nötig, erst das Verhältnis von Ethik und Politik zu bestimmen und zwar ausgehend von den praktischen und aufsteigend zu den theoretischen Teilen.

Am deutlichsten treten die hier erörterten Gegensätze im Leben selbst zwischen Moral und Politik hervor. Der unaufhörliche Kampf zwischen beiden Mächten ist vor allem auf den Gegensatz von Person und Gesellschaft zurückzuführen und diesem Gegensatze liegt wieder der allgemeinere, natürliche Gegensatz von Individuum und Art zugrunde. Die Moral nun hat mit der praktischen Politik das Gemeinsame, daß bestimmte normmäßige Forderungen mit der Prätension der Allgemeingültigkeit aufgestellt werden, aber der Standpunkt beider ist ein verschiedener, indem die Moral ihre Regeln von der Erkenntnis des Generellen her auf das Individuum zurichtet und schlechthin die Forderung eines Normalmenschen gesetzt wird. Nach einem Vorbilde, welches Gott ist, hat der Mensch sich zu richten, dieses Vorbild wird gezeigt und so und nicht anders hat der Mensch zu sein. Die Moral gleicht darin einer Weltmode, die einen ganz bestimmten Schnitt der Kleidung auch als Norm ausgibt. Anders die Politik. Sie geht nicht vom Generellen, Gattungsmäßigen, sondern vom Individuellen aus und stellt nun von diesem Standpunkte aus Forderungen an eine bestimmt begrenzte Gesamtheit, die πολις, den Staat. Die Politik ist deshalb Staatskunst, weil sie eine Gemeinschaft, den Staat, nach dem Bilde seiner individuellen Mitglieder macht und formt. Alle praktische Politik ist darauf gerichtet, die Gemeinschaft andauernd ihren Elementen, dem Einzelnen und deren kleineren Gruppen, den Familien, Geschlechtern, Gesellschaften, Parteien u. s. w. anzupassen. Moral und Politik gehen soweit Hand in Hand, indem jene im Prinzip von der Gemeinschaft des Staates und aller engeren Gruppen absieht und das Individuum als solches nach einem Idealbilde zurechtrichtet, während die Politik das Individuum alsdann so nimmt, wie es ist und ihm seine Gemeinschaft gibt. Dieser Einklang besteht aber nur in der Theorie, denn sobald es an die Ausführung geht, stimmt weder das Individuum mit seiner Moral noch die Gesamtheit mit ihren Individuen überein. Was da und was dort nicht hineinpaßt, das muß sich fügen, wird gezwungen oder mag untergehen. Die praktische Moral als Sitte und die praktische Politik als Recht und Verwaltung halten es nicht wie Religion, Philosophie und Wissenschaft, daß sie nämlich nur Ideale und Wahrheiten verkündigen, sondern sie wollen herrschen, gelten, zwingen, und wollen durchsetzen, was sie als Norm gesetzt haben. Hier heißt es also nicht etwa nur nach freier eigener Kritik und Ueberzeugung handeln, sondern — gehorchen. Und da zeigt sich dann das Verhängnisvolle der doppelten Befehlsquelle. Die Moral mit ihrem Gewissenszwang und die Politik mit ihrem Tatzwang können zwar zusammengehen, sie können aber auch von einander abweichen und treten dann notwendig mit einander in Konflikt. Gelänge es freilich der Moral, den Menschen durchaus nach einem Urbilde zu formen und der Politik, den der moralisch erzogenen Menschheit angepaßten Staat zu bilden, so wäre alles konfliktslos in schönster Ordnung. Aber so geht es eben in Praxi nicht. Das Individuum hat eine inkarnierte Neigung zum Unmoralischen, zur absoluten Selbstbestimmung und es entsteht also trotz Moral ein sehr

buntes Menschentum, mit dem der Staat und seine Politik sich zurechtzufinden haben. Der Staat wird auf dieser Grundlage individueller und nur zum Teil überhaupt berechenbarer Verschiedenartigkeiten zu einem irregulären Gebilde, welches anders gar nicht auskommen kann, als indem auch von ihm aus Forderungen an Verhalten und Beschaffenheit der Einzelnen und ihrer natürlichen Verbindungen und Gruppen gerichtet werden. Im ganzen sind freilich diese Forderungen im Verhältnis zu den moralischen sekundärer und mehr zufälliger Art. Aber es tritt doch, zeitweilig wenigstens, neben den moralischen Menschentypus ein mehr oder minder scharfumrissener politischer Typus. Der Heilige und der Held, der Priester und der Herrscher, der Gläubige und der Bürger oder Untertan sind die individuellen Ausprägungen dieses moralischen und politischen Gegensatzes, wobei stets noch der Unterschied von Welt- und Staatstypus bemerkbar bleibt.

Mit diesen Erscheinungen des tatsächlichen Geschehens nun haben Ethik und theoretische Politik zu rechnen und ihre kritischen und dogmatischen Aufstellungen folgen der Wirklichkeit nach wie der Rechnungsprozeß der Rechnungsführung. Ethik und theoretische Politik sind ein andauerndes jüngstes Gericht für Moral und praktische Politik und wenn auch ihre Erkenntnisse trotz aller inneren, logischen, psychologischen, prinzipiellen, idealen und theoretischen Richtigkeit, vom flüssigen Leben und seiner moralischen und politischen Praxis immer wieder überholt werden, so sorgen doch Philosophie und Wissenschaft dafür, daß auch ihre Stimme nie völlig verstumme.

Die Rechtswissenschaft nun befindet sich all diesen mächtigen Faktoren und ihrem Widerstreit gegenüber in ganz besonderer Lage. Von allen geistigen Strömungen, die ihr nahe kommen, wird sie am nächsten berührt durch die praktische Politik. Diese Gewalttätige ist es, welche der Rechtswissenschaft den Stoff, die Norm, unter den Händen wegnimmt, modelt und wieder zuschiebt. Die ewig fließende Quelle des Rechtes ist als normerzeugende Gesetzgebung nichts anderes als praktische Politik und was da geschieht, kommt und geht im ewigen Wechsel, muß von der Rechtswissenschaft hingenommen werden, mag es nun vor ihrer höheren Kritik bestehen oder nicht. Ihr kommt es nun zu, Sinn und Ordnung des Rechtes bei allem Fluß der Dinge und Normen im ganzen und einzelnen zu durchschauen, sie hat das Ueberholte und Verworfene als Historie zu konservieren und darf auch nicht unterlassen, das Bestehende als ganzes immer wieder mit jenem Bilde von Menschen zu vergleichen, welches Philosophie, Moral und Religion und andere Kulturmächte ihr vorgezeichnet haben.

In dieser letzten Aufgabe nun stehen der Rechtswissenschaft als beste Dienerinnen Ethik und theoretische Politik zur Seite, denn sie sind durch die Schule der philosophischen Erkenntnistheorie und der Psychologie gegangen und sind vor allem die spezifischen Kritiken der praktischen Moral und Politik. Die theoretische Politik namentlich ist der Rechtswissenschaft das unentbehrliche Zwischenglied zwischen ihrem spezifischen Stoff, der bestehenden Norm, einerseits und der schaffenden und normgestaltenden praktischen Politik andererseits.

Bei der so skizzierten vierfachen Beziehung, in welcher die Rechtswissenschaft zur Philosophie sich befindet, eröffnet sich für beide eine Möglichkeit der Bereicherung, welche der Rechtswissenschaft verspricht, sie über den engeren Bann der Kasuistik und der historischen und kritischen Normdogmatik zu erheben, in welchem sie zur Zeit ziemlich allgemein befangen ist. Das Leben selbst kann durch jene geistigen Kanäle in seiner vollen Mannigfaltigkeit in sie einströmen. Aber auch nur auf diesem Wege dürfte der Rechtswissenschaft es gelingen, sich den Schlingen zu entziehen, welche schon jetzt die beiden mächtigsten Faktoren

des praktischen Lebens, Kapital und Technik, um sie zu werfen drohen. Die im Eingang dieser Betrachtung behauptete Schwierigkeit der Objektivität ist namentlich in den Verlockungen, die von seiten des Kapitals und der Technik fortwährend ausgehen, wie für andere praktische Wissenschaften so auch namentlich für die Rechtswissenschaft zu suchen. Ueber allen Parteien, sozialen und politischen Mächten, hat die höchste Tugend des Menschen, die Gerechtigkeit, ihren sichersten Standort in der Wissenschaft des Rechtes und kann ihn daselbst nur behaupten, wenn sie den ihr geziemenden Abstand hält von allen Willens- und Interessenströmungen des sie allseits und allezeit umflutenden, begehrlichen Lebens.

Nur die wichtigsten Beziehungen und auch von diesen nur die Umrisse sind in diesen Zeilen zu würdigen gewesen. Von allen Punkten dieser Betrachtung aus lassen sich leicht die feineren Verzweigungen verfolgen, mittels welcher das Recht samt seiner Wissenschaft im gesamten Leben samt seiner Philosophie verläuft. Wie indeß das Leben selbst grenzenlos und unergründlich ist, so gibt es auch für die ihm parallele philosophische Betrachtung kein Ende, sondern nur ein Maß. Von ganz besonderem Interesse wäre es freilich, hier weiterzusuchen und das geistige Gefüge, welches Erkenntnislehre, Psychologie, Ethik und Politik bilden, der Rechtswissenschaft weiter nutzbar zu machen und wenigstens die wichtigsten Ergebnisse der philosophischen Prinzipienlehre auf ihre Beziehungen zur Rechtslehre hin zu würdigen. Gerade der Umstand, daß in neuerer Zeit darin so außerordentlich wenig geleistet worden ist, sowohl bei uns als auch im Auslande, erhöht den Reiz solcher Studien. Und doch müssen wir uns solches hier vorläufig versagen.

Nur ein Beitrag zur Lehre von der Objektivität sollen diese Zeilen sein. Und dazu mögen noch einige erklärende Worte dienen. Daß Objektivität das Merkmal alles wissenschaftlichen und philosophischen Denkens sei, ist zwar zu anderen Zeiten eine Trivialität gewesen, bedarf aber neuerdings gerade deshalb wieder der schärfsten kritischen Betonung, weil die neuere Philosophie unter anderen Wunderlichkeiten auch wieder einen prinzipiellen Kampf gegen alle Objektivität führt. Es liegt aber allen hier erhobenen Zweifeln und Bedenklichkeiten ein Mißverständnis ziemlich einfacher Art zugrunde. Der Gegensatz von Objektivität und Subjektivität (Sachlichkeit und Persönlichkeit) wird nicht immer im gleichen und richtigen Sinne erfaßt. Man hat davon auszugehen, daß es sich um ein Erkenntnisproblem handelt, daß also die Forderung der Objektivität nicht den unumgänglichen Gegensatz von Subjekt und Objekt ausschalte, sondern geradezu voraussetze. Erkenntnis ist nur im Subjekt. Durch Erkenntnis entsteht das Subjekt und mit ihm der Gegensatz und zugleich die notwendige Verbindung von Subjekt und Objekt. Wo ein Erkennendes ist, da ist auch ein Erkanntes und jenes ist Subjekt, dieses Objekt. Person ist, was erkennt, Sache ist, was erkannt wird. Als Beispiel: Wissenschaft = Subjekt, Recht = Objekt. Das Postulat aber ist alsdann Reinheit oder Objektivität der Erkenntnis in dem Sinne, daß Subjektivität und Individualität sich trennen. Individualität ist Willensform, Subjektivität Erkenntnisform. Wird also Objektivität gefordert, so bedeutet dies nicht ein Verschwindensollen des Subjektes, im Gegenteil! die Entstehung desselben durch Lösung vom Individuum und durch Reinigung von allem Gewollten zum Besten des Erkennens. Wird dem entgegengehalten, daß Lösung des Subjektes vom Individuum unmöglich sei, so mag man sich vorerst mit der Erwiderung begnügen, daß es sich bei dieser Forderung nicht um eine Sache des Willens, sondern um ein Erkenntnisproblem handle und daß für die Erkenntnis Möglichkeiten bestehen, welche der Wille nicht kennt und annimmt.

Zum Schluß ist noch zu begründen, weshalb unter den philosophischen Problemen, mit welchen die Rechtswissenschaft Beziehung pflegt, nicht auch das natur-

philosophische und das ästhetische erörtert wurden. Bei dem präsumptiven wirklichen Zusammenhang aller Dinge und der hypothetischen Welteinheit ist auch ein Zusammenhang der Probleme unter sich in Rechnung zu ziehen. Wenn nun hier das Naturproblem und das ästhetische Problem nicht besonders gewürdigt wurden, so will damit nicht jeder Zusammenhang der Rechtswissenschaft mit ihnen in Abrede gestellt werden. Vielmehr bringt es nur die Eigenart der Rechtswissenschaft mit sich, daß sie bei jenen Problemen keine unmittelbaren Anschlüsse besitzt. Es treten mindestens Ethik und Politik, vielleicht aber sogar auch Psychologie und Erkenntnislehre dazwischen. Zu weit würde es führen, diese Behauptung näher zu begründen. Nur weniges möge vorläufig genügen. Gerade der Meister der angewandten Aesthetik, Goethe, beklagt der Rechtswissenschaft gegenüber, daß von dem Rechte, „das mit ihm geboren" leider nie die Rede sei. Der Aesthetiker also nimmt sich des Naturrechtes an und beklagt die Vernachlässigung. Ja! die Aesthetik und die Naturphilosophie haben Grund zur Klage. Wie weit entfernt wir davon sind, in unserem Rechte Spuren der Kunst und ihrer kritischen und dogmatischen Lehre zu entdecken und wie wenig wir Juristen gar beanspruchen dürfen, von der Naturphilosophie als wissenschaftliche Brüder geachtet zu werden, dessen sind wir uns leider nur zu sehr bewußt. Von allen trennenden Klüften sind diese wohl die empfindlichsten. An Versuchen der Verständigung hat es wohl nicht gefehlt, aber die eigentlichen Brücken sind noch nicht geschlagen. Die Aesthetik als eine kritische Richterin der Kunst und als eine Prinzipienlehre des Schönen ist mit dem Rechte andauernd in Berührung und Fehde. Besonders Staat, Politik, Herrschaft, Ehe und zahllose soziale Einzelprobleme sind in der Poesie, namentlich in Drama, Epos und Roman im großen Stil und mit gewaltigen Wirkungen behandelt worden. Die Kultur hat von solchen Leistungen oft mehr als von ganzen Gesetzbüchern in sich aufgenommen und immer wieder schwingt die Kunst sich dazu auf, als Richterin des Lebens auch das Recht zu maßregeln und bildend zu beeinflussen. Aber die Aesthetik als die erstberufene Richterin der Kunst ist gerade in dieser Aufgabe zurückgeblieben. Wie viel hier noch zu leisten sei, läßt sich mehr ahnen als genau bestimmen.

Dann die Naturphilosophie! Sie hat der modernen Kultur den Entwicklungsgedanken von alten Irrtümern gereinigt und viel getan, um die naheliegenden Verbindungen zwischen Natur und Historie zu erleichtern. Mehr als eingestanden wurde, ist das Recht und nachträglich auch seine Wissenschaft von dort her beeinflußt worden. Die naturphilosophische Prinzipienlehre aber ist auch heute noch in ihren Behauptungen hypothetisch, und kann der Rechtswissenschaft die Hand nur von ferne reichen. Chemische und physiologische Tatsachen und Gesetze dienen der Rechtswissenschaft wenig bei der Kritik ihrer Grundlagen. Allein es tagt auch hier. Die Verfeinerung der analytischen Methode und die tiefere Einsicht in das Wesen des Organischen haben länger schon in Frankreich und England die organische Staatsauffassung und die mit ihr zusammenhängende Institutionenlehre im Gebiete des öffentlichen Rechtes gefördert. Auch das Wesen der Norm selbst erscheint in anderem Lichte, wenn das Geschehen in der Natur über dem Streben der Rechtsbildung und Rechtsübung des Menschen nicht vergessen wird.

Daß Wollen und Denken des Menschen, wie es im Rechte niedergelegt ist, nur einer höheren Form des Bewußtseins entspringt als in den übrigen gesetzmäßigen Wandlungen des Organischen, wird um so deutlicher, wenn man bedenkt, wie auch im Rechtsleben unterbewußte Willensstörungen walten. Daß gerade in diesen Fragen die Psychologie als Zeichendeuterin ins Mittel tritt, ist entschieden als ein Fortschritt zu begrüßen. Frühere organische Staats- und

Rechtstheorien haben sich viel darin versündigt, daß unter dem Eindruck naturphilosophischer Halbwahrheiten und Vorstellungsweisen eine ästhetisierende Konstruktionssucht den Erscheinungen des wirklichen Rechtslebens Zwang antat und durch Bildlichkeit mehr entstellte als erklärte. Die Fäden, welche zur Zeit zwischen Naturphilosophie und Aesthetik gesponnen werden, sind einstweilen noch nicht zu hinreichend klaren Gewebemustern verdichtet, daß die Rechtswissenschaft daran weiterspinnen könnte.

Was die Rechtswissenschaft vor allem nötig hätte, das ist eine auf der Grundlage der Erfahrung im positiven Rechte aufgebaute kritisch zubereitete Prinzipienlehre. Der von Jhering in seiner Zwecklehre gegebene Anstoß ist in den engen Mauern unserer Wissenschaft zwar nicht wirkungslos geblieben, aber doch von der formalen Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz längst wieder übertönt worden. Eine Rechtsphilosophie gibt es kaum mehr. Die Rechtswissenschaft ist darin hinter der Gesellschaftslehre (Soziologie) zurückgeblieben und nur im Strafrechte und im Staatsrechte finden sich noch Spuren der Anknüpfung, die sich aber dort auf die Ethik und hier auf die Politik beschränken.

Gedenken wir nur — um eine prinzipielle Frage herauszugreifen — der Bedeutung des Gegensatzes im Recht. Der Gegensatz ist für die Rechtswissenschaft nicht nur logische Denkkategorie, sondern prägt sich in der geltenden Norm als ein höchst ergiebiges Prinzip aus. Seine logische und seine prinzipielle Funktion am positiven Rechte zu ergründen, würde sich lohnen. In Gegensätzen verläuft das Leben und ihm folgend das Recht. Jedes politische und wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnis erzeugt Gegensätze im Interesse und in der das Interesse schützenden Norm. Daß die logische Unterscheidung, die vom Begriffe ausgeht und in der Rechtswissenschaft fast zur Alleinherrschaft gelangt ist, eine prinzipielle Gegensatzlehre nicht ersetze, geht schon daraus hervor, daß Interessenunterschied und Interessengegensatz nicht identisch sind. Es ist nun die Frage, strebt die Rechtsnorm darnach, Interessengegensätze aufzuheben, auszugleichen oder anzuerkennen? Schafft sie etwa auch Gegensätze und stellt sie etwa ein Rangverhältnis der Interessen nach Werten fest und welcher Art sind dann diese Werte? Sicher ist ja das Normsystem kein bloßes Begriffs- sondern überwiegend ein Wertsystem. Es liegt jeder Rechtsordnung eine Interessenschätzung und eine Konstatierung von Gegensätzen zugrunde, die wenn auch noch so wechselnd doch immer auf einen Maßstab hindeutet, der viel unbestimmter und der Bestimmung nach wissenschaftlicher Methode bedürftiger ist, als es zunächst den Anschein hat.

Auch die Vertretung, die im öffentlichen und privaten Rechte eine so große Rolle spielt, ist nicht nur Begriff sondern Prinzip des Rechtes. Was sie als Prinzip bedeute, läßt sich bei der bunten Mannigfaltigkeit der Vertretungsarten positiver Rechtsordnungen nicht so leichthin sagen. Wie beim Gegensatze, so haben auch bei der Vertretung allgemeine und philosophische Schätzungen und Erkenntnisse ihren Anteil. Und so steht es noch in vielen anderen Dingen.

Nur als Beispiele sollen die genannten Prinzipien dienen. Unsere mehr und mehr sich detaillierende Rechtsdogmatik verlangt nach einer umfassenden Prinzipienlehre, die unmöglich aus der unmittelbaren Normerläuterung entspringen kann, sondern ihre gegebenen Wurzeln in den allgemeinen Beziehungen der Rechtswissenschaft zur Philosophie hat und auch stets behalten wird. —

Feld- und Wald-Nachbarrecht in bezug auf Pflanzungen.

Von Dr. jur. August Trendel, k. Amtsrichter in Wiesentheid b. Kitzingen.

Die bayerischen Ausführungs- und Uebergangsvorschriften zum BGB. greifen tief und bedeutsam in die oben genannte Materie ein. Die letztere soll daher nach dem dermaligen Rechtsstande im Nachfolgenden kurz dargestellt werden.

Der Natur der Sache nach haben sich Rechtsbestimmungen über das Feld- und Waldnachbarrecht in bezug auf Pflanzungen hauptsächlich mit 3 Fragen zu befassen:

1) Welches sind die Eigentums- und Nutzungsrechte an den auf der Grenze stehenden Gewächsen?
2) Sind für Anbau und Nutzung der Feld- und Waldgrundstücke Grenz-Abstände zu beachten?
3) Welche Rechte und Pflichten bestehen rücksichtlich des von einem fremden Grundstücke herrührenden Ueberhanges und der von dorther eindringenden Wurzeln, dann der Früchte?

I.

Die erste Frage ist durch § 923 BGB. bündig gelöst. Halm- oder Hack-Früchte, Wiesengras und ähnliche Creszentien scheiden hier vorweg aus. Ist die Grenze überhaupt evident gehalten, so teilt die scharfe Grenzlinie das Eigentum an den Früchten, und die Praxis vermeidet im eigenen Interesse, ein Gewächs, über dessen Mitte die Grenzlinie führen könnte, z. B. einen Kartoffelstock, gerade auf der Grenze anzubauen. Deshalb hat sich das BGB. auch auf die Bestimmungen hinsichtlich der Bäume und Sträucher beschränkt und schreibt im § 923 vor:

> Steht auf der Grenze ein Baum, so gebühren die Früchte, und wenn der Baum gefällt wird, auch der Baum den Nachbarn zu gleichen Teilen.
>
> Jeder der Nachbarn kann die Beseitigung des Baumes verlangen. Die Kosten der Beseitigung fallen den Nachbarn zu gleichen Teilen zur Last. Der Nachbar, der die Beseitigung verlangt, hat jedoch die Kosten allein zu tragen, wenn der andere auf sein Recht an dem Baume verzichtet; er erwirbt in diesem Falle mit der Trennung das Alleineigentum.
>
> Der Anspruch auf die Beseitigung ist ausgeschlossen, wenn der Baum als Grenzzeichen dient und den Umständen nach nicht durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden kann.
>
> Diese Vorschriften gelten auch für einen auf der Grenze stehenden Strauch.

Hervorzuheben ist, daß die Teilung der Früchte sowohl, wie des gefällten Baumes unter den Nachbarn zu gleichen Teilen erfolgt, mag auch der Grenzbaum oder Strauch in Bewurzelung, Stamm oder Bewipfelung sich ungleich auf die Nachbargrundstücke verteilen. Nachdem da, wo ein Baum oder Strauch, wurzeln kann, auch stets ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen — in Bayern nach Art. 2 des Vermarkungsgesetzes vom 16. Mai 1868 ein Stein oder eine Grenzmarke von dauerhaftem Holz— angebracht werden kann, so wird der Anspruch auf Beseitigung eines Grenzbaumes da immer erhoben und durchgeführt werden können, wo dem einen Nachbarn diese Beseitigung von Interesse ist.

Einen Vorbehalt trifft der Art. 122 EG. z. BGB. für die auf der Grenze stehenden Obstbäume durch die Bestimmung:

> „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Rechte des Eigentümers eines Grundstücks in Ansehung der auf der Grenze — oder

auf dem Nachbargrundstücke — stehenden Obstbäume abweichend von den Vorschriften der §§ 910 und 923 Abs. 2 BGB. bestimmen".

Die Vorschrift des § 923 Abs. 1 BGB., daß die Früchte und — bei der Fällung — auch das Holz eines Grenzbaumes den Nachbarn zu gleichen Teilen gebühren, ist also auch bei Obstbäumen aufrecht erhalten und hiernach die Bestimmung des Preuß. Landrechts Teil I Titel IX § 285, daß das Eigentum eines auf der Grenze stehenden Baumes demjenigen zusteht, auf dessen Grund und Boden der Stamm aus der Erde kommt, aufgehoben. Nur rücksichtlich der Befugnis, die Beseitigung eines Grenz-Obstbaumes verlangen zu können, sind die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht erhalten worden.

Das gemeine Recht kennt eine solche Befugnis nicht.

II.

Ueber Grenz-Abstände hat das BGB. selbst keinerlei Anordnungen getroffen

Der Art. 124 EG. z. BGB. hat vielmehr bestimmt:

„Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigentum an Grundstücken zu Gunsten der Nachbarn noch anderen als den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Beschränkungen unterwerfen. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften, nach welchen Anlagen, sowie Bäume und Sträucher nur in einem bestimmten Abstande von der Grenze gehalten werden dürfen".

Die landesrechtlichen Vorschriften der fraglichen Art waren in Bayern seither verschieden, entsprechend den verschiedenen Rechtsgebieten.

Das Preußische Allg. LR. trifft trotz seiner kasuistischen Anlage nur bezüglich der Hecken in Teil I Titel VIII § 174 die Bestimmung, daß, wer gegen die Grenze seines Nachbars eine neue lebendige Hecke anlegen will, ohne Unterschied der dazu gewählten Holzart 1½ Fuß von der Grenze des Nachbars zurücktreten muß.

Der Code civil verweist in Art. 671 zunächst auf den beständigen und anerkannten Ortsgebrauch. In Ermangelung eines solchen ist es nicht erlaubt, hochstämmige Bäume in einer geringeren Entfernung als in der von 2 Meter von der Linie an zu pflanzen, welche beide Grundstücke trennt, und andere Bäume und lebendige Hecken in einer geringeren Entfernung als der von ½ Meter. Der Nachbar kann fordern, daß die in geringerer Entfernung gepflanzten Bäume und Hecken ausgerissen werden (Art. 672).

Im gemeinen Rechte ist nach der allerdings rücksichtlich ihrer Gültigkeit nicht unbestrittenen l. 13 D. 10, 1 für die Errichtung eines Zaunes nur die Einhaltung der Grenze vorgeschrieben (terminum ne excedito), hinsichtlich der Bäume aber für den Öl- und Feigenbaum — bei uns nicht in Betracht kommende Gewächse — ein Pflanzungsabstand von 9 Fuß, „ceteras arbores ad pedes quinque" gefordert.

Einige Statutarrechte — Augsburg, Regensburg, Schweinfurt — treffen wieder besondere Vorschriften.

An die Stelle dieser partikularrechtlichen Verschiedenheit wird nun sofort einheitliches Recht gesetzt.

Die Handhabe hierzu bot der Art. 218 EG. z. BGB., welcher bestimmt:

„Soweit nach den Vorschriften dieses — dritten — Abschnittes die bisherigen Landesgesetze maßgebend bleiben, können sie nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Landesgesetz auch geändert werden".

Hiervon macht das Bayerische Ausführungsgesetz zum BGB. in den Art. 71 bis 75 ausgiebigen Gebrauch, wobei namentlich der landwirtschaftliche Betrieb wesentlich begünstigt wird.

Neben den Unterschieden, die rücksichtlich der Nutzungsweise der Nachbar-Grundstücke und der Gewächsarten hier getroffen werden, ist auch wohl zu beachten, ob es sich bei den nachbarrechtlichen Beziehungen um bereits vor dem 1. Januar 1900 bestandene Verhältnisse handelt oder um neu zu begründende.

A. Wird mit dem wichtigsten Teile, dem **Walde**, begonnen, so ergibt sich folgendes:

1) Art. 71 Abs. 2 AG. z. BGB. verordnet:

„Zu Gunsten eines Waldgrundstücks kann nur die Einhaltung eines Abstandes von 0,50 Meter verlangt werden".

Bei Wald gegen Wald ist also nur ein Grenzabstand von 50 cm einzuhalten, weil hier ein Schutz vor Beschattung nicht in Frage kommt. Dies gilt gleichmäßig, ob es sich um bereits bestehende Waldungen handelt oder ob ein bisher anderweitig benütztes Grundstück entlang der Grenze eines fremden Waldes aufgeforstet wird, dann ob Aus- oder Nachpflanzungen von Lücken an der Grenze bezweckt werden oder ob eine Verjüngung des ganzen Waldbestandes vorgenommen wird.

Rodet einer der Waldnachbarn sein Waldgrundstück und legt es zu Ackergrundstücken an, so muß der andere — Wald- — Nachbar bei der Verjüngung seines Waldes 2 m von der Grenze zurückbleiben (Art. 75 Abs. 2).

2) Art. 71 Abs. 1 a. a. O. bestimmt:

„Der Eigentümer eines Grundstücks kann verlangen, daß auf einem Nachbargrundstücke nicht Bäume, Sträucher oder Hecken, Weinstöcke oder Hopfenstöcke in einer geringeren Entfernung als 2 m von der Grenze seines Grundstücks gehalten werden".

3) Art. 72 a. a. O. sagt:

„Gegenüber einem landwirtschaftlich benutzten Grundstück, dessen wirtschaftliche Bestimmung durch Schmälerung des Sonnenlichtes erheblich beeinträchtigt werden würde, ist mit B ä u m e n von mehr als 2 m Höhe ein Abstand von 4 m einzuhalten.

Die Einhaltung des in Absatz 1 bestimmten Abstandes kann nur verlangt werden, wenn das Grundstück die bezeichnete wirtschaftliche Bestimmung zu der Zeit gehabt hat, zu welcher die Bäume die Höhe von 2 m überschritten haben".

Nachdem W a l d b ä u m e stets eine Höhe von über 2 m erlangen, so hat ein n a c h dem 1. Januar 1900 neu begründeter Wald solchen Grundstücken gegenüber, die nicht Waldung sind, einen Grenzabstand von 2 oder 4 m zu beobachten.

Das Verlangen eines Abstandes von 4 m ist für nahezu ganz Bayern eine vollständige, nur im landwirtschaftlichen Interesse normierte Neuerung, welche den Grundeigentümern bei Aufforstungen eine Beschränkung auferlegt, von der sie bisher frei waren.

Der E n t f e r n u n g s - U n t e r s c h i e d bemißt sich nach der Qualität des Nachbargrundstückes und nach dessen Lage.

a) Der Abstand von 4 m hat einzutreten, wenn das Nachbargrundstück

α) ein landwirtschaftlich benutztes Grundstück ist und

β) wenn zugleich dessen wirtschaftliche Bestimmung durch Schmälerung des Sonnenlichtes erheblich beeinträchtigt werden würde.

Hierher sind nur Aecker und Wiesen, nicht aber Oedungen, Viehweiden und minderwertige, versumpfte oder sauere Wiesen zu rechnen.

Nur auf der Südseite des landwirtschaftlich benutzten Grundstückes ist der größere Abstand von 4 m für die benachbarte Aufforstung einzuhalten, weil nur hier von einer Schmälerung des Sonnenlichtes gesprochen werden kann.

Auf den übrigen Seiten, wo eine Beeinträchtigung durch den Schatten überhaupt nicht oder doch nicht so weit stattfindet, daß das Feldgrundstück „erheblich" benachteiligt würde, genügt mithin die Einhaltung des in Art. 71 Abs. 1 bestimmten geringeren Abstandes von 2 m.

γ) das benachbarte Feldgrundstück die den besonderen Schutz genießende wirtschaftliche Bestimmung bereits zu der Zeit besessen hat, zu welcher die Bäume die Höhe von 2 m überschritten haben.

Wird z. B. Weideland zu Acker umgewandelt einige Jahre nachdem das Nachbargrundstück aufgeforstet wurde, mithin zu einer Zeit, in der der Wald noch nicht zur Höhe von 2 m herangewachsen ist, so müßte an der Südseite des neuen Feldes der Wald auf 4 m von der Grenze zurückgetrieben werden.

Dies ist aber nicht der Fall — es genügt der Abstand von 2 m —, wenn das Weideland erst zu einer Zeit als Acker kultiviert wird, wo die Bäume des Nachbarwaldes bereits eine Höhe von über 2 m erreicht haben.

b) Wo die vorangegebenen Merkmale nicht vorliegen, bewendet es für jede Neuaufforstung bei einem Abstande von 2 m.

Dies trifft namentlich auch zu in dem besonderen Falle des Art. 74 Abs. 3 AG. z. BGB., welcher bestimmt:

„Im Falle einer Aufforstung kann die Einhaltung des in Art. 72 Abs. 1 bestimmten Abstandes — 4 m — nicht verlangt werden, wenn die Aufforstung nach der Lage des aufzuforstenden Grundstücks der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit entspricht".

Während im Art. 72 a. a. O. das Interesse des Feldnachbars Schutz gegen schädliche Beschattung forderte, überwiegt hier das ebenso berechtigte Interesse des Grundeigentümers, sein Grundstück zweckentsprechend ausnützen zu können. Entscheidend ist die Lage des aufzuforstenden Grundstücks an sich. Es kommt nicht darauf an, ob die Aufforstung etwa nach den Verhältnissen des Eigentümers zweckmäßig sein möchte, der sich vielleicht mit dem landwirtschaftlichen Betriebe nicht mehr befassen will und die einfachere forstwirtschaftliche Benützung vorzieht, sondern es muß die Lage des Grundstücks eine solche sein, daß es zweckmäßig ist, es aufzuforsten. Dabei ist insbesondere an Grundstücke gedacht, die einen Abhang bilden, dann an öde Flächen, die häufig gar nicht anders als durch Aufforstung benützt werden können.

Handelt es sich um derartige Objekte — deren Voraussetzungen im Streitfalle nach vorheriger sachverständiger Beweiserhebung richterlich geprüft und festgestellt werden müßten —, so kann ihrem Eigentümer die Einhaltung eines größeren als des in Art. 71 a. a. O. bestimmten Abstandes — 2 m — billiger Weise nicht zugemutet werden.

c) Besondere Bestimmungen sind zu Gunsten schon bestehender Waldungen in Art. 75 Abs. 2 AG. z. BGB. getroffen:

Bei einem Grundstücke, das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. mit Wald bestanden ist, verbleibt es bis zur nächsten Verjüngung des Waldes bei den bisherigen Vorschriften, soweit sie das Halten der Gewächse in einer geringeren als der nach den Art. 71—74 einzuhaltenden Entfernung von der Grenze des Nachbargrundstücks gestatten. Im Falle der Verjüngung

kann die Einhaltung eines mehr als 2 m betragenden Abstandes nicht verlangt werden. Die Verjüngung gilt im Falle des Plenterbetriebes am 1. Januar 1950 als eingetreten.

Diese Ueberleitungsvorschrift, nach welcher es rücksichtlich des Grenzabstandes für die schon bestehenden Waldungen einfach bei dem status quo verbleibt, war eine selbstverständliche und notwendige Rücksichtnahme auf den Fortbestand des Waldes. Erst wenn der Wald der nächsten Verjüngung unterzogen wird, treten die neuen Abstandsvorschriften in Kraft. Aber auch diese verlangen nur die Einhaltung eines 2 m betragenden Abstandes, wenn Feldgrundstücke anliegen. Es bleibt hierbei ohne Belang, welcher Art die Nachbargrundstücke sind oder nach welcher Himmelsrichtung sie angrenzen. „Es darf, sagen die Motive des Gesetzentwurfes, nicht die Einhaltung eines Abstandes verlangt werden, der einen beträchtlichen Teil des Waldbodens schon bestehender Wälder unbenutzbar machen würde und da, wo der übrig bleibende Teil zu schmal werden würde, sogar den Bestand des Waldes gefährden könnte".

Immerhin wird auch die Einhaltung selbst dieses Abstandes für den Waldbesitzer in den meisten Fällen eine Verschlechterung seiner seitherigen Lage bedeuten, sie wird ihn aber auf der anderen Seite von manchen lästigen Differenzen und von den Klagerufen befreien, die früher die Feldnachbarn — und teilweise mit Grund — ständig erhoben.

Die Einhaltung des zweimetrigen Abstandes im Fall der Verjüngung war übrigens für die Staatswaldungen bereits durch Finanz-Min.-Entschl. vom 25. Juli 1896 (F.-M.-Bl. S. 194) im Wege freien Entschlusses angeordnet worden. Die betreffende Stelle lautet:

„Es ergeht die Anordnung, besonders Bedacht zu nehmen, daß bei Verjüngung des Waldbestandes auf natürlichem Wege oder durch künstliche Ansaaten und Anpflanzungen, sowie bei neuen Waldanlagen ein Abstand von 2 m von der Grenze der anliegenden landwirtschaftlich benützten Grundstücke eingehalten wird".

Ob diese Anordnung allenthalben auch zum faktischen Vollzug kam, steht dahin.

Wird ein Teil des Waldes abgetrieben und neu angepflanzt, so tritt bezüglich dieser Partie eine Verjüngung des Waldes ein und es kommen, soweit die zu verjüngende Fläche an das Nachbargrundstück anstößt, die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung.

Auf einer in der Sitzung des Justizgesetzgebungs-Ausschusses der Reichsratskammer vom 13. Februar 1899 (Prot. VIII 161) erhobene Anfrage des Reichsrates Grafen Fugger von Glött,

„ob hier die natürliche Verjüngung der künstlichen gleichgestellt sei, weil bei ersterer ein Grundstück meist nie aufhöre, mit Wald bestanden zu sein",

gab der k. Ministerial-Kommissär, Senatspräsident Dr. von Jacubezky, folgende für die Praxis beachtenswerte Antwort:

„Wenn das Grundstück nicht aufhört, mit Wald bestanden zu sein, so wird nur der Abs. 1 des Art. 75 zur Anwendung kommen, denn es tritt nicht eine Verjüngung des Waldes selbst ein, sondern es werden immer nur einzelne Bäume herausgenommen und durch neue ersetzt. Im Erfolge ergibt sich allerdings nach und nach eine Verjüngung, aber bis die letzten alten Bäume durch neue ersetzt werden, sind die ersten neuen Bäume schon wieder alt. Der Wald wird nicht im ganzen jung, sondern der Bestand an alten, mittleren und jungen Bäumen bleibt im wesentlichen immer derselbe".

An anderer Stelle führte derselbe Ministerialkommissär zu dem gleichen Thema aus:

„Wenn nicht eine ganze Waldfläche mit Nachwuchs besetzt wird, sondern nur einzelne Bäume, bald hier einer, bald dort einer, geschlagen werden, so tritt eine Verjüngung des Waldes nicht ein. Der Wald behält im wesentlichen immer den gleichen Bestand an Bäumen der verschiedenen Altersklassen; im Laufe der Umtriebszeit erneuert sich der Bestand des Waldes; aber der Wald bleibt immer gleich alt".

Für den eigentlichen Plenterbetrieb aber — ob ein solcher vorliegt oder nicht, wäre sachverständig zu erheben — gilt als Termin der eingetretenen Verjüngung der 1. Januar 1950.

Kommt nicht eine Verjüngung des ganzen Waldbestandes in Frage, sondern nur die Ausfüllung von Lücken an der Grenze, z. B. infolge Windfalles oder Schneebruches, so darf bis zur nächsten Verjüngung des Waldes jeder abzehrende Baum an der bisherigen Grenze ersetzt werden, man braucht nicht zurück zu rücken.

„Bei bestehenden Waldungen — erklären die Motive — muß für neue Bäume die Einhaltung des den bisherigen Vorschriften entsprechenden Abstandes genügen. Am Waldsaum entstehende Lücken müssen ausgefüllt werden können, damit nicht der Bestand des Waldes gefährdet wird".

B. Bezüglich **anderer Pflanzungen** als der Waldungen bestimmt:

1) Art. 71 Abs. 1 AG. z. BGB.:

„Der Eigentümer eines Grundstücks kann verlangen, daß auf einem Nachbargrundstück nicht Bäume, Sträucher oder Hecken, Weinstöcke oder Hopfenstöcke in einer geringeren Entfernung als 0,50 m oder, falls sie über 2 m hoch sind, in einer geringeren Entfernung als 2 m von der Grenze seines Grundstücks gehalten werden".

Für alle nach dem 1. Januar 1900 erfolgenden Neuanlagen von Grenzpflanzungen obiger Art ist diese Generalregel maßgebend.

Hervorzuheben wäre lediglich, daß es sich hier bei den „Bäumen" selbstverständlich nur um einzelne Bäume oder um eine Baumzeile oder Baumreihe handelt.

Der Nachbar kann die Entfernung aller jener Bäume, Sträucher, Hecken u. s. w. verlangen, die jenen gesetzlichen Abstand nicht einhalten.

2) Erleidet das landwirtschaftlich benutzte Nachbargrundstück in seiner wirtschaftlichen Bestimmung durch Schmälerung des Sonnenlichtes eine erhebliche Beeinträchtigung, so müssen auch bei neuen Einzel- oder Reihen-Pflanzungen ebenso, wie oben beim Walde näher erläutert, die Bäume von mehr als 2 m Höhe einen Pflanzungsabstand von 4 m innehalten und auch späterhin, sofern das Nachbargrundstück jene wirtschaftliche Bestimmung bereits zu der Zeit besaß, als die Bäume die Höhe von 2 m überschritten hatten.

Diesem Gebote unterliegen z. B. beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen offene **Parkanlagen** mit Bäumen, einzelne **Zier-Bäume**, auch, wie in den Ausschußverhandlungen besonders betont wurde, **Nußbäume**, nicht aber Sträucher oder Hecken.

Ausdrücklich ausgenommen sind auch **Stein- und Kernobstbäume**. Für diese tritt, auch wenn jene Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks gegeben wäre, stets nicht der erhöhte Abstand von 4 m, sondern der einfache von 2 m ein, weil das Verlangen eines größeren Abstandes hier in Rücksicht auf die gewöhnliche Höhe und die sonstige Beschaffenheit dieser Bäume nicht erforderlich ist und nur die Obstbaumzucht beeinträchtigt würde.

3) Bei der allgemeinen Abstandsvorschrift von 2 m hat es nach Art. 74 Abs. 2 a. a. O. gleichfalls sein Bewenden für Bäume, die sich in einem Hofraum oder einem Hausgarten befinden, auch in dem Falle, wenn die Beschattung der landwirtschaftlichen Benutzung eines Nachbargrundstücks nachteilig ist — weil die weitergehende Beschränkung die bestimmungsmäßige Benützung dieser Grundstücke beeinträchtigen und einen unbilligen Eingriff in das Recht des Eigentümers bilden würde.

4) Weinreben können, Hopfenpflanzen werden über 2 m Höhe erlangen; mit solchen Gewächsen wäre daher 2 m von der Grenze des Nachbargrundstücks zurück zu bleiben (Art. 71 a. a. O.).

Um hier jedoch einen Eingriff in die hergebrachte Art der Bebauung des Landes zu vermeiden, soll da, wo Hopfen- oder Weinbau üblich ist, bei der Anpflanzung eine größere Entfernung als 50 cm nicht verlangt werden können (Art. 71 Abs. 2 a. a. O.).

5) Art. 74 Abs. 1 a. a. O. bestimmt schließlich:

„Die Vorschriften der Art. 71 und 72 finden keine Anwendung auf Gewächse, die sich hinter einer Mauer oder einer sonstigen Einfriedigung befinden und diese nicht oder nicht erheblich überragen.

Sie gelten ferner nicht für Bäume, die längs einer öffentlichen Straße oder auf einem öffentlichen Platze gehalten werden, sowie für Pflanzungen, die zum Uferschutz, zum Schutze von Abhängen oder Böschungen oder zum Schutze einer Eisenbahn dienen".

Hinter Mauern und dichten Einfriedigungen ist also ein Grenzabstand überhaupt nicht zu beobachten, wenn der Baum oder Strauch die Mauer nicht erheblich überragt, mag Lage und Kultur des Nachbargrundstücks welche immer sein.

Den besonderen Vorzug, der in der Abgeschlossenheit, bezw. der Zweckbestimmung des Grundstücks oder dem öffentlichen Interesse begründet ist, genießen nicht bloß die Bäume, sondern auch Sträucher, Hecken, Weidenanlagen u. s. w., kurz, Gewächse jeder Art; bei öffentlichen Straßen und Plätzen jedoch nur Bäume und zwar Obstbäume so gut wie Zier- und Waldbäume.

Die Benachteiligung, welche durch diese Bestimmung auf der einen Seite den an Eisenbahnen, öffentlichen Straßen oder Plätzen anliegenden Grundeigentümern in höherem Maße als anderen Grundbesitzern zugeht, wird durch den Wert, welchen derartige Anlagen und ihre besondere Förderung für die Allgemeinheit haben, ausgeglichen.

In wessen Eigentum die Straßenbäume stehen und ob sie auf dem Straßenkörper oder seinem Zubehör oder auf dem anliegenden Grundstücke wurzeln, ist gleichgültig.

Zu dem Begriff „dichte Einfriedigung" wurde in der Kommissionsverhandlung seitens der Regierung folgende Erklärung abgegeben:

„Der Begriff der dichten Einfriedigung ist nach dem Zwecke der Vorschrift zu bestimmen. Es handelt sich nicht darum, das Durchsehen zu verhindern, sondern darum, daß die Bäume nicht herausragen. Wenn ein Baum hinter einer Mauer oder einer dichten Einfriedigung steht und über diese Mauer oder Einfriedigung nicht herausragt, so schadet er dem Nachbargrundstücke nicht. Schaden tut in diesem Falle nur etwa die Mauer oder die Planke. Aber dagegen daß der Nachbar auf seinem Grundstücke an der Grenze eine Mauer oder eine Planke errichtet, wird Schutz überhaupt nicht gewährt.

Ist aber die Einfriedigung so beschaffen, daß die Zweige herausragen, z. B. ein Gartenzaun, so trifft der Gesichtspunkt, auf welchem die Vorschrift des Absatzes 1 Satz 1 (Art. 74) beruht, nicht zu; denn die Bäume sind nicht von dem Nachbargrundstücke abgeschlossen, sondern stehen unmittelbar an dem Nachbargrundstücke, auf das sie vielleicht sogar herüberragen" (Prot. Bd. 11 S. 177).

Es ist Tatfrage des einzelnen Falles und unterliegt eventuell der richterlichen Erkenntnis, ob die Voraussetzungen des Art. 74 Abs. 1 gegeben sind oder nicht.

6) Gilt das unter Ziffer 1 mit 5 Erläuterte für neue vom Jahre 1900 ab entstandene Anpflanzungen, so ist andererseits auch hier — ebenso wie beim Walde — ein selbstverständlicher, im Interesse der Erhaltung des Bestehenden eingerichteter Schutz getroffen worden für die beim Inkrafttreten des BGB. bereits vorhandenen Pflanzungen jeder Art. Art. 75 Abs. 1 a. a. O. bestimmt:

„Für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. vorhandenen Bäume, Sträucher, Hecken, Weinstöcke und Hopfenstöcke verbleibt es bei den bisherigen Vorschriften, soweit sie das Halten der Gewächse in einer geringeren als der nach den Artikeln 71 bis 74 einzuhaltenden Entfernung von der Grenze des Nachbargrundstücks gestatten".

Wo eine derartige Anpflanzung nach den seitherigen Bestimmungen zu Recht bestand, bleibt sie es für ihre Dauer auch ferner.

Begünstigt ist nur die Erhaltung geringerer Entfernungen, nicht aber die Aufrechterhaltung etwaiger solcher älterer partikularrechtlicher Vorschriften, bei welchen größere Entfernungen gefordert werden. Diese gelten als aufgehoben, d. h. es ist nur der gesetzliche Abstand von 50 cm und 2 m einzuhalten.

Rücksichtlich der Ergänzung einer vorhandenen Anpflanzung ist hervorzuheben, daß Hecken als eine Einheit gelten. Solange die Hecke im ganzen besteht, darf zur Ergänzung einzelner Lücken ein Strauch in die Hecke eingepflanzt werden, auch wenn die Hecke näher an dem Nachbargrundstücke steht als es nach den neuen Vorschriften zulässig ist. Dagegen wird eine Baumreihe oder eine Reihe von Weinstöcken u. s. w. nicht als eine Einheit im Rechtssinne anerkannt, so daß, wenn einer von den Bäumen u. s. w. abgeht, der als Ersatz zu pflanzende zurückrücken muß. Nach und nach muß bei solchem Ersatz die ganze Reihe zurückrücken; so lange aber die vorhandenen Bäume u. s. w. bestehen, dürfen sie da stehen bleiben, wo sie stehen.

C. Wie wird der Abstand gemessen?

Für alle die voraufgeführten Fälle ist Art. 73 a. a. O. maßgebend, der sagt:

„Der nach den Art. 71, 72 einzuhaltende Abstand wird von der Mitte des Stammes, an der Stelle, wo dieser aus dem Boden hervortritt, bei Sträuchern und Hecken von der Mitte der zunächst an der Grenze befindlichen Teile, bei Hopfenstöcken von der Hopfenstange oder dem Steigdraht ab gemessen".

D. Wann verjährt der Anspruch auf Beseitigung eines vorschriftswidrigen Zustandes?

Der Anspruch auf Beseitigung eines die Vorschriften über den Grenzabstand von Gewächsen verletzenden Zustandes verjährt nach Art. 78 AG. z. BGB. in 5 Jahren, wobei die Verjährung mit dem Ablaufe jenes Kalenderjahres beginnt, in welchem die Verletzung erkennbar wird.

Werden Gewächse, in Ansehung deren der Anspruch verjährt ist, durch neue ersetzt, so ist die vollendete Verjährung ohne Einfluß auf das Recht des Eigentümers des Nachbargrundstücks, hinsichtlich der neuen Gewächse die Einhaltung des in den Art. 71—74 und im Art. 75 Abs. 2 vorgeschriebenen Abstandes zu verlangen (Art. 78 Abs. 2 a. a. O.).

III.

Ueberhang, eindringende Wurzeln und Früchte.

Was den Ueberhang und eindringende Wurzeln betrifft, so bestimmt § 910 BGB.:

„Der Eigentümer eines Grundstücks kann Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches, die von einem Nachbargrundstücke eingedrungen sind, abschneiden und behalten. Das Gleiche gilt von herüberragenden Zweigen, wenn der Eigentümer dem Besitzer des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt ist.

Dem Eigentümer steht dieses Recht nicht zu, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtigen".

Der Vorbehalt des Abs. 2 § 910 BGB. ist ein wichtiger und gegen die seitherigen Bestimmungen neuer Schutz gegen nachbarliche Schikanen.

Man wird ihn ohne weiteres als gegeben erachten können, wo Waldungen oder Einzelpflanzungen an Oedungen, Triften, Viehweiden angrenzen und dorthinaus ihre Wurzeln und Zweige treiben.

A. Neben dieser vom 1. Januar 1900 ab geltenden neuen Ordnung ist der Vorbehalt zu erwähnen, den Art. 183 EG. z. BGB. zu Gunsten der Waldungen trifft durch die Bestimmung:

„Zu Gunsten eines Grundstücks, das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. mit Wald bestanden ist, bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Rechte des Eigentümers eines Nachbargrundstücks in Ansehung der auf der Grenze oder auf dem Waldgrundstücke stehenden Bäume und Sträucher abweichend von den Vorschriften des § 910 und 923 Abs. 2, 3 BGB. bestimmen, bis zur nächsten Verjüngung des Waldes in Kraft".

Die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche der Art. 183 bis zur nächsten Waldverjüngung in Kraft belassen wollte, waren in Bayern nach der bekannten partikularrechtlichen Verschiedenheit mannigfaltig genug.

Während nach dem Preußischen Landrecht (Teil I Titel IX §§ 287, 288) „niemand die unter seinem Grund und Boden fortlaufenden Wurzeln oder die über seine Grenze herüberhängenden Zweige eines fremden Baumes zu dulden verpflichtet ist, und wenn er selbige weghauen will, das Holz dem Eigentümer des Baumes auszuliefern hat", kann nach dem code civil Art. 672 derjenige, auf dessen Eigentum die Zweige der Bäume des Nachbars vorstehen, letzteren zwingen, die Zweige abzuhauen, wogegen ihm hinsichtlich der auf sein Grundstück verlaufenden Wurzeln das Recht zusteht, sie selbst abzuhauen.

Das gemeine Recht hinwieder erlaubte die Beseitigung der überhängenden Zweige bis zur Höhe von 15 Fuß und deren Ansichnahme, wenn der Eigentümer des Baumes einer bezüglichen Aufforderung nicht nachkam (Interd. de arb. caed. D. 43, 27), und gab hinsichtlich der eindringenden Wurzeln nur ein Recht zur Klage mit der actio negatoria.

Zur Beseitigung dieser Verschiedenheiten und zur Schaffung eines sofortigen einheitlichen Rechtes wurde auch hier von dem bereits oben angeführten Art. 218 des EG. z. BGB. Gebrauch gemacht und in dem bayerischen Gesetz vom 9. Juni

1899, betr. Uebergangsvorschriften zum Bürgerl. Gesetzbuch, unter dem Titel „Eigentumsbeschränkungen zu Gunsten bestehender Waldungen" folgender Art. 9 erlassen:

I. „Der Eigentümer eines Waldgrundstücks ist verpflichtet, die Wurzeln eines Baumes oder Strauches, die von einem Nachbargrundstücke eingedrungen sind, das zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Wald bestanden ist, sowie die von einem solchen Grundstücke herüberragenden Zweige zu dulden, bis auf dem Nachbargrundstücke die nächste Verjüngung des Waldes stattfindet.

II. Dem Eigentümer eines anderen Grundstücks obliegt die gleiche Duldungspflicht gegenüber den herüberragenden Zweigen, soweit diese mindestens 5 m vom Boden entfernt sind. Die Entfernung wird bis zu den unteren Spitzen der Zweige gemessen.

Für die Beseitigung herüberragender Zweige, die weniger als 5 m vom Boden entfernt sind, ist dem Eigentümer des mit Wald bestandenen Grundstücks eine dem Umfange der Arbeit für das ganze Grundstück entsprechende Frist von höchstens 2 Jahren zu gewähren.

Auf der westlichen, nordwestlichen, südwestlichen und südlichen Seite des mit Wald bestandenen Grundstücks müssen auch solche herüberhängende Zweige geduldet werden, wenn im Falle der Beseitigung der Fortbestand eines zum Schutze des Waldes erforderlichen Baumes oder Strauches gefährdet oder die Ertragsfähigkeit des Waldbodens infolge des Eindringens von Wind und Sonne beeinträchtigt werden würde.

III. Im Falle des Plenterbetriebes gilt als der Zeitpunkt der nächsten Verjüngung der Beginn des Jahres 1950.

Auf isolierte Waldparzellen, die bis zum Beginne des Jahres 1885 als landirtschaftliche Grundstücke benutzt worden sind, finden die Vorschriften des Absatzes 2 keine Anwendung".

Es zeigt sich sofort, daß die meisten der seither geltenden Rechtsbestimmungen dem Walde nicht so günstig sind, wie der Art. 9 UeG.

Im Gebiete des Allgemeinen Preußischen Landrechts und des code civil besteht nämlich z. B. eine Verpflichtung, überragende Zweige zu dulden, überhaupt nicht, und wenn auch das gemeine Recht eine solche Duldungspflicht rücksichtlich der über 5 m vom Boden weg befindlichen Zweige festsetzt, so ist ihm doch eine Vorschrift, auf gewissen Seiten eines Waldes auch weiter zum Boden herabreichende Aeste zu dulden, unbekannt.

Nach letzterer Richtung wird also dem bestehenden Walde Bayerns durch den Art. 9 a. a. O. ein rechtlich ganz neuer, besonderer Schutz gewährt und es läßt sich im allgemeinen sagen, daß die Vorschriften des Art. 9 für den Waldeigentümer günstiger sind als der Zustand, der eintreten würde, wenn die Landesgesetzgebung von den Art. 183 und 218 EG. z. BGB. keinen Gebrauch gemacht und sohin die sofortige Invollzugsetzung des in das gemeine Recht tief einschneidenden § 910 BGB. herbeigeführt hätte. Vor letzterer schützt den bestehenden Wald der Art. 9 a. a. O., der eine Verbesserung der rechtlichen Stellung des Waldes unleugbar in sich birgt.

Im einzelnen ist zu demselben zu bemerken: Vor allem tritt hier der Unterschied zu Tag, welcher gemacht wird

a) zwischen einem Waldgrundstück, das wieder von einem Waldgrundstücke begrenzt wird, und
b) einem solchen, dem ein anderes Grundstück anliegt.

Zu a) Grenzt Wald an Wald, so ist die gegenseitige Duldungspflicht des Uebergreifens von Zweigen und Wurzeln festgesetzt, weil hierdurch keiner der Eigentümer erheblich benachteiligt erscheint, vielmehr jeder von ihnen wohl ebensoviel Vor- bezw. Nachteil hat als der andere. Dieses Verhältnis besteht bis zur nächsten Verjüngung des Waldes (vgl. oben II A c zum Begriffe „Verjüngung") zu Recht; von da ab hat der Waldnachbar die Befugnisse des § 910 BGB. Ist er vernünftigen Erwägungen zugänglich, so wird er auch dann späterhin hiervon keinen Gebrauch machen, weil er das Gleiche erdulden müßte, einen wesentlichen Nutzen von seinem Vorgehen nicht haben würde und das gegenseitige Abhauen der Wurzeln und Zweige beiderseits nur eine Devastation der Waldgrenzen bedeuten könnte. Doch lassen sich auch besondere Fälle denken, wo das Interesse am Aufbringen einer Kultur bei ungewöhnlich tiefem und starkem fremden Ueberhang die Anwendung des § 910 BGB. rechtfertigen würde.

Zu b) Grenzt bestehender Wald an andere als Waldgrundstücke an, so haben die Eigentümer des letzteren vor allem keine Verpflichtung, die überlaufenden Wurzeln zu dulden. Sie können dieselben sofort abschneiden und für sich behalten, vorausgesetzt, daß die Wurzeln die Benutzung der Grundstücke beeinträchtigen.

Ueberhängende Zweige, die mindestens 5 m vom Boden entfernt sind, haben sie zu dulden. Die Höhe von 5 m trägt den Interessen beider Nachbarn gleichmäßig Rechnung, weil die Aufastung einerseits nicht so weit greift, daß größere Nachteile für das Wachstum des Baumes zu befürchten sind, andererseits aber doch hinreicht, um die nachteiligen Einwirkungen des Ueberhanges auf ein der Landwirtschaft dienendes Grundstück wesentlich zu verringern. Zur Beseitigung niedrigerer Zweige, bei denen es gleichgültig ist, ob sie dem anderen Grundstücke Nachteile bringen oder nicht, haben die Nachbarn den Waldeigentümern „eine dem Umfang der Arbeit für das ganze Grundstück entsprechende Frist von höchstens 2 Jahren" zu gewähren.

Bei Bemessung der Frist soll einerseits der Umfang der für das ganze Grundstück erforderlichen Arbeit und die Zahl der verfügbaren Arbeitskräfte, andererseits der Umstand berücksichtigt werden, daß wesentliche Störungen des Wachstums der Bäume nur vermieden werden können, wenn die Beseitigung in der Zeit der Vegetationsruhe erfolgt.

Nachdem der § 910 BGB. im gleichen Falle nur von einer „angemessenen Frist" überhaupt spricht, erscheint die bayerische Normierung eines Maximalzeitraums von 2 Jahren als eine Verschärfung, die wenigstens bei langgestreckten Waldgrenzen den Waldeigentümer, dessen bestehender Wald doch besonders begünstigt werden wollte, eher benachteiligt.

Im allgemeinen empfiehlt es sich, die Vorsetzung einer Frist durch den Feldnachbarn und die Prüfung dessen, was diese als „angemessen" ansehen, überhaupt nicht abzuwarten, sondern zur Abschneidung aller Klagen und Streitigkeiten baldigst selbst mit der Aus- und Aufastung des Ueberhanges bis zu 5 m Höhe vorzugehen.

c) Eine besondere Stelle genießen jene Waldungen und Waldteile,

1) bei denen im Falle der Beseitigung der Zweige der Fortbestand eines zum Schutze des Waldes erforderlichen Baumes oder Strauches gefährdet, oder
2) die Ertragsfähigkeit des Waldbodens infolge des Eindringens von Wind und Sonne beeinträchtigt werden würde.

In solchen Fällen müssen auf der westlichen, nordwestlichen, südwestlichen und südlichen Seite des Waldes alle auch unter 5 m heruntergehenden Zweige vom Nachbar geduldet werden.

Bei der ersten Alternative soll der einzelne Randbaum selbst, durch dessen ungestörten Fortbestand der Wald im ganzen geschützt wird, vorzugsweise begünstigt werden, bei der zweiten ist der direkte Schutz des Waldbodens im ganzen ins Auge gefaßt. Vielfach werden beide Unterscheidungen zusammenfallen oder in einander überfließen.

Grund dieser besonderen Vorbehalte war die Notwendigkeit eines Schutzes des bestehenden Waldes gegen die auf den Südwest-, West- und Nordwest-Rändern am meisten auftretenden Angriffe des Windes und gegen die das Eindringen des Windes in die Bestände mit allen weiteren schädlichen Folgen begünstigenden Aufastungen der Waldränder, ferner aber auch das Streben, die nachteiligen Einwirkungen der **Insolation** — Sonnenbestrahlung auf die durch Aeste nicht geschützten Stammteile und in der Folge Störung und Austrocknung des aufsteigenden Saftes — im Falle einer Oeffnung des Waldgürtels gegen Süden hintanzuhalten.

Es ist Tatfrage, ob die hier normierten Voraussetzungen im einzelnen Falle zutreffen. Dieselben lassen übrigens einen ziemlich weiten Spielraum, zumal die eventuelle sachverständige Begutachtung, welche der Richter sich im Streitfalle stets erholen müßte, in der Regel sicher zu Gunsten des Waldschutzes, d. i. hier zu Gunsten der Belassung tiefer Beastung lauten wird.

d) Auf isolierte, erst seit 1885 neu aufgeforstete, Waldparzellen finden die Vorschriften des Art. 9 Abs. 2 keine Anwendung, d. h. hier gelten lediglich und sofort die Bestimmungen des § 910 BGB. Der Feldnachbar braucht nicht nur herüberragende Zweige unter 5 m vom Boden nicht zu dulden, sondern er braucht überhaupt keinen Ueberhang, auch wenn er sich höher aufwärts befindet, zu dulden, er kann die sämtlichen überhängenden Zweige, die der Waldbesitzer auf Aufforderung hin nicht beseitigt hat, abschneiden und behalten, und es gibt für solche Waldparzellen — obschon gerade sie vom technischen Standpunkt aus dies nicht selten nötig hätten, — keine Schutzbeastung auf der Wind- oder Sonnenseite, mögen die schädlichen Folgen sein, welche immer. Daß die überlaufenden Wurzeln vom Nachbar abgeschnitten und behalten werden können, ist ohnehin allgemein gültig, wenn die Voraussetzung zutrifft, daß die Wurzeln die Benutzung des anderen Grundstücks beeinträchtigen.

Für diese Klasse von Waldungen wird mithin das Recht des Waldeigentümers eingeschränkt, jenes des Feldnachbars ausdrücklich erweitert. Insoferne nimmt diese Bestimmung bei dem unter dem Titel „Eigentumsbeschränkungen zu Gunsten bestehender Waldungen" einhergehenden Art. 9 der UeV. den richtigen Platz nicht ein.

Sie war im Regierungsentwurf auch nicht enthalten und verdankt ihre Entstehung einem erst in der 2. Lesung des besonderen Ausschusses der K. d. Abgeordneten zur Beratung der durch die Einführung des BGB. veranlaßten Gesetzentwurfe eingebrachten Antrage des Abgeordneten Beckh, der ursprünglich noch weiter ging und erst durch das Eintreten der Regierung auf das jetzige Maß und namentlich auf die „isolierten" Waldparzellen zurückgeführt wurde.

Man war der Ansicht, daß mit diesen Bestimmungen nicht die eigentliche Waldkultur betroffen würde. Es sollte nur ergänzend angeordnet werden, daß die Vorschriften, welche der Absatz 2 des Art. 9 a. a. O. zum Schutze eigentlicher Wälder aufstellt, den im freien Feld neuerer Zeit erst entstandenen vereinzelten

Waldparzellen nicht zu Gute kommen solle, weil hier die Interessen der Feldwirtschaft als die überwiegenden erachtet wurden.

Im Anschlusse an diese Erwägungen ergibt sich sofort die Frage, was unter „isolierten Waldparzellen" zu verstehen sei und ob und welche Flächengrößen hierbei in Betracht zu ziehen wären.

Im Ausschusse wurden als „isolierte Waldparzellen" solche bezeichnet, die zwischen landwirtschaftlichen Grundstücken eingekeilt, von allen Seiten von landwirtschaftlichen Grundstücken begrenzt werden, und auf Anfrage des Grafen Fugger-Glött definierte der Ministerial-Kommissär Ministerialrat von Huber in der Sitzung des Ausschusses der Kammer der Reichsräte vom 26. April 1899 (Protokoll XVI):

„solche, die von allen Seiten von anderen landwirtschaftlich benützten Grundstücken umgeben sind".

Auf weitere Anfrage desselben Ausschußmitgliedes:

„ob ein so umgebener Wald von 10,50 oder 100 Tagwerk auch unter den Begriff der isolierten Waldparzellen falle",

erwiderte derselbe Regierungsvertreter:

„wenn die Waldung 20 oder 10 Tagwerk groß sei und — worauf das Hauptgewicht gelegt werden müsse — seit 1885 neu begründet worden wäre, so sei dies so".

Schließlich definierte der Vorsitzende des Ausschusses, Reichsrat von Auer, unter Zustimmung des Ausschusses und der Regierung:

„Isolierte Waldparzellen sind kleine Waldungen, die über 8—10 Tagwerk nicht hinausgehen und eine forstwirtschaftliche Benützung in der Art, wie Techniker sie verstehen, nicht zulassen, während unter wirklichem Wald ein Grundstück zu verstehen ist, das einen forstwirtschaftlichen Betrieb zuläßt".

Waldungen, welche irgend ein Waldbesitzer im Wege der Aufforstung seit 1885 an seinen eigenen älteren Wald angeschlossen hat, werden vom Art. 9 Abs. 4 a. a. O. nicht betroffen. Ein solcher Wald steht vielmehr unter dem Schutz des Art. 9 Abs. 2.

Waldungen dagegen, die jetzt erst dadurch neu begründet werden, daß jemand seine Felder an einen ihm gehörigen schon bestehenden älteren Wald anschließt, unterliegen vorweg den Bestimmungen des § 910 BGB. Für diesen Fall gelten aber auch die Vorschriften der Art. 71, 72 AG. z. BGB., daß mit der Waldkultur 2 und 4 m vom Feldrand zurückgeblieben werden muß.

In den Händen größerer Waldbesitzer werden nur ausnahmsweise isolierte Waldparzellen im Sinne des Art. 9 Abs. 4 sich befinden. Wo solche bestehen, werden sie vielfach den Charakter von Jagd-Remissen und damit jene Eigenschaft haben, welche mit zu der gesetzlichen Einschränkung Veranlassung gab.

Aeltere, d. h. vor 1885 schon aufgeforstete isolierte Waldparzellen genießen den Schutz des Art. 9 Abs. 2.

Der gesetzlich bestimmte Zeitpunkt wurde mit Rücksicht darauf gewählt, daß gerade seit den letzten 15 Jahren die Aufforstung kleiner geringwertiger landwirtschaftlicher Parzellen namentlich in den Kreisen der kleinbäuerlichen Bevölkerung eine merkliche Ausdehnung genommen habe.

e) Waldnachbarn ist, wie oben unter Lit. a ausgeführt, hinsichtlich des Ueberhanges eine weitgehende gegenseitige Duldungspflicht auferlegt.

Was ist nun Rechtens, wenn der eine Waldnachbar den Wald ausrodet und das Grundstück landwirtschaftlich benützt?

Von dem Zeitpunkt dieser Aenderung seiner Beschaffenheit an trifft die für die weitergehende Duldungspflicht des Art. 9 Abs. 1 maßgebende Erwägung,

daß der Nachbar infolge der gegenseitigen Duldungspflicht ebenso viel erhält, als er dem Nachbargrundstücke gewährt, nicht mehr zu. Die Duldungspflicht würde eine einseitige werden, die dem nunmehrigen Feldnachbar billiger Weise nicht mehr zugemutet werden kann, und deshalb gilt weiterhin nicht Art. 9 Abs. 1, sondern Abs. 2.

Hierin liegt freilich, nachdem man durch den Art. 9 Abs. 4 den Besitzer eines landwirtschaftlichen Grundstücks besonders in Schutz nahm, wenn sein Nachbar ein Feldgrundstück zu Wald anlegte, eine Inkonsequenz, da man den gleichen Schutz — nach Art. 9 Abs. 1 — auch dem Waldbesitzer hätte angedeihen lassen sollen, dessen Nachbar aus seinem Walde ein Feldgrundstück macht.

f) Schließlich wäre noch hervorzuheben: der Art. 9 handelt von gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen.

Besteht eine Dienstbarkeit des Inhaltes, daß der Nachbar das Uebergreifen von Zweigen und Wurzeln dulden muß, so bleibt diese nach Art. 184 EG. z. BGB. bestehen mit dem Abmaße, daß hierauf die §§ 1020—1028 BGB. Anwendung finden.

B. Im Betreffe des Ueberhanges von bestehenden Obstbäumen, Sträuchern u. s. w. sind besondere begünstigende Vorschriften ähnlich wie sie nach Lit. A. für die bestehenden Waldungen und zu deren Gunsten getroffen wurden, nicht ergangen, weil sich hierfür ein Bedürfnis nicht ergab. Es tritt mithin, was Rechte und Pflichten bezüglich der überhängenden Zweige und auslaufenden Wurzeln anlangt, der eingangs in I schon angeführte Art. 122 EG. z. BGB. in Kraft, d. h. es bleiben die seitherigen landesgesetzlichen — partikularrechtlichen — Bestimmungen bestehen.

C. Was endlich Eigentum und Genuß der Früchte aller Art anlangt, die vom Ueberhang oder auf andere — natürliche — Art und Weise aus dem auf dem Nachbargrundstücke stehenden Baum oder Strauch auf das fremde Grundstück herüber gelangen, so bestimmt § 911 BGB. mit sofortiger gesetzlicher und allenthalben gültiger Wirkung:

> Früchte, die von einem Baum oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte des Nachbargrundstücks. Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient.

An Straßen oder öffentlichen Plätzen z. B. verbleiben mithin die gefallenen Früchte dem Grundstücke, auf welchem die Bäume oder Sträucher stehen.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht. Strafprozeß.

§ 59 StGB. Irrtum des Diebes, das Geld gehöre einem Angehörigen. Der § 59 des StGB. bestimmt, daß, wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, diese Umstände ihm nicht zugerechnet werden sollen. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die Schutzbehauptung des Angeklagten ging lediglich dahin, daß er sich in dem Glauben befunden habe, die entwendeten 15 Mk. gehörten nicht dem D., sondern seiner Mutter. Dieser Irrtum betrifft aber weder einen zum gesetzlichen Tatbestande des Diebstahls gehörenden Umstand, da die Tatbestands-

merkmale dieses Vergehens ungeachtet des Irrtums gegeben sind, noch einen gesetzlichen Straferhöhungsgrund, sondern allein eine Prozeßvoraussetzung. Daß ein solcher Irrtum den Schutz des § 59 des StGB. nicht genießt, hat das Reichsgericht auch bereits ausgesprochen (Entsch. d. RGer. in Straff. Bd. 4 S. 346 (349); ferner Urteil vom 2. Oktober 1905 3 D. 573. 05). III. Strafsenat D. 1462/05. Urteil vom 17. Mai 1906. E 445

§§ 61, 166 StGB. Heilsarmee. Antragstellung durch Stellvertreter. Der Vorderrichter hat einwandfrei festgestellt, daß die Heilsarmee eine innerhalb des Reichsgebiets organisierte Vereinigung religiösen Charakters ist, welche in besonders zu ihrem Zwecke gemieteten und eingerichteten Räumen gottesdienstliche Versammlungen ausschließlich und regelmäßig abhält, mithin eine auch im Staate Hamburg „bestehende Religionsgesellschaft" im Sinne der §§ 166, 167 des StGB. darstellt (vgl. Entsch. d. RGer. Bd. 32 S. 212; Goltdammers Archiv Bd. 472 S. 439 fg., auch RGer. in Straff. Bd. 31 S. 237).

Der Beschwerdeführer scheint diese objektiven Feststellungen auch nicht bemängeln zu wollen, seine Angriffe vielmehr darauf zu beschränken, daß die Feststellungen in subjektiver Beziehung nicht genügen, allein zu Unrecht.

Der Vorderrichter spricht ausdrücklich aus, daß in dem für den Angeklagten günstigsten Falle die ganze Situation, in die er hineingekommen, derartig gewesen, daß er damit gerechnet hat, es handle sich um einen Ort religiösen Charakters.

Es ist somit in Verbindung mit dem übrigen Inhalt der Urteilsbegründung aber unbedenklich zum Ausdruck gebracht, daß sich der Beschwerdeführer bewußt gewesen ist, die Heilsarmee halte eine Versammlung religiösen Charakters ab.

Auch läßt die Urteilsbegründung genügend erkennen, daß nach Auffassung des Vorderrichters in der Heilsarmee eine im Deutschen Reiche bestehende Religionslehre zu erblicken ist.

Ebensowenig läßt die Vorentscheidung eine rechtsirrtümliche Auffassung des § 61 des Strafgesetzbuches erkennen.

Nach den einwandfreien erstrichterlichen Feststellungen ist das Lokal Alter Steinweg Nr. 12 von dem Oberkommandierenden der gesamten Heilsarmee im Deutschen Reich gemietet worden, dem Distrikt der Hamburger Heilsarmee aber zu deren alleinigen Benutzung eingeräumt und die Zeugin B. durch Bestallungsurkunde des Oberkommandierenden zur Leiterin dieses Distriktes ernannt, auch hat die Leitung des Distriktes, seiner Versammlungen und die bestimmungsgemäße Verfügung über das gemietete Lokal in ihren Händen geruht.

Wenn der Vorderrichter auf Grund dieser Sachlage eine der Zeugin erteilte Generalvollmacht annimmt, so kann nicht für rechtsirrig erachtet werden, daß die genannte Zeugin für befugt erachtet worden ist, an Stelle des Oberkommandierenden den Strafantrag zu stellen. (Vgl. Entsch. d. RGer. in Strafsachen Bd. 15 S. 144, Bd. 19 S. 7 u. a.) III. Strafsenat D. 1326/05. Urteil vom 20. April 1906. E 437

§§ 211, 251 StGB. Idealkonkurrenz zwischen Mord und Raub mit Todesfolge.

Die Revision setzt sich, wenn sie ein begriffliches Zusammentreffen zwischen Mord und Raub mit Todesfolge im Sinne des § 251 StGB. für rechtlich unmöglich erachtet, in Widerspruch mit der bestehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts. Die Vorschrift des § 251 StGB. setzt den Tod lediglich als objektiven Erfolg der vorsätzlichen Gewaltanwendung voraus, ohne darauf

Gewicht zu legen, ob dieser Erfolg in Willen und Bewußtsein des Täters aufgenommen war. Hat der Täter zugleich mit dem Vorsatz der Tötung gehandelt, so tritt, je nachdem er die Tat mit Ueberlegung ausgeführt hat oder nicht, Idealkonkurrenz mit § 211 oder § 212 oder auch mit § 214 des StGB. ein. Die Annahme der Geschworenen, daß zugleich der Tatbestand des § 211 und des § 251 StGB. erfüllt sei, enthält sonach keinen inneren Widerspruch. Im übrigen lag die Entscheidung, ob die Tat des Beschwerdeführers dem einen und dem anderen Tatbestande unterfiel, lediglich im Ermessen der Geschworenen. Nachdem sie die ihnen in dieser Richtung vorgelegten, richtig gefaßten Fragen bejaht hatten, mußte nach dem Grundsatze des § 73 StGB. die Bestrafung aus § 211 daselbst erfolgen, ohne daß für die Annahme einer Realkonkurrenz beider Straftaten oder für die Anwendung des § 214 StGB. Raum war. III. Strafsenat D. 385/06. Urteil vom 28. Mai 1906. E 449

§ 240 StGB. Ueberschreitung der Notwehr. Der Beschwerdeführer hat bei der Räumung der Wohnung seines Vaters den die Wegschaffung eines Schrankes hindernden Vermieter vor dem Hause zwischen dem Torflügel und der Wand „festgequetscht", und sich hierbei, wie das Urteil annimmt, in der Abwehr eines gegen ihn unternommenen rechtswidrigen Angriffs befunden. Das Vorliegen der Notwehr, deren Voraussetzungen hierdurch an und für sich bejaht sind, würde nach § 227 Abs. 1 des BGB. die Widerrechtlichkeit des angewendeten Zwangsmittels ausschließen, also ein Tatbestandsmerkmal des Vergehens der Nötigung beseitigen, und ferner nach § 53 des StGB. einen dem Beschwerdeführer zur Seite stehenden Strafausschließungsgrund bilden. Aber in der einen wie in der anderen Richtung tritt diese Wirkung nach § 227 Abs. 2 des BGB. und § 53 Abs. 2 des StGB. nur dann ein, wenn bei Ausübung der Notwehr das zur Abwehr des rechtswidrigen Angriffs erforderliche Maß der Verteidigung nicht überschritten wird. Im vorliegenden Falle hat das Landgericht mit einer den konkreten Umständen entnommenen Begründung, die einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt, das Gegenteil angenommen. Es hat die persönlichen Eigenschaften des Angreifers und des Angegriffenen gegen einander abgewogen und ist auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis gelangt, daß bei der überlegenen Körperkraft des Beschwerdeführers auch ein minder gewaltsames Mittel, nämlich das bloße Fortschieben des schwächlichen und nahezu wehrlosen Angreifers zur Beseitigung seines Widerstandes genügt hätte, also das angewendete Zwangsmittel unnötig war. Die Frage, ob die gewählte Verteidigung ihrer Art nach zur Abwehr des Angriffs erforderlich war, ist hiernach auf Grund der objektiven Sachlage in verneinendem Sinne entschieden. Ferner ist erwogen, daß auch die in § 53 Abs. 3 des StGB. erwähnten Voraussetzungen der straflosen Ueberschreitung der Notwehr nicht vorlagen, und endlich der Beschwerdeführer auch nicht irrtümlich das angewendete Verteidigungsmittel für erforderlich gehalten hat, sondern sich des Gegenteils bewußt gewesen ist. Alle diese Annahmen bewegen sich auf tatsächlichem Gebiete und sind der Anfechtung entzogen; die Revision kann daher, soweit sie aus dem Sachverhalt ein entgegenstehendes Ergebnis herzuleiten sucht, keine Beachtung finden. III. Strafsenat D. 48/06. Urteil vom 31. Mai 1906. E 450

§ 253 StGB. Erpressung oder Vergleichsvorschlag. Würde es sich auf seiten der Angeklagten um ein bloßes Geneigtmachen der Offiziere zu einer gütlichen Beilegung der bestehenden Differenzen und nicht um eine beabsichtigte Beugung des Willens der Offiziere unter den Willen der Angeklagten gehandelt

haben, so würde allerdings der Tatbestand versuchter Erpressung nicht gegeben sein; es würde auch der Umstand, daß ein Vergleichsvorschlag, um den anderen zur Annahme geneigt zu machen, mit der Vorstellung der dem anderen nachteiligen Folgen der Ablehnung verbunden wird, nicht ohne weiteres zu der Schlußfolgerung berechtigen, jener Hinweis sie zu dem Zwecke erfolgt, um dadurch den Willen des anderen zu beugen.

Daß die Strafkammer dies verkannt hat, dafür bieten die Ausführungen des Urteils keinen Anhalt.

Wenn auch die Offiziere von Anfang an, wie die getroffenen Feststellungen ergeben, bereit waren, eine angemessene Entschädigung zu leisten, so hatten sie doch keineswegs den Willen, die von den Angeklagten gestellten außerordentlichen, im Laufe der Verhandlungen noch fortgesetzt gesteigerten Ansprüche zu befriedigen und lediglich um ihren Willen demjenigen der Angeklagten gefügig zu machen, haben die Angeklagten, wie das Urteil zutreffend annimmt, sich teils versteckt, teils offen des, wie sie wußten, geeigneten Mittels der Drohung mit Strafanzeige, das die Offiziere nicht als bloße Unannehmlichkeit, sondern selbst bei der Möglichkeit erfolgender Freisprechung immerhin noch als Uebel empfinden mußten und nach dem Willen der Angeklagten empfinden sollten, bedient. Daß sie gelegentlich erklärten, sie hätten nichts zu fordern, steht der Annahme versuchter Erpressung nicht entgegen, denn tatsächlich haben sie Forderungen und zwar solche von ganz außerordentlicher Höhe aufgestellt. Ihre Erklärung, sie hätten nichts zu fordern, konnte daher nicht dahin verstanden werden, daß sie nicht den Willen der Offiziere durch Zwang beeinflussen wollten, sondern nur, wie die Strafkammer dies zutreffend getan hat, ein Beweismoment dafür bilden, daß die Angeklagten sich der Rechtswidrigkeit des von ihnen erstrebten Vermögensvorteils bewußt waren. III. Strafsenat D. 1405/05. Urteil vom 3. Mai 1906. E 439

§§ 266, 246 StGB. Vermischung. Ersatzbereitschaft. Untreue an Geld und an Forderungen.

Der Angeklagte von den Erben des Schneidermeisters R. mit der Regulierung und Verwaltung des Nachlasses bevollmächtigt, hat an Nachlaßaktiven nach Abzug der Ausgaben und des Honorars einen Betrag von 747 Mk. 56 Pfg. vereinnahmt. Er nahm nach der Feststellung des Urteils die Geldbeträge, soweit sie im Wege der Barzahlung an ihn gelangten, in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter in Empfang mit dem Willen, das Eigentum für seine Auftraggeber zu erwerben, denen die Schuldner durch die Zahlung das Eigentum übertragen wollten. Auf dieser Grundlage läßt die Annahme, daß die gezahlten Beträge in das Eigentum der Auftraggeber übergegangen waren, einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Der Angeklagte vermischte, wie das Urteil ferner feststellt, diese Geldbeträge zum Teil mit seinen eigenen mit dem Bewußtsein, dadurch sich zum Eigentümer zu machen und in der Absicht, sich das Geld anzueignen. Ob die solchergestalt erfolgte Vermischung den hiernach vom Angeklagten angenommenen und gewollten rechtlichen Erfolg, die Erlangung von Alleineigentum, tatsächlich herbeigeführt hat, oder, ob der objektive Vorgang der Vermischung gemäß §§ 948, 947 des BG. ohne Rücksicht auf die Willensrichtung des Handelnden unbedingt die Begründung eines Miteigentums unter den Eigentümern der Einzelbeträge nach Verhältnis ihrer bisherigen Anteile zur Folge haben mußte, kann dahingestellt bleiben. Denn nach der weiteren Feststellung hat der Angeklagte alsbald nach der Vermischung die Gesamtbeträge einschließlich der Eigentumsanteile seiner Auftraggeber für sich verbraucht,

mindestens dadurch also jedenfalls über Vermögensstücke seiner Auftraggeber verfügt und sich ihm nicht gehörige, in seinem Besitze befindlichen Sachen angeeignet. Das Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale der Untreue und Unterschlagung ist sonach nicht zu beanstanden. Auch die übrigen Voraussetzungen der Untreue sind rechtsbedenkenfrei festgestellt. Durch die Verfügung über die Geldbeträge wurde wegen des damit verbundenen Eigentumsverlustes der Auftraggeber unmittelbar eine Benachteiligung ihres Vermögens herbeigeführt, und zwar ohne Rücksicht auf die Vermögenslage des Angeklagten. Seine Ersatzverbindlichkeit war die notwendige rechtliche Folge seines rechtswidrigen Eingriffs in ein fremdes Vermögensrecht; seine Fähigkeit, den hierdurch verursachten Schaden auszugleichen, wäre daher nicht geeignet gewesen, das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung zu beseitigen. Das Erfordernis der Absichtlichkeit der Benachteiligung wird erfüllt durch die im Urteil enthaltene Feststellung, daß sich der Angeklagte des mit seiner Handlung verbundenen Vermögensschadens seiner Auftraggeber bewußt gewesen ist, und diese Annahme wird durch die Erwägung getragen, daß er nicht die Absicht gehegt hat, die seinen Auftraggebern entzogenen Beträge aus seinen Mitteln zu ersetzen. Ohne Grund vermißt die Revision die Feststellung, daß ihm bereits in dem Zeitpunkte der Verfügung über die fremden Geldbeträge diese Absicht gefehlt habe. An mehreren Stellen des Urteils ist ausgeführt, daß der Angeklagte überhaupt nicht, also zu keiner Zeit die Absicht hatte, die in seinen Nutzen verwendeten Beträge zu ersetzen, daß er vielmehr, wie das Urteil sich ausdrückt, um diese Beträge sich dauernd zu bereichern suchte und auch bei ihrem Verbrauche nicht Willens war, sie zu ersetzen. Soweit die Revision die Beweisgrundlagen dieser Annahmen bekämpft, und sie, zum Teil aus tatsächlichen Gründen, für nicht geeignet erachtet, die daraus gezogenen Schlußfolgerungen zu rechtfertigen, kann sie keine Beachtung finden. Wenn das LGer. mit Rücksicht auf das Fehlen der Ersatzabsicht auch die Schutzbehauptung des Angeklagten, daß er sich zur Verfügung über das fremde Geld für berechtigt gehalten habe, als widerlegt ansieht, so kann auch diese auf tatsächlichem Gebiete liegende Annahme, welche die Feststellung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit in sich schließt, mit der Revision nicht angefochten werden.

Der Angriff gegen die Begründung der Annahme der Ersatzbereitschaft, insbesondere die Feststellung, daß die vom Angeklagten auf den Namen seines Sohnes eingezahlte Sparkasseneinlage kein bereites Ersatzmittel bildete, ist sonach für den Tatbestand der Untreue an den Geldbeträgen gegenstandlos.

Soweit Zahlung durch Anweisung der Bank stattgefunden hat, ist mit Recht eine Untreue an Forderungen angenommen, da durch die Anweisungen Forderungen der Auftraggeber begründet wurden, über die der Angeklagte durch Einziehung für eigene Rechnung zum Nachteile der Auftraggeber verfügte. Hier wird jedenfalls durch die Erwägung, daß die Forderungen an die Bank die Ersatzforderungen an den Angeklagten hinsichtlich der Sicherheit übertrafen, die im Urteil ausgesprochene Annahme des Vermögensnachteils gerechtfertigt. Auch die Aufrechnung von Privatschulden des Angeklagten auf Forderungen seiner Auftraggeber ist ohne Rechtsirrtum als eine solche Verfügung angesehen worden.

Endlich ist auch die Annahme der mit der Untreue rechtlich zusammenfallenden Unterschlagung der gezahlten Geldbeträge nicht zu beanstanden. Für die Feststellung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit ist auch in dieser Beziehung die Frage, ob die Ersatzbereitschaft mit Recht verneint ist, ohne Belang, da die bloße Ersatzbereitschaft beim Fehlen der Ersatzabsicht die Folgerung nicht

rechtfertigen würde, daß der Angeklagte der Zustimmung seiner Auftraggeber zur Aneignung ihres Geldes gewärtig war und deshalb diese Aneignung für eine berechtigte gehalten hat. (Entscheidungen Bd. 21 S. 364). III. Strafsenat D. 27/06. Urteil vom 21. Mai 1906. E 448

§ 266 StGB. **Wechselakzept. Vermögensstück des Auftraggebers.** Die Annahme des Urteils, daß ein Wechselakzept, solange es der Akzeptant oder für ihn sein Bevollmächtigter in Händen hat, ein Vermögensobjekt des Akzeptanten bildet, steht mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts im Einklange (Entsch. in Strafsachen Bd. 13 S. 376, Bd. 14 S. 184, Bd. 23 S. 315). Diese Rechtsauffassung beruht auf der Erwägung, daß das Akzept infolge seiner Umsatzfähigkeit einen wirtschaftlichen Wert darstelle, und sofern der Akzeptant in der Lage ist, im Wege bestimmungsmäßiger Verwendung des Wechsels als Kreditmittels sich gegen Begebung des Akzepts die Wechselvaluta zu verschaffen, einen in Geld abschätzbaren Bestandteil seines Vermögens bilde. Der vorliegende Fall, in welchem nach der Feststellung des Urteils der Angeklagte das Akzept mit dem Auftrage erhalten hatte, durch dessen Begebung dem Akzeptanten Geld zu verschaffen, nötigt nicht zu einer Abweichung von dieser Auffassung. Der Umstand, daß der Angeklagte den Wechsel im Interesse der besseren Begebbarkeit als Aussteller mitunterschrieben hatte, ändert hieran nichts. Mag er seinen Namen vor oder nach der Akzeptation auf den Wechsel gesetzt haben, so wird dadurch die auf einwandfreier rechtlicher Grundlage beruhende Feststellung nicht berührt, daß er den Wechsel nicht als Eigentümer, sondern als Bevollmächtigter des Eigentümers in Händen hatte. Ohne jede Bedeutung für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses ist es, ob das zum Wechsel verwendete Papier vom Akzeptanten oder vom Angeklagten hergegeben ist. III. Strafsenat D. 1386/05. Urteil vom 23. April 1906.

§ 268 StGB. **Absicht der Erhaltung eines Vermögensvorteils.** Nach den erstrichterlichen Feststellungen hat der Angeklagte in erster Linie die Fälschung zwar vorgenommen, um der ihm angedrohten Anzeige und der Entdeckung der Unterschlagung zu entgehen, außerdem aber auch in der Absicht, zu verhindern, daß er zur Herausgabe der 48 Mk. angehalten wurde oder daß ihm diese Summe von seinem Lohne abgezogen würde.

Diese Feststellung genügt aber zur Annahme des in § 268 des StGB. verlangten Tatbestandsmerkmals der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, nach feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts. III. Strafsenat D. 1461/05. Urteil vom 14. Mai 1906. E 443

§ 348 Abs. 2 StGB. **In amtlicher Eigenschaft empfangen. Subjektiver Tatbestand.**

Das Vordergericht hat festgestellt, daß die drei Mahnbriefe dem Angeklagten in amtlicher Eigenschaft zugänglich waren. Für diese Feststellung reichte an sich der tatsächliche Zustand aus, daß der Angeklagte kraft seiner amtlichen Stellung in der Lage war, zu den Urkunden zu gelangen und über sie tatsächlich zu verfügen, und daß solches wirklich der Fall war, hat das Vordergericht auf Grund der Tatsache als feststehend erachtet, daß die Urkunden dem Angeklagten in seiner amtlichen Eigenschaft als Schichtmeister übergeben worden waren. Eine rechtsirrtümliche Gesetzesauffassung ist hierbei nicht erkennbar geworden. Ob der Angeklagte auch rechtlich in der Lage war, über die Urkunden kraft seiner amtlichen Eigenschaft zu verfügen, ob er ressortmäßig

mit ihnen befaßt war, ist für das Begriffsmerkmal der „amtlichen Zugänglichkeit" unwesentlich — Entsch. d. RGer. in Straff. Bd. 32 S. 265 —. Daher kann es für die vorliegende Frage, ob der Angeklagte ihm amtlich zugängliche Urkunden vernichtet hat, objektiv auch nicht darauf ankommen, ob der Angeklagte mit der ganzen Angelegenheit, auf welche sich die Urkunden bezogen, amtlich befaßt war oder nicht. Seine Behauptung, daß letzteres nicht der Fall gewesen sei, ist für den objektiven Tatbestand der gegen ihn festgestellten Straftat bedeutungslos.

Von Bedeutung ist jener Einwand dagegen in subjektiver Hinsicht. Nach der unangefochtenen Feststellung des ersten Urteils steht es fest, daß der Angeklagte die drei in Rede stehenden Mahnbriefe vernichtet hat. Er wäre dieserhalb jedoch nur dann aus § 348 Abs. 2 strafbar geworden, wenn er sich dessen bewußt gewesen, daß er Urkunden vernichtete, die ihm amtlich zugänglich waren, sofern er sich dagegen über das Vorhandensein dieses Tatbestandsmerkmals aus tatsächlichen Gründen in Irrtum befunden hätte, könnte ihm dasselbe nicht zugerechnet werden. § 59 StGB. Der Angeklagte hat ausweislich des Verhandlungsprotokolls schon in der Hauptverhandlung den Einwand erhoben: Er halte die Angelegenheit nicht für eine dienstliche; das Geld habe er auch nicht in amtlicher Eigenschaft erhalten; er bestreite, daß die Aufträge zu seinem Amte gehörten . . . ". Offenbar hat der Angeklagte damit sagen wollen, die ganze Angelegenheit, soweit er mit ihr überhaupt befaßt worden, stehe zu seiner amtlichen Stellung in keiner Beziehung, also weder die Erledigung der ihm von der Behörde erteilten Aufträge, noch die Empfangnahme der eingesammelten Gelder, noch die Empfangnahme der Mahnbriefe, noch endlich deren weitere Behandlung. Dieser Einwand, der sich auf tatsächlichem Gebiete bewegt, ist vom Vorderrichter überhaupt nicht gewürdigt worden, und somit leidet sein Urteil an einem Mangel, der zu seiner Aufhebung führen muß.

Falls die Anwendbarkeit des § 348 Abs. 2 des StGB. demnächst verneint werden sollte, insbesondere wegen Nichtvorhandenseins des subjektiven Tatbestandes, wird in Frage kommen können, ob nicht die Tatbestandsmerkmale des § 133 des StGB. erfüllt sind. III. Strafsenat D. 36/06. Urteil vom 26. Mai 1906. E 447

§ 244 StPO. Gestellte Zeugen. Unzutreffend ist die erhobene prozessuale Beschwerde. Wenn das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, daß der in § 244 der StPO. festgestellte Vernehmungszwang sich auf „gestellte" Zeugen und Sachverständige nicht bezieht, so sind unter den „gestellten" Personen nur solche gemeint, die die Prozeßbeteiligten ohne Ladung zur Sitzung mitgebracht haben. Der Sachverständige Dr. B. war aber von der Staatsanwaltschaft unter Verständigung des Gerichts und des Angeklagten ordnungsmäßig geladen, daher nicht „gestellt, und das Gericht war deshalb gar nicht in der Lage, die Erheblichkeit seiner Aussage zu prüfen und die Vernehmung hiervon abhängig zu machen. Abgesehen davon ist auch hinsichtlich der „gestellten" Personen das Gericht keineswegs zu einer förmlichen Prüfung der Erheblichkeit ihrer Aussage derart verpflichtet, daß ein Unterlassen solcher Prüfung einen Prozeßverstoß darstellen würde, sondern es hat nur solchen Personen gegenüber anders als bei den auf Ladung erschienenen Zeugen und Sachverständigen das Recht, die Vernehmung von der Erheblichkeit der zu erwartenden Aussage abhängig zu machen; übrigens liegt in der Tatsache der Vernehmung solcher Personen von selbst schon die Bekundung, daß die Erheblichkeit ihrer Aussage

geprüft wurde, da das Gericht sie, wenn es ihre Aussage für völlig unerheblich gehalten hätte, nicht vernommen haben würde. III. Strafsenat D. 115/06. Urteil vom 21. Mai 1906. E 446

§ 248 StPO. Verlesung der Zeugenaussagen, in denen der Tatbestand der Begünstigung gefunden wird.

Die bei der verantwortlichen Vernehmung der Mitangeklagten T., K. und A. erfolgte Verlesung gerichtlicher Protokolle über zeugschaftliche Aussagen dieser Angeklagten in dem wegen der vorliegenden Sache eingeleiteten zunächst zur Feststellung des Täters bestimmten Ermittelungsverfahren ist nicht zu beanstanden. Den genannten Angeklagten war zur Last gelegt, daß sie sich gerade durch die in diesen Protokollen niedergelegten Aussagen der Begünstigung des Beschwerdeführers schuldig gemacht hätten. Um dies festzustellen, geschah die Verlesung. Es handelte sich daher weder um eine Verlesung nach § 253 der StPO., noch um den Beweis einer auf der Wahrnehmung einer Person beruhenden Tatsache und um die Ersetzung der Vernehmung durch die Verlesung, vielmehr bildete der verlesene Inhalt der Protokolle das zum unmittelbaren Nachweise der betreffenden Vorgänge bei den Vernehmungen dienende gesetzliche urkundliche Beweismittel, das nach § 248 der StPO. durch Verlesung zur Kenntnis des Gerichts zu bringen war. Die Sache liegt hier ebenso wie bei einer in einem Verfahren wegen Meineids erfolgten Verlesung des Protokolls über die falsche Aussage. III. Strafsenat D. 519/06. Urteil vom 14. Juni 1906. E 451

§ 267 StGB. Falsche Quittung auf Postanweisung. „Belag" im Sinne des § 351 StGB.

Der Revision des Angeklagten war der Erfolg zu versagen. Ohne Rechtsirrtum hat die Strafkammer die vom Angeklagten Briefträger N. angefertigten, von ihm mit dem Namen der Empfänger unterschriebenen Quittungen auf den Postanweisungen als zum Beweise von Rechten erhebliche Privaturkunden erachtet. Wiefern diese Quittungen unrichtige Beläge zu den Registern und Rechnungen der Postverwaltung im Sinne des § 351 des StGB. sein sollen, wie die Revision ohne weitere Begründung behauptet, ist nicht ersichtlich. „Belag" im Sinne des § 351 des StGB. ist nur dasjenige, was zur Rechtfertigung der Eintragungen in die Bücher 2c. dienen soll; es genügt nicht, wenn sich der Beamte dadurch in Betreff der Ausführung eines aufgetragenen Einzelgeschäftes ausweisen oder wenn das Schriftstück erst demnächst für einen anderen Beamten zum Ausweise bei einer Buchführung dienen soll (Rechtspr. des Obertrib. Bd. 3 S. 147). Abgesehen hiervon ist ein Belag „unrichtig" nach § 351 des StGB. nur dann, wenn er inhaltlich in einem wesentlichen Punkt etwas anderes besagt, als der (angebliche) Aussteller in ihm zum Ausdruck gebracht hat; es genügt nicht, wenn das vom Aussteller darin als geschehen bekundete, z. B. wenn die Zahlung, über welche quittiert ist, in Wahrheit nicht geschehen war; auch hier beweist die Quittung, erfüllt also ihren Zweck. Auch als öffentliche Urkunde vermag der Quittungsvermerk des Empfängers auf der Rückseite der Postanweisung nicht erachtet zu werden. Denn wenn auch die mit den vorgeschriebenen Vermerken der Postbeamten versehene Postanweisung als eine von einer öffentlichen Behörde in den Grenzen ihrer amtlichen Befugnisse ausgestellte, mithin öffentliche Urkunde zu erachten ist (Entsch. d. RGer. Bd. 24 S. 130), so erstreckt sich doch der öffentliche Glaube nicht auf den hier speziell in Frage kommenden Teil der Urkunde. III. Strafsenat D. 395/06. Urteil vom 14. Mai 1906. E 441

§§ 333, 359 StGB. Beamteneigenschaft eines Gefängnisheizers und Hilfsgefangenenaufsehers.

Die Annahme der Strafkammer, daß W., der Gefängnisheizer und Hilfsgefangenenaufseher war, mindestens in seiner Eigenschaft als Hilfsgefangenenaufseher Beamter war, ist nicht zu beanstanden. Entscheidend für die Beamteneigenschaft ist, daß nach dem Willen des Anstellenden die mit der Anstellung dem Angeklagten zur Ausübung übertragenen Dienste und Funktionen öffentlich-rechtlicher Natur, aus der Staatsgewalt abzuleitende und den Staatszwecken dienende sind, sonach den Charakter einer öffentlichen Amtstätigkeit haben, die von einem Organe der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden.

Diese Voraussetzungen treffen für den Angeklagten W., mindestens soweit er Hilfsgefangenenaufseher war, zu, §§ 2, 14, 15, 16 der Preuß. Gefängn.-Ordn. für die Justizverwaltung vom 21. Dezember 1898 (Justiz-Ministerialblatt 1898 S. 292). Dem steht auch nicht entgegen, daß W. bei Erörterung der Unterstützungsfrage vom Oberlandesgerichte nicht als „Beamter" angesehen wurde. Das innere Verhältnis zwischen W. und der anstellenden Behörde konnte sehr wohl als ein rein privatrechtliches geregelt sein und doch gleichzeitig nach außen W. nach dem Willen der anstellenden Behörde und seinem eigenen durch Uebertragung öffentlich-rechtlicher Funktionen als Beamter gelten. (Entsch. d. RGer. in Strafsachen Bd. 16 S. 380.)

War W. als Hilfsgefangenenaufseher Beamter, so ist es, wie die Strafkammer zutreffend annimmt, gleichgültig, ob ihm gerade die Beaufsichtigung derjenigen Gefangenen, mit denen oder deren Angehörigen er in verbotene Verbindung trat, übertragen war. III. Strafsenat D. 160/06. Urteil vom 30. April 1906.

§§ 152, 153 Gew.-Ordn. „Günstige Lohnbedingungen". Es ist der Beschwerde zuzugeben, daß in §§ 152, 153 a. a. O. unter „günstigen Lohnbedingungen," zu deren Erlangung die Verabredungen getroffen werden sollen, nicht solche gemeint sind, die bereits vertragsmäßig verabredet waren und deshalb rechtsgültig bestehen. Das Vordergericht verneint aber auf Grund tatsächlicher der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogener Beweisannahmen, daß solch günstige Lohnbedingungen, nämlich der „Akkordtarif für die Hamburger Bautischler" bereits zu Recht bestanden, denn nach den einwandfreien Feststellungen hat der Arbeitgeber Sch. nie nach Maßgabe dieses Akkordtarifes Löhne an seine Bautischler bezahlt. Dies wollten die bei ihm beschäftigten Bautischler erst erlangen und traten deshalb auf Grund gemeinsamer Verabredungen in den Streik. Der arbeitswillige Tischlergeselle Richard H. nahm daraufhin bei Sch. Arbeit und erhielt von Sch. einen höheren im allgemeinen dem obigen Tarife entsprechenden Lohn, nicht aber, wie von ihm gefordert wurde, die Zusicherung, daß Sch. seine früheren noch streikenden Bautischler zu gleichen Arbeitsbedingungen wie ihn wieder einstelle. Diesen arbeitswilligen H. wollten die Angeklagen durch die ihnen zur Last gelegten, nach § 153 Gew.-Ordn. und § 185 StGB. strafbaren Aeußerungen bestimmen, sich dem verabredeten und bereits bestehenden Streike anzuschließen, um so auf Sch. einzuwirken, seine früheren Bautischler wieder in Arbeit zu nehmen und gegen früher höhere Löhne zu zahlen. Sie wollten den Beitritt des H. zu ihrer Verabredung zur Erreichung günstigerer Arbeits- und Lohnbedingungen erlangen und zwar durch das Mittel einer strafbaren Einwirkung auf den Willen des H. Die Voraussetzungen der §§ 152, 153 Gew.-Ordn. sind gegeben. III. Strafsenat D. 5/06. Urteil vom 10. Mai 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Schadensersatzanspruch des Wasserbenützungsberechtigten (Wassereigentümers) wegen unbefugt und schuldhaft bewirkter Immissionen. Wasserbenützungsgesetz vom 28. Mai 1852 Art. 39, 54, 58. (Entwurf eines Wassergesetzes von 1905 Art. 23, 36, 46) BGB. §§ 31, 276, 823.

Die beklagte Aktiengesellschaft betreibt eine Preßhefefabrik und leitet deren Abwässer in den sogenannten Landgraben, einen Privatfluß, an dessen Ufer das Fabrikanwesen gelegen ist. Der Kläger, ebenfalls ein Ufereigentümer, fordert Ersatz des Schadens, den er dadurch erlitten hat, daß durch die Zuleitung der Abwässer in den Fluß dessen Wasser, das er bisher auf seinen Ufergrundstücken gesammelt und zur Eisgewinnung benützt hatte, in hohem Grade verunreinigt, ja völlig verschlammt wurde, so daß es als Eis nicht mehr zu verwerten war. Der Beklagte machte geltend, daß sie weder unbefugt gehandelt[1]), noch für etwa entstandenen Schaden aufzukommen habe. Widerklagend beantragte sie, festzustellen, daß ihr das Recht zustehe, ihre Abwässer in den Fluß zu leiten, ohne daß der Kläger daraus einen Anspruch auf Entschädigung herleiten könne. Das Landgericht erkannte nach dem Klagantrage und wies die Widerklage ab. Die Berufung und die Revision der Beklagten blieben ohne Erfolg. Aus den Gründen der letztinstanziellen Entscheidung:

Die Revisionsklägerin macht geltend, der Kläger habe nicht einen Anspruch darauf gehabt, daß ihm das an seinen Grundstücken vorüberfließende Wasser zur Eisgewinnung zur Verfügung steht, sondern es sei ihm bloß die Möglichkeit gegeben gewesen, das etwa noch im Landgraben verbleibende Wasser zu diesem Zwecke zu gebrauchen, da ja die Beklagte als Eigentümerin von flußaufwärts gelegenen Ufergrundstücken nach Art. 54 WBG. befugt gewesen sei, das Wasser nicht nur zu jedem beliebigen Gebrauche zu verwenden, sondern auch vollständig zu verbrauchen.

Der auf Verletzung des § 823 BGB. und des Art. 54 des WBG. gestützte Revisionsangriff ist nicht gerechtfertigt. Da nach Art. 39 Abs. 1 des WBG. (Art. 147 Ziff. 3 des Ausf.-Ges. zum BGB.) Privatflüsse mit Inbegriff des bestehenden Gefälls „als zu den Grundstücken gehörig betrachtet werden, zwischen welchen sie hindurchfließen", gehört das jedem Ufereigentümer durch den Art. 54 eingeräumte Recht der Benützung zum Inhalte des Eigentums am Gewässer; es ist eine aus dem Eigentum abzuleitende Befugnis, die nur den im Art. 54 und im Art. 39 Abs. 2 vorgeschriebenen Beschränkungen unterliegt[2]) (Erkenntnis des OAG. München vom 14. Januar 1860, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 25 S. 166; Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht § 96 S. 415). Jedenfalls müßte dieses im Vergleiche mit dem Gemeingebrauche wesentlich verstärkte Wassergebrauchsrecht des Ufereigentümers als ein wenn auch im öffentlichen Interesse beschränktes Privatrecht, also als ein „sonstiges

---

1) Sie berief sich dabei auf einen infolge einer Beschwerde der beteiligten Gemeinden erlassenen Bescheid der Kreisverwaltungsstelle, durch den für gewisse Zeiten die Desinfektion der Abwässer vor ihrer Einleitung in den Fluß empfohlen und angeordnet worden war. Das Landgericht nahm an, daß der Bescheid die nach Art. 58 WBG. erforderliche besondere Bewilligung der zuständigen Behörde nicht enthält. Das OLG. ließ diese Frage unentschieden, stellte aber fest, daß jedenfalls die Beschränkung nicht eingehalten, die Anordnung nicht befolgt worden sei.

2) Der Art. 23 Abs. 1 des Entwurfs eines Wassergesetzes von 1905 bezeichnet die Privatflüsse und Bäche, die weder im Eigentum des Staates, noch anderer Personen stehen, als Bestandteil der Grundstücke, zwischen denen sie hindurchfließen.

Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 des BGB. aufgefaßt werden, wenn es nicht als ein zum Inhalte des Eigentums gehörendes Recht anzuerkennen wäre. Ob die Meinung der Revisionsklägerin, daß sie das Wasser des Landgrabens für ihre Zwecke auch vollständig hätte verbrauchen dürfen, so daß den Eigentümern der flußabwärts gelegenen Ufergrundstücke, also auch dem Kläger, Wasser überhaupt nicht zugeflossen wäre, und die dieser Meinung beitretenden Ausführungen des oberlandesgerichtlichen Urteils richtig sind (s. einerseits das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 13. Juli 1872, Samml. v. Entsch. Bd. 2. S. 238; andererseits Dertmann a. a. O. S. 417, 418), ob nicht der Gesetzgeber dadurch, daß er im Art. 54 die Vorschriften der Art. 39, 40 ausdrücklich vorbehielt, zu erkennen gab, daß die Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit des Gebrauchsrechts des einen Ufereigentümers ihre notwendige Begrenzung in der Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit des Gebrauchsrechts jedes anderen Ufereigentümers findet, kann dahingestellt bleiben [3]). Den Gegenstand des Streites bildet nicht die Frage, ob die Beklagte befugt war, das durch ihre Grundstücke fließende Wasser des Landgrabens vollständig zu verbrauchen, also den Eigentümern der flußabwärts liegenden Ufergrundstücke zu entziehen, sondern nur die Frage, ob die Beklagte befugt war, das von ihr nicht verbrauchte Wasser durch die Art der Benützung in den vom Kläger behaupteten Zustand zu versetzen und in dem Zustand abfließen zu lassen, in dem es sich befand, nachdem sie es zu ihren Zwecken benützt hatte.

Die Revision macht ferner geltend, das Berufsgericht habe den Begriff des Verschuldens verkannt, nämlich mit Unrecht angenommen, daß der gesetzliche Vertreter der Beklagten, ihr Vorstand Dr. K., aus Fahrlässigkeit das Recht des Klägers verletzt und ihm dadurch einen Schaden zugefügt hat. Der darauf gegründete Vorwurf, daß das Urteil auf Verletzung des § 31, des § 276 Abs. 1 und des § 823 des BGB. beruhe, ist nicht gerechtfertigt. (Folgt Angabe der nach dieser Richtung festgestellten Tatsachen).

Dadurch, daß durch die Feststellung der angeführten Handlungen und Unterlassungen des gesetzlichen Vertreters der Beklagten und die daran geknüpften Erwägungen die eigene Fahrlässigkeit der Beklagten begründet wurde, ist der Begriff der Fahrlässigkeit (BGB. § 276 Abs. 1) nicht verkannt. Auch die entsprechende Anwendung des § 31 des BGB. unterliegt einem Bedenken nicht. Daß Aktiengesellschaften auch für den Schaden verantwortlich sind, den ihr Vorstand außerhalb eines Vertragsverhältnisses bei Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen verursacht hat, ist in der Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt (Staub, Kommentar zum HGB. 6. und 7. Aufl. Bd. 1, Zusatz 3 Anm. 35 zu § 232; Lehmann-Ring, das HGB. Bd. 1, Nr. 3 zu § 210; Makower, HGB. 12. Aufl., Vorbem II zu Buch II Abschnitt 3, Anm. IV zu § 231). Der Feststellung eines Verschuldens der Beklagten, nämlich einer Fahrlässigkeit ihres gesetzlichen Vertreters, hätte es allerdings dann nicht bedurft, wenn die Meinung des Revisionsbeklagten zutreffend wäre, es sei ohne weiteres schon durch die Vorschriften über den

---

3) Nach Art. 46 Abs. 1 des WGEntw. von 1905 soll der Ufereigentümer das Wasser nur so benützen dürfen, daß dem Wasser, soweit es durch die Benützung nicht verbraucht ist, der Abfluß in das eigentliche Bett des Flusses gegeben wird, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstückes berührt. Das Recht zu vollständigem Verbrauche wäre damit implicite anerkannt. Der Art. 45 spricht zwar den allgemeinen Grundsatz aus, daß der Ufereigentümer das Wasser nur mit Rücksicht auf die Rechte der übrigen Ufereigentümer und der sonstigen Wasserberechtigten benützen darf, verweist aber dabei auf die folgenden Bestimmungen.

Inhalt und den Schutz des Eigentums an den Ufergrundstücken, namentlich durch die nachbarrechtlichen Vorschriften, dargetan, daß der Klageanspruch begründet, der Widerklageanspruch unbegründet ist. Diese Meinung ist aber irrig. Abgesehen davon, daß die in Betracht kommenden Ufergrundstücke der Parteien nicht „Nachbargrundstücke" im Sinne des § 907 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind, da sie nach den Feststellungen der Vorinstanzen etwa 6 Kilometer weit von einander entfernt sind, ist die Anwendbarkeit der §§ 906, 907, 1004 auf den vorliegenden Rechtsstreit schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich in diesem nicht um Einwirkungen der im § 906 bezeichneten Art handelt und die angeführten Vorschriften überdies — unbeschadet der Vorschrift im § 26 der Gew.-Ordn. — nur den Anspruch auf Untersagung der ungebührlichen Einwirkung, auf Beseitigung der Beeinträchtigung gewähren, Schadenersatz aber nur beansprucht werden kann, wenn zur Einwirkung, zu der Anlage ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln hinzutritt, die Rechtswidrigkeit also auch eine subjektive ist, auf einem Verschulden beruht (Planck, BGB. 1. und 2. Aufl. Bd. 3 Erl. 4, a zu § 1004; Biermann, Sachenrecht des BGB. 2. Aufl. Bem. 3, c zu § 1004; Crome, System des DBR. Bd. 3 § 394 S. 280 und Note 19; jetzt auch Endemann, Lehrbuch des bürgl. Rechts 8 und 9 Aufl. Bd. 2 § 72 S. 474, 475 und Anm. 57 im Gegensatze zur 7. Aufl. Bd. 2 § 91, insbesondere Anm. 29). Nach dem schon Erörterten hat aber das Berufungsgericht ein Verschulden der Beklagten, nämlich ein von ihr zu vertretendes fahrlässiges Verhalten ihres gesetzlichen Vertreters, ohne Rechtsirrtum festgestellt. Urteil vom 5. Februar 1906 (2. Sen.) Reg. I Nr. 231/05.

C. Bayer. Oberstes Landesgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß.

StGB. § 53. Notwehr. Art und Maß der Notwehrverteidigung hängen in erster Linie von den Umständen des einzelnen Falles ab und sind deshalb in ihrer Beurteilung dem Ermessen des Tatrichters anheimgestellt. Hiebei hat der letztere nicht bloß den objektiven Sachverhalt, sondern auch die subjektive Auffassung der Sachlage durch den Angegriffenen in Betracht zu ziehen. Urteil vom 15. Februar 1906. Rev.-Reg. Nr. 466/05.

StGB. §§ 223, 223a. Gemeinschaftliche (gefährliche) Körperverletzung. Zum Tatbestand des § 223a StGB. ist gleichzeitiges Handeln nicht erforderlich. Es ist vielmehr eine von mehreren nach und nach verübte Mißhandlung als eine gemeinschaftliche dann anzusehen, wenn deren einzelne Akte unmittelbar auf einander folgen und jeder Täter wissentlich die Tat des anderen fortsetzt, die Wirkungen der von dem anderen ausgegangenen Tätigkeit benützend oder verstärkend. Der vorherigen Verabredung bedarf es nicht. Urteil vom 11. November 1905; Rev.-Reg. Nr. 321/05.

StGB. 259. Hehlerei durch „Verheimlichen". Johann Sch. hat dem Gutsbesitzer H. eine diesem gehörige Rolle Drahtgeflecht in der Absicht rechtswidriger Zueignung hinweggenommen und in die Behausung seiner Eltern verbracht und hierdurch ein Vergehen des Diebstahls nach § 242 des Strafgesetzbuches verübt.

Gendarm R. fand gelegentlich einer gegen Johann Sch. gerichteten Durchsuchung der gemeinschaftlichen Wohnung des letzteren und seiner Eltern die vorerwähnte Rolle im Laubschuppen des Anwesens in einer Ecke liegend und

halb verdeckt. Die Angeklagten Joseph und Eva Sch. hatten diese Rolle liegen sehen und trotz ihrer Kenntnis vom Diebstahle ihres Sohnes solche weder selbst entfernt noch entfernen lassen und an den Bestohlenen zurückgegeben und nach Annahme der Strafkammer daher die Aneignung geduldet. Als Gendarm R. die Rolle entdeckt hatte, sagten Joseph und Eva Sch. behufs dessen Irreführung, dieser Draht sei bei Simon W. gekauft, obwohl sie wußten, daß dies nicht wahr war.

Die Strafkammer nahm an, Joseph und Eva Sch. hätten dem Gendarm gegenüber die Herkunft der Rolle geleugnet und ihn irre zu führen gesucht, also eine Sache, von der sie wußten oder den Umständen nach annehmen mußten, sie sei mittelst einer strafbaren Handlung erlangt, verheimlicht und zwar ihres Vorteils wegen, nämlich um den Draht gelegentlich zur Umzäunung ihres Grundstücks zu verwenden. Die Strafkammer nahm auch als Beweismittel hiefür die Tatsache an, daß noch ein weiteres, dem H. gestohlenes Stück Drahtgeflecht von den Angeklagten zur Umzäunung ihres obenerwähnten Grundstücks bereits verwendet worden sei.

Die Revision ist begründet; das angefochtene Urteil verkennt den Begriff des „Verheimlichens" im Sinne des § 259 StGB. Dieser Begriff erfordert eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, dem Berechtigten die Auffindung der Sache zu erschweren oder unmöglich zu machen, — den Verbleib der Sache zu verbergen, deren Entdeckung zu verhindern und im eigenen Interesse deren Rückerstattung an den durch die strafbare Handlung Verletzten zu vereiteln. Durch das Verheimlichen soll gerade und nur die Auffindung der Sache verhindert werden. Es kann daher eine Sache, die durch den zuständigen Polizeibeamten schon vorgefunden ist, nicht mehr verheimlicht werden; unrichtige Angaben über den angeblich rechtmäßigen Erwerb der polizeilich aufgefundenen Sache fallen nicht unter den Begriff des „Verheimlichens".

Insoweit daher die Strafkammer das Verhalten des Joseph und der Eva Sch. nach Auffinden der Rolle durch den Gendarmen — nämlich deren auf Irreführung berechnete fälschliche Angabe, fragliche Rolle sei von ihnen bei W. gekauft — als „verheimlichen" bezeichnet, ist das Gesetz verletzt.

Sollte die Strafkammer auch im passiven Verhalten des Joseph und der Eva Sch., nämlich darin, daß sie die als gestohlen erkannte Rolle im Laubschuppen liegen sahen und solche weder selbst entfernten noch entfernen ließen, ein „verheimlichen" erblickt haben, so wäre das Gesetz deshalb verletzt, weil der mehrerwähnte Begriff ein positives Tun voraussetzt, ein bloßes Verschweigen oder die Nichtanzeige der strafbaren Tat also nicht genügt.

Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß nachträglich das Tatbestandsmerkmal des „Ansichbringens" oder der Tatbestand der Begünstigung erwiesen wird. Urteil vom 18. November 1905; Rev.-Reg. Nr. 344/05.

StPO. § 208. Vorläufige Einstellung. Aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 208 StPO. ergibt sich, daß dessen Anwendbarkeit ausgeschlossen ist, wenn über die konkurrierenden Delikte das Strafurteil einmal ergangen ist, da dann eine vorläufige Einstellung nicht denkbar ist, zu einer endgiltigen aber das Gesetz nicht ermächtigt. Die Motive zu dieser Gesetzesstelle — § 172 des Entwurfs — bemerken, durch diese Vorschrift solle einer unnötigen Häufung von Anklagen gegen eine und dieselbe Person vorgebeugt und, falls es bei mehreren in Frage stehenden Handlungen auf die Aburteilung wegen der einen oder der anderen derselben nicht ankommt, die mündliche Verhandlung auf sie nicht ausgedehnt werden. Besonders werde, wenn jemand

eine große Zahl gleichartiger Delikte begangen hat, für die Abmessung der Gesamtstrafe es häufig gleichgültig sein, ob jeder einzelne Straffall zum Gegenstand der Anklage gemacht oder die letztere auf eine gewisse Zahl derselben oder auf die erheblichsten beschränkt werde. Erweise sich diese Annahme als irrig, so müsse es der Staatsanwaltschaft vorbehalten bleiben, die Wiederaufnahme des eingestellten Verfahrens bei dem Gericht zu beantragen. Die einschlägige Bestimmung des Entwurfes wurde mit zwei hierher belanglosen Abänderungen Gesetz. Ein in der Reichstags-Justizkommission gestellter Antrag, in Abs. 1 das Wort „vorläufig" zu streichen, wurde abgelehnt, nachdem der Regierungskommissär geltend gemacht hatte, daß der Antrag mit dem Grundgedanken des § 172 (des Entw.) in Widerspruch stehe. (Hahn, Materialien z. StPO. Bd. 1 S. 816). Es kann hienach unter den angegebenen Umständen nur eine vorläufige Einstellung beschlossen werden, und diese kann erst 3 Monate nach Rechtskraft des Urteils, bei dessen Erlassung die Feststellung des betr. Straffalles für die Abmessung der Strafe sich als unwesentlich erwiesen hat, zu einer definitiven werden. Dies setzt aber naturgemäß voraus, daß die vorläufige Einstellung des Verfahrens wegen des einen oder anderen weiteren Deliktes bereits zur Zeit der Erlassung des Urteils angeordnet war, weil mit diesem Zeitpunkte ein Zweifel nicht mehr darüber besteht, ob der einzelne Straffall von Erheblichkeit sei oder nicht. Demzufolge würde auch eine sich als vorläufige bezeichnende Einstellung, die nach Erlassung des die übrigen Straftaten betreffenden Urteils beschlossen würde, in Wirklichkeit schon zur Zeit ihrer Anordnung eine endgiltige sein, was dem Wortlaut und dem Geiste des Gesetzes zuwiderliefe. Beschluß vom 27. Dezember 1905. Beschw.-Reg. Nr. 977/05.

Pol.-StGB. Art. 75, 15. Umfang der Befugnis des Strafrichters, polizeiliche Vorschriften auf ihre gesetzliche Gültigkeit zu prüfen. Auf Grund des Art. 75 Abs. 1 Pol.-StGB. können Vorschriften verkehrspolizeilicher Natur nicht erlassen werden.

Auf Grund des Art. 75 Abs. 1 Pol.-StGB. erließ der Stadtmagistrat B. ortspolizeiliche Vorschriften vom 2. September 1904, deren § 11 bestimmt:

Alle Brot- und Backwaren, welche unter Verwendung von Margarine, Kunstbutter, Oelen oder sonstigen, nicht lediglich aus reiner Kuhbutter stammenden Fetten zubereitet sind, müssen als solche durch einen leicht sichtbaren Anschlag oder auf sonst geeignete Weise ausdrücklich bezeichnet werden.

Nach Art. 15 d. Pol.-StGB. hat der Strafrichter die gesetzliche Gültigkeit der aufgeführten Vorschrift zu prüfen, dagegen ist seiner Zuständigkeit die Würdigung der Frage entzogen, ob die in Rede stehende Vorschrift zur Erreichung des beabsichtigten Zweckes notwendig oder dienlich ist.

Die fragliche Vorschrift ist von der zuständigen Behörde, dem Stadtmagistrat B. erlassen (Art. 3 Abs. 1. Ziff. 1 des Pol.-StGB.), dem Kollegium der Gemeindebevollmächtigten mitgeteilt (Art. 6 II) und von der vorgesetzten Kreisregierung für vollziehbar erklärt (Art. 6 I), sowie nach Maßgabe des § 1 Ziff. 1 der Ministerialbekanntmachung vom 28. Mai 1862, die Form der Verkündigung orts- und distriktspolizeilicher Vorschriften betreffend, öffentlich bekannt gemacht (Art. 11).

Als weitere Erfordernisse der Rechtsgültigkeit kommen noch in Betracht, daß für die Erlassung der betreffenden Vorschrift eine gesetzliche Ermächtigung vorliegen muß, und daß die Vorschrift nicht mit Gesetzen oder über denselben

Gegenstand erlassenen Verordnungen oder mit kompetenzmäßigen Vorschriften einer höheren Behörde in Widerspruch stehen darf.

Was das erste dieser beiden Erfordernisse anlangt, so ist zunächst zu prüfen, ob § 11 der citierten ortspolizeilichen Vorschrift auf Grund des Art. 75 Abs. 1 Pol.-StGB. erlassen werden konnte.

Rechtsirrtümlich ist die Anschauung des Berufungsgerichtes, es sei der Umstand, daß die bezeichnete Gesetzesstelle als Grundlage der ortspolizeilichen Vorschrift von der dieselbe erlassenden Behörde ausdrücklich genannt wurde, ausreichend, um diese Vorschrift als auf Grund des erwähnten Blankettgesetzes erlassen ansehen zu können. Es hat vielmehr der Strafrichter den Inhalt der vorwürfigen Polizeivorschrift darauf zu prüfen, ob sie in der Tat eine durch das angeführte Blankettgesetz zugelassene Anordnung enthält. Wenn der erwähnte § 11 auf Grund des Art. 75 Abs. 1 soll erlassen werden können, so muß er eine die Verhütung von Gefahren für die Gesundheit in Bezug auf die Beschaffenheit oder Zubereitung von Nahrungsmitteln und Eßwaren bezielende Anordnung enthalten. Daß derselbe eine solche Anordnung nicht enthält, geht deutlich daraus hervor, daß, wenn gesundheitspolizeiliche Gründe für die Schaffung der Vorschrift maßgebend gewesen wären, der Stadtmagistrat nicht sowohl die Pflicht zur Anzeige der Verwendung anderer Fettstoffe als reiner Kuhbutter bei der Herstellung von Brot- und Backwaren auferlegt, als vielmehr deren Verwendung überhaupt verboten haben würde. Der Grund für die Erlassung der fraglichen Vorschrift kann daher nur darin gefunden werden, daß das konsumierende Publikum vor Täuschung und Uebervorteilung bezüglich der Verwendung von den in § 11 aufgeführten Fetten anstatt reiner Kuhbutter geschützt werden wollte. Der Vorschrift liegt hiernach eine verkehrspolizeiliche Rücksicht zu Grunde (cf. Sächs. Annalen Bd. 19 S. 496 ff.). Eine Anordnung verkehrspolizeilichen Charakters kann aber auf Grund des Art. 75 Abs. 1 Pol.-StGB. nicht erlassen werden.

Da auch keine andere Gesetzesbestimmung besteht, welche die Ermächtigung zur Erlassung einer Anordnung der bezeichneten Art gäbe, so fehlt es an einem wesentlichen Erfordernis der Rechtsgültigkeit des § 11. Bei dieser Sachlage kann von der sonst gebotenen Erörterung der weiteren Frage, ob § 11 im Widerspruch stehe mit dem Reichsgesetz vom 15. Juni 1897, betreffend den Verkehr mit Butter, Käse, Schmalz und deren Ersatzmitteln, und ob demgemäß Art. 10 Pol.-StGB. von der Vorinstanz verletzt worden sei, Umgang genommen werden. Urteil vom 30. November 1905; Rev.-Reg. Nr. 348/05.

Pol. StGB. Art. 86. Art. 86 befindet sich im 6. Hauptstück des Pol. StGB., welches die Uebertretungen in Bezug auf Leben und Gesundheit behandelt. Wortlaut und Zweck der Bestimmung des Art. 86 nötigen zu der Auslegung, daß unter keinen Umständen bei Sprengungen durch explodierende Stoffe Gefahr für Personen oder fremdes Eigentum vorhanden sein darf und daß, wenn eine solche nach den Umständen durch Vorsichtsmaßregeln nicht abgewendet werden kann, eine Sprengung überhaupt nicht vorgenommen werden darf. Allerdings gehört zur Bestrafung aus Artikel 86 des Polizeistrafgesetzbuchs auch ein Verschulden, und zwar genügt, da es sich um eine sicherheitspolizeiliche Vorschrift handelt, Fahrlässigkeit. Eine solche ist aber durch das Berufungsgericht hinreichend festgestellt, indem es aussprach: Der Angeklagte habe gelegentlich einer früheren Sprengung erfahren, daß durch die Sprengungen eine Gefährdung von Personen eintrete und Sprengstücke an

Orte, die von Personen besucht werden, fliegen; er habe also mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß auch ein anderesmal trotz der erdenklichsten Vorsichtsmaßregeln wieder Sprengstücke an von Menschen besuchte Orte fliegen. Urteil vom 10. Februar 1906. Rev.-Reg. Nr. 14/06.

Gew.-Ordn. § 146a, 41a. Unter offener Verkaufsstelle sind ständige Verkaufsstellen der Handel- und Gewerbetreibenden zu verstehen, in welchen dieselben ihre Waren zu verkaufen pflegen. Ohne Bedeutung ist es, ob die betreffende Stelle ausschließlich dem Warenumsatz oder auch anderen Zwecken dient. Der Begriff ist möglichst weit zu fassen. Erfordernis ist nur, daß der Warenumsatz von einer festen, allgemein zugänglichen Stelle aus erfolgt; es kommt nichts darauf an, ob der Handeltreibende auf den betr. Platz oder Raum ein ausschließliches Recht hat, wenn ihm nur tatsächlich die betreffende Stelle für die Ausübung seiner geschäftlichen Tätigkeit zur Verfügung steht (Landmann, Bd. 1 S. 346 Anm. 2 Abs. 4 zu § 41a).

In subjektiver Hinsicht genügt jedes Verschulden. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört nicht zum Tatbestand des § 146a Gew.-Ordn. Ein etwaiger Irrtum über den Inhalt oder die Auslegung des durch die Bestimmungen der §§ 41a und 105b und die auf Grund des letzteren ergangenen polizeilichen Vorschriften ausgefüllten Blankettgesetzes des § 146a Gew.-Ordn. wäre als Irrtum über das Strafgesetz unbeachtlich. Urteil vom 1. Februar 1906. Rev.-Reg. Nr. 485/05.

Wandergewerbe-Steuergesetz vom 10. März 1879, 20. Dezember 1897 Art. 1 Z. 2, Art. 16.

Unter „Ankaufen" von Waren ist nicht nur der Erwerb von Waren durch Kaufvertrag, sondern der entgeltliche Erwerb von Waren überhaupt, also auch der durch Tausch geschehene zu verstehen. Ein „gewerbsmäßiger" Betrieb liegt vor, wenn das Ankaufen in der Absicht erfolgte, hiedurch eine auf Gewinn gerichtete gewerbliche Tätigkeit fortgesetzt auszuüben. Urteil vom 25. Januar 1906. Rev.-Reg. Nr. 459/05.

D. Oberlandesgericht München (Civilsachen).

Civilprozeß.

Zwangsversteigerung; Feststellung des geringsten zulässigen Gebots; Zulässigkeit der weiteren Beschwerde.

Am 30. Januar 1906 hat der k. Notar H. im Verfahren zum Zwecke der Zwangsversteigerung des auf den Namen der Metzgerseheleute Lorenz und Marie R. in München im Grundbuch eingetragenen Anwesens Hs.-Nr. 1 an der L.-Straße die Zwangsversteigerung vorgenommen.

In das geringste zulässige Gebot wurde hiebei die an erster Stelle eingetragene, dem Beschlagnahmegläubiger vorgehende Hypothek der Privatiersehelente N. zu 35000 Mk. samt 10% Kaution eingerechnet, dann die in bar zu begleichenden Ansprüche, nämlich 4% Zinsen dieser Hypothek vom 1. Januar 1905 bis 13. Februar 1906, Steuern und Umlagen, Brandversicherung, Wasserzins rc., zusammen 2762 Mk. 9 Pfg. Der bei der Versteigerung anwesende Oekonom Martin B., welcher mit seiner Ehefrau auf dem Anwesen 5000 Mk. mit 10% Kaution an 3. Stelle hypothekarisch versichert hat, stellte an den Versteigerungsbeamten den Antrag, die Hypothek der Eheleute N. bei Feststellung des geringsten Gebotes nicht in Betracht zu ziehen, sodaß diese Hypothek nicht bestehen bleibe.

Der Versteigerungsbeamte wies diesen Antrag zurück als zweifellos das Recht der N.schen Ehegatten und das des Inhabers der zweiten Hypothek nnd Beschlagnahmegläubigers E. verletzend. Das letzte Gebot stellte E. zu 6500 Mk., welchem auch unterm 1. Februar 1906 am Zahlungstermine das Versteigerungsobjekt zugeschlagen wurde. Gegen Erteilung dieses Zuschlags legte unterm 1. Februar 1906 Rechtsanwalt J. namens des Oekonomen Martin V. Beschwerde ein mit dem Antrag, den erfolgten Zuschlag aufzuheben und die Akten zwecks neuer Versteigerung dem k. Notariate München IV zu überweisen.

Das Amtsgericht München I Abt. B für Civ.-S. hat als Vollstreckungsgericht am 16. Februar 1906 beschlossen:

„1) Der Zuschlag wird aufgehoben.

2) Das Anwesen Hs.-Nr. 1 an der L.-Straße hier ist auszubieten unter Berücksichtigung der Hypothek der Eheleute Josef und Anna N. im geringsten Gebote und ohne Berücksichtigung dieser Hypothek im geringsten Gebote.

3) Die Kosten des Versteigerungsprotokolls vom 30. Januar 1906 und dieses Verfahrens hat der Schuldner zu tragen."

Hiebei führte das Vollstreckungsgericht aus, daß die Eheleute N. durch die mit der Nichtberücksichtigung ihrer Hypothek im Mindestgebote verbundene Barzahlung ihrer Hypothek nicht beeinträchtigt wurden, weil ebenso, wie der Hypothekgläubiger, auch der Eigentümer selbst bei Berücksichtigung der Hypothek im Mindestgebote zur Barzahlung gemäß der im Versteigerungstermine aus dem aufgelegenen Grundbuchauszuge ersichtlichen Fälligkeitsbedingungen berechtigt ist. Ebensowenig sei sicher, ob E. in seiner Hypothek beeinträchtigt worden wäre. Die Möglichkeit, daß ein Meistgebot gelegt worden wäre, das auch seine Hypothek selbst noch nach Vorgang der aus der Höchstbetragshypothek zu 35000 Mk. entstandenen Eigentümerhypothek decken würde, bestand immerhin. Uebrigens sei nicht das höhere Bargebot, sondern das höhere Meistgebot entscheidend und lasse erst das doppelte Ausgebot die Frage, ob ein Recht durch die beantragte Versteigerungsart beeinträchtigt werde, beantworten und die Beeinträchtigung durch den Zuschlag in der anderen Versteigerungsart vermeiden.

Gegen diesen den Interessenten am 22. Februar 1906 zugestellten Beschluß legte Rechtsanwalt O. namens des Josef E. mit Schriftsatz vom 1. März 1906 sofortige Beschwerde zum Landgerichte München I ein mit dem Antrage, zu beschließen:

1) Der angefochtene Beschluß werde aufgehoben.

2) Die gegen Erteilung des Zuschlags vom 1. Februar 1906 erhobene Beschwerde des Martin V. werde zurückgewiesen.

3) Martin V. habe die Kosten des Erinnerungs- und Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Das Landgericht München I, welches zunächst die Beschlußfassung ausgesetzt hatte, hat nach Einvernahme des Martin V. als Gegners des Beschwerdeführers am 30. April 1906 Beschluß dahin erlassen:

„Die sofortige Beschwerde des Gläubigers Josef E. wird als unbegründet kostenfällig zurückgewiesen."

Die Gründe des Beschlusses weisen wiederholt die Anschauung, daß eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Feststellung des geringsten Gebotes die Rechte der Hypothekgläubiger N. sowohl wie die des betreibenden Gläubigers E. beeinträchtige, als nicht zutreffend zurück. Die N.sche Hypothek sei nach Vortrag im Grundbuche nicht nur bei Anwesensveräußerung, also natürlich auch bei zwangsweiser, sofort zahlbar, und da die Schuldner auch

jederzeit vollständige oder teilweise Zahlung leisten dürfen, seien die Gläubiger N. nicht nur berechtigt, Barzahlung zu verlangen, sondern auch verpflichtet, solche anzunehmen. Eine tatsächliche Beeinträchtigung der Gläubiger N. sei durch die vom Vollstreckungsgerichte beschlossene doppelte Ausbietung ausgeschlossen, weil jedenfalls die Versteigerungsart entscheidend sei, durch welche das höchste Meistgebot erzielt werde, ein Meistgebot aber, durch das die N.sche Hypothek vollständig gedeckt werde, mußte unter allen Umständen in der Versteigerungsart erzielt werden, bei welcher diese Hypothek in das geringste Gebot Aufnahme gefunden habe. Auch der betreibende Gläubiger E. und die Schuldner seien nicht beeinträchtigt, jedenfalls würde sich auch hier die Frage der Beeinträchtigung erst durch das faktisch erfolgende Ausgebot feststellen lassen.

Gegen diesen dem Rechtsanwalt O. namens des Josef E. am 4. Mai 1906 zugestellten Beschluß legte Rechtsanwalt O. namens seines Mandanten mit Schriftsatz vom 9. Mai 1906 weitere sofortige Beschwerde zum Oberlandesgerichte München ein mit dem Antrage, zu beschließen:

1) Die Beschlüsse des Amtsgerichts München I Abt. B f. Civ.-S. vom 16. Februar 1906 und des Landgerichts München I vom 30. April 1906 werden aufgehoben.

2) Die Beschwerde des Martin V. vom 1. Februar 1906 werde zurückgewiesen.

3) Martin V. habe die Kosten der sofortigen Beschwerde und der weiteren sofortigen Beschwerde zu tragen.

Die weitere sofortige Beschwerde sei auch zulässig, wenn duae conformes vorliegen würden, weil erst der Beschluß des Amtsgerichts den Zuschlag versagt habe, wie das Wechselverhältnis der Vorschriften in den beiden Absätzen des § 101 ZVG. ergebe. Indessen liege ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vor, weil der Beschwerdeführer über die Gegenerklärung des Martin V. vom 14. April 1906 nicht gehört ist und weil die Würdigung des vorgebrachten Beschwerdegrundes unterlassen ist, daß Berechtigung und Verpflichtung der Hypothekzahlung, sohin Fälligkeit der Hypothek, im Verhältnisse zum Ersteher nur eintrete, wann dieser auch persönlicher Schuldner der Hypothekforderung geworden sei.

Diese weitere Beschwerde ist zwar formgerecht eingelegt, sie ist aber deshalb unzulässig, weil in der Entscheidung des Landgerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund nicht enthalten ist, das Beschwerdegericht vielmehr in seinem angefochtenen Beschlusse zu derselben Entscheidung wie das Vollstreckungsgericht gelangt ist (§ 568 Abs. 2 CPO.). Die Bemängelung, daß der Beschwerdeführer über die Gegenerklärung des Martin V. vom 14. April 1906 hätte gehört werden sollen, ist nicht begründet, weil nach § 99 des ZVG. das Beschwerdegericht die Beschwerde auch ohne weiteres zurückweisen kann, und lediglich, falls es eine Gegenerklärung für erforderlich erachtet, zu bestimmen hat, wer als Gegner des Beschwerdeführers zuzuziehen ist. Daß in der Beschwerdeinstanz die Würdigung des vorgebrachten Beschwerdegrundes unterlassen ist, als trete Berechtigung und Verpflichtung der Hypothekzahlung, sohin Fälligkeit der Hypothek, im Verhältnis zum Ersteher nur ein, wenn dieser auch persönlicher Schuldner der Hypothekforderung geworden sei, ist nicht richtig. Im angefochtenen Beschlusse ist, wie oben hervorgehoben, ausdrücklich ausgeführt, daß die N.sche Hypothek nach Vortrag im Grundbuche nicht nur bei Anwesensveräußerung, also natürlich auch bei zwangsweiser, sofort zahlbar ist, sowie daß die Schuldner auch jederzeit vollständige oder teilweise Zahlung

leisten dürfen, die Hypothekgläubiger N. sonach nicht bloß berechtigt sind, Barzahlung zu verlangen, sondern auch verpflichtet sind, solche anzunehmen (§ 1142 BGB.). Die Ausführung, wie sie Beschwerdeführer aus Jäckel (Zw.-Verst. und Zw.-Verw. § 52 Anm. 1 Abs. 2) anführt, daß in der Zwangsversteigerung ebensowenig wie in der freiwilligen Veräußerung ein Moment liege, welches die betreffenden Gläubiger verpflichte, Befriedigung aus dem Erlöse des Grundstücks anzunehmen, oder berechtige, dieselbe zu verlangen, schlägt hier nicht ein, weil ein Recht und eine Verpflichtung aus einem Vertrage in Frage ist. Hiernach ist ein neuer selbständiger Beschwerdegrund in der weiteren Beschwerde nicht enthalten und diese daher gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht zulässig. Die eingelegte weitere Beschwerde mußte deshalb als unzulässig zurückgewiesen werden. Beschluß vom 17. Mai 1906; Beschw.-Reg. Nr. 300/06.

III. Vermischte Nachrichten.

Der (28.) Deutsche Juristentag findet heuer vom 10. bis 12. September in Kiel statt. Als Beratungsgegenstände sind u. a. auf die Tagesordnung gesetzt worden: Aenderung des Tierhalterparagraphen (Berichterstatter: Enneccerus und Rechtsanwalt Bitter), Haftung des Staates für Beamte (Berichterstatter: Enneccerus und Justizrat Wildhagen), Aenderung des § 313 BGB. (Berichterstatter: Hamm und Oberneck), Behandlung rückfälliger, gewohnheits- und gewerbsmäßiger Verbrecher (Berichterstatter: Kahl und Oberstaatsanwalt Högel), gesetzliche Regelung des Akkordvertrags, Schutz des Erfinderrechts von Angestellten u. s. w.; man sieht, daß trotz des BGB. und seiner Nebengesetze der mehrfach schon befürchtete Mangel an Arbeitsstoff bisher noch nicht eingetreten ist. Das Vergnügungsprogramm steht, dem Orte der Tagung entsprechend, selbstverständlich unter den Zeichen der Marine; es verheißt u. a. eine Dampferfahrt in dem Kaiser Wilhelm-Kanal, Besichtigung von Kriegsschiffen oder der Kaiserlichen Werft, Fahrt in die Nordsee zum Flottenmanöver auf einem von der Hamburg-Amerika-Linie zur Verfügung gestellten Dampfer (mit Rückfahrt nach Hamburg), Besichtigung der Räume des Kaiserlichen Jachtklubs u. s. w. Wir wünschen dem Juristentage gedeihliche Arbeit, fröhliche Feststimmung und zahlreiche Beteiligung auch aus süddeutschen Kreisen!

E.

IV. Literatur.

1) J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) in München.

J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, herausgegeben von Dr. Th. Löwenfeld, Universitäts-Professor und Rechtsanwalt, Dr. E. Riezler, Universitäts-Professor, Dr. L. Kuhlenbeck, Universitäts-Professor, K. Kober, k. l. Staatsanwalt im Justizministerium, Dr. Th. Engelmann, k. Landgerichtsrat, Dr. F. Herzfelder, Rechtsanwalt, und J. Wagner, Oberstlandesgerichtsrat. Zweite vollständig neubearbeitete Auflage.

Von Staudingers Komm. zum BGB. ist nunmehr die 26. (Schluß-)Lieferung erschienen. Sie enthält den Abschluß des 6. Bandes, nämlich die Art. 49—218 des Einführungsgesetzes (hiervon Art. 49—54 erläutert von K. Kober, Art. 55—218 erläutert von Dr. L. Kuhlenbeck), Titel, Inhaltsverzeichnis und Sachregister zu Bd. 6, sowie als Bd. 7 das von Landgerichtsrat F. Keidel bearbeitete alphabetische Gesamtregister zu den 6 Bänden. Der Preis dieser Lieferung ist 12 Mk. 50 Pfg. Damit ist das große Werk per tot discrimina rerum, wie sie jedem derartigen Kollektivunternehmen drohen, auch in zweiter Auflage glücklich zu Ende geführt. Wir begrüßen diese Tatsache mit um so aufrichtigerer Freude, als der dem Kommentar pietätvoll erhaltene Name seines ersten Herausgebers ja auch mit der Geschichte unserer Zeitschrift untrennbar verknüpft ist.

R.

2) Helwing'sche Verlagsbuchhandlung, Hannover, 1906.

Haftentschädigung. Kommentar zu den Reichsgesetzen: 1) vom 20. Mai 1898, betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen; 2) vom 14. Juli 1904, betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft. Von J. Krause, Landrichter in Altenburg.

R 411

Der Kommentar schließt sich ungeachtet des Umstandes, daß wohl das Gesetz von 1904 in der Praxis die häufigere Anwendung finden wird, an die historische Entwickelung der Gesetze an. Hieraus erwächst für die Darstellung der Vorteil, bei Kommentierung des letzterlassenen Gesetzes auf den engen inneren Zusammenhang zurückzukommen, in dem dieses mit dem Gesetz von 1898 steht, und aus der Entwickelungsgeschichte des älteren Gesetzes den Zweck und die Anwendungsart des neueren zu erläutern. Die eingehende Behandlung des Stoffes bringt neben der eigenen Anschauung des Verfassers auch den Hinweis auf die Literatur und die gerichtlichen Entscheidungen zum Gesetze vom Jahre 1898. Zahlreiche Beispiele erleichtern das Verständnis der Gesetze. Das auf Seite 33 gebrachte, welches die an sich zutreffende Definition der „geringeren Geldstrafe" erläutern soll, erscheint jedoch verfehlt; nach ihm kommt ein Entschädigungsanspruch nicht zustande, da ein milderes Strafgesetz nicht angewendet ist. H.

3) Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung (Arthur Roßberg), Leipzig 1906.

Das deutsche Erbschaftsrecht. Ein Leitfaden durch das Erbschaftsrecht und ein Hilfsbuch. Von Max Hallbauer, Senatspräsident am K. Oberlandesgericht zu Dresden. Zweite Auflage. Preis 4 Mk. R 426

Leitfaden für den Hypothekengläubiger im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren. Von Gemeindevorstand Claus, Gerichtsaktuar a. D., Reick-Dresden. Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage. Preis 4 Mk. R 425

Der Kauf nach deutschem Rechte. Ein Leitfaden durch die gesetzlichen Bestimmungen über den Kauf. Von Dr. Springer, Rechtsanwalt in Leipzig. Preis 3,40 Mk. R 424

Die drei Bände (Nr. 102, 182, 180) der von Senatspräsident Hallbauer und Ministerialdirektor Schelcher herausgegebenen Juristischen Handbibliothek bringen Darstellungen der von ihnen behandelten Rechtsgebiete, welche ihrer Anlage und ihrer Fassung nach in erster Linie dazu bestimmt sind, den Bedürfnissen des praktischen Lebens zu dienen, indem sie denjenigen klaren und leichtfaßlichen Aufschluß geben, welche dessen nach ihrer beruflichen oder gesellschaftlichen Stellung augenblicklich bedürfen. Dabei entbehren die Abhandlungen nicht der wissenschaftlichen Grundlage und Belehrung und versetzen durch Verweisung auf die Rechtsprechung den Leser in die Lage, sich auch über diese leicht und selbständig zu orientieren. H.

4) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck), München.

Reichssteuergesetze vom 3. Juni 1906. 172 Seiten. Preis 1,80 Mk. R 483

In der bekannten roten Leinwanddecke der kleinen handlichen Gesetzesausgabe des genannten Verlags erscheinen soeben die neuen, für Jedermann wichtigen Steuergesetze, durch welche den Reichsfinanzen einmal systematisch aufgeholfen werden soll, als sehr sauber gedruckte Textausgabe, mit sehr ausführlichen, 17 doppelspaltige Seiten umfassenden alphabetischen Sachregister. Im Einzelnen enthält diese gefällige Ausgabe: 1) Das Gesetz betr. die Ordnung des Reichshaushalts und die Tilgung der Reichsschuld. 2) Das Gesetz wegen Aenderung des Brausteuergesetzes und das Brausteuergesetz in der Fassung vom 7. Juni 1906. 3) Das Zigarettensteuergesetz. 4) Das Gesetz wegen Aenderung des Reichsstempelgesetzes und letzteres selbst in der Fassung vom 7. Juni 1906 mit folgenden Abschnitten (d. h. Steuerobjekten): I. Aktien, Kuxe, Renten- und Schuldverschreibungen (§§ 1—8); II. Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte (§§ 9—24); III. Spiel und Wette (§§ 25—33); IV. Frachturkunden (§§ 34—42); V. Personenfahrkarten (§§ 43—52); VI. Erlaubniskarten für Kraftfahrzeuge (Automobilsteuer, s. §§ 53-62); VII. Vergütungen (Aufsichtsrats-Tantièmensteuer); hierzu VIII Bestimmungen allgemeiner Art u. s. w., ferner: 5) Das Erbschaftssteuergesetz.

5) Verlag von Emil Roth in Gießen, 1906.

Die Entscheidungen des Reichsgerichts ꝛc., herausgegeben von Otto Fuchsberger, Oberlandesgerichtsrat. Neunter Teil: **Krankenversicherungs-Gesetz.** Von J. Keidel, k. Bezirksamtmann. Erstes Supplement. Entscheidungen von 1901—1904. Preis geb. 10 Mk. R 413

In seiner ersten Abteilung bringt das stattliche Buch, anknüpfend an die Paragraphen des Krankenversicherungsgesetzes, die zu diesem ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts, der deutschen Verwaltungsgerichtshöfe und Oberlandesgerichte, sowie anderer Gerichte und Verwaltungsbehörden; im zweiten Teile (Anhang) folgen die zu den krankenversicherungsrechtlichen Bestimmungen der Unfallversicherungsgesetze und des Invalidenversicherungsgesetzes ergangenen Entscheidungen. H.

Redaktions-Adresse z. Zt.: München, Luisenstraße 3/III.

Für die Redaktion verantwortlich: Landgerichtsrat Dr. Engelmann in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 19. 15. September 1906.

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Landgerichtsrat,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Müller, Einfluß der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe auf Strafrecht und Strafprozeßrecht; Hilse, Entschädigungsansprüche aus Arbeitskämpfen; Scherer, Bauausführung. Welche Rechte hat der Nachbar, wenn infolge fahrlässiger Bauausführung sein Gebäude beschädigt wird, Risse erhält ꝛc. Haftet nur der (vielleicht zahlungsunfähige) Bauunternehmer oder auch der Bauherr (Grundeigentümer, Nachbar)? II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen); Landgericht München I (Civilsachen). III. Literatur.

I. Abhandlungen.

Einfluß der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe auf Strafrecht und Strafprozeßrecht.

Von Kgl. II. Staatsanwalt Dr. G. Müller in München.

Folgende drei in der Praxis mir rasch nach einander untergekommene Fälle veranlassen mich zur Behandlung obigen Themas:

1. Eine Ehefrau, welche ihre Ehe gemäß § 1334 BGB. mit Erfolg angefochten hat, erstattete gegen ihren ehemaligen Ehemann Anzeige wegen eines zu ihrem Schaden während der Ehe begangenen Diebstahls. Frage: Ist dieser Diebstahl nach § 247 Abs. 2 RStGB. straflos oder nicht?

2. Ein Ehemann, dessen Ehe infolge Anfechtung nach § 1333 BGB. für nichtig erklärt ist, soll als Zeuge bezüglich einer von seiner ehemaligen Ehefrau nach der Nichtigkeitserklärung begangenen Straftat vernommen werden. Frage: Kann er das Zeugnis verweigern?

3. Gegen einen Ehemann und die über 18 Jahre alte außereheliche Tochter seiner Ehefrau ist Anklage erhoben, weil beide mit einander den Beischlaf vollzogen haben (§ 173 RStGB.). Nach der Anklageerhebung wurde die Ehe angefochten. Die Strafkammer hat Aussetzung der Hauptverhandlung bis zur Erledigung des Eheanfechtungsprozesses beschlossen, da im Falle eines der Anfechtungsklage entsprechenden Ausganges des Civilprozesses mit rückwirkender Kraft entschieden werde, daß ein Schwägerschaftsverhältnis zwischen den Angeklagten nicht besteht. Frage: Ist dieser Aussetzungsbeschluß gerechtfertigt?

In diesen drei Fällen hängt die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen von dem Einflusse ab, welchen die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit und die mit der erfolgreichen Anfechtung verbundene Nichtigkeit der Ehe und insbesondere die rückwirkende Kraft der Nichtigkeitserklärung auf Angehörigkeitsverhältnisse im Straf- und Strafprozeßrecht haben.

Für das Gebiet des Strafrechts mangelt es an einer heranziehbaren Bestimmung darüber, ob die Vorschriften des BGB. hinsichtlich der Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverhältnisse und der Gültigkeit, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Ehen, sowie insbesondere hinsichtlich der rückwirkenden Kraft von Ehenichtigkeitserklärungen auf das Strafrecht übertragen werden können und inwieweit diese Vorschriften auf das Strafrecht von Einfluß sind. Die Verwendbarkeit des Art. 4 EG. z. BGB. nach dieser Richtung ist nur eine scheinbare. Nach Art. 4 EG. z. BGB. treten, soweit in Reichsgesetzen auf Vorschriften verwiesen ist, welche durch das BGB. außer Kraft gesetzt wurden, an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften des BGB. Es ist nun allerdings richtig, daß Art. 4 EG. z. BGB. eine ausdrückliche Verweisung auf die dort gedachten Vorschriften nicht voraussetzt und es ist weiterhin das Einverständnis nicht außer Acht zu lassen, welches in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes zum EG. z. BGB. darüber herrschte, daß, wenn auf das allgemeine Recht nur in dem Sinne verwiesen ist, daß dasselbe als solches, nicht als eine Besonderheit des betreffenden Gesetzes zur Anwendung kommen solle, das BGB. an die Stelle treten solle (Protokolle der Kommission für die 2. Lesung Bd. 6 S. 600). Allein damit ist nur klargestellt, daß, wenn in den in Kraft gebliebenen Reichsgesetzen technische Ausdrücke zur Bezeichnung von Rechtsverhältnissen verwendet sind, diese Rechtsverhältnisse jetzt nach BGB. beurteilt werden müssen. Daraus folgt, daß aus Art. 4 EG. z. BGB. nur das spärliche Ergebnis sich gewinnen läßt, daß Rechtsbegriffe wie „Verwandtschaft, Schwägerschaft, Ehemann, Ehefrau" auch im Strafrecht nach BGB. zu beurteilen sind. Dagegen läßt sich für die Feststellung der Wirkungen von Nichtigkeit und Nichtigkeitserklärung einer Ehe für die im Strafrecht in Betracht kommenden Verhältnisse der Ehegatten selbst, der Verwandten und Verschwägerten nichts ableiten.

Für das Gebiet des Strafprozeßrechts liegt eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung vor. Nach Art. 33 EG. z. BGB. finden, soweit in der Strafprozeßordnung an die Verwandtschaft oder Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind, die Vorschriften des BGB. über Verwandtschaft und Schwägerschaft Anwendung. Damit ist aber nur eine authentische Interpretation des Art. 4 EG. z. BGB. gegeben und nicht mehr gesagt, als daß unter Verwandten und Verschwägerten im Sinne der RStPO. jene Personen zu verstehen sind, welche nach den Bestimmungen des BGB. Verwandte oder Verschwägerte sind oder als solche gelten. Da Ehegatten unter einander weder verwandt noch verschwägert sind, so ist auf sie Art. 33 EG. z. BGB. unmittelbar nicht anwendbar. Man darf jedoch aus dem Satze, daß als Verwandte oder Verschwägerte im Sinne der RStPO. die Verwandten und Verschwägerten im Sinne des BGB. zu verstehen sind, wohl unbedenklich folgern, daß unter Ehegatten im Sinne der RStPO. nur die Personen zu verstehen sind, welche nach den Bestimmungen des BGB. Ehegatten sind oder als solche gelten, da das Schwägerschaftsverhältnis durch die Ehe begründet wird und das Verwandtschaftsverhältnis vielfach von dem Bestande einer Ehe abhängt. Aber aus diesen Sätzen läßt sich auch für das Gebiet des Strafprozeßrechts nur so viel feststellen, daß die Rechtsbegriffe von „Ehe, Verwandtschaft, Schwägerschaft, Ehemann und Ehefrau" sich mit den gleichen Rechtsbegriffen im Sinne des BGB. decken, nicht aber folgern, daß und inwieweit Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Ehe auf die Verhältnisse der Ehegatten selbst, der Verwandten oder Verschwägerten, soweit solche Verhältnisse im Strafprozeßrecht eine Rolle spielen, von Einfluß sind. Art. 33 EG. z. BGB. erscheint demnach als über-

flüssig und in der Tat hat er seine Existenz nur dem Stichentscheid des Vorsitzenden der zweiten Kommission zu verdanken, durch den seine Beibehaltung aber auch nur in dem Sinne beschlossen wurde, daß „von dem Artikel ein vorteilhafter Einfluß auf die sinngemäße Anwendung des Art. 4 zu erhoffen sei."

Art. 4 und Art. 33 EG. z. BGB. bestätigen nur die Anwendbarkeit der bürgerlichrechtlichen Begriffsbestimmungen hinsichtlich der hier in Frage kommenden Rechtsverhältnisse auch für Strafrecht und Strafprozeßrecht.

Aus Art. 4 und Art. 33 EG. z. BGB. kann demnach nur so viel gefolgert werden, daß eine nach § 1324 Abs. 1 BGB. nichtige Ehe auch für das Strafrecht und das Strafprozeßrecht als nicht vorhanden anzusehen ist, weil eine Ehe, bei deren Schließung die in § 1317 BGB. vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist, für das Rechtsleben begrifflich nicht vorhanden ist und es in diesem Falle einer Nichtigkeitserklärung nicht bedarf. Eine solche Ehe ist tatsächlich keine Ehe.

Für die anderen Fälle der Nichtigkeit und ebenso für die Fälle der Anfechtbarkeit einer Ehe muß zur Lösung der gestellten Frage nach dem Einfluß auf Strafrecht und Strafprozeßrecht von anderen Gesichtspunkten ausgegangen werden.

Als solche Gesichtspunkte dürfen folgende in Betracht kommen:

1. Der Zweck der gesetzlichen Bestimmungen, welche mit Rücksicht auf Ehe-, Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverhältnisse getroffen sind, muß vor allem festgehalten und zur Durchführung gebracht werden.

2. Für Strafrecht und Strafprozeßrecht sind stets die tatsächlichen Verhältnisse, für das Strafrecht insbesondere stets die zur Zeit der strafbaren Willensbetätigung bestehenden tatsächlichen Verhältnisse maßgebend.

3. Auf die Prüfung und Feststellung eines strafbaren Tatbestandes und ebenso auf die Würdigung strafprozessual bedeutungsvoller Verhältnisse kann der Wille einer Person und deren zivilrechtliche Verfügungsmacht nicht von Einfluß sein.

Ob diese Gesichtspunkte zutreffend sind, soll zunächst untersucht werden.

Wo im Strafrecht oder Strafprozeßrecht Ehe-, Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse von Bedeutung sind, erfolgte deren besondere Berücksichtigung, weil sie dem Gesetzgeber als wichtige Grundlagen sozialer Ordnung besonders schutzbedürftig und weil die durch nahe Angehörigkeit bedingten Rücksichtnahmen und familiären Gefühle besonders schonungsbedürftig erschienen. Ueberall wo im Strafrecht oder Strafprozeßrecht von Ehe-, Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnissen die Rede ist und in Ansehung dieser besondere Bestimmungen getroffen sind, stoßen wir auf die Tendenz, diesen Verhältnissen besonderen Schutz und besondere Berücksichtigung angedeihen zu lassen. Andererseits liegt dem Strafrecht und dem Strafprozeßrecht als Teilen des öffentlichen Rechts in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit zu Grunde. Soll dem Interesse der Allgemeinheit durch besonderen Schutz und besondere Berücksichtigung der Ehe-, Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverhältnisse gedient werden, so darf und kann die Erreichung dieser durch gesetzliche Sonderbestimmungen erstrebten und vorgezeichneten Zwecke von civilrechtlichen Regeln da nicht abhängig gemacht werden, wo letztere sich als Hemmschuh erweisen würden, vielmehr müssen diese Zwecke frei von zivilrechtlichen Fesseln zur Durchführung gebracht werden. Der im Interesse der Allgemeinheit erstrebte Zweck geht civilrechtlichen Regeln vor und der Strafrichter kann an zivilrechtliche Regeln nicht gebunden sein, wenn deren Einhaltung die Erreichung des öffentlich-rechtlichen Zweckes hindert.

*

Auch besteht das Interesse der Allgemeinheit an der Berücksichtigung der sie in erster Linie berührenden tatsächlichen Verhältnisse in ungleich höherem Maße als an der Berücksichtigung civilrechtlicher Verhältnisse. Ist dies insbesondere da klar, wo der Schutz von wichtigen Grundlagen der sozialen Ordnung bezweckt wird, und sind als solche soziale Ordnungen Ehe- und nahe Angehörigen-Verhältnisse von hervorragender Bedeutung, so ist sozialpolitisch die Berücksichtigung des tatsächlichen Bestandes einer, wenn auch nur formell bestehenden Ehe oder des durch diese begründeten Angehörigkeitsverhältnisses weit wichtiger als die Anwendung von Rechtssätzen, welche diesem Zustande die rechtliche Anerkennung versagen. Daraus folgt, daß, wenn es sich um den Schutz oder auch nur um die Berücksichtigung eines sozial bedeutungsvollen tatsächlichen Verhältnisses handelt, die Beachtung dieses tatsächlichen Verhältnisses für den Strafrichter vordringlicher ist als dessen civilistische Betrachtung. Diesen Gedanken hat der Gesetzgeber mehrfach zum Ausdruck gebracht. So wird z. B. die Bigamie auch dann gestraft, wenn der Ehegatte, der in einer nach §§ 1325—1328 BGB. nichtigen Ehe lebt, eine neue Ehe eingeht, bevor seine ursprüngliche Ehe für nichtig erklärt worden ist. Für den Tatbestand des § 171 RStGB. wird nur eine formell bestehende Ehe vorausgesetzt, mag dieselbe auch anfechtbar oder materiell nichtig sein, und nur eine wegen Nichtbeachtung der im § 1317 Abs. 1 BGB. vorgeschriebenen Form ohne weiteres nichtige Ehe genügt nicht. Ebenso kann der Entführer, der die Entführte geheiratet hat, wegen Entführung, selbst wenn die Ehe nach §§ 1325—1328 BGB. nichtig ist, erst dann verfolgt werden, wenn die Ehe für nichtig erklärt worden ist. Insbesondere aus dieser Gesetzesbestimmung mag man entnehmen, welchen großen Wert der Gesetzgeber gerade dem tatsächlichen Bestande auch einer materiell nichtigen oder anfechtbaren Ehe beigemessen hat. Die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse tritt auch in den Bestimmungen der § 22 Ziff. 2, 3, §§ 74, 51 Abs. 1 Ziff. 2, 3, §§ 57, 76, 95, 97 RStPO. hervor. Wenn bestimmt ist „ein Richter ist kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, wenn er Ehemann der Beschuldigten oder verletzten Person ist oder gewesen ist oder wenn er mit dem Beschuldigten oder Verletzten in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum 3. Grade verwandt oder bis zum 2. Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht", oder wenn bestimmt ist „zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt der Ehegatte des Beschuldigten, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, und die Personen, die mit dem Beschuldigten in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum 3. Grade verwandt oder bis zum 2. Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet wurde, nicht mehr besteht", so wird durch diese Bestimmungen nichts anderes zum Ausdrucke gebracht als der Wille des Gesetzgebers, die tatsächlich bestehenden nahen Beziehungen besonders zu berücksichtigen ohne Rücksicht auf die diese Verhältnisse beherrschenden civilrechtlichen Rechtssätze.

In der Tat sind die Gerichte, wenn sie nicht zufällig auf die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit einer Ehe aufmerksam werden, gar nicht in der Lage, diese Umstände zu berücksichtigen. Das Gesetz mutet ihnen auch nicht zu, bei Fällen, in denen Ehe-, Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse eine Rolle spielen, die Gültigkeit der diese Verhältnisse vermittelnden Ehe nachzuprüfen. Die Tatsache des formellen Bestandes der Ehe genügt. Es liegt aber auf der Hand, daß, wenn der Zufall die noch nicht erklärte Nichtigkeit einer formell bestehenden Ehe aufdeckt und dann der Strafrichter die materielle

Nichtigkeit berücksichtigen würde, er in dem Bestreben, rechtlich richtig zu verfahren, objektiv unrichtig und, soweit es sich um die Anwendung materiellen Strafrechts handelt, ungerecht in Ansehung aller jener Fälle handeln würde, in denen der Zufall ihn mit der Nichtigkeit nicht bekannt macht. Aus dem richtigen Gefühle heraus, daß vor allem die tatsächlichen Verhältnisse maßgebend sind, wird es keinem Gerichte beifallen, dann, wenn der Ehemann einer beschuldigten Frau das Zeugnis verweigert oder selbständig von den zulässigen Rechtsmitteln Gebrauch macht (§ 340 RStPO.), nachzuprüfen, ob denn der Ehemann auch in einer nicht nichtigen Ehe mit der Beschuldigten lebt. Erforderlich und genügend ist nur der Nachweis, ja nur die Behauptung des tatsächlichen formellen Bestandes der Ehe. In gleicher Weise wird im Falle des § 433 Abs. 2 RStPO. für die Fortsetzung der Privatklage durch den Ehegatten des verstorbenen Privatklägers der Bestand einer materiell gültigen Ehe nicht vorausgesetzt. Endlich ist sicher, daß der Vater des aus einer materiell nichtigen Ehe stammenden Kindes für dieses strafantragsberechtigt ist. In dieser Beziehung kann um so weniger ein Zweifel obwalten, als im Falle materieller Nichtigkeit der Ehe sogar das Civilrecht den tatsächlichen Verhältnissen insoweit Rechnung trägt, daß es dem Vater, der die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung nicht kannte, die aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte beläßt (§§ 1701, 1699 BGB.).

Es bestätigt sich also die Richtigkeit der Behauptung, daß der Strafrichter sowohl auf dem Gebiete des Strafrechts als auch auf dem Gebiete des Strafprozeßrechts in erster Linie den tatsächlich bestehenden Ehe-, Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverhältnissen Rechnung zu tragen hat. Diesen Standpunkt hat auch das Reichsgericht wiederholt eingenommen. Dasselbe hat z. B. ausgesprochen: „Bei § 171 RStGB. ist, um Ehegatte zu werden, nur der formell gültige Abschluß einer Ehe erforderlich und es bleibt die hierdurch erlangte Eigenschaft als Ehegatte bis zur Auflösung der sogar nichtigen Ehe bestehen. Die Ehe des Angeklagten mit seiner zweiten Ehefrau war aber zu der Zeit, als dieselbe als Zeugin vernommen wurde, noch nicht für nichtig erklärt und darum war dieselbe auch zu dieser Zeit noch dessen Ehegattin. Die Unterlassung der Belehrung der zweiten Ehefrau des Angeklagten über ihr Recht, das Zeugnis verweigern zu dürfen, verletzt daher den § 51 RStPO. (RGer. in Strafs. Bd. 18 S. 42). In einer weiteren, in der Rechtssprechung des Reichsgerichts Bd. 8 S. 277 veröffentlichten Entscheidung heißt es: „§ 172 RStGB. will im Interesse der Ehe als einer der wichtigsten Grundlagen aller rechtlichen und sozialen Ordnung jede tatsächlich bestehende Ehe so lange geschützt wissen, als sie vom Rechte überhaupt als Ehe behandelt wird und zu ihrer Auflösung unter Lebenden einer Scheidung oder Nichtigkeitserklärung bedarf, während der Ehebruch nur da ausgeschlossen ist, wo es sich um eine Ehe handelt, welche das Recht von vorneherein als eine rechtlich nicht existente behandelt, deren Existenz daher nicht erst der Beseitigung durch ein ehegerichtliches Erkenntnis bedarf. Es genügt eine nach den Gesetzen des Eingehungsortes formgemäß abgeschlossene und nicht wieder aufgehobene, wenn auch materiell ungültige Ehe". Endlich erkannte das Reichsgericht in einem Urteile vom 16. November 1905 (s. das Recht 1905 S. 685, Bl. f. RA. Bd. 71 S. 46), daß im Strafrecht ein Verlöbnis auch dann anzunehmen ist, wenn die Verlobten minderjährig sind und Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht vorliegt.

Der Grundsatz, daß für das Strafrecht stets die zur Zeit der strafbaren Willensbetätigung bestehenden tatsächlichen Verhältnisse maßgebend sind, ist

als feststehend allgemein anerkannt. Denn nur aus den zur Zeit der Begehung der Tat obwaltenden Umständen heraus kann die Tat richtig beurteilt werden. Nur nach diesem Zeitpunkte kann demgemäß der tatsächliche Bestand von Ehe-, Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverhältnissen beurteilt und in Betracht gezogen werden. Ohlshausen hat in Anm. 17 zu § 52 RStGB. ausdrücklich den Satz ausgesprochen, daß „für die Frage, ob der Bedrohte ein Angehöriger gewesen, lediglich die Zeit in Betracht kommt, in welcher der Täter die zu der fraglichen Handlung erforderliche Willensbetätigung vornahm."

Gerade der § 52 RStGB. ist eine jener Gesetzesbestimmungen, welche zu der Erkenntnis überleiten, daß für die Feststellung und Prüfung eines gegebenen Tatbestandes der den Bestand eines Angehörigkeitsverhältnisses möglicherweise beeinflussende Wille einer Person und deren civilrechtliche Dispositionsbefugnis nicht in Berücksichtigung gezogen werden darf. Ist eine strafbare Handlung nicht vorhanden, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist, so kann die Strafbarkeit der Handlung nicht dadurch geschaffen werden, daß die das Angehörigkeitsverhältnis vermittelnde Ehe infolge Anfechtung und Nichtigkeitserklärung samt ihren Wirkungen als niemals vorhanden beseitigt wird. Ganz gleich liegt die Sache bei den im Notstande begangenen Handlungen (§ 54 RStGB.). Wollte man der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der das Angehörigkeitsverhältnis vermittelnden, formell bestehenden Ehe eine Wirkung für das Strafrecht zuerkennen, dann hinge die Frage, ob eine zu Gunsten eines Angehörigen begangene, nach §§ 52, 54 RStGB. an sich straflose Handlung, wirklich straflos ist oder nicht, davon ab, ob die das Angehörigkeitsverhältnis vermittelnde Ehe angefochten und deren Nichtigkeitserklärung beantragt wird oder nicht. Aehnliches gilt für den Fall der Blutschande. Hat der in einer anfechtbaren Ehe lebende Ehemann mit der außerehelichen Tochter seiner Frau, wie in dem Eingangs erwähnten dritten Beispiele, den Beischlaf vollzogen, so kann die Bestrafung dieser Personen nicht davon abhängig sein, ob die Ehefrau die Ehe anficht oder nicht oder ob der Ehemann schlau genug ist, durch Anfechtung der Ehe die Strafbarkeit seiner Handlung zu beseitigen. Jedenfalls aber würde es gegen jedes Gerechtigkeitsgefühl verstoßen, wenn man die außereheliche Tochter der Willkür ihrer Mutter oder ihres Stiefvaters aussetzen wollte. Dies würde jedoch eintreten, wenn man der Anfechtbarkeit der Ehe einen Einfluß auf die Feststellung des Tatbestandes einräumen würde, da mit der Nichtigkeitserklärung der Ehe infolge Anfechtung das Schwägerschaftsverhältnis des Beschuldigten in Wegfall kommen, bei Unterlassung der Anfechtung aber bestehen bleiben und damit die Strafbarkeit begründen würde. Noch klarer zeigt sich die Sache bei Diebstählen und Unterschlagungen, die ein Ehegatte zum Schaden des anderen Ehegatten begeht. Wollte man die Ehe- vernichtende Wirkung der Nichtigkeitserklärung berücksichtigen, so wäre es in diesen Fällen dem in einer formell gültigen, aber anfechtbaren oder materiell nichtigen Ehe lebenden Ehegatten anheimgestellt, durch Anfechtung oder Geltendmachung der Nichtigkeit der Ehe den anderen Ehegatten entgegen der Schutzvorschrift des § 247 Abs. 2 RStGB. einer Bestrafung zuzuführen.

Aus diesen Beispielen, aus der Widersinnigkeit, Ungerechtigkeit und Tendenzwidrigkeit der Folgen, die sich bei Beachtung der parteirechtlichen Befugnisse zur Geltendmachung der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Ehe für das Strafrecht ergeben würden, folgt die Notwendigkeit der Nichtbeachtung der

materiellen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe, welche einer Ehe entgegenstehen, für Strafrecht und Strafprozeßrecht. Diese Notwendigkeit ergibt sich meines Erachtens auch aus dem Offizialprinzipe, nach welchem die Verfolgung des staatlichen Strafanspruches durch Geltendmachung privatrechtlicher Interessen nicht gestört werden darf.

Eine Zusammenfassung der vorstehenden Ausführungen ergibt folgende Sätze

I. für das Strafrecht:

1. Der von einem Ehe- oder Angehörigkeitsverhältnis abhängige Strafausschließungs-, Straferhöhungs- oder Strafminderungsgrund ist dem Täter auch dann zuzurechnen, wenn die diese Verhältnisse vermittelnde Ehe zur Zeit der Begehung der Straftat formell bestand, mag auch die Ehe materiell nichtig oder anfechtbar gewesen und dies dem Täter bekannt gewesen sein. Dies gilt für die Fälle der §§ 52, 54, 181, 213, 247, 257, 370 Ziff. 5 RStGB.

2. In jenen Fällen, in denen die Strafverfolgung des gegen Angehörige begangenen Delikts von einem Strafantrag des verletzten Angehörigen abhängt, ist die Stellung eines Strafantrags auch dann erforderlich, wenn die das Angehörigkeitsverhältnis begründende Ehe zur Zeit der Begehung der Tat nur formell bestand, materiell aber nichtig oder anfechtbar, jedoch noch nicht für nichtig erklärt worden war (§§ 189, 247 Abs. 1, 203, 292 RStGB.).

3. Die Befugnis des Ehemanns, auf Bestrafung wegen Beleidigung seiner Ehefrau anzutragen, wird durch die materielle Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe nicht aufgehoben, sondern besteht bis zum Eintritt der Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung und setzt nur voraus, daß die Ehe unter Beobachtung der Form des § 1317 BGB. geschlossen worden ist (§ 195 RStGB.).

4. In den Fällen der § 232 Abs. 2, § 263 Abs. 4 und § 303 Abs. 4 RStGB. bleibt die Zurücknahme des Strafantrags auch dann zulässig, wenn nach Stellung des Strafantrags die das Angehörigkeitsverhältnis vermittelnde Ehe infolge eines materiellen Nichtigkeitsgrundes oder infolge eines Anfechtungsgrundes für nichtig erklärt worden ist.

5. Die Bigamie ist strafbar, auch wenn die ursprüngliche oder die neu eingegangene Ehe materiell nichtig oder anfechtbar ist. Der formale Charakter des Verbots, eine neue Ehe vor Nichtigkeitserklärung der früheren Ehe zu schließen, entzieht der Möglichkeit, daß die materielle Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer der beiden formell gültigen Ehen den neuerlichen Eheabschluß straflos machen könnten, von vorneherein den Boden. Ist die Form des § 1317 BGB. nicht gewahrt, die Ehe aber in das Heiratsregister eingetragen, und haben die Ehegatten 10 Jahre oder, falls einer von ihnen gestorben ist, bis zu dessen Tode mindestens 3 Jahre als Ehegatten mit einander gelebt, so kann vor Ablauf dieser Zeiträume durch Eingehung einer neuen Ehe Bigamie nicht begangen werden (ebenso Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil Bd. 1 S. 225). Denn es wird mindestens formell gültiger Eheabschluß nach der Tendenz des Gesetzes erfordert. Wenn aber nur der formelle Bestand einer Ehe geschützt werden soll, so kann auch zur Verletzung dieses formellen Bestandes nur ein solcher vorausgesetzt werden.

6. Der Ehebruch ist auch dann strafbar, wenn die Ehe, welche wegen des Ehebruchs geschieden worden ist, materiell nichtig oder anfechtbar war.

7. Auch im Falle des § 173 Abs. 2 RStGB. — Beischlaf zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie — ist, wenn die das Schwägerschaftsverhältnis vermittelnde formell bestehende, aber materiell nichtige oder anfechtbare Ehe nicht vor der Tat für nichtig erklärt worden ist, das Schwäger-

schaftsverhältnis als bestehend anzusehen. Entscheidend ist der Zeitpunkt der Tat einerseits und der Zeitpunkt der Rechtskraft des die Nichtigkeit der Ehe aussprechenden Urteils andererseits. Der Strafrichter hat den Umstand, daß mit der Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung die Ehe als von Anfang an nicht vorhanden zu betrachten ist, nicht zu berücksichtigen, wenn die Tat vor dem Eintritt der Rechtskraft der urteilsmäßigen Nichtigkeitserklärung geschehen ist. Demgemäß ist, um dies nebenbei zu bemerken, der Eingangs dieser Ausführungen erwähnte und diese mitveranlassende Aussetzungsbeschluß nicht gerechtfertigt.

II. Für das Strafprozeßrecht:

1. Dem Ehegatten des Beschuldigten und den mit dem Beschuldigten in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum 2. Grade verschwägerten Personen steht das Zeugnis- und Eidesverweigerungsrecht gemäß § 51 Abs. 1 Ziff. 2, 3 § 57 RStPO. immer dann zu, wenn nur die Schließung der Ehe, durch welche das Ehegatten- oder Schwägerschaftsverhältnis begründet wurde, in formell gültiger Weise erfolgt ist. Die materielle Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe und ebenso die bereits erfolgte und rechtskräftig gewordene Nichtigkeitserklärung steht dem Zeugnis- und Eidesverweigerungsrechte nicht entgegen. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Sachverständigen für deren Recht zur Verweigerung des Gutachtens (§ 76 Abs. 1 RStPO.) und für die Anwendung der §§ 54, 76, 95 Abs. 2, 97 RStPO.

2. Der Rechtssatz, daß ein Richter, Schöffe, Geschworener oder Gerichtsschreiber kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist, wenn er Ehemann der beschuldigten oder verletzten Person ist oder gewesen ist, oder wenn er mit dem Beschuldigten oder Verletzten in gerader Linie verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum 2. Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche das Schwägerschaftsverhältnis begründet ist, nicht mehr besteht, gilt in allen Fällen, in denen eine Ehe in den Formen des § 1317 BGB. formell gültig geschlossen ist, mag auch die Ehe materiell nichtig oder anfechtbar sein, oder gewesen sein, oder sogar für nichtig erklärt worden sein (§ 22 Ziff. 2, 3, §§ 31, 32 RStPO.). Dasselbe gilt auch im Falle des § 74 RStPO. für die Ablehnung von Sachverständigen.

3. Der Ehemann einer beschuldigten Frau kann von den zulässigen Rechtsmitteln selbständig Gebrauch machen, soferne er nur in einer formell gültigen Ehe lebt. Die materielle Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit der Ehe tun diesem Rechte bis zur Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung keinen Eintrag (§ 340 RStPO.). Das Gleiche gilt für den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 401 Abs. 2, 405 RStPO.) für die Befugnis des Ehegatten zur Fortsetzung der Privatklage gemäß § 423 Abs. 2 RStPO. und in Ansehung der Zulassung des Ehemanns einer Angeklagten als deren Beistand (§ 149 Abs. 1 RStPO.).

4. Im Verfahren gegen Abwesende sind Angehörige als Vertreter des Beschuldigten zuzulassen und zur Wahl eines Verteidigers sowie dazu befugt, von den dem Beschuldigten zustehenden Rechtsmitteln Gebrauch zu machen, wenn die das Angehörigkeitsverhältnis begründende Ehe formell besteht und solange dieselbe nicht rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist (§§ 322, 324, 328 RStPO.).

5. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens in Fällen, in welchen die Strafbarkeit einer Handlung von dem Bestande einer Ehe oder eines Schwägerschaftsverhältnisses abhängt, aus dem Grunde, daß die das Ehe- oder Schwägerschaftsverhältnis begründende formgültig geschlossene Ehe für nichtig erklärt worden

ist, muß als ausgeschlossen gelten, wenn die Tat vor dem Eintritt der Rechtskraft des die Nichtigkeit der Ehe aussprechenden Urteils begangen worden ist.

Ein Schlußergebnis gipfelt auch in dem Satze, daß die rückwirkende Kraft der Ehenichtigkeitserklärung nicht für strafrechtlich und strafprozessual bedeutungsvolle Handlungen gilt, welche vor dem Eintritt der Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung vorgenommen worden sind.

Entschädigungsansprüche aus Arbeitskämpfen.

Von Kreisgerichtsrat Dr. B. Hilse in Berlin.

Die Geschichte ist die Lehrmeisterin der Menschheit. Sie liefert auch die untrügerischen Unterlagen zur Widerlegung der allgemein verbreiteten Anschauung, es seien die augenblicklich zur Landesplage ausgearteten Arbeitskämpfe zwischen Betriebsinhabern und Betriebsgehilfen behufs Erzielung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen erst eine Erscheinung der Neuzeit, nämlich zeitlich und ursachlich zurückführbar auf das durch § 152 GO. gewährleistete Koalitionsrecht. Denn dem Mittelalter waren gleiche Bewegungen bereits bekannt und zwar in den Ausständen der Weberknechte zu Speier 1351 und 1362, der Oberrheinischen Schuhmachergesellen 1407, der Schneidergesellen zu Konstanz 1410, der Kürschnergesellen zu Straßburg 1423, der Bäckerknechte zu Kollmar 1495, der Tuchmacherknappen zu Zittau 1687, endlich der Schuhmachergesellen zu Augsburg 1724. Selbst das heute beliebte Streikpostenstehen kam bereits in dem Arbeitskampfe der Konstanzer Bäckergesellen zur Anwendung, deren Sieg auf das System der Schildwachen zur Abhaltung fremder Knechte zurückgeführt wird. Es darf deshalb nicht Wunder nehmen, wenn die Leiter der Streikbewegung auf gleiche Mittel zurückgreifend den Schwerpunkt auf eine wohlgeordnete Verhinderung des Zuzuges von Arbeitskräften in die vom Streike getroffenen Ortschaften oder auf die seitens der Betriebsgehilfen gesperrten Betriebsstätten bezw. Arbeitsstätten legen, gleichwie die Betriebsinhaber sich bemühen, den aus den Streikorten abziehenden das Erlangen einer anderweiten Beschäftigung außerhalb abzuschneiden. Bei den heutigen Verkehrsverhältnissen und den Kosten eines noch so einfachen Lebensunterhaltes, beansprucht ein derarter Lohnkampf nicht unerhebliche Geldmittel. Die überwiegende Mehrzahl derselben verläuft ergebnislos, weil die zur Verfügung stehenden Gelder schnell verbraucht und die Ausständigen gezwungen sind, eine dargebotene Arbeitsgelegenheit aufzunehmen, um die Mittel zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse für sich und ihre Familienglieder sich zu verschaffen. Deshalb wird neuerdings der Versuch gemacht, für Rechnung der Betriebsinhaber den Streik fortsetzen zu können. Zu diesem Zwecke werden die seitens der Streikposten wieder abgeschobenen, durch die Betriebsinhaber von außerhalb für die leeren Arbeitsstellen herangezogenen Betriebsgehilfen veranlaßt, gegen ihre Arbeitgeber Ansprüche auf Entschädigung in Höhe der Reisekosten und eines einwöchentlichen Durchschnitts-Arbeitsverdienstes gerichtlich zu verfolgen, und zwar unter der Begründung, daß dieselben bezw. deren Vertreter ihnen einen Grund zum Verlassen der Arbeit ohne Einhalten einer Kündigungsfrist gegeben, weil sie ihnen verschwiegen hätten, daß die ihnen angebotene Arbeitsgelegenheit auf gesperrten Arbeitsstätten oder in Streikorten zu verrichten sei, indem hierin der Versuch zu erblicken wäre, sie zu Handlungen zu verleiten, welche wider die Gesetze oder die guten Sitten laufen. Weil seitens einzelner zur Entscheidung zuständiger Gewerbegerichte solchen Anträgen stattgegeben wurde, erscheint es

gerechtfertigt, in Prüfung der Rechtsfrage einzutreten. Von vornherein darf daran festgehalten werden, daß der im § 124a GO. vorgesehene Fall einer vorzeitigen kündigungslosen Lösung des Arbeitsvertrages hier deshalb nicht in Frage kommen kann, weil dessen unabweisbare Voraussetzung einer mindestens vierwöchentlichen Vertragsdauer nicht vorliegt. Mithin wäre nur auf § 124 Ziff. 3 mit § 124b GO. der Anspruch zu stützen. Verträge sind (§ 157 BGB.) aber so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern; und dieser Grundsatz beherrscht auch den gewerblichen Arbeitsvertrag. Nun stimmt die Rechtsregel des § 124 Ziff. 3 GO. in ihren wesentlichen Begriffsmerkmalen überein mit § 138 BGB., wonach ein Rechtsgeschäft, welches gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. Die Betriebsgehilfen gehen allerdings von der Annahme aus, es sei nach der innerhalb der Kreise der Arbeitnehmer ausgebildeten Verkehrssitte als Streikbrecher derjenige anzusehen, welcher in eine seitens der Streikenden gemiedene Arbeitsstelle eintritt. Der Streikbrecher werde seitens seiner Fachgenossen geächtet und ihm sein Fortkommen dadurch erschwert, daß dieselben ihn gleichsam in Verruf erklärend, seine Beschäftigung auf Arbeitsstätten verhindern, welche mit organisierten Arbeitern besetzt sind. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird allerdings durch die Erfahrung bestätigt, welche innerhalb größerer Industrieorte täglich gemacht werden kann, indem die Betriebsgehilfen durch die Drohung einer sofortigen Massenarbeitsniederlegung den Betriebsinhaber meist erfolgreich veranlassen, den Arbeitswilligen zu entlassen, wodurch er die Möglichkeit des Erlangens einer Arbeitsgelegenheit verliert. Allein dem ungeachtet wäre es verfehlt, ein derartes Vorgehen als eingebürgerte Verkehrssitte anzuerkennen, und daraus die Schlußfolgerung ziehen zu wollen, es verstoße gegen die guten Sitten, arbeitswillig zu sein, wo andere arbeitsausständig sind. Die Begriffsmerkmale zur Anwendbarkeit des § 124 Ziff. 3 GO. sind mithin nicht erfüllt und deshalb auch ein Anspruch aus § 124b GO. mit § 628 BGB. nicht gegeben. Denn würde selbst der Vordersatz als untrüglich aufgestellt werden können: „es verstoße die Aufnahme der Arbeit in einem Streikorte oder auf einer gesperrten Arbeitsstätte gegen die guten Sitten", so würde dennoch das gleiche Endergebnis in logischer Gedankenfolge gewonnen werden müssen. Der Arbeitsvertrag ist durch das Angebot und die Zusage der zu leistenden Dienste infolge freier Willenseinigung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer zustande gekommen. Nun kann zwar, wer bei Abgabe einer Willenserklärung im Irrtum war, solche (§ 119 BGB.) anfechten; allein doch nur wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde, sowie unter der weiteren unabweisbaren Voraussetzung, daß auf seiner Seite der Irrtum ein verzeihlicher und entschuldbarer war. Beide Begriffsmerkmale liegen nicht vor. Der ausgebildete Gewerbebrauch muß in jedem von außerhalb durch Arbeitswerber nach einer entlegenen Betriebsstätte herangezogenen Arbeiter den Argwohn hervorrufen, es handle sich um Arbeiten in einem Streikorte, also um Ersatz der durch Ausständige verlassenen Arbeitsstellen. Von dieser Anschauung ausgehend muß er sich darüber klar werden, ob er eine derarte Arbeitsgelegenheit aufnehmen oder ablehnen will. Seine Sache ist es deshalb, durch Befragen festzustellen, ob er den Vorwurf des Streikbrechers auf sich laden könnte. Verabsäumt er diese Feststellung, so hat sein eigenes Verschulden zur Entstehung des Irrtums mitgewirkt, ist letzterer mithin nicht entschuldbar. Der Arbeitswerber würde gegen die Interessen seines Auftraggebers handeln, wollte er unaufgefordert die Mitteilung machen, daß Streikorte in Frage kommen, auch sich selbst wirtschaftlich

schädigen, weil ihm eine Mäklergebühr (§ 652 BGB.) nur für den durch ihn wirklich zustande gekommenen Vertrag zusteht. Kann der Arbeiter dem eingegangenen Arbeitsvertrag aber nicht wegen Irrtums anfechten, dann bleibt derselbe eben rechtswirksam und ist er nur unter Einhalten der Kündigungsfrist des § 122 GO. lösbar. Dies führt aber zu dem weiteren Endergebnisse, daß der von außerhalb in eine offene Arbeitsstelle herangezogene Arbeiter, wenn er durch die Streikposten sich wieder abschieben läßt, nicht nur keine Entschädigungsansprüche gegen den Betriebsinhaber erheben kann, vielmehr demselben sogar wegen rechtswidrigen Verlassens der Arbeit auf Grund § 124b GO. Entschädigung leisten muß.

Bauausführung. Welche Rechte hat der Nachbar, wenn infolge fahrlässiger Bauausführung sein Gebäude beschädigt wird, Risse erhält 2c. Haftet nur der (vielleicht zahlungsunfähige) Bauunternehmer oder auch der Bauherr (Grundeigentümer, Nachbar)?

Von Dr. M. Scherer, Rechtsanwalt b. Reichsgericht in Leipzig.

Daß der Bauunternehmer, der den Schaden verursacht hat, haftet, unterliegt keinem Zweifel; falls derselbe zahlungsfähig ist, wäre hiermit auch vollständig den Anforderungen der Praxis genügt. Anders liegt aber der Fall, wenn der Bauunternehmer zahlungsunfähig ist oder wird, was sehr häufig vorkommt. In diesem Falle erhebt sich die Frage mit praktischer Notwendigkeit: Haftet auch der Bauherr? Die Rechtsprechung des II. Civilsenats des Reichsgerichts geht für das rheinische Recht dahin:

Der Bauherr haftet nicht, wenn er dem Bauunternehmer die Ausführung der Arbeit übertragen hat, ohne sich die Kontrolle vorzubehalten. Reichsgericht 23. Oktober 1903 II. 124/03. Elsaß-Lothringische Zeitschrift 1904, 307. Sieht er allerdings, daß der Bauunternehmer fahrlässig verfährt und Risse entstehen, so muß er sofort einschreiten, sonst haftet er von diesem Moment ab für die Erweiterung des Schadens. Vgl. obiges Urteil des Reichsgerichts, welches das die Klage abweisende Urteil aufgehoben hat und die Sache zurückverwies. Das Oberlandesgericht Köln hat bei der Weiterverhandlung angenommen, daß seit Kenntnis des Bauherrn von den Rissen eine Erweiterung des Schadens nicht mehr stattgefunden habe, und hat daher den beschädigten Nachbar abgewiesen. OLG. Köln 4 U. 424/03 i. S. B. gegen H. und hierzu das Urteil des RGer. II. 345/05.

Hat sich aber der Bauherr die Aufsicht über den Neubau vorbehalten, dann haftet er dem beschädigten Nachbar. Der Bauherr, ein Kaufmann aus Frankfurt, hatte sich die Aufsicht über den Neubau in Heidberg vorbehalten und wurde deshalb wegen der Risse des Nachbarhauses verurteilt, RG. 18. Juni 1904, II. 90/04.

In Betracht kommt auch folgendes Urteil des VI. Civilsenats: „Der zweite Grund des OLG., daß der Beklagte die Ausschachtungsarbeiten wiederholt besichtigt habe, und weil er früher eine Anzahl Häuser habe bauen lassen und dadurch eine gewisse Erfahrung erworben habe, in der Lage gewesen sei, die begangenen Fehler zu erkennen, ist zu unbestimmt. RGer. 9. Januar 1905, VI. Zeitschrift der Anwaltskammer Naumburg 1905, S. 25—26. Andererseits sind die Pflichten des Grundeigentümers nicht mit der Auswahl der zur Verrichtung geeigneten Personen erschöpft, es liegt ihm auch ob die entsprechende Anweisung

der Arbeiter, die Beobachtung etwa bestehender Polizeivorschriften und die Kontrolle über die richtige Ausführung der einem anderen übertragenen Verrichtungen. RG. 6. Juli 1905, VI. 572/04."

Man wird sich der Ueberzeugung nicht verschließen können, daß diese Rechtsprechung den Erfordernissen des Lebens nicht entspricht, wenn der Bauunternehmer zahlungsunfähig ist oder wird. Wenn man die Sache von dieser praktischen Seite auffaßt, wird es klar, was der Digestentitel 39, 1 de operis novi nuntiatione für eine praktische Bedeutung hat. Nach römischen Recht konnte der Nachbar verlangen und zwar vor Ausführung des Baues bezw. Ausschachtung, daß Sicherheit für den befürchteten Schaden geleistet wird. Die französische Jurisprudenz hat angenommen, daß dieser Digestentitel durch den Besitzesschutz gedeckt wird und deshalb gestrichen werden könne. Dies ist namentlich ausgeführt in Henriot de Pansey de la compétence des juges de paix Chap. 52. In Zachariä 6. Aufl. Bd. 1 § 187a ist die Meinung noch ausführlicher mitgeteilt. Die Anhänger dieser Ansicht wollen die römische Einrichtung der operis novi nuntiatio einfach weiter bestehen lassen. Dieser Meinung liegt jedenfalls ein gesunder Kern zu Grunde. Das Entstehen von Rissen 2c. ist eine Besitzstörung und für die Besitzstörung haftet nicht nur der Bauunternehmer, sondern auch der Grundeigentümer, welcher durch den Bauunternehmer die Ausschachtung 2c. vornehmen ließ, sei es mit oder ohne Kontrolle. Die Sache verhält sich ähnlich, wie wenn jemand seine Gebäude vermietet und die Mieter Besitzstörungen veranlassen. Auch in diesem Falle ist die Besitzstörungsklage nicht nur gegen den Mieter, sondern auch gegen den Vermieter zulässig. Die Besitzstörung hat aber die Wirkung, daß auch der Eigentümer für die Störung haftet.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts geht in dieser Hinsicht dahin:

„Vermieter unterliegt wegen wiederholter Eingriffe des Mieters in das Eigentumsrecht des Nachbars prima facie allemal neben dem Mieter der Eigentumsfreiheitsklage, weil er entweder sein Grundstück mit der Berechtigung des Mieters zu solchen Eingriffen (ihm, dem Vermieter gegenüber) vermietet hat, oder in der Lage wäre, den Mieter an den auch ihm gegenüber unberechtigten Eingreifen zu hindern. Ebenso schon nach GR. RGer. 7. Januar 1901, VI. Sächsisches Archiv 1901, S. 218—220. RGer. 23. Januar 1904, V. Seufferts Archiv 1904, S. 230. Juristische Wochenschrift 1904, S. 142; Juristen-Zeitung 1904, S. 407; Puchelt 1904, S. 137. Auch nach code civ. Art. 1384. Ein Verschulden des Vermieters ist nicht nötig. RGer. 18. Januar 1902. V. Rassow-Küntzel 1902, S. 650. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1902, S. 388. Aufhebung.

Als „Störer" im Sinne des § 1004 ist auch der Vermieter anzusehen, da er, wenn er auch nicht von Anfang an dem Vermieter die Vornahme der schädigenden Handlung gestattet haben sollte, jedenfalls mit dem Augenblick, in welchem er von letzteren erfährt, zu deren Beseitigung verpflichtet, anderenfalls aber als Mitverursacher der Störung zu erachten ist. RGer. 23. Januar 1904, V. 311/03. Elsaß-Lothringische Zeitschrift 1904, S. 545. Rassow-Küntzel 1904, S. 949. Mitverschulden des Pächters und Verpächters. Reichsgericht 1. November 1902, V. 170/02. Recht 1903, S. 18."

Allerdings ist auch diese Entscheidung nicht absolut. Der Verfasser geht weiter und wendet auf diesen Fall den § 278 BGB. an. Was der Eigentümer durch seine Bauunternehmer vollziehen läßt, dafür hat er als Eigentümer einzustehen und nur dieses Resultat entspricht den Erfordernissen der Praxis. Man kann den Beschädigten nicht an den zahlungsunfähigen Bauunternehmer verweisen.

§ 278 sagt: „Der Schuldner hat das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, zu vertreten." — Der § sagt nicht „zur Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeiten", er betrifft also alle Verbindlichkeiten, also auch die gesetzlichen. Nun führt § 909 eine gesetzliche Verbindlichkeit des Grundeigentümers ein, nämlich das Verbot der Vertiefung des Grundstücks in der Weise, daß der Boden des Nachbargrundstücks seine Stütze verliert. Von dieser gesetzlichen Verbindlichkeit wird der Eigentümer nicht dadurch frei, daß er durch seine Leute oder einen Bauunternehmer graben läßt. Er ist auch nicht rettungslos verloren. Er muß einen Bauunternehmer wählen, der bei einer solventen Versicherungsgesellschaft gegen solche Gefahren versichert ist.

Nach der hier vertretenen Auffassung haften der Bauunternehmer und der Grundeigentümer = Bauherr solidarisch für den Schaden.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß.

§ 12 Ziff. 1 des Nahrungsmittelgesetzes. „Herstellen"; Versuch oder Vorbereitungshandlung.

Das angefochtene Urteil läßt eine Gesetzesverletzung nicht erkennen.

Daß die Verarbeitung von Rindfleisch zu Würstchen als „Herstellung" eines Nahrungsmittels im Sinne des § 12 Ziff. 1 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. Mai 1879 gelten kann, ist unbedenklich; es ist auch die Ansicht nicht zu beanstanden, daß, wie der Vorderrichter im Anschluß an die Entsch. d. RGer. Bd. 7 S. 151 ausführt, die gesundheitsschädliche Eigenschaft nicht erst durch die Art der an dem Nahrungsmittel vorgenommenen, dasselbe umformenden menschlichen Tätigkeit hervorgerufen zu sein braucht, sondern daß auch die Umarbeitung eines bereits gesundheitsgefährlichen Rohstoffes in die ihn zum menschlichen Genusse bereit machende Gestalt eine „Herstellung" ist, die vom Gesetz mit Strafe bedroht ist, falls sie derart geschieht, daß der Genuß des Nahrungsmittels die menschliche Gesundheit zu beschädigen geeignet ist.

Das Gericht hat als erwiesen angenommen, daß Angeklagter eine größere Menge Rindfleisch, das bereits in Fäulnis übergegangen und dessen Genuß geeignet war, die menschliche Gesundheit zu beschädigen, mit dem Bewußtsein von seiner verdorbenen und gesundheitgefährdenden Beschaffenheit dazu bestimmt hatte, zu Würstchen verarbeitet und in dieser Form an Kunden verkauft zu werden, die wie ihm bekannt war, dasselbe als Nahrungsmittel für Menschen weitervertrieben haben würden.

Für den subjektiven Tatbestand des zur Anwendung gebrachten Gesetzes genügten diese Feststellungen.

In objektiver Hinsicht ist ferner für erwiesen erachtet, daß ein vollendetes Vergehen nicht vorliege, weil die Herstellung der Würstchen durch das Eingreifen der Polizeibehörde unterbrochen wurde, daß aber die Merkmale des Versuchs erfüllt seien, weil Angeklagter das Fleisch bereits in fingerlange Stücke zerschnitten und eingesalzen, es auch in dem Geschäftsraume, der für die endgültige Zubereitung der Würste bestimmt und eingerichtet war, in einer Molle aufgestellt und bei der Untersuchung dem kontrollierenden Beamten gegenüber Aeußerungen getan hatte, die bezweckten, sich das Fleisch zur Wurstanfertigung zu erhalten und der behördlichen Beschlagnahme vorzubeugen.

Auch diese Feststellung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Revisionsbehauptung, die sämtlichen Handlungen könnten nur als Vorbereitungshandlungen gelten, weil die Herstellung der Würstchen erst mit dem Hineintun des Fleisches in die sog. Wurstmaschine beginne, ist gegenüber den tatsächlichen Feststellungen der Strafkammer nicht beachtlich. Die letzteren sind auch für das Revisionsgericht bindend und der Nachprüfung nur insofern unterworfen, als zu untersuchen ist, ob die Strafkammer von einer richtigen Auffassung des Begriffs der Versuchshandlung als einer Tätigkeit, die eine zum gesetzlichen Tatbestande des Vergehens gehörige Handlung selbst bedarf, ausgegangen ist. Da unter „Herstellen" eines Nahrungsmittels dessen Fertigstellung zum Genusse zu verstehen ist, kann die Annahme keinem Bedenken unterliegen, daß in der von dem Angeklagten entwickelten Tätigkeit bereits ein Anfang der Ausführung des Vergehens liegt, denn es ist mit der Fertigstellung jedenfalls begonnen worden, sobald das Fleisch zerschnitten, eingesalzen und zum Durchdrehen durch die Maschine in dem Geschäftsraume bereitgestellt ist. Für die Ermittelung der Willensrichtung des Angeklagten bei Ausführung dieser Handlungen ist zutreffend sein Verhalten gegenüber dem Beamten herangezogen worden, weil dadurch der Entschluß, das verdorbene Fleisch trotz der Kenntnis von seiner gesundheitsschädlichen Eigenschaft zu verarbeiten, für bewiesen erachtet werden konnte. III. Strafsenat D. 1345/05. Urteil vom 7. Mai 1906.

§§ 269, 270 StPO. Einfluß der durch das Gesetz vom 5. Juni 1905 erweiterten schöffengerichtlichen Zuständigkeit der Strafkammer zur Aburteilung einer vom Schöffengericht an sie überwiesenen Sache.

Die Strafkammer hatte mit Beschluß vom 21. März 1905 gegen den Angeklagten wegen Vergehens des einfachen Hausfriedensbruches, der Bedrohung und der gefährlichen Körperverletzung das Hauptverfahren eröffnet und die Verhandlung und Entscheidung dem Schöffengericht zu C. überwiesen. Dieses verurteilte in der Verhandlung vom 19. April 1905 den Angeklagten wegen Bedrohung zu 20 Mk. Geldstrafe, trennte die Verhandlung wegen Körperverletzung ab und verwies, indem es sich für unzuständig erklärte, die Sache wegen Hausfriedensbruchs, da sich in der schöffengerichtlichen Verhandlung diese Tat als Vergehen nach § 123 Abs. 3 des Strafgesetzbuches herausgestellt hatte, gemäß § 270 der Strafprozeßordnung an das Landgericht, das auf Grund dieses Ueberweisungsbeschlusses vom 22. September 1905 über diese Tat aburteilte und das mit der Revision angefochtene Urteil erließ.

Weder das Verfahren des Schöffengerichts noch dasjenige des Landgerichts ist zu beanstanden.

Es handelte sich bei dem Hausfriedensbruche nach seiner ursprünglichen Qualifizierung um eine an sich zur Zuständigkeit des Schöffengerichts gehörige, nicht um eine Sache, die nur im Wege der Ueberweisung an das Schöffengericht gelangen konnte. Ergab sich hier im Laufe der schöffengerichtlichen Verhandlung, daß eine die schöffengerichtliche Zuständigkeit übersteigende Sache vorliege — und dies war der qualifizierte Hausfriedensbruch zur Zeit der schöffengerichtlichen Verhandlung vom 19. April 1905 nach § 27 des Gerichtsverfassungsgesetzes a. F. — so war das Schöffengericht nach § 270 der Strafprozeßordnung verpflichtet, sich für unzuständig zu erklären und Beschluß nach § 270 der Strafprozeßordnung zu erlassen ohne Rücksicht darauf, ob eine überweisungsfähige Sache in Frage war (Löwe Nr. 5a zu § 270 der Strafprozeßordnung).

Zur Zeit, als das Landgericht auf Grund des als Eröffnungsbeschluß wirkenden schöffengerichtlichen Ueberweisungsbeschlusses über den Hausfriedensbruch aburteilte, war mit Rücksicht auf die inzwischen durch das Gesetz vom 5. Juni 1905 eingetretene Erweiterung der schöffengerichtlichen Zuständigkeit zur Aburteilung der Straftat das Schöffengericht berufen. Dies hinderte jedoch die Strafkammer nicht, auf Grund des vorliegenden Ueberweisungsbeschlusses ihrerseits den Hausfriedensbruch abzuurteilen. Sie war nach § 269 der Strafprozeßordnung sogar nicht einmal in der Lage, sich für unzuständig zu erklären. So wenig die Strafkammer dies hätte tun können, wenn das Schöffengericht sich etwa irrtümlich für unzuständig erklärt haben würde (Rechtspr. Bd. 7, S. 641; RGer. in Straff. Bd. 16, S. 39, Bd. 13 S. 383), so wenig konnte es deshalb geschehen, weil die Unzuständigkeitserklärung zwar zu Recht erfolgt, das Schöffengericht aber inzwischen wegen veränderter gesetzlicher Bestimmungen zuständig geworden war. III. Strafsenat D. 1297/05. Urteil vom 23. April 1906.

§ 14. Warenzeichengesetz. Nicht eintragungsfähige Farbenbezeichnung. Verwechselungsgefahr.

Die Strafkammer verneint zunächst die Verwechselungsgefahr hinsichtlich des dem Nebenkläger geschützten Zeichens: „Goldblondchen" und der vom Angeklagten, wie das Urteil sagt, gebrauchten Bezeichnung: „Goldblond-Limonade" um deswillen, weil Leute, die ohne jede Sachkenntnis und ohne jedes Interesse an der Bezeichnung der von ihnen gekauften Ware sind, allerdings die Goldblond-Limonade des Angeklagten für identisch mit dem Goldblondchen des Nebenklägers ansehen könnten, das Urteil solcher Leute aber nicht in Betracht komme, da das aus einigermaßen erfahrenen Geschäftsleuten bestehende Publikum beide Getränke sicher nicht verwechsele, und das gleiche auch auf solches Publikum zutreffe, das nicht aus erfahrenen Geschäftsleuten bestehe, aber mit einigem Verständnis und Interesse, wenn auch mit einer im Geschäftseifer erklärlichen Flüchtigkeit die Bezeichnungen der Waren prüfe. Für alle diese seien die Abweichungen so groß und in die Augen und in das Gehör fallend, daß eine Möglichkeit der Verwechselung nicht gegeben sei.

Diese Ausführungen unterliegen nach verschiedenen Seiten hin Bedenken.

Zunächst handelt es sich nicht um eine Verwechselungsmöglichkeit hinsichtlich der Bezeichnungen: „Goldblond-Limonade" und „Goldblondchen" wie das Urteil sagt, sondern um eine solche hinsichtlich der Bezeichnungen: „Goldblond. Li" und „Goldblondchen", und es trifft schon deshalb das, was über die erhebliche Abweichung der ersterwähnten beiden Bezeichnungen für Auge und Gehör gesagt ist, keineswegs für die beiden letzterwähnten zu, die sich sowohl dem Auge als dem Gehöre weit ähnlicher darstellen, als die Bezeichnungen: „Goldblond-Limonade" und „Goldblondchen".

Es ist aber bei Prüfung der Frage nach dem Vorliegen einer Verwechselungsgefahr weiter zu berücksichtigen, daß die Verkehrskreise, auf deren Anschauung es bei der Warenbezeichnung vor allem ankommt, die Konsumenten sind und zwar nicht nur solche Konsumenten, die mit Verständnis und Interesse die Bezeichnungen der Waren prüfen, sondern auch kleine, wenig intelligente Abnehmer der Ware, weshalb in jedem einzelnen Falle immer zu prüfen ist, aus welchen sozialen Kreisen sich die Abnehmer vorzugsweise zusammensetzen, desgleichen ist zu berücksichtigen, daß dem einzelnen Abnehmer bei seinem Einkaufe das geschützte Warenzeichen zur Vergleichung nicht vorliegt, daß er häufig nur aus der Erinnerung an das früher gesehene oder gehörte echte Zeichen die Abweichungen des nachgemachten herauszufinden in der Lage ist, daß das Waren-

zeichen dazu dient, damit das Publikum einer ihm zusagenden Ware, die es im Kleinverkehr schon früher bezogen hat, durch die ihm mit dem Warenzeichen gegebene Bezeichnung leichter und schneller als die gewünschte erkennt und daß bei einem einigermaßen ähnlichen Bild oder Klange des Gewünschten und des Dargebotenen eine Täuschung des Käufers, der das Gewünschte zu erhalten glaubt und sich in eine genaue Prüfung der Details der Bezeichnung nicht einzulassen pflegt, leicht möglich sein wird (Entsch. d. RGer. in Straff. Bd. 19 S. 316, Bd. 34 S. 313). Von diesen Gesichtspunkten aus mußte die Strafkammer die Frage der Verwechselungsfähigkeit — und zwar nicht bezüglich der Bezeichnungen: „Goldblond-Limonade" und „Goldblondchen", sondern hinsichtlich der Bezeichnungen: „Goldblond. Li" und „Goldblondchen", prüfen.

Die Strafkammer verneint in zweiter Linie den objektiven Tatbestand um deswillen, weil die vom Angeklagten gewählte Bezeichnung: „goldblonde Limonade", das Zeichenrecht des Nebenklägers nicht verletze, da „goldblond" eine nicht eintragungsfähige, für die Ware zutreffende Farbenbezeichnung sei, die dem freien Verkehr nicht entzogen werden könne.

Hier übersieht die Strafkammer gleichfalls wieder, daß der Angeklagte keineswegs die Bezeichnung: „goldblonde Limonade", sondern die Bezeichnung: „Goldblond. Li", wählte. Wenn es daher auch richtig sein mag, daß das Wort „goldblond" als farbenbezeichnendes Eigenschaftswort dem freien Verkehr nicht entzogen werden kann und daß der Angeklagte ohne Eingriff in das Zeichenrecht des Nebenklägers seine Ware als „goldblonde Limonade" hätte bezeichnen können, so kommt es doch im vorliegenden Falle, da der Angeklagte eben nicht die Bezeichnung: „goldblonde Limonade", sondern die Bezeichnung: „Goldblond. Li", gewählt hat, nicht darauf an, sondern nur darauf, ob das Wort „goldblond" in dieser Verbindung, Zusammensetzung und Schreibart, nicht seinen Charakter als farbenbezeichnendes Eigenschaftswort vollkommen verloren hat und ebenso wie in dem Worte „Goldblondchen" zur Personifikation, zum an sich eintragungsfähigen Zeichen geworden ist und auch von den Käufern in dieser Zusammensetzung nicht mehr als farbenbezeichnendes Eigenschaftswort, sondern als Bezeichnung für die Ware selbst angesehen werden konnte. III. Strafsenat D. 80/06. Urteil vom 17. Mai 1906.

Totalisatorgesetz vom 4. Juli 1905. Zugänglichmachung an unbestimmte Personenzahl.

Das Gesetz vom 4. Juli 1905 wollte, wie sich auch aus seinen Motiven ergibt (Drucksachen des Reichstags II. Legislatur-Periode I. Session 1903/04 Nr. 365), nur die erlaubten Wettunternehmen zulassen, aber „jeglichen unerlaubten Wettbetrieb" und gleichzeitig das geschäftsmäßige, nicht rein private gelegentliche Vermitteln von Wetten unter Strafe stellen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Tendenz des Gesetzes gegenüber erforderlich ist, daß die Absicht des Angeklagten dahin ging, sein Unternehmen einer unbestimmten Personenmehrheit zugänglich zu machen und daß eine solche Zugänglichmachung stattfand, Voraussetzungen, die allerdings erfordert wurden, wenn die Tätigkeit der sogenannten Buchmacher, wie es vor Erlassung des Gesetzes vom 4. Juli 1905 häufig geschah, unter den Begriff des Glücksspiels gebracht und nach § 284 des StGB. bestraft werden wollte (Entsch. d. RGer. in Straff. Bd. 6 S. 172, 421; Bd. 7 S. 21; Bd. 28 S. 366, 369) und die auch jetzt jedenfalls insoweit noch erforderlich sind, als eine gleichzeitige Verfehlung gegen § 27 des Reichsstempelgesetzes angenommen werden will. (Vgl. die citierte Entscheidung des RGer. in Straff. Bd. 28 S. 369). Denn

daß eine derartige Absicht des Angeklagten vorlag und er das Unternehmen einer unbestimmten Anzahl von Personen zugänglich gemacht hat, ist den Ausführungen des Urteils mit Bestimmtheit zu entnehmen.

War aber dies der Fall, so kann darauf, ob der Angeklagte nachher mit einer oder mehreren Personen tatsächlich Wetten abgeschlossen hat, ob die von ihm einer unbestimmten Personenzahl gebotene Gelegenheit von einer oder mehreren, bekannten oder nicht bekannten Personen benutzt wurde, nichts ankommen.

Entscheidungen des RGer. in Straff. Bd. 35 S 209. III. Strafsenat D. 1458/05. Urteil vom 14. Mai 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen).

Grundbuchrecht.

Bezeichnung des Grundstücks behufs vorzunehmender Eintragungen in das Grundbuch.

Durch notariell beurkundeten Uebergabsvertrag vom 8. April 1904 hat Kaspar B. das Anwesen Haus-Nr. 89 in H. den Eheleuten Marin und Marie H. zu Eigentum übergeben, die Erwerber haben das Anwesen mit einer Hypothek zu Gunsten des Uebergebers belastet und sich diesem gegenüber verpflichtet, dem Bauer Franz B. in A. von dem einen Bestandteil des Anwesens bildenden Grundstücke Plan-Nr. 1376 der Steuergemeinde H. zu 0,801 ha, „eine bereits abgesteckte, den Vertragschließenden bekannte, geometrisch zu vermessende Fläche von ungefähr 50 Dezimalen" unentgeltlich abzutreten. Im Anschlusse hieran erklärte Kaspar B., daß er diese Fläche, gleichviel welchen Umfanges, jetzt schon aus dem Pfandverbande entlasse und die lastenfreie Abschreibung im Hypothekenbuche bewillige. Die Hypothek wurde in das Hypothekenbuch eingetragen. Dieses gilt seit 1. Mai 1905 als Grundbuch.

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 8. Juni 1905 überließ Marin H. im eigenen Namen und als Bevollmächtigter seiner Ehefrau das von dem Grundstücke Plan-Nr. 1376 nach Auszug aus dem Messungsverzeichnisse der Messungsbehörde weggemessene Grundstück Plan-Nr. 1376½ zu 0,168 ha, dessen Wert auf 100 Mk. veranschlagt wurde, unentgeltlich dem Franz B. zu Eigentum. Die Urkunde enthält die beiderseitigen Auflassungserklärungen und den Antrag, den neuen Eigentümer in das Grundbuch einzutragen. Die beiden Urkunden vom 8. April 1904 und vom 8. Juni 1905 wurden vom Notariate M. am 25. Oktober 1905 dem Grundbuchamt zur Bewirkung der beantragten Eintragungen vorgelegt.

Das Grundbuchamt wies den Antrag auf Eintragung des im Uebergabsvertrage vom 8. April 1904 erklärten Verzichts auf die vom Kasper B. bestellten Rechte an dem an Franz B. veräußerten Grundstücke zurück, weil in der Eintragungsbewilligung das freigegebene Grundstück nicht übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt bezeichnet sei.

Die von Kaspar B. und Marin H. eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluß des Landgerichts M. zurückgewiesen.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte weitere Beschwerde ist nicht begründet.

Wenn die Erklärung vom 8. April 1904 auch den Erfordernissen einer rechtsgeschäftlichen Verzichts- oder Aufhebungserklärung entspricht, so leistet sie doch der für die Eintragung in das Grundbuch maßgebenden Vorschrift des § 28 Satz 1 GBO. nicht genüge. Nach dieser Vorschrift hat das Grundbuchamt nicht jede Bezeichnung des Grundstücks gelten zu lassen, die mit Sicherheit festzustellen gestattet, welches Grundstück gemeint ist, sondern das

Grundstück ist in der Eintragungsbewilligung übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen. Auf eine anderweitige Feststellung des Grundstücks, an dem sich die einzutragende Rechtsänderung vollziehen soll, hat sich das Grundbuchamt nicht einzulassen (Achilles-Strecker, GBO. S. 225 Anm. 2 lit. a zu § 28, N. Samml. v. Entsch. des OLG. Bd. 3 S. 1053, Bd. 4 S. 232 — Bl. f. RA. Bd. 69 S 257 und Bd. 70 S. 437 — Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen rechts des Rheins § 137 Abs. 2).

Ist das Grundstück noch nicht im Grundbuch eingetragen, so muß die Eintragungsbewilligung die Bezeichnung enthalten, mit der das Grundstück in das Grundbuch einzutragen ist, sie muß also die Plannummer angeben, mit der das Grundstück in dem als amtliches Verzeichnis der Grundstücke im Sinne des § 2 Abs. 2 GBO. dienenden Sachregister bezeichnet ist oder bezeichnet wird (§§ 179, 184, 185, 294, 295 DA.). Dies gilt insbesondere auch für den Fall, daß durch Teilung eines eingetragenen Grundstücks die Teilstücke zu neuen selbständigen Grundstücken gemacht werden. Die Angabe der Bezeichnung, mit der das jetzt geteilte Grundstück als einheitliches Grundstück eingetragen war, oder die Hinweisung auf das dessen Eintragung enthaltende Grundbuchblatt genügt der Vorschrift nicht. Das einheitliche Grundstück besteht nicht mehr, die einzutragende Rechtsänderung soll sich an einem der neu gebildeten Grundstücke vollziehen, die Eintragung der Rechtsänderung setzt voraus, daß das neu gebildete Grundstück vorher oder gleichzeitig in das Grundbuch eingetragen wird, und darf nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung dieses Grundstück vorschriftsmäßig bezeichnet. Die lastenfreie Abschreibung des neu gebildeten Grundstücks Plan Nr. 1376½ ist deshalb mit Recht abgelehnt worden. I. Civil-Sen. Reg. 3 Nr. 2/1906; Beschluß vom 26. Januar 1906.

Eintragung von Hypotheken auf noch nicht eingetragenen Fischereirechten. Der Standesherr Graf W. in B. hat als Besitzer des in den Bezirken der Amtsgerichte M. und B. belegenen standesherrlichen Fideikommisses, zu dem nach dem Fischwasser-Steuerkataster auch zwei Fischereirechte gehören, unter Zustimmung der Anwärter für eine Dahrlehensforderung der bayrischen Handelsbank zu 350000 Mk. nebst einem Zinsen- und Kostenbetrage von 35000 Mk. Hypothek an dem Fideikommißgute bestellt.

Das Amtsgericht M., Hypothekenamt, hat mit Verfügungen vom 22. Februar und vom 10. Mai 1906 die Eintragung der Hypothek bei den zwei Fischereirechten, für die ein Blatt noch nicht angelegt ist, mangels Beibringung der Einwilligung der Anmeldungsgegner in die Buchung der Rechte vorerst abgelehnt.

Namens des Grafen W. hat Rechtsanwalt K. Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, die vom Hypothekenamte geforderte Durchführung des Anmeldungsverfahrens bei der Eintragung der Fischereirechte als Hypothekengegenstand für entbehrlich zu erklären, weil es sich nicht um das Anmeldungsverfahren nach der Justizministerial-Bekanntmachung vom 11. Juli 1901 §§ 3, 35, 36 handle, sondern lediglich der § 140 Hyp.-Ges. zur Anwendung zu kommen habe.

Das Landgericht M. hat die Beschwerde mit Beschluß vom 17. Mai 1906 als unbegründet zurückgewiesen und dem Beschwerdeführer die Kosten auferlegt. In der Begründung wird auf die §§ 109 bis 112 des Hyp.-Ges. verwiesen, nach denen zur Eintragung eines Rechtes außer dem Nachweise des Erwerbes des Rechtes die Zustimmung desjenigen erforderlich sei, gegen den der Rechtserwerb sich richtet. Diese Vorschriften seien im § 23 der Allerhöchsten Ver-

ordnung vom 23. Juli 1898, die Anlegung des Grundbuchs betreffend, auch für Eintragungen, die außerhalb des Anmeldungsverfahrens beantragt werden, aufrecht erhalten und ebenso in der Justizministerial-Bekanntmachung vom 11. Juli 1901 dem dort angeordneten Verfahren zugrunde gelegt.

Gegen diese Entscheidung hat Rechtsanwalt K. für den Grafen W. weitere Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben und das Hypothekenamt anzuweisen, die Fischereirechte auf Grund des Katasterauszugs als Hypothekengegenstand einzutragen. In der Beschwerdeschrift macht er geltend, es handle sich nicht um eine Angelegenheit der Grundbuchsanlegung, sondern um ein Hypothekengeschäft, für das nur der § 140 Hyp.-Ges. maßgebend sei.

Die weitere Beschwerde ist in formeller Beziehung nicht zu beanstanden und es ist ihr auch der Erfolg nicht zu versagen.

Der angefochtenen Entscheidung würde zuzustimmen sein, wenn es sich um die Eintragung der Fischereirechte als Belastungen auf den Blättern für die den Rechten unterworfenen Gewässer handelte. In diesem Falle würden die Eigentümer der Gewässer die Gegenbeteiligten sein, deren Vernehmung nach Maßgabe der §§ 109 bis 112 HG., wie im § 143 ausdrücklich hervorgehoben ist, auch neben dem im § 146 vorgeschriebenen Nachweise des Erwerbes erforderlich ist. Die Eintragung würde für die auf die eingetragenen Rechte bezüglichen hypothekenrechtlichen Geschäfte den öffentlichen Glauben nach den §§ 25, 26 HG. haben, sie würde einem gutgläubigen Erwerber den Bestand der eingetragenen Rechte gewährleisten.

Im gegenwärtigen Falle sollen aber die Fischereirechte nicht als Belastungen auf den Blättern für die ihnen unterworfenen Gewässer, sondern im Titel des für sie anzulegenden oder ihnen mit Grundstücken des Berechtigten gemeinsamen Blattes als Gegenstand der Hypothekbestellung und sonstiger Verfügungen eingetragen werden. Diese Eintragung läßt die Rechte der Eigentümer der Gewässer unberührt und gewährleistet insbesondere nicht den Bestand der Fischereirechte mit öffentlichem Glauben. Die Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet ist, auf dem Blatte, das zur Eintragung von Verfügungen über dieses Recht bestimmt ist, soll die Eintragung auf dem Blatte des belasteten Grundstücks wiedergeben und kann ihr, wenn sie noch nicht erfolgt ist, nicht vorgreifen. Das für die Eintragung der Verfügungen über das Recht bestimmte Blatt gibt Auskunft über die Rechtsverhältnisse, deren Gegenstand das Recht ist, es setzt den Bestand des Rechtes, die Belastung des Grundstücks, das Gegenstand des Rechtes ist, voraus, zur Auskunft hierüber ist im Hypthekenbuche wie im Grundbuche das Blatt des belasteten Grundstücks bestimmt, bei einem Fischereirecht ebenso wie bei einem Erbbaurechte (Prot. 3, 284; Henle, Grundbuchanlegung S. 337 Note 3).

Da hiernach der Grund, aus dem die Vorinstanzen die beantragte Eintragung der Fischereirechte abgelehnt haben, nicht für zutreffend zu erachten ist, müssen ihre Entscheidungen aufgehoben und das Hypothekenamt angewiesen werden, in der Angelegenheit anderweit zu verfügen. Beschluß vom 1. Juni 1906; Reg. III Nr. 28/1906.

Hypothekbestellung seitens des Bevollmächtigten für eigene Schulden auf Grundstücken des Vollmachtgebers (BGB. § 181).

In der Urkunde des Notariats M. vom 26. April 1906 hat Baumeister Joseph B. in M. erklärt, dem Holzhändler Karl G. dort für geliefertes Holz 723 Mk. 26 Pfg. zu schulden, und versprochen, diesen Betrag mit 4 % zu

verzinsen und, unbeschadet des Rechtes zur Leistung früherer Teilzahlungen, am 1. Mai 1911 zu bezahlen. Zugleich bestellte er auf Grund einer ihm von dem Kunst- und Handelsgärtner Julius W. in T. am 12. April 1902 erteilten Generalvollmacht, kraft deren er insbesondere auch zur Bewilligung von Eintragungen in das Grundbuch ermächtigt ist, für seine Schuld Gesamthypothek ohne Brief an den dem W. gehörenden, auf verschiedenen Grundbuchblättern vorgetragenen Grundstücken. Mit der Eintragung der Hypothek beantragte er die Eintragung einer Vormerkung für den Anspruch des Gläubigers auf Löschung der Vorhypotheken für den Fall, daß sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen, und der Unterwerfung des jeweiligen Eigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Urkunde. Auf Mitteilung der Eintragung der Hypothek an den Eigentümer verzichtete er.

Das Amtsgericht München II — Grundbuchamt — lehnte mit Verfügung vom 30. April 1906 die beantragten Eintragungen ab, weil der Bevollmächtigte nach § 181 BGB. nicht befugt sei, für seine Schuld Grundstücke des Vollmachtgebers mit Hypothek zu belasten.

Die von Joseph B. eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluß des Landgerichts München I vom 22. Mai 1906 zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht schloß sich der Rechtsansicht des Grundbuchamts an, die eine wesentliche Stütze darin finde, daß die Bestimmung des § 24 des Entw. I der GBO., nach der auf Grund einer Eintragungsbewilligung, die der Vertreter des Berechtigten zu seinen eigenen Gunsten erteilt hat, eine Eintragung nicht angeordnet werden sollte, in dem Entw. II und das Gesetz deswegen nicht aufgenommen wurde, weil sie neben dem § 181 BGB. entbehrlich erschien. Der Vollmachtgeber bedürfe desselben Schutzes gegen Schädigung durch den Bevollmächtigten, wenn dieser für seine Schuld ein Grundstück des Vollmachtgebers mit Hypothek belasten will, wie wenn die Hypothek für den Bevollmächtigten selbst bestellt werden soll, wirtschaftlich stünden die beiden Geschäfte einander gleich.

Gegen diese Entscheidung hat Joseph B. durch Notar S. die weitere Beschwerde mit dem Antrag einlegen lassen, die Bewirkung der in der Urkunde beantragten Eintragungen anzuordnen, gegebenenfalls auch einstweilen dem Grundbuchamte die Eintragung einer Vormerkung aufzugeben. In der von Rechtsanwalt M. unterzeichneten Beschwerdeschrift wird die Anwendbarkeit des § 181 BGB. auf den vorliegenden Fall deswegen bestritten, weil die Bestellung der Hypothek nicht Einigung zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger, sondern Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger erfordere und die bloße Möglichkeit, daß ein Interessengegensatz zwischen dem Bevollmächtigten und dem Vollmachtgeber besteht, nicht genüge, die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten auszuschließen.

Die weitere Beschwerde ist in formeller Beziehung nicht zu beanstanden und erweist sich auch als begründet.

Die Vorschrift des § 181 BGB. schränkt nicht die Vertretungsmacht dahin ein, daß der Vertreter zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts nicht befugt ist, bei dem sein Interesse zu dem des Vertretenen in einem erheblichen Gegensatze steht, sondern schließt nur aus, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vornimmt, das nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Ebenso verstand der § 24 des Entw. I der GBO. unter einer Eintragungsbewilligung, die der Vertreter des Berechtigten zu seinen eigenen Gunsten erteilt hat, nicht die Bewilligung zu einer Eintragung, die irgendwie mittelbar dem Vertretenen zugute

kommt, sondern nur die Bewilligung zu einer solchen Eintragung, die die Rechtslage des Vertretenen unmittelbar betrifft, insbesondere den Erwerb eines Rechtes durch ihn, die Befreiung seines Grundstücks oder eines ihm zustehenden Rechtes von einer Belastung oder die Berichtigung des sein Recht beeinträchtigenden Inhalts des Grundbuchs zum Gegenstande hat.

Die Hypothekbestellung des Beschwerdeführers ist nach § 873 BGB. ein Rechtsgeschäft zwischen dem Beschwerdeführer als Vertreter des Grundstückeigentümers V. und dem Gläubiger G.; im eigenen Namen hat der Beschwerdeführer sich an dem Rechtsgeschäft nicht beteiligt. Darin unterscheidet sich der vorliegende Fall von der den Gegenstand der Entscheidung des Reichsgerichts V. Civilsenat vom 7. Juni 1902 (Bd. 51 S. 422) bildenden Schuldübernahme, bei der der Schuldner nicht nur als Vertreter des Uebernehmers dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt, sondern auch mit Wissen des Gläubigers im eigenen Namen mit sich selbst als Vertreter des Uebernehmers die Uebernahme der Schuld vereinbart hatte.

Die Belastung der Grundstücke des Vollmachtgebers W. mit einer Hypothek für die Schuld des Beschwerdeführers erfordert im redlichen Verkehr allerdings eine Vereinbarung zwischen dem Vollmachtgeber und dem Beschwerdeführer über das durch die Hypothekbestellung zwischen ihnen begründete Rechtsverhältnis. Aber abgesehen davon, daß der Gläubiger G. bei dieser Vereinbarung ganz unbeteiligt ist, fehlt jeder Anhalt dafür, daß der Beschwerdeführer dieses Rechtsverhältnis durch einen Vertrag zu ordnen unternommen hat, den er als Vertreter des Vollmachtgebers mit sich im eigenen Namen geschlossen hat. Die Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und dem Vollmachtgeber kann schon vor der Hypothekbestellung getroffen worden sein, und wenn dies nicht der Fall ist, ist die nächstliegende Annahme die, daß der Beschwerdeführer das Rechtsgeschäft in der Erwartung vorgenommen hat, sich demnächst mit dem Vollmachtgeber auseinanderzusetzen.

Den Vertretenen gegen einen Mißbrauch der Vollmacht bei einem Rechtsgeschäfte zu schützen, das mit einem Dritten vorgenommen wird, ist der § 181 BGB. nicht bestimmt. Gegen Schädigung des Vertretenen durch arglistiges Zusammenwirken des Vertreters und des Dritten gewährt der § 138 Abs. 1 BGB. Schutz.

Aus diesen Gründen müssen die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und muß dem Grundbuchamt aufgetragen werden, auf die gestellten Anträge anderweit zu verfügen.

Für die Anordnung der Eintragung einer Vormerkung nach § 76 GBO. fehlt es an zureichendem Grunde, da die Entscheidung ohne wesentliche Verzögerung erlassen werden konnte. Beschluß vom 9. Juni 1906; Rev.-Reg. III Nr. 30/1906.

C. Landgericht München I (Civilsachen).

Civilprozeß.

Streitwert bei Klage auf Ausstellung eines Zeugnisses nach § 73 HGB. Auf Antrag des klägerischen Vertreters hat das k. Amtsgericht München I Abt. A f. Civils. mit Beschluß vom 5 Mai 1906 den Streitwert festgesetzt und dabei den Streitgegenstand — Ausstellung eines qualifizierten Zeugnisses gemäß § 73 HGB. — mit 1000 Mk. angenommen.

Gegen diesen Beschluß hat Rechtsanwalt G. mit Schriftsatz vom 11. Mai 1906 Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, den Streitwert auf 2000 Mk. festzusetzen.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Diese Beschwerde ist gemäß § 16 Abs. 2 GKG. mit § 12 GO. f. RA. und §§ 567 ff. CPO. zulässig und zwar als von Rechtsanwalt G. in eigenem Namen eingelegt zu erachten, weil die auf Erhöhung der Wertsfestsetzung gerichtete Beschwerde der Partei selbst unzulässig wäre (RG. bei Bolze VII Nr. 1191; Bl. f. RA. Bd. 65 S. 150); sie ist aber unbegründet.

Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses gemäß § 73 HGB. ist ein vermögensrechtlicher und daher nicht nach § 10 GKG., sondern gemäß § 3 CPO. nach freiem Ermessen zu schätzen (RG. in Jur. Wochenschr. 1902 S. 362).

Maßgebend für die Höhe des Streitwerts ist das Interesse der Klägerin an der Ausstellung des Zeugnisses, die Höhe des Gehalts der Antragstellerin, die durch Entzug des Zeugnisses erwachsene Schädigung, die Einbuße an Gehalt.

In Berücksichtigung dieser Momente hat aber der Erstrichter mit Recht angenommen, daß in anbetracht der Verhältnisse der Klägerin, die den Streitwert anfänglich selbst nur auf 300 Mk. angeben ließ, ein höheres Interesse als 1000 Mk. nicht vorliege.

Deshalb war die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen; der Beschwerdeführer hat nach § 97 CPO. die Kosten zu tragen. Beschluß vom 19. Mai 1906; Beschw.-Reg. Nr 241/06.

Konkursprozeß.

Eröffnung eines zweiten Konkurses auf Antrag eines am ersten Konkurse beteiligten Gläubigers (KO. § 14).

Durch Beschluß des k. Amtsgericht München II vom 10. Januar 1906 wurde über das Vermögen des Kaufmanns Ludwig K. das Konkursverfahren eröffnet. Auf Antrag des Rechtsanwalts W. als Vertreters der Firma D., welcher Ludwig K. den Betrag von 3000 Mk. Hauptsache, 5% Zinsen hieraus vom 1. Dezember 1905 an, 633 Mk. 79 Pfg. festgesetzte Kosten sowie Vollstreckungskosten schuldet, wurde seitens des k. Amtsgerichts München I, Abt. B. f. Civils., nach Erfüllung der Vorschriften des § 105 KO. mit Beschluß vom 21. Mai 1906 über das nach der Konkurseröffnung des k. Amtsgerichts München II vom 10. Januar 1906 dem Ludwig K. neuerlich angefallene Vermögen, Erbschaft seines Vaters, der Konkurs eröffnet, mit der Begründung, daß die Forderung der Antragstellerin und die Zahlungsunfähigkeit des Ludwig K. glaubhaft gemacht sei und das Konkursgericht die Eröffnung des zweiten Konkurses auch auf Antrag eines am ersten Konkurse beteiligten Gläubigers für zulässig erachte.

Gegen diesen Beschluß hat Ludwig K. zu Protokoll des Gerichtsschreibers vom 22. Mai 1906 die sofortige Beschwerde zum k. Landgerichte München I eingelegt mit dem Antrag, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses den Konkurseröffnungsantrag zurückzuweisen, bezw. das eingeleitete Konkursverfahren aufzuheben und bis zur Verbescheidung der Beschwerde den Vollzug des Konkurseröffnungsbeschlusses einstweilen einzustellen.

Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt, die Firma D. habe ihre schon vor der Eröffnung des ersten Konkursverfahrens erworbene Forderung in diesem Konkurse angemeldet, könne daher an dem zweiten Konkurse während der Dauer des ersten Konkurses nicht teilnehmen, da bezüglich des Neuerwerbs des Kridars nur solche Konkursgläubiger, die erst nach Eröffnung des ersten Konkurses eine Forderung gegen den Gemeinschuldner erworben haben, sich an dem zweiten Konkursverfahren beteiligen könnten.

Mit schriftlicher Erklärung vom 25. Mai 1906 stellte Rechtsanwalt W. den Antrag, die sofortige Beschwerde kostenfällig zurückzuweisen, und führte zur Begründung aus, nach § 14 KO. sei lediglich die Zwangsvollstreckung zugunsten eines einzelnen Gläubigers in das nach der Konkurseröffnung erworbene Vermögen des Gemeinschuldners nicht statthaft, dies treffe aber auf eine Konkurseröffnung, welche die gleichmäßige Befriedigung sämtlicher Gläubiger anstrebe, nicht zu. Die entgegengesetzte Ansicht würde zu dem Resultate führen, daß während der Dauer des Konkursverfahrens der Gläubiger irgend ein Zugriffsmittel in das später erworbene Vermögen des Gemeinschuldners nicht besitzen, sohin in bezug auf Befriedigung seiner Forderung geradezu recht- und schutzlos sein würde.

Die nach §§ 73 und 109 KO. zulässige sofortige Beschwerde ist in formeller Beziehung nicht zu beanstanden; sachlich erweist sie sich jedoch als unbegründet.

Es wird zwar von einer großen Anzahl namhafter Kommentatoren der Konkursordnung der Rechtssatz verteidigt, daß, wenn während des Schwebens des ersten Konkurses über den Neuerwerb des Kridars ein neuer Konkurs eröffnet werde, die alten Gläubiger mit Anmeldungen ihrer Forderungen, bezw. Restforderungen, im neuen Konkurs so lange warten müssen, bis der erste Konkurs beendet ist (vergl. Petersen-Kleinfeller, KO. f. d. deutsche Reich, Anm. 21 zu § 1; Wilmowski-Kurlbaum, deutsche Reichs-KO., Anm. 3 zu § 14; Sarwey-Boßert, KO. f. d. deutsche Reich, S. 90; Seuffert, deutsches Konkursprozeßrecht, S. 89.)

Dagegen vertritt Ötker, konkursrechtliche Grundbegriffe S. 204, den Standpunkt, daß der vorerwähnte Rechtssatz mit vollem Rechte nicht sanktioniert sei, daß vielmehr alte und neue Gläubiger beim Konkurse sich beteiligen und die alten Gläubiger sowohl in früheren als im neuen Konkurs ihre Forderungen anmelden können.

Die gleiche Rechtsauffassung vertritt Endemann, deutsches Konkursverfahren, der hervorhebt, daß Teilnahme an einem weiteren Konkurs etwas anderes sei, als Betrieb von Arrest und Zwangsvollstreckung.

Jaeger, Komm. z. KO., 2. Aufl., führt in Anm. 59 zu § 1 und Anm. 3 zu § 14 aus, daß zwar die herrschende Lehre den Gläubigern des schwebenden Konkurses unter Berufung auf § 14 KO. die Befugnis zur Beantragung des zweiten Verfahrens und zur Teilnahme an diesem versage, allein dies geschehe zu Unrecht, denn dieses Vollstreckungsverbot (§ 14) wolle nur, wie die Motive Bd. 2 S. 49 ff. ergäben, Einzelexekutionen hemmen und verwehre darum ausdrücklich nur den „einzelnen" Konkursgläubigern den Zugriff auf das Vermögen des Gemeinschuldners; das „willkürliche und unberechenbare Belieben der einzelnen Konkursgläubiger," dem der § 14 vorbeugen soll, sei bei einem auf dem Grundsatze der par conditio creditorum aufgebauten neuen Konkursverfahren nicht zu befürchten.

Das Beschwerdegericht schließt sich der von den letztgenannten drei Schriftstellern vertretenen Rechtsauffassung und deren Begründung an, die trotz der gegen sie erhobenen Bedenken und der aus der Eröffnung eines zweiten Konkurses sich etwa ergebenden Schwierigkeiten hinsichtlich des Verfahrens und des Maßes der Berücksichtigung bereits im ersten Verfahren angemeldeter Forderungen der ratio legis am besten entsprechen dürfte und mit dem in den Motiven nach dieser Richtung entwickelten Grundsätzen nicht in Widerspruch steht.

Das Rechtsmittel war daher mit der aus § 97 CPO. sich ergebenden Kostenfolge als unbegründet zurückzuweisen. Beschluß vom 23. Mai 1906. Beschw.-Reg. Nr. 247/06.

III. Literatur.

1) Verlag von C. H. Böhmert, Dresden 1906.
Ein Sonderabdruck aus dem im Auftrage der Centrale für private Fürsorge in Frankfurt a. M. von Dr. Chr. J. Klumber und Wilhelm Polligkeit herausgegebenen „Jahrbuch der Fürsorge", bringt: Gerichtliche Entscheidungen über Rechtsfragen der Kinderfürsorge.

2) Verlag von J. Schweitzer (A. Sellier), München.
Sammlung in der Praxis oft angewandter Verwaltungsgesetze nebst einer Anzahl derartiger Verordnungen rc. für das Königreich Bayern. In einem Bande, unter Berücksichtigung aller bisherigen Aenderungen, nach dem nunmehr gültigen Texte mit Beifügung eines Sachregisters zusammengestellt und herausgegeben von Karl Buchert, Rat des k. b. Verwaltungsgerichtshofes. Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage. München 1906. 1432 und VIII Seiten. Preis 12 Mk.

Auf die erste Auflage dieses Werkes haben die „Blätter f. Rechtsanwendung" die Aufmerksamkeit ihrer Leser im 65. Jahrgange (1900) S. 136 und eingehender S. 340 gelenkt. Den empfehlenden Worten von Staudinger ist wenig beizufügen: Die Vorzüge der vortrefflich ausgestatteten Sammlung haben sich, wie der Umfang, vermehrt. Die mannigfachen Gesetzesänderungen machen eine Neuauflage womöglich noch notwendiger als die ganz neuen Gesetze es tun, und lassen die Ausgabe um so willkommener erscheinen, wenn sie von so berufener sachkundigster Seite ausgeht wie hier. Dem Wunsche des Herausgebers, daß das Buch recht vielen ein treuer Freund und Begleiter im Rechtsleben und in der Berufstätigkeit werde, schließen wir uns vollständig an. R.

3) Türcke-Niedenführ-Winter. Bürgerliches Gesetzbuch. 3 Bände, broschiert 30 Mk. Dasselbe in Halbfranzband gebunden 36 Mk.
Im Verlag von W. Kohlhammer, Leipzig, Roßplatz 16; Berlin W 35, Derfflingerstraße 16; Stuttgart, Urbanstraße 14, ist erschienen: Das Bürgerliche Recht: Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz und Nebengesetzen, das preußische Ausführungsgesetz und sämtliche civilrechtliche Reichs- und preußische Landesgesetze, mit Ausnahme der rein prozeßrechtlichen, mit den dazu ergangenen Erlassen, Verordnungen, Anweisungen und etwa 17000 Citaten von Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe, für den Handgebrauch in der Praxis zusammengestellt und erläutert von Dr. jur. R. Türcke, Landrichter in Dortmund, K. Niedenführ, Amtsgerichtsrat in Magdeburg, und Dr. jur. P. Winter, Landrichter in Halle a. S. Zweite Auflage. 1905.

Es ist ein umfangreiches Werk, welches nach der Absicht des Herausgebers bestimmt sein soll, Ersatz zu leisten für die fehlenden Auflagen von Rehbein und Reinke BGB. Der erste Band (Allgemeiner Teil und Schuldrecht) hat samt Register 770 Seiten, der zweite (Sachenrecht und Familienrecht) 1066 Seiten und der dritte (Erbrecht, Einf.-Ges., preuß. Ausf.-Ges. und Register zu Bd. 1—3) 825 Seiten. Kein Kommentar im gewöhnlichen Sinne, keine langen Erläuterungen mit geschichtlichen Ausführungen, Rechtsvergleichung und theoretischen Erörterungen, sondern zahllose Notizen in lakonischer Ausdrucksweise, das Wesentliche scharf pointierend, aus Motiven und Entscheidungen und aus eigenem Denken des Verfassers in ganz prägnanten Sätzen unter den Text gestellt, — das ist die Eigenart dieses „Kommentars"; und solche kurze Verweisungen finden sich auch unter den Texten der zahlreichen Nebengesetze, die ebenfalls, wie der Text des BGB., vollständig abgedruckt sind; wie weit die Verfasser in der Ausdehnung dieser Zusammenstellung gehen, möge man z. B. daraus entnehmen, daß beim Schiffspfand (BGB. §§ 1259—1272) hinter § 1272 BGB. abgedruckt ist: der ganze Text des Flaggengesetzes vom 22. Juni 1899 (Bd. 2 S. 389), der kais. Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See vom 9. Mai 1897, der Verordnung über die Abblendung der Seitenlichter und die Einrichtung der Positionslaternen auf Seeschiffen, vom 16. Oktober 1900, die Bekanntmachung betr. die Einrichtung der Positionslaternen am 8. Dezember 1900, das Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895 bezw 20. Mai 1898, die allgemeine Verfügung vom 11. Dezember 1899 über die Führung des Schiffsregisters, nebst den Formularen dieser Register und des (preuß.) Schiffsbriefs und die Schiffsvermessungsordnung vom 1. März 1895 (Bd. 2 S. 429—436). Bei dieser Methode kann dem Werke füglich nachgerühmt werden, daß seine Anschaffung die Anschaffung vieler einzelner Gesetzesausgaben ersparen wird. R.

Redaktions-Adresse z. Zt.: München, Luisenstraße 3/III.

Für die Redaktion verantwortlich: Landgerichtsrat Dr. Engelmann in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 20. 1. Oktober 1906.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Staatsanwalt bei dem Oberlandesgerichte München,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Lippmann, Zum Kündigungsrecht des Beamten; Meikel, Identitätsfeststellung durch den Grundbuchbeamten. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civilsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht (Strafsachen); Oberlandesgericht Nürnberg. III. Vermischte Nachrichten. IV. Literatur.

I. Abhandlungen.

Zum Kündigungsrecht des Beamten. [1])

Von Geheimen Rat Reichsgerichtsrat a. D. Dr. v. Lippmann.

Es ist streitig geworden, ob das Kündigungsrecht des § 570 BGB. voraussetze, daß der Mieter schon zur Zeit des Vertragsabschlusses dem in § 570 bezeichneten Personenkreis angehört habe. Die Ansicht, daß dies der Fall sei, hat mehrfach Vertretung gefunden. Man hat sich hierfür sogar auf ein Urteil des IV. Civilsenats des Reichsgerichts vom 29. Oktober 1903 (Jur. Wochenschr. 1903 Beil. 8 S. 147) berufen. In der diesem Urteile zugrunde liegenden Streitsache handelte es sich aber nicht um diese Rechtsfrage, sondern um die Frage, ob eine durch Vertrag geregelte Unterhaltspflicht des für schuldig erklärten Ehegatten durch die Klausel des § 1579 Abs. 1 Satz 2 BGB. gemindert werde, ob also der Ehegatte, der sich vertragsmäßig dem anderen gegenüber zu einer Rentenleistung in bestimmter Höhe verpflichtet hatte, infolge seiner Wiederverheiratung der vertragsmäßigen Verpflichtung gegenüber die Vergünstigung des § 1579 Abs. 1 Satz 2 für sich in Anspruch nehmen konnte. Diese Frage hat der IV. Civilsenat dahin entschieden:

„Die Rechtsnorm des § 1579 Abs. 1 Satz 2 lasse sich nur als dispositive auffassen, welche die aus dem notariellen Vertrage vom 13. April 1901 entspringende Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber der Beklagten infolge seiner Wiederverheiratung ebensowenig aufhebe, wie dies zum Beispiel

[1]) Ein Teil dieser Abhandlung ist bereits erschienen in Nr. 13 des XI. Jahrganges der Deutschen Juristen-Zeitung vom 1. Juli 1906 S. 730 ff. Der Abdruck mit einigen Zusätzen erfolgt im Einverständnisse mit der Deutschen Juristen-Zeitung. Angesichts der Uebernahme der Pfälzischen Bahnen durch den Staat und der wohl zahlreiche Versetzungen bedingenden Neuorganisation der Verkehrsanstalten dürfte die behandelte Frage gerade für Bayern besonderes Interesse bieten.

bei einem Mietverhältnis der § 570 in Ansehung einer vertraglich vereinbarten längeren Kündigungsfrist tue, wenn nachträglich der Mieter in den Stand als Militärperson, Beamter, Geistlicher eintrete" (S. 148 2. Sp. a. a. O.).

Soergel[2]) zieht aus diesem „beispielsweise" angeführten Satze die Folgerung, „§ 570 gelte nur, wenn der Mieter bereits bei Abschluß des Vertrages zu den hier genannten Personen gehört habe" und stellt demgemäß den von ihm formulierten Rechtssatz als eine Entscheidung des Reichsgerichts hin!

In Staudingers Kommentar z. BGB., 2. Aufl. Bd. 2 S. 299 ist unter Bezugnahme auf das Urteil des IV. Civilsenats ausgeführt, wenn der Mieter nachträglich in den Stand einer Militärperson, eines Beamten u. s. w. eintrete, so werde dadurch eine vertraglich vereinbarte längere Kündigungsfrist nicht aufgehoben.

Nach Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, 4. Aufl. Bd. 1 S. 489 N. 4d steht die vorzeitige Kündigung dem Mieter zu, „wenn er zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrags Beamter u. s. w. war und demnächst nach einem anderen Ort versetzt wird".

Gleichfalls ohne Begründung und unter Berufung auf Cosack beschränkt Mittelstein, die Miete S. 240, das Kündigungsrecht auf die Räume, „welche die in § 570 BGB. aufgeführten Mieter an ihrem Garnisons- resp. Wohnort zu einer Zeit, wo sie schon Beamte waren, gemietet haben".

Goldmann-Lilienthal (BGB. Bd. 1 S. 580 Note 24) sind der Ansicht, man werde wohl auch annehmen müssen, daß der Mieter die in § 570 BGB. vorausgesetzte Eigenschaft bereits zur Zeit der Vertragsabschlusses haben müsse, denn man könne dem Vermieter, der einer Privatperson vermiete, nicht zumuten, sich die Kündigung gefallen zu lassen, wenn während der Dauer des Mietvertrages der Private als Beamter angestellt und demnächst versetzt werde.

Von Niendorff, Mietrecht, 7. Aufl. S. 303 wird das Erfordernis der Beamtenstellung zur Zeit des Vertragsabschlusses daraus gefolgert, daß, nach einer Entscheidung des Kammergerichts (Rechtspr. Bd. 11 S. 319), wer noch kein öffentlicher Beamter gewesen sei, sondern als solcher angestellt werde, nicht „versetzt" werde.

Dernburg, BGB., 3. Aufl. Bd. 2 S. 217, meint, wer an Beamte vermiete, habe den Vorteil eines besonders zuverlässigen Mieters, von dem er ein pünktliches Eingehen des Mietzinses erwarten könne, dagegen nehme er die Gefahr vorzeitiger Kündigung in den Kauf, falls der Angestellte nicht den Amtssitz am gleichen Orte behalte.

Der IV. Civilsenat hat die seinem Beispiel zugrunde liegende Ansicht so wenig begründet als die, die ihm gefolgt sind.

Die lediglich zur Beleuchtung der Entscheidung einer ganz anderen Rechtsfrage bestimmte Meinungsäußerung des IV. Civilsenats kann auch nicht als eine Entscheidung im Sinne des § 137 des GVG. erachtet werden Ein anderer Civilsenat würde sich durch diese Meinungsäußerung zur Einholung einer Entscheidung der vereinigten Civilsenate wohl nicht veranlaßt sehen, wenn er sich der in jener Aeußerung vertretenen Ansicht nicht anschließen wollte.

Als selbstverständlich kann diese nicht erachtet werden.

Ist das Kündigungsrecht des § 570 BGB. ein einem bestimmten Personenkreise gewährtes Privilegium, so kann es auch mit dem Erwerbe der in § 570 BGB vorausgesetzten Eigenschaft begründet ein, mit dem Eintritt in die Ste lung in Kraft treten. An sich setzt es keineswegs eine Rücksichtnahme auf

[2]) Rechtsprechung 1904 S. 126 Note zu § 570 BGB.

die Interessen des Vermieters voraus. Irgend eine zwingende Gedankenfolge nötigt also nicht zu der Annahme, daß der § 570 BGB. in Anspruch nehmende Mieter die vorausgesetzte Eigenschaft schon zur Zeit des Vertragsabschlusses gehabt haben müsse.

Jeder Folgerichtigkeit entbehrt die Ausführung in Niendorff a. a. O. Der an einen anderen Ort erst als Beamte Berufene wird allerdings nicht „versetzt", aber der von seinem bisherigen Amtssitze an einen anderen Ort berufene Beamte, auch wenn er es erst nach dem Abschlusse des Mietvertrags geworden.

Das Kammergericht hat denn auch die Entscheidung der hier vorliegenden Frage in jenem Falle als „nicht veranlaßt" abgelehnt.

Was Goldmann-Lilienthal anführen, sind Billigkeitsgründe, die bei der Entstehung des Gesetzes vom Gesetzgeber in Betracht hätten gezogen werden können, jedenfalls aber im Gesetze keinen Ausdruck gefunden haben. Die Erwägung Dernburgs ist aber selbst als wirtschaftliche höchst fragwürdig. Es gibt nachhaltigere und sicherere Grundlagen der Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit als die eines oft spärlichen und immer nur in bestimmtem Maße greifbaren Diensteinkommens. Der Vorzug gesicherter Zahlungsfähigkeit gibt doch keinen Anlaß zu einer gesetzlichen einseitigen Begünstigung des Mieters.

Alle derartigen Ausführungen sind aber keine Erklärungen des Gesetzes, sondern auf der Abwägung der beiderseitigen Interessen des Vermieters und des Mieters beruhende Kombinationen über die Bestimmungsgründe des Gesetzgebers oder von dem gleichen Gedanken der Berücksichtigung des beiderseitigen Interessenkreises beherrschte Rechtfertigungsversuche der einmal getroffenen Bestimmung.

Oberster Grundsatz ist aber, daß nur der im Gesetz ausgedrückte Wille des Gesetzgebers geltendes Recht ist. Das Gesetz ist daher wesentlich aus seinem Inhalte auszulegen. Die Auslegung muß daher zunächst vom Worte ausgehen.

§ 570 BGB. bestimmt:

„Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten können im Falle der Versetzung nach einem anderen Orte das Mietverhältnis in Ansehung der Räume, welche sie für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnisons- oder Wohnorte gemietet haben, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen."

Das heißt nach dem Wortlaute: „Ist der Mieter Militärperson, Beamter u. s. w., so kann er im Falle der Versetzung an einen anderen Ort das bestehende Mietverhältnis kündigen", oder: „Wer Militärperson, Beamter ist, kann im Falle der Versetzung das Mietverhältnis . . . kündigen".

Nach der Auffassung, die das Kündigungsrecht davon bedingt, daß der Beamte u. s. w. schon zur Zeit des Vertragsabschlusses die vorausgesetzte Eigenschaft gehabt hat, würde die Bestimmung des § 570 bedeuten: „Ist der Mieter Militärperson, Beamter u. s. w., und ist er dies schon zur Zeit der Eingehung des Vertrages gewesen, so kann er . . . . kündigen", oder: „Wer Militärperson, Beamter u. s. w. ist und zur Zeit des Vertragsabschlusses es gewesen ist, kann . . . kündigen", oder: „Militärpersonen, Beamte u. s. w. können das in dieser Eigenschaft von ihnen eingegangene Mietverhältnis, und zwar nur dieses, . . . kündigen", oder: „Nicht jeder, der Militärperson, Beamter u. s. w. ist, sondern nur, wer Militärperson, Beamter u. s. w. ist und zur Zeit des Vertragsabschlusses es gewesen ist, kann das Mietverhältnis . . . kündigen."

Diese Deutung führt somit zu einer Einschränkung und Beschränkung des Inhaltes des Gesetzes, die in dessen Wortlaut nicht ausgedrückt ist. Gibt die Fassung des Gesetzes einen klaren, deutlichen und vollständigen Sinn, so bedarf es nicht des Forschens nach einem vermeintlich verborgenen. Gerade in dieser Beziehung kommt den sogenannten Materialien gegenüber in Betracht, daß das Gesetz mit der Publikation ein selbständiges und als selbständig geltendes Werk wird, und daß Begründung und Reichstagsverhandlungen zwar als Hilfsmittel zur Auslegung dunkler und zweideutiger Bestimmungen, nicht aber als Ersatz dessen dienen können, was nicht ausgesprochen ist.[3])

Daß die Gesetze des Denkens eine Beschränkung der aus dem Wortlaut des Gesetzes sich ergebenden Deutung nicht erfordern, ist schon ausgeführt. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes dient nur dazu, sie zu unterstützen, und spricht gegen jede Beschränkung.

§ 527 des I. Entwurfs gewährt Beamten und Militärpersonen ungeachtet der Vereinbarung einer längeren Mietzeit oder Kündigungsfrist im Falle der Versetzung an einen anderen Ort ein an die gesetzliche Kündigungsfrist gebundenes vorzeitiges Kündigungsrecht.

Die Motive Bd. 2 S. 416 bemerken, daß die an die Bestimmungen des Preuß. Landrechts Bd. 1 S. 21 §§ 376, 377 anknüpfende Vorschrift des § 527 auf ähnlichen Gründen beruhe wie diejenigen, welche zu der Vorschrift des § 526 geführt hätten. Ein Bedürfnis, nach dem Vorgange des Allg. LR. Tl. I Kap. 21 § 378 für den Fall der Mobilmachung zu Gunsten der Militärpersonen eine noch weitergehende Vorschrift zu geben, könne dagegen nicht anerkannt werden.

Die Motive bezeichnen also § 376 Tl. I Kap. 21 Allg. LR. als das Vorbild der Bestimmung des § 570 BGB. und charakterisieren dieselbe zugleich als ein Standesprivilegium.

§ 376 Tl. I Kap. 21 Allg. LR. bestimmt aber allgemein, „daß der Mieter, wenn er durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder Umstände außer Stand gesetzt werde, von der gemieteten unbeweglichen Sache ferner Gebrauch zu machen, gegen Vergütung einer halbjährigen Miete von dem Ablauf des Quartals, in dem die Aufkündigung erfolgt ist, von dem Kontrakte abgehen kann."

Suarez findet in dieser Bestimmung nur eine äußerst billige Anwendung der clausula rebus sic stantibus.[4])

Versetzung eines Beamten wurde im Hinblick auf diese Bestimmung stets als eine unfreiwillige Veränderung in seiner Person erachtet.[5])

In der II. Kommission ist denn auch der Gedanke einer allgemeinen Berücksichtigung veränderter Umstände in dem Antrage wieder aufgetaucht, den § 527 des Entwurfs durch die Vorschrift zu ersetzen,

„habe der Mieter in seinem Wohnort eine Wohnung zum Gebrauch für sich oder seine Familie gemietet, und werde er durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person genötigt, den Wohnort aufzugeben, so könne er das Mietverhältnis durch Kündigung nach Maßgabe des § 522 d. E. aufheben, auch wenn eine längere Miet- oder Kündigungsfrist vereinbart sei. Als eine solche Nötigung zur Aufgabe des Wohnortes gelte insbesondere die Versetzung

[3]) Vgl. Wilmowski-Levy, CPO., 7. Aufl. Bd. 1 S. 14; Entsch. d. RGer. in Civilsachen Bd. 33 S. 162.

[4]) Koch, Allg. Preuß. LR., 8. Aufl Bd. 2 S. 105 Note 79.

[5]) Vgl. Rehbein-Reincke, Allg. LR., 5. Aufl. Bd. 2 S. 501 bis 502 Note 120.

einer Militärperson oder eines Beamten oder eines Geistlichen oder Lehrers an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt nach einer anderen Garnison oder nach einem anderen Wohnorte."

Der Antrag wurde aber in der Erwägung abgelehnt, daß § 527 des Entwurfs den Charakter eines Privilegiums trage. Zur Beseitigung dieses Privilegiums durch die vorgeschlagene allgemeine Fassung gebe die Natur des Mietvertrags keine Veranlassung. Es empfehle sich aber, in den Schranken des durch öffentlich-rechtliche Bedürfnisse allerdings gebotenen § 527 zu bleiben, wobei es richtig sei, das Privilegium auch auf Geistliche und Lehrer auszudehnen. Demgemäß blieb es bei § 527 d. E. unter Ausdehnung des Privilegiums auf Geistliche und Lehrer in der durch die Redaktions-Kommission hergestellten, mit dem Gesetzestexte übereinstimmenden Fassung, § 511 des Entwurfs II. Lesung.[6])

In der Reichstags-Kommission wurde allerdings noch ein Angriff auf dieses Privilegium erhoben. Es wurde die Streichung des § 563 der Reichstagsvorlage (§ 511 des Entw. II. L.) beantragt, da ein solches Sonderrecht nicht gerechtfertigt erscheine. Von anderen Seiten wurde jedoch die Beibehaltung dieses Paragraphen befürwortet. Jedem Vermieter sei bekannt, daß bei Militärpersonen u. s. w eine Versetzung an andere Orte nicht unwahrscheinlich sei. In der Regel werde auch durch Vertrag ein Kündigungsrecht für diesen Fall vorgesehen. Die Bestimmung wolle nur das versehentliche Unterlassung eines solchen Vorbehaltes unschädlich machen. Der Antrag fiel, § 563 wurde dagegen nach dem Kommissionsberichte mit großer Mehrheit angenommen.[7])

Zu irgend einer Aenderung der Fassung des mit § 570 BGB. übereinstimmenden § 563 hat diese Wiederaufnahme der Besprechung nicht geführt.

Daß einzelne Mitglieder der Kommission zur Beschwichtigung der gegen das Privilegium erhobenen Bedenken auf eine Gestaltung der Sachlage hinwiesen, wie sie sich vielleicht in der Mehrzahl der Fälle, nämlich, daß der Mieter schon Beamter zur Zeit des Vertragsabschlusses gewesen ist, ergeben mag, kann nicht gegen die Auslegung geltend gemacht werden, die sich aus dem Wortlaut, dem Zweck und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt. Der Meinungsäußerung einzelner Mitglieder einer Kommission kann für die Auslegung des Gesetzes schon aus dem Grunde ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden, weil es an jedem Vorgang verfassungsmäßiger Entstehung eines Gesetzes mangelt, der hinsichtlich dieser Meinungsäußerung eine Uebereinstimmung der Gesetzgebungsfaktoren bekunden würde.

Schon der Ursprung des § 570 BGB. aus der clausula rebus sic stantibus des § 376 Tl I Kap. 21 Allg. LR. ergibt die einseitige Berücksichtigung des Mieters auf Grund von persönlichen und sachlichen Veränderungen, deren Eintritt keineswegs als eine bei Abschluß des Mietvertrages voraussehbare Eventualität erkennbar gewesen sein mußte. Gerade in der Unvorhersehbarkeit liegt die Rechtfertigung der clausula rebus sic stantibus; s. §§ 377, 378 Tl. I Kap. 21 Allg. LR. Ist das Militär- und Beamtenprivilegium im BGB. im Sinne des § 376 Tl. I Kap. 21 Allg. LR. aufrechterhalten, so kann es nicht auf die nur für einen begrenzten Umfang der Mietfälle, — die Mieten von zur Zeit des Vertragsabschlusses schon dem Personenkreise des § 570 BGB. Angehörigen —, mutmaßlich zutreffende Intention der Vertragschließenden begründet und aus dieser heraus wieder auf den Fall beschränkt werden, von dem aus allein auf diese mutmaßliche Intention geschlossen werden könnte.

---

[6]) Mugdan, Mat. z. BGB., Bd. 2 S. 871, 872.

[7]) Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 1281.

Der Grund des Privilegiums muß vielmehr lediglich in dem öffentlichen Interesse gesucht werden.

Mit Recht sagt Endemann,[8]) der leitende Gedanke sei der, daß durch solche Versetzungen, die im öffentlichen Interesse erfolgten, weder der Mieter, noch die Staatskasse durch übermäßige Versetzungskosten allzu sehr belastet werden dürften. Dies trifft aber zu, gleichviel, ob der Mieter zur Zeit des Vertragsabschlusses Beamter gewesen ist oder nicht.

Beruft der Staat oder eine ihm untergeordnete Körperschaft des öffentlichen Rechtes einen Beamten auf eine andere Stelle an einem anderen Ort als dem bisherigen Wohnorte, so liegt es im öffentlichen Interesse, daß der Beamte diesem Rufe folgen kann. Dies soll erleichtert werden und weder für den Beamten noch für den Staat mit zu großen Opfern verbunden sein. Für den ersteren kommt insbesondere in Betracht, daß ohne diese Erleichterung, wenn kein Anspruch auf Ersatz der durch die Versetzung verursachten Kosten besteht, es ihm unter Umständen unmöglich werden kann, dem Rufe zu folgen.

Bei organisatorischen Veränderungen können aber manche, die erst nach Abschluß des Mietvertrags in eine das Privilegium des § 370 BGB. genießende Stelle gekommen sind, derselben dringend bedürfen.

Der XIV. Civilsenat des Kammergerichts in Berlin hat am 2. Juli d. J. in Sachen L. g. H. 14 U. 3481 15. 06. auf die Feststellungsklage des Mieters L., der auf Grund des § 570 BGB. gekündigt hatte, entschieden, das Kündigungsrecht stehe dem Beamten nach § 570 BGB. zu, wenn er nur im Zeitpunkt seiner Versetzung Beamter im Sinne des § 570 BGB. sei.

Der Kläger, Diplomingenieur L., hatte durch schriftlichen Vertrag vom 18. Januar 1905 von dem Beklagten H. in dessen Hause in S. bei B. eine Wohnung für die Zeit vom 1. April 1905 bis 31. März 1907 gegen einen Jahresmietzins von 1600 Mk. gemietet.

Nach Abschluß des Mietvertrags wurde dem Kläger zum 1. April 1905 die Stelle eines Assistenten am k. Preußischen Materialprüfungsamte in Großlichterfelde-West, während des ersten Monats auf tägliche, sodann auf einmonatliche Kündigung gegen eine Jahresremuneration von zuerst 1800 Mk., dann 2000 Mk. übertragen.

Am 29. November 1905 erhielt er durch den Preußischen Minister für Handel und Gewerbe die Einberufung zur probeweisen Beschäftigung als Lehrer an den Königl. vereinigten Maschinenbauschulen in Cöln a. Rh. für den 1. April 1906 gegen eine jährliche Vergütung von 3600 Mk.

In dem Einberufungsschreiben war bemerkt, die endgültige Anstellung als Oberlehrer nach ein- bis zweijähriger Probezeit würde erfolgen können, Umzugskosten würden aber nicht gewährt.

Der Kläger kündigte hierauf unter Bezugnahme auf § 570 BGB. den Mietvertrag zum 1. April 1906. Der Beklagte wies die Kündigung zurück.

Der Kläger erhob hierauf Klage mit dem Antrage, festzustellen, daß der Mietvertrag zum 1. April 1906 durch Kündigung gelöst sei.

Das Landgericht wies die Klage ab. Es ließ die Frage dahingestellt, ob der Kläger durch die Anstellung als Assistent Beamter geworden sei und ob eine Versetzung im Sinne des § 570 BGB. vorgelegen habe.

[8]) Lehrbuch, 8. Aufl. Bd. 1 S. 1003 Note 52.

Auf die Berufung des Klägers erkannte jedoch das Kammergericht, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils, der Mietvertrag der Parteien sei zum 1. April 1906 durch Kündigung aufgelöst.

Die Gründe lauten in dem das Kündigungsrecht aus § 570 BGB. betreffenden Teile wie folgt:

„Die Kündigungsbefugnis nach § 570 BGB. greift durch. Der Kläger war durch seine Anstellung als Assistent des Königl. Materialprüfungsamtes Beamter geworden. Seine Berufung zu einem Lehramte an die Königl. vereinigten Maschinenbauschulen zu C. ist daher eine „Versetzung" im Sinne des § 570 BGB.

Eine feste Anstellung ist für den Begriff des Beamten im Sinne des § 570 BGB. nicht wesentlich. Die Begriffsbestimmung des § 570 BGB. ist dieselbe, wie die der §§ 811, 850 CPO. Die Fassung des § 570 BGB.: „Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten" deckt sich mit der entsprechenden Fassung in den §§ 811 und 850 CPO. Diese weicht nur insofern ab, als in der neuen Fassung der CPO. das Wort „Unterrichtsanstalten" durch „Anstalten" ersetzt worden ist. Die Motive zur CPO. S. 428 bestimmen den Begriff des Beamten dahin: „alle im Dienste des Reichs oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellten Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht . . . ." Diese Begriffsbestimmung ist auch für das BGB. für zutreffend zu erachten (v. Staudinger Anm. II 1b zu § 570). Auch nach preußischem Staatsrecht ist für die Beamteneigenschaft nur die Uebertragung eines Dienstes zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben notwendig. Eine Anstellung auf Probe, auf Widerruf oder auf Kündigung genügt (vgl. Römer, Ergänz. und Erläuter. zum Allg. LR. Bd. 4 S. 14 ff.; Oppenhoff, Entsch. d. Obertribunals Bd. 7 S. 581, Bd. 6 S. 277; Striethorst Archiv Bd. 72 S. 132).

Nach der Anstellungsurkunde des Klägers vom 11. März 1905 und der Bescheinigung des Königl. Materialprüfungsamtes vom 20. Dezebmer 1905 ist es zweifellos, daß der Kläger als Assistent des Materialprüfungamtes Beamter in diesem Sinne war.

Die Berufung des Klägers zu einem besoldeten Lehramte an die Königl. vereinigten Maschinenbauschulen in C. ist hiernach eine „Versetzung" im Sinne des § 570 BGB. Sie enthält die Berufung von einem Staatsamt in ein anderes Staatsamt, das sogar dem Verwaltungsbereiche desselben Ministeriums angehört. Daß der Kläger in C. zunächst nur probeweise gegen ein Jahresgehalt von 3600 Mk. beschäftigt werden soll und seine „endgültige" Anstellung als Oberlehrer erst nach einer ein- bis zweijährigen Probezeit in Aussicht genommen ist, steht nach der obigen Begriffsbestimmung seiner Beamteneigenschaft nicht entgegen. Die „probeweise Beschäftigung" des Klägers als Lehrer kann dem Probejahre des Lehramtskandidaten nicht gleichgestellt werden. Der Kläger verwaltet im öffentlichen Interesse ein staatliches Lehramt und bezieht dafür ein Gehalt von 3600 Mk., während der Probekandidat unentgeltlich und nur zu seiner Ausbildung beschäftigt wird. Die Frage, ob aus Anlaß der Versetzung Umzugskosten gewährt werden, ist für die Anwendung des § 570 BGB. gleichgültig.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt hiernach allein von der Frage ab, ob das Kündigungsrecht des § 570 BGB. dem Mieter auch dann zusteht, wenn er beim Abschlusse des Mietvertrags noch nicht Beamter war. Es handelt sich hier nicht darum, daß der Mieter, welcher bisher nicht Beamter war, eine Anstellung erlangt und infolge dieser Anstellung seinen Wohnsitz verlegt (zu vgl. Urteil des KG. XIV. Civilsenat vom 23. März 1903, Rechtspr. Bd. 11 S. 319),

sondern um den Fall, daß der Mieter während der Vertragszeit die Beamteneigenschaft erlangt und erst dann aus dem erlangten Amte in ein anderes Amt versetzt wird. In der Literatur wird diese Frage bisher verneint (so v. Staudinger, Dernburg, Cosack, Goldmann-Lilienthal, ferner von Mittelstein, Die Miete § 242 und Mugdan bei Niendorff, 7. Aufl. S. 303). Auch das Reichsgericht hat sich, ohne freilich die Frage selbst zu entscheiden, in einer beiläufigen Bemerkung für die Verneinung ausgesprochen (Jur. Wochenschr. 1903 Beil. S. 147). Der Senat muß jedoch die Frage bejahen. Das Kündigungsrecht steht dem Beamten nach § 570 BGB. zu, wenn er nur im Zeitpunkte seiner Versetzung Beamter im Sinne des § 570 BGB. ist. Der Wortlaut des § 570 BGB. unterscheidet nicht, ob der Mieter, der das Kündigungsrecht ausüben will, bereits zur Zeit des Vertragsschlusses Beamteneigenschaft hatte oder nicht. Eine einschränkende Auslegung erscheint umso weniger zulässig, als sie auch nicht durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und den aus ihr zu entnehmenden gesetzgeberischen Zweck gerechtfertigt wird. Der § 570 knüpft an den § 376 II. I Kap. 21 Allg. LR. an, der ein außerordentliches Kündigungsrecht gewährte, wenn der Mieter durch eine „nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder Umständen" außer Stande kam, von der Mietsache ferner Gebrauch zu machen. Hieraus hatte die Praxis das Kündigungsrecht der Beamten entwickelt. Das BGB. übernahm diesen Grundsatz des preußischen Rechtes, schränkte ihn aber auf die Beamten und die ihnen gleichgestellten Personenkreise ein, so daß nun das außerordentliche Kündigungsrecht zu einem Privileg bestimmter Berufsstände ausgestaltet ist. Der gesetzgeberische Grund ist nach wie vor die Rücksicht auf die veränderten Umstände in der Person des Beamten, die ihn an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindern und eine Befreiung von der Verpflichtung, den Mietzins fortzuentrichten, durch Gewährung eines außerordentlichen Kündigungsrechtes angemessen und billig erscheinen lassen. Der Beamte soll nicht durch die vertragliche Bindung an das Mietsverhältnis gehindert werden, einer von der Behörde gewünschten Versetzung Folge zu leisten oder eine sich ihm bietende Gelegenheit zur Verbesserung seiner Stellung zu benutzen. Indem dadurch die Behörde größere Freiheit in der Auswahl der Personen bei Besetzung der öffentlichen Aemter und in der Förderung des einzelnen Beamten in seiner dienstlichen Laufbahn erlangt, dient das Privileg zugleich dem öffentlichen Interesse. Dagegen ist es nicht dazu bestimmt, durch Verringerung der Umzugskosten das finanzielle Interesse des Staates und der öffentlichen Verbände zu fördern, wenn schon auch dieser Gesichtspunkt in den Verhandlungen der Reichstagskommission hervorgehoben worden ist. Das Privileg ist daher unabhängig davon, ob der versetzte Beamte Umzugskosten aus öffentlichen Mitteln erhält, und es ist nicht, wie beim Ueberwiegen des finanziellen Gesichtspunktes nahe gelegen hätte, durch zwingende Vorschrift, sondern nur dispositiv als Ergänzungsregel aufgestellt, so daß es von den Vertragschließenden wegbedungen werden kann. Der Mietvertrag der Parteien enthält nun keine Bestimmung, welche den § 570 BGB. von der Anwendbarkeit ausschließt. Da der Kläger beim Vertragschlusse noch nicht Beamter war, hatte freilich der Beklagte auch keinen Anlaß, eine das Beamtenprivileg betreffende Abrede in den Vertrag aufzunehmen. Darauf kommt es indessen für die Anwendung der gesetzlichen Ergänzungsregeln nicht an. Die Ergänzungsregeln greifen auch ein, wenn die Parteien an den durch sie geregelten Fall nicht gedacht, also weder die Geltung der Ergänzungsregel noch das Gegenteil davon gewollt haben. Hierin unterscheiden sich die Ergänzungsregeln von den Auslegungsregeln. Diese sind Hilfsmittel für die richterliche Auslegung des Parteiwillens; sie bestimmen, in welchem

Sinne eine undeutliche oder unvollständig gebliebene Willenserklärung unter gewöhnlichen Umständen und mangels anderer Anhaltspunkte auszudeuten ist. Die Ergänzungsregeln geben dagegen die vom Gesetzgeber im Normalfall für angemessen und den Bedürfnissen des in Betracht kommenden Lebensverhältnisses entsprechend erachtete Ordnung der beiderseitigen Rechte und Pflichten. Die Parteien können zwar an die Stelle der gesetzlichen Ordnung eine abweichende, von ihnen selbst bestimmte Regelung des Rechtsverhältnisses setzen. Soweit sie das aber nicht getan haben, soweit also der Parteiwille schweigt und in der vertraglichen Regelung eine Lücke geblieben ist, tritt die gesetzliche Dispositivvorschrift ergänzend ein. Ihre Geltung hängt also nicht davon ab, daß der Inhalt der Ergänzungsregel von den Vertragschließenden ausdrücklich oder stillschweigend als Vertragsinhalt gewollt wurde. Sie gilt nicht nur, wenn die Beteiligten es bei der gesetzlichen Ordnung belassen wollten, sondern auch, wenn sie den Fall gar nicht erwogen hatten (vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 53; Crome Bd. 1 S. 70).

Die zu entscheidende Frage, ob dem Mieter das Recht aus § 570 BGB. auch zusteht, wenn er beim Vertragschlusse noch nicht Beamter war, löst sich hiernach in die allgemeine Frage auf, ob eine gesetzliche Ergänzungsregel auch dann gilt, wenn ihre tatsächlichen Voraussetzungen beim Vertragschlusse noch nicht bestanden oder nicht vorauszusehen waren. Diese Frage ist zu bejahen. Der Inhalt der Ergänzungsregel ist nicht Vertragsinhalt, sondern Geschäftsinhalt. Es kommt nicht darauf an, ob die Parteien das, was die Ergänzungsregel vorschreibt, gewollt haben oder ob sie es gewollt hätten, wenn sie die Frage in Erwägung gezogen hätten. Es genügt vielmehr, daß sie nichts Gegenteiliges bestimmt haben. Bei den meisten Ergänzungsregeln handelt es sich darum, zu bestimmen, in welcher Weise ein nachträglich eintretender und nicht vorhergesehener Umstand auf ein Rechtsverhältnis einwirkt. Diese Vorschriften würden ihren Zweck, die Lücken des Vertragsrechts auszufüllen, verfehlen, wenn man sie in allen Fällen ausschalten wollte, wo die tatsächlichen Voraussetzungen der Ergänzungsregel oder doch ihre grundlegenden Ursachen nicht schon beim Vertragschlusse vorhanden waren. Der vom Reichsgerichte in Jur. Wochenschr. 1903 Beilage S. 147 entschiedene Fall, der die Einwirkung einer Dispositivvorschrift auf eine Vertragsabrede betrifft und bei dem § 570 BGB. lediglich als Beispiel herangezogen wird, kann gegen die vorstehend vertretene Ansicht über die Wirkung der Dispositivvorschriften nicht verwertet werden. Es handelte sich dort um die Frage, ob der geschiedene Gatte Herabsetzung einer vertraglich zugesicherten Unterhaltsrente mit Rücksicht auf § 1579 Abs. 1 Satz 2 BGB. verlangen könne, wenn der andere Gatte sich wieder verheiratet. Die Anwendung der Dispositivvorschrift ist dort mit Recht verneint. Der Grund liegt aber nicht darin, daß der Tatbestand der Ergänzungsregel beim Vertragsschlusse noch nicht vorlag, sondern darin, daß die geschiedenen Gatten die Unterhaltspflicht erschöpfend geregelt, die Ergänzungsvorschrift also ausgeschlossen hatten.

In dem jetzt zu entscheidenden Falle liegt aber eine erschöpfende Regelung des Mietverhältnisses, welche die gesetzliche Dispositivvorschrift des § 570 BGB. ausschließt, nicht vor. Der Kläger hat daher das Kündigungsrecht des Beamten, da er zunächst Beamter geworden und sodann als Beamter in ein anderes Amt versetzt worden ist. Durch seine Kündigung ist somit das Mietverhältnis der Parteien zum 1. April 1906 aufgelöst."

Ist die Klageerhebung als Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 193 des BGB. zu betrachten?

Von Eugen Pillmayr, k. Amtsrichter a. D.

Die Klageerhebung tritt in Beziehung zu Fristen bei der Verjährung, insoferne letztere vollendet ist, wenn nicht innerhalb der im BGB. bestimmten Frist eine der darin bezeichneten Klagen erhoben worden ist.

Auf diese Fälle soll die Beantwortung obiger Frage, welche bei den kurzen Verjährungsfristen der Viehgewährschaftsansprüche nicht ohne praktische Bedeutung ist, beschränkt sein.

Die Entstehungsgeschichte des § 193 des BGB. ist bekannt (s. Planck's Komm. zum BGB. Anm. zu § 193).

Für die Reichstagskommission, welcher diese Gesetzesbestimmung ihre Entstehung verdankt, konnte als Willenserklärung nur derjenige Begriff maßgebend sein, welcher sich auf Grund der bis dahin erfolgten gesetzgeberischen Arbeiten und Beratungen herausgebildet hatte.

Nach den Motiven zu § 64 des Entwurfs des BGB., welche bei den Beratungen niemals einem Widerspruche begegnet sind, wird unter Willenserklärung die rechtsgeschäftliche Willenserklärung verstanden und das Wesen des Rechtsgeschäfts darin gefunden, daß ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkung gerichteter Wille sich betätigt (Mot. Bd. 1 S. 126, Amtl. Ausg.).

Diese Begriffsbestimmung erhält aber eine Einschränkung durch den allgemeinen Zweck des BGB. als Kodifikation des Civilrechts, durch den Zweck der Regelung des Privatrechts.

Unter Willenserklärung im Sinne des BGB., also auch des § 193 dieses Gesetzbuchs, wird demnach eine solche zu verstehen sein, welche auf die Herbeiführung einer privatrechtlichen Wirkung gerichtet ist.

Trifft dieses Merkmal bei der Klageerhebung zu?

Nach § 253 der RCPO. erfolgt letztere im allgemeinen durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Von dem vorgeschriebenen Inhalte des letzeren kommt als Willenserklärung nur der Antrag und die Ladung in Betracht.

Im Klagsantrage bringt der Kläger zum Ausdrucke, daß er vom Gerichte ein dem Antrage entsprechendes Urteil will; die Ladung bezweckt das Erscheinen des Beklagten vor Gericht. Beide Willenserklärungen sind auf die Herbeiführung eines prozeßrechtlichen, nicht eines privatrechtlichen Erfolges gerichtet.

Bei der Klage auf Befriedigung hat die Klageerhebung allerdings auch die privatrechtliche Wirkung einer Mahnung (§ 284 des BGB.); allein nach den Motiven (Bd. 1 S. 330), welche in dieser Beziehung bei den gesetzgeberischen Verhandlungen ebenfalls nie eine Korrektur erfahren haben, ist der Mahnung ausdrücklich eine die Verjährung unterbrechende Kraft versagt, so daß die allerdings vorhandene civilrechtliche Seite der Klageerhebung für die gestellte Frage von vorneherein ausscheidet.

Letztere wird also zu verneinen sein.

Für diese Entscheidung ~~sprechen~~ weiter auch einerseits die bei den Beratungen des nunmehrigen § 193 des BGB. in der Reichstagskommission ausweislich der Protokolle aufgeführten Beispiele für die Anwendung dieser Gesetzesstelle, welche sich ausschließlich auf zweifellos privatrechtliche Willenserklärungen beziehen, andererseits die Nichterwähnung der Klageerhebung, obwohl eine bei-

spielsweise Bezugnahme auf diese bei der gleichzeitigen Beratung des von der Zustellung von Willenserklärungen durch Gerichtsvollzieher handelnden § 132 des BGB. besonders nahe lag.

Nach der vorstehend vertretenen Rechtsanschauung würde also, wenn die Verjährungsfrist z. B. für die Wandelungsklage nach § 481 des BGB. an einem Sonntage endigt, die Klage zur Unterbrechung der Verjährung noch an diesem Sonntage zuzustellen sein.

Identitätsfeststellung durch den Grundbuchbeamten.

Von Kgl. II. Staatsanwalt Gg. Meikel in München.

Art. 10 AG. z. GBO. bestimmt: „Ist derjenige, von welchem eine Eintragungsbewilligung oder eine sonstige zu einer Eintragung erforderliche Erklärung vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben wird, dem Grundbuchbeamten nicht bekannt, so hat sich der Grundbuchbeamte Gewißheit über dessen Persönlichkeit zu verschaffen. Das Protokoll soll eine Angabe darüber enthalten, ob der Grundbuchbeamte den Erklärenden kennt, oder, sofern dies nicht der Fall ist, in welcher Weise er sich Gewißheit über die Persönlichkeit verschafft hat."

Die Begründung des Entwurfes eines Ausführungsgesetzes zu der Grundbuchordnung und zu dem Gesetze über die Zwangsversteigerung 2c. führt zu Art. 10 aus: „Die rechtliche Bedeutung, welche der Eintragung im Grundbuche nach den §§ 891 bis 893 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zukommt, macht es erforderlich, daß das Grundbuchamt sich bei der Entgegennahme der Eintragungsbewilligung und der sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen über die Persönlichkeit des Erklärenden vergewissert. Der Artikel 10 weist den Grundbuchbeamten auf die Notwendigkeit dieser Vergewisserung hin, die auch im bayerischen Hypothekengesetze (§ 103 Abs. 2) hervorgehoben ist, und schreibt im Anschlusse an den § 176 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor, daß in das Protokoll eine Angabe darüber aufgenommen werden soll, ob der Grundbuchbeamte den Erklärenden kennt, oder, sofern dies nicht der Fall ist, in welcher Weise er sich Gewißheit über die Persönlichkeit verschafft hat. Kann der Grundbuchbeamte sich diese Gewißheit nicht verschaffen, so bleibt es seinem Ermessen überlassen, den Antrag zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Beibringung des erforderlichen Nachweises zu bestimmen (§ 18 GBO.).

Die Ausführungen im letzten Satze der Begründung sind zweifellos richtig, sofern ein Eintragungsantrag gestellt wird; denn § 18 GBO. setzt voraus, daß eine Eintragung beantragt wird. § 18 GBO. behandelt das Verhältnis zwischen dem Grundbuchamt und demjenigen, der eine Eintragung beantragt; dagegen findet er keine Anwendung auf denjenigen, der etwas anderes als eine Eintragung beantragt oder der überhaupt keinen Antrag stellt; denn über die vor dem Grundbuchamt abgegebenen Erklärungen muß von Amtswegen ein Protokoll aufgenommen werden, ohne daß es eines Antrags bedarf (Art. 9 AG. z. GBO.).

Wie ist es also dann, wenn eine Eintragung nicht beantragt wird, wenn z. B. die Beteiligten lediglich die Auflassung vor dem Grundbuchamte erklären, die Eintragung in das Grundbuch aber noch nicht beantragen wollen? Daß § 18 GBO. hier keine Anwendung finden kann, da ja eine Eintragung nicht

beantragt wird, ist klar. Oder wie ist es dann, wenn der Erklärende nicht zugleich der Antragsteller ist; wenn z. B. der Gläubiger die Löschung einer Hypothek bewilligt und beantragt, der die Zustimmung erklärende Eigentümer aber sich über seine Persönlichkeit nicht ausweisen kann. Daß hier § 18 GBO. auf den Antragsteller Anwendung findet, liegt ebenfalls auf der Hand; eine andere Frage ist aber die, ob das Grundbuchamt die Beurkundung der Zustimmungserklärung des angeblichen Eigentümers ablehnen kann.

Durch den Hinweis auf § 18 GBO. wird also die Frage nicht aus der Welt geschafft, wie sich das Grundbuchamt gegenüber dem Erklärenden zu verhalten hat, wenn dieser sich über seine Persönlichkeit nicht auszuweisen vermag.

Einfach ist die Beantwortung dieser Frage, wenn man mit einer weitverbreiteten Meinung annimmt, daß die Vorschriften der §§ 168 ff. FGG. auch auf die Protokolle des Grundbuchamtes Anwendung finden; denn § 176 Abs. 3 Satz 2 FGG. bestimmt ausdrücklich: Kann sich der Richter diese Gewißheit (sc. über die Persönlichkeit) nicht verschaffen, wird aber gleichwohl die Aufnahme der Verhandlung verlangt, so sollen der Sachverhalt und dasjenige, was zur Feststellung der Persönlichkeit beigebracht ist, in das Protokoll aufgenommen werden. Die bayerische Gesetzgebung teilt aber diesen Standpunkt nicht; denn dann wären die Vorschriften der Artikel 9 und 10 AG. z. GBO. überflüssig.

Darüber kann kein Zweifel bestehen, daß der Grundbuchbeamte die Entgegennahme einer Erklärung, zu deren Entgegennahme er zuständig, d. h. berechtigt und verpflichtet ist, nicht deshalb ablehnen kann, weil er den Erklärenden nicht kennt; denn die Wirksamkeit der Erklärung ist an eine solche Kenntnis nicht gebunden. Wird aber eine Erklärung vor dem Grundbuchamt wirksam abgegeben, so soll nach Art. 9 AG. z. GBO. hierüber ein Protokoll aufgenommen werden; der Grundbuchbeamte ist nur nicht in der Lage, die Persönlichkeit des Erklärenden festzustellen, so daß also das der Vorschrift des § 176 Abs. 3 Satz 2 FGG. zu Grunde liegende Prinzip, obwohl es nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt wurde, eben doch zur Anwendung zu gelangen hat.

Wenn dann freilich auf Grund einer solchen Erklärung eine Eintragung beantragt wird, so hat der Antragsteller die Identität des Erklärenden, sofern sie nicht offenkundig ist, durch öffentliche Urkunden[1]) nachzuweisen, während er, wenn der Grundbuchbeamte die Persönlichkeit im Protokoll festgestellt hat, dieses Nachweises überhoben ist. Erbringt der Antragsteller diesen Nachweis nicht sofort mit der Einreichung des Antrags oder wenigstens bis zu seiner Verbescheidung, so hat der Grundbuchbeamte nach § 18 GBO. zu verfahren.

1) Beschl. des Kammergerichts vom 13. Oktober 1900 (RDLG. Bd. 1 S. 382), ein Beweis, der freilich nie zu erbringen sein dürfte. Die Praxis hat daher in verschiedenen Fällen mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Lebens von einer zu strengen Auslegung des § 29 GBO. abgesehen (Nachweis der Nichtbestellung eines Beistandes in Kammergericht vom 14. April 1902 [RDLG. Bd. 5 S. 5; Centralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 3 S. 53] und vom 23. August 1905 [RDLG. Bd. 12 S. 340]; der Nichtwiederverheiratung in einem Falle, in welchem von dieser Tatsache die Verfügungsbefugnis abhing, in Kammergericht vom 3. November 1902 [RDLG. Bd. 6 S. 102]); doch darf nicht außer Acht gelassen werden, daß es sich in diesen Fällen um Konzessionen an die Bedürfnisse des Lebens handelt und daß auch Entscheidungen (Kammergericht vom 16. Februar 1903 in EJFG. Bd. 3 S. 250 und RDLG. Bd. 6 S. 321; Bayr. Oberstes Landesger. vom 18. März 1905 in Samml. Bd. 6 S. 198; Reichsgericht vom 12. Juli 1905 in Entsch. Bd. 61 S. 329 und Jur. Wochenschr. 1906 S. 540 Nr. 31) vorliegen, welche den strengeren Standpunkt einnehmen.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Civilrecht; Civilprozeß.

Ehemaklergebühr nach bayerischem Landrecht; Beweislast, wenn ein Wechsel teils für eine klagbare, teils für eine unklagbare Forderung ausgestellt ist.

Aus den Gründen: In Bezug auf die Auslegung des § 656 des BGB. kann den Ausführungen der Revision nicht zugestimmt werden. Vielmehr ist, da dem Gesetze der Gedanke zugrunde liegt, daß Heiratsvermittelungsprozesse wegen der damit verbundenen Aergernisse vermieden werden sollen, in Uebereinstimmung mit Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts § 152, Bd. 2 S. 2 Abs. 2; v. Staudinger, Komm. zum BGB. 2. Aufl. Bem. 3b zu § 656; Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Bem. 3 zu § 656; Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. 2 Tl. 2 S. 489; Kohler, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 12 S. 332; Schindler, die gewerbsmäßige Heiratsvermittelung, S. 77, anzunehmen, daß durch die Bestimmung des § 656 Abs. 1 (vgl. § 652 Abs. 2) auch die Klagbarkeit eines Anspruchs auf Erstattung von Auslagen, die durch die Ehemäklertätigkeit entstanden sein sollen, ausgeschlossen wird, und ist ferner nicht zu bezweifeln, daß, wie unter § 762 Abs. 2 des BGB., so unter § 656 Abs. 2 auch die zu dem bezeichneten Zweck erfolgende Eingehung einer Wechselverbindlichkeit fällt.

Dagegen müssen in folgenden Richtungen die Revisionsangriffe für begründet erachtet werden.

Unterstellt man, daß den beiden Wechseln ein in Bayern mit Beziehung auf eine in Bayern zu entwickelnde Vermittelungstätigkeit, und zwar bereits im Jahre 1899 abgeschlossener Ehevermäklervertrag zugrunde liegt, dann ist die Frage der Rechtsverbindlichkeit dieses Vertrages für den in München wohnhaften Beklagten und folgeweise auch die Frage, ob die Wechselversprechen eines materiell gültigen Bestimmungsgrundes entbehren, gemäß Art. 170 des Einführungsgesetzes zum BGB. nicht nach § 656 des BGB., sondern nach einem Bayerischen Partikularrecht zu beurteilen (vgl. Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 46 S. 153, 178).

Wenn nun das Oberlandesgericht davon ausgeht, daß nach Bayerischem Landrecht der Heiratsvermittler, abgesehen von ausdrücklichen gegenteiligen Verabredungen, den Vermittlerlohn nur fordern könne, falls er die Heirat zustande gebracht habe, und auf Grund dessen dazu gelangt, daß auch bei Anwendung Bayerischen Rechts deshalb zu Ungunsten der Klägerin entschieden werden müsse, weil von ihr die gewünschte Heirat nicht zustande gebracht worden sei, so sind zwar diese Darlegungen bezüglich ihres Ausspruchs über den Inhalt der in Betracht kommenden Vorschriften des Bayerischen Landrechts der Nachprüfung des Reichsgerichts entzogen. Angreifbar und verfehlt sind sie aber insofern, als sie einen nach ihnen selbst für wesentlich zu erachtenden Streitpunkt außer Acht lassen. Im Gegensatz zu der vom Beklagten seiner Einrede gegebenen tatsächlichen Begründung, nach der es sich um ein (in die Zeit nach dem 1. Januar 1900 fallendes) Lohnversprechen für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe handeln soll, wird von der Klägerin behauptet: Der Beklagte habe ihr am 19. Oktober 1899 in Bayern den Auftrag gegeben, seine Interessen in München wahrzunehmen, für ihn in seinen persönlichen Angelegenheiten, insbesondere zwecks der Herbeiführung einer Heirat und der Verschaffung von Darlehen, tätig zu sein; er habe ihr dafür eine Entschädigung von 10 fl.

für den Tag versprochen; diesen Auftrag habe sie angenommen und, 17 Monate auswärts zubringend und namhafte Auslagen bestreitend, ausgeführt, und für diese Bemühungen und Auslagen seien ihr die beiden eingeklagten Wechsel gegeben worden. — Damit sind doch dem Einredevorbringen des Beklagten Anführungen entgegengesetzt, die nur dahin verstanden werden können, daß die Klägerin nach schon im Jahre 1899 getroffener Abrede für ihre Tätigkeit, auch wenn diese erfolglos blieb, entschädigt werden sollte, Anführungen also, die, wenn sie richtig wären, es nicht gestatten würden, den hervorgehobenen Grundsatz des Bayerischen Landrechts, nach welchem doch nur im Zweifel (wenn nichts anderes verabredet ist) der Anspruch des Heiratsvermittlers davon abhängt, daß er die Heirat zustande bringt, gegen die Klägerin anzuwenden.

Zu diesem einen Grunde, aus dem die angefochtene Entscheidung unhaltbar ist, tritt noch ein zweiter. Das Oberlandesgericht erklärt es für gegenwärtig belanglos, ob die Wechselsumme vielleicht neben den nicht klagbaren Ansprüchen der Klägerin für ihre Bemühungen um Heiratsvermittelung noch andere an sich klagbare Ansprüche für anderweitige Dienstleistungen in sich schlössen, da solche besondere Rechtstitel hier nicht geltend gemacht seien, sondern nur aus den Wechseln geklagt sei, denen, weil sie jedenfalls zum weitaus überwiegenden Betrage für nicht verbindliche Zahlungsversprechen und nur möglicherweise auch für rechtsverbindliche, aber nicht ausgeschiedene und nicht ausscheidbare Verpflichtungen des Beklagten gegeben worden seien, angesichts der statthaften Einrede des Beklagten eine verbindliche Kraft nicht beigemessen werden könne. — Dabei ist aber, wie mit Recht von der Revision gerügt wird, vom Oberlandesgericht verkannt worden, daß, eben weil nur aus den Wechseln geklagt ist, und diese, an und für sich genommen, das Klagbegehren begründen, es Sache des Beklagten ist, die Mangelhaftigkeit des Kausalverhältnisses der Wechsel aufzudecken, also darzutun, daß die Eingehung der Wechselverbindlichkeiten ganz, oder wenn nicht ganz, zu welchem Teil sie zum Zwecke der Erfüllung eines rechtsunverbindlichen Versprechens einer Ehevermittelungs-Entschädigung erfolgt ist.

Hiernach war, wie geschehen, zu erkennen. Urteil vom 30. Juni 1906 (I. 88/06.)

Auslegung einer Schiedsgerichtsklausel. Die Klägerin hat einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 6697 Mk. 60 Pfg. mit der Begründung erhoben, daß in einem mit ihr abgeschlossenen Vertrage der Beklagte übernommen habe, an die Klägerin in der Zeit vom 1. Juli 1904 bis 1. Oktober 1908 ein jährliches Quantum von 2500 Tonnen holzessigsaurem Graukalk in monatlichen Raten zum Preise von 15 Mk. pro 100 Kilogramm zu liefern, aber die am 1. Juli 1904 fällig gewesene Lieferung zu 208 Tonnen nicht betätigt und auch trotz Fristsetzung bis 1. Oktober 1904 keine Ware gesandt habe. Auf Grund der in dem Vertrage sich dahin findenden Bestimmung, „daß bei Streitigkeiten aus diesem Vertrage innerhalb 4 Wochen von beiden Teilen ein Vertrauensmann zu ernennen ist, und man sich der Entscheidung der Handelskammer in Würzburg unterwirft", hat der Beklagte, der hierin eine Schiedsgerichtsklausel findet, die Einlassung auf den Streit verweigert. Die Vorinstanzen haben diesen Einwand zurückgewiesen. Es ist, nachdem die früheren Direktoren der klagenden Gesellschaft, von denen der fragliche Vertrag mit dem Beklagten abgeschlossen ist, als Zeugen vernommen sind, angenommen, daß auf seiten der Klägerin in Rücksicht auf die Schiedgerichtsklausel der Wille geherrscht habe, nur solche Differenzen durch das Schiedsgericht entscheiden zu lassen, die nach

der Lieferung von Waren über Qualität derselben entstehen würden. Vom Berufungsgericht ist dabei auch darauf hingewiesen, daß von den Zeugen zugleich der Meinung Ausdruck gegeben sei, auch der Beklagte sei willens gewesen, nur derartige Streitigkeiten einem Schiedsgerichte zu übertragen. Es könne aber, so wird weiter gesagt, ununtersucht bleiben, ob dies zutreffe. Denn, wenn die Parteien über den Sinn der in Rede stehenden Klausel nicht einig geworden, so mangle es an dem erforderlichen Konsens und müsse alsdann der Schiedsvertrag, auf den sich der Beklagte stütze, als nicht geschlossen gelten.

Insoweit die Revision gegenüber der angefochtenen Entscheidung darauf hinweist, daß es derselben an einem dem Gesetze entsprechenden Tatbestande fehle, muß das Rechtsmittel unbeachtet bleiben, da jedenfalls nach der Sachlage das Urteil nicht auf diesem Mangel beruht.

Die Revision macht aber weiter geltend, das Vorhandensein des Konsenses habe keinenfalls unter Berufung darauf bestritten werden dürfen, daß ein von dem Wortlaute der Erklärung abweichender, innerlich gebliebener Wille der Vertreter der Klägerin vorgelegen habe. Dies widerstreite dem § 116 des BGB.

Dieser Angriff erscheint erheblich. Es ist rechtsirrtümlich, wenn das angefochtene Urteil eine rechtswirksame Nichtübereinstimmung der Willensrichtungen der Vertragschließenden auf der Grundlage als vorliegend erachtet hat, daß die Vertreter der Klägerin der Schiedsgerichtsklausel eine mit dem Wortlaute derselben nicht übereinstimmende, einschränkende Bedeutung beigelegt haben, während darüber, daß der Beklagte solchen in die Außenwelt nicht hervorgetretenen Willen erkannt habe oder auch nur habe erkennen können, nichts als festgestellt erachtet worden.

Die angegriffene Entscheidung unterliegt daher der Aufhebung. Es muß die Zurückverweisung an die Vorinstanz erfolgen. Diese hat von neuem in eine Prüfung der Schiedsgerichtsklausel einzutreten, namentlich auch soweit solcher sonst nicht Bedenken anhaften, in der Richtung, ob die Umstände eine dem Willen beider Teile entsprechende Auslegung derselben an die Hand geben, wie sie von der Klägerin als die zutreffende bezeichnet ist. Urteil vom 13. Juli 1906 (VII. 592/05).

Streitwert bei Rückgängigmachung von Kaufverträgen, hier Anfechtung wegen Betrug.

Nach der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts ist bei Klagen auf Rückgängigmachung von Kaufverträgen, insbesondere auf Befreiung von den übernommenen Verbindlichkeiten der Wert des Streitgegenstandes nach § 3 der CPO. nach freiem Ermessen zu schätzen. Im vorliegenden Falle kommt außer dem Ersatz von baren 20364,53 Mk. die Befreiung von 80000 Mk. Hypotheken in Betracht. In Höhe von 30000 Mk. werden aber diese Hypotheken durch den Wert der zurückzugebenden Grundstücke gedeckt, da diese nach der eigenen Angabe des Klägers jenen Wert haben. Für den Rest von 50000 Mk. dagegen besteht in vollem Umfange die persönliche Haftung, deren Beseitigung erstrebt wird. Der Wert des Streitgegenstandes stellt sich danach auf die Summe von 70000—72000 Mk. Beschluß vom 9. Juli 1906 (V. 20/06).

Erfordernis der Mahnung (BGB. § 284). Beklagte hat den Klägern eine Serie farbiger Ansichtskarten, und zwar X-Tausend bis 15. April 1900, alle „Nachbestellungen" binnen 30 Tagen vom Tage der jeweiligen Bestellung an unter Vertragsstrafe für jeden Tag des Säumnis zu liefern. Von den Nachbestellungen, die sämtlich schriftlich erfolgten (vereinbart war dies nicht),

wurden mehrere zu spät effektuiert. Während die Vorinstanzen auf dieselben den § 284 Abs. 2 BGB. anwandten, erachtete das Reichsgericht Mahnung für erforderlich, damit auf die Vertragsstrafe geklagt werden könne. Unter Bezugnahme auf Entsch. d. RGer. Bd. 60 S. 84 und auf Mot. Bd. 2 S. 57 wird ausgeführt: Der Zeitpunkt der Nachbestellungen war vertragsmäßig nicht bestimmt, erst von ihm aus, — der also nach Vertrag ungewiß war, — berechnete sich die Lieferfrist; § 284 Abs. 2 ist als eine für den Fall einer Kündigung gegebene Ausnahmevorschrift nicht ausdehnend auszulegen. II. Civilsenat Nr. 485/05. Urteil vom 17. November 1905.[1])

Begrenzung der Rente nach dem Lebensalter des Beschädigten. Die Revision beschwert sich darüber, daß die Rente dem Kläger ohne zeitliche Begrenzung zugesprochen ist. Die Beschwerde ist auch begründet.

Die Beklagte hat, indem sie die vom Kläger geforderten Beträge bestritt, schon in der ersten Instanz verlangt, daß für die Rente eine Grenze, etwa das 65. Lebensjahr festgesetzt werde. Das Landgericht hat das abgelehnt, weil ein bestimmtes Lebensalter, in dem sich die Arbeitsfähigkeit des Klägers auch ohne den Unfall vermindert hätte, mangels Darlegung bezüglicher Umstände nicht festgestellt werden könne. In der Berufungsinstanz ist diese Ausführung nicht, wie der Revisionsbeklagte meint, unangefochten geblieben. Denn nach dem Tatbestande des Berufungsurteils hat zwar die Beklagte ihren Antrag ausdrücklich nur auf die Ermäßigung der dem Kläger zugesprochenen Beträge gerichtet, aber damit, wie der in Bezug genommene Schriftsatz vom 5. Oktober 1904 ausweist, aufs Neue den Antrag verbunden, eine Höchstgrenze für den Bezug der Rente festzusetzen, etwa das 65. Lebensjahr. Der Berufungskläger hat diese Einschränkung mit der Behauptung begründet, der Kläger könne offenbar persönlich weder als Reisender noch in der Fabrik bis an sein Lebensende tätig sein. Das Berufungsgericht hat diesen Antrag mit Stillschweigen übergangen. Liegt darin schon ein prozessualer Mangel des angefochtenen Urteils, so ist die Zurückweisung des Antrags auch sachlich zu beanstanden.

Das Gericht hat bei der Bestimmung der Höhe und Dauer einer vom Ersatzpflichtigen zu zahlenden Rente auch die zukünftige Gestaltung der Verhältnisse zu berücksichtigen, soweit sich diese zur Zeit der Urteilsfällung nach dem gewöhnlichen, erfahrungsmäßigen Verlauf der Dinge voraussehen läßt. Lassen die im Einzelfalle zu dieser Zeit erkennbaren Umstände den Schluß zu, daß die Rentenpflicht künftig sich einschränken wird, so ist dem schon bei der ersten Bestimmung der Höhe und Dauer der Rente Rechnung zu tragen. Geschieht das nicht, so wird das berechtigte Interesse der Partei verletzt. Es genügt nicht, diese auf die Möglichkeit zu verweisen, gemäß § 323 CPO. eine nachträgliche Abänderung der Rente zu bewirken. Denn das beschwert sie einerseits, weil ihr damit die Last und nach den Umständen auch die Kosten des Nachprozesses aufgebürdet werden, andererseits und vor allem, weil nach § 323 Abs. 2 in dem Nachprozesse nur solche Gründe für die Klage geltend gemacht werden können, die nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses entstanden sind. Das Gericht hat deswegen die Pflicht, bei der gemäß § 287 CPO. stattfindenden Ermittelung des Schadensbetrages alle ihm vorliegenden Umstände zu berücksichtigen, die für die Abmessung der Dauer der Rente wesentlich sind. Das Landgericht, das die Darlegung solcher Umstände vermißt hat,

[1]) In einem nicht sehr verschieden gelagerten Falle hat derselbe Senat anders entschieden (Entsch. d. RGer. Bd. 53 S. 11 ff.).

verkennt, daß es nicht allein die Darlegung des Beklagten, sondern den gesamten, insbesondere auch den aus der Vernehmung der Sachverständigen sich ergebenden Sachverhalt zu berücksichtigen hatte. Es mußte daher geprüft werden, inwiefern die nach dem ärztlichen Gutachten schon vor dem Unfall vorhandene Kränklichkeit und ihre aus anderen Gründen abzuleitende Steigerung in späterer Zeit im Zusammenhalt mit der Art der Erwerbstätigkeit des Klägers vor und nach diesem Zeitpunkt voraussehen lassen, daß auch ohne den Unfall der Kläger sein früheres Einkommen nicht bis an sein Lebensende behalten haben würde, die Minderung also teilweise auch ohnedem eingetreten sein würde.

Das Berufungsurteil mußte hiernach aufgehoben und eine anderweite Verhandlung der Sache angeordnet werden. VI. Civilsenat 361/05. Urteil vom 15. Februar 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß.

StGB. § 49. Zum Begriff der Beihilfe. Die Beihilfe des § 49 StGB. unterscheidet sich von der Mittäterschaft dadurch, daß der Wille des Mittäters auf die Verübung des Deliktes als seines eigenen gerichtet ist, während der Gehilfe nur die Förderung einer fremden Tat bezweckt. Die Beihilfe kann eine physische oder psychische sein, je nachdem sie durch Tat oder durch Rat geleistet wird. Unter Rat ist jede psychische Einwirkung auf den Täter zu verstehen, die das Ziel verfolgt, die Ausführung des Deliktes, zu dessen Begehung der Täter bereits entschlossen ist, zu fördern. Hat sie den Zweck, den Täter erst zur Ausführung der Tat zu bestimmen, so kann nur Anstiftung, nicht Beihilfe in Betracht kommen. Die psychische Einwirkung durch Rat kann entweder nach der Richtung betätigt werden, daß der Täter in dem Entschluß, das Delikt zu begehen, bestärkt werden soll, oder aber insoferne, als ihm für die Art der Ausführung der beschlossenen Tat eine Anleitung gegeben werden will. Urteil vom 1. März 1906; Rev.-Reg. Nr. 65/06.

StGB. §§ 315, 316. Gefährdung eines Eisenbahntransports. Die Bestimmungen der §§ 315, 316 StGB. sind auch auf elektrisch betriebene Straßenbahnen anwendbar. Der Begriff des Eisenbahntransports schließt sowohl den Betrieb an sich, als auch einen bestimmten Transport der zu befördernden Personen und Güter, sowie der zur Beförderung dienenden Wägen in sich. Die Gefährdung eines Transports besteht in der Herbeiführung eines Zustandes, in dem nach den Umständen des Falles die Möglichkeit einer Beschädigung naheliegt. Das Hindernis muß auf der Fahrbahn bereitet sein, zu der die Geleise und der neben und über diesen befindliche, von dem fahrenden Transport durchschnittene Luftraum gehört. Zum subjektiven Tatbestand ist erforderlich, und genügend, daß der Täter bei dem von ihm ausgeführten und an sich gewollten Handeln, durch das aber ein nicht gewollter Erfolg verursacht wurde, die durch die Umstände des Einzelfalles gebotene Sorgfalt und Aufmerksamkeit außer Acht gelassen hat und daß bei deren Anwendung dieser eingetretene, für den Täter voraussehbare Erfolg vermieden worden sein würde. Urteil vom 27. März 1906; Rev.-Reg. Nr. 39/06.

StGB. § 360 Nr. 11. Zum Begriff des groben Unfugs. Als grober Unfug ist zu erachten jede Handlungsweise, durch welche das Publikum in seiner unbestimmten Allgemeinheit unmittelbar in grob-ungebührlicher Weise belästigt oder gefährdet wird und zwar dergestalt, daß hierin zugleich eine Verletzung

oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung zur Erscheinung kommt. Auch wenn ein Teil des Publikums die fragliche Handlungsweise wohlgefällig aufgenommen hat (beifälliges Johlen bei Straßenauflauf), so genügt die Möglichkeit, daß der andere Teil darin eine Verletzung seiner berechtigten Interessen und eine Belästigung erblicken konnte, um Verantwortlichkeit nach § 360 Nr. 11 StGB. zu begründen. Eine tatsächliche Störung der öffentlichen Ordnung ist nicht erforderlich; es genügt, wenn die Handlungsweise geeignet war, eine solche tatsächliche Störung herbeizuführen, also die öffentliche Ordnung gefährdet erschien. Es muß dem Angeklagten nicht die Absicht nachgewiesen sein, die öffentliche Ordnung zu stören; es genügt vielmehr, wenn sein Wille darauf gerichtet war, die von ihm ausgeführte Handlung vorzunehmen, und die letztere selbst in einer ihm bei pflichtgemäßer Ueberlegung erkennbaren Weise geeignet war, die Allgemeinheit ungebührlich zu belästigen und zu beunruhigen. Urteil vom 15. März 1906; Rev.-Reg. Nr. 31/06.

StPO. §§ 386, 387. Der Angeklagte wurde von der Strafkammer am 10. Januar 1906 zu Gefängnis und Haft verurteilt; zugleich wurden ihm die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt und Ueberweisung an die Landespolizeibehörde ausgesprochen. — Sofort nach Verkündung des Urteils verzichteten Angeklagter und Staatsanwalt auf das Rechtsmittel der Revision. Am 11. Januar 1906 erklärte der Verurteilte zu Protokoll des Gerichtsschreibers, daß er hinsichtlich der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde Revision einlege. Am 1. Februar 1906 wurde ihm das Urteil zugestellt. Revisionsanträge wurden binnen einer Woche nach Zustellung nicht angebracht, weshalb am 9. Februar 1906 der Staatsanwalt an die Strafkammer den Antrag stellte, die Revision gemäß § 386 Abs. 1 StPO. als unzulässig zu verwerfen. Die Strafkammer wies den Antrag zurück, weil infolge des erklärten Verzichts das Urteil rechtskräftig geworden, die Revision daher schon aus diesem Grund unzulässig, die Strafkammer aber zur Verwerfung der Revision aus diesem Gesichtspunkte nicht zuständig und auch nicht befugt sei, gemäß § 386 Abs. 1 StPO. in die Zuständigkeit des Revisonsgerichts einzugreifen, das über die Rechtswirksamkeit der Verzichtserklärung zu entscheiden habe. — Die Beschwerde des Staatsanwalts ist gerechtfertigt: Die Entscheidung, ob ein gültig erklärter und darum bindender Verzicht auf Einlegung eines Rechtsmittels vorliege, welcher die Zulässigkeit der nachmals eingelegten Revision ausschließt, steht allerdings nicht dem Instanzgerichte, sondern nur dem Revisionsgerichte zu (Rechtspr. d. RGer. Bd. 8 S. 469). Allein nach dem Systeme der Strafprozeßordnung kommt das Revisionsgericht nur dann in die Lage, hierüber eine Entscheidung zu treffen, wenn die nach diesem Gesetzbuche für die Einlegung der Revision und die Anbringung der Revisionsanträge notwendigen Formvorschriften erfüllt sind (§ 387 StPO.).

Die Prüfung dieser Frage obliegt aber dem Instanzgerichte und nach § 386 Abs. 1 StPO. hat dasselbe die Revision durch Beschluß als unzulässig zu verwerfen, wenn die vorangeführten Vorschriften nicht in einer dem Gesetze entsprechenden Weise erfüllt sind.

Dementsprechend hätte auch im vorliegenden Falle die Strafkammer vor allem die Revision in dieser Richtung prüfen und je nach dem Ergebnisse dieselbe gemäß § 386 Abs. 1 StPO. durch Beschluß als unzulässig verwerfen oder nach Erfüllung der weiteren, in § 387 Abs. 1 StPO. enthaltenen Vorschrift gemäß § 387 Abs. 2 die Einsendung der Akten an das Revisionsgericht veranlassen sollen. Beschluß vom 15. März 1906; Beschw.-Reg. Nr. 171/06.

Gew.-Ordn. § 42a, § 148 Nr. 5. Feilhalten geistiger Getränke zum Genusse auf der Stelle an öffentlichem Ort.

Ein Feilbieten und Verkaufen von Flaschenbier zum Genusse auf der Stelle liegt vor, wenn der Käufer davon Kenntnis hat, daß das verkaufte Bier alsbald an einem Platze getrunken wird, der in einem gewissen räumlichen Zusammenhange mit der Verkaufsstelle steht. Jedenfalls ist dieses Erfordernis dann gegeben, wenn Plätze zu diesem Zwecke offensichtlich zur Verfügung gestellt werden. — Abgabe auf öffentlichen Wegen oder an öffentlichem Orte liegt nicht vor, wenn der Gewerbetreibende einen vor seinem Geschäftslokale befindlichen freien Raum an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen zu seinem Geschäftsbetriebe mit benützt. Diese Art des Geschäftsbetriebs fällt nicht unter § 42a Gew.-Ordn., welcher einen von dem Geschäftslokal losgelösten Gewerbebetrieb auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen im Auge hat. (Verh. des Reichstags 1882/83 Anl.-Bd. 5 S. 14). Urteil vom 20. März 1906; Rev.-Reg. Nr. 45/06.

Hundegebühren-Ges. vom 2. Juni 1876 / 31. Januar 1888 Art. 3 und 7. Unter Wohnsitz i. S. des Abs. 4 Art. 3 a. a. O. ist nicht der civilrechtliche Wohnsitz zu verstehen, sondern derselbe wird schon durch das tatsächliche Wohnen des Besitzers des Hundes in dem neuen Orte begründet; entscheidend ist nur, daß die äußere, namentlich die häusliche Lebenseinrichtung des Betreffenden auf dessen Absicht, dauernd Aufenthalt nehmen zu wollen, hinweist. Die wegen Unterlassung rechtzeitiger Anmeldung in Satz 1 Abs. 1 Art. 7 angedrohte, im doppelten Betrage der Hundegebühr bestehende Strafe ist ohne Unterschied festgesetzt, ob eine Gebühr schon irgendwo bezahlt wurde oder nicht; ein Abzug findet daher auch dann nicht statt, wenn gemäß Art. 4 Abs. 2 die für das laufende Jahr bezahlte Gebühr an der zu entrichtenden Gebühr in Abzug gebracht werden darf, oder wenn im Falle des Abs. 3 eine Gebühr überhaupt nicht zur Erhebung kommt. Urteil vom 11. April 1906; Rev.-Reg. Nr. 92/06.

Preßgesetz §§ 6, 18 Nr. 1, 19 Nr. 1. Angabe von Name und Wohnort des Druckers.

Die Verantwortlichkeit für die Bezeichnung des Druckers trifft regelmäßig den Drucker, d. h. den gewerblichen Unternehmer des Druckereibetriebs, in welchem die Druckschrift hergestellt wird, beziehungsweise, wenn eine Gesellschaft oder Genossenschaft der gewerbliche Unternehmer ist, den von dieser bestellten Geschäftsführer. Wenn jedoch eine andere Person als der Inhaber, bezw. der Geschäftsführer der Druckerei infolge ihres Berufes oder ihrer besonderen Stellung zur Druckerei wissentlich bewirkt, daß entgegen dem § 6 falsche Angaben gemacht werden, so wird diese, soferne die allgemeinen Prinzipien des Strafrechtes anwendbar sind, nach § 18 a. a. O. verantwortlich. Der ordnungsmäßige Leiter der Druckerei kann unter Umständen auf Grund des § 19 daneben zur Strafe gezogen werden für sein Dulden solchen Geschäftsgebahrens oder sein Unterlassen der Sorge dafür, daß das wahre Sachverhältnis auf der Zeitung bekannt gegeben wird. Wenn eine Druckschrift aus verschiedenen Teilen besteht und diese von verschiedenen Druckern in selbständiger Weise gedruckt werden, so hat jeder einzelne von ihnen sich auf dem Teile, den er gedruckt hat, als Drucker zu benennen. Unter den verschiedenen Teilen sind nicht bloß besondere, auch der Substanz nach von einander gesonderte Abschnitte zu verstehen, sondern eine Druckschrift besteht auch dann aus verschiedenen Teilen, wenn einzelne Teile derselben nach Inhalt und Anordnung von einander unabhängig bearbeitet sind. Urteil vom 22. März 1906; Rev.-Reg. Nr. 63/06.

C. Oberlandesgericht Nürnberg.

Civilrecht.

Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Alimentenforderung; Unzulässigkeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 Abs. 1 BGB. dieser gegenüber.

Der Beklagte hatte von dem Kläger auf Grund des Urteils vom 7. Juli 1905 für die Zeit vom 8. Dezember 1904 bis 8. März 1906 350 Mk. Alimente zu beanspruchen. Hieran hat Kläger 76 Mk. bezahlt, so daß seine Restschuld noch 274 Mk. beträgt.

Für diese Restforderung hat der Beklagte am 30. Januar 1906 bei dem Kläger pfänden lassen und am 2. Februar 1906 bei dem kgl. Amtsgerichte N. die Beschlagnahme des Gehalts des Klägers erwirkt. Der Kläger, dem aus dem von seinem Vater, dem nunmehrigen Beklagten, gegen ihn wegen Unterhaltsgewährung bei dem kgl. Landgerichte N. anhängig gemachten Rechtsstreite eine Kostenersatzforderung von 274 Mk. zusteht, macht letztere der Restforderung des Beklagten im gleichen Betrag gegenüber im Wege der Aufrechnung, eventuell im Wege der Zurückbehaltung geltend und begehrt mit der bei dem kgl. Landgerichte N. als dem nach § 767 Abs. 1 CPO. zuständigen Gerichte erhobenen, am 12. Februar 1906 dem Beklagten zugestellten Klage Feststellung der Nichtberechtigung des Klägers, das Urteil des kgl. Landgerichts N. vom 7. Juli 1905, soweit es die Ansprüche für die Zeit vom 8. Dezember 1904 bis 8. März 1906 betrifft, zu vollstrecken, und einen Ausspruch dahin, daß die am 2. Februar 1906 bewirkte Forderungspfändung für unzulässig erklärt werde. In zweiter Instanz ist das Klagebegehren dahin modifiziert worden, daß die Zwangsvollstreckung aus dem mehrgenannten Urteile vom 7. Juli 1905, soweit es die Ansprüche für die Zeit vom 8. Dezember 1904 bis 8. März 1906 betrifft, für unzulässig erklärt werde.

Was zunächst die Frage anlangt, ob der Kläger berechtigt ist, mit seiner Kostenforderung gegen die Alimentenrestforderung des Beklagten aufzurechnen, so ist dieselbe vom Erstrichter mit Recht verneint worden.

Nach § 394 des BGB. findet, soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, die Aufrechnung gegen diese Forderung nicht statt. Der Pfändung nicht unterworfen sind gemäß § 850 Abs. 1 Ziff. 2 der CPO. die auf gesetzlichen Vorschriften beruhenden Alimentenforderungen. Um eine solche Forderung handelt es sich im vorliegenden Falle; denn die dem Beklagten zugesprochene Alimentenforderung beruht auf den Vorschriften der §§ 1601 ff. des BGB. Diesen Charakter hat der Unterhaltsanspruch des Beklagten gegen den Kläger nicht dadurch verloren, daß der Zeitraum, für welchen der Unterhalt zu leisten war, zur Zeit der Pfändung und bezw. der Gehaltsbeschlagnahme zum größten Teil bereits abgelaufen war (vgl. Gaupp-Stein Komm. zur CPO. 4. Aufl. Bd. 2 S. 619 Bem. 2 zu § 850; Petersen und Anger CPO. 5. Aufl. Bd. 2 S. 541 Bem. 6 zu § 850; Seuffert Komm. zur CPO. 9. Aufl. Bd. 2 S. 524 und 525 Bem. 4a). Schon deshalb, weil § 850 Abs. 1 Ziff. 2 der CPO. zwischen Alimentenforderungen für die Zukunft und solchen für die Vergangenheit nicht unterscheidet, muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Unstatthaftigkeit der Pfändung auch auf rückständige Alimente ausdehnen wollte. Im vorliegenden Falle kann ein Zweifel an der Unzulässigkeit der Pfändung der Alimentenforderung des Beklagten umsoweniger bestehen, als der Kläger mit der Unterhaltsgewährung in Vorzug gekommen ist und erst durch Klagestellung zur Anerkennung und Erfüllung dieser Ver-

pflichtung gezwungen werden mußte (§ 1613 des BGB.; Staudinger Komm. z. BGB. 2. Aufl. Bd. 4 S. 672, 673 Bem. 2 und 5 zu § 1613). Ist aber, wie ausgeführt wurde, die Alimentenforderung des Beklagten der Pfändung nicht unterworfen, so ist auch der Kläger derselben gegenüber zur Aufrechnung mit seiner Prozeßkostenforderung nicht berechtigt.

Es fragt sich dann weiter, ob nicht dem Kläger auf Grund des § 273 Abs. 1 des BGB. ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, das er eventuell geltend macht.

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes setzt Fälligkeit des Gegenanspruchs und Konnexität der beiden Ansprüche voraus. Die Fälligkeit der Kostenforderung des Klägers steht außer Zweifel. Das Berufungsgericht nimmt aber auch mit dem Erstrichter das Bestehen eines einheitlichen rechtlichen Verhältnisses zwischen den beiden Ansprüchen an; denn unter demselben rechtlichen Verhältnis ist nicht nur ein bestimmtes einzelnes rechtsgeschäftliches Verhältnis zu verstehen, aus dem die Leistung und die Gegenleistung in gegenseitiger Bedingtheit geschuldet werden, sondern es fällt darunter auch die natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses, wie dies in dem Urteile des RGer., 2. Civilsenat, vom 26. Januar 1904 (Bd. 57 der Entsch. des RGer. S. 6 ff.) zutreffend dargelegt ist (vgl. auch Staudinger Komm. zum BGB. Bd. 2a S. 73 und 74; 2, 1b und die dortigen Citate).

Es erübrigt nur noch zu prüfen, ob im vorliegenden Falle im Hinblick auf § 394 des BGB. gegenüber der Alimentenforderung des Beklagten in gleicher Weise wie die Aufrechnung, so auch ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen erscheint oder nicht. Es handelt sich dabei um die Entscheidung einer sehr bestrittenen Frage (vgl. die bei Staudinger Komm. zum BGB. Bd. 2b S. 403 Bem. 2b zu § 614 angeführte Literatur). Das Berufungsgericht schließt sich jedoch in dieser Hinsicht der Auffassung des Erstrichters an, der die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes im vorliegenden Falle für unzulässig erachtet hat. Zwischen der Aufrechnung und der Zurückbehaltung besteht allerdings insofern ein Unterschied, als die erstere die Forderung tilgt, während die letztere die Forderung bestehen läßt und nur zur Sicherung des Gegenanspruchs dient, nur einen provisorisch gedachten Aufschub ihrer Begleichung gewährt; allein im vorliegenden Falle würde die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts zu demselben Erfolge führen, wie die Aufrechnung, die der Gesetzgeber der auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderung gegenüber aus sozialpolitischen Gründen für unstatthaft erklärt hat, und die Bestimmung des § 394 des BGB. illusorisch machen. Es läßt sich auch nicht sagen, daß der Beklagte durch das Verlangen der ihm richterlich zugesprochenen Alimente ohne gleichzeitige Befriedigung der Kostenforderung des Klägers gegen Treu und Glauben verstößt; denn es ergibt sich aus der besonderen Natur des Schuldverhältnisses, auf welchem die Alimentenforderung des Beklagten beruht, daß der Beklagte die Leistung ohne Rücksicht auf eine Zug um Zug zu gewährende Gegenforderung zu begehren berechtigt ist, und es würde das Gegenteil über den Zweck des § 273 des BGB., die Leistung des Gläubigers indirekt zu erzwingen, hinausgehen und zur vollständigen Befriedigung des Gläubigerrechts des Klägers führen (vgl. Staudinger Komm. z. BGB. Bd. 2a S. 74 Bem. 2 1c zu § 273). — Urteil vom 22. Juni 1906. —

III. Vermischte Nachrichten.

Der 28. Deutsche Juristentag, der vom 9. bis 13. September unter dem Vorsitz des Oberreichsanwalts Olshausen in Kiel abgehalten wurde, hat bei zahlreicher Beteiligung aus allen Gauen Deutschlands und Oesterreichs einen glänzenden Verlauf genommen.

Das Hauptinteresse der praktischen Juristen konzentrierte sich auf die erste Abteilung, in der die Abänderung des § 313 BGB., die vielumstrittene Haftung des Tierhalters (BGB. § 833) und die Haftung des Staates für den von Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden auf der Tagesordnung standen.

Während Oberlandesgerichtspräsident Hamm eine Abänderung des § 313 in der Weise empfahl, daß an Stelle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung die Wahrung schriftlicher Form genügen solle, schloß sich die Mehrzahl der Diskussionsredner — darunter Notar Dr. Dennler speziell vom Standpunkte des bayerischen Rechtes aus — dem Vorschlage des Korreferenten Justizrats Dr. Strauß an, der in überzeugender Weise für Aufrechterhaltung des § 313 eintrat; die weitaus überwiegende Mehrheit der Abteilung erhob diesen Antrag zum Beschluß.

Einigermaßen überraschend verlief die Beratung über die Zweckmäßigkeit einer Abänderung des § 833 BGB. Der Berichterstatter, Geheimrat Enneccerus (Marburg), erklärte sich als warmen Freund der unbedingten Haftung des Tierhalters; nur für den Fall, daß der Geschädigte der Gefahr infolge einer in seinem Interesse stattfindenden Verwendung des Tieres ausgesetzt war, sei die Haftung auszuschließen; Abhilfe gegen die hierbei sich ergebenden Härten müsse von der Rechtsprechung erwartet werden; auch sei die Unfallversicherung auf das Fahr- und Stallpersonal auszudehnen. Der Korreferent, Rechtsanwalt Dr. Bitter (Kiel), vermochte für seinen Antrag, der die Haftung des Tierhalters erheblich weiter einschränken wollte, nur eine verschwindende Zahl von Anhängern zu gewinnen; der zur Zeit dem Reichstage vorliegende Antrag Treuenfels, wonach in durchaus zutreffender Weise zwischen Haustieren und anderen Tieren unterschieden werden soll, fand seltsamer Weise überhaupt keinen Verteidiger. Auch im Plenum, vor das die Frage auf Antrag des Oberlandesgerichtspräsidenten Vierhaus gebracht wurde, bekannte sich die Mehrzahl der Redner als Anhänger des § 833; die Gegner der strengen Haftung (Oberlandesgerichtsrat Schneider-Stettin und Oberlandesgerichtsrat Niedner-Frankfurt a. M.) konnten bei der vorgeschriebenen Beschränkung der Redezeit die insbesondere auch in Richterkreisen gegen § 833 bestehenden schweren Bedenken selbstverständlich nicht erschöpfend erörtern; so fand auch hier der Antrag Enneccerus mit großer Mehrheit Annahme. Ob hierbei nicht eine gewisse, auch im Schlußwort des Referenten hervorgetretene Animosität gegen die als die alleinigen Gegner des § 833 bezeichneten „Agrarier" eine etwas zu große Rolle gespielt hat, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls geht es nicht an, die Beseitigung der unleugbaren Härten und Unbilligkeiten eines Gesetzes von der an das Gesetz gebundenen Rechtsprechung zu verlangen; ebensowenig durchschlagend ist der Hinweis auf die Möglichkeit des Tierhalters, sich gegen die aus § 833 für ihn ergebende Gefahr zu versichern, da ja diese Gefahr erst durch den Gesetzgeber künstlich geschaffen worden ist. Ein Gesetz, das den Richter in zahlreichen Fällen zwingt, seinen Namen unter ein von ihm selbst als ungerecht empfundenes Urteil zu setzen, kann unmöglich als Fortschritt bezeichnet werden, mag es auch von germanistischer Seite als „Sieg des deutsch-rechtlichen Veranlassungsprinzips über das romanistische Schuldprinzip" gefeiert werden!

Einstimmige Annahme fand der von Justizrat Dr. Wildhagen (Leipzig) vertretene Antrag, die unmittelbare Haftung des Staates für den durch seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden sei „nach dem leuchtenden Vorbilde Bayerns" baldmöglichst reichsrechtlich zu regeln.

Die zweite, für das Handelsrecht gebildete Abteilung beriet über die Haftung des Rheders für seemännisches Verschulden der Schiffsbesatzung, über die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats und über die Verwirkungsklausel bei Versicherungsverträgen. Hervorhebung verdient der den Anträgen des Geheimrats Rießer (Berlin) entsprechende Beschluß, ein dringendes Bedürfnis zu sofortiger gesetzlicher Neuregelung der Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder sei nicht anzuerkennen; bei künftiger Regelung sei vorzuschreiben, daß das Mindestmaß der Kontrollpflicht von der Gesellschaft selbst festzusetzen sei; für die einzelnen Wirkungskreise des Aufsichtsrats seien besondere Dezernate mit selbständigen Kontrollbefugnissen und strenger Haftung des einzelnen Dezernenten zu bilden; bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als einer Million seien jährliche Revisionen durch Sachverständige für obligatorisch zu erklären.

Die Beratungen der dritten Abteilung waren der Reform des Strafrechts und Strafprozesses gewidmet. Die Frage der richterlichen Strafzumessung und der strafrechtlichen Behandlung des Versuchs konnte wegen vorgerückter Zeit nicht mehr

behandelt werden; die strafrechtliche Verwertbarkeit von Ehrenerklärung, Abbitte und Widerruf wurde verneint, dagegen eine Ausdehnung des Publikationsbefugnis zugunsten des Beleidigten empfohlen.

Hinsichtlich der Behandlung der rückfälligen, gewohnheits- und gewerbsmäßigen Verbrecher wurde auf Antrag von Kahl (Berlin) ausgesprochen, daß Rückfall, Gewohnheits- und Gewerbsmäßigkeit als Strafschärfungsgründe anzuerkennen seien; beim Vorhandensein mildernder Umstände sei aber dem Richter die Möglichkeit der Anwendung des gewöhnlichen Strafrahmens zu gewähren; relative Strafurteile seien zu verwerfen, dagegen sei der Richter zu ermächtigen, auf Sicherheitsverwahrung von unbestimmter Dauer zu erkennen; für geistige Minderwertigkeit, Prostitution und Landstreicherei sei eine besondere gesetzliche Regelung zu fordern.

Die vierte Abteilung beschloß auf Antrag des Professors Dr. Bernhard (Posen), eine gesetzliche Regelung des Akkordvertrags für erforderlich zu erklären, über die rechtliche Natur der sogen. Tarifgemeinschaften Gutachten einzuholen und dieses Thema auf die Tagesordnung des nächsten Juristentags zu setzen. Die gleiche Abteilung beriet über den Schutz des Erfinderrechts der Angestellten und über das Verhältnis der deutschen zur österreichischen Gesetzgebung hinsichtlich der Warenbezeichnungen und Marken.

Wenn auch der Schwerpunkt der Arbeiten selbstverständlich in den Beratungen der einzelnen Abteilungen lag, so verdienen doch die in der zweiten Plenarsitzung erstatteten Referate über die Abteilungsbeschlüsse besondere Erwähnung, da eine ganze Anzahl derselben (insbesondere diejenigen von Wildhagen, Nießer, Kahl und Bernhard) nach Form und Inhalt geradezu als meisterhaft bezeichnet werden müssen.

Für die weitere Entwicklung des Juristentags von erheblicher Bedeutung ist der in der zweiten Plenarsitzung einstimmig gefaßte Beschluß, auch das innere Verwaltungsrecht in den Kreis der Beratungsgegenstände einzubeziehen.

Der vorstehende kurze Bericht wäre unvollständig, wenn er nicht in Kürze des reichen Vergnügungsprogramms gedenken würde, das der Ortsausschuß unter dem Vorsitz des Oberlandesgerichtspräsidenten Spahn den Teilnehmern des Juristentags und den zahlreich anwesenden Damen darbot. Dem Begrüßungsabend (9. Sept.) folgte am 10. Sept. eine interessante Dampferfahrt in den Kaiser-Wilhelm-Kanal und ein äußerst animierter Abend in den eleganten Räumen der Seebadeanstalt und des Kaiserlichen Jachtklubs, am 11. Sept. die Besichtigung eines Kriegsschiffs sowie der Kaiserlichen Werft unter sachkundiger Führung und am 12. Sept. das offizielle Festmahl. Den Höhepunkt und glanzvollen Abschluß bildete die am 13. Sept. veranstaltete Fahrt in die Nordsee zum Flottenmanöver, bei der der Juristentag sich der Gastfreundschaft der Hamburg-Amerika-Linie erfreuen durfte. Der Moment, da der gewaltige Turbinendampfer „Kaiser" bei strahlendem Sonnenschein angesichts der roten Felsen von Helgoland die in Parade aufgestellte deutsche Schlachtflotte passierte, begrüßt von flatternden Wimpeln, vom klingenden Spiel der Schiffskapellen und vom Jubel der Mannschaften, wird bei allen Teilnehmern unvergessen bleiben!

Mögen dem 28. Deutschen Juristentage noch viele von gleichem Gelingen gekrönte Tagungen folgen! E.

IV. Literatur.

1) Deutsche Verlagsanstalt in Stuttgart.

Sörgel, Rechtsprechung. Generalregister zum 1. bis 6. Band. Jahrgang 1900—1905. 231 Seiten. Geb. 3 Mk.

Da Sörgels Rechtsprechung bereits sechs Bände umfaßt und die Entscheidungen von Gerichten aus sechs Jahrgängen enthält, hat sich das Bedürfnis nach einem Generalregister ergeben. Das sehr zweckmäßig eingerichtete und sorgfältig bearbeitete Register führt die in der Sammlung enthaltenen Entscheidungen unter alphabetisch geordneten Schlagworten mit kurzer Inhaltsangabe auf und bietet eine willkommene Ergänzung derselben und ein Nachschlagebuch, durch das die Benützung der bisher erschienenen Bände der Rechtsprechung nicht unwesentlich erleichtert wird. O.

2) J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H., Berlin.

Staubs Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Zweite Auflage, unter Benützung des handschriftlichen Nachlasses bearbeitet von Dr. Max Hachenburg, Rechtsanwalt in Mannheim. Berlin 1906. IV und 589 Seiten.

Wie Staub's Kommentar zum HGB. wiedererstanden ist, so auch seine Ausgabe des RGes. über die G. m. b. H., zur Freude der zahlreichen Verehrer des Staub'schen Werkes. Methode und System hat Hachenburg dankenswert beibehalten, aber im Einzelnen weicht die neue Auflage wie im Umfange (die erste Auflage hatte nur 466 Seiten), so in manchen

Auffassungen der gesetzlichen Vorschriften stark von Staub's Kommentar ab; wo dies der Fall ist, gibt Hachenburg die Meinung seines Vorgängers und dessen Gründe und dann seine abweichende Ansicht unter Mitteilung seiner Gegengründe an; schon dies ist außerordentlich beifallswürdig. Die steigende Bedeutung, welche die G. m. b. H. im heutigen Wirtschaftsleben gewonnen hat, wird natürlich dazu beitragen, daß man oft nach Staub's Kommentar greift, und man wird es immer gerne tun, denn er gibt — auch in der neuen Gestalt — immer gute Belehrung oder Anregung. R.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Achte Auflage, bearbeitet unter Benützung des handschriftlichen Nachlasses von Heinrich Könige, Reichsgerichtsrat in Leipzig, Dr. Joseph Strauz, Justizrat in Berlin und Albert Pinner, Justizrat in Berlin. Erster Band. (Buch I Handelsstand; Buch II Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.) Berlin 1906. XVI und 1126 Seiten.

Staub's Kommentar zum HGB. ist wiedererstanden! Drei hervorragende Juristen haben es auf Wunsch der Verlagsbuchhandlung unternommen, das Werk, auf dessen vorige (6. und 7.) Auflage die „Blätter für Rechtsanwendung" in ihrem 66. Jahrgange (1901) S. 76 unter geziemender Anerkennung der gewaltigen Leistung des genialen Kommentators aufmerksam gemacht haben, nicht veralten zu lassen, sondern zeitgemäß neu aufzulegen; sie haben dabei aus nachgelassenen Bemerkungen Staub's selbst wertvolles Material benützen können; Staub war ja schon mit der Arbeit zur neuen Auflage beschäftigt, als ihn auf der Höhe seiner Kraft der Tod uns und der Wissenschaft entriß (2. September 1904). Die neuen Herausgeber sind dabei nicht unselbständig vorgegangen, sie haben ihre Aufgabe nicht darin gesehen, etwa nur hinzuzufügen, was Literatur und Judikatur seit 1900 neu geschaffen haben; sie haben vielmehr das Neue hineingearbeitet und dabei manche Abschnitte vollständig umarbeiten müssen. Jedenfalls wird vor allem die Praxis dankbar auch den Neubau begrüßen. R.

3) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck) in München.

Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht; seine Erweiterungen und seine Beschränkungen im Konkurs des Schuldners von Dr. jur. Georg Lang 1906. VIII und 304 Seiten.

Die vorstehende, aus einer Doktor-Dissertation hervorgegangene Arbeit behandelt in vier Abschnitten das gesetzliche Aufrechnungsrecht des BGB., die Stellung des aufrechnungsberechtigten Gläubigers im Konkurs des Schuldners, die durch die Konkurseröffnung eintretenden Erweiterungen und die durch die gleiche Tatsache eintretenden Einschränkungen des Aufrechnungsrechts der Gläubiger. Die theoretisch ebenso schwierige als praktisch wichtige Materie wird vom Verfasser scharfsinnig und (bei reicher Verwertung von Theorie und Praxis) durchaus selbständig bis in ihre feinsten Verästelungen dargestellt, sodaß die Monographie als ein außerordentlich wertvoller Beitrag zum bürgerlichen und Konkursrecht des Deutschen Reiches bezeichnet werden muß. Neben dem Sachregister findet sich dankenswerter Weise auch ein Verzeichnis der behandelten Gesetzesstellen E.

4) Verlag von Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen.

Handbuch des Rechtshilfeverfahrens im Deutschen Reiche, sowie im und gegenüber dem Auslande in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in Konkurssachen, in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Verwaltungssachen. Von Dr. jur. Hans Delius, Kammergerichtsrat. Auf der Grundlage des von † Ferdinand Böhm, Rat am Obersten Landesgerichte München, verfaßten „Handbuchs des Rechtshilfeverfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Konkurssachen", herausgegeben. Dritte neubearbeitete Auflage. 1906. XI und 453 Seiten.

Die beständig sich steigernde Bedeutung des Rechtsverkehrs mit dem Auslande läßt eine erschöpfende und zuverlässige Zusammenstellung der Normen des Rechtshilfeverfahrens für jeden Praktiker als dringendes Bedürfnis erscheinen. Lange Jahre hatte das Böhm'sche Handbuch diesem Bedürfnisse genügt; den zahlreichen Neuerungen der Gesetzgebung, den Fortschritten der Wissenschaft und den Ergebnissen der Praxis hat die im Jahre 1905 erschienene Neubearbeitung des Werkes durch Delius in umfassender Weise Rechnung getragen. Schon nach kurzer Frist aber wurde diese Auflage durch die allgemeine Verfügung des preußischen Justizministers vom 29. Mai 1905 obsolet; es ist daher dankbar zu begrüßen, daß sich Verfasser und Verlag zur Herausgabe einer neuen, der nunmehr vorliegenden dritten Auflage entschlossen haben, die alle Vorzüge der früheren Auflagen in sich vereinigt. Als Beispiel für die Reichhaltigkeit des verarbeiteten Materials seien die eingehenden Erörterungen über die Verbürgung der Gegenseitigkeit (CPO. § 328 Nr. 5) im Verhältnis zu den einzelnen auswärtigen Staaten (S. 341—363) angeführt. E.

Redaktions-Adresse z. Zt.: München, Luisenstraße 3/III.

Für die Redaktion verantwortlich: Staatsanwalt Dr. Engelmann in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 21. 15. Oktober 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Staatsanwalt bei dem Oberlandesgerichte München,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Breit, Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung; Hilse, Die Geltendmachung der Ersatzansprüche einer Berufsgenossenschaft gegen den Schadensurheber. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civilsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen); Oberlandesgericht Nürnberg (Civilsachen). III. Mitteilungen aus der Rechtsprechung der Civilsenate des Oberlandesgerichts Stuttgart. IV. Literatur.

I. Abhandlungen.

Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung.

Von Dr. James Breit, Rechtsanwalt beim k. Oberlandesgericht Dresden.

I.

Nach § 130 Abs. 1 BGB. werden empfangsbedürftige Willenserklärungen in dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie dem Anderen zugehen. Der Zugang der schriftlichen Erklärung tritt in dem Zeitpunkte ein, in dem der Adressat den Besitz an der Urkunde unter Umständen erlangt, die die Möglichkeit alsbaldiger Kenntnisnahme unter normalen Verhältnissen gewährleisten. Ist nun auch der Zugang der Erklärung von der tatsächlichen Kenntnisnahme unabhängig, so genügt doch schon das Erfordernis des Besitzerwerbes an der Urkunde, um dem Adressaten die Möglichkeit zu gewähren, den Zugang in einer dem Absender nachteiligen Weise zu beeinflussen. Allerdings kann er nicht endgültig den Zugang verhindern, weil ja der Absender gemäß § 132 die Erklärung durch den Gerichtsvollzieher zustellen lassen kann und ihm im äußersten Notfalle der Weg der öffentlichen Zustellung offen steht. Aber jedenfalls kann der Adressat die Absicht des Absenders, ihm die Erklärung in einem bestimmten Zeitpunkte zugehen zu lassen, so ziemlich immer vereiteln, und da nun eben vielfach die Erklärung dem Adressaten innerhalb einer bestimmten Frist zugehen muß, um wirksam zu werden, so hat er es in der Hand, den Eintritt der Wirksamkeit überhaupt zu verhindern. Diese Verhinderung kann er dolos oder fahrlässig bewirken, sie ist aber natürlich auch ohne jedes Verschulden auf seiner Seite denkbar. — Dolos: A. schlägt dem Gläubiger, der ihm den Kündigungsbrief überreichen will, die Türe vor der Nase zu, er verschließt an dem Tage, an dem er den Zugang der Erklärung zu erwarten hat, seine Wohnung u. s. w. Fahrlässig: Der Adressat öffnet trotz wiederholten Läutens die Tür nicht, weil er einen Bettler an der Tür vermutet. Er tritt eine Reise an, ohne für Nachsendung seiner Postsachen Sorge zu tragen u. s. w. Schuldlos: Der Adressat ist, ohne daß

der Absender davon erfahren hat, aus seiner bisherigen Wohnung verzogen oder hat seinen bisherigen Wohnsitz aufgegeben, oder er ist plötzlich erkrankt und aus seiner Wohnung in ein Krankenhaus geschafft worden u. s. w. Besonders rein tritt der Tatbestand in solchen Fällen auf, in denen der Adressat, der vielleicht dem Erklärungswilligen nach Namen und Wohnung unbekannt ist, sich ihm gegenüber verpflichtet hat, die Willenserklärung zu einer bestimmten Stunde an einem bestimmten Orte entgegen zu nehmen, und dann der Abrede zuwider an der vereinbarten Stelle nicht erscheint, sei es absichtlich, um die Entgegennahme der Erklärung zu vereiteln, sei es aus Vergeßlichkeit, oder sei es schließlich, daß er durch unabwendbare Naturereignisse am Erscheinen verhindert ist.

Es ist die allgemeine Ueberzeugung, daß es in derartigen Fällen — zum mindesten in denjenigen, in denen der Adressat die Entgegennahme dolos vereitelt — unbillig wäre, die zunächst aus dem Grundsatze des § 130 Abs. 1 folgende Unwirksamkeit der Erklärung als eine definitive zu behandeln: Treu und Glauben sollen dazu zwingen, hier eine Abhilfe zu schaffen. Ueber alles weitere aber ist man uneinig: sowohl darüber, ob in allen Fällen, in denen die Vollziehung der Erklärung an dem Verhalten des Adressaten scheitert, oder nur in irgend welchen bestimmten eine Abhilfe zu gewähren sei, als auch darüber, welche Mittel die geeigneten seien, als auch schließlich darüber, welche rechtliche Basis sich für die Abhilfe darbiete. Abgesehen von kürzeren Ausführungen in den Kommentaren von Planck (1./2. Aufl.), Hölder, Rehbein und einigen Lehrbüchern ist Habicht[1]) der erste gewesen, der dieser Frage einer systematischen Erörterung unterzogen hat. Für den Fall der absichtlichen Vereitelung der Abgabe oder Empfangnahme der Erklärung folgert Habicht aus analoger Anwendung des § 162 BGB., daß hier die Erklärung als abgegeben gilt. Aber mit der Beschränkung auf die absichtliche Vereitelung sei dem Bedürfnisse des Verkehrs noch nicht genug getan: der Verkehr verlange gebieterisch die Ausdehnung jenes Grundsatzes auch auf die Fälle, wo die Abgabe der Willenserklärung zwar nicht durch den zu ihrer Entgegennahme Verpflichteten absichtlich vereitelt, wo sie aber lediglich durch Umstände verhindert worden ist, die in der Person des zur Entgegennahme Verpflichteten lagen, vorausgesetzt, daß der andere Teil (der Erklärende) die nach der Verkehrssitte erforderlichen und durch die Umstände des Falles gebotenen Maßregeln innegehalten hat. Habicht verweist dabei auf die Analogie des Gläubigerverzugs, ohne im übrigen aber dieser Analogie ausschlaggebende Bedeutung beizulegen. Der entscheidende Gesichtspunkt sei der, „daß es mit nichts zu rechtfertigen wäre, den Gegner ein ihm eingeräumtes Recht darum einbüßen zu lassen, weil auf Seiten des Adressaten Umstände vorgelegen haben, die die Erklärung über die Ausübung des Rechtes zu dem bestimmten Zeitpunkte verhinderten".

Habichts Theorie von der Fiktion der vereitelten Willenserklärung hat wenig Beifall in der Literatur gefunden. Zunächst hat sich Hölder in seinem Aufsatze über den Zugang der Willenserklärung[2]) gegen sie ausgesprochen. Eine Willenserklärung kann nach ihm niemals zu rechtlicher Existenz gelangen ohne ihre wirkliche Vollziehung: da aber der Empfang der Willenserklärung zu ihrer rechtlichen Existenz gehöre, so könne der tatsächlich nicht erfolgte Empfang auch nicht fingiert werden. Treu und Glauben verlangten in derartigen Fällen nur, daß dem Erklärenden die nachträgliche Vollziehung der Willenserklärung ermöglicht werde.

1) Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung, Deutsche Juristen-Zeitung 1901 S. 265 ff.
2) Deutsche Juristen-Zeitung 1901 S. 340 ff.

Gleichfalls gegen Habicht wandte sich David in einer Abhandlung über die Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung[3]). Weder der § 162 BGB., noch die Vorschriften über den Gläubigerverzug können nach David auf den Fall der Vereitelung eine entsprechende Anwendung finden. Er unterscheidet folgende 4 Fälle:

1) Derjenige, welchem gegenüber eine Erklärung abgegeben werden soll, vereitelt die Abgabe der Erklärung als solche; z. B. der Adressat verläßt, um einer ihm bevorstehenden Erklärung zu entgehen, schleunig das Zimmer. In diesem Falle muß der Erklärungswillige zwar die Erklärung nachholen, der Adressat darf sich aber nicht auf die etwaige Versäumung einer Frist berufen, weil er selbst die Vollziehung der Erklärung wider Treu und Glauben verhindert hat.

2) Derjenige, welchem gegenüber eine Erklärung abzugeben ist, verhindert zwar nicht, daß die Erklärung in seiner Anwesenheit bewirkt wird, aber er verhindert, daß er von der Erklärung Kenntnis erhalte: z. B. der Adressat hält sich die Ohren zu. Alsdann ist die Abgabe einer nochmaligen Erklärung in anderer Form nicht nötig, sondern es kann dem Adressaten, der behaupten wollte, daß er die in seiner Gegenwart abgegebene Erklärung nicht vernommen habe, ohne weiteres die Einrede der Arglist entgegengesetzt werden.

3) Derjenige, welchem eine empfangsbedürftige, nicht in seiner Gegenwart abgegebene Willenserklärung zugehen soll, sucht das Zugehen der Erklärung zu verhindern. Hier unterscheidet David:

a) Hat derjenige, welcher die Erklärung abzugeben hat, die Erklärung auf eine Art und Weise der Gegenseite zu übermitteln gesucht, welche ihm unter den obwaltenden Verhältnissen als eine geeignete Art der Uebermittelung erscheinen mußte, und hat er bei dieser Uebermittelungstätigkeit ohne Verschulden nicht bemerken können, daß die Gegenseite ein Zugehen der Erklärung auf diesem Uebermittelungswege vorher unmöglich gemacht hatte, so wird wie im Falle 2 die Erklärung als abgegeben gelten müssen.

b) Hat dagegen derjenige, welcher die Erklärung abzugeben hat, bei dem Versuche, die Erklärung auf eine bestimmte Art zu übermitteln, gemerkt, daß ein Zugehen der Willenserklärung auf diese Art nicht möglich ist, so wird er, falls er seiner Erklärung Rechtswirksamkeit sichern will, einen anderen Weg der Uebermittelung wählen müssen, eventuell den in der einen oder anderen Art immer möglichen Weg der Zustellung gemäß § 132 BGB.

4) Ist die Empfangnahme nicht absichtlich verhindert, beruht sie aber auf Umständen, „die lediglich in der Person oder auf Seiten desjenigen liegen, welcher die Erklärung entgegenzunehmen hat," so hat der Erklärungswillige dafür Sorge zu tragen, daß die Erklärung nochmals übermittelt wird. Ist in einem solchen Falle die für die Abgabe der Erklärung an sich laufende Frist bereits verstrichen, so muß die Nachholung in angemessener Frist erfolgen.

Eine eingehende Darstellung hat weiter Titze unserer Materie gewidmet.[4]) Auch er verwirft Habichts Fiktionstheorie, und setzt an deren Stelle die Formel „ist eine befristete Willenserklärung ordnungsmäßig abgegeben, ihr rechtzeitiges Zugehen aber aus Gründen gescheitert, die in der Person des Adressaten liegen, so muß dieser die Willenserklärung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihm erst angemessene Zeit nach Fristablauf zugeht."

Zu dieser Formel gelangt Titze auf Grund der bereits von Habicht angedeuteten analogen Anwendung der Normen des Gläubigerverzugs. Im

3) Gruchots Beiträge Bd. 46, S. 232 ff.

4) Der Zeitpunkt des Zugehens bei den empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen (Jher. Jahrb. 47, S. 379 ff. besonders S. 445 ff.).

Obligationenrecht gelte bekanntlich die Regel, daß, wenn der Schuldner seinerseits alles getan hat, um seine Verbindlichkeit rechtzeitig zu erfüllen und es lediglich am Gläubiger liegt, daß letzteres nicht geschehen ist, der Schuldner zwar nicht von der Erfüllung schlechthin, aber jedenfalls von der rechtzeitigen Erfüllung befreit ist, der Gläubiger sich also mit der nachträglichen, mit der verspäteten Leistung zufrieden geben muß. Es liege nicht nur nahe, sondern es scheine geradezu geboten, diesen die Lehre vom Annahmeverzug beherrschenden Grundsatz im Wege der Rechtsanalogie auf die Fälle der Erklärungsvereitelung zu übertragen. Ebensowenig, wie dort die infolge des Verhaltens des Gläubigers unterbliebene Leistung als bewirkt fingiert wird, sondern nachträglich prästiert werden müsse, ebensowenig könne hier die nicht zugegangene Willenserklärung einfach als zugegangen „gelten", sondern müsse ebenfalls „nachträglich" zugestellt werden. Andererseits: wie dort der Gläubiger sich über die von ihm selbst verursachte Verspätung beim Schuldner nicht beschweren, aus ihr also keine Rechte ableiten könne, so dürfte hier der Empfänger die Wirksamkeit der Willenserklärung nicht wegen Fristablaufes beanstanden. Und wie endlich der Gläubigerverzug nicht durch ein Verschulden des Gläubigers bedingt sei, werde auch die Fristverlängerung bei der Erklärungsvereitelung nicht davon abhängig gemacht, daß der Adressat die Vollendung des Zugehens „vorsätzlich oder fahrlässig" vereitelt habe.

Gegen Habicht haben sich schließlich auch die sämtlichen seither erschienenen neuen Auflagen der Lehrbücher und Kommentare ausgesprochen. Nach Dernburg[5]) ist anzunehmen, daß in den Fällen der Erklärungsvereitelung die für die Abgabe der Erklärung gesetzlich oder vertragsmäßig gesteckte Frist nicht ablaufe, daß vielmehr die Erklärung auch später noch, unverzüglich nach Beseitigung des Hindernisses, abgegeben werden könne. Denn nach Treu und Glauben, welche nicht bloß bei Verträgen, sondern auch bei einseitigen Rechtsgeschäften maßgebend sein müssen, dürfe sich niemand darauf berufen, daß der Gegner eine ihm offen stehende Frist nicht einhielt, wenn in ihm selbst der Grund lag, daß sie nicht eingehalten werden konnte. Auf dem gleichen Standpunkte stehen mit gleicher Begründung Enneccerus Lehrbuch Bd. 1 S. 338 und Riezler Kommentar Erl. 10 zu § 130. Planck[6]) endlich nimmt noch einen besonderen Standpunkt ein: verhindert der zur Entgegennahme der Erklärung Verpflichtete die Entgegennahme, so verletze er seine Verpflichtung und sei, wenn ihm dabei Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schadensersatz sei nach § 249 dadurch zu leisten, daß der Zustand hergestellt werde, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dieser Zustand würde hier darin bestehen, daß die Erklärung innerhalb der Frist abgegeben werde. Direkt könne nun dies freilich nicht bewirkt werden, aber indirekt dadurch, daß der zum Ersatz Verpflichtete sich so behandeln lassen müsse, wie wenn das Nichtgeschehene geschehen, die Erklärung also innerhalb der Frist ihm gegenüber wirksam abgegeben sei. Diese obligatorische Verpflichtung könne derjenige, welcher die Erklärung abzugeben berechtigt war, aber nur dann geltend machen, wenn er seinerseits alles getan habe, was erforderlich war, um die Erklärung wirksam zu machen. Hierzu genüge nicht, daß er den Versuch mache, die Erklärung innerhalb der Frist dem Verpflichteten mündlich gegenüber abzugeben oder ihm schriftlich zugehen zu lassen, es müsse vielmehr, wenn dieser Versuch erfolglos geblieben

5) Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 401.
6) Planck, Kommentar Bd. 1 Erl. 5 zu § 130 (3. Auflage).

sei, bewirken, daß die Erklärung in anderer Art, nötigen Falls auf dem in § 132 bestimmten Wege, dem Verpflichteten zugehe. Dem praktischen Bedürfnisse sei in der Regel hierdurch Genüge geschehen. Noch weiter zu gehen und insbesondere die rechtzeitige Erklärung auch dann als erfolgt anzusehen, wenn der Grund der Erfolglosigkeit nicht in einem Verschulden des zur Entgegennahme der Erklärung Verpflichteten, sondern in einem zufälligen in seiner Person liegenden Umstande beruhe, lasse sich von dem Standpunkte des BGB. aus nicht rechtfertigen, solche Zufälle habe derjenige, welchen sie treffen, also der Erklärende, zu tragen, wie er ja auch den Zufall, daß ein rechtzeitig abgesandter Brief verloren gehe, zu tragen habe.

Schließlich hat sich nun auch das Reichsgericht bereits in zwei Entscheidungen zu der Frage geäußert. Im Urteile vom 29. April 1904 heißt es,[7]) daß eine absichtliche Vereitelung des Zuganges den Zugang selbst nicht ersetze, daß aber, wenn sich hieraus eine Verspätung des Zuganges ergäbe, vermöge des Grundsatzes der Herrschaft von Treu und Glauben im Rechtsverkehr die Berufung auf das schadhafte Verhalten des Empfangs der Willenserklärung ausgeschlossen sei. Die Geltendmachung der Mängel durch den Empfänger der Willenserklärung stelle sich dar als eine wider Treu und Glauben verstoßende Ausbeutung der Rechtskonsequenz, der der Erklärende daher wirksam mit dem Rechtsbehelfe der Arglist entgegentreten könne.

Während also dieses Erkenntnis sich gegen Habicht ausspricht, wird in der Entscheidung vom 13. Juli 1904[8]) ausgeführt, daß für den Fall der Arglist die Fiktion der Rechtzeitigkeit des Zugehens für begründet erachtet werden müsse. Für den Fall des sonstigen Verschuldens paßten dagegen zwar die in den §§ 162, 815 enthaltenen Anwendungsfälle des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht, aber es dürfe sich der, der die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat, nicht auf die Verspätung berufen, weil er gegen Treu und Glauben handle, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteile des anderen einen Vorteil herleiten will.

Das ist in großen Zügen der gegenwärtige Stand der Streitfrage.

II.

Man erkennt aus den bisherigen Ausführungen, daß zwar allgemein das Bestreben vorhanden ist, den Unzuträglichkeiten vorzubeugen, die mit der Möglichkeit einer Einwirkung des Adressaten auf den Zugang der Willenserklärung verbunden sind, daß man sich aber sowohl über den Umfang, in dem Abhilfe zu schaffen ist, als auch über die Mittel und schließlich über die rechtliche Grundlage durchaus uneinig ist. Der Mangel aller bisherigen Versuche liegt in dem unsicheren Fundament. Was zunächst die Habichtsche Fiktionstheorie anlangt, so kann sie meiner Ansicht nach überhaupt nicht ernsthaft in Frage kommen: ihre Unrichtigkeit läßt sich klipp und klar nachweisen: Einmal würde eine entsprechende Anwendung des § 162 auf die Fälle der Erklärungsabgabe im günstigsten Falle zur Fiktion bei einer Vereitelung durch den von der Erklärung Betroffenen, nicht aber bei der Vereitelung durch den Adressaten führen. Wenn z. B. A. und B. zu Gunsten des C. kontrahieren und A. will den Vertrag anfechten, so könnte vielleicht eine analoge Uebertragung des Grundgedankens des § 162 zu dem Ergebnisse führen, daß bei Vereitelung der Abgabe der Anfechtungserklärung durch C. die Anfechtungserklärung als abgegeben gilt. Wie aber eine Vereitelung der Abgabe durch den an der Erklärung schlechterdings nicht interessierten B.

7) Jur. Wochenschr. 1904 S. 337.
8) Jur. Wochenschr. 1904 S. 481.

eine analoge Anwendung des § 162 rechtfertigen soll, ist nicht einzusehen. Es läßt sich nun aber aus dem Gesetze selbst der strikte Nachweis erbringen, daß sogar die dolose Vereitelung einer Erklärung durch den, für den sie nachteilig wirken würde, die Abgabe der Erklärung nicht zu ersetzen vermag. Angenommen, A. will das zu Gunsten des B. errichtete Testament widerrufen, B. hindert ihn an der Abgabe der Widerrufserklärung. Wie aus den Bestimmungen über die Erbunwürdigkeit hervorgeht (§ 2339 Nr. 2), ersetzt die Vereitelung des Widerrufs den Widerruf nicht, B. wird vielmehr nach dem Tode des A. Erbe, und es kann lediglich sein Erbschaftserwerb wegen der Erbunwürdigkeit angefochten werden. Oder: A. will die ihm angefallene Erbschaft ausschlagen, ein Erbschaftsgläubiger hindert ihn gewaltsam an der Abgabe. Niemand wird behaupten wollen, die Ausschlagserklärung gelte als erfolgt, weil der Erbe an der Abgabe von jemandem, dem die Erklärung zum Nachteile gereichen würde, verhindert worden ist. Wenn aber die Abgabe einer adressenfreien Erklärung nicht im Falle einer Verhinderung des Erklärenden fingiert wird, so ist nicht einzusehen, weshalb es bei einer adressierungsbedürftigen Erklärung anders sein sollte. Denn die Adresse hat offensichtlich mit der Frage, ob die unterbliebene Abgabe der Erklärung unter gewissen Voraussetzungen als geschehen angesehen werde, nicht das Geringste zu tun. Ja, das Gesetz gibt aber weiter sogar unzweideutig zu erkennen, daß gerade bei adressierungsbedürftigen Willenserklärungen die Verhinderung der Abgabe durch den Adressaten die Abgabe nicht ersetzt. Nach § 531 Abs. 1 erfolgt der Widerruf der Schenkung durch Erklärung gegenüber den Beschenkten. Wäre Habichts Theorie richtig, so müßte der Widerruf als erfolgt gelten, wenn der Beschenkte den Schenker an der Abgabe der Widerrufserklärung gehindert hat. Aus § 530 Abs. 2 geht das Gegenteil hervor:

> Den Erben des Schenkers steht das Recht des Widerrufs nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich den Schenker getötet oder am Widerruf gehindert hat.

Die Schenkung ist also demnach durch die Verhinderung am Widerrufe noch nicht widerrufen, denn sonst wäre ja ein Widerrufsrecht der Erben des verhinderten Schenkers sowohl überflüssig wie unmöglich. Mithin gilt jedenfalls für die Verhinderung des Schenkungswiderrufs die Fiktion des § 162 nicht. Da nun aber nicht einzusehen ist, weshalb in diesem Punkte gerade beim Widerrufe der Schenkung eine Ausnahme von den für adressierungsbedürftige Willenserklärungen allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen eintreten sollte, so gelangt man mit Notwendigkeit zu dem Ergebnisse, daß die Habichtsche Fiktionstheorie im Gesetze nicht begründet ist.

Mithin ersetzt die Vereitelung der Abgabe einer Willenserklärung niemals die Erklärung selbst, und zwar ohne daß es einen Unterschied macht, ob die Vereitelung durch den Adressaten selbst erfolgt ist oder durch eine dritte Person und gleichgültig, ob die Vereitelung absichtlich geschieht oder nicht. Es bleibt dem Erklärenden also nichts übrig, als eben die Erklärung nach Hebung des Hindernisses abzugeben.

Daß nun der Adressat, der den rechtzeitigen Zugang der Willenserklärung vereitelt hat, sich zum mindesten dann, wenn er absichtlich die Vereitelung herbeigeführt hat, auf die Verspätung nicht berufen darf, ist eine elementare Forderung des Billigkeitsempfindens. Es fragt sich nur, ob dieser Grundsatz für alle Fälle gilt, in denen der Zugang der Erklärung durch Umstände, die in der Person des

Adressaten liegen, vereitelt ist, oder nur für die, in denen ein Verschulden des Adressaten vorliegt. Die herrschende Meinung, insbesondere auch Titze, nimmt an, daß auf ein Verschulden des Adressaten nichts ankomme. Aber dieser Auffassung ist nicht beizustimmen. Der allgemeine Grundsatz ist doch, daß der Absender einer Erklärung die Gefahr ihres Zuganges trägt. Er kann sich nicht darauf berufen, daß er den Brief ordnungsgemäß zur Post gegeben hat. Das bei der Uebersendung verloren gegangene Kündigungsschreiben äußert selbst dann keine Wirkung, wenn der Adressat von der erfolgten Absendung auf irgend welchem Wege Kenntnis erlangt hat. Es leuchtet nun beim besten Willen nicht ein, weshalb dieser allgemeine Grundsatz gerade in dem Falle durchbrochen werden soll, wenn der Umstand, der den Zugang verhindert, in der Person des Adressaten liegt. Man nehme an, der Darlehensschuldner ist am 1. Oktober von Berlin nach Hamburg verzogen. Der Darlehensgläubiger, der von dem Wegzuge nichts erfahren hat, richtet die für den 1. Januar auszusprechende Kündigung noch nach Berlin. Ist hier der rechtzeitige Zugang durch Umstände verhindert, die in der Person des Adressaten liegen? Wenn man diese Frage bejahen wollte: wie will man es sachlich rechtfertigen, die nachträglich in Hamburg eingetroffene Kündigung als wirksam zu erachten, während die sofort nach Hamburg adressierte Kündigung unwirksam ist, wenn der Brief einen Tag auf der Post liegen geblieben ist? Hat der Absender überhaupt den Casus bei der Uebermittelung zu tragen, so muß es gleichgültig sein, ob der Casus auf die Person des Adressaten, oder eines Dritten zurückzuführen ist. Insoweit ist Planck durchaus beizustimmen.

Sonach kann es sich nur um schuldhaftes Vereiteln des Zuganges handeln. Zur Berufung auf Treu und Glauben oder auf Analogien wird man aber erst dann seine Zuflucht zu nehmen haben, wenn sich ein sichereres Fundament nicht bietet. Ein solches sicheres Fundament ist aber allerdings vorhanden, und zwar wird es gebildet aus den gesetzlichen Normen über die Schadensersatzpflicht. Aus diesen Normen läßt sich die Verpflichtung des Adressaten, bei schuldhafter Vereitelung die nachträgliche Abgabe der Willenserklärung zu dulden, geradezu zwingend beweisen. Planck hat diesen richtigen Weg bereits angedeutet, er hat aber mit der auf einer petitio principii beruhenden Annahme einer Verpflichtung zur Entgegennahme der Erklärung operiert, und hat den eigentlichen Schlüssel zur Lösung noch nicht gefunden.

Die Fähigkeit einer Person, in einem konkreten Falle eine mit Rechtswirkungen verbundene einseitige Willenserklärung abzugeben, ist stets der Ausfluß einer von der Existenz bestimmter Voraussetzungen abhängigen Rechtsmacht, m. a. W. eine Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktrittserklärung u. s. w. können in rechtswirksamer Weise nur dann ausgesprochen werden, wenn dem Erklärenden ein Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktrittsrecht zusteht. Die moderne Wissenschaft hat für diese Rechte den Terminus „Rechte des rechtlichen Könnens" geprägt und sie als selbständige Kategorie neben die absoluten Rechte und die Forderungsrechte gestellt[9]).

Wie alle anderen Rechte können auch diese „Kann-Rechte" einer Person von Dritten schuldhaft verletzt werden. Wenn A. den B. mit Gewalt hindert, dem C. gegenüber innerhalb der gesetzlichen Frist die Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes abzugeben, oder wenn er den an C. bereits abgesandten Brief auffängt, so hat er sich einer Verletzung des Vorkaufsrechtes schuldig

9) Zitelmann. Internationales Privatrecht Bd. 1 S. 32 ff. Das Recht des BGB. S. 23; Hellwigs Lehrbuch des Civilprozeßrechtes Bd. 1 S. 233 ff.; Enneccerus Lehrbuch Bd. 1 S. 88 ff. spricht von „Rechten auf Rechtsänderung".

gemacht. In gleicher Weise können alle übrigen Kann-Rechte dadurch verletzt werden, daß ein Dritter vorsätzlich oder fahrlässig die rechtzeitige Abgabe oder den rechtzeitigen Zugang der Erklärung verhindert.

Der Dritte kann nun aber auch natürlich der Adressat selbst sein. Läßt der Erklärungsgegner sich zur vereinbarten Zeit nicht sprechen, verweigert er die Annahme des ihm durch den Postboten angebotenen Briefes und vereitelt er auf diese Weise die fristgemäße Vollziehung der Erklärung, so hat er das Kann-Recht des Erklärenden verletzt.

Nach § 823 Abs. 1 ist schadensersatzpflichtig, wer vorsätzlich oder fahrlässig Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt. Mag auch die Ansicht des Reichsgerichts[10]) zutreffend sein, daß unter die „sonstigen Rechte" des § 823 Forderungsrechte nicht fallen, so ist doch jedenfalls nicht der geringste Grund vorhanden, die Kann-Rechte gleichfalls auszuschließen, die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 also auf absolute Rechte zu beschränken. Wenn das Reichsgericht sagt, daß nach dem Wortlaute des BGB. unter „sonstiges Recht" in § 823 Abs. 1 nur ein solches Recht verstanden werden kann, das mit allen den vorher aufgeführten Rechtsgütern das Gemeinsame hat, daß es von jedermann beachtet werden muß, so steht das der Einreihung der Kann-Rechte unter die sonstigen Rechte nicht entgegen: Das Kann-Recht ist jedenfalls nicht ein solches Recht, das sich, wie das Forderungsrecht, nur gegen den einzelnen richtet. Ebensowenig kommt das zweite Argument des Reichsgerichts in Betracht, wonach die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 auf Forderungen zu dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs im allgemeinen und seinem Schadensersatzrecht im besonderen nicht passen würde. Der Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 auf Kann-Rechte widerstreitet offenbar weder das System des BGB. im allgemeinen, noch sein Schadensersatzrecht im besonderen.

Schadensersatz ist durch Herstellung des früheren Zustandes zu leisten. Hat ein Dritter als der Erklärungsgegner das Kann-Recht dadurch schuldhaft verletzt, daß er dem Erklärenden die rechtzeitige Abgabe der Erklärung unmöglich gemacht hat, so ist die Herstellung nicht möglich und der Ersatzpflichtige hat den Berechtigten durch Geld zu entschädigen. Anders wenn der Erklärungsgegner selbst das Kann-Recht schuldhaft verletzt hat. Hier ist die Herstellung in der Weise möglich, daß der Erklärungsgegner sich so behandeln lassen muß, als ob das Recht noch bestände, d. h. er muß die Erklärung noch nachträglich entgegennehmen. Ein schuldhaftes Verhalten des Erklärungsgegners wird man aber in allen den Fällen anzunehmen haben, in denen er in einer das Anstandsempfinden aller gerecht und billig denkenden Rechtsgenossen verletzenden Weise den Zugang verhindert hat. Wer seinem Gläubiger die Tür vor der Nase zuschlägt, um die Kündigung des Darlehens nicht anhören zu müssen, wer nicht dafür Sorge trägt, daß eingeschriebene Briefe ihm zugehen können, wer sich aus Vergeßlichkeit nicht an dem Orte einfindet, an dem er sich zur Annahme eines Briefes bereit erklärt hat, verletzt schuldhaft fremde Kann-Rechte, und muß sich mit der nachträglichen Vollziehung der Erklärung zufrieden geben. Trifft dagegen den Erklärungsgegner ein Verschulden nicht — er wird z. B. durch Krankheit verhindert, an dem vereinbarten Orte zu erscheinen und ist auch nicht in der Lage, einen Bevollmächtigten hinzuschicken —, so liegt eine schuldhafte Verletzung nicht vor, und der Erklärungswillige muß diesen Casus ebenso tragen wie jeden anderen.

10) Entscheidungen Bd. 57 S. 353 ff.

Die Geltendmachung der Ersatzansprüche einer Berufsgenossenschaft gegen den Schadensurheber.

Von Kreisgerichtsrat Dr. B. Hilse in Berlin.

Diejenigen Betriebsunternehmer, Bevollmächtigten oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher, gegen welche durch strafgerichtliches Urteil festgestellt worden ist, daß sie den Unfall vorsätzlich oder durch Fahrlässigkeit mit Außerachtlassung derjenigen Aufmerksamkeit, zu der sie vermöge ihres Amtes, Berufs oder Gewerbes besonders verpflichtet sind, herbeigeführt haben, haften auf Grund § 136 GUVG., § 147 LUVG., § 134 SUVG., § 46 BUVG., für alle Aufwendungen, welche infolge des Unfalles auf Grund dieses Gesetzes oder des Krankenversicherungsgesetzes von den Gemeinden, Armenverbänden, Krankenkassen und den sonstigen Unterstützungskassen bezw. Berufsgenossenschaften gemacht worden sind, während die Haftung Dritter, in diesen Paragraphen nicht bezeichneter Personen sich zufolge § 140 GUVG., § 151 LUVG., § 138 SUVG. nach den sonstigen gesetzlichen Vorschriften bestimmt, jedoch der Anspruch, welcher den entschädigungsberechtigten Personen auf Ersatz des ihnen durch den Unfall entstandenen Schadens gegen dieselben erwachsen ist, auf die Berufsgenossenschaft im Umfang ihrer gesetzlich begründeten Entschädigungspflicht übergeht. Es hat sonach die Berufsgenossenschaft, welche einen Betriebsunfall schadlos hielt, einen zweifachen Anspruch auf Rückerstattung der ihr dadurch verursachten Aufwendungen gegen den schuldhaften Schadensurheber, nämlich einmal gegen das Genossenschaftsmitglied bezw. dessen Betriebsgehilfen, sodann gegen den Dritten; die Krankenkasse aus der Unfallversicherung nur einen, weil § 57a KrVG. ihre sonstigen regelt. Das Geltendmachen desselben geschieht im ordentlichen Rechtswege, wobei dem Grundsatz in § 135 GUVG., § 146 LUVG., § 133 SUVG. entsprechend für das über einen solchen Anspruch erkennende ordentliche Gericht die Entscheidung bindend ist, welche in dem durch dieses Gesetz geordneten Verfahren über die Frage ergeht, ob ein Unfall vorliegt, für welchen aus der Unfallversicherung Entschädigung zu leisten ist, und in welchem Umfang Entschädigung zu gewähren ist.

Erfahrungsgemäß sind die Streitfälle dieser Art bei den ordentlichen Gerichten in steigender Zunahme begriffen, weil die Berufsgenossenschaftsvorstände in richtiger Erkenntnis der sie aus § 45 GUVG., § 47 LUVG., § 45 SUVG. treffenden Verantwortlichkeit auf Geltendmachen der Erstattungsansprüche streng Bedacht nehmen. Nicht selten wird seitens ihrer Prozeßvertreter und noch mehr seitens der Prozeßbevollmächtigten der belangten Gegenpartei verabsäumt, die Klage richtig zu begründen bezw. die zustehenden Einreden fristgerecht und sachgemäß zu erheben, weil die Wechselbeziehung zwischen den Rechtsregeln des bürgerlichen und des öffentlichen Rechtes, sowie die ausgebildete gerichtliche Spruchübung ihnen weniger geläufig zu sein pflegt. Insonderheit wird häufig darin gefehlt, daß die Begriffe „Betriebsunternehmer" und „Dritter" im Sinne der öffentlich-rechtlichen Arbeiterversicherung nicht genügend auseinander gehalten, infolgedessen Klagen auf § 136 bezw. §§ 147, 134 a. a. O. gestützt werden, welche aus § 140 bezw. §§ 151, 138 a. a. O. zu erheben gewesen wären. Dies Versehen muß naturgemäß zur Klageabweisung führen, aber doch nur wenn dem § 308 CPO. gemäß fristgerecht der Fehler gerügt wird. Die Begriffsmerkmale des „Dritten" hat das Reichsgericht in dem Urteil vom 25. Februar 1895 (Entsch. d. RGer. Bd. 35 S. 8) und vom 27. Oktober 1900 (Entsch. d. RGer. Bd. 47 S. 56) bereits dahin grundsätzlich festgelegt, daß darunter derjenige Schadensurheber zu verstehen sei, welcher zu

dem Betriebsverletzten nicht in dem Verhältnisse des Arbeitgebers zu dem Arbeitnehmer steht, während bei Bestehen eines solchen Arbeitsverhältnisses das Begriffsmerkmal eines Betriebsunternehmers erfüllt wird. Dementsprechend würde z. B. für die Schäden aus einem Bauunfalle der ausführende Werkmeister aus § 136 GUVG., der bauleitende Architekt aus § 140 GUVG. in Anspruch zu nehmen sein.

Ob auf den § 136 GUVG. oder den § 140 GUVG. der Anspruch gestützt wird, ist deshalb belangvoll, weil der Umfang der Ersatzpflicht und die Voraussetzung zum Erstehen bezw. Erlöschen des Klagerechtes in beiden Fällen sehr unterschiedlich sind. Denn dem Dritten gegenüber muß die Berufsgenossenschaft nach Analogie des § 407 BGB. gegen sich alle diejenigen Einreden gelten lassen, welche der Belangte dem Betriebsverletzten bezw. dessen Familienangehörigen aus den Rechtsregeln des BGB. zu seiner Entlastung erheben könnte. Es würde diesem gegenüber also die Rechtsregel in § 254 BGB. Platz greifen, wonach, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatze, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen insbesondere davon abhängt, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist, mithin eine Verteilung des Schadens unter den Schadensurheber und dem Beschädigten nach dem Grade ihres Verschuldens angänglich sein. Denn es geht der Anspruch des Beschädigten, womit auch das Reichsgericht in dem Urteil vom 26. Januar 1905 (Entsch. d. RGer. Bd. 60 S. 200) übereinstimmt, zwar kraft des Gesetzes auf die Berufsgenossenschaft über, aber doch bloß in dem Umfange, wie er diesem selbst zusteht, und dies rechtfertigt, gleichfalls in Uebereinstimmung mit dem Reichsgerichte in dem Urteil vom 26. Februar 1906 (Recht 10 1431), die Einrede aus § 254 BGB. Anders liegt dies dem Betriebsunternehmer gegenüber; denn es wird auf Grund § 8 GUVG., § 7 LUVG., § 8 SUVG. dem Verletzten und seinen Hinterbliebenen ein Anspruch nur unter der Voraussetzung versagt, wenn er den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat, bleibt ein solcher bei seinem selbst grobfahrlässigen Mitverschulden aber erhalten. Deshalb kann der Betriebsunternehmer, welcher nach den Grundregeln der Unfallversicherung haftet, zufolge des Urteils vom 29. Januar 1906 (Entsch. d. RGer. Bd. 62 S. 340) dem Ersatzanspruche der Berufsgenossenschaft gegenüber auch nicht geltend machen, der Unfall sei überwiegend durch das eigene Verschulden des Beschädigten herbeigeführt.

Obschon für das ordentliche Gericht zufolge § 135 GUVG., § 146 LUVG., § 133 SUVG. die Entscheidungen der Spruchgerichte der Unfallversicherung bindend sein sollen, erachtet das Reichsgericht in dem Urteil vom 19. Oktober 1903 (Entsch. d. RGer. Bd. 55 S. 385) dennoch dessen Nachprüfung dem Betriebsunternehmer gegenüber für zulässig, während dem Dritten gegenüber dies schon aus dem Grunde folgt, weil die beschränkende Rechtsregel gar nicht in §§ 140, 151, 138 a. a. O. aufgenommen wurde. Es kommt deshalb dem in Anspruch genommenen Dritten auch die Einrede zu statten, daß der Betriebsverletzte bei Verlust seines Anspruches gehalten sei, einer nach dem Gutachten erprobter medizinischer Sachverständigen wenig gefahrvollen, aber auf Wiederherstellen der vollen Erwerbsfähigkeit oder doch Erhöhen des Grades derselben voraussichtlich Erfolg versprechenden Operation sich zu unterwerfen, selbst wenn solche mit Entfernung eines verstümmelten Gliedes verbunden sein sollte, was das Reichsgericht in dem Urteil vom 22. Dezember 1890 (Gruchot Bd. 35 S. 401) bezw. vom 31. Januar 1891 (Berufsgenossenschaft Bd. 6 S. 133) rechtsgrundsätzlich anerkannte, auch in dem Urteil vom 13. Februar

1905 (Entsch. d. RGer. Bd. 60 S. 149) noch insoweit aufrecht erhält: es müsse von demjenigen, welcher an seiner Gesundheit durch einen Unfall geschädigt worden ist, für dessen vermögensrechtliche Folgen ein anderer ersatzpflichtig wird, verlangt werden, daß er, soweit er dazu imstande ist, zur Heilung oder Besserung seiner Krankheit die nach dem jetzigen Stande der medizinischen Wissenschaft sich darbietenden Mittel zur Anwendung bringe, und habe hierbei wenigstens als Regel zu gelten, daß der Verletzte in solchem Falle nicht anders handeln darf, als es bei gleicher Gesundheitsstörung ein verständiger Mensch tun würde, der nicht in der Lage ist, die Vermögensnachteile, die ihm bei Fortdauer der Krankheit erwachsen, auf einen anderen abzuwälzen; wogegen das Reichsversicherungsamt in der Rev.-Entsch. Nr. 1213 vom 28. November 1892 und der Rev.-Entsch. Nr. 521 vom 25. Juni 1896 die Rechtsanschauung vertritt, daß die Entschädigungsberechtigten ein neues Heilverfahren, insonderheit einen operativen Eingriff und erst recht die Entfernung eines Gliedes ohne Nachteil für ihre Entschädigungsansprüche ablehnen dürfen.

Während unabweisbare Voraussetzung zum Erheben des Ersatzanspruches aus §§ 136, 147, 134 a. a. O. für die Krankenkasse die Tatsache bildet, daß der Betriebsinhaber oder dessen Betriebsgehilfe für schuldig erkannt wurde, durch Fahrlässigkeit den Tod bezw. die Körperverletzung des Betriebsarbeiters im Sinne des § 222 bezw. § 230 StrGB. herbeigeführt zu haben, auch der Berufsgenossenschaft gegenüber nach § 96 UVG. vom 6. Juli 1884 bezw. § 117 LKr. und UVG. vom 5. Mai 1886 auch galt, ist in der Neufassung vom 5. Juli 1900 dies nach den § 136 GUVG., § 147 LUVG., § 134 SUVG. nicht mehr haltbar, weshalb auch das Reichsgericht in dem Urteil vom 29. Januar 1906 die Rechtsüberzeugung vertritt, es sei auch einem freigesprochenen Betriebsinhaber gegenüber der Ersatzanspruch verfolgbar. Allein § 137 GUVG., § 148 LUVG., § 135 SUVG. verpflichtet den Genossenschaftsvorstand, welcher den Anspruch aus dem vorangehenden Paragraphen geltendmachen will, den dahin gerichteten Beschluß dem Ersatzpflichtigen schriftlich mitzuteilen, welcher hiergegen die Beschlußfassung der Genossenschaftsversammlung anrufen kann. Auch darf die Klage nicht vor Ablauf eines Monats nach der Zustellung dieser Mitteilung und nur dann angestellt werden, wenn nicht innerhalb dieser Frist die Beschlußfassung seitens des Ersatzpflichtigen angerufen ist. Es legt das Reichsgericht in dem Urteil vom 26. Februar 1906 (Entsch. d. RGer. Bd. 62 S. 428) dieser Vorschrift die Bedeutung bei, daß eine von dem Genossenschaftsvorstande erhobene Klage als unabweisbare Voraussetzung ihrer Vollständigkeit der Anführung bedarf, daß derselben genügt sei, weshalb in Ermangelung solcher von Amts wegen deren Einleitung abgelehnt, bezw. die versehentlich eingeleitete durch Urteil zurückgewiesen werden muß. Desgleichen sind von Amts wegen die Fristen zum Geltendmachen des Regreßanspruches zu prüfen. Dieselben sind nicht die gleichen für die Krankenkasse und für die Berufsgenossenschaft; denn erstere erlangt ein Klagerecht nur auf Grund des die Schuldfeststellung treffenden Strafurteiles. Infolgedessen geht ihr Recht auf Geltendmachen des Entschädigungsanspruches zufolge § 138 GUVG., § 149 LUVG., § 136 SUVG. auch erst mit 18 Monaten seit dem Tage der beschrittenen Rechtskraft des Strafurteiles infolge Zeitablauf unter. Der Berufsgenossenschaft, welche der vorgängigen strafgerichtlichen Schuldfeststellung nicht mehr bedarf, kommt deshalb auch diese Vergünstigung nicht zu statten. Ihr gegenüber beginnt der Lauf der Verjährungsfrist mit dem Tage, an dem das schädigende Ereignis eintrat und endet mit Ablauf zweier Jahre; doch unterbricht die Anrufung der Beschlußfassung der Genossenschaftsversammlung die

Verjährung im Sinne des § 210 BGB. Ob der Berufsgenossenschaft im Falle des § 140 GUVG., § 151 LUVG., § 138 SUVG. die Feststellungsklage gegen den Schadensurheber nach Analogie des § 8 HftG. zustehe, war bisher streitig, doch hat das Reichsgericht in dem Urteil vom 29. Juni 1905 (Entsch. d. RGer. Bd. 61 S. 164) solche für zulässig erklärt.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Fahrlässigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Auslegung eines Gesetzes.

Gründe: Am 8. März 1900 hat der Beklagte als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen Vertrag aufgenommen, nach welchem die zweite Ehefrau des Eigentümers C., des Erblassers und Vaters der Kläger, auf dessen Nachlaß verzichtet. Nach dessen Tode hat aber seine zweite Ehefrau diesen Erbverzicht angefochten, und durch rechtskräftig gewordenes Urteil des Kammergerichts ist auch dieser Erbverzichtsvertrag wegen Formmangels für nichtig erklärt, weil die vom Beklagten aufgenommene gerichtliche Urkunde entgegen dem § 176 Nr. 2 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit die Bezeichnung des amtierenden Richters nicht im Texte des Protokolls enthalten habe und dies Erfordernis nicht durch die Unterschrift des Richters ersetzt werden könne. In diesem Prozesse war seitens der damaligen Beklagten, der jetzigen Kläger, dem Beklagten der Streit verkündet, und war dieser auch dem Prozesse beigetreten. Da infolge des ergangenen Urteils die Ehefrau C. an dem Nachlasse ihres Ehemanns mitberechtigt ist, so wollen die Kläger den ihnen hierdurch erwachsenen Schaden gegen den Beklagten geltend machen und haben, da die Auseinandersetzung noch schwebt, zunächst Feststellungsklage dahin erhoben, daß der Beklagte ihnen für allen aus der Nichtigkeit des Erbverzichts entstandenen und noch entstehenden Schaden ersatzpflichtig sei.

Der erste Richter hat die Klage abgewiesen, weil er annahm, daß der Beklagte ohne Fahrlässigkeit habe annehmen können, daß durch die von ihm gewählte Fassung des Protokolls der zwingenden Vorschrift des § 176 Nr. 2 a. a. O. über die Bezeichnung des mitwirkenden Richters Genüge geschehen sei. Das Protokoll beginnt mit den Worten: „Königliches Amtsgericht, Abteilung 5. F., den 8. März 1900" und schließt mit den Worten: „v. w. o. (verhandelt, wie oben) Dr. E., Gerichtsassessor, als Richter."

Das Berufungsgericht hat dagegen festgestellt, daß der Beklagte ersatzpflichtig sei, indem es ausführt: Da dem Beklagten im Vorprozeß der Streit verkündet, die ergangene Entscheidung, daß der Erbverzicht wegen des fraglichen Formmangels nichtig sei, daher auch für ihn bindend sei, so bedürfe es für den gegenwärtigen Prozeß einer Nachprüfung der Richtigkeit dieser Entscheidung nicht. Der Beklagte habe aber auch fahrlässig gehandelt. Denn aus den Gründen, welche im Vorprozesse zur Nichtigkeitserklärung des Erbverzichts geführt hätten, insbesondere bei dem in den §§ 176, 177 a. a. O. gemachten Unterschiede zwischen dem Inhalt des eigentlichen Protokolls und seiner demnächstigen Verlesung und Vollziehung durch die Beteiligten und mitwirkenden Personen, hätte es dem Beklagten mindestens zweifelhaft erscheinen müssen ob nicht durch § 176 eine Bezeichnung des beurkundenden Richters in dem gemäß § 177 demnächst zu ver-

lesenden eigentlichen Texte des Protokolls vorgeschrieben sei. Da er aber die Pflicht gehabt habe, die Urkunde so abzufassen, daß sie den bestehenden Vorschriften unter Ausschluß jeden Zweifels genüge, so habe er mit Rücksicht auf die erwähnten Bedenken die Bezeichnung des Richters auch dann in den Text des Protokolls aufnehmen müssen, selbst wenn er persönlich dies nicht für erforderlich gehalten haben sollte. Durch die Unterlassung habe er daher fahrlässig gehandelt.

Diese Ausführungen sind von Rechtsirrtum nicht frei. Allerdings steht infolge der erfolgten Streitverkündung die Richtigkeit des Erbverzichts auch für diesen Prozeß fest, und es handelt sich gegenwärtig nur um die Frage der Fahrlässigkeit. Das Berufungsgericht geht aber fehl, wenn es für die Frage der Fahrlässigkeit dahingestellt läßt, ob der Beklagte nicht wirklich der Formvorschrift des §. 176 genügt hat, weil es die Fahrlässigkeit schon darin findet, daß er bei gehöriger Aufmerksamkeit jedenfalls die Möglichkeit einer abweichenden Auffassung hätte erkennen und dann auch im Interesse einer zweifelhaften Gültigkeit der Urkunde auch dieser bloßen Möglichkeit habe Rechnung tragen müssen. Das geht zu weit. Wenn die Auffassung des Richters über den Inhalt eines Gesetzes richtig ist und er dementsprechend gehandelt hat, dann kann ihm daraus, daß er auf andere mögliche Auffassungen keine Rücksicht genommen hat, niemals ein Vorwurf gemacht werden. Denn er hat eben nur dem Gesetze zu genügen. Deshalb kann trotz der erfolgten Streitverkündung im Vorprozeß eine Fahrlässigkeit in diesem Prozesse nur festgestellt werden, wenn auch in diesem Prozesse die §§ 176, 177 in demselben Sinne, wie im Vorprozesse, ausgelegt werden. Die Prüfung dieser Rechtsfrage führt aber zu dem Ergebnis, daß die Entscheidung eine so zweifelhafte ist, und daß eine solche Reihe schwerwiegender Gründe für die der Entscheidung im Vorprozeß entgegengesetzte Auffassung des Beklagten spricht, daß, auch wenn sie irrig sein sollte, den Beklagten jedenfalls keine Fahrlässigkeit trifft, und daß daher in vorliegender Sache die Streitfrage selbst nicht entschieden zu werden braucht. Denn da ein gerichtliches Protokoll erst mit der Unterschrift des Richters zustande kommt, diese Unterschrift ein absolut notwendiger Bestandteil des Protokolls ist, so kann mit dem Worte Protokoll an sich auch nur das mit der Unterschrift des Richters versehene Protokoll verstanden werden. Wird aber das Wort Protokoll in § 176 a. a. O. in diesem Sinne verstanden, dann kann kein Zweifel bestehen, daß durch die von dem Beklagten gewählte Fassung des Protokolls der gesetzlichen Vorschrift der Nr. 2 das. genügt ist, da aus dem oben mitgeteilten Eingang des Protokolls in Verbindung mit dem gleichfalls mitgeteilten Schluß sich klar ergibt, daß die ganze Verhandlung vor dem Gerichtsassessor Dr. E. als amtierenden Richter stattgefunden hat, dieser somit im Protokoll bezeichnet ist. Erwägt man nun, daß es das Nächstliegende ist, auch in § 176 das Wort Protokoll in seinem gewöhnlichen Sinne zu verstehen; erwägt man ferner, daß in dem für die gegenteilige Ansicht hauptsächlich herangezogenen § 177 das Wort Protokoll in einem ganz unbestimmten, wechselnden Sinne gebraucht ist, indem es in Satz 1 die Urkunde bis zur Unterschrift der Beteiligten, in Satz 2 dieselbe einschließlich dieser Unterschrift, da diese als erfolgt doch nicht eher festgestellt werden kann, bis sie erfolgt ist, in Absatz 3 endlich die gesamte Urkunde außer der Unterschrift des Richters bedeutet, daß endlich auch dieser Absatz 3 nicht zwingend für die gegenteilige Auffassung spricht, da er nur verordnet, daß die richterliche Unterschrift den Schluß des Protokolls bildet, dadurch aber nicht ausgeschlossen wird, daß damit zugleich dem Erfordernis des § 176 Nr. 2 genügt wird; erwägt man ferner, daß der Grund der Vorschrift des § 176 Nr. 2 doch wohl wesentlich der ist, die Persönlichkeit der beteiligten und mitwirkenden Personen außer Zweifel zu stellen, dafür aber nicht erforderlich

ist, daß die Bezeichnung der mitwirkenden Urkundsperson, wenn sie sich aus der Unterschrift klar ergibt, noch ein zweites Mal im Text der Urkunde sich finde; und erwägt man endlich, daß, worauf bereits in der reichsgerichtlichen Entscheidung Bd. 50 S. 16 hingewiesen ist, bei der Fassung der den §§ 176, 177 zugrunde gelegten entsprechenden Bestimmungen der Testamentserrichtung die Tendenz gerade gewesen ist, die Formungültigkeit möglichst abzuwenden, die im Vorprozeß getroffene Entscheidung aber einen strengen Formalismus zur Geltung bringt: dann wird man doch Bedenken tragen müssen, daß derjenige, welcher eine dieser Erwägungen entsprechende Auslegung zur Richtschnur seines Handelns genommen hat, damit fahrlässig gehandelt hat. Das Berufungsgericht findet nun allerdings diese Fahrlässigkeit darin, daß der Beklagte nicht auch der Möglichkeit, daß eine andere Auffassung die richtige sei, Rechnung getragen habe, da er für alle Fälle die Rechtsbeständigkeit der von ihm aufgenommenen Urkunde habe sichern müssen. Diese Auffassung mag richtig sein, wenn es sich um eine gegenwärtig, nachdem in der Literatur und Judikatur die verschiedenen Meinungen über die Bedeutung der fraglichen Vorschriften zu Tage getreten sind und in jedem größeren Kommentar darauf hingewiesen ist, aufzunehmende Urkunde handelte. Damals, am 8. März 1900, fast unmittelbar nach Inkrafttreten des neuen Rechts, waren aber abweichende Meinungen noch nicht hervorgetreten, und es fehlt an jedem Anhalt, daß dem Beklagten die Möglichkeit einer anderen Auffassung zum Bewußtsein gekommen ist. Wer bei Prüfung einer Gesetzesvorschrift mit guten Gründen zu einer bestimmten Auslegung derselben gelangt, wird in der Regel, wenn er nicht von dritter Seite darauf hingewiesen wird, die Möglichkeit einer gegenteiligen Auslegung gar nicht erkennen. Ist hiernach nach Lage der Sache eine Fahrlässigkeit des Beklagten nicht anzunehmen, so zerfällt damit der Klageanspruch, da er allein auf solche Fahrlässigkeit gestützt ist. III. Civilsenat Nr. 169/05. Urteil vom 28. November 1905.

Erfordernisse einer mündlichen Erklärung des Erblassers im Sinne des § 2238 BGB. Anwesenheit der mitwirkenden Personen (§ 2239).

Der Klage einer Vermächtnisnehmerin war von den beklagten Erben die Einrede der Nichtigkeit des Testamentes entgegengesetzt und diese darauf begründet worden, daß ein nachträglich zugezogener Testamentszeuge nicht während der ganzen Verhandlung zugegen gewesen sei, und der Erblasser bei der Testamentserrichtung kein Bewußtsein mehr gehabt habe. Der erste Einwand wurde für unbegründet erachtet.

Aus den Gründen: Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf Auszahlung des Vermächtnisses von 10000 Mk. auf das vom Erblasser am 9. Januar 1904 vor dem Gemeindevorsteher E. und zwei Zeugen errichtete Testament. Nach der in bedenkenfreier Weise von dem Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellung sollten ursprünglich der Pfarrer F. und der Arzt Dr. H. als Zeugen mitwirken. Im Beisein dieser Zeugen hatte der Erblasser dem Gemeindevorsteher auf dessen Fragen bereits durch bestimmte und klare Antworten seinen letzten Willen, insbesondere auch in Ansehung des der Klägerin zugedachten Vermächtnisses von 10000 Mk., erklärt. Als zur Verlesung des auf Grund dieser Erklärung von dem Gemeindevorsteher angefertigten Entwurfs des Testaments im Krankenzimmer im Beisein der genannten Zeugen geschritten wurde, ergab sich infolge einer Anregung des Dr. H., daß auch zu dessen Gunsten noch eine weitere Bestimmung in dem Testament Aufnahme finden solle. Darauf begab sich der Gemeindevorsteher mit F. aus dem im oberen Stockwerk belegenen Krankenzimmer in das im Erdgeschoß belegene Zimmer zurück und fertigte hier

einen neuen Entwurf an; zugleich wurde der Schmiedemeister Sch. herbeigerufen, um nunmehr als zweiter Zeuge neben F. mitzuwirken. Nach Vollendung des neuen Entwurfs gab der Gemeindevorsteher in Gegenwart des F. dem eingetroffenen Sch. Kenntnis von dem wesentlichen Inhalt der Testamentsbestimmungen. Nunmehr begab sich der Gemeindevorsteher mit dem neuen Entwurf in Begleitung der Zeugen F. und Sch. in das Krankenzimmer. Dort eröffnete er dem Erblasser, daß ein neues Protokoll habe entworfen werden müssen und vorgelesen werden solle. Dann verlas der Gemeindevorsteher dem Erblasser in Gegenwart der Zeugen F. und Sch. den neuen Entwurf. Während des Vorlesens fragte der Gemeindevorsteher den Erblasser mehrmals, ob er mit den verlesenen Bestimmungen einverstanden sei; darauf antwortete der Erblasser mit einem matten „ja". Schließlich unterschrieb der Erblasser auf mehrmalige Aufforderung des Gemeindevorstehers das Protokoll mit unleserlicher Handschrift.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat das Berufungsgericht angenommen, daß den gesetzlichen Vorschriften (§§ 2239, 2242, 2249 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) in Ansehung der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift genügt sei. Dagegen vermißt das Berufungsgericht eine ausreichende in Gegenwart des Zeugen Sch. abgegebene mündliche Erklärung des Erblassers. Es hält zunächst die Mitteilung des letzten Willens an Sch. durch den Gemeindevorsteher für belanglos. Die Vorgänge im Krankenzimmer in Gegenwart des Gemeindevorstehers und der Zeugen F. und Sch. erachtet das Berufungsgericht nicht für geeignet, den Erfordernissen der Vorschriften der §§ 2238, 2239 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu genügen. Es stellt das grundsätzliche Erfordernis auf, daß der Erblasser seinen letzten Willen mündlich durch einzelne Sätze oder doch mit eingehenden Worten erklären müsse. Von diesem Standpunkt aus erblickt das Berufungsgericht in der bloßen Bejahung der vom Gemeindevorsteher in Gegenwart des Zeugen Sch. gestellten Fragen keine dem Zweck der Ueberwachung des Errichtungsaktes durch die Zeugen genügende Gewähr, zumal da die verschiedensten Umstände, wie zu schnelles Vorlesen, Verlesen, die körperliche Schwäche des Erblassers, das Gefühl der Nähe des Todes, Unrichtigkeiten verursachen könnten. Auf Grund dieser Erwägungen gelangt das Berufungsgericht zu der Annahme, dem Zeugen Sch. sei keine genügende Gelegenheit geboten worden, das Verlesen mit dem vom Erblasser wirklich Gewollten zu vergleichen. Das Testament wird daher wegen Verletzung der Vorschrift des § 2239 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für nichtig erklärt.

Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß die Mitteilung des Inhalts des letzten Willens des Erblassers seitens des Gemeindevorstehers an den Zeugen Sch. im unteren Zimmer, mithin in Abwesenheit des Erblassers, keinen Ersatz für die mündliche Erklärung des Erblassers bot. Denn da die Zeugen während der ganzen Verhandlung zugegen sein müssen, ist ihre Anwesenheit auch bei Abgabe der mündlichen Erklärung des letzten Willens seitens des Erblassers selbst erforderlich (§§ 2238, 2239).

Dagegen beruht, wie die Revision mit Recht rügt, die Beurteilung derjenigen Vorgänge, die sich vom Eintritt der Vemeindevorstehers sowie der Zeugen F. und Sch. in das Krankenzimmer nach der getroffenen Feststellung abspielten, auf einer Verletzung der Vorschriften der §§ 2238, 2239 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Allerdings muß die auf Klarstellung und Kundgebung des letzten Willens des Erblassers gerichtete Testamentsverhandlung so beschaffen sein, daß die mitwirkenden Personen, insbesondere beide Zeugen, aus dem Verlaufe der sich vor ihnen vollziehenden Verhandlung klar zu erkennen vermögen, worauf der

wirkliche Wille des Erblassers gerichtet ist; die zugezogenen Zeugen sollen ferner als Kontrollpersonen in die Lage versetzt werden, zu überwachen, daß der wirkliche mündlich erklärte Wille des Erblassers in dem gemäß §§ 2240—2242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgenommenen Protokoll richtig zum Ausdruck gebracht wird. Aus dem Inhalt und Zweck der in den §§ 2238, 2239 enthaltenen Vorschriften kann jedoch nicht mit dem Berufungsgericht gefolgert werden, daß nur eine solche mündliche Erklärung Anspruch auf rechtliche Beachtung hat, die vom Erblasser in ausführlicher Rede, durch einzelne Sätze oder mit eingehenden Worten kundgegeben wird. Es kann daher, wie von dem erkennenden Senat wiederholt anerkannt worden ist, die mündliche Erklärung des Erblassers auch auf dem Wege einer Rede und Gegenrede, Frage und Antwort zwischen dem mit der Aufnahme des Testaments betrauten Beamten und dem Erblasser zum Ausdruck gelangen; hierbei ist die Benutzung oder Vorlesung einer Niederschrift oder eines Entwurfs des Testaments nicht schlechthin ausgeschlossen (Urteile vom 3. November 1904 IV 151/04, vom 13. April 1905 IV 579/04, vom 31. Mai 1905 IV 37/05.)

Ist sonach von der zu weit gehenden grundsätzlichen Anforderung des Berufungsgerichts Abstand zu nehmen, so ergibt sich aus dem bedenkenfrei festgestellten Sachverhalt, daß in dem vorliegenden Falle den berechtigten Erfordernissen der §§ 2238, 2239 genügt ist. Aus der abschnittsweise erfolgten Verlesung des zweiten Testamentsentwurfs, der dem jetzt von den Beklagten angefochtenen Testamente zugrunde gelegt wurde, in Verbindung mit den mehrfach von dem Gemeindevorsteher gestellten Fragen und den darauf vom Erblasser erteilten bejahenden Antworten konnten die hierbei anwesenden Zeugen F. und Sch. zur Genüge erkennen, worauf der zur mündlichen Erklärung gelangte letzte Wille des Erblassers gerichtet war; die genannten Zeugen waren auch in den Stand gesetzt, zu überwachen, ob das Verlesene mit dem vom Erblasser gewollten übereinstimmte.

Demnach sind die Vorschriften der §§ 2238, 2239 bei der Errichtung des in Rede stehenden Testaments nicht verletzt worden. IV. Civilsenat Nr. 277/05. Urteil vom 30. November 1905.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen).

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Feststellung der realrechtlichen Natur eines Gewerbes. Beschwerderecht der Polizeibehörde.

Gründe: Im Jahre 1841 meldete der damalige Besitzer der Bierbrauerei zum Günzadam in Neuburg a. D., die jetzt im Eigentum des Bierbrauereibesitzers J. H. dort steht, eine radizierte Taferngerechtsame zur Eintragung in das Gewerbekataster an. Der Stadtmagistrat erkannte nur das in der Braugerechtsame enthaltene Viertafernrecht an, bestritt aber das Bestehen einer selbständigen, die Befugnis zum Ausschanke von Wein gewährenden Taferngerechtsame. Auf Antrag des Besitzers stellte das vormalige Landgericht Neuburg a. D. mit Beschluß vom 12. Mai 1842 fest, daß dessen Taferngerechtsame, die in den Entscheidungsgründen mehrmals als eine radizierte Gerechtsame bezeichnet wird, „eine reale Eigenschaft im vollen Umfang und ohne Beschränkung" zustehe.

Aus Anlaß der Anlegung des Grundbuchs, bei der die nicht radizierten realen Gewerberechte nach den §§ 21 bis 23 der Allerh. Verordnung vom 1. Juli 1898 (G.- u. V.-Bl. S. 377) im Anmeldungsverfahren eingetragen werden, stellte J. H. an den Stadtmagistrat die Anfrage, ob seine Tafern-

gerechtsame als eine reale nicht radizierte Gerechtsame anerkannt werde. Da der Stadtmagistrat erklärte, die Taferngerechtsame werde nur als eine radizierte anerkannt, stellte J. H. an das Amtsgericht Neuburg a. D. den Antrag, festzustellen, daß ihm eine reale Taferngerechtsame zustehe. Zur Begründung wurde angeführt, die reale Eigenschaft der Gerechtsame sei durch den Beschluß vom 12. Mai 1842 rechtskräftig festgestellt, hiervon abgesehen sei das Bestehen der realen Gerechtsame seit 1728 nachgewiesen und der Umstand, daß sie später als eine radizierte behandelt wurde, habe ihre Eigenschaft nicht ändern können.

Nach Anhörung des Stadtmagistrates, der in seiner Gegenerklärung beantragte, die Taferngerechtsame als eine radizierte festzustellen, erließ das Amtsgericht am 16. Oktober 1905 Verfügung dahin:

„Es wird festgestellt, daß dem Bierbrauereibesitzer J. H., Besitzer der Brauerei zum Günzadam in Neuburg a. D., eine reale Taferngerechtsame zusteht",

wobei es von der Ansicht ausging, der Beschluß vom 12. Mai 1842 habe nach seinem klaren Wortlaute die reale Eigenschaft der Gerechtsame festgestellt und neue Umstände, die zu einer wiederholten Prüfung der Frage Anlaß geben könnten, seien nicht angeführt worden.

Die vom Stadtmagistrat eingelegte Beschwerde wurde vom Landgericht Neuburg a. D. mit Beschluß vom 24. Januar 1906 als unzulässig verworfen.

Gegen diese Entscheidung hat der Stadtmagistrat weitere Beschwerde eingelegt.

Die weitere Beschwerde ist zwar zulässig, kann aber nicht für begründet erachtet werden.

Der Versuch der Beschwerdeschrift, darzulegen, daß das Verfahren, in dem die amtsgerichtliche Entscheidung ergangen ist, nicht ein Verfahren auf Feststellung eines Gewerberechts gewesen sei, sondern lediglich die Auslegung des Beschlusses vom 12. Mai 1842 zum Gegenstande gehabt habe, geht fehl. Das Amtsgericht war nicht um Auslegung des Beschlusses angegangen, sondern beide Teile hatten Feststellung beantragt, ob die H.'sche Taferngerechtsame eine radizierte oder eine nicht radizierte ist, beide Teile hatten sich nicht nur auf den Beschluß berufen, sondern jeder hatte auch Gründe angeführt, die seinen Antrag auch für den Fall rechtfertigen sollten, daß der Beschluß die Frage nicht entschieden habe, und das Amtsgericht hat sich nicht auf die Auslegung des Beschlusses beschränkt, sondern auch geprüft, ob nicht neue Umstände vorgebracht seien, die zu einer wiederholten Prüfung der streitig gewordenen Frage Anlaß geben konnten.

Es braucht deshalb nicht erörtert zu werden, ob ein Feststellungsverfahren nicht auch zu dem Zwecke beantragt werden kann, den wirklichen Sinn einer in einem früheren Verfahren dieser Art ergangenen Entscheidung, über deren Auslegung Zweifel entstanden ist, klarzustellen, wie es in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten statthaft ist, mit einer neuen Klage die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zu beantragen, das schon Gegenstand rechtskräftiger Entscheidung gewesen aber neuerdings streitig geworden ist, weil über die Auslegung der Entscheidung Zweifel besteht.

Ob die getroffene Entscheidung richtig ist, ist für die Frage nach der Art des Verfahrens, in dem sie ergangen ist, belanglos. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob das Amtsgericht, als es zu dem Ergebnisse kam, daß die H.'sche Gerechtsame in dem Beschlusse vom 12. Mai 1842 als eine nicht radizierte festgestellt sei, den Antrag des J. H. etwa als gegenstandslos hätte abweisen sollen. Die neue Feststellung ist auch dann in einem Verfahren auf

Feststellung eines Gewerberechts ergangen, wenn nach dem Ergebnisse des Verfahrens anders hätte entschieden werden sollen. Für das Recht des Stadtmagistrats, sie im Wege der Beschwerde anzufechten, sind deshalb die Vorschriften maßgebend, die für die Anfechtung einer solchen Feststellung gelten. Im Anschluß an den Art. 10 Ziff. 3 des Gesetzes vom 11. September 1825, die Grundbestimmungen für das Gewerbswesen betreffend (GBl. S. 127), in dem bestimmt ist, daß Streitigkeiten in Bezug auf reale oder radizierte Gewerbe, bei welchen der Klagegrund auf einem privatrechtlichen Titel beruht, sich von nun an zur Entscheidung des ordentlichen Civilrichters eignen, ist auf Grund der im Art. 12 Abs. 3 des Gesetzes getroffenen Anordnung, daß das Staatsministerium des Innern die zur Vollziehung des Gesetzes noch erforderlichen, den gesetzlichen Grundbestimmungen entsprechenden administrativen Anordnungen und polizeilichen Vorschriften unverzüglich zu veranlassen habe, im § 11 der von dem Staatsministerium des Innern erlassenen, durch Allerh. Verordnung vom 28. Dezember 1825 ausdrücklich genehmigten „Instruktion zu den Grundbestimmungen für das Gewerbswesen in den sieben älteren Kreisen des Königreichs" (Reg.-Bl. 1826 S. 81) verfügt, daß „die Realität des Gewerbes . . . . in zweifelhaften Fällen gerichtlich konstatiert werden" muß, und sodann eine Entschließung des Staatsministeriums des Innern vom 30. Oktober 1835 (Döllinger, Verordn.-Samml. Bd. 14 Tl. 3 S. 1522) ergangen, die „namentlich die Kompetenzverhältnisse und das Verfahren bei Konstatierung der Realität der Gewerbe" regelt. Als das Ergebnis „der umfassendsten Erörterungen" zwischen den Staatsministerien der Justiz und des Innern wurde „eine Vereinbarung der Ansicht dahin" bekannt gemacht, „daß die Entscheidung über die Realität oder Nichtrealität der Gewerbe", falls es sich nicht um „Verhandlungen in Parteiverhältnissen" bei „Streitigkeiten zwischen Privaten" handelt, „unter den Begriff des Offizialverfahrens" falle. Zugleich wurde mitgeteilt, daß das Staatsministerium der Justiz im Einverständnisse mit dem Staatsministerium des Innern am 28. August 1835 eine Entschließung an die Appellationsgerichte diesseits des Rheins erlassen habe, nach welcher, wenn „die von dem Gewerbsmann in Anspruch genommene Realität des Gewerbes nicht von einem beteiligten Privaten, sondern von der Polizeibehörde in Contestation gezogen" wird, das Gericht „in der Form gerichtlicher Beurkundung auszusprechen" hat, „ob dem in Frage stehenden Gewerbe die reale Eigenschaft zustehe oder nicht", „im Falle der affirmativen Beurkundung das Gewerbe ohne weiteres als real in das Kataster einzutragen" ist, während „im entgegengesetzten Falle von seite des Prätendenten gegen den richterlichen Beschluß nach Maßgabe der Gerichtsordnung Kap. XV § 5 Nr. 6 Beschwerde an den Oberrichter" stattfindet. Am Schlusse wurde in der Ziff. IX bemerkt, daß sich bei Befolgung der gegebenen Weisungen „eine kontradiktorische Stellung oder ein Parteiverhältnis der Polizeibehörden in Fragen über die Realität eines Gewerbes durchaus nicht denken" lasse. In Uebereinstimmung hiermit hat das Staatsministerium der Justiz in einer Entschließung vom 31. August 1854 (Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl. in Bayern Bd. 1 S. 313) die Gerichte auf die Wichtigkeit der „affirmativen Beurkundung der Realität eines Gewerbes" hingewiesen, die „ohne daß ein Rechtsmittel dagegen von irgend einer Seite ergriffen werden kann, den Eintrag des Gewerbes als eines realen in den Kataster zur Folge hat". Demgemäß ist allgemein anerkannt, daß in dem zu den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörenden Feststellungsverfahren gegenüber einer „affirmativen Beurkundung" — „da kein Gegner vorhanden ist" — „Niemanden, auch nicht der Polizeibehörde, das Recht einer

Berufung oder Beschwerde zusteht" (Bl. f. RA. Bd. 3 S. 205, Bd. 5 S. 10, Bd. 13 S. 185, Bl. f. adm. Pr. Bd. 41 S. 289 ff., insbes. S. 295, und die Entsch. des vorm. OAG. vom 17. Mai 1841 und des Oberst. LG. vom 10. Februar 1893 in Bl. f. RA. Bd. 7 S. 315, Bd. 58 S. 373).

An dieser Rechtslage ist durch den Art. 129 AG. z. BGB. nichts geändert worden, der neben anderen Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die für die Beschwerde geltenden Vorschriften der §§ 19 bis 27, 29, 30, auf diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für welche die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend sind, anwendbar erklärt hat, soweit nicht ein anderes vorgeschrieben ist; die Sonderbestimmung, die eine Anfechtung der das Bestehen der behaupteten Gerechtsame feststellenden Entscheidung ausschließt, ist ebenso unberührt geblieben wie bei der Regelung des Beschwerdeverfahrens in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die das Gesetz zur Ausführung der CPO. und KO. vom 23. Februar 1879 in den Art. 50 bis 66 getroffen hat.

Da hiernach die Beschwerde des Stadtmagistrats gegen die Verfügung des Amtsgerichts mit Recht als unzulässig verworfen worden ist, muß die weitere Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen werden. I. Civ.-Sen. Reg. III 6/1906; Beschluß vom 10. Februar 1906.

Anerkennung der Vaterschaft. Vormerkung hierüber im Standesregister. Die Arbeiterin Helene E. in Nürnberg hat als den Vater ihres unehelichen Kindes Friedrich Max, für das Karl L. in Nürnberg zum Vormunde bestellt ist, den Schmied Konrad St. in N. bezeichnet. Der Vormund hat gegen Konrad St. bei dem Amtsgerichte N. Klage auf Anerkennung der Vaterschaft und Gewährung einer Unterhaltsrente von rc. mit der Begründung erhoben, daß der Beklagte als Vater zu gelten habe, weil innerhalb der Empfängniszeit er allein der Mutter beigewohnt habe. Durch rechtskräftig gewordenes Versäumnisurteil des Amtsgerichts N. ist Konrad St. schuldig erklärt worden, „anzuerkennen, daß er als Vater des von der Helene E. am 23. Juli 1904 geborenen unehelichen Kindes Friedrich Max zu gelten hat", und die verlangten Unterhaltsbeträge zu zahlen. Auf Grund einer mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehenen Ausfertigung des Urteils hat der Vormund an das Standesamt den Antrag gestellt, die durch das Urteil erfolgte Feststellung der Abstammung des Mündels am Rande der über den Geburtsfall vorgenommenen Eintragung im Geburtsregister zu vermerken. Da der Standesbeamte den Antrag ablehnte, so beantragte Helene E. bei dem Amtsgerichte N., ihn zur Eintragung des Vermerkes anzuweisen, und der Vormund schloß sich dem Antrag an.

Das Amtsgericht hat den Antrag abgewiesen, weil die Feststellung, daß Konrad St. als Vater des Kindes zu gelten hat, lediglich als Grundlage der Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung beantragt und getroffen worden sei.

Die Beschwerde des Vormunds hiergegen wurde vom Landgerichte N. mit Beschluß vom 28. Dezember 1905 zurückgewiesen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts hat der Vormund zum Protokolle des Gerichtsschreibers am Amtsgerichte N. die weitere Beschwerde eingelegt, indem er die §§ 1708, 1717 BGB., den § 26 Personenstandsges. und den § 286 CPO. als verletzt bezeichnete.

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet.

Die vom Vormund erhobene Klage stimmt nach Antrag und Begründung mit dem üblichen Inhalte der Klagen überein, mit denen die sich aus den

§§ 1708 bis 1713, 1717 BGB. ergebenden Ansprüche geltend gemacht werden, und enthält keine Andeutung davon, daß Feststellung der Vaterschaft des Beklagten mit einer über die Unterhaltspflicht hinausgehenden Wirkung beantragt werde. Jedenfalls hat das Gericht sie in diesem Sinne verstanden, die Fassung der Urteilsformel läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß nur festgestellt worden ist, daß Konrad St. als Vater im Sinne der §§ 1708 bis 1716 BGB. gilt.

Die Rechtsausführungen der weiteren Beschwerde gehen fehl.

Das BGB. hat mit der unehelichen Vaterschaft, die Verwandtschaft im Sinne des § 1589 nicht begründet, einzelne familienrechtliche Wirkungen verbunden, diese aber nicht an einen einheitlichen Tatbestand geknüpft, sondern die Voraussetzungen einer jeden besonders bestimmt. Für die im § 1310 bestimmten Ehehindernisse kommt es auf die Tatsache der Abstammung an, für die in den §§ 1708 bis 1716 bestimmten Verpflichtungen treten an deren Stelle die in den §§ 1717, 1718 bezeichneten Tatsachen, für die Legitimation durch Eheschließung der Eltern ist die Beiwohnung des Mannes innerhalb der Empfängniszeit nach Maßgabe der im § 1720 getroffenen Bestimmungen entscheidend, für die Ehelichkeitserklärung ist nach den §§ 1725, 1735 die Anerkennung die wesentliche Voraussetzung. Infolge dieser Rechtsgestaltung kann derselbe Mann in der einen Beziehung als Vater in Betracht kommen, während er in einer anderen Beziehung nicht als Vater gilt.

Die Anerkennung des unehelichen Kindes wird nach § 25 PStG. und § 14 der Bekanntmachung des Reichskanzlers, betreffend Vorschriften zur Ausführung des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 25. März 1899 (RGBl. S. 225) in das Geburtsregister eingetragen, weil sie Anerkennung der Abstammung des Kindes von dem Anerkennenden ist. Die im § 1718 BGB. bestimmte Ausschließung der Berufung des Anerkennenden darauf, daß innerhalb der Empfängniszeit auch ein anderer der Mutter beigewohnt habe, ist nicht der Inhalt sondern eine der rechtlichen Wirkungen der Anerkennung.

Eine Feststellung der Abstammung des Kindes, die nach § 26 PStG. im Geburtsregister zu vermerken ist, liegt nur vor, wenn das Verhältnis festgestellt ist, das die Grundlage der im § 1310 BGB. bestimmten Ehehindernisse bildet. Die Feststellung, daß ein bestimmter Mann als Vater im Sinne der §§ 1708 bis 1716 gilt, d. h. daß ihm die dort bezeichneten Verpflichtungen obliegen, ist nicht eine Feststellung der Abstammung des Kindes, sondern beschränkt sich auf den Bereich der Wirkungen der Vaterschaft, die in diesen Verpflichtungen bestehen. Die Tatsachen, auf Grund deren die Feststellung getroffen wird, mögen in sehr vielen Fällen die Schlußfolgerung rechtfertigen, daß das Kind von dem Manne abstammt, der für die in Rede stehenden Verpflichtungen als Vater gilt, aber festgestellt ist nicht mehr, als daß der Mann Träger dieser Verpflichtungen ist, eine nach § 26 PStG. im Geburtsregister zu vermerkende Feststellung der Abstammung des Kindes ist nicht getroffen.

In Uebereinstimmung mit dem angeführten Beschlusse des Kammergerichts Berlin — vom 20. April 1903 (Jahrb. d. Entsch. d. RGer. Bd. 26 S. 39 — und Stölzel, Personenstandsges. Anm. a zum § 26 ist daher die Rechtsanschauung, die die Vorinstanzen ihren Entscheidungen zugrunde gelegt haben, für zutreffend zu erachten. I. Civilsenat Reg. III 8/1906; Beschluß vom 23. Februar 1906.

C. Oberlandesgericht Nürnberg (Civilsachen).

Civilrecht.

Zahlungseinstellung im Sinne der Konk.-Ordn. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (JW. 1906 S. 92; RGer. Bd. 50 S. 41, Bd. 51 S. 413) ist unter Zahlungseinstellung die nach außen ersichtlich gewordene, auf voraussichtlich dauerndem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende Unfähigkeit des Schuldners, seine fälligen Schulden in der Allgemeinheit zu bezahlen, zu verstehen (Jäger KO. § 30 und Anm. hierzu). Vorübergehende Zahlungsstockung ist nicht gleichbedeutend mit Zahlungseinstellung; gewöhnlich wird vorausgesetzt, daß der Schuldner gedrängt, d. h. ernstlich gemahnt oder gar mit Klagen oder Zwangsvollstreckungen bedroht war (JW. 1905 S. 29). Andererseits wird die Zahlungseinstellung nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner den einen oder anderen Gläubiger bezahlt hat (RGer. Bd. 6 S. 96; Bolze Bd 1 2172); unbeachtlich ist ferner, ob der Schuldner sich über seine Vermögenslage klar war, namentlich ist ohne Bedeutung, daß er ohne hinlänglichen Grund glaubte, er werde die Krisis, in der er sich befand, überwinden (Bolze Bd. 1 2168); auch darauf kommt es nicht an, ob der Schuldner nicht willens war, nicht den Entschluß gefaßt hatte, seine Zahlungen einzustellen, wesentlich ist vielmehr die Offenbarung dieses Entschlusses, die äußerlich erkennbare tatsächliche Unmöglichkeit, vorhandene Verbindlichkeiten, deren Inhaber Zahlungen verlangen, zu einem wesentlichen Teile zu befriedigen (Warneyer, Jahrb. 1906 § 30, 5 KO.; Jäger, Anm. 2 zu § 30 KO.).

Auch dann ist Zahlungseinstellung anzunehmen, wenn der Schuldner z. B. mit der im Juli abgegebenen Erklärung, er könne jetzt nicht zahlen, die Mitteilung verbindet, daß er im folgenden Januar und Februar zahlen zu können hoffe (Sörgel Rechtspr. 1902 § 30, 2 KO.). Urteil vom 30. Juni 1906 — L. 122/06 —.

Zulässigkeit der Aufrechnung einer Forderung gegen den Gemeinschuldner mit einer Forderung der Konkursmasse aus einem am Tage nach der Konkurseröffnung erfüllten Werklieferungsvertrage.

Die Aufrechnung im Konkurse ist zulässig, soweit sie außerhalb des Konkurses statthaft wäre (§ 53 KO.). Voraussetzung ist, daß im Augenblicke der Konkurseröffnung die Gegenseitigkeit der Forderungen besteht (§ 54 a. a. O.).

Im gegebenen Falle hat die Beklagte gegen den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung eine unbestrittene, rechtsbeständige und fällige Forderung von 1083 Mk. gehabt. Andererseits war zwischen der Beklagten und dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ein Werklieferungsvertrag zu Stande gekommen, nach welchem der Gemeinschuldner der Beklagten nach von dieser zu sendenden Modellen Abgüsse für Motoren im Gesamtpreise zu 720 Mk. zu liefern hatte. Der kleinere Teil dieser Gußteile zu 193 Mk. war schon am 4., 13., 20. und 25. Februar 1905 geliefert worden, der Rest zu 533 Mk., welcher Betrag Gegenstand gegenwärtigen Rechtsstreits ist, wurde, wie die in erster Instanz gepflogene Beweiserhebung ergeben hat, erst am Tage nach der am 24. Februar 1905 erfolgten Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gemeinschuldners H., bezw. dessen Firma infolge eines noch vor derselben von ihm gegebenen Auftrags von dessen Angestellten bei der Bahnstation G. aufgegeben und damit an die Beklagte geliefert. Die Unwirksamkeit dieses Erfüllungsaktes hat der Konkursverwalter durch seine nicht bestrittene und nach der Prozeßlage zweifellose nachträgliche Genehmigung beseitigt, und er hat dadurch die Erfüllung rück-

wirkend gültig gemacht (§ 184 BGB.), wozu er nach § 17 KO. berechtigt war. Damit ist der zwischen der Beklagten und dem Gemeinschuldner geschlossene Werkvertrag mit allen Rechten und Einreden, die hieraus für den Gemeinschuldner und gegen diesen begründet waren, auf den Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners übergegangen.

Durch den Werkvertrag ist der Gemeinschuldner zur Lieferung der Abgüsse, die Beklagte dagegen zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet worden (§ 631 BGB.). Die Beklagte war vom Vertragsabschlusse an diese Vergütung schuldig, nur war die Zahlung durch die Zeit der Lieferung betagt und durch die Lieferung selbst bedingt. Sonach schuldete die Beklagte schon vor Eröffnung des Konkurses dem Gemeinschuldner eine zwar noch nicht fällige, aber zur Aufrechnung im Konkurse fähige Forderung, sie ist nicht infolge der erst nach der Konkurseröffnung erfolgten Werklieferung nach Eröffnung des Konkurses etwas zur Masse schuldig geworden, so daß die Aufrechnung nach § 55 Ziff. 1 KO. unzulässig wäre.

Durch die nach Konkurseröffnung erfolgte und vom Konkursverwalter genehmigte Lieferung der Waren ist nur die Fälligkeit der schon bestehenden Schuld der Beklagten herbeigeführt worden. Allerdings ist durch diese Lieferung dem Konkursverwalter ein Anspruch auf Zahlung des bedungenen Preises an die Konkursmasse entstanden, allein diesem Anspruche steht die Aufrechnungsbefugnis der Beklagten gegenüber. Von dieser hat die Beklagte beim Vorhandensein der sonstigen allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechnung unbestritten Gebrauch gemacht und, da ihre Forderung den von ihr für die Werklieferung zu zahlenden Preis unbestritten übersteigt und nach § 389 BGB. die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet, einander gegenüber getreten sind, so ist die eingeklagte Forderung erloschen. Urteil vom 25. Mai 1906.

III. Mitteilungen aus der Rechtsprechung der Civilsenate des Oberlandesgerichts Stuttgart.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Römer (Stuttgart).

Zu §§ 160, 161 BGB. Bei einem bedingten Vertrag hat während der Schwebezeit keine Partei das Recht, ohne Grund von dem Vertrag zurückzutreten. Urteil vom 21. April 1906.

Zu §§ 388, 389 BGB. Eine Aufrechnungserklärung kann in einem Rechtsstreit vom Beklagten — vorsorglich — auch in einem vorbereitenden Schriftsatz abgegeben werden. Damit sind die beiderseitigen, bis dahin geltend gemachten Forderungen erloschen; nach diesem Zeitpunkt kann daher Kläger gegen die durch die Aufrechnung erloschenen Gegenforderungen des Beklagten nicht mehr seinerseits mit einem Gegenanspruch aufrechnen. Urteil vom 1. Mai 1906.

Zu § 208 BGB. Zu einem „Anerkenntnis" i. S. des § 208 wird ein Dispositivakt nicht erfordert, vielmehr genügt eine solche ausdrückliche oder stillschweigende Kundgebung, die dem Berechtigten gegenüber „die unzweideutige Erklärung des Ueberzeugtseins von der Verpflichtung" enthält. Eine solche Kundgebung liegt jedoch nicht stets dann vor, wenn etwa ein Verkäufer sich zu Reparaturen einer verkauften Sache herbeiläßt: er kann sich hierzu möglicher Weise nur aus Koulanz oder aus Rücksichten auf den Ruf seines Geschäfts verstanden haben. Urteil vom 1. Mai 1906.

Zu § 433 Abs. 2, § 452 BGB. Es läßt sich nicht ohne weiteres annehmen, daß mit der Vereinbarung: der Kaufpreis solle mittels eines, eine gewisse Zeit nach Ausstellung zahlbaren Accepts bereinigt werden, gesagt sein soll: wenn dieses Accept nicht alsbald ausgestellt werde, sei der Betrag, auf den es laute, sofort bar zu bezahlen. Denn das Accept ist nicht gleich dem Geldbetrag, auf den es lautet, da bei sofortigem Umsatz des Accepts der Diskont abgeht. — Die gegenteilige Meinung Staubs (Komm. z. HGB. Exk. vor § 373 Anm. 41) entbehrt der schlüssigen Begründung: es ist eben nicht — auch nicht bedingt — Barzahlung ausgemacht, sondern Zahlung mittels eines, nach gewisser Zeit fälligen, Accepts. Wird dieses nicht rechtzeitig gegeben, so kann der Verkäufer Klage auf Ausstellung des Accepts und auf das Verzögerungsinteresse erheben. Urteil vom 24. April 1906.

Zu § 705 ff. BGB. Zuwendungen an einen nicht rechtsfähigen Verein mit der Wirkung, daß das Zugewendete Vermögen der Mitglieder als solcher zu gesamter Hand und zu Vereinszwecken bestimmt, also Vereinsvermögen, wird, sind zulässig und rechtlich möglich. Auch besteht kein Zweifel, daß ein Vereinsmitglied in gleicher Weise wie ein Dritter zufolge Uebernahme einer Verpflichtung Schuldner der zur gesamten Hand verbundenen Vereinsmitglieder werden kann, die Verpflichtung nicht etwa in Betreff des auf das fragliche Vereinsmitglied entfallenden Anteils am Vereinsvermögen nichtig ist. Urteil vom 8. Mai 1906.

Versicherungsrecht. Eine Versicherungsgesellschaft hat dafür einzustehen, wenn der Versicherungsnehmer durch ihren Agenten veranlaßt wird, die gestellten Fragen ungenau oder überhaupt anders als es hätte geschehen sollen, zu beantworten, vorausgesetzt, daß sich der Versicherungsnehmer bei der Fragebeantwortung in gutem Glauben befindet. Denn die Gesellschaft stellt den Agenten unter anderem zum Zweck der Belehrung und Aufklärung der Versicherungsnehmer an. Sie hat daher die seitens der Agenten erteilten Auskünfte gegen sich gelten zu lassen. Urteil vom 16. Juni 1905.

Zu § 59 HGB. Reisespesen sind als Vergütung barer Auslagen vom Prinzipal im Voraus zu bezahlen, der Reisende ist daher nicht verpflichtet, bezüglich ihrer, etwa durch Entnahme aus eigenen Mitteln, dem Prinzipal gegenüber in Vorschuß zu gehen. Urteil vom 21. April 1906.

Zu § 529 Abs. 2 CPO. Die Erklärung einer Partei: sie stelle die Entscheidung in das Ermessen des Gerichts, kann nicht als Einwilligung in die Erhebung eines neuen Anspruchs durch den Gegner aufgefaßt werden, sie besagt vielmehr nur: das Gericht solle nach der gegebenen Sachlage den prozessualen Vorschriften und dem materiellen Recht gemäß entscheiden. Urteil vom 1. Mai 1906.

Zu § 4 Abs. 1 HGB. Ob ein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, richtet sich nach den konkreten Verhältnissen. Maßgebend sind namentlich die Höhe des Betriebskapitals, der Umsatz, der Ertrag, die Gewerbesteuer, Größe und Beschaffenheit der dem Betrieb dienenden Räumlichkeiten, Organisation des Betriebs, namentlich, ob in der Hauptsache die persönliche Arbeitskraft des Inhabers zur Verwendung kommt oder ob eine größere Anzahl von Angestellten beschäftigt ist, Wechselverkehr, Beziehungen zu einem größeren Kreis von Lieferanten und Kunden. Doch brauchen diese Merkmale nicht sämtlich vorhanden zu sein. Urteil vom 5. April 1906.

Zu § 343 BGB. Bei der Beurteilung der Angemessenheit einer vereinbarten Vertragsstrafe ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Zu beachten ist neben der Höhe des möglichen und wirklichen Schadens die wirtschaftliche Lage beider Teile, der Grad des Verschuldens des Schuldners und die Erwägung, daß die Strafe als Zwangsmittel wirken soll, um den Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzuhalten. Urteil vom 5. April 1906.

IV. Literatur.

1) Verlag von Carl Marhold in Halle a. S.

Juristisch-psychiatrische Grenzfragen. Zwanglose Abhandlungen, herausgegeben von Professor Dr. jur. A. Finger, Professor Dr. med. Hoche und Oberarzt Dr. med. Joh. Bresler. IV. Bd. Heft 2—6. 1906. Jedes Heft ist einzeln käuflich.

Die sehr vielseitige Sammlung, über die wir bereits früher berichteten, hat im laufenden Jahre sich um einige weitere beachtenswerte Arbeiten vermehrt. In Heft 2 bespricht zunächst Dr. med. C. G. Jung die psychologische Diagnose des Tatbestandes. Er weist durch ein ihm gelungenes Experiment nach, daß man vermittels der sogen. Assoziationsmethode Beschuldigte überführen kann. Wenn nämlich eine Versuchsperson die Aufgabe hat, auf eine Reihe von vorgetragenen Stichworten möglichst schnell ein anderes Wort, das ihr gerade einfällt, zu nennen, so wird durch Einstreuung von Worten, die einen Bezug auf eine untersuchte Tat haben können, in die vorgelegten Stichworte, die schuldige Versuchsperson leicht entweder verdächtige Assoziationen kundgeben oder sich einen Moment mit der Antwort besinnen um diese einfallenden Vorstellungen durch andere Antworten zu verdecken. Wird nun die Zeit und Art der Antwort genau registriert, so gewinnt man leicht Indizien. Der Verfasser hat einen Verdächtigen, der ihm hernach auch gestand, ferner zwei Unschuldige (einen in seine Methode Eingeweihten und einen Uneingeweihten) auf diese Weise geprüft und teilt die gewonnenen Resultate mit, von denen er selbst öffentlich bekennt, daß diese Methode immerhin nur mit größter Vorsicht zu Schlüssen verwertet werden kann. Sie wird namentlich routinierten sowie schnelldenkenden Personen gegenüber versagen. — Das nämliche Heft enthält ferner einen Bericht über die ersten 100 Sitzungen der forensisch-psychiatrischen Vereinigung zu Dresden von Dr. med. Georg Ilberg. Diese für vorgerücktere Theoretiker und Praktiker bestimmte, nicht etwa, wie anderwärts, einer Studentenverbindung angegliederte Vereinigung, hat sich dementsprechend einer regen Beteiligung von Juristen und Aerzten, gleichviel welcher Richtung, zu erfreuen gehabt und bei einem solchen Kreis von Mitgliedern auch außerordentlich fördernde Vorträge und praktische Demonstrationen von Kranken gehört und gesehen. Wenn man den Bericht über die ernsten und exakten Forschungen liest, wird man es lebhaft bedauern, daß manche andere Großstadt eine gleichartige Institution noch nicht ins Leben gerufen hat. Zahlreiche der dort gebotenen Anregungen, wie z. B. Einführung in die Gefängnisse und in die Irrenhäuser, sind, wenn sie nicht den Betrieb stören und oberflächlich ausfallen sollen, nur für einen begrenzten Kreis reiferer Personen bestimmt und in Dresden scheint man hierbei gute Erfahrungen gemacht zu haben. — In Heft 3 erörtert Dr. med. Hermann Kornfeld: die Beziehungen von Alkoholismus und § 51 StGB. Er sucht u. a. nachzuweisen, daß es im Sinne des § 51 auch partielle Geistesstörungen gibt. — Außerdem enthält dieses Heft noch von Dr. jur. Wulffen eine Besprechung von Gerhart Hauptmann's „Rose Bernd", vom kriminalistischen Standpunkt. Er stellt verschiedene prozessuale Unmöglichkeiten und Unwahrscheinlichkeiten des Stückes fest, läßt aber andererseits dem Dichter volle Gerechtigkeit hinsichtlich der psychologisch richtigen Zeichnung von Charakter und Handlungen einer Hysterischen widerfahren. — Eine umfangreiche, Heft 4—6 umfassende Schrift widmet Dr. med. Schaefer dem moralischen Schwachsinn. Er stellt gemeinverständlich dessen Wesen und Aeußerungsformen an zahlreichen Kranken- und Gerichtssaalberichten dar und definiert diese Psychose als eine Entwickelungshemmung der Intelligenz, welche verhindert hat, daß der Betreffende zur moralischen Reife des Durchschnittsmenschen gelange. Von den angeknüpften praktischen Vorschlägen sind viele beherzigenswert, insbesondere die frühzeitige Anstaltspflege, die Vermeidung von strengen Erziehungsmaßregeln. Andere Vorschläge gehen zu weit, namentlich die Angriffe auf die Kunst der Neuzeit, welche in dem Postulate auslaufen (S. 164): „Keinen Pfennig mehr für die Kunst" müsse die einstimmige Losung der Parlamente sein. K.

Redaktions-Adresse z. Zt.: München, Luisenstraße 3/III.

Für die Redaktion verantwortlich: Staatsanwalt Dr. Engelmann in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 22. 1. November 1906.

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Staatsanwalt bei dem Oberlandesgerichte München,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Müller, Eine civilrechtliche Studie zur Lehre vom Promessengeschäft. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen); Oberlandesgericht Bamberg (Civilsachen); Oberlandesgericht München (Civilsachen). III. Vermischte Nachrichten. IV. Literatur.

I. Abhandlungen.

Eine civilrechtliche Studie zur Lehre vom Promessengeschäft.

Von Dr. Gustav Müller, kgl. II. Staatsanwalt in München.

Vielfach kann man in Tagesblättern Inserate lesen, welche die Aufforderung enthalten, sich den Gewinn, den man durch Beitritt zu Serienlosgesellschaften oder Serienlosgemeinschaften machen könne, nicht entgehen zu lassen. In den verlockendsten Anpreisungen wird dem Publikum nahegelegt, doch die enormen Gewinnchancen, die solche Vereinigungen bieten, auszunützen.

Auf der anderen Seite finden sich in Tagesblättern häufig Artikel, welche sich gegen diese Vereinigungen wenden und das Publikum vor der Teilnahme an diesen Veranstaltungen warnen. Mit Recht. Schon Endemann hat in seiner Inauguraldissertation von 1882, Beiträge zur Geschichte der Lotterie und zum heutigen Lotteriereche hervorgehoben, daß die Verkäufer der Lose, soweit sie Losgesellschaften veranstalten, die Lose meist selbst nicht besitzen oder die gleichen Lose mehrmals verkaufen und daß es wünschenswert sei, dem Promessenverkauf in dieser Form energischer zu Leibe zu gehen.

Allein es soll nicht auf jene Veranstaltungen eingegangen werden, welche unter § 263 RStGB. fallen, sondern es sollen hier nur jene Veranstaltungen rein civilrechtlich unter die Lupe genommen werden, die in der Absicht, das Strafgesetz nicht zu verletzen oder zu umgehen, als Serienlosgesellschaften oder Serienlosgemeinschaften ins Leben gerufen werden.

Auch diese Unternehmungen sind, da sie die Spielsucht des Publikums ausnützen und erhöhen, wirtschaftlich nicht zu begrüßen. Es findet allerdings eine Verteilung des Verlustrisikos statt, aber die Verluste sind deshalb keine geringeren, sondern größere, weil das Publikum nicht nur dem Unternehmer für seine Mühewaltung, sondern in der Regel auch die Lose viel teurer bezahlen muß, als diese kosten, wenn sie am Markte ohne Vermittelung des Veranstalters von Serienlosgesellschaften und Serienlosgemeinschaften erstanden werden.

Es dürfte sich daher verlohnen, zu untersuchen, welche civilrechtliche Folgen mit der Teilnahme an solchen Serienlosgesellschaften und Serienlosgemeinschaften eigentlich verbunden sind.

Die Serienlose sind eine besondere Art der Prämienlose. Prämienlose aber sind Schuldverschreibungen auf den Inhaber, welche in der Regel von Staaten oder kommunalen Verbänden bei der Aufnahme sogenannter Prämien- oder Lotteriean leihen ausgegeben werden. Die Rückzahlung solcher Anlehen erfolgt nämlich in der Weise, daß für die einzelnen Scheine oder Lose verschiedene Rückzahlungssummen durch eine Verlosung festgesetzt werden, wobei auf einzelne Scheine höhere Einlösungsbeträge entfallen. Meist sind sämtliche Lose in eine Anzahl von Serien gruppiert und werden zunächst durch Auslosung von Serien diejenigen Teilgruppen von Losen bestimmt, welche zur unverzüglichen Rückzahlung nach der kurz nach der Serienziehung vorzunehmenden Nummernziehung gelangen sollen. Die nach der Serie bereits gezogenen Lose heißen Serienlose. Die Serienlose sind demnach ebenso wie die Prämienlose Schuldverschreibungen auf den Inhaber. Der Besitz des Serienloses berechtigt den Inhaber zur Erhebung des darauf nach Maßgabe der Nummernziehung mit oder ohne Gewinn entfallenden Einlösungsbetrages. Das Los ist Träger des Anspruchs auf den Einlösungsbetrag. Für den Eigentumserwerb an den Losen gelten die sachenrechtlichen Vorschriften über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen und die hier nicht näher interessierende Sondervorschrift des § 935 Abs. 2 BGB. Die in der Absicht der Eigentumsübertragung erfolgte Uebergabe des Loses überträgt den Anspruch auf Auszahlung des Einlösungsbetrages. Soll Eigentum oder Miteigentum an einem Serienlose übertragen und erworben werden, so kann dies auch gemäß § 930 BGB. dadurch geschehen, daß der Veräußerer im Besitze des Loses bleibt und die Uebergabe im Sinne des § 929 BGB. dadurch ersetzt wird, daß zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis, namentlich ein Verwahrungsvertragsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber nur den mittelbaren Besitz erlangt (§ 930 BGB., constitutum possessorium).

Im deutschen Reiche unterliegt die Ausgabe der auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen, in welchen allen Gläubigern oder einem Teile derselben außer der Zahlung der vorgeschriebenen Geldsumme eine Prämie dergestalt zugesichert wird, daß durch Auslosung oder durch eine andere auf den Zufall gestellte Art der Ermittelung die zu prämierenden Schuldverschreibungen und die Höhe der ihnen zufallenden Prämien bestimmt werden sollen, besonderer Beschränkung. Nach dem Reichsgesetze vom 8. Juni 1871 betr. die Inhaberpapiere mit Prämien dürfen solche Schuldverschreibungen nur auf Grund eines Reichsgesetzes und nur zum Zwecke der Anleihe eines Bundesstaates oder des Reiches ausgegeben werden und dürfen im Auslande nach dem 30. April 1871 ausgegebene Inhaberpapiere mit Prämien weder weiter begeben noch an Börsen oder anderen zum Verkehr mit Wertpapieren bestimmten Versammlungsorten zum Gegenstande eines Geschäfts gemacht werden, während ausländische, vor dem 1. Mai 1871 ausgegebene Inhaberpapiere mit Prämien nur im Falle der Abstempelung verkehrsfähig sind. Dagegen ist den vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes emittierten inländischen Prämienanleihen der deutsche Markt ohne Beschränkung offen geblieben. Eine weitere Einschränkung des Handels mit Losen, Inhaberpapieren mit Prämien, Bezugs- oder Anteilscheinen auf solche Lose oder Inhaberpapiere enthalten die §§ 7, 8 des Reichsgesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, in welchen der Verkauf solcher Papiere gegen Teilzahlungen und die Veräußerung solcher Papiere durch sonstige auf die

gleichen Zwecke abzielende Verträge an andere Personen als im Handelsregister eingetragene Kaufleute unter Strafe gestellt ist. Endlich schiebt § 286 RStGB. dem Handel mit Serienlosen einen Riegel insoferne vor, als nach dieser Gesetzesstelle die Veranstaltung öffentlicher Lotterien ohne obrigkeitliche Erlaubnis verboten und strafbar ist.

Während der Verstoß gegen die ersterwähnten gesetzlichen Bestimmungen die Nichtigkeit der auf den Weitervertrieb der Lose bezüglichen Rechtsgeschäfte ohne weiteres zur Folge hat, hängt die Gültigkeit der nicht gegen diese Normen verstoßenden Verträge, sohin die Gültigkeit der Verträge, welche den Vertrieb von Losen, die dem Handel freigegeben sind, bezwecken, davon ab, ob in der Art der Veräußerung die Veranstaltung einer unerlaubten Lotterie liegt oder nicht.

Da das Charakteristische der Prämie immer der Umstand ist, daß sie einen Gewinn darstellt, der im Wege des Spiels zufällt, und das Element des Spieles oder des Zufalles von den Prämien- oder Serienlosen derart untrennbar ist, daß eine andere als eine auf den Zufall abgestellte Art der Bestimmung jener Lose, auf welche Gewinne entfallen sollen, nicht möglich ist, so ergibt sich die schwierige Frage, ob die zum Weitervertrieb von Serienlosen durch Gründung von Serienlosgesellschaften oder Serienlosgemeinschaften erforderlichen Verträge, weil gegen das gesetzliche Verbot des § 286 RStGB. verstoßend, nichtig sind.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sich zu folgenden Rechtssätzen krystallisiert:

Eine Lotterie veranstaltet derjenige, der es unternimmt, mit einer Mehrzahl von Personen in ein Vertragsverhältnis der Art zu treten, daß er seinen Vertragsgegnern die Hoffnung auf einen, von einem ungewissen Ereignisse abhängigen Gewinn gegen Leistung eines Einsatzes gewährt, indem er sich verpflichtet, demjenigen eine Leistung zu verabfolgen, bei dem die erhoffte Tatsache, für deren Eintritt der Einsatz geleistet wurde, eintritt. Dagegen ist ein Lotterievertrag nicht gegeben, wenn der Vertrag auf die Lieferung und Abnahme der Lose selbst gerichtet und dieser Inhalt bestimmt und durch die Art der vereinbarten Vertragserfüllung nicht ungewiß gelassen ist. Geht die Absicht des Veräußerers dahin, die gesamten, von ihm erworbenen oder zu erwerbenden Lose vollständig in Anteile zu zerlegen und abzusetzen, so ist zu unterscheiden:

1) ob die Absicht des Veräußerers darauf gerichtet ist, entweder in jedem Falle den einen oder den anderen Losanteil oder doch für den Fall, daß nicht der Absatz aller Losanteile gelingt, die nicht abgesetzten Losanteile für sich zu behalten und sich mit diesen am Spielen des Loses zusammen mit den Abnehmern der übrigen Losanteile zu beteiligen, oder

2) ob eine etwaige Nichtveräußerung des einen oder anderen Losanteils außerhalb des Willens des Veräußers lag.

Im ersteren Falle liegt ein gemeinsames Spielen eines Loses, ein auf gemeinsames Spielen eines Loses gerichteter Vertrag vor und ist, da Gegenstand und Zweck des Vertrags nur die Hoffnung auf den Gewinn ist, bei der aleatorischen Natur dieses Vertrags § 286 RStGB. ohne weiteres anwendbar. (RGer. Entsch. in Strafs. Bd. 4 S. 81).

Im zweiten Falle liegt eine Veräußerung von Anteilscheinen vor. Bei der Veräußerung solcher Anteilscheine muß aber wiederum unterschieden werden:

a. ob der Unternehmer Inhaber und Eigentümer des Loses bleibt und gegen Zahlung eines als Einsatz anzusehenden Preises dem Abnehmer nur die Hoffnung auf einen Anteil an dem nach Maßgabe der Verlosung auf das Los fallenden Gewinn gewährt oder

b. ob der Unternehmer als Inhaber des Loses das Eigentum zu aliquoten Teilen auf einzelne Käufer oder im Ganzen auf mehrere Käufer zusammen wirklich überträgt.

Ersteren Falls ist wieder die Hoffnung auf den Gewinn der Gegenstand des Vertrags. Der Abnehmer erwirbt nur gegen den Unternehmer einen seiner Existenz und Höhe nach von dem Ausgange der Verlosung abhängigen Anspruch darauf, daß der Unternehmer ihm von dem auf eine bestimmte Nummer der ursprünglichen Lotterie entfallenden Gewinn den seiner Beteiligung entsprechenden Anteil ausbezahle, steht dagegen mit dem ursprünglichen Veranstalter der Lotterie in keiner rechtlichen Verbindung.

Letzterenfalls ist Gegenstand des Vertrags das Los selbst und dessen teilweise Uebereignung. Die Leistung des Unternehmers ist die eines Verkäufers, ist von vorneherein bestimmt und fest umgrenzt und besteht ausschließlich in der Lieferung des Loses oder eines Anteils an demselben. Der Erwerber erlangt gegen den Veranstalter der ursprünglichen Lotterie, nicht aber gegen den Losverkäufer einen Anspruch auf Auszahlung des auf sein Los oder des auf seinen Anteil am Lose treffenden Gewinnes. Die Leistung des Unternehmers hängt nicht von dem Ausfalle der Verlosung ab.

Das Reichsgericht stellt also als Gegensätze einander gegenüber:

1) den Verkauf der Lose selbst oder von Bruchteilen am Eigentume dieser Lose, den in bestimmter Weise auf die Uebertragung von Eigentum an den Losen gerichteten Vertragswillen und

2) den Verkauf der mit einem Lose verbundenen Gewinnchance, den auf Uebernahme einer persönlichen Verpflichtung des Unternehmers zur Gewährung des ungewissen Gewinnes gerichteten Vertragswillen (Entsch. d. RGer. i. Straff. Bd. 1 S. 133, Bd. 4 S. 81, 161, Bd. 9 S. 409, Bd. 27 S. 237 und Rechtsprechung Bd. 2 S. 639, Bd. 6 S. 372, Bd. 7 S. 621; Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 14 S. 85, Bd. 18 S. 82).

Nur Verträge mit dem erstbezeichneten Inhalt verstoßen nicht gegen das Gesetz.

In genauer Kenntnis dieser Judikatur und in dem Bestreben dieser Judikatur formell gerecht zu werden, jedoch auch in Ausnützung dieser Judikatur bauen die Gründer von Serienlosgesellschaften und Serienlosgemeinschaften ihre Gründungspläne auf.

Sie fordern entweder zum Zusammenschluß von Gesellschaften oder Vereinen auf, welche von ihnen die Lose kaufen, den Kaufpreis durch die demselben gleichkommenden Beiträge der Gesellschafter bestreiten und so die Lose zu Eigentum erwerben sollen, so daß die Lose Gesellschaftsvermögen werden sollen, oder sie teilen das Eigentumsrecht an den Losen in Bruchteile ein und fordern zum Erwerbe dieser Bruchteile auf, so daß unter den Abnehmern eine Gemeinschaft nach Bruchteilen entsteht und so Eigentumsübertragung erfolgt.

Gegen beide Formen scheint an sich nichts einzuwenden zu sein, denn in beiden Fällen erscheinen fest bestimmte, von dem Ausgange der Verlosung nicht abhängige Leistungen des Unternehmers, nämlich die Uebertragung von Eigentum an den Losen selbst, als Vertragsgegenstand.

In der Tat berufen sich die Unternehmer in ihren öffentlichen Angeboten und Prospekten stets auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Da aber der Handel mit Serienlosen erfahrungsgemäß vielfach nicht den Verkauf von Prämienpapieren zum Kurswerte mit dem im Umsatzverkehr üblichen Gewinn beabsichtigt, sondern den Kurswert weit übersteigende Gegenleistungen zu erlangen trachtet und dazu nicht die zulässigen Formen der Veräußerung von Serien-

losen die geeignete Handhabe bieten, sondern es für den Unternehmer viel gewinnbringender ist, bei dem Absatze der Serienlose auch seinerseits die Spielsucht des Publikums auszunützen und zu diesem Zwecke das Publikum dadurch zu ködern, daß man den Zusammenschluß zu Gesellschaften oder Gemeinschaften als zur Verteilung des Risikos besonders geeignet hinstellt, so liegt die Vermutung nahe, daß zum Zwecke der Verschleierung der wirklichen Natur des Unternehmens den Verträgen lediglich zum Scheine eine Form gegeben wird, nach welcher die Uebertragung des Eigentums an den Losen als Gegenstand des Vertrags erscheint. Es kommt aber nicht auf die Form an, in welche die Rechtsgeschäfte gekleidet werden, vielmehr muß ermittelt werden, welche Bedeutung den hier in Frage kommenden Verträgen zwischen dem Unternehmer und den Losabnehmern in Wirklichkeit zukommt.

Um diese Bedeutung festzustellen, ist

a. auf die rechtliche Natur der Serienlosgesellschaften und Serienlosgemeinschaften, namentlich auch auf die Bedingungen und Modalitäten der zu deren Bildung erforderlichen Verträge sowie auf die Geschäftsführung der Unternehmer einzugehen und

b. die Frage zu prüfen, ob, wie zugesichert wird, eine Uebertragung von Eigentum an den Losen wirklich erfolgt.

In der Regel tragen die Serienlosgesellschaften folgenden Charakter:

1) Der Unternehmer vereinigt zu Gesellschaften solche Personen, welche sich die Gewinne verschaffen wollen, die durch eine von ihm im Voraus bestimmte Anzahl in der Serie bereits gezogener, der Gattung nach ebenfalls von dem Unternehmer bezeichneter Prämienlose durch etwa darauf entfallende Treffer zu erzielen sind. Zweck der Gesellschaft ist sonach, den Gesellschaftern das Spielen mit in der Serie gezogenen und daher teuren Prämienlosen und sohin mit verteiltem und daher geringerem Risiko die Beteiligung an den etwa auf solche Prämienlose treffenden Gewinnen zu ermöglichen.

Jede Gesellschaft besteht aus einer ziffermäßig festgesetzten Anzahl von Mitgliedern (meist 100). Solange diese Mitgliederzahl nicht erreicht ist, ersetzt der Unternehmer die noch fehlenden Mitglieder mit gleich vielen Gesellschaftsanteilen. Zur Erhöhung der eventuellen Gewinnanteile ist es jedem Mitgliede gestattet, auch mehrere Gesellschaftsanteile zu erwerben, so daß das Mitglied als solches so vielfach zu berücksichtigen ist, als es Anteile erworben hat. Wird die festgesetzte Anzahl von Mitgliedern überschritten, so entsteht von selbst eine neue Gesellschaft.

Der Gesellschaftsvertrag wird jeweils auf die Dauer eines Jahres, für jedes einzelne Mitglied von dessen Eintritt in die Gesellschaft an gerechnet, geschlossen. Die Prämienlose sind nach ihren Ziehungsterminen in der Serie derart gewählt, daß jedes Mitglied an der festgesetzten Anzahl der vorgesehenen Ziehungen teilnimmt.

Die Mitgliedschaft kann jederzeit erworben werden. Sie beginnt mit Unterzeichnung der Beitrittserklärung und gleichzeitiger Einzahlung des ganzen Mitgliederbeitrags oder der ersten Rate desselben an den Unternehmer.

Die Beiträge werden entweder sofort im Voraus oder in Raten auf das ganze Jahr verteilt, bezahlt. Zum mindesten muß beim Eintritt in die Gesellschaft die erste ziffermäßig festgesetzte Rate bezahlt werden. Die übrigen Raten sind jeweils eine bestimmte Zeit vor den im Laufe des Vertragsjahres treffenden Ziehungen zu bezahlen und werden die Mitglieder durch Notifikationen hierauf hingewiesen.

Der Austritt aus der Gesellschaft kann durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer jederzeit geschehen. Erfolgt von einem Mitgliede die Zahlung des laufenden Beitrags trotz ergangener Notifikation nicht, so wird der fällige Beitrag durch den Unternehmer mittels Postauftrag eingezogen. Mit der Verweigerung der Einlösung dieses Postauftrags erlischt die Mitgliedschaft und wird die Verweigerung als Austrittserklärung erachtet. Vom Augenblicke des erfolgten Austritts an nimmt das Mitglied an denjenigen Serienlosen, vor deren Ziehung es seinen Beitrag nicht bezahlt hat, sowie an den später erst zu beschaffenden Losen keinen Anteil mehr.

Die Führung der Geschäfte und die Vertretung der Gesellschaft steht dem Unternehmer ausschließlich zu. Der Unternehmer kann auch Vertreter beschäftigen, welche zum Abschluß der Verträge mit den von ihnen neugeworbenen Mitgliedern berechtigt sind.

Aus den Beiträgen der Mitglieder werden die Serienlose durch den Unternehmer angekauft. Die Serienlose sollen für die Mitglieder der Gesellschaft zu deren Eigentum erworben werden. Der Unternehmer nimmt die Lose als Geschäftsführer der Gesellschaft für die Gesellschafter in Besitz und Depot. Die sämtlichen Gesellschafter sollen Mitbesitzer und Miteigentümer der angeschafften Lose werden und berechtigt sein, über dieses ihr Miteigentum und zwar Jeder für sich über seinen Eigentumsanteil frei wie ein Eigentümer zu verfügen, insbesondere auch ihren Eigentumsanteil durch Rechtsgeschäft zu übertragen und zu veräußern.

Dem Unternehmer ist aber das Recht vorbehalten, eventuell auch ein Serienlos anderer Gattung als der bestimmten für die Gesellschaft anzukaufen.

Diese sämtlichen Bestimmungen sind in Form von Statuten festgelegt. Die Statuten sind von dem Unternehmer entworfen. Jeder Gesellschafter muß sich, wenn er der Gesellschaft beitreten will, diesen Statuten unterwerfen und geschieht dies durch Unterzeichnung der Beitrittserklärung.

Diese Organisation von Serienlosgesellschaften hält einer Prüfung daraufhin, ob wirklich eine Gesellschaft vorliegt, nicht Stand.

Allerdings ist die Gesellschaft eine vertragsmäßige Vereinigung einer Mehrzahl von Personen, welche die Förderung eines gemeinsamen Zweckes durch gemeinschaftliches Zusammenwirken anstreben, und es ist nicht zu bestreiten, daß eine Gesellschaft den Zweck haben kann, ein Vermögensstück, in diesem Falle also ein Prämienlos erst zu erwerben (vgl. Entsch. d. RGer. in Zeitschrift für Rechtspflege 1905 S. 348). Aber eine Gesellschaft liegt nur dann vor, wenn mehrere Personen sich vertragsmäßig gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise, und sei es auch nur durch Beitragsleistung zu fördern. Es soll hier nicht zu der Frage Stellung genommen werden, ob, wie überwiegend angenommen wird, der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist und wie es hinsichtlich der Einrede des nicht erfüllten Vertrags in Ansehung der gleichmäßig und gleichzeitig allen Gesellschaftern obliegenden Leistungen zu halten ist. Jedenfalls ist Voraussetzung für das Zustandekommen eines Gesellschaftsverhältnisses, daß die vertragsschließenden Teile gegenseitig die persönliche Verpflichtung übernehmen, in der durch den Vertrag bestimmten Weise zur Förderung des gemeinsamen Zweckes tätig zu sein. Ein wesentliches Merkmal der Gesellschaft besteht also in der Gegenseitigkeit der obligatorischen Beziehungen der Gesellschafter unter und gegen einander. Das Wesen der Gegenseitigkeit der persönlichen Verpflichtung der Gesellschafter als Hauptmerkmal

des Gesellschaftsverhältnisses liegt aber darin, daß die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters nicht gegenüber der Gesellschaft als solcher, sondern gegenüber den übrigen Gesellschaftern und in der Weise besteht, daß die Geltendmachung der Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage, namentlich der Ansprüche auf Leistung der Beiträge nicht bloß der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter zusteht, sondern daß jeder Gesellschafter von dem anderen Erfüllung der diesem obliegenden Verpflichtungen an alle Gesellschafter verlangen kann. Ein solches Recht steht im Rahmen der oben geschilderten Organisation von Serienlosgesellschaften den einzelnen Teilnehmern nicht zu. Wenn Teilnehmer mit ihren Leistungen in Verzug kommen, so können die anderen Teilnehmer weder Erfüllung noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen noch auch vom Vertrage aus diesem Grunde zurücktreten. Ein solches Recht ist vielmehr rechtlich und tatsächlich ausgeschlossen, tatsächlich, weil die Teilnehmer sich gar nicht kennen, rechtlich, weil nach den Statuten weder die Gesellschafter noch der die Geschäfte führende Unternehmer gegen Gesellschafter auf Erfüllung ihrer allein in der Beitragsleistung bestehenden Verpflichtung klagen können. Eine Klage auf Beitragsleistung ist statutenmäßig ausgeschlossen. Wenn ein Teilnehmer die Leistung fälliger Beiträge verweigert, so erlischt lediglich seine Mitgliedschaft. Die Leistung der Beiträge und deren Fortentrichtung ist dem freien und keinem obligatorischen Zwange unterliegenden Willen der Gesellschafter überlassen. Es besteht also eine Verpflichtung zur Leistung der Beiträge nicht. Da auch andere Verpflichtungen nicht statuirt sind, vielmehr ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der Gesellschafter mit der Leistung des Beitrags alles getan hat, was seinerseits zu tun ist, um an den Vorteilen des gesellschaftlichen Zusammenschlusses teil zu nehmen, so besteht für keinen Gesellschafter irgend eine Verpflichtung. Es existirt sonach in Wirklichkeit keine obligatorische Gebundenheit der sogenannten Gesellschafter und sohin kein Gesellschaftsvertrag und keine Gesellschaft.

Auch die Art der Zusammensetzung und die Dauer der Serienlosgesellschaft spricht dafür, daß eine Gesellschaft in Wirklichkeit nicht besteht. Die Serienlosgesellschaft ist zwar nach dem Wortlaute der Statuten immer nur auf die Dauer eines Jahres gebildet. Aber diese Bildung der Gesellschaft erfolgt nicht in der Weise, daß die Gesellschaft durch Zusammentritt der ziffermäßig festgesetzten Anzahl der Teilnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkte ins Leben tritt. Auch erlischt die Gesellschaft in Wirklichkeit nicht mit dem Ablaufe eines Jahres. Sondern die Gesellschaft tritt, von dem Unternehmer nur als geeignete Form des Zusammenschlusses der erst zu sammelnden Teilnehmer vorgeschlagen, als solche schon mit der geringsten Teilnehmerzahl ins Leben und dann kann jeder Dritte zu jeder beliebigen Zeit, bis die ziffermäßig festgesetzte Teilnehmerzahl erreicht ist, der Gesellschaft als neues Mitglied beitreten. Die Mitgliedschaft des neu eintretenden Mitglieds dauert wiederum ein volles Jahr von seinem Eintritt an gerechnet und ohne Rücksicht darauf, daß inzwischen früher eingetretene Mitglieder ausgetreten oder andere Mitglieder eingetreten sind. Auf diese Weise wird die Gesellschaft eine unendliche. Den Gesellschaftern aber ist es unmöglich, der Gesellschaft länger als ein Jahr anzugehören. Sie können nur die Mitgliedschaft durch Zahlung neuer Beiträge auf ein weiteres Jahr erwerben und gelten dann als neue Mitglieder. Die Gesellschaft hängt in ihrem Bestande ganz und einzig und allein von dem Willen des Unternehmers ab. Dieser allein entscheidet über die Heranziehung und Aufnahme neuer Mitglieder sowie darüber, ob er die Gesellschaft fortsetzen oder absterben lassen will. Eine Beschlußfassung der Gesell-

schafter gibt es nicht. Dies Alles widerspricht dem Wesen der Gesellschaft. Da die Gesellschaft ein an die Person der Gesellschafter gebundenes Rechtsverhältnis ist, so muß den Gesellschaftern doch ein Selbstbestimmungsrecht darüber zustehen, ob und welche Personen sie in ihre Gesellschaft aufnehmen wollen. Dieses Recht hat mit der Geschäftsführung nichts zu tun. Denn die Aufnahme neuer Mitglieder betrifft nicht die Geschäfte, sondern den Bestand und die Zusammensetzung der Gesellschaft. Die Gesellschafter haben aber keine Möglichkeit darauf, welche Personen Mitglieder ihrer Gesellschaft werden sollen, irgend einen Einfluß auszuüben. Im Gegenteil, wenn der Unternehmer selbst wieder Vertreter beschäftigt, sind diese zum Abschluß von Verträgen hinsichtlich des Erwerbs der Mitgliedschaft mit den von ihnen neu geworbenen Mitgliedern berechtigt. Die Tatsache, daß dritten Personen der Bestand und die Zusammensetzung der Gesellschaft ausgeliefert ist, widerstrebt dem Grundsatze, daß die Gesellschaft nur ein von den Gesellschaftern selbst abhängiges Rechtsverhältnis sein kann, so sehr, daß sie zu dem Schlusse berechtigt, daß ein Gesellschaftsverhältnis nicht vorliegt. Zu dem gleichen Schlusse berechtigt die weitere Tatsache, daß der für das Gesellschaftsrecht maßgebende Grundsatz, daß die Gesellschaft ein an die Person der Gesellschafter gebundenes Rechtsverhältnis ist, für die Serienlosgesellschaft nicht existiert. Eine Anwendung der Rechtssätze, daß die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters und durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst wird, sofern nicht vereinbart ist, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern oder mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortbestehen soll (§§ 727, 728 BGB.), ist ebenso ausgeschaltet, wie die Anwendung der Rechtssätze über die Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter (§§ 723 ff. BGB.).

Allerdings steht nichts im Wege, daß die Gesellschafter einen Dritten zur Führung der Gesellschaftsgeschäfte bevollmächtigten und man mag Zweifel darüber noch unterdrücken, ob es zulässig ist, daß ein Dritter nicht durch gleichzeitige Zustimmung, d. h. Beschlußfassung der Gesellschafter, sondern in der Art zur Führung der Geschäfte ermächtigt wird, daß jedes der einzelnen nach einander in die Gesellschaft eintretenden Mitglieder den die Bevollmächtigung eines Dritten zur Geschäftsführung vorsehenden Statuten sich stillschweigend unterwirft. Jedenfalls aber widerspricht es dem Sinne der Vorschriften über die Führung der Geschäfte einer Gesellschaft, wonach grundsätzlich die Geschäftsführung den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht und Abweichungen hiervon nur auf Grund besonderer vertrags- oder beschlußmäßiger Abmachungen zugelassen sind, in hohem Maße, daß der nachherige Geschäftsführer zunächst die Satzungen der Gesellschaft willkürlich aufstellt und dann auf Grund dieser Satzungen nur solche Personen in die Gesellschaft aufnimmt, die seiner Geschäftsführung sich unterwerfen. Noch weniger aber ist es mit den Vorschriften über Geschäftsführung und Vollmacht in Einklang zu bringen, daß dem geschäftsführenden Unternehmer, ob er nun selbst Mitglied der Gesellschaft ist oder nicht, die Geschäftsführung sogar im Falle des § 712 BGB., wenn also ein wichtiger Grund, namentlich grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung die Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung erheischen würde, die Geschäftsführung und die Vollmacht hierzu nicht entzogen werden kann. Dies ist in gesteigertem Maße dann der Fall, wenn der Unternehmer seinerseits wieder Vertreter bei der Geschäftsführung beschäftigt. Denn die Frage, ob im Gesellschaftsvertrag auf das Recht zur Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung verzichtet werden kann, muß verneint werden. Der Verzicht auf das Entziehungsrecht verträgt sich mit dem Wesen der Gesell-

schaft als einer auf gegenseitigem Vertrauen aufgebauten Vereinigung in keiner Weise und verstößt gegen die guten Sitten. Der gleichen Ansicht sind Oertmann und Kober in Staudingers Kommentar Anm. 6 zu § 712 BGB.

Vollends aber schlägt die dem Unternehmer eingeräumte Befugnis, eventuell auch Serienlose anderer Gattung für die Mitglieder der Gesellschaft anzukaufen, allen Grundsätzen über die Rechte wahrer Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen ins Gesicht. Denn durch diesen Vorbehalt ist der Unternehmer ermächtigt, den anzuschaffenden und den angeschafften Losen andere zu substituieren, mit anderen Worten selbst dann, wenn er nicht Mitglied der Gesellschaft ist, über das Gesellschaftsvermögen frei zu verfügen. Es ist sohin einem Dritten dingliche Verfügungsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen eingeräumt. Die Gesellschafter dagegen, welche nach dem Wortlaute der Statuten dingliche Verfügungsbefugnis hinsichtlich ihrer Eigentumsanteile an den Losen haben sollten, können andere Lose als die vorgesehenen, auch wenn sie dies wollten, nicht anschaffen und die angeschafften Lose nicht veräußern. Da sie dem Unternehmer die Geschäftsführung nicht entziehen können, so ist ihre Befugnis zur Verfügung über die Lose durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen. Dies, steht im Widerspruche mit der Bestimmung des § 137 BGB., wonach die Befugnis zur Verfügung über veräußerliche Rechte durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch beschränkt werden darf, und zeigt, daß eine Uebertragung von dinglichen Rechten an den Losen auf andere Rechtssubjekte als den Unternehmer von diesem nicht gewollt ist. Die dingliche Verfügungsbefugnis über die angeblich das Gesellschaftsvermögen ausmachenden Lose verbleibt dem Unternehmer.

Nach alledem führt die Untersuchung dahin, ob eine Gesellschaft wirklich vorliegt, zu dem Ergebnis, daß eine Gesellschaft nicht gebildet wird, daß vielmehr die Einkleidung der sogenannten Serienlosgesellschaften in die Form von Gesellschaften nur zum Scheine geschieht.

2) Eine zweite Gruppe von Serienlosgesellschaften unterscheidet sich von der eben besprochenen dadurch:

a. daß in den Statuten die Verpflichtung eines jeden Mitglieds, der Gesellschaft ein Jahr lang anzugehören und den ziffermäßig bestimmten Beitrag zu leisten, ausgesprochen ist, und dadurch:

b. daß es dem Unternehmer nur dann, wenn er eines von den bezeichneten Serienlosen aus „irgend einem Grunde" nicht beschaffen kann, gestattet ist, ein anderes gleichartiges Serienlos anzuschaffen.

Es besteht also in diesem Falle keine Berechtigung des Unternehmers, über die einmal angeschafften Lose durch Veräußerung zu verfügen. Aber auch hier ist andererseits den Gesellschaftern keine dingliche Verfügungsbefugnis eingeräumt. Vielmehr ist auch hier, da dem Unternehmer weder die Geschäftsführung noch die Vollmacht hierzu entzogen werden kann, dadurch jede Möglichkeit über die das angebliche Gesellschaftsvermögen bildenden Lose in irgend einer Weise zu verfügen, den Gesellschaftern einzeln und in ihrer Gesamtheit tatsächlich benommen.

Dagegen könnte es, weil die Verpflichtung zur Beitragsleistung ausgesprochen ist und darnach der Unternehmer auch als Vertreter der übrigen Gesellschafter auf Leistung der Beiträge klagen kann, den Anschein gewinnen, als ob eine gegenseitige Verpflichtung der Teilnehmer vorliegen würde. Dies ist aber in Wirklichkeit nicht der Fall. Keiner der eintretenden Personen kann es nach den Statuten oder nach sonstigen Umständen zu Bewußtsein kommen, daß sie Verpflichtungen gegenüber den anderen Teilnehmern übernimmt oder daß diese

ihr gegenüber verpflichtet werden, sondern das neueintretende Mitglied erfährt nur, daß es an den bezeichneten Losen Miteigentum erwerben und den Jahresbeitrag als Gegenwert bezahlen soll. Jede Andeutung, welche dem Neueintretenden erkennen ließe, daß er gegenüber den anderen Teilnehmern in ein Schuldverhältnis eintrete, ist sorgfältig vermieden. Kein Gesellschafter übernimmt die Verpflichtung, den gemeinsamen Zweck in der durch den Vertrag bestimmten Art, d. h. durch Beitragsleistung zu fördern, im Austausch gegen die gleiche Verpflichtung der anderen Gesellschafter, sondern jeder neueintretende Teilnehmer übernimmt die Verpflichtung zur Beitragsleistung nur im Austausch gegen die Verpflichtung des Unternehmers, ihm Gelegenheit zum Spielen der Lose zusammen mit anderen Spielern zu gewähren. Demgemäß werden nur Verpflichtungen gegenüber dem Unternehmer, nicht aber gegenüber den anderen Teilnehmern statuiert und eingegangen. Es fehlt also auch hier an dem für den Bestand einer Gesellschaft unerläßlichen Merkmal der Gegenseitigkeit der Verpflichtungen unter den Gesellschaftern.

Im übrigen gilt das Gleiche wie für die erste Gruppe der Serienlosgesellschaften. Insbesondere ist die Gesellschaft ebenfalls eine unendliche und in ihrem Bestande einzig und allein von dem Willen des Unternehmers abhängig.

3) Die dritte Gruppe von Serienlosgesellschaften weist, während sie im übrigen mit den beiden erstbesprochenen Gruppen übereinstimmt, im wesentlichen folgende Verschiedenheiten auf. Es wird gewissermaßen Farbe bekannt und klipp und klar ausgesprochen, daß eine besondere Gesellschaftskasse nicht geführt wird. Von dem Unternehmer wird eine bestimmte Anzahl von Losen für die festgesetzte Anzahl von Mitgliedern als Eigentum angekauft, aber jedes Mitglied soll erst durch Zahlung jedes einzelnen Monatsbeitrags das Miteigentumsrecht in Höhe seines Anteils jeweils nur an dem zunächst zur Gewinnziehung kommenden Lose erwerben. Mitglieder, welche die fälligen Beiträge nicht rechtzeitig bezahlen, nehmen an der nächsten Gewinnziehung nicht teil.

Die Beiträge fallen dem Unternehmer als solchem, nicht als dem Geschäftsführer oder dem Vertreter der Gesellschaft und als Gegenleistung für die Gewährung einer Beteiligung am Spiele mit je einem Lose zu. Jeder Teilnehmer wird immer erst mit Zahlung des jeweiligen Beitrags berechtigt, an der nächsten Gewinnziehung teilzunehmen und jeder einzelne Teilnehmer soll immer erst mit Zahlung des jeweiligen Beitrags Miteigentum nur an einem, nämlich dem zunächst zur Gewinnziehung kommenden Lose erwerben. Es werden daher die Lose weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit gemeinschaftliches Eigentum der Teilnehmer und ein dem Gesellschaftsvermögen gleichkommendes Sondervermögen wird nicht ausgeschieden.

Sind demnach diejenigen Serienlosgesellschaften, deren Hauptgruppen soeben besprochen wurden, keine Gesellschaften, so könnte nur noch in Frage kommen, ob diese Serienlosgesellschaften als Gemeinschaften im Sinne der §§ 741 ff. BGB., oder als Verein erachtet werden können.

Eine Gemeinschaft wäre nur als auf Grund gemeinschaftlichen Kaufes oder als auf Grund Miteigentums entstanden denkbar. Die Frage, ob den Teilnehmern in irgend einer Form Eigentum übertragen wird, ist unten zu behandeln. Jedenfalls ist den Teilnehmern die Möglichkeit, über den angeblich gemeinschaftlichen Gegenstand gemeinschaftlich zu verfügen, im Gegensatze zu der Bestimmung des § 747 BGB. unterbunden und fehlt es auch an jeder obligatorischen Beziehung unter den Teilnehmern. Namentlich besteht keine

Verpflichtung des „Gemeinschafters" gegenüber den anderen „Gemeinschaftern", die Lasten, vor allem die Kosten der Erhaltung und Verwahrung des gemeinschaftlichen Gegenstandes zu tragen (§ 748 BGB.). Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ist schlechterdings ausgeschlossen (§ 749 BGB.) Endlich ist es dem Teilnehmer, trotzdem er nach den Statuten als Miteigentümer erscheint, dadurch, daß die Führung der Geschäfte dem Unternehmer in unwiderruflicher Weise zusteht und er die anderen Teilnehmer nicht kennt, im Gegensatze zu § 1011 BGB. tatsächlich unmöglich gemacht, die Ansprüche aus dem Eigentum Dritten gegenüber geltend zu machen, insbesondere die Herausgabe an alle Miteigentümer zu verlangen.

Die Eigenschaft als rechtsfähige Vereine kann nicht in Frage kommen, da der staatliche Akt der Rechtsfähigkeitsverleihung fehlt. Zudem ist die für einen Verein unerläßliche Organisation, in erster Linie ein Vorstand, nicht vorhanden.

Dieser Mangel steht auch der Annahme, die Serienlosgesellschaften als nicht rechtsfähige Vereine zu betrachten, entgegen. Aber auch wenn man das Gegenteil annehmen wollte, würde die statutenmäßige Bestimmung, daß die Teilnehmer berechtigt sein sollen über ihre Eigentumsanteile frei wie Eigentümer zu verfügen, sich von vorneherein als illusorisch erweisen. Denn unter den Mitgliedern eines nicht rechtsfähigen Vereins besteht ein Gesamthandverhältnis, so daß das einzelne Mitglied weder an den einzelnen Losen ein nach Quoten geteiltes Miteigentum noch an der Gesamtheit der Lose, die das Vereinsvermögen ausmachen würden, ein nach Quoten geteiltes Anteilsrecht hat.

Jedenfalls aber beweist der Umstand, daß dem Unternehmer als einem Dritten dingliche Verfügungsberechtigung über die Lose eingeräumt, daß die Befugnis der Teilnehmer zur Verfügung über die Lose durch Rechtsgeschäft mit dem Unternehmer ebenso wie ein Widerruf der Ermächtigung des Unternehmers zur Besorgung der Geschäfte ausgeschlossen ist, die Tatsache, daß die dingliche Verfügungsbefugnis dem Unternehmer verbleibt und sohin den Teilnehmern dingliche Rechte an den Losen in Wirklichkeit nicht eingeräumt werden sollen. Diese Tatsache läßt es aber rechtlich unmöglich erscheinen, die Serienlosgesellschaften als Gemeinschaften im Sinne der §§ 741 ff. BGB. oder als Vereine zu betrachten, da der Bestand einer Gemeinschaft das Vorhandensein eines gemeinschaftlichen Gegenstandes voraussetzt und die Bildung eines Vereins im konkreten Fall und zu dem verfolgten Zwecke die Uebertragung dinglicher Rechte an den Losen auf den Verein bezw. dessen Mitglieder zur Voraussetzung haben würde. Die Grundbedingung für die Entstehung einer Gemeinschaft oder eines Vereins wäre der Eintritt der Gemeinschafter bezw. Vereinsmitglieder in die dinglichen Rechte an den Losen als Rechtsnachfolger des Unternehmers. Diese Grundbedingung wird aber nicht erfüllt.

Daß die statutenmäßige Bestimmung, daß die Gesellschafter berechtigt sein sollen, über ihr Miteigentum und über ihre Eigentumsanteile frei wie Eigentümer zu verfügen, rechtlich und tatsächlich eine inhaltlose Phrase ist, wurde bereits gestreift. Es soll gar nicht betont werden, daß ein Gesellschafter gemäß § 719 BGB. weder über seinen Anteil an den einzelnen zum Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenständen noch über einzelne Bestandteile dieses Vermögens verfügen kann. Aber daraus, daß die Mitglieder unter sich in keinerlei Verbindung stehen, ja sogar, wie dies schon der immerwährende Wechsel der Mitglieder und deren große Anzahl mit sich bringt, sich kaum jemals den

Namen nach kennen, ergibt sich nicht nur für das einzelne Mitglied, sondern auch für deren Gesamtheit die tatsächliche Unmöglichkeit, Eigentumsrechte an den Losen irgendwie auszuüben.

In der Tat wird Eigentum oder Miteigentum in keiner Weise übertragen. Ein Erwerb von Miteigentum, wie er in den Statuten vorgesehen ist, ist rechtlich unmöglich. Der Unternehmer erwirbt die Lose im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Eigentum bezw. aliquotes Miteigentum kann sohin nur von dem Unternehmer auf die einzelnen Teilnehmer oder auf diese gemeinschaftlich übertragen werden. Da eine Uebergabe der Lose an die Teilnehmer nicht erfolgt, so wäre ein Eigentumserwerb nur nach § 930 BGB. denkbar. Die Frage, ob Eigentum von den Teilnehmern erworben wird, läuft also in die Fragen aus, ob ein Uebereignungswille vorhanden ist und ob zwischen den bezahlenden Teilnehmern und dem Unternehmer ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen die Teilnehmer den mittelbaren Besitz erlangen. Beide Fragen sind zu verneinen. Daß ein Uebereignungswille nicht vorhanden ist, wurde bereits ausgeführt, geht aber auch daraus hervor, daß für die Teilnehmer es von vorneherein ausgeschlossen ist, die Auslieferung der Lose zu verlangen. Die Sache ist nicht so, daß die Teilnehmer entscheiden könnten ob sie die Auslieferung der Lose verlangen oder ein besonderes Rechtsverhältnis mit dem Unternehmer vereinbaren wollen, vermöge dessen der Unternehmer im Besitze der Lose verbleibt und sie nur den mittelbaren Besitz erlangen, sondern es wird den Teilnehmern ein Recht auf den Besitz von vorneherein nicht eingeräumt. Die Sache ist auch nicht so, daß man sagen könnte von dem Zeitpunkte der Beitragszahlung ab besitzt der Unternehmer die Lose Namens der Teilnehmer als deren Bevollmächtigter und Geschäftsführer. Denn die Berechtigung zur Geschäftsführung und die Berechtigung zum Besitze der Lose ist dem Unternehmer von vorneherein in unwiderruflicher und unbeschränkbarer Weise eingeräumt. Der Unternehmer leitet also sein Recht zum unmittelbaren Besitze nicht von den Teilnehmern ab, sondern besitzt kraft eines eigenen und unentziehbaren Rechtes. Daraus folgt weiterhin, daß ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen die Teilnehmer den mittelbaren Besitz erlangen, trotz der statutarischen Bestimmung, daß der Unternehmer die Lose für die Teilnehmer zu hinterlegen und zu verwahren hat, nicht vereinbart ist.

Sollte aber ein solches Rechtsverhältnis wirklich und ernstlich vereinbart sein, so könnte es sich nur um ein konkret bestimmtes obligatorisches Rechtsverhältnis handeln, auf Grund dessen der Unternehmer den Teilnehmern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet wäre. Als solches Rechtsverhältnis käme nur die Verwahrung in Betracht. Der Hinterleger kann aber die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern und ist eine Abmachung der Parteien, wonach dieses dem Hinterleger zustehende Recht ausgeschlossen wird, mit dem Wesen des Verwahrungsvertrags so sehr unvereinbar, daß in diesem Falle ein Verwahrungsvertrag gar nicht zustande kommt (§ 695 BGB. Staudinger, Komm. Anm. 5 zu § 695 BGB). Kommt aber ein Verwahrungsvertrag zwischen Teilnehmern und Unternehmer nicht zustande, so fehlt es an der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber von Eigentum den mittelbaren Besitz erlangt, und ist sohin auch ein Eigentumsübergang nach § 930 BGB. rechtlich nicht möglich.

Sind, um die vorstehenden Erörterungen zusammenzufassen, die Serienlosgesellschaften keine Gesellschaften, keine Gemeinschaften und keine Vereine und findet ein Uebergang des Eigentums an den Losen nicht statt, so kann das Los selbst bezw. dessen Uebereignung nicht Gegenstand der zwischen dem Unternehmer

und den Teilnehmern abgeschlossenen Verträge sein. Vielmehr erübrigt nur eine obligatorische Verpflichtung des Unternehmers auf Gewährung der Teilnahme an den Gewinnchancen und Auszahlung eventuell anfallender Gewinne, d. h. als Gegenstand des Vertrags die Hoffnung auf den Gewinn.

Derartige Verträge aber verstoßen gegen das Gesetz und sind daher nichtig.

Nun schlägt Rechtsanwalt und Bankdirektor Dr. Weidemann in Schwerin in einer im „Bankarchiv" veröffentlichten Abhandlung einen Ausweg vor. Er bezeichnet als zulässig die Wahl der Form eines Kompagniegeschäftes, bei dem eine Reihe von Personen hinsichtlich der gleichen Lose eine Gemeinschaft nach Bruchteilen in der Weise bilden, daß der Unternehmer dem Publikum Bruchteile am Eigentum der Lose anbietet. Dies ist nichts Neues.

Eine Reihe von Unternehmer verfahren in folgender Weise. Das Eigentumsrecht an einer bestimmten Anzahl von Losen, die innerhalb eines Jahres zur Verlosung gelangen, wird in eine bestimmte Anzahl von Bruchteilen (meist 100) eingeteilt. Ein solcher Bruchteil kann zu jeder Zeit gegen Bezahlung eines ziffermäßig festgesetzten Betrags in Raten- oder Vollzahlung von dritten Personen erworben werden. Soweit solche Bruchteile gegen Ratenzahlungen erworben werden, wird die Nichtzahlung eines fälligen Beitrags als Verzicht auf weitere Beteiligung erachtet und hat den Verfall aller bisherigen Zahlungen zu Gunsten des Unternehmers, sowie das Erlöschen aller beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten zur Folge. Dies ist die Organisation der Serienlosgemeinschaften. Deren Statuten stimmen im übrigen mit jenen der Serienlosgesellschaften überein und steht namentlich die Geschäftsbesorgung ausschließlich und in unwiderruflicher sowie unbeschränkbarer Weise dem Unternehmer zu.

Hier kann es sich nur um die Frage handeln, ob Eigentumsübertragung gewollt ist und stattfindet.

Allerdings ist es rechtlich möglich, daß der Eigentümer einer beweglichen Sache Bruchteile seines Eigentums an Andere veräußert und diesen übereignet. Jedoch ist hierzu erforderlich, daß entweder dem Erwerber Mitbesitz tatsächlich eingeräumt wird, oder daß doch wenigstens eine derivative Uebertragung des Mitbesitzes im Sinne des § 854 Abs. 2 BGB. erfolgt, daß also der Veräußerer und der Erwerber über die Einräumung von Mitbesitz sich einigen und der Erwerber in die Lage gesetzt wird, neben dem Veräußerer auch seinerseits tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Das Moment, daß der Erwerber in der Lage ist Gewalt über die Sache auszuüben, bedeutet die ungehinderte Möglichkeit für den Erwerber, sich tatsächliche Gewalt über die Sache unmittelbar verschaffen zu können. Dazu ist aber, da der Unternehmer den Besitz der Sache allein behält, ihm auch in ausschließlicher und unwiderruflicher Weise die Geschäftsbesorgung zusteht und sein Recht zur Verwahrung, sohin zum unmittelbaren Besitz unbeschränkbar und unentziehbar ist, der einen Eigentumsbruchteil am Lose erwerbende Teilnehmer nicht in der Lage. Es findet also ein Erwerb von Miteigentum nach Bruchteilen nicht statt.

Demnach ist auch bei den Serienlosgemeinschaften Gegenstand der zwischen dem Unternehmer und den Teilnehmern abgeschlossenen Verträge nicht das Los selbst oder dessen teilweise Uebereignung und besteht die Leistung des Unternehmers nicht in der Lieferung von Eigentumsbruchteilen. Vielmehr gewährt der Unternehmer, welcher Eigentümer der Lose bleibt, den Teilnehmern gegen Zahlung eines bestimmten Betrags nur die Hoffnung auf einen Anteil an dem nach Maßgabe der Verlosung auf die Lose entfallenden Gewinn. Gegenstand

des Vertrags ist also auch hier die Hoffnung auf den Gewinn. Mit anderen Worten: es liegt ebenfalls Veranstaltung einer Lotterie vor mit der Folge, daß die hierauf gerichteten Verträge als gegen das Gesetz verstoßend nichtig sind.

Sind die Verträge zur Bildung von Serienlosgesellschaften und Serienlosgemeinschaften nichtig, so ergibt sich daraus eine zweifache Konsequenz:

1) Der Unternehmer braucht Gewinn nicht auszubezahlen.
2) Die Teilnehmer können ihre Beiträge zurückverlangen und laufen, die Zahlungsfähigkeit des Unternehmers vorausgesetzt, kein Risiko.

Die sämtlichen auf die Bildung von Serienlosgesellschaften und Serienlosgemeinschaften bezüglichen Rechtsgeschäfte sind nichtig.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht; Strafprozeß.

§ 263 StGB. Betrug durch Vorspiegelung geringerer Bestellungen. Die Tatbestandsmerkmale des Betrugs in zwei Fällen sind gegen den Beschwerdeführer rechtsbedenkenfrei festgestellt. Nach der Annahme des Instanzgerichts hat er sowohl dem Schmiedemeister Th. als auch dem Müller H. die falsche Tatsache vorgespiegelt, daß ein jeder von ihnen durch die Unterzeichnung des ihm vorgelegten Bestellscheins sich zum Ankauf eines Hemdes und einer Unterhose verpflichtete, während die Bestellscheine über drei Hemden und ebensoviel Hosen ausgestellt waren. Diese Annahme steht nicht im Widerspruch mit der Feststellung, daß jedem Besteller zugleich mit dem Bestellscheine eine in seinem Besitze verbliebene, die Zahl 3 enthaltende Kopie vorgelegt worden sei. Denn das Urteil hebt ausdrücklich hervor, daß Th. diese Kopie vorgelegt habe, ohne von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, wie er auch den Bestellschein selbst nur oberflächlich betrachtet hat, und daß H. seine Brille nicht bei der Hand hatte und deshalb nicht lesen konnte. Dem Zusammenhange der Urteilsgründe ist auch die Auffassung zu entnehmen, daß der Angeklagte, der dem Th. erklärt hatte, der Schein habe weiter keine Bedeutung, und von H. erfahren hatte, daß er ohne seine Brille nicht lesen könne, sich der durch seine Vorspiegelungen verursachten Irrtumserregung in beiden Fällen bewußt war. Auch die Annahme der auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichteten Absicht ist nicht zu beanstanden. Die Ausführung der Revision, daß dem Angeklagten nach seiner eigenen Meinung ein Provisionsanspruch erst erwachsen konnte, wenn die Besteller die ihnen übersandte Ware behalten hätten, widerspricht der Feststellung, daß die Provisionen alsbald nach Ablieferung der Bestellungsordres an den Angeklagten „ausgekehrt" wurden, und daß ihn die Absicht, diese Provisionen zu erlangen, geleitet hat. Endlich läßt auch die Feststellung des Merkmals der Vermögensbeschädigung keinen Rechtsirrtum erkennen, die auf der Annahme beruht, daß das Vermögen der Besteller infolge der Irrtumserregung mit einer Schuldverbindlichkeit belastet wurde. Mit Recht ist hierbei auf die civilrechtliche Anfechtbarkeit der durch Unterzeichnung der Bestellscheine zustande gekommenen Rechtsgeschäfte kein Gewicht gelegt worden. Im Rechtswege anfechtbar sind alle durch Betrug veranlaßten Willenserklärungen, und das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung lag bereits in dem Zeitpunkt vor, wo die Besteller die formell gegen sie beweisenden Scheine unterzeichnet und hierdurch eine zunächst zu Recht bestehende Verbindlichkeit übernommen hatten. Unrichtig ist die Annahme der Revision, daß die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte

von einer Bedingung abhängig war; die Vertragsbestimmung, daß die nicht passenden Gegenstände zurückgeschickt werden konnten, stand dem sofortigen Eintritt der Rechtswirkung der Kaufgeschäfte nicht entgegen, sondern hatte höchstens die Bedeutung einer auflösenden Bedingung. Endlich steht die Erwägung des Urteils, daß die beiden Besteller einen Ausgleich ihres Vermögensverlustes in den ihnen gelieferten beiden Hemden und Hosen nicht erhielten, weil sie nach ihren persönlichen Verhältnissen für diese Sachen weder einen Absatz noch eine ihnen zum wirtschaftlichen Nutzen gereichende Verwendung hatten, im Einklange mit dem im Beschlusse der vereinigten Strafsenate (Bd. 16 S. 1 ff. der Entscheidungen) ausgesprochenen Grundsatze der Beurteilung der Merkmale der Vermögensbeschädigung nach den individuellen Verhältnissen des Geschädigten. III. Strafsenat D. 143/305. Urteil vom 26. Mai 1906.

§ 266 StGB. Untreue bei Vermischung fremden Geldes mit eigenem. Der Revision ist zuzugeben, daß der Entscheidungsgrund verfehlt ist, der sich in erster Reihe gegen das Schutzvorbringen richtet, das der Angeklagte aus der Vermengung seines eigenen Geldes mit dem von ihm verwahrten Kassenbestande der Gesellschaft „Harmonie" herleitet. Der im Urteil ausgesprochene, übrigens der genügenden tatsächlichen Grundlage entbehrende Satz, daß im Falle der Untrennbarkeit der miteinander vermengten Geldstücke das Recht an dem geringeren Teile dem Rechte an dem größeren als der Hauptsache folge, also die Gesellschaft „Harmonie" die Alleineigentümerin des Gesamtbestandes geworden sei, beruht auf irrtümlicher Rechtsauffassung. Der Begriff von Haupt- und Nebensache bestimmt sich nicht nach der größeren oder geringeren Menge mehrerer gleichartiger vertretbarer Sachen und dem wenn auch noch so erheblichen Uebergewichte des Wertes; es kommt vielmehr darauf an, ob mehrere körperliche Sachen mit Rücksicht auf ihre Beschaffenheit und Zweckbestimmung nach den Anschauungen des Verkehrs und der Absicht der Beteiligten im Verhältnis von Haupt- und Nebensache zu einander stehen, sodaß bei ihrer Verbindung mit einander die eine zum Bestandteile des anderen werden würde (§§ 97, 98 des Bürgerl. Gesetzbuchs). Der Grundsatz des § 947 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs greift deshalb bei Vermengung von Geldstücken nicht Platz; vielmehr kommt hier § 947 Abs. 1 in Verbindung mit § 948 das. zur Anwendung, wonach die bisherigen Eigentümer der einzelnen miteinander vermengten Beträge das Miteigentum an dem Gesamtbetrage zu verhältnismäßigen, im Zweifel zu gleichen Bruchteilen erlangen (§§ 1008, 741, 742 des Bürgerl. Gesetzbuchs). Aber der im Urteil hinzugefügte eventuelle Grund greift durch, daß auch die Annahme des Miteigentums nicht geeignet ist, den Tatbestand der Unterschlagung — und das gleiche gilt vom Tatbestande der Untreue — auszuschließen. Soweit der Miteigentümer das ihm zustehende Anteilsrecht durch Abhebung einer entsprechenden Summe verwirklicht, mag das Merkmal der Rechtswidrigkeit seiner Handlung fehlen. Soweit er aber einen darüber hinausgehenden Betrag für sich verwendet, greift er in den Anteil der Mitberechtigten ein, eignet sich eine ihm fremde Sache an und verfügt, wenn wie im vorliegenden Falle der Mitberechtigte sein Auftraggeber ist, zu dessen Nachteil über ein diesem gehöriges Vermögensstück. III. Strafsenat D. 130/06. Urteil vom 18. Juni 1906.

§ 350 StGB. Landbriefträger erhält Geld zur Einzahlung auf Postanweisung.

Die Beamteneigenschaft des Angeklagten ist ebenso wie die rechtswidrige Aneignung der Gelder einwandfrei festgestellt, wird auch vom Angeklagten nicht

bestritten. Sein Angriff richtet sich lediglich dahin, daß er die Gelder nicht in amtlicher Eigenschaft empfangen habe, weil ihm in beiden Fällen von M. nur das Geld, nicht aber gleichzeitig die ausgefüllte Postanweisung übergeben worden sei, und weil er nach dem Wunsche des M. das Geld nicht bei der für ihn zuständigen Stelle, der Postagentur D., sondern in N. hätte einzahlen sollen. Letztere Behauptung ist neu und findet in den Ausführungen des Urteils keine Stütze, kann deshalb in der Revisionsinstanz nicht beachtet werden. Der Umstand aber, daß der Angeklagte nach § 25 Abs. 2 Satz 2 der Dienstanweisung für Landbriefträger vom 1. November 1891 Geldbeträge zur Uebermittelung durch Postanweisung nur annehmen durfte, wenn ihm zugleich die ausgefüllte Postanweisung übergeben wurde (vgl. auch den Zusatz zu § 33 der früheren Dienstanweisung vom 1. Mai 1882) und daß er in den vorliegenden Fällen die Gelder dieser Vorschrift entgegen ohne die ausgefüllten Postanweisungen annahm und es übernahm, die Postanweisungen selbst auftragsgemäß auszufüllen, machte, wie der II. Strafsenat in dem Urteile vom 4. April 1884, Rechtsprechung Bd. 6 S. 271, in einem ähnlich gelagerten Fall ausgesprochen hat, die amtliche Annahme nicht zu einer außeramtlichen, der erforderliche unmittelbare ursächliche Zusammenhang zwischen den dienstlichen Obliegenheiten des Angeklagten und der Empfangnahme der Gelder blieb trotzdem bestehen.

Das erwähnte Urteil des II. Strafsenats hatte allerdings im Hinblicke auf die früher geltende Dienstanweisung für Landbriefträger vom 1. Mai 1882 einen Fall im Auge, in welchem der Landbriefträger mit Postanweisung zu versendendes Geld angenommen hatte, ohne zu dessen Annahme verpflichtet zu sein, während vorliegend nach den Bestimmungen der Dienstanweisung vom 1. November 1891 der Angeklagte das Geld bestehendem dienstlichem Verbote zuwider angenommen hatte. Das Geld war aber auch in diesem Falle von ihm „in amtlicher Eigenschaft empfangen", da die Hingabe in der Meinung der Berechtigung des Beamten geschehen war und hiermit der erforderliche unmittelbare ursächliche Zusammenhang zwischen der dienstlichen Obliegenheit und der Empfangnahme bestand. III. Strafsenat D. 176/06. Urteil vom 18. Juni 1906.

1) Muß der Prozeßvertreter des Nebenklägers ordnungsmäßig und fristgemäß geladen werden?

2) Ablehnung von Vertagungsanträgen nach § 227 StPO.

1) Die Beschwerdeschrift rügt, daß die Prozeßvertreter der Nebenklägerin nicht ordnungsmäßig und nicht fristgemäß zur Hauptverhandlung geladen worden seien. Dieser Einwand ist ohne weiteres hinfällig, soweit die Nichteinhaltung der einwöchigen Frist bemängelt wird. Gilt schon die Fristbestimmung des § 216 Abs. 1 der Strafprozeßordnung nicht einmal für den Verteidiger des Angeklagten, so hat der Prozeßvertreter des Nebenklägers mit Rücksicht auf die prozessuale Stellung des letzteren (vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 8 S. 225, Bd. 31 S. 38) auf die Einhaltung der einwöchigen Frist umso weniger Anspruch.

Im übrigen hat es eines Eingehens auf die Frage, ob neben der bewirkten Ladung der Nebenklägerin noch eine förmliche Ladung der Prozeßvertreter der Nebenkläger nach Maßgabe der §§ 213, 217, 37 der Strafprozeßordnung unter allen Umständen erforderlich gewesen wäre, nicht bedurft, da auch zutreffenden Falls aus der unterlassenen Ladung ein den Bestand des Urteils gefährdender Verstoß nicht hergeleitet werden kann.

Allerdings ist in der mündlichen Verhandlung weder die Nebenklägerin persönlich anwesend noch durch ihren Prozeßbevollmächtigten vertreten gewesen.

Dieser Umstand ist aber nicht darauf zurückzuführen, daß dieselbe beziehungsweise ihre Vertreter von dem Termine keine Kenntnis gehabt, denn der ersteren ist die Ladung zu demselben am 6. November zugestellt, die letzteren aber sind, wie in der Revisionsschrift ausdrücklich anerkannt wird, am 31. Oktober 1905 von dem auf den 9. November anberaumten Termin amtlich von der Staatsanwaltschaft in Kenntnis gesetzt worden.

Damit war aber die Nebenklägerin in die Möglichkeit versetzt worden, von der ihr durch das Gesetz zugestandenen Befugnis, durch ihre Anträge und Erklärungen eine gewisse Einwirkung auf den Gang des Verfahrens auszuüben und ihre privaten Gerechtsame und Interessen zur Geltung zu bringen, Gebrauch zu machen; ein mehreres hatte sie nicht zu beanspruchen. Ob diese Möglichkeit dadurch herbeigeführt war, daß auch ihren Prozeßbevollmächtigten die Kenntnis von dem Termine durch förmliche Ladung oder durch amtliche Mitteilung beigebracht worden, erscheint rechtlich ohne Bedeutung.

Uebrigens hat der erkennende Senat bereits in den Entscheidungen in Strafsachen Bd. 7 S. 220 die amtliche Mitteilung des Termins zur Hauptverhandlung an den Nebenkläger selbst durch die Staatsanwaltschaft für ausreichend erachtet, von welcher Auffassung abzugehen, ein zwingender Grund nicht vorliegt.

2) Nach § 227 Abs. 1 der Strafprozeßordnung entscheidet über Anträge auf Aussetzung der Hauptverhandlung das Gericht und zwar, von einzelnen besonders gearteten Fällen abgesehen (§ 264 Strafprozeßordnung) nach freiem Ermessen, ohne an die Anträge der Prozeßbeteiligten gebunden zu sein.

Wenn nun schon nach § 227 Abs. 2 der Strafprozeßordnung die Verhinderung des Verteidigers dem Angeklagten kein Recht gibt, die Aussetzung der Verhandlung zu verlangen, so muß dies umsomehr gelten, von dem Prozeßbevollmächtigten des Nebenklägers in Anbetracht der prozessualen Stellung des letzteren, zumal der Nebenkläger nicht zu denjenigen Personen gehört, deren Anwesenheit in der Hauptverhandlung von dem Gesetz erfordert wird (§ 377 Ziff. 5 StPO.; Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 28 S. 228, Bd. 31 S. 38). III. Strafsenat D. 90/06. Urteil vom 11. Juni 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen).

Civilprozeß.

Antrag auf Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts. Formelle Voraussetzungen der Zulässigkeit des Antrags (CPO. § 569 Abs. 2, § 574 Abs. 2).

Das Gesuch des Klägers um Bewilligung des Armenrechts für die Erhebung der Restitutionsklage gegen das rechtskräftige Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 7. Mai 1903 wurde von diesem Gerichte am 6. Februar 1906 zurückgewiesen, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtslos sei. Gegen diesen Beschluß legte der Kläger mit einer von ihm selbst verfaßten und bei dem Oberlandesgericht eingereichten Eingabe die Beschwerde ein. Das Oberlandesgericht verwarf am 1. März die Beschwerde als unzulässig, weil sie nicht in der gesetzlichen Form eingelegt sei; der Beschluß wurde am 3. März dem Kläger zugestellt. Dieser trug darauf mit einer von ihm selbst verfaßten und am 5. ds. Mts. bei dem Obersten Landesgericht eingereichten Eingabe auf die Entscheidung des Beschwerdegerichts an.

Der nach § 574 Abs. 2 der CPO. statthafte Antrag gehört zum Beschwerdeverfahren; der Beschwerdeführer gibt durch ihn zu erkennen, daß er die

Beschwerde aufrecht hält. Der Antrag ist daher bei demselben Gericht und in derselben Form anzubringen wie nach § 569 die Beschwerde gegen die Entscheidung eines Oberlandesgerichts (Begründung des Art. 1 Nr. 12 des Entwurfes des Gesetzes, betreffend Aenderungen der Civilprozeßordnung, vom 5. Juni 1905, Verhandl. d. Reichstags 1903/1904, Anlageband 3 S. 2420 Sp. 2). Hiernach hätte der Kläger den Antrag bei dem Oberlandesgerichte durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers dieses Gerichts oder durch Einreichung einer zum Protokolle des Gerichtsschreibers eines Amtgerichts erklärten oder von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Antragschrift anbringen müssen. Er hat daher den Antrag weder an der vorgeschriebenen Stelle noch in der vorgeschriebenen Form angebracht; der Antrag muß deshalb als unzulässig verworfen werden. II. Civ.-Sen. Reg. II 14/1906; Beschluß vom 10. März 1906.

Civilrecht; Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Bedeutung der Genehmigung, die der Mann zu einer von seiner Frau ausgestellten Vollmacht erteilt.

Auf dem Blatte für das Anwesen Haus-Nr. 4 in R. ist für den Kaufmann Philipp F. in M. eine Hypothek für einen Kaufpreisrest von 25000 Mk. eingetragen. Die Hypothekenforderung des F. ist zur Sicherung einer Forderung der Privatiersfrau Ottilie S. in M. zum Betrage von 3200 Mk. gepfändet, die Pfändung ist gleichfalls eingetragen. Ottilie S. hat ihre Forderung mit den Rechten aus der Pfändung an die Ehefrau des Schriftstellers Peter Otto P. in F., Luise P., abgetreten. Luise P. hatte vor ihrer Verheiratung in Urkunde des Notariats M. vom 15. September 1902 ihrem Vater, dem Baumeister Johann Baptist U. in M., Vollmacht erteilt, sie in allen Rechtsangelegenheiten zu vertreten, insbesondere für sie Verzichte zu erklären und die Löschung von Hypotheken und sonstigen Rechten zu bewilligen, und erklärte in einem notariell beglaubigten Schriftstücke vom 26. Juni 1905, daß sie diese Vollmacht auch nach ihrer Verheiratung aufrechthalte. Unter die Erklärung vom 26. Juni 1905 setzte der Ehemann P. am 21. September dess. Jrs. folgende gleichfalls notariell beglaubigte Erklärung: „Als Ehemann genehmige ich die vorstehend erteilte Vollmacht von seite meiner Ehefrau". In Urkunde des Notariats M. vom 7. November 1905 bewilligte Johann Baptist U. namens seiner Tochter Luise P. die Löschung der Pfändung obiger Hypothekenforderung wegen Verzichts auf die durch die Pfändung erworbenen Rechte.

Das Amtsgericht L., Hypothekenamt, lehnte mit Verfügung vom 11. November 1905 die beantragte Löschung ab. Die von Johann Baptist U. eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluß des Landgerichts A. vom 13. Dezember des nämlichen Jahres zurückgewiesen. Beide Gerichte fanden in der Erklärung des Ehemannes P. lediglich die Genehmigung der von seiner Frau ihrem Vater erteilten Vollmacht und vermißten eine Erklärung der Zustimmung zu allen auf Grund der Vollmacht vorzunehmenden Rechtsgeschäften. Da der Bevollmächtigte der Frau zur Verfügung über eingebrachtes Gut ebenso wie sie selbst der Einwilligung des Mannes bedürfe, machten sie die Löschung von der Beibringung der Zustimmung des Mannes abhängig.

Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts hat Johann Baptist U. weitere Beschwerde eingelegt. Die weitere Beschwerde ist begründet.

Die an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks haftende Auslegung, die die Vorinstanzen der Erklärung des Ehemannes P. vom 21. September 1905 gegeben haben, verstößt gegen die Vorschrift des § 133 BGB. Eine Voll-

macht mit der Wirkung, daß der Bevollmächtigte zur Verfügung über eingebrachtes Gut nach § 1395 BGB. der Einwilligung des Ehemannes bedurfte, konnte Luise P. ohne Zustimmung ihres Mannes erteilen, eine solche Vollmacht würde aber der Absicht, dem Vater U. dieselben Befugnisse einzuräumen, die er vermöge der Vollmacht vom 15. September 1902 gehabt hatte, nicht entsprochen und den Zweck, ihn zur selbständigen Wahrnehmung der Vermögensangelegenheiten der Tochter in den Stand zu setzen, nicht erreicht haben. Um die von der Frau erteilte Vollmacht so zu ergänzen, wie ihr Zweck es erforderte, hat der Mann seine Genehmigung beigefügt. Seine Erklärung kann nur dahin verstanden werden, daß der Bevollmächtigte seiner Frau ermächtigt werden sollte, die Rechtsgeschäfte, die er für sie vornehmen sollte, mit voller Rechtswirksamkeit vorzunehmen, daß sie also die Einwilligung in die von dem Bevollmächtigten vorzunehmenden Rechtsgeschäfte enthält, die die Vorinstanzen vermißt haben. I. Civ.-Sen. Reg. III 87/1905; Beschluß vom 8. Januar 1906.

Handelsrecht; Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Zusätze zur Gesellschaftsfirma bei Bezeichnung von Zweigniederlassungen einer Handelsgesellschaft.

Die Aktiengesellschaft Bayerische Handelsbank in München hat von dem Bankier Hermann H. in Bamberg dessen Bankgeschäfte in Bamberg und Kronach erworben, um sie als Zweigniederlassungen fortzuführen, und bei dem Amtsgericht Bamberg als Registergericht die Eintragung der Firmen Bayerische Handelsbank, Filiale Bamberg vormals Hermann H. und Bayerische Handelsbank, Filiale Kronach vormals Hermann H. in das Handelsregister beantragt.

Das Registergericht lehnte mit Verfügung vom 3. November 1905 die Eintragung ab, weil der Zusatz „vormals Hermann H." unzulässig sei. Auf Beschwerde der Bayerischen Handelsbank hob das Landgericht Bamberg, K. für HS., mit Beschluß vom 28. Dezember 1905 die Verfügung des Registergerichts auf und wies dieses an, die angemeldete Eintragung zu betätigen, falls nicht anderweitige Hindernisse bestehen. Bevor die Eintragung erfolgte, beantragte Kommerzienrat M. in Bamberg, der von der Handels- und Gewerbekammer für Oberfranken gemäß § 2 der Bekanntmachung vom 27. Dezember 1900 (Just. Minist.-Bl. 1901 S. 35) als Vertreter in Registersachen gegenüber dem Amtsgerichte Bamberg bestellt ist, bei dem Registergerichte, die Eintragung der Firmen der Zweigniederlassungen mit dem Zusatze „vormals Hermann H." abzulehnen, weil eine Aktiengesellschaft nur eine Firma haben dürfe. Das Registergericht lehnte den Antrag am nämlichen Tage mit dem Hinweis auf den landgerichtlichen Beschluß vom 28. Dezember 1905 ab. Die von Kommerzienrat M. eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte Bamberg, K. f. HS., mit Beschluß vom 18. Januar 1906 mit der Begründung zurückgewiesen, daß durch die beantragten Zusätze zu den Firmen der Zweigniederlassungen die Einheitlichkeit der Firma der Aktiengesellschaft nicht beeinträchtigt werde.

Gegen diese Entscheidung hat Kommerzienrat M. für die Handels- und Gewerbekammer für Oberfranken die weitere Beschwerde eingelegt. Diese ist in formeller Beziehung nicht zu beanstanden.

Das Registergericht war allerdings nicht befugt, die durch den landgerichtlichen Beschluß vom 28. Dezember 1905 angeordnete Eintragung abzulehnen. Hätte nicht ein weiteres Bedenken gegen die Eintragung bestanden, so hätte das Registergericht die Firmen der Zweigniederlassungen sofort eintragen müssen und die Handels- und Gewerbekammer hätte dann die Löschung der Eintragungen nach Maßgabe des § 142 GFG. beantragen können. Sie

brauchte aber die Bewirkung der Eintragungen nicht abzuwarten, sondern konnte ihre Bedenken gegen die Zulässigkeit der angeordneten Eintragungen sofort geltend machen; drang sie damit durch, bevor die Eintragungen erfolgten, so hatten diese zu unterbleiben. Der Antrag, die noch nicht bewirkten Eintragungen zu unterlassen, ist daher zulässig.

Die weitere Beschwerde ist aber nicht begründet.

Es handelt sich nicht um die bestrittene Frage, ob eine Aktiengesellschaft, wenn sie zu ihrem Unternehmen ein bestehendes Handelsgeschäft hinzuerwirbt, dieses als selbständiges Geschäft mit der bisherigen Firma fortführen kann oder ob aus der Vorschrift des § 182 Abs. 2 Nr. 1, 2 HGB. zu entnehmen ist, daß ihr gesamtes Unternehmen, auch wenn es mehrere Betriebe umfaßt, als ein einheitliches Unternehmen gilt und daß sie wie nur einen Sitz auch nur die eine Firma haben kann, die zugleich ihr Name ist. Die letztere Ansicht, die wohl als die herrschende angesehen werden darf (Staub, Komm. z. HGB. Anm. 9 zum § 22; Lehmann-Ring, Komm. z. HGB. Nr. 5 zum § 182; Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften Bd. 1 S. 152 bei Note 2) und auch in dem Beschlusse des jetzt entscheidenden Senats vom 10. Juni 1893 (ältere Samml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 14 S. 642) angenommen ist, schließt, wie allgemein anerkannt ist (Staub, Anm. 6, 7 zum § 30, Anm. 6 zum § 201; Lehmann-Ring Nr. 3 zum § 201) nicht aus, daß für eine Zweigniederlassung (§ 201 HGB.) eine Firma geführt wird, die in Gemäßheit des § 50 Abs. 3 HGB. in der Weise gebildet ist, daß der Gesellschaftsfirma ein sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnender Zusatz beigefügt ist. Die so gebildete Firma läßt klar erkennen, daß der Betrieb, für den sie geführt wird, nicht ein selbständiges Unternehmen, sondern ein Bestandteil des Gesellschaftsunternehmens ist.

Die von Staub (Anm. 6 zum § 201) und anderen Schriftstellern vertretene Meinung, daß — abgesehen von einem etwa nach § 30 Abs. 3 HGB. gebotenen Zusatze — jeder andere Zusatz unzulässig sei, findet in den Vorschriften des HGB. keine Stütze. Wenn der Aktiengesellschaft nicht gestattet ist, neben der Gesellschaftsfirma eine zweite Firma zu führen, deren Erscheinung die der Firma eines selbständigen Handelsgewerbes ist, so steht dies einem Zusatze zu der Firma einer Zweigniederlassung nicht entgegen, der daran nichts ändert, daß diese die Zweigniederlassung als Zweiggeschäft der Aktiengesellschaft kennzeichnet. In dem vorliegenden Falle bezeichnen die für die Zweigniederlassungen in Bamberg und Kronach angemeldeten Firmen die beiden Zweigniederlassungen ausdrücklich als Zweiggeschäfte des Gesellschaftsunternehmens der Bayer. Handelsbank und der Zusatz „vormals Hermann H." macht lediglich in Gemäßheit des § 22 HGB. ersichtlich, daß die Zweiggeschäfte aus den von der Aktiengesellschaft erworbenen Handelsgeschäften mit der Firma Hermann H. gebildet sind, die angemeldeten Firmen lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß die vormals von Hermann H. betriebenen Geschäfte von der Bayer. Handelsbank nicht als selbständige Handelsgeschäfte, sondern als Zweiggeschäfte ihres Gesellschaftsunternehmens fortgeführt werden. I. Civ.-Sen. Reg. III 4/1906; Beschluß vom 10. Februar 1906.

C. Oberlandesgericht Bamberg (Civilsachen).

Civilrecht; Civilprozeß.

Haftung des Gastwirtes für vorausgesandtes Gepäck. Kläger, der im vorausgegangenen Jahre wiederholt als Reisender im Gasthause der Belagten Wohnung genommen hatte, schickte einige Tage vor seinem neuerlichen Besuche

(im Februar) unter seiner Adresse einen Schließkorb mit Inhalt dorthin, angeblich nach vorgängiger mündlicher Ankündigung und Bitte um Aufbewahrung durch Vermittelung eines Bekannten. Der Korb wurde gegen Abend vom Spediteur dort abgeliefert, aber noch am gleichen Abend aus dem offenen Hausgange gestohlen. Kläger verlangte auf Grund der Gastwirtshaftung sowie eines Auftrags- und Verwahrungsvertrags Rückgabe des Korbes samt Inhalt oder Ersatz des Wertes. Der Klageanspruch wurde für gerechtfertigt erklärt. Aus den Gründen der Berufungsentscheidung:

Das angegriffene Urteil verneint das Vorliegen der Erfordernisse des § 701 BGB., indem es annimmt, daß die Haftung des Wirtes erst in dem Moment eintreten könne, wo der Gast an Ort und Stelle angekommen sei, während vorher nur von einer beabsichtigen Aufnahme die Rede sein könne. Hierbei wird jedoch unter Ort und Stelle nicht der Gasthof selbst, sondern die Ortschaft, hier die Stadt, gemeint, so daß unter Bezugnahme auf Entsch. d. RGer. Bd. 1 S. 83 die Verständigung des am Bahnhof angekommenen Fremden mit dem Führer des Gasthofwagens als für die Aufnahme genügend bezeichnet wird.

Sobald man aber der Verkehrsauffassung entsprechend zugibt, daß die bereits erfolgte Ankunft des Fremden im Gasthofe nicht die Voraussetzung der besonderen Gastwirtshaftung bildet, muß man beispielsweise diese auch anerkennen, wenn der Wirt vom Fremden in einer benachbarten Ortschaft angetroffen wird und auf dessen Ersuchen ein Gepäckstück bis zu der, wenngleich nicht für den nämlichen Tag, in Aussicht gestellten Ankunft des Fremden im Gasthaus übernimmt. Ferner ist es nicht nach dem Wortlaute des Gesetzes als Erfordernis anzusehen, daß der Gast persönlich die Sache übergeben hat; es genügt jedenfalls, daß er die Uebergabe veranlaßt hat, so z. B. durch einen Kofferträger des Bahnhofs.

Nach der Verkehrssitte muß weiterhin, da der Gastwirt mangels besonderer Vereinbarung nicht mit der Verwahrung von Sachen ohne Beherbergung des Besitzers sich befaßt, die Zusendung des Gepäcks an das Gasthaus unter der Adresse des Gepäckbesitzers, zumal eines schon wiederholt dort abgestiegenen, als Antrag desselben auf Abschluß eines Aufnahmevertrags (vgl. Mot. z. BGB. Bd. 2 S. 585) und die dem Gastwirt oder seinen Leuten ja freistehende Entgegennahme des Gepäcks als Annahme dieses Antrags im Sinne des § 151 BGB. angesehen werden.

Hiernach gelangt man notwendig zu der in Plank's Komm. § 701 Bem. 2a vertretenen Auffassung, daß es genügt, wenn die Aufnahme des Gastes in Aussicht genommen und mit Rücksicht hierauf einstweilen die Sachen vom Wirt oder von seinen Leuten in Empfang genommen werden.

Im vorwürfigen Falle hat die Beklagte inhaltlich ihrer bei der Polizei alsbald nach Entdeckung des Diebstahls erstatteten Anzeige in der Zusendung des Schließkorbs unter der Adresse des Klägers tatsächlich die Ankündigung seiner nachher erfolgten Wohnungsnahme bei ihr erblickt.

Da die Haftung des Gastwirtes für den Verlust eingebrachter Sachen eines aufgenommenen Gastes von einem Verschulden des Wirtes nicht abhängt, erscheint schon nach dem Erörterten der auf Schadensersatz gerichtete Klageanspruch ohne weiteres als dem Grunde nach gerechtfertigt.

Hierzu kommt noch folgendes zu erwägen.

Es ist nicht mit dem Erstrichter zu unterstellen, daß die Aufbewahrung von Gepäck seitens des Gastwirtes unentgeltlich erfolgt oder daß auch nur auf Seiten des Gastes unentgeltliche Aufbewahrung zu erwarten ist. Die Vergütung für dieselbe ist, insoweit nicht etwa z. B. für Verbringung in das Gast-

haus besondere Berechnung eintritt, in der Vergütung für die Beherbergung inbegriffen. Kommt es zu letzterer nicht, so kann der Gastwirt jedenfalls dann, wenn der Grund hierfür beim Reisenden liegt, für die Aufbewahrung um so gewisser eine Vergütung beanspruchen, als sein Gewerbebetrieb gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB. Handelsgewerbe — infolge dessen der Gastwirt nach Abs. 1 ebenda Kaufmann — ist, und nach § 354 dess. Ges. derjenige, welcher in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, auch ohne Verabredung Provision und, wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach den am Ort üblichen Sätzen fordern kann, ein Recht, das auch nicht etwa von der Inanspruchnahme eines besonderen Lagerraumes abhängt, (vgl. Staub, Komm. Anm. 9 zu § 354).

Eine dem Gastwirt aufgetragene Aufbewahrung fällt somit nicht unter den Begriff des Unentgeltlichkeit erfordernden Auftragsvertrages nach § 662, sondern unter den entgeltlichen Verwahrungsvertrag nach §§ 688, 689 BGB., und es kommen für die Haftung des Verwahrenden nicht § 690 mit § 277 BGB., sondern § 276 Abs. 1, § 278 dess. mit § 347 Abs. 1 HGB. zur Geltung, wonach mangels Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns durch den Wirt und diejenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, die Haftung des Wirtes für die hierin liegende Fahrlässigkeit begründet ist.

Unbedenklich ist dem Erstrichter darin beizutreten, daß der Sohn der Beklagten, dem sie die Geschäftsbesorgung im allgemeinen überläßt, fahrlässig gehandelt hat, indem er den Korb über eine Stunde, zudem nach eingetretener Dunkelheit, in dem gegen die Straße mangels Schließung des Tores völlig offenen Flure des Gasthauses stehen ließ, ohne sich weiter darum zu kümmern. Wenn auch der Standort im Hintergrunde des Flurs sich befand und von dem Treppenhause, der Küche und der Gassenschenke aus sichtbar war, so kann doch bei der Unterlassung besonderer Obsorge für die Ueberwachung von dort aus nicht davon gesprochen werden, daß die Sachlage die gleiche wäre, wie wenn Gepäck in einem Gasthofe nächst dem Pförtnerzimmer im Flur abgesetzt ist; der Pförtner ist eben zur Ueberwachung eigens bestellt und wird namentlich auch aufmerksam, wenn eine nicht ganz einwandfreie Person hereinkommt, während in dem einfachen Gasthause der Beklagten mit seiner Gassenschenke auch zahlreiche gewöhnliche Leute verkehren und insbesondere nicht auffallen, wenn sie zu dem hinter der fraglichen Gepäckablegungsstelle befindlichen Aborte gehen.

Unter diesen Umständen hat aber auch die Beklagte selbst die Sorgfalt eines ordentlichen Gastwirtes außer Acht gelassen, als sie auf die Frage des heimkommenden Hausknechtes wegen des dastehenden Schließkorbs zwar dessen Verbringung in ein Zimmer anordnete, aber nicht abwartete, bis der Hausknecht seinen Handwagen im rückwärtigen Hofe versorgt hatte, so daß der Dieb, der die Vorgänge jedenfalls vom Haustore her beobachtete, in dieser kurzen Spanne Zeit den Korb unbeachtet davontragen konnte.

Die naheliegende, bei nur einiger Aufmerksamkeit unverkennbare Möglichkeit eines solchen Diebstahls begründet die Fahrlässigkeit auch dann, wenn bis dahin an der gleichen Stelle hinterlegte Gegenstände, sowie aus dem unmittelbar daneben befindlichen Eisschranke Speisen und Getränke nicht entwendet worden waren.

Auf die Frage, ob die Fahrlässigkeit als grobe zu bezeichnen ist und ob nicht etwa seitens der Beklagten und ihrer Leute auch ihre eigenen Sachen bei Abwesenheit des Hausknechts in gleicher Weise liegen gelassen worden wären,

kommt es nach dem Dargelegten ebensowenig des weiteren an, wie darauf, ob der Beklagten die bevorstehende Ankunft des Klägers und sein Ersuchen um einstweilige Verwahrung des Gepäcks ausgerichtet worden war.

(Folgt noch Erörterung, daß und warum hier das Urteil nicht mit dem Erstrichter auf Verpflichtung der Beklagten zum Ersatze des entstandenen Schadens, sondern gemäß Entsch. d. RGer. Bd. 60 S. 313 auf Gerechtfertigterklärung des Klageanspruchs dem Grunde nach abzustellen sei.) Urteil des I. Senats vom 1. Juni 1906; L. 18/06.

D. Oberlandesgericht München (Civilsachen).

Civilprozeß.

Prozeßkosten; Inkassogebühr und Vergleichsgebühr des Anwalts (CPO. § 91, GebO. f. RA. § 13 Nr. 3, § 18).

Die Empfangnahme von Geldern seitens der Gegenpartei gehört nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung, stellt sich auch nicht als ein Akt der Zwangsvollstreckung dar; folgegemäß kann die Gebühr des Anwalts nicht unter den Prozeßkosten verrechnet werden und nicht zur Festsetzung gelangen.

Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Prozeßgegner die Kosten der Empfangnahme und Ablieferung der Gelder in einem Vergleich übernommen hat. Die Einforderung bezw. Beitreibung der Gebühren muß auf Grund des besonderen Schuldtites erfolgen (vgl. Seuff. Arch. Bd. 37 Nr. 243, Bd. 39 Nr. 47, Bd. 43 Nr. 225; Meyer GebO. f. RA. S. 44 Nr. 3b und S. 132 lit. b; Jur. Wochenschr. 1889 S. 168; Seuffert CPO. § 91 Anm. b 2. Abs.).

In Frage steht ferner, ob § 13 Nr. 3 oder § 18 der GebO. f. RA. anzuwenden ist. Wenn ein „vor dem Gericht abgeschlossener Vergleich" vorliegt, ist gerade in neuerer Zeit wieder streitig geworden. Während man früher allgemein einen Vergleich, der zwar außergerichtlich abgeschlossen, aber zu gerichtlichem Protokoll übergeben und festgestellt wurde, als einen gerichtlich abgeschlossenen Vergleich erachtete und deshalb nur die halbe Vergleichsgebühr nach § 18 a. a. O. zubilligte, legen in neuerer Zeit die Gerichte wieder mehr Wert darauf, ob der Richter bei der Abschließung des Vergleichs irgendwie mitgewirkt hat, und versagen die Herabminderung der Gebühr, wenn dies nicht der Fall ist (so die Oberlandesgerichte Colmar, Cöln, Hamburg und Bamberg, Walter-Joachim GebO. f. RA. S. 227, Willenbücher S. 143, Rechtspr. der OLG. Bd. 11 S. 152, Recht 1905 S. 2, Rittmann S. 118, 119; vgl. auch Jur. Wochenschr. 1904 S. 604, Zeitschr. f. Rechtspfl. in B. Bd. 2 S. 19; dagegen Jur. Wochenschr. 1888 S. 100). Der beschließende Senat hält an der bisherigen Rechtsanschauung fest. Die Feststellung des schon vorher niedergeschriebenen Vergleichs ist ein Akt der gerichtlichen Tätigkeit und es läßt sich aus dem Protokoll meist nicht ersehen, in welchem Maße der Richter auf das Zustandekommen des Vergleichs eingewirkt hat. Jedenfalls schafft erst die gerichtliche Beurkundung des Vergleichs die Vollstreckbarkeit des Anspruchs und damit die endgültige wirksame Erledigung des Prozesses. Beschluß vom 18. Mai 1906. Beschwerde-Reg. II S. 307 und 308 06.

III. Vermischte Nachrichten.

1) Die Frage, ob § 361 Nr. 10 StGB. auch auf uneheliche Väter Anwendung finde (vgl. den Aufsatz von Fuld auf S. 145 ff. dieses Jahrgangs), ist vom Obersten Landesgericht München im Gegensatze zum Kammergericht Berlin (Urteil vom 29. November 1904, Goltdammer Arch. Bd. 52 S. 96) durch Urteil vom 9. Oktober 1906 bejaht worden. Damit ist den gerade durch den Aufwand für die Verpflegung unehelicher Kinder schwer belasteten Armenpflegen für den Kampf gegen böswillige Schuldner eine scharfe Waffe in die Hand gegeben, von der in Zukunft wohl mehr als bisher Gebrauch gemacht werden wird. Im Hinblick auf ihre weittragende juristische und volkswirtschaftliche Bedeutung wird die höchstrichterliche Entscheidung in einer der nächsten Nummern vollständig zum Abdrucke gelangen.

2) Im Verlage von Alfred Langenort erscheint, nunmehr im achten Jahrgange, die Zeitschrift „Gesetz und Recht", volkstümliche Zeitschrift für Rechtskunde, herausgegeben von Bernhard von Kamptz, Oberverwaltungsgerichtsrat in Berlin. Sie erstrebt Erhöhung des Interesses an unserem Rechtsleben durch Verbreitung der Kenntnis des geltenden Rechts. Nicht mit Unrecht bemerkt Amtsrichter Dr. Thiesing in dem einleitenden Aufsatze „Rechtskenntnis und Laientum", daß, abgesehen von dem hauptsächlich auf Sensationslust beruhenden Interesse an „großen" Kriminalfällen, auch die gebildeten Kreise unseres Volkes den Erscheinungen des Rechtslebens mit auffallender Gleichgültigkeit gegenüberstehen, und daß diese Gleichgültigkeit in dem Fehlen der elementarsten Rechtskenntnisse ihren wesentlichsten Grund hat. Wer wollte andererseits leugnen, daß das Mißtrauen, mit dem nach der stets wiederholten Versicherung der Tagespresse unser Volk der Rechtspflege gegenübersteht, mit der Kenntnis des geltenden Rechtes zum größten Teile verschwinden würde? Die Tendenz der Zeitschrift darf daher der Sympathie aller Juristen sicher sein. Ob es ihr möglich sein wird, jederzeit die richtige Mitte zwischen trockener Fachgelehrsamkeit und unwissenschaftlicher Oberflächlichkeit einzuhalten, muß die Zukunft lehren Die Mitarbeit hervorragender Juristen (die erste Nummer des neuen Jahrgangs enthält u. a. Beiträge von Fuisting, Delius Schultzenstein) scheint dafür erfreuliche Gewähr zu bieten. E.

IV. Literatur.

1) Verlag der Schletter'schen Buchhandlung (Frank und Weigert) in Breslau.

Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Dr. von Lilienthal, Geheimer Hofrat, ordentl. Professor an der Universität Heidelberg. Heft 68, 69.

Von dieser verdienstlichen Sammlung liegen neuerdings zwei weitere Hefte vor. In Heft 68 bespricht Dr. Alwin Kronacher die Frage: Ist die Zechprellerei Betrug? Er verneint nach sorgfältiger Untersuchung der einzelnen Betrugsmerkmale diese Frage mit der Begründung, daß es an der Absicht fehle, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Die Absicht, sich einen sinnlichen Genuß zu verschaffen, betreffe keine Bereicherung. Zuzugeben ist, daß der sinnliche Genuß keine bleibende Bereicherung darstellt. Allein unter Vermögensvorteil kann man im Sinne des § 263 StGB. mit der herrschenden Lehre jeden vermögenswerten Genuß verstehen, der nur gegen Entgelt gewährt werden will, und dann ist Speise und Trank allerdings ein solcher Vorteil. Abgesehen davon würde man die Tatsache, daß jemand ein satter Mensch wird, auch objektiv als eine Bereicherung ansehen können und daher in den meisten Fällen einer darauf gerichteten Absicht das Merkmal des Vermögensvorteils bejahen müssen. Die Klarheit und Uebersichtlichkeit der Abhandlung ist zu rühmen. — Heft 69 enthält eine interessante Darstellung des Verbrechens des Hochverrats im russischen Strafrecht von Dr. Isaak Urysohn. Sie zerfällt in einem geschichtlichen Abriß und die Darstellung des Rechtszustandes nach dem StGB. von 1903. Besonders bemerkenswert sind, abgesehen von verschiedenen Parallelen zum deutschen Recht, insbesondere die Erörterungen über prozessuale Erledigung politischer Verbrechen und über das Gegenseitigkeitserfordernis bei feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten. K.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 23. 15. November 1906.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Staatsanwalt bei dem Oberlandesgerichte München,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Seuffert, Die Bezeichnung der Parteien im Urteil; Francke, Der Erwerber und sein guter Glaube nach dem BGB. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civilsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen); Landgericht München I (Civilsachen). III. Literatur.

I. Abhandlungen.

Die Bezeichnung der Parteien im Urteil.

Von Professor Dr. Lothar v. Seuffert in München.

Mit der Frage, wie die Vollstreckung eines Urteils zu erreichen sei, in dem ein Schauspieler unter seinem Bühnennamen verurteilt ist, befassen sich zwei, mir in Abschrift vorliegende Entscheidungen, ein Urteil des Oberlandesgerichts Celle vom 7. April 1904 und ein Beschluß des Kammergerichts Berlin vom 14. Dezember 1905.

In den vom Oberlandesgericht Celle entschiedenen Falle hatte der Kläger, nachdem er die Verurteilung des Schauspielers unter dessen Bühnennamen erwirkt hatte, eine neue Klage gegen denselben unter dessen bürgerlichen Namen erhoben. In dieser Klage verlangte er die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der in dem früheren Urteil enthaltenen Summe nebst Zinsen seit der Klagerhebung, ferner zur Zahlung der früheren Prozeß- und Vollstreckungskosten. Das Oberlandesgericht Celle hat der Klage, soweit sie die Verurteilung zur Zahlung der in dem früheren Urteil enthaltenen Summe betraf, stattgegeben, im übrigen die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen ist ausgeführt:

„Die Zulässigkeit der vom Kläger ausdrücklich als actio judicati bezeichneten Klage unterliegt keinem Bedenken. Die Vollstreckbarkeit des in Berlin gesprochenen Versäumnisurteils gegen den Beklagten S. war nicht zu erreichen. Nach § 750 CPO. findet die Zwangsvollstreckung nur gegen die im Urteil oder in der Vollstreckungsklausel „namentlich bezeichneten Personen" statt. Während bei der Erhebung der Klage ein Mangel „in der Bezeichnung der Parteien" dann nicht schadet, wenn kein Zweifel darüber besteht, um welche Person es sich handelt, verlangt die CPO. in § 313 die Bezeichnung der Parteien „nach Namen" ebenso wie der § 750 a. a. O. ihre „namentliche" Bezeichnung erfordert. Der Gerichtsschreiber konnte die Vollstreckungsklausel nicht erteilen; desgleichen lag keiner der

Fälle vor, in denen der Vorsitzende ihre Erteilung anordnen kann (§ 730 CPO.). Eine Berichtigung des Urteils gemäß § 319 CPO. war auch nicht zulässig, da es sich nicht um ein Flüchtigkeitsversehen handelt (vgl. Jur. Wochenschr. 1888 S. 96, 1889 S. 305, 1892 S. 362). Bei dieser Sachlage hat der Kläger an einer abermaligen Verurteilung des Beklagten ein berechtigtes Interesse, und damit ist die Zulässigkeit der actio judicati gegeben (vgl. Entsch. d. RGer. Bd. 16 S. 435, Bd. 35 S. 359; Seuffert CPO. 8. Aufl. Bd. 1 S. 493; Gaupp CPO. (3. Aufl.) Bd. 1 S. 651, Bd. 2 S. 351). Es fragt sich jedoch weiter, ob die Klage auf das frühere Urteil gegründet werden kann, obwohl dieses gegen den Beklagten unter seinem Theaternamen W. und nicht unter seinem gesetzlichen Namen ergangen ist. Die Zweifelhaftigkeit dieser (vom Vorderrichter verneinten) Frage ist nicht zu verkennen. Das Berufungsgericht glaubt sie aus folgenden Erwägungen bejahen zu sollen: Die CPO. verlangt, wie schon hervorgehoben, im § 313 für das Urteil die Bezeichnung der Parteien „nach Namen", und es erscheint nicht angängig, diesem Erfordernis eine andere Bedeutung unterzulegen als dem im § 750 durch die Worte „namentlich bezeichnete" aufgestellten; daß aber hier unter namentlicher Bezeichnung die Bezeichnung mit dem wirklichen Namen verlangt wird und nicht die Bezeichnung mit einem angenommenen Namen genügt, darüber besteht, soweit zu ersehen, keine Meinungsverschiedenheit. Daraus folgt nun zwar, daß als Grundlage der Zwangsvollstreckung, welche nur auf Grund einer schriftlichen Ausfertigung des Urteils ergehen kann, das in dem Vorprozeß gesprochene Urteil nicht genügt, aber damit ist nicht entschieden, daß das Gleiche für die actio judicati gilt. Die actio judicati wird begründet durch die Behauptung, daß unter denselben Personen dieselbe Rechtsfrage rechtskräftig zu Gunsten des Klägers entschieden sei; zu ihrer Begründung ist nicht erforderlich die Behauptung, daß ein zur Zwangsvollstreckung geeignetes Urteil ergangen sei, wie denn umgekehrt Gaupp a. a. O. mit Recht geltend macht, daß gerade dann, wenn ein solches nicht vorliege, dem Kläger mit der actio judicati zu helfen sei. Daß nun die früheren Prozesse zwischen denselben Personen sich abgespielt haben, daß namentlich der damals unter dem Theaternamen W. Verklagte mit dem jetzigen Beklagten S. identisch ist, daß er damals auch (unter dem Namen W.) geladen ist, darüber besteht kein Streit. Steht dies aber fest, so erscheint es für die actio judicati ohne Bedeutung, unter welchem Namen Beklagter damals verurteilt ist; nomina enim signilicandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intelligantur, nihil interest (§ 29 J. de legatis 2, 20). Wie hier ist in einem gleichliegenden Falle auch entschieden vom OLG. Hamburg (Seuff. Arch. Bd. 44 S. 105). Hiernach war der Beklagte zur Zahlung der in dem Berliner Erkenntnisse ausgesprochenen Urteilssumme nebst Prozeßzinsen seit Klagerhebung zu verurteilen, während die Klage, soweit sie auf Zahlung der Prozeß- und Zwangsvollstreckungskosten geht, mangels Vorliegens eines Beschlusses des genannten Gerichts abzuweisen war".

Der Entscheidung des Kammergerichts lag folgender Fall zugrunde:

Durch rechtskräftiges kontradiktorisches Urteil des Kgl. Landgerichts I Berlin war S. unter seinem Theaternamen W. verurteilt worden. Auf Grund dieses Urteils hat die Gläubigerin die Gage rc. durch Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen. Der

Schuldner hat bei dem Kgl. Amtsgericht H., seinem jetzigen Wohnsitze, den Antrag auf Unzulässigkeitserklärung der Pfändung und Ueberweisung gestellt mit der Begründung, daß W. nur sein Theatername, sein gesetzlicher Name S. sei. Das Vollstreckungsgericht hat die Gläubigerin aufgefordert, eine Berichtigung des Urteils herbeizuführen. Den demgemäß von der Gläubigerin gestellten Antrag auf Berichtigung des Namens des Schuldners in S. hat das Kgl. Landgericht I Berlin durch Entscheidung vom 21. November 1905 als nicht angängig zurückgewiesen, da in dem Urteil ein Schreibfehler oder offenbares Versehen nicht enthalten sei. Zugleich wurde der Gläubigerin anheimgegeben, die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den gesetzlichen Namen des Schuldners zu beantragen. Als aber die Gläubigerin die Umschreibung der Vollstreckungsklausel nachsuchte, würde sie durch Beschluß vom 1. Dezember 1905 dahin beschieden, daß mangels einer Rechtsnachfolge die Umschreibung der Vollstreckungsklausel nicht statthaft sei. Gegen die beiden erwähnten Beschlüsse richtete sich die bei dem Kgl. Landgerichte I Berlin eingelegte Beschwerde mit dem Antrag, einem der beiden Gesuche stattzugeben. Nachdem der Vorsitzende der betreffenden Civilkammer abgelehnt hatte, die Umschreibung der Vollstreckungsklausel anzuordnen, und die Civilkammer durch Beschluß vom 8. Dezember 1905 der Beschwerde nicht abhelfen zu wollen erklärt hatte, ist die Sache dem Kgl. Kammergerichte zur Entscheidung vorgelegt worden.

Das Kammergericht hat durch Beschluß vom 14. Dezember 1905 die Beschwerde gegen den Beschluß vom 21. November 1905 (Abweisung des Berichtigungsantrags) als unbegründet verworfen, dagegen der Beschwerde gegen den Beschluß vom 1. Dezember 1905 stattgegeben; es hat diesen Beschluß aufgehoben und den Gerichtsschreiber des Landgerichts angewiesen, der Gläubigerin für das landgerichtliche Urteil die Vollstreckungsklausel gegen den S. mit dem Theaternamen W. zu erteilen.

In den Gründen des Beschlusses wird Folgendes gesagt:

„Was zunächst die Beschwerde gegen die Zurückweisung des Berichtigungsantrags anlangt, so ist dieselbe gemäß § 569 CPO. formgerecht eingelegt. Sie muß auch für statthaft erachtet werden; denn wenn auch § 319 Abs. 2 CPO. ein Rechtsmittel gegen einen Beschluß, welcher einen Berichtigungsantrag zurückweist, nicht zuläßt, so trifft jene Vorschrift doch nur Entscheidungen auf Grund sachlicher Prüfung, nicht Zurückweisungen wegen Mangels der prozessualen Voraussetzungen (Entsch. d. RGer. Bd. 47 S. 420).[1]) Im vorliegenden Falle hat das erstinstanzliche Gericht die Berichtigung nicht um deswillen abgelehnt, weil die sachliche Prüfung die Richtigkeit der Parteibezeichnung ergab, sondern offenbar, weil die prozessualen Voraussetzungen, nämlich ein Versehen des Gerichts, nicht gegeben waren. Die Beschwerde konnte aber nicht für begründet erachtet werden. Eine offenbare Unrichtigkeit im Sinne der angezogenen Gesetzesstelle liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn die Erkenntnis des Fehlers, wie hier, erst der Darlegung der Partei bedarf. Allgemein wird daher von der herrschenden Judikatur an dem Grundsatze festgehalten, daß nur Irrtümer des Richters, nicht solche der Partei, unter die Wirksamkeit des § 319

[1]) Die cit. Entscheidung bezieht sich auf CPO. § 707 Abs. 2 Satz 2. Sie nimmt an, daß durch diese Vorschrift die Anfechtung eines Beschlusses über einen der in Abs. 1 des § 707 bezeichneten Anträge dann nicht ausgeschlossen werde, wenn das Gericht den Antrag nicht in Betätigung des ihm zustehenden Ermessens, sondern deshalb zurückgewiesen hat, weil es die gesetzlichen Voraussetzungen der Maßregel nicht als vorliegend erachtete. Gegen diese Unterscheidung s. Wach Vorträge (2) S. 308 Note und L. Seuffert Komm. (9) N. 4 zu § 707.

fallen (Jur. Wochenschr. 1902 S. 362 Nr. 15; RGer. bei Gruchot Bd. 46 S. 1080; Rechtspr. d. OLG. Bd. 1 S. 397, Bd. 9 S. 103 ff.). Es liegt keine Veranlassung vor, von diesem Prinzipe hier abzugehen. Ebensowenig kann der Standpunkt gebilligt werden, daß sich der § 319 nur auf Unrichtigkeiten in der Entscheidung beziehe . . . . . Daß es sich hier um eine Berichtigung des Urteils handelt, da an Stelle eines als Familiennamen angegebenen Pseudonyms der wirkliche Familienname gesetzt werden soll (Justizministerielle Verf. vom 17. Dezember 1883; Just.-Minist.-Bl. 1883 S. 363), unterliegt keinem Bedenken. Somit mußte die Beschwerde gegen den Beschluß vom 21. November 1905 zurückgewiesen werden.

In Betreff der Anfechtung des Beschlusses vom 1. Dezember 1905 konnte die Zulässigkeit der Beschwerde aus § 576 CPO. zweifelhaft sein, da die Vollstreckungsklausel auch da, wo sie auf Anordnung des Vorsitzenden zu gewähren ist, immer von dem Gerichtsschreiber erteilt werden muß und gegen dessen Zurückweisung erst nach § 576 Abs. 1 CPO. die Entscheidung des Prozeßgerichts einzuholen ist. Die Anordnung des Vorsitzenden ist ein Internum des Gerichts, welches der Beschwerde aus § 576 CPO. nicht zugänglich ist (Entsch. d. RGer. Bd. 20 S. 389). Indessen, wenn auch wegen Fehlens einer Abweisung seitens des Gerichtsschreibers die Beschwerde aus § 576 nicht gegeben sein sollte, so ist eine solche jedenfalls aus § 567 CPO. zulässig . . . . . Dem Vorderrichter mag zugegeben werden, daß die CPO. nur Vorschriften gibt, welche die Umschreibung der Klausel für oder gegen Dritte betreffen (§§ 727 ff., 738, 742, 744 ff., 759). Allein dadurch wird keineswegs ausgeschlossen, daß bei Identität der Parteien die Klausel zur Aufdeckung des wahren Sachverhalts auf einen anderen Namen geschrieben werden kann als den im Urteil selbst angegebenen. So kann z. B. wenn ein Einzelkaufmann nur unter seiner Firma verklagt und verurteilt ist, die Klausel sehr wohl auf den Familiennamen des Kaufmanns selbst gestellt werden, um dem Vollstreckungsorgane eine Prüfung, z. B. über das Recht der Firmaführung, abzunehmen, die seine Kräfte übersteigt . . . . Da im vorliegenden Falle, wie der eigene Antrag des Schuldners bei dem Vollstreckungsgericht auf Erklärung der Unzulässigkeit der Pfändung und Ueberweisung beweist, die Identität des unter dem Theaternamen W. Verurteilten mit dem Schuldner S. feststeht, so durfte zur Klarstellung der Sachlage die Klausel auf den Schuldner S. umgeschrieben werden. Inwieweit etwa auch ohne solche Umschreibung die Zwangsvollstreckung aus dem gedachten Urteil sich gegen den Schuldner S., dessen Identität mit dem Verurteilten feststeht, hätte ermöglichen lassen, bedarf hier keiner Erörterung. Den Gläubiger aber in einem solchen Fall auf einen neuen Rechtsstreit zu verweisen und so eine Belohnung auf die Arglist und Säumnis des Schuldners zu setzen, der den Gläubiger während des ganzen Prozesses in einem Irrtum hält, und ihn so hinderte die Klage nach § 268 Nr. 1 CPO. zu berichtigen, wäre eine Unbilligkeit, welche der Gesetzgeber zweifellos nicht gewollt hat".

Die vorstehenden Entscheidungen geben Anlaß zur Erörterung folgender Fragen:

1. Welche Bedeutung hat die Vorschrift der CPO. § 313 Abs. 1 Nr. 1, wonach für das Urteil die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort erforderlich ist?

Aus dem Urteile muß zu entnehmen sein, von welchen Parteien der Prozeß geführt wurde, in dem das Urteil ergangen ist. Ein Urteil, das diesem Erfordernis nicht entspräche, wäre zwar nicht nichtig — die Beziehung des Urteils auf den Prozeß gewisser Personen könnte durch andere Mittel als den Inhalt der Urteilsurkunde nachgewiesen werden; aber der praktischen Verwendung eines solchen Urteils würden sich große Schwierigkeiten in den Weg stellen; insbesondere würde die Vollstreckung tatsächlich nicht wohl möglich sein, da eine Vollstreckungsklausel nicht erreichbar wäre (vgl. CPO. § 727). Das Erkennbarmachen einer Person erfolgt durch Angabe von Merkmalen, die geeignet sind, die Person von anderen Personen zu unterscheiden. Man pflegt die Angabe solcher Merkmale als Individualisierung der Personen zu bezeichnen. Zur Individualisierung einer Person bedient man sich regelmäßig der Angabe des Namens, des Standes oder Gewerbes und des Wohnorts. Gewiß sind andere Individualisierungsmethoden denkbar, aber im modernen Verkehr ist jene Art der Individualisierung eingebürgert. Es entspricht dieser Verkehrssitte, daß die CPO. vorschreibt, die Parteien im Urteile nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort zu bezeichnen. Diese Vorschrift ist aber keine zwingende in dem Sinne, daß alle jene Angaben im Urteil enthalten sein müßten, um die erforderliche Individualisierung herzustellen. Es ist sehr wohl denkbar, daß der Kläger außerstand ist, Stand oder Gewerbe des Beklagten anzugeben, der Mangel dieser Angabe kann doch kein Hindernis sein, ein Urteil gegen den Beklagten zu erwirken. Ist eine juristische Person als Partei beteiligt, so entfällt regelmäßig die Angabe von Stand oder Gewerbe. Daß auch die Angabe des Wohnorts nicht unbedingt erforderlich ist, geht schon daraus hervor, daß Klagen gegen Personen erhoben werden können, deren Wohnort unbekannt ist. Freilich pflegt in diesen Fällen der frühere Wohnort angegeben zu werden; es genügt aber auch die Angabe des Geburtsorts oder des Heimatsorts. Bei juristischen Personen ist anstatt des Wohnorts der Sitz anzugeben.

Aus der gesetzlichen Vorschrift über die Individualisierung der Parteien durch Angabe von Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort darf auch nicht gefolgert werden, daß diese Angaben zur Individualisierung unter allen Umständen genügen. Wohnen in einem Orte (einer Stadt, einem Dorfe ꝛc.) mehrere Personen des gleichen Vor- und Zunamens und des gleichen Standes oder Gewerbes, so reichen die im Gesetze erwähnten Angaben zur Individualisierung nicht aus. In solchen Fällen sind weitere Unterscheidungsmerkmale (z. B. senior oder junior, Straße und Hausnummer der Wohnstätte oder Hausname, Abstammung) anzugeben.[2])

2) Welche Folgen hat eine im Urteil unterlaufene Unrichtigkeit einer auf die Parteibezeichnung bezüglichen Angabe?

Dienen die zur Parteibezeichnung vorgeschriebenen Angaben lediglich dem Zwecke der Personenindividualisierung, wie das in den voranstehenden Erörterungen dargelegt wurde, so kann die Unrichtigkeit einer solchen Angabe die Wirksamkeit des Urteils nur insoweit beeinträchtigen, als die Unrichtigkeit die Erkennbarkeit der als Partei fungierenden Person tatsächlich erschwert. Eine solche Erschwerung wird insbesondere bei unrichtiger Namensangabe eintreten, ist aber auch bei unrichtiger Angabe von Stand, Gewerbe oder Wohnort möglich.

[2]) Vgl. Protokolle der z. Ausarbeitung des Entw. einer Prozeßordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten f. d. Staaten des Nordd. Bundes Bd. 2 S. 529, in Bezug auf die Parteibezeichnung in der Klageschrift. Was hier in Bezug der Klageschrift gesagt ist, muß auch für das Urteil gelten.

Eine grundsätzliche Verschiedenheit zwischen dem Falle unrichtiger Namensangabe und dem Falle unrichtiger Angabe einer der anderen Individualisierungsmerkmale besteht nicht.

Betrachten wir zunächst die Unrichtigkeit der Namensangabe. Unrichtig ist jede Angabe eines Namens, den die betreffende Person nicht zu führen berechtigt ist.

Welchen Familiennamen ein Reichsangehöriger zu führen berechtigt ist, ergibt sich aus dem BGB. §§ 1355, 1577, 1616, 1706 (vgl. a. Einf.-Ges. Art. 208), §§ 1758, 1772. Zu einer Aenderung des Familiennamens, die nicht im BGB. (§§ 1355, 1577, 1758, 1772) vorgesehen ist, bedarf es in allen Bundesstaaten der landesherrlichen oder obrigkeitlichen Erlaubnis. Der richtige Vorname ergibt sich jetzt aus dem Eintrag in das standesamtliche Geburtsregister (vgl. NGes. betr. die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes vom 6. Februar 1875 §§ 22 Nr. 1), für die ältere Zeit aus dem Eintrag in das Tauf- oder Geburtsregister der zuständigen kirchlichen oder weltlichen Behörde. Eine Aenderung des Vornamens ist in einzelnen Staaten ebenso wie die Aenderung des Familiennamens nur mit landesherrlicher oder obrigkeitlicher Erlaubnis gestattet, in anderen Staaten aber freigegeben.[3])

Das Namensrecht eines Ausländers ist nach den Gesetzen des Staates zu beurteilen, dem der Ausländer angehört. Gehört eine Person keinem Staate an, so wird ihr Namensrecht nach den Gesetzen des Staates beurteilt, welchem die Person zuletzt angehört hat, und wenn sie auch früher einem Staate nicht angehört hat, nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Wohnsitz und in Ermangelung eines Wohnsitzes ihren Aufenthalt hat (vgl. Einf.-Ges. z. BGB. Art. 29).

Ein Kaufmann kann einen von seinem persönlichen Namen verschiedenen kaufmännischen Namen (Firma) führen. Er kann unter diesem Namen klagen und verklagt werden (HGB. § 17 Abs. 2), wenn sich der Prozeß auf ein Handelsgeschäft bezieht. Unter ihrer Firma kann auch eine offene Handelsgesellschaft und eine Kommanditgesellschaft klagen und verklagt werden (HGB. § 124 Abs. 1, § 161 Abs. 2, § 210 Abs. 2), obwohl diese Gesellschaften keine juristischen Personen, sondern Gesamthandsverbände der Gesellschafter, die Gesellschafter selbst also die Parteien des Prozesses sind. Natürlich kann die Partei, die unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, auch im Urteile mit der Firma bezeichnet werden. Zweckmäßig ist es allerdings, den persönlichen Namen des Firmainhabers neben der Firma im Urteil anzugeben, wenn jener Name von der Firma verschieden ist, denn die Doppelbezeichnung erleichtert die Erkennbarkeit der Partei; aber notwendig ist dies nicht.

Die Abweichung der im Urteil enthaltenen Namensangabe vom richtigen Namen kann kleiner oder größer sein. Unter die kleineren Abweichungen fällt die unrichtige Schreibweise gleich- oder ähnlichklingender Namen (Mayer statt Mair, Müller statt Miller, Pasch statt Basch ꝛc.). Eine etwas stärkere Abweichung liegt in der Angabe eines falschen Vornamens, die stärkste in der Angabe eines ganz anderen Familiennamens oder einer ganz anderen Firma. Hierher gehört auch der in den vorangeschickten Entscheidungen behandelte Fall, daß statt des wahren Familiennamens ein aus irgend einem Grund angenommener Name als Familienname angegeben ist.

---

[3]) Vgl. v Sicherer Personenstand und Eheschließung S. 96 ff. und Bl. f. adm. Pr. Bd. 28 S. 362 ff.; J. Müller ebenda Bd. 31 S. 241 ff., Bd. 32 S. 137 ff., Bd. 33 S. 230.

Die Abweichung vom richtigen Namen hindert die Vollstreckung nicht, wenn der Gerichtsvollzieher oder das Vollstreckungsgericht trotz der Unrichtigkeit mit Sicherheit erkennen kann, wer mit der falschen Bezeichnung gemeint ist. Es ist ganz unbedenklich, auf Grund eines gegen Julius Mayer lautenden Urteils die Vollstreckung gegen Julius Mair auszuführen, wenn der Gerichtsvollzieher oder das Vollstreckungsgericht weiß, daß der Julius Mair gemeint ist, was insbesondere zutrifft, wenn Julius Mair dies zugibt. Weiß der Gerichtsvollzieher, daß Balthasar Müller den Theaternamen Baldo Molinari führt, oder kann er das aus dem Adreßbuch oder einem Theateralmanach feststellen, so kann er ohne Weiteres das gegen Baldo Molinari lautende Urteil gegen Balthasar Müller vollstrecken. Ein Fehlgriff des Gerichtsvollziehers könnte im Wege der Einwendung nach CPO. § 766 repariert werden.

Wie aber, wenn die Vollstreckung tatsächlich nicht ausgeführt werden kann, weil zufolge der unrichtigen Namensangabe die Partei nicht mit Sicherheit zu erkennen ist?

Beruht die Unrichtigkeit auf einem Versehen des Gerichts oder des Gerichtsschreibers, so kann zweifellos die Berichtigung in dem Verfahren nach § 319 CPO. erreicht werden. Einigermaßen zweifelhaft ist, ob dieses Verfahren auch dann anwendbar ist, wenn die Unrichtigkeit darauf beruht, daß der Gegner der unrichtig bezeichneten Partei oder diese selbst dem Gericht einen unrichtigen Namen angegeben hat. Ein Versehen des Gerichts liegt in derartigen Fällen insofern nicht vor, als das Gericht den von der Partei angegebenen Namen in das Urteil setzen wollte. Aber ein Irrtum des Gerichts ist doch die Ursache der falschen Parteibezeichnung. Hätte das Gericht die Unrichtigkeit des von der Partei angegebenen Namens erkannt, so würde es nicht den angegebenen, sondern den richtigen Namen in das Urteil eingesetzt haben. Es liegt also ein Irrtum des Gerichts insofern vor, als das Gericht den ihm angegebenen unrichtigen Namen für den richtigen Namen der Partei gehalten hat, und dieser Irrtum ist für die Parteibezeichnung im Urteile bestimmend gewesen. Man kann das auch so ausdrücken: das Gericht hat den Irrtum der Partei übernommen. Die Rechtslage ist ebenso, wie wenn das Gericht einen Rechenfehler, den die Partei in der Addition eingeklagter Posten beging, nicht entdeckt und daher den Beklagten zur Zahlung einer zu hohen oder zu niedrigen Summe verurteilt hat; die Unrichtigkeit der Summe beruht auf einem Rechenfehler, den das Gericht von der Partei übernommen hat; der Umstand, daß die Partei den Rechenfehler dem Gerichte suggeriert hat, schließt nicht aus, daß das Gericht denselben Rechnungsfehler begangen hat. Ich möchte nun die Ansicht vertreten, daß das Berichtigungsverfahren des § 319 CPO. nicht bloß bei einem von dem Gericht ausgehenden, sondern auch bei einem dem Gerichte von der Partei suggerierten Irrtum zulässig ist; denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen diesen beiden Fällen, sondern läßt die Berichtigung stets zu, wenn die Unrichtigkeit auf einem Fehlgriff in der Erklärung (error in declaratione) beruht. Diese Ansicht findet sich auch in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. Dezember 1886, cit. in Entsch. f. Civils. Bd. 23 S. 406. In den Entscheidungen vom 1. Mai 1899 in Gruchots Beitr. z. Erl. d. DR. Bd. 43 S. 1238, vom 24. April 1902 in Gruchots Beitr. rc. Bd. 46 S. 1080 ff., vom 24. Mai 1902 in Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 165 (auch in Jur. Wochenschr. 1902 S. 362 Nr. 15) und vom 8. Oktober 1902 Jur. Wochenschr. 1902 S. 588 Nr. 7 hat sich das Reichsgericht aber auf einen anderen Standpunkt gestellt und eine Berichtigung für unzulässig erklärt, wenn die Unrichtigkeit durch eine unrichtige Angabe einer

Partei veranlaßt ist. Ich halte diesen Standpunkt, der auch in den oben abgedruckten Entscheidungen des Oberlandesgerichts Celle und des Kammergerichts vertreten ist, nicht für richtig.

Bei dieser Zwiespältigkeit der Rechtsprechung muß man immerhin die Möglichkeit ins Auge fassen, daß das Gericht die Berichtigung einer unrichtigen Namensangabe im Verfahren nach § 319 CPO. verweigert, wenn die Unrichtigkeit auf der Angabe einer Partei beruht. Es fragt sich: gibt es nicht noch andere Mittel, um die Schwierigkeiten zu überwinden, welche der Verwendung des Urteils mit unrichtiger Namensangabe entgegenstehen?

Handelt es sich darum, in einem späteren Prozesse das Urteil als maßgebend zu verwerten, so kann durch jede Art von Beweismittel bewiesen werden, welche Person mit der unrichtigen Namensangabe gemeint war. Handelt es sich um die Vollstreckung des Urteils, so kann in die Vollstreckungsklausel der richtige Name eingesetzt und dadurch das Hindernis beseitigt werden, wie das Kammergericht in der oben abgedruckten Entscheidung richtig ausgeführt hat. Natürlich muß die Partei, welche eine Namensberichtigung in der Vollstreckungsklausel verlangt, nachweisen, daß der Name, den sie in die Klausel eingesetzt haben will, der richtige Name der Partei ist. Dabei ist sie aber nicht auf die in § 727 Abs. 1 CPO. verlangten Beweismittel (öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden) beschränkt. Nach Analogie von § 728 dürfte zur Erteilung der die Namensberichtigung enthaltenden Vollstreckungsklausel die Anordnung des Vorsitzenden zu erholen sein.

Ist auch auf diesem Wege die Vollstreckung des Urteils tatsächlich nicht zu erreichen, sei es, weil der Gläubiger nicht in der Lage ist, genügendes Beweismaterial dafür zu beschaffen, daß die von ihm verlangte Parteibezeichnung die richtige ist, sei es, daß das Gericht (wie das Landgericht Berlin I in dem oben erwähnten Beschlusse vom 1. Dezember 1905) die Umstellung der Vollstreckungsklausel für unstatthaft hält, so bleibt dem Gläubiger nichts anderes übrig, als eine neue Klage zu erheben. Der neuen Klage steht der Einwand, daß in derselben Sache bereits ein Urteil gefällt worden sei, nicht entgegen, weil das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers, der das frühere Urteil tatsächlich nicht vollstrecken lassen kann, durch dieses Urteil nicht befriedigt ist. In dem neuen Prozesse kann sich der Kläger auf die Rechtskraft des früheren Urteils berufen, wenn die Identität der Parteien des früheren und des neuen Prozesses nicht bestritten oder von ihm bewiesen wird. Einwendungen gegen den in dem früheren Urteil festgestellten Anspruch sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sind, in welcher Einwendungen spätestens hätten geltend gemacht werden müssen (vgl. § 767 Abs. 2 CPO.)

Auch eine Klage, in der die Erteilung der auf den richtigen Namen lautenden Vollstreckungsklausel von dem Prozeßgerichte verlangt wird, dürfte nach Analogie von § 731 CPO. zuzulassen sein. Eine solche Klage ist ihrem Wesen nach nichts anderes als eine actio judicati und kommt im praktischen Effekt auf dasselbe hinaus, wie die Klage, in der nochmalige Verurteilung auf Grund des früheren Urteils verlangt wird. Das Verfahren ist billiger (vgl. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 8 und GO. f. RA. § 20, wonach bei solchen Klagen nur 6/10 der Gebühren zu erheben sind).

Die vorstehenden Erörterungen über die Folgen unrichtiger Namensangabe finden entsprechende Anwendung auf den Fall unrichtiger Angabe des Standes, Gewerbes oder Wohnorts der Partei.

3. Wie verhält es sich mit den Wirkungen des Urteils, wenn die in dem Urteil enthaltene Parteibezeichnung nachträglich unstimmig wird?

In Betracht kommt die nachträgliche Aenderung des Namens auf Grund landesherrlicher oder obrigkeitlicher Bewilligung, zufolge Eheschließung (BGB. § 1355), die Wiederannahme des früheren Namens seitens der geschiedenen Frau (BGB. § 1577 Abs. 2, 3), die Erteilung des Namens des Ehemanns der Mutter an deren uneheliches Kind (BGB. § 1706 Abs. 2 Satz 2), die Namensänderung durch Legitimation eines unehelichen Kindes (BGB. §§ 1719, 1723), zufolge der Annahme an Kindesstatt (BGB. § 1758) oder der Aufhebung der Annahme an Kindesstatt (BGB. § 1772), ferner die nachträgliche Aenderung von Stand oder Gewerbe und die nachträgliche Aenderung des Wohnorts.

Natürlich werden durch solche Aenderungen die Urteilswirkungen nicht berührt. Insbesondere kann das Urteil für und gegen die Partei, auf deren Seite die Aenderung eintrat, vollstreckt werden, ohne daß die Parteibezeichnung geändert wird. Aber auch hier können sich wie in den unter Ziff. 2 behandelten Fällen tatsächliche Schwierigkeiten ergeben, wenn der Gerichtsvollzieher oder das Vollstreckungsgericht Zweifel darüber hat, ob die Person für oder gegen welche die Vollstreckung verlangt wird, mit der im Urteile bezeichneten Person identisch ist. Eine Berichtigung des Urteils ist ausgeschlossen, weil die zur Parteibezeichnung verwendeten Angaben zur Zeit der Urteilsfällung zutreffend waren. Möglich ist dagegen die Erteilung einer Vollstreckungsklausel, in welcher neben der früheren Parteibezeichnung die jetzt zutreffenden Angaben eingesetzt werden; z. B.: „Das Urteil wird gegen Klara Mayer, Kaufmannsgattin zu Augsburg, frühere Klara Müller, Wirtstochter zu Nürnberg, für vollstreckbar erklärt". Sollte tatsächlich auch auf diesem Wege die Vollstreckung nicht zu erreichen sein, weil das Gericht die Einsetzung der jetzt zutreffenden Angaben in die Vollstreckungsklausel ablehnt, so bliebe noch, wie in den unter Ziff. 2 behandelten Fällen, die Erhebung einer neuen Klage übrig, die entweder auf nochmalige Verurteilung oder auf Erteilung der Vollstreckungsklausel mit neuer Parteibezeichnung gerichtet werden könnte.

Schließlich sei noch des Falles gedacht, daß die im Urteile zur Parteibezeichnung verwendete Firma nachträglich auf einen Anderen übergegangen ist. Der Uebergang der Firma allein bewirkt nicht den Uebergang der Urteilswirkungen auf den Anderen. Hat dieser mit der Firma die Geschäftsaußenstände übernommen, so kommt er als Cessionar, hat er mit der Firma auch die Geschäftsschulden übernommen (vgl. HGB. § 25), so kommt er als Schuldübernehmer in Betracht, der neben dem früheren Firmainhaber als Gesamtschuldner haftet. Um das Urteil für Rechtsnachfolger oder gegen den Schuldübernehmer zu vollstrecken, bedarf es der Umstellung der Vollstreckungsklausel nach CPO. §§ 727, 729 Abs. 2. Entsprechend verhält es sich, wenn die Firma auf den Erben übergegangen ist (vgl. HGB. § 27).

Der Erwerber und sein guter Glaube nach dem BGB.

Von W. Th. Francke, Oberlandesgerichtsrat a. D. in Hannover.

I. „Erwerber" ist den nachfolgenden Zeilen, wer auf Grund Erwerbsgeschäftes eine Sache zu Eigenbesitz erlangte. Guter Glaube des Erwerbers ist für diese Zeilen vorhanden, wenn ihm nicht von der Gegenpartei nachgewiesen

werden kann, daß, wenn ihm beim Erwerb derjenige Umstand bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, um deswillen ohne seinen guten Glauben der Erwerb ihm jedenfalls das Eigentum nicht verschaffen konnte. Ausnahmen des § 935 sind ferner diesen Zeilen die Fälle, in welchen die weder in Geld noch in einem Inhaberpapier bestehende, den Gegenstand eines Erwerbes bildende Sache weder im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert noch ihrem Eigentümer oder dessen Besitzesvertreter gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war.

Unter den Ausnahmen des § 935 wird nach den §§ 931—934 BGB. bekanntlich Eigentümer auch, wer von einem Nichteigentümer in gutem Glauben zu eigen erwirbt. Ist diesem, obwohl es ausdrücklich weder vom BGB. noch in den Materialien des BGB. geschieht, gleichzustellen, wer in gutem Glauben eine Sache zu eigen erwirbt

1. Seitens jemandes, der fälschlich als Vertreter des wirklichen Eigentümers sich angab, oder
2. von dem wirklichen Eigentümer, welcher durch besonderen Tatbestand gesetzlich, indes nicht bloß zwecks Schutzes bestimmter Personen behindert ist, seines Eigentums sich zu entäußern?

II. Es verneinen die erste Frage u. a.:

a) das OLG. Stettin vom 29. Januar 1902 laut Soergel's „Rechtsprechung" von 1904 S. 212;
b) Dernburg, BR. § 104 Anm. 2;
c) Biermann, Sachenrecht Anm. 6g zu § 932 BGB.;
d) Fuld im Arch. Civ.-Prax. Bd. 89 S. 407/408;
e) Jul. Levy in § 18 seiner Freiburger Dissertation von 1903: „Die Voraussetzungen des gutgläubigen Fahrnis-Erwerbs nach §§ 932—936 BGB. und §§ 366, 367 HGB.

Es verneinen die zweite Frage u. a.: Oberlandesgerichtsrat Schönfeld in Deutsch. Jur.-Zeitung von 1906 S. 697 und wenigstens mittelbar Planck in Anm. 2 und 5 zu § 735 BGB.; ich glaube auch, wer die erste Frage verneint, wird auch die zweite verneinen. Bejaht werden beide Fragen von J. Kohler in der neuen Holtzendorff'schen Encyclopädie Bd. 2 S. 612 ganz entschieden, aber ohne Angabe weiterer Gründe als des Grundes entsprechender Anwendung des Grundsatzes der Verkehrssicherheit, ferner, wie es wenigstens scheint, auch von Endemann, BR. Bd. 2 § 81 Anm. 15 und unter weiterer Begründung von Wendt im Arch. Civ.-Prax. Bd. 89 S. 1—84.

III. Wendt's Gründe sind indes meines Erachtens sämtlich durch Levy a. a. O. so gut widerlegt, daß auf diese Widerlegungen verwiesen und hier nur über sie kurz berichtet werden darf.

Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, heißt es in § 366 HGB., so finden die Vorschriften des BGB. zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft. Wendt sagt S. 76 fg. hierzu: Für den Verkehr legitimiert der Besitz ebensogut als sonstigen Veräußerungs-Befugten wie als Eigentümer; § 366 HGB. muß daher nur als eine vollkommene Wiedergabe der Vorschriften in den §§ 933 und 934 BGB. angesehen und die Auslegung der letzteren daher über ihren Wortlaut ausgedehnt werden. Dagegen verweist Levy zunächst auf die Motive des BGB. Bd. 3 S. 344 fg. Hier heißt es zwar in Bezug auf § 897 des ersten Entwurfs, welchen die §§ 533

und 534 BGB. inhaltlich gleich sind: „Bei beweglichen Sachen bildet an Stelle des Grundbuchs die Inhabung und der Besitz des Veräußerers, welche denselben befähigen, den Erfordernissen des dinglichen Vertrages in der Uebergabe zu genügen, die Grundlage des zu schützenden guten Glaubens" und: „Auf die Uebereinstimmung mit den Vorschriften des HGB. ist der größte Wert zu legen". Es heißt hier aber auch: „An dem Irrtum des Erwerbers über das Eigentum des Veräußerers trägt in der Regel der Eigentümer in höherem Grade Schuld als der Erwerber; deshalb ist es der Billigkeit mehr entsprechend, den Nachteil von dem ersteren tragen zu lassen" und weiter: „Der Entwurf läßt nur den Mangel des Eigentumes des Veräußerers durch die bona fides des Erwerbers gedeckt werden". „Ein Irrtum des Erwerbers in Ansehung sonstiger rechtsgeschäftlicher Erfordernisse, wie Vertretungsmacht, Geschäftsfähigkeit u. dergl., verdient nicht eine ähnliche Begünstigung; es würde unbillig sein, wenn man die schädlichen Folgen eines solchen Irrtumes von dem Irrenden auf einen Dritten, den Eigentümer der Sache, abwälzen wollte". Levy weist ferner darauf hin, daß die Denkschrift zum HGB. für dieses „eine weitergehende Berücksichtigung des guten Glaubens gegenüber den §§ 933 und 934 BGB. als vorhanden erklärt, sowie daß die allerdings nicht wenigen Fälle, in denen nach dem BGB. der gute Glaube gleich wie im Fall der §§ 933 und 934 einen anderen sonst zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Umstand zu ersetzen vermag, sämtlich je durch Sondervorschriften geordnet sind; man sehe §§ 936, 1032, 1138, 1207, 1208, 1244, ferner §§ 892, 893, 1155 und 407.

Während für den Fall, daß jemand in gutem Glauben von einem anderen erwarb, dem das Eigentum nur unter einer auflösenden Bedingung zuteil geworden, die dann später eintritt, § 185 BGB. die Vorschriften zu Gunsten derjenigen entsprechend anwenden heißt, welche Rechte von einem Unberechtigten herleiten, fehlt solche Vorschrift laut § 185 für den Fall, daß jemand in gutem Glauben von einem anderen erwirbt, welchem die Sache nur unter einer später eintretenden oder ausfallenden Bedingung zuteil geworden, und unbestrittenermaßen ist jener auch Eigentümer vorbehaltlich der Ausnahmen des § 935. Wendt führt dies als Beweis an für allgemeine Wirksamkeit des guten Glaubens bei Eigentumerwerbs-Geschäften. Levy aber weist darauf hin, daß hier, wenn die Bedingung ausfällt, von einem Nichtberechtigten im guten Glauben erworben ist, § 933 oder § 934 also unmittelbar Platz greift.

IV. Wenn, wie aus Vorstehendem erhellen wird, vom Gesetzgeber eine weitere Anwendung des Grundgedankens der §§ 933 und 934 BGB. ohne besondere gesetzliche Vorschrift nicht gewollt ist und das BGB. nichts vorschreibt, was zu Gegenteiligem hinleitete, so würden die oben aufgestellten Fragen wohl auch dann zu verneinen sein, wenn sich kein vernünftiger Grund denken ließe, über ihre Tatbestände gesetzlich anders zu bestimmen, als über die Tatbestände der §§ 933 und 934. Die Motive behaupten, wie aus obigem ersichtlich, wenigstens hinsichtlich der ersten Frage solchen Grund, und ich meine, solcher ist hinsichtlich beider Fragen sehr wohl denkbar.

Ob, wer veräußert, für den Eigentümer oder für einen zur Veräußerung befugten Vertreter des Eigentümers aus tatsächlichem Irrtum fälschlich sich hält, und ob ein solcher für das eine oder das andere wissentlich der Wahrheit zuwider sich ausgibt, muß allerdings für dessen Verhältnis zum Eigentümer an sich für gleichgültig erachtet werden. Nicht gleichgültig ist das eine wie das andere aber für das Verhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber. Ohne daß ein besonderer Verdachtsgrund vorliegt, möchte ein Erwerbslustiger

nicht für verpflichtet zu erachten sein, den Veräußerungslustigen, welcher Eigentümer zu sein angibt, nach seinen Vormännern oder auch nur nach seinem Vormann zu fragen, denn der vollkommene Beweis des Eigentums einer beweglichen Sache ist auch jetzt noch immer etwas „diabolisch", eine bezügliche Nachforschung daher regelmäßig ungeeignet, guten Glauben zu verschaffen oder zu zerstören. Wohl aber wird guter Glaube regelmäßig fallen müssen, wenn die Angabe des Veräußerungslustigen über die Person, für welche er zu veräußern behauptet, als unwahr sich herausstellt, und daher wird, wer mit solchem Veräußerungslustigen verhandelt, wenigstens in den Verhältnissen des gewöhnlichen bürgerlichen Lebens regelmäßig für verpflichtet erachtet werden müssen, bei dem angeblichen Geschäftsherrn Auskunft zu suchen; weigert aber der Veräußerungslustige die Angabe des Geschäftsherrn, so ist dies meines Erachtens regelmäßig schon ein Verdachtsgrund und keineswegs mit Wendt a. a. O. um deswillen für völlig unerheblich zu erachten, weil öfters „der Eigentümer, welcher verkaufen läßt, ungenannt bleiben will und die Nennung seines Namens verbietet".

Im Handel oder doch im Großhandel verlangt freilich der Betrieb oftmals Entschlüsse, welche in kürzerer Zeit zu fassen sind als die Frist dafür beträgt, und außerdem ist hier, insbesondere beim Kommissionshandel, die Grenze zwischen Eigentümer und sonstigen Verfügungsberechtigten nicht selten recht flüssig. Es ist daher auch der Unterschied zwischen den Vorschriften des § 366 HGB. und der §§ 933, 934 BGB. nicht unerklärlich.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Unbescholtenheit im Sinne des § 1300 BGB. Beweislast. Die Klägerin verlangt von dem Beklagten eine Entschädigung in Höhe von 5000 Mk. Sie behauptet, der Beklagte habe sich mit ihr im September 1901 verlobt, im Hinblick auf die künftige Heirat habe sie ihre Stellung als Stickerin in einem Herrengarderobegeschäft aufgegeben und verschiedene Heiratsanträge abgewiesen, am 20. März 1903 habe er das Verlöbnis ohne Grund aufgehoben, am 16. April 1903 habe sie ein Kind geboren, dessen Vaterschaft er anerkannt habe. Das Landgericht wies die Klage als unbegründet ab, weil die Klägerin nicht als unbescholtene Verlobte im Sinne des § 1300 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzusehen sei. Auf Berufung der Klägerin erklärte das Oberlandesgericht den Klageanspruch dem Grunde nach für berechtigt.

Auf die Revision des Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Berufungs-Gründe: Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Unstreitig sei, daß ein Verlöbnis bestanden und Klägerin als Verlobte dem Beklagten die Beiwohnung gestattet habe, ferner, daß der Beklagte von dem Verlöbnis zurückgetreten sei. Der Beklagte sei beweispflichtig für seine Behauptungen, daß ein wichtiger Grund für den Rücktritt vorgelegen habe und daß die Klägerin bescholten gewesen sei. Als Rücktrittsgründe habe er nur Tatsachen geltend gemacht, aus denen sich auch Bescholtenheit ergeben solle, als Rücktrittsgründe hätten aber diese Tatsachen insoweit auszuscheiden, als sie dem Beklagten zur Zeit der Verlobung bekannt gewesen seien. „Bescholtenheit" sei nicht mit geschlechtlicher Reinheit identisch, auch ein nicht einwandfreies Vorleben komme

nur in Betracht, wenn es den sittlichen Ruf des Mädchens in der Allgemeinheit oder doch in ihren Verkehrskreisen bereits geschädigt habe, der Ruf sei das durch § 1300 des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschützte Rechtsgut, nicht die geschlechtliche Sittenreinheit an sich. Gegen die Klägerin sei nur erwiesen, daß sie 1898 mit ihrem Hausgenossen M., einem Studenten der Medizin, öfters abends ausgegangen sei und ein- oder zweimal den Beischlaf vollzogen habe. Eine Vermutung für die Bescholtenheit begründe dieser Fehltritt nicht, Beklagter habe davon rein zufällig mit Hilfe der Stiefmutter der Klägerin erfahren. Die Kenntnis der Stiefmutter begründe natürlich noch keine Bescholtenheit. Beklagter habe ferner der Klägerin einen Eid zugeschoben. Soweit die Eideszuschiebung auf Beischlafsvollziehung mit „anderen Männern" gehe, sei sie wegen mangelnder Bestimmtheit der zu beschwörenden Tatsache unzulässig. Unzulässig sei die Eideszuschiebung auch, soweit sie dahin gerichtet sei, daß Klägerin mit einem Leutnant, von dem sie selbst dem Beklagten erzählt, den Beischlaf vollzogen habe, auch hier fehle jede genauere Individualisierung nach Ort, Zeit und Person. Eventuell würde selbst dieser Geschlechtsverkehr, da seine Ruchbarkeit nicht behauptet sei, keine Bescholtenheit zur Folge gehabt haben, zumal wenn man Stand und Bildungsgrad der Klägerin in Betracht ziehe. Beklagter habe weiter den Eid darüber zugeschoben, daß Klägerin sich ihm beim ersten Besuch im Jahre 1898 in freiester Weise geschlechtlich preisgegeben, bis 3 Uhr Nachts bei ihm geblieben sei, auch später ganze Nächte bei ihm zugebracht, ihm auch von früherem Geschlechtsverkehr erzählt habe. Dieses willfährige Entgegenkommen könne der Beklagte nicht gegen die Klägerin verwerten, da es einerseits keine Bescholtenheit begründe und andererseits seine Verlobung nicht gehindert habe. Wenn, wie Beklagter unter Eideszuschiebung weiter behaupte, Klägerin Nachts in Gesellschaft angeheiterter Studenten von ihm betroffen worden sei und ihm den Studenten M. als ihren Bruder bezeichnet habe, so sei dies entschuldbar, da die Aufdeckung peinlicher früherer Beziehungen vermieden werden sollte. Der Eid sei noch darüber zugeschoben worden, ob Klägerin nicht wegen Geschlechtskrankheit ärztlich untersucht worden sei. Die angebliche Geschlechtskrankheit sei aber in keiner Weise näher bezeichnet, Zeit und Art ihrer Entstehung sei ungewiß, so daß sie von dem Studenten M. übertragen oder ohne jeden Geschlechtsverkehr erworben sein könne; sie sei deshalb unerheblich. Demnach scheide die gesamte Eideszuschiebung aus, auch bedürfe es keines Beweises über die positive Unbescholtenheit der Klägerin, die in Ermangelung jedes Gegenbeweises zu vermuten sei.

Den Angriffen, die die Revision gegen diese Entscheidung erhebt, ist Erfolg zu gewähren.

Das Berufungsgericht geht bei der Beurteilung des Falles davon aus, der Beklagte habe den Beweis der Bescholtenheit der Klägerin zu erbringen. Diese Auffassung des Berufungsgericht ist rechtsirrig. Nach der Fassung des § 1300 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist anzunehmen, daß die Unbescholtenheit der Verlobten eine Voraussetzung des dort gewährten Anspruchs ist, so daß denjenigen die Beweislast trifft, der den Anspruch erhebt. Nach dem I. Entwurf sollte die Deflorationsklage überhaupt ausgeschlossen sein und selbst der unbescholtenen Verlobten keine Entschädigung für den Verlust der weiblichen Ehre und die dadurch herbeigeführte Erschwerung der Verheiratung zukommen (Motive Bd. 4 S. 916). Nachdem in der Kommission für die 2. Lesung ein Antrag Annahme gefunden hatte, wonach einer Frauensperson, die durch Anwendung hinterlistiger Kunstgriffe zur Gestattung des außerehelichen Beischlafs verleitet werde, ein Schadensersatzanspruch eingeräumt werden sollte, wurde es für folgerichtig gehalten, auch der Braut, die dem Verlobten die Beiwohnung gestatte,

einen Entschädigungsanspruch zu gewähren, weil die Braut den Beischlaf nur gestatte in der Aussicht auf die künftige Eheschließung, in diesem Falle also die Verführung durch das Verlöbnis ersetzt werde. Doch erschien es als eine Forderung der Billigkeit, als Voraussetzung des Anspruchs Unbescholtenheit zu verlangen. Daß Beweisschwierigkeiten sich erheben könnten, wurde dabei nicht verkannt (Kommissions-Protokolle Bd. 4 S. 697, 698).

Demgemäß ist, wie auch in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 19. Juni 1902 (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 52 S. 47) angenommen ist, zur Begründung eines auf § 1300 gestützten Anspruchs die Behauptung und nötigenfalls der Nachweis erforderlich, daß die Frauensperson, zu der Zeit, als sie die Beiwohnung gestattete, unbescholten war. Der Nachweis der Unbescholtenheit ist allerdings insolange nicht erforderlich, als keine Anzeichen für den Mangel der Unbescholtenheit gegeben sind. Sobald aber Tatsachen vorliegen, die geeignet sind, eine Bescholtenheit herbeizuführen, ist es Sache der Klägerin, darzutun, daß sie trotzdem unbescholten geblieben ist. Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts fehlt es nicht an Anzeichen dafür, daß die Klägerin zu der Zeit, als sie dem Beklagten die Beiwohnung gestattete, nicht unbescholten war.

Der Berufungsrichter hat gegen die Bestimmung des § 1300 nicht allein dadurch verstoßen, daß er den Beklagten für beweispflichtig erachtete, sondern auch dadurch, daß er den Nachweis einer Bescholtenheit verlangte. Nicht schon diejenige Frauensperson, gegen die der Nachweis der Bescholtenheit nicht erbracht werden kann, ist entschädigungsberechtigt, sondern nur diejenige, deren Unbescholtenheit anzunehmen ist. Die Unbescholtenheit erfordert Unversehrtheit der Geschlechtsehre (vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Rechtsprechung Bd. 3 S. 169, Bd. 4 S. 469, Entscheidungen Bd. 35 S. 46, Bd. 37, S. 94), und zwar gleichmäßig in allen Ständen und Gesellschaftsklassen (vgl. Entscheidungen in Strafsachen Bd. 37 S. 95). Wann im einzelnen Falle von einer Frauensperson zu sagen ist, ihre Geschlechtsehre sei nicht rein, nicht unversehrt, hängt wesentlich von tatsächlicher Beurteilung ab, wobei den Anschauungen und Gepflogenheiten der verschiedenen Stände und Gesellschaftsklassen Rechnung zu tragen ist. Daß geschlechtliche Ausschreitungen einer Frauensperson in einem weiteren Kreise bekannt geworden sein müßten, ehe angenommen werden könnte, die Geschlechtsehre sei nicht unversehrt, ist nicht zu fordern. Auch diejenige, die nur in engem Kreise oder bei einzelnen Personen „bescholten" ist, kann die Bezeichnung einer unbescholtenen Person nicht für sich in Anspruch nehmen. Eine ganz andere Frage ist die in dem Urteile des Reichsgerichts Bd. 52 S. 64 entschiedene, ob nämlich derjenige, der eine Frauensperson verführt, sich dann mit ihr verlobt, aus seiner eigenen unsittlichen Handlung einen Einwand gegen die Entschädigungsforderung herleiten kann. Im vorliegenden Falle hängt die Entscheidung nicht von dieser Frage ab. Nach dem Berufungsurteile steht fest, daß die Klägerin, bevor sie den Beklagten kennen lernte, mit einem Dritten, einem Studenten der Medizin, ein- oder zweimal den Beischlaf vollzogen hat. Regelmäßig wird eine freiwillige Vollziehung des Beischlafs dazu führen müssen, der Frauensperson die Unbescholtenheit abzusprechen. Immerhin sind Umstände denkbar, die die Annahme gestatten können, ein Mädchen habe trotz einer Verführung die Geschlechtsehre unversehrt erhalten. Daß solche Umstände vorliegen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Was die Eideszuschiebung des Beklagten anlangt, so ist die Eideszuschiebung darüber, ob die Klägerin mit „anderen Männern" geschlechtlich verkehrt habe, mit Recht nach § 451 der Civilprozeßordnung für unzulässig erklärt worden. Die Revision hat in dieser Hinsicht auch keinen Angriff erhoben. Aber die Eides-

zuschiebung darüber, die Klägerin habe, bevor sie den Beklagten kennen lernte, mit einem Leutnant, von dem sie selbst ihm erzählt, den Beischlaf vollzogen, ist mit Unrecht zurückgewiesen worden; die Tatsache, über die der Eid geleistet werden soll, ist hier hinreichend bestimmt bezeichnet.

Unter Eid ist weiter die Behauptung gestellt, die Klägerin habe sich bei ihrem ersten Besuche dem Beklagten in freiester Weise geschlechtlich preisgegeben, sei bis 3 Uhr Nachts bei ihm geblieben, habe später ganze Nächte bei ihm zugebracht, auch von früherem Geschlechtsverkehr erzählt. Dieses Vorbringen des Beklagten ist gleichfalls von dem Berufungsgericht aus unzutreffenden Gründen zurückgewiesen worden. Das Entgegenkommen der Klägerin soll nicht, wie der Berufungsrichter annimmt, von dem Beklagten zur Begründung der Bescholtenheit verwertet werden, sondern es sollen mit der Eideszuschiebung Tatsachen bewiesen werden, welche die Annahme rechtfertigen können, daß die Klägerin schon zu der Zeit, als der Beklagte sie kennen lernte, an geschlechtlichen Verkehr mit Männern gewöhnt, und daß schon zu jener Zeit ihre Geschlechtsehre nicht mehr unversehrt war. Dasselbe Ziel verfolgte der Beklagte offenbar auch mit der Eideszuschiebung darüber, ob Klägerin nicht wegen Geschlechtskrankheit ärztlich untersucht worden sei, und ob sie nicht Nachts in Gesellschaft angeheiterter Studenten den Zeugen M. als ihren Bruder bezeichnet habe. Wird die Beweislast richtig verteilt und geht das Berufungsgericht von der richtigen Auffassung des Begriffes der Unbescholtenheit aus, so wird auch dieses Vorbringen des Beklagten eine andere Würdigung zu finden haben. IV. Civilsenat Nr. 227/05. Urteil vom 2. November 1905.

Zum Begriff der Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Der Beklagte ist Eigentümer der über den A.-Bach führenden Holzbrücke und zu deren Unterhalt verpflichtet. Infolge des von ihm am Tage des Unfalls wahrgenommenen Fehlens eines Querbalkens des Geländers ist der Gatte und Vater der Kläger von der Brücke in das Wasser gestürzt und hat hierbei den Tod gefunden.

Das Landgericht in C. hat die Schadensersatzklage der Witwe und der Kinder des Getöteten abgewiesen, das Oberlandesgericht in C. die Ansprüche der Kläger dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen: Der Beklagte hatte wie im Strafverfahren so auch im Prozesse geltend gemacht, er sei infolge der schweren Krankheit seiner Frau, deren Zustand gerade an jenem Tage das schlimmste habe befürchten lassen, und durch die von der Kranken verlangte Abendmahlsfeier in so große Gemütsbewegung versetzt und von diesen Sorgen so sehr befangen gewesen, daß er an die Reparatur des Brückengeländers nicht mehr gedacht habe. Der erste Richter hat denn auch, indem er sich die Gründe des Urteils der Strafkammer zu eigen macht, angenommen, daß dem Beklagten bei den obwaltenden besonderen Umständen die Unterlassung einer Ausbesserung der Brücke nicht zum Verschulden angerechnet werden könne. Das Berufungsgericht ist hierin anderer Ansicht: Die Frage, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen sei, müsse nach dem in § 276 BGB. aufgestellten Maßstabe objektiv entschieden werden. Die Allgemeinheit habe ein Recht auf Beobachtung dieser Sorgfalt und der durch Vernachlässigung dieser Sorgfalt Geschädigte könne Ersatz seines Schadens verlangen, wenn der Schädiger „als ordentlicher Hausvater, der sich in jeder Lebenslage seiner Pflichten bewußt bleibt, die Schadenszufügung hätte vermeiden müssen". Aber selbst dann, wenn die von dem Reichsgerichtsurteile vom 22. Oktober 1903 (in der Strafsache gegen den Beklagten) für die Strafbarkeit einer

Fahrlässigkeit aufgestellten Grundsätze in gleicher Weise auch für die civilrechtliche Verantwortlichkeit zutreffende sein sollten, sei die konkrete Sachlage nicht derart, daß dem Beklagten seine Fahrlässigkeit nicht zur Schuld angerechnet werden könnte. Der Beklagte möge am fraglichen Tage wegen seiner Frau — die infolge ihrer Nervosität ihre Krankheit für viel schlimmer gehalten habe, als sie wirklich war — in großer Besorgnis und sehr gedrückter Stimmung gewesen sein; indessen sein Verhalten im Laufe des Tages lasse erkennen, daß dadurch sein Denk- und Handlungsvermögen nicht vollständig in Anspruch genommen, nicht vollständig für andere Dinge ausgeschlossen gewesen sei. Dies wird in dem Urteil des näheren ausgeführt und schließlich wird gesagt, das Gericht halte es für ausgeschlossen, daß das Denkvermögen des Beklagten durch die Sorge um seine Frau bis zur Urteilslosigkeit getrübt gewesen sei.

Die Revision greift die Auffassung des Berufungsgerichts als rechtsirrtümlich an. Der Berufungsrichter verkenne die Objektivität des in § 276 des BGB. aufgestellten Maßstabes; diese werde dadurch nicht beeinträchtigt, daß besondere Umstände berücksichtigt würden, welche auf das zeitweilige Verhalten auch eines sorgsamen Mannes von Einfluß seien, wie z. B. die Angst und Aufregung um die todkranke Frau. Es dürfe nur nicht Rücksicht genommen werden auf Umstände, welche lediglich für wenige besonders geartete Menschen eine rein subjektive Rolle spielen, wie Aberglauben, Furcht vor unwesentlichen Dingen oder dergleichen. Im übrigen habe man nicht mit einem „abstrakten Menschen" zu rechnen, sondern mit dem wirklichen Menschen, und es müßten also solche Umstände berücksichtigt werden, wodurch jeder verständige Mensch notwendig beeinflußt werde. Viel zu weit gehe der Berufungsrichter sodann, wenn er verlange, daß das Denkvermögen des Beklagten „bis zur Urteilslosigkeit hätte getrübt" sein müssen. Davon sei nicht die Rede gewesen, daß der Beklagte sich in einem Zustand völliger Unzurechnungsfähigkeit befunden habe.

Die Gründe des Berufungsurteils können, wie der Revision zuzugeben ist, an einigen Stellen zu rechtlichen Bedenken Anlaß geben. Allein das Ergebnis, zu welchem der Berufungsrichter für den vorliegenden Fall gelangt, verstößt gleichwohl nicht gegen die richtig verstandene Gesetzesnorm.

Außer Zweifel steht, daß das BGB. mit der Begriffsbestimmung in § 276 Abs. 1 Satz 2 für die Fahrlässigkeit einen abstrakten Maßstab aufgestellt hat, welcher dem Verhalten der Allgemeinheit, nicht demjenigen bestimmter Einzelpersonen entnommen ist: die im Verkehr erforderliche Sorgfalt — das ist die von dem normalen, ordentlichen und gewissenhaften Menschen in dem betreffenden Verhältnisse des Verkehrs anzuwendende Sorgfalt —, und daß es danach grundsätzlich nicht auf das Wesen und die subjektive Veranlagung der handelnden Person ankommt (vgl. Planck, Komm. Bd. 1 Vorbemerkungen, 3. Aufl. S. 40 ff.); Weyl, System der Verschuldensbegriffe u. s. w. § 31 Nr. 8 S. 111 ff. und die Zusammenstellung über Literatur und Rechtsprechung S. 112 Nr. 4, 5). Aber dieser abstrakte oder objektive Maßstab schließt nicht aus, daß im Einzelfalle die besonderen Umstände, unter denen die Handlung oder Unterlassung erfolgt, in Rücksicht zu ziehen sind. Es ist dann die Frage dahin zu stellen, wie sich unter gleichen Umständen, in gleicher Lage ein verständiger, gewissenhafter Mensch benommen hätte (vgl. insbesondere Dernburg, d. bürgerl. Recht Bd. 2 S. 1 § 63, 3. A. S. 147 bei II 2 b; Schollmeyer im Komm. von Hölder Bd. 2 zu § 276 S. 100 zu 1 b). Von diesem Standpunkte aus ist die Ausdrucksweise des Berufungsurteils, daß eine Schadensersatzpflicht begründet sei, wenn der Schädiger als ordentlicher Hausvater, „der sich in jeder Lebenslage seiner Pflichten bewußt bleibt", die Schadenszufügung hätte vermeiden müssen, nicht

als zutreffend anzuerkennen. Es sind Lebenslagen denkbar, in welchen auch der verständige Mann, der ordentliche Hausvater, nach dem Maße der durchschnittlichen Erkenntnisfähigkeit, Geschicklichkeit und Kaltblütigkeit bemessen, durch die Umstände daran gehindert sein kann, allseitig seiner Pflichten sich bewußt zu bleiben und auf deren Erfüllung bedacht zu sein. So kann es vorkommen, daß eine drohende unmittelbare Gefahr bei notwendigem raschem Entschlusse die Besonnenheit des normal veranlagten Menschen beeinträchtigt und, trotz sachwidrigen Handelns den Vorwurf der Fahrlässigkeit ausschließt (vgl. Jur. Wochenschr. 1902 S. 31, 28, S. 136, 52; Dernburg a. a. O. Note 11). Und so mag es auch Fälle geben, in denen die Sorge um Leib und Leben eines nahen Angehörigen jedem, auch dem gewissenhaften, normalen Menschen zeitweilig die Fähigkeit benimmt, seiner Rechtspflicht Dritten gegenüber zu gedenken und ruhig seine Handlungsweise zu überlegen. Es wäre alsdann nicht lediglich ein in der Individualität des Betreffenden gelegenes Moment, sondern eine objektiv gegebene Sachlage und die allgemeine menschliche Natur, was hier für Verneinung der Fahrlässigkeit in Betracht zu ziehen war.

Indes ein Fall dieser letzteren Art liegt nach dem in dem Berufungsurteil festgestellten Sachverhalt eben nicht vor. Der Berufungsrichter hat, wie vorstehend erwähnt, im weiteren auch von dem in dem Reichsgerichtsurteile vom 22. Oktober 1903 und im Prozesse von dem ersten Richter angenommenen Rechtsstandpunkte aus die Sachlage geprüft und hierbei diese konkrete Sachlage nicht für eine derartige befunden, welche den Vorwurf des Verschuldens beseitigen könnte. Es wird erwogen, daß der Beklagte, als er morgens auf dem Wege nach H. an der Brücke den heruntergefallenen Querbalken bemerkte, diesen sorgfältig an die Seite legte, daß er in H. nach erfolgter Rücksprache mit dem Pastor auch dem Gottesdienst beiwohnte, was immerhin beweise, daß er seine Ruhe nicht ganz verloren hatte; weiter, daß er sich etwa 3½ Stunden lang von der kranken Frau getrennt und sie während dieser Zeit der Obhut seiner Schwester und einer Magd überlassen hatte; daß er sich ganz wohl noch die kurze Zeit habe abmüßigen können, um die Wiederherstellung des Brückengeländers anzuordnen, wozu ihm sein Dienstpersonal zur Verfügung stand; daß ihm auch nach seiner Rückkehr bis zur Reichung des heiligen Abendmahls (nach 5 Uhr abends) hierzu genügende Zeit blieb u. s. w. Aus all' diesen tatsächlichen und insofern unangreifbaren Feststellungen erhellt, daß der Beklagte sich zur fraglichen Zeit nicht in einer solchen Lage befand, welche dem normalen gewissenhaften Mann die Ruhe und Besonnenheit in dem Grade benommen hätte, um seine Gedanken gänzlich von anderen Dingen und insbesondere von der offensichtlichen Gefährdung Dritter durch das fehlende Brückengeländer abzulenken. Das wird — der Sache nach — auch von dem Berufungsgericht verneint, wenngleich dieses konkret von der Geistes- und Gemütsverfassung des Beklagten spricht. Die Wendung des Berufungsurteils sodann, es sei ausgeschlossen, daß das Denkvermögen des Beklagten durch die Sorge um seine Frau „bis zur Urteilslosigkeit getrübt" gewesen sei, mag allerdings zu beanstanden sein. Allein damit soll dem ganzen Zusammenhang nach nicht etwa ein Zustand der Bewußtlosigkeit oder ein die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit (BGB. § 827) bezeichnet, sondern nur wiederholt ausgesprochen werden, daß das Denk- und Vorstellungsvermögen des Beklagten nicht in dem Maße von der häuslichen Sorge beeinflußt gewesen sei, wie dies der erste Richter angenommen hatte. — Auf den Grad des subjektiven Verschuldens kam für die Haftung des Beklagten an sich nichts an. VI. Civilsenat Nr. 171/05. Urteil vom 25. Januar 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen).

Erteilung der Vornamen und Berichtigung ihrer Beurkundung im Geburtsregister des Standesamts.

Am 1. Mai 1903 zeigte der Söldner Johann M. von H. dem Standesbeamten mündlich an, daß seine Ehefrau Anna M. am 26. April 1903 einen Knaben geboren und daß dieser den Vornamen „Johann" erhalten habe. Dem Inhalte der Anzeige gemäß erfolgte die Eintragung des Geburtsfalles in das Geburtsregister. In der Taufmatrikel des kath. Pfarramts ist als Vorname des Knaben gleichfalls der Name „Johann" eingetragen. Am 25. Mai 1905 erklärte Johann M. vor dem Bürgermeister von H., der Knabe habe den Vornamen „Johann Baptist" erhalten. Aus diesem Anlasse stellte das Bezirksamt an das Amtsgericht E. den Antrag, das Geburtsregister dahin zu berichtigen, daß statt des Vornamens Johann der Vorname Johann Baptist eingetragen werde. Das Amtsgericht lehnte den Antrag ab, weil kein Beweis dafür erbracht sei, daß der Knabe auf den Namen Johann Baptist getauft wurde, aus der pfarramtlichen Matrikel vielmehr hervorgehe, daß er in der Taufe den Vornamen Johann erhalten hat. Von dem Bezirksamt Eggenfelden wurde nunmehr die Befragung des Johann M. darüber angeordnet, ob der Name Johann Baptist dem Knaben vor oder nach der Geburtsanzeige erteilt worden sei, worauf Johann M. die Erklärung abgab, er habe dem Knaben diesen Vornamen schon vor der Beurkundung des Geburtsfalles gegeben, bei dem Standesamte aber nur den Vornamen Johann angegeben, weil er geglaubt habe, daß dies genüge. Unter Bezugname auf diese Erklärung legte das Bezirksamt gegen die Verfügung des Amtsgerichts die Beschwerde ein.

Das Landgericht L. hat die Beschwerde mit Beschluß vom 16. Oktober 1905 zurückgewiesen, in dem ausgeführt ist, in der Geburtsurkunde sei der von Johann M. vor dem Standesbeamten erklärte Wille richtig beurkundet, darauf, ob Johann M. dem Knaben in Wirklichkeit den Namen Johann Baptist habe beilegen wollen, komme nichts an. Gegen diese Entscheidung hat das Bezirksamt E. die weitere Beschwerde eingelegt. Die weitere Beschwerde ist in formeller Beziehung nicht zu beanstanden, insbesondere ist das Beschwerderecht des Bezirksamts als der mit der Aufsicht über die Amtsführung des Standesbeamten betrauten Behörde anzuerkennen (Neue Samml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 2 S. 581 — Bl. f. RA. Bd. 67 S. 174 —), und sie muß auch als begründet erachtet werden.

Da die Standesregister nach § 15 des Personenstandgesetzes diejenigen Tatsachen, zu deren Beurkundung sie bestimmt und welche in ihnen eingetragen sind, beweisen, bis der Nachweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung oder der Unrichtigkeit der Anzeigen und Feststellungen, auf Grund deren die Eintragung stattgefunden hat, erbracht ist, so ist nicht nur eine unrichtige Eintragung der gemachten Anzeige sondern auch die richtige Eintragung einer unrichtigen Anzeige Gegenstand der im § 65 des Gesetzes vorgesehenen Berichtigung (Stölzel, das Personenstandsgesetz, § 15 Nr. 6, 7, S. 37, § 65 Nr. 3 S. 153). Nach § 22 Abs. 1 des Gesetzes soll die Eintragung des Geburtsfalles auch die Vornamen des Kindes enthalten, die unrichtige Eintragung eines Vornamens unterliegt daher der Berichtigung nach § 65 des Gesetzes nicht nur, wenn die angegebenen Vornamen nicht richtig beurkundet, sondern auch, wenn die Vornamen nicht richtig angegeben worden sind (Aeltere Sammlung v. Entsch. d. OLG. Bd. 13 S. 588). Die Angabe des Vornamens vor dem

Standesbeamten ist nicht die vorgeschriebene Form für die Erteilung des Namens, diese erfolgt gewöhnlich in anderer Weise, nach weitverbreiteter Sitte, auf die das Gesetz im § 22 Abs. 3 Rücksicht genommen hat (Hinschius, R.-Ges. über die Beurk. des Personenst. 3. Aufl. Anm. 48, 49 zum § 22 S. 79 ff.), wird sie mit der Taufe verbunden, und wenn sie zugleich mit der Angabe vor dem Standesbeamten erfolgt, indem der Vater den Willen, dem Kinde den bestimmten Namen zu erteilen, durch die Angabe des Namens vor dem Standesbeamten betätigt, so hat dieser nicht die Willenserklärung des Vaters, sondern die Anzeige der Tatsache zu beurkunden, daß dem Kinde der angegebene Vorname erteilt ist (Sartorius, Kommentar z. Personenstandsges. § 22 Anm. 1, 4 b α S. 158, Anm. 5 S. 167, § 65 Anm. 1, α β S. 396). Demgemäß enthält das für die Eintragung in das Geburtsregister vorgeschriebene Formular (Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 25. März 1899, RGBl. S. 225, § 20) für die Anzeige des Vaters ebenso wie für die Anzeige einer der nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 anzeigepflichtigen Personen den Vordruck „daß das Kind . . . Vornamen erhalten habe."

Das Beschwerdegericht hat in der auf unrichtiger Rechtsanschauung beruhenden Annahme, daß eine Berichtigung der Eintragung im Geburtsregister deswegen nicht in Frage kommen könne, weil die Angabe des Johann M. richtig beurkundet worden ist, festzustellen unterlassen, ob die Angabe des Johann M. richtig ist, daß er seinem Sohne bereits vor der Anzeige des Geburtsfalles den Namen Johann Baptist erteilt und bei der Anzeige den Namen Johann nur in Folge eines Irrtums angegeben habe. Seine Entscheidung muß deshalb aufgehoben und die in Ermangelung der erforderlichen Feststellung noch nicht zur Entscheidung bereifte Sache muß an das Beschwerdegericht zurückverwiesen werden. I. Civ.-Sen. Reg. III 69/1905. Beschluß vom 10. November 1905.

Erfordernis der obervormundschaftlichen Genehmigung eines Vertrags, durch den ein unter elterlicher Gewalt stehender Minderjähriger die Verbindlichkeit zu fortlaufenden Unterhaltsleistungen an ein von ihm anerkanntes außerehelich gebornes Kind übernimmt. Legitimation zur Beschwerde gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. Bezugnahme in der Beschwerdeschrift auf Schriftstücke, die der für die weitere Beschwerde vorgeschriebenen Form entbehren.

Die minderjährige Dienstmagd Magdalene R. von P. hat als Vater des von ihr am 7. Juli 1905 unehelich geborenen Kindes Rosa zum Protokolle des für die Vormundschaft über das Kind zuständigen Amtsgerichts H. den minderjährigen, unter der elterlichen Gewalt seiner Mutter, der Witwe Friederike S., stehenden Albrecht S. in F. bezeichnet und von ihm mit Zustimmung des Vormundes des Kindes verlangt, daß er die Vaterschaft anerkenne, dem Kinde bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres eine Unterhaltsrente von vierteljährig 25 Mk. gewähre, das Schulgeld und die etwaigen Krankheits- und Beerdigungskosten für das Kind entrichte und ihr selbst die Entbindungskosten im Betrage von 25 Mk. erstatte. Albrecht S. erklärte zum Protokolle des Amtsgerichts F. vom 16. September 1905, daß er die Vaterschaft anerkenne und sich zu sämtlichen in dem Protokolle vom 11. August 1905 verlangten Leistungen verpflichte. Friederike S. hat als gesetzliche Vertreterin ihres Sohnes am 22. September 1905 vor dem Amtsgerichte F. die Erklärung genehmigt.

Das Amtsgericht H. ersuchte nunmehr unter Bezugnahme auf den § 1822 Nr. 5 BGB. das Amtsgericht F., die Erklärung der Friederike S. vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen. Das Amtsgericht F. lehnte mit

Verfügung vom 5. Oktober 1905 eine amtliche Tätigkeit in dieser Angelegenheit ab, weil es sich nicht um die Begründung eines Vertragsverhältnisses sondern um die Regelung der im § 1708 BGB. bestimmten Verpflichtung des Vaters handle. Auf Beschwerde des Vormundes der Magdalene R. hat das Landgericht F. durch Beschluß vom 13. November 1905 das Amtsgericht F. angewiesen, sich über die Genehmigung der Erklärung der Friederike S. schlüssig zu machen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts hat Friederike S. die weitere Beschwerde eingelegt, wobei sie sich zu deren Begründung auf ein Protokoll des Vormundschaftsgerichts vom nämlichen Tage bezog, das Rechtsausführungen über die Entbehrlichkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung enthält.

Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde ist nicht zu beanstanden, insbesondere ist das Recht der Beschwerdeführerin zur Beschwerde anzuerkennen, weil die Entscheidung des Beschwerdegerichts, daß ihre Vertretungsmacht der Ergänzung durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfe, falls sie sich als nicht begründet erweisen sollte, ihr Recht zur Vertretung des minderjährigen Sohnes beeinträchtigt. Die Verweisung auf das Protokoll des Vormundschaftsgerichts muß aber unbeachtet bleiben, weil ein gerichtliches Protokoll der für die Einlegung der weiteren Beschwerde im § 29 Abs. 1 GFG. gegebenen Formvorschrift nicht entspricht (N. Samml. v. Entsch. d. Oberst. LG. Bd. 2 S. 240, 464 — Bl. f. RA. Bd. 67 S. 510 — Bd. 4 S. 91, 449 Bd. 5 S. 508, Entsch. in Angel. der freiw. Gerichtsb. u. d. Grundbuchr. Bd. 1 S. 41). Der Beschwerde kann auch der Erfolg nicht versagt werden.

Dem Beschwerdegericht ist allerdings darin beizustimmen, daß die Erklärung der Beschwerdeführerin vom 22. September 1905 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Die Vertretungsmacht des Vaters und der Mutter als Inhaber der elterlichen Gewalt ist durch das Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts weniger beschränkt als die des Vormundes, von den für den Vormund geltenden Vorschriften der §§ 1821, 1822 findet nach § 1643 Abs. 1 nur ein Teil auf den Vater und die Mutter Anwendung. Insbesondere bedarf der Inhaber der elterlichen Gewalt zu einem Vergleiche nicht, wie der Vormund nach § 1822 Nr. 12, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Daraus folgt aber nicht, daß er bei jedem Vergleiche, gleichviel welchen Inhalt dieser hat, von dem Erfordernisse der Genehmigung frei ist, daß er auch solche Rechtsgeschäfte, zu denen nach § 1643 die Genehmigung erforderlich ist, bei der Schließung eines Vergleichs ohne sie vornehmen kann. Ein Rechtsgeschäft, zu dem der Vormund nach mehreren der für ihn maßgebenden Vorschriften der Genehmigung bedarf, ist auch bei dem Inhaber der elterlichen Gewalt diesem Erfordernis unterworfen, wenn es unter eine der im § 1643 Abs. 1 bezeichneten Vorschriften fällt, mögen auch die anderen für den Vormund in Betracht kommenden Vorschriften für ihn nicht gelten.

Der mit Zustimmung der Beschwerdeführerin geschlossene Vertrag, durch den das Maß der ihrem minderjährigen Sohne nach § 1708 Abs. 1 BGB. obliegenden wiederkehrenden Leistungen festgesetzt wird, ist als Vergleich nicht von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig. Die Festsetzung des Maßes der wiederkehrenden Leistungen, die während eines mehr als ein Jahr über die Vollendung des 21. Lebensjahres des Sohnes hinausreichenden Zeitraums zu entrichten sind, verpflichtet aber den Sohn vertragsmäßig zur Entrichtung der festgesetzten Leistungen, und zu einem Vertrage dieses Inhalts bedarf die Mutter nach § 1643 Abs. 1 in Verbindung mit § 1822 Nr. 5 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Das Beschwerdegericht hat aber mit Unrecht die von dem Vormunde der Magdalene R. eingelegte Beschwerde für zulässig erachtet.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Landesgerichts, der sich der IV. Civilsenat des Reichsgerichts in dem Beschlusse vom 12. November 1903 angeschlossen hat, ist ein dritter wegen der Stellung, die das Vormundschaftsgericht in einer sein Interesse berührenden Angelegenheit des Mündels, des Pflegebefohlenen oder des unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes einnimmt, nach § 20 GFG. zur Beschwerde nicht berechtigt. Die amtliche Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts findet nur im Interesse des Mündels, des Pflegebefohlenen oder des Kindes statt, das Vormundschaftsgericht ist zur Wahrnehmung der ihm obliegenden Verrichtungen nur diesem gegenüber verpflichtet, zur Wahrung der Interessen dritter Personen aber nicht berufen. Die Stellungnahme des Vormundschaftsgerichts ist eine innere Angelegenheit der Vormundschaft, der Pflegschaft oder der elterlichen Gewalt, bei der das Vormundschaftsgericht es nur mit dem Vormunde, dem Pfleger oder dem Inhaber der elterlichen Gewalt zu tun hat. Dem Dritten steht nur dieser als Vertreter des Mündels gegenüber, das Vormundschaftsgericht tritt zu dem Dritten in keine rechtliche Beziehung, es macht seine Entscheidung nur dem Vormunde, dem Pfleger oder dem Inhaber der elterlichen Gewalt bekannt, seine Genehmigung oder deren Verweigerung wird nach § 1829 BGB. dem Dritten gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund, den Pfleger oder den Inhaber der elterlichen Gewalt mitgeteilt wird. Der Dritte hat ebensowenig ein Recht darauf, daß das Vormundschaftsgericht in der Angelegenheit des Mündels, des Pflegebefohlenen oder des Kindes tätig werde, als er eine seinem Interesse förderliche Stellungnahme des Vormundschaftsgerichts verlangen kann (Neue Sammlung von Entsch. des Obersten Landesgerichtes Bd. 4 S. 725, wo auch die früheren Entscheidungen angeführt sind, Bd. 5 S. 189, Bd. 6 S. 230 — Bl. f. RA. Bd. 70 S. 398 — Entsch. in Angel. d. frw. Gerichtsbark. und des Grundbuchr. Bd. 5 S. 14).

Kommt infolge der ablehnenden Haltung des Vormundschaftsgerichts ein von dem Dritten angestrebter Vergleich nicht zustande, so bleibt dem Dritten nur übrig, seinen Anspruch im Rechtswege zu verfolgen. I. Civ.-S. Reg. III 80/1905; Beschluß vom 16. Dezember 1905.

C. Landgericht München I (Civilsachen).

Civilprozeß.

Unzulässigkeit der Aussetzung der Entscheidung über Gewährung des Armenrechts; Beiordnung eines Rechtsbeistandes (CPO. §§ 114 ff.).

Am 19. April 1906 erhoben Babette P., ill. der Fanny P., und Fanny P. Klage gegen Anton M. zum k. Amtsgerichte München I Abt. B f. Civils. mit dem Antrag, diesen zur Anerkennung der Vaterschaft des Kindes Babette P. und zur Leistung eines bestimmten Unterhaltsbeitrags für dasselbe, ferner zur Zahlung der Entbindungs- und Unterhaltskosten an Fanny P. während der ersten 6 Wochen nach ihrer Entbindung, zu verurteilen.

In der Begründung führten sie aus, der Beklagte habe in der einrechnungsfähigen Zeit mit Fanny P. geschlechtlich verkehrt. Innerhalb derselben Zeit habe zwar auch der Bruder des Beklagten, Hans M., mit der Kindsmutter Geschlechtsverkehr gehabt. Den Umständen nach sei es aber unmöglich, daß das Kind aus diesem Geschlechtsverkehr empfangen sei. Worin diese Umstände bestehen sollen, ist nicht angegeben.

Die Prozeßformalien der Klage waren in Ordnung.

Unter Vorlage eines Armutszeugnisses für Babette P. stellten gleichzeitig die Klägerinnen den Antrag, ihnen das Armenrecht zu bewilligen und ihnen eine geeignete Persönlichkeit zur Wahrnehmung ihrer Rechte beizuordnen.

Mit Beschluß vom 26. April 1906 bestimmte das Amtsgericht zur Verhandlung über die Klage Termin auf 7. Mai 1906, lehnte die Beigabe eines Beistandes ab und setzte die Entscheidung über das Armenrechtsgesuch aus, bis die Prozeßlage die Prüfung der Frage gestatte, ob die Rechtsverfolgung nicht aussichtslos oder mutwillig sei.

Unterm 3. Mai 1906 legten die Klägerinnen gegen diesen Beschluß Beschwerde ein mit dem Antrag, ihnen das Armenrecht zu bewilligen und ihnen eine geeignete rechtskundige Persönlichkeit zur Wahrnehmung ihrer Interessen, sowie einen Gerichtsvollzieher beizugeben.

Am 5. Mai 1906 lehnte es das Amtsgericht ab, der Beschwerde selbst abzuhelfen.

Die Beschwerde ist zulässig und in formeller Beziehung nicht zu beanstanden (§§ 567 ff. CPO.).

Sie ist auch materiell begründet; denn das Verfahren des Amtsgerichts entspricht nicht den gesetzlichen Vorschriften.

Wenn von einer Klagspartei um Bewilligung des Armenrechts nachgesucht wird, so hat sich das Prozeßgericht schlüssig zu machen, ob es nach den aufgestellten Klagsbehauptungen und den angegebenen Beweismitteln eine erfolgreiche Durchführung des Prozesses für möglich hält oder nicht. Erscheint ihm die Rechtsverfolgung als aussichtslos, so hat es das Armenrecht zu verweigern. Besteht die Möglichkeit, daß die Klagspartei, wenn ihre Behauptungen erwiesen werden, den Prozeß gewinnt, so muß das Armenrecht bewilligt werden. Es erscheint auch zulässig, der Klagspartei aufzugeben, ihre Klagsbehauptungen entsprechend zu ergänzen, wenn sie von Haus aus nicht genügen. Es ist aber unzulässig, die Entscheidung über das Armenrechtsgesuch zurückzustellen, bis der Prozeß teilweise durchgeführt ist. Eine derartige Behandlung eines Armenrechtsgesuchs hat das Gesetz nicht vorgesehen und nicht gewollt. In zweifelhaften Fällen ist das Armenrecht zu bewilligen und unter Umständen nach § 121 CPO. wieder zu entziehen.

Mit Rücksicht hierauf war der angefochtene Beschluß, soweit er sich auf das Armenrechtsgesuch bezieht, aufzuheben. Zu einer Entscheidung über das Gesuch selbst bestand für das Beschwerdegericht kein Anlaß. Es war vielmehr das Amtsgericht anzuweisen, über das Gesuch selbst materiell zu entscheiden.

Soweit sich der angefochtene Beschluß auf die Beigabe eines Rechtsbeistandes bezieht, erscheint die Beschwerde an sich als unbegründet. Denn die in Betracht kommenden Rechtsfragen sind derart einfach, daß es einer besonderen rechtskundigen Beratung der Klagspartei nicht bedarf. Schwierigkeiten konnte hier lediglich die Beweisfrage bereiten. Diese ist aber durch Zeugen und Sachverständige, nicht durch Beistände zur Entscheidung zu bringen. Die Beigabe eines Rechtsanwalts nach § 34 RAO. erschien demnach nicht als nötig.

Eine andere rechtskundige Person ohne ihre Zustimmung den Klägerinnen beizugeben, ginge an sich auch nicht an, da die Voraussetzungen des § 116 CPO. nicht zutreffen. Der diesbezügliche Beschluß des Amtsgerichtes ist jedoch verfrüht. Die Frage der Beigabe eines Beistandes kann für das Prozeßgericht überhaupt erst in Betracht kommen, wenn der betreffenden Prozeßpartei das Armenrecht bewilligt ist (§ 115 Nr. 3 CPO.). Da dies bisher nicht geschehen ist, war der angefochtene Beschluß insoweit als verfrüht aufzuheben. Beschluß vom 9. Mai 1906; Beschw.-Reg. Nr. 215/06.

Zulässigkeit der Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung von Baudarlehen. Mit Beschluß vom 2. Mai 1906 hat das k. Amtsgericht München I Abt. A f. Civils. zu Gunsten einer Forderung des Joseph U. gegen den Schuldner Joseph B. diejenige Forderung gepfändet, welche dem B. gegen den Privatier Leonhard S. auf Ausbezahlung eines für den Neubau an der Ecke der A.- und J.-Straße dahier, in welchen die der Forderung zugrunde liegenden Waren und Arbeiten geliefert wurden, zugesicherten Baukapitals von 80000 Mk. oder mehr oder weniger zustehen soll, und dem Gläubiger bis zur vollen Deckung seines Guthabens zur Einziehung überwiesen. Gegen diesen Beschluß hat Rechtsanwalt K. mit Schriftsatz vom 16. Mai 1906 namens des Schuldners sofortige Beschwerde zum k. Landgerichte München I eingelegt.

Die sofortige Beschwerde ist an sich zulässig, form- und fristgerecht eingelegt (§§ 793, 567 ff., § 577 CPO.), sachlich ist sie unbegründet. Die Frage, ob der Anspruch eines Baumeisters auf Zahlung von Baudarlehen gepfändet werden kann, ist bestritten. Das Oberlandesgericht Dresden hat in seinem Beschluß vom 7. Dezember 1901 (Seuff. Arch. Bd. 57 Nr. 185) sich für die Unpfändbarkeit ausgesprochen und ging dabei von der Erwägung aus, daß die Zwangsvollstreckung mit Rücksicht auf den Zweck des gepfändeten Darlehens niemals zu einem Ziele führen könne, daher die Bewirkung der Pfändung nur als Schikane zu erachten sei (§ 226 BGB.). Dieser Ansicht ist auch das Landgericht München I in dem von Schuldner vorgelegten Beschluß vom 13. April 1905 gefolgt. Diese Erwägung ist aber nicht allgemein zutreffend, denn es ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Baumeister aus eigenen Mitteln den Bau soweit fertig stellt, daß durch die Zahlung der einen oder anderen Baugeldrate an ihn und durch Verwendung des Geldes für sich der Darlehenszweck nicht alteriert würde. In einem solchen Fall kann zweifellos auch der Gläubiger des Baumeisters Pfändung und Auszahlung der Raten in Anspruch nehmen. Solche Fälle lassen sich aber nicht sofort bei Beginn der Zwangsvollstreckung überblicken und würdigen und es kann nicht schon von vorneherein die Unzulässigkeit der Pfändung im allgemeinen ausgesprochen werden. Es muß vielmehr, da zweifellos gerade mit Rücksicht auf den Zweck des Darlehens nur eine beschränkte Uebertragung und daher auch beschränkte Pfändbarkeit des Anspruchs anzunehmen ist (§ 399 BGB., § 851 Abs. 2 CPO.), dem Drittschuldner überlassen werden, seine Einwendungen gegen die vom Gläubiger auf Grund des Pfändungsbeschlusses erhobenen Ansprüche geltend zu machen.

Für diese Ansicht spricht sich auch Staudinger in Bem. II, 9, c, β zu § 607 BGB., ferner Dr. Friedländer in Bl. f. RA. Bd. 69 S. 206 ff. aus. Es ist diese Ansicht weiterhin aber auch in dem Urteil des k. Oberlandesgerichts München vom 21. Februar 1905 in Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern Bd. 1 S. 205, ferner in dem Urteile des Reichsgerichts vom 1. Mai 1905 a. a. O. S. 511 zum Ausdrucke gebracht worden, der sich weiterhin auch das Landgericht Breslau in einem Beschluß vom 30. September 1905 angeschlossen hat (Centralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 6 S. 612).

Mit Rücksicht hierauf war das eingelegte Rechtsmittel als unbegründet zu verwerfen. Beschluß vom 19. Mai 1906; Beschw.-Reg. Nr. 236/06.

III. Literatur.

1) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck) in München.
Was läßt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht von Dr. Karl Birkmeyer, Geh. Hofrat und Professor an der Universität München. 1906.

Es war ein dringendes Bedürfnis, daß von Seite derer, welche das staatliche Strafrecht auf dem Boden der Vergeltung aufbauen, wieder einmal eine eingehendere Schrift erschien, welche die zersetzenden Konsequenzen der Theorie v. Liszts und seiner Schule klar und präzis vor Augen stellt.

Das Buch Birkmeyers legt zunächst dar, daß es einen inneren Widerspruch bedeutet, wenn v. Liszt die Behandlung der Kriminellen nach der Gesinnung bemessen, aber doch das Strafrecht nicht beseitigt wissen will. Gegenüber einem aufgestellten Prinzip der sozialen Hygiene bildet dann der eigene Einwand v. Liszts, man müsse Rücksicht nehmen auf die Verteidigung der individuellen Freiheit gegenüber den Interessen der Gesamtheit, keinen vernünftigen Gegengrund, um gerade die staatliche Strafe aufrecht zu erhalten.

Auch v. Liszt meint es mit diesem Festhalten an der staatlichen Strafe in Wahrheit nicht sehr ernst. Birkmeyer weist ihm im Einzelnen nach, daß er der Sache nach so ziemlich alle Menschen dem Strafrichter entziehen will oder doch diese Entziehung nahe legt. Im Folgenden geben wir in aller Kürze eine Uebersicht über die nach Form und Inhalt meisterhaften Ausführungen des Verfassers.

Zu denjenigen, für welche die Strafe in ihrer herkömmlichen Bedeutung nach v. Liszt nicht paßt, gehören fürs Erste die Unverbesserlichen. Da v. Liszt die Unzurechnungsfähigkeit dieser Klasse annimmt und auch seinerseits Unzurechnungsfähige nicht strafen will, so ist die von ihm für Unverbesserliche vorgeschlagene Strafe nur eine nominelle. Unter die Unzurechnungsfähigen rechnet v. Liszt auch die gewerbsmäßigen Verbrecher ganz oder doch zum größten Teil. Gelegentlich behauptet er auch, der erwachsene Zustandsverbrecher sei unzurechnungsfähig. Hiermit sind aber v. Liszts Abspaltungen vom Strafrecht noch keineswegs abgeschlossen. Auch die vermindert Zurechnungsfähigen sind nach v. Liszt unzurechnungsfähig. Er will sie nur im Wege des Kompromisses mit seinen Gegnern der Bestrafung überlassen wissen. Außerdem will v. Liszt die Altersgrenze der unbedingt Strafunfähigen aus unzureichenden Gründen hinaufrücken und schließlich kann er auf die jetzt höchstens noch übrigbleibenden Augenblicksverbrecher eine Strafe auch nur dann anwenden, wenn er seinen Begriff der Zurechnungsfähigkeit als normaler Determinierbarkeit in einer Weise interpretiert, daß eigentlich dieser Begriff seinem Wortsinn gar nicht mehr entspricht.

Das Buch des Verfassers beschränkt sich aber nicht auf die Klarlegung der destruktiven Tendenz der v. Liszt'schen Lehren. Vor allem leistet er v. Liszt den großen Dienst, die sich vielfach widersprechenden Aussprüche desselben, welche wörtlich citiert werden, so nachsichtig auf ihre Vereinbarlichkeit ausgelegt zu haben, daß die klaffendsten Lücken überbrückt sind und v. Liszts Theorie als ein geschlossenes System erscheint. Die sachliche Richtigkeit dieser Theorie ist damit natürlich noch ganz offen gelassen. Birkmeyer hat an verschiedenen Stellen den gegebenen Anlaß benützt und die v. Liszt'schen Thesen mit den schwerwiegendsten Gründen bekämpft. So wendet er sich u. a. gegen die Empfehlung von Kompromissen für den Gesetzgeber, da man mit diesen Halbheiten auf die Konsequenzen eines eingenommenen Standpunktes vorzeitig verzichtet. Sehr beachtenswerte Gesichtspunkte werden auch gegen die Einführung eines Begriffs der verminderten Zurechnungsfähigkeit vorgebracht. Man würde damit nur einen neuen Kautschukbegriff schaffen, der den dabei fortwährend benötigten Psychiatern die Möglichkeit gewährte, je nach subjektivem Empfinden jeden Beliebigen für minderwertig zu erklären. Mit Recht erklärt sich der Verfasser auch gegen die Hinaufsetzung des Alters der absoluten Strafunmündigkeit. Den Abschluß bildet eine sehr zeitgemäße Erörterung darüber, daß alle Irrtümer v. Liszts auch von allen denen vertreten werden müssen, die in v. Liszt stillschweigend oder ausdrücklich den Führer ihrer Richtung anerkennen.

K.

2) Verlag von W. Mauke Söhne (vormals Perthes-Besser und Mauke) in Hamburg.
Das Gefängniswesen Hamburgs. Ein Ueberblick von Dr. jur. Georg Gennat, Gefängnisdirektor. 1906. Preis 2 Mk.

Auf den ersten Blick denkt vielleicht mancher, es mit einem bloßen statistischen Bericht zu tun zu haben. In Wirklichkeit liegt hier eine meisterhafte Darstellung der gesamten Gefangenenfürsorge Hamburgs vor, in welcher eine Fülle feinster Beobachtungen über die Gründe für die große Zahl der Strafgefangenen in Hamburg, über die zweckmäßige Behandlungsart, über die tatsächlichen Verhältnisse und Verhaltungsweisen der Gefangenen von einem Manne niedergelegt sind, der mit einem durchdringenden juristischen Scharfblick offensichtlich eine warme Fürsorge für die größtmögliche Hebung seiner Sträflinge verbindet. Auch für die Praktiker und Theoretiker anderer Bundesstaaten erscheint es von hohem Nutzen, durch vorliegende Schrift ein anschauliches Bild von den Einzelheiten der musterhaften hamburgischen Gefängnisverwaltung zu erhalten.

K.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/I.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 24. 1. Dezember 1906.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Staatsanwalt bei dem Oberlandesgerichte München,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Schierlinger, Sittliche Pflichten und Anstandsrücksichten; du Chesne, Zum Offenbarungseidsverfahren; Dennler, § 318 BGB. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Civilsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen); Oberlandesgericht Zweibrücken.

I. Abhandlungen.

Sittliche Pflichten und Anstandsrücksichten.

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. Schierlinger in München.

Der hier zu behandelnde Sammelbegriff ist in Theorie und Praxis mehrfach erörtert (s. insbes. Jacobi, „Recht, Sitte und Sittlichkeit" in den dogmat. Jahrb. Bd. 41 S. 68 ff. und vgl. Weyl, Verschuldensbegriffe S. 221; v. Mayr, Bereich.-Anspr. S. 486; Stammler, Lehre vom richtigen Recht S. 63), jedoch m. E. noch nicht genügend klargestellt. Der Grund hierfür dürfte in einer gewissen Schiefheit des gesetzgeberischen Ausdruckes selbst zu suchen sein.

Wenn von sittlicher Pflicht die Rede ist, so denkt man zunächst an etwas durch die Sittlichkeit, durch die Moral Gebotenes; mit Recht weist aber schon Hachenburg (Vorträge S. 65) darauf hin, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten (also gegen die Sittlichkeit) vielmehr dazu führt, Rechtswirkungen zu versagen oder Schadensansprüche zu begründen, während bei der Wirksamerklärung einer Handlung Anstand und sittliche Pflicht gleichgestellt werden. Mit den Geboten der Sittlichkeit sind für die meisten Kulturvölker jene der Religion, speziell des Christentums identisch oder doch unlöslich verbunden; der christliche Altruismus kann aber doch unmöglich die Norm dafür abgeben, was als sittliche Pflicht im Sinne unseres BGB. gelten soll. Man denke an Wohltätigkeitsstiftungen, die ein Vormund aus dem Mündelvermögen dotieren würde! Die Mehrzahl der Autoren erkennt denn auch an, daß diese Art sittlicher Pflichten es mehr mit der Sitte, als mit der Sittlichkeit, mehr mit dem Ueblichen, dem allgemein Gebräuchlichen zu tun hat. Dafür spricht auch ihre Zusammenstellung mit den Anstandsrücksichten. Man wird schlechtweg jene ganze, ohnehin etwas schwerfällige Phrase unserer §§ 534, 814 u. s. w. durch die kurze Wendung „Sitte und Anstand" ersetzen dürfen. Diese beiden Worte bilden überdies ein Hendiadyoin; jedenfalls ist es müßig, darüber zu streiten, ob ein bestimmtes Verhalten mehr der „Sitte" oder mehr dem „Anstand" entspricht.

Prüfen wir daraufhin die positiven Gesetzesnormen, welche den besprochenen Ausdruck enthalten! Sie zerfallen in drei Gruppen:

1) Ausschluß der Rückforderung dessen, was behufs Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet wurde, durch das Motiv der sittlichen Pflicht oder der auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht (§ 814);

2) Ausschluß von Rückforderung und Widerruf bei Schenkungen, durch die solcher Pflicht oder Rücksicht entsprochen wird (§ 534);

3) Ausschluß der administrativen Verantwortung durch ebendieses Motiv bei Schenkungen des Ehemannes (§ 1446 Satz 2), Vaters (§ 1641 Satz 2) und Vormundes (§ 1804 Satz 2), des Erblassers zum Schaden des Vertragserben, Legatars, Pflichtteilsberechtigten, des Vorerben zum Schaden des Nacherben, des Testamentsvollstreckers (§§ 2287 — hierzu Henle-Fischer Anm. 1 —, §§ 2288, 2330, 2113 Abs. 2 a. E., 2205 a. E.).

Während in der ersten Gruppe das gedachte Motiv der Leistung nicht geradezu den Charakter einer nichtgeschuldeten aufprägt, läßt es in der zweiten und dritten Gruppe den Grundgedanken der Schenkung zwar bestehen, modifiziert ihn aber in eigentümlicher, die Freiwilligkeit stark beeinträchtigender Art und Weise.

I. Am lehrreichsten erscheint für unsere Begriffsbestimmung die dritte Gruppe. An den hier genannten Vermögensverwalter treten hie und da Fälle heran, die von ihm gewisse Freigebigkeiten erheischen; erfüllt er solche Anforderungen nicht, so wird er scheel angesehen; die ihm sonst pflichtmäßig obliegende Sparsamkeit wird Geiz, die Vermeidung entbehrlichen Aufwandes wird Knauserei genannt. Es wird z. B. ein Vormund vom Ertrage des seinen Mündeln gehörigen Bauernhofes oder Kramladens die Pfennigkasse für zusprechende Bettler dotieren müssen; er muß vom Mündelgelde hie und da ein Trinkgeld geben, Gelegenheitsgeschenke an Dienstboten, an Geschäftskunden machen u. s. f. So wenig wie sein persönliches Ermessen ist bezüglich der Zulässigkeit solcher Ausgaben in quali das Ermessen des ihm vorgesetzten Richters frei[1]); denn über beiden steht ein freilich ungeschriebenes, aber allen Volksgenossen bekanntes Gesetz: es heißt, wie schon gesagt, „Sitte und Anstand". Gesellschaftliche Gewohnheiten, oft auch mehr örtliche Bräuche haben die Arten und Fälle, ja bisweilen auch die Größe jener Abgaben genau vorgeschrieben; ein Spielraum entsteht nur noch durch die Verschiedenheit der sozialen Stellung und der Vermögensverhältnisse der Beteiligten.

II. Wie sehr der unklare Ausdruck „sittliche Pflicht" eine richtige Gesetzesauslegung erschwert, zeigt namentlich die Behandlung der zweiten Gruppe von Anwendungsfällen durch manche Autoren. Sen.-Präs. Eichhorn (Deutsche Jur.-Ztg. 1903 S. 433) hält dafür, daß die „scheinbar harmlose Vorschrift" des § 534 allen vorangehenden über Rückforderung und Widerruf die Spitze abbreche, weil fast alle Schenkungen solche seien, durch die der Geber einer sittlichen Pflicht zu entsprechen suche; Endemann (Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 § 164 N. 15; ähnlich Süßheim a. a. O.) will viele Leistungen, wie die Unterstützung kranker entfernter Verwandten oder Freunde, die Beiträge zu wohltätigen Zwecken oder zur Errichtung eines Denkmals überhaupt nicht als Schenkungen gelten lassen. Dieser Auffassungsweise liegt offenbar die Verwechslung von Sittlichkeit und Sitte zugrunde. Wohltätigkeitsakte entspringen allerdings fast regelmäßig der ersteren, sind aber eben deswegen rein freiwilliger Art; viel seltener beruhen

[1]) Die Prüfung von Fall zu Fall, welche z. B. Süßheim (Jur. Wochenschr. 1901 S. 744) betont, wird sich fast immer auf die Angemessenheit der Gabe in quanto beschränken.

sie auf der Sitte, und wo dies der Fall, da hat sie der sanfte Zwang des allgemeinen Brauches, der „Liberalitätszwang", wie Ihering sagt, hervorgebracht. Endemanns Beispiele betreffen wahre Schenkungen. Mag die sittliche Pflicht noch so dringend mahnen, daß der kinderlose Reiche seinem armen, kinderreichen Bruder eine fortlaufende Unterstützung gewähre: ein moralischer Zwang hierzu besteht nicht, denn die Sitte gebietet solche Unterstützung keineswegs (ihr hätte sich anderenfalls der Gesetzgeber bei § 1601 nicht entziehen dürfen)[2]); sie kann aber unter Umständen verlangen, daß der Reiche für den am gleichen Orte wohnenden armen Vetter und dessen Kinder Kleider und Schuhe beschafft, denn es schadet dem Ansehen des ersteren, wenn jene zerlumpt und barfuß herumlaufen. Selbst eine derartige notgedrungene Freigebigkeit ist aber und bleibt zweifellos Schenkung, nur unterliegt sie nicht der Rückforderung und dem Widerrufe. Daß ein Denkmalsbeitrag reine Schenkung ist, sollte vollends niemand bezweifeln; eher, ob er jemals auf sittlicher Pflicht beruht. Der Macht der Sitte unterliegen selbst juristische Personen, Handlungsfirmen u. s. w.; in vielen Städten werden solche zu Jahresbeiträgen für gewisse wohltätige Zwecke oder gemeinnützige Vereine herangezogen, obwohl hier von sittlicher Pflicht sicherlich keine Rede sein kann. Gerät nun eine solche Firma kurz nach Einkassierung jener Beiträge in Konkurs, so hat der Verwalter kein Rückforderungsrecht, es decken sich in dieser Beziehung § 32 Ziff. 1 Konk.-Ordn. und § 534 BGB.

Bezüglich der remuneratorischen Schenkung, die manche Gerichte kurz nach Inkrafttreten des BGB. schlechthin unter § 534 gestellt haben, ist jetzt allgemein anerkannt (Stammler a. a. O. S. 634 ff; Goldmann-Lilienthal S. 541; Crome, Syst. Bd. 1 S. 507), daß sie nur insoweit dorthin gehört, als sie nach Anlaß, Art und Maß wirklich dem entspricht, was Sitte und Anstand erfordern. Außer gewissen Geschenken an Dienstleistende geringeren Standes, die stets den Charakter, meist auch den Namen des Trinkgeldes tragen, kommen hier beispielsweise jene Zugaben in Betracht, mittels deren ein dankbarer Patient oder Klient den in Rechnung gestellten Deserviten seines Hausarztes oder Sachwalters eine Aufrundung, eine Ergänzung in Gestalt einiger Flaschen Wein oder dergl. zu teil werden läßt. Unverkennbar gehören indessen solche Zubußen im Zweifel eher zu den rein freiwilligen Leistungen.

Von allen sittlichen Pflichten — im engeren Wortverstande — nähert sich den Rechtspflichten am meisten das im römischen Rechte als causa pietatis bezeichnete Motiv, das im geltenden Familienrecht an mehreren Stellen wiederkehrt. Der wichtigste Fall, in welchem aber die Gesetzgebung mit der Anerkennung einer allgemein geübten, also der Sitte entsprechenden Elternpflicht als „natürliche Verbindlichkeit" sich begnügt hat, ist der des § 1624, der Ausstattungspflicht. Man hat diese trotz Vorgang des Pr. Allg. LR. und mehrerer süd- und mitteldeutscher Statuten als Rechtspflicht nicht aufrecht erhalten. bezw. einführen wollen (Mot. Bd. 4 S. 716); auch die Aussteuer haben die Eltern der Tochter de jure nur bei deren eigenem Unvermögen und nur einmal (nicht bei Wiederverheiratung) zu gewähren (wegen weiterer Einschränkungen s. §§ 1620—1623). Ihrem Wesen nach ist die Ausstattung, wie gesagt, ein Gebot der Sitte; man mag hier weniger von sittlicher, als von sozialer Pflicht sprechen. Die Rechtsvermutungen und Rechtsfolgen, die sich an die einmal gewährte Ausstattung knüpfen, ergeben die §§ 1624—1625.

---

[2]) Die Geschwisterfürsorge des Pr. Allg. LR. ist auf Andringen der kleineren Bundesstaaten aus Entw. I beseitigt worden, ohne daß Preußen hiergegen Bedenken moralischer oder sozialer Art erhoben hätte, Prot. Bd. 4 S. 478).

Neben die hier vorgeführten familienrechtlichen Sätze treten folgende weitere Präsumtionen:

Der Unterhalt von Verwandten auf- oder absteigender Linie gilt, auch wo die gesetzliche Unterhaltspflicht ausgeschlossen ist oder wo jener dem Maße nach über diese hinausgeht, im Zweifel als unentgeltlich und als ohne den sog. animus recipiendi gewährt (§ 685 BGB.); die Motive (Bd. 2 S. 864) gebrauchen hier den an „sittliche Pflicht" stark anklingenden Ausdruck „Liebespflicht". (Beide Ausdrücke alternativ verbunden s. bei Koch, Pr. Allg. LR., Note zu I, 16 § 178). Der Verzicht auf Ersatzbegehren wird ferner vermutet bei Aufwendungen der in Gütertrennung lebenden Ehefrau zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes und bei solchen des volljährigen Hauskindes für die Kosten des elterlichen Haushalts (§§ 1429, 1618). Der grundlegende Gedanke wird in all diesen Fällen der sein, daß dem Familiensinne, der Pietät von Eltern, Kindern, Ehefrauen die Unentgeltlichkeit der hier fraglichen Zuwendungen entspricht. Die Macht der Sitte geht aber hier nicht so weit, daß sie dem Aufwendenden im Einzelfalle den Nachweis, er habe auf Erstattung gerechnet, bezw. rechnen können, versagen würde.

In den vorerörterten Gebieten sind Recht und Sitte auf den sittlichen Grundlagen des Familienlebens emporgewachsen; es ist daher die Unterscheidung zwischen Rechtspflicht, sittlicher Pflicht und geltender Sitte nicht leicht. Immerhin entscheidet die letztere in erster Linie über die Gestaltung des betreffenden Lebensverhältnisses nach außen hin; so bestimmt sie z. B. das Maß der Ausstattung, ja sogar der — rechtlich gebotenen — Aussteuer.

III. Sehr verschieden von den bisher betrachteten Gruppen, die der Gesichtspunkt der Schenkung grundsätzlich und ausnahmslos beherrscht, stellt sich die Reihe derjenigen Fälle dar, welche § 814 BGB. im Auge hat. Hier handelt es sich vor allem um Leistungen zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit, die allerdings in Wirklichkeit rechtlich nicht oder nicht mehr besteht. Man stellt diese Verbindlichkeiten meistens schlechtweg mit den unvollkommenen, den naturales obligationes des römischen Rechtes zusammen, doch wird von Fall zu Fall geprüft werden müssen, ob eine spezielle, durch Anstand und Sitte gebotene Leistung auf jene natürlichen Verbindlichkeiten zurückzuführen ist. Ubbelohde („Klaglose Schuldverh. im BGB.", Dogmat. Jahrb. Bd. 38 S. 216; vgl. Kipp-Windscheid Bd. 2 § 289 S. 174 ff.), dessen Zusammenstellung neurechtlicher Naturalobligationen auch Kipp akzeptiert, und Scherer (Komm. Bd. 2 S. 644 N. 33; dieser findet in § 814 geradezu die nat. Verbindl. definiert!) haben ein umfangreiches Material gesammelt, das im nachstehenden etwas gesichtet werden soll.

a) Die soluti retentio bezüglich des verjährten Anspruches (§ 222 Abs. 2) fällt in das Bereich des § 814 überhaupt nicht; das hier Gezahlte ist kein indebitum, auch bilden nicht Sitte und Anstand das Hindernis der Rückforderung, sondern die wenn schon unvollkommene, aber doch fortbestehende Verbindlichkeit.

b) Auch die wichtige Reihe der Fälle, in denen die nachträgliche Erfüllung den Mangel der gesetzlichen Form oder des vorgeschriebenen Konsenses heilt (§§ 313, 518 Abs. 2, 766, 110 und 114), steht nicht auf dem Boden des § 814, sondern beruht auf dem Verkehrsbedürfnis; von diesen Ausnahmsfällen abgesehen hält das neue Recht streng daran fest, daß ein mit Verletzung der gesetzlichen Form eingegangenes Geschäft nicht einmal eine unvollkommene Verbindlichkeit erzeugt (Prot. Bd. 2 S. 696; Oertmann, Schlußbem. zu § 814; Sächs. Arch. Bd. 15 S. 108).

c) Wahre Fälle der letzteren und zugleich des § 814 sind dagegen die in den §§ 656 und 762—764 geregelten; dieselben würden, wenn sie nicht schon von jenen

Spezialbestimmungen getroffen wären, ohnehin den — erst später dem BGB. eingefügten — Rücksichten unseres § 814, 2. Halbsatz unterstehen. Die geschichtliche Grundlage der Regel, daß die Zahlung von Spielschulden, die Entrichtung eines sog. Kuppelpelzes die Rückforderung ausschließt, bildet offenbar die Sitte (s. Oertmann, Schuldverh., Anm. zu den cit. beiden Paragraphen), die manchmal sogar die Sittlichkeit überwindet; denn vor der strengen Moral könnte hier die Gültigkeit auch der geleisteten Zahlung nicht bestehen.

d) Die im BGB. (§§ 994, 2022 fg.) erfolgte Regelung der Ansprüche eines bisherigen Sach- oder Erbschaftsbesitzers auf Ersatz, Retention, Genehmigung der auf die Sache gemachten Verwendungen wird von einzelnen (Ubbelohde und Kipp a. a. O.; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 339) mit einer natürlichen Verbindlichkeit in Zusammenhang gebracht; ein solcher Zusammenhang ist aber kaum einzusehen, da bei § 994 u. s. w. offenbar vollgültige Rechtspflichten in Frage sind und die Klaglosigkeit der Impensenforderung zwar dem römischen Rechte, nicht aber dem Rechte des BGB. angehört (Endemann Bd. 2 § 93 Anm. 23).

e) Ubbelohde führt ferner noch den Ausschluß der richterlichen Herabsetzung einer Vertragsstrafe durch Zahlung dieser — übermäßigen — Strafe an (§ 343 BGB.); der Gesichtspunkt des Verzichtes dürfte indessen näher liegen, als der einer bloß unvollkommenen Verbindlichkeit. Für die Anstandsfrage ist hier überhaupt kein Raum.

f) Von den bei Scherer weiter aufgezählten natürlichen Verbindlichkeiten ist die aus der Zuwendung von mehr als dem gesetzlichen Unterhalte (§ 1708) an ein uneheliches Kind im BGB. nicht vorgesehen. Ob man hier wirklich von einer natürlichen Verbindlichkeit reden und zu deren Begründung von der nach herrschender Meinung (Endemann Bd. 2 § 207 N. 1 a. E.) den Grund des Unterhaltsanspruchs bildenden natürlichen Verwandtschaft ausgehen darf, ist zweifelhaft; denn nur die eheliche Zeugung knüpft ja zwischen Vater und Kind das sittliche Band, welches nach § 685 den Verzicht auf Ersatz jenes Mehr an Alimenten vermuten läßt. Eher kann man sagen, daß Sitte und Anstand dem unehelichen Vater verbieten, das, was er über die gesetzliche Schuldigkeit hinaus dem Kinde gegeben oder versprochen hat, — denn auch das Anerkenntnis einer Schuld fällt unter § 814 (Ubbelohde a. a. O.) — zurückzufordern oder für unverbindlich zu erklären.

Unter die soeben entwickelten Gesichtspunkte läßt sich ferner bringen, was der uneheliche Schwängerer der Mutter des Kindes über die Norm des § 1715 hinaus zuwendet und was der Verführer einer Frauensperson, ohne daß die Voraussetzungen des § 825 vorliegen, dieser gleichwohl als Schadensersatz gibt oder verspricht. Dagegen wird als reine Schenkung, nicht als Erfüllung einer Anstandspflicht dasjenige gelten, was ein Konkumbent trotz erwiesener exc. plurium (§ 1717) für das uneheliche Kind oder dessen Mutter nach Maßgabe der §§ 1708—1716 tut (a. M. Sächs. Arch. Bd. 15 S. 549). Die früher angenommene Solidarhaftung der mehreren Buhälter ist aufgegeben, aus ihr kann man für das heutige Recht weder eine natürliche Verbindlichkeit, noch eine Anstandspflicht herleiten.

g) Gleichfalls aufgegeben ist die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, welche ein zu Unrecht die Klage abweisendes rechtskräftiges Urteil bestehen lassen soll (Mot. Bd. 1 S. 370). Das in Kenntnis des Urteils gleichwohl Bezahlte ist Schenkung; was vor ergangenem Urteil bezahlt wurde, darf der Empfänger, wenn später beiden Parteien die Unrichtigkeit des Urteils bekannt geworden, schwerlich behalten.

h) Scherer behauptet weiterhin eine natürliche (d. i. wohl moralische) Entschädigungspflicht des Anstifters gegenüber dem Angestifteten. Denkbar wäre eine solche etwa zu Lasten desjenigen, der jugendliche oder willensschwache Personen unter Mißbrauch seiner Ueberlegenheit zu Straftaten verführt und so ins Unglück oder doch in Ungelegenheiten gestürzt hat (vgl. die gemeinrechtl. Ausdehnung der actio servi corrupti, Windsch., Pand. § 456 N. 20; Samml. v. Entsch. d. Ob. Gerichtsh. Bd. 12 S. 110). Allein abgesehen davon, daß das ältere Recht den Schadensersatzanspruch nicht dem Verführten, sondern dessen Gewalthaber gewährt hat, möchte es überhaupt bedenklich erscheinen, den durch das BGB. ohnehin weit gezogenen Kreis der Haftungen aus unerlaubtem Handeln noch durch die gewissermaßen subsidiäre Zulassung unvollkommener Verbindlichkeiten aus Delikten u. s. w. zu erweitern. Eine sittliche Pflicht (hier im engeren Wortsinne) zu der vorbezeichneten Entschädigung wird indessen dem Anstifter immerhin obliegen; und hiernach bildet diese Entschädigung einen Anwendungsfall unseres § 814.

i) Unklar ist, was Scherer mit der Verbindlichkeit des „Messerhelden" im Falle des § 830 BGB. meint. Dieser Paragraph legt klare Rechtspflichten auf; neben ihnen irgendwelche Naturalobligationen einzuführen, besteht kein Anlaß.

k) Ziemlich allgemein ist anerkannt, daß der Kridar, welcher nach eingegangenem und erfülltem Zwangsvergleich[3]) mit späterem Gewinn die Ausfallquote nachzahlt, hiermit eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt[4]), also nicht den Gläubigern etwas schenkt. Manche sprechen auch hier von einer Anstandspflicht (für Zulassung der Bereicherungsklage wohl nur Planck § 813 Anm. 2b).

l) Als eine Anstandspflicht erklärt endlich Dernburg (Bürgerl. R. Bd. 2 § 375 Ziff. II, 4) die, ein Weihnachtsgeschenk, welches ein Kaufmann seinem Angestellten in der Meinung gegeben hat, solches sei bedungen, nach Aufdeckung des Irrtums jenem zu belassen. Da eine derartige Pflicht bezüglich eines irrtümlich zu viel bezahlten Salairbetrages gewiß nicht besteht, so ist zur Erklärung des Unterschiedes die Sitte heranzuziehen, welche nicht duldet, daß das bei festlichem Anlaß Gespendete irgendwie zurückgefordert werde.

In einigen praktischen wichtigen Fällen haben Gesetz, Doktrin oder Rechtsprechung die Anwendbarkeit der Klausel „Sitte und Anstand" überhaupt verneint. So bezüglich der Erfüllung verbotener Börsentermingeschäfte, wogegen freilich die Rückforderung dessen, was auf solche wissentlich anbezahlt worden, durch § 814, erste Alternative, ausgeschlossen wird (Holdh. Monatschr. 1904 S. 297; vgl. Sächs. Arch. Bd. 14 S. 57 und Jur. Wochenschr. 1904 S. 407). Unwirksam ist ferner das Anerkenntnis einer infolge gesetzlichen Verbotes unverbindlichen (klaglosen) Schuld, insbes. einer Spielschuld (BGB. § 762 Abs. 2); ebenso ist bezüglich des Börsentermingeschäftes und bezüglich des Ehemäklerlohnes angenommen, daß die zu deren (versuchter) Erfüllung hingegebenen Akzepte kondizierbar sind, mögen letztere auch aus Anstandspflichten ausgestellt worden sein (Rechtspr. Bd. 4 S. 234: Hamburg und Celle). Beim eigentlichen Schulderlaß bleibt selbstverständlich weder eine natürliche Verbindlichkeit zurück, noch besteht irgend ein Hindernis, die später gleichwohl geleistete Zahlung zurückzufordern (RGer. in Civils. Bd. 35 S. 220). Die Einlösung eines präjudizierten Wechsels im Regreßwege hat das Oberlandesgericht München (Rechtspr. Bd. 6

[3]) Wegen des außergerichtl. Akkords s. RGer. in Civils. Bd. 6 S. 227, Bd. 35 S. 216 (Pr. Allg. LR.).

[4]) Nachweise bei C. Meyer, Konk.-Ordn. N. II, 1 zu § 193; vgl. RGer. in Civils. Bd. 42 S. 118; Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 89 (Colmar).

S. 43; ebenso Crome Bd. 1 S. 17) als eine Anstandspflicht des betreffenden Vormannes erachtet, das Reichsgericht (Entsch. Bd. 48 S. 143) aber nicht; von einer unvollkommenen Verbindlichkeit kann in Wechselsachen wohl überhaupt keine Rede sein.

IV. Ein Rückblick auf die oben gegebene Kasuistik, die freilich keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann, ergibt außer der Wahrnehmung, daß die Anwendungsfälle des § 814, Halbsatz 2, ziemlich selten sind, hauptsächlich Folgendes:

Unvollkommene Verbindlichkeiten und Anstandspflichten decken sich regelmäßig nicht; das auf erstere Geleistete ist als wahre Erfüllung, das nur kraft letzterer Gewährte dagegen als Schenkung anzusehen (Dernburg, Bd. 2 § 3 Ziff. III; Crome Bd. 1 S. 987 Anm. 17). Wo beide Pflichtenkreise sich berühren, stellt die Naturalobligation die grundlegende Verbindlichkeit dar; die Anstandspflicht verstärkt aber diese insofern, als ohne Unterscheidung, ob der Leistende das Bestehen einer Rechtspflicht angenommen hatte oder nicht, die Rückforderung auch aus dem Gesichtspunkte der (unfreiwilligen) Schenkung ausgeschlossen ist.

Die mit dem Familiensinn (causa pietatis) zusammenhängenden Zuwendungen gehören, von der herkömmlichen Ausstattung und von der gesetzlichen Aussteuer seitens der Eltern abgesehen, durchgehends zu den Schenkungen (§ 534); wo solche in der Meinung, eine Verbindlichkeit zu erfüllen — diese Meinung mag dort, wo nach älteren Statuten Ausstattung oder Geschwisteralimentation Rechtspflicht war, öfter vorkommen —, erfolgt sind, ist bei späterer Anfechtung zu prüfen, ob die Zuwendung ihrem Maße nach das in den betreffenden Volkskreisen gegenwärtig Uebliche erheblich übersteigt; wo dies der Fall, sind Rückforderung und Widerruf (§ 534 cit.) zuzulassen, wo nicht, sind sie durch Sitte und Anstand ausgeschlossen[5]).

Dem § 814 ist die Rücksichtnahme auf letzteres Motiv erst in einem späteren Stadium der gesetzgeberischen Arbeiten hinzugefügt worden; es steht daher dessen erster Fall mit dem hier behandelten zweiten in einer rein äußerlichen Verbindung. Der erste Halbsatz besagt, kurz ausgedrückt: „wer wissentlich eine Nichtschuld zahlt, schenkt" (Endemann Bd. 1 § 198 Anm. 12). Wollte man ihm eine ähnlich kurze Fassung des zweiten Halbsatzes an die Seite stellen, so müßte diese etwa lauten: „wer eine bloß vermeintliche, jedoch der Sitte oder dem Anstand entsprechende Verbindlichkeit erfüllt, gilt als Schenker."

Wir möchten gegenwärtige kleine Skizze nicht schließen, ohne auf die merkwürdige Tatsache hinzuweisen, daß ein Vorkämpfer der deutschrechtlichen Ideen im modernen Pandektenrechte, Windscheid, schon in der ersten Auflage seines Lehrbuchs (Pand. § 289 Ziff. 3; Grundlage: l. 32 § 2, l. 26 § 12 D. 12, 6) die Norm des § 814 BGB. in den hier wesentlichen Zügen formuliert hat, und zwar inmitten der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten; nur spricht er von der „sittlichen Verpflichtung" allein und weist die von Anderen (Schwanert, Brinz) dieser gleichgestellten „Billigkeitsrücksichten" zurück, die übrigens selbstredend auch von den heutigen „Anstandsvorschriften" erheblich differieren. Jene Norm fand sich ferner gleichermaßen im preußischen, österreichischen, französischen und Schweizer Recht; die Bedenken, aus denen sie der I. Entwurf des BGB. nicht aufnehmen wollte, sind später den Argumenten der Kommissionsmehrheit gewichen (vgl. Mot. z. I. Entw. Bd. 2 S. 832 unten, S. 833 m. Anm. 1 und

---

[5]) Manche, wie Rosenthal, BGB., Anhang zu § 814 S. 928; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 869, stellen die hier besprochenen Fälle ungenauerweise zu § 814.

Prot. Bd. 2 S. 695). Die Redewendungen der letzteren vom „sittlichen Bewußtsein des Volkes" und von der Herstellung eines „der Sittlichkeit entsprechenden Zustandes" dürfen aber den Richter nicht davon abhalten, als Kern- und Richtpunkt in allen hier einschlägigen Fragen vorzugsweise „Sitte und Anstand" anzusehen.

Zum Offenbarungseidsverfahren.

Von Landrichter du Chesne in Leipzig.

Kann der Einwand des Schuldners, er habe innerhalb der letzten fünf Jahre den Offenbarungseid geleistet, noch im Wege der sofortigen Beschwerde gegen den infolge Ausbleibens des Schuldners bereits ergangenen Haftbefehl vorgebracht werden? Ueber diese Frage herrscht bekanntlich heftiger Streit. Bejaht wird die Frage vom Kammergericht (Seuff. Arch. 49, 122; s. aber neuerdings OLG. 13, 221), von den Oberlandesgerichten Bamberg (OLG. 1, 210), Braunschweig (ebenda 5, 136), Köln (ebenda 6, 143), und von den Kommentaren von Seuffert und Struckmann-Koch. Auch das Oberlandesgericht Dresden pflichtet in einer Entscheidung vom 2. Mai 1906 (Seuff. Arch. 06, 378), deren noch weiterhin zu gedenken sein wird, dieser Ansicht bei. Daraus ergibt sich zum mindesten, daß in der Praxis in erheblichem Umfange mit dieser Ansicht gerechnet werden muß, und daß es insbesondere auch einer Beantwortung der Frage bedarf: Wie gestaltet sich bei Zugrundelegung dieser Ansicht das Verfahren? Der Beantwortung dieser Frage sind die folgenden Darlegungen gewidmet.

Der Schuldner kann seine Verpflichtung zur eidlichen Offenbarung aus mannigfachen Gründen bestreiten; z. B. weil der Gläubiger auf dies Recht verzichtet habe (OLG. 13, 198), weil die Pfändung nicht erfolglos gewesen sei, und weil er den Eid innerhalb der letzten fünf Jahre bereits geleistet habe (§ 903 CPO.). Dieser Einwand steht demnach, abgesehen von seiner behaupteten besonderen Beachtlichkeit (s. o.), den anderen erwähnten Einwänden insoferne gleich, als er, wie diese, zur Begründung des Widerspruchs aus § 900 Abs. 3 CPO. dient. Demnach fällt die Frage: Kann die frühere Eidesleistung auch noch im Beschwerdeverfahren gegen den Haftbefehl geltend gemacht werden? nicht zusammen mit der: Kann nach Einlegung der Beschwerde noch das Widerspruchsverfahren des § 900 Abs. 3 durchgeführt werden? Erklärt man also die frühere Eidesleistung als auch noch im Beschwerdeverfahren beachtlich, so ist damit nicht gesagt, daß deshalb das erstinstanzliche Widerspruchsverfahren nachgeholt werden könne und müsse, sondern nur, daß der Schuldner die Eidesleistung auch noch zur Begründung seiner Beschwerde und in dem durch sie ausgelösten Verfahren geltend machen könne. Von der gegenteiligen Auffassung geht anscheinend das Oberlandesgericht Dresden in der oben bezeichneten Entscheidung aus. Es legt in dieser dar: Die Zulassung des mehrgedachten Einwandes könne nicht ohne weiteres zur Aufhebung des Haftbefehls führen. Ueber den nachträglichen Widerspruch könne nach § 900 Abs. 3 CPO. nur durch Beschluß entschieden werden, nachdem dem Gläubiger Gelegenheit gegeben worden sei, neuen Vermögenserwerb des Schuldners darzutun. Diese Entscheidung herbeizuführen, sei Sache des Schuldners, der demgemäß den Gläubiger zur mündlichen Verhandlung (vor das Amtsgericht) zu laden haben werde. Das Oberlandesgericht setzt infolgedessen nur die Vollstreckung des Haftbefehls bis zur Entscheidung über den Widerspruch und unter Setzung einer Frist für

die Ladung vor das Amtsgericht aus. Es nimmt also an, daß die Beachtlichkeit des Einwandes die Nachholung des Widerspruchsverfahrens vor der ersten Instanz bedinge. Nun ist jedenfalls ohne weiteres anzuerkennen, daß, wenn der Schuldner sich noch dem Haftbefehle gegenüber auf die frühere Eidesleistung berufen darf, billigerweise auch dem Gläubiger Gelegenheit zu dem Nachweise gegeben werden muß, daß der Schuldner seither neues Vermögen erworben hat. Aber wie schon oben bemerkt, fällt die Geltendmachung der früheren Eidesleistung nicht zusammen mit dem erstinstanzlichen Widerspruchsverfahren; die frühere Eidesleistung ist vielmehr nur ein Grund, der im Widerspruchsverfahren hätte geltend gemacht werden können, nachdem dies aber nicht geschehen, nach der hier zugrunde gelegten Ansicht auch noch im Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden kann. Dann aber ist der neuerliche Vermögenserwerb auch nichts weiter, als ein Gegengrund zur Entkräftung der aus der früheren Eidesleistung vom Schuldner abgeleiteten Rechtsfolge, zwingt also an sich ebensowenig zur nachträglichen Einführung des Widerspruchsverfahrens vor dem Amtsgerichte, als das Vorbringen der früheren Eidesleistung. Nun mag ja sein, daß das gedachte Verfahren, da für die Erledigung von dergleichen Vorbringen mitbestimmt, sich zu deren Austragung besonders eignet. Anderseits ist aber sowohl die Feststellung der früheren Eidesleistung, als auch die Feststellung neuen Vermögenserwerbs ebensogut im Beschwerdeverfahren möglich. Jedenfalls ist das Widerspruchsverfahren, da es der Feststellung der Offenbarungspflicht dient, die ihrerseits Voraussetzung für die Ausübung des Offenbarungszwanges durch Haftbefehl ist, prozessual nur vor dem Haftbefehle denkbar; der Haftbefehl setzt bereits voraus, daß die Offenbarungspflicht unbestritten geblieben oder im Widerspruchsverfahren festgestellt ist, und es kann daher das zur Feststellung seiner Voraussetzungen an sich bestimmte Verfahren nicht noch nach seinem Erlasse stattfinden, selbst wenn der der Offenbarungspflicht entgegenstehende materielle Umstand noch dem Haftbefehle gegenüber geltend gemacht werden kann. Auch sonst findet sich in der Prozeßordnung kein Beispiel einer solchen nachträglichen Erledigung einer Voraussetzung ihrer bereits ergangenen Entscheidung als Inzidentpunkt durch die erste Instanz.

Nun hat freilich die mehrgedachte Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden hier einen Ausweg gefunden, der, wenn er gangbar wäre, diese Schwierigkeiten als nicht vorhanden erscheinen lassen würde. Sie führt nämlich weiter aus: Die Rechtskraft des amtsgerichtlichen Beschlusses in dem neuerlichen Widerspruchsverfahren beseitige endgültig auch die Haftanordnung, wenn der Widerspruch als begründet befunden werde, und lasse anderseits die Haftanordnung ohne ihre Erneuerung wieder wirksam werden, wenn der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen werde (Zeitschr. f. CP. 24, 263). Damit wäre durch das nachträgliche Erstinstanzverfahren zugleich das Beschwerdeverfahren ohne weitere Entscheidung des Beschwerdegerichts erledigt und das Nebeneinanderhergehen eines erst- und eines zweitinstanzlichen Verfahrens — wenigstens innerlich — vermieden. Aber dieser Ausweg dürfte kaum gangbar sein. Die nachträgliche Beseitigung einer Voraussetzung für eine Entscheidung kann zwar Grund und Veranlassung für die Beseitigung der Entscheidung selbst werden, beseitigt sie aber nicht schon in der Weise, daß sie ihr prozessuales Dasein verlöre. Andernfalls könnten wirksam gewordene gerichtliche Verfügungen aus der Welt verschwinden, ohne daß sie aufgehoben würden, lediglich weil in einem anderweiten Verfahren eine ihrer Voraussetzungen sich als mangelnd erwiese. Es bedarf also mindestens noch der nachträglichen Aufhebung des Haftbefehls. Das Amtsgericht ist hieran, da es sich um eine mit sofortiger Beschwerde an-

fechtbare Entscheidung handelt, durch § 577 CPO. behindert; es bleibt demnach nur übrig, daß alsdann das Beschwerdegericht den Haftbefehl aufhebt.

Nach alledem dürfte sich als der einzig gangbare Weg bei derartigen Beschwerden gegen den Haftbefehl der erweisen, daß das Beschwerdegericht selbst die frühere Eidesleistung bezw. den neuerlichen Vermögenserwerb des Schuldners feststellt und je nach dem Ergebnisse den Haftbefehl aufhebt oder die Beschwerde zurückweist.

---

§ 313 BGB.

Von Dr. Dennler, Kgl. Notar in Lauf.

Der heurige Deutsche Juristentag hat sich gegen eine Abänderung des § 313 ausgesprochen. Sein Votum hat gezeigt, daß die durch § 313 geschaffene Formvorschrift als „richtiges Recht" allgemein anerkannt wird, und es ist zu hoffen, daß mit dieser Entscheidung die Bewegung gegen § 313 ihr Ende gefunden hat. Ist doch klar zutage getreten, daß die Wohltat und die segensreiche Bedeutung des § 313 allgemein empfunden wird. Aus allen Teilen des Reiches waren — wenn auch nicht auf dem Juristentage selbst, so doch in der früher für den Juristentag von Stranz und Frhr. von Pechmann veranstalteten Enquete — Stimmen zu vernehmen, die für § 313 sich aussprachen, und von diesen Stimmen waren gar manche aus Rechtsgebieten, in denen bisher Formfreiheit auch für Grundstücksverträge geltendes Recht war.

Was von den Gegnern des § 313 auch auf dem heurigen Juristentage vorgebracht wurde, war nur das, was schon früher von ihnen ins Feld geführt worden war; es waren die alten Behauptungen, insbesondere von dem Verstoß gegen den deutsch-rechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben und von der Erschwerung des Grundstücksverkehrs.

Daß mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht gegen § 313 operiert werden kann, ist schon oft genug widerlegt worden. Dieser Grundsatz hat mit der Auslegung des § 313 nichts zu tun, denn § 313 beruht auf ganz anderen Erwägungen. Ist vornehmlichster Zweck des § 313 doch nur der, dem Unerfahrenen und Vertrauensseligen einen Schutz gegen Uebervorteilung und Uebereilung zu gewähren. Mit dieser Zweckbestimmung gerade steht § 313 auf echtem deutschen Boden; es war immer ein deutsch-rechtlicher Grundsatz, daß das Recht dem hilft, der sich nicht selbst helfen kann. Wenn man von einer Ethik im Recht spricht, so kommt diese gerade im § 313 am schönsten zum Ausdruck.

Der Satz vom Schutz des Schwachen stellt doch ein viel höheres sittliches Prinzip dar, als die Betonung des starren Rechtes, wie es in dem Spruch „Caventibus jura!" zum Ausdruck kommt. Uebrigens ist ja dem Argument von dem Verstoß gegen Treu und Glauben, worauf schon von anderer Seite hingewiesen wurde, die Spitze durch Abs. 2 § 313 und § 873 BGB. abgebrochen; denn danach kann ja ein nur mündlicher, abgeschlossener Vertrag durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch giltig werden; sind die Kontrahenten über den Vertrag wirklich mit ernstem Willen einig geworden, so werden sie ihn auch bis zur Auflassung halten; andernfalls ist es immer besser, wenn sie vor der Auflassung zurücktreten, als wenn sie hinterher in Prozeß geraten.

Und es ist ganz mit Recht schon einmal von Stranz betont worden, daß gerade der häufige Rücktritt der Beteiligten von dem formlos geschlossenen Vertrag die Nützlichkeit der Formvorschrift beweise. Es mag ja sein, daß der

Rücktritt in manchen Fällen zu Benachteiligungen für den anderen Teil führt; aber dieser Umstand könnte nur dann ins Gewicht fallen, wenn die Vorschrift des § 313 nicht bekannt wäre. Das ist aber nicht der Fall. Die Kenntnis von der Notwendigkeit der Formvorschrift für Grundstücksverträge ist schon so allgemein geworden, daß jeder, der solche Verträge abschließt, mit deren Unwirksamkeit bis zur Erfüllung der Form rechnen muß und kein Recht hat zu lamentieren, wenn er in Erwartung des Geschäftes schon Aufwendungen gemacht hat, die sich hinterher als nutzlos herausstellen.

Denjenigen, der auf dem wenn auch nur formlosen Vertrag beharren will, als Edelmenschen, den andern aber als Lumpen hinzustellen, wie es von gegnerischer Seite geschah, war nichts weniger als angebracht; denn auf wessen Seite die Lumpenhaftigkeit ist in einem Fall, z. B. wenn jemand durch unlautere Manöver zum Vertragsabschluß gebracht wurde und dann zurücktritt, darüber besteht wohl kein Zweifel.

Der weitere Haupteinwand gegen § 313 war, wie gesagt, die Behauptung von der Erschwerung des Grundstücksverkehrs durch § 313. Eine solche Erschwerung wird aber im allgemeinen gar nicht empfunden werden und sie ist tatsächlich auch gar nicht vorhanden.

Diejenigen, die eine solche Erschwerung behaupten, sind immer nur einzelne Interessentenkreise; es sind — wie durch die erwähnten Enquete von Freiherr von Pechmann dargetan wurde — gewerbsmäßige Parzellenten, Auktionatoren, Grundstücksmakler, Grund- und Hausbesitzervereine; diese alle haben im Interesse ihres Geschäftes besondere Vorteile von der Aufhebung der Form; deren Interessen können aber nicht in Betracht kommen gegenüber der dem Volke im eigentlichen Sinn gewidmeten Schutzvorschrift des § 313. Das Volk selbst hat sich denn auch noch niemals gegen § 313 ausgesprochen; im Gegenteil wird von ihm selbst die Nützlichkeit und Wohltätigkeit des § 313 anerkannt. Wenn der § 313 eine Fessel für die Terrain- und Bauspekulanten, für die Grundstücksmakler ist, so ist dies auch nur ein Beweis für die Notwendigkeit der Vorschrift.

Daß sich unter der Formvorschrift der Grundstücksverkehr glatt genug abwickeln kann, dafür ist uns doch unser Bayern selbst der beste Beweis. Hier hat doch der strengste Formzwang gegolten, und doch entwickelte sich — wie uns Frhr. von Pechmann, gewiß der kompetentste Sachverständige, bestätigt — unter diesem Formzwang ein ausgedehnter Grundstücksverkehr und entfaltete sich eine lebhafte Terrainspekulation. Was aber bei uns zu keiner Hemmung des Grundstücksverkehrs führte, das wird es ebensowenig anderswo tun, zumal wenn die Formvorschrift so bedeutend abgeschwächt ist.

Es ist denn auch tatsächlich aus verschiedenen Teilen Deutschlands ausdrücklich erklärt worden, daß die Formvorschrift keine Beeinträchtigung der notwendigen Freiheit und Schnelligkeit des Grundstücksverkehrs zur Folge habe. Soweit eine Erschwerung des Grundstücksverkehrs eintritt, wird diese Erschwerung aus bisher formfreien Gebiet sogar lebhaft begrüßt, „weil jetzt nicht mehr die Leute gleich von den Grundstücksmaklern durch ihre Unterschrift festgenagelt werden könnten".

Angesichts der in den Enqueten und sonst in den Gutachten für § 313 zutage getretenen Aeußerungen kann die Notwendigkeit der Formvorschrift keinem Zweifel unterliegen.

Auch von den Gegnern wurde eine Schwenkung zu Gunsten der Form gemacht. Während von gegnerischer Seite noch im vorigen Jahr die Formfreiheit als das allein Seligmachende gepriesen wurde, wurde dort jetzt auch die

Notwendigkeit einer Form anerkannt; die Form des bloß mündlichen Vertrags, wie sie früher als einzig richtig gepriesen wurde, hat man fallen gelassen; jetzt wurde die schriftliche Form als vollauf genügend erklärt. Eine Form müsse sein, hieß es, aber dazu brauche es nicht die gerichtliche oder notarielle Beurkundung; die bloße Schriftlichkeit tue es vollkommen! Daß die Einführung der Schriftlichkeit an Stelle der Mündlichkeit nichts anderes heißt, als den Teufel mit dem Beelzebub austreiben, ist klar.

Eine Reihe von Stimmen aus Gebieten, wo bisher die Schriftlichkeit herrschte, sind denn auch einig in der Verurteilung dieser Form; es wurde wiederholt bestätigt, daß gerade die schriftlichen Verträge die beste Quelle für die Prozesse seien. Und daß dies der Fall ist, kann auch niemanden wundernehmen; denn jeder, der das Volk kennt, weiß, daß die Schriftlichkeit nicht der geringste Schutz für Uebervorteilung und Ausbeutung ist.

Wer faßt denn die schriftlichen Verträge ab? Doch immer nur der Geschäftsgewandtere und Intelligentere der Parteien; dieser kann aber in einen solchen Vertrag aufnehmen, was er will; der andere wird nur selten hinter seine Schliche kommen.

Man weise nur auch nicht auf die erhöhte Schulbildung hin. Diese ist absolut kein Schutz gegen Uebervorteilung. Mit dem bloßen Lesen- und Schreibenkönnen ist es noch lange nicht getan, und die tägliche Erfahrung lehrt — wie auch von anderer Seite in den Enqueten bestätigt wurde —, daß trotz Hebung der Schulbildung der Bauer sich noch häufig genug übers Ohr hauen läßt. Daß der Bauer im allgemeinen mißtrauisch ist, trifft nicht zu; er ist vielmehr arglos und vertrauensselig und in schriftlichen Dingen meistens noch recht unbeholfen; ist es doch eine altbekannte Tatsache, daß der Bauer alles unterschreibt, was man ihm vorlegt, weil er eben, wie gesagt, mit schriftlichen Sachen nicht so gut umgehen kann, und weil er — zu seinem Lobe seis gesagt — noch nicht in jedem, mit dem er zu tun hat, „einen schlechten Kerl sieht".

Aber eben wegen dieser Eigenschaften besteht alle Ursache, unsere Landbevölkerung nicht in Gefahren zu stürzen, denen sie nicht gewachsen ist.

Uebrigens bestehen diese Gefahren nicht bloß für das Landvolk. Auch die städtische Bevölkerung, und nicht bloß die der niederen Klassen, ist in juristischen Dingen oft geradezu von einer rührenden Naivität. Ja auch Leute, die viel mit Grundstücksachen zu tun haben, sind über manche höchstwichtige Punkte ganz und gar im unklaren; so kommt es z. B. oft genug vor, daß Baumeister, Güterhändler glauben, schon mit dem Verkauf des Besitztums aus der Haftung für die Hypotheken herauszukommen, und sehr erstaunt sind, wenn man ihnen die Fortdauer ihrer Haftung trotz des Verkaufs erklärt.

Diese Gefahren der Schriftlichkeit werden von der gegnerischen Seite vollkommen außer acht gelassen; es werden auch jetzt wieder (Hamm in Lobe, Ctbl. VII S. 296) als Hauptvorzüge der Schriftlichkeit gerühmt, daß sie keine Kosten mache und kein Hemmnis für den Grundstücksverkehr bilde."

Daß auch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung den Grundstücksverkehr nicht einschränkt, darauf wurde schon oben hingewiesen. Es ist aber auch nicht richtig, daß bei der Schriftlichkeit die Kosten des Grundstückverkehrs so gering würden.

Daß durch die Gebühren der Gerichte und Notare die Kosten der Grundstücksveräußerungen sich auf mehr als das Doppelte erhöhten (Hamm a. a. O.), ist absolut unzutreffend. Die Beurkundungskosten der Gerichte und der Notare kommen gegenüber den Grundstücksverkehrssteuern keinesfalls als erheblich in Betracht; diese Beurkundungskosten bilden nur einen ganz geringen Teil der

vom Staat auf den Grundstücksverkehr als Steuern gelegten Abgaben. Diese Abgaben wären aber auch bei der bloßen Schriftlichkeit oder Mündlichkeit zu bezahlen, weil sie eben nicht Kosten sind, die auf die Beurkundung erwachsen, sondern wie erwähnt, Steuern, die vom Grundstücksverkehr an sich erhoben werden.

Der Gesichtspunkt der Verbilligung des Grundstückverkehrs kann also für die Schriftlichkeit in keiner Weise ins Feld geführt werden. Und — wenn ja, was aber nicht zutrifft, die gerichtliche oder notarielle Beurkundungsform durch ihre Kosten den Grundstücksverkehr erschwerte — so wäre es doch wahrlich richtiger, die Kosten herabzusetzen, als das Volk der Schriftlichkeit auszuliefern!

Auch der weitere gegnerische Hinweis auf die Inkonsequenz, die zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des § 313 besteht, kann nie und nimmer gegen die gerichtliche oder notarielle Beurkundungsform verwertet werden. Daß zwischen Abs. 1 und 2 ein gewisser Widerspruch besteht, ist ja richtig. Aber wenn man sich an diesem Widerspruch stößt, so ist es doch einfacher, die Beseitigung des Abs. 2 zu verlangen, als gegen die Beurkundungsform des Abs. 1 anzukämpfen, deren Notwendigkeit und Nützlichkeit von den verschiedensten Seiten anerkannt wird. Uebrigens können alle Nachteile, die aus Abs. 2 gefolgert werden, ja ganz leicht durch Gebrauch des § 98 GBO. hintangehalten werden. Wenn die Gegner gar so sehr den Abs. 2 des § 313 gegen Abs. 1 auszuspielen versuchen, so ist wirklich nicht ersichtlich, warum sie nicht die Ausschaltung des Abs. 2 im Wege der landesgesetzlichen Regelung herbeizuführen suchen. Wenn sie dann weiter danach streben würden, der notariellen Auflassung überall die Wege zu bahnen, dann würden wirklich alle Gründe, die sie aus dem Verhältnis des Abs. 2 zu Abs. 1 § 313 gegen Abs. 1 zusammensuchen, in sich zusammenfallen. Gegnerischerseits wird versucht, den § 313 als ein Kuriosum der Gesetzmacherei hinzustellen (a. a. O.); aber es wurde schon von Stranz auf dem Juristentag darauf hingewiesen, daß gar kein Grund bestehe, sich über die Abfassung des § 313 lustig zu machen.

Die Bestimmungen des § 313 stellen eben — wie es noch bei vielen anderen Vorschriften der Fall ist — die Regel und Ausnahmen von der Regel dar; wie man sich über das Verhältnis von Ausnahme zur Regel sonst nicht entsetzt, so hat man dazu auch bei § 313 keine Veranlassung.

Der Juristentag hat auch die weiteren Abänderungsvorschläge Hamms, die dahin gingen, in § 313 Satz 1 hinter „zu übertragen" die Worte „zu erwerben" einzuschieben, und dem § 313 folgenden Zusatz zu geben: „Formlose Nebenabreden oder Aenderungen des Vertrags gelten als nicht vereinbart" abgelehnt. Und es ist auch gut so. Daß eine Bestimmung wie § 313 zu verschiedenen Auslegungen Anlaß geben muß, ist selbstverständlich. Aber es ist doch zu erwarten, daß über so manche Zweifel die Rechtssprechung klärende Wirkung ausüben wird; ist ja doch schon so manche Streitfrage, über die im Anfang lebhafte Meinungsverschiedenheit herrschte, jetzt gelöst.

Es ist wahrlich zum wenigsten die Aufgabe des Juristen, eine gesetzliche Bestimmung, sobald sich einige abfällige Stimmen über sie hören lassen, abzuändern. Die Größe des Römischen Rechts war in der Hauptsache mit darin begründet, daß die Römer an dem einmal geschaffenen Gesetze unentwegt festhielten.

Dieser Gesichtspunkt, am bestehenden Gesetze nicht ohne Not zu rütteln, war erfreulicherweise auch für den heurigen Juristentag zuletzt ausschlaggebend für seine Entscheidung bezüglich § 313.

Daß § 313 in seiner jetzigen Gestalt ein Segen und eine Wohltat für die Bevölkerung ist, das wurde, wie gesagt, allgemein anerkannt; was gegen

ihn spricht, sind höchstens Unbequemlichkeiten, die von einigen wenigen gefühlt werden; im Volke selbst ersehnt man keine Aufhebung oder Abänderung der bisherigen Beurkundungsform, und es ist deshalb richtig, was Stranz sagte, daß von einer Abänderung des § 313 gar nicht die Rede gewesen wäre, wenn nicht der Juristentag das Thema auf seine Tagesordnung gesetzt hätte.

Nachdem der Juristentag jetzt eine Abänderung des § 313 glatt abgelehnt hat, wird es mit der Bewegung gegen § 313 wohl vorüber sein.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Civilsachen).

Civilrecht.

Voraussetzungen eines Vergleichs im Sinne des § 779 BGB. Die Klägerin hatte sich auf eine Vereinbarung des Inhalts berufen, der Beklagte habe anerkannt, ihr eine Entschädigungssumme für den Bruch des Verlöbnisses zu schulden. Er habe ihr einen angemessenen Betrag versprochen, aber verlangt, daß sie ihm die Zahlung dieses Betrages bis zur definitiven Anstellung stunde. Sie, die Klägerin, sei damit einverstanden gewesen.

Das Berufungsgericht hatte die Anwendbarkeit des § 779 BGB. für ausgeschlossen erachtet.

Aus den Gründen: Wenn das Berufungsgericht die Anwendbarkeit des § 779 des Bürgerlichen Gesetzbuchs deshalb für ausgeschlossen hält, weil am 29. Juni 1903 nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin zwischen den Parteien ein Streit oder eine Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis, die im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt werden sollten, nicht bestanden habe, so wird hier die Bedeutung des § 779 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verkannt. Es ist nicht notwendig, daß in Bezug auf ein Rechtsverhältnis als solches eine Ungewißheit besteht, diese kann sich auch auf die Modalitäten eines Rechtsverhältnisses, insbesondere auf den Umfang und die Fälligkeit des daraus hervorgehenden Anspruchs erstrecken. Nach dem Tatbestand des Landgerichtsurteils hatte die Klägerin früher schlechthin eine Entschädigung wegen Bruchs des Verlöbnisses vom Beklagten begehrt, dieser hatte der Klägerin darauf eine kleine Entschädigung versprochen, weil er einen Skandal vermeiden wollte. Dagegen erhellt nichts darüber, daß sich die Klägerin mit einer kleinen Entschädigung zufrieden erklärt hatte, und daß Bestimmung darüber getroffen war, wann die Entschädigung zu zahlen sei. Sonach bestand am 29. Juni 1903 über die Modalitäten des von der Klägerin erhobenen Anspruchs unter den Parteien eine Ungewißheit. Zur Beseitigung einer Ungewißheit genügt es, daß im Wege gegenseitigen Nachgebens der eine Teil dem anderen ein Opfer bringt; dies kann in einem teilweisen Verzicht auf das Recht, in teilweiser Anerkennung oder in einer anderen Leistung bestehen (vgl. Urteil des Reichsgerichts vom 27. Mai 1903 V. 32/03, Jur. Wochenschr. 1903 Beilage S. 100).

Legt man die Behauptung der Klägerin über den Inhalt der Vereinbarung vom 29. Juni 1903 zugrunde, so bestand das den Erfordernissen des § 779 des Bürgerlichen Gesetzbuchs genügende gegenseitige Nachgeben darin, daß der Klägerin ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung zugebilligt und zugleich ihre Rechtsverfolgung wesentlich erleichtert wurde, während andererseits der Beklagte Stundung der Schuld bis zu seiner endgültigen Anstellung erhielt. IV. Civilsenat 402/1905. Urteil vom 15. Februar 1906.

Zu § 3 Nr. 1 des Anfechtungsgesetzes. Benachteiligungsabsicht beim Deckungsgeschäft.

Der Baumeister M. M. zu B. schuldete dem Beklagten H. B. für gelieferte Baufuhren einen Betrag von über 7500 Mk. Er bewilligte am 6. Februar 1904 seinem Gläubiger eine vollstreckbare notarielle Urkunde und dieser ließ auf Grund der Urkunde am 9. geb. Mon. pfänden. Der Kläger M. S., der gegen M. ein rechtskräftiges Urteil vom 5. Juli 1904 auf Zahlung von 8000 Mk. nebst Zinsen erwirkt hat, brachte im Wege des Arrestes wegen seiner Forderung eine Anschlußpfändung aus. Die Pfandstücke wurden versteigert. Der Erlös mit 3309 Mk. 98 Pfg. ist hinterlegt. Der Kläger beanspruchte in dem eingeleiteten Verteilungsverfahren die vorzugsweise Befriedigung und erhob gegen den Beklagten auf Anerkennung seines Vorrechts Klage. Er machte geltend, daß die Erteilung des Vollstreckungstitels durch den Beklagten erzwungen und nach § 241 der Konkursordnung in Verbindung mit den §§ 134, 135 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ferner aber auch nach § 3 Nr. 1 des Anfechtungsgesetzes unwirksam sei. Der Beklagte begehrte Abweisung der Klage. Das Landgericht erkannte nach dem Antrage des Klägers. Das Kammergericht hat dagegen der Berufung des Beklagten stattgegeben und die Klage abgewiesen.

Auf die Revision des Klägers wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Der Kläger wendet sich nur gegen das Berufungsurteil, soweit es seine auf § 3 Nr. 1 des Anfechtungsgesetzes gestützte Klage zurückweist, und in diesem Punkte ist auch das Urteil nicht frei von Rechtsirrtum. Eigentlicher Gegenstand der Anfechtung ist die Pfändung zu Gunsten des Beklagten. Die Gewährung des Vollstreckungstitels, auf Grund dessen die Pfändung vollzogen worden ist, kommt nur insoweit in Betracht, als sie die für die Anfechtbarkeit notwendige subjektive Beziehung des Schuldners zu der Vollstreckung darstellt, ohne welche diese nicht als eine Rechtshandlung des Schuldners angesehen werden kann (vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 47 S. 223 ff.). Deshalb untersucht auch der Berufungsrichter mit Recht, ob der Schuldner M. bei der Ausstellung der Urkunde vom 6. Februar 1904 in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung gehandelt habe. Er verneint die Frage aus folgenden Erwägungen: Die Urkunde sei bewilligt, um dem Beklagten für dessen fällige Forderung Befriedigung — durch demnächstige Vornahme der Zwangsvollstreckung — zu verschaffen. In dieser Hinsicht sei daran festzuhalten, daß ein Deckungs- oder Befriedigungsgeschäft nur unter solchen Umständen anzufechten sei, aus denen sich ergebe, daß es dem Schuldner nicht sowohl um die Befriedigung bezw. Sicherstellung des betreffenden Gläubigers, als um die Benachteiligung der übrigen Gläubigerschaft zu tun gewesen sei. Dafür liege nichts vor. Im Gegenteil sei die Ausstellung der Urkunde auf das Drängen des Beklagten, also auf die Initiative des Gläubigers zurückzuführen, dem Schuldner habe mithin die Absicht der Gläubigerbenachteiligung sicher fern gelegen. Er habe nichts anderes gewollt, als einen — ihm vielleicht besonders lästigen — Gläubiger Befriedigung zu verschaffen. Es ist zunächst klarzustellen, daß es sich bei der Gewährung des Titels nicht sowohl um die Erfüllung einer Verbindlichkeit, wie um einen Fall der sog. inkongruenten Deckung des Gläubigers handelte (vgl. Jäger, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses Anm. 9 zu § 3 des Anfechtungsgesetzes). Der Beklagte hatte keinen Anspruch darauf, daß ihm der Schuldner eine vollstreckbare Urkunde und somit die Möglichkeit

verschaffte, ohne zuvorige Anrufung der Gerichte sich im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen. Was der Gläubiger erhielt, war nicht die geschuldete Leistung, sondern ein Mittel, diese auf beschleunigtem Wege zu erlangen. Nun geht die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts keineswegs dahin, daß es bei den auf die Befriedigung des Gläubigers abzielenden Geschäften, mag ein reines Erfüllungs- oder ein Deckungsgeschäft in Frage sein, grundsätzlich des Nachweises besonderer Umstände bedürfe, aus denen gerade die auf die Benachteiligung der übrigen Gläubiger gerichtete Absicht des Schuldners und deren Kenntnis auf Seiten des Anfechtungsgegners zu entnehmen sei. Vielmehr hat sich der erkennende Senat in zahlreichen neueren Entscheidungen zunächst für die Fälle des § 3 Nr. 2 des Anfechtungsgesetzes und den hiernach zu führenden Gegenbeweis, dann aber auch für die Fälle des § 3 Nr. 1 dahin ausgesprochen, daß ein solcher Rechtsgrundsatz nicht bestehe, demzufolge bei Erfüllungs- oder Deckungsgeschäften eine fraudulose Absicht des Schuldners nur ausnahmsweise, namentlich wenn besondere, diese Absicht klarstellende Verabredungen dargetan seien, anzunehmen sei. Die Aeußerungen des Reichsgerichts, die im gegenteiligen Sinne gedeutet werden könnten, seien nicht so zu verstehen, als ob ein allgemein gültiger und bindender Rechtsgrundsatz des bezeichneten Inhalts oder auch eine allgemein verbindliche Beweisregel habe gegeben werden sollen. Es handle sich, wenn die Anfechtbarkeit der erwähnten Geschäfte häufiger ausgeschlossen erscheine, immer nur um Erwägungen tatsächlicher Natur, die keineswegs überall und namentlich nicht bei Deckungsgeschäften, bei denen der Gläubiger nicht das erhalte, was er zu fordern habe, zuzutreffen brauchten. Von dieser Rechtsprechung (vgl. insbesondere die Urteile in der Jur. Wochenschr. von 1902 S. 590, 13 und 593, 18), an welcher festzuhalten ist, weicht der Berufungsrichter ab, indem er im gegenwärtigen Falle besondere Umstände fordert, aus denen das betrügerische Zusammenwirken des Beklagten und des Schuldners zu schließen sei. In dem von ihm in Bezug genommenen Urteile des erkennenden Senats vom 4. März 1904 (Entsch. Bd. 57 S. 161) war ein reines Erfüllungsgeschäft angefochten. Bei solchen Geschäften wird die konkrete Sachlage nicht selten die Betrachtung gestatten, daß der Schuldner ausschließlich in Befriedigungsabsicht gehandelt habe, auch dann, wenn ihm klar war, daß den übrigen Gläubigern Befriedigungsobjekte entzogen würden. Aber hier ist über ein Deckungsgeschäft zu befinden, bei welchem weder rechtsgrundsätzlich, noch tatsächlich die Annahme ohne weiteres von der Hand zu weisen ist, daß der Beklagte vor den übrigen Gläubigern hat bevorzugt und daß diese haben geschädigt werden sollen. Bedenklich ist auch die Ausführung des Berufungsrichters, daß durch die Initiative des Beklagten, auf welcher die Bewilligung des Vollstreckungstitels beruhe, die Benachteiligungsabsicht ausgeschlossen erscheine. Mit dem Drängen des Gläubigers auf Sicherung ist sehr wohl vereinbar, daß der Schuldner sie gewährt, um seinen sonstigen Gläubigern das Nachsehen zu lassen. In der Allgemeinheit, in welcher der Berufungsrichter den erwähnten Satz ausspricht, enthält der Ausspruch keine Rechtswahrheit. An sonstigen Gründen, welche die Entscheidung zu tragen vermöchten, fehlt es. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache in die Instanz zurückzuverweisen, damit anderweit geprüft werde, ob nach der Gesamtheit der obwaltenden Umstände die Benachteiligungsabsicht und deren Kenntnis als ausgeschlossen gelten könne. Es wird zu erörtern sein, ob der Schuldner bei Ausstellung der Urkunde gewußt hat, daß er damit dem Beklagten ein die übrigen Gläubiger schädigendes Befriedigungsmittel an die Hand gebe, und ob aus diesem Bewußtsein auch die Benachteiligungsabsicht zu folgern ist, was unbedenklich schon dann bejaht werden

kann, wenn die Benachteiligung die notwendige Folge der dem Gläubiger eingeräumten Deckung war und vom Schuldner als solche erkannt wurde. Daß die Gläubigerbenachteiligung nicht das ausschließliche Ziel der Handlung des Schuldners zu sein braucht, versteht sich von selbst. Was die Frage der Kenntnis des Beklagten von der fraudatorischen Absicht seines Schuldners anlangt, so wird die Aeußerung, er wolle nicht immer Guckkastenmann sein, diesmal sei er ihm — dem Kläger — zuvorgekommen, nicht ungewürdigt bleiben dürfen. Im übrigen genügt es, daß jene Kenntnis im Zeitpunkte der Pfändung vorhanden war (Entsch. des Reichsgerichts Bd. 47 S. 225). VII. Civilsenat Nr. 217/1905. Urteil vom 30. Januar 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen).

Civilprozeß; Zwangsvollstreckung; Bayer. Subh.-Ordnung.

Zwangsvollstreckung in Miteigentumsanteile an einem Grundstücke. Bedeutung des Abschlusses des Verteilungsplans für den Ersteher des versteigerten Grundstücks. Berücksichtigung von Hypotheken, die das Grundstück ganz belasten. Einrechnung in das geringste Gebot. Nebenintervention.

Der Zimmermeister Johann G. und der Gastwirt Christian G. in M. haben im November 1898 von dem Rentner Sigmund H. dort die Bauplätze Plan-Nr. 371 1/8 und Plan-Nr. 371 1/9 der Steuergemeinde Schw. durch Kauf zu gleichen Anteilen erworben und dem Verkäufer für dessen Restforderung von je 41000 Mk. an jedem der beiden Grundstücke an erster Stelle Hypothek bestellt.

Am 27. Juni 1903 wurden die Anteile des Johann G. mit Hypotheken für je eine Darlehensforderung von 7000 Mk. der Firma Kl. und K. belastet.[1])

Christian Gr. verkaufte seine Anteile an die Eheleute Johann und Anna Gr. Am 3. Dezember 1903 trat Sigmund H. von seinen beiden Hypothekenforderungen je einen Teilbetrag von 2000 Mk. mit dem Range nach dem ihm verbleibenden Betrage von je 39000 Mk. an Christian Gr. ab. Dieser betrieb auf Grund der abgetretenen Forderungen in zwei gesonderten Verfahren die Zwangsversteigerung der Anteile des Johann G. Bei der Feststellung der Versteigerungsbedingungen wurde in beiden Versteigerungsverfahren die auf dem ganzen Grundstücke ruhende Hyppothek des Sigmund H. zu 39000 Mk. in das geringste zulässige Gebot eingerechnet und bestimmt, daß der Ersteher die Hypothek und die persönliche Haftung für die Forderung des H. gegen Anrechnung auf das Meistgebot zu übernehmen habe.

In den Versteigerungsterminen wurde das geringste zulässige Gebot demgemäß festgestellt. Christian Gr. erhielt auf die Meistgebote von 40461 Mk. für das Grundstück Plan-Nr. 371 1/8 und von 40496 Mk. 60 Pfg. für das Grundstück Plan-Nr. 371 1/9 den Zuschlag.

In den Verteilungsplänen wurden nach den Forderungen der ersten Reihe die Hypotheken des H. mit je 39000 Mk. und 1060 Mk. Zinsen und Kosten zum vollen Betrag angesetzt, der Rest der Masse zu je 22 Mk. 98 Pfg. wurde dem Christian Gr. zugewiesen.

In den Verteilungsterminen erhoben die Firma Kl. und K. und Johann G. gegen die Verteilungspläne Widerspruch, den Sigmund H. und Christian Gr. nicht als berechtigt anerkannten.

Johann G. trat mit notarieller Urkunde vom 5. April 1904 alle ihm aus der Zwangsversteigerung seiner Anteile zustehenden Rechte an die Firma Kl.

---

[1]) Anm. Vgl. § 1114 BGB., § 864 Abs. 2 CPO., §§ 751 bis 753 BGB. und §§ 180 und 181 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

und K. zur Sicherung der ihr gegen ihn zustehenden Forderungen ab. Die Firma Kl. und K. erhob innerhalb der vorgeschriebenen Frist bei dem Landgerichte M. gegen Sigmund H. und Christian Gr. für jedes Verteilungsverfahren eine besondere Klage, mit der sie beantragte,

1. den Verteilungsplan dahin abzuändern, daß die Forderungen der Beklagten nur mit dem Hälftebetrag eingesetzt werden und der Rest des Erlöses den an dem Anteile des Johann G. Berechtigten und der Klägerin zugewiesen werde,
2. oder doch dahin, daß diese Verteilung für den Fall eintrete, daß die berücksichtigten Forderungen der Beklagten aus dem Anteile der Eheleute Gr. befriedigt werden;
3. äußersten Falles Christian Gr. zu verurteilen, an die Klägerin 19021 Mk. 34 Pfg. nebst Zinsen oder doch an H. 39000 Mk. nebst Zinsen zu bezahlen.

Das Landgericht M. hat durch Urteile vom 14. Dezember 1904 die beiden Klagen abgewiesen.

Nunmehr erklärte Johann G., der sich bis dahin an der Prozeßführung nicht beteiligt hatte, daß er den Rechtsstreiten zur Unterstützung der Klägerin beitrete. Er ließ den beiden Beklagten die landgerichtlichen Urteile zustellen und Berufung einlegen.

Das Oberlandesgericht M. erklärte in beiden Streitsachen die Nebenintervention des Johann G. für unzulässig und verwarf dessen Berufungen.

Auf sofortige Beschwerde des Johann G. änderte das Oberste Landesgericht durch Beschlüsse vom 15. Mai 1905 die oberlandesgerichtlichen Zwischenurteile dahin ab, daß die Nebeninterventionen gegenüber dem Beklagten Sigmund H. zugelassen wurden.

Johann G. legte sodann gegen beide Urteile insoweit Revision ein, als die Berufungen gegenüber dem Beklagten H. verworfen worden waren. Das Oberste Landesgericht hat durch Urteil vom 7. Juli 1905 die oberlandesgerichtlichen Urteile, soweit die Berufungen des Johann G. in der Richtung gegen den Beklagten Sigmund H. verworfen worden sind, aufgehoben und die Sachen zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

In der neuerlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte trat für die Klägerin ein Anwalt nicht auf.

Das Oberlandesgericht M. hat durch Urteil vom 21. November 1905 die Berufungen zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat Johann G. als Nebenintervenient die Revision eingelegt.

Die vom Nebenintervenienten eingelegte Revision, der die — in der Revisionsinstanz nicht aufgetretene — Klägerin nicht widersprochen hat, ist in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden; sie ist jedoch nicht begründet.

Zwischen Sigmund H. und Gr. besteht nicht ein Rechtsverhältnis, das die Erstreckung der Rechtskraft des dem einen gegenüber ergangenen Urteils auf den anderen zu bewirken vermöchte. Bei dem ersten Antrage der Klägerin war Gr. in doppelter Eigenschaft beteiligt, als Hypothekgläubiger wie H. und als Ersteher. Als Hypothekgläubiger sollte er in jedem der beiden Verteilungsverfahren statt 22 Mk. 98 Pfg. nur 11 Mk. 49 Pfg. erhalten, als Ersteher sollte er sich gefallen lassen, daß H. nur mit dem Hälftebetrage seiner Ansprüche zum Zuge komme.

Die Klägerin und Johann G. waren nicht genötigt, wenn sie gegen die Berücksichtigung der Ansprüche des H. mit dem vollen Betrage Widerspruch

erhoben, auch der Zuweisung des ganzen Restes des Erlöses an Gr. zu widersprechen, und konnten, nachdem sie dies getan hatten, den Widerspruch gegen die Berücksichtigung des Gr. fallen lassen, ohne dadurch ihres Rechtes gegenüber dem H. verlustig zu werden, sie konnten ebenso sich in dem Verhältnisse zu Gr. bei den landgerichtlichen Urteilen beruhigen, ohne daß damit ihr Widerspruch gegen die Ansprüche des H. hinfällig wurde. H. und Gr. standen als Hypothekgläubiger vollkommen unabhängig nebeneinander, von einem Urteile, das über das Recht des einen entschied, wurde das Recht des anderen nicht berührt.

Ebensowenig konnte durch ein zwischen der Klägerin und Gr. als Ersteher ergangenes Urteil mit Wirkung gegenüber H. festgestellt werden, welche Ansprüche diesem auf den Erlös zustehen. Der Ersteher ist bei der Verteilung des Erlöses und den Streitigkeiten, die sich dabei ergeben, überhaupt nicht beteiligt, er leistet das, was er vermöge des Zuschlags schuldet, an denjenigen, dem der Anspruch gegen ihn im Verteilungsverfahren überwiesen wird.

Er wird zwar nach Art. 102 Subh.-O.[2]) zu dem Verteilungstermine geladen, die Ladung stellt ihm aber nur frei, den Verhandlungen beizuwohnen, ein Rechtsnachteil wird ihm nicht angedroht, sein Ausbleiben zieht rechtliche Folgen nicht nach sich. Die nach Art. 117 Abs. 1 Subh.-O. im Termine zunächst stattfindende Feststellung der Masse, insbesondere der von dem Ersteher zu leistenden Beträge, hat nur die Bedeutung einer Berechnung (Ortenau-Henle Komm. z. Subh.-O. 3. Aufl. S. 408 Anm. 2), für die Verpflichtungen des Erstehers ist nicht diese Feststellung, sondern das Versteigerungsprotokoll maßgebend. Bei der nach dem Abs. 2 des Art. 117 auf die Feststellung der Masse folgenden Erörterung der in den Verteilungsplan eingestellten Ansprüche sind nur die Gläubiger, die Befriedigung aus dem Erlöse beanspruchen, und der Schuldner (Drittbesitzer) beteiligt, sie werden im Falle des Ausbleibens im Verteilungstermine von den im Art. 97 Abs. 1 Ziff. 2 und im Art. 102 bestimmten Rechtsnachteilen betroffen, mit ihnen wird über die erhobenen Widersprüche nach den Abs. 4, 5 des Art. 117 verhandelt, sie haben ihre Widersprüche gegebenen Falles nach dem Abs. 6 des Art. 117 im Wege der Klage zu verfolgen.

Wird die dem Verteilungsplane zugrunde gelegte Feststellung der Masse von einem beteiligten Gläubiger oder von dem Schuldner beanstandet, weil der Ersteher mehr schulde als das Vollstreckungsgericht angenommen hat, so können die Beteiligten gegen den Ersteher auf Feststellung der von ihnen behaupteten Verpflichtung oder auf Zahlung des entsprechenden Betrags zur Masse klagen (Ortenau-Henle S. 409 Anm. 2).

Die Beanstandung der Feststellung der zu verteilenden Masse ist aber nicht ein Widerspruch gegen den Verteilungsplan im Sinne der Abs. 3 bis 7 des Art. 117, auf die Klage gegen den Ersteher findet der Abs. 6 des Art. 117 keine Anwendung. Die von dem II. Civilsenat in dem Urteile vom 15. Oktober 1884 (Aeltere Samml. v. Entsch. d. OLG. Bd. 10 S. 530) ausgesprochene gegenteilige Ansicht, auf der übrigens die Entscheidung nicht beruht, übersieht, daß der Ersteher in dem Verteilungstermine nicht zu erscheinen braucht, die Vorschriften des Art. 117 Abs. 4, 5 auf ihn nicht anwendbar sind und er deswegen auch in dem Art. 117 Abs. 7 und im Art. 118 nicht erwähnt wird. Hat die Klage das Ergebnis, daß eine weitergehende Verpflichtung des Erstehers festgestellt wird, so ist der hierdurch ermittelte weitere Bestandteil der Masse mittelst

---

[2]) Anm. Vgl. §§ 105 und 107 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsvollstreckung.

Ergänzung des Verteilungsplans oder nachträglicher Verteilung zu verteilen. Dabei ist der Ersteher nicht beteiligt, die Frage, wem das für die Masse Erstrittene gebührt, kann nur unter den bei der Masse Beteiligten, nicht dem Ersteher gegenüber ausgetragen werden.

Im vorliegenden Falle haben die Klägerin und der Schuldner Johann G. abweichend von der Ansicht des Vollstreckungsgerichts die Verpflichtung des Erstehers Gr. dahin aufgefaßt, daß er die in das Mindestgebot eingerechneten Beträge von je 39000 Mk. auch dann unverkürzt an die Masse schulde, wenn die Hypotheken des H. bei der Verteilung der Erlöse nur mit dem Hälftebetrage zu berücksichtigen sind, die Haftung der belasteten Grundstücke für den anderen Hälftebetrag aber fortbesteht, und mit der gegen Gr. erhobenen Klage die Feststellung bezweckt, daß seine Verpflichtung diesen Inhalt habe. Daneben haben sie im Verteilungsverfahren gegen die Ansprüche des H. auf Berücksichtigung des ganzen Betrags seiner Hypotheken Widerspruch erhoben und diesen gleichfalls im Wege der Klage verfolgt. Bei der Feststellung des Inhalts der Verpflichtung des Gr. war H., bei dem Streite über die Ansprüche des H. auf Berücksichtigung im Verteilungsverfahren war Gr. nicht beteiligt, eine rechtliche Nötigung, die beiden Klagen zu verbinden, bestand deshalb nicht. Die Rechtsansicht, von der die Klägerin und Johann G. ursprünglich ausgingen, brachte es allerdings mit sich, daß sie an dem H. gegenüber erhobenen Widerspruche nur dann Interesse zu haben schienen, wenn sie Gr. gegenüber obsiegten. Dieses Verhältnis der beiden Klagen zu einander konnte gemäß § 148 CPO. Anlaß zu der Anordnung geben, daß die Verhandlung des den Widerspruch betreffenden Rechtsstreits bis zur Erledigung des Rechtsstreits gegen Gr. auszusetzen sei, aber nicht dazu führen, daß die Rechtskraft des in der Sache gegen Gr. ergangenen Urteils sich auf den H. erstreckte.

Bei dem zweiten Antrage der Klägerin war H. nicht beteiligt, er richtete sich sachlich nur gegen Gr. Die Verteilung der hiernach beantragten weiteren Leistung konnte nur im Verteilungsverfahren mittelst Ergänzung des Verteilungsplans oder nachträglicher Verteilung geschehen.

Die von der Klägerin gegen H. erhobenen Ansprüche waren daher sachlich zu prüfen. Das Berufungsgericht hat sich dieser Aufgabe auch unterzogen, und dem von ihm gewonnenen Ergebnis ist beizustimmen. Ueber den Einfluß der Zwangsversteigerung eines Anteils an einem Grundstücke, das als Ganzes mit einer dem Beschlagnahmegläubiger im Range vorgehenden Hypothek belastet ist, auf diese Hypothek bestehen, da die Subh.-O. besondere Vorschriften darüber nicht enthält, verschiedene Ansichten.

Die vorherrschende Meinung (Begründung des Entwurfs der Novelle zur Subh.-O. in den Verhandl. der Kammer der Abg. 1885/86 Beil. Bd. 9 S. 161, Ortenau-Henle, Komm. z. Subh.-O. S. 482 Anm. 6, Hellmann, Komm. z. Subh.-O. S. 185, Becher, Bayer. Landescivilrecht Bd. 2 S. 1568c, Regelsberger, Bayer. Hypothekenrecht 3. Aufl. § 84 III S. 397) geht dahin, daß die Hypothek, weil sie nicht den Anteil, sondern das ganze Grundstück belastet, durch die Anteilsversteigerung nicht berührt wird, die Haftung des Grundstücks also nach dem Uebergange des Anteils auf den Ersteher unverändert fortbesteht. Nach einer anderen Ansicht ist die Hypothek als eine die sämtlichen Anteile belastende Gesamthypothek anzusehen. Es braucht jedoch nicht erörtert zu werden, welche Ansicht den Vorzug verdient, weil die Revisionsanträge sich sowohl nach der einen wie nach der anderen als unbegründet erweisen.

Nach der ersteren Ansicht ist der Gläubiger der das Grundstück als Ganzes belastenden Hypothek bei der Zwangsversteigerung überhaupt nicht beteiligt, die Hypothek wird nicht in das geringste zulässige Gebot eingerechnet und nicht aus dem Erlöse gedeckt, es ist aber nach Art. 55 Subh.-O. stillschweigende Versteigerungsbedingung, daß der Ersteher sich die Haftung des Grundstücks gefallen lassen, in diesem Sinne die Hypothek übernehmen muß, und es steht nichts entgegen, die Uebernahme der Hypothek in den Geboten der Uebung des Verkehrs gemäß durch Einrechnung des Betrags der Hypothek zu berücksichtigen. Auf ein in diesem Sinne abgegebenes Meistgebot ist dann der Betrag der zu übernehmenden Hypothek anzurechnen, nur der Ueberschuß bildet den Erlös für den versteigerten Anteil. Wird in den Versteigerungsbedingungen der Betrag der Hypothek in das geringste zulässige Gebot eingerechnet, so wird nicht der Sinn der Gebote dahin geändert, daß der Bieter die Hypothek ohne Anrechnung auf sein Gebot übernehmen wolle, also den Betrag der Hypothek doppelt bietet, sondern nur die Uebernahme der Haftung für die Hypothek, die neben dem Bieten des das geringste zulässige Gebot bildenden Betrags Bedingung für die Erlangung des Zuschlags ist, unrichtigerweise als Bestandteil des für den Anteil zu gewährenden Preises bezeichnet. Bei der Feststellung der zu verteilenden Masse muß der mit Unrecht in den Erlös eingerechnete Betrag der Haftung wieder ausgeschieden werden. Damit stimmen die Verteilungspläne im Ergebnis überein. Da die Hypotheken des H. nicht in dem geringsten zulässigen Gebote zu berücksichtigen waren, fand die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 der Novelle z. Subh.-O. über den Eintritt des Erstehers in die persönliche Haftung für die Forderungen keine Anwendung. Die unrichtige Feststellung des geringsten zulässigen Gebots hatte gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 2 der Novelle die Bestimmung zur Folge, daß der Ersteher auch in die persönliche Haftung einzutreten habe. Diese Bestimmung ist aber zugunsten des Schuldners Johann G. getroffen und nicht beanstandet worden.

Wird die das Grundstück als Ganzes belastende Hypothek als Gesamthypothek an den Anteilen behandelt, so ist ihr Betrag, auch wenn nur ein Anteil versteigert wird, nach den Art. 1, 5 der Novelle in das geringste zulässige Gebot einzurechnen. Nach Art. 8 Abs. 1 der Novelle wird die Gesamthypothek nicht übernommen, sondern ihr Betrag muß bar erlegt werden, in den Versteigerungsbedingungen kann aber nach Art. 19 Abs. 3 der Novelle auch ohne Zustimmung des Gläubigers die Uebernahme bestimmt werden. Die Gesamthypothek kommt mit dem ganzen Betrag in Ansatz (vgl. die bei Ortenau-Henle S. 200 Anm. 3 mitgeteilten Motive zum Entwurfe der Novelle), eine Verteilung ihres Betrags findet nach Art. 106 Subh.-O., wie im Abs. 1 des Art. 106 ausdrücklich gesagt ist, nur statt, wenn eine Mehrzahl von belasteten Gegenständen in demselben Verfahren versteigert worden ist. Von derselben Voraussetzung macht das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung die in den §§ 64, 122 vorgesehene Verteilung abhängig.

Die Teilung der Haftung nach dem Antrage der Klägerin würde das Recht des Gläubigers insofern beeinträchtigen, als er sich wegen eines Ausfalls, den er bei der Versteigerung des einen Anteils erleidet, nicht an den anderen Anteil halten könnte.

Die Kosten des ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen gemäß § 97 CPO. der Klägerin zur Last, die dem Nebenintervenienten gestattet hat, ihren Rechtsstreit in die Revisionsinstanz zu bringen, während der Nebenintervenient gemäß § 101 CPO. die durch die Nebenintervention verursachten Kosten zu tragen hat. I. Civ.-Sen. Reg. I 7/1906; Urteil vom 16. Februar 1906.

C. Oberlandesgericht Zweibrücken.

Civilrecht.

Fallen die bayer. „Postbotenfahrten" unter die „ordentlichen Posten"? Umfang der Haftpflicht des Postfiskus.

Die Klägerin erlitt bei Benützung einer „Postbotenfahrt" dadurch einen Unfall, daß infolge Scheuwerdens des von dem Postboten gelenkten Pferdes der Wagen umgeworfen und sie aus demselben geschleudert wurde. An den Folgen der hierdurch entstandenen Verletzungen war sie längere Zeit krank. Sie verlangte von dem Postfiskus nicht nur Ersatz der Kur- und Verpflegungskosten, sondern auch Entschädigung wegen ihres weiteren Schadens, entstanden durch Beschädigung ihrer Kleider und Beschränkung ihrer Erwerbs- und Arbeitsfähigkeit. Der Postfiskus lehnte jede Haftung ab unter anderem um deswillen, weil die „Postbotenfahrten" zu den „ordentlichen Posten" nicht gehören, nach § 11 des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871 und der bayer. Postordnung vom 27. März 1900 die Postverwaltung nur bei Unfällen infolge Benützung der ordentlichen Post für die Kur- und Verpflegungskosten hafte, und lediglich ein zwischen dem Postboten und dem Passagier abgeschlossener Beförderungsvertrag vorliege. Das Oberlandesgericht erklärte den Postfiskus für verpflichtet, der Klägerin die Kur- und Verpflegungskosten zu erstatten und wies das weitergehende Begehren der Klägerin auf Schadensersatz ab. Aus den Gründen: Nach Art. 52 der Reichsverfassung gilt das Reichsgesetz vom 28. Oktober 1871 betr. das Postwesen des deutschen Reichs, abgesehen von den im Gesetz selbst aufgeführten Ausnahmen, insonderheit was die durch den Transportvertrag zwischen Postverwaltung und Publikum begründeten Rechtsverhältnisse anlangt, auch für Bayern, und ist auch durch das BGB. nach Art. 32 des Einf.-Ges. nicht berührt worden. Die Begründung des Entschädigungsanspruches ist daher nach dem Reichspostgesetz Abschnitt II § 6—15 zu beurteilen. Die nach dem Vorbehalt im Schlußabsatz des § 50 des Postgesetzes im Verordnungswege erlassene bayer. Postordnung in der Fassung vom 27. März 1900 enthält unter Ziff. III in § 71 mit 97 Bestimmungen über die Personenbeförderung und zwar unter A §§ 72—84 über die Personenbeförderung mit den „ordentlichen Posten" und unter B §§ 85—97 über diejenige mit Extraposten. Der mit „Haftung der Postanstalt" überschriebene, unter den Abschnitt A fallende § 84 wiederholt hinsichtlich der Haftung im Fall der körperlichen Beschädigung eines Reisenden wörtlich die Bestimmung des § 11 des Postgesetzes. Nach Abs. 1 Ziff. 2 dieses letzteren Paragraphen leistet die Postanstalt bei „Reisen mit den ordentlichen Posten" Ersatz für die erforderlichen Kur- und Verpflegungskosten im Falle der körperlichen Beschädigung eines Reisenden, wenn diese nicht erweislich durch höhere Gewalt oder durch eigene Fahrlässigkeit des Reisenden herbeigeführt ist. Beide Ausnahmefälle sind nicht gegeben. Es bleibt daher nur die Frage zu erörtern, ob die Klägerin den Unfall auf einer „Reise mit der ordentlichen Post" erlitten hat. Es kann nun zunächst bei dem Verhältnis der bayer. Postordnung zum Reichspostgesetz aus ersterer kein Behelf für die Auslegung des im Reichsgesetz aufgestellten Begriffs der „ordentlichen Post" entnommen, vielmehr diese Auslegung nur aus dem Reichsgesetz selbst gewonnen werden. Denn darüber Bestimmung zu treffen, in welchen Fällen und in welchem Umfang die Haftung der Postverwaltung begründet sei, ist der Reichsgesetzgebung vorbehalten. Die in der Postordnung enthaltenen Bestimmungen haben, soweit sie sich auf den Post-Beförderungsvertrag beziehen, nur den Charakter von Normativbestimmungen im Rahmen der zwingenden Rechtssätze des Reichspostgesetzes und gelten vermöge der Vorschrift des letzteren in § 50 Abs. 2 als Bestandteil

der zwischen der Postverwaltung und dem Absender oder dem Reisenden geschlossenen Verträge (vgl. Mot. z. Einf.-Ges. z. BGB. S. 150).

Würde also selbst im Sinne der bayer. Postordnung, nach der vom Beklagten vertretenen Auslegung des § 71, die Postbotenfahrt nicht unter den Begriff der ordentlichen Post fallen — zu welcher Auslegung weder der Wortlaut noch der Zweck jener Bestimmung nötigt —, so könnte dem doch keinerlei Bedeutung für die Entscheidung der Frage in vorliegendem Rechtsstreite beigemessen werden. Nun ist davon auszugehen, daß nach der Bestimmung des § 11 und 12 des Postgesetzes, durch welche die Haftung der Postverwaltung erschöpfend geregelt wird, nur zwischen Reisen mit den ordentlichen Posten und Extrapostbeförderung unterschieden und nur für die erstere eine Ersatzpflicht anerkannt ist; zur Annahme irgend einer weiteren Kategorie der durch die Post betriebenen Personenbeförderung, außerhalb dieser beiden im Gesetz aufgeführten, bleibt darnach kein Raum. Die hier fragliche Postbotenfahrt, die zweifellos keine Extrapostbeförderung darstellt, muß also entweder als ordentliche Post erachtet werden oder — und diese Konsequenz wird auch vom Beklagten gezogen — sie ist überhaupt keine Postbeförderung, so daß in dem betr. Transportvertrag die Postverwaltung gar nicht als Kontrahent erschiene. Dieser letzteren Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Die Postbotenfahrt, insoweit sie der Personenbeförderung dient, weist allerdings im Vergleich mit den regelmäßigen Personenposten — Postomnibus- und Kariolfahrten — einige Abweichungen auf. Sie ist in erster Linie im Interesse der Sachbeförderung, um dem Bedürfnis nach vermehrter und beschleunigter Gelegenheit entgegenzukommen, eingerichtet worden. Wesentlich ist aber, daß die Postverwaltung für diesen Dienst Fuhrwerke bereit stellt, die zugleich für die Zwecke der Personenbeförderung durch Anbringung einer Halbchaise hergerichtet sind, deren Bestimmung sich also nicht in der Aufnahme der Brief- und Packetsendungen erschöpft, sondern zugleich den Personentransport umfaßt. Die Postbotenfahrten sind also Veranstaltungen, die von der Postverwaltung zugleich für Personenbeförderung bestimmt sind und unterstehen auch in dieser Hinsicht ebenso wie hinsichtlich der damit verbundenen Sachbeförderung der Aufsicht der Postverwaltung; diese setzt die Höhe des Personengeldes, „nach vorhergehendem Einvernehmen des Postboten", fest; die Einnahmen daraus sind, um die Kontrolle der Behörde zu ermöglichen, vom Postboten besonders vorzumerken, die Abgangs- und Ankunftzeiten sind geregelt und im öffentlichen Fahrplan bekannt gegeben. Der Staat unterhält diese Fahrten auch auf eigene Rechnung, er stellt den Wagen und bezahlt den Postboten, dem die eingehenden Personengelder als ein Teil seiner Entlohnung zukommen. Daß das Pferd nicht von der Postverwaltung, sondern vom Postboten angeschafft und unterhalten wird, ändert nichts an der rechtlichen Natur des Verhältnisses zwischen der Verwaltung und dem reisenden Publikum, ist vielmehr ebenso wie die Erhebung der Personengelder durch den Postboten eine interne Angelegenheit zwischen diesem und der Postverwaltung, wodurch deren Verhältnis zur Allgemeinheit nicht berührt wird. Der Umstand endlich, daß der Postbote über die Mitnahme von Reisenden zu entscheiden hat, ist bedingt durch die Rücksicht auf die Beschränktheit des verfügbaren Raumes und die dadurch gegebene nahe Berührung der Reisenden mit dem Postboten, auch die Rücksicht auf die Sicherheit der Transportstücke kommt in Betracht; all' dies läßt es zweckmäßig erscheinen, dem Postboten gegebenenfalls bei einer Mehrheit von Reisenden nach Maßgabe der ihm bekannten Zuverlässigkeit der einzelnen — womit übrigens ein objektives Kriterium aufgestellt ist —, die in Vertretung der Postbehörde zu treffende Auswahl zu überlassen.

Danach stellt sich auch die Postbotenfahrt als eine Einrichtung der staatlichen Post dar, welche unter der Autorität der Postverwaltung funktioniert und auf ihre Rechnung betrieben wird (vgl. auch Urteil des Kammergerichts vom 21. Januar 1902 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 248).

Die Haftung des Beklagten aus § 11 Postges. ist daher begründet bezüglich der Kur- und Verpflegungskosten.

Dagegen erweist sich der weitergehende Anspruch auf Ersatz des sonstigen Schadens auf Grund deliktischen Verschuldens der Postverwaltung nach § 12 und 51 Postges. mit Art. 32 Einf.-Ges. z. BGB. als unhaltbar; denn die Regelung der Haftpflicht durch das Reichsgesetz ist eine ausschließliche in dem Sinne, daß die Postverwaltung in einem weiteren Umfange, welcher Rechtsgrund auch für den Entschädigungsanspruch angerufen werden mag, nicht haftet (§ 11, 12, 51 Postges. mit Art. 32 Einf.-Ges.), unbeschadet natürlich des Anspruches gegen den einzelnen Postbeamten aus einem diesen persönlich treffenden Verschulden. Schon der Wortlaut des Gesetzes — § 12 — scheint eine andere Auslegung auszuschließen, auch die Verhandlungen bei Beratung des Postgesetzes sprechen für die Ausschließung einer weiteren Haftung (vgl. Dambach, Postgesetz § 12). Insbesondere wurde zur Begründung der Beschränkung der Haftung gegenüber der entsprechenden Bestimmung des Haftpflichtgesetzes in den Verhandlungen des Reichstages — Jahrgang 1871, stenographischer Bericht S. 553 — vom Regierungsvertreter darauf hingewiesen, daß die Unberechenbarkeit der Zufälle, denen der auf Benutzung von Pferden als bewegender Kraft angewiesene Postbetrieb im Gegensatze zu den Eisenbahnen ausgesetzt sei, eine Einschränkung ihrer Haftung bedinge. Die besondere Regelung der die Postverwaltung für die Sach- wie für die Personenbeförderung treffenden Ersatzpflicht, die, von den Ausnahmefällen der höheren Gewalt und eigenen Verschuldens des Verletzten abgesehen, schlechthin eintreten, aber auch auf das Maß des § 11 Postges. beschränkt bleiben soll, ist zu erklären aus dem Bedürfnis nach einem Ausgleich zwischen den Forderungen der Allgemeinheit, der die Post als öffentliche Verkehrseinrichtung dient und den Interessen ihrer eigenen Verwaltung, die mit einer grundsätzlich uneingeschränkten, nach Umständen sie unübersehbaren Ansprüchen aussetzenden Haftpflicht nicht zu vereinigen wären. Für den vorliegenden Fall tritt aber die Erwägung hinzu, daß bei der Frage der Haftung aus unerlaubter Handlung doch auch wieder das zwischen der Klägerin und der Postverwaltung durch den Transportvertrag begründete Rechtsverhältnis in Frage käme. Denn die dem Beklagten zum Vorwurf gemachte, für den Unfall angeblich kausale Einstellung eines für jene Strecke ungeeigneten Wagens würde doch in erster Linie eine Verletzung der durch den Vertrag übernommenen Pflichten in sich schließen, und es würde sich, da die Rechtslage wohl in sehr vielen Fällen der Haftbarmachung der Post eine ähnliche sein wird, die im Gesetze statuierte Einschränkung ihrer Haftung zu einem großen Teile als illusorisch erweisen (vgl. Entsch. d. RGer. Bd. 57 S. 150; Entsch. d. OLG. Stuttgart in Jur. Zeitung 1903 S. 131). Daß das die Bestimmungen des Reichspostgesetzes aufrechterhaltende BGB. unter Eingriff in die durch die Spezialgesetzgebung geschaffene Rechtslage, die Haftung der Postverwaltung über die im Postgesetz gezogenen Grenzen hinaus und zwar durch allgemeine Haftung für außerkontraktliches Verschulden habe erweitern wollen, ist beim Mangel jeder ausdrücklichen Bestimmung nicht anzunehmen. Urteil vom 8. März 1905.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/1.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.
Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.

71. Jahrgang. № 25. 15. Dezember 1906.

Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Unter Mitwirkung von

Karl Osthelder, Rat des Kgl. Obersten Landesgerichts, und **Dr. Th. Engelmann,** Staatsanwalt bei dem Oberlandesgerichte München,

herausgegeben von

Dr. Karl Gareis, ord. Professor der Rechte.

Inhalt: I. Abhandlungen: Oertmann, Die Umtauschklausel; Josef, Unrichtigkeit in der Angabe von Ort und Tag, in der Bezeichnung der Beteiligten und in der Wiedergabe der Erklärungen bei rechtsgeschäftlichen und nichtrechtsgeschäftlichen Urkunden. II. Rechtsprechung: Reichsgericht (Strafsachen); Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen). III. Aus der Praxis des Viehgewährschaftsrechtes. IV. Vermischte Nachrichten. V. Literatur.

Mit Ende des Jahrgangs 1906 treten die Unterzeichneten von der Redaktion dieser Blätter, bezw. der Mitwirkung hierbei, zurück. Bei diesem Anlaß fühlen wir uns verpflichtet, allen verehrten Mitarbeitern, welche uns während der fünf Jahre unseres Zusammenwirkens für die „Blätter für Rechtsanwendung" durch Lieferung von Beiträgen und Besprechungen unterstützt haben, unseren herzlichsten Dank zu sagen.

Mit diesem unserm wärmsten Danke verbinden wir die Bitte, dieser Zeitschrift, deren Redaktion wir bewährten Händen vertrauensvoll überlassen und der wir bestes Gedeihen fernerhin wünschen, die bisherige Förderung auch in Zukunft angedeihen zu lassen.

Dr. Karl Gareis. K. Osthelder.

I. Abhandlungen.

Die Umtauschklausel.

Von Professor Dr. Paul Oertmann in Erlangen.

I.

Die Fälle, mit denen die nachstehenden Blätter sich beschäftigen, bilden wohl für jeden Leser alte Bekanntschaften. Wer hätte noch niemals einen Kauf abgeschlossen, worin er sich oder einem Dritten den Umtausch der zunächst erstandenen Ware gegen eine andere vorbehielt? Bei Weihnachts- und Geburtstagseinkäufen bilden derartige Klauseln eher die Ausnahme als die Regel, und es dürfte kaum zu kühn sein, sie bei allen Käufen, die erklärtermaßen zu derartigen Zwecken geschlossen werden, als im Zweifel unterstellt zu erachten. In einem der größten deutschen Warenhäuser las ich unlängst ein Plakat, wonach „Bücher vom Umtausch ausgeschlossen seien", es scheint also, daß dieser bei den anderen dort gehandelten Waren generell gewährt wird, auch ohne besondere

Abrede. Und nicht nur zugunsten dritter Geschenknehmer spielt die Umtauschklausel eine Rolle: wohl jedem größeren Sammler von Briefmarken oder Münzen dürfte sie nichts weniger als ungeläufig sein.

Trotzdem fehlt ihr, soweit ich habe feststellen können, noch jede selbständige literarische Behandlung. Man beschränkt sich auf ein paar kurze Hinweise in den Kommentaren, allenfalls auch in den Lehrbüchern. Worin diese Schweigsamkeit begründet sei, läßt sich schwer sagen. Keinenfalls in einer sonderlich großen Einfachheit und Selbstverständlichkeit der rechtlichen Situation. Vielmehr zeigt eine ganze Reihe älterer und neuerer Entscheidungen, daß die Umtauschklausel theoretischer und praktischer Zweifelspunkte nicht entbehrt, und auch die ihr gewidmeten spärlichen Bemerkungen in der Literatur weisen durchaus keine Einmütigkeit auf.

So mag denn der Versuch eigener Erörterung nicht überflüssig erscheinen.

II.

1. Es gilt zunächst, unsere Klausel in ihrem Anwendungsgebiete abzugrenzen. Zu ihr gehören im Grunde nicht die gleichfalls zahlreichen Fälle, in denen der Verkäufer auf Grund seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen oder besonderer Erklärung die Verpflichtung übernommen hat, die dem Käufer nicht gefallende, nicht konvenierende Ware zurückzunehmen. So besonders bei Gattungskäufen und Bestellungen solcher individuell bestimmten Sachen, die der Besteller zuvor nicht hat in Augenschein nehmen können, z. B. bei Pferden, Hunden, seltenen Briefmarken. Mit Recht wird ein solcher Kauf, soweit man ihn besonders erwähnt, von der Umtauschklausel meist geschieden, s. z. B. Staub Exkurs zu HGB. § 382 Anm. 16 und die dort angezogene, mir nicht zugängliche Entscheidung des OG. Wien bei Adler-Clemens Nr. 365. Der Unterschied von dieser besteht in ihrer wesentlich weitergehenden Wirkung: nicht nur was, sondern sogar ob gekauft werden soll, hängt bei der Rücknahmeklausel vom Belieben des Käufers ab; entscheidet dieser sich dafür, daß ihm die Ware nicht zusage, so kommt das gesamte Geschäft nicht zustande oder wird doch aufgelöst. Mit anderen Worten: kraft der Rücknahmeklausel wird dasselbe zu einem Kauf auf Probe (BGB. § 495), oder es wird ihm doch mindestens ein Rücktrittsrecht des Käufers (BGB. §§ 346 fg.) beigefügt. Was von beiden anzunehmen sei, ist schließlich nur Tatfrage; es kommt auf die größere oder geringere der Klausel nach der Parteiabsicht beizulegende Bedeutung an: soll der Kaufvertrag erst wirksam werden, falls der Käufer die Ware billigt, so paßt sich diesem Zwecke nur die Annahme eines Kaufes auf Probe an; denn bei diesem ist der Vertrag im Zweifel nur unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen (§ 495 Abs. 1 S. 2). Daß damit auch der dingliche Uebereignungsakt aufschiebend bedingt sei, dürfte mindestens im Zweifel der Parteiabsicht entsprechen; nur wenig Verkäufer werden geneigt sein, das Eigentum ihrer Ware dem Gegner bereits vor dem Zustandekommen des den Rechtsübergang erst materiell rechtfertigenden Kausalaktes zu überlassen und damit ihre ohnedies beim Probekauf nicht sehr günstige Lage durch den Verlust der dinglichen Sicherheit vollends zu verschlechtern.

Soll aber das Geschäft zunächst zustandekommen und nur bei unterbleibender Billigung wieder aufgelöst werden, so läßt sich dieser Zweck sowohl mittelst eines Rücktrittsrechtes wie einer Probeklausel erreichen. Die praktischen Unterschiede beider Gestaltungen sind gering, wenn sie sich auch theoretisch [1])

[1]) Siehe dazu meinen Aufsatz in diesen Blättern Bd. 69 S. 65 fg., besonders S. 67 (gegen Enneccerus), S. 77—78.

nicht einfach in Abrede stellen lassen. Zur Abgrenzung dürfte besonders Folgendes dienen: wenn nach der erweislichen Parteiabsicht das Eigentum der Ware für den Fall der Mißbilligung sofort an den Verkäufer zurückfallen oder gar ihm bis zur Entscheidung verbleiben soll, so ist für die schärfere Probeklausel zu entscheiden, mit der die dingliche Wirkung zwar nicht notwendig, aber gewöhnlich zweckentsprechend verbunden erscheint. Soll dagegen die Mißbilligung nur persönliche Rückerstattungsansprüche auslösen, so wird diesen mit der Annahme eines bloßen Rücktrittsrechtes ebensogut, ja vielleicht besser Genüge getan; es hätte keinen Sinn, den Tatbestand unter einen rechtlichen Gesichtspunkt zu bringen, dessen wichtigstes Charakteristikum — die Bedingtheit von Kausal- und Erfüllungsgeschäft zugleich — doch nicht platzgreifen kann.

2. Das eigentliche Thema meines Aufsatzes bilden nur diejenigen Fälle, wo dem Käufer nur der „Umtausch" des zunächst gekauften gegen andere Stücke zugebilligt wird. Es unterliegt zunächst keinem Zweifel, daß einer nach dem Wortlaut sich als Rücknahmeklausel gebenden Vereinbarung möglicherweise in Wahrheit nur dieser minder weitgehende Sinn innewohnt. Crome (System II § 225 Anm. 17) verweist zur Abgrenzung mit Recht auf den gemäß BGB. § 133 maßgebenden Gesamtinhalt des Geschäftes gegenüber dem für sich oft trügerischen, unexakt gefaßten Wortlaut. Und selbst dieser läßt häufig einer Deutung im Sinne der bloßen Umtauschklausel auch dann Raum, wenn von einer „Zurücknahme" die Rede war. Denn die zugesagte „Zurücknahme" kann sich ja möglicheweise nur auf dieses bestimmte Stück beziehen sollen, vorbehaltlich der Entnahme eines anderen. War sie beim Gattungskauf zugesagt, so dürfte sogar die Auslegung der Klausel in diesem beschränkenden Sinne im Zweifel am nächsten liegen. Und war die Zusage gar nur gelegentlich der Uebersendung der aus der Gattung ausgesonderten Ware erfolgt, so hat das selbstverständlich auf den Bestand des Kausalaktes an sich überhaupt keinen Einfluß. Der Verkäufer will damit nichts weiter, als dem Käufer ein diesem übrigens nur bei Mangelhaftigkeit des gelieferten Stückes zukommende Recht allgemein verschaffen: den Anspruch auf Lieferung eines anderen Exemplars aus der vertragsmäßigen Gattung (BGB. § 480).

In solchen Fällen verhält die Klausel sich zur Umtauschklausel umgekehrt, wie die vorhin besprochene Rücknahmeklausel: sie ist beschränkter in ihren Wirkungen. Denn die Umtauschklausel richtet sich keineswegs nur darauf, daß der Käufer sich ein anderes Stück aus derselben Gattung soll aussuchen dürfen — sie erstreckt sich mindestens im Zweifel auf alle möglichen Stücke aus dem Warenbestand des Verkäufers, mindestens auf die Stücke mit dem zuerst gekauften von gleicher Preislage. Ihr Anwendungsgebiet ist auch nicht der Gattungs-, sondern ganz überwiegend, wenn schon nicht formell notwendig, der Spezieskauf.

3. Aber läßt sich denn ein rechtlicher Unterschied gegenüber der Rücknahmeklausel bei ihr überhaupt nachweisen? Es fehlt ebensowenig an Stimmen, die mit ihr trotz der anders gearteten Parteiabsicht die weitergehende Wirkung der echten Rücknahmeklausel verbunden sein lassen, wie umgekehrt an solchen, die ihr jedwede Bedeutung versagen. Dazwischen stehen diejenigen, nach deren Ansicht die Klausel mit einer eigentümlichen, von der Rücknahmeklausel verschiedenen Wirkung bekleidet ist:

a) Daß der Kauf mit Umtauschklausel nichts als ein Kauf auf Probe sei, hat man besonders in der Theorie und Praxis des Preußischen Landrechts angenommen. So im Erkenntnis des Obertribunals zu Berlin,

4. Senat, vom 7. April 1870, Busch, Archiv Bd. 23 S. 335 fg. (Seuffert, Archiv Bd. 29 Nr. 96 S. 149; Striethorst, Archiv Bd. 77 S. 307). Ebenso Dernburg in seinem Preußischen Privatrecht Bd. 2 § 153 Anm. 2. Für das neue Reichsrecht folgte Dernburg zunächst derselben Auffassung, Bürgerl. Recht Bd. 2 § 193, II.

Die Konsequenz dieser Lehre wird von ihren Verfechtern mit voller Schärfe dahin gezogen, es sei „das hierin liegende Verlangen, daß der Käufer anderes nehme, ohne rechtliche Bedeutung, wenn es an genügendem Anhalt über die Beschaffenheit des Einzutauschenden, wie dessen Preis fehlt". Die Gegenmeinung, wonach der Kauf mit Umtauschklausel den Käufer bis zur Einigung über den „Ersatzkauf" verbinde, entspreche nicht der Parteiabsicht. „Es läge hierin in der Tat ein völlig fester Kauf. Der Vorbehalt des Umtausches hätte keine juristische Bedeutung. Denn über etwas anderes einigen können sich die Parteien stets auch ohne Vorbehalt" (Dernburg, Bürgerl. Recht a. a. O. Anm. 4). Aehnlich das Obertribunal: es würde, „wenn die dem Käufer eingeräumte Befugnis, die Ware zu behalten oder zurückzugeben, von dem wirklich erfolgenden Umtausch abhängig sein sollte, der Verkäufer stets in der Lage sein, diese Befugnis dadurch zu vereiteln, daß er dem Käufer entweder solche Waren, welche diesem zum Eintausch genehm wären, überhaupt vorenthielt, oder für die in Tausch zu nehmenden Waren unannehmbare Preise stellte".

In der neuesten (dritten) Auflage hat Dernburg seinen Standpunkt zwar nicht aufgegeben, glaubt aber nunmehr die einzelnen Fälle sondern zu müssen. Der Kauf mit Umtauschklausel könne Kauf auf Probe sein, namentlich dann, „wenn der Kaufpreis noch nicht berichtigt ist"; es könne aber auch nur der Umtausch dem Käufer gestattet sein und inzwischen der Vertrag über die ursprüngliche Sache gelten (§ 193 Anm. 5).

Aehnlich differenziert auch Endemann, Lehrbuch Bd. 1, 2. Aufl. § 157a Anm. 2b, der in der Klausel bald einen mit Wahlschuldverhältnis verbundenen Kauf auf Probe, bald ein Rücktrittsrecht als vereinbart ansieht; ferner Staub, Kommentar zum (alten) HGB. Art. 339 § 3, zum neuen Exkurs zu § 382 Nr. 16. Das Geschäft sei bald Kauf auf Probe, dann habe die Verabredung der Entnahme anderer Waren keine bindende Kraft, bald — und meist — ein unter „der auflösenden Bedingung des künftigen Abschlusses eines anderen Kaufes über Waren des Verkäufers um mindestens denselben Preis" geschlossenes Geschäft.

b) Was Staub und Dernburg nur als möglich erachten, ist nach der gegenteiligen, wohl herrschenden Ansicht als der regelmäßige Sinn der Umtauschklausel anzusehen. So besonders aus der Praxis die Entscheidungen in Busch's Archiv Bd. 11 S. 6 fg. (Handelsgericht Bremen vom 5. April und 15. Mai 1866), im Sächsischen Archiv Bd. 7 S. 218, OLG. Dresden vom 22. März 1897, und in Seuffert's Archiv Bd. 56 Nr. 196 S. 348 (Mecklenburger Zeitschr. Bd. 19 S. 203, Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 502), OLG. Rostock vom 24. September 1900. Diese Entscheidung hat den vollen Mut der Konsequenz, indem sie im Gegensatz zum Dresdener Erkenntnis der Umtauschklausel im Grunde jede rechtliche Bedeutung versagt, den Umtauschkauf zu einem schlechthin verbindlichen erhebt:

„Es entspricht bei der Vereinbarung, daß der Käufer die gekaufte Ware gegen eine andere Ware des Verkäufers solle umtauschen dürfen, regelmäßig nicht der Absicht der Parteien, daß der Kauf erst durch die Billigung des Käufers zustande kommen soll oder daß der Käufer von dem Geschäfte solle zurücktreten und den etwa schon gezahlten Kaufpreis solle zurückfordern dürfen;

es soll vielmehr, den Worten der Vereinbarung entsprechend, der Käufer nur berechtigt sein, die Ware umzutauschen. Danach muß, wenn, wie im vorliegenden Fall, die einzutauschende Ware und der Preis, mit welchem diese Ware anzurechnen ist, unbestimmt geblieben ist, erst eine Vereinbarung der Parteien zustande kommen, durch welche der nähere Inhalt des neuen Geschäfts bestimmt wird, und erst durch diese spätere Vereinbarung wird der bis dahin bei Bestand gebliebene Kaufvertrag aufgelöst. Daß die Verpflichtung des Verkäufers zum Umtausche wegen der Unbestimmtheit des Inhalts dieser Verpflichtung rechtlich nicht erzwingbar ist, kann nicht dahin führen, der Vereinbarung, es solle der Umtausch gestattet sein, die Bedeutung beizulegen, daß der Kauf nur auf Probe abgeschlossen sein solle."

Auch Planck (zu § 495 Nr. 1) entwickelt die gleiche Ansicht, und da er ebensowenig, wie es Staub und Dernburg für den Bereich der nach ihnen nicht als Kauf auf Probe angesehenen Fälle tun, ein Zwangsmittel anzugeben weiß, um den Verkäufer zum Abschlusse des Ersatzkaufs anzuhalten, so ist anzunehmen, daß sie alle der Umtauschklausel insoweit die rechtliche Bedeutung versagen.

Desto günstiger ist die Stellung einiger weiteren Autoren, die übrigens gleichfalls den „Kauf auf Probe" ablehnen und grundsätzlich der Gruppe b) angehören. Cosack (Bürg. Recht Bd. 1 § 132, I, 1) läßt den Käufer beim Umtausch = im Gegensatz zum Probekauf, nicht völlig frei sein; er dürfe vielmehr „den Kaufgegenstand nur dann zurückweisen, wenn er sich mit dem Verkäufer über einen Ersatzkauf einigt". Aber — und darin liegt das besondere in Cosack's Ansicht — „der Verkäufer darf unter gewissen Voraussetzungen das Angebot eines Ersatzkaufs seitens des Käufers nicht zurückweisen." Welches diese „gewissen" Voraussetzungen seien, darüber läßt Cosack sich indes nicht näher aus. Aehnlich formuliert der Schreiber dieser Zeilen (Kommentar, Aufl. 2, zu § 495 Nr. 1c): Die Umtauschklausel bewirke nur, daß der Verkäufer nicht berechtigt sei, eine neue Kaufofferte des Gegners in Bezug auf ein Stück seines Warenbestandes sine iusta causa zurückzuweisen. Es liege also ein auflösend bedingter Kauf mit einem pactum de vendendo vor. Verwandte Einschränkungen der Bedingungstheorie macht übrigens auch das OLG. Dresden in der angezogenen Entscheidung im Sächs. Arch. Bd. 7 S. 218.

Eine andere Nuance findet sich bei Lehmann-Ring (Kommentar zum HGB., Anhang zu § 382 Nr. 13 Anm. 1). Die Umtauschklausel kann einen Kauf auf Probe darstellen, aber auch einen Nebenvertrag des Inhalts, „daß der Käufer sich verpflichtet, Waren gewisser Art und desselben Preises vom Verkäufer einzukaufen". Hier war im Gegensatz zu Cosack nicht von einer Pflicht des Verkäufers, sondern von einer solchen des Käufers zum Abschluß eines Ersatzkaufs gesprochen. Eine solche Pflicht aber hat nur Sinn, wenn der Käufer sich von dem alten Vertrage einseitig soll lösen können: denn könnte er das erst auf Grund des neuen Vertragschlusses, so wäre er und nicht der Verkäufer an diesem interessiert, eine „Pflicht" des Käufers dazu enthielte also eine widersinnige Vorstellung. Mit anderen Worten: ohne es zu wollen, steht Lehmann-Ring im Grunde auf dem Standpunkt des Probekaufs, nur versucht er durch die Annahme einer Käuferpflicht zu neuem Vertragsschluß praktisch zu vermitteln, entsprechend wie Cosack umgekehrt durch Annahme einer Verkäuferpflicht vom gegnerischen Standpunkt aus. So treffen beide auf der Mitte des Weges zusammen oder kommen sich doch nahe.

c) Ganz neue Auffassungen finden wir in einem Urteil des OLG. Dresden vom 11. Mai 1900, Sächs. Archiv Bd. 10 S. 516, mitgeteilt auch bei Warneyer zu § 495 Nr. 2 und, offenbar zustimmend, bei Staudinger zu § 495 Nr. 3c. Danach bedeutet die Vereinbarung der Umtauschkausel nur, daß „die Festsetzung des Stückes keine endgültige sei, der andere Teil aber als Käufer berechtigt und verpflichtet sein solle; in zwei Verträge dürfe das Geschäft nicht zerlegt werden".

Damit wird beiden bisher entwickelten Grundanschauungen der Fehdehandschuh hingeworfen: der Theorie des „Kaufes auf Probe", indem der Vertrag als verbindlich bezeichnet wird; der Theorie von der auflösenden Bedingung, indem die Annahme zweier successiver Geschäfte, des ursprünglichen und des Ersatzkaufes, Mißbilligung erfährt. Denkt man die Konstruktion des Erkenntnisses zu Ende, so ergibt sich vielmehr Folgendes: es liegt ein einheitliches Kaufgeschäft vor, bei dem aber dem einen Teile gestattet ist, an Stelle des ihm ursprünglich geschuldeten Objektes ein anderes zu substituieren. Das aber bedeutet in der Sache nicht mehr und nicht minder als einen Kauf mit facultas alternativa („Ersetzungsbefugnis") des Käufers als Gläubigers. Es wird im Folgenden der Versuch gemacht werden, zu zeigen, daß diese im Erkenntnis nur ansatzweise enthaltene Konstruktion nicht nur möglich, sondern auch allein zur befriedigenden Behandlung der Umtauschklausel geeignet ist[2]).

III.

Die Kritik der mancherlei möglichen oder nach dem Vorstehenden tatsächlich aufgestellten Konstruktionen wird verschiedene davon ohne Mühe ausschalten können:

1. Das gilt vor allem von der meines Wissens noch nie ernstlich verfochtenen, nur in Ihering's Civilrechtsfällen (Aufl. 10 Nr. 83 S. 153) hypothetisch aufgerollten Erklärung des Aktes als Tausch der ersten Ware gegen die neu ausgesuchte. Entweder faßt man diesen Tausch als einen freiwillig abgeschlossenen auf: dann beraubt man die Umtauschklausel als solche jeder rechtlichen Bedeutsamkeit, und die Tauschtheorie entfesselt alle Bedenken gegen sich, die sich unten gegen diese rein negative Lösung ergeben werden. Oder man sieht im Umtauschkauf eine Nebenabrede, die sich als Vorvertrag über einen demnächstigen Tauschabschluß darstellt, ein pactum de permutando. Das würde aber den unbefangen abgewogenen Interessen beider Teile nicht gerecht, widerspräche also durchaus der im Zweifel aus ihnen zu entnehmenden „konstruktiven" Parteiabsicht. Man denke etwa an die Möglichkeit, daß der zuerst gekaufte, nachher umgetauschte Gegenstand einen vom Verkäufer zu vertretenden Mangel aufweist: dann hätte nach der Tauschtheorie der alte Verkäufer, da er das früher verkaufte Stück neuerdings eingetauscht hat, ihretwegen Ansprüche wie ein Verkäufer (§ 493) — fast der Gipfel der Widersinnigkeit!

[2]) Anklänge an diese Theorie auch bei Endemann (s. oben), der freilich statt von facultas alternativa des Gläubigers von Wahlschuldverhältnis redet. Das erklärt sich wohl daraus, daß er noch zu denen gehört, die den erstgenannten Begriff nicht als selbständigen anerkennen (s. § 118 Anm. 4a a. E.), sondern einer Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht gleichstellen. Nicht minder bereits früher bei Pescatore (Die alternative Obligation, 1880, S. 278), der geradezu von facultas alternative spricht, aber durch die Hereinziehung eines pactum adiectum de permutando die gewonnene Klarheit wieder verschwinden läßt. Auch der neueste Schriftsteller über die „Ersetzungsbefugnis", Gernsheim (1906), bringt die Umtauschklausel an sich in deren Zusammenhang (S. 59, 84); doch macht ihm — zu Unrecht — der Umstand Skrupel, daß sie meist einem Handkauf beigefügt werde, „der eine Schuld nicht in die Erscheinung treten läßt".

Er brauchte sich auch nicht etwa einredeweise seine entsprechende Haftung aus dem früheren Verkauf entgegenhalten zu lassen, schon deshalb nicht, weil vielfach, wenn nicht meistens, der Geschäftsgegner beim Umtausch nicht mit dem ursprünglichen Käufer identisch sein wird. Schon diese eine Erwägung läßt die Tauschtheorie als nicht diskutabel erscheinen, so daß es der Hinzufügung naheliegender anderer Bedenken gar nicht mehr bedarf.

2. Aber auch die Annahme eines Kaufes auf Probe erweist sich alsbald als unnatürlich und zweckwidrig. Sie widerspricht durchaus der psychologischen Erfahrung, die ich bei einem so alltäglichen Akte wie die Umtauschklausel wohl mit Fug anrufen darf, deckt sich insbesondere, wie auch das OLG. Dresden (Sächs. Archiv Bd. 7 S. 218) treffend hervorhebt, nicht mit „den Auffassungen und Bedürfnissen des Handelsverkehrs". Ich persönlich habe schon dutzendweise Käufe mit Umtauschklausel geschlossen — aber nie ist mir der Gedanke gekommen, daß ich mich nunmehr durch einseitige Erklärung von jedweder Vertragspflicht freimachen könne. Und so wird es auch wohl jedem meiner Leser ergehen. Ich glaube mich nicht zu täuschen, wenn ich behaupte, daß dem Verständnis jedes Laien ein scharfer Gegensatz zwischen dem Sinne der Rücknahme- und der bloßen Umtauschklausel, wenn auch vielleicht nicht immer klar bewußt, innewohne.

Vor allem tritt die Konstruktion als „Kauf auf Probe" den Interessen der einen Vertragspartei, des Verkäufers, so durchaus entgegen, daß sie schon deshalb Bedenken erweckt, seinen bei Annahme der Umtauschklausel zu unterstellenden Absichten schnurstracks widerspricht. Jeder Kenner des Geschäftslebens weiß, daß es dem Kaufmann mit an erster Stelle darum zu tun ist, in jedem Moment über die Höhe seines Umsatzes eine sichere Kenntnis zu haben. Nur auf Grund dieser Kenntnis kann er seine geschäftlichen Dispositionen zweckentsprechend treffen. Ob es die Ware a oder die Ware b ist, von der er ein Stück mehr abgesetzt hat, wird ihn im großen und ganzen erst an zweiter Stelle interessieren — wenigstens im Verkehr mit solchen besonders marktgängigen Waren, bei denen allein die Umtauschklausel im Verkehr eine erhebliche Rolle spielt. Jedenfalls, wer diese einmal bewilligt, gibt dadurch zu erkennen, daß es ihm mehr auf den Umsatz überhaupt ankommt, als auf den Umsatz eines bestimmten Stückes. Es hieße aber die Parteiabsicht einfach fälschen, wollte man aus der Indolenz gegenüber einem bestimmten Verkaufsobjekt auf eine solche gegenüber dem Umsatz überhaupt schließen. Wohin würde es führen, wenn z. B. ein großes Geschäftshaus zur Weihnachtszeit, wo es für Tausende Verträge mit Umtauschklausel laufen haben wird, mit der Möglichkeit rechnen müßte, daß alle Käufer das Erstandene einfach zurückbrächten und dadurch das Ergebnis des gesamten Weihnachtsgeschäftes einfach zu nichte machen könnten? Rücknahme und Umtausch sind in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis eben ganz verschiedene Dinge, und eine Konstruktion, die sie ohne Not gleichstellt, ist damit von vornherein gerichtet.

Auch die von Dernburg zur Entscheidung herangezogene Frage, ob der Preis bereits bezahlt sei, kann dabei schwerlich etwas ausmachen. Den Kaufmann, der mit einem soliden Publikum zu arbeiten pflegt — und nur bei ihm spielt die Kreditierung des Preises für die unter Umtauschklausel verkauften Waren praktisch eine Rolle — interessiert viel weniger die Frage, ob er den Preis schon im Kasten, als die, ob er darauf einen Anspruch hat. Es geht wiederum nicht an, aus der Gleichgültigkeit gegen Barumsatz auf eine solche gegen den Umsatz überhaupt zu schließen. Auch den kreditierten

Umsatz muß der Kaufmann buchen, ihm entsprechend disponieren können, was er aber nicht vermöchte, wenn er mit der einfachen Rücknahme der verkauften Waren zu rechnen hätte.

Ueberall ergibt sich, daß man mit der Annahme eines Probekaufes die Umtauschklausel unter einen Gesichtspunkt zwängt, der nur im Gelegenheitsverkehr, nicht im regelmäßigen Geschäftsverkehr sinngemäß und brauchbar ist.

3. Aus entsprechenden Gründen wird man sich aber auch mit der herrschenden Lehre, wonach der Umsatzkauf ein auflösend bedingter Kauf ist, nicht befreunden können. Wie die Konstruktion als Probekauf die Interessen des Verkäufers denen des Käufers opfert, so diejenige als bedingter Kauf diejenigen des Käufers denen des Verkäufers. Denn zum Abschluß des Ersatzkaufes und damit zur Ermöglichung des Bedingungseintritts ist ihr zufolge der Verkäufer an sich in keiner Weise verpflichtet — das scharf auszusprechen und daraus die entsprechenden Folgerungen zu entwickeln hat die oben mitgeteilte Rostocker Entscheidung den dankenswerten Mut gefunden.

Und damit geraten wir aus der Scylla in die Charybdis; fälschen wiederum in bedenklichster Weise die aus den verfolgten Interessen zu entnehmende „konstruktive" Parteiabsicht. Freilich sind es in der Regel beim Käufer weniger als beim Verkäufer schutzwürdige Berufs-, Geschäftsinteressen, die durch die eine oder andere Auffassung der Umtauschklausel in Frage gestellt werden. Aber dafür tritt zu seinen Gunsten ein anderer Gesichtspunkt heran: er ist es doch gewesen, der die Umtauschklausel in aller Regel angeregt hat, zu seinen Gunsten dem Geschäft hat beifügen lassen. Und ist der Verkäufer, vielleicht ungern und nur um das Geschäft nicht scheitern zu lassen, auf das entsprechende Ansinnen des Käufers eingegangen, so hat sicherlich beiden Parteien nichts ferner gelegen als die Annahme, damit etwas rechtlich Unwirksames vereinbart zu haben.

Somit sind beide radikalen Lösungen in gleicher Weise unbefriedigend: die eine leugnet die Rechtsverbindlichkeit des ganzen Kaufes, und gibt damit dem Verkäufer nicht, was des Verkäufers ist; die andere bestreitet diejenige der Umtauschklausel, und versagt damit dem Käufer, was des Käufers ist. Daß es im Grunde „nur" Erwägungen aus den Interessen und vermutlichen Absichten der Beteiligten sind, die wir dagegen ins Feld führen können, verschlägt um so weniger, als die ganze Frage nach dem Wesen der Umtauschklausel im Grunde nur eine Frage der Vertragsauslegung darstellt.

4. Es ist erklärlich, daß den Verfechtern der bisher bekämpften Konstruktionen im Grunde bei ihnen nicht recht wohl war. Und so suchen sie nach praktischen Vermittlungsversuchen. Aber auch diese wollen nicht recht gelingen:

a) Das gilt einerseits gegenüber Lehmann-Ring. Allerdings kann nach ihnen der Käufer zurücktreten, wenigstens nach der oben (Nr. II, 3b) entwickelten, allein sinngemäßen Deutung ihrer Worte; aber er kann es nur unter der Verpflichtung, einen Ersatzkauf abzuschließen. Der Umtauschkauf ist also Kauf auf Probe in Verbindung mit einem bedingten pactum de emendo. Daß damit die Bedenken im Grunde nicht schwinden, scheint mir unbestreitbar. Einmal ist die Lage des Verkäufers nur sehr bedingt gebessert, wenn er sich den Erfolg des ersten Kaufes zunächst aus den Händen winden lassen muß, gegen die bloße, umständlich durchführbare Anwartschaft, den Käufer zum Abschluß eines neuen Kaufes zu zwingen. Und dann steht es mit der Rechtsverbindlichkeit eines solchen pactum de emendo überhaupt nichts weniger als zweifelsfrei. Denn auf welche Waren soll es gerichtet sein? Offenbar möglicherweise auf jedes Stück aus dem Lagerbestande des Verkäufers. Aber wer

soll daraus die Auswahl treffen? Der Verkäufer nach Sinn und selbst Wortlaut der Klausel sicher nicht. Also müßte sie dem Verkäufer als Pflicht auferlegt werden, eine sonderbare Vorstellung, die sich, wenn überhaupt, nur in bezug auf die Waren rechtfertigen ließe, die in der Preislage nicht über das zunächst gekaufte Stück hinausgehen. Denn von einer Pflicht des Käufers, eventuell auch einen Ersatzkauf zu höherem Preise abzuschließen, kann doch nicht ernsthaft die Rede sein.

b) Weitaus günstiger steht es mit der von Cosack und bisher von mir vertretenen Annahme: der Umtauschkauf ist zwar ein auflösend bedingter, aber zur Mitwirkung bei dem die Bedingung auslösenden Ersatzkauf ist der Verkäufer verpflichtet. Also auflösend bedingter Kauf unter Beifügung eines entsprechend aufschiebend bedingten pactum de vendendo. Aber unter welchen Voraussetzungen, in bezug auf welche Waren ist der Verkäufer aus diesem pactum verpflichtet? Cosack drückt sich mit einer wenig greifbaren Unbestimmtheit aus: denn welches die „gewissen Voraussetzungen" sind, unter denen der Verkäufer den ihm angesonnenen Ersatzkauf abschließen muß, bleibt im Dunkel. Um ein praktisch verwendbares Ergebnis zu gewinnen, müßte man schon weitergehen und das pactum auf jedes Stück aus dem Warenbestand des Verkäufers erstrecken, vorbehaltlich etwa der Ablehnung des Ansinnens in bezug auf dieses oder jenes Stück ex justa causa. Diese in meinem Kommentar vorgeschlagene, auch in der Praxis (s. OLG. Dresden, Sächs. Arch. 7 S. 218) vorfindliche Lösung dürfte die Interessen beider Teile wenigstens einigermaßen befriedigen. Sie wird ferner kein formaljuristisches Bedenken erwecken können. Denn die Unbestimmtheit der Gegenstände, auf welche das angenommene pactum de vendendo sich erstreckt, ist schließlich nicht größer, als in zahlreichen anderen anstandslos als rechtsverbindlich anerkannten Fällen. Vor allem schwindet hier der oben entwickelte Zweifel aus den Verschiedenheiten der Preise bei den einzelnen in Betracht kommenden Ersatzstücken. Denn da hier das Ansinnen eines Ersatzkaufes ein Recht, nicht eine Pflicht des Käufers bildet, kann ihm unter keinen Umständen wider seinen Willen ein teureres Ersatzstück aufgedrängt werden.

Ferner scheitert diese Konstruktion auch nicht an der Unbestimmtheit des Inhalts für den dem Verkäufer anzusinnenden Ersatzkauf. Allerdings wird man von einem Vorvertrag zu künftigem Kauf oder Verkauf grundsätzlich dasselbe Maß inhaltlicher Bestimmtheit verlangen müssen, wie von einem Kaufvertrag selbst. Aber bereits das OLG. Dresden hat zutreffend dahin entschieden, daß diesem Erfordernis in unserem Fall genügt sei (Sächs. Arch. 7 S. 218). Das könnte keinem Bedenken begegnen, wenn alle Warenvorräte des Verkäufers derselben Gattung angehörten, z. B. Wein oder Cigarren. Es läge dann einfach ein Vorvertrag zu einem Gattungskauf oder einem dann vielleicht verschiedenen, aber keinenfalls minder rechtsverbindlichen Kaufe eines Stückes aus einem konkreten Gesamtvorrat (s. Oertmann zu § 243 Nr. 1a) vor. Unmöglich kann der Umstand, daß die zum Umtausch verwendbaren Gegenstände der Gattung, der Preislage oder auch beidem nach verschieden sind, die sonst genügende Bestimmtheit des Schuldinhalts zu einer unzulänglichen herabdrücken; die möglichen Leistungsobjekte sind durch ihre konkrete Abgrenzung als Bestandteile des verkäuferischen Warenbestandes immer noch viel bestimmter, als bei den weitaus meisten Gattungskäufen, und man kann geradezu den Satz aufstellen, daß aus der schrankenlosen Zulassung des Gattungskaufes diejenige des „Auswahlkaufes" a fortiori gefolgert werden dürfe. Und dafür, daß die Verschiedenheit der Preise bei den in Betracht kommenden Auswahl-

stücken kein Hindernis der Rechtsverbindlichkeit bildet, kann man sich durchschlagend auf die Analogie des sogen. Spezifikationskaufes berufen, wie er nunmehr im Handelsgesetzbuch § 375 in aller Form als rechtsverbindlich behandelt wird. Denn auch hier kann der vom Käufer geschuldete Preis je nach der von ihm vorzunehmenden Auswahl der „Formen, Maße oder ähnlichen Verhältnisse" sehr verschieden sein (s. Oertmann, Der Kauf mit Spezifikation, Arch. civ. Praxis Bd. 85 S. 202 fg.). Wie dort, bedarf es auch bei dem „Auswahlkaufe" in der Regel keiner weiteren Preisvereinbarung. Der Betrag dessen, was der Käufer zu leisten haben wird, bestimmt sich stets und notwendig nach dem Ladenpreis des zu wählenden Stückes. Ist der Umtausch gegen ein anderes Stück des Warenbestandes vorbehalten, so muß eben mangels besonderer Abrede unterstellt werden, daß das auszuwählende Ersatzstück dem Käufer mit nicht mehr und nicht weniger als dem Ladenpreise angerechnet werden soll, und auf Grund dieser allgemeinen Vereinbarung bestimmt sich dann die Höhe der Schuld je nach der vollzogenen Auswahl mit automatischer Selbstverständlichkeit. Darin liegt zum mindesten ein ebenso großes, ja im Grunde ein entschieden größeres Maß der Leistungsbestimmtheit, als in den ausdrücklich zugelassenen Fällen der §§ 315—319: Bestimmung der Leistung durch das billige Ermessen einer Partei, bezw. das billige oder gar das freie Ermessen eines Dritten.

Auch praktische Schwierigkeiten dahin, daß der Käufer den Verkäufer nötigenfalls erst auf Abschluß des Ersatzkaufes verklagen müsse, um vom ersten Kauf loszukommen, dürften der hier besprochenen Konstruktion nichts im Wege stehen. Sie sind keinenfalls größer als bei irgend einer der übrigen Auffassungen: denn ein anderes Zwangsmittel gegen den renitenten Verkäufer zur Herausgabe eines Ersatzstückes, als die Klageerhebung, steht dem Käufer für die Regel der Fälle ebensowenig zu Gebot, wie einem sonstigen Gläubiger.

Nun lassen sich freilich Fälle denken, wo unser Vorvertrag zum Abschluß des Ersatzkaufes, mangels genügender Bestimmtheit des Inhalts, der Klagbarkeit entbehren würde. So der dem Rostocker Erkenntnis (oben Nr. II, 3b) zugrunde liegende Tatbestand: es war einfach vereinbart, der Käufer könne das Pferd, wenn es ihm nicht gefalle, zurückgeben und „ein anderes" vom Verkäufer eintauschen. Aber auch hierfür dürfte sich Rat schaffen lassen, und zwar nach dem Vorgang des Dresdener Erkenntnisses vom 22. März 1897 (oben Nr. II, 3b). Wie dort § 111 des sächsischen, so kann hier § 162 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zu Hilfe gerufen werden: weigert sich der Verkäufer ohne rechtfertigenden Grund, den ihm zugemuteten Ersatzkauf einzugehen, dessen Abschluß die auflösende Bedingung für den Umtauschkauf bildete, so hat er damit wider Treu und Glauben den Eintritt dieser Bedingung verhindert, einer Bedingung, die ihm insofern zum Nachteil gereicht, als sie ihn der Ansprüche aus dem ersten Kauf berauben würde. In solchen Fällen gilt die Bedingung einfach als eingetreten; der erste Kauf ist also hinfällig geworden, auch ohne daß es zum Abschluß des Ersatzkaufes gekommen wäre. Somit geht der renitente Verkäufer in Fällen dieser Art gleichmäßig der Vorteile aus beiden Verkäufen verlustig, und diese Aussicht dürfte ihn mindestens ebenso entschieden im Zaume halten, wie es in den vorher besprochenen Fällen das dem Käufer dabei zu Gebote stehende Klagrecht zu tun vermochte.

c. Soweit unterscheidet sich die Annahme eines auflösend bedingten Kaufes in Verbindung mit einem pactum de vendendo sehr zu ihrem Vorteil von allen bisher besprochenen Konstruktionen, und wir könnten uns mangels einer

besseren vielleicht mit ihr befreunden. Aber bei genaueren Zusehen wird sie doch nicht allen zu stellenden Anforderungen gerecht:

α) Das erste Bedenken, in der neuen Dresdener Entscheidung (Sächs. Archiv X S. 516) bereits angedeutet, ist ein im Grund mehr doktrinäres: es erscheint unter allen Umständen als mißlich, einen nach seiner empirischen Eigenart, seiner Zweckbestimmung einheitlich gedachten Akt rechtlich in eine Mehrheit von Geschäften zu zerlegen. Ein solches Zerpflückungssystem, Liebling aller Anfänger und Formalisten, wirkt sozusagen ästhetisch unschön und führt leicht zu gezwungenen, das Wesen der Sache verfälschenden Ergebnissen. So auch hier: denn daß der unbefangene Sinn der Parteien sich den alten und den Ersatzkauf als einheitlich gedacht hat, daß sie damit einen und denselben unverändert gebliebenen Geschäftszweck verfolgt haben, kann mit Fug nicht bestritten werden.

Und wenn die hier bekämpfte Zerreißung der Geschäfte nur eine Sache des Geschmackes wäre! Sie führt aber auch zu höchst anfechtbaren sachlichen Konsequenzen:

αα) daß der Verkäufer sich für seine Ansprüche aus einem mit Umtauschklausel geschlossenen Kauf ein Pfand oder einen Bürgen bestellen läßt, wird zugegeben selten vorkommen. Wenn es aber doch geschieht, führt die Bedingungstheorie zu dem unerträglichen Ergebnis, daß die für das erste Geschäft bestellte Sicherheit mit dem dasselbe gleichzeitig vernichtenden zweiten sofort ihr Ende erreicht, obwohl der Anlaß, der den Verkäufer die Sicherheit heischen ließ, natürlich in gleicher Weise fortbesteht. Gewiß kann eine Erstreckung der Sicherheiten auch auf die Rechte aus dem Ersatzgeschäft vereinbart werden. Aber schon, daß sie besonders vereinbart werden muß, ist mißlich, um so mißlicher, als die meisten Parteien in ihrer durch keinerlei Rechtskenntnis getrübten Unbefangenheit an solche Notwendigkeit gar nicht gedacht, daher die notwendige Vereinbarung unterlassen haben werden.

ββ) Die Schwierigkeiten mehren sich in den zahlreichen Fällen, wo der Umtausch durch einen Dritten erfolgen soll. Enthielte er den Abschluß eines neuen Vertrages, so könnte dabei als Geschäftspartei an sich nur der Dritte selbst erachtet werden. Denn die Annahme einer Vollmacht an den Dritten, den Ersatzkauf als Vertreter des ursprünglichen Käufers abzuschließen, wird in den weitaus meisten Fällen auf eine leere Fiktion herauslaufen. Und auch wenn der Dritte allenfalls Vollmacht hätte: psychologisch vollzieht sich der Vorgang doch so gut wie niemals so, daß die Kinder und Dienstmädchen, denen der Umtausch gestattet ist, dabei einen neuen Kauf abzuschließen glauben — werden sie doch vielfach von dem vereinbarten Kaufpreis nicht die blasseste Ahnung haben.

5. Die Bedingstheorie könnte dieser Schwierigkeiten bestenfalls auf Grund subtiler, vielfach zweifelhaft bleibender Untersuchungen Herr werden, — Grund genug, uns von Neuem an ihr irre zu machen. Zum Glücke können wir ihrer aber auch entraten. Es bleibt eine Konstruktion, die durch ihre Natürlichkeit und Einfachheit alle anderen übertrifft und dabei, so weit ich sehe, auf alle Zweifelsfragen eine zutreffende Antwort gibt: der Kauf mit Umtauschklausel ist ein einheitliches Geschäft mit einer dem Gläubiger, oder einem Dritten für ihn, zugebilligten facultas alternativa (Ersetzungsbefugnis).

a) Betrachten wir zunächst die Fälle, wo der Umtausch dem Käufer selbst zusteht. Hier kann unserer Konstruktion keinerlei ernstes Bedenken entgegengehalten werden. Daß es Fälle gebe, wo der Gläubiger das Recht besitzt, durch Erklärung oder sonstige Wahlhandlung dem ursprünglich geschuldeten

Schuldobjekt ein anderes zu substituieren, wird nach Regelsbergers Vorgang (Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 159 fg.) fast allgemein angenommen und kann, nachdem auch Siber seinen früheren Widerspruch (Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903, S. 64 fg.) im wesentlichen zurückgenommen hat (Kritische Vierteljahrschrift Bd. 46 S. 538 fg.), wohl als endgültig festgestellt gelten, siehe übrigens die Angaben bei Oertmann Aufl. 2 vor § 262 Nr. 2 b β. Es fehlt in der Tat nicht an verschiedenen zweifelsfreien gesetzlichen Fällen dieser Art, und wenn rechtsgeschäftlich eine solche Ersetzungsbefugnis des Gläubigers angeblich auch nur selten vorkommen soll (Siber S. 539 und dort zitierte), so beweist diese ohnehin problematische Behauptung natürlich nichts gegen eine Einbeziehung solcher Fälle, in denen nach unbefangener Auslegung in der Tat eine derartige Ersetzungsbefugnis dem Willen der Parteien entsprechend sein würde.

Allerdings hat die facultas alternativa in unseren Fällen, auch wenn dem Käufer selbst vorbehalten, gewisse Besonderheiten:

α) Einmal besteht sie noch, obwohl die alte Schuld schon erfüllt ist. Aber das erklärt sich leicht: schon an sich läßt sich ein Satz dahin, daß der Berechtigte durch Annahme des eigentlich geschuldeten Gegenstandes seine facultas alternativa unterschiedslos einbüße, nicht rechtfertigen; nach Siber soll er nicht einmal die Regel bilden. Aber auch wenn das sonst anders wäre (s. z. B. Gernsheim, Die Ersetzungsbefugnis, 1906, S. 183) — für unseren Fall können keine Zweifel auftauchen. Denn hier ist ja gerade bei Uebergabe der ursprünglichen Kaufsache — der Umtauschkauf ist in bezug auf die Ware fast ausnahmslos Realkauf — die Ersetzungsbefugnis vereinbart, sie kann also im Sinne der Parteien nicht durch denselben Uebergabeakt sofort wieder konsumiert sein. Und weiter: wer einem Anderen die Ware unter Umtauschrecht abläßt, der will sie ihm doch offenbar als Erfüllung seiner Schuld nur unter der auflösenden Bedingung übertragen, daß ein Ersatzstück eingefordert werde. In demselben Augenblick also, wo dieses dem alten Schuldgegenstand substituiert wird, hört dieser auf, als Erfüllung geleistet zu sein.

β) Das Ersatzstück ist in der Regel noch nicht individuell bestimmt. Aber das kommt auch in anderen Fällen der Ersetzungsbefugnis vor. Nicht der mindeste Grund ist dafür erfindlich, für deren Gegenstand ein höheres Maß inhaltlicher Bestimmtheit zu erfordern, als für einen eigentlichen Schuldgegenstand. Daß aber im Sinne eines solchen die Umtauschklausel genügende Bestimmtheit aufweisen würde, ist bereits oben bei Besprechung der Bedingungstheorie dargelegt worden (s. Nr. 4b); auf das dort Gesagte genügt hier die Bezugnahme.

γ) Der Umtauschberechtigte ist möglicherweise, je nach dem Gegenstand seiner Wahl, zu einer Zuzahlung verpflichtet. Auch das wird im Grunde keine Schwierigkeiten machen. Ich kann hier auf den der facultas alternativa nächstverwandten Fall der Wahlschuld (Alternativobligation) verweisen: bei ihr steht fest, daß nicht nur die eine, sondern auch die andere Seite des Verhältnisses alternativ bestimmt sein, mit andern Worten, daß je nach Auswahl der einen oder andern aus den wahlweise geschuldeten Leistungen auch Inhalt oder Umfang der dafür geschuldeten Gegenleistung verschieden sein könne, z. B.: A. hat an B. je nach Wahl das Haus Nr. 1 für 20000 Mk., oder das Haus Nr. 2 für 30000 Mk. erstanden. Was aber der Wahlschuld recht ist, das muß der facultas alternativa billig sein. Man kann das vielleicht auch so konstruieren, daß die Ersetzung der ursprünglichen Ware durch ein anderes Stück nur unter der Bedingung eines Angebots von dessen etwaigem Preisüberschuß soll begehrt werden dürfen.

b) Kaum größere Schwierigkeit dürften die anderen Fälle bereiten, wo einem Dritten der Umtausch zustehen soll.

α) Ist er nicht im Vertrage von vornherein, sei es mit Namen, sei es durch sonstige genügende Individualisierungsmomente („mein Sohn, meine Köchin") bezeichnet und als Träger der Ersetzungsbefugnis anerkannt, so kann er das Recht immerhin durch gewöhnliche Abtretung gewinnen. Denn das in der facultas alternativa liegende Gestaltungsrecht (Recht des rechtlichen Könnens) für unübertragbar zu erachten, dazu entfällt jeder stichhaltige äußere oder innere Grund.

β) Ist er aber in der einen oder anderen Weise als Träger der Umtauschbefugnis vereinbart, so kann nichts im Wege stehen, ihm aus der Klausel ein eigenes, selbständiges Recht erwerben zu lassen. Diese Möglichkeit dürfte mit Sicherheit aus derjenigen der Verträge auf Leistung an Dritte a fortiori zu folgen sein. Kann der Vertrag dem unbeteiligten Dritten sogar das volle Gläubigerrecht, also offenbar einschließlich einer darin etwa als bloßer Bestandteil enthaltenen facultas alternativa vermitteln, so doch auch wohl ebensogut dieses bloße Stück der Gläubigerrechte allein. Nur muß sich dann natürlich der Dritte den Vertragsbedingungen im Einzelnen fügen: konnte der Käufer selbst ein bestimmtes Ersatzstück nur gegen eine Zuzahlung verlangen, so gebührt auch dem Dritten die Anwartschaft darauf allein unter solcher [1]). Soweit der Käufer die Ersetzungsbefugnis nur gegen reelles Angebot der ursprünglichen Ware haben würde (s. unten Nr. IV 1), dürfte die gleiche Beschränkung auch der Umtauschbefugnis des Dritten einzufügen sein.

Andererseits kann es keinem Bedenken unterliegen, dem Dritten auf Gewährung des Umtausches einen selbständigen klagbaren Anspruch zuzubilligen. Dessen Möglichkeit folgt wieder aus der entsprechenden Wirksamkeit der Verträge zugunsten Dritter. Auch ist ein solches selbständiges Recht dem Dritten vielfach dringendes Bedürfnis — man denke an die bei Ihering (a. a. O. S. 156) angedeutete Eventualität, daß der Käufer keine Lust verspürt, um seines — inzwischen vielleicht schon entlassenen — Gesindes willen mit dem Verkäufer anzubinden.

Allerdings kann die Konstruktion als facultas alternativa nur den Fällen der Umtauschklausel gerecht werden, wo der Käufer (oder Dritte) nach Lage der Sache imstande ist, durch einseitige Erklärung dem alten Kaufgegenstand einen neuen zu substituieren, also besonders überall da nicht, wo über diesen eine weitere Einigung vorbehalten ist, sei es ausdrücklich, sei es, weil das Ersatzstück weder einen Ladenpreis hat, noch erweislich gerade ohne Preisänderung an die Stelle des alten nachrücken soll. So, wenn beim Pferdekauf der Umtausch gegen ein anderes Pferd vorbehalten ist. Daß diese Fälle Besonderheiten aufweisen, ist bereits in Nr. 4b entwickelt worden. Für sie scheint in der Tat die Theorie des auflösend bedingten Kaufes anerkannt werden zu müssen, und sie regeln sich in der bereits vorgeschlagenen Weise durch Heranziehung des § 162 BGB.

IV.

Gegenüber allen Einzelfragen, zu denen die Umtauschklausel Anlaß geben könnte, Stellung zu nehmen, ist nicht das Ziel dieses Aufsatzes. Mir genügte es, sie als Fall der facultas alternativa des Gläubigers erwiesen zu haben;

[1]) Natürlich kann der Käufer die Begleichung der etwaigen Preisdifferenz als eigene Pflicht auf sich nehmen, entweder von vornherein durch Abrede mit dem Verkäufer, oder durch Erteilung einer entsprechenden Vollmacht an den Dritten, und Abgabe einer Verpflichtungserklärung des Bevollmächtigten beim Umtauschakt.

ist das gelungen, so werden sich die einzelnen Zweifelspunkte auch im großen und ganzen nach den allgemeinen Regeln des Rechtsinstitutes entscheiden lassen, von dem unsere Klausel danach einen Anwendungsfall bildet.

Immerhin sei der eine und andere Punkt berührt:

1. Es fragt sich, ob die Ausübung der Umtauschklausel nur gegen reales Angebot der Rückgabe des ursprünglichen Kaufgegenstandes statthaft sei. Eine allgemeine Antwort darauf getraue ich mir nicht zu geben, um nicht der Besonderheit der Einzelfälle zu nahe zu treten. Immerhin dürfte im Zweifel für eine solche Einschränkung zu vermuten, der „Umtausch" in der Regel nur im Sinne eines reellen Austausches von Hand zu Hand gemeint sein. Das wird insbesondere in allen Fällen zutreffen, wo schon der ursprüngliche Kauf nur gegen bar geschlossen war, — denn hier ist der Fall nicht danach angetan, ein solches Maß von Vertrauen in die Person des Käufers als beim Verkäufer vorhanden zu unterstellen, wie es in der Uebergabe der Ersatzware an den Käufer unter gleichzeitiger Belassung der ersten bei ihm zu finden sein würde. Ebenso auch in allen weiteren Fällen, wo der Umtausch nach dem Vertrage einem Dritten zustehen soll. Denn hat der Verkäufer dem Käufer Kredit gewährt, so folgt daraus doch in keiner Weise, daß er auch dem ihm vermutlich ganz unbekannten Dritten das erhebliche Maß von Vertrauen schenken will, wie es in der Vorleistung beim Umtauschakt gefunden werden müßte. Dies zumal, da der Dritte in der Regel (Kinder, Dienstboten!) nicht die ökonomischen Garantien bieten wird, um ihn den Verkäufer als einen sonderlich genehmen Schuldner erscheinen zu lassen.

2. Ist das ausgewählte Stück teuerer als das ursprüngliche, so fragt sich, ob der Verkäufer bare Herausgabe der Differenz beim Umtauschakt verlangen kann? Auch hier wird die Antwort verschieden lauten: war der ursprüngliche Preis dem Käufer kreditiert, und vollzieht dieser selbst den Umtausch, so wird der Verkäufer im Zweifel auch den Preisüberschuß nicht bar beanspruchen können, er sei denn unverhältnismäßig groß. Anders, wenn auch der alte Kauf gegen bar erfolgt war, sowie überall, wenn ein Dritter der Umtauschberechtigte ist, es sei denn letzterenfalls, daß der Käufer sich selbst von vornherein oder hinterher zur Zahlung der entstehenden Preisdifferenz verpflichtet hatte.

3. Hatte der Verkäufer das Ersatzstück weggegeben, ohne Zug um Zug die Rückgabe der ursprünglichen Ware zu verlangen, so steht ihm natürlich ein Rückforderungsanspruch zu. Aber gegen wen und von welcher Art?

a) Vielfach wird die Annahme zutreffen, daß der Verkäufer das Eigentum der Ware nur unter der auflösenden Bedingung übertragen habe, daß von der Umtauschklausel tatsächlich Gebrauch gemacht werde. Alsdann ist ihm hernach natürlich der Eigentumsanspruch gegen den jeweiligen Besitzer nicht zu versagen.

b) In den anderen Fällen dagegen ist nur der Rechtsgrund für den erfolgten Eigentumserwerb des ersten Käufers erledigt. Der Verkäufer hat also nunmehr gegen ihn einen Bereicherungsanspruch wegen nachträglichen Wegfalls des rechtfertigenden Grundes, BGB. § 812 Abs. 1 S. 2 (condictio ob causam finitam). Hat der Käufer, wie wohl meistens bei den Umtauschklauseln zugunsten eines Dritten, diesem bereits die gekaufte Sache unentgeltlich zugewendet, so richtet der Bereicherungsanspruch sich hinfort gegen den Dritten, BGB. § 822.

4. Die Vereinbarung ebensowenig wie die erfolgte Ausübung der Umtauschklausel hindert den Verkäufer, den Käufer auf Zahlung des vereinbarten Preises in Anspruch zu nehmen. Dies auch dann nicht, wenn das aus-

gewählte Ersatzstück noch nicht ausgeliefert ist. Das ist vom OLG. Dresden auf Grund der hier verfochtenen Konstruktion mit Recht angenommen worden (Sächs. Archiv 10 S. 516), während nach der Bedingungstheorie eher im entgegengesetzten Sinne entschieden werden müßte. Denn das Vorhandensein einer Verbindlichkeit von entsprechender Höhe wird durch die Ersetzungsbefugnis nicht in Frage gestellt. Ist diese freilich durch Erklärung des Umtauschberechtigten ausgeübt, so ist fortan das gewählte Ersatzstück, nicht mehr das alte Stück, Kaufobjekt, und einer Klage auf den Preis wird die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (BGB. 320 fg.) entgegenstehen, — einerlei natürlich, ob das Recht auf das Ersatzstück dem beklagten Käufer oder einem Dritten zukommt.

5. Die bei Ihering a. a. O. S. 156 aufgeworfene Frage, wem bei Mangelhaftigkeit des gelieferten Stückes Wandlungs- (und Minderungs-)recht zustehe, beantwortet sich sehr einfach: betrifft der Mangel das alte Stück, so übt der Umtauschberechtigte einfach sein Recht aus, und die Sache ist erledigt; betrifft er das neue, so stehen die ädilizischen Ansprüche natürlich auch dem zum Umtausch jeweils Berechtigten zu.

Wie aber in dem Fall, wenn der Käufer oder sonstige Umtauschberechtigte den ursprünglichen Kaufgegenstand nicht mehr unversehrt herausgeben kann? Vielfach wird es der unbefangenen Vertragsauslegung entsprechen, dann ohne Weiteres, einerlei, worin die Beschädigung ihren Grund hat, die Umtauschklausel unwirksam werden zu lassen: ein Umtausch setzt sinngemäß unversehrte, tauschfähige Stücke voraus, für andere hat der Verkäufer wenigstens als Geschäftsmann keine oder nur sehr geminderte Verwendung. Soweit die Vertragsauslegung nicht zu diesem scharfen Ergebnis führt, dürfte einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift über das vertragsmäßige Rücktritstrecht wegen völliger Gleichheit des Grundes das Wort zu reden sein, § 351. Danach wird die Umtauschbefugnis nur dann ausgeschlossen, wenn der Berechtigte „eine wesentliche Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat".

Ist dagegen der alte Schuldgegenstand ganz untergegangen, so kann es auf den Grund überhaupt nicht ankommen, die Umtauschbefugnis ist vielmehr unbedingt beseitigt. Das dürfte, wenn es auch von Regelsberger und manchen Anderen in Zweifel gezogen wird, aus dem Wesen der facultas alternativa folgen, s. Oertmann, in § 262 Nr. 2 bb β und dort Citierte, neuestens Gernsheim a. a. O. S. 45 fg., 171 fg., 184 fg. Ein weiteres Eingehen auf diese Frage, die keine Sonderfrage meines Themas ist, verbietet sich hier.

6. Ein letzter, in der Praxis streitig geworderer Punkt betrifft die Zeitdauer der Umtauschbefugnis. Selbstverständlich bemißt sie sich zunächst wiederum nach der besonderen Abrede. Aber wie, wenn eine solche fehlt oder wenn, wie im Leben nicht selten, der Verkäufer sich zu jederzeitigem Umtausch verpflichtet hat? Eine vortreffliche Entscheidung des OLG. Dresden — dem wir überhaupt die gedruckte Praxis der Umtauschklausel zum größten Teil verdanken — vom 4. Mai 1903, Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 56, bringt dem Wortlaut einer solchen Abrede gegenüber mit Fug ihren wahren Sinn zur Geltung. Sie soll demnach dem Käufer kein zeitlich unbegrenztes Recht verschaffen, sondern ihm nur eine billige Frist zur Prüfung des gekauften Gegenstandes einräumen; er soll sich in Ruhe überlegen dürfen, ob er ihn behalten will oder nicht. Welche Zeit dazu erforderlich ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Im Übrigen dürfte für die Ausübung der Umtauschklausel wiederum eine für den immerhin verwandten Fall

des Rücktrittsrechtes gegebene Zeitvorschrift entsprechend angewendet werden, § 355; demnach kann der Verkäufer dem Käufer oder sonstigen Umtauschberechtigten eine angemessene Frist zur Ausübung der Befugnis bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf diese ohne Weiteres erlischt [1]).

Unrichtigkeit in der Angabe von Ort und Tag, in der Bezeichnung der Beteiligten und in der Wiedergabe der Erklärungen bei rechtsgeschäftlichen und nichtrechtsgeschäftlichen Urkunden.

Von Rechtsanwalt Dr. Eugen Josef in Freiburg im Breisgau.

Das OLG. Rostock hat im Beschluß vom 6. Juni 1901 (RJA. 2, 119) die Erteilung einer Erbscheins abgelehnt, weil die am 11. Februar 1901 verstorbene Erblasserin am 22. Januar 1901 ein Testament errichtet hatte, die notarielle Urkunde aber als Tag der Verhandlung den 22. November 1901 angab. Ebenso hat das Kammergericht im Beschluß vom 12. Oktober 1905 (eb. 6, 173 — Centralbl. f. freiw. Ger. 6, 198) die Erteilung des Zeugnisses für den Testamentsvollstrecker abgelehnt, weil das notarielle Testament am 24. März 1905 aufgenommen war, während es der Notar vom 24. März 1904 datiert hatte. Den gleichen Rechtsgrundsatz, daß also unrichtige Angabe des Tages der Verhandlung der Urkunde die Kraft einer öffentlichen entziehe, hat das OLG. Celle im Beschluß vom 6. Juli 1904 (Recht S. 388 Nr. 1745) auch für rechtsgeschäftliche Urkunden unter Lebenden auf Grund des § 176 GFG. festgehalten; danach wäre eine Grundstücksveräußerung, die der Notar am 2. Januar 1906 beurkundet, aber versehentlich vom 2. Janaur 1905 datiert, nichtig [2]). Auch über den Kreis der rechtsgeschäftlichen Beurkundungen hinaus hat jener Grundsatz Bedeutung; denn auch der Beglaubigungsvermerk, das Protokoll über die Generalversammlung der Aktiengesellschaft, sowie überhaupt jede nicht rechtsgeschäftliche Urkunde muß den Tag der Ausstellung oder Verhandlung enthalten (§ 183 GFG.; § 259 HGB.; Art. 54 Preuß. FGG.[3]).

Eine Untersuchung der Frage von allgemeineren Gesichtspunkten aus erscheint daher am Platze.

Der § 2241 BGB. lautet:

Das Prototoll muß enthalten:

1) Ort und Tag der Verhandlung;
2) die Bezeichnung des Erblassers und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen;
3) die nach § 2238 erforderlichen Erklärungen des Erblassers (des letzten Willens) .....

---

[1]) Ebenso im Ergebnis (nicht in der Begründung) Titze, Unmöglichkeit S. 190, s. aber auch Gernsheim a. a. O. S. 142 fg.

[2]) Das GFG. hat keine dem § 319 CPO. entsprechende Vorschrift, daß offenbare Unrichtigkeiten in Urkunden kurzerhand berichtigt werden können. Eine Aenderung des Protokolls gemäß Art. 64 Abs. 2 Preuß. GFG. ist hier ausgeschlossen; vielmehr kann, wenn die Mitwirkenden bereits unterschrieben haben, eine Berichtigung nur in Form einer neuen selbständigen Urkunde erfolgen und jede Aenderung der abgeschlossenen Urkunde ist unzulässig (Entsch. d. RGer. in Strafs. Bd. 3 S. 324, Bd. 23 S. 236, 323). Dagegen gilt der Grundsatz des § 319 CPO. auch für die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergehenden Entscheidungen (s. hierüber des Verfassers Komm. z. GFG. und Preuß. GFG., zweite Auflage (1906), Anm. 11b zu § 18.

[3]) Wegen der Wechselproteste vgl. unten Anm. 6 und 8.

Desgleichen lautet der § 176 Abs. 1 GFG.:

Das Protokoll muß enthalten:

1) Ort und Tag der Verhandlung;

2) die Bezeichnung der Beteiligten und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen;

3) die Erklärung der Beteiligten.

Die unter den drei Ziffern aufgestellten Erfordernisse werden vom Gesetz offenbar als gleichwertig angesehen und zweifellos ist eine Urkunde, die gar keine Angabe des Ortes oder Tages der Verhandlung oder gar keine Bezeichnung der Beteiligten oder Mitwirkenden enthält, wegen Verstoßes gegen die Formvorschrift als öffentliche Urkunde ebenso nichtig, wie es der Natur der Sache nach eine Urkunde ist, die keine Erklärungen der Beteiligten enthält. Danach ist für die Frage, welche Wirkung die bloße Unrichtigkeit der vorhandenen Angabe von Ort und Tag hat, von Wichtigkeit die Erörterung der Frage, welche Folge die unrichtige Bezeichnung der Beteiligten und Mitwirkenden sowie die unrichtige Beurkundung der Erklärungen hat.

1) Unrichtige Beurkundung der Erklärungen entzieht zweifellos dem Protokoll nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde; vielmehr liegt eine formgerechte notarielle Urkunde vor, auch wenn die Erklärungen der Beteiligten unrichtig beurkundet sind. Z. B. der Erblasser erklärt dem Notar: er berufe als Erben den A. und den B. und ernenne den C. zum Testamentsvollstrecker, der hierfür eine ansehnliche Vergütung erhalten solle; der Notar beurkundet aber irrig, daß C. als Miterbe berufen sei und der Erblasser unterschreibt das Protokoll, ohne des Mißverständnisses gewahr zu werden. Machen A. und B. hier von ihrem Anfechtungsrecht Gebrauch (§ 2078 ff. BGB.), so wird wohl die Berufung des C. als Miterbe beseitigt, aber die Eigenschaft der Urkunde als einer formgerechten öffentlichen wird hierdurch nicht berührt und ihr sonstiger Inhalt ist rechtswirksam (RGer. in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 982). Erfolgt die Anfechtung nicht, so ist sogar die unrichtig beurkundete Erklärung (Erbeinsetzung des C.) rechtswirksam. Oder ich unterwerfe mich als Eigentümer der Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück, der Notar beurkundet aber: die Zwangsvollstreckung solle auch in mein sonstiges Vermögen stattfinden. Hier steht mir der Gegenbeweis gegen die notarielle Urkunde zu, daß ich eine Erklärung letzteren Inhalts gar nicht abgegeben und den diese enthaltenden Teil der Verhandlung beim Vorlesen überhört habe (RGer. in Civilsachen Bd. 50 S. 420). Aber die Eigenschaft der Urkunde als einer öffentlichen wird durch diese unrichtige Beurkundung nicht berührt; daher ist sie ein gültiger Titel zur Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück. Oder: Bei Beurkundung eines Kaufvertrages verpflichtet sich der Verkäufer, eine eingetragene öffentliche Last zur Löschung zu bringen (§ 436 BGB.) und der Käufer verpflichtet sich, die Bürgschaftserklärung des X. betreffs des gestundeten Kaufpreises beizubringen. Nun beurkundet aber der Notar: „Der Käufer verpflichtet sich, die Lasten zur Löschung zu bringen" oder: „Der Verkäufer verpflichtet sich, die Bürgschaftserklärung des X. beizubringen." Hier sind die Erklärungen der Beteiligten unrichtig beurkundet infolge eines Schreibfehlers des Notars, der das Wort „Käufer" statt und im Sinne von „Verkäufer" und umgekehrt gebraucht hat, so daß nur eine falsa demonstratio vorliegt und trotz der unrichtigen Beurkundung gemäß § 133 BGB. im ersteren Fall eine Verpflichtung des Verkäufers, im zweiten Fall eine solche des Käufers als formgerecht beurkundet zu gelten hat. — Das Gleiche gilt auch für die Beurkundung von

Tatsachen: Beschließt die Generalversammlung die Verteilung eines Reingewinns von zehn Prozent und beurkundet der Notar irrtümlich fünfzehn Prozent, so erzeugt diese unrichtige Beurkundung keinen Anspruch der Aktionäre; aber die Urkunde bleibt eine formgerechte öffentliche Urkunde, so daß die sonstigen Beschlüsse rechtswirksam beurkundet sind (§ 259 HGB.).

So kann also die unrichtige Beurkundung von Erklärungen niemals der Urkunde die Eigenschaft einer öffentlichen entziehen; es liegt vielmehr eine formgerechte notarielle Beurkundung vor, auch wenn Erklärungen unrichtig beurkundet sind, so daß, wie oben gezeigt, in einzelnen Fällen sogar die unrichtig beurkundete Erklärung, jedenfalls aber die anderen in der Urkunde enthaltenen Erklärungen rechtswirksam sind.

2) Das Gleiche gilt, wenn der Notar seiner Amtspflicht, die Beteiligten (und die Mitwirkenden[3]) zu bezeichnen, d. h. richtig zu bezeichnen, nicht nachgekommen ist, sie unrichtig bezeichnet hat. Trotz unrichtiger Bezeichnung liegt auch hier eine formgerechte notarielle Urkunde vor, zumal die Ansichten darüber, was zur — richtigen — „Bezeichnung" gehört, überaus geteilt sind[4]), dies sich auch einheitlich vielleicht gar nicht bestimmen läßt. Eine unrichtige Bezeichnung beseitigt also nicht die Eigenschaft der Urkunde als einer notariellen; es kann vielmehr nur zweifelhaft sein, ob das Protokoll den Vorschriften des § 2242 Abs. 1 Satz 2 BGB. und § 177 Abs. 1 Satz 2 FGG. über die Feststellung der erfolgten Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift entspricht. Z. B. Karl Müller errichtet ein notarielles Testament oder verspricht mir zu notariellem Protokoll schenkungsweise eine Leibrente zu leisten und hat auch mit diesem richtigen Namen das Protokoll unterschrieben; der Notar hat ihn aber versehentlich als Beteiligten (Erschienenen) aufgeführt unter der Bezeichnung Karl Schulz. Hier deckt sich also die Unterzeichnung des Beteiligten nicht mit der ihm vom Notar gegebenen Bezeichnung und es könnte in Frage kommen, ob dieser Widerspruch beseitigt wird durch die im Protokoll enthaltene Feststellung, wonach die Urkunde vom „Beteiligten" auf Vorlesen genehmigt und unterschrieben ist, ob also aus dieser Feststellung die Identität des Unterzeichners mit dem vom Notar als Beteiligten Bezeichneten folgt. Wollte man dies verneinen (auf die Frage soll hier nicht näher eingegangen werden), so wäre die Nichtigkeit keinesfalls herbeigeführt durch die unrichtige Bezeichnung, sondern durch den Verstoß gegen die §§ 2242, 177, weil infolge jener unrichtigen Bezeichnung nicht als im Protokoll festgestellt gelten könnte, daß der Unterzeichner es ist, der die Erklärungen abgegeben hat.

Diese Feststellung könnte aber nur unter so ausnahmsweisen Umständen wie im vorgeschilderten (tatsächlich kaum vorkommenden) Fall unzulässig sein; im allgemeinen wird die unrichtige Bezeichnung kaum auch nur einen Zweifel in jener Richtung erregen. Wenn im Vereinsregister als Vorstand eingetragen ist, der Gymnasialprofessor Karl Müller oder der Hauptmann a. D. Fritz Schulze und der Notar bei Beurkundung einer grundbücherlichen Erklärung des Vorstehers ihn als Universitätsprofessor oder als Major a. D., also unrichtig bezeichnet hat, so wird doch weder das Grundbuchamt, noch das Prozeßgericht dieser Urkunde die Eigenschaft einer notariellen absprechen, da über die Nämlichkeit des (unrichtig) Bezeichneten mit dem Vereinsvorsteher kein Zweifel

[3]) Darüber, ob, wenn im Protokoll die Bezeichnung des mitwirkenden Richters gänzlich fehlt, dieser Mangel durch die Kennzeichnung des Richters bei der Unterschrift geheilt wird (s. des Verfassers Komm. Anm. 3 Abs. 2 zu § 176).

[4]) Vgl. des Verfassers Aufsatz in Jur. Wochenschr. 1904, S. 443—446 und S. 532—535.

bestehen kann und ein etwa bestehendes Bedenken durch eine amtliche (sei es auch nur mündliche) Erklärung des Notars ohnehin beseitigt wird. Oft ergibt sich die Beseitigung der Bedenken und das wirklich Gewollte aus der Urkunde selbst. Wenn der Notar als Erblasser oder als Beteiligten aufgeführt hat den Friedrich Meyer und die Urkunde unterschrieben ist von „Fritz Meier", so wird niemand an die Möglichkeit glauben: es könne wohl Friedrich Meyer erschienen sein, Erklärungen abgegeben und sie auf Vorlesen genehmigt haben, während die Urkunde sodann nicht von ihm, sondern von einem anderen Namens Fritz Meier unterzeichnet ist. Offensichtlich liegt nur eine verschiedene Namensschreibung vor, so daß das Protokoll auch die in den vorgedachten §§ 2242, bezw. 177 gebotene Feststellung der dem Beteiligten erfolgten Vorlesung, seiner Genehmigung und Unterschrift enthält. Etwaige Bedenken werden in solchen Fällen durch eine amtliche Erklärung des Notars beseitigt, die hier nur das ergibt, was man eben schon aus dem Protokoll selbst ersieht. Das Gleiche gilt von der Bezeichnung der „Mitwirkenden": wenn der Notar als den zugezogenen Zeugen den Kaufmann Ludwig Miller bezeichnet, während dieser „Louis Müller" unterzeichnet hat, so wird niemand Zweifel an der Nämlichkeit des Bezeichneten mit dem Unterzeichner oder gar den Verdacht hegen: der Notar habe einen Ludwig Miller als Zeugen zugezogen, aber die Urkunde von einem anderen Namens Louis Müller unterzeichnen lassen. Hier wird man in favorem scripturae, also behufs Aufrechthaltung der Wirksamkeit der Urkunde tunlichst weit gehen müssen.

Die unrichtige Bezeichnung könnte also vielleicht unter Umständen die Feststellung der erfolgten Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift unmöglich machen; aber die unrichtige Bezeichnung als solche hat niemals die Folge, daß der Urkunde die Eigenschaft einer notariellen abgeht[5]).

3) Nach Ziff. 1 muß das Protokoll nun enthalten Ort und Tag der Verhandlung. Hier liegt dem Notar eine ganz bestimmte Angabe ob[6]), während, wie oben besprochen, die Bezeichnung (Ziff. 2) und die Wiedergabe der Erklärungen in ganz verschiedener Weise erfolgen kann. Das Gesetz verlangt auch nicht bloß, das Protokoll müsse datiert sein, eine Tagesangabe enthalten, sondern das Protokoll muß den Tag der Verhandlung enthalten, also den Tag, an dem die Verhandlung tatsächlich stattgefunden hat. Aber wie ein Protokoll, das die Erklärungen der Beteiligten unrichtig wiedergibt oder das die Beteiligten unrichtig bezeichnet, doch immerhin die „Erklärungen" oder „die Bezeichnung" enthält, also dem Formerfordernis der Ziff. 2 und 3 genügt, so enthält ein Protokoll, das den Tag der Verhandlung unrichtig angibt, doch immer noch die in Ziff. 1 vorgeschriebene Angabe über den „Tag der Verhandlung". Ein solches Protokoll genügt also dem vorgeschriebenen Formerfordernis; denn: führt das Gesetz diese drei Bestandteile des Protokolls in

[5]) Die gleichen Grundsätze gelten beim Wechselprotest: Nach Art. 88 Ziff. 2 Wechs.-Ordn. muß der Protest enthalten den Namen der Person, für die der Protest erhoben wird. Nach feststehender Rechtsprechung genügt hier eine jede Bezeichnung, sofern sie nur keinen Zweifel über die Nämlichkeit aufkommen läßt (s. Staub § 17 zu Art. 88, sowie Entsch. d. RGer. in Civils. Bd. 45 S. 120): In einem Fall, wo der Kläger, der Moritz N. hieß, durch Blankogiro legitimierter Wechselinhaber war, war in der Protesturkunde der Kläger als Auftraggeber unter Angabe seines Nachnamens und seiner Wohnung richtig, jedoch mit dem unrichtigen Vornamen Robert bezeichnet. Der Protest wurde für rechtswirksam erachtet, weil unrichtige Angabe des Vornamens den Protest nur dann unwirksam mache, wenn diese Unrichtigkeit beim Protestaten Bedenken über die Legitimation des Protestanten zu erwecken geeignet ist, was beim Blankogiro nicht zutrifft.

[6]) Als zulässig gilt jede Datierung, die es ermöglicht, an der Hand der Urkunde allein den Kalendertag festzustellen, also wohl auch: „am Geburtstag des deutschen Kaisers im Jahre 1905" (vgl. Jastrow in ZZP. Bd. 34 S. 501).

demselben Satz auf, so muß man schließen, daß bei jedem dieser drei Bestandteile Unrichtigkeit der Angaben die gleiche Wirkung äußert. Die Anwendung dieses Rechtssatzes gestaltet sich dahin: In dem oben gedachten Beschluß des OLG. Rostock ersah das Nachlaßgericht, daß die Erblasserin am 11. Februar 1901 gestorben war, während der Erbschein beantragt wurde auf Grund eines vom 22. November 1901 datierten notariellen Testaments. Da die Erblasserin diesen Tag gar nicht erlebt hatte, so konnte der Erbschein nicht erteilt werden; ergab nun aber der Umschlag des Testaments und die amtliche Erklärung des Notars, daß hier ein Schreibfehler vorliege und daß das Testament tatsächlich am 22. Jan. 1901 aufgenommen war, dann war die Rechtslage die: es lag ein Testamentsprotokoll vor, das den „Tag der Verhandlung" enthielt, aber unrichtig enthielt und es war auch der richtige Tag ermittelt. Wie das Gericht den Erbschein erteilen muß, wenn der Erblasser, der Gymnasialprofessor ist, im Protokoll vom Notar als Universitätsprofessor, also unrichtig bezeichnet ist, so mußte es auch hier, wo der Tag der Verhandlung angegeben, aber unrichtig angegeben war, den Erbschein erteilen, in diesem aber bemerken: das Testament sei zwar vom 22. November 1901 datiert, tatsächlich aber am 22. Januar 1901 aufgenommen; denn es ist die selbstverständliche Pflicht des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Unrichtigkeiten in amtlichen Zeugnissen (sowie bei Eintragungen in öffentliche Bücher) zu vermeiden. Der Fall, daß der richtige Tag der Verhandlung nicht zu ermitteln ist, ist kaum denkbar, es müßten denn etwa inzwischen sämtliche Mitwirkende verstorben oder geschäftsunfähig geworden sein und der Notar müßte sogar die Eintragung in das Notariatsregister, sowie die Verschließung des Testaments (§ 2246) unterlassen haben. Aber selbst in diesem Fall hat das Gericht den Erbschein zu erteilen und darin zu vermerken, daß das Testament vom ersten November 1906 datiert sei, aber nach den angestellten Ermittelungen an diesem Tage nicht aufgenommen sei, während sich der richtige Tag der Verhandlung, die in der Zeit vom März bis Juli 1906 aufgenommen sei, nicht mehr genau ermitteln lasse. Zwar können sich aus dem Mangel der Datierung für den Erben oder für den Pflichtteilsberechtigten Schwierigkeiten ergeben; allein diese Erwägung kann nicht dazu führen, der Urkunde die Eigenschaft einer öffentlichen zu entziehen. Dagegen hat das Gericht selbstverständlich die Erteilung des Erbscheins abzulehnen, wenn sich ergibt, daß an dem Tage, an dem die Beurkundung tatsächlich erfolgte, der Erblasser noch nicht testamentsmündig war, oder wenn der richtige Tag nicht mit Sicherheit zu ermitteln ist und daher zweifelhaft bleibt, ob der Erblasser damals schon testamentsmündig war. Das ist aber keine Besonderheit für den Fall unrichtiger Datierung, sondern gilt noch § 2358 nicht minder im Fall richtiger Datierung. — Hat der Notar den am 2. Januar 1906 beurkundeten Grundstücksveräußerungsvertrag irrtümlich datiert vom 2. Januar 1905 und macht der Beklagte gegen meine Klage auf Erfüllung geltend: er sei am 2. Januar 1905 noch minderjährig gewesen, auch sei er in der Urkunde fälschlich als Landwirt bezeichnet, während er damals Student war, so weise ich durch das Zeugnis des Notars nach, daß die Urkunde tatsächlich am 2. Januar 1906 aufgenommen ist, wo der Beklagte unstreitig bereits volljährig war, und dann ist meiner Klage stattzugeben; denn das Protokoll enthält die Angabe des Tages der Verhandlung und die Bezeichnung des Käufers, und die Unrichtigkeit dieser Angaben vermag der Urkunde die Eigenschaft einer notariellen nicht zu entziehen. Oder: X. ist im Januar 1906 gestorben, werde ich nun als sein Erbe verklagt, so weise ich nach, daß ich durch notariell beglaubigte Erklärung vom 31. Januar 1906 gegenüber dem Nachlaßgericht die Erbschaft ausgeschlagen habe. Hat der Notar nun im Beglaubigungsvermerk als Ausstellungstag den

31. Januar 1905 angegeben, so ersieht das Prozeßgericht, daß hier nur ein Schreibfehler vorliege, die Beglaubigung also tatsächlich am 31. Januar 1906 erfolgt ist; hierdurch wird aber die Rechtswirksamkeit der Ausschlagung (die in öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist, § 1945) nicht berührt. Denn der Beglaubigungsvermerk enthält den Tag der Ausstellung, genügt also dem Formerfordernis des § 183 FGG., und so wenig die Rechtswirksamkeit dieses Zeugnisses beeinträchtigt wird durch eine unrichtige Bezeichnung des Beteiligten, wird sie berührt durch eine unrichtige Angabe des Ausstellungstages. Man muß eben annehmen, daß die sämtlichen in § 183 aufgeführten Erfordernisse des Beglaubigungsvermerks einander gleichwertig sind, und daß wie das gänzliche Fehlen eines Erfordernisses die Nichtigkeit des Vermerks zur Folge hat, so auch bloße Unrichtigkeit des (erfüllten) Erfordernisses in allen Fällen die gleiche Wirkung hat. — Andere hierher gehörige Fälle sind folgende: X. hat mir am 2. Januar 1906 eine Hypothek schriftlich abgetreten, der Notar hat aber im Beglaubigungsvermerk den 2. Januar 1905 als Tag der Ausstellung angegeben und ich beantrage die Umschreibung. Oder: der Gesellschaftsvorstand beantragt im Januar 1905 die Eintragung eines Beschlusses der Generalversammlung unter Ueberreichung des notariellen Protokolls, das als Tag der Verhandlung den 2. Januar 1906 angibt. Da die Erklärung vom 2. Januar 1906 nicht im Januar 1905 beglaubigt sein kann und im Januar 1905 nicht eine Verhandlung aufgenommen sein kann, die vom Januar 1906 datiert ist, so wird das Grundbuchamt oder das Registergericht, obwohl hier ersichtlich nur ein Schreibfehler des Notars vorliegt, doch kraft seiner Pflicht, bei Eintragungen Unrichtigkeiten zu vermeiden, die Beteiligten zur Aufklärung veranlassen. Wenn diese nun aber die amtliche Erklärung des Notars beibringen, daß lediglich ein Schreibfehler vorliege, so ist die Rechtslage die: Der Beglaubigungsvermerk wie das Protokoll über die Generalversammlung entsprechen den Formerfordernissen des § 183 FGG. und des § 259 HGB., da in ihnen der Tag der Ausstellung und der Verhandlung angegeben ist; die Unrichtigkeit der Angabe entzieht aber den Urkunden nicht die Kraft öffentlicher Urkunden. Daher wird in Fällen, wo die Unrichtigkeit eine minder hervortretende ist, das Gericht über solche „Entgleisungen" des Notars, die sich zweifellos als bloße Schreibfehler darstellen, hinweggehen und ohne Weiterungen die beantragte Eintragung bewirken[7]).

Ist die oben vertretene Auslegung aber zulässig, so ist sie auch geboten; denn der favor scripturae, der Rechtssatz, daß unter mehreren zulässigen Auslegungen die vorzuziehen ist, die zur Aufrechterhaltung der Rechtswirksamkeit der Urkunde führt, muß sich nicht bloß auf den Inhalt der Urkunde (vgl. § 2084 BGB.), sondern auch auf die Vorschriften beziehen, die für das Verfahren bei Aufnahme der Urkunde zu beobachten sind. Hiermit erledigt sich die Erwägung des Kammergerichts: man dürfe an zwingenden Formvorschriften nicht das

[7]) Ein anderer Grundsatz gilt im Wechselrecht. Nach Art. 41 Wechs.-Ordn. ist Voraussetzung des Regresses gegen Aussteller und Indossanten, daß die erfolglose Vorlegung des Wechsels durch einen rechtzeitig (d. h. spätestens am zweiten Werktag nach dem Zahlungstag) aufgenommenen Protest dargetan wird. Der rechtzeitige Protest ist wesentliche Voraussetzung des Regresses, die erfolglose Vorlegung kann durch kein anderes Beweismittel erwiesen werden; daher muß aus der Protesturkunde selbst die Rechtzeitigkeit des Protestes hervorgehen, Schreibfehler können folglich nicht durch Nachtragszeugnisse des Notars berichtigt werden, müssen vielmehr als solche — und demgemäß der richtige Tag der Protestaufnahme aus der Urkunde selbst erkennbar sein (vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Staub § 18 zu Art. 87 und bei Rehbein Anm. 9b zu Art. 87—90). Alles dies ist gefolgert aus der Vorschrift des Art. 41 und der besonderen Rechtsnatur des Protestes als Solennitätsakt, kommt also für die hier erörterte Frage nicht in Betracht.

geringste nachlassen, da man sonst schließlich richterlicher Willkür die Bestimmung der Wesentlichkeit der Formen überlasse. Diese Erwägung trifft hier deshalb nicht zu, weil zunächst durch Auslegung festzustellen ist, ob das Gesetz die Angabe des richtigen Datums als zwingende Formvorschrift verlangt. Die vom Kammergericht gar nicht berücksichtigte Fassung des § 2041 BGB. und des § 176 FGG., wo die Erklärungen der Beteiligten, sowie ihre und der Mitwirkenden Bezeichnung mit dem Ort und Tag der Verhandlung zusammen aufgeführt, diese sämtlichen Erfordernisse also einander gleichgestellt werden, führt eben zu der Erwägung, daß wie das gänzliche Fehlen eines dieser Erfordernisse der Urkunde die Eigenschaft einer notariellen nimmt, so auch die Folgen der Unrichtigkeit bei allen diesen Erfordernissen die gleichen sind; und dies führt wieder zu dem Schluß, daß dem Formerfordernis genügt ist, wenn die Urkunde überhaupt nur eine Angabe von Ort und Tag enthält, die unrichtige Angabe also die Eigenschaft der Urkunde als notarielle ebensowenig beseitigt, wie unrichtige Bezeichnung oder unrichtige Wiedergabe der Erklärungen. Das Kammergericht hat diese aus der Fassung der §§ 2241 und 176 sich ergebenden Gründe für die hier vertretene mildere Auslegung gar nicht in den Bereich seiner Erörterungen gezogen; auch der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Bd. 51 S. 166, Bd. 52 S. 282), wonach beim eigenhändigen Testament Unrichtigkeit der Datierung die Nichtigkeit zur Folge hat, für unsere Frage zu viel Bedeutung beigelegt. Denn für das eigenhändige Testament gilt lediglich die Bestimmung des § 2231, so daß für dieses die oben aus der Fassung des § 2241 und des § 176 hergeleiteten Gründe nicht in Betracht kommen. Aber auch die inneren Gründe, die nach der Ansicht des Reichsgerichts beim eigenhändigen Testament eine strengere Auslegung fordern, treffen beim öffentlichen Testament nicht zu. Beim eigenhändigen Testament hat das Erfordernis der Wahrheit der Datierung eine wesentliche Bedeutung, weil andernfalls häufig der richtige Tag der Ausstellung gar nicht zu ermitteln und hiermit die Frage, ob der Erblasser überhaupt testamentsmündig oder auch nur geschäftsfähig war, oder welche seiner etwa vorhandenen mehrereren Verfügungen die spätere und danach allein gültige (§ 2258) ist, gar nicht zu entscheiden wäre. Beim öffentlichen Testament kommen diese Erwägungen dagegen kaum in Betracht, da der Notar schon durch den sonstigen Inhalt des Protokolls, also auch abgesehen von der Zeitangabe der Errichtung, ersichtlich machen wird, daß der Testierer testamentsmündig und geschäftsfähig ist und ob er bereits anderweit letztwillig verfügt habe. Vollends ist die Gefahr, daß der richtige Tag der Errichtung gar nicht mehr zu ermitteln ist, beim öffentlichen Testament kaum denkbar, es müßten denn, wie schon oben erwähnt, ganz sonderbare Ausnahmsfälle vorliegen; vielmehr kommen hier, wie die eingangs gedachten Entscheidungen ergeben, nur Schreibfehler der Urkundsperson in Betracht, die auf den richtigen Errichtungstag ohne weiteres einen Rückschluß gestatten (vgl. Mantey in Gruchots Beitr. Bd. 43 S. 647).

Die vorliegende Frage ist bisher, soweit bekannt, nicht eingehend untersucht; in der Rechtslehre wird sie ohne nähere Begründung ganz verschieden beantwortet (vgl. noch des Verfassers Kommentar zum FGG. (zweite Aufl. 1906) Anm. 2 zu § 176).

Ich möchte zum Schluß noch folgenden mir in meinem früheren Beruf zugestoßenen Fall erwähnen: Vor etwa zwanzig Jahren, also unter Geltung der preußischen Notariatsordnung von 1845, hatte ich mich auf Ansuchen des Eigentümers des „Adligen Guts" (d. h. selbständigen Gutsbezirks) Langheim auf dieses Gut begeben, um dortselbst eine grundbücherliche Erklärung betreffs

einer zum Gut gehörigen Hofstelle (Wohnhaus mit Garten) zu beurkunden. Die Verhandlung fand auf dieser Hofstelle statt und da, wie ich annahm, die Hofstelle in gemeindlicher Beziehung zum selbständigen Gutsbezirk Adlig Langheim gehörte, so begann ich das Protokoll mit den Worten: „Verhandelt auf dem Gut Adlig Langheim". Später stellte es sich heraus, daß die Hofstelle nur irrtümlich seit Jahrzehnten als zum Gemeindeverband des selbständigen Gutsbezirks Langheim gehörig behandelt worden war, während sie rechtlich zu dem benachbarten Bauerndorf Gudnik gehörte. Danach hatte ich in dem Protokoll den Ort der Verhandlung zwar angegeben, aber unrichtig angegeben. Aber sollte wohl dieser Mangel der Urkunde die Eigenschaft einer notariellen entziehen? Sollte also bloß unrichtige Bezeichnung des Ortes der Verhandlung eine solche Folge haben, obwohl sie doch ohne jedes Versehen der Urkundsperson vorkommen kann. Auch diese Erwägung spricht für die hier vertretene Auffassung.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist hiernach:

Nach § 2241 BGB. und § 176 GFG. muß das Protokoll wie Ort und Tag der Verhandlung, so auch die Bezeichnung der Beteiligten und deren Erklärungen enthalten. Diese Zusammenstellung des notwendigen Inhalts des Protokolls in einem und demselben Satze weist darauf hin, daß nach der Absicht des Gesetzes diese verschiedenen Bestandteile einander gleichgestellt werden sollen, und daß wie das gänzliche Fehlen eines dieser Erfordernisse der Urkunde die Eigenschaft einer öffentlichen entzieht, so auch bloße Unrichtigkeit des erfüllten Erfordernisses bei jedem der aufgeführten Bestandteile die gleiche Wirkung hat. Und da die unrichtige Bezeichnung der Beteiligten und die unrichtige Wiedergabe ihrer Erklärungen für die Rechtswirksamkeit der Urkunde als öffentlicher unschädlich ist, so muß das Gleiche auch für die unrichtige Angabe von Ort und Tag der Verhandlung gelten. Gerichtliche und notarielle Urkunden über rechtsgeschäftliche Erklärungen sind also rechtsgültig, auch wenn Ort oder Tag der Verhandlung in ihnen unrichtig angegeben ist. Das Gleiche gilt für Zeugnisse und Urkunden über nichtrechtsgeschäftliche Erklärungen; ist hier die Vorschrift der Angabe des Ausstellungstages erfüllt, d. h. enthalten sie die vorgeschriebene Tagesangabe, so ist die Unrichtigkeit dieser Angabe unschädlich.

II. Rechtsprechung.

A. Reichsgericht (Strafsachen).

Strafrecht.

§ 259 StGB. Hehlerei — ehelicher Aufwand — eheliches Güterrecht. Die Beschwerdeführerin hat nach den Urteilsgründen Sachen, von denen sie wußte, daß sie ihr Ehemann gestohlen hatte, der Frau X. gegeben, um diese für Aushilfsdienste zu belohnen, welche die Frau X. während einer Krankheit der Beschwerdeführerin geleistet hatte. Hierin erblickt die Strafkammer ein Ansichbringen des eigenen Vorteils wegen. Sie stellt fest, daß der Ehemann selbst einzelne der gestohlenen Sachen der Frau X. zur Entlohnung für geleistete Dienste gegeben hatte und daß dann die Angeklagte in dem vorausgesetzten und auch tatsächlich vorhandenen Einverständnisse ihres Mannes einige weitere Gegenstände verwendet habe. In der zur Weitergabe der Sachen notwendigen Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt findet das Gericht ein „Ansichbringen"; dies würde aber dann nicht anzunehmen sein, wenn die Angeklagte, was bei der geschilderten Sachlage sehr nahe liegt, jedenfalls aber nicht ausdrücklich verneint ist, lediglich als Vertreterin ihres Mannes gehandelt

hätte. Es läßt sich aus den Urteilsgründen nicht ersehen, daß das Handeln der Beschwerdeführerin ihres Vorteils wegen rechtlich einwandsfrei angenommen ist. Der erste Richter sagt, die von der X. geleisteten Dienste wären aus den gemeinschaftlichen Mitteln der Eheleute zu vergüten gewesen. Allein dafür fehlt die tatsächliche Unterlage. Mögen die Dienste in Krankenpflege oder sonstigen häuslichen Verrichtungen bestanden haben, und mag der Dienstvertrag von dem Ehemann oder nach § 1357 BGB. von der Ehefrau mit der X. geschlossen worden sein, immer gehörte die Vergütung für die geleisteten Dienste zum ehelichen Aufwand. Ob dieser von dem Ehemann aus seinen Mitteln oder aus gemeinschaftlichen Mitteln der Eheleute, dem Gesamtgut, zu bestreiten ist, hängt von dem Güterstande ab, in welchem die Eheleute leben. Darüber schweigt aber das Urteil. Falls die Eheleute nach dem gesetzlichen Güterstande leben, wovon das Gegenteil nachzuweisen wäre, hätte die Beschwerdeführerin bei der Entlohnung der X. durch gestohlene Sachen lediglich den Vorteil ihres Ehemannes, nicht den eigenen, im Auge haben können. I. Strafsenat. Urteil vom 22. Oktober 1906.

B. Bayer. Oberstes Landesgericht (Civilsachen).

Grundbuchrecht.

Einfluß der Änderung des Rangverhältnisses auf Zwischenrechte; Verpflichtung des Grundbuchamts zur Ausstellung von Bescheinigungen über den Rang eines Rechtes (BGB. § 880).

Auf dem für das Anwesen Haus Nr. 1 des Hotelbesitzers Karl R. in M. im Grundbuche bestehenden Grundbuchblatte sind nach 58 200 Mk. Hypothekkapitalien und 5820 Mk. Zinsen- und Kostenkautionen weiter eingetragen: 16 800 Mk. Eigentümergrundschuld des Karl R., 3900 Mk. Eigentümergrundschuld desselben, 4500 Mk. Hypothekkapital des Viehhändlers Bartholomäus Schr. und 4500 Mk. Hypothekkapital des Gastwirts Ulrich E.

In der Urkunde des Notariats M. vom 27. Juli 1906 bestellte Hotelbesitzer R. der Aktiengesellschaft A. in M. eine Hypothek für ein mit 4% zu verzinsendes Darlehen von 17,000 Mk. und für andere Forderungen, insbesondere die aus einem Bierlieferungsvertrag entstehenden, eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 3700 Mk. an seinem Anwesen mit dem Beisatze, „daß die Hypothek den Rang unmittelbar nach Vorgang von 58 200 Mk. Hypothekkapitalien und 5820 Mk. Nebenkautionen haben sollen".

In einer von demselben Notariate beglaubigten Urkunde vom gleichen Tage erklärte Karl R., daß er mit seinen Eigentümerschulden hinter die neu bestellten Hypotheken zurücktrete, indem er ihnen deren Rang einräume. Beide Urkunden legte der Notar dem Grundbuchamte mit dem Antrage vor, die bewilligten Eintragungen zu bewirken und die Vollziehung auf der Urkunde zu bescheinigen. Das Amtsgericht M., Grundbuchamt, trug am 9. August 1906 die beiden Hypotheken zu 17 000 und 3700 Mk. und den Vermerk ein: „die Hypotheken zu 17 000 Mk. und zu 3700 Mk. gehen den Eigentümergrundschulden zu 16 800 Mk. und zu 3900 Mk. im Range unter sich vor; Zustimmung der Gläubiger der Hypothek zu 9000 Mk., die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte hat, liegt zu der Rangänderung nicht vor", und setzte auf die Urkunde eine Bescheinigung des Inhalts, daß die vor der Eintragung der neuen Hypotheken eingetragenen Hypotheken, die einzeln angeführt werden, den Hypotheken der Aktiengesellschaft A. „mit dem Abmaße vorgehen, daß die Hypotheken zu 17 000 Mk. und 3700 Mk. den

16 800 Mk. und 3900 Mk. im relativen Rangverhältnis unter sich vorgehen, wohingegen die Zustimmung der Gläubiger der 4500 Mk. und 4500 Mk. zu dieser Rangabänderung nicht vorliegt."

Der Notar beantragte nun namens des R., die Bescheinigung dahin zu fassen, daß den Hypotheken der Aktiengesellschaft A. lediglich 58 200 Mk. Hypothekkapitalien und 5820 Mk. Zinsen- und Kostenkautionen vorgehen, indem er geltend machte, die Hypotheken der Aktiengesellschaft hätten durch die Rangabtretung den Rang der zurückgetretenen Eigentümerhypotheken erhalten, die Rechte der Zwischenberechtigten würden dadurch nicht berührt. Das Grundbuchamt lehnte mit Verfügung vom 13. August 1906 den Antrag mit der Begründung ab, die beantragte Bescheinigung würde sich mit dem Inhalte des Grundbuchs in Widerspruch setzen, für die Hypothekgläubiger Sch. und E. bestehe die ohne ihre Zustimmung vereinbarte Rangänderung überhaupt nicht, sodaß sie, falls R. seine Grundschulden löschen lasse, für das Grundbuch gegenstandslos werde, Sch. und E. mit ihren Hypotheken vorrückten und die Aktiengesellschaft A. ihnen im Range nachstehe.

Gegen diesen Abschluß legte der Notar für Karl R. Beschwerde ein.

Das Landgericht T. hat mit Beschluß vom 30. August 1906 die Ansicht des Grundbuchamtes gebilligt und die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

Nunmehr hat der Notar namens des Karl R. weitere Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, das Grundbuchamt zur Erteilung der beantragten Bescheinigung anzuweisen.

Die weitere Beschwerde ist teilweise begründet.

Die Vorinstanzen gehen von einer unrichtigen Auffassung des § 880 BGB. aus und legen insbesondere dem Abs. 5 eine Bedeutung bei, die dieser Vorschrift nicht zukommt.

Die in Gemäßheit des § 880 Abs. 1—3 BGB. erfolgende Rangänderung ist, auch wenn nicht zustimmende Zwischenberechtigte vorhanden sind, eine Verhängung über das zurücktretende Recht, sie begründet auch in diesem Falle nicht, wie im § 841 des Entw. I in Aussicht genommen war, ein Schuldverhältnis zwischen den sie Vereinbarenden, sondern bewirkt wie andere Verfügungen, Übertragung oder Verpfändung, eine Änderung des sachenrechtlichen Verhältnisses, aus der sich nach dem Abs. 4 insbesondere ergibt, daß der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang nicht dadurch verloren geht, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird (Planck, BGB. 3. Aufl. III S. 102, Note I zu § 880; Dernburg, Sachenrecht, 3. Aufl. S. 638; Fuchs, Grundbuchrecht I S. 93, Anm. 3).

Stehen zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte andere Rechte, so werden nach dem Abs. 5 diese durch die ohne Zustimmung der Berechtigten erfolgende Rangänderung nicht berührt. Die Rangänderung hat nicht die Wirkung, daß nun auch ihre Rangstellung eine Änderung erleidet, sondern sie behalten den bisherigen Rang, das vortretende Recht erlangt ihnen gegenüber den Vorrang nur insoweit, als ihr Rang durch das zurücktretende Recht beschränkt ist, und dieses muß ihnen weichen, soweit die Beschränkung ihres Ranges durch das vortretende Recht erschöpft wird. Daraus folgt aber nicht, daß die Rangänderung dem nicht zustimmenden Zwischenberechtigten gegenüber unwirksam ist, als nicht geschehen gilt. Als Verfügung über das zurücktretende Recht ist sie innerhalb des durch dieses bestimmten Rahmens ihnen gegenüber ebenso wirksam wie jede andere Verfügung über dieses Recht, wie eine Übertragung oder Verpfändung, zu der es ebenfalls ihrer Zustimmung

nicht bedarf, weil ihre Rechte nicht berührt werden. Sie haben kein Recht darauf, daß nicht durch Verfügung über das zurücktretende Recht, insbesondere eine Verpfändung, die Befugnis desjenigen, dem das Recht zusteht, zu rechtsgeschäftlicher Aufhebung des Rechtes geschmälert wird, und müssen deshalb auch die in Abs. 4 des § 880 bestimmte Folge der Rangänderung gegen sich gelten lassen (Planck S. 196 Note 4b; Cosack, Bürgerliches Recht II S. 33; Fuchs S. 96 Anm. 8; Dernburg, a. a. O.).

Das Grundbuchamt hat in die Bescheinigung die in der Eintragung nicht enthaltenen Worte „im relativen Rangverhältnis" gerade zu dem Zwecke aufgenommen, der gegenteiligen Ansicht Ausdruck zu geben. Diese Worte müssen daher gestrichen werden. Dagegen kann dem Antrage des Beschwerdeführers nicht in weiterem Umfange stattgegeben werden. Bei der Erteilung einer Bescheinigung über den Rang eines Rechtes beschränkt sich die Aufgabe des Grundbuchamts auf die Bekanntgabe des Inhalts der das Rangverhältnis betreffenden Eintragungen. Das Grundbuchamt bescheinigt die für das Rangverhältnis maßgebenden Tatsachen, die sich aus dem Grundbuch ergeben, es obliegt ihm aber nicht, die Richtigkeit von rechtlichen Schlußfolgerungen zu bezeugen, die aus diesen Tatsachen gezogen werden sollen. Im vorliegenden Falle kann deshalb das Grundbuchamt nicht angehalten werden, das beantragte Zeugnis zu erteilen. Beschluß vom 21. September 1906; Reg. III Nr. 64/06.

Handelsrecht.

Uebertragung des Gesamtvermögens einer inländischen Aktiengesellschaft auf eine ausländische durch Fusion; Bedeutung der Eintragung dieser Tatsache in das Handelsregister (BGB. §§ 305, 15 Abs. 2).

Die Aktiengesellschaft Eisenwerk K. zu F., die im Grundbuche für F. als Eigentümerin einer Reihe von Grundstücken eingetragen ist, hat am 10. Juni 1905 mit der im Herzogtum Luxemburg bestehenden Société anonyme des Hauts fourneaux de R. vor dem Notariate F. einen Fusionsvertrag geschlossen, nach dem ihr Vermögen als Ganzes gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft ohne Liquidation auf diese Gesellschaft übergehen sollte. Nachdem der Vertrag von den Generalversammlungen beider Gesellschaften genehmigt worden war, hat das Amtsgericht Z. als Registergericht am 27. April 1906 die Auflösung der Aktiengesellschaft Eisenwerk K. und die Luxemburgische Aktiengesellschaft mit der infolge der Fusion geänderten Firma als Inhaberin einer Zweigniederlassung in F. in das Handelsregister eingetragen. Im August 1906 stellte die Luxemburgische Aktiengesellschaft an das Amtsgericht F., Grundbuchamt, den Antrag, die durch den Uebergang des Vermögens der aufgelösten Aktiengesellschaft auf sie unrichtig gewordene Eintragung im Grundbuche dahin zu berichtigen, daß nunmehr sie Eigentümerin der Grundstücke sei. Das Grundbuchamt hat den Antrag mit Verfügung vom 24. August zurückgewiesen, weil das Vermögen einer inländischen Aktiengesellschaft nur auf eine andere inländische Aktiengesellschaft als Ganzes ohne Liquidation übertragen werden könne, die Antragstellerin als ausländische Gesellschaft daher durch die Fusion nicht Eigentümerin der Grundstücke geworden sei.

Die von der Antragstellerin eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluß des Landgerichts Z. vom 20. September 1906 aus denselben Gründen zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin die weitere Beschwerde eingelegt. Die Beschwerde ist nicht begründet.

Das BGB. gewährt nicht die Möglichkeit, daß jemand sein Vermögen als Ganzes auf einen anderen überträgt, sodaß der Erwerber wie der Erbe Gesamtrechtsnachfolger wird; die Veräußerung eines Vermögens im Ganzen kann nur dadurch bewirkt werden, daß die sämtlichen einzelnen Vermögensgegenstände übertragen werden. Für Aktiengesellschaften hat dagegen das HGB. in den §§ 304, 305 bestimmt begrenzte Ausnahmen zugelassen; sie können ihr Vermögen als Ganzes nach § 304 auf das Reich, einen Bundesstaat oder einen inländischen Kommunalverband und nach § 305 auf eine andere Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen. In diesen Fällen bedarf es nicht der bei der Auflösung einer Aktiengesellschaft nach § 294 HGB. im Interesse der Gläubiger vorgeschriebenen Liquidation; für den Fall der Uebertragung des Vermögens auf eine andere Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien sind im § 306 HGB. Vorschriften getroffen, die den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft einen die Liquidation ersetzenden Schutz gewähren. Außer den in den §§ 304, 305 bestimmten Fällen kann auch eine Aktiengesellschaft ihr Vermögen im Ganzen nur in der Weise veräußern, daß die einzelnen Vermögensgegenstände auf den Erwerber übertragen werden, wobei Liquidation stattfinden muß und die besonderen Vorschriften des § 303 HGB. zur Anwendung kommen.

Wie der § 304 die einheitliche Uebertragung des Vermögens nur für den Fall zuläßt, daß das deutsche Reich, einer der deutschen Bundesstaaten oder ein inländischer Kommunalverband der Erwerber ist, so versteht der § 305 unter der das Vermögen als Ganzes übernehmenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien eine inländische Gesellschaft der bezeichneten Art. Das HGB. ordnet diesen Fall der Abänderung des Gesellschaftsvertrags der einen und der Auflösung der anderen Gesellschaft ebenso wie die Abänderung des Gesellschaftsvertrags und die Auflösung der Gesellschaft überhaupt nur für die seinem Geltungsbereich angehörenden Gesellschaften, nur für diese vermag es den Gläubigern den im § 306 bestimmten, die Liquidation entbehrlich machenden Schutz zu gewähren. Eine ausländische Aktiengesellschaft kann daher ebenso wie eine (schon bestehende) inländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine inländische offene Handelsgesellschaft das Vermögen einer inländischen Aktiengesellschaft nur nach Maßgabe des § 303 erwerben, ein Uebergang des Vermögens als Ganzen findet in Ermangelung einer ihn zulassenden Vorschrift nicht statt (vgl. den Beschluß des Kammergerichts Berlin vom 18. Februar 1901, Jahrb. Bd. 21 A S. 294, ferner die Kommentare zum HGB. von Staub, 8. Aufl., Anm. 1 zu § 305; Makower, 12. Aufl., Note Ie zu § 305; Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 395, Nr. 1 zu § 306).

Die Beschwerdeführerin konnte demnach das Eigentum an dem zum Vermögen der Aktiengesellschaft Eisenwerk K. gehörenden Grundstücken nur in Gemäßheit der §§ 873, 925 BGB. durch Auflassung und Eintragung des Ueberganges des Eigentums in das Grundbuch erlangen und ist, da Auflassung und Eintragung nicht erfolgt sind, nicht Eigentümerin der Grundstücke geworden.

Hieran vermag auch die Eintragung der Auflösung der Aktiengesellschaft Eisenwerk K. in das Handelsregister nichts zu ändern. Wäre die Eintragung des Vermögens der Gesellschaft als Ganzen auf die Beschwerdeführerin möglich, so würde sie nach § 304 Abs. 5 und § 306 Abs. 1 HGB. mit dieser Eintragung eingetreten sein; die rechtlich nicht mögliche Gesamtrechtsnachfolge gilt aber nicht deswegen als eingetreten, weil die Eintragung in das Handels-

register erfolgt ist. Eine Vorschrift, die der Eintragung solche Wirkung beilegt, besteht nicht, insbesondere kann der § 15 Abs. 2 HGB. nicht in diesem Sinne verstanden werden.

Da hiernach die von der Beschwerdeführerin beantragte Berichtigung des Grundbuchs mit Recht abgelehnt worden ist, muß die weitere Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen werden. Beschluß vom 20. Oktober 1906; Reg. III Nr. 71/06.

Grundbuchrecht.

Wesen der Annuitätenhypothek. Entstehung von Eigentümerhypotheken bei Annuitätenhypotheken des bisherigen bayerischen Rechtes.

Die Eheleute F. und R. M. in M. sind Eigentümer des im Grundbuche vorgetragenen Anwesens Hs.-Nr. 15 an der G.-Straße, das seit 24. Mai 1892 an Stelle mit einer Hypothek für ein durch Annuitäten zu tilgendes Darlehen der Aktiengesellschaft B. H. M. im Betrage von 36000 Mk. nebst einer Nebensachen-Sicherungshypothek zu 3600 Mk. belastet ist. Auf diese Hypothek folgt außer einer weiteren Hypothek derselben Bank eine dritte Hypothek, die einem anderen Gläubiger zusteht.

In der als „Schuldbekenntnis mit Hypothekbestellung" überschriebenen notariellen Urkunde vom 13. Januar 1906 erklärten die Eheleute, sie hätten als persönliche Schuldner des Darlehens von 36000 Mk. durch Annuitätenzahlungen einen Teilbetrag von 2104 Mk. 20 Pfg. getilgt, infolgedessen sei die Hypothek zu diesem Betrag als Grundschuld auf sie übergegangen. Da die B. H. ihnen ein neues Darlehen von 2100 Mk. bewilligt habe, träten sie die Grundschuld zu dem Betrage von 2100 Mk., indem sie diese in eine Hypothek ohne Brief für dieses Darlehen umwandelten und die Unterwerfung des jeweiligen Eigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung erklärten, an die B. H. ab. Sie beantragten „die Abtretung der Grundschuld und der umgewandelten Hypothek" mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundbuch einzutragen und den Restbetrag von 4 Mk. 20 Pfg., sowie einen Teilbetrag der Sicherungshypothek von 210 Mk. 42 Pfg. zu löschen. Die B. H. erteilte in öffentlich beglaubigter Urkunde vom 17. Januar 1906 ihre Zustimmung zu diesen Anträgen.

Das Grundbuchamt des Amtsgerichts M. lehnte mit Verfügung vom 24. Januar und 17. April 1906 die beantragten Eintragungen ab, weil die Eheleute M die Hypothek nur zu dem nach Anlegung des Grundbuchs, also seit 1. Mai 1905, getilgten Betrag erworben hätten, für den früher getilgten Betrag aber nur die Rangeinräumung des bayer. Hypothekenrechtes in Frage komme, die bei einer Annuitätenhypothek ausgeschlossen gewesen sei, und die Angabe der Höhe des seit 1. Mai 1905 getilgten Betrags fehle. Die vom Notare namens der Eheleute eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte M. mit Beschluß vom 30. April 1906 zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht billigte die Ansicht des Grundbuchamts, daß die Hypothek nur zu dem seit 1. Mai 1905 getilgten Betrag auf die Eigentümer M. übergegangen sei. In Ansehung der früher gezahlten Annuitäten wurde in den Entscheidungsgründen ausgeführt, daß zwar die Forderung teilweise getilgt worden, eine Aenderung an der Hypothek aber nicht eingetreten sei. Nach der in der Rechtsprechung ausgebildeten Ansicht sei die Annuitätenhypothek des bayerischen Rechtes zum vollen Betrag in Kraft geblieben, bis die ganze Schuld getilgt war, sie habe eine gewisse Aehnlichkeit mit einer Höchstbetragshypothek gehabt, am 1. Mai 1905 habe es daher auch für den getilgten Betrag nicht an einer Forderung gefehlt,

für die die Hypothek haftete, infolgedessen sei die Hypothek insoweit nicht auf die Eigentümer übergegangen.

Gegen diese Entscheidung, soweit sie den vor dem 1. Mai 1905 getilgten Betrag betrifft, ließen die Eheleute M. die weitere Beschwerde einlegen.

In der Beschwerdeschrift, die einen ausdrücklichen Antrag nicht enthält, wird der Art. 181 Einf.-Ges. z. BGB. in Verbindung mit den §§ 1163, 1177, 1198 BGB. als verletzt bezeichnet, indem darzulegen versucht wird, die trotz der teilweisen Tilgung der Forderung zum vollen Betrag in Kraft gebliebene Hypothek sei in dem Zeitpunkte, mit dem das Grundbuch für angelegt erklärt wurde, insoweit, als die Forderung getilgt war, in Gemäßheit des § 1163 von den Eigentümern M. erworben worden und habe sich nach § 1177 in eine Grundschuld verwandelt, die nach § 1198 in eine Hypothek für die neu begründete Darlehensforderung habe umgewandelt werden können.

Das Oberste Landesgericht führt aus: Die weitere Beschwerde ist zulässig, es muß ihr aber, obwohl die angefochtene Ausführung des Beschwerdegerichts nicht gebilligt werden kann, der Erfolg versagt bleiben.

Das Annuitätendarlehen unterscheidet sich von einem andern durch Fristenzahlungen zu tilgenden Darlehen dadurch, daß die Tilgung durch einen Zuschlag zu den Zinsen erfolgt, der so bestimmt ist, daß die Jahresleistung (Annuität) bis zum Ablaufe der Tilgungsfrist die gleiche Höhe behält, indem mit dem Fortschreiten der Tilgung der zur Tilgung dienende Betrag der einzelnen Leistung um ebensoviel zunimmt, als der Zinsenbetrag abnimmt.

Mit Rücksicht hierauf hat man es für untunlich erachtet, vor der Tilgung der ganzen Forderung eine Löschung in Ansehung des getilgten Betrags einzutragen, weil dadurch das Mißverständnis veranlaßt werden könnte, daß auch die Jahresleistung, die oft in bestimmten Prozentsätzen des Darlehensbetrags angegeben wurde, sich entsprechend gemindert habe, die Eintragung der Hypothek wurde deshalb bis zu der Tilgung der ganzen Forderung ungeschmälert aufrechterhalten. Aber die Hypothek selbst, deren Bestand nach § 2 des Hypothekengesetzes von der „Richtigkeit und Dauer der Forderung" abhing, blieb nicht auch insoweit bestehen, als die Forderung getilgt war, insoweit haftete das belastete Grundstück nicht mehr. Mit einer Höchstbetragshypothek hatte die Annuitätenhypothek ihrem Inhalte nach nichts gemein, es war völlig ausgeschlossen, daß die Haftung des Grundstücks, soweit die Darlehensforderung getilgt war, einem anderen Anspruche des Gläubigers, etwa dem Anspruch auf nicht bevorzugte Nebenleistungen, zu statten kam, sie war mit der teilweisen Tilgung der Forderung für den getilgten Betrag endgültig erschöpft. Dies ist trotz der ungenauen Redewendungen, die sich in einigen Entscheidungen des vormaligen Oberappellationsgerichts und des vormaligen Obersten Gerichtshofs (Bl. f. RA. Bd. 32 S. 218, ält. Samml. Bd. 5 S. 653) finden, niemals ernstlich bezweifelt werden. Die Hypothek kam im Falle der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung im Verteilungsverfahren nur mit dem noch nicht getilgten Betrage zum Zuge, ebenso wurde sie im Mindestgebote, wenn die teilweise Tilgung feststand, nur mit diesem Betrage berücksichtigt, und um dies zu ermöglichen war der Gläubiger auf Verlangen des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers verpflichtet, die teilweise Tilgung dem Vollstreckungsgerichte gegenüber anzuerkennen (Art. 4, 11. Nov. z. Subh.-Ordn.; Ortenau-Henle, Komm. z. Subh.-Ordn., 3. Aufl. S. 183 bis 185).

Soweit die Darlehensforderung zu der Zeit, als das Grundbuch für angelegt erklärt wurde, getilgt war, bestand die noch mit dem ursprünglichen Betrag eingetragene Hypothek in Wirklichkeit nicht mehr, es konnten deshalb

der Art. 192 Einf.-Ges. z. BGB. und die §§ 1163, 1177 BGB. keine Anwendung finden, die von den Beschwerdeführern in der notariellen Urkunde abgegebene Erklärung ist also insoweit gegenstandslos.

Auf die bekannte Streitfrage, ob bei Annuitätenhypotheken das dem Eigentümer des belasteten Grundstücks nach § 84 des Hypothekengesetzes zustehende Recht, an Stelle einer erloschenen aber noch nicht gelöschten Hypthek eine neue Hypothek mit demselben Range zu bestellen, vermöge des § 45 des Hypothekengesetzes ausgeschlossen war, braucht nicht eingegangen zu werden, weil die Beschwerdeführer ihr Gründstück nicht mit einer neuen Hypothek belasten, sondern ihre vermeintliche Eigentümergrundschuld in die dem Gläubiger zu verschaffende Hypothek umwandeln wollten, die Eintragung einer solchen neuen Hypothek mit Einräumung des vorbehaltenen Ranges daher nicht beantragt ist. Die weitere Beschwerde muß demnach als unbegründet zurückgewiesen werden. Beschluß vom 22. Juni 1906; Reg. III 35/06.

III. Aus der Praxis des Viehgewährschaftsrechtes.

Endigt die sechswöchentliche Verjährungsfrist des § 490 BGB. auch an einem Sonntag oder allgemein anerkannten Feiertag?

Von Rechtsanwalt Dr. Hans Stölzle in Kempten (Bayern).*)

I.

Herr Amtsrichter a. D. Pillmayr führt in seinem Aufsatz in Nr. 20 dieser Zeitschrift unter dem Titel: „Ist die Klageerhebung als Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 193 des BGB. zu betrachten?" folgendes aus:

„Die Klageerhebung ist nicht als die Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 193 des BGB. zu betrachten, infolgedessen endigt die Verjährungsfrist auch an einem Sonntag".

Ich kann zwar die Ansicht Pillmayrs, daß die Klage nicht als Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 193 BGB. zu betrachten sei, nicht für richtig halten, denn in vielen Fällen erfolgt die Abgabe der Willenserklärung gerade in den strengen Formen der Klage; allein trotzdem ist die Ansicht Pillmayrs, daß die Verjährungsfrist am Sonntag oder an einem allgemeinen Feiertag endigt, richtig, allerdings aus anderen Gründen.

II.

Auf Verjährungsfristen findet nämlich § 193 BGB. überhaupt keine Anwendung.

Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 7. Februar 1906 ausgesprochen und ich citiere hier wörtlich die in der „Zeitschrift für Rechtspflege" in Bayern, 2. Jahrgang Nr. 6 vom 15. März 1906 S. 123 abgedruckten Gründe:

„Der Vorderrichter hat gegenüber dem Wandelungsanspruch des Klägers insoweit, als er nicht auf die Arglist des Verkäufers sich gründet, die Einrede der Verjährung nach § 477 BGB. für durchgreifend erachtet. Er hat dabei erwogen, daß der Tag, an dem die Verjährungsfrist ablief, nämlich der 31. März 1904 als Gründonnerstag oder der 1. April 1904 als Charfreitag, nach den in der Provinz Schl.-H. geltenden Bestimmungen ein staatlich anerkannter allgemeiner Feiertag war; er führt jedoch aus, daß dieser Umstand

*) Ich darf wohl an dieser Stelle um Mitteilung interessanter Fälle aus der Praxis des Viehgewährschaftsrechtes bitten.

für die Verjährung der am 2. April 1904 zugestellten Klage ohne Einfluß sei, weil die Vorschrift des § 193 BGB. auf Verjährungsfristen nicht anzuwenden sei. Die Revision hat Bedenken hiergegen nicht erhoben und es liegen solche auch nicht vor. Insbesondere ist § 193 BGB. unanwendbar, weil er nur Termine und Fristen zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, nicht aber Verjährungsfristen im Auge hat (Urteil V 327 vom 7. Februar 1906)."

III.

Ich habe in meinem Kommentar „Viehkauf nach dem BGB., 3. Aufl. 1904 Berlin, J. Guttentag" die gegenteilige Ansicht vertreten, welche ich angesichts dieser neuen Entscheidung des Reichsgerichts nicht mehr aufrecht erhalten kann.

Ich benütze die Gelegenheit, wiederholt auf diese neueste Entscheidung des Reichsgerichts, welcher die Praxis zweifellos folgen wird, hinzuweisen.

IV. Vermischte Nachrichten.

Die neuen oberpolizeilichen Vorschriften über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 17. September 1906 (Gesetz- und Verordnungsblatt 1906 Nr. 60 S. 729 ff.) sind mit dem 1. Oktober 1906 in Kraft getreten Diese Vorschriften ersetzen zunächst im allgemeinen die oberpolizeilichen Vorschriften über den Verkehr mit Motorfahrzeugen auf öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen vom 7. Mai 1902. Es gelten aber sinngemäß auch fernerhin, soferne nicht die neuen Vorschriften andere Bestimmungen enthalten, für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen die den Verkehr von Fuhrwerken oder Fahrrädern auf öffentlichen Wegen und Plätzen regelnden polizeilichen Vorschriften und zwar gleichviel, ob dies orts-, distrikts- oder oberpolizeiliche Vorschriften oder sonstige gesetzliche Bestimmungen sind.

Als Kraftfahrzeuge im Sinne der neuen Vorschriften gelten Fahrzeuge, die aus einem Kraftrad und einem damit fest oder mittels Kuppelung verbundenen besonderen Sitze auf eigenem Rade oder eigenen Rädern seitlich neben dem Kraftrade bestehen.

Die neuen Vorschriften enthalten eingehende Bestimmungen über Beschaffenheit und Ausstattung, Inbetriebnahme und polizeiliche Kennzeichnung der Kraftfahrzeuge, ferner namentlich über die Eigenschaften und Pflichten der Führer.

Besonders hervorzuheben sind die Vorschriften über die Fahrgeschwindigkeit. Auch jetzt ist eine bestimmte Maximalgrenze nicht festgesetzt. Es sind aber folgende Grundsätze aufgestellt:

1. Die Fahrgeschwindigkeit ist jederzeit so einzurichten, daß Unfälle und Verkehrsstörungen vermieden werden.

2. Auf unübersichtlichen Wegen, nach Eintritt der Dunkelheit, bei Nebel, bei Einbiegen von einer Straße in eine andere, bei Straßenkreuzungen und -krümmungen, auf schmalen und abschüssigen Wegen, an Stellen mit lebhaftem Verkehr, sowie da, wo die Wirksamkeit der Bremsen durch die Schlüpfrigkeit des Weges in Frage gestellt ist u. s. w. muß langsam und so vorsichtig gefahren werden, daß das Fahrzeug nötigenfalls sofort und jedenfalls auf eine Wegstrecke von 5 Meter zum Halten gebracht werden kann.

3. Innerhalb geschlossener Ortsteile darf die Fahrgeschwindigkeit das Zeitmaß eines in gestrecktem Trabe befindlichen Pferdes — etwa 15 Kilometer in der Stunde — nicht überschreiten.

4. Nur außerhalb geschlossener Ortsteile und nur, wenn übersichtliche Wege gefahren werden, darf die Fahrgeschwindigkeit über das Zeitmaß eines in gestrecktem Trabe befindlichen Pferdes erhöht werden, aber auch nur insoweit, als der Führer in der Lage bleibt, unter allen Umständen seinen Verpflichtungen Genüge zu leisten.

Namentlich zu begrüßen ist die Vorschrift, daß im Falle eines Zusammenstoßes des Kraftfahrzeuges mit Personen oder Sachen der Führer sofort anzuhalten und die nach den Umständen des Falles gebotene Hilfe zu leisten hat.

Zuwiderhandlungen gegen die neuen Vorschriften begründen nicht nur civilrechtliche Verantwortlichkeit für verursachten Schaden, sondern werden auch gemäß § 366 Nr. 10 RStGB. mit Geldstrafe bis zu 60 Mk. oder mit Haft bis zu 14 Tagen bestraft. Außerdem kann ungeeigneten Personen, insbesondere solchen, welche die den Führern von Kraftfahrzeugen obliegenden Verpflichtungen verletzt haben, das Führen von Kraftfahrzeugen dauernd oder für bestimmte Zeit entzogen werden. Dr. Gustav Müller.

V. Literatur.

1) Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung (Arthur Roßberg) in Leipzig.

Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Oberlandesgerichtsrat Kretzschmar. Leipzig 1906.

Der Verfasser ist durch seine bisherigen wertvollen Arbeiten auf dem Gebiete des Grundbuchrechts einschließlich des Zwangsversteigerungsgesetzes bereits rühmlichst bekannt. Es war zu erwarten, daß ein „Sachenrecht" aus seiner Feder trotz der hier bestehenden namhaften Konkurrenz sehr gut bestehen werde. Diese Erwartungen haben sich denn auch voll erfüllt. Abgesehen von der praktischen Anordnung der Kommentierung und der prägnanten, lichtvollen Darstellung des gerade im Sachenrechte so spröden Stoffes zeichnet eines das Werk vor allem aus, nämlich die Art und Weise, wie es der Autor versteht, durchweg den inneren Zusammenhang mit den Nebengesetzen, insbesondere der Grundbuchordnung und dem Zwangsvollstreckungsrechte, aufzufinden und zu beleuchten, auch bei der Erläuterung von Bestimmungen, bei welchen diese Beziehungen an sich sehr versteckt liegen. Daß den Verfasser selbständige Auffassung und objektiv abwägende Kritik zieren, muß nach seinen bisherigen Arbeiten als selbstverständlich erscheinen. Die Praxis ist durchweg sehr gut verarbeitet, aber auch die Theorie kommt nicht zu kurz, hauptsächlich in den gehaltvollen und anregenden Vorbemerkungen. Hinsichtlich der Ausführungsbestimmungen wird Sachsen eingehend behandelt, aber auch Preußen und Bayern, sowie andere Bundesstaaten finden entsprechende Berücksichtigung. K.

2) C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck) in München.

Das Erbbaurecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Wittmaak, Reichsgerichtsrat a. D. (14. Band 2. Heft der Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß in zwanglosen Heften von Dr. Otto Fischer). München 1906.

Die Vorschriften des BGB. über das Erbbaurecht sind einesteils sehr dürftig, anderenteils aber geben sie auch vielen Zweifeln Raum, insbesondere was das zeitlich begrenzte Erbbaurecht anbelangt. Es ist umso begrüßenswerter, daß uns in dem vorliegenden Buche zum ersten Male eine eingehende systematische Durcharbeitung des ganzen Rechtsstoffs beschert wird, die allen Rechtsfragen theoretischer und praktischer Natur auf diesem Gebiete nachspürt und zugleich die Grenzgebiete, die in diese Rechtsmaterie hereinreichen, zur Betrachtung mit heranzieht. Dies zeigt schon ein Blick auf die Unterabteilungen (vgl. z. B. Nr. IX Strafbestimmungen und Verwirkungsklausel; Nr. X Verhältnis des Erbbaurechts zu den Nachbargrundstücken; Nr. XII Vorkaufsrecht 2c.); auch die grundbuchtechnischen Fragen finden klare und erschöpfende Behandlung. Aus dem reichhaltigen Inhalte des Buches sei hier zunächst eines näher hervorgehoben, nämlich die Begriffsfestlegung des Erbbaurechts. Bekanntlich geht die Tendenz einer neueren Praxis dahin, auch Röhrenanlagen, Telegraphenleitungen unter dem Begriff „Bauwerk" zu subsumieren; hiergegen wendet sich der Verfasser mit Recht, da der Ausdruck „Bauwerk" nur im Anschluß an die historische Entwicklung ausgelegt werden soll. „Man würde sonst zu dem Resultate kommen, daß an demselben Grundstück EBR. auf verschiedene Röhrenleitungen, Telegraphendrähte u. s. w. bestellt werden könnten. Alle diese EBR. könnten mit Hypotheken, nach der gewöhnlichen Ansicht sogar mit mündelsicheren und anderen dinglichen Rechten belastet werden. Es würden für diese EBR. besondere Grundbuchblätter einzurichten sein; sie würden den Gegenstand einer Zwangsversteigerung, vielleicht auch einer Zwangsverwaltung im Zwangsvollstreckungsverfahren bilden; kurz man würde zu Resultaten kommen, die man als Humor oder richtiger als Komik im Recht bezeichnen müßte. Der Ernst des Rechts schließt eine Auslegung, die zu einem solchen Ergebnis führt, aus". Mit mancher der aufgestellten Meinungen wird man anderseits freilich nicht einverstanden sein können. So wendet sich der Verfasser z. B. gegen die herrschende Auffassung (die übrigens auch vom Reichsgerichte Bd. 61 S. 2 ff. anerkannt wurde), daß ein Erbbaurecht auf bestimmte Zeitdauer bestellt werden könne; hier wird man dem Verfasser umsoweniger folgen dürfen, als durch solche Verneinung die Verwertbarkeit des ganzen Instituts praktisch in Frage gestellt würde. Am Schlusse des Werkes sind (zugleich als Muster) verschiedene Erbbauverträge aus der Praxis aufgeführt (z. B. Beilage 5: Erbbauvertrag zwischen dem preußischen Fiskus und dem Beamtenwohnverein zu Berlin), die zugleich als interessante Belege für die praktische Anwendung dieses Rechtsinstituts zu gemeinnützigen und sozialen Zwecken dienen können. Einen Anwendungsfall der jüngsten Zeit bildet bekanntlich auch das deutsche Museum in München, das im Erbbaurecht auf dem Boden der Stadtgemeinde München erstehen wird. K.

Redaktions-Adresse: München 23, Franz-Joseph-Straße 2/1.

Für die Redaktion verantwortlich: Professor Dr. Karl Gareis in München.

Druck und Verlag von U. E. Sebald in Nürnberg.