

HDI



HL 1021 W



HARVARD LAW LIBRARY

Received Feb. 28, 1904



J a h r b ü c h e r

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichts-
hofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Dreizehnter Band.

Ü b i n g e n.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

1902.

Rec. Feb. 28, 1907

Druck von J. Neumann jr in Tübingen

Inhaltsübersicht des dreizehnten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

	Seite
1. Gerät ein Kaufmann in Zahlungsverzug, dem vertragsmäßig freigestellt ist, mittels eines Drei-Monat-Accepts oder bar mit Skonto zu bezahlen, wenn er erklärt hat, bar bezahlen zu wollen, und sodann eine Lieferung trotz Mahnungen nicht bar bezahlt?	1
2. Rechtsfolgen einer nachträglich wieder zurückgenommenen Erklärung eines Hauskäufers, den Kauf nicht halten zu können	5
3. Bereicherungsfrage des ersten Cessionars gegen denjenigen, der aus dem Erlös aus der vom Erben des Cedenten nochmals verkauften Forderung Bezahlung für eine Schuld erhalten hat?	10
4. Nach welchem Recht ist die in Württemberg von hier wohnenden Personen für eine dem schweizerischen Recht unterliegende Schuld eingegangene Bürgschaft zu beurteilen?	16
5. 1) Bedeutung einer Bürgschaft für „Warenkredit“. 2) Zum Begriff der „Rechnung“	18
6. 1) Dingliche Belastung von Grundstücken zu Gunsten Dritter. 2) Dienstbarkeit oder Realkast?	21
7. Kommt demjenigen, der das Recht der Ausübung des Eigentums auf Grund des Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes beansprucht, § 891 bezw. § 892 B.G.B. zu statten? . . .	34
8. Mißbrauch des Rechts i. S. des § 1353 Abs. 2 B.G.B. . .	36
9. Ist ein Kaufmann, der ein Handelsgeschäft nebst Firma käuflich erworben hat, berechtigt, die Firma bei Verlegung des Geschäfts an einen anderen Ort beizubehalten?	37
10. In § 18 Abs. 2, § 37 H.G.B.	42
11. Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft nach dem Tod eines Gesellschafters	44
12. Bauzinsen (§ 215 H.G.B.)	47
13. Aus welchen Gründen darf die Entlassung eines Konkursverwalters verfügt werden?	49
14. Berechtigung des Erwerbers einer den Namen eines Vorbesizers tragenden Wirtschaft, diese Wirtschaft unter derselben Bezeichnung fortzuführen	137

	Seite
15. Enthält das Versprechen, die Schulden eines Andern zu regeln, eine Bürgschaftsleistung?	142
16. Zum Begriff des Zwangs und der Erpressung	145
17. Was ist unter „Rechnungsirrtum“ und „Aufwand auf ein Gut“ zu verstehen?	147
18. Zum Begriff des „Unfalls“ (im Sinn einer „körperlichen Beschädigung durch zufällige Einwirkung äußerer mechanischer Gewalt“)	152
19. 1. Schadenersatzanspruch eines Arbeitgebers gegen seine wegen ihres Verhaltens mit Grund ohne vorgängige Kündigung entlassenen Arbeiter 2. Voraussetzung der Haftung solcher Arbeiter als Gesamtschuldner	158
20. Der öffentliche Glaube und die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs betrifft nicht dessen tatsächliche Angaben	166
21. Zu § 906 B.G.B.	167
22. Zu § 906 B.G.B. (Verlästigung durch Bienen)	174
23. Zu Artikel 42 des Gesetzes über Feldwege, Trepp- und Ueberfahrtsrechte vom 26. März 1862 (Verbot der Pflanzung neuer Ueberfahrtsrechte)	181
24. Gegen welches Urteil ist die Restitutionsklage zu richten, wenn im Vorprozeß die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil als unbegründet zurückgewiesen worden ist?	187
25. Zu §§ 887, 888 (früher §§ 773, 774) C.P.O.	192
26. Streitwert bei Feststellungsklagen	193
27. Ist im Kostenfestsetzungsverfahren die Prüfung des Beschwerdegerichts nicht auf die angegriffenen Kosten beschränkt?	196
28. Zu § 13 Ziff. 4 N.O.G.O. (Beweisgebühr)	200
29. Vertragsabstufung. Bedeutung und Folgen einer nachträglichen Erklärung des Käufers darüber, welche Eigenschaften der Ware er beim Vertragsabstufung vorausgesetzt habe (§§ 147 Absf. 2; 148, 119 Absf. 2 B.G.B.)	267
30. Eigentumserwerb durch Stellvertreter	273
31. Zu §§ 93, 94 B.G.B.	277
32. Voraussetzungen einer gerichtlichen Hinterlegung (§ 372 B.G.B.)	280
33. Bedeutung der Verpflichtung eines Käufers, innerhalb einer gewissen Zeit an einem bestimmten Ort „keine Wirtschaft zu betreiben“	284
34. Gültigkeit eines Vergleichs über eine Forderung, die nach der vom Kläger bestrittenen Behauptung des Beklagten aus reinen Differenzgeschäften herrührt	289
35. Zur Auslegung von § 438 (Art. 408) B.G.B. u. § 90 Absf. 2 Ziff. 4 der Verkehrsordnung (vom 15. November 1892, die hierin gleichlautend ist mit § 90 Absf. 2 Ziff. 4 der Verkehrs-	

	Seite
ordnung vom 26. Oktober 1899)	296
36. Kreditgewährung durch Diskontierung von Wechseln, die der Kreditnehmer acceptiert hat und die von den Wechselinhabern bei dem Kreditgeber diskontiert worden sind?	299
37. 1. Zur Auslegung des Art. 4 Lit. B des Reichsgesetzes vom 30. Dezember 1899 betr. einige Aenderungen von Bestimmungen über das Postwesen. 2. Zum Begriff der „wichtigen Gründe“ i. S. des § 70 H.G.V., § 626 B.G.B.	304
38. Berechtigung eines Betriebsleiters, das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzulösen, weil ihm ein zweiter Betriebsleiter an die Seite gesetzt wird (§ 70 H.G.V.)	311
39. Zu Art. 350 (§ 377) H.G.V.: („arglistiges Verschweigen“ eines Mangels seitens des Verkäufers)	314
40. Haftung des Agenten einer Versicherungsgesellschaft für falsche Auskunft an einen Versicherungslustigen (§§ 676, 179 B.G.B.)	318
41. Haftung einer Gemeinde für einen Unfall, der dadurch veranlaßt worden ist, daß ein auf der Ortsstraße aufgeschichteter Steinhaufen nicht beleuchtet war. Eigenes Verschulden des Verletzten wegen nicht genügender Beleuchtung seines Wagens? (§§ 31, 69, 823, 254 B.G.B.)	321
42. Bedeutung der Bestimmung eines Versicherungsvertrags, wonach Arbeitsunfähigkeit anzunehmen ist, falls der Versicherte nicht im Stand ist, „seinen Beruf auszuüben“ oder „in seinem Beruf thätig zu sein“, in Anwendung auf einen versicherten Offizier	327
43. Bedeutung der Bestimmung eines Unfallversicherungsvertrags, daß ein Anspruch auf Entschädigung nur gewährt werde, falls ein Unfall den Tod „als unmittelbare Folge der Verletzung“ herbeigeführt habe	332
44. Auslegung der Bestimmungen eines Genossenschaftsstatuts über die Aufnahme neuer Mitglieder	335
45. Zum Begriff des „Rebells“ und der „neuen Gestaltung“ im Sinn des Gebrauchsmusterschutzgesetzes	343
46. Übertragbarkeit der Rechte aus einem Lizenzvertrag?	346

B. in Strafsachen.

1. Ungenügende Revisionsbegründungen, St.-P.-O. § 384	52
2. Das Recht des Anwalts auf Akteneinsicht in einer erledigten Strafsache	53
3. Fällt die Nichteinhaltung von Bedingungen und Bestimmungen der für Veranstaltung auswärtiger Lotterien in Württemberg	

	Seite
<u>erteilten Genehmigung unter die Strafvorschrift des Art. 7</u> <u>Riff. 3 Pol.-Str.-G. (unerlaubter Losvertrieb)?</u>	55
4. <u>Kann auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens ein schrift-</u> <u>liches Gutachten eines Sachverständigen eingeholt werden?</u>	61
5. <u>Die Beschwerde in Kostenfestsetzungssachen</u>	63
6. <u>Die Anwaltsgebühr in verbundenen Privatklagesachen bei ver-</u> <u>schiedenem Ausgang derselben</u>	65
7. <u>1. Inwiefern genügt ein in die Formen einer Zivilklage gefeldeter</u> <u>Erfantrag?</u> <u>2. Wann ist das Eindringen des Hauseigentümers in die ver-</u> <u>mieteten Wohnräume widerrechtlich? (§§ 61, 123 St.G.B.)</u>	202
8. <u>Wann und inwieweit bedarf der Besitzer einer dinglichen Wirt-</u> <u>schaftsgerechtigkeit einer besonderen gewerbepolizeilichen Er-</u> <u>laubnis?</u>	207
9. <u>Ist die Rechtsmittelfrist gewahrt, wenn am letzten Tag derselben</u> <u>nach Schluß der Kanzleizeit und in Abwesenheit des Registra-</u> <u>turbeamten das betr. Schriftstück dem Landgerichtsvorstand</u> <u>übergeben worden ist?</u>	214
10. <u>Die außergerichtliche Verdächtigung eines Dritten, eine straf-</u> <u>bare Handlung begangen zu haben, unter dem Schutze des</u> <u>§ 193 St.G.B.</u>	351
11. <u>1. Die Feststellung einer beleidigenden Äußerung dem Sinne</u> <u>nach.</u> <u>2. Ist die Annahme eines fortgesetzten Delikts im Vernunfts-</u> <u>urteil zulässig, wenn der wegen zwei realkonkurrierender Be-</u> <u>leidigungen Angeklagte in erster Instanz freigesprochen war</u> <u>und die zweite Instanz die eine Beleidigung für strafbar, die</u> <u>andere für nicht strafbar erklärt?</u>	354
12. <u>1. Zum Begriff der Landstreicherei.</u> <u>2. Ist die Anordnung der qualifizierten (mit Arbeitszwang ver-</u> <u>bundenen) Haftstrafe auch für andere als die in § 362 N.St.-</u> <u>G.B. und in Art. 10 Pol. St.G. genannten Uebertretungen,</u> <u>speziell schon auf Grund einer Konkurrenz mit solchen, zulässig?</u>	361

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1. <u>Zu § 30 Abf. 1 lit. b. Schlusssatz des Reichsgesetzes über den</u> <u>Unterstützungswohnsitz (Eintlieferung)</u>	68
2. <u>Krankenversicherungspflichtigkeit der von öffentlichen Korpo-</u> <u>rationen an Straßen beschäftigten Steinschläger</u>	71
3. <u>Zu § 58 Abf. 1 des Krankenversicherungsgesetzes und Art. 24</u> <u>Abf. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 (Erfordernisse der</u> <u>Klage hinsichtlich der Bezeichnung des Gegenstands des An-</u> <u>spruchs und der den Antrag begründenden Thatfachen)</u>	77

	Seite
4. Ungültigkeit eines Schulverbandsstatuts und des Ortesstatuts einer zusammengelegten Gemeinde wegen mangelnder rechtsgültiger Vertretung einer beteiligten Teilgemeinde	81
5. Stehen die Bestimmungen in Ziff. VI. bis XII. des der politisch-religiösen Gemeinde Kornthal am 22. August 1819 erteilten Privilegiums noch als bürgerliches Sonderrecht in Geltung?	94
6. Ist die Ausführung einzelner Bauaffordverträge größeren Umfangs in Württemberg durch einen ansässigen Gewerbetreibenden ein in Württemberg steuerpflichtiger Gewerbebetrieb?	114
7. Anwendung der Vorschriften der Reichs-Civilprozessordnung auf die Festsetzung der zu erstattenden Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens	217
8. Zu Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege. (Fall der Unzulässigkeit des Parteistreitverfahrens als der einen Form des Verwaltungsrechtswegs)	221
9. Die kirchliche Steuerpflicht der Israeliten in Württemberg bestimmt sich nach dem Wohnort im Sinne des bürgerlichen Rechts	224
10. Erhebung einer Widerklage in der Berufungsinstanz nach § 529 Abs. 2 (n. F.) der C.P.O. Uebergang der Unterstützungsansprüche erkrankter Arbeiter auf die neu errichtete Betriebskrankenkasse (§ 62 Abs. 1 St.V.G.). Das Arbeitsverhältnis, in welchem „ohne Kündigung“ gearbeitet wird, löst sich nicht durch Erkrankung des Arbeiters und nicht durch bloße Abmeldung des Arbeitgebers. Bedeutung der Lohnauszahlung einschließlich des auf den Jahrlag entfallenden Betrags für die Lösung des Arbeitsverhältnisses	230
11. Anwendbarkeit des § 528 Abs. 1 (n. F.) der C.P.O. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Unzulässigkeit einer statutarischen Festsetzung, welche für die Familienangehörigen der Klassenmitglieder Krankenunterstützung einführt, insofern die ärztliche Behandlung ausnahmslos nur durch Klassenärzte erfolgen soll	241
12. Zu § 50 des Krankenversicherungsgesetzes. (Fahrlässige Unterlassung der Anmeldung einer Kellnerin.)	249
13. Unstatthaftigkeit der Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 gegen eine auf Grund des Art. 10 Ziff. 20 desselben ergangene vorläufige Verfügung der Verwaltungsbehörde	368
14. Die Erstellung eines über einen Eisenbahndamm führenden, dem öffentlichen Verkehr dienenden Stegs ist kein Bauwesen im Sinne des Art. 16 der Bauordnung	371

III. Abhandlungen.

<u>Die Rechtsgültigkeit der Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899.</u> Von Dr. G ö z, <u>Wirtl. Staatsrat in Stuttgart</u>	122
<u>Die Luft- und Licht-Berechtigung und das Fensterrecht im alten und neuen Recht.</u> — (Art. 222 des Ausf. Gef. z. V. G. V.). Von H. A. S c h e f f e l d in <u>Mün.</u>	256

IV. Litterarische Anzeigen.

Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft	135
<u>Röhler</u> , Die in Württemberg ergangenen, das Vormundschafts-, Nachlaß- und Notariatswesen betreffenden Ausführungsbestimmungen zum B.G.B. und dessen Nebengesetze	135
<u>Röhler</u> , Sammlung von Gesetzen, Verordnungen und Verfügungen straf- oder polizeirechtlichen Inhalts zum Gebrauch für württembergische Polizeiorgane	135
<u>Wengler</u> , Elektrizität und Recht im deutschen Reich	136
<u>Nachtrag zu den kritischen Bemerkungen zu Mayer-Heis, Erbrecht</u> (XII. Band, 3. Heft)	136
<u>Romeid</u> , Zur Technik des bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft I Die Erbbestimmung	263
<u>Mandry</u> , Das württembergische Privatrecht	265
<u>Klump</u> , Das deutsche Grundbuchrecht und die württembergischen Ausführungsbestimmungen	265
<u>Mandry</u> , Das Grundbuchwesen in Württemberg	265
<u>Phillier</u> , Handausgabe der deutschen Grundbuchordnung nebst einer systematischen Darstellung des materiellen Niegenchaftsrechts	266
<u>Weißler</u> , Kommentar zum Reichsges. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit	266
<u>Viliput-Ausgabe des H.G.B., der G.P.O. u. St.O.</u>	266
<u>Adam</u> , Handausgabe (mit Anmerkungen) der württ. Ausführungs- gesetze vom Jahr 1879 in der neuen Fassung nebst sonstigen Vorschriften zu den Reichsjustizgesetzen	266
<u>Delius</u> , Die Gastpflicht der Beamten	266
<u>Schaub</u> , Kommentar zur Wechselordnung, 4. Aufl.	387
<u>Wendt</u> , Unterlassungen und Veräußernisse im Bürgerlichen Recht	387
<u>Ragel</u> , Oberamtsleiterarzt, Die Gewährleistung beim Viehhandel nach dem B.G.B.	387
<u>Leske u. Löwenfeld</u> , Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr	387
<u>Weizsäcker</u> , Hugo, Landrichter, Formularbuch zu den deutschen Prozessordnungen	388
<u>Wiest</u> , Oberamtsrichter, Ausgabe des Reichsgesetzes betr. die Er- werbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften in der seit 1. Januar 1900 geltenden Fassung	388
<u>Kippmann</u> , Adv. Rautmann, Der Führer durch die Reichs- und Landesgesetzgebung	388
<u>Stäber</u> , Regierungsrat, Zeitschrift für Arbeiterversicherung	388
<u>Romeid</u> , Landgerichtsrat, Zur Technik des B.G.B. Heft 2: Die abgeleitete Schuld. Erster Abschnitt: Die abgeleitete Mietschuld	389

V. Mitteilungen aus der Praxis.

Von Landgerichtsrat Dr. Smelin in Stuttgart.

<u>Ist es ein „Gewerbebetrieb im Umherziehen“, wenn ein Kaufmann außerhalb seines Wohnorts kaufmännische nach vorgängiger An- noncierung in einem Gasthof zum Zweck der Entgegennahme von Bestellungen empfängt?</u>	375
--	-----

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Gerät ein Kaufmann in Zahlungsverzug, dem vertragsmäßig freigestellt ist, mittels eines Drei-Monat-Accepts oder bar mit Skonto bezahlen zu wollen und der sodann eine Lieferung trotz Mahnungen nicht bar bezahlt? ¹⁾

Klägerin hatte sich durch Vertrag vom 25. August 1898 verpflichtet, der Beklagten 10000 Kilo Messingblech auf allmählichen Abruf zu liefern „gegen Drei-Monat-Tratte netto oder komptant Kasse mit 1½% Skonto“. Am 17. April 1899 schrieb Beklagte an Klägerin: sie habe die ihr heute zum Accept präsentierte Tratte für eine Lieferung im März zurückgehen lassen, weil sie der Klägerin Baranschaffungen machen werde, mit Wechseln könne und wolle sie bei der Klägerin nicht regulieren; „wir werden in Zukunft stets Ihre Rechnung bar bezahlen“. Eine Lieferung vom 8. Juli 1899 im Betrag von 1244 Mk. blieb unbezahlt. Im August 1899 forderte Klägerin die Beklagte zur unverzüglichen Zahlung dieser Lieferung auf und „annullierte“, als keine Zahlung erfolgte, mit Schreiben vom 4. Oktober 1899 den Abschluß mit der Beklagten. Gegenüber der Klage auf Bezahlung der 1244 Mk. wandte Beklagte ein: die Erklärung der Klägerin vom 4. Oktober, daß sie vom Vertrag zurücktrete, sei un-

1) Vergl. § 284. § 326. B.G.B.

begründet gewesen, weil Beklagte damals sich noch nicht in Zahlungsverzug befunden habe; durch diesen Rücktritt sei ihr ein den Betrag der Klagforderung übersteigender Schaden erwachsen, den sie gegen diese Forderung aufrechne.

Beklagte ist nach dem Klagantrag verurteilt worden.
Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Nach dem Inhalt des Vertrags vom 25. August 1898 wäre Beklagte verpflichtet gewesen, die Lieferung vom 8. Juli entweder „comptant Kasse mit 1½ Skonto“ zu bezahlen oder alsbald nach Lieferung der Klägerin eine am 8. Oktober 1899 fällige Tratte — d. h. nach dem bestehenden Handelsbrauch: ein *A c c e p t* — über den Preis der Lieferung auszustellen. Beklagte hatte also von Haus aus die Wahl zwischenbarer Bezahlung und Ausstellung eines *A c c e p t s*. Wählte sie die letztere Art der Vereinigung des Kaufpreises, so konnte Klägerin alsbald nach erfolgter Lieferung das *A c c e p t* der Beklagten über den Kaufpreis einholen und sich durch Diskontierung des *A c c e p t s* bares Geld verschaffen oder ihrerseits das *A c c e p t* zur Deckung einer Schuld verwenden; entschied sich die Beklagte für Barzahlung — d. h., wie Klägerin selbst es auffaßt, für bare Bezahlung innerhalb 30 Tagen seit der Lieferung, — so konnte sich Klägerin die bezeichneten, mit der Ausstellung eines *A c c e p t s* seitens der Beklagten verknüpften Vorteile nicht verschaffen, war dagegen der Gefahr überhoben, daß das *A c c e p t* bei Verfall nicht zur Einlösung gelangte. Um die mit Einholung eines *A c c e p t s* verbundenen Vorteile voll genießen zu können, mußte Klägerin wissen, ob Beklagte bar bezahlen oder ein *A c c e p t* ausstellen wollte, Beklagte mußte daher der Klägerin bei Zeiten — entweder ein für allemal oder bei jedem einzelnen Abruf — mitteilen, welche Zahlungsart sie wähle. Nun hat Beklagte mit ihrem Brief vom 17. April 1899 nicht nur in Betreff der Märzlieferung erklärt, daß sie die ihr zum *A c c e p t* vorgewiesene Tratte habe zurückgehen lassen,

weil sie der Klägerin Baranschaffung machen werde, sondern beigelegt, mit Wechseln wolle und könne sie bei der Klägerin nicht regulieren; „wir werden in Zukunft stets Ihre Rechnung bar zahlen“. Damit hat Beklagte ganz allgemein in unzweideutiger Weise ihren Willen kundgegeben, stets bar zu zahlen, keine Tratten der Klägerin mehr zu acceptieren; sie hatte sich also ein für allemal dafür entschieden, den Weg der Barzahlung zu wählen, und hiemit mußte fortan Klägerin rechnen, wie Beklagte sich selbst sagen mußte. Ob es etwa trotzdem der Beklagten freistand, im einzelnen Fall in der Weise auf die Zahlung mittels Accepts zurückzugreifen, daß sie beim Abruf oder alsbald beim Empfang der betreffenden Lieferung der Klägerin mittheilte, sie solle ihr über diese Lieferung eine Tratte zum Accept senden, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls mußte Klägerin, wenn Beklagte bei einem späteren Abruf nichts über die Zahlungsweise bemerkte, voraussetzen, daß Barzahlung erfolge, und Beklagte war demgemäß diesfalls nach Treu und Glauben zur Barzahlung verpflichtet: Beklagte hätte wider Treu und Glauben — arglistig — gehandelt, wenn sie ohne Bemerkung über die Zahlungsweise eine Lieferung abgerufen und empfangen, die Klägerin also in den Glauben versetzt hätte, es werde in Gemäßheit der brieflichen Zusicherung vom 17. April Barzahlung erfolgen, und damit die Klägerin während eines Monats von Einholung eines Accepts abgehalten hätte, und wenn sie (Beklagte) dann nach Verfluß eines Monats nachträglich im Gegensatz zu jener brieflichen Zusicherung erklärt hätte, sie wolle doch diesmal mittels Accepts bezahlen.

Geht man hievon aus, so war Beklagte verpflichtet, die Lieferung vom 8. Juli 1899 — die nächste nach jenem für die Zukunft stets Barzahlung ankündigenden Brief vom 17. April — bar, d. h. innerhalb 30 Tagen nach erfolgter Lieferung, also spätestens am 8. August, zu bezahlen, zumal da sie in der ganzen Zwischenzeit in keiner Weise angedeutet hatte, daß jene feierliche Ankündigung künftiger steter Bar-

zahlung gleich für die nächste Lieferung nicht gelten solle. Die Zahlung dieser Lieferung war also am 8. August 1899 fällig und wenn Beklagte trotz Mahnung der Klägerin nicht bezahlte, geriet sie in Zahlungsverzug. Solche Mahnung ist nun aber schon mit dem Brief der Klägerin vom 25. August erfolgt, worin Klägerin die Beklagte zu „unverzüglicher Zahlung“ aufforderte und ihr andernfalls „Unannehmlichkeiten“ in Aussicht stellte, und es ist ferner unter den Parteien außer Streit, daß Klägerin ihre Mahnung mit Briefen vom 6., 9. und 15. September wiederholt hat; eines besonderen Hinweises darauf, daß Beklagte gemäß der in ihrem Brief vom 17. April 1899 enthaltenen Zusicherung zur Barzahlung verpflichtet sei, bedurfte es nicht. Es unterliegt hienach keinem Zweifel, daß Beklagte am 5. Oktober 1899, als Klägerin ihren Rücktritt vom Vertrag — so weit er noch nicht erfüllt war — erklärte, sich in Zahlungsverzug befunden hat.

Demzufolge war Klägerin am 5. Oktober 1899 berechtigt, so wie sie gethan hat, vom Vertrag zurückzutreten und zwar jede künftige Leistung zu verweigern, während bezüglich der bereits erfolgten Lieferungen, der Vertrag (gemäß Art. 359 H.G.B.) bestehen blieb¹⁾; eine Rechtsfolge, die die Berufungsbegründung auch nicht (ausdrücklich) bekämpft hat, wie denn auch ein Rücktritt bezüglich eines Teils der noch nicht gelieferten Warenmenge nach Lage der Umstände nicht wohl denkbar war. Ob Klägerin der Beklagten für die Zahlung der Zulieferung noch eine Nachfrist hätte gewähren müssen, bei alsbaldiger Zahlung die Rücktrittserklärung vom 5. Oktober rechtlich unwirksam gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben, da eine solche Zahlung thatsächlich nicht erfolgt ist, und das Anerbieten der Beklagten im Brief des Rechtsanwalts S. vom 10. Oktober 1899, die Zulieferung werde alsbald bezahlt werden, wenn Klägerin sich zur Lieferung der „abgerufenen“ 5000 Kilo

1) Vergl. S t a u b, 2. Auflage, §§ 9 und 10 zu Art. 359 H.G.B., § 14 zu Art. 354 H.G.B.

verpflichte, einer wirklichen Bezahlung selbstverständlich nicht gleich steht.

Urteil des I. Civilsenats in Sachen Schuhmacher g. Geel und Schmidt.

2.

Rechtsfolgen einer nachträglich wieder zurückgenommeneu Erklärung eines Hauskäufer, den Kauf nicht halten zu können.

Kläger hatte von der Beklagten ein Haus gekauft, worin eine Wirtschaft betrieben wurde, und an Angeld 500 Mk. bezahlt. Vor Uebergabe des Hauses schrieb er — am 28. Februar 1899 — der Beklagten, er könne, weil seine Schwester die erwartete pekuniäre Hilfe verweigere, das Geschäft nicht übernehmen und ersuche deshalb die Beklagte, es anderweit zu veräußern; es sei ihm unmöglich, den Kauf zu halten. Bei einer hierauf am 3. März 1899 stattgehabten Unterredung der Beklagten mit einem Bruder und Bürgen des Klägers theilte Beklagte letzterem mit, sie habe die in dem verkauften Haus befindliche Wirtschaft an den bisherigen Pächter auf weitere drei Jahre verpachtet und werde sich wegen des ihr entstehenden Schadens an den Kläger oder dessen Bürgen halten. Am 6. März 1899 theilte Kläger der Beklagten brieflich mit, daß er das gekaufte Haus auf 1. April übernehmen werde. Beklagte weigerte nun die Erfüllung des Kaufs, indem sie behauptete, er habe sich durch gegenseitiges Einverständnis wieder aufgelöst. Auf Klage des Klägers ist sie zur Erfüllung des Kaufs verurteilt worden. Aus den

G r ü n d e n

des Berufungsurteils:

Davon kann selbstverständlich keine Rede sein, daß der Kaufvertrag vom 28. Dezember 1898 durch die briefliche Erklärung des Klägers vom 28. Februar 1899, er könne den Vertrag nicht erfüllen, aufgelöst worden ist; das geltende

Recht gestattet keinen einseitigen Rücktritt von einem Kauf. Wenn Beklagte in diesem Brief des Klägers eine den Kläger „einseitig bindende Rücktrittserklärung“ sehen will, so steht dem entgegen, daß die einseitige Erklärung, einen Kauf nicht erfüllen zu wollen oder zu können, ohne Rechtswirkung bezüglich des Bestands des Vertrags und daher auch nicht „bindend“ in dem Sinn ist, daß der Erklärende sich nachher nicht mehr zur Erfüllung des Vertrags bereit erklären könnte. Der Brief des Klägers läßt sich aber auch nicht etwa dahin verstehen, daß Kläger damit auf alle Rechte aus dem Vertrag verzichtet hätte, während seine Vertragspflichten bestehen geblieben wären: ein derartiger Wille des Klägers ist aus dem Brief nicht ersichtlich und vernünftigerweise nicht bei ihm zu unterstellen. Jenes Schreiben vom 28. Februar 1899 hat also für sich allein den Kläger nicht gehindert, nachträglich Erfüllung des Vertrags seitens der Beklagten (gegen Erfüllung der ihm obliegenden Vertragspflichten) zu verlangen, mindestens dann nicht, wenn Beklagte inzwischen keinerlei Verfügung in Betreff des Hauses getroffen hatte, die der Vertragserfüllung im Weg stand.

Der Brief des Klägers vom 28. Februar 1899 enthielt kein Angebot einer Auflösung des Kaufs, sondern eben die Mitteilung an die Beklagte, daß Kläger thatsächlich außer Stand sei, den Kauf zu halten, in Verbindung mit dem an Beklagte gestellten „Ersuchen“, das Geschäft anderweit zu veräußern. Es konnte sich daher auf Seiten der Beklagten nicht um „Annahme“ eines „Angebots“ des Klägers handeln; wohl aber konnte sich Beklagte durch den Brief des Klägers veranlaßt sehen, ihm ihrerseits den Vorschlag zu machen, daß der Kauf rückgängig gemacht werde, und mutmaßlich wäre Kläger auf einen solchen Vorschlag bereitwillig eingegangen. Beklagte konnte auch auf das Schreiben des Klägers hin entsprechend seinem — eine Ermächtigung zum anderweiten Verkauf des Hauses enthaltenden „Ersuchen“ — das Haus an einen Dritten verkaufen: hätte dann Kläger nachträglich doch Erfüllung des Kaufs, Uebergabe des Hauses an ihn

verlangt, so wäre ihm die Einrede der Arglist entgegen gestanden.

Beklagte hat aber keinen dieser Wege eingeschlagen, sie hat weder das Haus anderweit verkauft, noch dem Kläger die Auflösung des Kaufs vorgeschlagen oder auch nur ihren Willen zu erkennen gegeben, daß der Kauf aufgelöst sein solle. Denn nach ihrer eigenen Darstellung hat sie am 3. März dem Bruder des Klägers von der Wiederverpachtung der in dem fraglichen Haus befindlichen Wirtschaft mit dem Anfügen Mitteilung gemacht, daß sie sich wegen des entstehenden Schadens an den Kläger oder dessen Bürgen halte; damit hat sie in unzweideutiger Weise ihren Willen, den Hauskauf nicht einfach rückgängig zu machen, zu erkennen gegeben, denn letzterenfalls könnte von einer Schadenserfahrforderung wegen Nichterfüllung des Kaufs keine Rede sein, die einen bestehenden Vertrag voraussetzt. Wenn Beklagte auszuführen sucht, durch den Vorbehalt von Schadenserfahrforderungen habe sie keine Ansprüche aus dem Vertrag geltend gemacht, sondern Ansprüche wegen des Rücktritts des Klägers vom Vertrag, so ist das unhaltbar: Kläger konnte — wie schon bemerkt worden ist — nicht einseitig vom Vertrag zurücktreten; Beklagte konnte sich auf diese Rücktrittserklärung in der Weise einlassen, daß sie in Uebereinstimmung mit dem vom Kläger kundgegebenen Willen den Vertrag als nicht geschlossen behandelte: dann waren Schadenserfahrforderungen wegen Nichterfüllung des Vertrags ausgeschlossen; oder aber Beklagte hielt ihrerseits am Vertrag fest und dann konnten Schadenserfahrforderungen von ihrer Seite gegen den Kläger in Frage kommen, das waren aber dann eben Ansprüche aus dem Vertrag, die dessen Fortbestand zur Voraussetzung hatten. Auch jetzt noch stellt sich Beklagte auf den Standpunkt, daß sie den Kauf nicht einfach als aufgelöst gelten lassen will: denn sie verweigert ja die (vom Kläger in zweiter Linie geforderte) Zurückerstattung der von ihm am Kaufpreis des Hauses geleisteten Anzahlung von 500 Mk. auf Grund von Schadenserfahrforderungen, die sie daraus ableitet,

daß der Kauf nicht zum Vollzug gekommen ist, und setzt sich damit in Widerspruch mit ihrer Behauptung, daß sie das klägerische „Angebot“ der Auflösung des Kaufs „angenommen“ habe. Die Wiederverpachtung der verkauften Wirtschaft ist bei dieser Sachlage nicht schlüssig dafür, daß Beklagter ihrerseits den Kauf als aufgelöst gelten lassen wollte; Beklagte konnte sich zu dieser Verpachtung aus dem Grunde veranlaßt sehen, weil sie die Erfüllung des fortbestehenden Kaufs seitens des Klägers als ausgeschlossen ansah und den ihr durch diese Nichterfüllung erwachsenden, vom Kläger zu ersetzenden Schaden thunlichst herabzumindern bedacht war.

Sonach ist auch der Einwand des Beklagten nicht begründet, daß Kläger deshalb nicht mehr Erfüllung des Kaufs fordern könne, weil er durch gegenseitiges Einverständnis wieder aufgelöst worden sei.

Damit ist jedoch die Frage nicht entschieden, ob Kläger unbekümmert um alle von der Beklagten aus Anlaß seines Schreibens vom 28. Februar 1899 in Betreff des verkauften Hauses getroffenen Verfügungen Erfüllung des Kaufs fordern kann, ob er nicht diese Verfügungen gegen sich gelten lassen, also in den von der Beklagten nach dem 28. Februar 1899 mit dem bisherigen Wirtschaftspächter geschlossenen Pachtvertrag eintreten muß und, da er dies zu thun entschieden verweigert, seine Klage, so wie sie erhoben ist, sich als ungerichtlich darstellt.

In dieser Beziehung wird davon auszugehen sein, daß die ernstgemeinte Erklärung des Klägers in seinem Brief vom 28. Februar 1899, er könne den Kauf nicht halten, die Beklagte berechtigt hat, auf die Nichterfüllung des Kaufs zu rechnen und demgemäß die zur Abwendung oder doch Verminderung des ihr drohenden Schadens geeigneten Maßregeln ohne Rücksicht auf die Möglichkeit zu treffen, daß Kläger nachträglich doch wieder Erfüllung des Vertrags verlange; man wird auch annehmen dürfen, daß die Wiederverpachtung der Wirtschaft eine derartige Maßregel war, zu der sich Beklagte schon nach allgemeinen Grundsätzen wie nach der ihr vom

Kläger in dem Brief vom 28. Februar 1899 erteilten Ermächtigung, das Geschäft anderweit zu veräußern, befugt halten durfte, sofern sich hierin die Ermächtigung auch zu einer sonstigen Verfügung über das Geschäft finden läßt. Von diesem Standpunkt aus könnte man wohl dazu gelangen, eine arglistige, gegen Treu und Glauben verstoßende Handlungsweise des Klägers darin zu sehen, daß er eine von der Beklagten in gutem Glauben getroffene, durch seinen Brief veranlaßte, bindende Abmachung in Betreff der Verpachtung der Wirtschaft nicht gegen sich gelten lassen will, deren Bruch die Beklagte erheblichen Schadensersatzansprüchen des Pächters aussetzt.

Diese Erwägungen könnten indessen nur dann zu einem dem Kläger ungünstigen Ergebnis führen, wenn Beklagte (wie sie behauptet) bezüglich der Wiederverpachtung der Wirtschaft feste Abmachungen getroffen hätte, ehe sie den Brief des Klägers am 6. März 1899 erhielt, worin er Erfüllung des Kaufs verlangt und seinerseits in Aussicht stellt. Den ihr in dieser Richtung obliegenden Beweis hat aber Beklagte nicht erbracht (wie weiter ausgeführt wird; sodann wird fortgefahren): War nach dem Ausgeführten Beklagte zur Zeit des Empfangs des Briefs des Klägers vom 6. März durch die mit dem Pächter getroffene Abrede nicht gehindert, den Kaufvertrag vom 28. Dezember 1898 in der ursprünglich festgesetzten Weise zu erfüllen, ohne ihrerseits zufolge inzwischen getroffener Verfügungen über Haus oder Wirtschaft ein Opfer (Entschädigung des Pächters oder dergl.) bringen zu müssen, so durfte sich nach Treu und Glauben die Erfüllung des noch zu Recht bestehenden Vertrags nicht weigern. Bei dieser Sachlage steht dem auf Vertragserfüllung gerichteten Anspruch des Klägers auch die Einrede der Arglist nicht entgegen.

Urteil des I. Civilsenats vom 5. Dezember 1899. i. S.
Gulde gegen Böttner und Wohlgemuth.

3.

Bereicherungsklage des ersten Cessionars gegen denjenigen, der aus dem Erlös aus der vom Erben des Cedenten nochmals verkauften Forderung Bezahlung für eine Schuld erhalten hat¹⁾?

Die Witwe und Alleinerbin des C. K. hat die Erbschaft am überschuldeten Nachlaß ihres Ehemanns unbedingt angetreten und mit ihren unbedingten Gläubigern einen „Privatschuldenvergleich“ dahin abgeschlossen, daß der nach Befriedigung der Pfandgläubiger u. s. w. verbleibende Rest des Vermögens des C. K. an die unbedingten Gläubiger der Erbin pro rata ihrer Forderungen verteilt werden sollte. Aus diesem Anlaß wurde eine (unterpfändlich versicherte) Forderung des verstorbenen C. K. gegen R. K. an die Witwe W. um 1362 Mk. verkauft und hievon R. K. in Kenntnis gesetzt, der sodann die Schuld an die Käuferin der Forderung, W., bezahlt hat. Bekl. als unbedingte Gläubiger der Witwe des C. K. haben 431 Mk. von den erwähnten 1362 Mk. erhalten. Nachträglich stellte sich heraus, daß C. K. noch zu seinen Lebzeiten die Forderung gegen R. K. an den Großvater des Klrs., D. K., den der Kläger beerbt hat, abgetreten hatte. Kl. hat darauf gegen die Bekl. auf Bezahlung der erwähnten 431 Mk. geklagt, weil sie für ihre Forderungen an die Witwe C. K. insoweit materiell aus dem Vermögen des Klrs. (bzw. seines Großvaters) auf dessen Kosten ungerechtfertigt bereichert seien. Die Klage ist abgewiesen worden. Aus den

G r ü n d e n

des Berufungsurteils:

In erster Linie ist aus dem Vermögen des D. K. bzw. seines Erben nichts in das Vermögen der Bekl. gekommen.

Nach der Entwicklung, welche die im römischen Rechte über die Sondernachfolge in Forderungen geltenden Grundsätze im modernen Rechte genommen haben, ist zwar davon

1) Vergl. §§ 407, 408, 812, 816. R.G.B.

auszugehen, daß die Forderung des † C. N. mit der Cession — ihre thatsächliche Vornahme vorausgesetzt — auf den Cessionar D. N. übergegangen ist. Hieran kann der Umstand nichts ändern, daß es sich um eine unterpfändlich versicherte Forderung handelt und der Uebergang derselben auf D. N. im Unterpfandsbuch nicht eingetragen worden ist. Denn wenn auch das Württ. Pfandgesetz, — an die Anschauung des römischen Rechts anknüpfend, daß der Gläubiger mit der Cession noch nicht aufhört, Gläubiger zu sein, — die Bestimmung trifft, daß eine schon einmal abgetretene Forderung, falls die Abtretung nicht im Unterpfandsbuch eingetragen ist, von dem ursprünglichen Gläubiger nochmals mit voller Wirkung abgetreten werden kann, so wird man doch nicht so weit gehen und annehmen dürfen, daß der ursprüngliche Gläubiger trotz der Cession Gläubiger bleibe. Was ihm bleibt, ist nur die rechtliche Möglichkeit, über die schon abgetretene Forderung insoweit zu verfügen, bis der Erwerber die Cession im Unterpfandsbuch eintragen ließ. Die Belassung der fortdauernden Möglichkeit der ferneren Uebertragung der Forderung durch den Cedenten bildet aber nicht etwa die Folge der Anerkennung seiner fortdauernden Gläubigerschaft, sondern ist lediglich zum Schutze desjenigen statuiert, welcher auf Grund des Inhaltes der öffentlichen Bücher die Forderung erworben und daher von der im Unterpfandsbuch eingetragenen Cession keine Kenntniß gehabt hat. Ist nun hiernach auch anzunehmen, daß die in Rede stehende Forderung im Falle ihrer Cession an D. N. von dieser Cession an ein Vermögensstück des D. N. gebildet hat, so ist doch weder ein Teil dieses Vermögensstückes, noch ein Teil des daraus erzielten Erlöses rechtlich in das Vermögen der Bekl. gekommen.

Zusolge des unbedingten Erbschaftsantritts der Witwe N. an den Nachlaß ihres † Chemanns ist dieselbe durch Beschluß der Teilungsbehörde G. vom 17. Juli 1896 in den gesamten Nachlaß ihres Chemanns eingewiesen worden. Damit hat dieser Nachlaß aufgehört, eine besondere dem Ver-

mögen der Erbin gegenüber selbständige Vermögensmasse zu bilden, ist vielmehr lediglich ein Teil des Vermögens der Erbin geworden. Letztere ist die alleinige Trägerin des gesamten aktiven und passiven Vermögens geworden, welches ihr selbst und ihrem Ehemann zur Zeit des Todes desselben gemeinschaftlich zustand. Insbesondere ist sie durch ihren Erbschaftsantritt die Schuldnerin der Gläubiger ihres † Ehemannes, darunter auch der beiden Bekl., geworden und auch in die rechtliche Möglichkeit zur (nochmaligen) Abtretung der Forderung bei R. eingetreten. Nachdem sodann die Witwe R. mit ihren Gläubigern einen „Privatschuldenvergleich“ dahin abgeschlossen hatte, daß ihr gesamtes Aktivvermögen in Geld umgesetzt und der Erlös nach den Grundsätzen der Konkursordnung verteilt, demgemäß zunächst zur Bezahlung der Kosten und zur Befriedigung der Pfand- und bevorrechtigten Gläubiger verwendet, der Rest an die übrigen Gläubiger nach Verhältnis des Betrags ihrer Forderungen abgeführt werden sollte, und nachdem in Vollzug dieser Abmachung, welche von dem Kl. nicht unzutreffend als eine freiwillige *cessio honorum* seitens der Witwe R. bezeichnet wird, die sämtlichen Vermögensstücke der letzteren verwertet, und darunter auch die K.sche Forderung verkauft worden waren, traten die erzielten Erlöse, darunter auch der Kauffchilling für die K.sche Forderung, an die Stelle der dafür aus dem Vermögen der Witwe R. hingegebenen Objekte. Sie bildeten also wiederum keine besondere Vermögensmasse, sondern wurden einfach Bestandteile des Vermögens der Witwe R. Mit diesen zum Vermögen der Witwe R. gehörigen Erlösen erfolgte hierauf in deren Namen und auf deren Rechnung auf Grund der Verweisung, welche von dem Beauftragten der Witwe R. und ihrer Gläubiger gefertigt worden war, durch den zufolge der Vereinbarung der Witwe R. und ihrer Gläubiger zum Masseverwalter und Kassier bestellten Gemeinderat K. die volle Befriedigung der Pfandgläubiger und der bevorrechtigten Gläubiger, sowie die Bezahlung der Kosten und die verhältnismäßige Befriedigung aller übrigen Gläu-

biger. Sämtliche Gläubiger, darunter die Bekl., erhielten also die an sie ausbezahlten Beträge aus dem Vermögen der Witwe R. und es wurde kein Teil dieser Beträge einem andern Vermögen als dem der Witwe R. entnommen. Was insbesondere die Forderung der Valuta für die der Witwe W. abgetretene R.sche Hypothek betrifft, so wurden diese Forderung nicht durch Bezahlung der Valuta, sondern durch Aufrechnung eines Teils der der Witwe W. gegen die Witwe R. zustehenden höheren Forderung getilgt, die Witwe R. also von dem der Valuta entsprechenden Teil ihrer Schuld an die W. befreit. Durch diese Operation ist das Vermögen der Witwe R., das von einem Schuldposten befreit wurde, entsprechend vergrößert, bereichert worden, was für ihre übrigen Gläubiger zu dem Ergebnis führte, daß, da die Witwe W. mit ihrer durch Aufrechnung getilgten Forderung am Aktivvermögen der R. nicht mehr partizipierte, sich die Befriedigungsquote der übrigen Gläubiger, wie der W. selbst für den durch die Aufrechnung nicht betroffenen Teil ihrer Forderung entsprechend erhöhte. Dem praktischen Erfolge nach hat sich also freilich mittelbar in Folge der Abtretung der R.schen Forderung an die W. die Vermögenslage der Gläubiger der R. günstiger gestaltet, aber nur aus dem Grunde, weil auf Kosten des ersten Cessionars das Vermögen der Witwe R. bereichert worden ist und die Gläubiger somit aus diesem Vermögen mehr erhielten, als sie erhalten hätten, wenn das Vermögen der Wittwe R. von dem der Valuta entsprechenden Teile der Schuld gegen die Witwe W. nicht befreit worden wäre. Eine Bereicherung der Gläubiger aus dem Vermögen des ersten Cessionars liegt hier aber ebenso wenig vor, wie etwa in dem Falle, wo ein Gläubiger von seinem Schuldner mit dem Erlöse aus einer von diesem gestohlenen Sache oder mit den auf betrügerische oder sonstige unerlaubte Weise erlangten Geldmitteln um seine Forderung befriedigt worden ist, eine Bereicherung aus dem Vermögen des Bestohlenen oder des Betrogenen angenommen werden kann.

Sodann fehlt es aber weiterhin auch an dem für die Bereicherungsfrage bestehenden Erfordernis der Bereicherung der Beklagten. Diese haben nämlich nicht mehr erhalten, als sie vermöge ihrer Forderungen anzusprechen hatten. Diese ihre Forderungen sind aber durch die von dem Kassier Gemeinderat R. im Namen und auf Rechnung und mit Mitteln der Witwe R. geleisteten Zahlungen erloschen und zwar endgiltig erloschen, da kein Rechtsgrund ersichtlich ist, aus welchem etwa die Forderungen der Befl., welche durch die namens und mit dem Gelde der Schuldnerin geleistete, rechtlich also als von dieser geleistet anzusehende Zahlung getilgt sind, infolge der Rückgabe eines Teiles des empfangenen Geldes an die Witwe R. oder durch Ausfolge an den Kl. wiederaufleben könnten. Den Empfängen der Befl. steht also die endgiltige Erlöschung ihrer Forderungsrechte gegenüber, so daß ihr Vermögen eine Bereicherung nicht aufweist.

Endlich liegt auch irgend welcher unberechtigte Eingriff der Befl. in das Vermögen des ersten Cessionars oder seines Erben nicht vor, wie schon aus dem bisher Ausgeführten hervorgeht. Wenn ein Gläubiger bei seinem Schuldner eine diesem nicht gehörige Sache pfänden läßt und den aus ihrer Versteigerung erzielten Erlös einzieht, so ist er, wie auch von dem Reichsgericht in seiner neueren Rechtsprechung¹⁾ angenommen wird, dem Eigentümer zur Herausgabe des Erlöses verpflichtet, weil er durch den in seinem Auftrag handelnden Gerichtsvollzieher ohne Verschulden, aber auch ohne Recht in das Vermögen des Dritten eingegriffen und aus dessen Vermögen sich Befriedigung für seine Forderung verschafft hat, und weil die aus dem fremden Vermögen durch den Gerichtsvollzieher geleistete Zahlung die

1) Vergl. die von der früheren Entscheidung Bb. 13 S. 180 abweichende Entsch. Bb. 40 S. 291, und Jurist. Wochenschrift 1899. Nr. 11; in der an letzterer Stelle mitgeteilten Entscheidung vom 17. Februar/14. März 1899 tritt der 3. Senat unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Ansicht in Bb. 13 S. 180 der Entscheidung Bb. 40 S. 291 bei.

Wirkung der Aufhebung des Forderungsrechtes des Gläubigers nicht hat, insofern in der Bestimmung des § 720 C.P.O. wonach die Empfangnahme des Versteigerungserlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung des Schuldners gilt, keine allgemeine civilrechtliche Vorschrift zu finden, vielmehr nur eine dem Gläubiger schon mit der Zahlung an den Gerichtsvollzieher, nicht erst mit der Empfangnahme des Erlöses die Tragung der Gefahr auferlegende und den Gläubiger andererseits gegen Pfändungen des Erlöses zu Gunsten anderer Gläubiger sichernde Vorschrift zu erblicken ist, welche über die materiellen Fragen, ob der Schuldner oder der Gläubiger als Verkäufer der versteigerten Sachen anzusehen, und ob der Gläubiger auch im Falle der Verletzung von Rechten Dritter im Besitze des Erlöses zu schützen sei u. s. w., keine Entscheidung treffen will.

Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Die Vekl. haben in das Vermögen des Kl. oder seines Erblassers nicht eingegriffen, vielmehr ist ein solcher Eingriff nur von der Witwe K. erfolgt. Diese hat zufolge des Vergleichs mit ihren Gläubigern behufs Abwendung des Konkurses über ihr Vermögen (nachdem sie zuvor den Konkurs über den Nachlaß ihres † Ehemannes durch den Erbschaftsantritt verhindert hatte) ihr gesamtes Vermögen theils selbst verwertet, theils durch Gemeinderat K. verwerten lassen und den Erlös ihren Gläubigern zur Befriedigung ihrer Forderungen nach Maßgabe der Grundsätze der Konkursordnung überlassen, also ihrerseits über die zu ihrem Vermögen gehörigen Objekte zu Gunsten ihrer Gläubiger verfügt in einer Art, welche von dem Kläger selbst als eine freiwillige *cessio honorum* bezeichnet wird. Was insbesondere die K.ische Forderung betrifft, so ist deren Abtretung, wenngleich die Cession von dem durch die Witwe K. und ihre Gläubiger „zum Kassier und zum Bevollmächtigten für Veräußerung der Forderung gegen K.“ bestellten Gemeinderat K. geschah, lediglich im Namen und auf Rechnung der Witwe K. erfolgt. Denn da es sich nicht um eine nicht oder nur mit der Rechtswohlthat des Inven-

tars angetretenen Erbschaft, sondern um das Vermögen der Witwe K. handelte, so konnte Gemeinderat K. seine Legitimation zur Veräußerung der auf den Namen des Erblassers der Witwe K. im Unterpfandsbuch eingetragenen Forderung gegen K. nur von der Einwilligung der K. ableiten. Auf ihrem Willen muß daher wie der Verkauf der Liegenschaft und der Fahrnis so auch die Veräußerung dieser Forderung, und damit auch der hierin liegende Eingriff in das Vermögen des ersten Cessionars zurückgeführt werden, während der Wille der Bekl. und der übrigen Gläubiger sich nur bei der Wahl der Person des von der Inhaberin des Vermögens mit der Bewertung zu Vertrauenden und mit dem Einzug, der Berechnung und Verteilung der Erlöse zu Beauftragenden geltend machen konnte und geltend machte, in welcher Willensbethätigung aber ein Eingriff in die Rechtssphäre des ersten Cessionars oder seines Erben nicht zu finden ist.

Urteil des I. Civilsenats vom 10. November 1899 i. S.
Mühle g. Hirsch u. Weinhardt.

4.

Nach welchem Recht ist die in Württemberg von hier wohnenden Personen für eine dem Schweizerischen Recht unterliegende Schuld eingegangene Bürgschaft zu beurteilen.

Hierüber ist in den
G r ü n d e n

eines Berufungsurteils gesagt:

Was weiterhin das aus der Rückbürgschaft zwischen den Parteien entstandene Rechtsverhältnis betrifft, so würde sich zwar die aus dieser Rückbürgschaft für den Fall ihrer Giltigkeit erwachsene Schuld der Beklagten als eine accessorische Verpflichtung gegenüber der für A. H. aus der vorerwähnten Bürgschaft erwachsenen Schuld, der Hauptschuld, darstellen; es würde objektiv eine Obligation mit mehrfacher subjektiver Beziehung vorliegen, und man könnte im Hinblick auf dieses Ver-

hältnis daran denken, daß dem Willen der Beteiligten entsprechend das Schuldverhältnis der Beklagten gegenüber dem L. gleichfalls nach Schweizerischem Recht zu beurteilen sei. Allein das angeführte Verhältnis der beiden Verpflichteten „rechtfertigt doch nur den Schluß, daß in objektiver Beziehung, also hinsichtlich des Gegenstands und Inhalts der schuldigen Leistung, für die Verpflichtungen des Hauptschuldners (A. S.) und der beiden Bürgen (der Beklagten) ein und dasselbe Recht, nämlich das die Hauptschuld beherrschende Recht, maßgebend sein muß.“ Dagegen ist wenn man von dem Gegenstand und Inhalt der schuldigen Leistung abieht, der Bürgschaftsvertrag „als ein selbständiges Rechtsgeschäft aufzufassen, welches in Ansehung der Form, der Auslegung und der Giltigkeit und Klagbarkeit des daraus entspringenden Forderungsrechts auch besonders zu beurteilen ist“, ohne daß hiebei an sich die Beziehung zur Hauptschuld in Betracht kommt ¹⁾. — Im vorliegenden Fall ist nun das Rechtsgeschäft, durch welches die Haftung der Beklagten als Bürgen begründet sein soll, — wie unbestritten — in Gmünd abgeschlossen worden; die Personen, welche die Bürgschaftserklärungen abgegeben haben, hatten sämtlich damals ihren Wohnsitz in Gmünd, wie auch bezüglich der Verbürgung der M. S. eine dortige Behörde mitgewirkt hat. Bei dieser Sachlage und da Anhaltspunkte dafür, daß etwa nach der Willensmeinung der Beteiligten das Rechtsgeschäft anderen als den hierländischen Gesetzen, speziell dem schweizerischen Recht, unterstellt werden sollte, nirgends vorhanden sind, ist in den bereits angeführten Richtungen für das Rechtsverhältnis der Parteien das in Württemberg geltende Recht maßgebend.

Urteil des II. Civilsenats vom 25. Januar 1900 in Sachen Abele gegen Seemann-Roller.

1) Vergl. Entsch. des Reichsger. Bd. 9 S. 187.

5.

- 1) Bedeutung einer Bürgschaft für „Warenkredit“.
- 2) Zum Begriff der „Rechnung“.

Bekl., die Ehefrau des Kommissionärs G., hat sich für einen vom Kl. ihrem Ehemann eingeräumten „Warenkredit“ bis zum Betrag von 1000 *Mk.* rechtsgiltig verbürgt. Ihr Ehemann hat ein ihm vom Kläger zum Verkauf übergebenes Perlenhalsband versetzt, das darauf erhaltene Darlehen für sich verbraucht und ist unbestrittenermaßen dem Kl. aus diesem Kommissionsgeschäft 800 *Mk.* schuldig geworden. Die auf Grund ihrer Bürgschaft für diese 800 *Mk.* in Anspruch genommene Beklagte hat geltend gemacht: diese Forderung des Klägers falle nicht unter die Bürgschaft; diese beziehe sich nur auf Ansprüche aus käuflich gelieferten Waren, nicht auch auf Ansprüche aus einer Verkaufskommission.

Es ist nach der Klage erkannt worden, im Berufungsverfahren aus folgenden

G r ü n d e n :

Zu untersuchen bleibt nur die eine Frage, ob sich die von der Bekl. rechtsverbindlich übernommene Bürgschaft auch auf die aus dem bezeichneten Kommissionsgeschäfte des Kl. und des Kommissionärs G. herrührende Forderung bezieht.

Diese Frage muß übereinstimmend mit dem Vorderrichter in bejahendem Sinne entschieden werden.

Die Bekl. hat sich in der Urkunde vom 10. August 1894 als Bürgin und Selbstzählerin „für einen Warenkredit, welchen Herr G. D. meinem Manne eingeräumt hat, bis zum Betrage von 1000 *Mk.* als haftbar“ erklärt.

Der Wortlaut dieser Erklärung spricht nicht für die von der Beklagten geltend gemachte, von ihr selbst aber durch die Anerkennung, daß die Bürgschaft auch die flische Forderung für Reparaturen umfasse, verlassene Auslegung, wonach sich die Bürgschaftsübernahme nur auf die Ansprüche des Kl. für käufliche Lieferung von Waren beziehe. Denn

nach allgemeinem, wie nach kaufmännischem Sprachgebrauch hat die Bezeichnung „Warenkredit“ nicht die enge Bedeutung der Anborgung des Kaufpreises von Waren, umfaßt vielmehr insbesondere und jedenfalls auch die Ansprüche aus der Ueberlassung von Waren zum kommissionsweisen Verkaufe, die im kaufmännischen Verkehr in größter Uebung und in ihrer praktischen Bedeutung dem Verkaufe so nahe steht, daß vielfach zweifelhaft bleibt, ob die Parteien den Verkauf oder die Verkaufskommission beabsichtigt haben und daß sich sogar unter Umständen — vergl. Art. 376 H.G.B. — die Verkaufskommission durch den einseitigen Willen des Kommissionsnähers in den Verkauf verwandeln kann.

Die Uebernahme der Bürgschaft für den von einem Kaufmann einem Andern eingeräumten Warenkredit wird daher, insoweit nicht besondere Umstände für eine von dem Sinn, den der allgemeine wie der kaufmännische Sprachgebrauch mit dem Ausdruck verbinden, abweichende und einschränkende Absicht der Beteiligten vorliegen, dahin aufgefaßt werden müssen, daß die Bürgschaft für alle diejenigen Ansprüche übernommen werden solle und wolle, welche aus der Lieferung von Waren herrühren, mag nun dies eine käufliche Lieferung oder eine Lieferung zum kommissionsweisen Verkaufe sein.

Solche für eine einschränkende Absicht der Beteiligten sprechende Umstände liegen aber hier nicht vor.

Zwar ist in der Urkunde der Bürgschaftsübernahme die in ihrer Bedeutung erheblichen Zweifeln unterliegende Bemerkung beigefügt, daß die Bürgin „die Rechnungen des D. in vollem Umfang bis zum genannten Betrag als Schuldnerin anerkenne“; und es will hieraus die Vekl. einen Beleg für ihre Auslegung der Bürgschaftsübernahme-Erklärung ableiten, indem sie geltend macht, daß im gewöhnlichen Sprachgebrauch unter „Rechnungen“ Facturen über käuflich gelieferte Waren verstanden werden und daß daher der Gebrauch des Wortes „Rechnung“ befunde, daß von den Parteien nur die Bürgschaftsübernahme für die Kaufpreisforderungen des Kl. beabsichtigt gewesen sei. Allein es ist durchaus nicht richtig,

daß der Begriff Rechnung die behauptete enge Bedeutung habe. Man spricht von der „Rechnung“ des Anwalts, des Arztes wie von der des Apothekers u. s. w. und es bezeichnet der Sprachgebrauch mit dem Worte Rechnung jede mehr oder weniger ins Einzelne gehende Aufstellung von Geldforderungen, ohne daß es darauf ankäme, auf welchen Rechtsgründen diese Forderungen beruhen. Demnach fällt zweifellos auch eine Liquidation der Ansprüche des Verkaufskommittenten gegen den Kommissionär aus einem zwischen ihnen abgeschlossenen Kommissionsvertrag unter die Bezeichnung „Rechnung“ und es kann darum aus dem Gebrauch dieses Ausdrucks ein Schluß in der von der Beklagten gewollten Richtung nicht gezogen werden.

Auch sonst ist nichts ersichtlich, was für die einschränkende Auslegung der Bürgschaftserklärung angeführt werden könnte. Im Gegenteil deuten die Umstände darauf hin, daß von der Bürgin die Haftung nicht bloß für die käuflich gelieferten, sondern gerade auch für die zum kommissionsweisen Verkaufe überlassenen Waren übernommen werden sollte und wollte. Zieht man nämlich in Betracht, daß bei der Natur der in Frage stehenden Waren, welche, wie aus der Rechnung zu schließen und auch aus dem Handel mit dem Perlenhalsband abzusehen ist, teilweise von beträchtlichem Werte und sicher nicht immer leicht verkäuflich waren, die feste käufliche Uebernahme derselben seitens des E. regelmäßig weniger in dessen Interesse gelegen sein konnte, als die Uebernahme zum kommissionsweisen Verkaufe, auch daß E. den Handel mit Schmuck u. dgl. Waren nur als Nebengeschäft neben seinem Hauptgewerbe als Geldvermittler betrieben hat, so wird man viel eher zu der Annahme gelangen, daß E. wenn nicht regelmäßig, doch häufig Waren zum kommissionsweisen Verkaufe, als zu der Annahme, daß er dieselben stets oder auch nur in der Mehrzahl der Fälle käuflich von dem Kl. bezogen haben werde. Daß aber die Beteiligten bei Uebernahme der Bürgschaft durch die Bekl. ein gegenteiliges Verhältnis, also die stete käufliche Uebernahme der

Waren durch E. in Aussicht genommen hätten, läßt sich nicht annehmen, vielmehr ist unbedenklich davon auszugehen, daß die Beteiligten und insbesondere auch die mit der Art der Geschäftsverbindung ihres Ehemannes mit dem Kl. wie mit der Art, wie ihr Ehemann seinen Handel mit Schmuckwaren betreiben wollte und betrieben hat, sicher genügend vertraute Bekl. bei Uebernahme der Bürgschaft auch den kommissionsweisen Vertrieb von Waren des Kl. durch den E. im Auge hatten, und daß, wenn je die Absicht dahin gegangen sein würde, es solle von der Bürgin die Haftung nur für die von E. käuflich übernommenen Waren eingegangen werden, diese Einschränkung sicher in der Urkunde ausdrückliche Erwähnung gefunden hätte.

Dies ist nicht der Fall und daher die Folgerung gerechtfertigt, daß die Bürgschaft sowohl die aus dem Verkauf von Waren an E., wie die aus der Ueberlassung solcher Waren an denselben zum kommissionsweisen Verkaufe herrührenden Ansprüche des Kl. umfassen sollte.

Urteil des I. Civilsenats vom 30. Juni 1899 i. S.
Eiseler gegen Dreifuß.

6.

1) **Dingliche Belastung von Grundstücken zu Gunsten Dritter.**

2) **Dienstbarkeit oder Reallast?**

Mit Vertrag vom 1./5. September 1864 hat die K. Staatsfinanzverwaltung das ihr gehörige Badeanwesen zu Teinach an C. F. verkauft. § 7 des Kaufvertrags macht dem Käufer der Badanstalt und dessen Besiznachfolgern die Erhaltung der bestehenden Mineralquellen sowie den fortgesetzten Betrieb des Mineralbads und des Mineralwasserverkaufs zur Obliegenheit und legt ihm im Hinblick hierauf auch die Verpflichtung auf, die Bohrlöcher der Quellen von Zeit zu Zeit reinigen zu lassen; auch sollen ohne Zustimmung der Finanzbehörde die Mineralquellen und das Badhaupt-

gebäude im Besitz nicht von einander getrennt werden dürfen. Nach § 8 darf der Eigentümer bei Festsetzung der Taxen für die Mineralbäder sowie für den Gebrauch der Mineralquellen bei Trinkkuren zwischen den in den Anstaltsgebäuden und den anderwärts wohnenden Kurgästen keinen Unterschied machen, wie auch die letzteren bei der Anweisung der Bäder und dem Gebrauch der Quellen nicht zurücksetzen, wobei Verstöße gegen diese Bestimmung vom Oberamt Calw durch Konventionalstrafen bis zu 10 Gulden für jeden einzelnen Fall gerügt werden sollen. — § 9 verpflichtet den Besitzer der Badanstalt zur Erhaltung einer Stiftung des Herzogs Eberhard III., in einem der neuen Badhäuser armen Kurgästen warme Bäder gegen eine vom Kameralamt Hirsau zu bezahlende Gebühr von 12 Kreuzern für das einzelne Bad abzugeben, wobei bestimmt ist, daß der Besitzer der Badanstalt sich die Einstellung der Abgabe dieser Bäder oder die Uebertragung der Stiftung auf eine andere Badanstalt, wenn solche zulässig oder angemessen erachtet werden sollte, jederzeit ohne Entschädigung gefallen zu lassen habe. — In § 10 wird die unentgeltliche Abgabe des Mineralwassers an Arme und an die Bewohner von Teinach und einigen benachbarten Orten auch dem künftigen Besitzer der Quellen zur Bedingung gemacht.

Der Kaufvertrag wurde vollzogen und in das Kaufbuch und Güterbuch eingetragen; auch hatte der Gemeinderat Teinach über denselben gerichtlich erkannt.

Nachdem das Badeanwesen durch Tauschvertrag vom 21. März 1889 von dem Gutsbesitzer F. A. B. in St. mit allen darauf ruhenden Rechten und Lasten erworben worden war, gelangte es in gleicher Weise durch Kauf vom 10. April 1893 in die Hand des L. B., aus dessen Konkursmasse der jetzige Beklagte das Anwesen wiederum mit allen Rechten und Lasten übernommen hat.

Die klagende Staatsverwaltung hat Klage erhoben mit dem Antrag: festzustellen und den Beklagten für schuldig zu erklären,

- 1., anzuerkennen, daß die in dem Kaufvertrag vom 1./5. September 1864 seitens der Verkäuferin in den §§ 7—10 dem Eigentümer des Bades Teinach auferlegten Verpflichtungen als dingliche auch ihm, dem Beklagten, gegenüber als Eigentümer dieses Bades zu Recht bestehen;
- 2., insbesondere auf Anweisung der stiftungsmäßigen Behörde jährlich im Laufe des Sommers 250 warme Bäder an die ihm bezeichneten Personen gegen die ihm am Schlusse des Sommers vom K. Kameralamt Hirsau auszubehaltende Vergütung von 12 Kreuzern für das Bad, zusammen 50 Gulden gleich 85 $\frac{1}{2}$ 71 $\frac{1}{2}$ für die Gesamtzahl der Bäder zu verabfolgen.

Im landgerichtlichen Verfahren erging ein Urteil dahin:

- I. „Es wird festgestellt, daß der Klägerin die in dem Kaufvertrag rr. vom 1./5. September 1864 festgesetzten Rechte „hinsichtlich des Bades Teinach
 - a. „auf Erhaltung der bestehenden Mineralquellen und „fortgesetzten Betrieb des Mineralbades und des „Mineralwasserverkaufs, sowie auf von Zeit zu Zeit „vorzunehmende Reinigung der Bohrlöcher der Quellen (§ 7 des Vertrags),
 - b. „auf unentgeltliche Abgabe des Mineralwassers an „Arme und an die Bewohner von Teinach, Liebeltsberg, Emberg, Schmieh und Favelstein, sowie überhaupt der um Teinach zunächst gelegenen Orte unter „den in § 10 des Kaufvertrags angegebenen Modalitäten dem Beklagten gegenüber zustehen.
- II. „Mit den weiteren Ansprüchen, insbesondere
 - a. „hinsichtlich der Trennung des Besitzes (§ 7)
 - b. „hinsichtlich der Tax- und Badeordnung (§ 8) und
 - c. „hinsichtlich der Abgabe von Armenbädern (§ 9)
 „wird die Klägerin abgewiesen.“

Auf Berufung beider Teile ist durchweg nach den Anträgen der Klägerin erkannt worden aus folgenden

G r ü n d e n :

Wenn auch die in dem Vertrag vom 1./5. September

1864 §§ 7 bis 11 aufgeführten Verpflichtungen zu Gunsten Dritter bedungen sind, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß die Klägerin, welche seiner Zeit als Verkäuferin des Badeanwesens die fraglichen Bestimmungen mit dem Käufer H. vereinbart hat, legitimiert ist, die sich hieraus ergebenden Rechte geltend zu machen. Denn es ist — entsprechend der modernen Rechtsentwicklung — in der Praxis allgemein anerkannt, daß auch juristische Personen (insbesondere der Fiskus, Gemeinden) Inhaber von Servituten und auch von Rechten aus Reallasten sein können, welche dem Eigentümer eines Grundstücks zu Gunsten eines ganzen Kreises von Personen auferlegt sind¹⁾. —

Weiterhin sind die in Frage stehenden Ansprüche ihrem Grund und Gegenstand nach privatrechtlicher Natur, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß öffentliche Interessen die Klägerin veranlaßt haben, die Aufnahme der bezüglichen Bestimmungen in den Kaufvertrag zu bewirken. — Diesen Vertrag, welcher die Grundlage der erhobenen Ansprüche bildet, hat der Fiskus in seiner Eigenschaft als bisheriger Eigentümer des Badeanwesens und der Mineralquellen zu Teinach abgeschlossen und hiebei dem Käufer bzw. dessen Besizgnachfolgern die in den §§ 7 bis 10 enthaltenen Leistungen auferlegt, welche an sich ihrem Inhalt nach Gegenstand privatrechtlicher — sei es dinglicher, sei es persönlicher — Verpflichtungen sein können — so die Erhaltung der bestehenden Mineralquellen, der fortgesetzte Betrieb des Mineralbads und des Mineralwasserverkaufs, die Reinigung der Quellenbohrlöcher, die Unterlassung einer Trennung der Mineralquellen und des Badehauptgebäudes (§ 7), die unentgeltliche Abgabe von Mineralwasser an bestimmte Personen (§ 10), die Abgabe von warmen Mineralbädern an arme Kurgäste zu bestimmten Geldbeträgen (§ 9). Namentlich ist es hinsichtlich der zuletzt erwähnten Leistung unerheblich, daß die Verkäufer

1) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 4 S. 132; Bd. 14 S. 214; Jahrb. der würt. Rechtspflege Bd. 3 S. 199; Windscheid, Pandekten § 215 Note 8, ferner jetzt B.G.B. § 1090 vergl. mit § 1061 Satz 2.

in durch die bezügliche Vertragsbestimmung den Vollzug einer öffentlichen Stiftung des Herzog Eberhard III. sichern wollte; denn dadurch, daß jemand sich die Möglichkeit, einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung nachzukommen, durch Abschluß von Verträgen mit dritten Personen verschafft, werden selbstverständlich die Ansprüche aus den letzteren Verträgen nicht gleichfalls öffentlich-rechtliche. Auch der klägerischerseits aus § 8 des Vertrags abgeleitete Anspruch ist privatrechtlicher Natur, denn davon, daß die Klägerin etwa kraft ihrer öffentlich-rechtlichen, speziell polizeilichen, Befugnisse dem Käufer des Badeanwesens, bezw. dessen Besitznachfolgern Auflagen in Betreff der Höhe der künftighin für die Abgabe der Bäder und des Mineralwassers anzusetzenden Vergütungen gemacht hätte, ist nicht die Rede. Die Festsetzung dieser Vergütungen war an sich ganz dem Belieben des Badbesizers überlassen. Wenn ihm dabei die Verpflichtung auferlegt wurde, zwischen den verschiedenen Arten von Kurgästen keinen Unterschied zu machen, so handelt es sich hier lediglich um eine privatrechtliche Beschränkung der Vertragsfreiheit des Badeigentümers. Auch die Veredung, daß der Badeigentümer für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gegen die sonstige Vertragsbestimmung eine Konventionalstrafe bis zum Betrag von 10 Gulden zu bezahlen habe und daß diese Strafe vom Oberamt Calw festzusetzen sei, kann die rechtliche Natur der Verbindlichkeit, deren Erfüllung hiedurch gesichert werden sollte, nicht beeinflussen; insbesondere erklärt sich die Vereinbarung, daß das Oberamt Calw, also eine Verwaltungsbehörde, im einzelnen Fall die Konventionalstrafe festzusetzen habe, hinreichend aus dem Umstand, daß für die Aufnahme der Bestimmung in den Vertrag öffentliche Interessen maßgebend waren.

Kein Zweifel kann ferner darüber obwalten, daß bei Abschluß des Vertrags vom 1./5. September 1864 die Willensmeinung der Kontrahenten dahin gegangen ist, die in §§ 7—10 bestimmten Verpflichtungen dem Eigentümer des Badeanwesens als dingliche aufzuerlegen. Dies ergibt sich

schon aus dem Inhalt der in Frage stehenden Verpflichtungen. Wenn es der Klägerin darum zu thun war, die Erhaltung der bestehenden Mineralquellen und den fortgesetzten Betrieb des Mineralbads und im Zusammenhang hiemit auch des Mineralwasserverkaufs sowie die dauernde Vereinigung der Mineralquellen und des Badehauptgebäudes sicherzustellen, so konnte selbstverständlich dieser Zweck durch Konstituierung einer bloßen persönlichen Verpflichtung des Käufers H. nur unvollkommen erreicht werden. Ebenso hätte es dem Bestreben, künftighin eine verschiedene Behandlung der in den Badanstaltsgebäuden selbst und der anderwärts wohnenden Kurgäste bei Abgabe der Mineralbäder und beim Gebrauch der Quellen zu Trinkkuren zu verhindern, die künftige Verabfolgung einer Anzahl warmer Bäder an arme Kurgäste zu einer bestimmten Tage und die unentgeltliche Abgabe des Mineralwassers an bestimmte Personenkreise zu sichern, wenig entsprochen, wenn der Käufer H. lediglich eine persönliche Verbindlichkeit zu den betreffenden Leistungen übernommen hätte; dabei ist der Umstand, daß die Klägerin sich in § 9 die Einstellung der Abgabe der Bäder oder die Uebertragung derselben auf eine andere Badanstalt vorbehalten hat, — wie kaum der Hervorhebung bedarf — für die Frage der dinglichen Natur der in Rede stehenden Verpflichtungen ohne Bedeutung. Die angeführte Willensmeinung der Kontrahenten hat aber auch in den Vertragsbestimmungen selbst einen hinreichend deutlichen Ausdruck gefunden. So wird in § 7 Abs. 1 dem Käufer der Badanstalt und „dessen Besitz nachfolgen“ die Erhaltung der bestehenden Mineralquellen sowie der fortgesetzte Betrieb des Mineralbads und des Mineralwasserverkaufs, auch die von Zeit zu Zeit vorzunehmende Reinigung der Quellenbohrlöcher zur Obliegenheit gemacht. Daß der jeweilige Eigentümer des Badeanwesens als solcher und nicht der Käufer H. für seine Person allein der Verpflichtete sein soll, tritt auch darin unzweideutig hervor, daß in § 7 Abs. 2 bei Bestimmung der Folgen der Nichterfüllung der in § 7 Abs. 1 erwähnten Verpflichtungen

von dem „Besitzer der Badgebäude und der Mineralquellen“ die Rede ist; ebenso ist als das verpflichtete Subjekt in § 8 (gleichmäßige Behandlung der verschiedenen Arten von Kurgästen) der „Eigentümer“, der „Badinhaber“, in § 9 (Abgabe von Bädern an Unbemittelte) der „Besitzer der Badanstalt“, „Badbesitzer“, in § 10 (unentgeltliche Abgabe von Mineralwasser) „der künftige Besitzer der Quellen, der „Eigentümer“, der „Badinhaber“ bezeichnet. Wenn es ferner auch in § 7 Abs. 3 heißt: „ohne Zustimmung der Finanzbehörde dürfen auch die Mineralquellen und das Badhauptgebäude im Besitz nicht von einander getrennt werden“, so geht doch aus dem Zusammenhang mit den unmittelbar voranstehenden Sätzen hervor, daß es sich um eine Auflage an den Käufer H. und dessen Besitznachfolger handelt. Endlich ist darauf hinzuweisen, daß die späteren Veräußerungen des Badanwesens (von H. an B., von B. an B., von B. an Br.) stets mit allen auf denselben ruhenden Rechten und Lasten erfolgt sind, was darauf hindeutet, daß die Rechtsvorgänger des Beklagten, insbesondere H., die in Frage stehenden Verpflichtungen gleichfalls als dingliche angesehen haben.

Es fragt sich nun weiter, ob die in den §§ 7 bis 10 des Vertrags vom 1./5. September 1864 aufgeführten Verpflichtungen den Inhalt von dinglichen Belastungen eines Grundstücks — und zwar namentlich auch ohne daß die entsprechenden Rechte ebenfalls an den Besitz eines bestimmten Grundstücks geknüpft sind — bilden können und — zutreffendenfalls — ob dieselben in rechtsgiltiger Weise begründet worden sind.

Die Klägerin faßt sämtliche dem Käufer und dessen Besitznachfolgern in §§ 7 bis 10 des Vertrags auferlegten Verpflichtungen als Realservituten auf. Allein das Gericht ist bei seiner Beurteilung an die von den Parteien angeführten rechtlichen Gesichtspunkte nicht gebunden¹⁾. Es steht

1) Entsch. des Reichsger. Bd. 4 S. 422; Bd. 11 S. 243; Bd. 12 S. 36; Bd. 23 S. 33; Bd. 27 S. 387; Bd. 29 S. 107; Wächter, Württ. Privatrecht Bd. 2 § 66 bei und in Note 19.

deshalb kein Hindernis im Weg, auch dann dem Klagantrag zu entsprechen, wenn derselbe etwa aus einem anderen als dem klägerischerseits geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkt als begründet erscheinen sollte.

Die Grunddienstbarkeiten sind solche dingliche Nutzungsrechte an einem Grundstück, welche zum ausschließlichen Vorteil eines anderen (als herrschenden) Grundstückes dienen. Schon das römische Recht erkannte aber — auch abgesehen von den 4 Hauptfällen der Personalservituten (*ususfructus*, *usus*, *operae*, *habitatio*) — überhaupt die Möglichkeit an, daß einer Person ein dingliches Recht auf Nutzungen aller Art an einem fremden Grundstück eingeräumt wird — sog. irreguläre Servituten¹⁾. Weiterhin konnten bereits nach Römischem Recht persönliche Dienstbarkeiten einer juristischen Person zustehen, und wenn auch die Vorschrift bestand, daß die für eine juristische Person begründeten persönlichen Dienstbarkeiten durch den Ablauf von 100 Jahren erlöschen, so ist doch das gemeine Recht in seiner weiteren Entwicklung noch über den Standpunkt des Römischen Rechts hinausgegangen und hat auch Dienstbarkeiten zu Gunsten eines ganzen territorialen oder personellen Kreises ohne alle Zeitbeschränkung zugelassen, sofern dieselben nur die Befriedigung eines konkret begrenzten Bedürfnisses zum Gegenstand haben und der Charakter der Dauer (*perpetua causa*) an sich tragen²⁾. Insoweit daher die in den §§ 7 bis 10 des Vertrags festgesetzten Verpflichtungen den Inhalt von Servituten bilden können, würde der Umstand, daß die Verpflichtungen nicht zum Vorteil eines bestimmten Grundstücks, sondern etwa zu Gunsten eines größeren Personenkreises festgesetzt worden sind, der Auffassung derselben als Servituten (und zwar als Personalservituten) nicht entgegenstehen, und es wäre

1) Windscheid, Pandekten § 202 Note 2.

2) Entsch. des Reichsger. Bd. 14 S. 125; ferner ebendasselbst Bd. 4 S. 132; Bd. 7 S. 167; Württ. Archiv Bd. 3 S. 251, 252; Jahrb. der Württ. Rechtspflege Bd. 3 S. 199; Windscheid, Pandekten § 215 Note 8; B.G.B. § 1090 vergl. mit § 1061 Satz 2.

anzunehmen, daß der Fiskus Inhaber der betreffenden Dienstbarkeiten wäre. — Was aber die weitere Frage anlangt, ob die Verpflichtungen — soweit deren Auffassung als Servituten möglich ist — als in rechtsgiltiger Weise begründet anzusehen wären, so kann dahingestellt bleiben, ob die Bestimmung des Württ. Landrechts II. 9, § 10 auch auf solche Personalservituten anzuwenden ist, welche juristischen Personen ohne Zeitbeschränkung und mit einem Inhalt bestellt werden, der auch der Inhalt einer Realservitut sein könnte. Denn das in dieser Landrechtsbestimmung erforderte gerichtliche Erkenntnis liegt vor. Wenn der Beklagte das Vorhandensein von Anhaltspunkten dahin vermißt, es habe der Gemeinderat Teinach in dem Bewußtsein, daß dem Käufer des Bads und seinen Rechtsnachfolgern dingliche Verpflichtungen auferlegt werden sollten, über den Verkauf und damit zugleich über diese Lasten erkannt, so ist demgegenüber hervorzuheben, daß dem Gemeinderat Teinach bei Erteilung des gerichtlichen Erkenntnisses nicht hat entgehen können, daß dem Käufer des Bades und dessen Besitznachfolgern in den §§ 7 bis 10 des Vertrags eine Reihe von Lasten auferlegt wurde; daß sich aber der Gemeinderat zugleich auch der rechtlichen Natur dieser Lasten hätte bewußt sein müssen, verlangt das Gesetz nicht; es genügt, daß die Behörde bei dem Vertrag nichts zu erinnern gefunden und demgemäß über denselben erkannt hat.

Während bei den Servituten grundsätzlich eine Verpflichtung des Belasteten nur zu einem Dulden oder Nichtthun, dagegen nicht zu einem Thun stattfindet, besteht bei den Reallasten die Belastung gerade darin, daß mit dem Besitz eines bestimmten Grundstücks für den jeweiligen Besitzer die Verpflichtung zu positiven Leistungen verknüpft ist. Die Reallasten sind an sich nicht auf Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art beschränkt, und insbesondere ist dabei Regelmäßigkeit der Leistung durch Wiederkehr zu bestimmten Zeiten nicht vorausgesetzt¹⁾. Gleichwie die Servituten, können ferner

1) Zu vergl. Roth, Deutsches Privatrecht § 284 Note 5 und § 288.

auch die Reallasten zu Gunsten ganzer territorialer und personeller Kreise auferlegt werden, wobei dann als Inhaber der einer solchen Reallast entsprechenden Berechtigung ebenfalls regelmäßig der Staat oder die Gemeinde anzusehen ist¹⁾. — Wenn nun aber der Beklagte und mit ihm der Unterrichter annimmt, eine Reallast habe durch den Vertrag vom 1./5. September 1864 überhaupt nicht auferlegt werden können, da die Bestellung von Reallasten in Württemberg unzulässig ist, so ist dies nicht zutreffend. Denn es können in Württemberg nicht nur Befugnisse mehr vorübergehender Art (wie z. B. Leibgedinge), sondern auch noch dauernde Befugnisse als Reallasten bestellt werden. In letzterer Beziehung greift zwar die Bestimmung des zweiten Edikts vom 18. November 1817 Ziff. V und des Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 14. April 1848 insofern ein, als hienach die Auferlegung von eigentlichen bäuerlichen Grundlasten verboten ist. Im Uebrigen aber haben diese Gesetze die Bestellung neuer Reallasten nicht für unzulässig erklärt²⁾. Daß ferner das nach Landrecht II. 9. § 10 allerdings zu gültiger Bestellung von zeitlich unbeschränkten Reallasten erforderliche gerichtliche Erkenntnis als vorhanden anzunehmen wäre, ist bereits früher dargethan worden.

Was nun die in den §§ 7 bis 10 des Vertrags aufgeführten Verpflichtungen selbst anlangt, so ist zunächst darauf hinzuweisen, daß diese Verpflichtungen — auch sofern sie sich nicht so unmittelbar wie die Verpflichtung zur Abgabe von Armenbädern und zur unentgeltlichen Abgabe von Mineralwasser an Unbemittelte und die Einwohner von Teinach und Umgebung als zu Gunsten bestimmter Personenkreise festgesetzt darzustellen — offensichtlich insgesamt zu dem Zweck konstituiert worden sind, den fortgesetzten Betrieb des Bads Teinach

a. A., Keyser, Württ. Privatrecht § 254 am Schlusse; Entsch. des Reichsger. Bd. 4 S. 133; Württ. Archiv Bd. 13 S. 249–250.

1) Entsch. des Reichsger. Bd. 4 S. 131; Bd. 14 S. 214.

2) Zu vergl. Württ. Gerichtsblatt Bd. 16 S. 393; Lang, Sachenrecht Bd. 2 § 133 Ziff. 2. lit. a.

im Interesse der damaligen und künftigen Einwohner der Gemeinde Teinach und der benachbarten Orte zu sichern. Es wäre hienach auch insoweit ein bestimmter Personenkreis vorhanden, zu dessen Gunsten die betreffenden Verpflichtungen dem jeweiligen Badbesitzer auferlegt wären. — Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken.

1. Der § 7 des Vertrags macht dem jeweiligen Badbesitzer

a. zunächst die Erhaltung der bestehenden Mineralquellen zur Obliegenheit. Insofern hienach dem Badbesitzer die Pflicht auferlegt wird, jeden Eingriff zu unterlassen, durch welchen dem Bestehen der Quellen Eintrag geschehen würde, ist durch die bezügliche Bestimmung zweifellos eine Servitut begründet worden.

b. Was aber die etwa zur Erhaltung der Quellen erforderlichen positiven Leistungen, namentlich die in § 7 dem Badbesitzer auferlegte Verpflichtung zu zeitweiser Reinigung der Quellenbohrlöcher betrifft, so kann, wie bereits früher bemerkt wurde, eine positive Leistung grundsätzlich nicht Inhalt einer Servitut sein. Diesen Grundsatz hat jedoch schon das Römische Recht in einem Fall, bei der sog. *servitus oneris ferendi*, insofern durchbrochen, als dasselbe es für zulässig erklärt, daß mit einer Dienstbarkeit des Inhalts, ein Gebäude auf ein benachbartes Gebäude, eine Mauer 2c. zu stützen, in dinglicher Weise auch die Nebenlast für den Eigentümer des dienenden Grundstücks verbunden wird, das tragende Grundstück in gutem Stand zu erhalten. Ob aber auch sonst bei Bestellung von Servituten eine solche den Eigentümer der dienenden Sache zu einem Thun verpflichtende Nebenlast dinglich konstituiert werden kann, ist bestritten. Die spätere Entwicklung des gemeinen Rechts¹⁾ legt jedenfalls die Bejahung dieser Frage nahe (zu vergl. jetzt B.G.B. § 1021). Allein es bedarf der Entscheidung der Frage im vorliegenden Falle nicht, da unter allen Umständen die in Rede

1) Zu vergl. Roth, Deutsches Privatrecht § 267 Note 16 und die daselbst angeführten Entscheidungen.

stehenden Verpflichtungen als Reallast in rechtsgiltiger Weise begründet sind¹⁾. —

c. Anlangend die weiter in § 7 dem Badbesitzer auferlegte Verpflichtung zum fortgesetzten Betrieb des Mineralbads, so hat der Unterrichter angenommen, daß hierin ein Verbot der Einstellung des Betriebs, mithin eine Verpflichtung zu bloßem Unterlassen liege und sich deshalb die Verpflichtung als eine Servitut darstelle. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Ein Unterlassen wäre in der Einstellung des Betriebs zu erblicken. Die Verpflichtung zum fortgesetzten Betrieb eines bestimmten Gewerbes stellt sich als eine Verpflichtung zu positivem Handeln dar. Es steht daher nicht eine Servitut, sondern eine Reallast in Frage²⁾. Der Inhalt der Last widerspricht nicht den bestehenden Gesetzen. Insbesondere greifen die Bestimmungen der Gewerbeordnung nicht ein. Auch kann die betreffende Vertragsbestimmung nicht als eine gegen die guten Sitten verstößende Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Eigentümers aufgefaßt werden, zumal wenn man berücksichtigt, daß die Aufnahme jener Bestimmung in den Vertrag unverkennbar einem öffentlichen Interesse entsprach. — Wenn sodann der § 7 dem jeweiligen Besitzer des Bads auch den fortgesetzten Betrieb des Mineralwasserverkaufs anbedingt und zur Auflage macht, die Mineralquellen und das Badhauptgebäude im Besitz nicht von einander zu trennen, so könnte zwar bezweifelt werden, ob diese Verpflichtungen für sich allein den Gegenstand von — zumal dinglichen — Belastungen zu bilden vermöchten; allein die bezeichneten Verpflichtungen sind eben unmittelbar und auf das Engste mit der Verpflichtung zum fortgesetzten Betrieb des Mineralbads verbunden und eben wegen dieses Zusammenhangs nicht zu beanstanden³⁾.

2. Die in § 8 des Vertrags dem Badbesitzer gemachte

1) Zu vergl. auch Entsch. des Reichsgerichts Bd. 4 S. 133; Bd. 14 S. 216.

2) Vergl. Württ. Archiv Bd. 13 S. 247 ff.

3) Vergl. auch den der Entscheidung im Württ. Archiv Bd. 13 S. 247 ff. zu Grunde liegenden Fall.

Auflage, bei Festsetzung der Taxen für die Mineralbäder sowie für den Gebrauch der Mineralquellen bei Trinkkuren zwischen den in den Anstaltsgebäuden und den anderwärts wohnenden Kurgästen keinen Unterschied zu machen, wie auch die letzteren bei der Anweisung der Bäder und den Gebrauch der Quellen nicht zurückzusetzen, ist gleichfalls eine Verpflichtung zu einem positiven Handeln, nämlich die Verpflichtung, den außerhalb der Badeanstalt wohnenden Kurgästen die Mineralbäder und das Mineralwasser zum Trinken zu denselben Taxen, wie den in der Anstalt wohnenden Gästen, abzugeben, auch bei der Bedienung den ersteren die gleiche Behandlung wie den letzteren zu Teil werden zu lassen. Auch diese Verpflichtung steht im engsten Zusammenhang mit der Verpflichtung des jeweiligen Badbesizers zum fortgesetzten Betrieb des Mineralbads und es ist jedenfalls wegen dieses Zusammenhangs die betreffende Auflage als Reallast rechtsgiltig begründet, wobei auch noch darauf hinzuweisen ist, daß die Festsetzung jener Verpflichtung gerade auch im Interesse der Einwohner der Gemeinde Teinach und der benachbarten Orte lag, sofern hiedurch für diese die Gelegenheit, aus der Beherbergung von Kurgästen Nutzen zu ziehen, günstiger gestaltet wurde.

3. Bei der dem Eigentümer des Badeanwesens in § 9 des Vertrags gemachten Auflage, armen Kurgästen warme Bäder gegen eine vom Kameralamt Hirsau zu bezahlende Gebühr von 12 Kreuzern für das einzelne Bad abzugeben, handelt es sich gleichfalls um eine Reallast, deren Zulässigkeit und gültige Bestellung nach dem früher Bemerkten nicht zu beanstanden ist. Klägerin hat hier neben der Feststellungsklage auch die Leistungsklage erhoben. Die Statthaftigkeit der letzteren ist nicht zu bezweifeln (zu vergl. jetzt C.P.O. § 258). Wenn ferner auch regelmäßig neben der Leistungsklage für die Feststellungsklage kein Raum mehr bleibt, so ist doch im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, daß die Klägerin die Feststellung der Verpflichtung aus § 9 als einer auf dem Badeanwesen ruhenden Last verlangt und es hat die Klägerin — auch neben der Beurteilung des Beklagten zur

Abgabe von Bädern — noch ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens der dinglichen Verpflichtung. Da endlich der Beklagte den klägerischerseits angegebenen Inhalt der Stiftung des Herzogs Eberhard III., zu deren Vollziehung die fragliche Vertragsbestimmung dienen soll, als richtig bezeichnet hat, so erscheint der betreffende Teil des Klagantrags begründet.

4. In § 10 des Vertrags wird dem Badbesitzer die unentgeltliche Abgabe des Mineralwassers an Arme und an die Bewohner von Teinach und einigen benachbarten Orten zur Pflicht gemacht. Es handelt sich jedoch hiebei in Wirklichkeit um eine Verpflichtung nicht zu einem Thun, sondern zu einem Dulden. Denn der Badbesitzer hat keine positiven Handlungen vorzunehmen, um den bezeichneten Personen das Wasser zu verschaffen; vielmehr ist in § 10 ausdrücklich bestimmt, daß das Mineralwasser von der unverschlossenen Ueberaich oder Ablaufröhre abzugeben sei. Der Badbesitzer hat also nur zu dulden, daß die in Frage stehenden Personen das Wasser an sich nehmen. Durch die bezügliche Bestimmung ist demzufolge eine Servitut, eine Wassererschöpfgerechtigkeit (servitus aquae haustus), begründet worden.

Urteil des II. Civilsenats vom 18. Januar 1900 i. S.
Staatsfinanzverwaltung gegen Brake.

Die Revision des Beklagten gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

7.

Kommt demjenigen, der das Recht der Ausübung des Eigentums auf Grund des Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes beansprucht, § 891 bezw. § 892 B.G.B. zu statten?

In den

Gründen

eines diese Frage erörternden Urteils ist gesagt:

Das Rechtsverhältnis, dessen Bestehen dem Befl. gegen-

über festgestellt werden soll, ist das Recht der Ausübung des Eigentums gemäß Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828. Wer durch einen nach Maßgabe des angeführten Art. 15 abgeschlossenen und vollzogenen Eigentumsübertragungsvertrag ein Grundstück erwirbt, erlangt zwar ganz die Stellung und die Rechte, als ob er Eigentümer wäre: er kann gegen den wahren Eigentümer, sofern dessen Rechte nicht gewahrt sind und er dieselben nicht gekannt hat, sich einer auf Art. 15 cit. gestützten Einrede bedienen und dessen vindikation der Sache abweisen und die Sache, falls sie später in die Hände des Eigentümers kommen sollte, demselben und ebenso jedem dritten Besitzer mit einer der Eigentumsklage ähnlichen Klage abfordern. Aber wirkliches Eigentum ist dieses Rechtsverhältnis nicht.

Es handelt sich also im vorliegenden Falle um ein dingliches Recht im Sinne des Art. 184 C. G. z. B.G.B.

Für dieses Rechtsverhältnis kann sich der Kl. nicht auf die Vermutung des § 891 B.G.B. berufen, da, wenn auch der Kl. als Eigentümer des strittigen Grundstücks im Güterbuch, das seit 1. Januar 1900 als Grundbuch gilt, eingetragen ist, doch dasjenige Rechtsverhältnis, das nunmehr den Gegenstand der Feststellungsklage bildet und das kein wahres Eigentum ist, im Grundbuch nicht eingetragen ist.

Ebenso geht die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (B.G.B. § 892) fehl, da § 892 B.G.B. nur für einen Rechtserwerb gilt, der zu einer Zeit erfolgte, zu welcher die Grundbucheinrichtung schon bestand.

Für die Frage der Entstehung und des Inhalts des festzustellenden Rechtsverhältnisses ist vielmehr lediglich das bisherige Recht maßgebend: es ist zu untersuchen, ob die Voraussetzungen des Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes erfüllt sind und welche Rechtswirkungen daraus für den Kl. abzuleiten sind.

Jene Frage ist zu bejahen.

(Dies wird näher ausgeführt und sodann fortgefahren:)
Ueber den Inhalt „des Eigentums und der anderen ding-

lichen Rechte“, deren Ausübung dem Erwerber auf Grund des Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes zusteht, trifft dieses Gesetz keine Bestimmungen, sondern es ist hierüber das jeweilige allgemeine bürgerliche Recht maßgebend. Ueber den Inhalt des Eigentums insbesondere ist das jetzt geltende allgemeine bürgerliche Recht in dem B.G.B. enthalten, das auch auf das zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehende Eigentum (Art. 181¹ E.G. z. B.G.B.), somit ohne Rücksicht auf die Entstehungszeit des Eigentums Anwendung findet. Es ist also der materielle Inhalt der Eigentumsbefugnisse, deren Ausübung einem Erwerber im Sinne des Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes zusteht, (abgesehen von den Fällen des Art. 181 Abs. 2, 182 E.G. z. B.G.B.) den Vorschriften des B.G.B. zu entnehmen.

Urteil des II. Civilsenats vom 28. Juni 1900 in Sachen
Martin gegen Butsch.

8.

Mißbrauch des Rechts i. S. des § 1353 Abs. 2. B.G.B.

a. Hierüber ist in den

Gründen

eines Berufungsurteils gesagt:

Das Verlangen nach Herstellung des ehelichen Lebens kann sich unter Umständen dann als Mißbrauch des Rechts des klagenden Ehegatten darstellen, wenn er sich einer Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten nach Art der in § 1568 B.G.B. erwähnten, aber nicht in dem Grad schuldig gemacht hat, daß ein Recht des beklagten Teils, Scheidung zu verlangen, begründet wäre. Zwar ist bei Beratung des § 1444 E. B.G.B. (= § 1568 B.G.B.) in der zweiten (Kommissions-) Lesung das im ersten Entwurf vorgesehene Institut der zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett abgelehnt worden; aber daraus folgt nicht, daß das Gesetz dahin verstanden werden muß, daß es sagt: „entweder ist das Verhalten eines Ehegatten so, daß es den andern

Ehegatten berechtigt, auf Scheidung zu klagen, oder es ist so, daß der andere Ehegatte verpflichtet ist, die eheliche Gemeinschaft ohne jede Unterbrechung aufrecht zu erhalten; etwas Drittes giebt es nicht." Vielmehr ist anzunehmen, das Gesetz verkenne nicht, daß es Fälle geben könne, in denen ein Ehegatte in Folge des ihn verletzenden Verhaltens des andern Teils auf einige Zeit getrennt von diesem sich zu halten berechtigt ist, ohne daß ein Scheidungsgrund vorläge; es steht nichts im Weg, unter derartigen Umständen das Verlangen des schuldigen Teils nach als baldiger Herstellung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft als „Mißbrauch seines Rechts“ aufzufassen und demgemäß den andern Teil auf Grund des § 1353 Abs. 2 B.G.B. auf eine gewisse Zeit für berechtigt zu erklären, die verlangte Herstellung zu verweigern.

Urteil des I. Civilsenats vom 2. Februar 1900 in Sachen Mornhinweg gegen Mornhinweg.

b. In den

Gründen

eines andern Berufungsurteils ist gesagt:

„Ein Mißbrauch des Rechts auf Herstellung des ehelichen Lebens liegt dann vor, wenn die Geltendmachung dieses Rechts im gegebenen Fall bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände als unbillig, als (wie es im ersten Entwurf des B.G.B. § 1273 Abs. 2 heißt) „mit der rechten ehelichen Gesinnung nicht vereinbar“ erscheint¹⁾.

Urteil des II. Civilsenats vom 17. Mai 1900 in Sachen Seiler gegen Seiler.

9.

Ist ein Kaufmann, der ein Handelsgeschäft nebst Firma käuflich erworben hat, berechtigt, die Firma bei Verlegung des Geschäfts an einen anderen Ort beizubehalten?

Kläger hat seine 1885 in Stuttgart errichtete Zweig-

1) Vergl. Motive zum B.G.B. Bd. 4 S. 105; Prot. d. Kommission für die 2te Lesung Bd. 4 S. 94 ff.; Pland: das B.G.B. Bem. 2 zu § 1353.

niederlassung der (Berliner) Firma „Gebr. G.“ mit Vertrag vom 8. Januar 1888 an den Beklagten verkauft. In § 1 dieses Vertrags heißt es: „Gegen den Kaufpreis von 61 889 *M.* 14 *S.* überläßt die Firma Gebr. G. die zu St. errichtete Zweigniederlassung — dem R. K. käuflich zum Eigentum“ — und in § 5: „L.G. gestattet — hiedurch dem R. K. ausdrücklich, die Firma Gebr. G. mit dem Zusatz „Nachfolger“ fortzuführen.“ Beklagter ließ darauf am 26. Mai 1888 die Firma „Gebr. G. Nachfolger“ — Hauptniederlassung in St. — ins Stuttgarter Handelsregister eintragen. Am 15. Oktober 1892 ließ er die Firma „Strumpf- und Strickgarnfabrik von Gebr. G. Nachfolger“ als Zweigniederlassung der Stuttgarter Hauptniederlassung im Ludwigsburger Handelsregister eintragen. Das Stuttgarter Geschäft ist seit einiger Zeit aufgelöst. Das Geschäft war von Anfang an und ist noch jetzt ein Ladengeschäft zum Verkauf von Strumpf- und Strickgarn; die früher von dritter Seite (für das Stuttgarter Geschäft vom Kläger) bezogenen Waren hat Beklagter später im Weg der Hausindustrie zu beschaffen begonnen. Unbestritten ist, daß bei Abschluß des Vertrags vom 8. Januar 1888 Kläger außer in Stuttgart keine Zweigniederlassung in Württemberg gehabt und daß er seither keine in Württemberg errichtet hat.

Mit der gegenwärtigen Klage hat Kläger beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die Löschung der von ihm geführten Firma „Gebr. G. Nachfolger“ im Handelsregister des Amtsgerichts Ludwigsburg zu bewirken und sich des weiteren Gebrauchs dieser Firma zu enthalten.

Die Klage ist abgewiesen worden, im Berufungsverfahren aus folgenden

G r ü n d e n :

In erster Linie fragt es sich, ob Beklagter durch die gesetzlichen Bestimmungen (des H.G.B.) gehindert ist, für sein jetzt nur in Ludwigsburg bestehendes Geschäft die Firma „Gebr. G. Nachfolger“ zu führen. Diese Frage wäre zu verneinen, wenn dieses Geschäft ein anderes

wäre als das vom Beklagten durch den Vertrag vom 8. Januar 1888 mit dem Recht der Fortführung der bisherigen Firma (unter Beifügung des Worts „Nachfolger“) erworbene Handelsgeschäft, wenn es als ein neu gegründetes Geschäft anzusehen wäre (vergl. Art. 23. 16 H.G.B.)¹⁾.

1. Unerheblich ist in dieser Beziehung, daß in der Art des Warenbezugs eine gewisse Aenderung eingetreten ist. Dieser Umstand begründet nach der Auffassung des Lebens wie nach der der Litteratur und Rechtsprechung nicht die Annahme, daß das bisherige Geschäft aufgegeben und ein neues begründet sei, auch wenn man davon ausgeht, zur Fortführung des Geschäfts im Sinn des Art. 23 H.G.B. gehöre, daß das Geschäft „im wesentlichen als dasselbe“, d. h. als das gleiche kaufmännische Unternehmen, fortbestehe: eine Fortführung des Geschäfts mag hienach zu verneinen sein, wenn die Art —, nicht aber wenn die Bezugsweise der vertriebenen Waren geändert wird.

2. Das Ludwigsburger Geschäft des Beklagten ist nunmehr — nachdem dessen Stuttgarter Geschäft unbestrittenermaßen aufgehört hat — an die Stelle des Stuttgarter Geschäfts getreten, Hauptniederlassung geworden, eine Zweigniederlassung besitzt Beklagter nicht mehr; es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob er berechtigt war, als Käufer einer Zweigniederlassung seinerseits eine Zweigniederlassung zu errichten. Vielmehr fragt es sich lediglich, ob in der Verlegung des Stuttgarter Geschäfts nach Ludwigsburg die Gründung eines neuen Geschäfts zu sehen ist, oder ob trotzdem von Fortführung des durch den Vertrag vom 8. Januar 1888 erworbenen Handelsgeschäfts gesprochen werden kann.

Daß das neue H.G.B. in der Verlegung eines Handelsgeschäfts nicht (notwendig) ein Erlösen des bisherigen Geschäfts findet, folgt aus § 31 H.G.B.: „Eine Aenderung der Firma — sowie die Verlegung der Niederlassung an einen andern Ort ist — zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Gleiche gilt, wenn die Firma

1) Sept §§ 18. 23. H.G.B.

erlischt“: Verlegung der Niederlassung ist also hienach nicht gleichbedeutend mit Erlöschen der Firma. Aber auch das bis 1. Januar 1900 in Geltung gestandene H.G.B. enthält keine Bestimmung, die darauf schließen ließe, daß es in der Verlegung eines Handelsgeschäfts ein Aufhören des bisherigen und Gründung eines neuen Geschäfts erblicke. Der Sprachgebrauch des Lebens aber setzt die Verlegung eines Geschäfts im Gegensatz zu dessen Aufgeben; und in der Praxis wird es nicht beanstandet, wenn ein Einzelkaufmann, der bisher (zulässigerweise) sein Geschäft unter einer Gesellschaftsfirma betrieben hat, sein an einen andern Ort verlegtes Geschäft unter der gleichen Firma weiter betreibt, was gemäß Art. 16 (= § 18) H.G.B. nicht statthaft wäre, wenn hierin ein Aufgeben des bisherigen und Gründung eines neuen Geschäfts zu sehen wäre. Allerdings tritt durch eine solche Verlegung unter Umständen eine gewisse Veränderung in dem betreffenden Handelsgeschäft ein, insbesondere wird bei einem Ladengeschäft, wie dem hier in Frage stehenden, bei der Verlegung in eine andere Stadt der Kundenkreis ein durchaus anderer werden: aber das Gleiche kann bei einer Geschäftsverlegung innerhalb derselben (Groß-) Stadt eintreten, in welchem Fall doch wohl keine Rede davon sein kann, daß das bisherige Geschäft aufgegeben und ein neues gegründet sei. Man muß vielmehr in Uebereinstimmung mit der Auffassung des Lebens davon ausgehen, daß in der Regel bei Verlegung eines Ladengeschäfts in einen dem bisherigen Geschäftssitz benachbarten Ort eine Fortführung des bisherigen Geschäfts vorliegt, wenn Geschäftsinhaber und Geschäftsart dieselben bleiben. Auch im gegenwärtigen Fall liegt daher kein Grund vor, zufolge der Verlegung des Geschäfts des Beklagten nach Ludwigsburg anzunehmen, Beklagter führe nicht mehr das vom Kläger erworbene Handelsgeschäft fort ¹⁾.

1) S t a u b: Kommentar zum H.G.B. 6. und 7. Aufl. Anm. 1. zu § 31; R.G. 20 Nr. 171 und die dortigen Citate (worin es „Busch Archiv Bb. 1 S. 390“ heißen muß); G o l d s c h m i d t s Zeitschrift Bb. 49 S. 119 Note 208.

3. Ist nach dem Bisherigen Beklagter durch die gesetzlichen Vorschriften nicht gehindert, für sein Ludwigsburger Geschäft die bisherige Stuttgarter Firma fortzuführen, so fragt es sich noch, ob dieser Fortführung der Inhalt des Vertrags vom 8. Januar 1888 entgegen steht.

Ohne Frage kann der Geschäftsverkäufer, der dem Geschäftskäufer die Fortführung der bisherigen Firma gestattet, dies mit der Beschränkung thun, daß die Erlaubnis nur für ein am bisherigen Ort betriebenes Geschäft gelten solle. Daß im vorliegenden Fall die Parteien (oder auch nur eine von ihnen) die Zulässigkeit einer Verlegung des verkauften Geschäfts an einen andern Ort bei Abschluß des Vertrags — in bejahendem oder verneinendem Sinn — ins Auge gefaßt haben, ist nicht behauptet und aus der Vertragsurkunde nicht ersichtlich. Es fragt sich daher eben, wie bezüglich dieses Punkts der Vertrag nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrs-sitte auszulegen ist (Art. 278. 279. H.G.B.). Nach diesen Grundsätzen ist anzunehmen, daß das bisherige Zweiggeschäft nicht an einen Ort verlegt werden durfte, dessen Bezirk im naturgemäßen Umkreis des Geschäftsbetriebs der Hauptniederlassung oder einer bestehenden Zweigniederlassung des Klägers lag, vielleicht auch nicht in einen Bezirk, in dem der Kläger etwa eine Zweigniederlassung errichten wollte: nach Berlin hätte daher Beklagter nach dem Sinn und Geist des Vertrags sein Geschäft nicht verlegen dürfen. Umgekehrt hätte Kläger seinerseits dem Vertrag entgegengehandelt, wenn er nach Abschluß des Vertrags vom 8. Januar 1888 eine neue Zweigniederlassung in Stuttgart oder dessen Umgebung — wozu auch das nur 14 Kilometer entfernte Ludwigsburg zu rechnen ist — errichtet hätte. Denn es wäre mindestens illoyal gewesen, wenn in solcher Weise eine Partei der andern Konkurrenz gemacht hätte. Daß und inwiefern aber eine Verlegung des Stuttgarter Geschäfts des Beklagten nach Ludwigsburg die Interessen des Klägers zu verletzen geeignet sein sollte, ist nicht einzusehen und nicht dargethan: die Mög-

lichkeit, daß Kläger seinerseits in Ludwigsburg eine Zweigniederlassung zu gründen beabsichtigte, brauchte Beklagter nicht zu berücksichtigen, nachdem Kläger seit 1885 keine Niederlassung in Württemberg gehabt und augenscheinlich keine Schritte zur Gründung einer solchen gethan hat. Eine die berechtigten Interessen des Klägers nicht verletzende Verletzung des Stuttgarter Geschäfts kann durch den Vertrag vom 8. Januar 1888 — bei seinem Schweigen über diesen Punkt — nicht als dem Beklagten untersagt gelten; es läge andernfalls eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Beklagten vor, die ohne triftige Gründe nicht als im Sinn der Parteien gelegen unterstellt werden kann. Daß Beklagter selbst den Vertrag dahin verstanden hat, daß er zu der vorgenommenen Verletzung des Geschäfts nicht berechtigt sei, läßt sich weder daraus schließen, daß er die Eintragung im Stuttgarter Handelsregister bisher nicht hat löschen lassen: denn hiezu war er durch die bisherige Gesetzgebung nicht veranlaßt¹⁾; noch daraus, daß er die Errichtung der Ludwigsburger Zweigniederlassung dem Kläger nicht angezeigt hat: denn hieraus folgt keinesfalls, daß er das Recht zur Verletzung der Hauptniederlassung sich nicht zugeschrieben hat. Daß Kläger bei Abschluß des Vertrags ihn in dem jetzt von ihm vertretenen Sinn verstanden hat, ist unerweislich und jedenfalls dem Beklagten damals nicht erkennbar geworden.

Urteil des I. Civilsenats vom 25. Mai 1900 i. S. Grumach g. Kochmann.

10.

In § 18 Abs. 2, § 37 H.G.B.

P. M. hat bis 1896 in St. ein Geschäft unter der Firma „H. G. u. Comp.“ betrieben; 1898 meldete er zur Eintragung ins Handelsregister an: das von ihm unter der Firma

1) Vergl. R.G. 20, No. 37; Zeitschrift zum Entw. des neuen H.G.B. S. 39 oben.

H. G. u. Comp. betriebene Agentur- und Kommissionsgeschäft habe sich seit 1896 aufgelöst und die Firma sei erloschen: gleichzeitig meldete er zur Eintragung an, daß er seit 1. April 1898 ein gleichartiges Geschäft unter der Firma „Deutsche Kreditanstalt P. M.“ betreibe. Diese Firma wurde ins Handelsregister eingetragen. Als später angezeigt wurde, P. M. bediene sich der Firma „Deutsche Kreditanstalt P. M., vormals H. G. u. Cie.“, bestrafte ihn das Amtsgericht St. wegen Gebrauches einer ihm nicht zustehenden Firma mit 20 Mk. Auf erhobene Beschwerde wurde die Strafverfügung aufgehoben.

Aus den

Gründen:

Der Beschluß des Amtsgerichts ist auch sachlich nicht gerechtfertigt. Wenn der Beschwerdeführer nunmehr die Firma führt: „Deutsche Kreditanstalt P. M., vormals H. G. u. Cie.“, so bilden die letzteren Worte einen Zusatz i. S. des Art. 16 Abs. 2 H.G.B. Dieser Zusatz deutet kein bestehendes Gesellschaftsverhältnis an; er dient zur näheren Bezeichnung des Geschäfts, indem er besagt: dies ist das früher unter der Firma H. G. u. Cie. betriebene Geschäft. Dieser Zusatz entspricht der Wahrheit, denn soviel aus den Akten sich ergibt, ist das Geschäft des Beschwerdeführers das gleiche, das er früher unter der Firma „H. G. u. Cie.“, teils selbständig, teils in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis gegenüber der „Deutschen Kreditanstalt“ in F. betrieben hatte. Ob -- wie das Amtsgericht meint -- „Personennamen für die Regel zum Zweck von Zusätzen keine Verwendung finden können“, mag dahingestellt bleiben; für einen Fall wie den vorliegenden trifft diese Regel jedenfalls nicht zu. Die Firma „Deutsche Kreditanstalt P. M., vormals H. G. u. Cie.“ unterscheidet sich ferner deutlich von der Firma „H. G. u. Cie.“, die das Stuttgarter Zweiggeschäft des A. B. in M. in Firma H. G. u. Cie. führt; falls letztere Firma der Meinung ist, sie sei durch den Gebrauch der vom Beschwerdeführer angenommenen Firma in ihren Rech-

ten verlegt, steht ihr der Prozeßweg offen.

Der Beschwerdeführer hat die Firma „G. G. u. Cie.“, bis er deren Erlöschen anmeldete, mit Recht geführt; daß er kraft irgend welcher vertragsmäßiger Vereinbarungen nicht berechtigt wäre, in einem Zusatz zu seiner neu gewählten Firma auf seine frühere Firma hinzuweisen, ist nicht ersichtlich; es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob dieser Umstand ein Einschreiten von Amtswegen rechtfertigen würde. Endlich war der Beschwerdeführer dadurch, daß er am 30. Juli 1898 als seine Firma „Deutsche Kreditanstalt B. M.“ anmeldete, nicht gehindert, dieser Firma nachher einen — an sich zulässigen — Zusatz beizufügen. Da indessen dieser Zusatz einen Bestandteil der Firma bildet, liegt dem Beschwerdeführer die Verpflichtung ob, ihn zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden.

Da aber der Beschwerdeführer nicht etwa wegen Unterlassung einer solchen Anmeldung, sondern wegen Gebrauches einer ihm nicht zustehenden Firma gestraft worden ist und diese Bestrafung nach dem Bisherigen der Begründung entbehrt, war der Beschluß des Amtsgerichts außer Wirkung zu setzen.

Beschluß des I. Civilsenats vom 27. Oktober 1899 in der Beschwerdefache B. Mannhardt.

11.

Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters.

Die offene Handelsgesellschaft L. M. und Sohn hat 1893 ein vollstreckbares Urteil auf Bezahlung von 3000 Mk. gegen H. erwirkt. Am 20. März 1898 ist der Gesellschafter L. M. gestorben, am 5. November 1898 wurde im Handelsregister eingetragen, daß die Firma L. M. und Sohn erloschen sei, und als neue Firma „Gebr. M. — Inhaber: G. u. J. M. —“ eingetragen. Am 18. August 1898 hat R. M. N. unter Vorlage einer von dem Teilhaber G. M.

der Firma L. M. u. Sohn ausgestellten Vollmacht der Firma L. M. u. Sohn Pfändung einer Forderung des H. auf Grund des mit Vollstreckungsklausel versehenen Urtheils von 1893 beantragt.

Die erfolgte Pfändung wurde im Beschwerdeverfahren für unzulässig erklärt. Aus den

G r ü n d e n :

Es ist zwar unrichtig, wenn in der landgerichtlichen Entscheidung ausgeführt wird, daß seit dem 20. März 1898 in Folge des an diesem Tage eingetretenen Todes des Firmathehabers L. M. die Firma L. M. u. Sohn nicht mehr bestehe. Denn durch den Tod eines Gesellschafters (die Firma L. M. u. Sohn war eine offene Handelsgesellschaft) wird zwar die Gesellschaft als solche von Rechtswegen (*ipso jure*) aufgelöst (H.G.B. Art. 123 Ziffer 2), allein die Auflösung der Gesellschaft und Erlöschen der Firma sind wesentlich verschiedene Dinge; trotz der Auflösung der Gesellschaft kann das Geschäft und damit die Firma noch fortbestehen¹⁾.

Die nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft zwischen den bisherigen Gesellschaftern bezw. deren Rechtsnachfolgern bestehende Gemeinschaft ist nicht eine Rechtsnachfolgerin der aufgelösten offenen Handelsgesellschaft, sondern eine trotz der Auflösung der Gesellschaft fortbestehende Gemeinschaft. Die für die offene Handelsgesellschaft erteilte Vollstreckungsklausel gilt daher auch für die Gesellschaft in Liquidation, weil eben eine Rechtsnachfolge nicht vorliegt²⁾.

Es konnte also von der in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft Firma L. M. u. Sohn auf Grund der Vollstreckungsklausel vom 3. August 1893 die Zwangsvollstreckung betrieben werden.

Allein da mit der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft die Wirksamkeit der über die Geschäftsführung und

1) H.G.B. Art. 22, 23. Staub H.G.B. Art. 123. § 1.; 129 § 10 137 § 17.

2) R.G. in Jur. Wochenschr. 1894 S. 426, Gaupp C.P.D. § 665; Ann. I. bei Note 8, Wilimowski-Lewy C.P.D. § 665 Note 1.

die Vertretung getroffenen Vertragsbestimmungen und die subsidiären Rechtsfäße (H.G.B. Art. 114, 117) wegfallen und die bisherigen Gesellschafter, bezw. deren Vertreter (H.G.B. Art. 133) nun sämtlich zur Vornahme der Auseinandersetzung der Gemeinschaft berufen sind und sie dabei nur gemeinschaftlich handeln können (H.G.B. Art. 136¹⁾), so war der überlebende Teilhaber G. M. für sich allein nicht mehr befugt, namens der Gesellschaft oder der Gemeinschaft zu handeln, insbesondere nicht berechtigt, die Firma allein zu zeichnen, also die Vollmacht vom 8. August 1898 auszustellen. Unrichtig ist, wenn der Beschwerdeführer ausführt, daß, indem die Erben des L. M. keinen gemeinschaftlichen Vertreter (H.G.B. Art. 133 Abs. 1) aufgestellt haben, nun der überlebende Gesellschafter G. M. von sich aus zur Abwicklung der Geschäfte, insbesondere auch zur Beitreibung der Forderung gegen den Schuldner S. befugt gewesen sei. Dies widerspricht der Vorschrift des Art. 133 Abs. 1 des H.G.B. Stellten die Erben keinen gemeinschaftlichen Vertreter auf, so war zwar einerseits die Folge die, daß sie als Rechtsnachfolger zur Besorgung der Liquidationsgeschäfte nicht zugelassen wurden; andererseits aber konnte der überlebende Gesellschafter die Liquidation nicht selbständig vornehmen, sondern er hatte nur gemäß Art. 133 Abs. 2 des H.G.B. die Ernennung von Liquidatoren durch den Richter herbeizuführen, indem zu den wichtigen Gründen, aus welchen eine solche Ernennung erfolgen kann, insbesondere auch der Fall gehört, daß die Rechtsnachfolger eines Gesellschafters nicht bewogen werden können, einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen²⁾.

Gemäß § 54 Abs. 1 der C.P.O. hat das Gericht den Mangel der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters schon von Amtswegen zu berücksichtigen. Da G. M., welcher durch Erteilung der Vollmacht die Zwangsvollstreckung betrieb, als

1) *S a h n*, H.G.B. Art. 133 § 7.

2) *G o l d s c h m i d t*, Zeitschr. für das gef. S.R. 10 S. 334, *S a h n*, H.G.B. Art. 133 § 12, *S t a u b*, H.G.B. Art. 133 § 8.

gesetzlicher Vertreter der in Liquidation befindlichen Gesellschaft nicht legitimiert war, so war der Pfändungsantrag abzulehnen. Die gleichwohl erfolgte Pfändung war daher unzulässig.

Beschluß des II. Civilsenats vom 30. März 1899 i. S.
Mayer g. Habertorn.

12.

Bauzinsen. (§ 215 H.G.B.)

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Der in Rede stehende Generalversammlungsbeschluß ist auf eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags dahin gerichtet, daß die Aktionäre $4\frac{1}{2}\%$ Bauzinsen nicht bloß — wie der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag bestimmt hatte — bis 30. Juni 1899 sondern bis 30. Juli 1900 erhalten sollen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob nach dem H.G.B. in seiner ursprünglichen Fassung, wonach jede Aenderung des Gesellschaftsvertrags (Statuts) staatlicher Genehmigung bedurfte, es zulässig war, den im ursprünglichen Statut kalendermäßig festgesetzten Zeitraum der Gewährung von Bauzinsen nachträglich durch Aenderung des Statuts zu verlängern (oder den ursprünglich festgesetzten Zinsfuß nachträglich zu erhöhen). Denn jedenfalls ist eine nachträgliche Aenderung des Statuts in diesen Beziehungen nach dem Gesetz vom 18. Juli 1884 betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften unstatthaft, dessen Bestimmungen an die Stelle der einschlägigen Bestimmungen des H.G.B. in Art 173 bis 249^a getreten sind.

Dies ergibt der Wortlaut und der Zweck des Gesetzes. Die Bestimmung, daß das Statut den Zeitraum kalendermäßig angeben müsse¹⁾, für dessen Dauer Bauzinsen gewährt werden sollen, hätte keine Bedeutung, wenn die Aktiengesellschaft nicht gehindert wäre, durch nachträgliche

1) Vergl. Plenarentsch. des R.O.H.G. in dessen Entsch. Bd. 22 Nr. 5 und die Kommentare und Lehrbücher.

Änderung des Statuts diesen Zeitraum (wiederholt) zu verlängern. Der Zweck dieser Bestimmung sodann ist augenscheinlich der, zu verhüten, daß das Grundkapital einer Aktiengesellschaft in einem von Anfang an nicht übersehbaren Maß durch Gewährung von Bauzinsen an die Aktionäre zum Nachteil der Gläubiger vermindert wird, eine Verminderung, der keineswegs stets — wie die Beschwerde meint — ein entsprechend höherer Wert des fertigen Unternehmens gegenüber stünde, z. B. dann nicht, wenn die Verlängerung der Bauzeit darin ihren Grund hat, daß der Bau in Folge unvorhergesehener, nur mit erhöhtem Kostenaufwand zu überwindender Schwierigkeiten sich in die Länge zieht. Der bezeichnete Zweck des Gesetzes aber würde vereitelt wenn eine unvorhergesehene Verzögerung des Beginns des Betriebs, was immer auch ihr Grund wäre, die Aktiengesellschaft berechtigen würde, im Weg der Statutenänderung den ursprünglich für Gewährung von Bauzinsen festgesetzten Zeitraum zu verlängern.

Diesen Erwägungen gegenüber ist der Umstand nicht entscheidend, daß das Gesetz v. 18. Juli 1884 an anderen Stellen (Art. 203 Abs. 2; 215 d Abs. 2) ausdrücklich vom „ursprünglichen“ Gesellschaftsvertrag spricht; denn der Inhalt des Gesetzes ergibt deutlich, daß auch in Art. 217 Abs. 2 H.G.B. unter dem „Gesellschaftsvertrag“ nur das ursprüngliche Statut verstanden sein kann, und die älteste Fassung des H.G.B., aus welcher der Art. 217 Abs. 2 H.G.B. stammt, hat nirgends ausdrücklich den „ursprünglichen“ Gesellschaftsvertrag genannt. Unerheblich ist auch, daß die Aktionäre in betreff des Empfangs von Bauzinsen sich schlechter stellen können, wenn deren Gewährung im ursprünglichen Statut für einen Zeitraum festgesetzt wird, der sich zu dieser Zeit als sachgemäß, nachträglich aber als zu kurz darstellt, als wenn diese Gewährung für einen von vornherein als unverhältnismäßig groß sich darstellenden Zeitraum bedungen wird: das Gesetz mißbilligt es nicht, wenn im ursprünglichen Statut für einen reichlich bemessenen

Zeitraum Bauzinsen bedungen werden, aber es verlangt, daß von vornherein jedermann ohne Mühe berechnen kann, um welche Summe höchstens sich das Grundkapital der Gesellschaft in Folge der Gewährung von Bauzinsen verringert.

Die im Vorstehenden vertretene Ansicht ist denn auch die in Litteratur und Rechtsprechung durchaus vorherrschende¹⁾.

Hienach hat mit Recht das Amtsgericht St. angenommen, daß der eingangs erwähnte Generalversammlungsbeschluß gegen die zwingende Vorschrift des Art. 217 Abs. 2 H.G.B. verstöße, und demgemäß dessen Eintragung in das Handelsregister verweigert.

Beschluß des I. Civilsenats vom 16. Januar 1900 in der Beschwerdefache des Immobilienvereins.

13.

Aus welchen Gründen darf die Entlassung eines Konkursverwalters verfügt werden?

Eine Civilkammer hatte in der Beschwerdeinstanz einen Konkursverwalter entlassen, dieser Beschluß wurde auf Beschwerde des entlassenen Konkursverwalters aufgehoben. Aus den

Gründen:

Die äußerliche Zusammenstellung der die Entlassung des Konkursverwalters regelnden Vorschrift des § 76 — jetzt § 84 — R. O. mit der Statuierung der Befugnis des Konkursgerichts Ordnungsstrafen bis zur Höhe von 200 Mk über den Konkursverwalter zu verhängen, spricht für die

1) Seuffert 46 nr. 111. (Bayer. oberstes Landgericht), die Begründung des Plenarbeschlusses R.O.H.G. 22 nr. 5; Staub 6. und 7. Aufl. Anm. 7 zu § 215 H.G.B.; Thöl: H.N. 6. Aufl. § 164; Gareis und Fuchsberger Kommentar zum H.G.B. Nr. 373. zum Titel „Aktiengesellschaften“; Kayser: das Gef. über die Aktienges. 2. Aufl. Anm. 12 zu Art. 217; Petersen und Pechmann Kommentar zum Gesetz über die Aktiengesellschaften S. 402.

disziplinarer Natur der Vorschrift über Entlassung. Ebenso die Entstehungsgeschichte des § 76 R. L. Die Motive zu § 75—76 (— S. 306 f. —) gehen davon aus, daß das Konkursgericht, welches niemals die Zweckmäßigkeit, sondern nur die Pflichtwidrigkeit der Handlungen und Unterlassungen des Verwalters zu prüfen habe, direkte Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften, grobe Vernachlässigung der Amtspflichten u. s. w. auch ohne Einmischung in die eigentliche Verwaltung wohl abnden könne, und fahren sodann fort: „Die zu verhängenden Geldstrafen sollen 200 M. nicht übersteigen. Möchten Strafen in dieser Höhe ihren Zweck verfehlen, so ist auf eine erprobliche Geschäftsführung des Verwalters überhaupt nicht mehr zu rechnen; es muß sodann dem Gläubigerausschuß oder der Gläubigerversammlung überlassen werden, einen Entlassungsantrag zu stellen.“ Und in der Reichstagskommission sprach der Regierungsvertreter von der in § 76 geregelten Entlassung als von der „Entlassung aus disziplinären Gründen“. Gegen diese Auffassung der Entlassung als einer Maßregel, welche von dem Konkursgericht gegen den Verwalter wegen pflichtwidrigen Verhaltens verhängt werden könne, hat sich weder in der Kommission noch im Plenum des Reichstags¹⁾ irgend welcher Widerspruch erhoben, sodaß Grund zur Annahme gegeben ist, es habe unter den gesetzgeberischen Faktoren über den disziplinären Charakter der in § 76 geregelten Entlassung des Verwalters Übereinstimmung geherrscht.

Will man demgemäß — entgegen der Ansicht einiger Kommentatoren²⁾, welche eine Entlassung des Verwalters auch wegen Geschäftsunfähigkeit, Geschäftsunkenntnis, nicht entprechender Verwaltung für zulässig halten, — eine Entlassung des Verwalters nur dann für gerechtfertigt ansehen, wenn dieser sich gegen die ihm obliegenden Pflichten verfehlt.

1) Vergl. Komm.-Protokolle S. 63 S. 161; F a h n, Materialien zur Konkursordnung S. 566. 658. 726.

2) Peter sen und Klein f e l l e r, Konkursordnung S. 330, W i l m o w s k i R. L. § 76, V ö l b e r n d o r f f, R. L. S. 74.

und zwar in erheblichem Grade verfehlt hat, so kann im vorliegenden Falle die Entlassung nicht ausgesprochen werden (wie näher ausgeführt wird).

Es kann jedoch füglich dahingestellt bleiben, ob die Entlassung wirklich nur als Disziplinarmaßregel, somit nur im Falle der Pflichtverletzung des Verwalters verhängt werden kann. Denn wenn man sich auch auf den von dem angefochtenen Beschluß eingenommenen Standpunkt stellen will, wonach die Entlassung des Verwalters auch aus Zweckmäßigkeitsgründen zulässig und dann auszusprechen sein soll, wenn die Vorteile, welche die Entlassung für Gläubigerschaft und Gemeinschuldner bietet, deren Nachteile überwiegen, so kann man im vorliegenden Falle doch nicht zur Entlassung gelangen, weil es auch an der Voraussetzung für eine nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit vorzunehmende Entfernung des Verwalters fehlt. Als Voraussetzung einer solchen den persönlichen Ruf eines Mannes — nach Umständen erheblich — gefährdenden Maßnahme müßte nämlich jedenfalls und selbstverständlich gefordert werden, daß dem Gerichte das Vorhandensein von Umständen, welche die Ersetzung des Verwalters durch einen anderen als ein Gebot der Zweckmäßigkeit erscheinen lassen, dargethan und die Ueberzeugung verschafft werde, daß mit dem Verbleiben des Verwalters in seinem Amte sachliche Nachteile verknüpft sein würden, daß dieses Verbleiben mit den Interessen der Gläubiger nicht vereinbar wäre und daß daher die Rücksicht auf die Person des Verwalters zurücktreten müsse. Diese Voraussetzung ist aber vorliegend nicht gegeben (wie im Einzelnen dargelegt wird).

Beschluß des I. Civilsenats vom 3. Februar 1899 in der Beschwerdefache J. A. K.

B. in Strafsachen.

1.

Ungenügende Revisionsbegründung. St.-P.-O. § 384.
 Str.-Senat 12. Dezember 1900 g. Cr. R. von G. Nr. 472
 von 1900.

Der Verteidiger des Angeklagten hatte die Revision rechtzeitig eingelegt und hiebei die Erklärung abgegeben, er gründe sie auf Verletzung der §§ 30 und 147 Z. 1, der Gew.-C., die Abgabe einer weiteren Erklärung aber binnen der gesetzlichen Fristen unterlassen.

Die so angebrachte Revision wurde als unzulässig verworfen auf Grund der Erwägung, daß in § 384 St.-P.-O. als Erfordernis der Revision neben der rechtzeitigen Einlegung des Rechtsmittels vorgeschrieben ist, der Beschwerdeführer habe die Erklärung abzugeben, in wie weit er das Urteil anfechte und dessen Aufhebung beantrage, und daß dieser Vorchrift, wenn mit ihr auch nicht die Einhaltung der äußeren Form eines Antrags verlangt wird, doch mit einer bloßen Anführung der Gesetzesparagrafen, die verletzt seien, nicht genügt ist, weil aus einer solchen ohne alle Schlußfolgerung gelassenen Erklärung nur hervorgeht, daß, aber nicht in wie weit das Urteil wegen Verletzung des materiellen Rechts angefochten werde¹⁾.

1) Diese Entscheidung wird hier mitgeteilt, weil neuerdings eine Mehrzahl ähnlich ungenügender Revisionsbegründungen eingekommen ist. In demselben Sinn hat der Strafsenat schon unter dem 22. März 1882 und seither wiederholt entschieden. Vergl. auch Entscheidungen des Oberlandesg.

2.

Das Recht des Anwalts auf Akteneinsicht in einer erledigten Strafsache.

In einer beim Landgericht R. anhängig gewesenen Strafsache wegen fahrlässiger Brandstiftung war das den Angeklagten freisprechende Urteil rechtskräftig geworden und es hatte hernach Rechtsanwalt L. in St. als Prozeßbevollmächtigter der Magdeburger Feuerversicherungsgesellschaft das Gesuch um Gestattung der Einsicht der Strafakten gestellt, welches Gesuch von der Strafkammer abgelehnt worden ist mit der Begründung, daß nach den Bestimmungen der St.P.O. nur der Staatsanwaltschaft, dem Verteidiger, dem Sachverständigen und dem Anwalt des Privatklägers das Recht auf Akteneinsicht zukomme. Auf hiergegen erhobene Beschwerde des Rechtsanwalts L. wurde vom Straffenat der angefochtene Beschluß der Strafkammer aufgehoben und dem Gesuch des Beschwerdeführers um Einsicht der Strafakten stattgegeben.

Aus den

G r ü n d e n :

Allerdings enthält die Strafprozeßordnung über Gewährung von Akteneinsicht Bestimmungen nur für den Staatsanwalt in § 194, den Verteidiger in § 147, den Anwalt des Privatklägers in § 425 Abs. 4 und für den Sachverständigen in § 80 Abs. 2, außerdem auch für den Nebenkläger, dessen Anwalt nach § 437 vgl. § 425 Abs. 4 dieselbe Befugnis zur Akteneinsicht hat, wie dem Anwalt des Privatklägers zusteht. Die St.P.O. enthält insbesondere nicht eine ähnliche Bestimmung wie die Civilprozeßordnung in § 299, wonach dritten Per-

Braunschweig vom 25. März 1897, Juristenzeitung 1898 S. 252, des O.L.G. Darmstadt vom 12. Dezember 1890 und vom 9 Juli 1892, Goldb. Archiv Band 40, S. 187, des O.L.G. München vom 22 Juni 1899, Entsch. dieses Gerichts Band 10, S. 220. In dem der Entscheidung des Reichsgerichts vom 9. Sept. 1887 vorgelegenen Fall, Rechtspr. Band 9, S. 420, war der Revisionseinlegung eine weitere Begründung beigelegt.

sonen die Akteneinsicht dann, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird, gestattet werden kann, wie auch nach §§ 35, 78 des Reichsgesetzes betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nach § 11 der Grundbuchordnung unter derselben Voraussetzung einem jeden die Akteneinsicht gestattet wird. Allein die oben erwähnten Bestimmungen der St.P.O. regeln nur die bezügliche *B e r e c h t i g u n g* der genannten Personen für ein *a n h ä n g i g e s*, im Gang befindliches Strafverfahren und greifen nicht hinaus auf die *Z e i t n a c h* vollständiger Erledigung einer Strafsache.

Aus dem Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung für den letztgenannten Zeitpunkt folgt nicht, daß den bezeichneten Beteiligten von da ab, und ebensowenig, daß anderen Interessenten überhaupt die Akteneinsicht zu versagen sei. Sofern vielmehr ein Rechtsgrund für eine solche Versagung nicht gegeben ist, auch Dienstvorschriften nicht entgegenstehen, hat der Zweck, in dessen Verfolgung die Akten einer erledigten Strafsache zur Einsichtnahme erbeten werden, sowie seine Bedeutung für die Rechtsordnung und für die Rechtspflege maßgebend in Betracht zu kommen. Insbesondere erscheint eine ähnliche Anwendung der oben erwähnten Bestimmung der St.P.O. und anderer Reichsgesetze und hiemit die Gestattung der Akteneinsicht gegenüber dritten Personen gerechtfertigt, falls sie zum Zweck der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs und der Vorbereitung der beabsichtigten Rechtsverfolgung erbeten wird, auch die Befürchtung eines Mißbrauchs oder der Beeinträchtigung eines anderen Strafverfahrens nicht begründet ist. Eine solche Gestattung entspricht überdies der Praxis der Gerichte.

Vorliegend handelt es sich um die Akten des durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Strafverfahrens gegen J. D. von L. wegen fahrlässiger Brandstiftung, in welchem Verfahren die durch den Beschwerdeführer vertretene Feuerversicherungsgesellschaft nicht etwa auf Grund des § 435 Abs. 2 St.P.O. als Nebenkläger aufgetreten ist. Dieselbe beabsichtigt aber die Erhebung einer Civilklage auf Rückgabe der

von ihr an den freigesprochenen Angeklagten bezahlten Brandentschädigungssumme und hat zu diesem Zweck die vorgelegte Prozeßvollmacht dem Beschwerdeführer ausgestellt. Hiemit wird ein als berechtigt anzuerkennendes Interesse der genannten Gesellschaft wahrgenommen und wenn der Prozeßbevollmächtigte derselben um Einsicht der Strafakten nachsucht, so liegt die Berechtigung dieser Bitte darin, daß das Material für die Beurteilung des zu verfolgenden Anspruchs eben in diesen Akten enthalten ist und andererseits die Eigenschaft des Beschwerdeführers als Rechtsanwalt die Gefahr eines Mißbrauchs ausschließt. Auch stehen die Dienstvorschriften für die Landgerichte vom 9. März 1900 sowie die zuvor geltenden dem Gesuch nicht entgegen. Hierzu kommt, daß nach Erhebung der beabsichtigten Klage die Einsichtnahme der dann den Prozeßakten als Hilfsakten anzuschließenden Strafakten auf Grund des § 299 C.P.O. dem Beschwerdeführer nicht verweigert werden könnte und hienach die vorherige Mitteilung an denselben behufs sachgemäßer Vorbereitung der Klage dem Interesse der Rechtsordnung wie der Rechtspflege zu dienen geeignet ist. Hienach erscheint die erhobene Beschwerde begründet.

Beschluß des Straffenats vom 28. März 1900 in der Beschwerdefache des Rechtsanwalts Leipheimer in Stuttgart wegen Verweigerung der Akteneinsicht. No. 105 von 1900.

3.

Fällt die Nichteinhaltung von Bedingungen und Bestimmungen der für Veranstaltung auswärtiger Lotterien in Württemberg erteilten Genehmigung unter die Strafvorschrift des Art. 7 Ziff. 3 Pol. St.-G. (unerlaubter Losvertrieb)?

Diese Frage ist vom Straffenat in einem Urteil vom 7. November 1900 in der Strafsache gegen W. Kreuzburg in Gotha b e j a h t und die Revision des Angeklagten ver-

worfen worden. Aus den

Gründen:

Die Revision des wegen unerlaubten Losvertriebs zu Strafe verurteilten Angeklagten rügt Verletzung des materiellen Rechts, nämlich der gegen ihn zur Anwendung gebrachten Strafvorschrift des Art. 7 Ziff. 3 des Polizeistrafgesetzes.

Nach der Feststellung des angefochtenen Urteils hat der Angeklagte als verantwortlicher Vertreter des C. H., Lottereeinnehmers in Gotha von dort aus an den Gastwirt G. W. in Grab N. Bäcknang den Prospekt der IV. Deutschen Wohlfahrtsgeldlotterie, veranstaltet durch die deutsche Kolonialgesellschaft und den deutschen Frauenverein für Krankenpflege in den deutschen Kolonien nebst einem Postanweisungsformular mit gleichzeitiger Empfehlung von Losen dieser Lotterie und mit dem Erbieten zur Versendung derselben gegen Einzahlung des Betrages übersandt. Nach einer Bekanntmachung des R. Ministeriums des Innern vom 25. Juli 1898 (Amtsblatt desselben S. 331) ist die Erlaubnis zum Absatz der genannten Lose innerhalb Württembergs unter den allgemeinen Bedingungen der Ministerialverfügung vom 15. Januar 1880, betr. die Zulassung auswärtiger Lotterien in Württemberg sowie unter der Bestimmung erteilt worden, daß beim Anbieten von Losen dieser Lotterie in Württemberg durch Ankündigung in württembergischen Zeitungen, durch Zusendung von Prospekten oder auf sonstige Weise nur württembergische Bezugsquellen genannt werden dürfen. Das Berufungsgericht hat auf Grund dieses Thatbestands den Angeklagten, welcher die von ihm vertretene Firma in Gotha als Bezugsquelle genannt hat, wegen Verfehlung gegen Art. 7 Ziff. 3 Pol.St.G. verurteilt, indem angenommen wurde, daß nicht nur das Anbieten von Losen auswärtiger nicht genehmigter Lotterien sondern auch die Abweichung von den Bedingungen oder Bestimmungen der Genehmigung unter die erwähnte Strafbestimmung gestellt sei. Diese Auslegung des Gesetzes wird von der Revision als eine irrtümliche angegriffen. Zwar

wird von ihr zugegeben, daß das Anbieten der fraglichen Lose nur unter Beachtung der in der erwähnten Ministerialverfügung aufgestellten allgemeinen Bedingungen zulässig gewesen sei, aber es wird bestritten, daß die weitere Bestimmung, betr. die ausschließliche Benennung von württembergischen Bezugsquellen zu einer „Bedingung“ der Genehmigung gemacht worden sei, insofern die Bekanntmachung des Ministeriums vom 25. Juli 1898 ausdrücklich zwischen Bedingung und Bestimmung unterscheide und falls je verschiedene Auslegungen möglich seien, keinesfalls die dem Angeklagten ungünstige zur Anwendung kommen dürfe; es wird weiter ausgeführt, daß die ratio der betreffenden Verfügung und ihre Zweckmäßigkeit außer Betracht zu bleiben haben, ebenso ob die kritische Bestimmung zum Schutz der inländischen Lotteriegeschäfte erlassen sei und ob das Ministerium wegen Nichtbefolgung der Bestimmung die von ihm erteilte Genehmigung zurückziehen könne oder nicht, vielmehr sei einzig maßgebend, ob die Genehmigung als nicht erteilt angesehen werden müsse, falls einer „Bestimmung“ derselben nicht nachgekommen werde und eben dies sei zu verneinen.

Dieser Angriff der Revision geht fehl. Nach Art. 7 Ziff. 3 des Pol.St.G. in der Fassung der Novelle vom 4. Juli 1898 ist derjenige strafbar, „welcher Lose von öffentlichen Lotterien, welche außerhalb Württembergs veranstaltet worden sind und die erforderliche Genehmigung der zuständigen württembergischen Behörde nicht erlangt haben, verkauft, absetzt, anbietet oder feilhält“ bzw. „als Mittelperson in gewinnstüchtiger Absicht den Ankauf oder Verkauf von solchen Losen befördert“. Im vorliegenden Fall handelt es sich nach der tatsächlichen Feststellung des Instanzrichters um eine außerhalb Württembergs veranstaltete Lotterie und es hat diese die nach §§ 2, 3 der Ministerialverfügung vom 23. November 1872 (Reg.-Bl. S. 386) vorgeschriebene Genehmigung des K. Ministeriums des Innern als der hiefür zuständigen württembergischen Behörde erlangt, — jedoch mit ausdrücklichen Beschränkungen, nämlich unter den für die Zu-

lassung auswärtiger Lotterien in der Verfügung vom 15. Januar 1880 aufgestellten allgemeinen Bedingungen, sowie unter der weiteren Bestimmung, daß bei Losangeboten nur württembergische Bezugsquellen genannt werden dürfen. Hiemit ist ausgesprochen, daß die erforderliche Genehmigung nur unter und mit jenen Bedingungen, sowie unter und mit dieser speziellen Bestimmung erteilt worden ist. Nur so wie und so weit die obrigkeitliche Erlaubnis formell lautet, hat sie demnach Geltung und übt sie ihre Rechtswirksamkeit; werden die von der Behörde bei der Genehmigungserteilung aufgestellten Bedingungen und Bestimmungen nicht eingehalten, die dadurch dem Losvertrieb innerhalb Württembergs gezogenen Schranken überschritten, so ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine solche Ueberschreitung der Genehmigung dem Mangel derselben strafrechtlich gleichzustellen, es fehlt solchenfalls die erforderliche Genehmigung.

Eben dieser Fall trifft nach der thatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts vorliegend zu: Die Erlaubnis zum Losvertrieb innerhalb Württembergs war mit der ausdrücklichen Beschränkung erteilt worden, daß bei Losangeboten in Prospekten nur inländische Bezugsquellen genannt werden dürfen und diese Beschränkung hat der Angeklagte nicht eingehalten, der von ihm thatsächlich veranstaltete Losvertrieb ist durch die ausgesprochene Genehmigung nicht gedeckt. Unzutreffend ist die im freisprechenden Urteil erster Instanz gemachte Unterscheidung zwischen „Bedingung“ und „Bestimmung“ der Genehmigung, welche Unterscheidung sich die Revision des Angeklagten nunmehr zu eigen gemacht hat. Denn wenn auch das Wort „Bestimmung“ an sich eine weitere und allgemeinere Bedeutung als das Wort „Bedingung“ hat und insbesondere nicht notwendig und überall die mit letzterem Wort in der Rechtssprache verbundene Abhängigkeit einer Rechtswirkung von einem bestimmten Umstand ausdrückt, so werden beide Bezeichnungen im gewöhnlichen Sprachgebrauch wie im Rechtsleben doch sehr häufig als gleichbedeutend an-

gewandt und im vorliegenden Fall steht nach dem Wortlaut wie nach dem Zweck der bezüglichen Bekanntmachung des Ministeriums vom 25. Juli 1898 außer Zweifel, daß insofern in dieser beide Ausdrücke unmittelbar nach einander gebraucht sind, hiemit eine sachliche Begriffsunterscheidung nicht gemacht werden wollte. Es ist eben die Genehmigung zum Losvertrieb nur mit gewissen Beschränkungen erteilt worden, diese bilden einerseits die allgemeinen Bedingungen wie sie in der Ministerialverfügung vom 15. Januar 1880 aufgestellt sind, und andererseits die für die Benennung der Bezugsquellen speziell gegebene einschränkende Bestimmung, wie dies aus der gewählten Fassung „die Erlaubnis zum Losabfaß ist . . . unter den allgemeinen Bedingungen . . . sowie unter der Bestimmung erteilt daß . . .“ klar hervorgeht. Es ist deshalb völlig unerheblich, ob ein Wechsel in den Ausdrücken wie geschehen stattfand oder ob die Fassung dahin lauten würde „unter den allgemeinen Bedingungen der Ministerialverfügung, sowie unter der weiteren speziellen daß . . .“, da beide Fassungen im vorliegenden Fall denselben Sinn wiedergeben und eine andere Auslegung nicht zulassen. Die von der Revision mit dem erstinstanzlichen Richter gemachte Unterscheidung, wonach wohl die Erfüllung der allgemeinen Bedingungen die Voraussetzung für die Wirksamkeit der erteilten Genehmigung bildet, dasselbe aber nicht auch von der Befolgung jener speziellen Bestimmung gilt und die Nichterfüllung der in ihr gegebenen Auflage nur einen nachfolgenden Widerruf der Genehmigung begründen könne, findet ihre Begründung weder im Wortlaut der maßgebenden Bekanntmachung des Ministeriums vom 25. Juli 1898 noch im Inhalt der die allgemeinen Bedingungen für die Zulassung auswärtiger Lotterien normierenden Ministerialverfügung vom 15. Januar 1880. In letzterer ist nach § 3 der Widerruf der Genehmigung für den Fall von Aenderungen des vorgelegten Lotterienplans oder der Zeit der Losziehung ausdrücklich vorgesehen, jene Bekanntmachung aber enthält lediglich nichts, was einen Schluß auf eine solch verschiedene Rechts-

wirkung der Nichterfüllung der allgemeinen Bedingungen und der Nichterfüllung jener besonderen Bestimmung rechtfertigen oder auch nur nahelegen würde. Es ist vielmehr die erforderliche Genehmigung nach dem Wortlaut der Bekanntmachung in gleicher Weise und ohne die Andeutung irgend eines beabsichtigten Unterschieds unter den allgemeinen Bedingungen sowie unter der auf die Bezeichnung der Bezugsquellen bezüglichen besonderen Bestimmung erteilt worden, — die Rechtsfolge der Nichterfüllung ist in beiden Teilen dieselbe, es fehlt dann eben die vorgeschriebene Genehmigung. Die Anwendung der Strafvorschrift des Art. 7 Ziff. 3 des Pol. St. G. auf das festgestellte objektive Verhalten des Angeklagten läßt hienach eine rechtsirrtümliche Auffassung nicht erkennen.

Weiterhin bemängelt die Revision die Feststellung des subjektiven Thatbestands der erwähnten Uebertretung. Der Angeklagte hat behauptet, in dem guten Glauben gehandelt zu haben, daß die nach Württemberg zu versendenden bzw. dort anzubietenden Lose auf Grund der erteilten Genehmigung nur mit dem Stempel der Stadtdirektion Stuttgart zu versehen waren, wie denn auch sein Losangebot sich nur auf solche gestempelte Lose bezogen habe. Soweit nach dieser Schutzbehauptung ein Irrtum in der Auslegung der mehrerwähnten Bekanntmachung des Ministeriums vom 25. Juli 1898 in Frage kommt, wäre ein solcher Irrtum auf Grund des § 59 St. G. B. zu beachten, da es sich solchenfalls nicht um eine irrige Auslegung des Strafgesetzes, auf welche sich der Angeklagte allerdings nicht würde berufen können, sondern um einen Irrtum über den Inhalt und die Tragweite jener obrigkeitlichen Bekanntmachung handeln würde. Allein daß das Berufungsgericht dies verkannt hätte, ist aus dem angefochtenen Urteil so wenig ersichtlich als der gerügte Mangel. Denn bezüglich jener Schutzbehauptung des Angeklagten ist darin ausgeführt, daß wenn derselbe auch nur Lose mit dem Stempel der Stadtdirektion Stuttgart versehen in Württemberg verkauft haben würde, hiemit der Bestim-

mung, betreffend die Angabe württembergischer Bezugsquellen nicht genügt gewesen wäre und es ist festgestellt, daß der Angeklagte dies habe wissen müssen. Nach dieser Feststellung ist dem Angeklagten verworfen, daß er geglaubt habe, mit dem Angebot oder Verkauf vorschriftsmäßig gestempelter Lose sei auch der Konzessionsbestimmung entsprochen, wonach beim Anbieten von Losen durch Zusendung von Prospekten nur württembergische Bezugsquellen genannt werden dürfen. Diese Feststellung ist genügend und bedenkenfrei: nach ihr hat der Angeklagte diese spezielle Konzessionsbestimmung gekannt und er hat sich nicht in dem Irrtum befunden, daß die Art und Weise, wie er die Lose angeboten hat, jener Bestimmung entspreche; die Feststellung, daß er dies wissen mußte, schließt zugleich die andere in sich, daß er es thatsächlich gewußt hat. Hiernach erweist sich auch dieser Angriff nicht als begründet.

4.

Kann auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens ein schriftliches Gutachten eines Sachverständigen eingeholt werden?

Diese Frage ist vom Straffenat bejaht worden, obgleich nach § 82 St.P.O. anscheinend nur im Vorverfahren eine schriftliche Erstattung des Gutachtens zulässig ist, und im Hauptverfahren hinsichtlich des Erfordernisses der Mündlichkeit die Sachverständigen den Zeugen gleichstehen.

Gegen N. N. war von der Strafkammer des Landgerichts R. das Hauptverfahren wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt und wegen Beleidigung eröffnet und nachträglich von derselben angeordnet worden, daß über den Geisteszustand des Angeklagten der Sachverständige Medizinalrat D. ein Gutachten schriftlich zu erstatten habe. Die hiegegen eingelegte Beschwerde des Angeklagten wurde als unbegründet verworfen in der Erwägung:

1. Daß die Beschwerde gegen den Beschluß der Straf-

kammer vom 12. April 1899 gerichtet erscheint, durch welchen der erwähnte Sachverständige zur Vorbereitung der Hauptverhandlung mit Erstattung eines schriftlichen Gutachtens über die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten beauftragt wurde;

2. daß — abgesehen von der prozessualen Frage der Stattbarkeit der erhobenen Beschwerde angesichts der Bestimmung des § 347 St. P. O. — diese Beschwerde jedenfalls materiell der Begründung entbehrt, weil gegenüber den Bestimmungen in §§ 242 ff. der St. P. O., in welchen für die Hauptverhandlung bezüglich des Erfordernisses der Mündlichkeit die Sachverständigen den Zeugen unbeschadet der Ausnahme in § 255 Abs. 2 völlig gleich behandelt sind, mit der Vorschrift des § 82, daß es im Vorverfahren von der richterlichen Anordnung abhängt, ob die Sachverständigen ihr Gutachten schriftlich oder mündlich zu erstatten haben, die Möglichkeit nicht ausgeschlossen wurde, auch in dem der Vorbereitung der Hauptverhandlung bestimmten Prozeßabschnitt zwischen Eröffnungsbeschluß und Hauptverhandlung das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen, wenn dies nach Lage der Sache als geboten erscheint, wie speziell in den Fällen des § 81 St. P. O. nicht selten vorkommt, — ein Gutachten, das, weil der Vorbereitung der Hauptverhandlung dienend, seinem Zweck entsprechend vor dieser abgegeben werden muß und daher füglich nicht anders als schriftlich entgegengenommen, überdies im Fall des § 83, 255 Abs. 2 (Einholung des Gutachtens einer kollegialen Fachbehörde) nicht anders abgegeben werden kann;

3. in weiterer Erwägung, daß im vorliegenden Fall die angefochtene Verfügung des Gerichts ausdrücklich als zum Zweck der Vorbereitung der Hauptverhandlung getroffen erklärt ist, auch in dem Beschluß der Strafkammer vom 5. April 1900, durch welchen die Verbringung des Angeklagten in die staatliche Irrenanstalt W. auf die Dauer von höchstens 6 Wochen gemäß § 81 St. P. O. angeordnet wurde und welcher Beschluß durch Verwerfung der dagegen

erhobenen Beschwerde mit Beschluß des Straffenats vom 7. Mai 1900 unanfechtbar geworden ist, die Vorbereitung der Hauptverhandlung als Zweck genannt und eben hiemit auch die schriftliche Gutachtensabgabe begründet ist, sowie daß mit solcher Anordnung eines schriftlichen Gutachtens selbstverständlich dem weiteren gesetzlichen Verfahren und der mündlichen Erstattung des Gutachtens in der Hauptverhandlung in keiner Weise vorgegriffen werden konnte und wollte.

Beschluß des Straffenats vom 11. Juni 1900 in der Beschwerdefache des Freiherrn von Münch in Hohenmühlingen wegen Widerstands u. a. B.

5.

Die Beschwerde in Kostenfestsetzungssachen.

Rechtsanwalt R. in G. hatte als Verteidiger in einer Privatklagesache die Kosten und Auslagen seines in beiden Instanzen freigesprochenen Mandanten beim Amtsgericht M. liquidiert und es waren dieselben von letzterem im geforderten Betrag für beide Instanzen festgesetzt worden; auf hiergegen vom Privatkläger erhobene Beschwerde hatte die Strafkammer des Landgerichts G. die von ersterem zu erstattenden Kosten zu Ungunsten des Angeklagten ermäßigt, worauf dessen Verteidiger gegen diese Herabsetzung seinerseits die Beschwerde, vorsorglich die weitere Beschwerde und die sofortige Beschwerde beim Straffenat des Oberlandesgerichts erhob. Diese Beschwerde wurde als unzulässig verworfen in der Erwägung:

1. daß der mit der Beschwerde angefochtene Beschluß der Strafkammer auf die Beschwerde des Privatklägers gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Amtsgerichts M. vom 26. Sept. 1900, somit in der Beschwerdeinstanz ergangen ist, solche Beschlüsse aber, welche von einem Landgericht in der Beschwerdeinstanz erlassen sind, nach § 352 St.P.O. nur insofern sie Verhaftungen betreffen, durch weitere Beschwerde angefochten werden können, im Uebrigen aber

einer weiteren Anfechtung nicht unterliegen, wobei das Gesetz keinen Unterschied macht, ob die Beschwerde von Seite desjenigen, welcher die Entscheidung des Landgerichts herbeigeführt hat, oder von dessen Gegner erhoben wird und ob zum Nachteil des letzteren eine den amtsgerichtlichen Beschluß abändernde Entscheidung des Landgerichts ergangen ist;

2. daß die Bestimmung des § 352 St. P. O. auch auf das Verfahren in Privatklagesachen wegen Beleidigung, einschließlich des Verfahrens im Kostepunkt Anwendung findet, da in der Strafprozeßordnung bezüglich der bei Kostenfestsetzungen zu beachtenden Vorschriften nur in § 503 Abs. 5 auf eine Bestimmung der Civilprozeßordnung (früher § 87, jetzt § 91) Bezug genommen wird, welche jedoch den Umfang der Ersatzpflicht, soweit Gebühren und Auslagen eines Anwalts in Betracht kommen, und nicht das dabei zu beobachtende Verfahren, speziell nicht den Instanzenzug berührt, weshalb die vorliegende Beschwerde auch nicht etwa als weitere Beschwerde im Sinn des § 568 C. P. O. erscheinen kann, wonach gegen die Entscheidung des Landgerichts als Beschwerdegericht eine weitere Beschwerde zulässig ist, falls in dessen Entscheidung ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist und die Beschwerdesumme den Betrag von 50 Mk. übersteigt, — eine Bestimmung, welche entsprechend die Strafprozeßordnung nicht kennt, die vielmehr in § 352 alle in der Beschwerdeinstanz ergangenen Entscheidungen der Landgerichte, abgesehen vom Fall einer Verhaftung, der weiteren Anfechtung ausdrücklich entzieht;

3. daß nach dem Ausgeführten gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse eines Amtsgerichts in Privatklagesachen gemäß § 346 St. P. O. nur einfache und einmalige Beschwerde, auch nicht, wie der Beschwerdeführer eventuell geltend macht, die sofortige Beschwerde im Sinn des § 353 St. P. O. stattfindet.

Beschluß des Straßenats vom 5. Dezember 1900 in der Privatklagesache des Christian Schöllkopf in Mundelsheim gegen Christof Reiner dort wegen Beleidigung.

6.

Die Anwaltsgebühr in verbundenen Privatklagesachen bei verschiedenem Ausgang derselben.

Rechtsanwalt C. in L. hatte als Vertreter des Friedrich Wagner in K. je getrennt Privatklage wegen Beleidigung erhoben gegen Christiane Layher in K. und deren Tochter Friederike Layher, das Amtsgericht in beiden Privatklagesachen auf Freisprechung erkannt und der Privatkläger hiegegen sodann Berufung eingelegt. Die Strafkammer des Landgerichts K. als Berufungsgericht hat beide Privatklagesachen zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden und es fand in der Hauptverhandlung eine auf beide Klagen sich erstreckende Beweisaufnahme statt; durch Urteil der Strafkammer wurde in der Privatklagesache gegen Christiane Layher diese zu Strafe und Kostenersatz sowie zur Erstattung der dem Privatkläger in dieser Sache erwachsenen notwendigen Auslagen verurteilt, wogegen in der Privatklagesache gegen Friederike Layher das die Angeklagte freisprechende Urteil erster Instanz bestätigt und der Privatkläger als kostenpflichtig erklärt wurde. Der Anwalt des Privatklägers hat hernach die volle Gebühr mit 18 Mk. für die Hauptverhandlung II. Instanz ausschließlich in der Privatklagesache gegen Christiane Layher, in welcher seine Partei obgesiegt hatte, liquidiert und von der Strafkammer zugbilligt erhalten. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde als begründet anerkannt und der hälftige Betrag mit 9 Mk. an den von der Angeklagten Christiane Layher dem Privatkläger zu erstattenden Kosten abgestrichen. Aus den

G r ü n d e n :

Die dem Anwalt des Privatklägers in beiden Sachen zukommende Verhandlungsgebühr, welche gemäß §§ 63, 65, 66 *RM.-Geb.-D.* 12+6 = 18 Mk. beträgt, kann der Privatkläger von der Angeklagten Christiane Layher nur zur Hälfte ersetzt verlangen, denn in der anderen, in Verhandlung und Urteil verbundenen Privatklagesache gegen Friederike

Layher ist ihm selbst die gleiche Kostenersatzpflicht auferlegt, wie solche im ersteren Falle die Angeklagte Christiane Layher trifft. Die in der angegebenen Höhe erwachsene Gebühr ist deshalb entsprechend und zwar je hälftig auf die beiden verbunden verhandelten Privatklagesachen zu verteilen, wie auch im Berufungsurteil die Gerichtsgebühr der zweiten Instanz dem Privatkläger und der Angeklagten Christiane Layher je hälftig zugeschrieben worden ist. Es kann sonach der Privatkläger nur die Hälfte jener Anwaltsgebühr zur Erstattung liquidieren, während die andere Hälfte seinem Anwalt zu bezahlen er selbst schuldig bleibt.

Wenn hievon abweichend der Anwalt des Privatklägers ohne Rücksicht auf die gerichtsseitig in zweiter Instanz erfolgte Verbindung beider Privatklagesachen in derjenigen gegen Christiane Layher seine Gebühr ausschließlich und voll berechnet, so steht diesem Anspruch eine gesetzliche Bestimmung nicht zur Seite. Insbesondere kann § 3 der RA.-Geb.-O. keine Anwendung finden, welcher die Ausführung von Aufträgen mehrerer Auftraggeber durch dieselbe Thätigkeit des Rechtsanwalts zur Voraussetzung hat und diesfalls jeden einzelnen Auftraggeber dem Anwalt gegenüber für denjenigen Betrag an Gebühren und Auslagen haftbar erklärt, welcher bei abgezonderter Ausführung seines Auftrags erwachsen sein würde. Denn im vorliegenden Fall ist nur ein Auftraggeber, wenn auch für verschiedene Klagesachen, vorhanden und es handelt sich nicht um Geltendmachung des Ersatzens von Seite des Rechtsanwalts gegen die eigene Partei, sondern es verlangt der Privatkläger die von seinem Anwalt berechnete Gebühr von der zur Kostentragung verurteilten Gegenpartei ersetzt. Fehlt es aber an einer gesetzlichen Vorschrift, derzufolge der Anwalt bei Ausführung zweier Aufträge desselben Auftraggebers in einer und derselben Verhandlung — nach seiner freien Wahl von der einen oder anderen Gegenpartei seine Gebühr ganz ersetzt verlangen dürfte, so ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die durch

die Vertretung eines Auftraggebers in zwei verbundenen Privatklagesachen nur einmal erwachsene Gebühr auf beide Sachen entsprechend zu verteilen. Diese Verteilung führt vorliegend dazu, daß der Privatkläger nur den Betrag von 9 Mk. als der Hälfte der seinem Anwalt zukommenden Gebühr von 18 Mk. von der Angeklagten Christiane Layher erstattet verlangen kann.

Beschluß des Strafsenats vom 21. Mai 1900 in der Beschwerdesache der Christiane Layher in Kirchberg a. M.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

In § 30 Abs. 1 lit. b. Schlusssatz des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz. (Einlieferung.)

In der Verwaltungsrechtsache des Preussischen Landarmenverbands Berlin, Klägers, gegen den Württemberg. Landarmenverband des Neckarkreises, Beklagten, Uebernahme des aus der Strafanstalt Moabit entlassenen und in die Irrenanstalt der Stadt Berlin zu Dalldorf übergeführten Th. R. und Ersatz der Verpflegungskosten für denselben betreffend, erkannte der Verwaltungsgerichtshof auf Abweisung der Klage.

Aus den

G r ü n d e n :

R. ist als Landarm zu betrachten. . . Die Ausnahmesbestimmung des Schlusssatzes in § 30 Abs. 1 b des U.W.G. bezweckt, diejenigen Landarmenverbände, in denen sich Straf- u. s. w. Anstalten befinden, von der ihnen nach der Regelvorschrift des § 30 Abs. 1 b obliegenden Armenlast für solche Landarme zu befreien, die sich zwangsweise in einer dieser Anstalten befinden und bei der Entlassung hilfsbedürftig sind. Aus Gründen der Billigkeit ist die Fürsorge für solche Landarme demjenigen Landarmenverband zugewiesen, aus welchem die Einlieferung des Hilfsbedürftigen in die Anstalt erfolgt ist. Unbestrittenermaßen befand sich R. bis zum 21. April 1899 zwangsweise in der Strafanstalt Moabit und ist an diesem Tage in hilfsbedürftigem Zustand aus

derselben entlassen worden und dadurch der vorläufigen Fürsorge des Klägers anheimgefallen. Wird zunächst von der Entweichung des R. am 25. Juli 1898 abgesehen, so würden die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, welche gemäß § 30 Abs. 1 lit. b Schlußsatz den Beklagten zur Erstattung der Verpflegungskosten und bei der dauernden Hilfsbedürftigkeit des R. auf Grund des § 31 zur Uebernahme desselben verpflichten.

a. Die Einlieferung des R. im Sinne des § 30 Abs. 1 lit. b wäre aus dem Landarmenverband des Württ. Neckarkreises erfolgt, denn R. hat vor seiner zur Einlieferung führenden Verhaftung am 4. Juni 1892 seinen letzten Aufenthalt in Stuttgart, im Bezirke des beklagten Landarmenverbands, gehabt. Hieran wird nichts geändert durch die Thatsache, daß der am 30. Januar 1892 in Kattowitz in Schlesien verhaftete R. auf einem Transport als Untersuchungsgefangener am 21. März 1892 auf dem oberschlesischen Bahnhof in Breslau seinem Transporteur entsprungen war. Wenn er auch aus diesem Grunde der Gefahr einer Wiederverhaftung durch die Polizeibehörden ausgesetzt war, so befand er sich doch nicht mehr in dem eine fremde Gewalt voraussetzenden Zustand der Einlieferung, vielmehr war ihm die Selbstbestimmung und damit die Freiheit der Wahl des Aufenthalts zurückgegeben; von dieser Freiheit Gebrauch machend hat er sich dann am 27. Mai 1892 nach Stuttgart begeben und daselbst bis zu seiner Verhaftung am 4. Juni 1892 aufgehalten.

b. Unerheblich wäre auch, daß R. nicht direkt aus dem Bezirke des beklagten Landarmenverbandes in die Strafanstalt Moabit eingeliefert worden ist, sondern dazwischen sich in verschiedenen Strafanstalten und insbesondere auch in Elßaß-Lothringen im Gefängnis und als Untersuchungsgefangener in einer Irrenanstalt, sowie in Bayern in Untersuchungshaft befunden hat (vergl. Entscheidungen des Bundesamts für das Heimatwesen Heft 26 S. 100 ff.)

c. Zweifelhaft erscheint die rechtliche Bedeutung des

Umstandes, daß R. auf dem Transport aus Meß nach der Strafanstalt Moabit in Frankfurt a. M. am 25. Juli 1898 entwichen ist, zwei Tage lang in Freiheit sich befunden hat, am 27. Juli in Aschaffenburg wegen eines dort verübten Betrugs verhaftet und daselbst am 10. August 1898 der Gensdarmmerie zur Ablieferung in die Moabiter Strafanstalt übergeben worden ist. Es fragt sich, ob hiernach die für die endgiltige Fürsorgepflicht maßgebende Einlieferung in Stuttgart oder in Aschaffenburg ihren Anfang genommen hat. Die Einlieferung im Sinne des Gesetzes setzt die Mitwirkung eines Dritten voraus, durch welchen der Einzuliefernde, ohne daß seinem Willen eine ausschlaggebende Bedeutung dabei zukommt, einer solchen Anstalt zugeführt wird (Entscheidungen des Bundesamts für das Heimatwesen Heft 30 S. 126).

Einer derartigen fremden Einwirkung war R. in der Zeit vom 25. bis 27. Juli 1898 nicht mehr ausgesetzt, namentlich konnte bei seinem Aufenthalt in Aschaffenburg am 26. und 27. Juli von einer Verfolgung durch den Transporteur nicht mehr die Rede sein. Allerdings war R. nach dem vorliegenden ärztlichen Zeugnis in der fraglichen Zeit bereits geisteskrank. Allein trotzdem bleibt die Thatsache bestehen, daß er sich für zwei Tage fremder Gewalt und Einwirkung entzogen, in Aschaffenburg seinen Aufenthalt genommen und daselbst durch eine die objektiven Merkmale eines Betrugs tragende Handlung aufs neue seine Verhaftung durch die dortige Polizei herbeigeführt hat. Hiernach ist anzunehmen, daß die von Meß aus versuchte Einlieferung erfolglos geblieben ist, in Frankfurt a. M. durch die Entweichung des Sträflings ihr Ende erreicht hat und daß dann im folgenden Monat eine neue Einlieferung begann, welche in Aschaffenburg ihren Anfang nahm und ihren Zweck erreichte. Der Kläger hat also den ihm obliegenden Nachweis nicht erbracht, daß der hilfsbedürftige R. aus dem Bezirk des beklagten Landarmenverbands in die Strafanstalt Moabit eingeliefert worden ist.

Die gegen das Urteil eingelegte Berufung an das Bundesamt für das Heimatwesen ist zurückgenommen worden.

Urteil vom ^{27. Juni}
4. Juli 1900 in der Verwaltungsrechtssache des Preussischen Landarmenverbands Berlin gegen den Württemb. Landarmenverband des Neckarkreises.

2.

Krankenversicherungspflichtigkeit der von öffentlichen Korporationen an Straßen beschäftigten Steinschläger.

Als G. F. von Grözingen, der seit 1892 auf den von der Amtskörperschaft Nürtingen in ihre Unterhaltung übernommenen Nachbarschaftsstraßen des Oberamtsbezirks als Steinschläger beschäftigt war und im Juli 1899 bei der Arbeit erkrankte, von der Bezirkskrankenkasse Nürtingen Krankenunterstützung in Anspruch nahm, wurde ihm diese für 13 Wochen mit Aufwendung von 81 Mk. 11 Pf. gewährt. Diesen Betrag verlangte die Bezirkskrankenkasse auf Grund des § 50 des Krankenversicherungsgesetzes und des § 14 letzter Absatz des Statuts von der Amtskörperschaft, weil diese den F. anzumelden unterlassen hatte, ersetzt. Die nach § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes zur Vorentscheidung über den Ersatzanspruch berufene Aufsichtsbehörde, das K. Oberamt Nürtingen, hat am 27. April 1900 den Bescheid erteilt, die Amtskörperschaft sei nicht verpflichtet, der Bezirkskrankenkasse den Unterstützungsaufwand zu erstatten, weil F. in einem versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnis nicht gestanden sei. Dagegen hat auf die von der Bezirkskrankenkasse rechtzeitig erhobene Klage die K. Kreisregierung in Reutlingen durch Urteil vom 15. Oktober 1900 die Amtskörperschaft für schuldig erklärt, der Klägerin die eingeklagten 81 Mk. 11 Pf. zu ersetzen.

Die von der Beklagten eingelegte Berufung hat der Verwaltungsgerichtshof als unbegründet zurückgewiesen.

G r ü n d e :

Nach § 1 Abs. 1 Ziff. 1 des Krankenversicherungsgesetzes und § 2 Ziff. 1 des Statuts der klägerischen Kasse sind die bei Bauten gegen Lohn beschäftigten Personen der Krankenversicherungspflicht, auch wenn die Ausführung des Baus nicht gewerbsmäßig geschieht, unterworfen; zu den Bauten ist auch die von der Beklagten übernommene ständige Unterhaltung der Nachbarschaftsstraßen des Oberamtsbezirks zu rechnen und als Anfang und Bestandteil der Unterhaltung ist die auf den Straßenstrecken stattfindende Verkleinerung des hiezu zugeführten Steinmaterials zu Schotter anzusehen. Ueberdies sind nach § 2 Ziff. 7 des Statuts der Krankenversicherungspflicht die in Betrieben oder im Dienste der Beklagten und der Gemeinden des Oberamtsbezirks beschäftigten Personen, soweit sie der Invaliditäts- und Altersversicherungspflicht unterliegen, unterworfen; nach § 1 Ziff. 1 des Gesetzes über die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juni 1889 wie nach § 1 Ziff. 1 des mit dem 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Invalidenversicherungsgesetzes vom 13. Juli 1899 sind aber nach Maßgabe dieser Gesetze allgemein die Personen, welche als Arbeiter gegen Lohn beschäftigt sind, versichert. Zwischen den Parteien ist streitig, ob F., als er am 26. Juli 1899 während seiner Beschäftigung als Steinschläger erkrankte, zu der Beklagten in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stand oder ein nichtversicherungspflichtiger Unternehmer war. Die Entscheidung dieser Frage fällt aber nicht, wie die Beklagte annimmt, mit der Beantwortung der Frage völlig zusammen, ob F. in einem Dienstvertragsverhältnis als gewöhnlicher Arbeiter beschäftigt war oder einen Werkvertrag eingegangen hatte.

Wie bereits der Unterrichter dargelegt hat, hat die Ab-scheidung zwischen dem versicherungspflichtigen Arbeiter und dem nichtversicherungspflichtigen Unternehmer ihre Ausgestaltung in der Rechtsanwendung vorzugsweise durch die Rechtsprechung in Angelegenheiten der Alters- und Invaliditätsversicherung erhalten. Die hiebei gewonnenen Ergebnisse auf

das Gebiet der Krankenversicherung zu übertragen, ist nicht nur wegen des engen Zusammenhangs der Arbeiterversicherungsgesetze unbedenklich, sondern ist auch im vorliegenden Fall wegen der angeführten Ziff. 7 des § 2 des Statuts geboten. In der von dem Reichsversicherungsamt unter dem 19. Dezember 1899 herausgegebenen Anleitung, betreffend den Kreis der nach dem Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899 versicherten Personen, ist unter Hinweis auf die bisher ergangenen Entscheidungen in Ziff. 31 ausgeführt: „In weiterem Umfange als im Sinne des bürgerlichen Rechts ist ferner ein Arbeitsverhältnis zu unterstellen bei Affordanten. Unbedenklich ist zunächst die Versicherungspflicht meist da begründet — übrigens auch im Sinne des bürgerlichen Rechts im allgemeinen lediglich ein Arbeitsvertrag gegeben — wo der Unterschied gegenüber gewöhnlichen Tagelöhnern im Grunde nur in der Lohnform — Affordlohn statt Zeitlohn — liegt (Rev.-G. 272. 370. 371 A. N. J. u. A. B. 1893 S. 118, 1894 S. 144, 145. — Steinklopfer, Steinbrecher, Schlackenschläger im Afford, die alle allein arbeiteten und nur eine freiere Bewegung bei der Einteilung der Arbeitszeit und dergleichen genossen, weil die Einfachheit der Arbeit und der aus Rücksicht auf ihren eigenen Vorteil entspringende Antrieb die strenge Ueberwachung der Arbeit entbehrlich machte). Wohl aber sind Zweifel möglich, wenn jemand von einem Unternehmer einen größeren Teil eines Werks, z. B. einer Bauausführung oder die Arbeiten eines einzelnen Betriebszweigs, z. B. einer Gutziegelei, insbesondere gegen einen Pauschbetrag übertragen erhält, die übernommenen Arbeiten in gewissem Umfang selbst leitet und zu ihrer Ausführung seinerseits bezahlte Hilfskräfte heranzieht. Derartige Personen stehen den selbständigen Gewerbetreibenden jedenfalls nahe, und es läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles entscheiden, ob noch ein versicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis angenommen werden darf. Für diese Entscheidung, welche durch die auf dem Gebiete der Unfallversicherung bereits bestehende Rechtsübung vielfach er-

leichtert wird, kommt namentlich in Betracht, ob die von dem Auftragnehmer übernommenen Arbeiten unlösbar zu einem fremden Betrieb gehören, oder ob er für eigene Rechnung thätig ist, ob ihm nach den getroffenen Vereinbarungen eine geringere oder größere Selbständigkeit bezüglich der Leitung, der Arbeitsausführung sowie der Verwertung etwaiger Betriebserzeugnisse zukommt, welches Maß eigener Verantwortlichkeit und geschäftlicher Gefahr er trägt, ob er ferner selbst mitarbeitet, nur eine dem üblichen Arbeitslohn entsprechende Vergütung bezieht oder einen Unternehmergewinn zu erzielen in der Lage ist, welche Lebensstellung er sonst einnimmt und dergleichen mehr (zu vergl. die R.G. 124 M.N.Z. und M.B. 1892 S. 35 — Ziegler, der für je tausend fertige Ziegel einen festen Betrag erhält, die Hilfskräfte selbst beschafft, 247 M.N.Z. und M.B. 1893 S. 94 — berufsmäßiger Lohnarbeiter, der zeitweilig einen kleineren Straßenbau unter Heranziehung der nötigen Hilfskräfte — jedoch unter Oberleitung der auftraggebenden Behörde ausführt, 457 a. a. O. S. 249 — landwirtschaftlicher Arbeiter, der ohne fachmäßige Vorbildung Kulturarbeiten geringeren Umfangs im Auftrage übernimmt und die Mitarbeiter auf eigene Rechnung stellt. In allen drei Fällen war die Versicherungspflicht anzuerkennen). Es entspräche nicht den Absichten der Versicherungsgesetzgebung, wenn es dem größeren und wirtschaftlich kräftigeren Unternehmer freistünde, die Lasten der Versicherung mittels vertragsmäßiger Einräumung einer scheinbaren Selbständigkeit willkürlich auf schwächere Schultern abzuwälzen“.

Die Klägerin hat dem Klagevorbringen die von F. abgegebenen Erklärungen zu Grunde gelegt: Er habe bei seinem Beschäftigungsverhältnis für die Zerkleinerung von 1 cbm Steinen 1 Mk. 70 Pf. erhalten, ohne daß er durch schriftlichen oder mündlichen Vertrag weitergehende Ansprüche erworben oder irgendwelche weitere Verpflichtungen eingegangen habe, sodaß er jeden Tag die Arbeit hätte verlassen können oder von der Beklagten hätte entlassen werden können. Der am 9. Mai 1896 von dem Oberamtsstraßenmeister mit G. Z.

für die Zeit vom 1. April 1896 bis 1. April 1898 in Betreff der Straßenstrecken No. 34 und 35 abgeschlossene Vertrag, den F. als Bürge des B. unterzeichnet hat, sei nicht von F. stillschweigend verlängert worden. F. habe auch nicht bloß auf diesen Straßenstrecken, sondern auch auf den Strecken No. 10 und 11 und einmal in Nürtingen selbst Steine geschlagen, wie er vom Oberamtsstraßenmeister gerade Anweisung erhalten habe. Anfangs habe F. mit K. D. gemeinschaftlich, seit 1897 aber nur noch allein Steine geschlagen. Unrichtig sei auch die Angabe des Oberamtspflegers, daß F. während seiner Krankheit für Stellvertretung gesorgt habe; die an seiner Stelle beschäftigten Personen seien vielmehr vom Straßenwärter eingestellt worden und haben ihren Lohn unmittelbar eingenommen. Wäre dieses Vorbringen der beweispflichtigen Klägerin ohne weiteres als erwiesen anzunehmen, so besteht kein Zweifel darüber, daß das Beschäftigungsverhältnis, in dem F. zur Zeit seiner Erkrankung gestanden ist, das eines privatrechtlichen Arbeitsdienstvertrags, bei welchem der Lohn des F. nicht als Zeitlohn sondern als Stücklohn gezahlt wurde, gewesen ist und daß vermöge dieses Arbeitsdienstvertragsverhältnisses F. der Versicherungspflicht unterlag.

Von der Beklagten ist dagegen vorgebracht: Der mit B. zu Stande gekommene Vertrag, worin dieser als Unternehmer bezeichnet sei und die Verpflichtung übernommen habe, die Steine, welche ihm in den bezeichneten Steinlieferungsdistrikten jährlich zugewiesen werden, innerhalb der vertragsmäßigen Zeit zum Preise von 1 Mk. 70 Pf. für den cbm nach Vorschrift kleinzuschlagen, sei als Werkvertrag aufzufassen, wie insbesondere auch daraus sich ergebe, daß die Bürgen bezw. die Erben des Unternehmers zur Erfüllung des Vertrags gehalten gewesen seien, während dem Unternehmer unverwehrt gewesen sei, sich der Hilfeleistung anderer Personen oder der Verwendung von Maschinen zu bedienen. Nachdem F. in den Jahren 1896/98 von B. beschäftigt gewesen sei, habe, als B. als Straßenwärter angestellt worden

sei, der Oberamtsstraßenmeister den F. stillschweigend in jenen Vertrag eintreten und sodann denselben fortsetzen lassen. Daß sich F. wieder für zwei Jahre verpflichtet habe und daß die übliche Sicherstellung durch Bürgschaft bestehe, ist nicht behauptet. Der Oberamtsstraßenmeister G. hatte angegeben, F. sei seit dem Jahr 1898/99 Akkordant nur für die Wärterstrecke No. 34, die von untergeordneter Bedeutung sei und wenig Material erfordere, gewesen, und mit der Einräumung, F. habe im Jahr 1898/99 in Nürtingen ein Lager Steine zum Einwalzen zerkleinert, der Oberamtspflege über die von F. zerkleinerten Steinmengen die Angaben gemacht:

1. im Jahr 1897/98 gemeinschaftlich mit dem Akkordanten D. auf Wärterstrecke No. 34 — : 80 cbm 136 Mk. — Pf.
2. 1898/99 auf Strecke „ 10 — : 55 „ 93 „ 50 „
3. 1898/99 „ „ „ 11 — : 31 „ 49 „ 60 „
4. 98/99 „ „ „ 34 — : 69 „ 117 „ 30 „
5. 98/99 „ „ „ 35 — : 29,5 „ 50 „ 15 „
6. 1899/1900 „ „ 34 — : 51 „ 86 „ — „
7. 1899/1900 „ „ 35 — : 31 „ 52 „ 70 „

Könnte man nun auch nach der Behauptung der Beklagten in Verbindung mit den Angaben des Oberamtsstraßenmeisters G. annehmen, F. habe einen Werkvertrag, den B. für die Strecken No. 34 und 35 eingegangen habe, für die Strecke No. 34 fortgesetzt und es sei die Erfüllung dieses Werkvertrags seine hauptsächliche Beschäftigung bei der Beklagten gewesen, so ist doch nach der Gesamtheit der tatsächlichen Umstände sein Beschäftigungsverhältnis gleichwohl für ein versicherungspflichtiges zu erklären, wobei zu der Auffassung der Beklagten zu bemerken ist, daß die in dem Vertrag des B. enthaltenen Festsetzungen, daß er im Falle unverschuldeter Verhinderung einen Ersatzmann vorzuschlagen befugt sei und der Vertrag auf seine Erben übergehe, auch die Vertragserfüllung durch Bürgschaft sichergestellt werde, auch mit einem bloßen Arbeitsdienstvertrage sich verbinden ließen.

F. hat sich in der Lebensstellung eines Tagelöhners be-

funden und er hat nicht bloß an der Steinerkleinerung selbst mitgearbeitet, sondern, wie von der Beklagten nicht bestritten ist, seit dem Jahr 1897 auf der Straßenstrecke No. 34 (wie auch sonst) die Arbeit bis zu seiner Erkrankung ohne Hilfs- person verrichtet. Die von ihm verrichtete Arbeit war untrennbar mit der Unterhaltung der Straßenstrecke, wie sie von dem Oberamtsstraßenmeister oder dem Straßenwärter für Rechnung der Beklagten angeordnet wurde, verbunden. Von geringfügigem Werkzeug abgesehen hat er ohne eigenes Betriebs- oder Anlagekapital und ohne das Risiko, eines solchen oder des Erfolgs seiner Arbeit ganz oder teilweise verlustig zu gehen, gearbeitet und bei einem durchschnittlichen Verdienst bei seiner Alleinarbeit von nicht mehr als 1 Mk. 50 Pf. für den vollen Arbeitstag war ihm insbesondere die Erzielung eines Unternehmergewinns nicht ermöglicht. Der in der Berufungsschrift angeführte Erlaß des K. Ministeriums des Innern vom 10. April 1900 (Min. VBl. S. 202) betrifft einen Fall von anders gearteten thatsächlichen Verhältnissen.

Urteil vom 24. Dezember 1900 in der Berufungssache der Amtskörperschaft Nürtingen gegen die Bezirkskrankenkasse Nürtingen.

3.

Zu § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes und Art. 24 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 (Erfordernisse der Klage hinsichtlich der Bezeichnung des Gegenstands des Anspruchs und der den Antrag begründenden Thatsachen).

Nachdem durch Bescheid des K. Oberamts Cannstatt vom 23. Mai 1900 „in der Streitsache des Modellschreiners A. G. in Feuerbach gegen die gemeinsame Ortskrankenkasse Cannstatt, Krankenunterstützung betreffend“, der Anspruch des G. an die Kasse als unbegründet zurückgewiesen worden und dieser Bescheid dem G. am 28. Mai zugestellt worden war,

kam am 17. Juni 1900 bei der K. Kreisregierung in Ludwigsburg eine „Widerspruchsklage“ ein, deren Eingang lautet: „In der Streitsache des A. G., Modellschreiners in Feuerbach, gegen die gemeinsame Ortskrankenkasse erhebe ich gegen den vom K. Oberamt mir eröffneten Bescheid Widerspruch und bitte das K. Verwaltungsgericht, den Bescheid des K. Oberamts Cannstatt aufzuheben und die Krankenkasse Cannstatt zu meinem Guthaben resp. widerrechtlich abgezogenen Krankengeld zu veranlassen und zu verurteilen.“ Am Rand ist bemerkt: „Der Bescheid führt P. f. c. Cannstatt 25. V. 1900.“ In der „Begründung“ bekämpft Kläger zunächst die Annahme des oberamtlichen Bescheids, daß er Simulant sei, und sagt sodann am Schluß: „Ich bitte daher das K. Verwaltungsgericht, die Ortskrankenkasse zu meinem Guthaben zu verurteilen wie ich in meiner Klagschrift und der zweiten Schrift an's K. Oberamt beantragte.“ In der „Klagschrift“, welche G. am 6/7. April 1900 beim K. Oberamt Cannstatt eingereicht hatte, war der Antrag enthalten: die beklagte Ortskrankenkasse Cannstatt zur sofortigen Ausbezahlung seines Guthabens von 16 M. Krankengeld zu verurteilen, ebenso zu „weiter 7 Tage im Wert von 14 M. für kommende Woche“ zu seiner Erholung zu verpflichten. In einem „Gesuch“ vom 9. April 1900 bat G. das Oberamt, die Ortskrankenkasse Cannstatt zu veranlassen, sein noch ungeheiltes Leiden, Rheumatismus und Nervenleiden, durch einen tüchtigen Spezialarzt in Stuttgart ausheilen zu lassen.

Nachdem die Kreisregierung am 20. Juni „in der Verwaltungsrechtsache des Modellschreiners A. G. in Feuerbach gegen die gemeinsame Ortskrankenkasse Cannstatt, Krankenunterstützung betreffend“ die Akten des K. Oberamts einverlangt hatte und diese am 26. Juni eingekommen waren, wies die Kreisregierung mit Erlaß vom 27. Juni „auf Grund von Art. 22, 24 und 26 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876“ die erhobene Klage zurück, weil Kläger in der Klagschrift weder den Gegenstand des Anspruchs noch die seinen Antrag begründenden Thatsachen so genau bezeich-

net habe, daß auf Grund dieses Schriftsatzes die Verhandlung mit der Gegenpartei eingeleitet werden könnte, und außerdem Kläger den Schriftsatz statt in zweifacher nur in einfacher Ausfertigung vorgelegt habe.

Darauf kam am 2. Juli 1900 — also nach Ablauf der vierwöchigen Frist des § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes — eine „Klageschrift“ G.'s bei der Kreisregierung ein, worin er seine Forderung an Krankengeld auf 50 M. berechnete. Diese Klage wurde von der Kreisregierung mit Bescheid vom 10. Juli 1900 als rechtlich unzulässig zurückgewiesen, weil die vierwöchige Klagfrist des § 58 Abs. 1 cit. am 2. Juli schon abgelaufen gewesen sei.

Nachdem Kläger gegen diesen ihm am 12. Juli zugestellten Bescheid mittels eines am 16. Juli eingekommenen Schriftsatzes Einspruch eingelegt und Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt hatte, fand — nachdem eine Klagebeantwortung der Beklagten eingekommen war — am 27. August 1900 eine mündliche Verhandlung vor der Kreisregierung statt, auf Grund deren am gleichen Tage das Urteil, daß die Klage als unzulässig zurückgewiesen werde, verkündet wurde, welches Urteil darauf gestützt wurde, daß die am 17. Juni 1900 eingereichte Klagschrift wegen der in der prozessleitenden Verfügung vom 27. Juni bezeichneten Mängel nicht geeignet gewesen sei, die Klagfrist des § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes zu wahren, da diesen Erfolg nur eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Klagerhebung habe, und daß die Erneuerung der Klage in einer der gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Weise erst nach Ablauf der gesetzlichen Klagfrist erfolgt sei.

In seiner Berufung bekämpfte Kläger diese Entscheidung, indem er ausführte, er habe seine zweite Klagschrift nicht als neue Klage eingereicht, sondern „als eine Klage zur Ergänzung der ersten vom 17. Juni“, es liege deshalb keine Versäumung der Klagfrist vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die unterrichterliche Entscheidung abgeändert.

Aus den

G r ü n d e n :

Die Kreisregierung hat mit Unrecht die Klage aus dem Grund, weil Kläger die vierwöchige Klagsfrist des § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes nicht gewahrt habe, als unzulässig zurückgewiesen.

In der am 17. Juni 1900 bei der Kreisregierung eingekommenen Klagschrift waren der Gegenstand des Anspruchs und die den Antrag begründenden Thatfachen durch Bezugnahme auf den vom Kläger an das Oberamt Cannstatt gerichteten Antrag und die Akten des Oberamts, insbesondere dessen Bescheid vom 23. Mai 1900, ausreichend bezeichnet, eine derartige Bezugnahme auf Akten, die das erkennende Gericht zum Zweck der Verhandlung und Entscheidung der Sache beiziehen muß, ist zulässig. (Anders lag die Sache in der durch Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 8. November 1899 entschiedenen Rechtsache N. gegen Stuttgarter Ortskrankenkassenverwaltung: hier wurde es gebilligt, daß die Kreisregierung eine Klage als rechtlich unzulässig abgewiesen hatte, die derart mangelhaft war, daß sich aus ihr nicht entnehmen ließ, gegen wen der Kläger klagen wollte, und die deshalb als Klage im Sinne des Art. 24 Abs. 2 (vgl. auch Art. 26) des Gesetzes vom 26. Dezember 1876 nicht gelten konnte).

Daß die Klagschrift nur in einer Ausfertigung eingereicht war, rechtfertigte ihre Zurückweisung selbstverständlich nicht.

Entsprach aber die am 17. Juni 1900 bei der Kreisregierung eingekommene Klagschrift den gesetzlichen Erfordernissen, so war damit die vierwöchige Frist des § 58 Abs. 1 cit. gewahrt und es ist rechtlich belanglos, daß nach der ungerechtfertigten Zurückweisung dieser Klage der Kläger eine neue Klagschrift erst nach Ablauf jener vierwöchigen Frist eingereicht hat.

Urteil vom 14. November 1900 in der Berufungssache Garternicht gegen die gemeinsame Ortskrankenkasse Cannstatt.

4.

Ungültigkeit eines Schulverbandsstatuts und des Ortsstatuts einer zusammengesetzten Gemeinde wegen mangelnder rechtsgültiger Vertretung einer beteiligten Teilgemeinde. (Art. 8 Abs. 5 und 6 des Gesetzes vom 17. September 1853 und Art. 13 des Gesetzes vom 16. Juni 1885.)

Die zusammengesetzte Gemeinde Pappelau Oberamts Blaubeuren besteht nach dem Staatshandbuch von 1896 aus den vier Teilgemeinden 1) Pappelau samt Ziegelhof mit 278 Einwohnern, 2) Erstetten mit 167 Einwohnern, 3) Gleißenburg mit 20 und 4) Sothenhausen mit 23 Einwohnern, zusammen 488 Einwohnern. Durch Vertrag vom 18. April 1876, anlässlich der Erledigung der Schulstelle in Beiningen Oberamts Blaubeuren, Dorf mit 188 Einwohnern, haben die beiden Schulgemeinden Pappelau und Beiningen sich zu einer Schulgemeinde vereinigt; einige Punkte dieses Vertrags wurden durch späteren Vertrag vom 6. Juni 1879 abgeändert. Diese beiden Verträge, die von den bürgerlichen Kollegien von Pappelau und Beiningen als Vertreter ihrer Schulgemeinden ohne Mitwirkung besonderer Vertreter der Orte Gleißenburg und Sothenhausen abgeschlossen wurden, sind von dem Evangelischen Konsistorium mit Erlaß an das gemeinschaftliche Oberamt in Schulsachen vom 29. Juli 1879 genehmigt worden; eine regiminelle Genehmigung hat nicht stattgefunden. In dem Vertrage vom 18. April 1876 ist unter Ziff. 3 „die Vertretung der vereinigten Schulgemeinde Pappelau und Beiningen in Angelegenheiten ihres Schulwesens in der nachstehend festgesetzten Weise bestellt:

a) Der Gemeinderat der vereinigten Schulgemeinde besteht aus dem Ortsvorsteher von Pappelau und den fünf Gemeinderäten der Schulgemeinde Pappelau, ferner aus dem Ortsvorsteher von Beiningen, dem Gemeindepfleger daselbst, falls er Mitglied des Gemeinderats ist, und den zwei dem Amte nach ältesten Gemeinderäten; ist der Gemeindepfleger nicht Mitglied

des Gemeinderats, so tritt statt desselben das dem Amte nach nächstälteste Gemeinderatsmitglied ein. . . .

b) Die Befugnisse des Bürgerausschusses üben die beiden zu Einem Kollegium vereinigten Bürgerausschüsse beider Gemeinden aus . . .“ Unter Ziff. 4 ist sodann die Zusammensetzung der Ortsschulbehörde für die vereinigte Schule geordnet. Ueber die Verteilung der Kosten ist in dem Vertrag vom 6. Juni 1879 neben einer Reihe einzelner Festsetzungen die Bestimmung getroffen, daß an dem Aufwand für das Schulwesen in Pappelau (mit Ausnahme der Kosten der Industrieschule in Pappelau und der Industrieschule in Beiningen) die Gemeinde Pappelau zwei Dritteile, die Gemeinde Beiningen ein Drittel zu tragen habe.

Im Jahre 1897 wurde ein neues Ortsstatut der zusammengefügten Gemeinde Pappelau für die Dauer von 20 Jahren aufgestellt. Nach der Anführung in § 1, daß die Gesamtgemeinde aus den je mit eigener juristischer Persönlichkeit versehenen Teilgemeinden Pappelau, Erstetten, Gleißenburg und Söhenhausen, deren jede eine eigene Markung hat, besteht, regelt der § 3 für die Gesamtgemeinde die Bestellung des Gemeinderats und des Bürgerausschusses, sowie des Ortsrechners, bestimmt der § 4, daß für jede der beiden Teilgemeinden Pappelau und Erstetten ein Teilgemeinderat und ein örtlicher Bürgerausschuß aufgestellt werden, auch jede der beiden Teilgemeinden einen Ortsrechner und Steuereinbringer habe, und der § 7, daß die Verwaltung der rein örtlichen Angelegenheiten, sowie die Bestreitung der Kosten derselben jeder Teilgemeinde für sich zukomme; hiezu gehören besonders auch die auf dem Markungsbefiße haftenden öffentlichen Leistungen wie Unterhaltung der Wege, Brücken und Stege; soweit dazu bei Pappelau und Erstetten die Einkünfte nicht ausreichen, werde von jeder Teilgemeinde der Abmangel durch Gemeindefchadensumlagen gedeckt. Sodann besagt der § 8: „Die örtlichen Angelegenheiten in Gleißenburg und Söhenhausen dagegen werden durch ihre Eigentümer oder deren Bevollmächtigte besorgt, welche allen Aufwand für örtliche

Zwecke allein bestreiten durch Beiträge ihrer Besitzer ohne Beziehung des übrigen in der Markung begriffenen steuerbaren Vermögens.“ Das Statut ist unter dem 20. Mai 1897 unterzeichnet durch die bürgerlichen Kollegien der Gesamtgemeinde Pappelau und je die bürgerlichen Kollegien der Teilgemeinden Pappelau und Erstetten und als „stimmberechtigten Einwohnern“ der Parzelle Gleißenburg von D. E., Ch. M. und J. S. und als „stimmberechtigten Einwohnern“ der Parzelle Sozenhausen von drei anderen Personen; am 31. August 1897 hat das Statut die Genehmigung der k. Kreisregierung für den Donaukreis erhalten.

Im Jahre 1898 ist ein Statut betreffend die Verteilung der Kosten der den Orten Pappelau, Gleißenburg, Sozenhausen und Beiningen gemeinschaftlichen Volksschule in Pappelau mit Wirkung vom 1. April 1895 an zunächst auf die Dauer von 20 Jahren errichtet worden des Inhalts: „Ueber die Bestreitung der Kosten der Schule in Pappelau wird auf Grund des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836 nach Art. 27 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 folgendes Statut vereinbart. § 1. Die Schulgemeinde Pappelau besteht aus 1) den je mit eigener juristischer Persönlichkeit versehenen und eigene Markung besitzenden Teilgemeinden Pappelau, Gleißenburg und Sozenhausen, Gesamtgemeinde Pappelau, 2) der Gemeinde Beiningen D. A. Blaubauern. § 2. Dieses Statut erstreckt sich nur auf die Teilgemeinden Pappelau, Gleißenburg und Sozenhausen. Das Verhältnis der Schulgemeinde zu der Gemeinde Beiningen ist geregelt durch den zwischen den Gemeindegemeinden von Pappelau und von Beiningen abgeschlossenen Vertrag vom 18. April 1876 und den Nachtrag hiezu vom 6. Juni 1879, welcher durch Erlass des k. Evang. Konsistoriums vom 29. Juli 1879 B. 9765 nicht beanstandet wurde und auch fernerhin in Kraft bleibt. § 4. Die Vertreter des Schulverbands sind a) die Ortsschulbehörde, welche sich zusammensetzt . . ., b) die bürgerlichen Kollegien der Ortsgemeinde Pappelau und Beiningen nach Maßgabe des in § 2 erwähnten Vertrags.

§ 5. Die schulpflichtigen Kinder von Gleißenburg und Sozzenhausen besuchten schon früher die Schule in Pappelau, entrichteten aber außer dem Schulgeld an den Schulverband Pappelau keinen Beitrag zu den Schulkosten. Es sollen nun Gleißenburg und Sozzenhausen zur Bestreitung der Schulkosten beitragen, ähnlich wie Beiningen. Nach Abrechnung des die Gemeinde Beiningen auf Grund des Vertrags vom 18. April 1876 bzw. 6. Juni 1879 treffenden Anteils an den Schulkosten haben sich die Teilgemeinden Pappelau, Gleißenburg und Sozzenhausen in den Restbetrag desselben nach dem Amtskörperschaftsteuerfuß des vorausgegangenen Steuerjahres zu teilen. Die Verrechnung findet in der Ortsgemeinderrechnung von Pappelau statt, der Einzug der Beträge durch die Ortsgemeindepflege Pappelau.“ Dieses Statut, dessen Entwurf am 31. Januar 1898 die Genehmigung des Evangelischen Konsistoriums erhalten hatte, ist am 29. April, 2. und 3. Mai 1898 von der Ortsschulbehörde des Schulverbands, den bürgerlichen Kollegien der Gemeinde Beiningen, den bürgerlichen Kollegien der Teilgemeinde Pappelau und als „stimmberechtigten Einwohnern“ der Parzelle Gleißenburg von S. und M., (die auch das Ortsstatut unterzeichnet haben), sowie „als stimmberechtigten Einwohnern“ der Parzelle Sozzenhausen von drei andern Personen unterzeichnet und von der K. Kreisregierung in Ulm am 24. Mai 1898 genehmigt worden. Im Laufe des Prozesses ist auf dem bei den oberamtlichen Akten befindlichen Exemplar des Statuts zu der Unterschrift des M., der das auf der Markung Gleißenburg dem Kaufmann G. B. von Stuttgart gehörige Hofgut als dessen Pächter bewirtschaftet, der Zusatz „bestätigt G. B.“ gemacht worden.

Am 3. Mai 1899 wurde Namens der „Gemeinde“ Pappelau unter Vorlegung einer vom Ortsgemeinderat Pappelau und dem Ortsgemeindepfleger unterzeichneten Prozeßvollmacht bei der Kreisregierung in Ulm Klage gegen die Hospitalverwaltung Blaubeuren, vertreten durch den Gemeinderat, auf Zahlung von 341 M. 27 Pf. nebst Zinsen—jezt zu 5% vom 1. Ja-

nuar 1899 an und zu 4⁰/₀ vom 1. Januar 1900 an berechnet — erhoben. Aus der Prozeßvollmacht ist in der mündlichen Verhandlung vor der Kreisregierung vom 15. Februar 1900 konstatiert worden, daß die Klage von der Teilgemeinde Pappelau erhoben ist. Mit der Klagschrift ist abgeschrieben die von dem Verwaltungsaktuar K. im Oktober 1898 gefertigte Schulkostenumlage vorgelegt worden, worin der von den Teilgemeinden Pappelau, Gleißenburg und Sothenhausen zu tragende Schulkostenrestbetrag auf Grund der Ortsgemeindepflerechnung von Pappelau für die 3 Jahre 1895/96, 1896/97 und 1897/98 unter Hinzurechnung der Kosten der Industrieschule und Abrechnung des Staatsbeitrags zum Schullehrergehalt und zur Industrieschule für die drei Jahre eingestellt und, nachdem die dem Amtskörperschaftsteuerfuß entsprechende Verteilung auf die drei Teilgemeinden berechnet ist, die Umlage der „dennoch der Ortsgemeindepflere Pappelau“ an Schulkosten von den einzelnen Steuerpflichtigen von Gleißenburg und Sothenhausen zu bezahlenden Beträge auf die einzelnen Steuerpflichtigen vorgenommen ist, welche Umlage am 22. Oktober 1898 der Ortsgemeinderat Pappelau genehmigt hat, indem er zugleich den Ortsgemeindepflerer mit dem Einzug bis zum 1. Januar 1899 beauftragte. In dieser Umlage ist für den Hospital Blaubeuren auf Grund seines Waldbesitzes auf der Markung Gleißenburg eine Schulkostenschuld für die 3 Jahre 1895/96, 1896/97 und 1897/98 von 128 M. 93 Pf., 103 M. 19 Pf. und 109 M. 15 Pf., zusammen 341 M. 27 Pf. berechnet; außerdem sind entsprechend der Beziehung zum Amtsschaden die Schulkostenleistungen des Bauers J. S., des Kaufmanns G. B. in Stuttgart (bzw. seines Rechtsvorgängers), zweier in Beiningen wohnhaften Tagelöhner, des Stuttgarter Baugeschäfts in Blaubeuren, der Portlandcementfabrik Gebr. Sp. in Blaubeuren und des Aufsehers D. G. als der zu der Teilgemeinde Gleißenburg gehörigen Schuldner berechnet.

Der vom Gemeinderat Blaubeuren bestellte Prozeßbevollmächtigte beantragte Abweisung der Klage mit der Be-

gründung, daß das Schulverbandsstatut von 1898 für die Hospitalverwaltung Blaubeuren nicht rechtsverbindlich sei, wobei er erklärte, daß der Umlage der Schulkosten nach der Zahl der Familien auf die Teilgemeinden nicht widersprochen werde. In der mündlichen Verhandlung vom 15. Februar 1900 wurde festgestellt: Ein Anwalt ist in Gleißenburg nicht aufgestellt, auch kein Ortsrechner. Der Amtsschaden wird von den einzelnen Grundbesitzern getragen und am Gesamtgemeindeschaden nimmt die Teilgemeinde Gleißenburg teil, sie entrichtet kein Aversum. Eine Ortsumlage existiert nicht; der Aufwand für örtliche Zwecke beschränkt sich auf Wegunterhaltungskosten, welche jeder Grundbesitzer (die beiden Hofbesitzer, der Hospital Blaubeuren u. s. w.) innerhalb der Grenzen seines Eigentums bestreitet.

Am 15. Februar 1900 beschloß das Verwaltungsgericht mit der Kreisregierung als zuständiger Verwaltungsbehörde über die Frage der Rechtsgiltigkeit des Ortsstatuts der zusammengesetzten Gemeinde Pappelau und des Schulverbandsstatuts von 1898 ins Benehmen zu treten, worauf unter dem 3. April 1900 die Kreisregierung als Verwaltungsbehörde sich dahin aussprach, daß sie das Schulverbandsstatut als keinenfalls für die Teilgemeinde Gleißenburg rechtsverbindlich und von dem Ortsstatut der zusammengesetzten Gemeinde Pappelau den § 8, wenigstens soweit er die Teilgemeinde Gleißenburg betreffe, weil er in dem heutigen tatsächlichen Verhältnisse keine Unterlage habe, als ungültig ansehe. In der weiteren mündlichen Verhandlung vom 9. Juni 1900 stellte der klägerische Prozeßbevollmächtigte den eventuellen Antrag, noch eine Erklärung der bürgerlichen Kollegien der Gesamtgemeinde Pappelau über das Schulverbandsstatut herbeizuführen.

Durch Urteil von ebendemselben Tage hat die Kreisregierung die Klage abgewiesen, indem sie in Uebereinstimmung mit der von dem Kollegium als Verwaltungsbehörde abgegebenen Aeußerung die Frage, ob das Schulverbandsstatut, soweit es die Teilgemeinde Gleißenburg betrifft, rechtsgültig zu Stande gekommen sei, bzw. ob ein diesfalliger Mangel

nachträglich beseitigt werden könne, sowie die Frage, ob der § 8 des Ortsstatuts der zusammengesezten Gemeinde Pappelau, soweit die Teilgemeinde Gleißenburg in Betracht kommt, in Art. 8 Abs. 6 des Gesetzes vom 17. September 1853 eine rechtliche Grundlage finde, verneinte.

Die gegen dieses Urteil von der Klägerin erhobene Berufung hat der Verwaltungsgerichtshof als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den

Gründen:

Der Art. 20 des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836 schreibt vor, daß die Kosten einer mehreren Orten gemeinschaftlichen Volksschule, soweit nicht Herkommen oder andere Rechtstitel etwas anderes bestimmen, zwischen den beteiligten Orten nach der Anzahl der im Schulverbände stehenden Familien derselben verteilt werden; hiebei ist jedem Orte überlassen, gemäß Art. 18 des Gesetzes durch Beschlußfassung seiner gesekmäßigen Vertreter über die Deckung des bei der Oberausteilung auf ihn entfallenden Schulkostenbetrags zu entscheiden, insbesondere diesen Betrag in Ermangelung anderer Deckungsmittel als eine Gemeindelast nach den gesetzlichen Bestimmungen, ohne Rücksicht auf das Religionsbekenntnis der Beitragenden, umzulegen. Die erhobene Klage ist darauf gegründet, daß die Regelvorschrift des Art. 20 durch die Festsetzung in dem von der K. Kreisregierung in Ulm am 24. Mai 1898 genehmigten Schulverbandsstatut ersetzt sei, wonach nach Abrechnung des die Gemeinde Weiningen auf Grund des Vertrags vom 18. April 1876, bzw. 6. Juni 1879 treffenden Anteils an den Schulkosten die Teilgemeinden Pappelau, Gleißenburg und Sozenhausen sich in den Restbetrag derselben nach dem Amtskörperschaftsteuerfuß des vorausgegangenen Steuerjahrs zu teilen haben. Zugleich wird von der Klägerin nach ihrem Vorbringen aus dem Schulverbandsstatut abgeleitet, daß mit der Oberausteilung des von den Teilgemeinden Pappelau, Gleißenburg und Sozenhausen zu tragenden Restbetrags auf diese 3 Teilgemeinden nach dem

Amtskörperschaftssteuerfuße dieser Restbetrag zugleich unmittelbar auf die den Teilgemeinden angehörenden Steuerpflichtigen als Schuldner umgelegt werde, und es ist denn auch in erster Instanz in der mündlichen Verhandlung vom 15. Februar 1900 konstatiert worden, daß in der Teilgemeinde Gleißenburg die Umlage eines Gemeindefadens nicht stattfindet und ein Ortsrechner nicht aufgestellt ist. Endlich wird aus dem Schulverbandsstatut, in dessen § 4 als Vertreter des Schulverbands neben der Ortsschulbehörde die bürgerlichen Kollegien der Ortsgemeinde Pappelau und der Gemeinde Weiningen nach Maßgabe des in § 2 genannten Vertrags genannt sind, von der Klägerin, indem die Klage von dem Ortsgemeinderat Namens der Teilgemeinde Pappelau erhoben wird, ihre Legitimation zur Geltendmachung des gegen die Beklagte erhobenen Anspruchs und zur Prozeßführung gegen die Beklagte abgeleitet. Wie zwar nicht in der Klagschrift, aber im Thatbestande des unterrichterlichen Urteils angeführt ist, ist in § 5 des Schulverbandsstatuts festgesetzt, daß die Berechnung in der Ortsgemeinderrechnung von Pappelau und der Einzug „der Betreffende“ durch die Ortsgemeindepflege Pappelau stattfinde, und mit der Klagschrift ist die oben erwähnte von dem Verwaltungsaktuar K. gefertigte Schulkostenumlage vorgelegt worden, worin, nachdem die dem Amtskörperschaftssteuerfuße entsprechende Verteilung des Schulkostenrestbetrags auf die drei Teilgemeinden Pappelau, Gleißenburg und Sothenhausen berechnet ist, die Umlage der „demnach der Ortsgemeindepflege Pappelau“ an Schulkosten von den einzelnen Steuerpflichtigen von Gleißenburg und Sothenhausen zu bezahlenden Beträge auf die einzelnen Steuerpflichtigen vorgenommen ist, welche Umlage am 22. Oktober 1898 der Ortsgemeinderat von Pappelau genehmigt hat, wobei die Zustimmung des Bürgerausschusses und die Genehmigung des Oberamts aus den Akten nicht ersichtlich sind.

Der Verwaltungsgerichtshof tritt jedoch der von der K. Kreisregierung in Uebereinstimmung mit dem Standpunkte, den sie als Verwaltungsbehörde in ihrer Aeußerung vom

3. April 1900 eingenommen hat, erlassenen Entscheidung, daß das Schulverbandsstatut, soweit es die Teilgemeinde Gleißenburg betrifft, nicht rechtsgültig zu Stande gekommen und von Anfang an für dieselbe unverbindlich geblieben sei, bei. Hiemit wird nicht nur die klägerische Behauptung hin-fällig, daß zu dem Schulkostenrestbetrag die Teilgemeinde Gleißenburg und unmittelbar die zu derselben gehörigen Steuer-pflichtigen nach dem Amtskörperschaftsteuerverfahren des voraus-gegangenen Steuerjahres beizutragen haben, sondern es ent-fällt auch die trotz jener Entscheidung von der K. Kreisregie-rung mit dem Hinweis auf den § 5 des Statuts nicht bean-standete Annahme der Klägerin, daß ihr, vertreten durch ihren Teilgemeinderat, anstatt des Schulverbands und eines für denselben eigens bestellten Organs die Beitreibung der be-hauptetermaßen auf die Beklagte entfallenden Leistung zusteh-e. Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob in dem „nach Art. 27 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 vereinbarten“ Statut, die formelle Gültigkeit vorausgesetzt, die unmittelbare Umlage auf die Steuerpflichtigen der Teilgemeinden vorgesehen und durch das Statut die Festsetzung der Schulkostenumlage dem Orts-gemeinderat (die Zustimmung des Bürgerausschusses voraus-gesetzt) der Teilgemeinde Pappelau und die gerichtliche Gel-tendmachung der Schulkostenforderungen der Teilgemeinde Pappelau, vertreten durch ihren Ortsgemeinderat, übertragen werden wollten und konnten.

Die Teilgemeinde Gleißenburg hat keinen Teilgemeinde-rat und Teilgemeindebürgerausschuß und auf sie fand auch und findet der Abs. 6 des Art. 8 des Gesetzes vom 17. Sep-tember 1853 keine Anwendung. Zwar ist in das von der K. Kreisregierung am 31. August 1897 genehmigte Ortssta-tut der zusammengesetzten Gemeinde Pappelau als § 8 auf-genommen worden, daß die örtlichen Angelegenheiten in Gleißenburg und Söhenhausen durch die Eigentümer oder deren Bevollmächtigte besorgt werden, welche allen Aufwand für örtliche Zwecke allein bestreiten durch Beiträge der Be-sitzer ohne Beziehung des übrigen in der Markung begrif-

fenen steuerbaren Vermögens. Allein wenn hiemit eine Konstatierung eines bereits bestehenden Rechtszustandes ausgesprochen werden wollte, so war diese Konstatierung unrichtig; denn die beklagte Hospitalverwaltung und die beiden Hofbesitzer Bauer J. S. in Gleißenburg und Kaufmann G. B. in Stuttgart, deren Grundbesitz zusammen den weit überwiegenden Teil der Markungsfläche darstellt, waren und sind keine gemeinschaftlich wirtschaftenden Personen, welche allen Aufwand für örtliche Zwecke allein bestreiten. Abweichend von dem Vorbringen des früheren Prozeßbevollmächtigten der Beklagten, daß mehr als zwei Drittel der Markungsfläche sich im Eigentum der Beklagten befinden, aber die Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 6 nicht zutreffen, hat in der Berufungsinstanz der nunmehrige Prozeßbevollmächtigte der Beklagten vorgetragen, daß die beklagte Hospitalverwaltung, da sie für sich allein den weit überwiegenden Teil der Markung Gleißenburg (nahezu 84%) besitze, die örtlichen Angelegenheiten der Teilgemeinde zu besorgen befugt sei; er hat jedoch nicht hinzugefügt, daß die beklagte Hospitalverwaltung allen Aufwand für örtliche Zwecke bisher bestritten habe und bestreiten wolle und die Feststellung des Unterrichters, daß den in Wegeunterhaltungskosten bestehenden örtlichen Aufwand „jeder Grundbesitzer (die beiden Hofbesitzer, der Hospital Blaubeuern u. s. w.) innerhalb der Grenzen seines Eigentums“ bestreite, nicht angefochten; auch ist in dem mit der Klagschrift eingekommenen Auszug aus dem Protokoll des Gemeinderats Blaubeuern vom 26. Januar 1899 gesagt, daß die Eigentümer der auf der Markung Gleißenburg gelegenen Grundstücke, worunter auch die Hospitalverwaltung, bisher den örtlichen Aufwand je aus eigenen Mitteln bestritten haben. Eine neue Verpflichtung, allen Aufwand für örtliche Zwecke allein zu tragen, mit der Folge, daß sie nun auch das Vertretungsorgan der Teilgemeinde Gleißenburg geworden wären, konnte aber mit dem § 8 des Ortsstatuts für die beklagte Hospitalverwaltung und die beiden Hofbesitzer selbstverständlich schon darum nicht begründet werden, weil die Zustimmung zu dem Statut nur von dem Bauern

J. S., dem Ch. M., der als Pächter das B.'sche Hofgut bewirtschaftet, und dem Aufseher D. G., der auf der Markung Gleißenburg gar keinen Grundbesitz hat, erklärt worden ist und die beklagte Hospitalverwaltung hierüber gar nicht gehört worden war. Durch die von der K. Kreisregierung — auf Grund ungenügender Berichterstattung der Gemeindebehörde und des Oberamts — erteilte Genehmigung ist, wie schon die K. Kreisregierung ausdrücklich ausgesprochen hat, hieran nichts geändert worden.

Sienach konnte das für die Gemeinde Beiningen, die Teilgemeinde Pappelau und die Teilgemeinden Gleißenburg und Sothenhausen vereinbarte, von dem Evangelischen Konsistorium und von der K. Kreisregierung genehmigte Schulverbandsstatut nur dann rechtsgiltig für die Teilgemeinde Gleißenburg zu Stande kommen, wenn dieselbe bei der Vereinbarung durch die Unterzeichner des Statuts, den Bauern J. S. und den Pächter Ch. M. (der Aufseher D. G. hat nur bei den Vorverhandlungen mitunterzeichnet) vertreten werden konnte. Von der K. Kreisregierung ist dies in Uebereinstimmung mit dem Standpunkte, den sie als Verwaltungsbehörde eingenommen hat, mit dem Beifügen verneint worden, daß hieran durch die dem Statut erteilte Genehmigung nichts geändert worden ist, und der Verwaltungsgerichtshof ist mit der K. Kreisregierung im Wesentlichen einverstanden. Nach Art. 8 Abs. 5 des Gesetzes vom 17. September 1853, betreffend die Rechtsverhältnisse der zusammengesetzten Gemeinden, und Art. 13 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes vom 16. Juni 1885 kommt in zusammengesetzten Gemeinden das Wahlrecht und die Wählbarkeit für die Organe der einzelnen Teilgemeinden, sowie das Stimmrecht in sonstigen örtlichen Angelegenheiten denjenigen nach Art. 12 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes wahlberechtigten Bürgern zu, welche in dem betreffenden Orte wohnen oder daselbst Grundeigentum, Gebäude oder Gewerbe besitzen, für welche sie zu einer Staatssteuer von wenigstens 25 M. veranlagt sind, und können in Teilgemeinden, in denen die Zahl der ansässigen Fami-

lien weniger als zwanzig beträgt, die gemeinsamen Angelegenheiten von der Gesamtheit der stimmberechtigten Bürger unter Leitung des Anwalts beraten werden. Von dem unwesentlichen Umstande abgesehen, daß für die Teilgemeinde Gleißenburg ein Anwalt nicht bestellt ist, ist jedoch das Schulverbandsstatut nur von zwei Einwohnern der Teilgemeinde Gleißenburg unterzeichnet worden, welche das Gemeindebürgerrecht in Pappelau nicht besaßen. Die angeführten Gesetzesbestimmungen waren und sind überhaupt thatsächlich unanwendbar, weil Gemeindebürger von Pappelau, welche in der Teilgemeinde Gleißenburg wohnen oder in derselben Grundeigentum, Gebäude oder Gewerbe, wofür sie zu einer Staatssteuer von wenigstens 25 M. veranlagt sind, besitzen, nicht vorhanden waren und — falls nicht etwa inzwischen eine Aenderung eingetreten ist — nicht vorhanden sind. Durch Einholung einer nachträglichen Aeußerung des Schultheißenamts Pappelau ist bestätigt worden, daß auch der Auffscher D. C., der in der Eigenschaft eines Einwohners der Teilgemeinde Gleißenburg wenigstens die Vorverhandlungen des Schulverbandsstatuts mitunterzeichnet hat und in der Teilgemeinde Gleißenburg zur Gewerbesteuer veranlagt ist, das Gemeindebürgerrecht in Pappelau nicht besaß und auch jetzt nicht besitzt.

Die K. Kreisregierung hat mit Rücksicht auf den Art. 5 Abs. 1 und den Art. 19 Abs. 2 des Gesetzes vom 17. September 1853 angenommen, daß bei dem Mangel vertretungsberechtigter Bürger die bürgerlichen Kollegien der Gesamtgemeinde Pappelau das Vertretungsorgan der Teilgemeinde Gleißenburg gewesen seien, welches bei der Aufstellung der beiden Statute Namens derselben hätte mitwirken und daher insbesondere das Schulverbandsstatut hätte mitunterzeichnen müssen. In Art. 20 des Gesetzes vom 6. Juli 1849, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen der Gemeindeordnung, ist bestimmt, daß, wenn ein Gemeinderat oder der Bürgerschaft einer Gemeinde, oder auch beide Kollegien zusammen wegen entgegenstehender Privatinteressen einer solchen Anzahl Mitglieder, daß die übrigen keinen gült-

tigen Beschluß mehr fassen können, außer Stande sind, in Gemeindeangelegenheiten die Gemeinde zu vertreten, das Oberamt die Rechte und die Pflichten des oder der verhinderten Gemeindefollegien nach vorgängiger Rücksprache mit den nicht beteiligten Gemeindegossen auszuüben hat. Es ist unbedenklich, diese Bestimmung sinngemäß auf Teilgemeinden anzuwenden, welche durch ihre stimmberechtigten Bürger vertreten werden, und in dieser Erwägung ist denn auch in das Gesetz vom 28. November 1900, betreffend die Ablösung der Realgemeinderechte und ähnlichen Rechte, als Art. 24 Abs. 2 die Bestimmung aufgenommen worden, daß in Teilgemeinden, in welchen die gemeinsamen Angelegenheiten von der Gesamtheit der stimmberechtigten Bürger besorgt werden, das Oberamt zur Vertretung der Teilgemeinde, wenn die Mehrzahl der stimmberechtigten Bürger als Gemeinderechtsbesitzer beteiligt ist, berufen ist. Die Konsequenz scheint zu sein, daß auch dann, wenn stimmberechtigte Bürger, welche die Teilgemeinde vertreten könnten, überhaupt nicht vorhanden sind, das Oberamt als Vertretungsorgan der Teilgemeinde zu betrachten ist, zumal da der Fall entstehen kann, daß die Teilgemeinde in ihrem Verhältnis zu der Gesamtgemeinde zu vertreten ist. Das vorliegende Schulverbandsstatut ist nun zwar von dem gemeinschaftlichen Oberamt in Schulsachen mit seinem Bericht vom 16. März 1898 der k. Kreisregierung zur Entschließung über die Erteilung der erforderlichen Genehmigung mit dem Bemerkten, daß es seitens der Oberschulbehörde nicht beanstandet worden sei, vorgelegt worden; das Oberamt ist aber davon ausgegangen, daß die Teilgemeinde Gleißenburg durch die Unterzeichner des Statuts, ihre Einwohner, vertreten sei, und hat seinerseits eine Zustimmung zu der Vereinbarung in Vertretung der Teilgemeinde Gleißenburg niemals erklärt. Die Annahme, daß das Oberamt zur Vertretung der Teilgemeinde Gleißenburg berufen gewesen sei, führt also zu eben demselben Ergebnisse. Der Verwaltungsgerichtshof kann somit bei der Entscheidung des Rechtsstreits davon absehen, über die Frage, ob das Gesetz vom 17. September 1853 für diesen in demselben

nicht vorgesehenen Fall in der einen oder der andern Weise zu ergänzen ist, sich schlüssig zu machen. Bei den künftigen Verhandlungen über Erlassung neuer statutarischer Bestimmungen wird aber die hinsichtlich der Vertretung der Teilgemeinde Gleißenburg entstehende Schwierigkeit damit vermieden werden können, daß die Teilgemeinde Gleißenburg durch die bürgerlichen Kollegien der Gesamtgemeinde Pappelau nach vorgängiger Anordnung des Oberamts und mit eventueller Vollmacht desselben vertreten wird.

Urteil vom 9. Januar 1901 in der Berufungssache der Ortsgemeinde Pappelau gegen die Hospitalverwaltung Blaubeuren.

5.

Stehen die Bestimmungen in Ziff. VI bis XII des der politischreligiösen Gemeinde Kornthal am 22. August 1819 erteilten Privilegiums noch als bürgerliches Sonderrecht in Geltung? (Streit über die beanspruchte Erteilung des Bürgerrechts.)

Der am 21. Januar 1848 in Nagold geborene Kläger K. Sch. hat, als er sich in Kornthal niederließ, am 13. Dezember 1887 durch Aufnahme die dortige Gemeindegliedschaft erworben. Am 28. September 1893 hat der Gemeinderat zu Kornthal unter Zustimmung des geistlichen Gemeindevorstehers beschlossen, den Kläger wegen andauernder Versäumnis seiner Pflichten als Gemeindeglied und Aergernis erregender Wirtschaftsführung auf Grund des K. Privilegiums vom 22. August 1819 Ziff. X und der Kirchenordnung der Gemeinde vom 5. April 1892 § 7 mit seiner Familie von der Zugehörigkeit zur Gemeinde auszuschließen, und zufolge einer am 22. November 1893 abgehaltenen Brüdergemeindeversammlung ist dieser Ausschluß des Klägers und seiner Familie aus der Gemeindegliedschaft vom Gemeinderat für endgültig erklärt worden. Auf eine seitens des Klägers am 22./23. November 1898 bei dem Oberamt Leonberg erhobene Beschwerde, welche die Gültigkeit dieses Beschlusses bestritt,

gab der Gemeinderat zu Kornthal die von dem Oberamt über die Bedeutung desselben einverlangte Aeußerung dahin ab, daß der Kläger nicht bloß aus der kirchlichen Gemeinde, sondern auch aus der bürgerlichen Gemeinde ausgeschlossen sei und daß die Anführung der Anwendung der Kirchenordnung, die allerdings nur auf kirchliche Angelegenheiten sich beziehe, in dem gegen den Kläger eingeleiteten Verfahren nur zur zweifellosen Feststellung seines Ausschlusses aus jeder Art von innerer Zugehörigkeit zur Gemeinde erfolgt sei. Das Oberamt erteilte dem Kläger den Bescheid, daß es sich um einen Streit über das Bürgerrecht handle, zu dessen Entscheidung die Kreisregierung als Verwaltungsgericht erster Instanz zuständig sei und wiederholte diesen Bescheid am 30. November 1899, als der Kläger bei dem Oberamt Beschwerde darüber erhob, daß er in die zur Gemeinderatswahl vom 4. November 1899 angefertigte Wählerliste nicht aufgenommen und mit seiner Einsprache vom Gemeinderat abgewiesen worden sei. Als hierauf Sch. mit einer anfangs Januar 1900 bei der K. Kreisregierung in Ludwigsburg eingereichten Klage den Ausschließungsbeschluß anfocht, wurde sein Klagegesuch, der Gemeinderat zu Kornthal habe anzuerkennen, daß ihm das Gemeindebürgerrecht daselbst samt dem damit nach dem Gemeindeangehörigkeitsgesetz vom 16. Juni 1885 verknüpften Wahl- und Wählbarkeitsrecht zustehe, von der Kreisregierung mit Bescheid vom 16. Januar 1900 aus dem Grunde zurückgewiesen, weil die einmonatliche Frist zur Klageerhebung versäumt worden sei; und da gegen diesen Bescheid Einspruch nicht erhoben wurde, gilt er nach Art. 27 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege als Endurteil.

Sch. suchte nunmehr um Wiederertheilung des Bürgerrechts nach, wurde aber mit diesem Gesuche abgewiesen. Der von dem Gemeinderat unter Zuziehung der Gemeindeältesten und mit Zustimmung des geistlichen Ortsvorstehers am 30. Januar gefaßte Beschluß erging dahin: dem Kläger zu erkennen zu geben, daß der Gemeinderat nicht in der Lage

sei, seinem Ansuchen zu entsprechen, dabei aber auch dem Kläger nahelegen, wie dies mündlich von dem Gemeindevorsteher wiederholt geschehen sei, daß er sich nach Art wackerer Bürgerrechtskandidaten innerlich und äußerlich der Gemeinde anschließen möge, um sich für die Zukunft die Anwartschaft auf seine Aufnahme als Gemeindeglied im Wege friedlicher Verständigung und gegenseitiger Achtung zu sichern. Der Beschluß billigte die Ausführung in dem von dem Gemeindevorsteher erstatteten Vortrag: Sch. stelle sich auf den Boden der Landesgesetzgebung und speziell auf die Art. 6 und 7 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes vom 16. Juni 1885; dem gegenüber berufe sich die Gemeinde auf ihr Grundgesetz, das Privilegium vom 22. August 1819, nach dessen Inhalt (Ziff. VI, IX und XIII) die Aufnahme in die Gemeindegliedschaft bezw. das Erkenntnis über die Annahme oder Nichtannahme geborener Gemeindeglieder der Gemeinde selbst und ihren Vorstehern überlassen sei; diese Bestimmungen seien nach dem Sachhalten der Gemeindevertretung bis heute weder durch Reichs- noch durch Landesgesetz beseitigt worden und es habe die Gemeinde, wenn sie ihre Sonderstellung und ihren Bestand als Brüdergemeinde festhalten wolle, ein hohes Interesse daran, ihre Privilegien gegen Angriffe von außen oder innen zu wahren und aufs äußerste zu verteidigen.

Am 16. 20. Februar 1900, also innerhalb der durch Art. 62 Abs. 3 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes vorgeschriebenen einmonatlichen Frist, hat Sch. bei der k. Kreisregierung in Ludwigsbürg Klage gegen den Gemeinderat zu Kornthal mit dem Antrag erhoben, den Beklagten kostenfällig zu verurteilen, er habe anzuerkennen, daß dem Kläger das Gemeindebürgerrecht in Kornthal samt dem damit nach dem Gemeindeangehörigkeitsgesetze verknüpften Wahl- und Wählbarkeitsrecht zustehe; eventuell, er sei verpflichtet, dem Kläger das Gemeindebürgerrecht in Kornthal samt dem Wahl- und Wählbarkeitsrecht zu erteilen.

Hierbei ging der Kläger in erster Linie davon aus, daß

sein Gemeindebürgerrecht noch zu Recht bestehe, weil die sog. Ausschließung ungesetzlich sei und auch durch die Versäumung einer Frist nicht gesetzlich werde. In der Begründung der Klage ist auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 17. Juni 1889 Bezug genommen, durch welche in der Berufungssache zwischen dem Gemeinderat zu Kornthal, Beklagten, Berufungskläger und Anschließungsbeklagten, und dem Bauern K. H. von da, Kläger, Berufungsbeklagten und Anschließungskläger, der beklagte Gemeinderat für verpflichtet erklärt wurde, dem Kläger das Gemeindebürgerrecht in Kornthal zu erteilen. Die Verweigerung war darauf gestützt worden, daß in der politisch-religiösen Gemeinde nach ihrem Doppelcharakter nur solche als Bürger aufzunehmen seien, welche zuvor als Gemeindeglieder (d. h. als Mitglieder der religiösen Gemeinschaft) angenommen worden seien. In der Begründung jener Entscheidung war ausgesprochen worden:

Nach dem Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 über die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Beziehung seien alle aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte aufgehoben, insbesondere solle die Befähigung zur Teilnahme an der Gemeindevertretung vom religiösen Bekenntnis unabhängig sein, hienach sei die Gemeinde Kornthal nicht mehr berechtigt, nach Ziff. X des Privilegiums einen ihrer Ortsbürger aus der politischen Gemeinde auszuschließen, weil er das Glaubensbekenntnis der Gemeinde nicht anerkenne; ebensowenig könne es ihr zustehen, die Aufnahme in das nach Art. 1 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes mit dem Gemeindevahlrecht verknüpfte Bürgerrecht von der Teilnahme an der in Kornthal bestehenden besonderen Religionsgenossenschaft abhängig zu machen; nach Vorstehendem dürfe auch in Kornthal die Gemeindebehörde die Abweisung von Bürgerrechtsgesuchen nur noch auf die in Art. 6, 7, 14 und 57 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes erwähnten Eigenschaften und

U m s t ä n d e s t ü c k e n.

Daß dem Kläger die nachgesuchte Erteilung des Bürgerrechts von der Gemeindebehörde in Kornthal nicht verweigert werden kann, im Falle die Vorschriften des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes zur Anwendung zu bringen sind, blieb außer Streit. Der beklagte Gemeinderat hat jedoch Abweisung der Klage mit der Begründung beantragt: Die Bezugnahme auf die angeführte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs, deren Richtigkeit übrigens dahingestellt gelassen werde, treffe nicht zu; der Kläger Sch. sei nicht aus religiösen Gründen, weil er etwa nicht Mitglied der Brüdergemeinde sei, ausgeschlossen worden, sondern es sei dies geschehen, weil er durch sein Benehmen in einer ganzen Reihe von Fällen gezeigt habe, daß er sich in die Gemeindeordnung nicht füge; das Recht des Ausschlusses aus diesem Grunde stehe der Gemeinde nach Ziff. X des Privilegiums zu und die Bestimmung bestehe noch zu Recht; ebenso verhalte es sich mit dem Aufnahmerecht der Gemeinde; nach Ziff. VI des Privilegiums stehe die Aufnahme neuer Gemeindemitglieder im freien Ermessen der Gemeinde und ihrer Vorsteher unter Vorbehalt der oberamtlichen Bestätigung; es sei somit die Gemeinde ohne weiteres berechtigt, eine sich anmeldende Person zurückzuweisen, und zwar ohne Angabe von Gründen; ein Nachprüfungsrecht in dieser Beziehung stehe also der vorgesetzten Behörde nicht zu.

Durch Urteil vom 21. April 1900 hat die Kreisregierung die Gemeinde Kornthal für verpflichtet erklärt, dem Kläger das Gemeindebürgerrecht in Kornthal zu erteilen, wobei die Kreisregierung in Betreff des in der Urteilsformel übergangenen in erster Linie auf Anerkennung des Besitzes des Gemeindebürgerrechts gerichteten klägerischen Antrags in den Urteilsgründen ausgesprochen hat, daß dem Kläger in dieser Richtung der Weg zum Verwaltungsrichter nicht mehr offen stehe: er habe durch eigene Schuld ver säumt, die ihm gebotenen Rechtsbehelfe rechtzeitig zu benützen und hiedurch sein Klagrecht verloren; das Gericht sei daher nicht mehr in der

Lage, die Frage, ob die Gemeinde zu seiner Ausschließung befugt gewesen sei, einer Nachprüfung zu unterziehen, und es müsse als feststehend angesehen werden, daß der Kläger kraft der von ihm hingenommenen Ausschließung den Anspruch auf Anerkennung seines Bürgerrechts seitens der Gemeinde verloren habe und daß es sich für ihn nur noch darum handeln könne, die Gemeindeangehörigkeit durch Wiederverleihung, worauf er eventuell sein Klagegesuch gestellt habe, wieder zu erwerben.

In dieser Richtung ist die Kreisregierung der erwähnten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 17. Juni 1889 mit der Ausführung gefolgt: die besondere Freiheit in der Annahme oder Zurückweisung neuer Bürger sei der Gemeinde Kornthal nur in Anerkennung ihrer religiös-sittlichen Anschauungen zugestanden worden; nach dem Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 können religiöse Anschauungen auf gemeinde- und staatsbürgerlichem Boden keinerlei Wirkung mehr äußern; es müsse daher auch die der Gemeinde Kornthal zugestandene Ausnahmestellung fallen, auch für sie der allgemeine Rechtszustand hinsichtlich der Gemeindeangehörigkeit mit allen seinen Folgen eintreten; deshalb sei es auch unerheblich, ob die Gemeinde ihrer Abweisung Gründe beigefügt habe oder nicht; nach den ermahnenden Worten, die dem Kläger bei seiner Abweisung auf den Weg mitgegeben worden seien, er möge sich innerlich und äußerlich der Gemeinde anschließen, unterliege es übrigens keinem Zweifel, daß die Abweisung den religiösen und religiös-sittlichen Anschauungen der Gemeinde und keinen anderen Gründen entsprungen sei.

Gegen diese Entscheidung hat der Vertreter der Gemeinde Kornthal die Berufung mit dem Antrag erhoben, den Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen. Der Kläger hat die Zurückweisung der Berufung beantragt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof beharrten die beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten auf ihren rechtlichen Ausführungen, wobei der klägerische Prozeßbevollmächtigte insbesondere geltend machte, daß die in Betracht kommenden

Vorschriften des Privilegiums der Gemeinde Kornthal schon durch die Verfassungsurkunde und die ihr nachgefolgten Gesetze, jedenfalls aber durch das Gemeindeangehörigkeitsgesetz vom 16. Juni 1885 aufgehoben worden seien.

Durch Urteil vom 5. Dezember 1900 hat der Verwaltungsgerichtshof die Berufung zurückgewiesen.

Gründe:

Das Privilegium, welches am 22. August 1819, also vor dem Inkrafttreten der Verfassungsurkunde, der politisch-religiösen Gemeinde zu Kornthal erteilt und nachträglich im Jahre 1838 im ersten Ergänzungsbande zum Regierungsblatt S. 311 ff. zur öffentlichen Kenntnis gebracht worden ist, enthält in seinem ersten Teil „Bürgerliche Verfassung der Gemeinde“ folgende bei der Entscheidung der Streitfache in Betracht zu ziehende Bestimmungen, welche als nach der Emanation der Verfassungsurkunde in Geltung verblieben von der Doktrin und Praxis anerkannt worden sind (vergl. v. Mohl, Staatsrecht des Königr. Württemberg 2. Aufl. II S. 514, v. Sarwey, Staatsrecht des Königr. Württemberg II S. 421):

Ziff. VI. „Die Aufnahme neuer Gemeindeglieder bleibt der Gemeinde selbst und ihren Vorstehern, unter Vorbehalt der oberamtlichen Bestätigung, überlassen; bei Ausländern muß jedoch die landesherrliche Aufnahme in das Landes-Untertanenrecht vorangehen“. Es fehlt hier der in Ziff. 2 der K. Verordnung vom 9. April 1813, Reg.-Bl. S. 145, vorkommende und hernach in den § 63 der Verfassungsurkunde aufgenommene Vorbehalt der Entscheidung (bzw. der „gesetzmäßigen“ Entscheidung) der Staatsbehörden in streitigen Fällen und zweifellos ist hiemit der Gemeinde das Vorrecht, daß eine Zwangsverpflichtung zur Aufnahme in das Bürgerrecht nicht stattfinde, verliehen worden; in Betreff der Zwangsaufnahme vor der Erlassung des Bürgerrechtsgesetzes vom 15. April 1828 vergl. außer dem K. Reskript vom 6. Juli 1812, die bürgerlichen Verhältnisse der Einwohner in Absicht auf Gemeindeverfassung und Gemeinheitsrechte be-

treffend, Reg.-Bl. S. 333, Ziff. III Abf. 3 und 4, VI Abf. 1. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1826/27 3. Beil. Heft S. 79, von 1828 1. Beil. Heft S. 20 ff.; 1. Prot. Heft S. 231, v. Mohl a. a. O. S. 172 Note 8 und 12, Weißer, das revidierte Bürgerrechtsgesetz vom 4. Dezember 1833 S. 16 Not. 3. Die in § 2 der K. Verordnung vom 9. April 1813 erforderte oberamtliche Genehmigung der Bürgerannahme ist in den § 63 der Verfassungsurkunde und die späteren Gesetze nicht übergegangen.

Ziff. VII. „Es kann Niemand die Erlaubnis erhalten, in der Gemeinde zu wohnen, er habe sich denn durch seine Unterschrift verbunden, den in gegenwärtiger Urkunde enthaltenen Bestimmungen sich ohne Widerrede zu unterwerfen, und die derselben entsprechende Gemeinde-Ordnung zu beobachten.“

Ziff. VIII. „Auch wird nach der Bitte der Gemeinde festgesetzt, daß kein Gemeindeglied ohne Borwissen der Gemeindevorsteher sich mit einer auswärtigen Person ehelich verloben und diese mit sich in den Ort bringen darf.“

Ziff. IX. „Kinder von Gemeindegliedern sind nach Maßgabe der Gesetze, auch ohne besondere Aufnahme, geborene Mitglieder der Gemeinde.“

Ziff. X. „Sie können jedoch, wie jedes andere Gemeindeglied, wenn sie das Glaubensbekenntnis der Gemeinde nicht anerkennen, oder sonst sich in die Gemeinde-Einrichtung nicht fügen, auf das Erkenntnis der geistlichen und weltlichen Vorsteher und des Gemeinderats von der Gemeinde ausgeschlossen werden.“

Ziff. XI. „Kinder, welche noch unter der elterlichen Gewalt stehen, können von ihren Eltern nicht getrennt werden. Bei ihnen findet daher keine Ausschließung von der Gemeinde statt.“

Ziff. XII. „In keinem Falle kann ein Gemeinde-Angehöriger aus der Gemeinde entfernt werden, ehe diese eine anderweitige sichere und angemessene Unterkunft für denjenigen, den sie entweder ungeachtet seiner Geburtsrechte nicht

annehmen, oder nach bereits geschehener Annahme nicht beibehalten zu können glaubt, ausgemittelt hat. Kann sie mit dem zu Entfernenden hierüber nicht übereinkommen, so ist die Sache der höheren Behörde zur Entscheidung vorzulegen.“

Anfangs war in der Gemeinde Kornthal die Anschauung vorherrschend, daß in derselben ein politisches Bürgerrecht nicht bestehe; es wurde bei der Aufnahme in die religiöse Gemeinschaft zur Bedingung gemacht, daß diejenigen, welche Gemeindemitglieder werden, ihr bisheriges Gemeindebürgerrecht für sich und ihre Familien beibehalten. Als bald ergaben sich hieraus Beschwerden der bisherigen Heimatgemeinden. In dem Bürgerrechtsgesetz vom 15. April 1828 und dem revidierten Bürgerrechtsgesetz vom 4. Dezember 1833, welche Gesetze alle mit ihrem Inhalt im Widerspruch stehenden früheren „Gesetze, Verordnungen und Ubersetzungen“ für aufgehoben erklärt, aber damit — wie Doktrin und Praxis gleichfalls anerkannt haben (vergl. v. Mohl a. a. O. S. 514, v. Sarwey a. a. O. S. 421) — nicht auch das der Gemeinde Kornthal erteilte Privilegium aufgehoben haben, haben die Bestimmungen des Art. 8 Abs. 1 und 3 Aufnahme gefunden, daß der Bürger einer Gemeinde unter Beibehaltung seines Bürgerrechts in derselben das Bürger- oder Besitzrecht einer anderen Gemeinde nur für seine Person und ohne Wirkung auf seine Ehefrau und auf seine vor oder nach dieser Erwerbung geborenen Kinder erwerben, oder im Falle er die Uebersiedlung seiner Familie beabsichtigen sollte, das früher genossene Bürger- oder Besitzrecht nur für seine Person, nicht für seine Ehefrau und Kinder, beibehalten könne, daß übrigens, wer zur Zeit der Verkündung des Gesetzes bereits das Bürger- oder Besitzrecht bei mehreren Gemeinden des Landes besitze, für sich und seine Nachkommen im ungeschmälernten Genuß dieser wohl-erworbenen Rechte bleibe. Im Laufe der Zeit schritten die Aufsichtsbehörden gegen die sich in Kornthal erhaltende Uebung ein. Wie bereits in dem erwähnten früheren Prozesse des Bauern H. zur Sprache kam, faßten am 25. Oktober 1850 der Gemeinderat und die Gemeindeältesten den einstimmigen Beschluß:

„a. daß nicht allein die in dem Privilegium vom 22. August 1819 mit Namen aufgeführten Personen (welche übrigens ihr vorher besessenes Heimatrecht für sich und ihre Familien auch beibehalten haben und nach Abs. 3 des Art. 8 des revidierten Bürgerrechtsgesetzes von 1833 in dem ungeschmälernten Genuße ihrer Rechte bleiben), sondern auch die seit 1819 hier als Gemeindeglieder aufgenommenen, selbständig lebenden Manns- und unverehlichten Frauenspersonen als Bürger der Gemeinde Kornthal anzuerkennen seien und hiemit als solche anerkannt werden;

b. daß dieselben nach wie vor ihre auswärts besitzenden Bürgerrechte für sich, ihre Frauen und Kinder beizubehalten haben und daß diesen letzteren (Chefrauen und Kindern) hieortz ein Heimatrecht nicht zustehet, solange es ihnen nicht durch ihre eigene Aufnahme als Gemeindeglieder ausdrücklich eingeräumt worden ist oder künftig auf diese Weise zu Theil werden wird — weil nur auf diesem Weg das Ausschließungsrecht der Gemeinde gewahrt werden kann;

c. daß über der seit Gründung der Gemeinde beobachteten Regel und Aufnahmebedingung: daß die als Gemeindeglieder Aufzunehmenden ihr bisheriges auswärtiges Heimatrecht für sich, ihre Chefrauen und Kinder beizubehalten haben und ohne besondere Einwilligung der hiesigen Gemeinde nie darauf verzichten können, auch fernerhin in jedem einzelnen Fall strenge zu halten ist;

d. daß, wie bisher geschehen, die sich verhehlenden Männer (Söhne von Gemeindegliedern) ihren Bräuten an demselben auswärtigen Orte das Bürgerrecht erwerben müssen, wo sie, die Männer, es zu suchen haben, und daß den Bräuten durch ihre Verheiratung in der Gemeinde eine Ansprache an das diesseitige Bürgerrecht nicht erwachset, wie auch solchen jungen Männern nur durch ausdrückliche Aufnahme als Gemeindeglieder, für sich das hiesige Bürgerrecht zu Theil wird.“

Diese Bestimmungen sollten der höheren Bestätigung, wosfern sie ihrer gesetzlich bedürfen, unterstellt werden und der Beschluß wurde auch von dem Oberamt der Kreisregie-

rung vorgelegt; es ist jedoch zwar eine Beanstandung nicht erfolgt, aber auch eine Bestätigung nicht erteilt worden.

Mit dem 1. Januar 1871 sind das Bundesgesetz vom 1. November 1867 über die Freizügigkeit, das Bundesgesetz vom 4. Mai 1868 über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheverheirathung und das Bundesgesetz vom 3. Juli 1869 über die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Beziehung, mit dem 1. Januar 1873 auch das Bundesgesetz vom 6. Juli 1870 über den Unterstüzungswohnstüz in Württemberg zur Einführung gekommen und in sehr weitgehender Weise hat diese Gesetzgebung des Reichs in das der Gemeinde Kornthal erteilte Privilegium, soweit es derselben ein bürgerliches Sonderrecht gewährt hat, eingegriffen. Zweifellos ist durch das Reichsrecht die Befugnis der Gemeinde, jedem, welcher sich nicht unterschristlich zur Unterwerfung unter die Bestimmungen des Privilegiums und zur Beobachtung der denselben entsprechenden Gemeindeordnung versteht, den Aufenthalt in der Gemeinde zu verweigern, hinfällig geworden und jedenfalls ist die Ziff. VI des Privilegiums dahin abgeändert worden, daß fortan ein nach dem revidierten Bürgerrechtsgesetz gerechtfertigtes Gesuch um Aufnahme in das Gemeindebürgerrecht nicht mehr aus dem Grunde der Nichtzugehörigkeit des Nachsuchenden zu dem Glaubensbekenntnis der kirchlichen Gemeinschaft abgewiesen werden konnte. Die Ziff. VIII des Privilegiums ist aufgehoben worden. Die Ausweisung aus der Gemeinde konnte nur noch nach Maßgabe der reichsgesetzlichen Bestimmungen von der Gemeindebehörde verfügt werden, und wenn der in der Ziff. X des Privilegiums dem Erkenntnis der geistlichen und weltlichen Vorsteher und des Gemeinderats überlassene Ausschluß von Gemeindegliedern aus der Gemeinde, obgleich der Vollstreckbarkeit durch Entfernung aus der Gemeinde entkleidet, als eine noch zulässige nicht bloß den Ausschluß aus der kirchlichen Gemeinschaft bedeutende Maßregel angesehen wurde, so war doch jedenfalls eine Aenderung dahin eingetreten, daß die Ausschließung

eines Gemeindeglieds aus der bürgerlichen Gemeinde nicht mehr aus dem Grunde der Nichtanerkennung des Glaubensbekenntnisses der kirchlichen Gemeinschaft geschehen konnte. Was aber die Wirkung der Ausschließung aus der bürgerlichen Gemeinde betrifft, so hatte bereits das Gesetz vom 6. Juli 1849, betreffend einige Aenderungen und Ergänzungen der Gemeindeordnung, in Art. 1 und 3 bestimmt: „Die gemeindebürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte kommen allen denjenigen volljährigen oder für volljährig erklärten Gemeindegewissen (Bürger oder Beisitzer) zu, welche in dem Gemeindebezirk ihren Wohnsitz haben und irgend eine Steuer an die Gemeindeklasse zahlen oder, falls eine Steuer für die Gemeinde eingeführt würde, zu derselben beizutragen hätten.“ „Außer den Gemeindegewissen steht auch denjenigen württemb. Staatsbürgern, welche abgesehen von der Gemeindegewissenschaft die in Art. 1 und 2 bezeichneten Erfordernisse haben und seit den drei dem Wahltermin vorangegangenen Rechnungsjahren innerhalb des Gemeindebezirks ununterbrochen nicht nur Wohnsteuer entrichten, sondern auch aus einem der Besteuerung dieser Gemeinde unterworfenen Vermögen oder Einkommen Steuer entrichten oder, wenn sie gefordert würde, zu entrichten hätten, das Wahl- und Wählbarkeitsrecht zu“ . . . Hiernach läßt sich nicht als zweifellos ansehen, daß der Ausschluß eines in der Gemeinde wohnen bleibenden Gemeindeglieds noch den Verlust der gemeindebürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte für dasselbe, wenn die Voraussetzungen des Art. 3 des Gesetzes zuträfen, zur Folge gehabt habe.

Das Gemeindeangehörigkeitsgesetz vom 16. Juni 1885 hat Inhalt, Erwerb und Verlust des Gemeindebürgerrechts in vollständiger Weise neu geregelt. Nach Art. 1 begreift das Gemeindebürgerrecht in sich unter den näheren Bestimmungen des Gesetzes: 1. das Recht der Teilnahme an den Wahlen zu den Gemeindeämtern und das Stimmrecht in sonstigen Gemeindeangelegenheiten, 2. die Berechtigung zur Teilnahme an den persönlichen Gemeindevorfällen und an

den in Art. 33 bezeichneten Vermögensvorteilen, 3. den Schutz gegen Ausweisung aus der Gemeinde in den Fällen des Art. 57 des Gesetzes; nur Gemeindebürger können zu Mitgliedern des Gemeinderats und Bürgerausschusses gewählt werden. Nach Art. 3 Abs. 1 und 4 erwerben vermöge Abstammung mit der Geburt die ehelichen Kinder das Bürgerrecht ihres Vaters, die unehelichen dasjenige ihrer Mutter und nehmen sie an dem Bürgerrechtserwerb und -Verlust derselben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahrs teil; mit Vollendung des 25. Lebensjahrs gelangen die Kinder in den selbständigen Besitz desjenigen Bürgerrechts, welches ihnen zu dieser Zeit vermöge ihrer Abstammung zusteht. Nach Art. 12 steht das Recht der Teilnahme an den Wahlen zu den Gemeindeämtern, das Stimmrecht in sonstigen Gemeindeangelegenheiten und die Wählbarkeit zu den in Art. 1 Abs. 2 bezeichneten Gemeindeämtern vorbehaltlich der Bestimmungen des § 31 des St.G.B. und der nachfolgenden Art. 14 und 18 denjenigen männlichen Bürgern zu, welche im Gemeindebezirk wohnen, das 25. Lebensjahr zurückgelegt haben und daselbst Steuern aus einem der Besteuerung dieser Gemeinde unterworfenen Vermögen oder Einkommen oder wenigstens Wohnsteuer entrichten oder, wenn sie gefordert würden, zu entrichten hätten; den im Gemeindebezirk Wohnenden stehen diejenigen gleich, welche in der Gemeinde mit Staatssteuer aus Grundeigentum, Gebäuden oder Gewerben im Mindestbetrag von 25 M. veranlagt sind. Nach Art. 4 teilt die Ehefrau vom Zeitpunkt der Eheschließung an das Bürgerrecht des Ehemanns. In Art. 36 Ziff. 1—6 sind die Gründe des Erlöschens des Gemeindebürgerrechts aufgezählt. Unter den Uebergangsvorschriften bestimmt der Art. 41, daß diejenigen Personen, welche das 25. Lebensjahr zurückgelegt haben, mit dem Beginn der Wirksamkeit des Gesetzes in derjenigen Gemeinde, in welcher sie an diesem Zeitpunkt das Bürger- oder Besitzrecht besitzen, das Bürgerrecht im Sinne des neuen Gesetzes erlangen, und der Art. 42 Abs. 1, daß die noch nicht 25 Jahre alten ehelichen, oder den ehelichen gesetzlich

gleichstehenden Kinder mit dem Beginn der Wirksamkeit des neuen Gesetzes des Bürgerrechts ihres Vaters, die unehelichen desjenigen ihrer Mutter mit der in Art. 3 bestimmten Rechtswirkung theilhaftig werden.

Nach der Erlassung des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes ist, wie früher in dem Prozesse des Bauern H. weiter zur Sprache kam, mit Bezug auf die Art. 3 und 42 des Gesetzes dem Gemeinderat in Kornthal die Fortdauer des von ihm beanspruchten Rechts, über die Aufnahme der Kinder der Gemeindeglieder zu entscheiden, von einem Gemeinderatsmitglied und anderen Gemeindeangehörigen bestritten worden. Als die Gemeindeglieder das K. Ministerium des Innern um Wahrung ihrer durch das Privilegium begründeten Sonderrechte baten, legte die Kreisregierung diese Eingabe mit dem Bemerkten vor, daß ihres Dafürhaltens das der Gemeinde Kornthal erteilte Privilegium durch die Reichsgesetze wesentliche Einschränkungen erlitten habe und das erwähnte angebliche Recht der Gemeinde auch mit der Bestimmung in Ziff. IX des Privilegiums, wonach Kinder von Gemeindegliedern nach Maßgabe der Gesetze ohne besondere Aufnahme geborene Mitglieder der Gemeinde seien, nicht vereinbar sei, und das Ministerium erteilte am 1. Februar 1886 den Bescheid, daß über das von der Gemeinde in Anspruch genommene Recht nur im Verwaltungsrechtswege entschieden werden könne. Am 25. Februar 1886 beschloßen hierauf die bürgerlichen Kollegien in Kornthal, der Gemeinde bekannt zu geben: 1. nach Maßgabe des Punkt IX des Privilegiums in Verbindung mit Art. 3 und 42 des Gesetzes über die Gemeindeangehörigkeit haben die Kinder von Gemeindegliedern auch ohne besondere Aufnahme ein „angeborenes“ Gemeindegliedschaftsrecht; 2. zum Eintritt in den „selbständigen“ Besitz der Gemeindegliedschaft und zu Ausübung der damit verbundenen Wahlrechte ist jedoch nach Punkt X und XII des Privilegiums wie bisher ein vorgängiges Erkenntnis des Gemeindevorstands und die ausdrück-

liche Annahme durch die Gemeinde erforderlich; 3. sämtliche Gemeindemitglieder werden ihrer Verpflichtung zu Beibehaltung des auswärtigen Bürgerrechts hiemit entbunden. Hierbei sind die bürgerlichen Kollegien in Kornthal von den Erwägungen ausgegangen: Der Punkt IX sei in das Privilegium nur aufgenommen worden, um den Kindern von Gemeindemitgliedern ein Heimatrecht in der Gemeinde zu wahren; die Aenderung der Bürgerrechtsgesetzgebung habe nun aber zur Folge, daß die noch nicht 25 Jahre alten Kinder des Bürgerrechts ihres Vaters, sowohl des vorbehaltenen als auch des später erworbenen, teilhaftig werden, und dem gemäß haben auch die Kinder der Gemeindemitglieder, welche bisher nur das auswärtige Bürgerrecht des Vaters besessen haben, mit dem Zeitpunkte des Inkrafttretens des Gesetzes vom 16. Juni 1885 die angeborene Gemeindemitgliedschaft erlangt; nur seien sie gehalten, vor Eintritt in den selbständigen Besitz der Gemeindemitgliedschaft sich dem Erkenntnis des Gemeindevorstandes nach Punkt X und der Annahme durch die Gemeinde nach Punkt XII des Privilegiums wie bisher zu unterstellen, und selbstverständlich bleibe hinsichtlich der einmal aufgenommenen Mitglieder das Ausschlußrecht der Gemeinde nach Punkt X, wenn auch die Ausschließung seit der Geltung des Freizügigkeitsgesetzes keine örtliche Entfernung aus der Gemeinde zur Folge haben könne, in Kraft. Der Beschluß enthält sich der Bezeichnung des Inhalts des angeborenen und des selbständigen Bürgerrechts und läßt unbestimmt, ob unter dem durch Annahme zu erlangenden selbständigen Bürgerrecht ausschließlich das Recht der Teilnahme an den Wahlen zu den Gemeindeämtern und das Stimmrecht in sonstigen Gemeindeangelegenheiten samt dem Wählbarkeitsrecht (Art. 1 Abf. 1 Ziff. 1 und Abf. 2 und Art. 12 des Gesetzes vom 16. Juni 1885) zu verstehen sein soll und ob durch Ausschließung aus der Gemeinde auch der in dem Bürgerrecht enthaltene Schutz gegen Ausweisung aus der Gemeinde in den Fällen des Art. 57 des genannten Gesetzes (Art. 1 Abf. 1 Ziff. 3) verloren gehen soll.

In die Kirchenordnung der privilegierten evangelisch-lutherischen Brüdergemeinden Kornthal und Wilhelmsdorf, welcher unter dem 5. April 1892 von dem König in Anwendung des Punkts XXIII des Privilegiums vom 22. August 1819 die landesherrliche Bestätigung erteilt worden ist, sind in § 17 für Kornthal die Uebergangsbestimmungen aufgenommen worden: „In Erwägung, daß zur Zeit die bürgerliche und Brüdergemeinde sich beinahe decken und die Mitglieder der Brüdergemeinde dem bürgerlichen Gemeinderat in seiner gegenwärtigen Zusammensetzung volles Vertrauen auch in Hinsicht ihrer kirchlichen Interessen schenken, wird bis auf weiteres von der Wahl eines eigenen Brüdergemeinderats abgesehen und werden vorerst alle nach der gegenwärtigen Kirchenordnung dem Brüdergemeinderat oder einzelnen Mitgliedern desselben zustehenden Befugnisse und Vollmachten dem jeweiligen bürgerlichen Gemeinderat, beziehungsweise den betreffenden Mitgliedern desselben übertragen (Privilegium Ziff. II und IV). Sobald jedoch aus der Mitte der Brüdergemeinde ein Antrag (gemäß § 14 Ziff. 1 lit. f. und h.) auf Wahl eines eigenen Brüdergemeinderats gestellt und von der Mehrheit der Brüdergemeinde angenommen wird, ist ein solcher unverzüglich von der Brüdergemeinde nach den Bestimmungen vorstehender Kirchenordnung § 11 und 12 zu wählen.

Das frühere Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 17. Juni 1889 hat in einem Satze seiner Begründung dem Gedanken Ausdruck gegeben, es sei bereits durch das Bundesgesetz vom 3. Juli 1869 über die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Beziehung so völlig eine Scheidewand zwischen die religiöse und die politische Gemeinde in Kornthal gestellt worden, daß die in dem Privilegium der politisch-religiösen Gemeinde für ihre „bürgerliche Verfassung“ erteilten angeführten Vorrechte gänzlich ihre Geltung als bürgerliches Sonderrecht verloren haben. Das unterrichtliche Urteil vom 21. April 1900 ist jener Entscheidung unter der Hervorhebung, daß das Sonderrecht der Annahme oder Zurückweisung neuer Bürger der Gemeinde Kornthal nur in

Anerkennung ihrer religiös-sittlichen Anschauungen zugestanden worden sei, und mit der Bemerkung beigetreten, daß es unerheblich sei, ob die Gemeinde der Abweisung des Klägers Gründe beigefügt habe oder nicht. Von dem Vertreter der Gemeinde Kornthal wird in der Berufungsinstanz, wie schon in erster Instanz geltend gemacht, daß der Kläger nicht darum, weil er etwa das Glaubensbekenntnis der Brüdergemeinde nicht anerkenne oder nicht Mitglied der Brüdergemeinde sei, sondern deshalb, weil er sich in die Gemeindeordnung nicht füge, von der Zugehörigkeit zur bürgerlichen Gemeinde ausgeschlossen und hernach mit dem Gesuch um Wiedererteilung des Bürgerrechts abgewiesen worden sei und daß die Befugnis der Gemeinde, ein sich in die Gemeindeordnung nicht fügendes Gemeindemitglied nach Ziff. X des Privilegiums von dem Gemeindebürgerrecht auszuschließen und ein Gesuch um Erteilung des Gemeindebürgerrechts aus einem anderen Grunde als dem der Nichtanerkennung des Glaubensbekenntnisses oder der Nichtzugehörigkeit zu der Brüdergemeinde nach Ziff. VI des Privilegiums abzulehnen, in Geltung verblieben sei, wie auch zur Abweisung eines Bürgerannabmegegessuchs die Angabe eines Grundes gar nicht erforderlich sei: Hierbei ist davon ausgegangen, daß nach der Ziff. VI niemand für sich einen Rechtsanspruch auf Verleihung des Bürgerrechts habe, während der unterrichterlichen Entscheidung die Auffassung zu Grunde liegt, daß der Fortbestand der besonderen Gemeindeverfassung, welche mit Rücksicht darauf, daß nur solche Personen, welche sich zu dem Glaubensbekenntnis der besonderen Religionsgemeinschaft bekennen und einen diesem Bekenntnis entsprechenden Lebenswandel führen (vergl. §§ 1 und 2 der Kirchenordnung), Gemeindebürger sein sollen und können, ausnahmsweise ein Recht auf die Verleihung des Bürgerrechts der politischen Gemeinde nicht anerkenne und die Ausstoßung aus der politischen Gemeinde zulasse, mit dem Bundesgesetz vom 3. Juli 1869 nicht verträglich sei und daher diese Gemeindeverfassung durch das Bundesgesetz aufgehoben sei. In der von Kapf,

die württembergischen Brudergemeinden Kornthal und Wilhelmshausen (1839), S. 87 ff. mitgeteilten Gemeindeordnung § 12 ist aus der apostolischen Regel 1. Cor. 5, 13 „Thut von euch selbst hinaus, wer da böse ist“ die Pflicht der Gemeinde abgeleitet, diejenigen, welche sich in die Gemeindevorrichtungen nicht fügen, beim Versagen anderer Zuchtmittel aus der Gemeinde auszuschließen. Zwar ist, wie sich aus den Hilfsakten der Kreisregierung ergibt, von derselben am 6. Mai 1834 diese ohne höhere Genehmigung vorläufig eingeführte Gemeindeordnung, weil sich die Gemeinde Kornthal zu den verlangten Modifikationen nicht verstehen wollte, aufgehoben worden; hinsichtlich jener Auffassung des Rechts zur Ausschließung als einer gleichzeitigen religiösen Verpflichtung war aber eine Beanstandung nicht erfolgt und ist auch durch die Nichtbestätigung der Gemeindeordnung nichts geändert worden.

Wollte man nun aber auch annehmen, daß mit dem Inhalte des genannten Reichsgesetzes der Fortbestand des verliehenen Sonderrechts als bürgerlichen Sonderrechts in dem so beschränkten Umfange, wie ihn jetzt in dem vorliegenden Prozesse der Vertreter der Gemeinde bezeichnet (und die Versagung oder Entziehung des Bürgerrechts der Wirkung auf die Aufenthaltsbefugnis entkleidet), nicht unvereinbar sei, so ist doch jedenfalls der Gemeinde darin nicht Recht zu geben, daß nach der fundamentalen Aenderung, welche die in den Ziff. VI bis XII des Privilegiums enthaltenen Festsetzungen in ihrer Bedeutung als Normen des bürgerlichen Gemeinderechts durch die Reichsgesetzgebung erfahren hatten, das Gemeindeangehörigkeitsgesetz vom 16. Juni 1885 einen seinem Inhalt widerstreitenden kleinen Ueberrest dieser Normen in Geltung erhalten habe, aus welchem, wie zuletzt in Bezug auf den Beschluß der Gemeindefollegerien vom 25. Februar 1886 zur Sprache kam, das verbliebene Sonderrecht nicht einmal als klarer Rechtszustand zu erkennen wäre. Jedenfalls seit der Erlassung des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes darf auch in Kornthal von der Gemeindebehörde die Abwei-

fung von Bürgerannahmegejuchen nur noch auf die in Art. 6 und 7, bezw. 14 und 57 dieses Gesetzes bezeichneten Eigenschaften und Umstände gestützt werden und das Bürgerrecht erlischt nur nach Maßgabe der Art. 36 ff. dieses Gesetzes.

Der Art. 62 Abs. 2 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes erklärt, daß die den Bestimmungen des neuen Gesetzes entgegenstehenden Vorschriften außer Geltung treten, unter Anführung einer Reihe von Gesetzen und einzelnen Gesetzesbestimmungen, welche „insbesondere“ aufgehoben oder abgeändert werden. Unter diesen ist zwar das der Gemeinde Kornthal erteilte Privilegium als teilweise aufgehoben oder abgeändert nicht genannt, andererseits bedient sich aber der Art. 62 nicht wieder der in den Schlußbestimmungen des Bürgerrechtsgesetzes vom 15. April 1828 und des revidierten Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833 vorkommenden Ausdrucksweise, daß alle früheren „Gesetze, Verordnungen und Observanzen“ welche mit den neuen Bestimmungen in Widerspruch stehen, aufgehoben seien, mit welcher Ausdrucksweise, wenn sie auf Normen des allgemeinen geschriebenen Rechts und des Gewohnheitsrechts bezogen wurde, die Annahme der unveränderten Geltung des Privilegiums sich eher vereinigen ließ, sondern der Fassung „Vorschriften“, worunter die singulären Vorschriften des Privilegiums vom 22. August 1819, welche dem neuen Gesetz widerstreiten, mitzuverstehen keinem Anstande unterliegt. Es läßt sich aber auch nicht geltend machen, daß den gesetzgebenden Faktoren die Aufrechterhaltung des widerstreitenden Inhalts des Privilegiums, insoweit sie landesrechtlich möglich gewesen, als selbstverständlich oder wenigstens als wünschenswert habe erscheinen müssen.

Bei aller Anerkennung des sehr geordneten Zustands, durch den sich die politisch-religiöse Gemeinde Kornthal auszeichnet hat, läßt sich nicht in Abrede stellen, daß die Durchführung der für die Verfassung der Gemeinde in den Ziff. VI bis XII des Privilegiums getroffenen Festsetzungen bei voller Anwendung auf die bürgerlichen Verhältnisse nur

unter Benachtheiligung anderer Gemeinden des Landes möglich war. Zur Zeit der Erlassung des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes war von dem ursprünglichen Inhalte des Privilegiums als bürgerlichen Sonderrechts keinenfalls mehr als ein kleiner Ueberrest vorhanden, der einen klaren und unbestrittenen Rechtszustand nicht darstellte. Und als von der Gemeinde Kornthal aus die Kolonie Wilhelmsdorf gegründet worden war, die im Jahre 1850 zu einer selbständigen bürgerlichen Gemeinde erhoben worden ist, waren für die Gründung dieser Kolonie solche politische Sonderrechte, zu deren Ertheilung es nunmehr der Verabschiedung mit den Ständen bedurft hätte, nicht verliehen worden, sondern es hat sich die durch das K. Dekret vom 26. September 1823 erfolgte Zusicherung der in dem Kornthaler Privilegium enthaltenen Befreiungen und Befugnisse ausdrücklich nur auf diejenigen Befreiungen und Befugnisse erstreckt, welche die Staatsregierung im Verwaltungswege erteilen konnte. Hierauf sind auch die Einwohner von Wilhelmsdorf noch im Jahre 1846 in Folge einer von dem Gemeinderat zu Kornthal namens der Kolonie eingereichten Eingabe hingewiesen worden. Im Laufe der Zeit zu einer durch Gemeinsamkeit des Bekenntnisses und Kultus mit Kornthal eng verbundenen selbständigen Brüdergemeinde erwachsen, nahm und nimmt Wilhelmsdorf dieselbe kirchliche Ausnahmestellung wie Kornthal ein. In bürgerlicher Beziehung bestand aber, nachdem die Kolonie eine selbständige Gemeinde geworden war, der allgemeingefäßliche Rechtszustand, so daß einer etwa auf Grund der Ziff. X des Privilegiums erfolgenden Ausschließung aus der Gemeinde die Wirkung des Verlusts des Gemeindebürgerrechts nicht zukommen konnte und während der Geltung des revidierten Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833 die nachgesuchte Aufnahme in das Bürgerrecht nur unter den Voraussetzungen dieses Gesetzes verweigert werden konnte, insbesondere auch der Eintritt in das „aktive Bürgerrecht“ unter den Voraussetzungen dieses Gesetzes von Rechtswegen, ohne daß es einer besonderen Aufnahme in dasselbe bedurfte, erfolgte.

Mit der Erlassung des Gesetzes vom 16. Juni 1885 ist eine vollständige Neuregelung des Rechts der Gemeindeangehörigkeit unternommen worden und es läßt sich nicht annehmen, daß die gesetzgebenden Faktoren einen in seinem Bestande und Inhalte zweifelhaft gewordenen Ueberrest politischen Sonderrechts, dessen die Gemeinde Wilhelmsdorf nicht teilhaftig geworden war, im Widerstreit mit dem Gesetze vom 16. Juni 1885 haben aufrecht erhalten wollen.

Nach dem Ausgeführten hat der Verwaltungsgerichtshof die unterrichterliche Entscheidung, daß dem Kläger das Gemeindebürgerrecht, dessen er verlustig geworden, wieder zu erteilen sei, als richtig anzuerkennen.

Urteil vom 5. Dezember 1900 in der Berufungssache der Gemeinde Kornthal gegen Schef.

6.

Ist die Ausführung einzelner Bauakkordverträge größeren Umfangs in Württemberg durch einen auswärtigen Gewerbetreibenden ein in Württemberg steuerpflichtiger Gewerbebetrieb? (§ 3 des Reichsgesetzes wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung; Art. 1 Ziff. 3, Art. 3 Abs. 2 und Art. 85 Abs. 1 des Gesetzes vom 28. April 1873, betreffend die Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer).

Die Firma A. Th. und J. St. in Augsburg betreibt mit dem Sitze daselbst ein Bau- und Betongeschäft; sie ist daher im Handelsregister in Augsburg eingetragen und dort in Gemäßheit des Gesetzes über die Gewerbebesteuerung vom 19. Mai 1881, an dessen Stelle seit 1. Januar 1900 das Gesetz vom 9. Juni 1899 getreten ist, mit ihrem Gewerbebetrieb zur Gewerbesteuer beigezogen. Im Jahre 1898 hat diese Firma auf Grund von Akfordverträgen mit der Elektrizitäts-Aktiengesellschaft vormals Schuckert u. Cie. in Nürnberg an der Wasserwerksanlage in Marbach die Ausführung von Erdarbeiten, Kunst- und Wasserbauten, sowie Hochbauten im Gesamtüberschlage von etwa 245 000 Mark übernommen

und hierauf behufs Erfüllung der vertragsmäßigen Verpflichtungen in Marbach ein Baubureau eingerichtet und sonstige geeignete Vorrichtungen getroffen, insbesondere auch für die Leitung und Ueberwachung der Arbeiten mit Vertretungs- befugnis versehene Personen aufgestellt. Die Tiefbauten wurden in der Hauptsache im Jahre 1898, die Hochbauten im Jahre 1899 ausgeführt. Wegen dieses Unternehmens ist die Firma in Württemberg nach Maßgabe der Art. 1 Ziffer 3, Art. 3, Art. 85 Abs. 1, Art. 93 und 98 des Steuergesetzes vom 28. April 1873 zur Gewerbesteuer herangezogen worden. Zunächst wurde am 19. Oktober 1898 vom K. Kameralamt Großbottwar das Steuerkapital vorläufig für ein Vierteljahr auf 17 295 Mark berechnet, und dann am 5. Juni 1899 auf 12 875 Mark mit Wirkung vom 1. Oktober 1898 an festgestellt zu werden. Hiegegen hat die Firma A. Th. und J. St. Einsprache erhoben, da sie in Marbach eine förmliche Geschäftsniederlassung nicht errichtet habe und neben ihrem in Bayern der Besteuerung unterworfenen Gewerbebetrieb ein weiterer selbständiger Gewerbebetrieb in Württemberg nicht vorliege. Das K. Steuerkollegium, Abteilung für direkte Steuern hat mit Erlaß vom 13. Januar 1900 den Anspruch der Firma auf Freilassung von der württembergischen Gewerbesteuer als begründet nicht erachtet und demgemäß die Beschwerde abgewiesen; bei Inbetrachtung aller Verhältnisse liege thatsächlich im Steuerdistrikt Marbach der Betrieb eines Gewerbes seitens der Firma, sowie die Unterhaltung einer gewerblichen Niederlassung daselbst begrifflich und rechtlich vor. Die weitere von der Firma gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde ist von dem K. Finanzministerium am 4. Juli 1900 als unbegründet zurückgewiesen worden, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Die von der Beschwerdeführerin in Marbach ausgeführten Arbeiten seien als ein Gewerbebetrieb in Württemberg, als ein in Württemberg betriebenes Teilgewerbe der Beschwerdeführerin anzusehen; dafür spreche nicht nur der Umfang der zur Vergebung gelangten Arbeiten, sowie die längere

Dauer des Betriebs und die namhafte Zahl der verwendeten Hilfspersonen, sondern auch der Umstand, daß zur Leitung der Arbeiten vertragsmäßig von der Unternehmerin selbständige tüchtige Stellvertreter aufgestellt werden mußten und thatsächlich auch aufgestellt worden sind. Nach den obwaltenden thatsächlichen Verhältnissen vereinige das Unternehmen auch die Merkmale einer gewerblichen Zweigniederlassung in sich. Als ein selbständiger Gewerbebetrieb unterliege das Unternehmen nach dem Steuergesetz vom 28. April 1873 in Verbindung mit dem Reichsgesetz vom 13. Mai 1870 wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung der württemb. Gewerbesteuer; der § 3 des genannten Reichsgesetzes setze nicht ein förmliches selbständiges Zweiggeschäft im Lande voraus, sondern lasse die württembergische Besteuerung auch zu, wenn für Rechnung einer gewerblichen Unternehmung mit dem Sitze in einem anderen Bundesstaate auf sonstige Weise ein Gewerbe im Lande selbständig betrieben werde.

Gegen diese Entscheidung hat die Firma A. Th. und J. St. die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben und beantragt, unter Aufhebung der Entscheidung auszusprechen, daß sie nicht verpflichtet sei, für ihre Bauunternehmung in Marbach Gewerbesteuer an die württembergische Behörde zu entrichten. Durch Urteil vom 28. November 1900 hat der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde stattgegeben.

G r ü n d e :

Das württembergische Steuergesetz vom 28. April 1873 unterwirft gemäß Art. 1 Ziff. 3, Art. 3 Abs. 2, Art. 85 Abs. 1 der Steuerpflicht jeden, der in Württemberg ein Gewerbe betreibt, ohne Rücksicht darauf, ob er auch außerhalb Württembergs ein solches betreibt. Das württembergische Landessteuergesetz steht damit im Einklang mit dem Reichsgesetz über die Doppelbesteuerung (vergl. Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten zu dem Gesetzesentwurf Art. 3 in den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1870/72 I. Beil. Bd. 2. Abteilung S. 1009), soferne nach

dessen § 3 und seiner Auslegung in der Rechtsprechung und in der Verwaltungspraxis für den Fall, daß ein Deutscher in mehreren Bundesstaaten ein Gewerbe betreibt, jeder dieser Bundesstaaten zur Besteuerung des in seinem Gebiete betriebenen Gewerbes befugt ist (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen vom 18. Dezember 1884 Bd. 11 S. 309, in Civilsachen vom 7. November 1885 Bd. 15 S. 27, vom 2. März 1891 Bd. 27 S. 109, vom 30. September 1897 Bd. 39 S. 134; Blochmann in Hirths Annalen Jahrgang 1887 S. 783, 785 ff.; Klaus im Finanzarchiv von Schanz 5. Jahrgang 1888 S. 174 ff.). Für die im vorliegenden Falle streitige Frage, ob die Beschwerdeführerin in den Jahren 1898 und 1899 im Oberamt Marbach ein Gewerbe betrieben hat, ist, wie auch das R. Finanzministerium mit Grund angenommen hat, nicht entscheidend das daselbst begründete Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung im Sinne der Gewerbeordnung oder einer kaufmännischen Zweigniederlassung im Sinne des Handelsgesetzbuchs oder des Gerichtsstandes der Niederlassung im Sinne des § 22 bezw. 21 der Civilprozeßordnung; vielmehr sind für die Entscheidung dieser Frage lediglich maßgebend die Vorschriften des Landessteuergesetzes. Dieses Gesetz enthält nun aber, sowenig wie das Reichsgesetz über die Doppelbesteuerung oder die Gewerbeordnung, eine begriffliche Bestimmung des Gewerbebetriebs. Die Absicht des Gesetzes, wenn es in Uebereinstimmung mit dem Reichsgesetz bleiben wollte, kann es nicht sein, j e d e inländische Erwerbsthätigkeit eines Nichtwürttembergers mit der württembergischen Gewerbesteuer zu erfassen; diese Absicht ließe sich bei den gegenwärtigen Verkehrsbeziehungen auch nicht annähernd durchführen und würde zu einer unverhältnismäßigen Härte gegen solche Gewerbetreibende führen, deren Gewerbebetrieb, wie bei den Bauhandwerkern und Bauunternehmern, bei jeder einzelnen Bethätigung äußerlich an wechselnden Orten hervortritt (vgl. auch in Betreff der Besteuerung der Wandergewerbe Art. 6 des Gesetzes vom 15. Dezember 1899, Art. 19

des Deutsch-Oesterreichischen Handels-Vertrags vom 6. Dezember 1891 und die gleichlautenden oder ähnlichen Bestimmungen anderer Handelsverträge des deutschen Reichs). Auch die landständischen Verhandlungen über das Steuer-gesetz, insbesondere die Bemerkung der Motive zum Art. 98 des Entwurfs und die gleichartige Verhältnisse betreffende Regelung der Gewerbebesteuerung bei einem über mehrere württembergische Steuerdistrikte sich erstreckenden Gewerbebetrieb in Art. 85 (vergl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1868 70 I. Beil. Bd. S. 201, S. 196/7, von 1870 72 I. Beil. Bd. 2. Abteilung S. 1009 und V. Protokollband S. 2612), sowie die Fassung der Ziff. 28 der Vollziehungsvorschrift der Katasterkommission vom 13. März 1875 weisen darauf hin, daß das württemb. Steuergesetz nicht jede gewerbliche Thätigkeit, die ein Nichtwürttemberger in Württemberg entfaltet, mit der württemb. Gewerbebesteuerung belegen will. In dieser Beziehung steht es in Uebereinstimmung mit dem § 2 des preussischen Gewerbebesteuergesetzes vom 24. Juni 1891 und dem Art. 3 des bayerischen Gewerbebesteuergesetzes vom 9. Juni 1899, deren Fassung eine Auslegung, wonach jede gewerbliche Thätigkeit eines Ausländers in dem betreffenden Lande von der Gewerbebesteuerung erfaßt werden wollte, nicht aufkommen läßt.

Es fragt sich dann, wie die in Württemberg sich entfaltende gewerbliche Thätigkeit eines Auswärtigen beschaffen sein muß, um in Gemäßheit des württemberg. Steuergesetzes der württembergischen Gewerbebesteuerung unterstellt zu werden. Da dieses Gesetz die im Lande befindlichen Gewerbebetriebe zur Steuer heranzieht, muß die in Betracht kommende Thätigkeit für sich allein genommen, abgefordert von der übrigen gewerblichen Thätigkeit des Auswärtigen, den Thatbestand des Gewerbebetriebs erfüllen, die sämtlichen Merkmale eines Gewerbebetriebs an sich tragen. In Ermangelung einer gesetzlichen Begriffsbestimmung ist dabei für die Bedeutung des Gewerbebetriebs der gewöhnliche Sprachgebrauch zu Grunde zu legen.

Hiernach versteht man, wie in der Doktrin und Recht-

sprechung übereinstimmend festgestellt ist, unter Gewerbe im weitesten Sinne jede fortgesetzte mit der Absicht auf Gewinnerzielung unternommene selbständige und erlaubte Arbeitsthätigkeit, welche sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehre darstellt (vergl. Schicker, Gewerbeordnung 3. Auflage S. 3 Note 1 und insbesondere Landmann Gewerbeordnung 3. Auflage 1. Bd. Einleitung S. 42/3, zu § 1 S. 45, zu § 14 S. 126/7).

Von diesem Standpunkt aus ist zu untersuchen, ob die von der Beschwerdeführerin im Oberamt Marbach entfaltete Thätigkeit die sämtlichen Merkmale eines inländischen Gewerbebetriebs an sich trägt. Mit dem R. Finanzministerium ist anzuerkennen, daß die von der Beschwerdeführerin über die Dauer der Ausführung der Affordverträge in Marbach getroffenen Einrichtungen, Errichtung und Unterhaltung eines Baubureaus, Aufstellung eines Vertreters mit Generalvollmacht und eines in Marbach wohnhaften Aufsehers, sowie ferner die Einstellung eines beträchtlichen Teils der Arbeiter in Marbach an sich geeignet waren, einen selbständigen örtlichen Mittelpunkt für die daselbst entwickelte gewerbliche Thätigkeit abzugeben, eine Niederlassung oder Betriebsstätte behufs Ausführung der Affordarbeiten zu schaffen, und daß damit die abgesonderte steuerliche Behandlung des auf diese Arbeiten entfallenden Teils der gewerblichen Thätigkeit der Beschwerdeführerin ermöglicht wäre. Nach allgemeinen Grundsätzen, die in der Theorie und Praxis anerkannt werden, gehört es jedoch wesentlich zum Begriff des Gewerbebetriebs, daß die werbende Thätigkeit fortgesetzt und dauernd ausgeübt wird (vergl. *F u i s t i n g*, die Preußischen direkten Steuern 3. Bd. Kommentar zu den Gewerbesteuergeetzen 2. Auflage S. 227, ferner Seite 11—12, 31—36, 173—174; Entscheidungen des R. Preussischen Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuerfachen Bd. IV S. 383, Bd. VI S. 385; Preussisches Verwaltungsblatt 19. Jahrgang S. 317/21).

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die einen längeren Zeitraum beanspruchende vertragsmäßige Erfüllung von Werk-

verdingungs- (Afford) Verträgen läßt sich nur unter umfassender Würdigung der jeweiligen Umstände beurteilen. Im vorliegenden Falle hat nach den Verhältnissen, wie sie erhoben worden sind, die Beschwerdeführerin die gewerbliche Thätigkeit in Württemberg in den Jahren 1898 und 1899 lediglich entfaltet, um die auf Grund von zwei Affordverträgen übernommenen Wasserbau-, Beton- und Erdarbeiten für die Wasserwerksanlage der elektrischen Centrale des Stuttgarter Elektrizitätswerkes in Marbach, sowie damit zusammenhängende Hochbauten für die Turbinenstation desselben Werkes zur Ausführung zu bringen. Ausnahmsweise mag unter Umständen die Ausführung eines einzigen Bauaffords wegen des Umfangs des Unternehmens und der Dauer der Arbeiten für sich selbst einen besonderen am Orte der Bauausführung konzentrierten Gewerbebetrieb darstellen. Im vorliegenden Falle trifft jedoch diese Ausnahme nach der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs nicht zu; wenn auch die von der Beschwerdeführerin ausgeführten Arbeiten nicht unerheblich waren, soferne sie einen Gesamtüberschlag von etwa 245 000 Mark erreichten und einen in zwei Jahre fallenden geschäftlichen Betrieb erforderten, so vermögen sie doch für sich allein nach ihrem Umfang und ihrer Dauer als ein verhältnismäßig kleiner Teil des gesamten Geschäftsbetriebs der Beschwerdeführerin die Annahme eines selbständigen württembergischen Gewerbebetriebs der Beschwerdeführerin nicht zu begründen; daß diese aber weitere Arbeiten in Württemberg in den Kreis ihrer in Württemberg entfalteten gewerblichen Thätigkeit gezogen hätte, das sie insbesondere die Einrichtungen in Marbach getroffen hätte, um auf unbestimmte Zeit für sonstige Arbeiten in Württemberg einen geeigneten örtlichen Mittelpunkt zu schaffen, ist nicht nachgewiesen und nach den angestellten Erhebungen nicht zu unterstellen.

Auf Grund dieser Erwägungen ist der gemäß Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 als begründet erachteten Beschwerde eine Folge

dahin zu geben, daß die angefochtene Entscheidung des R. Finanzministeriums vom 4. Juli 1900 außer Wirksamkeit gesetzt wird. Da der Verwaltungsgerichtshof den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Freilassung von württemb. Gewerbebesteuer wegen der fraglichen Arbeiten anerkennt, verliert auch die mit der angefochtenen Entscheidung bestätigte Verfügung des R. Steuerkollegiums vom 13. Januar 1900 und die dadurch genehmigte Steuereinschätzung vom 5. Juni 1899 ihre Geltung.

Urteil vom 28. November 1900 in der Rechtsbeschwerdesache der Firma A. Th. und J. St. in Augsburg.

III.

Abhandlungen.

Die Rechtsgültigkeit der Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899.

Von Dr. Göz, Wirklicher Staatsrat in Stuttgart.

Im vergangenen Jahr in der letzten Nummer der deutschen Juristenzeitung hat *L a b a n d* die Ansicht vertreten, die vom Bundesrat auf Grund des Art. 45 der Reichsverfassung beschlossene und im Reichsgesetzblatt veröffentlichte Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899 sei rechtswidrig, weil infolge der Einführung des neuen Handelsgesetzbuchs diese Verkehrsordnung die Bedeutung einer zwingenden Privatrechtsnorm erlangt habe, und der Bundesrat ohne spezielle reichsgesetzliche Ermächtigung nicht befugt sei, Privatrechtsvorschriften im Wege der Verordnung zu erlassen.

Wenn am Schlusse dieser Erörterung das Resultat als ein „sehr unerwünschtes“ bezeichnet wird, so wird dagegen Niemand Widerspruch erheben. Mit der Verneinung der Rechtsgültigkeit der Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899 wäre die Sache auch nicht abgethan. Eine Reihe von tiefgreifenden praktischen Zweifelsfragen würde sich erheben. Die angefochtene Eisenbahnverkehrsordnung setzt in ihrem Eingange die Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands vom 15. November 1892 außer Wirkung; wenn sie nun ihrem ganzen Inhalte nach nichtig ist, so trifft diese Nichtigkeit auch die Aufhebung der früheren Verkehrsordnung;

soll also diese thatsächlich von sämtlichen deutschen Eisenbahnverwaltungen außer Wirksamkeit gesetzte Verkehrsordnung rechtlich als fortdauernd gültig angesehen werden? Oder soll die neue Verkehrsordnung, wenn sie als Privatrechtsnorm nicht aufrecht erhalten werden kann, nicht wenigstens als Verwaltungsvorschrift und als Muster von Vertragspropositionen Geltung beanspruchen können?

Diesen Fragen näher zu treten, unterlassen wir; vielmehr vertreten wir die Ansicht, daß die aus dem veränderten Inhalt des Handelsgesetzbuchs gegen den Rechtsbestand der neuen Eisenbahnverkehrsordnung abgeleiteten Bedenken nicht stichhaltig sind und die Gültigkeit dieser Ordnung nicht zu erschüttern vermögen.

Bis zum Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuchs am 1. Januar 1900 hat die auch von Laband hinsichtlich ihrer formalen Erfordernisse bis dahin nicht beanstandete Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands vom 15. November 1892 Geltung gehabt, welche gleichfalls vom Bundesrat auf Grund des Artikels 45 der Reichsverfassung beschlossen worden und nach ihrer Bekanntmachung im Reichsgesetzblatt mit dem 1. Januar 1893 an die Stelle des Betriebsreglements für die Eisenbahnen Deutschlands vom 11. Mai 1874 getreten ist. Diese Verkehrsordnung begrenzt zunächst in den Eingangsbestimmungen das Gebiet ihrer Anwendung, enthält sodann in einem zweiten Abschnitt (§§ 1 bis 9) allgemeine Bestimmungen insbesondere über die Pflichten der Eisenbahnbediensteten, über das Betreten der Bahnhöfe und der Bahn, über die Verpflichtung zum Transport, über die Transportpreise, die Zahlungsmittel, über die Haftung der Eisenbahn für ihre Leute, hierauf werden Vorschriften gegeben im dritten Abschnitt (§§ 10 bis 29) über die Beförderung von Personen, im vierten Abschnitt (§§ 30 bis 38) über die Beförderung von Reisegepäck, im fünften Abschnitt (§§ 39 bis 41) über Beförderung von Expressgut, im sechsten Abschnitt (§§ 42 bis 43) über die Beförderung von Leichen, im siebenten Abschnitt (§§ 44 bis 84) über die Beförderung

von lebenden Tieren und im achten Abschnitt (§§ 49 bis 81) über die Beförderung von Gütern; eine Schlußbestimmung schreibt die Veröffentlichung der Verkehrsordnung und ihrer Aenderungen im Reichsgesetzblatt vor. Die neue in ihrer Rechtsgültigkeit angefochtene Verkehrsordnung schließt sich in ihrer äußeren Anordnung und in ihrem ebenfalls in 91 Paragraphen gefaßten Inhalt eng an ihre Vorgängerin an. Von ihren nicht sehr erheblichen Neuerungen mögen hier folgende hervorgehoben werden:

Für die Beförderung von Personen, die an ansteckenden Krankheiten leiden, sind besondere Vorschriften vorgesehen (§ 20 Abs. 2); Jagdhunde werden hinsichtlich der Beförderung als Reisegepäck den kleinen Tieren gleichgestellt (§ 30 Abs. 3); für die Abfertigung von Fahrrädern können durch die Tarife besondere Vorschriften gegeben werden (§ 32 Abs. 7); die Eisenbahnen werden verpflichtet, auf den Stationen, soweit ein Bedürfnis besteht, Gepäckträger zu bestellen, die ihre Dienste unter der Verantwortlichkeit der Eisenbahnverwaltung verrichten (§ 37); für die vorübergehende Aufbewahrung von Gepäck auf größeren Stationen wird von der Verwaltung die Verantwortung übernommen (§ 38); ausdrücklich ausgesprochen wird, daß der Absender nicht nur für die Richtigkeit, sondern auch für die Vollständigkeit der Angaben im Frachtbrief haftet (§ 53 Abs. 1); für die Berechnung des von der Eisenbahn zu leistenden Schadensersatzes bei Verlust oder Minderung des Gutes ist der Wert von Gut derselben Art und Beschaffenheit am Ort der Absendung (statt der Ablieferung) maßgebend (§ 80); die Frist zur Wahrung von Entschädigungsansprüchen an die Eisenbahn wegen Verspätung nach Bezahlung der Fracht und Annahme des Gutes ist von seither sieben Tagen auf vierzehn Tage ausgedehnt (§ 90 Abs. 1); die Schlußbestimmung der alten Verkehrsordnung ist weggeblieben.

Ueber die privatrechtliche Bedeutung dieser Eisenbahnverkehrsordnung bestand seither in der Theorie und Praxis kaum eine Meinungsverschiedenheit, man war darüber einig,

daß diese Verkehrsordnung keine Rechtsgrundsätze, keine gesetzlichen Vorschriften schaffen könne; die Bestimmungen des Reglements bilden einen Bestandteil des Frachtvertrags, sie kommen daher in jedem einzelnen Falle nicht kraft des gesetzgeberischen Willens der Bundesgewalt, sondern kraft des Willens der Vertragsschließenden, mithin nicht als Rechtsnormen, sondern als Vertragsbestimmungen in Anwendung (Urteil des Reichsoberhandelsgerichts vom 30. Novbr. 1875 in den Entscheidungen Bd. 19 S. 184 ff.). Die „Betriebsreglements“ sind nach der einen Seite hin bindende Anordnungen für die Behörden und Beamten der betreffenden Anstalten, nach der anderen Seite generelle Propositionen an das Publikum, welche privatrechtliche Bedeutung nur dadurch erhalten, daß auf Grund derselben ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen entstehen können (M a n d r y, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 4. Auflage S. 488). Das Betriebsreglement stellt die Bethätigung der Vertragsfreiheit der Eisenbahnbetriebsunternehmer dar, es enthält die Bedingungen für den Transport von Personen und Gütern, zu deren Vereinbarung diese Unternehmer nach dem Handelsgesetzbuch befugt sind (L a b a n d, Reichsstaatsrecht, 2. Auflage Bd. II S. 126, vgl. G e r s t n e r im Archiv für öffentliches Recht S. 161—197). Das Reichsgericht hat sich in konstanter Rechtsprechung dieser Auffassung angeschlossen, trotzdem aber soll nach einem Urteil vom 13. Februar 1886 (Entscheidungen Bd. 15 S. 147) die Auslegung des Reglements dann der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegen, wenn nicht sowohl der im Abschluß des einzelnen Frachtvertrags zum Ausdruck gekommene konkrete und detaillierte Vertragswille der Kontrahenten festgestellt, sondern wenn das Reglement als abstrakte Norm, welcher als solcher die Kontrahenten sich unterworfen haben, ausgelegt wurde, eine Unterscheidung, die S t a u b in seinem Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. und 4. Auflage S. 1060 mit Grund als „frei“ und „wohl nicht berechtigt“ bezeichnet hat.

Fragt man nach dem R e c h t s g r u n d der mit der

jezt gebräuchlichen Bezeichnung „Eisenbahnverkehrsordnung“ zusammengefaßten Bestimmungen, so erscheint es nicht ausreichend, sie als die Bethätigung der vom Handelsgesetzbuch zugelassene Vertragsfreiheit darzustellen. Ihren letzten Grund haben sie in dem privatrechtlichen Verfügungsrecht, das den Eisenbahnverwaltungen kraft Eigentums oder Pacht an den für den Eisenbahnbetrieb bestimmten Grundstücken und deren Zubehörden, sowie an den unmittelbar dem Eisenbahnbetrieb dienenden beweglichen Sachen zukommt; dieses Verfügungsrecht gibt den Verwaltungen das Recht, die Bewilligung der ihrer Herrschaft unterstellten Gegenstände durch das Publikum von beliebigen Bedingungen abhängig zu machen, soweit nicht zwingende Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze Schranken setzen; dieses privatrechtliche Herrschaftsverhältnis schafft die notwendigen Unterlagen für den Eisenbahnbetrieb, ermöglicht die Anstellung und Unterbringung der für diesen Betrieb erforderlichen Bediensteten und den Abschluß und die Ausführung der beim Betrieb vorkommenden Beförderungs- und sonstiger Verträge. Auch bei der Gestaltung der Verträge mit den Angestellten und der durch den Betrieb veranlaßten Verträge mit dem Publikum ist den Verwaltungen innerhalb der durch die Reichsgesetzgebung, insbesondere die §§ 453 bis 473 des Handelsgesetzbuchs gestellten Grenzen freier Spielraum gelassen.

Die Eisenbahnverkehrsordnung stellt sich hienach dar als eine aus der privatrechtlichen Verfügungsgewalt fließende autonome Satzung des verfügungsberechtigten Eisenbahnbetriebsunternehmers; in dieser Beziehung steht sie auf einer Stufe mit der Hausordnung, welche der Hauseigentümer für seine Miether und sonstige im Hause weilende Personen erläßt, mit den Bedingungen, welche der Besitzer einer Badeanstalt oder einer Heilanstalt für die Benützung seiner Anstalt öffentlich bekannt gibt, mit der Arbeitsordnung, deren Erlassung dem Fabrikunternehmer durch das Gesetz über die Abänderung der Gewerbeordnung vom 1. Juni 1891 vorgeschrieben ist, mit den Bestimmungen der Vertragsanerbie-

tungen, durch deren Veröffentlichung Gewerbetreibende aller Art, insbesondere Bankgeschäfte und Versicherungsunternehmer das Publikum zum Abschluß von Verträgen zu veranlassen suchen.

Die Eisenbahn-Verkehrsordnung weist jedoch auch eigentümliche Merkmale auf, durch welche sie sich von den sonstigen Bethätigungen der Privatautonomie wesentlich unterscheidet. Die Eisenbahnunternehmer üben mit der gewerbsmäßigen Beförderung von Personen und Gütern zwischen den von ihren Linien verbundenen Orten thatsächlich ein Monopol aus; jeder, der mit seinen persönlichen oder gewerblichen Bedürfnissen auf die Benützung der Eisenbahn angewiesen ist, muß sich daher ihren Beförderungsbedingungen unterwerfen; die Vorschriften der Verkehrsordnung haben daher thatsächlich einen zwingenden Charakter und reichen so in ihren Wirkungen an Privatrechtsnormen heran. Ferner sind die Eisenbahnen zwar von Haus aus gewerbliche auf die Erzielung von Gewinn berechnete Unternehmen; sie haben aber im Laufe der Zeit, zumal im deutschen Reiche in Folge der weitgehenden Verstaatlichung, mehr und mehr den Charakter von öffentlichen den Interessen des Publikums dienenden Verkehrsanstalten angenommen. Stehen doch von dem zur Zeit rund 50 000 Kilometer umfassenden deutschen Eisenbahn-Netz rund 45 000 Kilometer, also 90 Prozent, in staatlichem Betriebe, worunter rund 30 000 Kilometer oder 60 Prozent unter preussischer Verwaltung. Staatlichen Behörden fällt hienach im deutschen Reich die Feststellung der Eisenbahnverkehrsordnung zu; auf Grund der Privatautonomie wird sie von den zuständigen staatlichen Behörden unmittelbar für die Staatsbahnen vorgeschrieben, auf Grund der den Einzelstaaten verbliebenen Eisenbahnhoheit und des damit zusammenhängenden Konzessionsystems wird ihre Einführung und Befolgung Seitens der Privatbahnen verlangt. Ist so der Inhalt der Eisenbahnverkehrsordnung dem pflichtmäßigen Ermessen staatlicher Behörden anheimgegeben, so besteht eine ausreichende Gewähr, daß ihre Vorschriften nicht von ein-

seitigem Eigennutz diktiert, sondern dem gemeinen Nutzen, den wohlwollenden Interessen des allgemeinen Verkehrs und des Publikums angepaßt werden. Diese Gewähr wird noch verstärkt durch die Art. 42 bis 45 der Reichsverfassung: hiernach sind die Einzelstaaten verpflichtet, die deutschen Eisenbahnen im Interesse des allgemeinen Verkehrs wie ein einheitliches Netz zu verwalten, insbesondere übereinstimmende Betriebsreglements einzuführen, und das Reich hat dahin zu wirken, daß solche übereinstimmende Betriebsreglements zur Einführung gelangen. Die Eisenbahnverkehrsordnung gleicht auch darin den Privatrechtsnormen, daß sie, wie diese, von staatlichen Organen unter Berücksichtigung allgemeiner Interessen beschlossen und eingeführt wird.

Bei dieser eigentümlichen Beschaffenheit der Eisenbahnverkehrsordnung dürfte es kaum auffällig erscheinen, daß das neue Handelsgesetzbuch ihre Vorschriften in Ansehung ihrer privatrechtlichen Wirkungen den Privatrechtsnormen gleichstellt. Dies ist dadurch geschehen, daß der § 471 Abs. 2 Vereinbarungen, die mit den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung im Widerspruch stehen, ebenso für nichtig erklärt, wie Bestimmungen, welche den zwingenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Verpflichtungen der Eisenbahnen zuwiderlaufen, daß nach dem § 472 die Vorschriften über die Beförderung von Personen auf den Eisenbahnen durch die Eisenbahnverkehrsordnung getroffen werden, daß in zahlreichen anderen Paragraphen die Bestimmungen der Eisenbahnverkehrsordnung für maßgebend erklärt werden. Zur Rechtfertigung dieser Neuerung wird in der Denkschrift zu dem Entwurf S. 269 ff. unter Anderem ausgeführt:

„Die gegenwärtig in Geltung befindlichen Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung über die Haftung der Eisenbahnen erlangen nur als Bestandteil des einzelnen Frachtvertrags verbindliche Kraft für das Verhältnis der Eisenbahn zu dem Absender und dem Empfänger. Mit der wirklichen Sachlage steht diese Regelung nicht mehr im Einklang; denn thatsächlich ist die Befugnis der Eisenbahnen, den Um-

fang ihrer Haftpflicht innerhalb der im Handelsgesetzbuche gezogenen Grenzen durch Vertrag festzusetzen, weggefallen, seitdem die den Vertragsinhalt bildenden Bestimmungen im Verordnungswege in bindender Weise vorgeschrieben sind. Unter diesen Umständen erscheint es einfacher, die Haftung der Eisenbahnen derart zu regeln, daß die betreffenden Vorschriften unmittelbar d. h. ohne den Umweg einer Aufnahme in den Frachtvertrag, zur Anwendung kommen. Von diesem Gesichtspunkt geht der Entwurf aus . . . Die Eisenbahnverkehrsordnung selbst erhält nach dem Entwurf eine wesentlich andere rechtliche Bedeutung als bisher. Die Verkehrsordnung ist, ebenso wie das frühere Betriebsreglement, für die deutschen Bahnen mit Ausnahme der bayerischen auf Grund des Art 45 der Reichsverfassung von dem Bundesrat erlassen und auch in Bayern mit Rücksicht auf Art. 46 Abs. 2 der Reichsverfassung durch die k. bayerische Regierung bekannt gemacht worden. Die Grundlage, auf welcher die Verkehrsordnung beruht, wird nach der herrschenden Auffassung nicht als ausreichend angesehen, um den Bestimmungen derselben die Bedeutung unmittelbar verbindlicher Privatrechtsnormen beizulegen, vielmehr stellt sich danach die Verkehrsordnung als eine Verwaltungsanordnung dar, durch welche den Eisenbahnen die allgemeinen Bedingungen der von ihnen zu schließenden Frachtverträge vorgeschrieben werden. Es entspricht jedoch nicht der Natur der Sache, daß die Normen, welche für das Verhältnis der Beteiligten maßgebend sein sollen, statt durch Aufstellung der betreffenden Rechtsätze auf dem Umwege einer Nötigung zu vertragsmäßigen Festsetzungen zur Geltung gebracht werden. Wer mit Rücksicht auf diesen Gesichtspunkt die Vorschriften über die Haftpflicht der Eisenbahnen als unmittelbar zur Anwendung kommende Rechtsätze in den Entwurf aufgenommen sind, so ist auch den übrigen Bestimmungen der Verkehrsordnung, wengleich sie nicht dem Gesetze selbst einverleibt werden können, die gleiche Bedeutung beizulegen. Hiedurch werden auch die in mehrfacher Hinsicht unbefriedigenden Er-

gebniſſe vermieden, welche der gegenwärtige Rechtszuſtand zur Folge hat. Inſbeſondere gilt dieſ in Betreff der Frage, inwieweit das Rechtsmittel der Reviſion auf eine Verletzung der Beſtimmungen der Eiſenbahnverkehrsordnung geſtützt werden kann. . . . Bei der Wichtigkeit der in Betracht kommenden Fragen darf dem höchſten Gerichtshofe die Entſcheidung über die Auslegung der Eiſenbahnverkehrsordnung jedenfalls nicht entzogen werden, und ſchon aus dieſem Grunde iſt eſ notwendig, der letzteren die Bedeutung einer eigentlichen Rechtsverordnung beizulegen. . . . Im Uebrigen wird an den Grundlagen, auf welchen die Eiſenbahnverkehrsordnung nach den Vorſchriften der Reichsverfaſſung beruht, durch den Entwurf nichts geändert.“

Aus dieſen Ausführungen in Verbindung mit dem Wortlaut des Entwurfs läßt ſich die Abſicht des Geſetzgebers mit ausreichender Sicherheit entnehmen. Der Geſetzgeber hält eſ für angemessen, den Vorſchriften der Eiſenbahnverkehrsordnung den Charakter von Privatrechtsnormen zu verleihen, inſbeſondere um ihre Nachprüfung durch das Reichsgericht ſicher zu ſtellen. Er verkennet aber nicht, daß die ſtaatsrechtlichen, die reichsverfaſſungsmäßigen Grundlagen dieſer Verkehrsordnung zur Schaffung ſolcher Privatrechtsnormen nicht genügen. Nun wäre dem Geſetzgeber der Weg offen geſtanden, den als ungenügend erkannten ſtaatsrechtlichen Grundlagen eine ſolche Verſtärkung zu geben, daß die auf ihnen ruhende Verkehrsordnung unmittelbar zwingende Rechtsſätze hätte einführen können. Der Geſetzgeber hätte im ſiebenten Abſchnitt des Handelsgeſetzbuchs nach Feiſtſtellung der geſetzlichen Vorſchriften einen Paragraphen aufnehmen können mit folgendem Inhalt: „Weitere Vorſchriften über die Beförderung von Gütern und Perſonen auf den Eiſenbahnen werden vom Bundesrat erlaſſen (Eiſenbahnverkehrsordnung)“, oder er hätte nach dem Vorſchlag von L a b a n d bei der jetzigen Faſſung des Geſetzes dem Einführungsgeſetz zum Handelsgeſetzbuche die Beſtimmung beifügen können, daß der Bundesrat die Verkehrsordnung zu beſchließen oder der Reichskanzler mit Zu-

stimmung des Bundesrats sie zu erlassen habe. Diesen Weg hat der Gesetzgeber nicht gewählt, und er dürfte hiezu seine guten Gründe gehabt haben. Einmal wäre damit den privatrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs ein fremdartiger, dem öffentlichen Recht angehöriger Bestandteil beigemischt worden. Sodann aber hätte, was schwerer in die Waagschale fällt, eine derartige Vorschrift auf dem sehr schwierigen und sehr bestrittenen Gebiete des Eisenbahnwesens eine Aenderung der Reichsverfassungsurkunde in sich geschlossen; denn mit Laband und mit der herrschenden Auffassung sind wir der Meinung, daß bei der Gründung des Reichs den Einzelstaaten die Verwaltung ihrer Staatsbahnen und die Hoheitsrechte über die in ihren Gebieten befindlichen Privatbahnen verblieben ist, daß daher die Festsetzung und Einführung der Eisenbahnverkehrsordnung den beteiligten Einzelstaaten und nur hinsichtlich der Reichseisenbahnen der Reichsregierung zukommt, folgerichtig also bei einer Beschlußfassung über diese Verkehrsordnung im Bundesrat die im Art. 7 Abs. 3 vorgesehene Majorisierung rechtlich nicht Platz greift, und daß der Beschluß des Bundesrats über den Inhalt der Verkehrsordnung sich lediglich als die Erfüllung der dem Reiche im Art. 45 der Reichsverfassung zugewiesenen Aufgabe darstellt.

Würde bei dieser Rechtslage ein Reichsgesetz ohne weitere Vorbehalte die Zuständigkeit des Bundesrats zur Erlassung der Eisenbahnverkehrsordnung aussprechen, so würde darin ein der Reichsverfassung zuwiderlaufender Eingriff in die Rechte der Bundesstaaten liegen; denn damit wäre, abgesehen von dem Sonderrecht Bayerns, ganz von selbst gemäß Art. 7 Abs. 3 die Beschlußfassung mit einfacher Stimmenmehrheit gegeben und so die Zulässigkeit der Majorisierung rechtlich sanktioniert.

Diesen Schwierigkeiten ist der Gesetzgeber aus dem Wege gegangen; nach der ausdrücklichen Versicherung der Denkschrift will an den staatsrechtlichen Grundlagen der Eisenbahnverkehrsordnung nicht gerüttelt werden; ihre Erlassung

soll nicht von der Gesamtheit der beteiligten Bundesstaaten an den mit Mehrheitsbeschlüssen entscheidenden Bundesrat übergehen. Der Gesetzgeber hat einen anderen ebenfalls gangbaren Weg eingeschlagen, der leichter zum Ziele führt. Der Eisenbahnverkehrsordnung soll in der von der Denkschrift bestätigten klaren Erkenntnis, daß sie den an eine Rechtsverkehrsordnung zu stellenden formalen staatsrechtlichen Anforderungen nicht genügt, trotzdem ausnahmsweise aus Gründen der Zweckmäßigkeit im Bereiche des vom Handelsgesetzbuche beherrschten Privatrechts die Bedeutung einer Rechtsnorm beigelegt werden, ohne daß die Erfüllung der regelmäßig für eine Rechtsnorm erforderlichen Formalitäten verlangt wird. Diese in der Denkschrift unzweideutig ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers hat in den §§ 471, 472 in Verbindung mit der mehrfachen Hinweisung auf die Eisenbahnverkehrsordnung als einer Ergänzung der handelsgesetzlichen Vorschriften einen angemessenen und ausreichenden Ausdruck gefunden.

Die rechtliche Zulässigkeit eines derartigen gesetzgeberischen Vorgehens läßt sich bei der Allmacht des Gesetzgebers nicht beanstanden. Dieses gesetzgeberische Vorgehen ist auch nicht ohne Vorgang. Die in dem Reichsgesetz vom 1. Juni 1891, betreffend Abänderung der Gewerbeordnung, für Fabriken, in welchen regelmäßig mindestens zwanzig Arbeiter beschäftigt werden, vorgeschriebene Arbeitsordnung ist, wie die Eisenbahnverkehrsordnung, ein Anstoß der Privatautonomie, eine Bethätigung der Vertragsfreiheit, sie ist, wie die Verkehrsordnung, der Kontrolle staatlicher Behörden unterstellt, dabei ermangelt sie aber durchaus der formalen Erfordernisse, die regelmäßig für eine Rechtsverordnung verlangt werden; trotzdem hat sie der Gesetzgeber in dem durch § 134 c der Gewerbeordnung gekennzeichneten Umfange mit den Wirkungen einer Privatrechtsnorm ausgestattet.

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen gelangen wir zu folgendem Ergebnis:

1. Die neue Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Otko-

ber 1899 entspricht den formalen staatsrechtlichen Anforderungen, welche nach dem geltenden durch das neue Handelsgesetzbuch nicht berührten Recht an eine solche Ordnung zu stellen sind. Die in der Reichsverfassung vorgesehene Mitwirkung des Reichs hat stattgefunden, da sie vom Bundesrat beschlossen worden ist; die beteiligten Einzelstaaten einschließlich Bayerns haben entweder schon im Bundesrat zugestimmt oder jedenfalls nachträglich sich unterworfen und die vom Bundesrat beschlossene Verkehrsordnung für die in ihrem Gebiete befindlichen Eisenbahnen eingeführt; mit der Veröffentlichung im Reichsgesetzblatte ist dem Erfordernis einer ordnungsmäßigen Bekanntmachung Genüge gethan. Die Rechtsgültigkeit dieser neuen Eisenbahnverkehrsordnung ist somit nicht zu beanstanden.

2. Die privatrechtliche Bedeutung der Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung bestimmt sich hauptsächlich nach dem Handelsgesetzbuch; durch das neue Handelsgesetzbuch haben diese Vorschriften nach dem erkennbar zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers den Charakter von Privatrechtsnormen erhalten.

Die Rechtsgültigkeit der Eisenbahnverkehrsordnungen mit der ihnen nach dem neuen Handelsgesetzbuch zukommenden Eigenschaft als Rechtsnormen wird auch von *Arn dt* in seinem 1901 erschienenen Staatsrecht des deutschen Reichs S. 313 behauptet, übrigens ohne Ausführung der Verkehrsordnung vom 26. Oktober 1899.

In der deutschen Juristenzeitung selbst ist in der am 1. Februar 1901 erschienenen Nummer S. 59/61 Oberlandesgerichtsrat und Professor Dr. *Harburger* in München für die Rechtsgültigkeit der Eisenbahnverkehrsordnung eingetreten. Er geht davon aus, daß die Verkehrsordnung eine Ausführungsbestimmung zum Handelsgesetzbuch bilde und daß sie daher vom Bundesrat erlassen werden könne auf Grund des Art. 7 Ziff. 2 der Reichsverfassung, wonach der Bundesrat beschließt „über die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften und

Einrichtungen, sofern nicht durch Reichsgesetz etwas anderes bestimmt ist“.

Diese Begründung vermögen wir als zutreffend nicht anzuerkennen. Mit Laband sind wir der Ansicht, daß die Verkehrsordnung nicht eine Ausführungsbestimmung zu bestimmten im Handelsgesetzbuch enthaltenen Vorschriften ist, sondern zur Ergänzung des Handelsgesetzbuchs, zur Ausfüllung einer vom Handelsgesetzbuch absichtlich gelassenen Lücke selbständige Spezialbestimmungen gibt. Wir sind ferner der Ansicht, daß das neue Handelsgesetzbuch an den staatsrechtlichen Erfordernissen der Rechtsgültigkeit der Verkehrsordnung nichts ändern wollte und nichts geändert hat, vielmehr von denselben nur dem Inhalt der Verkehrsordnung mit Rücksicht auf seine thatsächliche Bedeutung und ohne Rücksicht auf die staatsrechtlichen Voraussetzungen der Charakter von Privatrechtsnormen beigelegt worden ist.

Litterarische Anzeigen.

Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft (Leipzig, Breitkopf und Härtel). Der (wohl im Leipziger Professorenkreis zu findende) Verfasser dieser nach Form und Inhalt anregenden Schrift behandelt zunächst in drei Briefen in launiger Weise den bis 1. Januar 1900 im Gebiet des gemeinen Rechts herrschenden Betrieb des Rechtsstudiums, in gleicher Weise aber auch die Meinung, das BGB. mache eine gründliche wissenschaftliche Ausbildung des Juristen unnützig, ferner ebenso die gemeinrechtliche Lehre von der Gesetzesauslegung wie die in der Praxis vielfach herrschende Sucht, eigenes Denken durch Berufung auf Autoritäten zu ersparen. Der vierte Brief beschäftigt sich mit den Verdiensten und Schwächen der historischen Rechtswissenschaft, insbesondere mit ihrer Lehre vom Gewohnheitsrecht; die scharfe Bekämpfung dieser Lehre hebt treffend hervor, wie früher in Ermangelung einer gesetzgeberischen Thätigkeit der Staatsgewalt die Rechtsprechung von maßgebender Bedeutung für die Rechtsbildung war, schüttet aber mit dem Satz: „kurz, ein Gewohnheitsrecht hat es nie gegeben“ das Kind mit dem Bad aus. Beherzigenswert sind die Warnungen vor Ueberschätzung der rechtsgeschichtlichen Studien und die Mahnung an die Juristen, philosophische, staats- und volkswirtschaftliche Kenntnisse sich zu verschaffen. Der fünfte und letzte Brief betont die Notwendigkeit des Zusammenhangs zwischen Rechtswissenschaft und Praxis und die Förderung der ersteren durch die gesetzgeberische Thätigkeit des vergangenen Jahrhunderts.

Die in Württemberg ergangenen, das Vormundschafts-, Nachlaß- und Notariatswesen betreffenden Ausführungsbestimmungen zum BGB. und dessen Nebengesetzen. Zusammengestellt von F. Kohler (Stuttgart, W. Kohlhammer, Preis geb. 2 M. 40 S.).

Von dieser Zusammenstellung gilt dasselbe, was in Bd. 12 S. 151 über die Bohn'sche Zusammenstellung der Bestimmungen in Betreff des Grundbuchwesens gesagt ist, die der Einsender in regelmäßigem Gebrauch hat. — Die in demselben Verlag erschienene

Sammlung von Gesetzen, Verordnungen und Verfügungen straf- oder polizeirechtlichen Inhalts zum Gebrauch für württembergische Poli-

zeiorgane. Im Auftrag des R. württ. Ministeriums des Innern herausgegeben von Regierungsrat Dr. L. Köhler (Preis brosch. 6 M geb. 7 M 20 S) wird vielfach auch den Gerichten und den Beamten der Staatsanwaltschaft ein insbesondere auch durch das ausführliche Sachregister willkommenes Nachschlagebuch sein.

„Elektrizität und Recht im deutschen Reich“ behandelt in „systematischer Darstellung“ Reg. Rat. A. Bengler in Leipzig (Verlag von Duncker und Humblot) und zwar nach der öffentlich-rechtlichen wie nach der privatrechtlichen Seite unter Vorbringung reichen Materials aus den Gesetzen und Verordnungen des Reichs und der Einzelstaaten wie aus der Litteratur und Rechtsprechung, so daß auch die Gerichte nicht selten in der Lage sein werden, das Werk mit Nutzen zu gebrauchen.

Zu den „Kritischen Bemerkungen zu Mayer-Reis, Erbrecht“ hat R. A. Dr. Scherer am Reichsgericht in einer Zuschrift an die Redaktion der Jahrbücher darauf aufmerksam gemacht, daß der auf S. 381 des 12. Bandes der Jahrbücher behandelte Fall in seinem schon früher erschienenen Kommentar zum BGB. (Erbrecht) S. 39 Nr. 55 aufgestellt, behandelt und gerade so entschieden sei, wie es a. a. O. vom Verfasser der „Kritischen Bemerkungen“ geschieht.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

14.

Berechtigung des Erwerbers einer den Namen eines Vorbesizers tragenden Wirtschaft, diese Wirtschaft unter derselben Bezeichnung fortzuführen.

Klägerin Fr. hat in Neu-Ulm eine Wirtschaft unter dem Namen „Café Fr.“ betrieben, die sie 1897 an den Wirt Gl. verkauft hat. Nach dem schriftlichen Kaufvertrag sollte der Käufer „berechtigt sein, die Wirtschaft unter der bisherigen Firma auszuüben“. Als Gl. in Konkurs geriet, führte der Konkursverwalter die Wirtschaft unter der von Gl. beibehaltenen Firma „Café Fr.“ fort und dasselbe that der jetzige Beklagte, der die Wirtschaft aus der Konkursmasse gekauft hat. Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag: zu erkennen, daß Beklagter nicht befugt sei, auf dem fraglichen Anwesen eine Gastwirtschaft unter der Bezeichnung „Café Fr.“ zu betreiben. Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

G r ü n d e n :

Ob Klägerin berechtigt ist, dem Beklagten den Gebrauch der Bezeichnung „Café Fr.“ für die Gegenwart und Zukunft zu interjagen, ist nach dem jetzt geltenden Recht zu entscheiden.

Nach § 12 B.G.B.'s. kann der zum Gebrauch eines

Namens Berechtigte, wenn ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, Beseitigung und Unterlassung solcher Beeinträchtigung verlangen, falls durch den unbefugten Gebrauch das Interesse des Berechtigten verletzt wird. Daß ein Fall der vorliegenden Art, wo Jemand den Namen eines Andern zur Bezeichnung einer diesem nicht gehörigen Wirtschaft benützt, die mißbräuchliche Benützung eines Namens i. S. des § 12 enthalten kann ist nicht zu bezweifeln¹⁾. Es mag auch zugegeben werden, daß die Verletzung des Interesses der Klägerin durch den streitigen Namensgebrauch vorliegt, sofern nicht erforderlich ist, daß dieses Interesse ein Vermögens- oder Geschäftsinteresse sei, daß der Berechtigte — sei es auch nicht pekuniär — geschädigt werde, sondern ein Eingriff in ein rein ethisches oder Affektionsinteresse genügt²⁾. Allein es trifft nicht zu, daß Beklagter seine Wirtschaft unbefugt als „Café Fr.“ bezeichnet.

Für die Frage, ob Klägerin das Recht, für die Wirtschaft in dem von ihr an G. veräußerten Anwesen die ihren Namen enthaltende Bezeichnung zu führen, nur dem G. für seine Person eingeräumt hat, oder ob dieses Recht auch von den Besitznachfolgern des G. erworben werden konnte, ist in erster Linie der Inhalt der Notariatsurkunde entscheidend, welche über den von der Klägerin mit G. geschlossenen Liegenschaftskaufvertrag errichtet worden ist. Dort ist bestimmt: „Der Käufer ist berechtigt, die Wirtschaft auf dem heute erworbenen Anwesen unter der bisherigen Firma auszuüben, wozu die Frau Verkäuferin ihre ausdrückliche Genehmigung erteilt“. Wie der Liegenschaftskaufvertrag selbst, so bedurfte die eine Nebenberedung zu jenem bildende Vereinbarung über Fortführung der Bezeichnung „Café Fr.“ nach dem maßgebenden bayerischen Recht der schriftlichen Abfassung. Ist

1) Civ. Arch. Bd. 87. S. 385 ff; *Eudemann*, Einführung z. 4. Aufl. § 41.

2) *Denkschr. z. Entw. B.G.B.* (Guttenberg'sche Ausg.) S. 4. Komm. von *Planck* S. 66 Note 2; *Rehbein* S. 25; *Hölder* S. 108, 104; Civ. Arch. Bd. 87 S. 389 ff.

hiernach für den Umfang der von der Verkäuferin verliehenen Befugnis der Inhalt der Urkunde maßgebend in dem Sinn, daß nur dasjenige gilt, was in der Urkunde erklärt ist, und was aus derselben sich nicht ergibt, nicht gilt, wenn es auch beim Vertragschluß besprochen und gewollt worden sein sollte, so erscheint es doch weder durch jenes Gesetz noch durch prozessualische Bestimmungen verboten, in solchen Fällen, wo der Ausdruck der Urkunde verschiedene Auslegungen zuläßt, durch Beweismittel außerhalb der Urkunde den Sinn der letzteren festzustellen.

Wenn bei Errichtung der Vertragsurkunde der kundgegebene Wille der Contrahenten vorlag, daß nur der Käufer für seine Person sich solle der Bezeichnung „Café Fr.“ bedienen dürfen, so würden einer entsprechenden einschränkenden Auslegung die angeführten Worte der Vertragsurkunde nicht entgegenstehen. Jedoch solche Willenserklärungen lagen nicht vor. Dafür, daß der von der Klägerin behauptete Wille vorhanden war, spricht noch nicht der von ihr betonte Umstand, daß die Berechtigung, die Bezeichnung „Café Fr.“ zu führen, nicht ebenfalls an G. verkauft worden sei, denn die unbeschränkte Ueberlassung derselben an G. erforderte keinen Kaufvertrag, und die besondere Behandlung dieses Punktes seitens der Contrahenten erklärt sich, wenn man auch von dessen Zusammenhang mit dem Verzicht der Klägerin auf fernere Führung einer Wirtschaft in Neu-Ulm absieht, schon daraus, daß es sich hier nicht um eine körperliche Sache oder ein dingliches Recht der Klägerin handelte. Der Umstand, daß nicht auch die Besitznachfolger des G. als zur Führung der Bezeichnung berechtigt erklärt sind, könnte nur dann im Zusammenhang mit dem vorliegenden Wortlaut die der Klägerin günstige Deutung rechtfertigen, wenn nachweislich der Fall der Weiterveräußerung des Wirtschaftsanwesens von den Contrahenten besprochen worden wäre. Es ist aber als erwiesen zu erachten, daß dergleichen überhaupt nicht erörtert worden ist. (Dies wird im einzelnen ausgeführt und sodann fortgefahren): Nach all diesem ist für erwiesen

zu erachten, daß die Klägerin dem G. die Fortführung der von ihr benützten Bezeichnung „Café Fr.“ bewilligt hat, ohne diese Bewilligung auf dessen Person zu beschränken, und dieser Vereinbarung entspricht der zunächst gelegene Sinn des angeführten Teiles der Notariatsurkunde: solche Lösung der den Namen des Eigentümers enthaltenden Bezeichnung des Etablissements von der Person des Inhabers des letzteren und die vertragsmäßige Belassung bei dem letzteren bedeutet die Verleihung eines Namens an dieses Etablissement selbst in dem Sinn, daß ihm die Bezeichnung eigenschaftsartig anhaftet. Daraus folgt, daß der Gebrauch nicht auf die Person desjenigen beschränkt ist, der das Etablissement als Erster mit dem verliehenen Namen erworben hat, und daß es einer ausdrücklichen Vereinbarung, wonach auch fernere Erwerber sich der Bezeichnung zu bedienen befügt sein sollen, nicht bedarf.

Die firmenrechtlichen Vorschriften des H.G.B. (auch abgesehen von Art. 10 a. F.) haben auf den vorliegenden Fall, wo es sich nicht um den Namen einer Person (Art. 15 a. F., § 17 u. F.) sondern eines Gewerbebetriebes, eines Etablissements handelt, keinen Bezug¹⁾. Indem die Klägerin bei dem Verkauf ihres Geschäftes dem Erwerber desselben unbeschränkt dessen fernere Bezeichnung mit ihrem Namen gestattete, hat sie nach Zweck und Willen nicht eine selbständiger Existenz fähige, von dem Geschäft lösbare, für sich veräußerliche Befugnis verliehen, sondern dem Etablissement selbst einen Namen angeheftet, der deshalb eine von demselben untrennbare von dessen Existenz abhängige Bezeichnung bildet. Daraus ergibt sich, daß, wenn das Geschäft aufgelöst oder wenn es ohne die bisherige Bezeichnung veräußert wurde, bei dem bisherigen Inhaber ein Recht über die Bezeichnung „Café Fr.“ zu verfügen, nicht zurückblieb. Andererseits muß aber mit der Veräußerung des Etablissements auf

1) Staub, Komm. z. H.G.B. 4. Aufl. § 7 zu Art. 15, Anschuß i. Böderndorff, Komm. 2. Aufl. S. 114 § 6.

einen dritten Erwerber die Befugnis, sich der bisherigen Bezeichnung zu bedienen, übergehen, wenn nicht eine gegentheilige Verfügung getroffen wird, und zwar — da es sich um ein Recht handelt, das nicht höchst persönlicher Natur ist, und dem ein gewisser Vermögenswert sich nicht absprechen läßt — gleichgültig, ob die Veräußerung durch den Eigentümer selbst erfolgt oder in seinem Konkurse durch den Verwalter.

Sofern in dem zwischen dem Beklagten und dem Verwalter im Konkurse des G. am 19. Januar 1898 abgeschlossenen Kaufvertrag die Befugnis, sich der Bezeichnung „Café Fr.“ zu bedienen, nicht ausdrücklich entzogen ist — (auf die von dem Beklagten behauptete mündliche Gestattung kommt es nicht an, da solche, wenn es ausdrücklicher Uebertragung bedurft hätte, nach Art 14 des bayr. Not.-Ges. unwirksam wäre) —, so fragt sich, ob der Beklagte durch jenen Vertrag das Etablissement selbst, dem die streitige Bezeichnung verliehen war, erworben hat. Daß mit dem Konkursausbruch das Geschäft nicht aufgehört hat, zu bestehen, sondern von dem Konkursverwalter als „Café Fr.“ weitergeführt wurde, ist unbestritten. Gegenstand des zwischen diesem und dem Beklagten am 19. Januar 1898 geschlossenen Kaufvertrags waren nun: das Wohn- und Wirtschaftsgebäude nebst Stall, Eiskeller, Waschküche, Wirtschaftsgarten und Hofraum sammt Allem, was in dem Gebäude erd-, wand-, band-, niet- und nagelfest ist, und die gesamte vorhandene Wirtschafts-Ein- und Vorrichtung und die Komptoireinrichtung (Mobiliar im Wert von 7000 M.); der Käufer hat auch das von dem Konkursverwalter eingelegte Eis (um 260 M.) übernommen. Wenn sonstige, zum Betrieb der Wirtschaft erforderliche Vorräte nicht Gegenstand des Kaufs gewesen sind, so kann hierauf schon deshalb kein Gewicht gelegt werden, weil dieselben, wie bei der interimistischen Geschäftsführung des Konkursverwalters anzunehmen, nur in unbedeutenden Mengen vorhanden gewesen sein werden. Dagegen zeigt die obige Aufzählung, daß im Uebrigen der Beklagte als ein Ganzes den Inbegriff aller Sachen an sich gebracht hat, mittels deren

das Geschäft bisher betrieben war und von ihm fortgesetzt werden wollte. So hat denn auch der Gläubigerausschuß als Kaufgegenstand „das Anwesen der „Fr'schen“ Restauration“ bezeichnet. Unter diesen Umständen erscheint dargethan, daß der Beklagte das als „Café Fr.“ bezeichnete Etablissement selbst erkaufte hat, obgleich dasselbe als Vertragsgegenstand nicht ausdrücklich in der Kaufurkunde genannt ist¹⁾.

Urteil des II. Civilsenats vom 31. Mai 1900 in Sachen
Fromm gegen Erich.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

15.

Enthält das Versprechen, die Schulden eines Andern zu regeln, eine Bürgschaftsleistung?

Kläger hat an den Konditor H. M. in Bäcknang für gelieferte Waren den Betrag von 449 M. 78 Pf. zu fordern, welchen M. nicht bezahlt hat. Am 10. November erhielt Kläger vom Beklagten die schriftliche Mitteilung, daß Beklagter „die finanziellen Verhältnisse des Herrn Konditor M. in B. r e g e l e“, aber „nur dann, wenn dessen Ordres durch ihn, den Beklagten, gemacht werden“. „Mit der Regulierung müssen Sie sich gedulden bis 1. März d. J., da die früheren Monate mit Zahlungsverpflichtungen belegt sind. Sie können eventuell Verzugszinsen dann in Anrechnung bringen und wiederhole, daß ich in Zukunft für die Regulierung solcher Posten Sorge, die durch mich bestellt sind“. Darauf erwiderte Kläger am 17. desselben Monats: „Von Ihrer Mitteilung, daß Sie meine Rechnungen an H. M., Konditor in B., regeln werden, nahm ich gebührend Kenntnis und bin mit ihrer Terminierung bis März einverstanden. Auch habe ich mir bemerkt, daß Sie die Regulie-

1) *Ausführlich* i. *Völschenborffa*. a. O. S. 156. Nr. 7; *Boize*, *Entsch.* des R. G. Bd. 6. No. 169.

rung fernerer Rechnungen nur dann übernehmen, wenn die Anträge durch Sie eingereicht werden.“

In der angeführten, von ihm angenommenen Erklärung des Beklagten findet Kläger die Uebernahme der Verpflichtung des Beklagten, für die Bezahlung der Schuld des M. gegen den Kläger mit seinen eigenen Mitteln haften zu wollen, also eine Bürgschaftsleistung des Beklagten und hat, nachdem M. in Konkurs geraten, Ersatz seines Ausfalls vom Beklagten verlangt.

Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

G r ü n d e n :

Wenn ein Schuldner in Folge ungeeigneter Verwendung seiner Einnahmen in Zahlungsschwierigkeiten gekommen ist, tritt häufig behufs Abwendung einer Zahlungseinstellung ein anderer in der Weise für ihn ein, daß er „die Ordnung seines Schuldenwesens“, „die Regelung seiner Verbindlichkeiten“ selbst in die Hand nimmt, und zwar so, daß er sich vom Schuldner ein gewisses Verfügungsrecht über dessen Einnahmen und Zahlungsmittel, sowie die Vollmacht zur Verhandlung mit seinen Gläubigern wegen Borgfristerteilung einräumen läßt, um auf diese Weise eine allmähliche und in bestimmter Reihenfolge der Gläubiger erfolgende Abtragung der Schulden herbeizuführen, ohne zu diesem Zweck seine eigenen Mittel oder seinen eigenen Kredit zu verwenden. Eine derartige Vermittlungsthätigkeit pflegt im Geschäftsleben als „Regulierung der Schulden“ eines Dritten bezeichnet und hiebei an die Uebernahme einer Haftung mit den eigenen Mitteln des Uebernehmers von keiner Seite gedacht zu werden, soweit eine solche nicht im einzelnen Fall ausdrücklich zugesagt worden ist.

Daß die im Brief des Beklagten vom 10. November 1898 enthaltene Erklärung desselben: „ich werde die finanziellen Verhältnisse des Herrn S. M. *r e g e l n*“, „für die Regulierung seiner Schuldposten *s o r g e n*“, einen von dieser ebenerwähnten im Verkehr *ü b l i c h e n* Bedeutung *a b w e i-*

chenden Sinn gehabt und die Uebernahme eigener Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten ausgedrückt habe, hat der Kläger nicht dargethan.

Aus der Mitteilung, daß „die früheren Monate mit Zahlungsverpflichtung belegt seien“, und Kläger sich deshalb „mit der Regulierung seiner Forderung bis 1. März f. J. gedulden müsse“, konnte Kläger ersehen, daß M. in Zahlungsschwierigkeiten stecke, welche ihm nur eine nach und nach erfolgende Befriedigung seiner Gläubiger gestatten, und mochte Kläger daraufhin sich entscheiden, ob er mit seiner Forderung länger zuwarten oder auf deren sofortige Befriedigung dringen solle — letzteres auf die augenscheinliche Gefahr hin, den Schuldner in Bedrängnis zu versetzen, wohl gar zur Zahlungseinstellung und zum Konkurs zu treiben, und auf diesem Weg schließlich weniger zu erlangen als durch längeres Zuwarten zu erreichen sein würde. Wenn nun, um diese Gefahr zu vermeiden, der Kläger für den erstgedachten Weg sich entschieden hat, so kann er nicht behaupten, daß ihm für das ihm angekommene Opfer der Stundung keinerlei *Erſaß* gewährt worden sein würde, wenn nicht der Beklagte sich selbst haftbar gemacht hätte, da er den Nachteil längerer Anbörung seiner Forderungen durch den eben erwähnten Vorteil: die Aussicht auf spätere vollständige Befriedigung derselben, als aufgewogen ansehen mochte.

Wenn Beklagter in seinem Schreiben betont, daß er in Zukunft nur für die Regulierung derjenigen Posten sorgen werde, die durch ihn selbst (von M.) bestellt worden, so war dies auch für den Kläger leicht zu verstehen und zwar dahin: „um den Ueberblick über M's. Schuldverhältnisse mir zu erhalten (und damit die Ordnung seines Schuldwesens durchführen zu können) hat mir M. versprochen, seine ferneren Waren durch meine Hand gehen zu lassen, und um die Erfüllung dieses Versprechens sicher zu stellen, suche ich seine Lieferanten zu bestimmen, nur solche (durch mich vermittelte) Bestellungen von M. anzunehmen und auszuführen, durch die Ankündigung, daß ich meine persönliche *Bemühung*

für Bewirkung rechtzeitiger Bezahlung durch M. nur bei solchen Warenbezügen eintreten lassen werde, bei welchen dieses Verfahren eingehalten worden ist“. Kläger kam also mit Grund nicht behaupten, durch diese Bemerkung sei ausgesprochen und angedeutet worden, daß Beklagter unter der versprochenen „Sorge für die Regulierung der Posten“ mehr verstanden habe, als bloße Hinwirkung auf Bezahlung aus M's. Mitteln, daß vielmehr ein Zahlen auch aus dem eigenen Vermögen des Beklagten in Aussicht gestellt sei.

Hat Kläger sie ohne Weiteres in letzterem Sinn aufgefaßt, so war dies ein Irrtum, welchen der Beklagte nicht zu vertreten hat.

Ob der Beklagte zu der angekündigten Fürsorge für ordentliche Zahlungsleistung des M. und für entsprechenden Zahlungsaufschub seitens seiner Gläubiger bestimmt worden ist bloß durch Freundschaft für M. oder dessen Ehefrau, oder ob er wesentlich auch seinen eigenen Vorteil hiebei verfolgt hat, ist für die Auslegung der fraglichen Äußerung ohne Belang; wenn er Borgfristerteilung zu dem Zweck erstrebt hat, inzwischen für Deckung seines eigenen Guthabens an M. Zeit und Gelegenheit zu finden, so würde dies darauf hinweisen, daß er der Zahlungsfähigkeit des M. mißtraut hat; um so weniger aber konnte er danu die Absicht haben, durch Eintreten mit eigenen Mitteln dem M. weiteren Kredit zu schenken. Die vom Kläger verteidigte Auslegung des Schreibens vom 10. November ist hienach nicht haltbar.

Urteil des I. Civilsenats vom 22. Juni 1900 in Sachen Schur gegen Beuter.

16.

Zum Begriff des Zwangs und der Erpressung.

Klägerin hat sich am 17. Mai 1897 von ihrem Mann, dem Beklagten, getrennt, weil er sie mißhandelt hatte; am 29. Mai 1897 haben die Eheleute einen Vertrag über die

Auseinandersetzung ihrer Vermögensverhältnisse geschlossen, dessen Giltigkeit der Beklagte unter anderen wegen Zwangs angefochten hat, sofern ihm seine Unterschrift durch Einschüchterungen und Drohungen abgenötigt worden sei.

Hierüber besagen die

G r ü n d e

des Berufungsurteils:

Die Aufsechtung des Vertrags vom 19. Mai 1897 wegen Zwangs ist nicht begründet. Als erwiesen könnte angesehen werden nur die Drohung des Schwiegervaters des Beklagten: wenn der Beklagte die Sache nicht eingehe, lasse er das Garn auf dem Boden laufen, falle es, wie es wolle, dann klage er es an wegen der Mißhandlung und auf Rückgabe des Heiratsguts. Wer widerrechtlich durch Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, kann diese anfechten¹⁾.

Die Drohung mit einer Civilklage wegen gutgläubig beanspruchter Rechte und auch die Drohung mit einer solche Rechtsverfolgung vorbereitenden Strafklage, wie es die Strafklage wegen Körperverletzung im vorliegenden Fall im Verhältnis zu der Klage wegen Trennung der Ehe und Auseinandersetzung der Vermögensverhältnisse sein konnte, ist nicht als eine widerrechtliche Drohung anzusehen. Nicht mehr als eine Drohung dieses Inhalts ist aber mit der bezeichneten Drohung des Schwiegervaters des Beklagten erwiesen, eine widerrechtliche Drohung also nicht erwiesen und die Aufsechtung wegen Zwangs nicht begründet.

Vollends aber fehlt es an dem Nachweis einer Erpressung (§ 253 St.G.B.). Die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist für keinen der im Vertrag enthaltenen Beträge erwiesen, im Gegenteil ist Beweis dafür angetreten, daß alle diese Beträge gerechtfertigt gewesen seien. Das genannte Thatbestandsmerkmal durch die

1) So bestimmt das B.G.B. § 123 im Anschluß an das gemeine Recht vgl. Motive zu § 103 Entw. I. S. 207. 204 Entsch. R.G. Bd. 31 S. 161.

Feststellung eines andern Thatbestandsmerkmals (durch Drohung nötigen) als gegeben zu erachten, ist unzulässig.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Dezember 1899 in Sachen Strobel gegen Strobel.

17.

Was ist unter „Rechnungsirrtum“ und „Aufwand auf ein Gut“ zu verstehen?

Zum Vermögen der bis 29. Juli 1897 unter den Parteien bestehenden offenen Handelsgesellschaft hat u. a. das Waldgut L. in Ungarn gehört, das die Firma als Kapitalanlage, nicht zu Zwecken ihres Fabrikationsbetriebs, erworben hatte. In § 1 des Vertrags vom 29. Juli 1897 betr. das Ausscheiden des Klägers aus der Gesellschaft und seine Abfindung für seine Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen ist bestimmt: „Das — Waldgut L. — kommt, auf 21. Juli 1897 berechnet, mit allen darauf gemachten Aufwendungen die Gesellschaft zu stehen auf 1,236 976 M. 22 Pf. Mit Rücksicht darauf, daß sich bisher das Gut — als unrentabel und der dafür bezahlte Preis als zu hoch erwiesen hat, werden von dem oben genannten Betrag 600 000 M. abgeschrieben, so daß L. noch zu Buch steht mit 636 976 M. 22 Pf. Zu diesem Preis übernimmt Hr. C. J. — der Kläger — das Gut —“. § 3 des Vertrags lautet: „Die in den §§ 1 u. 2 bezeichneten Buchwerte für die Güter L. u. f. w. gründen sich auf die Berechnung des Hrn. Prokuristen M. und es bleibt die Revision etwaiger Rechnungsirrtümer vorbehalten“.

M. hat über die auf L. bezüglichen Einnahmen und Ausgaben ein besonderes Buch der Gesellschaft geführt; der im Vertrag enthaltenen Berechnung des Werts, auf den das Gut die Gesellschaft zu stehen gekommen ist, lag ein Buchauszug M's. zu Grund, der im Soll auf 1. August 1897 berechnet — die Summe von 1,236 976 M. 22 Pf. ergab. Unter den einzelnen Sollposten findet sich der folgende, um den sich der Rechtsstreit drehte: „Kohlen-Konto, Kohlen-Bohr-Versuch M. 8309,85“. Kläger, der den in § 1 des

Vertrags festgesetzten Kaufpreis für das Gut bereinigt hat, hat auf Rückzahlung des Betrags von 8309 M. 85 Pf. geklagt, mit der Begründung: dieser Posten stelle keine „Aufwendung auf das Gut“ dar, und habe deshalb nicht auf das Konto des Guts gehört, es liege hier ein vom Kläger erst nachträglich entdeckter Rechnungsirrtum im Sinne des § 3 des Vertrags vor.

Die Klage ist abgewiesen worden, im Berufungsverfahren aus folgenden

Gründen:

I. Kläger könnte nur dann mit dem erhobenen Anspruch durchdringen, wenn die Einrechnung des Kohlenkontos in den Buchwert des Guts L. als „Rechnungsirrtum“ anzusehen wäre. Denn Kläger hat durch den Vertrag vom 29. Juli 1897 in bindender Weise anerkannt, daß unter Einrechnung aller auf das Gut gemachten Aufwendungen, so wie sie der Prokurist M. auf dem Konto des Guts berechnet habe, dessen Buchwert sich auf 1,236976 M. stelle, und hat sich lediglich die Geltendmachung etwaiger Rechnungsirrtümer vorbehalten: der klare Wortlaut der §§ 1 und 3 des Vertrags schließt aus, daß erst nachträglich festgestellt werden sollte, welche der als Aufwendungen auf das Gut gebuchten Kosten in der That als solche gelten sollten; nur die Berichtigung von „Rechnungsirrtümern“ ist vorgesehen.

„Rechnungsirrtum“ bedeutet soviel als „Rechenfehler“ also nach dem üblichen Sprachgebrauch Verstöße, Irrtümer im Rechnen oder Zählen, somit im engsten Sinn Irrungen in Anwendung der vier Spezies; in einem weiteren Sinn kann man darunter alle bei einer Berechnung vorkommenden, auf Versehen oder Irrtum beruhenden Verstöße gegen die anerkannten und unzweifelhaften Grundlagen der Berechnung verstehen: wenn z. B. vereinbart war, der Buchwert des Guts solle auf 31. Juli 1897 berechnet werden und es wurden aus Versehen die Zinsen aus dem Gutswert nur bis 30. Juni 1897 berechnet, so lag kein „Rechenfehler“ im

engern Sinn vor, aber ein offenbares Versehen bei der Berechnung des Buchwerts des Guts, eine unbestreitbare, ungewollte Abweichung von den zwischen den Parteien vereinbarten Grundsätzen der Berechnung, und in gleicher Weise verhält es sich, wenn — wie Beklagter angegeben hat, — nachträglich ein „versehentlich“ nicht aus den Büchern ausgezogener Posten geltend gemacht wurde.

Ganz anders liegt die Sache bei dem im Streit befindlichen Posten. Bei ihm handelt es sich um die Frage, ob er eine Aufwendung auf das Gut darstellt oder nicht. Darüber mag man vielleicht verschiedener Ansicht sein können, feinenfalls ist die vom Beklagten bekämpfte und auch von der Handelskammer abgelehnte Auffassung des Klägers die zweifellos und unbestreitbar richtige, für die Bejahung der erwähnten Frage lassen sich *mindestens* plausible Gründe anführen, wie denn der mit den Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung doch wohl vertraute Prokurist M. unbedenklich den Posten als Aufwendung auf das Gut gebucht und die Handelskammer dies für jedenfalls nicht unzulässig erachtet hat. Ist eine — wie zu Gunsten des Klägers unterstellt wird — zweifelhafte Frage in der Buchführung im einen oder andern Sinn entschieden, so kann hierin nimmermehr ein Rechnungsirrtum im üblichen, noch so weit gestreckten Sinn des Wortes gefunden werden, es liegt kein Versehen, keine Irrung des Buchführers vor, die ihm unwissentlich und gegen seinen Willen unterlaufen wäre, sondern der Buchung liegt (wie zu unterstellen ist), eine bestimmte Auffassung des Begriffs „Aufwendungen“ zu Grund, über deren Richtigkeit sich vielleicht streiten läßt.

Daß aber die Parteien das Wort „Rechnungsirrtum“ in einem andern Sinn als dem dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entsprechenden gebraucht haben, hat Kläger nicht behauptet, geschweige bewiesen. Die Einbeziehung der Kosten für Kohlenbohrversuche unter die Aufwendungen auf das Gut erscheint daher nicht als Rechnungsirrtum i. S. des § 3 des Vertrags vom 29. Juli 1897. Daß die Parteien nicht

gewillt sein konnten, nach Abschluß des Vertrags noch einen Streit darüber zuzulassen, ob die auf dem Konto des Guts L. gebuchten Aufwendungen mit Recht hier gebucht seien, ergibt sich auch aus der ganzen Sachlage: die Einsicht des über das Gut geführten Buchs stand beiden Teilen offen; sie konnten sich daher vor Abschluß des Vertrags mit Leichtigkeit darüber vergewissern, welche Rubriken oder Konti von Aufwendungen in jenem Buch enthalten waren; wenn unter diesen Umständen vor und bei Abschluß des Vertrags kein Teil in betreff dieser Aufwendungen einen Anstand erhob, so lag darin ein bindendes Auerkenntnis in der Richtung, daß die angewendeten Grundsätze der Buchführung nicht beaufstandet werden, während eine Bemängelung der einzelnen Ziffern nach ihrem Betrag nicht unbedingt ausgeschlossen war.

II. Schon die vorstehenden Ausführungen würden zur Abweisung der Klage genügen. Es kann aber dem Kläger auch nicht zugegeben werden, daß der Posten für Kohlen-Bohr-Versuche mit Unrecht als „Aufwendung auf das Gut“ gebucht worden ist.

Gleichgiltig ist vor allem, daß der in Rede stehende Aufwand mit dem Betrieb des Guts als eines Waldgutes nichts zu thun hat: denn schon im Brief vom 7. Februar 1894, worin Kläger den Ankauf des Guts berichtet, erwähnt er mit besonderer Betonung, daß eine Steinkohlenader vorhanden sei, deren Ausbeutung sich vielleicht lohne, und er geht auch jetzt selbst davon aus, daß ein auf Ausbeutung einer wirklich vorhandenen Kohlenschichte gemachter Aufwand als eine Aufwendung auf das Gut zu gelten hätte.

Kläger nimmt nun — wenigstens in seinen Ausführungen vor dem Berufungsgericht — das Wort „Aufwendungen“ anscheinend für gleichbedeutend mit Meliorationsaufwand und meint, mit der Darlegung, daß der fragliche Aufwand kein Meliorationsaufwand gewesen, sei bewiesen, daß er nicht zum Aufwand auf das Gut gehöre. Daß es sich bei den Kosten für den Kohlen-Bohr-Versuch

nicht um einen Meliorationsaufwand handelt, ist dem Kläger zuzugeben; irrig ist aber der hieraus von ihm gezogene Schluß, daß die Kosten nicht als Aufwand auf das Gut gelten können. Wenn es sich darum handelt, den (derzeitigen) Wert eines Gutes festzustellen, darf allerdings nur der Meliorationsaufwand in Rechnung genommen werden und auch dieser nur in so weit, als er eine Werterhöhung des Gutes nicht bloß bezweckt, sondern auch bewirkt hat; der erfolglos gemachte Aufwand ist abzuschreiben. In einer Bilanz über das Vermögen der Gebr. J. hätte also der Aufwand für die Kohlen-Bohr-Versuche nicht als Faktor für Berechnung des Werts des Gutes in Betracht gezogen werden dürfen. Anders aber, wenn jemand feststellen will, was ihn ein Gut gekostet hat, wie hoch es ihn zu stehen kommt: diesfalls hat er unter dem Aufwand auf das Gut nicht bloß das auszuführen, was dessen Wert erhöht hat oder zu erhöhen bestimmt war, sondern alles was er, gleichgiltig in welcher Absicht, in das Gut gesteckt hat, z. B. auch die Kosten für Anlagen, die lediglich aus ästhetischen Gründen gemacht worden sind.

Wenn nun die Parteien, wie § 1 des Vertrags vom 29. Juli 1897 ergibt, feststellen wollten, wie hoch das Gut L. mit allen darauf gemachten Aufwendungen die Gesellschaft zu stehen gekommen war, so kann es auch vom kaufmännischen Standpunkt aus nicht beanstandet werden, wenn die Kosten für einen vergeblichen Versuch, nach Kohlen zu bohren, zu diesen Aufwendungen gerechnet würden: es waren dies Kosten, die lediglich der Besitz des Gutes veranlaßt hatte, die im wesentlichen durch Arbeiten auf dem Gut entstanden waren, die den Zweck hatten, den Wert, die Ertragsfähigkeit des Gutes festzustellen, die Kosten der ersten Schritte zur bergmännischen Ausbeutung etwa vorhandener Kohlenlager. Warum derartige Kosten nicht als „Aufwendungen auf das Gut“ sollten behandelt werden dürfen, ist nicht einzusehen. Freilich waren sie, wie Kläger verlangt, „ganz und gar abzuschreiben“; aber diese Abschreibung hatte

nicht zu geschehen, e h e festgestellt wurde, wie hoch das Gut die Gesellschaft zu stehen komme, sondern ehe der derzeitige Wert des Guts festgestellt wurde: in dieser Weise ist denn auch ganz korrekt verfahren worden; zunächst wurde unter Berücksichtigung aller auf das Gut verwendeten d. h. ausschließlich durch seinen Besitz veranlaßten Kosten festgestellt, daß es die Gesellschaft bisher auf 1,236976 Mk. zu stehen kam, und sodann wurde unter Abichreibung von 600000 Mk. (worunter wohl auch der Posten für Kohlenbohrversuche als mitinbegriffen gedacht werden kann) der Wert des Guts auf 636 976 Mk. berechnet. Dieses Verfahren läßt sich in keiner Weise beanstanden.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Dezember 1899 i. S.
Junghans g. Junghans.

18.

Zum Begriff des „Unfalls“ (im Sinn einer „körperlichen Beschädigung durch zufällige Einwirkung äußerer mechanischer Gewalt“).

Kläger war bei der Beklagten gegen die Folgen körperlicher Unfälle versichert. Der „Gegenstand der Versicherung“ ist in § 1 der in die Versicherungsurkunde aufgenommenen allgemeinen Bedingungen näher dahin bestimmt:

„Die Gesellschaft wird durch die von ihr aufgestellte Police zu einer Geldleistung für den Fall verpflichtet, daß der in der Police benannte Versicherte — — durch einen Unfall, d. h. durch zufällige Einwirkung äußerer mechanischer Gewalt (wie Stoß, Hieb, Schnitt, Stich, Sturz, Quetschung, Verschüttung u. dgl.) eine körperliche Beschädigung erleidet, welche nachgewiesenermaßen ausschließlich und unmittelbar seinen Tod oder seine bleibende oder vorübergehende Invalvidität verursacht.“

Der Kläger hat geltend gemacht, am 3. Oktober 1897 einen Unfall im Sinne des angeführten § 1 der Versiche-

rungsbedingungen erlitten zu haben: an diesem Tag ist er nämlich beim Baden im Hofbad zu München vom Sprungbrett ins Wasser gesprungen, worauf sofort eine Lungenblutung eintrat, infolge deren der Kläger einige Zeit arbeitsunfähig und in ärztlicher Behandlung war.

Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden aus folgenden

G r ü n d e n :

Für die Haftung der Beklagten aus dem mit dem Kläger abgeschlossenen Versicherungsvertrag sind, wie in der Berufungsbegründung mit Recht geltend gemacht wird, in erster Linie die von der Beklagten aufgestellten und vom Kläger angenommenen „Versicherungsbedingungen“ maßgebend. Nur dann, wenn diese Bedingungen über die Art und die Voraussetzungen der durch die Versicherung gedeckten Unfälle keine näheren Bestimmungen treffen, vielmehr eine Verpflichtung der Beklagten zum Ersatze des durch körperliche Unfälle verursachten Schadens ohne Einschränkung aussprechen würden, wäre es gerechtfertigt, bei der Beurteilung des Umfangs der von der Beklagten hienach übernommenen Haftung den allgemeinen Begriff eines „Unfalls“ zu Grund zu legen.

Die in die Versicherungsurkunde aufgenommenen Bedingungen bringen nun aber mit genügender Bestimmtheit zum Ausdruck, unter welchen Voraussetzungen eine Haftung der Beklagten eintreten soll. Wenn in § 1 dieser Bedingungen als „Unfall“ bezeichnet ist die „durch zufällige Einwirkung äußerer mechanischer Gewalt (wie Stoß, Hieb, Stich, Schnitt, Sturz, Quetschung, Verschüttung u. dergl.)“ verursachte körperliche Beschädigung, so kann dies nicht in dem Sinne verstanden werden, daß damit eine allgemein gültige, aus dem Wesen des „Unfalls“ abgeleitete, erschöpfende Begriffsbestimmung gegeben werden sollte; vielmehr ist die Bedeutung und der Zweck jener Bestimmung offensichtlich der, die Art derjenigen Unfälle, für die die Beklagte eine Versicherung gewährt, zu bestimmen, um den Kreis der-

selben abzugrenzen von denjenigen Beschädigungen, die zwar auch als Unfälle im allgemeinen Sinne zu betrachten sind, für die aber die Beklagte eine Erfahspflicht nicht übernehmen will. Denn von einer „Einwirkung äußerer mechanischer Gewalt“ auf den menschlichen Körper kann nur dann gesprochen werden, wenn ein fremder körperlicher Gegenstand von außen her plötzlich in einer durch Bewegung bedingten gewaltsamen Weise auf den menschlichen Körper einwirkt, sei es, daß das Zusammentreffen beider verursacht wird durch die Bewegung des menschlichen Körpers selbst (so insbesondere beim Sturz), oder des fremden Gegenstandes (Stoß, Hieb, Stich, Schnitt, Verschüttung) ¹⁾.

Unfall im allgemeinen Sinne aber ist, wie das erstinstanzliche Urteil zutreffend angeführt hat, überhaupt jede auf ein plötzliches, d. h. zeitlich bestimmbares Ereignis zurückzuführende Verletzung: wesentlich für den allgemeinen Begriff ist also nur das plötzliche Eintreten, nicht die Art des schädigenden Ereignisses. Durch die Aufstellung des Erfordernisses der „Einwirkung äußerer mechanischer Gewalt“ hat mithin die Beklagte für die von ihr gewährte Versicherung den allgemeinen Begriff des Unfalls nicht bloß, wie der Vorderrichter annimmt, in der Richtung eingeschränkt, daß es sich um eine von außen her verursachte Verletzung im Gegensatz zu einer innerlich sich entwickelnden Krankheit handeln müsse, sondern sie hat insbesondere eine nähere Bestimmung der äußeren Ereignisse gegeben, die zu Grunde liegen müssen, wenn eine Erfahspflicht der Beklagten zur Entstehung kommen soll: sie hat damit alle diejenigen Ereignisse ausgeschlossen, die zwar auch von außen her, aber nicht mit mechanischer Gewalt, auf den menschlichen Körper schädigend einwirken, so namentlich die Berührung mit Stoffen, die vermöge ihrer physikalischen oder chemischen Eigenschaften eine Beschädigung des menschlichen Körpers bewirken können, wie dies z. B. bei der Einwirkung des Feuers, heißer Flüssigkeiten, ätzender oder giftiger Stoffe, hochgespannter Elek-

1) Vgl. auch Jahrbücher der Württ. Rechtspflege Bd. 8 S. 169.

trizität und dergl. der Fall ist. Hieraus folgt, daß eine große Zahl von körperlichen Beschädigungen, die im Sinne des Reichsunfallversicherungsgesetzes als Unfälle zu betrachten wären, unter die in § 1 der Versicherungsbedingungen der Beklagten gegebene Begriffsbestimmung nicht fallen.

Daß aber bei Fassung dieser Bestimmung die Absicht der Beklagten auf Einschränkung ihrer vertragsmäßigen Haftung durch die oben erwähnte Abgrenzung der den Unfall herbeiführenden Einwirkungen ging, ist nicht bloß dadurch, daß in § 1 gerade die den Begriff des Unfalls erläuternden Worte schon durch den Druck besonders hervorgehoben sind, sondern auch durch die zur Verdeutlichung der Begriffsbestimmung beigelegten Beispiele und durch die weiteren Bestimmungen, die eine nähere Bezeichnung der in die Versicherung fallenden Verletzungen bezwecken, klar zum Ausdruck gebracht: überall ist hier die Unterscheidung zwischen mechanischen und anderen Einwirkungen als Ursachen des Unfalls streng durchgeführt. So ist zunächst in Abs. 2 des § 1 eine Erweiterung des Kreises der versicherten Unfälle geschaffen durch die Bestimmung:

„Die Versicherung erstreckt sich außerdem auf Verletzungen durch Blitßschlag, auf Verbrennungen, ferner auf das Ersticken durch plötzlich ausströmende Gase oder Dämpfe oder durch Rauchentwicklung.“

Den hier aufgeführten Verletzungen ist gemeinsam, daß sie nicht durch mechanische Gewalt verursacht sind; sie würden also an sich nicht unter die Versicherung fallen, und deshalb war es erforderlich, die Versicherung auf diese Fälle ausdrücklich (vgl. das Wort: „außerdem“) auszudehnen.

In § 2 sodann sind einzelne Arten von Unfällen besonders aufgeführt, die „zufolge des § 1“, d. h. weil bei ihnen die dort gegebene Begriffsbestimmung nicht zutrifft, von der Versicherung ausgeschlossen sind, und hierunter sind namentlich solche körperliche Schädigungen erwähnt, die durch „Temperatureinfluß“ entstanden sind.

Endlich sind in § 3 zahlreiche Ausnahmen angeführt,

bei denen es sich zwar zum Teil um die Einwirkung mechanischer Gewalt handelt (Erdbeben, Verwundungen im Krieg u. s. w., Operationen), die aber trotzdem nicht in die Versicherung fallen sollen. Für Unfälle beim Baden und Schwimmen ist in § 3 Abs. 3 besonders bestimmt, daß sie nur dann in die Versicherung eingeschlossen sind, wenn sie infolge zufälliger Einwirkung mechanischer Gewalt und nicht etwa durch Schlagfluß, Krampfanfall oder sonstige innere Veranlassung herbeigeführt sind: durch diese Gegenüberstellung ist ausdrücklich hervorgehoben, daß gerade die beim Baden sich ereignenden Unfälle, soweit sie nicht auf mechanische Gewalteinwirkung zurückzuführen sind, sondern in sonstigen Eigenschaften des mit dem Körper in Berührung kommenden Wassers, insbesondere in seiner niedrigeren Temperatur und dem hiedurch auf die Körperorgane geübten Einfluß ihren Grund haben, von der Versicherung ausgeschlossen sein sollen.

Ist sonach die Entstehung des Unfalls durch Einwirkung äußerer mechanischer Gewalt als vertragmäßige Voraussetzung für die Ersatzpflicht der Beklagten zu betrachten, so ist der Letzteren auch darin Recht zu geben, daß diese Voraussetzung im vorliegenden Falle nicht zutrifft.

Zwar kann zweifellos auch das Wasser mit „mechanischer Gewalt“ wirken, und zwar nicht bloß das durch seine Bewegung oder sein Gefäll einen Druck ausübende, sondern auch das stillstehende Wasser durch den Widerstand, den es dem Eintauchen eines festen Körpers entgegensetzt. Es ist ganz wohl denkbar, daß dieser Widerstand — z. B. bei einem Sprung aus großer Höhe — zu körperlichen Verletzungen führen kann, und in einem solchen Fall könnte allerdings von einem durch mechanische Gewalt verursachten Unfälle gesprochen werden.

Um eine derartige Verletzung handelt es sich jedoch im vorliegenden Falle nicht. Nach den übereinstimmenden gutachtlichen Äußerungen der in erster Instanz vernommenen beiden Ärzte ist die Verletzung des Klägers (das Reißen eines Blutgefäßes in der Lunge) zurückzuführen nicht etwa

auf eine durch den Sprung ins Wasser verursachte Erschütterung des Körpers, auch nicht auf den Druck des vom Körper beim Eintauchen verdrängten Wassers, sondern lediglich auf die, allerdings durch jenen Sprung herbeigeführte, aber mit der Gewalt der Bewegung des Klägers und dem Widerstande des Wassers in keinem Zusammenhange stehende plötzliche Abkühlung des Körpers des Klägers. Der eine Sachverständige hat sich über die Vorgänge, die zu der Lungenblutung führten, und ihre Veranlassung dahin geäußert: durch die plötzlich auf die Oberfläche des Körpers wirkende Kälte werde das Blut von außen nach innen gegen die Lunge gedrängt und dadurch eine gewisse Stauung in der letzteren verursacht, die zum Reißen eines Blutgefäßes an einer hiezu disponierten Stelle führen könne. Ergänzend hat der Sachverständige hiezu noch bemerkt, daß eine derartige Abkühlung und deren Wirkungen immer dann eintreten können, wenn eine wesentliche Differenz zwischen der Körpertemperatur des Badenden und derjenigen des Wassers bestehe, ohne daß es auf die absolute Höhe der Grade des Wassers ankomme. Hienach steht fest, daß nicht die mechanische Gewalt des Sprungs in das Wasser, sondern lediglich der Unterschied zwischen dessen Temperatur und der Körperwärme des Klägers die Ursache seiner Verletzung war.

Ob auf Grund dieser Ausführungen anzunehmen ist, daß ein durch „Temperatureinfluß“ entstandener Schaden vorliege, bezüglich dessen die Haftung der Beklagten durch § 2 der Versicherungsbedingungen ausdrücklich ausgeschlossen ist, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls fehlt es an dem nach §§ 1 und 3 jener Bedingungen wesentlichen Erfordernisse der Verursachung des Anfalls durch Einwirkung äußerer mechanischer Gewalt, und schon aus diesem Grunde ist die Beklagte für die Folgen der Verletzung des Klägers nicht ersatzpflichtig.

Urteil des I. Civilsenats vom 16. Juni 1899 in Sachen Internationale Unfallversicherungs-Aktiengesellschaft gegen Mayer.

19.

1. Schadensersatzanspruch eines Arbeitgebers gegen seine wegen ihres Verhaltens mit Grund ohne vorgängige Kündigung entlassenen Arbeiter.
2. Voransetzung der Haftung solcher Arbeiter als Gesamtschuldner.

Die 21 Beklagten waren bis zum Mai 1899 Arbeiter in des Klägers Eisengießerei. Als am 2. Mai zwei der Beklagten dem Betriebsingenieur erklärten, die zur Arbeit ausgeteilten, aus der W.'schen Fabrik in Heilbronn, in der gestreift wurde, zur Fertigstellung vom Kläger übernommenen Modelle dürfen von keinem Gießer in Arbeit genommen werden, wurde ihnen für den Fall der Weigerung, die Arbeit auszuführen, die sofortige Entlassung angedroht. Am folgenden Morgen erklärten sodann drei der Beklagten namens der übrigen Beklagten, in einer von ihnen am Abend vorher abgehaltenen Versammlung sei beschlossen worden, daß die Heilbronner Modelle unter keinen Umständen gearbeitet werden dürften. Als ihnen erwidert wurde, der Kläger beharre auf Ausführung dieser Arbeit und werde sie im Falle der Weigerung wegen Ungehorsams entlassen, kehrten jene drei Beklagten in die Werkstätte zurück und der eine von ihnen hob dort, ohne zu sprechen, die Hand in die Höhe, worauf sämtliche Beklagte ihre Werkzeuge zusammenpackten und die Fabrik verließen. Als sie trotz öffentlichen Anschlags, in dem sie vom Kläger zur Aufnahme der Arbeit aufgefordert wurden, bei ihrer Weigerung beharrten, wurden sie am 4. Mai auf Grund der §§ 134, 123 der Reichsgewerbeordnung und des § 12 der Arbeitsordnung ohne Aufkündigung entlassen; die Berechtigung dieser Entlassung haben sie selbst anerkannt.

Im vorliegenden Rechtsstreite hat nun der Kläger auf Schadensersatz geklagt und beantragt, die Beklagten unter Haftung als Gesamtschuldner, eventuell jeden zu $\frac{1}{21}$, zur Zahlung von 2043 Mk. 76 Pfg. zu verurteilen. Das Berufungsgericht hat diese Ansprüche, auch soweit solidarische

Haftung beantragt ist, dem Grunde nach für berechtigt anerkannt.

Gründe:

Ob die Auffassung der Civilkammer richtig ist, Kläger könne aus dem Grund von den Beklagten Schadenersatz fordern, weil die Beklagten „die Arbeit einseitig niedergelegt und das Arbeitsverhältnis einseitig aufgelöst haben“, kann unerörtert bleiben. Denn ein Schadenersatzanspruch des Klägers ist auch dann rechtlich zulässig, wenn man sich auf den vom Kläger selbst eingenommenen Standpunkt stellt und davon ausgeht, das Arbeitsverhältnis sei durch die vom Kläger den Beklagten angekündigte Entlassung aufgehoben worden.

Daß Kläger durch diese kündigungslöse Entlassung von einem ihm zustehenden Recht Gebrauch gemacht hat, haben die Beklagten anerkannt. Die Meinung, daß der Dienstherr, der vom Recht der sofortigen Entlassung Gebrauch mache, keinen Ersatz des ihm durch die plötzliche Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schadens beanspruchen könne, entbehrt der Begründung. Die Gewerbeordnung schließt — was gewerbliche Arbeiter anlangt — einen derartigen Schadenersatzanspruch nicht aus; sie schweigt nur darüber, ob ein solcher Anspruch besteht oder nicht. Sie enthält auch keine Bestimmung dahin, daß in dem Fall, da ein Arbeiter rechtswidrig die Arbeit verläßt, dem Arbeitgeber ein Anspruch auf Schadenersatz zustehe; sie setzt aber in § 124 b unverkennbar voraus, daß sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine solche Schadenersatzpflicht ergibt; sie beläßt es in dieser Richtung bei dem geltenden Recht. So auch bei der gerechtfertigten kündigungslösen Entlassung eines Arbeiters; über deren Folgen sagt die Gewerbeordnung nichts, es kommen hier eben die „allgemeinen gesetzlichen Vorschriften“ zur Anwendung, auf die der Schlußsatz des § 123 G.O. in Betreff der Frage ausdrücklich verweist, in wie weit ein wegen Arbeitsunfähigkeit oder abschreckender Krankheit ohne Kündigung entlassener Arbeiter einen Anspruch auf Entschädigung

gegen den Arbeitgeber habe.

Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber folgt nicht, daß die kündigungsslose Entlassung eines Arbeiters den (auf Verschuldung des Arbeiters gegründeten) Anspruch auf Ersatz des Schadens ausschließt, der dem Entlassenden durch die plötzliche Beendigung des Dienstverhältnisses erwachsen ist. § 628 Abs. 2 B.G.B. setzt eine solche Entschädigungspflicht fest und diese Bestimmung beruht¹⁾ „auf der Erwägung, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze es erheischen, demjenigen Teil, welcher durch sein vertragswidriges Verhalten den Grund zur Auflösung des Dienstvertrags herbeigeführt hat, die Pflicht zum Schadenersatz aufzuerlegen, wie dies auch im Art. 346 des schweiz. Vd.-Ges. geschehen und bei den Beratungen des Dresdener Entwurfs als Konsequenz allgemeiner Grundsätze anerkannt ist²⁾.“ Es läßt sich nicht etwa sagen: es sei der freie Wille des Arbeitgebers, ob er einen Arbeiter gegebenenfalls kündigungsslos entlassen wolle: wenn er dies thue und ihm daraus Schaden erwachse, so sei dieser Schaden auf die eigene freie Entschließung des Arbeitgebers und nicht auf das Verschulden des Arbeiters, das die Entlassung veranlaßte, zurückzuführen, und könne daher keinen Schadenersatzanspruch begründen. Diese Beweisführung ist des halb unzutreffend, weil es sich (in der Regel) um Fälle handelt, in denen dem Arbeitgeber billigerweise nicht zugemutet werden kann, den betreffenden Arbeiter noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu behalten, in denen der Arbeitgeber vielmehr mit Rücksicht auf die Wahrung seines Ansehens oder zur Vermeidung eines zu befürchtenden größeren Schadens (vgl. Ziff. 4—6 des § 123 G.-C.) vernünftigerweise nichts anderes thun kann, als den betreffenden Arbeiter entlassen, auch wenn er sich vollkommen bewußt ist, daß ihm (dem Arbeitgeber) Schaden hieraus erwachsen wird. Dieser Schaden steht in solchem Fall — und daher auch im vor-

1) Vergl. Motive zu § 566 E.B.G.B. Bd. 2 S. 470 oben.

2) Vergl. ferner preuß. A.L.M. I. 11 § 878; L. 5 §§ 408. 410; bayr. Entwurf Art. 503 Abs. 2 und 3.

liegenden — mit dem Verschulden des Arbeiters in ursächlichem Zusammenhang, das zu dessen Entlassung geführt hat: die Verschuldung des Arbeiters ist der Grund des Schadens, der infolge der durch sie gebotenen Entlassung des Arbeiters eingetreten ist; keineswegs tritt durch die Entlassung eine neue selbständige Ursache des Schadens ein, die dessen Zurückführung auf das Verschulden des Arbeiters nicht mehr zuließe.

Allerdings giebt es Fälle, in denen ein Vertragsteil die Wahl hat, ob er vom Vertrag zurücktreten oder Schadenersatz fordern will (vgl. Art. 354. 355 H.G.B., § 325. 326 B.G.B.). Aber um einen derartigen Rücktritt vom Vertrag in der Weise, daß der Vertrag als von Anfang an nicht zu Recht bestehend behandelt, annulliert wird (womit ein Schadenersatzanspruch auf Grund eben dieses Vertrags kaum verträglich ist), handelt es sich in Fällen wie dem vorliegenden nicht, sondern nur um die sofortige Beendigung eines Rechtsverhältnisses, dessen bisherige Rechtswirksamkeit nicht aufgehoben wird und das in seinen Rechtsfolgen auch noch über seine Beendigung hinaus wirken kann.

Hat hienach die Civilkammer mit Recht den vom Kläger erhobenen Schadenersatzanspruch für rechtlich zulässig erklärt, so konnte sie ihn doch für — dem Grund nach — gerechtfertigt nur erklären, wenn (wenigstens im Allgemeinen) feststeht, daß die von den Beklagten verschuldete plötzliche Aufhebung des Arbeitsverhältnisses den Kläger in der That geschädigt hat. Das ist aber in der That schon jetzt als feststehend anzusehen.

Man muß davon ausgehen, daß infolge davon, daß plötzlich mehr als ein Drittel der in der Zuffenhauser Fabrik beschäftigten Arbeiter wegfiel, eine erhebliche Lücke im Geschäft entstanden ist, deren alsbaldige Ausfüllung durch gleich geschulte Kräfte nicht möglich war. Die Folge davon war, daß einige Zeit hindurch in der Fabrik weniger produziert wurde, als ohne diesen Zwischenfall produziert worden wäre,

und daß demgemäß der Gewinn des Klägers in dieser Zeit sich verringerte. Daß Kläger in der Juffenbauer Fabrik für deren bestimmungsgemäße Arbeiterzahl stets volle und gewinnbringende Arbeit hatte, ist bei dem Ruf des Klägers Geschäftes unbedenklich zu unterstellen und von den Beklagten nicht beanstandet. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob Kläger die W.ichen Modelle um den Selbstkostenpreis herstellen mußte: denn einerseits ist — zumal da die Beklagten nichts Gegenteiliges behauptet haben — davon auszugehen, daß die Beklagten während der in Betracht kommenden zwei Wochen nicht bloß jene Modelle, sondern auch noch andere — gewinnbringende — Arbeiten ausgeführt hätten: andererseits mußten beim Wegfall der Beklagten, solange sie nicht ersetzt waren, jene Modelle durch andere Arbeiter ausgeführt werden, die sonst in dieser Zeit andere, gewinnbringende Arbeit verrichtet hätten.

Es mag richtig sein, daß die Beklagten bereit gewesen wären, andere Arbeiten als die Streifenmodelle auszuführen, und daß andere Arbeiter der klägerischen Fabrik zur Herstellung der Modelle bereit gewesen wären, so daß Kläger durch eine dem entsprechenden Verteilung der Arbeit in der Lage gewesen wäre, jede Schädigung zu vermeiden. Aber Kläger war durchaus berechtigt, sich auf diesen Ausweg nicht einzulassen, sich die ihm gegenüber völlig unberechtigte Weigerung der Beklagten, die ihnen aufgetragene Arbeit zu verrichten, nicht gefallen zu lassen, zur Wahrung seiner Autorität die Befolgung seiner Anweisungen in Betreff der auszuführenden Arbeiten zu verlangen: wenn er demgemäß handelte und — auf die Gefahr hin, dadurch vermögensrechtlichen Schaden zu erleiden — die unbotmäßigen Beklagten ohne vorgängige Kündigung entlassen hat, so läßt sich nicht sagen, er habe den ihm infolge hiervon zugegangenen Schaden durch eigene Schuld erlitten¹⁾.

Nach dem Bisherigen ist sicher, daß dem Kläger gegen die Beklagten ein Schadensersatzanspruch (der ja selbstver-

1) Vergl. De r a b u r g: Das bürgerl. Recht u. s. w. Bd. 2 § 27 III.

ständiglich die Existenz eines Schadens voraussetzt) zusteht, dem eine den gesamten Anspruch zu beseitigen geeignete Einrede nicht entgegensteht.

Wenn das angefochtene Urteil die Beklagten für schuldig erklärt, „dem Kläger den ihm durch den Bruch des Arbeitsvertrags entstandenen Schaden zu ersetzen“, so heißt das: den Schaden, der nach dem für das Recht in Betracht kommenden ursachlichen Zusammenhang sich als Folge des Vertragsbruchs darstellt. Bei Beantwortung der Frage, ob die einzelnen vom Kläger geltend gemachten Schadens-Posten eine Folge „des Vertragsbruchs“ (genauer der durch das Verschulden der Beklagten veranlaßten plötzlichen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses durch den Kläger) sind oder nicht, handelt es sich nur um die Anwendung jenes festgestellten Grundsatzes im einzelnen; es ist daher nicht zu beanstanden, wenn der vorige Richter diese Antwort dem Endurteil, der Entscheidung über den Betrag des Anspruchs, vorbehalten hat.

Es fragt sich noch, ob die Beklagten für den entstandenen Schaden als Gesamtschuldner haften.

Wie oben dargelegt wurde, beruht der Schaden des Klägers auf dem vertragswidrigen Verhalten der Beklagten, ihrer Weigerung, trotz der ihnen für diesen Fall in Aussicht gestellten sofortigen Entlassung die aufgetragene Arbeit zu verrichten. Daß sich die Beklagten der Rechtswidrigkeit dieser Handlung bewußt waren, unterliegt keinem Zweifel; haben sie ja doch die Berechtigung des Klägers, sie aus diesem Grund ohne Kündigung zu entlassen, unumwunden anerkannt. Weiter steht nunmehr auf Grund des unbestrittenen Sachverhalts fest, daß die Beklagten auf Grund einer gemeinschaftlich getroffenen Verabredung in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken, konplottmäßig, gehandelt haben: sie haben dem Betriebsingenieur K. mitteilen lassen, auf einer tags zuvor gehaltenen Versammlung haben sie beschloffen, daß die Heilbronner Modelle unter keinen Umständen gearbeitet werden dürfen, und ein von einem der Beklagten

mit der Hand gegebenes Zeichen hat genügt, alle Beklagten zum sofortigen Zusammenpacken ihrer Werkzeuge und zum Verlassen der Fabrik zu veranlassen. Ein derart bewußt vertragswidriges Verhalten stellt gemeinrechtlich eine unerlaubte Handlung dar ¹⁾.

Nach gemeinem Recht haften mehrere bei einem Vertrag auf der einen Seite beteiligte Personen dem andern Vertragsteil als Gesamtschuldner, wenn sie (auf Grund gemeinsamer Abrede) absichtlich vertragsbrüchig werden ²⁾.

Nun handelt es sich freilich im gegenwärtigen Fall auf Seite der Beklagten nicht um den gemeinschaftlichen Bruch eines von ihnen gemeinsam geschlossenen Arbeitsvertrags, sondern um den auf gemeinsamer Verabredung beruhenden Bruch so vieler Arbeitsverträge, als es Beklagte sind. Allein es kommt in Betracht, daß nach der Natur der Sache jeder der Beklagten sich bewußt war, daß das infolge ihres Vorgehens zu erwartende Ausscheiden von mehr als einem Drittel der Arbeiterschaft der Zuffenhauser Fabrik deren Betrieb in gewissem Umfang zeitweise lahm legen oder doch in sehr erheblichem Grad stören werde, während das Ausscheiden eines einzelnen Arbeiters von 50—60 wenn überhaupt eine, so jedenfalls eine sehr geringfügige Störung des Betriebs und Schädigung des Geschäftsherrn zur Folge hat. Während also ein einzelner vertragsbrüchiger Arbeiter nur mit einem derart geringfügigen Schaden des Klägers zu rechnen gehabt hätte, waren die Beklagten sich bewußt, daß ihr gemeinsames Vorgehen zu einer schweren Störung des Geschäftsbetriebs der Fabrik und zu einer dem entsprechenden erheblichen Vermögensschädigung des Klägers führen werde. Trotzdem — und vielleicht eben deshalb — haben sie das gemeinsame Vorgehen verabredet, jeder von ihnen ist infolge dieses bewußten und gewollten Zusammenwirkens an dem

1) Vergl. Wächter: Württ. Pr. R. Bd. 2 § 114 Ziff. 1 und 2; Windscheid Pand. § 101 Ziff. 1 und 2.

2) Vergl. l. 3 pr. D. si mentor 11. 6; l. 1 § 14 D. 27. 3. Windscheid Pand. § 298 bei und in Note 15.

dadurch entstandenen Gesamtschaden mitschuldig, er hat nicht nur seinen Arbeitsvertrag bewußt rechtswidrig verletzt, sondern trägt auch durch seine Beteiligung an der in Betreff der Arbeitsverweigerung getroffenen Abrede die Mitschuld am Vertragsbruch der andern Beklagten und an dem infolge der gemeinsamen Arbeitsverweigerung und dadurch herbeigeführten Entlassung der Beklagten dem Kläger erwachsenen Gesamtschaden; jedem Beklagten fällt daher nicht bloß die Verletzung seines Arbeitsvertrags und der hierdurch entstandene Schaden zur Last, sondern darüber hinaus eine bewußt rechtswidrige (dolose) Beschädigung des Vermögens des Klägers, dadurch, daß er die gemeinsame Arbeitsverweigerung im Bewußtsein der hieran für den Kläger sich knüpfenden vermögensrechtlichen Folgen herbeizuführen mitthätig war. Für eine derart bewußt gemeinsam herbeigeführte und bewußt rechtswidrige Vermögensbeschädigung haften aber die Beteiligten als Gesamtschuldner.

Urteil des I. Civilsenats vom 18. Mai 1900 i. S. Bayerle und Gen. gegen Kuhn.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden ¹⁾ (R.G. 47 Nr. 56).

1) Anmerkung des Einsenders: die Gründe des vorstehenden Urteils werden — abgesehen von der Frage der Haftung der Beklagten als Gesamtschuldner — auch unter der Herrschaft des B.G.B. zutreffen. Eine Haftung der Beklagten als Gesamtschuldner gemäß § 830 B.G.B. wäre wohl nur begründet, wenn man den § 826 B.G.B. für anwendbar hält: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem andern vorzüglich Schaden zufügt, ist dem andern zum Ersatze des Schadens verpflichtet“; denn ob eine Vermögensschädigung durch bewußt vertragswidriges Verhalten unter § 823 B.G.B. fällt, ist mindestens zweifelhaft: vergl. Dernburg: Das bürgerl. Recht u. s. w. Bd. 2 erste Abt. § 64 Biff. II; Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. Rechts Bd. 1 § 163, I, 2, c.; Planck, B.G.B. (2. Aufl.) Anm. 2 a S. 608 zu § 823.

20.

Der öffentliche Glaube und die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs betrifft nicht dessen thatsächliche Angaben.

In den

Gründen:

eines Berufungsurteils ist gesagt:

Durch den Eintrag im Grundbuch ist nach § 892 B.G.B. die Vermutung begründet, daß dem Kläger an der Parzelle Nr. 492 das Eigentum zusteht. Diese Vermutung erledigt aber nicht den strittigen Punkt. Beklagter bestreitet nicht, daß der Kläger Eigentümer der Parz. Nr. 492 ist. Streit besteht vielmehr darüber, ob die Grundfläche ABCDEFA des Lageplans zu der Parz. Nr. 492 gehört, wie der Kläger behauptet. Kläger beruft sich darauf, daß nach den im Grundbuch eingetragenen Flächenmaßen und nach der Bezeichnung der Kulturart der Parzelle Nr. 489/2 die Vermutung dafür streite, daß der Kläger Eigentümer jener Grundfläche sei. Allein weder der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß § 892 B.G.B., noch die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs gemäß § 891 B.G.B. betrifft auch die *t h a t s ä c h l i c h e n* Angaben des Grundbuchs, so die Angaben über Lage, Größe, Kulturart eines Grundstücks; diese Angaben stehen nicht unter der gleichen Garantie, wie die Angaben über die *R e c h t s v e r h ä l t n i s s e*; sie erfolgen — zum Teil ohne Mitwirkung der Beteiligten — auf Grund amtlicher Ermittlungen nach Maßgabe der Bestimmungen über die Erhaltung und Fortführung der Flurkarten und Primärkataster¹⁾.

Urteil des II. Civilsenats vom 15. Februar 1900 in Sachen Duffner gegen Wößner.

1) G.B.O. § 2; Königl. Verordnung vom 30. Juli 1899, betr. das Grundbuchwesen, § 3; Gemeinsch. Verf. der Min. d. Justiz, des Innern u. der Fin. v. 1. Sept. 1899 §§ 4 Abs. 4; 7 lit. b.; 12; 24; 33. Vgl. Motive zu G.B.O. § 7; Dernburg, Bürgerl. Recht § 45 Ziff. 2, § 47 Ziff. 7.

21.

In § 906 A.G.B.

Kläger ist Eigentümer der Gastwirtschaft zum Fuchsen Karlsstr. 40 in Ulm, wozu ein, hinter dem Hause gelegener Wirtschaftsgarten mit Regelbahn gehört. Beklagter ist Eigentümer einer südlich von diesem Anwesen gelegenen, unmittelbar hinter der Regelbahn im Jahr 1877 von seinem Rechtsvorgänger nach erlangter baupolizeilicher Erlaubnis errichteten Schmiedewerkstätte, des Hintergebäudes Nr. 5/1 a zu dem Wohngebäude des Beklagten, No. 5/1 der Wildstraße. Schon 1888 hatte sich Kläger bei dem Stadtpolizeiamt wegen Belästigung durch den aus dem Kamin der Werkstätte in sein Anwesen eindringenden Rauch und Ruß beschwert, worauf die Parteien sich dahin einigten, daß Beklagter sich zu einer Erhöhung des Kamins herbeiließ. Im Juni 1898 erhob Kläger wiederum Beschwerde aus demselben Grunde. Nachdem Beklagter das auf das Kamin aufgesetzte Rohr noch um 1 m erhöht hatte, ließ das Stadtpolizeiamt die Sache vorerst beruhen. Kläger erhob aber im Februar 1899 bei dem Landgericht Ulm Klage dahin: es wolle erkannt werden: Beklagter sei nicht berechtigt, aus dem Kamin seiner Schmiedewerkstätte den Rauch und Ruß in übermäßig belästigender Weise dem Anwesen des Klägers zuzuführen, habe vielmehr, sei es durch Erhöhung des Kamins, sei es durch Anbringung einer Rauchverzehrungsvorrichtung oder andere genügende Vorkehrungen dafür zu sorgen, daß künftig der dem Kläger zugeführte Ruß und Rauch nach Menge und Art die Grenzen der üblichermaßen zu duldbenden Belästigung nicht mehr überschreite. Der Beklagte erklärte, daß er den ersten Teil des Klagesuchs anerkenne und dem Kläger nach § 89 C.P.O. einen entsprechenden Teil der Kosten zuzuscheiden beantrage, weil er das dort verneinte Recht nie beansprucht und zur Klage keine Veranlassung gegeben habe; im Uebrigen bat er um kostenfällige Abweisung. Es wurde nach der Klage erkannt, im Berufungsverfahren (nach dem 1. Januar 1900) aus folgenden

Gründen:

Nach Art. 181 Abs. 1 C.G. zum B.G.B. finden auf das zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B.s. bestehende Eigentum von dieser Zeit an die Vorschriften des B.G.B.s Anwendung. Hiernach ist für den Inhalt des bestehenden Eigentums, für die dem Eigentümer als solchem zustehende Befugnisse und auferlegten Beschränkungen sofort das neue Recht maßgebend und der 1. Titel des 3. Abschnittes des 3. Buches B.G.B.s anzuwenden, soweit in dem Gesetze selbst nicht Vorbehalte gemacht sind¹⁾.

Unter diese Regel fallen die nachbarrechtlichen Vorschriften des § 906, durch welche insbesondere der nunmehr außer Kraft getretene Art. 65 der neuen Württ. Bauordnung, nach welchem der streitige Anspruch in I. Instanz zu beurteilen war, erlosch worden ist²⁾.

Indem § 906 bestimmt, daß der Eigentümer eines Grundstücks die Zuführung von Rauch, Ruß u. s. f. und ähnliche von einem andern Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten könne, als die Einwirkung die Benützung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtige oder durch eine Benützung des Nachbargrundstücks herbeigeführt werde, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich sei, und daß die Zuführung durch eine besondere Leitung unzulässig sei, giebt das Gesetz durch die Fassung dieser Vorschrift zu erkennen, daß es auf dem (in der zweiten Lesung des Entwurfs durchgedrungenen) Standpunkt steht, daß prinzipiell der Grundstückseigentümer auch natürliche (nicht künstlich bewirkte) Immissionen in seiner durch § 905 begrenzten Sphäre nicht zu dulden verpflichtet ist, und daß die Befug-

1) Prot. zur 2. Lesung Bd. III S. 517. Habicht, Einwirkung des B.G.B.s auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse (1. Aufl.) S. 293 III ff.

2) C.G. zum B.G.B. Art. 124; Württ. A.G. Art. 283 Z. 35. Note hierzu (Beil. 326 der Verhandlung der R. d. A. S. 605, 606); Habicht a. a. O. S. 297 ff.; Dernburg, Das bürgerliche Recht zc. Bd. 3 § 89 S. 232.

nis zur Abwehr solcher Immissionen nur insoweit beschränkt ist, als dieselben die Benützung des Grundstücks nicht wesentlich beeinflussen, oder ihren Grund in einer nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlichen Art der Benützung des anderen Grundstücks haben. Hieraus ergibt sich, daß der Eigentümer des Grundstücks, von welchem eine vorhandene Immission ausgeht, zu beweisen hat, daß dieselbe keine excessive, sondern eine ausnahmsweise gestattete ist ¹⁾).

Dem Gesetze liegt — abweichend von dem 1. Entwurf § 850 — ²⁾ die Auffassung zu Grunde, daß, da der Eigentümer sein Grundstück nach seinem Gutdünken zu benützen das Recht hat, er in der ihm beliebenden Benützung gegen Immissionen zu schützen ist. Indem Immissionen zugelassen werden, die durch eine nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken solcher Art gewöhnliche Benützung des andern Grundstücks herbeigeführt werden, soll der Berücksichtigung lokaler Verschiedenheiten Raum geschaffen werden; der Grundstückseigentümer soll das Maß von Belästigung ertragen, das dem örtlich hergebrachten entspricht, das durch eine solche Benützung des andern Grundstücks verursacht wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage die regelmäßige ist, selbst wenn es eine erhebliche Beeinträchtigung des leidenden Grundstücks mit sich bringt ³⁾. Vermag sich der Immittent auf solche Ortsübung nicht zu berufen, so erscheint die Immission als unstatthaft, wenn nicht bewiesen wird, daß die Benützung des leidenden Grundstücks nicht in wesentlichem Maße beeinträchtigt werde.

Für die Abwehr von Immissionen ist, wie nach bisherigem Rechte, die, auch von dem Kläger erhobene, negatorische Klage gegeben (§ 1004 B.G.B.). Hiernach kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beein-

1) Mot. 3. 1. Entw. Bd. III S. 265. Prot. 2. Lesung Bd. III S. 123, Bd. VI S. 225. Dernburg a. a. O. S. 228.

2) S. Prot. 2. Lesung Bd. III S. 125, Dernburg S. 230.

3) Mot. III S. 267. Prot. III S. 125.

trächtigung verlangen. Dem letzteren ist zu überlassen, auf welche Weise er den gesetzmäßigen Zustand herstellen mag. Unstatthaft wäre es, ihn zur Vornahme von Schutzmaßregeln zu verpflichten ¹⁾.

Verfehlt ist der Versuch des Beklagten, aus den die Rechte des Eigentümers des leidenden Grundstücks beschränkenden Vorschriften des § 26 der Gew.-Ordn. abzuleiten, daß der mit der Klage erhobene Anspruch gesetzlich unzulässig sei. Jene Gesetzesbestimmung ist zwar in Kraft geblieben ²⁾, allein sie bezieht sich ausschließlich auf gewerbliche Anlagen, welche mit der obrigkeitlichen Genehmigung i. S. der §§ 16 ff. der Gew.-Ordn. errichtet sind, nicht auch auf solche, welche landesrechtlicher oder bloß baupolizeilicher Genehmigung bedürfen ³⁾. Schmiedewerkstätten gehören aber nicht zu den genehmigungsbedürftigen Anlagen des § 16 ⁴⁾; wie denn auch für die Errichtung der Schmiedewerkstätte des Vekl. lediglich baupolizeiliche Genehmigung und nicht die für die lästigen Anlagen des § 16 erforderliche Genehmigung der Kreisregierung eingeholt worden ist. Daß aus dem Schmiedekamin des Beklagten auf natürlichem Wege Ruß auf das Anwesen des Klägers hinübergeführt wird, ist unter den Parteien nicht bestritten. Den Folgen einer hiedurch über das gesetzlich zulässige Maß hinaus verursachten Beeinträchtigung der Benutzung des klägerischen Anwesens vermag Beklagter sich nicht durch Berufung darauf zu entziehen, daß Kläger den Wirtschaftsgarten, wenigstens zu dem hauptsächlich betroffenen Teile, erst nach Errichtung der Schmiede angelegt und im Jahre 1888 mit dem Fortbestand des Kamins und damals, wie 1898 mit den an demselben angebrachten Schutzvorrichtungen sich einverstanden erklärt

1) Prot. III S. 226. Jur. Wochenschrift von 1896 S. 343 Nr. 57.

2) G.G. z. A.G.B. Art. 36. Prot. Bd. VI S. 581, 586. Dernburg S. 231.

3) R.G.G. Bd. 11 S. 183. Schifer, Gew.-Ordn. 4. Aufl. Ann. 4 zu § 16.

4) Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 931.

habe, also die durch mit seinem Willen getroffene Einrichtungen verursachten Immissionen nicht verbieten könne. Vekl. behauptet selbst nicht, daß er durch die Priorität seiner Anlage einen bestimmten Anspruch gegenüber dem Kläger auf Duldung auch übermäßiger Belästigung erworben habe. Im bisher geltenden Rechte war auch ein solcher Einwand gegenüber den auf Art. 65 der neuen württ. Bauordnung gestützten Einsprachen oder Schadenserzaksforderungen nicht generell gegeben, sondern nach allgemeinen Grundsätzen und richterlichem Ermessen zu beurteilen, ob ein Eigentümer die Beeinträchtigung in der Benutzung seines Grundstücks durch die früher errichtete lästige Gewerbeanlage sich gefallen zu lassen habe¹⁾. Hiernach wäre kein Grund ersichtlich gewesen, dem Kläger in der Benutzung des hinter seiner Gastwirtschaft gelegenen Raumes als Wirtschaftsgarten den regelmäßigen Schutz auch nur dann zu versagen, wenn nicht ein Teil dieses Raumes zur Zeit der Errichtung der Schmiedewerkstätte schon als Wirtschaftsgarten benützt worden wäre. Das neue Recht enthält gleichfalls eine ausdrückliche Regelung der Frage nicht; daß eine durch die Priorität der lästigen Anlage begründete prinzipielle Bevorzugung dem Sinne desselben widerspricht, erhellt daraus, daß nach § 906 B.G.B. der Eigentümer in der ihm beliebenden, also auch in einer während des Bestehens der Nachbaranlage veränderten Benutzung seines Grundstücks geschützt wird. Hiemit erscheinen Ausnahmen allerdings nicht ausgeschlossen, und insbesondere — was im vorliegenden Fall allein wohl in Frage kommen könnte — dann begründet, wenn der Eigentümer des leidenden Grundstücks durch sein Verhalten sich eines Verstoßes gegen Treu und Glauben schuldig machen würde²⁾. Eine Verletzung dieser Grundsätze läßt sich in der Verwendung des Raumes als Wirtschaftsgarten und der Verteidigung derselben nicht finden, da es sich um eine sach-

1) Mot. v. Kam.-Ber. zu Art. 65 bei Wiger S. 551, 556, 557, 572, 573, 583.

2) Dernburg S. 230.

gemäße, nichts weniger als chikanöse Handhabung seines Eigentums seitens des Klägers handelt und derselbe dem Befl. keine Rücksicht schuldet. — Wenn ferner der Kläger, nachdem er Beschwerde wegen Belästigung durch die Anlage des Beklagten erhoben hatte, sich mit dem Fortbestand des Kamins und mit der von ihm selbst angeregten Anbringung gewisser Schutzvorrichtungen einverstanden erklärt hatte, so kann — bei dem Mangel jeglicher, die Absicht weitergehender Bindung andeutender Umstände — die Willensmeinung des Klägers nur dahin aufgefaßt werden, daß er unter der stillschweigenden aus den Verhältnissen sich ergebenden Bedingung, daß die getroffenen Maßregeln ihren Zweck erfüllen werden, seine Beschwerde für erledigt betrachten und dem Beklagten den Fortbetrieb seiner Anlage gestatten wolle. Ein Verzicht auf Geltendmachung neuer Beschwerden und Einsprachen für den Fall der Erfolglosigkeit der vorgenommenen Aenderungen und eine Verpflichtung, sich den Folgen der letzteren schlechthin zu unterwerfen, läßt sich hieraus nicht ableiten. Ebensowenig kann diese Verpflichtung des Klägers aus dem Gesichtspunkt des eigenen Verschuldens desselben damit begründet werden, daß er die Erhöhung des Kamins selbst veranlaßt und hiemit den ihn beschwerenden Zustand herbeigeführt habe; denn abgesehen davon, daß, wie nach den polizeilichen Akten anzunehmen, im wesentlichen derselbe Zustand auch vor der Erhöhung des Kamins vorhanden war, hätte der Kläger um deswillen allein, weil er die Erhöhung als nach seiner nicht sachverständigen Ansicht zweckmäßig in Anregung gebracht hätte, die Verantwortung für die nachteilige Wirkung einer Maßregel nicht zu tragen, die der Beklagte, sei es auf polizeiliche Anforderung, sei es, weil er sich selbst Erfolg davon versprach, jedenfalls nicht infolge irgend welcher Nötigung seitens des Klägers, ausführte.

Bei dieser Sachlage hätte angesichts der, wie oben bemerkt, nach § 906 B.G.B. auf dem Immittenten ruhenden Beweislast der Beklagte Thatfachen beizubringen gehabt, welche das Recht des Klägers ausschließen würden, die von

der Werkstätte des Beklagten ausgehenden Immissionen zu verbieten. Aber es ist sogar positiv erwiesen, daß — zwar nicht eine erhebliche Belästigung durch Rauch und des Hauses Nr. 14 selbst vorliegt, wohl aber — der Wirtschaftsgarten des Klägers, solange die Werkstätte des Beklagten in Betrieb steht, bei jeder Windrichtung, außer bei Nordwind, durch den aus dem Schmiedekamin des Beklagten ausströmenden Ruß in dem Maße überschüttet wird, daß alle in dem Garten befindlichen Gegenstände nach kurzer Zeit mit Rußpartikeln bedeckt werden, und zwar tritt diese Wirkung, wie den Aussagen der Sachverständigen zu entnehmen, auch dann ein, wenn die in dem Garten stehenden Bäume belaubt sind. Es liegt auf der Hand, daß hiedurch die für eine geordnete Wirtschaft erforderliche Reinhaltung zum mindesten außerordentlich erschwert und der Besuch von Seiten desjenigen Theiles des Publikums, welcher neben guter Qualität der gelieferten Speisen und Getränke Verunreinigungen und Belästigungen, wie sie durch den Rußniederschlag verursacht werden, nicht in den Kauf nehmen will, gefährdet wird. Daher muß, wenn es sich auch hauptsächlich nur um den Teil des Jahres handelt, in welchem die Gartenwirtschaft in Betrieb ist, die Beeinträchtigung des Klägers in der Benutzung seines Anwesens als eine wesentliche bezeichnet werden.

Daß diese Beeinträchtigung durch eine solche Benutzung des Grundstücks des Beklagten herbeigeführt sei, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich sei, hat der Beklagte nicht geltend gemacht. Gegenüber der Feststellung des Unterrichters, daß gerade für Ulm und besonders für den Teil der Stadt, in welchem die Anwesen der Parteien gelegen seien (die westliche Neustadt) sich besondere Verhältnisse, welche einen besonders weiten und laxen Maßstab der Empfänglichkeit für Immissionen rechtfertigen würden, nicht anerkennen lassen, hat der Beklagte in II. Instanz darauf hingewiesen, daß Ulm eine Festungsstadt mit begrenzter Baufläche sei, gewerbliche Anlagen, wie die des Beklagten aber innerhalb der Stadt notwendig vorhan-

den sein müssen; da die Auswahl des Platzes nicht frei stehe, so sei es unvermeidlich, daß immer dieser oder jener Bewohner der Stadt durch die betreffende gewerbliche Anlage belästigt werde; auch stehe nicht weit von dem Anwesen der Parteien eine Gasfabrik. Beklagter zieht daraus den Schluß, daß man sich in einer Festung mehr gefallen lassen müsse, als in einer offenen Stadt und daß die Belästigung des Klägers durch den von dem Anwesen des Beklagten herkommenden Ruß in einem für die Verhältnisse der Stadt Ulm übermäßig hohen Grade nicht erwiesen sei. Es bedarf näherer Darlegung nicht, daß hiemit nicht einmal behauptet ist, daß die Benutzung von Grundstücken, wie dasjenige des Beklagten, zu gewerblichen Anlagen von der Art der seinigen, sei es in Ulm überhaupt, sei es in dem in Frage kommenden Stadtteile üblich sei.

Dem Ausgeführten zufolge erscheint die mit der Klage geltend gemachte Einsprache gegen die von dem Grundstück des Beklagten ausgehende Immission von Ruß als gerechtfertigt und die von dem Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil erhobene Berufung als unbegründet. Statt jedoch, wie in dem Urteil I. Instanz geschehen, den Beklagten zu verpflichten, durch geeignete Vorkehrungen Abhilfe zu schaffen, ist gemäß dem oben über den Inhalt der negatorischen Klage Bemerkten der Beklagte wie mit der Anschließberufung des Klägers beantragt allgemein zur Unterlassung der bei seinem gegenwärtigen Gewerbebetrieb stattfindenden, eine nicht unwesentliche Beeinträchtigung des Klägers in der Benutzung seines Anwesens mit sich bringenden Zufuhr von Ruß zu verurteilen.

Urteil des II. Civilsenats vom 11. Januar 1900 i. S. Usenberg gegen Reßler.

22.

In § 906 A.G.B. (Belästigung durch Bienen).

Der Kläger hat wegen übermäßiger Belästigung durch die Bienenzucht des Beklagten Klage erhoben. Diese Bienen-

zucht betreibt der Beklagte auf seinem 2 ar 79 qm großen Grundstück Parzelle Nr. 80 in Unterfelmingen in dem hinter seinem Hause gelegenen Gemüsegarten mit einer größeren Anzahl von Bienenvölkern. Der eine größere Bienenstand, in welchem die Bienen hauptsächlich untergebracht sind, steht etwa 3 Meter, der andere kleinere Bienenstand etwa zwei Meter von der Grenze des im Eigentum des Klägers stehenden Grundstücks, eines 15 ar großen Baum-, Gras- und Gemüsegartens, entfernt.

Der Klagantrag ging dahin: zu erkennen, Beklagter sei bei Strafvermeidung schuldig, Vorkehrungen zu treffen, daß die in seinem erwähnten Garten in Stöcken untergebrachten Bienen für die Folge nicht mehr über den benachbarten Garten des Klägers fliegen, die daselbst befindlichen Personen durch Stechen belästigen und die auf dem Grundstück aufgehängte Wäsche und ausgebreiteten Bleichtücher beschmutzen und verunreinigen, eventuell, wenn solche Vorkehrungen in wirksamer Weise nicht möglich sein sollten, die Bienenstöcke aus seinem Grundstück überhaupt zu entfernen. Im Berufungsverfahren ist erkannt worden: Der Beklagte hat bei Vermeidung einer Geldstrafe bis zu zwanzig Mark für jeden Fall der Zuwiderhandlung die übermäßig belästigende Einwirkung auf die Grundstücke des Klägers zu unterlassen, welche darin besteht, daß die von dem Beklagten auf seinem Grundstück gehaltenen Bienen sich massenhaft auf den Pflanzen im Gemüsegarten des Klägers zum Wasserholen niederlassen, und ferner die ausgelegten Bleichtücher und die aufgehängte Wäsche erheblich beschmutzen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen. Aus den

G r ü n d e n :

1. Aus dem Eigentumsrecht an einem Grundstück folgt die Befugnis, Einwirkungen Anderer auf das Grundstück, auch auf den Luftraum über denselben, auszuschließen ¹⁾. Ohne

1) So nunmehr B.G.B. § 903 und als gemeinsames Recht anerkannt: Motive zu Entwurf I B.G.B. § 850, Bd. III S. 266 bei Ann. 1, Protokolle der 2. Lesung Bd. III S. 124, 125. Entsch. des R.G. Bd. 37 S. 174, Bd. 40 S. 184.

unverhältnismäßige Hemmung der Anderen in der Ausnützung ihres Eigentums kann aber nicht jede solche Einwirkung ausgeschlossen werden, eine derartige „Ueberspannung des Eigentumsbegriffs“¹⁾ wäre mit den Anforderungen zumal der neueren wirtschaftlichen Entwicklung nicht verträglich. Es ergibt sich daraus eine Beschränkung dieses Ausschließungs-Rechts, die in folgender Weise ausgedrückt wird:

Nach Art. 65 der Württ. Bauordnung dürfen nicht Dämpfe, Gase, Gerüche, Rauch, Ruß, Kalk oder Kohlenstaub und dergleichen in solcher Art oder Menge von einem Grundstück auf das andere zugeführt werden, daß die Bewohner des Nachbargrundstücks nach Maßgabe der gewöhnlichen Empfänglichkeit in ihrer Gesundheit gefährdet oder sonst ungewöhnlich belästigt; oder die daselbst befindlichen Gegenstände erheblichem Schaden ausgesetzt werden u. s. w. Nach der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 37 S. 173 hat der Eigentümer eines Grundstücks ein Recht darauf, daß ein Anderer die „unerträgliche Einwirkung“ auf dieses Grundstück unterlasse, nach R.G. 40 S. 184 kann auf Unterlassung „übermäßiger Immissionen“ geklagt und erkannt werden. Nach der Entscheidung in den Württ. Jahrb. Bd. II S. 27 kann eine das gewöhnliche Maß des Erträglichen überschreitende belästigende Einwirkung abgewehrt werden²⁾.

Es fragt sich, ob als Einwirkung eines Andern auch das Herüberfliegen und Verweilen von Bienen anzusehen ist. Das Eindringen von Gasen, Rauch, Flüssigkeiten und anderen gasförmigen, flüssigen oder festen Körpern und das Eindringen lebender Wesen, wie es hier in Frage steht, ist gleichzustellen, weil und insofern es vom Standpunkt des Menschen aus in gleicher Weise nach Naturgesetzen vor sich geht. Wenn Jemand zu solchem, durch bekannte Naturgesetze im allgemeinen gegebenen Wirken Veranlassung giebt,

1) Motive zu Entw. I B.G.B. III S. 266.

2) Zu vergl. B.G.B. § 906. Entwurf I § 850.

indem er als Eigentümer eines Grundstücks Anlagen einrichtet oder unterhält, z. B. Bienenstände hält, aus deren Bestehen sich jene Folgen nach den Naturgesetzen ergeben, so wird diese Einwirkung des Grundstücks und seiner Anlagen auf ein anderes Grundstück als Einwirkung des Eigentümers angesehen und behandelt ¹⁾).

So ist denn auch für das gemeine Recht anerkannt, daß der Eigentümer eines Grundstücks das Eindringen von Bienen in der oben angeführten Weise ausschließen kann ²⁾); mit der erwähnten Beschränkung, die dahin zu fassen ist, daß nur eine ungewöhnliche und übermäßige Belästigung abgewehrt werden kann.

Die Abwehr erfolgt mit der Klage aus dem Eigentumsrecht und setzt (zunächst abgesehen von der bloßen Feststellungsklage) nach gemeinem Rechte voraus, eine bereits geschehene Rechtsverletzung durch ein in der bezeichneten Weise widerrechtliches Eindringen ³⁾). Soweit es sich nicht um Schadenersatz oder um Beseitigung eines Zustandes fortbestehender Rechtsverletzung handelt, geht die Klage auf Erlassung eines richterlichen Verbots fernerer Einwirkung mit Strafandrohung (§ 775 Abs. 2 C.P.O., jetzt § 890) ⁴⁾). Es ist übrigens zu verlangen, daß ein solches richterliches Verbot nicht gegenstandslos geworden sei dadurch, daß eine wiederholte Einwirkung nach der Sachlage nicht mehr in Aussicht zu nehmen ist ⁵⁾).

2. Für den vorliegenden Fall fragt es sich hienach zunächst, ob das unzweifelhafte Eindringen der Bienen des

1) Zu vergl. die oben angeführten Entscheidg., B.G.B. § 903 und 906 in anderer Gestaltung. B.G.B. § 836.

2) Zu vergl. Württ. Jahrb. Bd. IV. S. 27. R.G. Bd. 12 S. 173. Bälz, Recht an Bienen S. 42 ff.

3) Windscheid, Pand. Bd. I § 198, Motive zu Entw. I B.G.B. § 864 Bd. III S. 294 oben, wogegen das B.G.B. § 907 auch solche Klagen wegen in Aussicht stehender Einwirkung zuläßt.

4) Zu vergl. Windscheid, Pand. I § 198 Ann. 6.

5) Ueber die Beweislast: Protokolle der zweiten Lesung des Entw. B.G.B. Bd. III S. 124, 125, Entsch. R.G. Bd. 6 S. 217, Bd. 12 S. 173.

Beklagten auf das Grundstück des Klägers eine ungewöhnliche und übermäßige Belästigung des Klägers in der Ausübung seines Eigentumsrechts enthält.

Das bloße Fliegen der Bienen über den Garten des Klägers zumal in beliebiger Höhe kann nicht als eine solche Belästigung angesehen und daher nicht, wie im angefochtenen Urteil geschehen ist, schlechtweg verboten werden. Im Uebrigen gehen die Aussagen der Zeugen über die Frage der Belästigung ziemlich auseinander.

a. Eine allgemeine Belästigung der im Garten sich aufhaltenden Personen — abgesehen von bestimmten nachher zu erwähnenden Beschäftigungen oder Plätzen — und dadurch vorhandene Belästigung des Eigentümers in der Ausübung des Grundstücks ist in dem erforderlichen erheblichen Maße nicht anzunehmen. Durch die Aussagen der Zeugin G. ist insbesondere auch dargethan, daß der Aufenthalt von Kindern in dem Garten sehr wohl ohne besondere Gefährdung möglich ist.

Was die Bienenstiche betrifft, so muß auffallen, wie wenig Fälle, in denen Personen im Garten des Klägers oder in der Nähe gestochen worden seien, die vom Kläger in dem Beweisverfahren vor beiden Gerichten vorgeführten Zeugen anzugeben vermochten. Eher wurden solche Stiche von den Gegnern des Klägers angeführt, aber mit der Bemerkung, daß sie verschuldet gewesen oder nicht erheblich seien. Nach der Beweisaufnahme vor dem Berufungsgericht ist versucht worden, diese Lücke auszufüllen durch Beweistritt für zahlreiche im Juni, Oktober und namentlich im November 1899 dem Kläger und seinem Sohn beigebrachten Stiche. Unter diesen Umständen und nach dem, was die Sachverständigen über das Verhalten der ungeritzten Bienen glaubhaft bekundet haben, ist, selbst wenn die behaupteten Ergebnisse jenes Beweistritts zu Grunde gelegt werden, nicht anzunehmen, daß, abgesehen von besonderen, nachher zu erörternden Anlässen, eine übermäßige Belästigung durch Bienenstiche bisher stattgefunden hat und bei Anwendung

der allgemein üblichen und nicht belästigenden Vorsicht gegenüber von Bienen in Aussicht zu nehmen ist. Ein allgemeines Verbot ist also auch in dieser Richtung nicht auszusprechen.

b. Das sogenannte *Schwärmen* der Bienen enthält zwar unzweifelhaft eine Belästigung für den Inhaber des Grundstücks, in welches der Schwarm fliegt, aber eine Belästigung, welche nicht verboten werden kann, wenn sie das übliche Maß nicht überschreitet. Dies geht schon daraus hervor, daß das Recht dem Inhaber eines solchen Grundstücks noch die weitere Belästigung zumutet, daß er sein Grundstück auch von dem Eigentümer des Bienenschwarms bei der Verfolgung betreten lassen muß ¹⁾.

Im vorliegenden Fall führen die Zeugen aus den letzten Jahren nur ein unbedeutendes Schwärmen an und ein solches ist auch, wie das Gutachten des Sachverständigen überzeugend darthut, bei der von dem Beklagten gehaltenen Bienenrasse und bei den Einrichtungen desselben für die Zukunft allein in Aussicht zu nehmen.

c. Eine Belästigung bei der *Obsternte* ist durch die vom Kläger benannten Zeugen vorgetragen, für das Motten und Dörren übrigens nur von den Anstalten des Veters des Klägers bezeugt. Belästigung bei dem Obstauflesen ist nach dem überzeugenden Gutachten der Sachverständigen in erheblicher Weise von den Wespen, nicht aber von den Bienen zu erwarten, es ist daher nicht anzunehmen, daß bei dem Einbringen und der Verwertung der Obsternte eine übermäßige Belästigung des Klägers vorgekommen ist; ein Verbot hat deshalb in dieser Beziehung nicht zu ergehen.

d. Dagegen ist der *Gemüsegarten* des Klägers in der Zeit nach einem Regen öfters einem erheblichen Eindringen von Bienen, offenbar des Beklagten, ausgesetzt, die sich massenhaft an die Kraut- und Salatpflanzen ansetzen, um Wasser zu holen. Dadurch wird die gerade zu solchen Zeiten erforderliche Versaharbeit an diesen Pflanzen, sowie das Holen des Salats zum Verbrauch verhindert, zumal bei

1) B.G.B. § 962 wie schon nach bisherigem Recht.

dem Einkriechen der Bienen in die Blätter ein Anfassen der Bienen schwer zu vermeiden ist. Dieses massenhafte Wasserholen der Bienen bei dem Kläger, dessen Vermeidung oder Verminderung durch anderweitige Triufgelegenheit der Sachverständige andeutet, ist als eine ungewöhnliche und übermäßige Belästigung des Klägers anzusehen und ein Verbot desselben ist nach den oben angeführten allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt, ohne daß es eines Eingehens auf den weiter angebotenen Nachweis solcher Belästigungen bedarf.

e. Die Bleichtücher und Wäsche stücke, die im Garten des Klägers ausgelegt und aufgehängt werden, sind nach den Beobachtungen des Sachverständigen der Verunreinigung durch die Bienen — offenbar des Beklagten — ausgesetzt. Diese Verschmutzung hat zwar während seiner Beobachtungszeit keinen erheblichen Grad erreicht, aber die ersichtliche öftere Wiederholung derartiger Verunreinigungen, der Umstand, daß die Zeit des Auslegens der Bleichtücher, die auf Ende März angenommen wurde, mit dem Reinigungsausflug der Bienen zusammenfallen kann und ferner die Aussagen der Zeugen haben das Gericht zu der Annahme geführt, daß eine ungewöhnliche und übermäßige Belästigung des Klägers durch fortwährende, je nicht geringfügige Wiederbeschmutzung der gewaschenen Stücke, die dadurch erheblich wurde, oder durch einmalige bedeutende und dadurch erhebliche Verschmutzung von Bleichtuch und Wäsche schon bisher vorgekommen und die Gefahr gleicher Verunreinigung auch für die Zukunft nicht ausgeschlossen ist.

In den hervorgehobenen zwei Richtungen hatte daher ein Verbot einzutreten, bei dessen Fassung im Urteil allgemeine Ausdrücke wie „übermäßig“ und „erheblich“ verwendet werden mußten, so daß es dem Zwangsvollstreckungsverfahren überlassen bleiben muß, für den einzelnen Fall festzustellen, ob eine übermäßige Belästigung der im Urteil bezeichneten Art vorliegt.

Eine Verurteilung des Beklagten zu einem bestimmten Verhalten in Betreff seines Grundstücks insbesondere zum

Anbringen von Vorrichtungen und ähnlichem ist nicht zulässig ¹⁾.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Dezember 1899 i. S. Alber g. Bahha.

23.

Zu Artikel 42 des Gesetzes über Feldwege, Trepp- und Ueberfahrtsrechte vom 26. März 1862 (Verbot der Bestellung neuer Ueberfahrtsrechte) ²⁾.

Beide Parteien sind Eigentümer je einer Gipsfabrik in A. und einer größeren Anzahl weiterer Grundstücke auf der dortigen Markung. Die Fabrik der Klägerin liegt in ziemlicher Entfernung von dem Bahnhofe A. an dem Vizinalweg Nr. 6, dem sogenannten Gipsmühlweg; die zwischen dieser Fabrik und dem Bahnhofe gelegenen Grundstücke gehören zu einem großen Teile der Beklagten. Um sich nun eine direkte Zufahrt nach dem Bahnhofe zu sichern, hat die Klägerin im Jahre 1884 zwei Verträge mit der Beklagten abgeschlossen, worin diese ihr ein Ueberfahrtsrecht über ihre Grundstücke gewährte. In dem hauptsächlich in Betracht kommenden Vertrag vom 14. Juli 1884 hat die Beklagte der Klägerin eingeräumt:

„Das Ueberfahrtsrecht für sich und ihre Befugnachfolger
„über die östlich von der Feste Hohenasperg und west-
„lich von der Bahnlinie grenzenden Güter des Stutt-
„garter Gipsgeschäft bis zum Lanthenweg.“

In Ziffer 3 dieses Vertrages ist sodann bestimmt, daß die Klägerin das ihr bestellte Ueberfahrtsrecht vorläufig auf unbestimmte Zeit mittels einer von ihr zu erstellenden Rollbahn ausüben wolle. Gegenüber der auf Einwilligung der Beklagten zur Eintragung des dinglichen Ueberfahrtsrechts der Klägerin in das Servitutenbuch von Asperg gerichteten Klage hat Beklagte u. a. geltend gemacht: die Be-

1) Zu vergl. Entsch. R.G. 37 S. 174 auch R.G. 40 S. 184. Vb. 36. S. 417.

2) Vgl. Art. 115. E.G. zum B.G.B.

stellung eines dinglichen Ueberfahrtsrechts sei mangels der erforderlichen oberamtlichen Genehmigung gemäß Art. 42 des in der Ueberschrift angeführten Gesetzes nichtig. Diese Einrede ist verworfen worden.

G r ü n d e.

Ebenso unbegründet ist der letzte, von der Beklagten gegen die Giltigkeit des Vertrags vom 14. Juli 1884 erhobene Einwand, der aus der Bestimmung des Art. 42 des Gesetzes vom 26. März 1862 abgeleitet wird.

Dieses Gesetz befaßt sich mit „Ueberfahrtsrechten“ in den Art. 40—43. Während nun in Art. 40 und 41, die Bestimmungen über den Wegfall bestehender Ueberfahrtsrechte und über die Ausübung solcher Rechte enthalten, ausdrücklich gesagt ist, daß diese Bestimmungen nur für diejenigen Ueberfahrtsrechte gelten, „welche dem Eigentümer eines Grundstücks zum Zwecke der Bebauung und der Einheimung der Früchte“ zustehen, fehlt eine solche nähere Bezeichnung in dem folgenden Art. 42, der die Bestellung neuer Trepp- und Ueberfahrtsrechte ohne eine, nur in ganz besonderen Ausnahmefällen zu erteilende Genehmigung des Oberamts für rechtlich ungiltig erklärt; erst in dem die Zuständigkeit für Streitigkeiten über solche Rechte regelnden Art. 43 ist wieder ausgesprochen, daß hierunter nur Ueberfahrtsrechte fallen, „die ein Acker- oder Wiesenbesitzer wegen des Mangels an ständigen Fahrwegen seinen Nachbarn behufs der üblichen Feldbestellungs- und Ernteschäfte vorübergehend zu gestatten hat.“

Die Beklagte geht davon aus, daß das Gesetz durch diese Verschiedenheit absichtlich einen Gegensatz habe statuiren wollen, derart, daß zwar die Art. 40, 41 und 43 sich nur auf die, landwirtschaftlichen Zwecken dienenden und nicht ständigen Ueberfahrtsrechte beziehen, daß dagegen Art. 42 ganz im allgemeinen Ueberfahrtsrechte aller Art, mithin auch ständige Weganlagen zu gewerblichen Zwecken treffen wolle.

Allein diese Auslegung ist nicht, wie die Beklagte meint,

durch den klaren Wortlaut des Gesetzes geboten. Daß in Art. 42 der den Zweck der Ueberfahrtsrechte bezeichnende Zusatz weggelassen worden ist, kann mindestens ebenso leicht damit zu erklären sein, daß der Verfasser des Gesetzes, nachdem in den beiden unmittelbar vorangehenden Artikeln diese Bezeichnung wiederholt gegeben worden ist, dieselbe auch in den Art. 42 wieder aufzunehmen nicht für nötig gehalten hat, weil er davon ausging, daß sie als selbstverständlich aus den vorangehenden Artikeln zu ergänzen sei. Erst in Art. 43, dessen Anwendungsgebiet noch enger begrenzt ist, war es wieder geboten, einen diese Begrenzung bestimmenden Zusatz beizufügen. Auch daß in Art. 42 ebenso, wie in Art. 41, die Ueberfahrtsrechte mit den Trepp-Rechten — unständigen Dienstbarkeiten, die lediglich landwirtschaftlichen Zwecken dienen — zusammengestellt sind, spricht dafür, daß beide Gesetzesbestimmungen sich auf dieselbe Art von Rechten beziehen.

In der Entstehungsgeschichte und den Motiven des Gesetzes vom 26. März 1862 sodann findet die Ansicht der Beklagten nicht nur keine Bestätigung, sondern ihre Widerlegung.

Allerdings ist dieses Gesetz zu dem Zwecke erlassen worden, um Beschränkungen der Bodenkultur zu beseitigen. Dies ist jedoch nicht in dem von der Beklagten unterstellten Sinn zu verstehen, wornach auch eine feste Beganlage deshalb, weil der zu dieser Anlage verwendete Grund und Boden der Bebauung entzogen wird, eine „Beschränkung der Bodenkultur“ bedingen würde. Vielmehr liegen dem Gesetze ganz andere Gesichtspunkte zu Grunde, die aus den Verhältnissen, die die Veranlassung zu seiner Entstehung gegeben haben, zu entnehmen sind.

In Württemberg war die Freiheit der Bodenbenützung zu landwirtschaftlichen Zwecken durch althergebrachte Feldbausysteme, insbesondere die zwangsweise durchgeführte Dreifelderwirtschaft, beschränkt. Dieser Flurzwang, der Fortschritten im landwirtschaftlichen Betriebe, insbesondere der

Anbauung einträglicherer Handelsgewächse hemmend im Wege stand, war deshalb schwer zu beseitigen, weil fast überall die Grundstücke der einzelnen Eigentümer auf der Markung vermischt durcheinander lagen und vielfach keine eigenen Zufahrten hatten, so daß der Einzelne die zur Bodenbearbeitung, zur Saat und Ernte erforderlichen Einrichtungen nicht ohne gewisse Uebergriffe auf die benachbarten Grundstücke vornehmen konnte. So kamen insbesondere die allgemein üblichen Trepp- und Ueberfahrtsrechte zur Entstehung. Diese Uebergriffe auf fremde Grundstücke hinderten deren Eigentümer auch nach der Aufhebung des Flurzwangs in der freien Ausnützung seines Grund und Bodens: denn ihre Ausübung war zwar wenig belästigend, solange eine gleichmäßige Bebauungsart mit gleichzeitiger Saat und Ernte stattfand, wirkte dagegen bei wechselnder Bebauung in hohem Grade störend und schädigend ¹⁾.

Aus diesen Gründen wurde um die Mitte des Jahrhunderts von den Landwirten der Wunsch nach einer neuen Kulturgesetzgebung geäußert, die eine freie Bodenbenützung durch Aufhebung des Flurzwangs, soweit dieser noch bestand, ferner durch Schaffung von Zufahrten nach den einzelnen landwirtschaftlichen Grundstücken mittels Anlegung von Feldwegen und durch die hiedurch ermöglichte Beseitigung oder doch Einschränkung der Trepp- und Ueberfahrtsrechte gewährleisten würde. Dieser Wunsch ist hauptsächlich zum Ausdruck gekommen in einem im Jahre 1851 erstatteten Bericht der landwirtschaftlichen Kommission der Kammer der Abgeordneten, „betreffend Bitten einer landwirtschaftlichen Versammlung in Hohenheim und die Motion des Frhrn. v. Barnbüler um Beseitigung des Treppenrechts, Ueberfahrtsrechts u. s. w.“ ²⁾.

1) Vgl. hierzu: Erläuterungen zu dem Entwurf eines Landeskulturgesetzes, verfaßt von der K. Zentralstelle für die Landwirtschaft, v. 1855 S. VI fg., S. 1/2.

2) S. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1851/52 I. Weil. Bd. I. Abt. S. 264 fg.

In diesem Bericht ist insbesondere unter §. 2 das Ueberfahrtsrecht bezeichnet als „die Befugnis, über ein fremdes Grundstück mit bespanntem Pflug oder Wagen zu fahren, um auf das eigene, von andern Grundstücken eingeschlossene Gut zu gelangen,“ und es ist nach Darlegung der Schädlichkeit dieses Rechts an die K. Staatsregierung die Bitte gestellt, den Entwurf eines Gesetzes einzubringen, wodurch die Beseitigung dieses Rechts erleichtert würde.

Die Regierung ließ demzufolge zunächst den Entwurf eines Landes-Kultur-Gesetzes ausarbeiten, der im Jahre 1853 veröffentlicht wurde. Der Artikel 1 dieses Entwurfs lautet: „Ein Zwang der Festhaltung des auf einer Markung eingeführten Feldbewirtschaftungssystems gegen die Eigentümer der einzelnen Grundstücke findet von Polizei wegen im Allgemeinen nicht statt.

Als Hindernisse der freien Bodenkultur können daher künftig nur diejenigen in Betracht kommen, welche aus der Natur der Verhältnisse selbst hervorgehen, z. B. der Mangel an Zufahrten zu den Grundstücken, — — oder welche auf den Rechten Dritter, insbesondere — — den Trepp- und Ueberfahrtsrechten (Art. 132—139) beruhen.“

In Artikel 132—139 des Entwurfs sind sodann im wesentlichen dieselben Bestimmungen über Trepp- und Ueberfahrtsrechte vorgesehen, wie sie jetzt in Art. 36—43 des Gesetzes vom 26. März 1862 getroffen sind.

Die Regierung hat jedoch den beabsichtigten Weg einer solchen umfassenden Gesetzgebung nicht weiter verfolgt, sondern hat es vorgezogen, die einzelnen Gegenstände durch abge sonderte Gesetze zu ordnen.

So wurde dem Landtage im Juni 1861 der Entwurf eines Gesetzes „über verschiedene, zur Förderung der Bodenkultur dienende Maßregeln“ nebst Motiven vorgelegt, in den die Bestimmungen des Entwurfs eines Landeskulturgesetzes über Feldwege, über Entwässerungs- und Bewässerungsanlagen und über Trepp- und Ueberfahrtsrechte aufgenommen

waren, und aus dem das Feldweggesetz vom 26. März 1862 hervorgegangen ist ¹⁾).

In den Motiven zu diesem Entwurfe ist — teilweise in wörtlicher Uebereinstimmung mit den früher erwähnten Erläuterungen zum Landeskulturgesetze — als Zweck des Gesetzes die Ermöglichung einer freieren Bodenbenützung durch Anlegung von Feldwegen und Beseitigung der Trepp- und Ueberfahrtsrechte bezeichnet. Dies ist insbesondere in der allgemeinen Einleitung zu dem, von Trepp- und Ueberfahrtsrechten handelnden Abschnitte des Gesetzentwurfs hervor gehoben ²⁾. Zu Art. 83 des Entwurfs (Art. 42 des Gesetzes) ist sodann bemerkt:

„Wenn das Gesetz in den Trepp- und Ueberfahrtsrechten Einrichtungen erkennt, die als Hindernisse einer besseren Bodenkultur beseitigt werden sollten, so muß notwendig auch dagegen Vorkehrung getroffen werden, daß in Zukunft solche Lasten dem Grundeigentum neu aufgelegt werden ³⁾.“

Zur Begründung des Verbots solcher neuen Belastungen ist mithin lediglich auf das verwiesen, was früher im allgemeinen über die Schädlichkeit der zu landwirtschaftlichen Zwecken ausgeübten, nicht ständigen Ueberfahrtsrechte gesagt worden war, dagegen deutet nichts darauf hin, daß das Gesetz mit diesem Verbot eine über sein eigentliches Anwendungsgebiet hinausgehende, allgemeinere Bestimmung treffen wolle.

Eine Erörterung über den Art. 83 des Entwurfs hat bei der Beratung des Gesetzes im Landtag nicht stattgefunden, und der Artikel ist von beiden Kammern unverändert angenommen worden.

Aus dem bisher Ausgeführten ergibt sich mit Sicherheit, daß das Gesetz vom 26. März 1862 lediglich die Re-

1) S. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1856/61 I. Weil. Bd. 4. Abt. S. 2440 f.

2) a. a. O. S. 2463.

3) a. a. O. S. 2464.

gelung der mit der Bebauung landwirtschaftlicher Grundstücke zusammenhängenden Rechtsverhältnisse bezweckt, daß ihm eine weitergehende Tendenz gänzlich fernliegt, und daß es insbesondere in allen seinen von Ueberfahrtsrechten handelnden Bestimmungen, auch im Artikel 42, nicht ständige Weganlagen, wodurch Teile eines fremden Grundstücks der landwirtschaftlichen Benützung dauernd entzogen werden, sondern nur solche, nicht ständige Ueberfahrtsrechte treffen will, die der Eigentümer eines Grundstücks zum Zwecke der Bebauung desselben ausüben darf und die den Eigentümer des dienenden Grundstücks dadurch belästigen, daß sie ihn in der freien Bodenbenützung, d. h. in der Auswahl der anzupflanzenden Gewächse behindern. Nur zur gültigen Bestellung solcher neuen Ueberfahrtsrechte bedarf es also einer oberamtlichen Genehmigung, dagegen liegt die Bestellung von Dienstbarkeiten, die die Herstellung einer, gewerblichen Zwecken dienenden, dauernden Weganlage zu einem Gebäudegrundstück zum Inhalt haben, auch dann keiner gesetzlichen Beschränkung, wenn das belastete Grundstück ein landwirtschaftliches ist.

Urteil des I. Civilsenats vom 5. Mai 1899 in S. Stuttgarter Gipsgeschäft gegen Gebr. Sufset.

24.

Gegen welches Urteil ist die Restitutionsklage zu richten, wenn im Vorprozeß die Berufung gegen das erst-richterliche Urteil als unbegründet zurückgewiesen worden ist?

Kläger hat im März 1897 gegen den Beklagten Klage erhoben mit dem Antrag: die auf Betreiben des Beklagten gegen den Kläger eingeleitete Zwangsvollstreckung aus zwei 1878 gegen den Kläger ergangenen rechtskräftigen Urteilen für unzulässig zu erklären. Mit Urteil vom 22. Mai 1897 hat die I. Civilkammer des R. Landgerichts in St. die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat mit Urteil vom 1. März 1898 die Berufung des Klägers (als unbegründet) zurückgewiesen. Die eingelegte Revision ist zurückgenommen,

und Kläger darauf des Rechtsmittels der Revision für verlustig erklärt worden.

Am 8. Februar 1899 hat Kläger die Restitutionsklage erhoben mit dem Antrag: unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils vom 22. Mai 1897 nach dem früher gestellten Klagantrag zu erkennen. Die Restitutionsklage ist beim Landgericht St. erhoben und auf Ziff. 7, b des § 543 (jetzt § 580) C.P.O. gestützt.

Das Berufungsgericht hat die erhobene Restitutionsklage als unstatthaft zurückgewiesen aus folgenden

G r ü n d e n :

§ 547 (jetzt § 584) C.P.O. bestimmt: „Für die Klagen“ (Nichtigkeits- und Restitutionsklage) „ist ausschließlich zuständig: das Gericht, welches in erster Instanz erkannt hat; wenn das angefochtene Urteil oder auch nur eines von mehreren angefochtenen Urteilen von dem Berufungsgericht erlassen wurde, — das Berufungsgericht.“

Da Kläger das landgerichtliche Urteil vom 22. Mai 1897 angefochten hat, so besteht kein Zweifel, daß die Civilkammer für diese Restitutionsklage ausschließlich zuständig war. Damit ist aber die Frage nicht entschieden, gegen welches Urteil die Restitutionsklage zu richten war, ob gegen das erwähnte Urteil der Civilkammer oder gegen das dießseitige Urteil vom 1. März 1898.

Die C.P.O. giebt auf diese Frage keine ausdrückliche Antwort; ein Zweifel darüber besteht aber nicht, daß die C.P.O. in einem Fall wie dem vorliegenden es nicht ins Belieben des Restitutionsklägers gestellt hat, gegen welches Urteil er die Klage richten will, daß vielmehr das Gesetz eine zwingende Norm darüber enthält, gegen welches Urteil eine Restitutionsklage zu richten ist, wenn ein Rechtsstreit mehrere Instanzen durchlaufen hat. Nun besagt § 541 (jetzt § 578) C.P.O.: „Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahrens kann durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage erfolgen.“ Hieraus, wie aus der Natur der Sache folgt, daß, wenn in

einem Rechtsstreit mehrere Urteile in verschiedenen Instanzen ergangen sind, die Restitutionsklage sich gegen eines dieser Urteile nur richten kann, wenn es rechtskräftig geworden ist. Hiernach besteht zunächst kein Zweifel darüber, daß, wenn und soweit das Berufungsurteil das erstrichterliche Urteil abgeändert hat, die Restitutionsklage sich gegen das Berufungsurteil wenden muß: denn das erstrichterliche Urteil besteht in solchem Fall rechtlich überhaupt nicht mehr. Außer Zweifel ist auch, daß, wenn die Berufung gegen das Urteil als unzulässig verworfen worden ist, die Sachentscheidung des erstrichterlichen Urteils rechtskräftig geworden und daher eine Restitutionsklage gegen das erstrichterliche Urteil zu richten ist, sofern nicht die Restitutionsgründe das Berufungsurteil betreffen.

Wenn und soweit aber ein Berufungsurteil eine mit dem erstinstanzlichen Urteil übereinstimmende Sachentscheidung getroffen hat, ist an sich eine doppelte Auffassung möglich: einerseits die, daß durch die „Zurückweisung der Berufung“ das erstrichterliche Urteil rechtskräftig geworden ist; andererseits aber die, daß das Berufungsurteil an Stelle des erstrichterlichen Urteils getreten ist, weil, nachdem das höhere und deshalb (präsumtiv) größere Gewähr für die Richtigkeit seiner Entscheidung gebende Gericht gesprochen hat, seinem Urteil gegenüber das des Untergerichts nicht mehr in Betracht kommt.

Die Civilprozeßordnung geht von der letzteren Auffassung aus: sie bestimmt in § 487 (jetzt § 525): „Vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt.“ Sie weist also dem Berufungsgericht nicht eine bloße Nachprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung zu, sondern eine völlige neue Verhandlung (soweit die Sache an das Berufungsgericht gebracht wird). Ergeht nun auf Grund dieser neuen Verhandlung — vielleicht auf Grund ganz neuer thatsächlicher Behauptungen und neuer Beweise — eine im Ergebnis mit dem erstrichterlichen Urteil übereinstimmende Ent-

scheidung, so ist sie und nicht das vielleicht auf ganz anderer Grundlage beruhende erstrichterliche Urteil die maßgebende Entscheidung und sie wird — wenn Revision nicht oder erfolglos eingelegt wird — (materiell) rechtskräftig, während das erstrichterliche Urteil keine selbständige Bedeutung mehr hat. Dieser Sachverhalt wird freilich dadurch verdunkelt, daß in derartigen Fällen (im Anschluß an den Schlußsatz des § 499 [jetzt § 537] C.P.O.) das Berufungsurteil meist dahin gefaßt wird: „die Berufung wird zurückgewiesen“ (oder auch „das angefochtene Urteil wird bestätigt“); hierin liegt eine — sachlich unschädliche — Ungenauigkeit der Fassung, wodurch die Wiederholung der Formel des erstrichterlichen Urteils erspart wird.

Wenn also in derselben Sache eine Entscheidung eines Landgerichts und eine damit im Ergebnis übereinstimmende Entscheidung eines Oberlandesgerichts ergangen ist, welche die formelle Rechtskraft erlangt hat, so ist das letztere Urteil und nicht das erstere als dasjenige anzusehen, dem die materielle Rechtskraft zukommt, und es ist eine etwaige Restitutionsklage gegen das oberlandesgerichtliche Urteil zu richten.

Hievon geht auch die Begründung des § 523 des Entwurfs der C.P.O. aus (der dem § 547 [jetzt § 584] des Gesetzes entspricht); es ist hier gesagt: „Das Berufungsurteil umfaßt der Regel nach den Rechtsstreit in rechtlicher und tatsächlicher Beziehung. Es ist daher, soweit dies zutrifft, das Urteil in der Sache selbst und tritt als solches an die Stelle des Urteils erster Instanz.“ Die Ansicht, daß in Fällen wie der vorliegende die Restitutionsklage gegen das Berufungsurteil zu richten ist, ist denn auch die in der Rechtsprechung und Litteratur durchaus vorherrschende ¹⁾.

1) Vergl. R.G. 8 Nr. 117; 15 Nr. 106; R.G. bei Seuffert 47 Nr. 172; O.L.G. Hamburg bei Seuffert 41 Nr. 251; Kommentare von Gaupp (3. Aufl.) Anm. II, B. 1 zu § 547; Reinke (2. Aufl.) bei § 547 zu Abs. 1 b α; Seuffert (7. Aufl.) Anm. 2 II c zu § 547; Petersen (1. Aufl.) Anm. 2 zu § 547; Wilimowsky-Levi (7. Aufl.) Anm. zu § 546 S. 824 oben (die Ansicht von Pland: Lehrbuch des

Für diese Ansicht sprechen auch praktische Erwägungen: trifft nämlich bei dem erst richterlichen Urteil einer der Restitutionsgründe der Ziff. 1—6 des § 543 (jetzt § 580) C.P.O. zu, während das Berufungsurteil von diesem Mangel frei ist (indem es sich auf ganz andere Gründe stützt als das erstrichterliche Urteil und dergl.), so kann das Gesetz nicht wollen, daß in einem derartigen Fall die Restitutionsklage gegen das erstrichterliche Urteil zulässig ist und wenn der Restitutionskläger mit ihr durchdringt, auch das von dem Restitutionsgrund nicht mitbetroffene Berufungsurteil hinfällig wird; dieser Uebelstand wird vermieden, wenn im Fall von zwei gleichlautenden Entscheidungen zweier Instanzen die Restitutionsklage nur gegen das Berufungsurteil, also nur dann zulässig ist, wenn bei ihm ein Restitutionsgrund zutrifft. Eine derartige Regelung entzieht auch nicht etwa dem Restitutionskläger eine Instanz: denn wenn er vor Ablauf der Berufungsfrist oder vor Beendigung des Berufungsverfahrens entdeckt, daß in Betreff des ergangenen erstrichterlichen Urteils ein Restitutionsgrund vorliegt, kann er nicht etwa eine erneute Verhandlung der Sache vor dem Gericht erster Instanz verlangen, sondern den Restitutionsgrund lediglich im Weg der Berufung geltend machen (§ 545 [jetzt § 582] C.P.O.).

Die gegen das Urteil der Civilkammer vom 22. Mai 1897 erhobene Restitutionsklage ist daher von der Civilkammer mit Recht abgewiesen worden; auf die Berufung des Klägers war dieses Urteil in der Weise zu bestätigen, daß die Unstatthaftigkeit der erhobenen Restitutionsklage auszusprechen war. Eine Aenderung des erstrichterlichen Urteils zu Ungunsten des Berufungsklägers liegt hierin nicht (vergl. auch § 552 — jetzt § 589 — C.P.O.).

Bemerkt mag noch werden, daß der in § 547 — jetzt § 584 — Abf. 1 C.P.O. vorgesehene Fall nicht vorliegt,

Civilprozeßrechts Bd. 2 § 159 Ziff. II und III S. 563, und von Struckmann — 6. Aufl. — Num. 1 zu § 547 ist nicht klar ersichtlich, aber wohl die gleiche).

nämlich, daß „auch nur eines von mehreren angefochtenen Urteilen von dem Berufungsgericht erlassen wurde“: in einem Fall wie dem vorliegenden kann nur ein Urteil angefochten werden, dasjenige, das die materielle Rechtskraft erlangt hat, und Kläger hat auch nur ein Urteil — das des Landgerichts — angefochten; die erwähnte Gesetzesbestimmung bezieht sich auf den Fall, wo zwei selbständige Urteile vorliegen (z. B. die Berufung als unzulässig verworfen worden ist) und bei jedem ein Restitutionsgrund zutrifft.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Dezember 1900 i. S. Rothmann gegen Pood.

25.

In §§ 887, 888 (früher §§ 773, 774) C.P.O.

a.

Durch rechtskräftiges Urteil war Beklagter verurteilt, die von ihm der Klägerin abgekaufte Dampfmaschine nebst Dampfkessel und Zubehörde und mit der Speisepumpe in der alten Brauerei der Klägerin in U. abzunehmen. Klägerin beantragte, sie zu ermächtigen, diese Gegenstände auf Kosten und Gefahr des Beklagten von ihrem Standort abzubringen und alle hiezu erforderlichen Handlungen auf Kosten des Beklagten vornehmen zu lassen, auch nach Abbruch der Maschine sie auf Kosten und Gefahr des Beklagten auf Lager zu geben. Die Civilkammer verwarf diesen Antrag. Auf Beschwerde der Klägerin wurde diese ermächtigt, auf Kosten des Beklagten die an denselben verkaufte Dampfmaschine nebst Dampfkessel, Zubehörden und Speisepumpe in der alten Brauerei der Klägerin in U. von ihrem Standort abbrechen und aus der Brauerei entfernen zu lassen; im Uebrigen ist die Beschwerde zurückgewiesen worden.

Gründe:

Durch das angeführte Urteil ist der Beklagte für schuldig erkannt worden, die von der Klägerin an ihn verkaufte

Dampfmaschine nebst Dampfkessel, Zubehörden und Speisepumpe in der alten Brauerei der Klägerin in U. abzunehmen. Abnahme bedeutet hier soviel wie Wegnahme ¹⁾: der Verkäufer ist nicht mehr verpflichtet, die Ware in seinem Gewahrsam zu behalten oder ihr auch nur den Platz zu gönnen, den sie bisher bei ihm eingenommen hat; auf der anderen Seite ist es aber dem Käufer überlassen, wohin er die Ware bei der Abnahme verbringen will; die Bestimmung des Orts oder des Platzes, an welchen die Ware durch die Abnahme gelangt, ist dem freien Ermessen des Abnahmepflichtigen anheimgegeben. Insoweit kann also die Abnahmehandlung, da sich in dieser Hinsicht ihr Inhalt durch den Willen des Schuldners bestimmt, nicht durch einen Dritten (C.P.O. § 773) vorgenommen werden. Wohl aber kann die Abnahme durch einen Dritten insoweit erfolgen, als es sich um den Abbruch der Maschine und ihrer Bestandteile und um ihre Entfernung aus ihrem bisherigen Aufstellungsorte handelt, da man es hier mit einer rein mechanischen, ihrem Inhalte nach nicht erst durch den Willen des Schuldners bestimmbar Leistung zu thun hat. Es war daher insoweit dem Antrag der Klägerin zu entsprechen und demgemäß sie zu ermächtigen, auf Kosten des Beklagten die Maschine nebst ihren Zubehörden in der alten Brauerei in U. von ihrem bisherigen Standort abbrechen und aus der Brauerei entfernen zu lassen.

Die Anwendung des § 774 der C.P.O. behufs Erzwingung der Uebernahme der Maschine seitens des Beklagten ist ausgeschlossen, da es hier, neben dem Willen des Schuldners, wegen der Transportkosten zc. noch der Aufwendung von Geldmitteln bedarf, zu deren Vorschießung die Klägerin sich nicht etwa bereit erklärt hat.

Was aber den Antrag der Klägerin anlangt, sie zu ermächtigen, die Maschine auf Kosten und Gefahr des Beklagten auf Lager zu geben, so deckt sich dieser Antrag nicht mit dem Inhalt des Vollstreckungstitels; auch ist die begehrte

1) I. 9 D. de a. e. v. (19, 1); R.G. 14 S. 247; 30 S. 118.

Handlung nicht in der Abnahmepflicht des Beklagten von selbst enthalten. Sofern das Interesse der Klägerin dahin geht, daß die Maschine auf Kosten des im Verzuge befindlichen Beklagten auf Lager gegeben werde, ist sie insoweit auf dem Weg der klageweisen Geltendmachung dieses ihres Interesses (C.P.O. § 778 [jetzt § 893]) angewiesen.

Beschluß des II. Civilsenats vom 30. März 1899 in Sachen Leibinger gegen Nestler.

b.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Der Beklagte ist durch Urteil für schuldig erkannt worden, die beiden Mädchen an die Klägerin zur Erziehung herauszugeben. Wie die Beschwerdeführerin selbst vorträgt und schon in der Klagschrift angeführt war, sind die beiden Mädchen, deren Herausgabe verlangt wird, in dem Waisenhaus zu D. untergebracht. Aus der ferner von der Klägerin selbst vorgelegten Erklärung der Waisenhausverwaltung vom 23. Dezember 1898 erhellt weiter, daß die Waisenhausverwaltung selbst im Falle einer ausdrücklichen Einwilligung des Beklagten die Herausgabe der beiden Mädchen verweigert, wenn nicht das Pfleggeld für die Kinder vom 20. Oktober 1898 an bezahlt werde. Hieraus ergibt sich, daß die beiden Kinder sich nicht in der freien Verfügungsgewalt des Beklagten befinden. Es ermangelt somit für die von der Klägerin beantragte Anwendung des § 774 der C.P.O. die wesentliche Voraussetzung, daß die Handlung, nämlich die Herausgabe der Kinder, ausschließlich von dem Willen des Beklagten abhängt. Auch die Anwendung des § 773 der C.P.O. erscheint ausgeschlossen, da die Erwirkung der Herausgabe der beiden Mädchen seitens der Waisenhausverwaltung in Frage kommt, gegen diese Verwaltung aber ein Vollstreckungstitel nicht vorliegt.

Wenn nun aber die Klägerin in ihrer Beschwerde beantragt, den Beklagten zur Auslösung der beiden Kinder aus

dem Waisenhause durch Geldstrafen oder Haft anzuhalten, so fehlt es hiefür an einem vollstreckbaren Schuldtitel, indem der Beklagte lediglich zur Herausgabe der Kinder, nicht aber zur Bezahlung oder vorzuschußweisen Erlegung des Pfleggeldes für die Kinder verurteilt worden ist¹⁾.

Die verlangte Zahlung des Pfleggeldes kann auch nicht etwa unter dem Gesichtspunkte von Kosten der Herausgabe (§ 773 Abs. 1 der C.P.O.) aufgefaßt werden.

Beschluß des II. Civilsenats vom 27. Jan. 1899 in S. Barthel g. Storck.

26.

Streitwert von Feststellungsklagen.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

In Erwägung, daß der Kläger gegen den Beklagten auf sofortige Lieferung einer Wagenladung Coaks im Wert von 147 Mk. und auf Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur späteren Lieferung von weiteren 15 Wagenladungen Coaks im gleichen Werte geklagt hat,

daß wie bei der Leistungs-, so auch bei der Feststellungsklage der Streitwert nach dem Werte des den Gegenstand der Klage bildenden Anspruchs, nicht nach dem Interesse des Klägers am Rechtsstreit zu bemessen ist²⁾;

daß im vorliegenden Fall der Wert des Klaganspruchs, der auf Lieferung bestimmter Gegenstände gerichtet ist, durch den Wert der zu liefernden Gegenstände bestimmt wird, mithin auf $16 \times 147 = 2352$ Mk. zu berechnen ist,

wird beschlossen:

1) Vergl. Gaupp, C.P.O. § 774 Anm. I 2 a.

2) Vgl. Gaupp, Komm. z. C.P.O. § 3 Anm. IV.; Wilimowski-Levy, Komm. z. C.P.O. § 3 Anm. 1; Seuffert, Komm. z. C.P.O. § 3 Anm. 1; Struckmann-Koch, C.P.O. § 3 Anm. 3; Petersen, C.P.O. § 2 Anm. 12; § 3 Anm. 7; N.G. Bd. 12 S. 361; Bd. 25 S. 367; Jur. Woch.-Schrift 1898 S. 3.

Den Beschluß der Kammer für Handelsfachen des R. Landgerichts zu St. vom 11. September 1899 aufzuheben und den Streitwert auf 2352 Mk. festzusetzen.

Beschluß des I. Civilsenats vom 13. Oktober 1899 in Sachen Bantlin g. Kleinknecht.

27.

Ist im Kostenfestsetzungsverfahren die Prüfung des Beschwerdegerichts nicht auf die angegriffenen Posten beschränkt?

Der Sachverhalt ergibt sich aus den
G r ü n d e n.

Der Civilkammer ist zuzugeben, daß die vom Kläger angerechnete Verhandlungsgebühr seines Anwalts für den Termin vom 25. Mai 1899 unberechtigt war, weil sein Anwalt in diesem Termin nur durch einen von ihm substituier- ten, nicht zu seinem allgemeinen Stellvertreter bestellten, Justizreferendär vertreten war ¹⁾. Aber das Landgericht war als Beschwerdegericht nicht befugt, diese dem Kläger vom Amtsgericht, wenn auch zu Unrecht, zugebilligte Gebühr zu streichen, ohne einen vom Beklagten hierauf in zulässiger Form (mittels sofortiger Beschwerde) gestellten An t r a g.

Wie beim Rechtsmittel der Berufung findet auch bei dem der sofortigen Beschwerde die sog. Devolutivwirkung, d. h. der Umfang der dem angerufenen Gericht zustehenden Freiheit der Prüfung und Entscheidung, eine Schranke an der Rechtskraft der in der Vorinstanz in der Sache ergan- genen Entscheidungen, genauer: schon an der Fähigkeit dieser Entscheidungen in Rechtskraft überzugehen. Schon der Um- stand, daß gegen eine zu Gunsten des Rechtsmittelklägers ergangene Entscheidung für den dadurch benachteiligten Geg- ner desselben ein selbständiges Rechtsmittel e r ö f f n e t ist

1) Plenarbeschluß der vereinigten Civilsenate des R. O. v. 9. April 1888, R. O. G. Bd. 21 S. 349 und Bd. 31 S. 425. Jahrb. der württ. Rechtspflege B. 3 S. 165 Nr. 29.

(wie im vorliegenden Fall dem Beklagten gegen die Zubilligung der erwähnten Verhandlungsgebühr die sofortige Beschwerde) genügt, diese Entscheidung (nicht bloß für den Richter, der sie getroffen hat, sondern auch) für den durch ein Rechtsmittel der anderen Partei mit der Sache befaßten höheren Richter unabänderlich zu machen, solange nicht bei dem letzteren ihre Abänderung von der durch sie beschwerten Partei in zulässiger Weise beantragt ist. Man könnte sagen: durch die vom Beschwerdeführer ordnungsmäßig eingelegte Beschwerde sei die Rechtskraft des ganzen Festsetzungsbeschlusses gehemmt oder: gehemmt sei die Rechtskraft aller in ihm enthaltenen, den festgesetzten Gesamtbetrag der Kosten ergebenden Einzelfeststellungen der Ansätze des Antragstellers, auch der ihm zugestimmten (durch welche er also nicht beschwert, nur der Gegner benachteiligt sein kann), oder auch: Gegenstand der erstrichterlichen Festsetzung, und eben damit auch Gegenstand der möglichen Rechtskraft dieser Festsetzung, seien überhaupt nicht die Einzelposten der Rechnung als solche, sondern ausschließlich das in dem Gesamtbetrag der festgesetzten Kosten sich darstellende Schlussergebnis der Einzelprüfung, mit Anfechtung dieses letzteren also durch den Beschwerdeführer sei das Ganze seiner Rechnung der Prüfung des Beschwerdegerichts anheimgegeben. Allein diese Auffassung ¹⁾ erweist sich nicht als haltbar.

Allerdings handelt es sich bei der Kostenfestsetzung „immer im wesentlichen darum, welcher Kostenbetrag im ganzen der einen Partei von der anderen zu erstatten ist“ und treten gegen dieses schließliche Ergebnis die Einzelposten in ihrer praktischen Bedeutung zurück; daraus folgt aber für die rechtliche Natur dieser letzteren nichts; es folgt hieraus nicht, daß bei der Kostenfestsetzung „nur die zu erstattende Summe im ganzen als das Streitobjekt anzusehen sei ohne

1) Welche den Entscheidungen des Reichsgerichts: Bd. 4 S. 365; Seuffert, Archiv Bd. 53 Nr. 51 S. 97 unten, Jur. Woch. 1893 S. 536 Nr. 6 zu Grund zu liegen scheint.

Rücksicht auf die einzelnen Posten, aus welchen der geforderte Betrag sich zusammensetzt", Gegenstand des Kostenersatzungsanspruchs, welchen der Festsetzungssucher mit Einreichung seiner Kostenberechnung zur Festsetzung geltend macht, und damit: Gegenstand der Entscheidung des Festsetzungsrichters, ist keineswegs bloß der geforderte, bzw. festgesetzte Gesamtbetrag, so daß dieser nur im ganzen in Rechtskraft erwachsen, nur im ganzen in seiner Rechtskraftfähigkeit durch das Rechtsmittel einer Partei gehemmt werden könnte.

Denn mit seiner Kostenberechnung verlangt der Kläger nicht etwa für seine oder seines Anwalts Bemühungen und Auslagen eine durch das Prozeßgericht frei zu ermittelnde Gesamtvergütung, für welche der aus den einzelnen Ansätzen ersichtliche Umfang dieser Bemühungen und Auslagen nur einen ungefähren Anhalt an die Hand gäbe, sondern es werden für verschiedene (durch die Kostengesetze gegeneinander abgegrenzte und damit als selbständige behandelte) Einzel- und Gesamt-Bemühungen — und ebenso für alle einzelnen Auslagen — je einzelne Vergütungen bestimmten Betrags gefordert, es sind deshalb so viel selbständige Forderungen und Erstattungsansprüche geltend gemacht, als Einzelansätze vorhanden sind, welche ihre rechtliche Selbstständigkeit weder dadurch verlieren, daß sie in eine Summe zusammengefaßt werden, noch dadurch, daß sie in dem die Kostenpflicht regelnden Urteil eine einheitliche rechtliche Grundlage haben — so wenig als die Ersatzansprüche des Mandatars deshalb, weil sie auf der gemeinsamen Grundlage des Mandats beruhen und gleichzeitig in einer Rechnung verfolgt werden, aufhören, selbständige Forderungen zu sein. Sind aber die einzelnen Ansätze der Kostenrechnung als selbständige Einzelansprüche aufzufassen, so ist es auch Aufgabe des Festsetzungsgerichts, über diese selbständigen Ansprüche auch selbständige Einzelentscheidungen abzugeben, sie einzeln zuzubilligen oder abzuerkennen, und wenn, der Übung gemäß, das rechnerische Ergebnis dieser Einzelentscheidung schließlich in einer Summe zusammengefaßt wird, so steht

dies ihrer rechtlichen Selbständigkeit so wenig im Wege, als wenn bei gleichzeitiger Entscheidung über gehäufte selbständige Klagforderungen mittels teilweiser Zusprechung, teilweiser Aberkennung derselben der Beklagte in der Urteilsformel zu einer Gesamtsumme verurteilt wird. Trotz der Festsetzung des „Gesamtbetrags der zu erstattenden Kosten“ ist gegen jede der darin zusammengefaßten Einzelfestsetzungen der durch sie beschwerten Partei ein selbständiges Rechtsmittel: die sofortige Beschwerde, eröffnet, jede derselben also der Rechtskraft fähig und damit für das höhere Gericht ohne Beschwerdeantrag der hiezu berechtigten Partei unabänderlich. (Ob von der hiedurch gegebenen Schranke seines amtlichen Prüfungsrechts das Beschwerdegericht in Kostenfestsetzungssachen zu befreien etwa aus Zweckmäßigkeitsgründen sich empfehlen möchte, ist, als gesetzgeberische Frage, nicht hier zu erörtern). Daß durch den erwähnten Grundsatz das Beschwerdegericht nicht gehindert ist, solche Unrichtigkeiten der Festsetzungen, welche auf offenbaren Schreib- oder Rechnungsfehlern beruhen, auch ohne Antrag zu berichtigen oder deren Berichtigung nach § 290 (jetzt § 319) C.P.O. dem Untergericht anheimzugeben, bedarf keiner Bemerkung.

Von der eben entwickelten Ansicht gehen aus: der Plenarbeschluß der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 9. Februar 1891, welcher die Zulässigkeit der sogenannten Nachliquidation in Kostensachen ausspricht¹⁾ und der Beschluß des R.G. vom 2. Juni 1894²⁾, welcher in seiner Tragweite über den Rahmen des § 100 C.P.O. hinausreicht; ihr hat auch das Oberlandesgericht sich angeschlossen³⁾. Demnach ist in der amtsgerichtlichen Zubilligung der Verhandlungsgebühr von 2 Mk. eine selbständige, der sofortigen Beschwerde des Bekl. unterworfenene Entscheidung des Prozeßgerichts zu finden, welche der Prüfung des Landgerichts als vom Kläger angerufenen Beschwerdegerichts insolange als sie

1) R.G.C. Bd. 27 S. 402.

2) R.G.C. Bd. 33 S. 391.

3) Vgl. auch Annalen des k. sächs. O.L.G. Band 14 S. 283.

nicht vom Beklagten mittels Beschwerde angefochten war, entzogen blieb. Damit, daß das L.G. diese Gebühr ohne solchen Antrag gestrichen, und an der Kostenrechnung des Klägers abgesetzt hat, hat es den Grundsatz der Unabänderlichkeit der rechtskraftfähigen Entscheidungen und zugleich den für alle Rechtsmittel maßgebenden Grundsatz verletzt, wonach die angefochtene Entscheidung zum Nachteil des Rechtsmittellägers ohne Antrag des Gegners nicht abgeändert werden darf; es hat damit dem Kläger einen neuen und selbständigen Beschwerdebegrund im Sinn des § 531 — jetzt § 568 — Abf. 2 C.P.O. gegeben und damit war die weitere Beschwerde statthaft, wie sie nach dem Ausgeführten auch sachlich begründet ist.

Beschluß des I. Civilsenats vom 24. Nov. 1899 in S. Wißhaf g. Lorenz.

28.

Zu § 13 Ziff. 4 R.R.G.O. (Beweisgebühr).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

Die Beweisgebühr steht dem als Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalte zu „für die Vertretung in einem Beweisannahmeverfahren“. Da die Gebühr für die Vertretung im „Verfahren“ bewilligt ist, erscheint sie als unabhängig von der Anwesenheit des Rechtsanwalts im Beweisannahme-Termin¹⁾ und die Grundsätze, welche für die Verhandlungsgebühr aus der Beschränkung der Verhandlung auf Termine sich ergeben, können daher auf die Beweisgebühr nicht übertragen werden²⁾. Vielmehr ist für die Beweisgebühr zu verlangen eine innerhalb des Beweisannahmeverfahrens und für die Beweisannahme stattfindende Thätigkeit des Prozeßbevollmächtigten (Rechtsanwalts), welche eine

1) Juristische Wochenschrift 1896 S. 671 Nr. 9.

2) R.G. Bd. 31 S. 425.

Vertretung der Partei darstellt¹⁾, über deren erforderliches Maß jedoch die Ansichten auseinandergehen²⁾. Als eine Thätigkeit der verlangten Art erscheint im vorliegenden Fall die Bestellung eines Probereserendärs für die Teilnahme an der Beweisaufnahmeverhandlung vom 7. März 1898, welche durch die Akten des Landgerichts bescheinigt ist. Indem der Prozeßbevollmächtigte und Rechtsanwalt der klagenden Partei diese Bestellung vorgenommen hat, ist er thätig geworden und hat seine Partei vertreten, er hat in einer seinem Ermessen zu überlassenden Weise, wie anzunehmen ist, nicht nur durch Beauftragung, sondern auch durch Verständigung des Reserendärs über die Sache dafür gesorgt, daß auf Seiten der Partei ein rechts- und sachkundiger Bevollmächtigter im Beweisaufnahmetermin erschienen ist. Diese Thätigkeit und Vertretung ist, wie nicht zu bezweifeln, im Beweisaufnahmeverfahren und für die Beweisaufnahme, auch für deren Ausführung, erfolgt. Die Thätigkeit kann nicht als eine unerhebliche angesehen werden und es erscheint daher, auch wenn man das Maß der Thätigkeit berücksichtigen will, die Beweisgebühr als gerechtfertigt.

Beschluß des I. Civilsenats vom 17. März 1899 i. S.
Stuttgarter Brauereigesellschaft gegen Klumpp.

1) Zu vergl. Württ. Jahrb. Bd. 9 S. 357, 358. Jur. Wochenschrift 1898 S. 201 Nr. 14.

2) Zu vergl. Meyer Geb. D. 3. Aufl. 1899 zu § 13 V 1 c. S. 48.

B. in Strafsachen.

7.

1. Inwiefern genügt ein in die Formen einer Civilklage gekleideter Strafantrag?
2. Wann ist das Eindringen des Hauseigentümers in die vermieteten Wohnräume widerrechtlich? (§§ 61. 123 St.G.B.)

Der Angeklagte war wegen eines Vergehens des Hausfriedensbruchs im Sinn des § 123 Abs. 1 Fall 1 und 2 St.G.B. zu einer Geldstrafe in beiden Vorinstanzen verurteilt worden und die von ihm gegen das Urteil des Berufungsgerichts eingelegte Revision ist vom Straffenat verworfen worden.

Aus den Gründen:

1. Die Revision behauptet in erster Linie eine Verletzung des § 61 St.G.B., weil das Berufungsgericht mit Unrecht bezüglich dieses Vergehens das Vorhandensein eines rechtswirksamen Strafantrags angenommen habe. Die formelle Zulässigkeit dieses Revisionsangriffs steht außer Zweifel. Denn bei Handlungen, deren strafrechtliche Verfolgung von der Stellung eines Antrags abhängt, bildet das Vorhandensein eines den Vorschriften des § 61 ff. St.G.B. entsprechenden berechtigten und rechtzeitigen Strafantrags nicht nur eine prozessuale Voraussetzung der Strafverfolgung, sondern zugleich, nach der vom Oberlandesgericht gegenüber anderer Meinung stets festgehaltenen Rechtsanschauung, eine dem materiellen Recht angehörige Frage, so daß das Revi-

sionsgericht zu einer selbständigen Prüfung derselben ebenso berechtigt wie verpflichtet ist, und der Revision gegenüber einem in der Berufungsinstanz erlassenen landgerichtlichen Urteil die Bestimmung des § 380 St.P.O. nicht entgegensteht. Jene Prüfung hat sich einmal auf die Einhaltung der äußeren, in § 156 St.P.O. vorgeschriebenen Form der schriftlichen oder protokolларischen Anbringung des Strafantrags zu erstrecken, und was sodann den Inhalt des letzteren betrifft, so ist nur eine auf Herbeiführung der Strafverfolgung wegen einer bestimmten Handlung gerichtete Willenserklärung erforderlich. Die Fassung derselben unterliegt irgend welchen formalen Erfordernissen nach dem Gesetz nicht, sie braucht keineswegs die Worte „es werde Strafantrag gestellt“ oder „es werde Bestrafung beantragt“ ausdrücklich zu enthalten, vielmehr genügt es, wenn die Kundgebung an die Behörde den Willen des Berechtigten bestimmt und unzweideutig dahin zum Ausdruck bringt, daß ein gerichtliches Verfahren wegen der zur Anzeige gebrachten That und eine Verurteilung des Thäters wegen derselben zu Strafe eintreten sollte.

Diese Voraussetzungen eines rechtswirksamen Strafantrags sind nach Form und Inhalt im vorliegenden Fall erfüllt. Einmal ist die Vorschrift des § 156 St.P.O. gewahrt, es liegt eine schriftliche Erklärung, eine Klageschrift des Inhabers der Wohnräume vor, in welchen der Hausfriedensbruch verübt sein soll und es ist diese Klageschrift an das Amtsgericht St. gerichtet, sodann stellt diese schriftliche Erklärung inhaltlich einen Strafantrag in dem oben angegebenen Sinn dar, wenn sie auch in eine Form gekleidet ist, welche an die für eine civilprozessuale Klage gegebenen Vorschriften sich anlehnt. Die Fassung ist folgende: „Klageschrift des G. H. in St., Kläger gegen G. B., Mechaniker in St., Beklagten, betreffend Hausfriedensbruch“, woneben die vorgedruckten Worte (betr.) „eine Forderung aus . . . im Wertsbetrage von“ ausgestrichen sind; sodann ist fortgefahren: „Königl. Amtsgericht! Zur mündlichen Verhandlung des

außen bezeichneten Rechtsstreits lade ich den hievor genannten Beklagten vor das K. Amtsgericht zu dem von diesem anzuberaumenden Termin, in welchem ich beantragen werde: den Beklagten durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Bezahlung von (. . . nun sind gestrichen die Worte „I. Hauptsumme . . . II. Zinse zu . . . % aus . . . zum Tag der Zahlung“ — III. Kosten des Mahnverfahrens . . .) zu verurteilen. Dieser Antrag stützt sich auf folgende Thatfachen.“ Hier folgt die Schilderung des den Hausfriedensbruch darstellenden Vorgangs und am Schluß die Angabe zweier Zeugen des Vorfalles sowie die Unterschrift des Klägers. — Es ist somit unstreitig ein für Anbringung einer Civilklage bestimmtes Formular benützt worden, allein das Schriftstück bringt zum erkennbaren Ausdruck, daß ein gerichtliches Verfahren, eine Verhandlung mit Beweisaufnahme über den zum Gegenstand der Klage gemachten Hausfriedensbruch und eine Verurteilung des Thäters stattfinden solle. Die scheinbar naheliegende Annahme, daß eine Verurteilung im Wege des Civilprozesses und nicht wie erforderlich eine Strafverfolgung und strafgerichtliche Verurteilung bezweckt werde, wird dadurch ausgeschlossen, daß wegen einer nach dem Strafgesetz strafbaren Handlung Klage erhoben ist, und diese Klage den ausgesprochenen Zweck hat, eine Verhandlung und das Einschreiten seitens eines hiezu berufenen Organs gegen den als Thäter bezeichneten Beklagten zu veranlassen, daß ferner nirgends von einem civilrechtlichen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Summe an den Kläger die Rede ist, die vorgenommenen Durchstriche auf dem benützten Formular vielmehr für die Verfolgung eines gegenteiligen Zwecks und zwar dafür sprechen, daß der Kläger nichts anderes als eine Verurteilung des Beklagten wegen des angezeigten Hausfriedensbruchs zu einer Geldstrafe angestrebt hat. Eine solche ist im § 123 St.G.B. für dieses Vergehen wahlweise neben Gefängnisstrafe angedroht, einen im Civilrechtsweg verfolgbaren Anspruch auf Zahlung oder Entschädigung wegen Störung des Hausfriedens eines Woh-

nungsinhabers, wie eine solche vorliegend zum Gegenstand der Klage bei Gericht gemacht ist, kennt das Gesetz aber überhaupt nicht. Wenn nun auch der Strafantrag, eben weil er für die Zulässigkeit der Strafverfolgung hier die unerläßliche Voraussetzung bildet, streng auszulegen ist, so läßt der Inhalt der angeführten Klageschrift, in welcher beide Vorinstanzen einen Strafantrag im Sinn des § 61 St.G.B. erblickt haben, doch keine andere verständige Deutung zu als die, daß eine gerichtliche Verfolgung der Sache und eine Bestrafung des zur Anzeige gebrachten Thäters vom Kläger gewollt und bezweckt sei, daß somit ein dem Gesetz entsprechender rechtswirksamer Strafantrag vorliege. Hiernach ist, da auch bezüglich der Antragsberechtigung sowie der Rechtzeitigkeit des gestellten Strafantrags nach Inhalt der Akten keinerlei Anstand obwaltet, diese Revisionsbeschwerde als unbegründet zu verwerfen.

2. Aber auch die weitere, auf Verletzung der Strafvorschrift des § 123 St.G.B. gestützte Beschwerde konnte keinen Erfolg haben. Nach der für die Revisionsinstanz bindenden Feststellung des Berufungsgerichts hat der Angeklagte trotz des verbietenden und von ihm gehörten Zurufs der Ehefrau des Straßflägers, während dieser selbst abwesend war, dessen Wohnzimmer betreten, um einen dorthin geflüchteten Hund zu verfolgen und er ist in diesem Zimmer trotz der dreimaligen Aufforderung der genannten Frau, ihre Wohnung zu verlassen, einige Zeit und zwar solange geblieben, bis es ihm gelungen war, den von ihm verfolgten Hund zu packen. Auf der Grundlage dieser thatsächlichen Feststellungen war die ausgesprochene Verurteilung begründet, denn es sind sämtliche Thatbestandsmerkmale eines Vergehens des Hausfriedensbruchs im Sinn des § 123 Abs. 1 Fall 1 und 2 St.G.B. sowohl in objektiver als subjektiver Richtung hiemit gegeben und daß eine rechtsirrigte Auffassung des Berufungsgerichts dabei zu Grunde läge, läßt sich nicht erkennen. Insbesondere ist die Widerrechtlichkeit des Eindringens mit Grund daraus gefolgert, daß dieses Eindringen gegen den ausge-

sprochenen und für den Angeklagten in dieser Weise erkennbaren Willen der in Abwesenheit ihres Ehemanns verfügungsberechtigten Frau H. geschah und daß dem Angeklagten weder in seiner Eigenschaft als Hauseigentümer noch auf Grund des bestehenden Mietvertrags ein Recht zum Betreten der an die H.'schen Eheleute vermieteten Wohnung im vorliegenden Falle zustand. Wohl hatte er zu bestimmten Zwecken, nämlich behufs Besichtigung des Zustands der Mietwohnung und behufs Abstellung der Wasserleitung ein Recht zum jederzeitigen Betreten dieser Wohnung, wie vom Berufungsgericht auf Grund der Bestimmungen des Mietvertrags zutreffend angenommen ist; allein wer eine solche auf bestimmte Zwecke beschränkte Befugnis zum Betreten einer fremden Wohnung hat, handelt dann widerrechtlich, wenn er eben nicht in Ausübung jener Befugnis, sondern zu einem anderen Zweck in die Wohnung eindringt, und als Zweck des Eindringens ist vorliegend ein anderer und nicht einer der vorstehend als berechtigt angeführten Zwecke festgestellt. Ferner liegt nicht ein Fall vor, in welchem, abgesehen von dem schriftlichen Mietvertrag dem Angeklagten als Hauseigentümer aus erheblichen Gründen das beanspruchte Zutrittsrecht nicht ver sagt werden könnte. Auch kann ein solches Recht nicht etwa daraus abgeleitet werden, daß nach dem Mietvertrag § 13 Ziff. 5 Hunde nur mit stets widerwilliger Genehmigung des Vermieters im Hause gehalten werden dürfen, woraus noch keineswegs folgt, daß im Fall eines Zuwiderhandelns seitens eines Mieters dessen Wohnung vom Vermieter zwecks Vertreibung des Hundes betreten werden darf, ganz abgesehen davon, daß ein solches Zuwiderhandeln vorliegend nicht festgestellt, sondern nur soviel als bewiesen angenommen ist, daß ein vom Angeklagten verfolgter fremder Hund sich vor diesem in die H.'sche Wohnung geflüchtet hatte. Ferner ist in dem angefochtenen Urteil nicht verkannt, daß der Thäter das Bewußtsein von der Widerrechtlichkeit seines Eindringens und Verweilens gehabt haben muß. Denn es ist darin festgestellt, daß der Angeklagte

auch nicht des irrigen Glaubens sein konnte, ein Recht zum Betreten der H.'schen Wohnung zu haben, woraus sich die weitere Annahme des Berufungsgerichts folgern läßt, daß derselbe eines solchen Glaubens thatsächlich auch nicht gewesen ist.

Urteil des Straffenats vom 19. Dezember 1900 in der Straffache gegen Gotthilf Böhler, Schlosser in Stuttgart wegen Hausfriedensbruchs.

8.

Wann und inwieweit bedarf der Besitzer einer dinglichen Wirtschaftsgerechtigkeit einer besonderen gewerbepolizeilichen Erlaubnis?

Auf Revision der Angeklagten ist die letztere unter Aufhebung des Berufungsurteils der Strafkammer des Landgerichts H. von der Anklage eines Vergehens gegen die Gewerbeordnung freigesprochen worden.

Aus den Gründen:

Die rechtzeitig wie formrichtig eingelegte und ausgeführte Revision der Angeklagten, welche letztere wegen eines Vergehens wider die Gewerbeordnung, begangen durch unbefugte Wirtschaftsausübung, zur Geldstrafe von 3 Mk. verurteilt worden ist, rügt Verletzung des materiellen Rechts, nämlich der zur Anwendung gebrachten Bestimmungen der §§ 33 und 147 Ziff. 1 der Gew.O., ferner des Art. 7 des württ. Gesetzes vom 3. November 1855, betr. die Berechtigung zum Betrieb von Wirtschaftsgewerben. Dem Rechtsmittel ist der Erfolg nicht zu versagen.

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen thatsächlichen Feststellungen ruht auf dem der Angeklagten gehörigen Haus eine dingliche Schildwirtschafts- und Bierbrauereigerechtigkeit seit alter Zeit und es wurde der Angeklagten nach dem Tode ihres Ehemannes am 29. Oktober 1896 die persönliche Konzession zum selbständigen Wirtschaftsbetrieb erteilt. Dieser erfolgte ordnungsmäßig in dem Zimmer

rechts vom Hauseingang sowie in einem im ersten Stock gelegenen Saal, doch wurde jedenfalls seit 1874, in welchem Jahr der Ehemann der Angekl. das Wirtschaftsanzwesen von seinem Vorgänger übernahm, bei Hochzeiten und ähnlichen Gelegenheiten auch ein Zimmer links vom Hauseingang als Wirtschaftszimmer benützt, während dasselbe sonst als Wohn- und Schlafstube diente. Im Sommer 1900 ließ die Angekl. das letztere Gefäß, um es dauernd als Wirtschaftsnebenzimmer zu benützen, durch Neutapezierung, neuen Bodenbelag u. s. w. besser herrichten und suchte um die Erlaubnis zu dem beabsichtigten Wirtschaftsbetrieb in diesem Gefäß bei dem K. Oberamt H. nach, benützte dasselbe aber alsbald zu diesem Zweck von Ende Juli bis zum Oktober 1900, ohne eine Erlaubniserteilung abzuwarten. Hierin hat das Berufungsgericht eine Zuwiderhandlung gegen § 147 Ziff. 1 der Gew.O. erblickt, nach welcher Vorschrift bestraft wird, wer den selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes, zu dessen Beginn eine besondere polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, ohne die vorschriftsmäßige Genehmigung unternimmt oder fortsetzt; es ist die Verurteilung damit begründet worden, daß die Angekl. zur Ausübung des Wirtschaftsgewerbes in jenem weiteren Zimmer zuvor der Erlaubnis des K. Oberamts insoweit bedurft habe, als diese Behörde vor Beginn des Betriebs daselbst zu prüfen hatte, ob das Zimmer seiner Beschaffenheit nach den polizeilichen Anforderungen genüge.

Diese Auffassung wird von der Revision gegenüber einer bestehenden Realgewerbeberechtigung wie der vorliegenden als unrichtig bekämpft und für den Inhaber einer solchen Berechtigung nur die hier längst erfolgte gewerbepolizeiliche Prüfung der persönlichen Befähigung zum Wirtschaftsbetrieb für erforderlich erklärt; eventuell wird, falls eine polizeiliche Kognition bezüglich der Beschaffenheit des Wirtschaftslokals erforderlich sein sollte, das Vorhandensein einer solchen im Hinblick auf die das Gesuch der Angekl. von Anfang befürwortende Erklärung des Gemeinderats St. und darauf, daß

ein formeller Ausspruch der Genehmigung nicht vorgeschrieben sei, geltend gemacht; schließlich auch bemängelt, daß die subjektive Auffassung der Angekl. nicht genügend gewürdigt sei, denn diese habe als Eigentümerin der dinglichen Wirtschaftsberechtigung das Recht der Ausdehnung als innerhalb ihrer Eigentumsbefugnisse liegend angesehen.

Es geht das Berufungsgericht mit Recht zunächst davon aus, daß die Vorschrift des § 33 der Gew.O., nach welcher derjenige, welcher Gast- oder Schankwirtschaft betreiben will, hiezu besonderer Erlaubnis bedarf, auch für den Erwerber oder Inhaber einer dinglichen Wirtschaftsgerechtigkeit ihre Geltung hat. Die Reichsgewerbeordnung hat die fernere Begründung solcher Realgewerbeberechtigungen zwar für unzulässig erklärt, die schon bestehenden aber in Kraft gelassen, weil — wie die Motive besagen — ein Bedürfnis für deren Aufhebung nicht vorlag (Verhandlungen des Rt. des nordd. Bundes 1869 Bd. III S. 110). Diese gesetzliche Anerkennung ihrer Fortdauer bedingt als Konsequenz ihre Übertragbarkeit auf Dritte und bezüglich dieser bestimmt der maßgebende § 48 Gew.O., daß Realgewerbeberechtigungen auf jede nach den Vorschriften dieses Gesetzes zum Betrieb des Gewerbes befähigte Person in der Art übertragen werden können, daß der Erwerber die Gewerbeberechtigung für eigene Rechnung ausüben darf. Hiemit ist ausgesprochen, daß die dingliche Berechtigung als solche zwar mit dem Grundstück, an welchem sie haftet, übertragen wird, der neue Erwerber der Realität aber der nach dem Gesetz erforderlichen persönlichen Befähigung und soweit zu letzterer wie bei dem Wirtschaftsgewerbe die Erwirkung einer polizeilichen Erlaubnis gehört, auch dieser Erlaubnis für die Ausübung des Gewerbes in eigener Person bedarf. Dadurch ist die Anwendung des § 33 auf den Inhaber einer dinglichen Wirtschaftsgerechtigkeit an sich gegeben; diese Anwendung ist aber sowohl auf Grund des § 48 als infolge des Inhalts und Charakters einer solchen Gerechtigkeit notwendig insofern eine beschränkte, als von den in § 33 Abs. 2 und 3 für die

Verfugung der Erlaubnis angeführten Gründen nur die auf die persönliche Qualifikation bezüglichen zur Anwendung kommen können, während die weiteren Verfugungsgründe, welche sich auf die Lage oder die seitherige Beschaffenheit der zum Wirtschaftsbetrieb dienenden Räumlichkeiten oder auf die Bedürfnisfrage beziehen, auszuschneiden haben. Denn das auf dem Gebäude ruhende dingliche Recht schließt seitens der Gewerbepolizeibehörde von selbst eine wirksame Prüfung nach der Seite eines vorhandenen Bedürfnisses oder einer geeigneten Lage für die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes aus und damit auch das Erfordernis einer bezüglichen Genehmigung, da es insoweit, wie die Revision zutreffend bemerkt, zur Ausübung eines bereits gesetzlich bestehenden Rechts keiner Genehmigung bedarf. Diese ist nach dem unzweideutigen Wortlaut des § 48 Gew.O. vielmehr nur in der Richtung geboten, als eine Prüfung darüber voranzugehen hat, ob keine der in § 33 Abs. 2 Ziff. 1 angeführten, die Annahme eines Mißbrauchs des Wirtschaftsgewerbes rechtfertigenden Thatsachen gegen die betreffende Person vorliege und ob letztere die diesbezüglich erforderlichen Bürgschaften gewähre.

Auch die Prüfung der Frage, ob die für den Wirtschaftsbetrieb bestimmten Lokale bezüglich ihrer Beschaffenheit den polizeilichen Anforderungen entsprechen, — welche Frage vor der Erteilung einer Erlaubnis zum Wirtschaftsbetrieb gemäß § 33 Abs. 2 Ziff. 2 Gew.O. zu prüfen ist, erledigt sich hienach gegenüber einer bestehenden und bereits ausgeübten Realberechtigung an sich von selbst. Dagegen besteht in dieser Beziehung die im Sinn des Gesetzes gelegene und in § 49 der württ. Vollzugsverfugung vom 9. November 1883 enthaltene Vorschrift, daß die Inhaber dinglicher Wirtschaftsberechtigungen in gleicher Weise wie die persönlich berechtigten Wirte verpflichtet und erforderlichen Falls von den Ortspolizeibehörden und Oberämtern dazu anzuhalten sind, die Lokale, in welchen die Wirtschaft betrieben wird, in einem den polizeilichen Anforderungen

entsprechenden Zustand zu erhalten. Hier kommen gesundheits-, sitten- und sicherheitspolizeiliche Rücksichten in Betracht, weshalb dieselben Vorbedingungen auch für die dingliche Wirtschaftsberechtigungen auf diesem Gebiet gelten müssen, da man sonst zu der widersinnigen Annahme gelangen würde, daß der Befehlgeber für die Ausübung solcher Berechtigungen im Unterschied von den persönlichen Konzessionen die Wahrung jener Rücksichten nicht für geboten erachtet habe. Es ist deshalb nach dieser Seite auch bei einer dinglichen Wirtschaftsberechtigung eine Einwirkung der zuständigen Behörden auf die Beschaffenheit, die Einrichtung oder etwaige Veränderungen der Wirtschaftslöfale zugelassen und zwar ist diese Einwirkung jederzeit möglich. Dieselbe kann aber den Charakter einer polizeilichen Erlaubniserteilung im Sinn der Gewerbeordnung nur in jenen Fällen annehmen, in welchen es sich um eine Erweiterung des Umfangs oder um eine wesentliche Veränderung der bestehenden Berechtigung handelt. Eine solche würde eben durch die vorhandene, in ihrem Bestand und Umfang jeweils nachzuweisende Berechtigung nicht gedeckt, während eine Aenderung ohne jenen Charakter, zumal wenn dieselbe in der Hauptsache nur auf eine Verbesserung der Räumlichkeiten hinausläuft, nicht auch die Einholung einer besonderen polizeilichen Erlaubnis erfordert. Ein solches Verlangen läßt sich nicht nur nicht aus einer Bestimmung der Gewerbeordnung ableiten, sondern würde in offenbarem Widerspruch stehen mit dem der letzten zu Grunde liegenden Prinzip, dem gewerblichen Leben und Verkehr die größte zulässige Freiheit der Bewegung zu verschaffen und nur da Schranken aufzurichten, wo das überwiegende öffentliche Interesse dies erheischt; es stünde ebenso im Widerspruch mit den praktischen Bedürfnissen und dem berechtigten Interesse des Gewerbetreibenden an dem gesicherten Besitz einer erhaltenen gewerblichen Konzession. Diese ist, falls sie als eine persönliche im Sinn des § 33 Gew.O. erteilt worden ist, stets auf einzelne näher bezeichnete Räumlichkeiten beschränkt, da die für den Wirtschaftsbetrieb be-

stimmten Lokale nach der erwähnten Gesetzesvorschrift vor der Erlaubniserteilung hinsichtlich ihrer Lage und Beschaffenheit einer besonderen polizeilichen Prüfung und Genehmigung zu unterstellen sind und die Erlaubniserteilung dann stets auch nur auf die im Zeitpunkt derselben bestehenden, im Gesuch bezeichneten, polizeilich geprüften und für den Wirtschaftsbetrieb geeignet befundenen Lokale sich erstreckt, so daß ein Wechsel im Lokal oder die Ausdehnung des Wirtschaftsbetriebs auf weitere als bei der Konzessionierung gestattete Lokale oder eine wesentliche Aenderung der Beschaffenheit der letzteren Lokale eine neue polizeiliche Erlaubnis jedesmal notwendig macht.

Anders ist dies bei einer dinglichen, längst bestehenden Wirtschaftsberechtigung, falls dieselbe auf einem Grundstück oder Gebäude als solchem ohne die Beschränkung auf bestimmte Räumlichkeiten ruht und der Inhaber dieser Realität die Erlaubnis zur persönlichen Ausübung der Wirtschaftsgerechtigkeit erlangt hat. Dieser erscheint auf Grund der mit dem ganzen Gebäude verknüpften Berechtigung zur Ausnützung aller für den Wirtschaftsbetrieb geeigneten Räumlichkeiten innerhalb des Gebäudes berechtigt, insolange nicht etwa besondere Umstände z. B. die Heranziehung eines späteren Anbaues eine Erweiterung des Umfanges oder eine wesentliche Aenderung der dinglichen Wirtschaftsberechtigung annehmen lassen. Nur das oben erwähnte Kognitionsrecht der Behörde in der Richtung, ob die betreffenden Räume nach ihrer Beschaffenheit den polizeilichen Anforderungen genügen, bleibt selbstredend bestehen; dasselbe ist aber wesentlich verschieden von einer Konzessionserteilung im Sinn der Gewerbeordnung.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf die im vorliegenden Fall getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts führt zu einem der Revision günstigen Ergebnis. Denn in dem angefochtenen Urteil ist ausdrücklich festgestellt, daß auf dem im Jahre 1874 vom Ehemann der Angekl. käuflich erworbenen und nunmehr der letzteren gehörigen Haus Nr. 94

zu St. die dingliche Schildwirtschaftsgerechtigkeit zum Einhorn ruht und daß die am 7. Januar 1811 ausgestellte königliche Bestätigungsurkunde über den Umfang der Berechtigung nichts enthält. Hieraus folgt, daß die Berechtigung auf dem Gebäude als solchem ruht und eine Beschränkung derselben auf bestimmte einzelne Gelasse innerhalb des Gebäudes nicht ausgesprochen worden ist. Hierzu kommt die weitere Feststellung des Vorrichters, daß das Zimmer links des Hauseingangs, wegen dessen Heranziehung zum dauernden Wirtschaftsbetrieb die Angeklagte aus § 147 Z. 1 Gew.O. bestraft worden ist, schon seither bei Hochzeiten und ähnlichen Gelegenheiten als Wirtschaftszimmer benützt worden ist und zwar, wie aus dem Mangel einer bezüglichlichen Feststellung zu entnehmen ist, ohne eine Beanstandung seitens der zuständigen Behörden. Wenn daher die Angeklagte, welche die Erlaubnis zur persönlichen Ausübung der dinglichen Gerechtigkeit schon vor Jahren, wie gleichfalls feststeht, erlangt hatte, das fragliche Zimmer neu tapezieren, mit neuem Boden belegen sowie mit Tischen und Stühlen versehen ließ und es sodann als Wirtschaftsgelaß benützte, so hat sie damit keine Erweiterung des Umfangs der auf dem Haus als solchem ruhenden dinglichen Schankwirtschaftsgerechtigkeit und keinerlei wesentliche Veränderung derselben vorgenommen, zumal das fragliche Lokal seither schon vorübergehend bezugter Weise zu Wirtschaftszwecken verwendet worden war, vielmehr liegt die für den Wirtschaftsbetrieb getroffene Aenderung durchweg innerhalb des Rahmens der bestehenden seitherigen Berechtigung. Hierzu bedurfte die Angeklagte auf Grund des § 48 vgl. § 33 Gew.O. keiner besonderen gewerbepolizeilichen Erlaubnis und ihrem bezüglichlichen, an das K. Oberamt gerichteten Gesuch kommt nur die Bedeutung einer Mitteilung zwecks Ausübung der dieser Behörde zustehenden Kognition über die Beschaffenheit des nun regelmäßig als Wirtschaftszimmer benützten Gelasses zu.

Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Verurteilung

der Angeklagten wegen unbefugten Wirtschaftsbetriebs im Sinn des § 147 Z. 1 sowie des § 33 Gew.O. beruht so- nach auf irrthümlicher Auslegung des Gesetzes und dessen Anwendung auf den festgestellten Sachverhalt ist nicht ge- rechtfertigt, wobei es eines Eingehens auf die weiteren An- griffe der Revision nicht bedarf. Da weitere thatsächliche Erörterungen nicht mehr geboten erscheinen, war gemäß § 394 Abs. 1 St.P.O. in der Sache selbst zu erkennen und zwar auf Freisprechung der Angekl. unter Uebernahme der Kosten auf die Staatskasse, wobei zugleich die Uebernahme der der Angeklagten erwachsenen notwendigen Auslagen auf die Staatskasse gemäß § 499 Abs. 2 St.P.O. als billig er- achtet wurde.

Urteil des Strassenats vom 13. Februar 1901 in der Strafsache gegen Veronika Volz.

9.

Ist die Rechtsmittelfrist gewahrt, wenn am letzten Tag derselben nach Schluß der Kanzleizeit und in Abwesenheit des Registraturbeamten das betr. Schriftstück dem Landgerichtsvorstand übergeben worden ist?

Diese Frage ist vom Strassenat bejaht worden in einer Entscheidung vom 19. Dezember 1900 betr. die Straf- sache gegen Eduard Kr. in H. und Genossen wegen Ver- gehens wider das Reichsgesetz vom 1. Juni 1891 betr. den Schutz von Gebrauchsmustern. Die Angeschuldigten waren durch Beschluß der Strafkammer des L.G. L., zugestellt am 13. September 1900, mangelnden Beweises halber außer Verfolgung gesetzt worden, worauf Rechtsanwalt Sch. als bevollmächtigter Vertreter der Inhaber der Firma G. und K. in St., auf deren Antrag das Strafverfahren eingeleitet worden war, am Abend des 20. September mittels Tele- gramm den Anschluß seiner Auftraggeber als Nebenkläger und gleichzeitig die sofortige Beschwerde wider den Straf- kammerbeschluß anmeldete. Das Telegramm enthält den

vom Landgerichtspräsidenten unterschriebenen Vermerk: „Präsent. 20. Sept. 1900 abends 6³/₄ Uhr, die Kanzlei war geschlossen.“ Die Beschwerde ist unter Zulassung der Beschwerdeführer als Nebenkläger, weil sachlich unbegründet, verworfen worden, wobei bezüglich der Anschlußerklärung und der Wahrung der Rechtsmittelfrist ausgeführt wurde:

in der Erwägung:

1. daß die Anschlußerklärung als Nebenkläger bei Gericht schriftlich eingereicht wurde und die Zulassung des R. und D. R. in St. als Inhaber der Firma G. und R. zum Anschluß an die erhobene öffentliche Klage als Nebenkläger nach § 443 vgl. § 435 St.P.O. einem Bedenken nicht unterliegt, insofern dieselben nach § 11 zit. R.G. die Zuerkennung einer Buße zu verlangen berechtigt sind; daß weiterhin, da die Anschlußerklärung erst nach ergangenem Außerverfolgungsbeschuß zwecks Einlegung des zulässigen Rechtsmittels erfolgt ist, der Straffenat als das zur Entscheidung über dieses Rechtsmittel berufene Gericht auch über die Berechtigung zum Anschluß der Nebenkläger zu entscheiden hat;

2. daß die nach §§ 441, 209 St.P.O. seitens der Nebenkläger gegen den Beschluß der Strafkammer statthafte sofortige Beschwerde durch ein die Unterschrift des Rechtsanwalts Sch. als Vertreter der Beschwerdeführer enthaltendes Telegramm beim Instanzgericht angemeldet wurde und hienach als formrichtig eingelegt zu gelten hat; daß auch die Einlegung dieses Rechtsmittels als rechtzeitig erfolgt zu erachten ist, insofern das die sofortige Beschwerde anmeldende Telegramm noch am letzten Tag der gesetzlichen Einlegungsfrist, als welcher angesichts der Vorschrift des § 439 Abs. 2 St.P.O. und der am 13. September erfolgten Zustellung des Strafkammerbeschlusses an die Staatsanwaltschaft der 20. September erscheint, wenn auch erst nach Schluß der vorgeschriebenen Kanzleizeit und in Abwesenheit des zur Empfangnahme und Präsentation berufenen Registraturbeamten, nämlich abends 6³/₄ Uhr dem im Gerichtsgebäude noch anwesenden Landgerichtspräsidenten laut dessen Beurkundungsvermerk

übergeben und von ihm entgegengenommen worden ist.

Diese Entscheidung steht nicht in Widerspruch mit den in Band 10 S. 74 und Bd. 22 S. 124 Entsch. in Strass. veröffentlichten Entscheidungen des Reichsgerichts, in welchen die Rechtsmittelfrist als nicht gewahrt angesehen wurde, nachdem die Revisionschrift am letzten Tag der Frist in einem Fall nach dem Schluß der Dienststunden zwischen 7 bis 8 Uhr abends dem Kastellan des Gerichtsgebäudes eingehändigt und von diesem auf den Tisch des abwesenden Gerichtsschreibers gelegt worden war, im anderen Fall abends 6 $\frac{1}{2}$ Uhr nach Schluß der Kanzleien und in Abwesenheit des Gerichtsschreiberpersonals in Gegenwart des Hausmeisters des Landgerichts auf den Tisch des hierfür zuständigen Gerichtsschreibers gelegt und von diesem anderen Tags mit dem Präsentationsvermerk versehen worden war — welche Entscheidung je damit begründet wurde, daß die Rechtsmittelfrist nur dann gewahrt erscheine, wenn das Schriftstück innerhalb der Frist dem zur Empfangnahme und Präsentation berufenen Beamten eingehändigt worden ist oder bei regelmäßigem Geschäftsbetriebe hätte zu Händen kommen müssen. Der wesentliche Unterschied dieser 2 Fälle von dem oben angeführten liegt darin, daß der Landgerichtsvorstand das Schriftstück thatsächlich angenommen hat und ihm unzweifelhaft die Befugnis zukommt, an Stelle des nach den Dienstvorschriften vom 9. März 1900 § 27, Geschäftsordnung vom gleichen Tag § 2, hiezü berufenen Registraturbeamten die für das Landgericht einlaufenden Schriftstücke mit Wirkung entgegenzunehmen und zu präsentieren, auch wenn nicht im Sinn des § 2 zit. Geschäftsordnung eine besondere bezügliche Anordnung getroffen worden ist bezw. die Voraussetzungen einer solchen nicht zutreffen würden, während eine solche Vertretung des Gerichts bezw. der Registratur einem Hausmeister oder Kastellan des Gerichtsgebäudes nicht zusteht.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

7.

Anwendung der Vorschriften der Reichs-Civilprozeßordnung auf die Festsetzung der zu erstattenden Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

In der Verwaltungsrechtsache der Stadtgemeinde Stuttgart, Klägerin, gegen W. K. in Stuttgart, Beklagten, hat die Kreisregierung in Ludwigsburg durch rechtskräftiges Urteil vom 18. August 1900 den Beklagten zur Bezahlung der eingeklagten Summe und zur Tragung der Prozeßkosten verurteilt. Als hierauf der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin die Kostenrechnung derselben zur Festsetzung der vom Beklagten zu erstattenden Kosten bei der Kreisregierung einreichte, erfolgte diese Festsetzung in der üblichen Weise in Anwendung der Art. 151 und 152 der Württ. Civilprozeßordnung vom 3. April 1868; als gegen diese Verfügung der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten am 8./9. März 1901, indem er die Aufnahme eines Ansatzes für Gebühren in die Kostenrechnung beanstandete, sofortige Beschwerde bei der Kreisregierung einreichte, wurde von dieser durch Beschluß vom 9. April 1901 die „von dem Beklagten erhobene Gegenvorstellung“ als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß hat der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten wiederum sofortige Beschwerde erhoben, indem er vorgebracht hat, daß der Beschluß der Kreisregierung in erster Linie p r o z e ß o r d n u n g s w i d r i g sei, da nach Art. 40 und 72 des

Gefetzes vom 16. Dezember 1876 die Vorschriften der Reichs-Civilprozeßordnung zur Anwendung zu bringen seien und somit die Kreisregierung, falls sie die am 8. März 1901 bei ihr eingelegte sofortige Beschwerde nicht für begründet erachtete, nicht selbst habe entscheiden können, sondern die Akten dem Beschwerdebegericht zur Entscheidung habe vorlegen müssen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat der Beschwerde zu diesem Teil mit der Begründung stattgegeben:

Auf Grund des Plenarbeschlusses des Verwaltungsgerichtshofs vom 15. Juli 1880 (veröffentlicht im Württ. Archiv Bd. 21 S. 307) kommen bei den Verwaltungsgerichten für die Festsetzung der Gebühren der Rechtsanwälte noch die württembergischen Gebührenordnungen vom 29. Januar 1869 und 30. April 1875 zu entsprechender Anwendung. Jener Beschluß ließ dahingestellt, ob die gemäß § 2 des Reichs-Einführungsgesetzes zur Reichs-Civilprozeß-Ordnung vom 30. Januar 1877 erlassene Reichs-Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 als ein Bestandteil der Reichs-Civilprozeßordnung anzusehen sei. Für die fort-dauernde Anwendung der landesrechtlichen Gebührenordnung an Stelle der Reichs-Gebührenordnung für Rechtsanwälte gab die Erwägung den Ausschlag, daß das in der Reichs-Gebührenordnung durchgeführte System der Gebührenvergütung mit den Grundlagen des Verwaltungsrechtspflege-Gesetzes nicht zusammenstimmt und den Rechtsanwälten für Verwaltungsrechtssachen zu niedrige Gebühren gewähren würde. Im Zusammenhang hiemit hat bezüglich des Kostenfestsetzungsverfahrens der Verwaltungsgerichtshof am 15. November 1880 den weiteren Plenarbeschluß gefaßt, die Bestimmungen der §§ 98 und 99 (jetzt 104 und 105) der Reichs-Civilprozeßordnung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht anzuwenden, sondern die bisherige Behandlung nach Art. 151 ff. der württemb. Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 fortbestehen zu lassen und folgeweise auch Gesuche um Festsetzung der Rechtsanwaltsgebühren gegenüber

der eigenen Partei nicht abzulehnen. Auf Grund dieses Plenarbeschlusses hat sich bei den Verwaltungsgerichten eine konstante Praxis gebildet (vgl. Amtsblatt des Ministeriums des Innern von 1884 S. 148, Scharpff, Handbuch des Armenrechts S. 364 Note). Bei Anwendung dieser Praxis auf die vorliegende Beschwerde wäre dieselbe im Hinblick auf die Vorschrift des Art. 152 Abs. 3 der württ. Civilprozeßordnung von 1868 als unstatthaft abzuweisen.

Anlässlich der vorliegenden Beschwerde hat jedoch der Verwaltungsgerichtshof die Frage, welche *Versahrensvorschriften* bei der Kostenfestsetzung von den Verwaltungsgerichten anzuwenden sind, einer erneuten Prüfung unterzogen und hat hiebei die Bedenken, welche gegen den Plenarbeschluss vom 15. November 1880 schon bei dessen Beratung geltend gemacht worden sind, für überwiegend und durchschlagend erachtet.

Die Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 ist in der Hauptsache Art. 1—907, 936—940 durch Art. 34 des Ausführungs-Gesetzes zur Reichs-Civilprozeßordnung vom 18. Aug. 1879, im Uebrigen durch Art. 17 des Ausführungsgesetzes zur Reichs-Konkursordnung von demselben Tage aufgehoben worden, es kann sich daher streng genommen nicht mehr um eine Anwendung ihrer Vorschriften, sondern nur um die Einhaltung einer diesen Vorschriften nachgebildeten Gerichtspraxis handeln. Je weiter die württembergische Civilprozeßordnung zeitlich zurückliegt, je kleiner der Kreis der mit ihren Vorschriften vertrauten Richter und Rechtsanwälte wird, desto schwieriger wird die Fortsetzung einer ihr nachgebildeten Gerichtspraxis sich gestalten; Gründe der Zweckmäßigkeit machen sich daher mit wachsender Stärke gegen den im Jahre 1880 gefassten Plenarbeschluss geltend.

Ausschlaggebend sind aber die Bestimmungen in Art. 40 und 72 des Verwaltungsrechtspflege-Gesetzes vom 16. Dezember 1876; aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften (vgl. Hohl, Kommentar S. 175/6, Anm. 3 und S. 186 Anm. 1) ergibt sich mit völliger Sicherheit, daß das Gesetz

die Vorschriften der jeweils bestehenden bürgerlichen Prozeßordnung, also zur Zeit der Reichs-Civilprozeßordnung für die Kostenersatzpflicht und die Feststellung der Kosten als maßgebend erklärt. Wird daher auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit an der Anwendung der württembergischen Gebührenordnung von den Verwaltungsgerichten festgehalten, so müssen doch im Verfahren zur Feststellung der Kosten die Bestimmungen der Reichs-Civilprozeßordnung, neue Civilprozeßordnung §§ 103 bis 107, 567 bis 577, zur Anwendung kommen, solange nicht gegen deren Anwendbarkeit Hinderungsgründe geltend gemacht werden können. Solche Hinderungsgründe bestehen in Wirklichkeit nicht; das Verfahren auf der Grundlage der Reichs-Civilprozeßordnung läßt sich auch bei den Verwaltungsgerichten, obwohl für diese die Vorschriften in §§ 14 und 16 des Reichs-Gerichtskostengesetzes und der §§ 11 und 12 der Reichs-Gebührenordnung für Rechtsanwälte (vgl. Meyer-Zimler, die Gebührenordnung für Rechtsanwälte 3. Aufl. S. 40/41) nicht in Geltung sind, durchführen; praktische Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten sind damit nicht verbunden. Soweit erforderlich wird der Verwaltungsgerichtshof den Kreisregierungen die bei ihm erwachsenen Akten zum Zweck der gleichzeitigen Festsetzung der sämtlichen Kosten eines Rechtsstreits mitzuteilen haben, den Parteien wird dadurch im Parteienstreitverfahren das seither notwendige doppelte Verfahren in zwei Instanzen bei der Kostenfestsetzung erspart. Außerdem wird für die Vollstreckung des auf die Prozeßkosten bezüglichen Teils der verwaltungsgerichtlichen Urteile eine sichere, durchaus einwandfreie Grundlage geschaffen.

Werden für das Kostenfestsetzungsverfahren die Vorschriften der Reichs-Civilprozeßordnung angewendet, so steht im vorliegenden Falle dem Beklagten, der sich durch die Festsetzung der Gebühren des gegnerischen Anwalts im Betrage von 21 Mk. beschwert erachtet, gemäß § 105 Abs. 4 die sofortige Beschwerde zu.

Plenarbeschluß vom 27. Mai 1901 in der Beschwerdesache des Wilhelm Klemm.

8.

Zu Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege. (Fall der Unzulässigkeit des Parteistreitverfahrens als der einen Form des Verwaltungsrechtswegs).

Auf der Markung der klagenden Gemeinde Zaberfeld stehen die in den Gewanden Paradies, Winterrain, Mutterbach und Hagen befindlichen Weinberge seit langer Zeit fast ausschließlich im Eigentum von Einwohnern der angrenzenden beklagten Gemeinde Ochsenburg. Die zur Zeit der Traubenreife für die Bewachung dieser Weinberge erforderlichen Hüter sind bis in die neuere Zeit nicht von der klagenden, sondern von der beklagten Gemeinde aufgestellt und bezahlt worden. Im Jahre 1897 hat die Beklagte die Fortsetzung dieses Verfahrens abgelehnt und die Klägerin aufgefordert, für die ordnungsmäßige Ausübung der Feldpolizei auf ihrer ganzen Markung zu sorgen; im Jahre 1899 sodann wurde der Klägerin von den Aufsichtsbehörden auf den Antrag der Beklagten die Auflage gemacht, die erforderlichen Weinberghüter für die ganze Markung aufzustellen. Die Klägerin stellte hierauf diese Weinberghüter für die Jahre 1899 und 1900 auf, beantragte aber im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage, die Beklagte kostenfällig zu verurteilen, der Klägerin die Weinberghutkosten für die auf Markung Zaberfeld gelegenen Gewande Paradies, Winterrain, Mutterbach und Hagen bis zum Höchstbetrag von . . . jährlich zu ersetzen, der Klägerin ferner die Kosten für die Instandhaltung der in jenen Gewanden befindlichen beiden Weinberghütten jährlich bis zum Höchstbetrag von . . . zu ersetzen, auch anzuerkennen, daß sie für die Kosten einer etwa notwendig werdenden Erneuerung der beiden Hütten gegenüber der Klägerin aufzukommen habe.

Zur Begründung dieses Anspruchs wurde geltend gemacht, die Weinberghut auf den genannten Grundstücken sei seit unvordenklicher Zeit immer von der Beklagten, nie von der Klägerin besorgt worden, sie erscheine hiernach als eine der Beklagten kraft Herkommens obliegende Last; sei es nun mit dem Gesetze nicht verträglich, daß die Beklagte selbst die Hut ausübe, so habe sie doch der Klägerin die dadurch entstehenden Kosten zu ersetzen.

Dagegen beantragte die Beklagte kostenfällige Abweisung der Klage: die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts sei nicht begründet und der Anspruch nicht gerechtfertigt.

Mit Urteil vom 22. Dezember 1900 hat die K. Kreisregierung in Ludwigsburg die Klage als unzulässig abgewiesen: Für die Beurteilung der Zuständigkeit „der Kreisregierung als Verwaltungsgericht“ könne lediglich in Betracht kommen der Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes über die Verwaltungspflege vom 16. Dezember 1876, wonach „dem Verwaltungsgericht“ unterstellt werden Streitigkeiten über „die Beziehung zu Abgaben, zu Beiträgen oder sonstigen Leistungen für öffentliche Zwecke der Gemeinde“; aus den Motiven und dem Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten zu dieser Bestimmung ergebe sich mit Sicherheit, daß sie sich nur auf solche Ansprüche beziehe, die eine Gemeinde gegenüber den ihr durch dinglichen oder persönlichen Gemeindeverband unterworfenen Personen geltend zu machen habe; im vorliegenden Falle aber handle es sich um einen auf Herkommen gestützten Anspruch zwischen zwei gleichberechtigten nebeneinander stehenden Gemeinden.

Eventuell wäre der eingeklagte Anspruch, ist in den Entscheidungsgründen beigelegt, auch als unbegründet abzuweisen.

Die von der Klägerin erhobene Berufung wurde zurückgewiesen.

Gründe:

Die Klägerin faßt ohne zureichenden Grund die unterrichterliche Entscheidung so auf, als ob die Zulässigkeit des

Verwaltungsrechtswegs überhaupt — weil die bürgerlichen Gerichte zuständig seien — verneint worden sei. Der Richter hat nur die Zulässigkeit der einen Form des Verwaltungsrechtswegs, des verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahrens verneint.

Der Verwaltungsgerichtshof ist gleichfalls der Ansicht, daß für den von der Klägerin gegen die Beklagte erhobenen Anspruch die Statthaftigkeit des verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahrens aus dem Art. 10 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876, wie auch aus dem Art. 27 Abs. 3 des Gesetzes vom 21. Mai 1891, betreffend die Verwaltung der Gemeinden *zc.*, nicht abzuleiten ist. Die Aufzählung der Parteistreitfachen in dem Art. 10 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 ist nach der Absicht der gesetzgebenden Faktoren eine erschöpfende. In Betreff der zwischen den öffentlich-rechtlichen Korporationen bestehenden Streitigkeiten ist das Parteistreitverfahren in den verschiedenen Ziffern des Art. 10 für die dort bezeichneten Kategorien von Streitigkeiten, wozu die vorliegende Streitigkeit nicht gehört, vorgesehen; in der Ziffer 7 weist die Ausdrucksweise „*V e i z i e h u n g* zu Abgaben, Beiträgen oder sonstigen Leistungen für öffentliche Zwecke der Gemeinde oder Amtskörperschaft, soweit nicht eine privatrechtliche Verbindlichkeit in Frage steht,“ auf ein öffentlich-rechtliches Subjektionsverhältnis Einzelner hin, das als Grundlage für die streitig gewordenen Ansprüche gedacht ist.

Indem hienach die Berufung als unbegründet zurückgewiesen wird, wird einer künftigen Entscheidung über die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs nicht vorgegriffen, wenn Klägerin zu weiterer Verfolgung des gegen die Beklagte erhobenen Anspruchs, falls sie sich hievon . . . einen Erfolg versprechen zu können glaubt, die Rechtsbeschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof nach Austragung der Gelegenheit im Instanzenzuge der Verwaltungsbehörden (Art. 13 und 59 des Gesetzes vom 16. Dez. 1876) erheben will.

Vergl. *Hohl*, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege

S. 46—48, 53, 124—127.

Urteil vom 3. April 1901 in der Berufungssache der Gemeinde Zaberfeld gegen die Gemeinde Ochsenburg.

9.

Die kirchliche Steuerpflicht der Israeliten in Württemberg bestimmt sich nach dem Wohnsitz im Sinne des bürgerlichen Rechts.

In der Berufungssache der israelitischen Kirchengemeinde in Stuttgart, Klägerin Berufungsklägerin, gegen die minderjährige J. K. in Mannheim, vertreten durch ihren Vormund, Beklagte Berufungsbeklagte, erkannte der Verwaltungsgerichtshof unter Abänderung des Urteils der K. Regierung für den Neckarkreis vom 7. Januar 1901, daß die Beklagte schuldig sei, der Klägerin für die Zeit vom 1. April 1898 bis 31. März 1901 an israelitischer Kultsteuer (Vermögenssteuer, Erach) den eingeklagten Betrag zu bezahlen.

Ans den G r ü n d e n :

Nachdem die auf dem Art. 59 des Gesetzes vom 25. April 1828 in Betreff der öffentlichen Verhältnisse der israelitischen Glaubensgenossen beruhende Personalsteuer zu dem israelitischen Kirchenfond durch das Gesetz vom 23. Dezember 1873 aufgehoben war, kam die Sorge für die Deckung der allgemeinen und der örtlichen Bedürfnisse der israelitischen Kirche auf Grund des Art. 57 Abs. 2 und des Art. 60 des Gesetzes vom 25. April 1828 durchaus der israelitischen Oberkirchenbehörde zu; der § 19 lit. b und c der Verordnung vom 27. Oktober 1831 zählt zu ihren Obliegenheiten die „Festsetzung der von einzelnen Religionshandlungen an die örtlichen Kirchenpflegen zu entrichtenden Abgaben und anderer diesen Pflegen aus dem Vermögen der Kirchengenossen zu eröffnenden Einnahmen“, ferner „die Prüfung und Entscheidung über die Anträge der Kirchengemeinden wegen Festsetzung ihres Umlagefußes“, beides unter Einholung der Genehmigung des Ministeriums; die Berechtigung der israe-

litischen Oberkirchenbehörde, für die Umlagen der Kirchengemeinden die maßgebenden Normen aufzustellen, unterliegt hienach keinem Anstande . . . Unbestrittenermaßen hat die Beklagte als ehliches Kind des Kaufmanns L. K. in Stuttgart dessen Wohnsitz in Stuttgart bis zu seinem Tode geteilt und diesen Wohnsitz auch nach dem Tode des Vaters bis gegen das Ende des Jahres 1893 beibehalten; vom Jahre 1894 bis jetzt hat sie sich teils in Mannheim im Hause ihres Oheims, teils in einer Pension in Wiesbaden aufgehalten. Unzweifelhaft begründet die Minderjährigkeit der Beklagten keine Befreiung von der in Frage stehenden Erachsteuer, denn in dem Erlasse der israelitischen Oberkirchenbehörde vom 18. Februar 1876 ist in Ziff. I 3 ausdrücklich bestimmt, daß das Vermögen minderjähriger Waisen im vollen Umfang der Erachsteuer unterliegt, wenn sein Jahresertrag in Verbindung mit irgend welchem anderen Einkommen die Summe von 500 Mk. übersteigt. Dagegen ist bestritten und einer Entscheidung bedürftig die Frage, ob in rechtlicher Hinsicht nach den maßgebenden Bestimmungen der Oberkirchenbehörde eine Voraussetzung der Erachsteuer der Wohnsitz im privatrechtlichen Sinne oder nur ein nicht bloß vorübergehender Aufenthalt im Kirchengemeindebezirk bildet.

Solange noch die Angehörigkeit zu einer israelitischen Kirchengemeinde von der Gemeindeangehörigkeit, der Heimatsberechtigung, abhängig war, hat die Oberkirchenbehörde in einem Erlasse vom 31. Oktober 1836 unter Ziff. VI verfügt: „In Betreff der Beziehung solcher Israeliten, welche in einer Kirchengemeinde ihren dauernden Aufenthalt (Domicilium im juridischen Sinne) haben, ohne daselbst oder in einem Filiale derselben bürgerlich ansässig zu sein, und derjenigen ausländischen Israeliten, welche dauernd ihren Wohnsitz im Lande genommen haben, sowie in Betreff der Beziehung der an anderen Orten wohnhaften Israeliten zu den Lasten der Kirchengemeinde, der sie angehören, wird hienüt folgendes festgesetzt: In der Gemeinde, zu welcher der Be-

treffende gehört, ist derselbe mit der *Vermögenssteuer* (Erach), in derjenigen aber, in welcher er wohnt, zu der *Familiensteuer* (Mosche bajis) beizuziehen. Sonst gilt im allgemeinen der Grundsatz, daß jeder da zur Kirchengemeinde beitragspflichtig ist, zu der er gehört, also auch an allen Lasten derselben beizutragen hat, soweit sie nicht das Wohnen am Orte selbst bedingen, z. B. das Schulgeld für die Kinder, der Beitrag zu der in mehreren Gemeinden eingeführten Fleischsteuer u. dergl.“ (vgl. F. J. Mayer, Sammlung der württ. Gesetze in Betreff der Israeliten S. 124). Wie sich aus einem Bericht der staatsrechtlichen Kommission der Kammer der Abgeordneten vom 23. Mai 1900 über eine Petition um Revision der die Rechtsverhältnisse der Israeliten betreffenden Gesetzgebung, der aus den Akten des K. Ministeriums des Kirchen- und Schulwesens geschöpft hat (vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1899/1900 Beil. Bd. III S. 753/7), ergibt, hat sodann im Jahre 1872 über einen von dem Ministerium des Kirchen- und Schulwesens im Einverständnis mit der israelitischen Oberkirchenbehörde festgestellten Entwurf eines Verfassungsstatuts bei sämtlichen Kirchenvorsteherämtern eine Umfrage stattgefunden; dabei sprach sich die Mehrheit der Befragten für die Ablehnung des Entwurfs aus, „zwei Punkte aber begegneten allgemeiner Zustimmung, der Vorschlag, die äußerst ungeliebte *Personalsteuer* aufzuheben, und der weitere Vorschlag, die Angehörigkeit zu einer bestimmten Kirchengemeinde durch den *Wohnsitz* und nicht länger durch die *Heimatsberechtigung* zu bestimmen und den ersteren demgemäß für das kirchliche Wahlrecht und die Steuerpflicht für maßgebend zu erklären.“ Angesichts dieser Sachlage verzichtete das Ministerium auf den Entwurf als Ganzes, durch das Gesetz vom 23. Dezember 1873 wurde die Personalsteuer aufgehoben und außerdem erging der im Amtsblatt des Ministeriums des Innern Jahrgang 1873 S. 82 veröffentlichte Erlaß der K. Israelitischen Oberkirchenbehörde, betreffend die Kirchengemeindeangehörigkeit und die kirchliche Steuer-

pflicht der Israeliten, vom 12. Februar 1873. Hienach hat das K. Ministerium des Kirchen- und Schulwesens mit höchster Genehmigung Seiner Königl. Majestät auf Grund des § 22 Ziff. 1 der K. Verordnung vom 27. Oktober 1831 die von der israelitischen Oberkirchenbehörde in Betreff der Gemeindeangehörigkeit und der damit zusammenhängenden Steuerpflicht der Israeliten gestellten Anträge dahin genehmigt:

1. Die Kirchengemeinde-Angehörigkeit der israelitischen Glaubensgenossen wird (statt wie bisher auf der Grundlage des durch das Gesetz vom 13. August 1864 aufgehobenen Art. 21 des Israelitengesetzes vom 25. April 1828 durch das bürgerliche Heimatrecht) künftig durch den Wohnsitz bestimmt. Demzufolge wird

2. das Wahl- und Wählbarkeitsrecht zu dem israelitischen Kirchenvorsteheramt in Gemäßheit des § 1 der K. Verordnung vom 25. März 1851 künftig in der Kirchengemeinde des Wohnsitzes ausgeübt.

3. Die kirchliche Steuerpflicht der Israeliten wird durch die Kirchengemeinde-Angehörigkeit bestimmt, wonach dieselben ihre kirchlichen Steuern künftig ausschließlich an die Kirchengemeinde des Wohnsitzes zu entrichten haben und die entgegenstehenden Steuernormen, insbesondere die bezüglichlichen Vorschriften der Normalerlasse der Oberkirchenbehörde vom 31. Oktober 1836, 3. März 1851 und 23. Oktober 1854 die entsprechende Abänderung erleiden. Am 26. März 1873 sodann erging ein weiterer, gleichfalls im Amtsblatt des Ministeriums des Innern a. a. O. S. 83 veröffentlichter Erlaß der Oberkirchenbehörde mit folgenden Bestimmungen:

„Zur weiteren Erläuterung und Ergänzung des allgemeinen Erlasses vom 12. Februar d. J. in Betreff der Gemeindeangehörigkeit und der Steuerpflicht der Israeliten werden, mit Genehmigung des K. Ministeriums für das Kirchen- und Schulwesen, nachstehende Normen zur allgemeinen Nachachtung und gleichmäßigen Anwendung bekannt gemacht:

1. Die Gemeindeangehörigkeit wird durch den Wohnsitz derart bestimmt, daß jeder der israelitischen Religionsgenossenschaft angehörige Inländer von selbst Mitglied der am Orte seines Wohnsitzes bestehenden Kirchengemeinde ist. An eben diese Kirchengemeinde sind die sämtlichen Kultsteuern in ihrem vollen Umfange zu entrichten.

2. Israeliten, welche nicht dem württembergischen Staat angehören, aber ihren Wohnsitz im Inland begründet haben oder bei Beginn der betreffenden Steuerperiode seit mindestens Einem Jahr sich daselbst aufhalten, werden in Absicht auf ihre Steuerpflicht gleich Inländern behandelt.

3. Ein württembergischer Israelite, welcher seinen Wohnsitz (nicht bloß vorübergehenden Aufenthalt) im Ausland genommen hat, hat von dem seinem Wegzug folgenden 1. Juli ab keine Kultsteuer in Württemberg zu entrichten."

Sieht man zunächst von den Vorschriften des Erlasses vom 26. März 1873 ab, so ist in dem der vorgängigen Genehmigung des Königs unterstellten Erlasse vom 12. Februar 1873 klar und bestimmt der Wohnsitz innerhalb des Kirchengemeindebezirks als die Voraussetzung der Kirchengemeinde-Angehörigkeit und der kirchlichen Steuerpflicht bezeichnet. In Ermanglung einer näheren Bestimmung des Begriffes des Wohnsitzes ist darunter der Wohnsitz nach dem gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauch, der Wohnsitz im Sinne des bürgerlichen Rechts zu verstehen. Und wenn die Kirchenvorsteherämter bei der Neußerung über das kirchliche Verfassungsstatut im Jahre 1872 an Stelle der Heimatberechtigung den Wohnsitz schlechthin als wünschenswerte Voraussetzung der Zugehörigkeit zur Kirchengemeinde und der damit zusammenhängenden Steuerpflicht bezeichnet haben, so konnten sie darunter nicht wohl etwas anderes verstehen als den Wohnsitz im hergebrachten Sinne des gemeinen Rechts, im Sinne des Mittelpunkts der Lebensverhältnisse einer Person. Auch innere Gründe sprechen dafür, daß ein derartiger

Mittelpunkt zugleich für die Kirchengenossenschaft maßgebend ist, wie denn auch in der evangelischen Kirche gemäß Art. 5 des Gesetzes vom 14. Juni 1887 die Kirchengemeindengenossenschaft in erster Linie von dem „Wohnsitz im rechtlichen Sinne des Wortes“ abhängt. Demgemäß ist davon auszugehen, daß der Erlaß vom 12. Februar 1873 mit der Ermächtigung des Königs in Abänderung des seitherigen Rechtszustands den Wohnsitz im Sinne des bürgerlichen Rechts zur Voraussetzung der Kirchengemeinde-Angehörigkeit und der kirchlichen Steuerpflicht gemacht hat.

An den wesentlichen Vorschriften des Erlasses vom 12. Februar 1873 konnte und wollte der Erlaß vom 26. März 1873 nichts ändern, denn derselbe ist der Genehmigung des Königs nicht unterstellt worden und bezweckt nach seinen Eingangsworten nur eine weitere Erläuterung und Ergänzung des früheren Erlasses. Zunächst wiederholt er für die württembergischen Israeliten die Vorschrift, daß die Gemeindeangehörigkeit und die Kultsteuerpflicht ohne weiteres durch den Wohnsitz bestimmt wird. Sodann schreibt er vor, daß für nichtwürttembergische Israeliten der Wohnsitz oder ein mindestens einjähriger Aufenthalt die Kirchensteuerpflicht in gleichem Umfang begründe. Hierauf folgt die Bestimmung, daß ein württembergischer Israelite durch die Verlegung seines Wohnsitzes ins Ausland von dem seinem Wegzug folgenden 1. Juli an keine Kultsteuer in Württemberg zu entrichten habe. Wenn hiebei ein Zusatz gemacht worden ist, der wohl besser weggeblieben wäre, und dery Worte „Wohnsitz“ in Klammern die Worte „nicht bloß vorübergehenden Aufenthalt“ beigefügt worden sind, so ist die von der R. Kreisregierung vertretene Auslegung, als ob durch diesen in Klammern stehenden Zusatz der Begriff des Wohnsitzes im Sinne des grundlegenden vorangegangenen Erlasses und im Sinne der vorangegangenen Bestimmungen des nämlichen Erlasses nachträglich habe authentisch interpretirt und in einem vom gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauche abweichenden Sinne festgestellt werden wollen, schon durch das

Verhältnis, in dem nach dem Ausgeführten der Erlaß vom 26. März 1873 zu dem Erlaß vom 12. Februar 1873 steht, ausgeschlossen. Auch nach der Fassung der beiden Erlasse wäre es ein ganz außergewöhnliches Verfahren, wenn zuerst ein feststehender rechtlicher Begriff in irreführender Weise verwendet und dann nachträglich durch einen in Klammern stehenden Zusatz auf seine richtige Bedeutung zurückgeführt würde. Nach dem Zusammenhang ist vielmehr anzunehmen, daß mit dem in Klammern stehenden Zusatz lediglich zur Verdeutlichung des gemeinrechtlichen Begriffs des Wohnsitzes ein regelmäßig mit demselben verbundenes und vorzugsweise in die äußere Erscheinung tretendes Merkmal bezeichnet werden wollte, wobei darauf hingewiesen werden mag, daß die Israelitische Oberkirchenbehörde schon in dem oben erwähnten Erlasse vom 31. Oktober 1836 die beiden Ausdrücke „dauernder Aufenthalt“ und „Domicilium im juridischen Sinne“ als gleichbedeutend gebraucht hat.

(Des weiteren kommt die Entscheidung zu dem Ergebnisse, daß die Beklagte den Wohnsitz im Sinne des bürgerlichen Rechts in Stuttgart beibehalten habe.)

Urteil vom 27. März 1901 in der Berufungssache der israelitischen Kirchengemeinde in Stuttgart gegen Rosenstern.

10.

Erhebung einer Widerklage in der Berufungsinstanz nach § 529 Abs. 2 (n. F.) der C.P.O.

Uebergang der Unterstützungsansprüche erkrankter Arbeiter auf die neu errichtete Betriebskrankenkasse (§ 62 Abs. 1 R.V.G.).

Das Arbeitsverhältnis, in welchem „ohne Kündigung“ gearbeitet wird, löst sich nicht durch Erkrankung des Arbeiters und nicht durch bloße Abmeldung des Arbeitgebers. Bedeutung der Lohnauszahlung einschließlich

des auf den Bahntag entfallenden Betrags für die Lösung des Arbeitsverhältnisses.

Für die Stadt Ulm und 11 Landgemeinden des Oberamts Ulm ist durch Statut vom 4. November/27. Dezember 1892 für die nach dem Krankenversicherungsgesetz . . . versicherungspflichtigen Personen, mit Ausnahme derjenigen, für welche Betriebs- (Fabrik-) oder Bau-Krankenkassen, Innungs-Krankenkassen oder Knappschaftskassen bestehen, die Gemeinsame Ortskrankenkasse Ulm errichtet worden. Bei derselben waren die Arbeiter der Firma G. B., Baugeschäft in Ulm, versichert; mit dem 1. Januar 1900 hat aber die Firma G. B. eine Betriebskrankenkasse errichtet. Es entstand Meinungsverschiedenheit darüber, welcher der beiden Kassen die Ausbezahlung der Krankengelder an die B.'schen Arbeiter obliege, welche schon vor dem 1. Januar erkrankt waren. Die B.'sche Betriebskrankenkasse bestritt jede Verpflichtung mit der Behauptung: seit Jahren seien die B.'schen Arbeiter ohne Kündigung eingestellt und stets finde zugleich mit der polizeilichen Abmeldung die Abmeldung bei der Kasse statt, das Arbeitsverhältnis sei mit dem Tage der Erkrankung gelöst. Bei den angestellten Ermittlungen hat sich jedoch ergeben, daß die Firma B. ihre Arbeiter bisher teils auf den Tag der Erkrankung ab- und nach eingetretener Erwerbsfähigkeit wieder angemeldet hatte, theils nach der Erkrankung ohne Abmeldung in der Liste fortgeführt hatte. Die erkrankten B.'schen Arbeiter erklärten, daß sie ihre Unterstützungsansprüche gegen die Gemeinsame Ortskrankenkasse richten, und diese hat den 7 Arbeitern, denen gegenüber sie die Unterstützungspflicht nicht anerkannt hat, auf Veranlassung des Gemeinderats die Unterstützung vorläufig gewährt. Es handelt sich in der anhängig gewordenen Verwaltungsstreitsache nur um die beiden Arbeiter G. S. und A. R. S. war als Tagelöhner am 7. August 1899 bei der Gemeinsamen Ortskrankenkasse angemeldet und am 31. Dezember 1899 bei ihr abgemeldet worden; er war krank vom 12. De-

zember 1899 bis 11. Februar 1900 und wurde im Krankenhause in Ulm verpflegt; R. wurde als Tagelöhner am 10. April 1899 angemeldet und am 1. Januar 1900 abgemeldet; er war krank vom 11. Dezember 1899 bis 28. Januar 1900; er wurde an seinem Wohnort T. ärztlich behandelt und bezog Krankengeld.

Von der B.'schen Betriebskrankenkasse wurde gegen die Gemeinsame Ortskrankenkasse bei der K. Kreisregierung in Ulm Klage auf die Feststellung erhoben, daß der Beklagten ein Anspruch auf Erstattung der von ihr vom 1. Januar 1900 an auf den H. und den R. gemachten Aufwendungen nicht zustehe.

Zur Begründung der Klage wurde vorgetragen: H. und R. seien in dem B.'schen Baugeschäft als Arbeiter in der Weise eingestellt gewesen, daß es dem Arbeitgeber jederzeit freigestanden habe, ihnen die Gewährung von Arbeitsgelegenheit zu versagen, und andererseits die Arbeiter jede Stunde berechtigt gewesen seien, die Verrichtung der Arbeit zu unterlassen; dementsprechend sei die Entlohnung der Arbeiter jeweils nach der Arbeitszeit bemessen; auf allen Arbeitsplätzen des B.'schen Baugeschäfts sei das Plakat angeschlagen: „Hier wird ohne Kündigung gearbeitet“. Unter diesen Umständen bedürfe es weder auf Seiten des Arbeitgebers einer ausdrücklichen Erklärung der Entlassung aus dem Arbeitsverhältnisse, noch auf Seiten der Arbeiter einer ausdrücklichen Erklärung des Austritts; die Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei sofort gegeben, sobald die Verrichtung der Arbeit aus irgend welchem Grunde thatsächlich aufhöre, und als Unterbrechung der Arbeit könne lediglich das Ruhen der Arbeitsthätigkeit während der üblichen Arbeitspausen (Nacht-ruhe, Feiertage u. s. w.) betrachtet werden. Hiernach sei der Frage, wann die Mitteilung des Arbeitgebers von dem Aufhören des Arbeitsverhältnisses bei der Polizeibehörde eingelaufen sei (in der Stadt Ulm besorgt nach § 10 Abs. 1 des Statuts die Ortspolizeibehörde die Geschäfte der Meldestelle der beklagten Kasse), eine Bedeutung nur insoweit beizulegen,

als damit unzweideutig zum Ausdruck gebracht werde, daß derzeit ein Arbeitsverhältnis nicht mehr bestehe, wogegen mit der Abmeldung selbst nicht erklärt werde, seit wann ein solches nicht mehr bestehe. Uebrigens sei sowohl mit der am 31. Dezember 1899 erfolgten Abmeldung des H., als auch mit der am 1. Januar 1900 bei der Polizeibehörde eingelaufenen Abmeldung des K. gleichermaßen von dem Arbeitgeber zum Ausdruck gebracht worden, daß das Arbeitsverhältnis noch im Jahre 1899 aufgelöst worden sei, denn am Neujahrstfest sei nicht gearbeitet worden. Es werde in Abrede gestellt, daß die Abmeldung des H. und K. auf den 31. Dezember und 1. Januar lediglich in der Absicht, die Unterstützungslast auf die neu gegründete klägerische Kasse nicht übergehen zu lassen, vorgenommen worden sei; wenn dem aber auch so wäre, so würde doch hieraus nicht eine Verpflichtung der klägerischen Betriebskrankenkasse abzuleiten sein. H. und K. seien jedoch schon vor ihrer Erkrankung aus dem Arbeitsverhältnisse bei B. ausgeschieden; K. sei auch in der Folgezeit von B. nicht wieder in Arbeit genommen worden, H. erst drei Tage nach seiner Genesung. Für das Bestehen des von der Beklagten angesprochenen Rechts sei diese beweispflichtig. Gegenbeweis werde mit dem Zeugnis des H. und des K. und den Lohnlisten des B.'schen Baugeschäfts angetreten.

Nach vorgenommenem Beweiseinzug hat in ihrem Urteil vom 20. Dezember 1900 die Kreisregierung zu Ungunsten der Klägerin erkannt, aber nicht in der Fassung der Abweisung der erhobenen Klage, sondern in der Fassung: der Beklagten stehe gegenüber der Klägerin ein Anspruch auf Erstattung derjenigen statutarisch begründeten Krankenunterstützung zu, welche für H. und K. während ihrer Erkrankung in der Zeit vom 1. Januar 1900 ab bis 11. Februar 1900 (für H.), bzw. bis 28. Januar 1900 (für K.) von der Beklagten geleistet worden sei.

Gegen diese Entscheidung hat die Klägerin die Berufung erhoben mit dem Antrage: es wolle unter Abänderung des

Urteils dem Klageantrag entsprochen werden. In der von dem Vorsitzenden des Vorstandes der beklagten Ortskrankenkasse abgegebenen Vernehmlassung wurde beantragt: 1. es wolle das erstinstanzliche Urteil bestätigt werden; 2. es wolle erkannt werden, die Berufungsklägerin habe der Berufungsbeklagten die von dieser geforderten Krankenunterstützungsaufwendungen für H. und N. zu ersetzen, welche bis jetzt 126 Mk. 85 Pfg. betragen, während die Höhe des Gesamtaufwands noch nicht endgültig festzustellen sei (nachträglich wurde die Ersatzforderung um 54 Mk. Arztkosten erhöht). Die Berufungsbeantwortung wurde den Prozeßbevollmächtigten der Berufungsklägerin mit der Aufforderung zugestellt, die durch das Gesuch Ziff. 2 veranlaßte Gegenerklärung binnen der Frist von zwei Wochen einzureichen; eine Gegenerklärung ist jedoch nicht eingekommen. In der mündlichen Verhandlung, in der nur der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten Berufungsbeklagten erschien, hat derselbe seine früheren Anträge wiederholt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach erneuter Beweisaufnahme die von der Beklagten in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage als unstatthaft verworfen und auf die Berufung der Klägerin das erstinstanzliche Urteil dahin abgeändert: Es wird festgestellt, daß die Klägerin nicht verpflichtet ist, der Beklagten die von dieser dem Tagelöhner A. N. in der Zeit vom 1. bis zum 28. Januar 1900 gewährte Krankenunterstützung zu erstatten; dagegen mit dem Klageantrag auf die Feststellung, daß sie auch nicht verpflichtet sei, der Beklagten die von dieser dem Tagelöhner G. H. in der Zeit vom 1. Januar bis zum 11. Februar 1900 gewährte Krankenunterstützung zu erstatten, wird die Klägerin abgewiesen.

G r ü n d e :

I. Nach § 529 Abs. 2 (neuer Fassung) der C.P.O. dürfen in der Berufungsinstanz neue Ansprüche — abgesehen von den Fällen des § 268 Nr. 2 und 3 — nur mit Einwilligung des Gegners erhoben werden und diese Bestimmung

gilt auch für die Erhebung einer Widerklage. Die Beklagte Berufungsbeklagte hat in der That, obwohl sie die Anstellung einer Widerklage für nicht erforderlich hält, eine Widerklage erhoben, indem sie in der Berufsbeantwortung den Antrag gestellt hat, es solle erkannt werden, daß die Berufungsklägerin ihr die für die Arbeiter H. und R. aufgewendeten Krankenunterstützungen im Betrage von 126 Mk. 85 Pfg., die endgültige Feststellung des Gesamtbetrags durch Hinzurechnung des Betrags der Arztkosten vorbehalten, zu ersetzen habe; in erster Instanz hatte die Beklagte nur erklärt, daß sie auf dem der Klägerin mitgetheilten Erstattungsanspruch beharre, aber einen Antrag auf Verurteilung der Gegenpartei zur Zahlung nicht gestellt, wie auch hier ein Betrag, auf dessen Bezahlung hätte erkannt werden sollen, dem Gericht nicht genannt worden ist. Zur nachträglichen Erhebung der Widerklage hat jedoch die Klägerin Berufungsklägerin ihre Einwilligung nicht erklärt; in ihrem Stillschweigen auf das Dekret vom . . . kann ihre Einwilligung nicht gefunden werden¹⁾. Gemäß Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 ist daher die erhobene Widerklage als *u n s t a t t h a f t* zu verwerfen.

II. Auf die Berufung der Klägerin gegen die über die Vorlage ergangene Entscheidung ist diese hinsichtlich der Verpflichtung zur Unterstützung des R. *a b z u ä n d e r n*. Der Verwaltungsgerichtshof tritt der unterrichterlichen Entscheidung darin bei, daß nach § 62 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes und § 2 Abs. 1 des Statuts der klägerischen Kasse die Pflicht zur Gewährung der Krankenunterstützung an R. und H. vom 1. Januar 1900 ab auf die klägerische Betriebskrankenkasse dann übergegangen ist, wenn deren Beschäftigungsverhältnis zu dem B.'schen Baugeschäft an jenem Tage noch bestand. Aus dem Satze des § 54 a des Krankenversicherungsgesetzes „die Mitgliedschaft dauert während des Bezugs von Krankenunterstützung fort“ ergibt sich nur, daß die zur Unterstützung berechtigende Kassenmit-

1) Gaupp-Stein, G.P.O. 4. Auflage Bd. II S. 39.

gliedschaft fortbesteht, ohne daß darum in einem Falle der vorliegenden Art der Uebertritt von der einen zu der anderen Klasse ausgeschlossen ist ¹⁾.

Der Verwaltungsgerichtshof erachtet jedoch als erwiesen, daß das Arbeitsverhältnis des R. schon am 9. Dezember 1899 sein Ende genommen hat.

Nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien und der vernommenen Zeugen war das Arbeitsverhältnis in dem B.'schen Baugeschäft durch den Inhalt des auf den Bauplänen angeschlagenen Plakats geregelt; eine „Arbeitsordnung“ hat nach der ausdrücklichen Angabe des Buchhalters B. im Dezember 1899 noch nicht bestanden. Wie die Klägerin richtig behauptet, ist mit den Worten des Plakats „hier wird ohne Kündigung gearbeitet“ nicht bloß der gegenseitige Verzicht auf Einhaltung einer Kündigungsfrist ausgesprochen, sondern auch zum Ausdruck gebracht, daß der Arbeiter nicht gehalten sein solle, am folgenden Arbeitstag sich zur Arbeit wieder zur Verfügung zu stellen, und der Arbeitgeber nicht gebunden sein solle, dem zur Arbeit sich einfindenden Arbeiter Arbeitsgelegenheit zu gewähren; unter diesem Gesichtspunkt kam an jedem Tage, an dem von dem Arbeiter gearbeitet wurde, ein privatrechtlicher Dienstvertrag neu zu Stande. Es bestand aber doch ein Arbeitsverhältnis von unbestimmter Dauer, in dem die Lohnvergütung für die Arbeit nach Tagen bemessen war und nach Stunden berechnet, der verdiente Lohn übrigens nicht alltäglich ausbezahlt wurde, und dieses Arbeitsverhältnis war für die Krankenversicherung der Arbeiter das wesentliche. Die Klägerin räumt selbst ein, daß dieses Arbeitsverhältnis über die Sonn- und Feiertage, an denen nicht gearbeitet wurde, fort dauerte; andernfalls käme man zu dem unannehmbaren Ergebnis, die Beschäftigung sei zum Voraus durch den Arbeitsvertrag auf einen Zeitraum von

1) Entscheidungen des preussischen Oberverwaltungsgerichts in der Arbeiterversorgung Jahrg. 1896 S. 467, Jahrg. 1898 S. 490, Jahrg. 1900 S. 154 und 663, Entscheidung des k. sächsischen Ministeriums des Inneren bei Reger, Entscheidungen XX S. 46.

weniger als einer Woche beschränkt gewesen und eine versicherungspflichtige Beschäftigung nach § 1 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes (§ 2 lit. a des Statuts der beklagten Kasse) gar nicht vorhanden gewesen. Wie bereits in den unterrichterlichen Entscheidungsgründen dargelegt ist, ist es aber auch mit der Absicht des Gesetzes nicht vereinbar, ohne weiteres und in jedem Falle darin, daß an einem Arbeitstage der Arbeiter zur Arbeit nicht erscheint, die Lösung des Arbeitsverhältnisses zu erblicken. Andererseits ist auch damit, daß der sich einfindende Arbeiter an diesem Tage bei dem Arbeitgeber keine Arbeit findet, nicht ohne weiteres die Lösung des Arbeitsverhältnisses gegeben. Ist das Nichterscheinen des Arbeiters lediglich durch Krankheit desselben veranlaßt, so bedarf es zur Lösung des Arbeitsverhältnisses einer Kundgebung der hierauf gerichteten Absicht gegenüber dem anderen Teil.

Die Erklärung der Absicht der Lösung des Arbeitsverhältnisses muß keine ausdrückliche sein, sie kann auch durch eine schlüssige Handlung geschehen.

Eine solche schlüssige Handlung des R. ist nun bereits darin zu finden, daß dieser am 9. Dezember 1899 den Lohn einschließlich des auf diesen Zahltag entfallenden Betrags sich auszahlen ließ. Nach der eidlichen Aussage des Vorführens G. wird in dem B.'schen Baugeschäft der Lohn alle 14 Tage am Samstag Abend ausbezahlt, jedoch der am Samstag verdiente Lohn einbehalten. Wenn aber ein Arbeiter ausdrücklich den Lohn auch für den Zahltag verlangt, so wird er ihm ausbezahlt, doch wird dies immer als Lösung des Arbeitsverhältnisses betrachtet. Ebenso wird einem Arbeiter, der entlassen werden soll, durch den Palier der Lohn auch für den Zahltag ausbezahlt und es bedarf alsdann keiner weiteren Erklärung der Entlassung. Wenn ein Arbeiter um einen Vorchuß bittet, wird ihm dieser aus einer besonderen Kasse durch den Palier gewährt. In der dem Verwaltungsgerichtshof aus anderen Prozessen bekannten Arbeitsordnung für die Baugeschäfte der Maurer-, Steinhauer-

und Zimmermeister in Stuttgart, nach der gleichfalls eine Kündigung gegenseitig nicht stattfindet, ist festgesetzt, daß die Lohnauszahlung alle 14 Tage am Freitag Abend stattfindet, die Lohnlisten am vorhergehenden Mittwoch Abend abgeschlossen werden, an den zwischen zwei ordentlichen Zahltagen in der Mitte liegenden Freitagen auf Wunsch Abschlagszahlungen in ungefährer Höhe des Verdienstes gegeben werden und bei Lösung des Arbeitsverhältnisses der Arbeiter Anspruch auf Ausbezahlung seines Lohnes am Schuß oder Zahltag, jedoch erst nach Abgabe des Werkzeuges hat. Die Zurückbehaltung des auf den Zahltag und den vorhergehenden Tag entfallenden Lohnbetrages wird zugleich als Sicherung des Arbeitgebers angesehen und so hat auch H. bei seiner Vernehmung vor der Kreisregierung die Einbehaltung des einen Taglohns in dem B.'schen Baugeschäft aufgefaßt; nach der Angabe des H. ist sie nur eine Erleichterung des Abrechnungsgeschäfts. Bei seiner in der Berufungsinstanz erfolgten Vernehmung hat nun N. bezeugt: er habe an dem Zahltag des 9. Dezember den Lohn vom 2. bis 9. Dezember einschließlich des auf diesen Tag fallenden Betrags ausbezahlt erhalten auf sein eigenes ausdrückliches Verlangen, das er deshalb gestellt habe, weil er sich krank gefühlt habe und nicht gewußt habe, ob er am folgenden Montag arbeiten könne; Arbeitsgeschirr habe er nicht abzugeben gehabt. In dem Ermittlungsverfahren des Gemeinderats hatte er angegeben, er habe angenommen, daß er mit der Maßgabe eingestellt gewesen sei, daß mit seiner Erkrankung das Arbeitsverhältnis als gelöst betrachtet werde. Diesem Zeugnis tritt die Angabe des H. hinzu, er habe seiner Zeit von dem Buchhalter B. erfahren, daß dem N. der Lohn am 9. Dezember einschließlich des an diesem Tag verdienten Betrags ausbezahlt worden sei. Der Verwaltungsgerichtshof nimmt hienach als erwiesen an, daß N. am 9. Dezember 1899 dem B.'schen Vertreter zu erkennen gegeben hat, daß er das Arbeitsverhältnis als gelöst betrachte. N. ist also am 1. Januar 1900 nicht Mitglied der klägerischen Kasse geworden.

Dagegen hat in der Berufungsinstanz H. bezeugt, daß er am 9. Dezember 1899 seinen Lohn ohne den auf diesen Tag entfallenden Betrag ausbezahlt erhalten habe: eigentlich sei der 9. Dezember nicht der übliche Zahltag gewesen, da nur alle 14 Tage der Lohn ausbezahlt werde, so daß er den Lohn erst am 16. Dezember hätte erheben können; da er aber in einer Notlage gewesen sei, habe er schon am 9. Dezember um den Lohn gebeten, der ihm dann bis einschließ- lich 8. Dezember ausbezahlt worden sei . . . Als er am 9. Dezember seinen Lohn gefordert habe, habe er nicht die Ab- sicht gehabt, aus dem Geschäft auszutreten, sondern er habe am folgenden Montag wieder arbeiten wollen; er habe nicht daran gedacht, daß sich seine Hand verschlimmern würde. Arbeitsgeschirr, das er hätte zurückgeben müssen, sei ihm nicht übergeben gewesen . . . In dem Ermittlungsverfahren des Gemeinderats hatte H. angegeben, er habe nichts davon gewußt, daß durch eine Erkrankung das Arbeitsverhältnis gelöst werde. Nach dem zuvor Bemerkten vermag der Ver- waltungsgerichtshof in Uebereinstimmung mit der unterrichter- lichen Entscheidung der Behauptung der Klägerin, daß die Lösung des Arbeitsverhältnisses des H. schon darin, daß derselbe infolge Erkrankung vom Montag den 11. Dezember an zur Arbeit nicht mehr erschienen ist, zu finden sei, nicht beizupflichten. Es hätte sich allerdings für H. geziemt, von seiner Erkrankung dem B.'schen Baugeschäft eine Mitteilung mit dem Beifügen, daß er thunlich bald zur Arbeit sich wieder einstellen wolle, zu machen; allein die Absicht der Lösung des Arbeitsverhältnisses ist in dem unentschuldigten Nichterscheinen des erkrankten H. mangels einer dahin gehenden vorherigen Abrede oder Festsetzung einer Arbeits- ordnung nicht zum Ausdruck gekommen; B. hat denn auch den H. erst am 31. Dezember abgemeldet.

Mit dieser Abmeldung hat auch seinerseits B. das Ar- beitsverhältnis des H. nicht gelöst. Die Abmeldung bei der Ortspolizeibehörde in Ulm bezweckte, die das polizeiliche Meldewesen betreffende Vorschrift der damals geltenden R.

Berordnung vom 6. August 1872 § 3, der Ministerialverfügung vom 27. Dezember 1872 § 6 und der Ministerialverfügung vom 10. Dezember 1890 (vgl. jetzt R. Berordnung vom 25. Mai 1901 § 4 und Ministerialverfügung vom 30. Mai 1901 §§ 4 und 5) und zugleich die Kontrolevorschrift des § 10 des Statuts der beklagten Kasse durch Angabe des Zeitpunkts des Austritts des Arbeiters aus der Beschäftigung zu erfüllen. Die Abmeldung war aber dem H. gegenüber keine Kundgebung der Lösung des Arbeitsverhältnisses; die Abmeldung war nicht dazu bestimmt, dem H. zur Kenntnis gebracht zu werden, und sie ist ihm auch nicht zur Kenntnis gebracht worden. Hat auf Erkundigung bei der Krankenkasse oder durch eine aus freien Stücken ergangene Mitteilung derselben der Arbeitgeber von der Erkrankung des Arbeiters Nachricht erhalten, so kann er, wenn er ihn aus dem Arbeitsverhältnis entlassen will, ihm die Entlassung zu wissen thun¹⁾.

Auf den in der letztgenannten Entscheidung mitberührten Fall, daß die Verfügungsgewalt des Arbeitgebers dadurch, daß der Arbeiter anderwärts in Arbeit tritt, von dem Arbeiter vereitelt wird, ist hier nicht einzugehen.

Nach dem Vorstehenden ist die unterrichterliche Entscheidung zu Gunsten der Klägerin dahin abzuändern, daß sie zur Erstattung der dem R. von der Beklagten gewährten Krankenunterstützung für nicht verpflichtet zu erklären ist, dagegen bezüglich der von der Beklagten dem H. gewährten Krankenunterstützung das unterrichterliche Urteil zu bestätigen ist. Hierbei ist jedoch die Fassung zu gebrauchen, daß die Klägerin mit dem Klagantrag abgewiesen wird.

Urteil vom 10. Juli 1901 in der Berufungssache zwischen der Betriebskrankenkasse der Firma G. Vogel, Bau-

1) Vergl. die Entscheidungen in der Arbeiterversorgung Jahrg. 1895 S. 221, Jahrg. 1896 S. 647, Jahrg. 1899 S. 23, S. 485, Jahrg. 1900 S. 211 (a), S. 419, S. 646, S. 663 und bei Heger XX, S. 34.

geschäft in Ulm und der Gemeinsamen Ortskrankenkasse Ulm in Ulm.

11.

Anwendbarkeit des § 528 Abs. 1 (n. F.) der C.P.O. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Unzulässigkeit einer statutarischen Festsetzung, welche für die Familienangehörigen der Kassenmitglieder Krankenunterstützung einführt, insofern die ärztliche Behandlung ausnahmslos nur durch Kassenärzte erfolgen soll.

Der in Untermarchthal D.N. Ehingen wohnhafte Zimmermann F. S. war vom 16. März 1900 an mehrere Monate bei der Firma L. und Cie. in Stuttgart in Arbeit und demgemäß Mitglied der Ortskrankenkasse der Metall-, Papier- und Holzindustrie u. s. w. in Stuttgart. Während dieser Zeit erkrankte seine in Untermarchthal wohnende Ehefrau in einer Weise, daß sofortige ärztliche Hilfe notwendig wurde. Sie zog den praktischen Arzt Dr. C. aus dem 3,3 Kilometer entfernten Dorfe Obermarchthal bei, der für ärztliche Bemühungen an 4 Tagen 15 Mk. 50 Pfg. berechnete.

Die Ortskrankenkasse der Metall-, Papier- und Holzindustrie u. s. w. in Stuttgart ist 1894 aus einer Verschmelzung der Ortskrankenkasse der graphischen Gewerbe mit einer Reihe anderer Ortskrankenkassen entstanden. Ihrem am 7. Mai 1894 von der K. Stadtdirektion Stuttgart genehmigten Statut vom 27. April 1894 lag das Kassenstatut der Ortskrankenkasse der graphischen Gewerbe vom 1. Januar 1893 zu Grund. In dem letztgenannten Statut war in § 21 bestimmt: „Für die in ihrem Haushalt lebende Ehefrau und die nicht über 14 Jahre alten Kinder — wird den Mitgliedern — gewährt: für den Fall der Erkrankung, sofern die Behandlung im Stadtdirektionsbezirk Stuttgart stattfindet, freie ärztliche Behandlung und Arznei“ (auf höchstens 13 Wochen); in dem Statut vom 27. April 1894 fehlen die Worte: „sofern—stattfindet“. § 24

des Statuts vom 27. April 1894 lautet in Abs. 1: „Die ärztliche Behandlung der erkrankten *Kassenmitglieder* erfolgt, soweit diese nicht in ein Krankenhaus aufgenommen sind, durch die Kassenärzte. Andere Aerzte als diese dürfen auf Kosten der Kasse nur von solchen auswärtig wohnenden Mitgliedern zur Behandlung herangezogen werden, welche in Stuttgart eine Schlafstelle nicht haben, und auch von diesen nur dann, wenn die Art der Krankheit das Auffuchen der Kassenärzte verhindert. — Im übrigen werden Kosten, welche durch Auswahl eines Nichtkassenarztes erwachsen, von der Kasse nur ersetzt, wenn Gefahr im Verzuge wäre.“ Abs. 2: „Die ärztliche Behandlung der *Angehörigen* der Mitglieder erfolgt nur durch die Kassenärzte. Ausnahmen sind gestattet, wenn ein Kassenarzt nicht am Wohnsitz eines Mitglieds ist.“ Dieser letzte Satz des Abs. 2 war in § 24 des Statuts der Ortskrankenkasse der graphischen Gewerbe nicht enthalten, wohl aber der erste Satz.

In der Generalversammlung der Kasse vom 22. April 1895 wurde folgende Einschaltung in § 21 des Statuts beschlossen: „Findet eine Verpflegung der kranken Angehörigen in einer Heilanstalt statt, dann werden als Entschädigung für Arzt und Apotheke, aber nur für die Dauer von 13 Wochen, täglich 50 Pfg. vergütet,“ wofür später die Fassung gewählt wurde: „Erfolgt auf Antrag eines Kassenarztes im Einverständnis mit der Kassenverwaltung die Verpflegung u. s. w.“ Die Gewährung freier Arznei für die Angehörigen wurde im Oktober 1895 aus dem § 21 des Statuts gestrichen, diese Streichung beseitigte aber ein Generalversammlungsbeschluss vom 8. April 1897 wieder.

In dem Protokoll über die Generalversammlung vom 11. April 1900 heißt es: „V. Statutenänderungen. Vom Vorstand sind folgende Änderungen beantragt: b. im *Kassenstatut* in § 24 Abs. 2 den letzten Satz „Ausnahmen sind gestattet—ist“ zu streichen. Nach den Ausführungen des Vorsitzenden soll — durch Streichung des letzten Satzes in § 24 Abs. 2 des Statuts — einer allzugroßen Inanspruch-

nahme der Kasse durch Nichtkassenärzte vorgebeugt werden.“ Ob und in welcher Weise eine Beschlußfassung über diesen Antrag erfolgt ist, läßt das Protokoll nicht ersehen; es ist aber unter den Parteien unbestritten, daß die Generalversammlung die Streichung des fraglichen Satzes beschloffen hat. Diese Aenderung des Statuts hat mit Wirkung vom 29. Mai 1900 ab die Genehmigung der K. Stadtdirektion erhalten.

Gestützt auf den nunmehrigen Wortlaut des § 24 Abs. 2 hat der Vorstand der klagenden Kasse die Bezahlung der Rechnung des Dr. C. abgelehnt, da dieser kein Kassenarzt sei. Kassenärzte seien im Kassenbezirk selbst und im Umkreis von 30—40 Kilometern, soweit dies möglich gewesen sei, angestellt. Könne ein Mitglied bezw. das Familienangehörige einen solchen nicht erreichen, so gehe es der Vergünstigung freier ärztlicher Behandlung verlustig.

Der gemäß § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883/10. April 1892 als Aufsichtsbehörde angerufene Gemeinderat Stuttgart, bei dem H. vorbrachte, in der ganzen Gegend von Untermarchthal sei im Umkreis von 7—8 Kilometern kein Kassenarzt aufgestellt, hat am 29. November 1900 entschieden: es sei die Kasse verpflichtet, die Forderung des H. mit 15 Mk. 50 Pfg. zu bezahlen, indem ausgeführt wurde: in Ermanglung irgend einer einschränkenden Bestimmung in § 21 Abs. 1 des Statuts habe die Kasse die ganz allgemeine Verpflichtung, den Angehörigen ihrer Mitglieder überall da Kassenärzte zur Verfügung zu stellen, wo sich der betreffende Familienhaushalt befinde; unterlasse sie das, so können sich die Mitglieder und deren Angehörige die ihnen statutarisch gewährleistete freie ärztliche Behandlung auch durch andere Ärzte mit Recht verschaffen.

Diese Entscheidung ist der Ortskrankenkasse am 8. Dezember zugestellt worden. Am 5. Januar 1901 kam eine Klage derselben bei der K. Regierung für den Donaukreis in Ulm ein mit dem Antrag: für Recht zu erkennen,

daß Beklagter anzuerkennen habe, daß ihm ein Anspruch auf die durch die Entscheidung des Gemeinderats Stuttgart vom 29. November 1900 zugesprochene Krankenunterstützung nicht zustehe. Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts wurde darauf gestützt, daß der Wohnsitz des Beklagten (Untermarchthal) innerhalb des Donaufreises gelegen sei. Der Beklagte ist zur Verhandlung von Untermarchthal nach Ulm gekommen. Zur Begründung der Klage wurde ausgeführt: da die Klägerin zu den in ihrem Statut bezeichneten Leistungen an die Angehörigen der Rassenmitglieder gesetzlich nicht verbunden sei, müsse ihr freistehen, zu bestimmen, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen sie diese Leistungen gewähren wolle; demgemäß sei sie berechtigt, die ärztliche Behandlung solcher Angehörigen in der Weise einzuschränken, wie dies durch die jetzige Fassung des § 24 Abs. 2 des Statuts geschehen sei, die darauf beruhe, daß der Versuch, an weiteren Orten Rassenärzte zu bekommen, an deren Verlangen, die Einzelleistung nach den Sätzen der neuen Medizinaltaxe bezahlt zu erhalten, gescheitert sei.

Beklagter hat Aufrechterhaltung der gemeinderätlichen Entscheidung beantragt.

Am 9. März 1901 hat die K. Regierung für den Donaufreis ein Urteil dahin verkündet: „Unter Abweisung der Klage wird die Klägerin für verpflichtet erklärt, die Arztkosten im Betrag von 15 Mk. 50 Pfg. zu bezahlen, welche durch die ärztliche Behandlung der Ehefrau des Beklagten im Juni 1900 entstanden sind.“

Die gegen dieses Urteil von der Klägerin eingelegte Berufung wurde als unbegründet zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I. Ob die K. Regierung für den Donaufreis zur Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits zuständig war, ist angesichts der Bestimmungen des Art. 25 Abs. 1 und 3 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 vergl. mit Art. 15 Abs. 2 und 4 des Gesetzes vom 16. Dezember 1888/12. Mai 1893

mindestens zweifelhaft; ein Eingehen auf diese Frage hatte jedoch gemäß § 528 Abs. 1 der Civil-Prozeß-Ordnung vgl. mit Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 zu unterbleiben. Hiemit erledigt sich auch die Frage, ob der Bescheid des Gemeinderats Stuttgart innerhalb der 4wöchigen Frist des § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes mittels Klageerhebung wirksam — weil bei dem zuständigen Gericht — angefochten worden ist.

II. Nicht zweifelhaft ist, daß die jetzige Fassung des 2. Absatzes des § 24 des Statuts der Klägerin für Fälle wie den vorliegenden eine ärztliche Behandlung der Angehörigen der Kassenmitglieder auf Kosten der Kasse ausschließen will. Soweit am Wohnort der Angehörigen des Kassenmitglieds oder in dessen nächster Umgebung sich kein Kassenarzt befindet, wird den Angehörigen ärztliche Behandlung auf Kosten der Kasse nicht gewährt, einerlei, ob der Fall ein dringender ist, der sofortige ärztliche Hilfe heischt, oder ein solcher, bei dem ohne Gefahr im Verzug ein halber Tag oder länger zugewartet werden kann. Dieser Sinn des Abs. 2 des § 24 ergibt sich unzweideutig aus der Streichung des früheren zweiten Satzes dieses Absatzes. Ein Widerspruch zwischen § 24 Abs. 2 und § 21 Ziff. 1 des Statuts ist damit nicht geschaffen, vielmehr enthält eben § 24 Abs. 2 die genauere Regelung und Ausführung des in § 21 Ziff. 1 im allgemeinen ausgesprochenen Grundsatzes.

III. Dieser Inhalt des Statuts ist aber angesichts der Bestimmungen des Krankenversicherungsgesetzes unzulässig.

Unethisch ist, daß die Stadtdirektion Stuttgart der Statutenänderung vom 11. April 1900 die Genehmigung erteilt hat. Denn diese Genehmigung heilt selbstverständlich nicht Verstöße gegen die bestehenden Vorschriften und kann nicht bewirken, daß aus ungesetzlichen Bestimmungen des Statuts Rechtsansprüche oder Rechtsnachteile erwachsen.

1. Nach dem Gesetz sollen die Ortskrankenkassen ihren Mitgliedern mindestens gewähren „freie ärztliche Behandlung“ auf 13 Wochen: § 20 Ziff. 1 vergl. mit § 6

Ziff. 1 des Gesetzes; nach § 26 a Ziff. 2 b kann durch das Statut bestimmt werden: „daß die ärztliche Behandlung nur durch bestimmte Ärzte zu gewähren ist und die Zahlung der durch Inanspruchnahme anderer Ärzte entstandenen Kosten, von dringenden Fällen abgesehen, abgelehnt werden kann.“ Von dieser Bestimmung hat Klägerin in dem angeführten § 24 Abs. 1 ihres Statuts, in dessen § 13 sie die Krankenunterstützung den Mitgliedern für die Dauer von 26 Wochen gewährt, Gebrauch gemacht. Ergänzt werden diese Vorschriften durch die auf § 57 a des Krankenversicherungsgesetzes beruhenden Vorschriften des § 15 des Statuts, in dessen Abs. 1 und 2 bestimmt ist: „Mitgliedern, welche während eines vorübergehenden Aufenthalts außerhalb des Bezirks der Kasse erkranken, wird auf Rechnung derselben von der für Versicherungspflichtige desselben Erwerbszweigs am Ort der Erkrankung bestehenden Ortskrankenkasse oder Gemeindekrankenversicherung die ihnen nach gegenwärtigem Statut gebührende Unterstützung gewährt, sofern oder solange ihre Ueberführung nach ihrem Wohnort nicht erfolgen kann. — Mitglieder, welche außerhalb des Kasseebezirks wohnen, können im Fall der Erkrankung beantragen, daß ihnen die Kasse die statutarischen Unterstützungen durch die Ortskrankenkasse oder Gemeindeversicherung ihres Wohnorts gewähren läßt.“

2. Bezüglich der Familienangehörigen der Kassemitglieder ist den Ortskrankenkassen anheimgegeben, ob sie auf Antrag oder allgemein freie ärztliche Behandlung, freie Arznei und sonstige Heilmittel gewähren wollen. Klägerin gewährt — für die Dauer von 13 Wochen — „allgemein“ (und deshalb ohne einen besonderen Zusatzbeitrag, vgl. § 22 Abs. 2 R.V.G.) für die Dauer von 13 Wochen freie ärztliche Behandlung und freie Arznei an die im § 21 des Statuts bezeichneten Familienangehörigen. § 24 Abs. 8 und 9 des Statuts bestimmt: „Die Erkrankung von Angehörigen, für welche Krankenunterstützung beansprucht wird, ist, bevor der Arzt zu Rate gezogen wird, der Kasseeverwaltung an-

zuzeigen, zum Zweck der Feststellung der Berechtigung der Unterstützung und Ausstellung eines Krankenscheins. — Nur wenn Gefahr im Verzug ist, darf die Anzeige später erfolgen, sie muß aber jedenfalls nach der ersten ärztlichen Hilfeleistung erstattet werden.“ Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften können nach Abs. 12 vom Vorsitzenden des Vorstands mit Ordnungsstrafen geahndet werden.

3. Man könnte nun geneigt sein zu sagen: da die Ortskrankenkassen nach freiem Belieben keine freie ärztliche Behandlung für Familienangehörige von Mitgliedern gewähren können, muß es ihnen freistehen, solche ärztliche Behandlung mit beliebiger Beschränkung zu gewähren. Es scheint hiefür auch der vom Bundesrat veröffentlichte Entwurf eines Statuts einer Ortskrankenkasse (s. v. Schicker, Krankenversicherungsgesetz 2. Aufl. S. 512 ff.) zu sprechen, sofern in Num. 7 zu § 21 gesagt ist: „die Festsetzung einer Karenzzeit oder sonstiger besonderer Voraussetzungen für die Gewährung der Krankenunterstützung ist freigestellt,“ ohne daß diese besonderen Voraussetzungen näher bezeichnet sind. In Übereinstimmung mit dem Vorbescheid der Aufsichtsbehörde und der Entscheidung der Kreisregierung kommt jedoch der Verwaltungsgerichtshof zu dem Ergebnis, daß es der Kasse, wenn sie von der gesetzlichen Ermächtigung des § 21 Biff. 5 des Gesetzes Gebrauch macht und den Mitgliedern durch ihr Statut einen bestimmten Anspruch auf Unterstützung ihrer Angehörigen einräumt, nicht freisteht, die wirkliche Gewährung der Unterstützung so, wie es durch die jetzige Fassung des § 24 Abs. 2 des Statuts geschehen ist, zu beschränken. Daß trotz einer solchen Beschränkung der Krankenfürsorge, die der Angehörige soll verlangen dürfen, auf den Armenverband, der dem hilfsbedürftigen Familienangehörigen Unterstützung gewährt hat, ein Ersatzanspruch gegen die betreffende Krankenkasse nach § 57 Abs. 2 des Krankenversicherungsgesetzes übergeht, hat das preußische Oberverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 30. Januar 1901 (Arbeiterversorgung Jahrg. XVIII S. 292 ff.) ausgesprochen.

Wenn eine Ortskrankenkasse so, wie Klägerin bestimmt, die Familienangehörigen (Frauen und nicht über 14 Jahre alten Kinder) der Mitglieder sollen freie ärztliche Behandlung erhalten, so wird dies eine höhere Festsetzung der von den Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu entrichtenden Beiträge für sämtliche Mitglieder zur Folge haben. Hierbei entsteht allerdings eine gewisse Ungleichheit zwischen den Leistungen und den Ansprüchen der Mitglieder, sofern solche Mitglieder, die keine Angehörigen im Sinne des Statuts haben, das Gleiche bezahlen müssen, wie solche Mitglieder, die derartige Angehörige haben, während die einen nur für ihre Person, die andern auch für ihre Angehörigen Anspruch auf freie ärztliche Behandlung haben. Allein man muß doch davon ausgehen, daß es im Sinn des Gesetzes liegt, allen Rassenmitgliedern möglichst gleiche Ansprüche zu gewähren, und daß daher allen Mitgliedern für die Familienangehörigen der im Statut bezeichneten Art ein gleiches Recht auf freie ärztliche Behandlung gewährt werden muß.

Diesem Grundsatz widerspricht es, wenn das vorliegende Statut der Klägerin dem Sinn — wenn auch nicht den Worten — nach bestimmt, Familienangehörige erhalten freie ärztliche Behandlung nur, sofern sie sich an Orten befinden, an denen ein Rassenarzt der Klägerin aufgestellt ist, oder in der Nähe solcher Orte. Erfahrungsgemäß sind die Fälle sehr häufig, in denen ein Ehemann Beschäftigung an einem vom Wohnort seiner Familie mehr oder weniger weit entfernten Ort findet, und Erfüllungsort der Krankenfürsorge ist nach dem Gesetz neben dem Beschäftigungsort des versicherten Rassenmitglieds dessen Wohnort (vgl. Hahn in der Arbeiterversorgung Jahrg. X S. 257 ff.). Wie die Rassenmitglieder nach dem Gesetz nicht genötigt sind, um selbst der Wohlthaten der Krankenversicherung teilhaftig zu werden, ihre Wohnung in den Rassenbezirk des Beschäftigungsorts zu verlegen, soll ihnen nach dem Sinn des Gesetzes die Wohnsitzverlegung auch zu dem Zweck nicht zugemutet werden, um ihren Angehörigen die statutarische freie ärztliche Be-

handlung bei der Kasse, welche diese eingeführt hat, zu verschaffen. Die Vorschriften des § 57 a des Krankenversicherungsgesetzes sind auch auf Familienangehörige anwendbar, für welche das Kassenmitglied die freie ärztliche Behandlung nach § 21 Abs. 1 Ziff. 5 mitversichert hat (s. v. Schicker a. a. O. zu § 57 a Note 4). Klägerin ist daher nicht gehindert, auch für die Familienangehörigen der Mitglieder die statutarische Vorschrift des § 15 Abs. 2 zu erlassen, daß die außerhalb des Kassenbezirks wohnenden im Fall der Erkrankung beantragen können, daß ihnen die Kasse die statutarischen Unterstützungen durch die Ortskrankenkasse oder Gemeindefrankenversicherung des Wohnorts gewähren lasse. Wenn aber auch mit diesem Vorbehalt für die außerhalb des Kassenbezirks wohnenden die statutarische Vorschrift des § 24 Abs. 1 Geltung erlangen kann, daß andere Ärzte als Kassenärzte nur dann, wenn die Art der Krankheit das Aufsuchen der Kassenärzte verhindert, auf Kosten der Kasse herangezogen werden dürfen, so kann doch jedenfalls die Kasse die Bezahlung der Kosten nicht ablehnen, die durch Zuziehung eines nicht von ihr als Kassenarzt bestellten Arztes in einem Falle, in dem Gefahr im Verzug war, entstanden sind. Daß im vorliegenden Fall die Erkrankung der Ehefrau des Beklagten ihrer Natur nach sofortige ärztliche Hilfe notwendig gemacht hatte, ist von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 9. März 1901 ausdrücklich anerkannt worden.

Urteil vom 19./26. Juni 1901 in der Berufungssache der Ortskrankenkasse der Metall-, Papier- und Holzindustrie u. s. w. in Stuttgart gegen Häbe.

12.

**Zu § 50 des Krankenversicherungsgesetzes.
(Fahrlässige Unterlassung der Anmeldung einer
Kellnerin.)**

Für die Stadt Ulm und 11 Landgemeinden des Oberamtsbezirks bestehen neben einander eine gemeinsame Orts-

frankenkasse und eine Krankenpflegeversicherung, von denen die erstere u. a. für die innerhalb des Klassenbezirks gegen Gehalt oder Lohn im Handwerk oder in sonstigen stehenden Gewerbebetrieben beschäftigten Personen, die andere in der Hauptsache für die im Kassendistrikt im Dienst befindlichen Dienstboten bestimmt ist. Nach einer Praxis, die in Ulm kurz nach Einführung des Krankenversicherungsgesetzes und bis zum Ende des Jahres 1899 geübt wurde, wurden Kellnerinnen, die in Wirtschaften beschäftigt sind, unterschiedslos als Dienstboten behandelt und der Krankenpflegeversicherung zugewiesen. In dem Statut der letzteren Versicherung sind Bestimmungen über die Verpflichtung der Arbeitgeber oder Dienstherrn zur An- und Abmeldung derjenigen Personen getroffen, für welche die Krankenpflegeversicherung eintritt. Die Entgegennahme dieser Meldungen liegt den Ortsbehörden für die Arbeiterversicherung ob. Es bedarf aber einer besonderen Anmeldung bei der Krankenpflegeversicherung dann nicht, wenn der Eintritt der versicherungspflichtigen Personen (Dienstboten, ohne Lohn beschäftigten Lehrlinge) in die Beschäftigung oder in das Dienstverhältnis von der Dienstherrschaft oder von dem Gewerbeinhaber innerhalb 8 Tagen nach dem Diensteintritt der Ortspolizeibehörde der bestehenden Vorschrift gemäß angezeigt worden ist (vgl. Polizeistrafgesetz vom 27. Dezember 1871/4. Juli 1898 Art. 15 Ziff. 2, die zur betreffenden Zeit noch in Kraft stehende k. Verordnung vom 6. August 1872, betreffend den Aufenthalt in den Gemeinden des Landes, Reg.Bl. S. 275, § 3 nebst der Ministerialverfügung vom 27. Dezember 1872, Reg.Bl. S. 460, § 6 und der Ministerialverfügung vom 10. Dezember 1890, Reg.Bl. S. 309). Denn die Ortspolizeibehörden haben von diesen Anzeigen den Ortsbehörden für die Arbeiterversicherung Kenntnis zu geben (Verfügung des Ministeriums des Innern vom 27. Mai 1893, betreffend den Vollzug des Krankenpflegeversicherungsgesetzes und die Ausführung des Krankenversicherungsgesetzes, Reg.Bl. S. 101, § 22 und Statut §§ 22,

35). Der Beklagte hat in Betreff der Witwe Sch. in Ulm, welche bei ihm vom 1. September 1898 bis zum Tage ihrer Erkrankung (20. August 1899) als Aushilfskellnerin beschäftigt war, die polizeiliche Anzeigepflicht nicht erfüllt und eine besondere Anmeldung bei der Krankenpflegeversicherung unterlassen. Er hat die Sch. aber auch nicht bei der gemeinsamen Ortskrankenkasse angemeldet, und zwar hätte diese Anmeldung nach dem Statut erfolgen sollen — nicht wie sonst bei der örtlichen Verwaltungsstelle, deren Geschäfte in Ulm der Hauptkassier wahrnimmt, sondern bei der die Geschäfte der Meldestelle besorgenden Ortspolizeibehörde (Statut § 10 Abs. 1, § 53 a, § 53 b Ziff. 1, Verfügung des Ministeriums des Innern vom 2. November 1892, betreffend den Vollzug des Krankenversicherungsgesetzes, Reg.-Bl. S. 502, § 54).

Das Urteil der Kreisregierung in Ulm hat auf die Klage der gemeinsamen Ortskrankenkasse Ulm den Beklagten für schuldig erklärt, die von der Klägerin auf die erkrankte Sch. gemachten Aufwendungen, welche in der Höhe von 1 Mk. 20 Pf. durch deren Verbringung in den Ulmer Spital, in der Höhe von 252 Mk. durch deren Verpflegung während 20 Wochen daselbst und in der Höhe von 28 Mk. durch Bezahlung des Sterbegelds entstanden sind, der Klägerin zu ersetzen, sowie die Krankenversicherungsbeiträge für die in der Zeit vom 1. September 1898 bis 20. August 1899 bei ihm beschäftigte Sch. in der Höhe von 10 Mk. 71 Pf. nachträglich an die Klägerin zu entrichten.

Die von dem Beklagten erhobene Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Daß die Sch. in einem die Versicherungspflicht begründenden Arbeitsverhältnis zu dem Beklagten stand, kann nicht bezweifelt werden, da sie mit seinem Wissen und Willen in seinem Wirtschaftsgewerbe als Aushilfskellnerin thätig war. Ob er sie zu dieser Beschäftigung zugelassen hat, um ihr, wie er behauptet, eine Unterstützung zu gewähren, ist gleich-

gültig; das Arbeitsverhältnis und die Versicherungspflicht wird auch dadurch nicht berührt, daß der Lohn der Sch. ausschließlich in den üblicherweise von den Gästen gereichten Trinkgeldern bestand, und daß die Sch., die eine eigene Haushaltung, wenngleich in beschränktem Umfange, hatte, nicht ihre volle Arbeitszeit dem Beklagten widmete, sondern nur täglich je Vormittags und Abends mehrere Stunden für ihn thätig war. Auch daß das Arbeitsverhältnis ein von beiden Teilen jeder Zeit einseitig lösbares war, steht der Versicherungspflicht nicht im Wege, im vorliegenden Falle aber um so weniger, als die Sch. im Falle ihrer Verhinderung entweder ihre Schwester oder eine andere Vertreterin zu stellen pflegte und die Beschäftigung bei dem Beklagten nahezu ein Jahr gedauert und erst infolge der Erkrankung der Sch. ihr Ende gefunden hat. Endlich kann ein Zweifel auch darüber nicht bestehen, daß die Sch., die überhaupt nur in dem Wirtschaftsbetriebe und nicht einmal vorübergehend in dem Hauswesen des Beklagten verwendet war, als gewerbliche Arbeiterin anzusehen und kraft Gesetzes und Statuts vom Tage ihres Eintritts als Hilfsstellnerin ab Mitglied der gemeinsamen Ortskrankenkasse (der Klägerin) war, wie dies auch der Beklagte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingeräumt hat.

Der Beklagte ist ein Geschäftsmann, in dessen Gewerbebetrieb immer eine gewisse Anzahl von Personen beschäftigt ist, welche versicherungspflichtig und daher von ihm anzumelden sind. Es erscheint daher die Annahme begründet, daß er die Existenz der beiden öffentlichen Krankenkassen, der Ortskrankenkasse und der Krankenpflegeversicherung (Dienstbotenkrankenkasse) und ihre Verschiedenheit im allgemeinen kannte oder wenigstens kennen mußte (bloß infolge von Jahrlässigkeit nicht kannte). Ebenso mußte der Beklagte wissen, daß die Sch. zufolge ihrer Beschäftigung bei ihm einer der beiden Krankenversicherungen unterlag und von ihm anzumelden war. Zwar hat er ursprünglich die Versicherungspflicht der Sch. überhaupt bestritten und dabei behauptet,

er sei auf eingezogene Erkundigung bei der Ortskrankenkasse belehrt worden, daß Hilfskellnerinnen, die weder Lohn noch Naturalien beziehen, nicht versicherungspflichtig seien. Allein abgesehen davon, daß die Klägerin bestreitet, daß die behauptete Erkundigung vor der Aufnahme der Sch. in das Krankenhaus geschehen sei, ist angesichts der Thatsache, daß die Sch. ihren Lohn in den Trinkgeldern erhielt, die behauptete Belehrung schon an sich nicht wahrscheinlich und sie ist durch das eidliche Zeugnis des Verwalters D. widerlegt.

Wie bemerkt, hat der Beklagte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zugestanden, daß die Sch. der Versicherungspflicht bei der gemeinsamen Ortskrankenkasse (der Klägerin) unterlag und an sich bei der für diese Versicherung zuständigen Meldestelle anzumelden gewesen wäre. Er sucht aber die Unterlassung der Anmeldung unter Hinweis auf die in Ulm hinsichtlich der Kellnerinnen herrschende Uebung folgendermaßen zu rechtfertigen: eine allgemeine Anmelde- bzw. Versicherungspflicht gebe es nicht, sondern nur eine Anmelde- bzw. Versicherungspflicht bei einer bestimmten Versicherungsart; eine Anmeldung der Sch. bei der reichsgesetzlichen Krankenversicherung wäre nach der damaligen Praxis gar nicht angenommen worden; die Unterlassung sei daher als auf die Auktorität der zuständigen Behörden sich stützend keinesfalls schuldhaft; die Anmeldung zur Krankenpflegeversicherung sei aber nicht schuldhaft unterlassen worden, da die Sch. nicht als Dienstbote versicherungspflichtig war und die dem Gesetz zuwider bestehende Uebung den Beklagten nicht zu etwas verpflichten könne, wozu ihn das Gesetz selbst nicht verpflichtete.

Diese Ausführung ist jedoch nicht stichhaltig. Der durch § 50 des Krankenversicherungsgesetzes (§ 10 Abs. 7 des Statuts) der Kasse gewährte Anspruch auf Erstattung der von ihr gemachten Aufwendungen ist kein Schadensersatzanspruch, sondern die Folge der Verpflichtung zur Erstattung der gemachten Aufwendungen heftet sich lediglich an die Nichterfüllung der Anmeldepflicht. Die herrschende Uebung befreite den Arbeitgeber nicht von jeder Meldepflicht; sie

kann nur die Wirkung haben, daß der Arbeitgeber, welcher ihr folgt, durch die Anmeldung bei der nicht zuständigen Kasse keinen Nachteil erleiden soll. Allerdings bestand für den Beklagten nur die eine gesetzliche Meldepflicht gegenüber der Klägerin, und eine Meldeverpflichtung gegenüber der Krankenpflegeversicherung bestand nicht. Natürlich wäre es dem Beklagten aber auch nicht verwehrt gewesen, der bestehenden Uebung zu folgen und die Sch. bei der Krankenpflegeversicherung anzumelden. Hätte er dies gethan, oder auch nur die polizeilich vorgeschriebene Anzeige über ihren Eintritt erstattet, so wäre nicht nur ein Erstattungsanspruch aus Art. 11 Abs. 3 des Gesetzes vom 16. Dezember 1888/12. Mai 1893 thatsächlich nicht in Frage gekommen, sondern der Beklagte wäre vor jedem Anspruch der Klägerin aus § 50 des Krankenversicherungsgesetzes gesichert gewesen. Denn die herrschende Uebung, die nur durch das Zusammenwirken der beiden Kasseneinrichtungen ermöglicht war, hätte die Annahme einer schuldhaften Unterlassung der Anmeldung bei der gemeinsamen Ortskrankenkasse von selbst ausgeschlossen. Die Anmeldung der Sch. bei der Klägerin aber durfte nicht deshalb unterlassen werden, weil sie damals nicht angenommen worden wäre. Für die Rechtswirksamkeit einer Meldung, was den Ausschluß des Erstattungsanspruchs aus § 50 des Krankenversicherungsgesetzes betrifft, genügt die rechtzeitig bei der vorgeschriebenen Meldestelle vorgenommene Anmeldung des Anmeldepflichtigen, und es bedarf dazu nicht einer willfährigen Entgegennahme oder Annahme seitens der Meldestelle. Hätte die Meldestelle den Beklagten durch Belehrung dazu bewogen, sich mit der Uebersendung der Anmeldung an die Krankenpflegeversicherung einverstanden zu erklären, so würde hierin allerdings eine Zurücknahme der richtigen Anmeldung zu finden sein. Allein auch in diesem Falle konnte mangels eines von dem Arbeitgeber zu vertretenden Verschuldens von einem Anspruch aus § 50 des Krankenversicherungsgesetzes ebensowenig die Rede sein, als wenn die

Meldestelle die Anmeldung ohne weiteres an die von ihr für zuständig gehaltene Krankenpflegeversicherung abgegeben hätte.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich auch das Unzutreffende des eventuellen Vorbringens des Beklagten, daß nur in der Unterlassung der Anmeldung bei der damals allein in Betracht kommenden Krankenpflegeversicherung ein Verschulden gefunden werden könne. Wenn sodann im Anschluß hieran der Beklagte nur für diejenigen geringeren Folgen haften will, welche das Gesetz an die schuldhafte Unterlassung der Anmeldung bei der Krankenpflegeversicherung knüpfe, so kommt es in dieser Beziehung nur darauf an, welche Klasse nach Gesetz und Statut den Unterstützungsaufwand auf die Sch. zu bestreiten hatte, und das ist zweifellos nach dem eigenen Zugeständnis des Beklagten die Klägerin. Eben die Klägerin hat aber auch diesen Aufwand thatsächlich bestritten, und zwar nachdem die bisherige Uebung aus Anlaß des vorliegenden Falles abgestellt und noch ehe irgend eine Leistung auf den Aufwand von seiten der Krankenpflegeversicherung erfolgt war. Es ist daher ein Grund dafür nicht einzusehen, nachträglich den Aufwand fiktionsweise so zu berechnen, wie wenn ihn die Krankenpflegeversicherung zu tragen gehabt hätte.

Urteil vom 3./10. Juli 1901 in der Berufungssache Graaug gegen gemeinsame Ortskrankenkasse Um.

III.

Abhandlungen.

Die Luft- und Licht-Gerechtigkeit und das Fensterrecht im alten und neuen Recht. — (Art. 222 des Ausf.Ges. zum B.G.B.)

Von H. A. Schefold in Ulm.

Der Art. 222 des Ausf.Ges. zum B.G.B. verfügt in Uebereinstimmung mit den Bauordnungen vom 2. Januar 1655 und vom 6. Oktober 1872 ein Dreifaches:

a. Umfassungswände, Altane, Erker, Galerien sind, wenn sie weniger als 0,60 von der Nachbargrenze abstehen, zu vergittern;

b. Die ad a bezeichnete Vergitterungspflicht fällt weg, wenn dem Eigentümer der belasteten Fläche ein Recht auf Luft und Licht zusteht;

c. das Recht auf Luft und Licht erteilt die Befugnis, einen auf dem dienenden Grundstück beabsichtigten Bau zu untersagen, wenn dieser nicht 1 m von der Eigentumsgrenze entfernt bleibt.

Die Bestimmung ad a begründet eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung, die ad b schließt diese Eigentumsbeschränkung für den Fall wieder aus, daß dem Eigentümer des an sich, nach dem Gesetz, beschränkten Grundstücks die Grunddienstbarkeit der Luft- und Lichtgerechtigkeit zusteht; und zu c ist eine (gesetzliche) Definition der Luft- und Lichtgerechtigkeit gegeben. —

Wenn Art. 222 Abs. 3 vorschreibt, daß die zum Abs. 1 und 2 normierte Eigentumsbeschränkung wieder wegfallen soll, wenn dem an sich von der Eigentumsbeschränkung betroffenen Grundeigentümer ein Recht auf Luft und Licht zusteht, so gewinnt diese Vorschrift (des Abs. 3) eine ganz verschiedene Bedeutung, je nachdem man das Eigentum als die Summe aller privatrechtlichen Machtbefugnisse, die für die Herrschaft über die Sache denkbar sind, oder als die Summe der dem Eigentümer je nach den bestehenden Gesetzen zustehenden Rechte definiert. — Im ersten Fall bedeutet die Ausschließung der Eigentumsbeschränkung nichts anderes als die Beseitigung einer auf das Eigentum gelegten Last, also die Wiederherstellung des (an sich und seiner rechtlichen Natur nach) unbeschränkten Eigentums, im zweiten Fall wird auf Seiten des Berechtigten ein nach der Regel des Gesetzes mit dem Eigentum verbundenes Recht, in specie das Recht auf die Vergitterung ausgeschlossen, und auf der andern Seite wird für den an sich, nach der Regel des Gesetzes, zur Vergitterung Verpflichteten das besondere, exceptionelle Recht begründet, Fenster, Altane, Erker, Galerien (ausnahmsweise) ohne Vergitterung zu haben und zu halten; es wird eine Grunddienstbarkeit begründet — s. Wächter, Pand. II S. 9 unten; es entsteht die Grunddienstbarkeit des sog. Fensterrechts — s. Windscheid, Pand. II V 211 a Nr. 8 — es entsteht, um genau den Ausdruck des B.G.B. V. 1018 3. Fol. zu gebrauchen, eine Grunddienstbarkeit dadurch, daß „die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem andern Grundstück gegenüber ergibt.“ Aus dem Eigentum am Grundstück B ergibt sich gegenüber von dem Eigentümer des mit einer Umfassungswand bebauten Grundstücks A das Recht, die Vergitterung der Lichtöffnungen zu fordern; indem dieses an sich, nach der Regel des Gesetzes, für B gegenüber von A bestehende Recht ausgeschlossen wird, wird eine Grunddienstbarkeit, nämlich das sog. Fensterrecht, begründet.

Erkennt man in dem Ausschluß einer Eigentumsbeschränkung, genauer gesagt in dem Ausschluß des auf die Beachtung der Eigentumsbeschränkung gerichteten Rechts zugleich die Begründung einer Grunddienstbarkeit, so versteht man die Vorschrift des Art. 222 Abf. 3 nicht dahin, daß es sich um die Eine Luft- und Lichtgerechtigkeit mit doppeltem Inhalt handelt, sondern dahin, daß nach Württ. Recht zu der Grunddienstbarkeit der Luft- und Lichtgerechtigkeit gleichsam als eine gesetzliche Zubehör einer weitem Grunddienstbarkeit, nämlich das sog. Fensterrecht hinzukommt; und wir begreifen, daß beide Grunddienstbarkeiten je für sich allein bestehen können, und daß namentlich das bloße Haben gitterfreier Lichtöffnungen nur den Quasibesitz des Fensterrechts, nicht aber den der Luft- und Lichtgerechtigkeit begründet, also auch nur zur Erfüllung des Fensterrechts führen kann. — Die abweichende Ansicht (s. nam. Lang, Sachenrecht I § 86 Nr. 12) muß mit der Erkenntnis fallen, daß wir es mit zwei ganz für sich möglichen Grunddienstbarkeiten, der Luft- und Lichtgerechtigkeit und dem Fensterrecht zu thun haben. Jede dieser Grunddienstbarkeiten kann für sich allein begründet und erworben werden. — Es ist auch statthaft, die Luft- und Lichtgerechtigkeit mit Ausschluß des Fensterrechts zu begründen. Aber wenn eine Luft- und Lichtgerechtigkeit ohne Ausschluß des Fensterrechts begründet wird, ebenso auch wenn die Luft- und Lichtgerechtigkeit durch den dieser Grunddienstbarkeit entsprechenden Quasibesitz (Verbot des Nachbarbaues etc.) entstanden ist, so ist kraft Gesetzes (Art. 222) mit der Luft- und Lichtgerechtigkeit auch das Fensterrecht zur Entstehung gelangt. —

Das Recht auf die Fenstervergitterung (Art. 222, Abf. 1 und 2) erlischt nach seitherigem Rechte durch non usus; dieser besteht darin, daß der berechtigte Eigentümer den Zustand der Gitterfreiheit bestehen läßt; mit diesem non usus fällt aber die usucapio des andern Eigentümers zusammen; diese besteht darin, daß der Eigentümer der Umfassungsmauer Lichtöffnungen ohne Vergitterung besitzt, während er

sie nach dem Gesetz vergittern müßte. —

Im neuen Recht giebt es keinen non usus und keine Usucapion. Der § 1028, wonach eine Grunddienstbarkeit erlischt, wenn der Anspruch auf Beseitigung einer die Grunddienstbarkeit beeinträchtigenden Anlage verjährt, trifft weder unmittelbar, nach kraft analoger Anwendung zu: der § 1028 spricht von einer Anlage, die eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt; aber das Unvergittertsein einer Lichtöffnung ist keine Anlage; und im allgemeinen möchte wohl überhaupt die analoge Anwendung der im B.G.B. für die Grunddienstbarkeiten aufgestellten Rechtsnormen auf das Rechtsinstitut der Eigentumsbeschränkung schon deshalb ausgeschlossen sein, weil die Grunddienstbarkeit, nicht aber die Eigentumsbeschränkung, in untrennbarem Zusammenhang mit dem Grundbuchsrecht steht. Das Rechtsverhältnis der Eigentumsbeschränkung kann auch nicht unter die Vorschriften der § 90 G.B.O. und Art. 212 Ausf.Ges. subsummiert werden; denn diese Vorschriften sind als Ausnahmenvorschriften analoger Anwendung unzugänglich. — So fehlt wohl eine Vorschrift darüber, wie Eigentumsbeschränkungen aufgehoben werden können oder erlöschen. — Dagegen greift in höchst wirksamer Art das Institut der Anspruchsverjährung ein: Der Anspruch auf die Vergitterung (Art. 222 Abs. 1 und 2) unterliegt der Verjährung; denn der § 924 B.G.B. schließt die Anspruchsverjährung nur für die eigentümlich gestalteten Fälle der §§ 907, 909, 915, 917 Abs. 1, 918 Abs. 2, 919, 920, 923 Abs. 2 aus. — Zwar erlischt mit der Verjährung nur der Anspruch (auf die Fenstervergitterung), B.G.B. § 222; es bleibt das Recht selbst bestehen; aber indem auf Seiten des von der Vergitterungspflicht betroffenen Besitzers die accessio temporis gilt, § 221, hat die Verjährung des Anspruchs die Folge, daß das Recht auf die Verjährung sich in ein nudum jus verwandelt: jeder Eigentümer des von der Vergitterungspflicht betroffenen Grundstücks ist in der Lage, das Verlangen der Vergitterung mit der Einrede der Anspruchsverjährung zurückzuweisen. Während aber die Grund-

dienstbarkeit durch den Grundbucheintrag vor den Folgen der Auspruchsverjährung geschützt ist, B.G.B. § 902, besteht dieser Vorteil für das Recht auf Beachtung der Eigentumsbeschränkung nicht; denn das Recht auf die Beachtung einer gef. Eigentumsbeschränkung ist kein Grundbuchrecht. — Dies führt auf die Frage, ob es nicht möglich sein möchte, den Inhalt einer Eigentumsbeschränkung, also z. B. das Recht, Vergitterung benachbarter Lichtöffnung zu fordern, als Grunddienstbarkeit zu konstituieren und durch den Eintrag ins Grundbuch der Verjährung zu entziehen. Die Stadtgemeinde Ulm hat beim Grundbuchamt in Ulm einen solchen Antrag gestellt und, mit ihrem Antrag abgewiesen, die Frage zur Entscheidung der höchsten Instanz gebracht. Hier ist die Ablehnung des Eintrags aus folgenden Gründen bestätigt worden: der § 1018 B.G.B. dritter Fall sehe die Begründung einer Grunddienstbarkeit durch Ausschluß eines Rechtes vor, das dem Eigentümer nach den geltenden Gesetzen zustehende; das Recht, die Fenster gitterfrei zu haben, stehe dem Eigentümer schon nach dem Gesetze nicht zu, könne also nicht (auf dem Weg des § 1018) ausgeschlossen werden; es sei nicht möglich, die Ausübung eines Rechtes, das nicht bestehe, auszuschließen; und wenn § 1018 zweiter Fall eine Grunddienstbarkeit des Inhalts zulasse, daß auf einem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, so seien solche Handlungen gemeint, die dem Eigentümer nach den geltenden Gesetzen zustehen; das Halten gitterfreier Fenster stehe aber dem Eigentümer des belasteten Grundstücks nach dem Gesetze nicht zu.

Diese Entscheidung des Kgl. Oberlandesgerichts gründet sich zunächst auf den Wortlaut des § 1018, ganz deutlich aber wirkt auch jene Auffassung des Eigentumsbegriffs ein, die wir oben als diejenige erkannt haben, die sich in der modernen Rechtsanschauung entwickelt und schließlich auch im B.G.B., namentlich im § 1018 Ausdruck gefunden hat, die Auffassung des Eigentums als des Inbegriffs der dem Eigentümer nach den geltenden Gesetzen zustehenden privatrechtlichen Befugnisse. — Ginge man vom Eigentum als

absolutem, unbeschränktem Rechte aus, so könnte man sagen: im Eigentum liegt (begrifflich) die Befugnis, Lichtöffnungen der eigenen Wand gitterfrei zu halten; also kann der Ausschluß dieses Rechts als Grunddienstbarkeit begründet werden. Geht man aber davon aus, daß in dem Eigentumsrecht, wie es nach geltenden Gesetzen besteht, das Recht nicht enthalten ist, Lichtöffnungen von Umfassungswänden (von der Art des Art. 222) gitterfrei zu halten, so kann auch nicht durch den Ausschluß dieses (ja nicht bestehenden) Rechts eine Grunddienstbarkeit begründet werden.

Das Gesetz bestimmt, wie oben S. 259 bemerkt, nichts darüber, wie eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung, also namentlich die Eigentumsbeschränkung des Art. 222 erlischt oder aufgehoben werden kann: nicht mehr natürlich durch non usus auf der einen und usucapio auf der andern Seite; denn beide Rechtsinstitute bestehen nicht mehr. Es kann sich also nur um rechtsgeschäftliche Aufhebung handeln. Als solche kommt der Verzicht in Betracht. Allein da in dem Verzicht auf das Recht der Eigentumsbeschränkung zugleich der Wille der Begründung einer Grunddienstbarkeit enthalten wäre (§ 1018, dritter Fall), so kann der Verzicht auch nur unter Beachtung der Formen des Gesetzes (§ 893) zur Geltung kommen: es kann die Eigentumsbeschränkung des Art. 222 nur auf dem Weg aufgehoben werden, daß der entgegenstehende Rechtszustand eines Fensterrechts in den Formen des § 873 begründet wird. — (Wird nicht bloß ein Fensterrecht begründet, sondern eine Luft- und Lichtgerechtigkeit, so ist mit dieser kraft Gesetzes das Fensterrecht verbunden; und es erlischt hiemit die Eigentumsbeschränkung des Art. 222.) Ist die Eigentumsbeschränkung des Art. 222 infolge der Auspruchsverjährung zu einem nudum jus geworden, s. oben S. 259, so genügt der formlose Verzicht auf die Einrede der Verjährung, um aus dem nudum jus die vollwirksame Eigentumsbeschränkung wiederherzustellen; und dies führt auf die Frage zurück, wie das Rechtsverhältnis der Eigentumsbeschränkung gegen die Gefahr der An-

spruchsverjährung geschützt werden kann, wohl am besten so, daß der Eigentümer, der die Vergitterung zeitweilig erlassen will, sich vom Nachbar sein Recht auf die Vergitterung periodisch (etwa durch Anbedingung einer Recognitiongebühr) anerkennen läßt. —

Anmerkung:

Die vorstehende Abhandlung war fertig, als Mandry's Württ. Privatrecht zur Ausgabe kam. Hier ist § 81 Ziff. 14 S. 184 gesagt, zur Beseitigung einer nachbarrechtlichen Eigentumsbeschränkung sei, wenn es sich um eine definitive und bleibende Beseitigung handle, die Bestellung einer Dienstbarkeit erforderlich, wogegen, wenn nur der Einspruch gegen einen einmaligen Akt in Frage stehe, mit der ausdrücklich oder stillschweigend bewilligten Vornahme dieses Aktes das Einspruchsrecht für den Berechtigten und seine Rechtsnachfolger, auch Singularsuccessoren, definitiv verloren sei. Dies stimmt mit unserer Auffassung überein: Soll die Verpflichtung zur Fenstervergitterung beseitigt werden, so kann dies nur so geschehen, daß „definitiv und bleibend“ festgestellt wird, daß dem Eigentümer das Recht zustehen soll, gitterfreie Fenster zu haben, und daß umgekehrt dem Nachbar das Recht nicht mehr zustehen soll, die (gesetzliche) Vergitterung zu beanspruchen; dies ist Bestellung einer Dienstbarkeit, nämlich des sog. Fensterrechts. — Vom Einfluß der Anspruchsverjährung zu reden, lag für Mandry an dieser Stelle ein Anlaß nicht vor. — In § 6 S. 11 deutet Mandry die Frage an, ob das Institut der unvordenklichen Verjährung in Württemberg fortgeste; die Frage ist für unsern Gegenstand unerheblich, denn da in der Beseitigung der Fenstervergitterungspflicht eo ipso die Begründung einer Dienstbarkeit enthalten ist, eine solche aber nach dem Recht des V.G.B. nur auf dem Weg des § 873 entstehen kann, so kann unvordenkliche Verjährung nach neuem Recht nicht mehr zur Beseitigung der Eigentumsbeschränkung der Art. 222 führen.

Litterarische Anzeigen.

Romeid, Landgerichtsrat zu Stuttgart, Zur Technik des bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft I Die Fristbestimmung, Stuttgart 1901, bei W. Kiehlmann.

Von L.G.Präs. a. D. Dr. v. Lang in Kottweil.

Der Herr Verfasser, welcher sich schon durch die in diesen Jahrbüchern XII S. 89 ff. unter dem Gesamttitel: „Zur Technik des B.G.B.“ erschienenen Abhandlungen über den dinglichen Vertrag und über die Vollmacht rühmlich in die Jurisprudenz eingeführt hat, kündigt in diesem Hefte unter demselben Gesamttitel eine Reihe von Aufsätzen über Themata des mit dem 1. Januar 1900 ins Leben getretenen neuen bürgerlichen Rechts (Bürg. Ges.Buch mit Nebengesetzen) an und beginnt hier mit der (privaten) Fristbestimmung, welche sowohl im deutschen Handelsgesetzbuch, als auch im B.G.B. eine bedeutende Rolle spielt.

Nach gemeinem röm. Recht und auch noch nach dem deutschen Handelsgesetzbuch (in Württ. ins Leben getreten am 18. Aug. 1865) konnte nur ein bestimmtes, individuell erkennbares Objekt Gegenstand eines Kaufvertrags, der Verpflichtung einerseits zur Lieferung, andererseits zur Annahme sein. Es zeigte sich nun aber in neuester Zeit (namentlich im Eisen-, Garn- und Holzhandel) das Bedürfnis, Kaufverträge abzuschließen zu können, in welchen nur der Stoff ganz fest bestimmt war (z. B. Eisen oder Stahl von bestimmter Sorte oder Garn von bestimmter Qualität), die nähere Bestimmung aber über Form, Maß und ähnliche Verhältnisse (z. B. der Nummern der Garne) einer späteren Erklärung des Käufers, welcher beim Kaufabschluss hiezu noch nicht in der Lage war, vorbehalten wurde, der sog. Spezifikationskauf; derselbe machte der früheren Theorie und Praxis viel Kopfzerbrechen und sind die hierüber entstandenen Kontroversen in dieser Schrift abgehandelt.

Diesen Streitfragen hat nun aber § 375 des neuen deutschen Handelsgesetzbuchs ein Ende gemacht, indem er dem Verkäufer gestattet, dem säumigen Käufer eine angemessene Frist zur Abgabe der Bestimmung zu geben, widrigenfalls der Verkäufer selbst die und die (genau anzugebende) Bestimmung treffen werde.

Bei dieser handelsrechtlichen Gestattung einer privaten Fristbestimmung blieb es nun aber nicht, sondern es hat auch, worauf in dieser

Abhandlung besonders aufmerksam gemacht wurde, das B.G.B. in sehr verschiedenen anderen Fällen zwecks schnellerer Vereinigung eines schwebenden oder zweifelhaften Zustands einer Partei das Recht zur privaten Festsetzung einer Frist für die Gegenpartei eingeräumt und zwar unter Aufforderung entweder zur Abgabe einer Erklärung oder Bewirkung einer Leistung.

Durch jenen § 375 des deutschen H.G.B. sind nun aber wieder neue Streitfragen entstanden, in dieser Abhandlung ist eine Reihe derselben aufgeführt, ausführlich und mit beachtenswerten Gründen erörtert, von denen ich nur die zwei wichtigsten hervorheben will.

a. Es ist sehr bestritten, was unter einer angemessenen Frist zu verstehen sei, ob der Verkäufer bloß sagen dürfe, er gebe dem Käufer eine „angemessene“ Frist, oder ob er sie selbst genau bestimmen müsse, z. B. bis zu dem und dem Tage, oder binnen . . . Tagen oder Wochen u. s. w., und was die Folge sei, wenn er bloß das erstere that, das Gericht aber annimmt, er selbst hätte eine genau bestimmte Frist geben müssen, — ob er insbesondere hiedurch sein Recht verwirkt habe? — Oder, wenn der Käufer die ausdrücklich bemessene Frist zu kurz findet, und das Gericht ihm recht giebt, was dann die Folge sei? — In dieser Abhandlung ist nun und zwar wohl mit Recht eine Entscheidung dahin gegeben:

1. „Die Fristbestimmung soll eine bestimmte Zeit als „Leistungsfrist“ setzen, nicht nur Leistung binnen „angemessener Frist“ ver-langen.“
2. „Die gesetzte Zeit soll „angemessen“ sein.“
3. „Von der zeitlichen Präzisierung und von der Angemessenheit der „gesetzten Frist ist jedoch die Wirkung der Fristbestimmung unabh-ängig, — stets setzt die Fristbestimmung die in Wahrheit ange-messene Frist in Lauf“ — und hat dann selbstverständlich der Richter zu entscheiden, ob der Käufer, welcher innerhalb der ihm angemessen erscheinenden Frist seine Erklärung abgiebt, dies recht-zeitig gethan habe. —

b. Ferner entscheidet der Herr Verfasser die Frage, was für ein Rechtsbehelf dem Verkäufer zustehe, wenn der Käufer nur im Abnahmes-, nicht auch im Annahme-Verzug stehe, (also rechtzeitig spezifiziert und die Annahme erklärt hat, nur die faktische Abnahme, z. B. wegen Hindernissen, noch nicht stattgefunden hat) dahin, daß die Abnahme keine Leistung sei, der Verkäufer also hier nicht die Frist des H.G.B. § 375 bestimmen dürfe, sondern nach § 372 und 383 des B.G.B. und § 373 des H.G.B. zu verfahren habe.

Diese und die ferneren gründlichen Ausführungen, z. B. über teilweise Nichtbewirkung der Leistung, Unmöglichkeit derselben, Verweigerung vor der Fälligkeit ac. werden in vorkommenden Fällen dem Praktiker sehr gute Dienste leisten und dürfen sie auch von den Theoretikern nicht

unbeachtet bleiben.

Sehr zu wünschen ist, daß der Herr Verfasser auf dieser Bahn fortzuschreiten und die vorliegende Abhandlung bald Fortsetzungen finden möge.

Unter den neu erschienenen Werken sind für den württ. Praktiker von besonderer Bedeutung: „Das württ. Privatrecht. Von Staatsrat Dr. G. Mandry“ (Tübingen und Leipzig, Mohr), und „Das deutsche Grundbuchrecht und die württ. Ausführungsbestimmungen. Von A. Klumpp, L.G.M., 2. völlig neu bearbeitete Auflage (Stuttgart, Kohlhammer). Von dem erstgenannten Werk ist der erste Band (einzeln käuflich zum Preis von 7 M., geb. 8 M. 25 Pfg.) „Das württ. Privatrecht auf Grund des Ausführungsgef. v. 28. Juli 1899 und der neben dem Ausführungsgefetz für die Zukunft geltenden Rechtsquellen“ vollständig erschienen und der Name des Verfassers bürgt dafür, daß kein Praktiker das Buch wird entbehren wollen, das u. a. auch die neuen Gesetze über die Realgemeinden und das Wasserrecht behandelt und dessen Wert dadurch nicht beeinträchtigt wird, daß einzelne Ausführungen (vgl. Boscher Bd. 43 S. 150 ff.) zu Zweifeln an ihrer Richtigkeit Anlaß geben. Der zweite Band, wovon die erste Lieferung erschienen ist, soll in etwa 24 Lieferungen (zu 1 M.) „Die Quellen des württ. Privatrechts“ wiedergeben, gleichviel ob sie im Regierungsblatt oder in einer anderen Quellenammlung enthalten sind und ob sie aus Gesetzen oder Verordnungen oder Ministerialverfügungen bezw. Ministerialbekanntmachungen bestehen,“ und zwar im allgemeinen in der Reihenfolge des Stoffs des ersten Bands. Daß eine derartige vollständige und zuverlässige Sammlung des in vielen Gesetzes- und Verordnungsblättern und an anderen Orten zerstreut sich findenden Materials für den Praktiker eine große Annehmlichkeit bietet, unterliegt keinem Zweifel. Das Klumpp'sche Werk bezeichnet Mandry in seinem oben erwähnten Werk schon bezüglich seiner ersten Auflage als eine „treffliche Darstellung des deutschen Grundbuchrechts“ (vgl. auch diese Jahrbücher Bd. 10 S. 383; 11 S. 187 und 368); die zweite Auflage, ein ganz neues Werk, zeichnet sich vor der ersten dadurch aus, daß die inzwischen erschienene umfangreiche Litteratur und die beim Erscheinen der ersten Auflage noch nicht vorliegenden württ. Ausführungsbestimmungen sorgfältige Berücksichtigung gefunden haben; sie wird daher bei jeder Beschäftigung mit dem württ. Grundbuchwesen unentbehrlich sein. Erschienen sind bisher die zwei ersten Lieferungen (zu je 4 M.), in 137 Paragraphen die allgemeinen Lehren des formellen und materiellen Grundbuchrechts behandelnd. Eine kurze Uebersicht des „Grundbuchwesens in Württemberg“ enthält eine Schrift dieses Titels von Mandry, ein Sonder-Abdruck der entsprechenden §§ seines oben erwähnten württ. Privatrechts, zu rascher Orientierung geeignet

(Preis 1 M.) Einen kurzen, zunächst für die preußische Praxis berechneten, aber auch in andern Rechtsgebieten brauchbaren Kommentar der Grundbuchordnung giebt L.G.Präf. a. D. Philler in seiner „Handausgabe der deutschen Grundbuchordnung nebst einer systematischen Darstellung des materiellen Liegenschaftsrechts“ (Berlin, Liebmann, geb. 5 M.), der neben der älteren (preußisch-rechtlichen) Litteratur und Rechtsprechung in Grundbuchsachen auch die auf die deutsche G.B.O. bezügliche bisherige Rechtsprechung berücksichtigt.

Im gleichen Verlag erschienen ist ein „Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit“ von Adolf Weißler, R.N. und Notar in Halle (Preis: 7 M. 50 Pf.). Dieses Werk des als Schriftsteller im Gebiet des Notariatswesens wohl bekannten und angesehenen Verfassers berücksichtigt zwar ebenfalls in erster Linie die preußischen Verhältnisse und will „das neue Recht aus dem alten (preußischen) heraus ergründen“, ist aber trotzdem und zum Teil eben zufolge des hervorgehobenen Grundsatzes auch für die außerpreussische Praxis beachtenswert.

Ein zweiter Band der „Liliput-Ausgabe“ des Liebmann'schen Verlags (Preis: 1 M.) enthält das H.G.B., die G.B.O. u. R.O. in gleicher Ausstattung wie die bekannte, weit verbreitete Liliputausgabe des B.G.B. (vgl. diese Jahrbücher Bd. 10 S. 133).

Eine erwünschte „Handausgabe (mit Anmerkungen) der württ. Ausführungsgesetze vom Jahr 1879 in der neuen Fassung nebst sonstigen Vorschriften zu den Reichsjustizgesetzen“ hat D.N.R. Adam in Sulz erscheinen lassen (Kohlhammer, Preis 1 M. 50 Pf.); die Anmerkungen sind teils den betreffenden Gesetzgebungsarbeiten, teils den Hegler'schen Erläuterungen der betreffenden Gesetze entnommen.

Ein interessantes und heikles Thema behandelt L.N. Dr. Delius in der Schrift: „Die Haftpflicht der Beamten“ (Heine, kart. 2 M.); sie beschäftigt sich mit dem bisherigen und dem nunmehr im Reich und den einzelnen Bundesstaaten geltenden Recht unter Berücksichtigung der Haftpflicht des Staats (Gemeindeverbands u. s. w.); ihr Gegenstand ist die Haftung des Beamten aus rechtswidrigem Verhalten bei Vornahme von Privatrechtsgeschäften wie bei Ausübung der öffentlichen Gewalt; dabei sind die einzelnen Beamten-Kategorien (Beamte der freiw. Gerichtsbarkeit, Spruch- und Schiedsrichter, Gerichtsvollzieher, Notare u. s. w.) je unter Anführung der ergangenen einschlägigen gerichtlichen Entscheidungen besonders aufgeführt; eine große Anzahl Streitfragen — auch in Betreff der betreffenden Bestimmungen des B.G.B. — ist unter Berücksichtigung der einschlägigen Litteratur sorgfältig erörtert, so daß die Schrift sich als für die Praxis wertvoll erweist. Pf.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

29.

Vertragsabschluss, Bedeutung und Folgen einer nachträglichen Erklärung des Käufers darüber, welche Eigenschaften der Ware er beim Vertragsabschluss vorausgesetzt habe (§§ 147 Abf. 2; 148, 119 Abf. 2 B.G.B.).

Die Beklagte hat am 20. Juli 1899 telegraphisch der Klägerin angeboten: „Auf Drahtzufage 200 Tons Hematite Adelenhütte pro 1900 lieferbar à M. 83,10 u. s. w.“ Hematite ist ein vorzügliches Roheisen Ia. Qualität, arm an Phosphor und Schwefel, dagegen 2,5 (oder 2,6) bis $3\frac{1}{2}\%$ Si (Silicium) und $2\frac{1}{2}$ (oder 3) bis $3\frac{1}{2}\%$ C (Kohlenstoff) enthaltend. Klägerin telegraphierte am 22. Juli zurück: „Acceptieren Offert 200 Tonnen Hematite“. Am gleichen Tage schrieb sie der Beklagten: „Im Besitz Ihrer Offerte vom 20. d. M. haben wir soeben zusagend depechiert und bitten wir um Bestätigung des Kaufs. Wir bedingen natürlich Ia. Qualität mindestens 3% Si $3\frac{1}{2}\%$ C Gehalt. Ihrer Nachricht entgegensehend u. s. w.“ Dieser Brief ist der Beklagten erst nach dem Telegramm der Klägerin vom 22. Juli zugekommen. Beklagte erwiderte am 24. Juli: sie sei für den erhaltenen Auftrag dankbar, könne ihn aber mit den ge-

gebenen Qualitätsvorschriften nicht unterbringen, da die Hütten sich darauf nicht einlassen; sie sichere der Klägerin prima reines Hematite zu und sehe deren definitiver Bestätigung im Lauf des folgenden Tages (25. Juli) entgegen. Mit Brief vom 27. Juli antwortete Klägerin: „es ist selbstredend, daß man unter Prima-Hematite ein Fabrikat resp. Produkt versteht, das zwischen 2,6 und $3\frac{1}{2}\%$ Si und 3 bis $3\frac{1}{2}\%$ C enthält. Eine besondere Vorschrift wollen wir Ihnen nicht machen, sondern setzen obige Gehalte als selbstverständlich voraus.“ Darauf telegraphierte Beklagte am 28. Juli: „zu offerierten Preisen heute nichts mehr disponibel, heute äußerst bei Drahtzusage 90,10“. Mit Schreiben vom 29. Juli bezeichnete Klägerin diese Depesche als unverständlich, da sie das Offert der Beklagten vom 20. Juli am 22. Juli telegraphisch acceptiert habe, der Abschluß daher perfekt sei. Beklagte dagegen stellte sich mit Brief vom 30. Juli auf den Standpunkt, daß Klägerin an ihre Ordre Bedingungen geknüpft habe, die sie (Beklagte) nicht habe acceptieren können; die für den 25. Juli verlangte endgiltige Annahme des Antrags vom 20. Juli sei erst am 27/28. Juli, somit verspätet, erfolgt und dadurch das Geschäft vereitelt.

Der Klage der Klägerin auf Schadenersatz hat das Berufungsgericht entsprochen aus folgenden

G r ü n d e n :

I. Die Beklagte geht selbst davon aus, daß sie bei Einlauf des Telegramms der Klägerin vom 22. Juli 1899 an ihren Antrag vom 20. Juli noch gebunden war. Diesfalls ist durch die unbedingte und unbeschränkte telegraphische Annahmeerklärung der Klägerin (die nicht etwa auf einen nachfolgenden, Näheres enthaltenden Brief Bezug nahm) ein Vertrag unter den im Antrag der Beklagten enthaltenen Bedingungen zu Stand gekommen: Ware (Prima-Hematite) und Preis, sowie die Modalitäten der Lieferung waren in völlig ausreichender Weise bestimmt. Allerdings ist es üblich, daß derjenige, der einen Vertragsantrag telegraphisch annimmt, diese Annahme auch noch brieflich dem anderen Teil anzeigt;

das geschieht zu dem Zweck, um festzustellen, daß keine Irrung beim Telegraphieren vorgefallen ist, keineswegs aber bleibt der Abschluß des Vertrags bis zum Einlauf des Briefs in der Schwebe: sonst wäre ja die telegraphische Annahmeerklärung rechtlich bedeutungslos. Ebensowenig ist für den endgiltigen Abschluß des Vertrags die übliche Bestätigung des Empfangs der Annahmeerklärung seitens des Antragstellers von Bedeutung.

II. Zur Zeit des Einlaufs des Briefs der Klägerin vom 22. Juli bei der Beklagten lag also ein — äußerlich — perfekter Kaufvertrag zwischen den Parteien vor. Davon geht auch Klägerin in eben diesem Brief aus, indem sie schreibt, sie habe den Antrag der Beklagten telegraphisch angenommen und bitte um ein Bestätigungsschreiben. Wenn der Brief nun fortfährt: „Wir bedingen natürlich Ia. Qualität mindestens 3% Si, 3 1/2% C Gehalt“, so kann damit nicht gesagt sein wollen, Klägerin knüpfe ihre Annahme des Antrags der Beklagten nachträglich an die Bedingung, daß das Hematite den bezeichneten Gehalt an Si und C habe; denn es darf unbedenklich vorausgesetzt werden, daß Klägerin sich bewußt war, daß nach Abschluß eines Kaufs kein Teil mehr sein Festhalten am Vertrag an neu aufgestellte Bedingungen knüpfen kann. Die Fassung des Briefs selbst beweist denn auch, daß Klägerin nicht nachträglich eine Bedingung für die Giltigkeit des Kaufs setzen oder nachträglich ihre Annahmeerklärung, die zum Vertragsabschluß geführt hatte, an eine Bedingung knüpfen wollte; denn indem sie schrieb: „wir bedingen natürlich“, brachte sie in unzweideutiger und auch von der Beklagten nicht mißzuverstehender Weise zum Ausdruck, daß sie als selbstverständlich voraussetze, daß sie Hematite erster Güte zu beanspruchen habe und daß solches Hematite den von ihr bezeichneten Mindestgehalt an Si und C habe. Klägerin hat also durch ihren Brief vom 22. Juli dargelegt, in welcher Weise sie den Vertrag auslege, welche Anforderungen sie in betreff der gekauften Ware an Beklagte stelle.

III. Diese Auffassung der Klägerin über den Inhalt des abgeschlossenen Vertrags stimmte nun mit derjenigen der Beklagten in betreff des Mindestgehalts von Prima-Hematite an Si und C nicht überein und zwar ist außer Streit, daß die Anforderung, die die Klägerin in ihrem Brief vom 22. Juli hinsichtlich dieses Mindestgehalts stellte, eine zu hohe, ungerechtfertigte war. Die Parteien waren also anscheinend darüber nicht einig, welchen Mindestgehalt an Si und C Hematite haben muß, um als Prima-Hematite zu gelten. Aber ein derartiger Mangel der Willensübereinstimmung zwischen den vertragschließenden Teilen macht den äußerlich zum Abschluß gelangten Vertrag nicht ungiltig (nichtig), ist vielmehr rechtlich bedeutungslos: beide Teile waren bei Abschluß des Vertrags darüber einig, daß „Hematite erster Güte“ zu liefern war; Meinungsverschiedenheit bestand nur in betreff gewisser Eigenschaften solchen Hematites, sofern ihm Klägerin einen höheren Mindestgehalt an Si und C zuschrieb als der mit der Wirklichkeit übereinstimmenden Auffassung der Beklagten entsprach. Eine Meinungsverschiedenheit über die Eigenschaften einer Sache macht den Vertrag aber nur nichtig, wenn die fragliche Eigenschaft das Wesen der Sache bestimmt, so daß sie nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen zu einer Sache anderer Art oder Gattung wird, je nachdem sie die bei ihr vom einen oder vom andern Teil vorausgesetzte Eigenschaft hat; darum handelt es sich aber im gegenwärtigen Fall nicht, wo lediglich eine geringfügige Differenz in betreff des vorausgesetzten Gehalts des Hematites an Si und C in Frage steht und wo von vornherein durch die Vereinbarung, daß „Prima-Hematite“ zu liefern sei, ein objektiv fester Maßstab dafür festgesetzt war, was jeder Teil zu leisten bzw. zu beanspruchen hatte.

IV. Der durch die telegraphische Annahmeerklärung der Klägerin zum Abschluß gelangte Vertrag der Parteien war also nicht infolge Mangels der Willensübereinstimmung der Parteien nichtig; Beklagter durfte sich daher nicht auf den

Standpunkt stellen, daß der Vertrag — oder die Annahmeerklärung der Klägerin — noch der „definitiven Bestätigung“ bedürfe, daß sie daher in der Lage sei, der Klägerin für eine solche definitive Bestätigung eine Frist zu setzen (wie Beklagte dies in ihrem Brief vom 24. Juli gethan hat) und den Vertrag als „vereitelt“ anzusehen, wenn Klägerin nicht innerhalb dieser Frist sich mit dem Inhalt des Briefs der Beklagten vom 24. Juli einverstanden erkläre.

V. War der Kaufvertrag der Parteien vor Einlauf des klägerischen Briefs vom 22. Juli endgiltig abgeschlossen, so gab der Umstand der Beklagten kein Recht, von dem geschlossenen Vertrag (bedingt) zurückzutreten, daß sie aus dem Brief der Klägerin ersah, daß diese unberechtigte Anforderungen in betreff des Mindestgehalts des Hematites an Si und C stellte und demgemäß bei Ausführung des Vertrags sich möglicher Weise Mißhelligkeiten ergeben würden. Ein Rechtsatz des Inhalts besteht nicht, daß, wenn sich nach Abschluß eines Vertrags Meinungsverschiedenheiten über dessen Sinn unter den Vertragsschließenden ergeben, die die Giltigkeit des Vertrags nicht beeinflussen, jeder Teil (oder doch der Teil, der den Vertrag richtig auslegt) berechtigt ist, sein Festhalten am Vertrag von Hebung dieser Meinungsverschiedenheiten abhängig zu machen. Selbst wenn Beklagte auf Grund des oft erwähnten Briefs der Klägerin als sicher hätte ansehen müssen, daß Klägerin seiner Zeit die Ware bei der Lieferung zurückweisen werde, so hätte dies wohl die Beklagte von der Pflicht entbunden, die Ware seiner Zeit thatsächlich anzubieten, nicht aber ihre Berechtigung begründet, von dem geschlossenen Vertrag sofort — bedingt — zurückzutreten: nur dahin aber läßt sich der Brief der Beklagten vom 24. Juli, wenn er überhaupt rechtliche Bedeutung haben soll, deuten, daß Beklagte darin ihren Rücktritt von dem Vertrag erklärt, falls Klägerin nicht mit einer dem Inhalt des Briefs entsprechenden Hematite-Lieferung sich zufrieden erkläre; sofern der Klägerin in dem Brief eine Frist zur Annahme des —

schon in dem Telegramm vom 20. Juli enthaltenen — Antrags der Beklagten gewährt wird, ist der Brief überhaupt ohne rechtliche Bedeutung, weil nach dem oben Ausgeführten dieser Antrag schon seit dem Telegramm der Klägerin von dieser endgiltig angenommen war.

VI. Ließe sich allerdings das Schreiben der Klägerin vom 22. Juli dahin verstehen, daß sie darin erklärt hätte: sie halte sich an den Vertrag nur für gebunden, wenn sich Beklagter verpflichte (oder ihre Verpflichtung anerkenne), Hematite mit dem dort bezeichneten Mindestgehalt an Si und C zu liefern, oder: sie trete im entgegengesetzten Fall von dem geschlossenen Vertrag zurück, so wäre Beklagte berechtigt gewesen, auf diesen Standpunkt der Klägerin einzugehen und zu erklären, sie lasse sich auf eine derartige Verpflichtung nicht ein, und betrachte demgemäß den Vertrag als aufgelöst; übrigens wiederhole sie nochmals ihren früheren Antrag, indem sie für dessen Annahme eine Frist bis zum Abend des 25. Juli setze. Aber in dem angegebenen Sinn läßt sich eben der Brief der Klägerin vom 22. Juli nicht verstehen (vergl. oben Ziff. II) und konnte ihn auch die Beklagte nicht verstehen: die Mitteilung darüber, wie Klägerin den abgeschlossenen Vertrag auffaßte, war keineswegs gleichbedeutend mit der Erklärung, daß Klägerin sich nicht an den Vertrag gebunden halte, falls Beklagte ihn anders auffasse. Klägerin hat auch durch diesen Brief nicht etwa die Geneigtheit zu erkennen gegeben, sich in betreff des von ihr bereits unbedingt und uneingeschränkt angenommenen (bei dem damaligen Preisausschlag des Hematites für sie sehr vorteilhaften) Antrags der Beklagten auf neue Verhandlungen einzulassen; sie hat sich vielmehr ganz deutlich auf den Standpunkt gestellt, daß sie den angebotenen Vertrag als endgiltig abgeschlossen ansehe, und hat daneben zum Ausdruck gebracht, welche Ansprüche an die Beschaffenheit der gekauften Ware sie auf Grund des abgeschlossenen Vertrags erheben zu können glaube. Die Beklagte ihrerseits aber war in dem Rechtsirrtum befangen, daß diese nach-

träglische, an sich rechtlich belanglose Bemerkung der Klägerin über die von ihr dem geschlossenen Kauf beigelegte Bedeutung einer Annahme ihres Antrags unter Bedingungen oder Einschränkungen (Art. 322 H.G.B.)¹⁾ gleichstehe, und hat von diesem irrigen Standpunkt aus in rechtlich unzulässiger Weise die Klägerin vor die Wahl gestellt, entweder im Lauf des folgenden Tages den von der Klägerin neuerdings gestellten „Antrag“ „endgiltig“ anzunehmen oder das Geschäft scheitern zu lassen.

VII. Besteht nach dem Bisherigen der am 22. Juli 1899 auf Grund der beiderseitigen Telegramme der Parteien abgeschlossene Vertrag zu Recht, so ist Klägerin berechtigt, an Stelle der verweigerten und angeblich der Beklagten nicht mehr möglichen Erfüllung Schadensersatz von der Beklagten zu verlangen.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Juni 1900 in Sachen Gienanth gegen Zahn.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

30.

Eigentumserwerb durch Stellvertreter²⁾.

Der Beklagte hat seinem Schuldner, dem Mehger und Händler L. U. von H., auf Grund eines gegen ihn erwirkten vollstreckbaren Urteils am 2. Juni 1900 in H. durch den dortigen Gerichtsvollzieher Th. Bargeld im Betrag von 470 M. abspänden lassen; L. U. hatte diese Summe unmittelbar vorher eingenommen als Kaufpreis für ein tags zuvor in H. von ihm an Kutscher R. von H. verkauftes Pferd; der Gerichtsvollzieher hatte der Auszahlung dieses

1) Vergl. jetzt § 150 Abs. 2 H.G.B.

2) Vergl. für das frühere Recht: B. J.B. 1 S. 166; RG. 24 Nr. 62 S. 314; 30 Nr. 34; Seuffert 42 Nr. 284; 48 Nr. 248; 49 Nr. 235; 50 Nr. 172; RG. in Straß. 19 Nr. 433; Grünhut, Kommissionshandel S. 431—32.

Kaufpreises angewohnt. Als er nun den U. aufforderte, diesen Erlös an ihn, den mit Beitreibung der Summe beauftragten Gerichtsvollzieher, herauszugeben, hat U. sofort erklärt: dieser Erlös gehöre nicht ihm, sondern seinem Bruder, dem Kläger, für welchen er das Pferd verkauft habe. Dessenungeachtet hat ihm der Gerichtsvollzieher das Geld abgenommen und an den Beklagten abgeliefert, den L. U. aber mit seiner Einsprache auf den Rechtsweg verwiesen. Der Kläger behauptet nun, daß von seinem Bruder L. U. an K. verkaufte Pferd habe in der That ihm, dem Kläger, gehört und sei von ihm seinem Bruder mit dem Auftrag übergeben worden, es zuerst einzufahren und dann für ihn (nicht unter 400 M.) zu verkaufen. Diesem Auftrag sei L. U. durch den erwähnten Verkauf nachgekommen, welchen dieser zwar auf eigenen Namen aber für Rechnung des Klägers vorgenommen habe; deshalb habe der Erlös ihm, dem Kläger, gehört und der Beklagte sei durch den Empfang desselben auf Kosten des Klägers ungerechtfertigt bereichert, habe ihn also dem Kläger herauszugeben.

Das Berufungsgericht hat nach dem Klagantrag erkannt.
Aus den

Gründen:

Aus dem Ergebnis des Beweiseinzugs hat das Gericht die Ueberzeugung gewonnen, daß das von L. U. am 2. Juni 1900 an Kutscher K. in Heilbronn auf eigenen Namen verkaufte Pferd dem L. U. vom Kläger mit dem Auftrag, es für ihn bestmöglich, nicht unter 400 M., zu verkaufen, übergeben worden, und daß dieser Auftrag beiderseits in dem Sinn aufgefaßt war, daß das daraus zu erlösende Geld als bald dem Kläger gehören und von L. U. für diesen aufbewahrt und demnächst an ihn abgeliefert werden sollte, sowie daß, als L. U. am 2. Juni 1900 das fragliche Pferd auf seinen eigenen Namen verkauft und den Erlös eingezogen hat, er hiebei in Vollziehung eines ihm vom Kläger hiezu gegebenen Auftrags gehandelt hat.

Dies allein genügt nun allerdings nicht, um den Eigen-

tumserwerb des Klägers an dem dem U. vom Käufer bezahlten Kaufgeld als erfolgt anzunehmen. Daß der Käufer und Kaufpreisschuldner K. das von ihm aufgezählte Geld dem als Verkäufer und Kaufpreisgläubiger allein ihm gegenüberstehenden L. U. (und nicht etwa allgemein jedem, den es angehe) bezahlen, also Besitz und folgeweise Eigentum daran dem L. U. übertragen wollte und daß gegenüber der von L. U. durch die vorbehaltlose Annahme dieser Zahlung äußerlich an den Tag gelegten Uebereinstimmung seines Erwerbswillens dessen innerer Wille (das Geld nicht für sich, sondern für den Kläger zu erwerben), als bei der Empfangnahme für den Uebergebenden nicht erkennbar hervorgetreten, dem Käufer K. gegenüber, gemäß § 164 Abf. 2 B.G.B. rechtlich nicht in Betracht komme, ist schon vom vorigen Richter zutreffend ausgeführt. Aber mit Recht hat derselbe ausgesprochen, daß hiedurch die Frage nicht erledigt sei, ob nicht das zunächst von L. U. als erworben anzusehende Eigentum am Geld von diesem letzteren alsbald nach der Empfangnahme auf den Kläger übertragen worden sei kraft des auf das bestehende Auftragsverhältnis gestützten Willens des L. U., das Geld für den Kläger einzunehmen, m. a. W. den Besitz daran für den Kläger als Besizmittler auszuüben (§ 868 B.G.B.), da, wenn dieser Wille vorhanden war, die zum Eigentumserwerb des Klägers an sich erforderliche Uebergabe des Gelds hiedurch nach § 930 B.G.B. ersetzt worden wäre, und damit eine hinsichtlich der Uebereignung des Erlöses zwischen beiden etwa getroffene „Einigung“ die nach § 929 B.G.B. zum Eigentumserwerb weiter erforderliche Ergänzung gefunden hätte.

An sich ist nun zwar dem vorigen Richter auch darin beizutreten, daß in dem auf den Verkauf einer Sache gerichteten Auftrag allein eine Einigung zwischen Auftragendem und Beauftragten des Inhalts, daß an dem aus dem Verkauf zu erzielenden Erlös das Eigentum alsbald vom Auftraggeber erworben sein solle, noch nicht gegeben ist, diese Einigung vielmehr nur dann als vorhanden angenommen

werden kann, wenn dem Beauftragten erklärt oder sonstwie erkennbar geworden ist, daß er den Erlös als eine ihm fremde Sache für den Auftraggeber zu verwahren und seinerzeit in Natur an ihn abzuliefern habe. Daß aber dieses letztere in der That der Sinn des vom Kläger seinem Bruder erteilten Auftrags gewesen, wenn auch hierüber ausdrücklich nichts geredet worden ist, dafür hat die Beweiserhebung genügende Anhaltspunkte gegeben.

Es ist von vornherein nicht wahrscheinlich, daß der Kläger bei der ohne Zweifel auch ihm nicht unbekanntem Vermögenslage seines Bruders gemeint gewesen sein sollte, diesem den für ihn eingenommenen Verkaufserlös zu beliebiger Verwendung in seinem Geschäft auf künftige Erstattung des Werts zu überlassen, vielmehr liegt die Annahme weit näher, daß Kläger die alsbaldige Ablieferung des von seinem Bruder eingenommenen Gelds und damit die einstweilige Verwahrung desselben durch diesen gewollt und dies seinem Bruder nur deshalb, weil er es als selbstverständlich ansah, nicht ausdrücklich erklärt habe; übrigens hat Kläger (nach dem Zeugnis des L. U.) bei Erteilung des Auftrags dem L. U. bemerkt, daß er das Pferd auch deshalb verkaufe, „weil er jeden Tag Geld zum Bauen brauche“ und hieraus mußte sich auch für L. U. ergeben, daß es der Wille des Klägers sei, das zu erlösende Geld sobald wie möglich, also ohne vorgängige weitere Verwendung desselben, selbst in die Hand zu bekommen, daß also L. U. dasselbe in Natur zu bewahren und alsbald abzuliefern, nicht zu verwalten und später zu erstatten habe. Zudem hat der Zeuge ausdrücklich erklärt: „Ich habe den Erlös niemals als mein Eigentum betrachtet, sondern es so angesehen, daß das Geld dem Kl. gehöre“. Hiemit ist deutlich ausgedrückt, daß auch L. U. den Auftrag des Klägers in dem oben bezeichneten Sinn aufgefaßt und in diesem Sinn vollzogen hat. In dem durch diese Willensübereinstimmung stillschweigend begründeten Verwahrungsvertrag hat denn die von L. U. gehegte und durch die mehrerwähnte Erklärung an den Gerichtsvollzieher kundge-

gebene Absicht, den Erlös für den Kläger zu erwerben und für diesen zu bewahren, die nach § 868 B.G.B. erforderliche Grundlage der Besitzmittlung (das zum Vermittlungsbesitz erforderliche „besondere Rechtsverhältnis“) gefunden und war sonach geeignet, dem Kläger an dem Geld den mittelbaren Besitz und damit nach § 930 auch das Eigentum zu verschaffen. Das vom Gerichtsvollzieher weggenommene Geld war somit das Geld des Klägers, welches in das Vermögen des Beklagten, der gegen den Kläger keine Forderung hatte, ohne Grund gekommen und deshalb von diesem nach § 812 B.G.B. herauszugeben ist.

Urteil des I. Civilsenats vom 28. Juni 1901 in Sachen Meier gegen Uebel ¹⁾.

31.

Zu §§ 93, 94 B.G.B.

Die Parteien sind Eigentümer zweier neben einanderliegenden Häuser. Unter dem Haus des Beklagten (Nr. 32) hindurch führt eine gegen die Straße mit einem in das Haus

1) Anmerkung des Einsenders: Es ist fraglich, ob zum Nachweis des Eigentumserwerbs des Klägers an dem Geld die Heranziehung des § 930 B.G.B. erforderlich und zutreffend war. Das Urteil sagt: wenn L. U. den Willen gehabt habe, das Geld für den Kläger einzunehmen, m. a. W. den Besitz daran für den Kläger als Besitzmittler auszuüben, sei die zum Eigentumserwerb des Klägers an sich (nach § 929 B.G.B.) erforderliche Uebergabe des Gelds nach § 930 B.G.B. hiedurch ersetzt worden. Aber wenn § 930 B.G.B. anwendbar sein sollte, müßte L. U. durch die Empfangnahme des Gelds zunächst selbst dessen Eigentümer geworden sein und ob ihm diesfalls das Geld nicht hätte von seinem Gläubiger abgepfändet werden können, ist sehr zweifelhaft. Natürlicher erscheint vielleicht folgende Konstruktion: L. U. hat als Vertreter des Klägers das Geld mit der Absicht in Empfang genommen, das Eigentum daran für den Kläger zu erwerben, und hat dadurch dem Kläger das Eigentum (und mittelbaren Besitz) verschafft; denn dem Käufer U. war es gleichgültig, ob L. U. das Eigentum an dem Geld für sich oder einen Dritten erwarb, er war also damit einverstanden, daß Kläger das

eingefügten Thor versehene, im Miteigentum der Parteien stehende Durchfahrt zu einem Hof des Klägers. Kläger hat das ausschließliche Eigentum an diesem Thor in Anspruch genommen (an das er seine Firma u. s. w. anbringen will). Hierüber besagen die

G r ü n d e

des Berufungsurteils:

Anlangend das die Durchfahrt abschließende Thor so hat schon in I. Instanz jede der Parteien, wenigstens in erster Linie, für sich das ausschließliche Eigentum daran in Anspruch genommen. Daß der Umstand, daß das Thor stets als im Eigentum des Klägers, bezw. dessen Rechtsvorgänger stehend gegolten habe, oder daß diese stets im alleinigen Besitze des Schlüssels gewesen sind, den Eigentumserwerb des Klägers nicht zu beweisen vermag, liegt auf der Hand. Auch daraus, daß der Kläger das Thor auf seine Kosten hat herstellen lassen, würde der Fortbestand des Eigentums des Klägers auch nach Einsetzung des Thores, nach den über Ausbesserung oder Wiederherstellung gemeinschaftlicher Sachen im gemeinen Rechte geltenden Regeln ¹⁾ nur dann folgen, wenn — was nicht feststeht — auch das damals beseitigte Thor im Eigentum des Klägers oder seines Rechtsvorgängers gestanden wäre. Auch hierauf kann es aber nicht ankommen, wenn zutrifft, was Beklagter geltend macht: daß das Thor gegenwärtig einen wesentlichen Bestandteil des Hauses Nr. 32

Eigentum an dem Geld dadurch erlangte, daß L. U. es für den Kläger in Empfang nahm; Kläger ist also gemäß § 929 Satz 1 B.G.B. Eigentümer des Gelds geworden; § 164 Abs. 2 B.G.B. steht nicht entgegen, weil er sich nur auf das Verhältnis des Vertreters bezw. des Vertretenen zum Dritten bezieht, wie das Urteil mit Recht hervorhebt: die Zahlung war eine Leistung, wodurch ein entsprechender Anspruch des L. U. an den Käufer getilgt worden ist; der Käufer hat das Geld dem L. U. zwecks Tilgung von dessen Kaufpreisforderung übergeben, es ihm dabei aber überlassen, für wen er das Eigentum daran erwerben wollte und war also mit dem Uebergang des Eigentums an den Kläger einverstanden.

1) Windscheid, Pand. § 169 a Note 4.

bilde, da es dießfalls gemäß § 93, 946 B.G.B. als im ausschließlichen Eigentum des Beklagten als des Hauseigentümers stehend betrachtet werden müßte, und zwar wäre ein etwaiges latentes Eigentum wie es nach gemeinem Recht¹⁾ in dem Fall, daß das Thor als dem Kläger gehörig in das Haus eingebaut worden ist, sich denken ließe, als nunmehr auf den Beklagten übergegangen zu betrachten, denn nach Art. 181 Abf. 2, 2. Fall C.G. zum B.G.B. ist davon auszugehen, daß an anderen als den dort bezeichneten wesentlichen Bestandteilen vom Inkrafttreten des B.G.B. an ein selbständiges Eigentum nicht mehr bestehen solle²⁾. Der Unterrichter scheint das Thor als Zubehör der Durchfahrt zu betrachten; ob es hiemit nicht notwendig Zubehör des Hauses wäre, wovon die Durchfahrt einen Bestandteil bildet, kann auf sich beruhen, da es, wie Beklagter behauptet, vielmehr als eine Sache aufzufassen ist, die durch ihre Einfügung in das Gebäude ihre Selbständigkeit verloren hat und Bestandteil desselben geworden ist. Haus und Thor bilden nicht eine nur wirtschaftliche (§ 97 B.G.B.), sondern eine natürliche Einheit. Das Thor ist bestimmt zu dauerndem Vorteil des Raumes, den es abschließt, zu dienen, den Eintritt in die Durchfahrt zu verhindern und damit, wie die Durchfahrt selbst, so auch die sie einschließenden Wände vor Schaden zu bewahren. Dieser dauernde Zweck schließt das Zutreffen des § 95 Abf. 2 B.G.B. aus. Nach §§ 93, 94 Abf. 2 B.G.Bs. sind wesentliche Bestandteile eines Gebäudes die zu dessen Herstellung eingefügten Sachen jedenfalls dann, wenn sie nicht von demselben getrennt werden können, ohne daß dieses oder jene zerstört oder in ihrem Wesen verändert werden. Nach dem Bilde, welches das Haus des Beklagten zeigt, erscheint das Thor als ein in das Haus fest eingefügtes Stück, dessen Fehlen sich als unzweckmäßige und unschöne Lücke fühlbar machen würde. Daß die mit einer

1) Windscheid §§ 138, 189 R.G.C. 9 Nr. 39.

2) Prot. der II. Lesung Bd. 6, S. 518 Z. 3; Habicht, Die Einwirkung zc. S. 293 Z. 4.

andern verbundene Sache gerade die Vollendung der ersteren bedinge, ist kein Erfordernis des wesentlichen Bestandteils. Der Bestimmung des § 93 liegt die Absicht zu Grunde, Rechte, welche zur Trennung und folgeweise zur Zerstörung oder wesentlichen Veränderung der Bestandteile führen würden, als unwirtschaftliche nicht zu dulden¹⁾. Es mag sein, daß das Thor aus seiner festen Verbindung mit dem Hause ohne wesentliche Beschädigung des einen oder andern gelöst werden kann. Allein es ist den Dimensionen gerade dieser Thoröffnung angepaßt und wie aus dem vorgelegten Bilde ersichtlich, in Uebereinstimmung mit der Bauart des Hauses und dem Styl der Fassade hergestellt und geschmückt. Es kann daher einem Zweifel nicht unterliegen, daß es in Folge solcher Individualisierung eine andere Verwendung unter ähnlichen Verhältnissen nicht finden würde und, aus seinem dermaligen Plaze gerissen, im Verhältnis zu den Kosten seiner Herstellung und seinem gegenwärtigen Werte fast wertlos werden müßte. Eine solche Entwertung darf aber als eine Veränderung des Wesens der Sache i. S. des § 93 betrachtet werden²⁾. Nach all diesem ist das Thor als wesentlicher Bestandteil des Hauses Nr. 32 zu betrachten und das von dem Kläger angesprochene Eigentum zu verneinen.

Urteil des II. Civilsenats vom 26. April 1900 i. S. Holzäpfel g. Stähle.

32.

Voraussetzungen einer gerichtlichen Hinterlegung (§ 372 B.G.B.).

M. Sch. hatte den Kaufmann St. beauftragt, ihr ein Darlehen von 600 M. zu verschaffen. Klägerin gab im Juli 1899 dem St. 600 M., um sie der Sch. gegen Pfandschein auszuhändigen; an dem Tag, an dem der Pfandschein

1) Mot. 3. I Entw. Bd. 3 S. 41; Pland, Komm. 3. B.G.B. bei § 93 S. 129; Rehbein, Rom. S. 82, b.

2) Vergl. Pland a. a. O.

bei St. eintraf, wurde dieser wegen Urkundenfälschung verhaftet; die 600 M. hatte er unterschlagen. Bald darauf wurde das Konkursverfahren über das Vermögen St.'s eröffnet. Der Konkursverwalter hat die Herausgabe des Pfandscheins an die Klägerin verweigert und ihn beim Amtsgericht St. hinterlegt. Klägerin hat darauf gegen die Konkursmasse Klage auf Herausgabe des Pfandscheins erhoben. Der Konkursverwalter, dem die Sch. als Nebenintervenientin beigetreten ist, hat Klageabweisung beantragt, indem er u. a. geltend machte, er habe den Pfandschein wegen rechtlicher Ungewißheit über die Person dessen, der ihn zu beanspruchen habe (ob Klägerin oder die Schw.) mit Recht hinterlegt. Im Berufungsverfahren ist nach der Klage erkannt worden.

In den

Gründen

ist zunächst bemerkt: Wenn auch der Konkursverwalter den in Rede stehenden Pfandschein niemals für die Konkursmasse beansprucht hat, so hat er ihn doch zunächst thatsächlich in der Masse behalten und sodann in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter (und nicht etwa im Namen St.'s.) gerichtlich hinterlegt. Unter diesen Umständen hat Klägerin mit Recht ihren Anspruch auf Herausgabe des Pfandscheins gegen die Konkursmasse (und nicht gegen St. persönlich) gerichtet. (Sodann wird ausgeführt, Klägerin habe den St. beauftragt, den Pfandschein für sie in Empfang zu nehmen, und St. habe ihn behufs Aushändigung an die Klägerin erhalten; er sei daher zufolge des zwischen ihm und der Klägerin bestehenden Auftragsverhältnisses verpflichtet gewesen, den Pfandschein der Klägerin auszufolgen. Hierauf fahren die Gründe fort): Es mag nun sein, daß auch die Schw. — wie der vorige Richter annimmt — gegen St. bezw. dessen Konkursmasse Anspruch auf Zurückgabe des Pfandscheins hat, weil sie das ihr zugesagte Darlehen nicht erhalten hat. Dann liegt der Fall vor, daß zwei verschiedene Ansprüche auf dieselbe Sache bestehen, wie dies z. B. auch dann vorkommt, wenn

jemand eine Sache zweimal verkauft oder unbefugt eine ihm nicht gehörige in seinem Besitz befindliche Sache verkauft (aber noch nicht übergeben) hat. In derartigen Fällen kann sich aber der Schuldner nicht durch gerichtliche Hinterlegung von seiner Herausgabepflicht befreien, so daß die beiden Anspruchsberechtigten lediglich unter sich darüber zu streiten hätten, wem die Sache gebühre; vielmehr hat jeder der beiden Anspruchsberechtigten ein Recht darauf, daß ihm der Schuldner die Sache ausfolgt; der Schuldner muß daher auf Klage des einen Anspruchsberechtigten zur Herausgabe der Sache an diesen verurteilt werden (wenn nicht der andere Anspruchsberechtigte die Sache mit einer gegen den Schuldner und den andern Prätendenten gerichteten Klage für sich verlangt). Macht nachher der andere Anspruchsberechtigte sein Recht auf die Sache ebenfalls gegen den Schuldner geltend, so muß ihm letzterer das Interesse ersetzen. In gleicher Weise ändert auch im gegenwärtigen Fall der Umstand, daß vielleicht auch die Schw. von St. die Rückgabe des Pfandscheins verlangen könnte, nichts an der Berechtigung der Klägerin, von St. als ihrem Beauftragten und Bevollmächtigten die Herausgabe des ihm für sie übersandten Pfandscheins zu fordern. Ob die Schw. gegen die bekl. Konkursmasse (bezw. St.) oder gegen die Klägerin einen Anspruch auf Zurückgabe des Pfandscheins hat, kann dahingestellt bleiben; denn die Schw. hat einen solchen Anspruch nicht — als Hauptintervenientin mittels Klage gegen beide Parteien gemäß § 64 C.P.O. — erhoben; Beklagter könnte auf einen solchen Anspruch der Schw. keine Einrede gegen die vorliegende Klage stützen und als Nebenintervenientin kann die Schw. keine Einwendungen gegen den Klaganspruch vorbringen, die der Partei, der sie beigetreten ist, nicht zustehen¹⁾.

Dem Ausgeführten zufolge wäre ohne das Dazwischen-

1) Vergl. Gaupp=Stein 4. Aufl. Anm. 11d. zu § 67 C.P.O. bei und in Note 12; RG. bei Zeuffert 43 Nr. 228.

treten der Konkursöffnung eine Klage der Klägerin gegen St. auf Herausgabe des Pfandscheins ohne Frage begründet und St. keineswegs berechtigt gewesen, sich von diesem Anspruch durch gerichtliche Hinterlegung des Pfandscheins zu befreien. An den Rechten der Klägerin gegen St. als ihren Beauftragten und Bevollmächtigten ist aber durch die Konkursöffnung insoweit eine Aenderung nicht eingetreten. Ein Zweifel des Konkursverwalters darüber, ob Klägerin Anspruch auf Herausgabe des Pfandscheins habe, war unter diesen Umständen nicht begründet, und die Möglichkeit, daß auch der Schw. ein solcher Anspruch zustehe, gab dem Konkursverwalter nicht die Befugnis, durch gerichtliche Hinterlegung des Pfandscheins die Masse von den Ansprüchen der Klägerin und der Schw. zu befreien und diese beiden Anspruchsberechtigten darauf zu verweisen, daß sie die Sache unter sich auszumachen haben: gerichtliche Hinterlegung seitens eines Schuldners mit dieser Wirkung ist nur möglich, wenn feststeht, daß der Gegenstand der Hinterlegung nur von einem der mehreren angeblich Anspruchsberechtigten gefordert werden kann, und berechtigte Zweifel darüber bestehen, welcher der mehreren Prätendenten forderungsberechtigt ist; nicht aber in einem Fall wie dem vorliegenden, wo die Berechtigung des Anspruchs der Klägerin nicht in Zweifel gezogen werden kann und nur fraglich ist, ob nicht auch die Schw. einen gleichartigen Anspruch zu erheben berechtigt ist.

Hienach war der befl. Konkursverwalter nicht berechtigt, die Konkursmasse durch gerichtliche Hinterlegung des Pfandscheins der Klage der Klägerin zu entziehen, er muß vielmehr für schuldig erachtet werden, den Pfandschein der Klägerin herauszugeben. Wenn die Nebeniutervonientin geltend gemacht hat, Klägerin sei verpflichtet, in die Löschung der Unterpfandsbestellung zu willigen und zu diesem Zweck den Pfandschein (alsbald wieder) herauszugeben oder eine Verwahrung auf dem Pfandschein vormerken zu lassen, so kann der Beklagten dieser auf das eigene (angebliche) Recht der

Nebenintervenientin gestützte Einwand gegen die Klage nicht zu statten kommen.

Urteil des I. Civilsenats vom 5. Oktober 1900 i. S. Kicherer gegen Stahlecker'sche Konkursmasse.

33.

Bedeutung der Verpflichtung eines Käufers, innerhalb einer gewissen Zeit an einem bestimmten Ort „keine Wirtschaft zu betreiben“.

Beklagter hat 1898 anlässlich des Verkaufs seines Wirtschaftsanwesens in Feuerbach an den Kläger sich bei einer Strafe von 5000 Mk. verpflichtet, innerhalb 5 Jahren in Feuerbach keine Wirtschaft zu betreiben. Er betreibt seither in seinem Haus in Feuerbach ein Spezereigeschäft nebst Kostgeberei mit Flaschenbierhandel und ist wiederholt wegen unerlaubten Betriebs einer Schankwirtschaft auf Grund des § 147 Ziffer 1 G. O. bestraft worden, weil in seiner Wohnstube Personen getroffen wurden, die dort Flaschenbier tranken, das sie in seinem Laden gekauft hatten. Mit der Behauptung, durch diese Art des Betriebs seines Biergeschäfts habe Beklagter seine vertragsmäßige Verpflichtung verletzt, hat Kläger auf Bezahlung der Vertragsstrafe Klage erhoben. Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

G r ü n d e n :

Wenn der Beklagte in dem mit dem Kläger abgeschlossenen Kaufvertrag vom 12. März 1898 unter dem Versprechen einer Vertragsstrafe von 5000 Mk. für den Fall der Zuwiderhandlung sich verpflichtet hat, während der nächsten 5 Jahre in Feuerbach keine Wirtschaft zu betreiben oder durch dritte betreiben zu lassen, so lag darin keineswegs die Uebernahme der allgemeinen Verpflichtung, dem Kläger in dem Betrieb der vom Beklagten erkauften Wirtschaft keine Konkurrenz zu machen. Der vom Beklagten unternommene Betrieb einer Kostgeberei und eines Flaschenbierhandels enthielt

daher keine Vertragsverletzung, wemngleich diese Betriebe, und hauptsächlich der Flaschenbierhandel, für den Kläger wohl eine fühlbare Konkurrenz bilden mochten. Unterjagt ist dem Beklagten vielmehr nur die Konkurrenz in der Form einer Wirtschaft. Ueber die Bedeutung dieses Begriffes und damit über den Umfang der vom Beklagten eingegangenen Verpflichtung gehen die Parteianschauungen und Behauptungen auseinander, insofern der Beklagte nur die Verpflichtung zur Unterlassung des Betriebs einer eigentlichen konzessionierten Wirtschaft übernommen haben will, während der Kläger die Verpflichtung des Beklagten weiter faßt und einen Verfall der Vertragsstrafe begründende Verletzung der Verpflichtung des Beklagten schon darin erblickt, daß dieser mehrfach Flaschenbier zum alsbaldigen Genuß an Ort und Stelle, nemlich in seinem Wohnhause, gegen Bezahlung abgegeben und sich hierdurch wiederholte Bestrafungen wegen Verfehlung gegen § 147 Ziff. 1 vergl. mit § 33 G.O. zugezogen hat. Daß der Beklagte eine eigentliche, konzessionierte Wirtschaft in Feuerbach nicht betrieben hat und nicht betreibt, ist unbestritten und es läge daher eine Verletzung der übernommenen Vertragspflicht dann nicht vor, wenn der Vertrag dahin auszulegen wäre, daß der Beklagte nur den Betrieb einer eigentlichen konzessionierten Wirtschaft zu unterlassen habe. Der Vorderrichter gibt dem Vertrage diese Auslegung, indem er davon ausgeht, daß der Sprachgebrauch unter dem Betrieb einer Wirtschaft, welcher, wenn auch unter Mißachtung des gesetzlichen Verbotes unternommen, doch ohne behördliche Genehmigung nicht durchgeführt werden könne, immer nur den Betrieb einer konzessionierten Wirtschaft verstehe und besondere Gründe zur Annahme einer vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden Bedeutung des Begriffes Wirtschaft nicht vorliegen. Es kann dahin gestellt bleiben, ob der allgemeine Sprachgebrauch mit dem Begriff Wirtschaft den Gedanken an eine behördliche Genehmigung des Wirtschaftsbetriebes verbindet, jedenfalls darf angenommen werden, daß, wenn in einem Kaufvertrag über eine vom

Verkäufer betriebene und vom Käufer fernerhin zu betreibende Wirtschaft schlechthin von „Wirtschaft“ die Rede ist, wenn namentlich der aus dem etwaigen Betrieb einer andern Wirtschaft seitens des Verkäufers dem Käufer drohenden Konkurrenz im gleichen Vertrage durch eine Konventionalstrafe von solch' bedeutender Höhe, wie im vorliegenden Falle, vorgebaut wird, die Vertragsschließenden mit der Bedeutung und Notwendigkeit der staatlichen Konzession zum Wirtschaftsbetrieb wohl vertraut sind, und daß unter der in einem solchen Vertrag gebrauchten Bezeichnung „Wirtschaft“ ohne Weiteres eine konzessionierte Wirtschaft zu verstehen ist. Daß die Parteien hierunter etwa auch eine unkonzessionierte Wirtschaft verstanden haben sollten, ließe sich nur annehmen, wenn besondere Gründe dafür vorliegen. Dies ist aber nicht der Fall. Im Gegenteil darf aus dem Umstande, daß nach den bestehenden und den Parteien zweifellos bekannten gesetzlichen und polizeilichen Verhältnissen und bei der durch die Konkurrenten geübten Kontrolle eine etwa ohne vorherige Erlangung der Konzession begonnene Wirtschaft alsbald eingestellt würde und der kurze Betrieb einer solchen Wirtschaft eine irgend in Betracht kommende Benachteiligung einer andern Wirtschaft nicht herbeizuführen geeignet wäre, der Schluß gezogen werden, daß die Vertragsschließenden die Möglichkeit einer erheblichen Benachteiligung des Klägers durch den Betrieb einer unkonzessionierten Wirtschaft seitens des Beklagten, also durch eine gesetzlich verbotene und strafbare Handlung desselben nicht in Aussicht genommen, sondern bei der Vereinbarung der durch ihre Höhe deutlich auf die beabsichtigte Abwehr einer bedeutenden Benachteiligung hinweisenden Vertragsstrafe lediglich den Fall im Auge gehabt haben, daß der Verkäufer für sich die Konzession zum Betrieb einer Wirtschaft erwirke, auf Grund hiervon eine andere Wirtschaft betreibe, und dadurch eine erhebliche Beeinträchtigung des von dem Kläger erhofften Geschäftsgewinns herbeiführe.

Sollten aber die Parteien unter der Wirtschaft, deren

Betrieb dem Verkäufer unterlagt sein solle, nicht gerade eine konzessionierte Wirtschaft verstanden haben, so wäre davon auszugehen, daß sie an die Konzession und deren Erforderniß überhaupt nicht dachten. Daß sie positiv das Verbot irgend welcher Art von unkonzessioniertem Wirtschaftsbetrieb in ihren Willen aufgenommen hätten, läßt sich beim Mangel jeglichen hiefür sprechenden Anhaltspunktes nicht annehmen. Wurde aber bei Vereinbarung der fraglichen Beschränkung der gewerblichen Freiheit des Verkäufers an die Frage der Konzession, ihres Vorhandenseins oder ihres Fehlens nicht gedacht und einfach vereinbart, Beklagter dürfe keine Wirtschaft betreiben, so kann darunter nur dasjenige verstanden werden, was man im gewöhnlichen Leben ohne Rücksicht auf die Konzession unter Wirtschaft versteht. Der allgemeine Sprachgebrauch aber bezeichnet mit diesem Worte ein Gewerbe das darin besteht, daß in einem dem Publikum allgemein zugänglichen Raume jeder beliebigen, als Gast sich einfindenden Person Speisen und Getränke, namentlich geistige Getränke zum alsbaldigen Genuß an Ort und Stelle gegen Bezahlung verabreicht werden. Eine solche Oeffentlichkeit des Betriebs, wie sie der allgemeine Sprachgebrauch mit dem Begriff einer Wirtschaft verbindet, ist jedoch gegen den Beklagten nicht erwiesen. Zwar steht auf Grund des Inhalts der amtsgerichtlichen Strafakten, besonders der darin niederlegten eigenen Angaben des jetzigen Beklagten fest, daß dieser von Sommer 1898 ab mehrfach und an verschiedene Personen Flaschenbier verkauft und geduldet hat, daß die Käufer das Bier in einem Zimmer seines Hauses alsbald getrunken haben. Allein die Personen, um welche es sich hier handelt, waren größtenteils solche, welche im Hause des Beklagten als seine Mieter oder als Schlafgänger von Mietern des Beklagten wohnten, und bei ihm ihre regelmäßige Kost nahmen oder solche, welche ohne bei ihm zu wohnen, bei ihm ihre tägliche Kost nahmen. Nur in ganz vereinzelt Fällen fand nach Ausweis der Strafakten eine entgeltliche Abgabe von Bier auch an andere Personen als an Hausbewohner und

Kostgänger des Beklagten statt. In der Hauptsache erfolgte aber eine derartige Bierabgabe nur an einen bestimmten Kreis von Personen, welche mit dem Beklagten in einem besonderen Verhältnis, einer gewissen näheren Beziehung standen. Der Strafrichter hat in dieser Bierabgabe den Thatbestand des in § 147 Ziffer 1 vergl. mit § 33 Abj. 1 G. O. unter Strafe gestellten Vergehens der ohne die vorschriftsmäßige Genehmigung erfolgten Unternehmung des selbständigen Betriebs einer Schankwirtschaft erblickt und den Beklagten hiewegen wiederholt zu Strafe verurteilt. Es kann hier unentschieden bleiben, ob die seitens des Beklagten geschehene unentgeltliche Bierabgabe und Duldung des sofortigen Genusses des Bieres in seinem Hause überhaupt und insbesondere soweit die Abgabe an die Kostgänger und Mithausbewohner des Beklagten geschah wirklich als Betrieb der Schankwirtschaft im Sinn der Gewerbeordnung aufzufassen ist. Denn jedenfalls wird der allgemeine Sprachgebrauch, welchem bei Auslegung der Vertragsbere- dung angesichts des Mangels eines Anhaltspunktes für eine vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Auffassung des Begriffes „Wirtschaft“ seitens der Parteien und Angesichts des Rechtsatzes, daß Strafgedinge nicht ausdehnend auszu- legen sind, entscheidende Bedeutung zukommen muß, ins- lange als eine solche Bierabgabe nur an gewisse, zum Ver- käufer in näherer Beziehung stehende Personen, wie Kost- gänger und Mithausbewohner, und nur in ganz vereinzelter Weise auch an Fremde erfolgt, diesen Betrieb nicht als Wirt- schaft und denjenigen, der in solcher Weise Bier verkauft, nicht als Wirt bezeichnen.

Allerdings stand kein Hindernis entgegen, auch die Un- terlassung einer solchen Bierabgabe, wie sie seitens des Be- klagten geschehen, zu vereinbaren, und für den Fall der Zu- widerhandlung eine Vertragsstrafe festzusetzen. Wenn aber der Kläger beabsichtigt hätte, daß die dem Beklagten ver- tragsmäßig unterlagte Art der Konkurrenz, auch eine Bier- abgabe der dargestellten Art mitumfassen solle, so hätte es

ihm obgelegen, dieß im Vertrage in unzweideutiger Weise zum Ausdruck zu bringen, was um so notwendiger gewesen wäre, als wie ansggeführt der im Vertrag gebrauchte Ausdruck Wirtschaft und die Höhe der Vertragsstrafe nicht dafür sprechen, daß auch eine derartige Bierabgabe von dieser Strafe betroffen sein solle. Der Vertrag enthält jedoch über eine solche Absicht nichts.

Urteil des I. Civilsenats vom 10. November 1899 i. S. Specht gegen Martini.

34.

Giltigkeit eines Vergleichs über eine Forderung, die nach der vom Kläger bestrittenen Behauptung des Beklagten aus reinen Differenzgeschäften herrührt.

Eine Civilkammer hat 1893 auf Klage der jetzigen Klägerin den Vater bezw. Schwiegervater der beiden jetzigen Beklagten, A. M., unter Abweisung seiner Widerklage zur Bezahlung von 62029 M. an die Klägerin verurteilt. Beklagter hatte die Einrede vorgeschützt, der — im Uebrigen nicht beanstandete, den Gegenstand der Klage bildende — Kontokorrentsaldo stamme aus reinen Differenzgeschäften her und sei daher unklagbar. Klägerin bestritt dies. Die Civilkammer hat auf Grund eines Gutachtens diese Einrede als thatsächlich unbegründet verworfen.

Nach Zustellung, aber vor eingetretener Rechtskraft dieses Urteils schlossen die damaligen Parteien unter Mitwirkung der jetzigen Beklagten am 13. September 1893 einen schriftlichen Vergleich, wonach A. M. unter Selbstzählerbürgschaft der Beklagten sich verpflichtete, der Klägerin 45000 M. zu zahlen, und auf das Rechtsmittel der Berufung gegen das landgerichtliche Urteil verzichtete, wogegen Klägerin auf ihre Mehrforderung verzichtete.

An der Vergleichssumme ist der Betrag von 6659 M. rückständig. Auf deren Bezahlung hat Klin. gegen die beiden

Beklagten Klage erhoben, die sich auf den Vergleich stützte.

Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt. Sie haben geltend gemacht, der Vergleich vom 13. September 1893 sei nichtig, weil er die Erledigung von Ansprüchen aus reinen Differenzgeschäften, also aus wichtigen Rechtsgeschäften bezweckt habe. Die Einrede ist verworfen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gr ü n d e n.

I. Der Vergleich vom 13. September 1893 hat sich auf eine Forderung bezogen, die nach der Behauptung der Klägerin aus rechtsgiltigen und vollkommen rechtswirksamen Rechtsgeschäften, nach der Behauptung des damaligen Beklagten (und der jetzigen Beklagten) aus verbotenen oder doch unklagbaren Rechtsgeschäften, nämlich aus Differenzgeschäften, herstammte. Unzutreffend ist die Meinung der Klägerin, es handle sich um einen Vergleich über eine durch Urteil festgestellte Forderung: das ergangene Urteil war noch nicht rechtskräftig und sollte nach der Absicht der Parteien nicht rechtskräftig werden, der Anspruch aus dem Vergleich sollte an die Stelle des eingeklagten (und der Klägerin vorläufig, aber noch nicht endgültig zuerkannten) Anspruchs treten.

Es handelt sich also um die Frage, ob ein Vergleich gültig und rechtswirksam ist, der über eine nach der bestrittenen Behauptung des Beklagten aus einem ungiltigen Rechtsgeschäft stammende Forderung geschlossen ist, und zwar in einem Fall, wo die Richtigkeit dieser Behauptung mindestens zweifelhaft war und ist (wie das Urteil der Civilkammer und das ihm zu Grund liegende Sachverständigen-Gutachten beweist).

Eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung des maßgebenden württ. bzw. des gemeinen Rechts, die einen Satz dahin aufstellen würde, daß ein derartiger Vergleich ungültig sei, haben die Beklagten nicht angeführt; sie besteht auch nicht. Die Stütze der Einrede der Beklagten bildet lediglich eine ge-

legentliche Aeußerung eines reichsgerichtlichen Urtheils¹⁾ des Inhalts: falls die Parteien auch die Einrede des verbotenen Differenzspiels durch den zwischen ihnen abgeschlossenen Vergleich hätten beseitigen wollen, so hätte doch der Vergleich diese Wirkung nicht erzeugen können, weil das Verbot und die Wichtigkeit des Rechtsgeschäfts der Einwirkung der Parteien entzogen gewesen und geblieben seien²⁾.

Da der hier aufgestellte Satz, wie bemerkt, in den maßgebenden Gesetzen nirgends ausdrücklich ausgesprochen ist, kann es sich nur fragen, ob er aus allgemeineren Rechtsätzen sich ableiten läßt. Als solche kommen in Betracht: 1) Der Satz, daß Verträge zwecks Umgehung des Gesetzes ungiltig sind; 2) der Satz, daß Verträge, die gegen die guten Sitten verstoßen, ungiltig sind; 3) der Satz, daß Verträge über Rechtsverhältnisse ungiltig sind, die der Verfügungsgewalt der Beteiligten entzogen sind.

1) Um einen Vertrag zwecks Umgehung des Gesetzes handelt es sich im vorliegenden Fall nicht, Beklagte behaupten das auch nicht. Eine Umgehung des Gesetzes läge vor, wenn beide Teile darüber einig gewesen wären, daß eine Schuld aus Differenzgeschäften vorliege, und nur zum Schein prozessiert hätten, um der an sich unklagbaren Schuld mittels des Vergleichs einen anderen Rechtsgrund zu schaffen. Aber es ist in keiner Weise angezeigt, daß Klägerin nicht stets der Meinung gewesen ist und sein konnte, ihre Geschäfte mit A. M. seien durchaus rechtsgiltige Geschäfte aus Kauf, Auftrag u. s. w. und keine Differenzgeschäfte gewesen. Wenn sie sich auf den Vergleich vom 13. September 1893 eingelassen hat, so hatte das mutmaßlich seinen Grund in der Erwägung, daß es doch nicht unbedingt sicher sei, ob die höheren Gerichte die Ansicht der Klägerin und der Civilkammer teilen, und es sich deßhalb empfehle, den Streit

1) RG. Bd. 37 Nr. 124 S. 418.

2) Ob die Entscheidungen des RG. Bd. 39 Nr. 40 S. 163 und in J. B. S. 1900 S. 495 Nr. 7 auch diesen Satz gebilligt haben, ist nicht unzweifelhaft und kann dahingestellt bleiben.

durch Nachlaß eines Theils der eingeklagten Forderung gegen unbedingte Anerkennung des größten Theils dieser Forderung durch den Beklagten ein Ende zu machen. Der damalige Beklagte andererseits war zur Eingehung des Vergleichs mutmaßlich durch die Erwägung veranlaßt, daß er in dem sehr wohl möglichen Fall, daß die höheren Gerichte die Ansicht der Civilkammer teilen, die vollen 62029 M. bezahlen müßte, und es sich daher für ihn empfehle gegen Nachlaß von 17000 M. die Restforderung von 45000 M. unbedingt anzuerkennen. Ein derartiger Vergleich in betreff einer Schuld, deren rechtliche Natur als Schuld aus Differenzgeschäften bestritten und keineswegs zweifellos ist, ist augenscheinlich nicht zwecks Umgehung des Gesetzes geschlossen, das Forderungen aus Differenzgeschäften für unklagbar erklärt.

2) Der Vergleich vom 13. September 1893 hat auch nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Daß Klägerin selbst der Ueberzeugung gewesen sei, ihre in Rede stehenden Geschäfte mit A. M. seien Differenzgeschäfte und keine vollgiltigen Rechtsgeschäfte gewesen, oder daß sie auch nur bei reiflicher Erwägung des Sachverhalts zu dieser Ueberzeugung hätte kommen müssen, ist nicht behauptet und nicht ersichtlich. Wer sich aber über eine Forderung vergleicht, die nach seiner (nicht offenbar unhaltbaren) Ansicht gültig und klagbar, wenn auch nach der Behauptung des Gegners unklagbar ist, handelt nicht unsittlich; ebensowenig aber derjenige, der sich über eine ihm obliegende Schuld vergleicht, von der er zwar meint, sie stamme aus einem unklagbaren Rechtsgeschäft, bezüglich deren aber der Gegner (unter Billigung seitens eines landgerichtlichen Urteils) das Gegenteil aus Gründen behauptet, deren Unhaltbarkeit jedenfalls nicht auf der Hand liegt. Der Schuldner der sich in einem solchen Fall in der hier in Frage stehenden Weise vergleicht, handelt durchaus vernünftig und sachgemäß und seine Handlungsweise verstößt keineswegs gegen das Sittengesetz; denn dieses gebietet nach der allgemeinen und durchaus zu billigenden Auffassung nicht, die Meinung, eine Schuld entstamme einem

nichtigen Rechtsgeschäft, bis auf's Neueste durchzusetzen (auf die Gefahr hin, völlig zu unterliegen) und einen Vergleich zu unterlassen, wodurch ein Teil der Schuld anerkannt, ein Teil nachgelassen wird.

In Theorie und Praxis findet sich auch (von dem oben angeführten reichsgerichtlichen Urteil abgesehen) nirgends die Ansicht vertreten, daß ein Vergleich über eine Forderung ungiltig sei, die nach der bestrittenen Behauptung des Schuldners aus einem unsittlichen (wucherlichen und dergl.) Geschäft herrühre. Die unannehmbaren Folgen eines derartigen Rechtssatzes hat das angefochtene Urteil zutreffend hervorgehoben. Wenn die Berufung hiezu bemerkt, daß dieser Gesichtspunkt nicht entscheidend sei, so ist das ja an sich richtig; aber wenn die Konsequenzen eines angeblichen Rechtssatzes ungeheuerliche sind, wie im vorliegenden Fall, so ist aller Anlaß gegeben, das Bestehen eines solchen Rechtssatzes nicht ohne zwingende Gründe anzuerkennen; an solchen fehlt es aber hinsichtlich des von den Beklagten behaupteten Rechtssatzes durchaus: der Satz: „Vergleiche zum Zweck der Beilegung eines Streits darüber, ob eine Forderung einem verbotenen (oder doch unklagbaren) Rechtsgeschäft entstammt, sind als gegen die guten Sitten verstößend nichtig“ entbehrt vielmehr aller und jeder Begründung.

3) Es ist anerkanntem Rechts, daß Gegenstand eines Vergleichs nur Rechtsverhältnisse sein können, über die (und soweit über sie) den Parteien Verfügungsgewalt zusteht. Man mag davon ausgehen, daß verbotene oder sonst nichtige Rechtsgeschäfte der Verfügungsgewalt der vertragschließenden Teile entzogen sind. Aber zunächst kommt in Betracht, daß Differenzgeschäfte keine *verbotenen* Rechtsgeschäfte sind ¹⁾ und der Verfügungsgewalt der Parteien insofern unterliegen, als es dem verlierenden Teil unbenommen ist, seine Verbindlichkeit rechtswirksam zu erfüllen. Daraus sodann, daß Vergleiche über Forderungen aus solchen Geschäften ungiltig sein mögen, bezüglich deren die Parteien nicht im Streit dar-

1) Vergl. RG. 39 Nr. 40; 43 Nr. 36.

über sind (oder doch vernünftiger Weise nicht im Streit darüber sein können), daß sie verboten (oder doch unklagbar) sind, folgt nicht, daß auch Vergleiche ungiltig sind über Geschäfte, bezüglich deren zwischen den Parteien Streit darüber besteht, (und vernünftiger Weise bestehen kann), ob sie den Thatbestand eines verbotenen (oder mindestens unklagbaren) Rechtsgeschäfts erfüllen. Daß Zweifel darüber im einzelnen Fall sehr wohl möglich sind, ob ein gewisses Geschäft ein Differenzgeschäft ist, ob dabei eine „Ausbeutung der Notlage“ des Schuldners oder ein „auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung“ — vergl. § 138 Abs. 2 B.G.B. — stattgefunden hat und dergleichen, bedarf keiner Ausführung; in solchen Fällen handelt es sich um einen Streit oder eine Ungewißheit der Parteien in Betreff eines zwischen ihnen bestehenden, nach seiner Natur als Schuldverhältnis einem Vergleich zugänglichen Rechtsverhältnisses und eine derartige subjektive Ungewißheit in Betreff eines Rechtsverhältnisses kann mittels gegenseitigen Opfers auf vertragsmäßigem Weg durch Vergleich beseitigt werden. Nirgends ist in den Gesetzen ausgesprochen, daß ein Vergleich unstatthaft sei, wenn der Streit oder die Ungewißheit der Parteien die Frage der Klagbarkeit des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts betreffe. Die Unzulässigkeit eines derartigen Vergleichs widerspräche augenscheinlich ebenso dem Interesse der Parteien wie dem öffentlichen Interesse an gütlicher Beilegung von Rechtsstreitigkeiten; demgegenüber ist die Möglichkeit, daß auf diese Weise je und je einem nach richtiger Ansicht unklagbaren Anspruch zu (teilweiser) Geltung verholfen wird, nicht so schwerwiegend, daß sie nötigen würde, auch ohne ausdrücklichen Ausspruch der Gesetze die Zulässigkeit von Vergleichen auf solche Fälle einzuschränken, in denen nicht über die Giltigkeit oder Klagbarkeit der dem erhobenen Anspruch zu Grund liegenden Rechtsgeschäfte gestritten wird.

4) Noch mag darauf hingewiesen werden, daß bei der hier bekämpften Ansicht sich der Zweifel erhebt, ob ein Ver-

gleich schlechthin unzulässig sein soll, sobald nur eine Partei im Prozeß die Ungiltigkeit oder Unklagbarkeit des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts behauptet hat, oder nur dann, wenn nach der Ansicht des Gerichts, das in dem Rechtsstreit über den Vergleich zu entscheiden hat, jenes Geschäft in der That ungiltig oder unklagbar war. Ersteres wird wohl kaum gemeint sein; die letztere Ansicht würde aber zu dem sonderbaren Ergebnis führen, daß ein und derselbe Vergleich giltig oder nichtig wäre, je nachdem nach Ansicht des späteren Richters die Partei, welche im Vorprozeß die Ungiltigkeit oder Unklagbarkeit des Rechtsgeschäfts behauptet hat, mutmaßlich unterlegen wäre oder obgesiegt hätte.

II. Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß nach dem für die Beurteilung des vorliegenden Falls maßgebenden Recht der von dem Beklagten gegen die Giltigkeit des Vergleichs vom 13. September 1893 erhobene Einwand durchaus unhaltbar ist, weshalb die Berufung der Beklagten zurückzuweisen war.

Aber auch nach dem Recht des B.G.B. würde das Gleiche gelten, wie zur Bestätigung der Richtigkeit der vorstehenden Darlegungen kurz hervorgehoben werden mag, da der § 762 B.G.B.¹⁾ ein Prinzip aufstellt, das „der in der Gegenwart vorherrschenden, auch in den modernen Kodifikationen im Wesentlichen zur Anerkennung gelangten Rechtsauffassung“ entspricht, wie denn auch eine Entscheidung des Reichsgerichts²⁾ hervorhebt, die vom Reichsgericht vertretene Rechtsanschauung sei auch in das B.G.B. übergegangen.

Wenn Absatz 2 des § 762 B.G.B. bestimmt, daß Vereinbarungen ungiltig seien, „durch die der verlierende Teil zum Zweck der Erfüllung einer Spiel-Schuld dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht“, insbesondere Schuldanerkenntnisse, so ergeben Wortlaut und Entstehungsgeschäfte dieser Gesetzesvorschrift³⁾, daß damit beabsichtigt

1) Nach den Motiven zu § 664 E.B.G.B. Bd. 2 S. 643.

2) In J.W.S. 1900 S. 495 Nr. 7.

3) Vergl. Prot. der II. Kommission S. 3175 unten, 3176, 3177.

war, eine Umgehung des Gesetzes zu verhindern; von einer Seite wurde eben deshalb die fragliche Vorschrift (als selbstverständlich) für entbehrlich gehalten, die Mehrheit der Kommission hielt aber ihre Aufnahme für zweckmäßig. Das Gesetz verbietet also Vereinbarungen nur über solche Schulden, bezüglich deren kein Streit darüber besteht (oder doch vernünftiger Weise bestehen kann), daß es Spielschulden sind; nur in diesem Fall liegt eine „zum Zweck der Erfüllung einer Spielschuld“ eingegangene Verbindlichkeit vor. Daß es sich aber im gegenwärtigen Fall um einen zwecks Umgehung des Gesetzes abgeschlossenen Vergleich nicht handelt, ist oben I) 1 dargethan worden. Die oben I) 2 und 3 gegebenen Ausführungen würden unter der Herrschaft des B.G.B. in gleicher Weise zutreffen, wie unter der des württembergischen oder des gemeinen Rechts.

Urteil des I. Civilsenats vom 31. Dezember 1900 i. S. Mayer g. Rosenfeld.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

35.

Zur Auslegung von § 438 (Art. 408) H.G.B. und § 90 Abs. 2 Ziffer 4 der Verkehrsordnung (vom 15. November 1892, die hierin gleichlautend ist mit § 90 Abs. 2 Ziffer 4 der Verkehrsordnung vom 26. Oktober 1899).

Der Kläger euthielt am 8. Oktober 1898 auf dem Güterbahnhof in Stuttgart einen Eisenbahnwagen Mostobst zur Entladung ausgefolgt, den sein Bruder K. G. in W. (Oberbayern) auf Bestellung von der dortigen Eisenbahnverwaltung zur Beladung erhalten, beladen und als Frachtgut abgefendet hatte. Der Kläger hat die Sendung unbeanstandet angenommen und die Fracht bezahlt. Er verkaufte das Obst sofort auf dem Bahnhof an zwei Abnehmer, die es ihrerseits in kleineren Mengen weiterverkauften. Der aus diesem Obst hergestellte Most zeigte jedoch einen widrigen Karbol-

Geruch und -Geschmack und war dadurch ungenießbar gemacht. Auf Mitteilung hievon brachte der Kläger am 13. Oktober 1898 Proben des Mostes auf das städtische Laboratorium zur Untersuchung und der Vorstand Dr. B. erstattete am 14. Oktober ein Gutachten.

Es ist unbestritten, daß der Karbolgeruch und der Geschmack des Mostes von dem Eisenbahnwagen herrührt, in welchem das Mostobst von B. nach St. befördert wurde, und veranlaßt ist durch die kurz zuvor erfolgte Desinfektion des Wagens mit Karbol. Gegenüber der Klage auf Ersatz des Schadens, den Kläger dadurch erlitten hat, daß die Käufer des Obstes dessen Bezahlung verweigerten, hat Beklagter unter anderem geltend gemacht: die Voraussetzungen des Art. 408 Abs. 2 H.G.B. seien nicht gegeben und deshalb die Klage abzuweisen. Hierüber besagen die

G r ü n d e

des Berufungsurteils: Der Art. 408 H.G.B. läßt nach Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht, wie sie hier unbestritten vorliegt, nur ausnahmsweise noch Ansprüche gegen den Frachtführer zu. Die eine Voraussetzung der Ausnahme trifft unbestritten zu, daß die Beschädigung während der Zeit seit der Empfangnahme des Guts zur Beförderung bis zur Ablieferung an den Empfänger entstanden ist; die beiden weiteren Voraussetzungen aber: daß die Beschädigung bei der Ablieferung äußerlich nicht erkennbar gewesen ist und daß die Feststellung der Beschädigung ohne Verzug nach der Entdeckung nachgesucht worden ist, sind in Zweifel gezogen. Was die äußerliche Erkennbarkeit der Beschädigung bei der Ablieferung betrifft, so hat der Kläger selbst, dessen Abnehmer und die zahlreichen weiteren Abnehmer durch die Annahme des Obstes, den Ankauf zum gewöhnlichen Preise und die Verarbeitung des Obstes gezeigt, daß sie die Beschädigung des Obstes nicht erkannt haben. Aus diesem Verhalten zahlreicher zum Teil jedenfalls sachverständiger Personen ist zu schließen, daß die Beschädigung äußerlich

nicht erkennbar gewesen ist. Wenn nun auch einzelne Personen, wie von dem Kläger selbst früher angeführt und wie jetzt vom Beklagten unter Beweistritt behauptet ist, einen Karbolgeruch schon vor dem Vermosten des Obstes bemerkt haben und dieser Geruch überhaupt äußerlich erkennbar gewesen ist, so haben immerhin jene Personen durch ihr weiteres Verhalten gezeigt, daß sie eine mit dem Geruch in Zusammenhang stehende Beschädigung des Obstes nicht erkannt haben. Es ist daher anzunehmen, daß wenn auch der Geruch äußerlich bemerkbar gewesen sein mag, doch die Beschädigung des Obstes mit den gewöhnlichen Mitteln menschlicher Erkenntnis, welche allein in Betracht kommen, äußerlich nicht erkennbar gewesen ist.

Die weitere Voraussetzung des Art. 408 Abs. 2 verlangt unabhängig von der später sich ergebenden Beweislage, daß die Feststellung der Beschädigung ohne Verzug nach der Entdeckung nachgesucht worden ist. Die Feststellung, die nach dieser Vorschrift des H.G.B. nachgesucht werden muß, ist eine Feststellung durch amtlich bestellte Sachverständige gemäß Art. 407 H.G.B. Ein unverzügliches Nachsuchen einer solchen Feststellung ist unzweifelhaft nicht erfolgt und die Ausnahme des Art. 408 Abs. 2 H.G.B. trifft daher nicht zu, wenn sie nicht durch die Verkehrsordnung ausgedehnt worden ist.

Zu dieser Richtung kommt § 90 Abs. 2 Ziffer 4 der Verkehrsordnung in Betracht, welcher zur Erhaltung des Anspruchs gegen den Frachtführer neben dem Antrag auf gerichtliche Feststellung auch einen bei der Eisenbahn selbst unmittelbar nach Entdeckung des Schadens anzubringenden Antrag auf Feststellung zuläßt. Diese Bestimmung ist vom Kläger allerdings erst im Berufungsverfahren ausdrücklich angeführt worden, aber die Klage hat sich von Anfang an auf den Frachtvertrag gestützt und damit auch auf die Verkehrsordnung als dessen bekannte Grundlage Bezug genommen.

(Es wird nun ausgeführt, daß Kläger schon am 14.

Oktober 1898 bei dem mit dem „Reklamationswesen“ besonders betrauten Beamten der Güterstelle St. den „Verderb des Mosts durch Desinfektionsmittel“ geltend gemacht und ein hierauf bezügliches Gutachten des Sachverständigen Dr. B. vorgelegt hat.) Sodann fahren die Gründe fort: Damit war die Feststellung der Beschädigung bei der Eisenbahn beantragt, indem sich das Weitere für die Vornahme dieser Feststellung aus den Vorschriften des § 71 der Verkehrsordnung ergab. Daß dieser Antrag des Klägers unmittelbar nach der Entdeckung des Schadens gestellt worden ist, ergibt sich aus dem Datum. Die Bestimmung des § 90 der Verkehrsordnung bezieht sich allerdings in gleicher Weise wie Art. 408 H.G.B. auf äußerlich nicht erkennbare Beschädigungen, aber in dieser Richtung ist auf das oben Ausgeführte Bezug zu nehmen, nach welchem eine solche Beschädigung vorliegt.

Das Berufungsgericht hat demgemäß angenommen, daß der § 90 der Verkehrsordnung und die durch ihn bestimmte Erweiterung der Haftbarkeit des Frachtführers nach Art. 408, 395 H.G.B. zutrifft. Der Beklagte hat daher nach diesen Vorschriften sowie gemäß Art. 401, 396 H.G.B. Ersatz zu leisten und zwar hat er den Unterschied zwischen dem Verkaufswert des Gutes in beschädigtem Zustand und dem gemeinen Handelswert des Gutes ohne diese Beschädigung zu ersetzen.

Urteil des I. Civilsenats vom 23. Februar 1900 i. S.
Gschwendner g. Fiskus.

36.

**Kreditgewährung durch Diskontierung von Wechseln,
die der Kreditnehmer acceptiert hat und die von den
Wechselinhabern bei dem Kreditgeber diskontiert
worden sind?**

Beklagte hat sich dem klagenden Bankhaus für den ihrem Mann gewährten „Kredit in laufender Rechnung“ verbürgt.

Es handelte sich nun um die Frage, ob die Forderungen der Klägerin aus Wechseln, die der Ehemann der Beklagten acceptiert hatte und welche die Wechselinhaber bei der Klägerin diskontiert hatten, unter den Kreditvertrag und damit unter die Bürgschaft der Beklagten fallen. Das Berufungs-urteil hat diese Frage verneint aus folgenden

Gründen.

Der Ehemann der Beklagten ist durch die Annahme der 12 Wechsel, bezüglich deren die Beklagte ihre Haftpflicht aus dem Kredit- und Kautionsvertrag bestreitet, wechselfähig verpflichtet worden, die in den Wechseln bezeichneten Summen zur Verfallzeit zu bezahlen, und zwar besteht diese Verpflichtung des Ehemanns der Beklagten gegenüber der Klägerin als der durch die Indossamente legitimierten Inhaberin der Wechsel. Es erhebt sich aber nunmehr die Frage, ob die Beklagte auch für die Erfüllung der ihrem Ehemann aus den 12 Wechseln gegenüber der Klägerin erwachsenen Verbindlichkeiten auf Grund des Kredit- und Kautionsvertrags vom 11. April 1888 einzustehen hat. Nach Ziffer III dieses Vertrags hat die Beklagte sich für den von der Klägerin ihrem Ehemann zu gewährenden Kredit in laufender Rechnung als Bürgin und Selbstzählerin haftbar gemacht. Es ist daher zu prüfen, ob die Klägerin dadurch, daß sie die 12 mit dem Accept des Ehemanns der Beklagten versehenen Wechsel dritten Personen, nämlich den Wechselfaustellern, diskontierte, dem Ehemann der Beklagten einen Kredit gewährt hat. Wenn nun auch der nächstliegende Fall der Kreditgewährung der ist, daß der Kreditgeber unmittelbar Teile seines Vermögens dem Kreditnehmer zur Verfügung stellt, so kann doch auch in mittelbarer Weise eine Kreditgewährung stattfinden, sei es daß der Kreditgeber aus seinem Vermögen eine Schuld des Kreditnehmers gegen einen Dritten bezahlt bzw. eine solche Schuld übernimmt, sei es daß der Kreditgeber dritte Personen zur Hingabe von Vermögensstücken an den Kreditnehmer bestimmt, indem er seinerseits denselben das Entgeld (z. B. den Kauffchilling) sofort ent-

richtet oder sich allein bezw. neben dem Kreditnehmer für die Gegenleistung (z. B. für die Heimzahlung des Darlehens, für die Bezahlung des gestundeten Kaufschillings) verbindlich macht. Bei dieser mittelbaren Kreditgewährung muß aber stets die Thatsache, daß der Kreditnehmer Teile seines Vermögens zur weiteren Verfügung behält, (wie bei der Bezahlung bezw. Uebernahme einer Schuld durch den Kreditgeber) oder weitere Vermögensteile zu seiner Verfügung erhält (wie im zweiten Fall), in urfächlichem Zusammenhang mit der Leistung des Kreditgebers stehen. Es ist daher die Behauptung der Klägerin unzutreffend, daß sie sich durch die Diskontierung der Wechsel dem Ehemann der Beklagten Kredit gewährt habe, insofern derselbe dadurch als kreditwürdig bezeichnet worden sei, während im Fall der Verweigerung der Diskontierung sein Kredit vernichtet worden wäre. Vielmehr ist die Entscheidung der zunächst sich erhebenden Frage, ob die Diskontierung der Wechsel von Seiten der Klägerin es gewesen ist, wodurch der Ehemann der Beklagten von dritten Personen Vermögensstücke zu seiner Verfügung erhalten hat, nur möglich, wenn die thatfächlichen Vorgänge bei der Diskontierung der Wechsel in Betracht gezogen werden. In dieser Richtung ist darauf hinzuweisen, daß nach der übereinstimmenden Darstellung der Parteien die Aussteller der Wechsel dem Ehemann der Beklagten Waren geliefert und von diesem — anstatt die Barzahlung der Kaufpreise — die Wechselaccepte entgegen genommen hatten. Durch die Wechselaccepte erhielten die Wechsellaussteller gegen den Ehemann der Beklagten einen wechselfähigen Anspruch auf Bezahlung der in den Wechseln bezeichneten Beträge zur Verfallzeit. Indem sodann die Klägerin den Wechsellausstellern die Wechsel diskontierte, trat zwar insofern eine Aenderung in der Vermögenslage der letzteren ein, als sie von der Klägerin für ihre Wechsel die Baluta bekamen, beziehungsweise ihnen der Betrag derselben gutgeschrieben wurde; sie hafteten aber als Wechsellaussteller der Klägerin beziehungsweise deren Nachmännern für die

Zahlung der Wechsel von Seite des Ehemanns der Beklagten. Faßt man diese durch die Hingabe der Wechselaccepte und ihre Diskontierung begründeten rechtlichen Beziehungen der Beteiligten ins Auge, so ist durch die Gestaltung derselben das Vorbringen der Klägerin, daß die Wechsellaussteller durch die Diskontierung der Wechsel von Seiten der Klägerin bestimmt worden seien, dem Ehemann der Beklagten die Waren gegen dessen bloßes Accept zu liefern, geradezu widerlegt. Denn wenn die Lieferanten den Ehemann nicht mehr für kreditwürdig gehalten hätten, so hätten die hiedurch bei ihnen hervorgerufenen Bedenken, ihm auf Borg zu liefern, vernünftiger Weise durch die Diskontierung der Wechsel von Seiten der Klägerin nicht beseitigt werden können, da sie eben vermöge ihrer Haftpflicht als Aussteller der Wechsel für deren Bezahlung durch den Ehemann doch schließlich einzustehen hatten. Vielmehr ist anzunehmen, daß die Lieferanten den Ehemann der Beklagten zur Zeit der Warenlieferungen noch für kreditwürdig erachtet haben. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und inwiefern etwa die Lieferanten durch die Thatsache, daß die Klägerin noch Wechselaccepte des Ehemanns der Beklagten diskontierte, in den Glauben an dessen Zahlungsfähigkeit verfehrt beziehungsweise in diesem Glauben bestärkt worden sein mochten; denn auch in diesem Fall wären die Lieferanten durch das Vertrauen auf die Sicherheit der Accepte des Ehemanns der Beklagten, nicht durch die Aussicht auf die Diskontierung der Wechsel von Seiten der Klägerin, bestimmt worden, dem Ehemann der Beklagten die Waren unter Anborgung des Kaufpreises zu liefern. Anders wäre die Sachlage, wenn die Klägerin etwa behaupten könnte, mit Zustimmung des Ehemanns der Beklagten bei Diskontierung der Wechsel den Ausstellern zugesagt zu haben, daß sie in ihrer Eigenschaft als Aussteller nicht in Anspruch genommen werden sollen, eine solche Behauptung hat aber die Klägerin selbst nicht aufzustellen vermocht, wie sie denn überhaupt keine Angaben über dasjenige, was zwischen ihr und den Wechsellausstellern jeweils

bei der Diskontierung besprochen worden sei, machen konnte. Allein auch wenn anzunehmen wäre, daß die Wechsellaussteller die Waren dem Ehemann der Beklagten auf dessen Accept allein, ohne die Aussicht auf die Diskontierung der Wechsel seitens der Klägerin nicht geliefert hätten, so würde diese Thatsache noch nicht ausreichen, um die der Klägerin aus der Diskontierung erwachsenen Ansprüche gegen den Ehemann der Beklagten unter die Bestimmungen des Kredit- und Kautions-Vertrags zu stellen. Es wäre vielmehr noch weiter erforderlich, daß auch nach der übereinstimmenden Willensmeinung der Klägerin und des Ehemanns der Beklagten diesem durch die Diskontierung der Wechsel von Seiten der Klägerin der Bezug der Waren ohne sofortige Barzahlung ermöglicht und dadurch Kredit gewährt werden sollte. Daß eine ausdrückliche Beredung in dieser Beziehung zwischen der Klägerin und dem Ehemann der Beklagten stattgefunden habe, vermag erstere selbst nicht zu behaupten. Auch kann die Klägerin keine Thatsachen anführen, welche etwa die Annahme einer bezüglichen stillschweigenden Vereinbarung rechtfertigen würden. Die bloße Kenntnis des Ehemanns der Beklagten davon, daß die Klägerin die Wechsel diskontiere, wäre schon aus dem Grunde unerheblich, weil damit noch nicht dargethan wäre, daß sich der Ehemann der Beklagten auch dessen bewußt gewesen sei, daß er ohne die Diskontierung der Wechsel seitens der Klägerin keine Waren mehr von seinen Lieferanten ohne Barzahlung bekommen würde. Allein selbst wenn der Ehemann der Beklagten — wie die Klägerin in zweiter Instanz behauptet, die Beklagte aber bestritten hat — den eben erwähnten Zusammenhang der Diskontierung der Wechsel seitens der Klägerin und der Lieferung der Waren gekannt hätte, so würde es immer noch an einem ausreichenden Nachweis dafür fehlen, daß sich in dem geschäftlichen Verkehr des Ehemanns der Beklagten mit den Ausstellern der Wechsel die Willensmeinung des ersteren kundgegeben habe, den Kredit der Klägerin zur Erlangung der Warenlieferungen in Anspruch zu

nehmen. Daß aber eine derartige Willensäußerung des Ehemanns der Beklagten auch wirklich nicht erfolgt ist, geht mit Sicherheit daraus hervor, daß die Klägerin unbestrittenmaßen die Beträge der in Frage stehenden Wechsel bei deren Diskontierung nicht im Kontokorrent des Ehemanns der Beklagten zu dessen Lasten gebucht hat. Aus der Unterlassung der Buchung der 12 beanstandeten Wechsel im Kontokorrent des Ehemanns der Beklagten ergibt sich aber auch, daß die Klägerin selbst in der Diskontierung eine Kreditgewährung an den Ehemann der Beklagten nicht erblickt hat. Denn wenn die Klägerin die Diskontierung als eine unter den Kredit- und Kautions-Vertrag fallende Kreditgewährung an den Ehemann der Beklagten angesehen hätte, so wäre nach dem bereits Bemerkten nicht erfindlich, warum sie nicht sofort den Ehemann in dessen Kontokorrent mit den für ihn durch die Diskontierung gemachten Leistungen belastet hätte. Es bleibt hienach nur die Annahme übrig, daß die Klägerin eben im Hinblick auf die Wechselfauststeller zur Diskontierung sich herbeigelassen hat, und die Klägerin gibt ja auch zu, daß die Aussteller der Wechsel zahlungsfähig seien.

Urteil des II. Civilsenats vom 26. Oktober 1899 i. S.
Krafft gegen Bankkommandite Ulm.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

37.

1. Zur Auslegung des Art. 4 Lit. B des Reichsgesetzes vom 20. Dezember 1899 betr. einige Aenderungen von Bestimmungen über das Postwesen.
2. Zum Begriff der „wichtigen Gründe“ i. S. des § 70 H.G.B., § 626 B.G.B.

Der Beklagte, Inhaber der Stuttgarter Privatstadtpost und als solcher im Handelsregister eingetragen, hat den Kläger, seinen Schwager, im Frühjahr 1890 bestimmt, als Bureauvorstand und Chef der Privatstadtpost in die Dienste des Beklagten zu treten gegen einen Jahresgehalt von 4500 M.

und unter der Zusage, daß Beklagter dem Kläger die neue Stellung bei der Privatstadtpost kündigungslös auf Lebenszeit gewährleiste und daß eine Lösung des Dienstverhältnisses nur im Fall des Ablebens des Beklagten oder dessen Zurückziehung vom Geschäft und zwar nur in der Weise statthaft sein solle, daß diesfalls der ganze Betrieb der Privatstadtpost vom Kläger auf eigene Rechnung gegen Abgabe eines noch zu vereinbarenden Prozentsatzes vom Reingewinn an den Beklagten oder dessen Rechtsnachfolger übernommen würde. Bis zu seiner Anstellung beim Beklagten war Kläger Schullehrer mit angeblich 1900 M. Gehalt. Der Beklagte hat — wie zwischen den Parteien unbestritten ist — außer der Privatstadtpost weitere Geschäfte nicht betrieben. Er hat zufolge des Reichsges. vom 20. Dezember 1899 betr. einige Aenderungen von Bestimmungen über das Postwesen den Privatstadtpostbetrieb auf 1. April 1900 eingestellt und aus diesem Grund dem Kläger am 30. Dezember 1899 dessen Stellung auf 1. April 1900 gekündigt. Die ihm nach dem Gesetz vom 20. Dezember 1899 an sich noch möglich bleibende Beförderung von Zeitungen hat Beklagter seit 1. April 1900 nicht betrieben; sie wäre nach seiner Behauptung gar nicht rentabel, nach der des Klägers nicht sehr gewinnbringend.

Auf Grund des Art. 4 Lit. B des erwähnten Gesetzes hat Kläger vom württemb. Staat eine Entschädigung von 3328 M. 06 Pf. erhalten, er hat sich hiebei alle Ansprüche gegen den Beklagten vorbehalten und rechnet die empfangene Summe an der eingeklagten Forderung ab. Die auf Zahlung von monatlich 379 M. während der Lebenszeit des Klägers gerichtete Klage ist im Berufungsverfahren (auf Berufung des württ. Fiskus als Nebenintervenienten) abgewiesen worden aus folgenden

G r ü n d e n :

I. Der Civilkammer ist darin beizustimmen, daß das Reichsgesetz vom 20. Dezember 1899 die etwaigen Schadensersatzansprüche der Angestellten von Privatposten gegen ihre Geschäftsherrn aus ungerechtfertigter Auflösung des Dienst-

verhältnisses nicht beseitigt hat. Solche Schadenserfahansprüche sind, sofern sie bestehen, rein privatrechtlicher Natur, sie beruhen auf dem Dienstverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Angestellten und beurteilen sich nach den in betreff der Aufhebung solcher Dienstverhältnisse geltenden Grundsätzen des bürgerlichen bezw. Handelsrechts. Daß das dem Gebiet des öffentlichen Rechts angehörende Gesetz vom 20. Dezember 1899 in diese privatrechtliche Verhältnisse eingreifen, etwaige wohl erworbene Rechte vernichten wollte, ist ohne die zwingendsten Gründe nicht anzunehmen. An solchen fehlt es aber. Das Gesetz läßt sich ungezwungen dahin verstehen, daß es den Angestellten der Privatposten die in Art. 4 Lit. B. festgesetzte Entschädigung gewährt hat, weil der Gesetzgeber von der Ansicht ausgegangen ist, zufolge dieses Gesetzes erlangen nach dem geltenden Recht die Inhaber der Privatposten die Befugnis, allen Angestellten, auch den etwa auf bestimmte längere Zeit oder auf Lebenszeit angenommenen, alsbald zu kündigen, ohne eine Entschädigung leisten zu müssen; oder aber will das Gesetz besagen: die Angestellten erhalten die festgesetzte Entschädigung, sofern sie eine infolge des Gesetzes eintretende Kündigung sich gefallen lassen müssen, ohne eine Entschädigung von dem kündigenden Geschäftsherrn beanspruchen zu können.

Welche dieser beiden Auslegungen die richtige ist, kann im gegenwärtigen Fall dahingestellt bleiben; da für spricht jedenfalls weder der Inhalt des Gesetzes noch der der Gesetzesmaterialien, daß der Sinn des Art. 4 der ist: „Die Bediensteten erhalten — unter Ausschluß aller ihnen etwa auf Grund der bestehenden Gesetze oder Verträge gegen ihre Geschäftsherrn zustehenden Schadenserfahansprüche — vom Reich (bezw. Staat) die in lit. B festgesetzten Entschädigungen.“

II. Daß Beklagter als Inhaber der Stuttgarter Privatstadtpost Kaufmann war (gemäß Art. 4; 272⁵, 390 H.G.B.)

ist unbestritten¹⁾. Kläger war also in seiner Eigenschaft als Angestellter der Privatstadtpost Handlungsgehilfe (und vielleicht zugleich Handlungsbevollmächtigter) des Beklagten. In Betreff der Auflösung seines Dienstverhältnisses kommen daher die einschlägigen Bestimmungen des H.G.B. zur Anwendung und zwar, da es sich um ein vor 1. Januar 1898 eingegangenes und vor 1. Januar 1900 gekündigtes Dienstverhältnis handelt, Art. 171 E.G. zum B.G.B. also keine (entsprechende) Anwendung findet, die bis 1. Januar 1898 in Geltung gebliebene Fassung des 6. Abschnitts des ersten Buchs. Uebrigens würde die Anwendung der seit 1. Januar 1898 geltenden Fassung dieses Abschnitts zum gleichen Ergebnis führen.

1. Die Parteien und der Nebenintervenient gehen mit Recht übereinstimmend davon aus, daß der Art. 62 H.G.B. (gleichwie § 70 H.G.B. und § 626 B.G.B.) auch in den Fällen Anwendung findet, da ein Dienstverhältnis auf Lebenszeit abgeschlossen ist, daß also Beklagter die Auflösung des Dienstverhältnisses auf 1. April (oder 1. Juni) 1900 verlangen konnte, wenn „wichtige Gründe“ hiezu vorlagen. Streit besteht in dieser Richtung nur darüber, ob das Gesetz vom 20. Dezember 1899 einen solchen wichtigen Grund darstellt.

2. Es kann nun aber kein Zweifel darüber bestehen, daß die Frage zu bejahen ist. Der „wichtige Grund“ zur Auflösung eines Dienstvertrags braucht anerkanntermaßen weder vom andern Teil verschuldet zu sein, noch überhaupt in dessen Person zu liegen; er ist gegeben, wenn nach Lage der Umstände dem einen Teil billiger Weise nicht zugemutet werden kann, den Vertrag wider seinen Willen fortzusetzen²⁾.

1) Vergl. RG. 20 Nr. 12; Staub, Kommentar zum B.G.B. 2. Aufl. § 5 zu Art. 390.

2) Vergl. Staub a. a. O. (6. und 7. Aufl.) Anm. 2 zu § 71 H.G.B.; Motive zu § 566 E. B.G.B. Bd. 2, S. 468—69; Planck, B.G.B. Anm. 1 zu § 626; Urteil dieses Senats i. S. Schweichhardt gegen Hausmann vom 2. November 1900.

Wenn man nun auch davon auszugehen hat, daß bei Würdigung der Frage, ob ein gewisser Umstand einen wichtigen Grund im bezeichneten Sinn darstellt, dann ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist, falls es sich um Auflösung eines auf Lebenszeit geschlossenen Dienstvertrags handelt, so ist doch einleuchtend, daß im vorliegenden Fall die Kündigung des Dienstvertrags des Klägers seitens des Beklagten berechtigt war. Denn ein gewichtigerer Grund zu solcher Kündigung eines auf Lebenszeit abgeschlossenen Dienstvertrags läßt sich kaum denken, als die durch Gesetz erfolgende dauernde Unterdrückung des Gewerbebetriebs, wofür der Bedienstete angestellt ist, behufs dessen Monopolisierung in den Händen des Staats: der Dienstherr ist ohne sein Zutun und ohne alle Verschuldung seinerseits durch das Gesetz, eine höhere unwiderstehliche Gewalt, in die Unmöglichkeit versetzt, die Dienste des Angestellten fernerhin für sein Erwerbsgeschäft zu benutzen, weil er dieses nicht mehr betreiben darf. (Die vom Kläger erwähnte Möglichkeit für den Beklagten, das bisherige Geschäft unentgeltlich weiter zu betreiben, kann natürlich im Ernst nicht in Betracht kommen; ebensowenig die Möglichkeit, das Geschäft in Beschränkung auf die durch Art. 3 Abs. 4 des Gesetzes vom 20. Dezember 1899 gestattete Beförderung politischer Zeitungen innerhalb Stuttgarts weiterzuführen: es ist ohne Weiteres klar, daß ein so beschränkter Gewerbebetrieb in einer Stadt von der Größe Stuttgarts sich überhaupt nicht austragen, unter keinen Umständen aber die Anstellung eines höher besoldeten Bediensteten wie des Klägers gestatten würde¹⁾). Der Dienstherr ist in einem solchen Fall seiner Einnahmequelle beraubt und sollte trotzdem verpflichtet sein, dem Bediensteten dessen Gehalt — vielleicht dessen ganzes Leben

1) Vergl. Begründung zu Art. 3 des Entwurfs des Gesetzes vom 20. Dezember 1899 in den stenographischen Berichten über die Reichstagsverhandlungen I. Session der 10. Legislaturperiode 1898—1900 2. Anl.-Bd., S. 1005—6.

hindurch — fortzuentrichten, also neben dem Entgang seines Gewinns positiven Schaden zu erleiden! (Von dem Schadensersatzanspruch des Dienstherrn gegen den Staat wird hier zunächst abgesehen: vgl. darüber unten Ziff. 3.)

Es ist nicht mehr als billig, daß in einem derartigen Fall der Angestellte in gleicher Weise wie der Dienstherr darauf verwiesen wird, sich durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft einen neuen Erwerb zu verschaffen. Eine unbedingte Sicherheit auf ein bestimmtes lebenslangliches Einkommen gewährt ja eine derartige lebenslängliche Anstellung im Privatdienst überhaupt nicht: abgesehen davon, daß z. B. der Gehaltsanspruch dadurch uneinbringlich werden kann, daß der Dienstherr in Konkurs gerät, ist ein derartiger Vertrag — mangels entgegengesetzter Vereinbarungen — nach unserem Recht stets mit der Maßgabe abgeschlossen, daß ihn jeder Teil aus wichtigen Gründen lösen kann, und ein solcher Grund läge z. B. auch dann vor, wenn der auf Lebenszeit Angestellte nach wenigen Jahren infolge unheilbaren Siechtums arbeitsunfähig wird: Art. 64 Ziff. 4 = § 72 Ziff. 3 H.G.B. (Auch der auf Lebenszeit angestellte Staatsbeamte muß sich unter Umständen — bei der Quieszierung — eine erhebliche Gehaltsschmälerung gefallen lassen: Artikel 22 ff. des württ. Beamtenges. vom 28. Juni 1876.) Wer sich also im Privatdienst lebenslänglich anstellen läßt, muß sich von vornherein sagen, daß Umstände eintreten können, infolge deren er ohne seine Schuld seine Stellung verliert, und wenn er auch gegen solche Umstände gesichert sein will, die nach dem Gesetz die vorzeitige Auflösung eines auf Lebenszeit geschlossenen Dienstvertrags rechtfertigen, so muß er eben darauf bedacht sein, sich bei Abschluß des Vertrags durch entsprechende Vereinbarungen — Ausbedingung einer Pension u. dgl. — für alle Fälle zu sichern. Doppelte Vorsicht ist geboten in einem Fall, wo der Anzustellende eine gesicherte Lebensstellung aufgeben muß, wie der Kläger; aber wenn und soweit hier die lebenslängliche Anstellung ohne besondere Abrede in betreff der Gründe und Folgen

einer vorzeitigen Kündigung erfolgt ist, so ist sie eben dem Gesetz entsprechend mit der Maßgabe geschehen, daß beide Teile aus „wichtigen Gründen“ das Dienstverhältnis kündigen können.

3. Kläger ist der Meinung, ein solcher wichtiger Grund sei für den Beklagten deshalb nicht vorgelegen, weil ja der geforderte Gehaltsanspruch im Endergebnis nicht vom Beklagten, sondern vom Staat zu zahlen sei, und die Civilkammer hat ausgeführt, bei Abweisung des erhobenen Anspruchs würde der Fiskus auf Kosten der wohlervorbenen Rechte des Klägers bereichert.

Diese Ausführungen sind verfehlt. Allerdings hat das Gesetz vom 20. Dezember 1899 aus Billigkeitsrücksichten den Inhabern von Privatposten einen Anspruch auf vollen Ersatz des Schadens gewährt, den sie infolge dieses Gesetzes erleiden. Der Staat (bezw. das Reich) ist demzufolge ohne Frage verpflichtet, jenen Unternehmern die Beträge zu erstatten, die sie dritten Personen zufolge Gesetzes oder Vertrags zu bezahlen genötigt sind. Selbstverständlich ist aber der Staat nicht verpflichtet, zu erstatten, was ein Privatpostunternehmer einem Dritten ohne rechtliche Nötigung — aus freien Stücken — bezahlt. Nach dem oben unter Ziffer 1 und 2 Ausgeführten war Beklagter berechtigt — wie er gethan hat —, zufolge der ihm durch das Gesetz aufgezwungenen Einstellung seines Privatpostbetriebs das Dienstverhältnis mit dem Kläger aufzulösen, ohne dadurch dem Letzteren schadensersatzpflichtig zu werden; von einer „Bereicherung“ des Fiskus kann daher keine Rede sein, wenn diesem die Erstattung einer Ausgabe erspart bleibt, die der Beklagte zu machen nicht verpflichtet ist. Würde man dem Klagenanspruch aus dem Grund entsprechen, weil ja Beklagter Ersatz dessen, wozu er verurteilt werde, vom Fiskus fordern könne, so würden durch die im Gesetz vom 20. Dezember 1899 festgesetzte Verpflichtung des Staats (bezw. Reichs), die Privatpostinhaber zu entschädigen, Ansprüche der Angestellten gegen ihre Dienstherrn erzeugt, die an

sich — ohne die Statuierung jener Entschädigungspflicht — nicht bestanden hätten. Das entspräche dem Sinn des Gesetzes nicht, das augenscheinlich nicht unter dem Titel einer Entschädigung der *Unstaten* (Art. 4 lit. A) eine solche den *Angestellten* gewähren will, für die es in Lit. B daselbst in gewissem Umfang Vorsorge getroffen hat.

III. Es fragt sich noch, ob nicht zwischen dem Kläger und dem Beklagten Vereinbarungen getroffen worden sind, wodurch das an sich dem Beklagten kraft Gesetzes zustehende Recht, in einem Fall wie dem thatsächlich eingetretenen das Dienstverhältnis vorzeitig auflösen, ausgeschlossen worden ist. (Die Gründe führen sodann aus, daß diese Frage zu verneinen ist.)

Urteil des I. Civilsenats vom 10. Mai 1901 i. S. Leopold gegen Bleich.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgenommen worden, nachdem das Reichsgericht das Gesuch des Kl. um Bewilligung des Armenrechts „wegen Ausfichtslosigkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung“ zurückgewiesen hatte.

38.

Berechtigung eines Betriebsleiters, das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzulösen, weil ihm ein zweiter Betriebsleiter an die Seite gesetzt wird (§ 70 H.G.B.).

Laut schriftlichen „Stellvertretungsvertrags“ der Parteien vom 1. August 1899 hat Beklagter dem Kläger „die Ausübung seines persönlichen Wirtschaftsrechts auf seinem Etablissement zum *Schönblick*“ übertragen. Kläger hatte „für seine Mühewaltung als Stellvertreter“ monatlich 150 Mk. nebst freier Station für sich und seine Familie (4 Personen) anzusprechen. Nach § 5 des Vertrags war der Vertrag „gegenseitig dreimonatlich kündbar“ und Kläger verpflichtet

„allen Anordnungen des Beklagten unweigerlich Folge zu leisten.“

Am 8. November 1899 zog der Kaufmann Richard S. mit seiner Frau auf dem Schönblick auf, den der Beklagte nach seiner Darstellung als kaufmännischen Leiter des dortigen Betriebs angestellt und (nach S.'s Angabe) dem Kläger mit den Worten vorgestellt hatte: „das ist der Herr S., der Ihnen beigegeben wird, aber Sie bleiben durchaus in Ihren bisherigen Rechten.“ Kläger sah in der von S. (der den Schlüssel zur Hauptkasse an sich nahm) beanspruchten Stellung eine Beeinträchtigung seiner Stellung und ließ durch ein Schreiben eines Rechtsanwalts Verwahrung hiergegen einlegen. Am 11. November fand darauf zwischen den Parteien in Anwesenheit der S.'schen Eheleute eine Besprechung statt, wobei Beklagter dem Kläger ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigte, weil Kläger sich weigerte, „so“ weiter zu arbeiten. Der Entschädigungsanspruch des Klägers wegen ungerechtfertigter Entlassung (Bezahlung von 4 Mk. täglich bis zu dem Termin, auf den ihm der Beklagte hätte kündigen können) ist für gerechtfertigt erklärt worden.

Aus den

Gründen:

des Berufungsurteils:

Beklagter bestreitet nicht, daß er am 11. November 1899 dem Kläger ohne Einhaltung der vertragsmäßigen Kündigungsfrist gekündigt habe. Es fragt sich somit nur noch, ob Beklagter zu solcher Kündigung berechtigt war, ein „wichtiger Grund“ im Sinn der §§ 70 und 72 H.G.B. hierzu vorlag.

Einen solchen Grund will Beklagter darin finden, daß sich Kläger rundweg geweigert habe, neben S. weiterzuarbeiten.

Auf Grund der eidlichen Aussage des dem Beklagten jedenfalls nicht ungünstig gesinnten Zeugen R. S., die der Beklagte selbst seinen Ausführungen zu Grund legt, steht fest, daß die Kündigung des Beklagten erfolgt ist, nachdem und weil Kläger auf eine entsprechende Frage des Beklagten

geantwortet hat: er habe nicht nötig, „so“ — d. h. unter den durch die Anstellung des S. geschaffenen Verhältnissen — weiter zu arbeiten.

Zu einer derartigen Erklärung war aber Beklagter durchaus berechtigt. Nach der eigenen Darstellung des Beklagten hat dieser den S. „als gleichberechtigten Betriebsbeamten unter Teilung der Aufgaben“ neben den Kläger gestellt. Nach § 1 des Vertrags der Parteien aber war dem Kläger als Stellvertreter des Beklagten die vollständige Leitung des Wirtschaftsbetriebs auf dem Schönblick allein übertragen. Er brauchte sich daher (von der Bestimmung in § 5 des Vertrags zunächst abgesehen) eine Teilung dieser Leitung zwischen ihm und S. nicht gefallen zu lassen, da hiedurch seine Stellung wesentlich verändert und herabgedrückt wurde. Erwägt man, wie leicht eine derartige Teilung der Leitung eines Wirtschaftsbetriebs zu Schwierigkeiten und Widerwärtigkeiten aller Art zu führen geeignet ist, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß es ein erheblicher Eingriff in die Befugnisse des Leiters einer derartigen Wirtschaft ist, wenn für einen Teil des Betriebs ein zweiter Leiter an seine Stelle gesetzt wird. Hält der Eigentümer eine solche Teilung der Leitung für notwendig, so muß er sich eben mit der zur alleinigen Leitung vertragsmäßig bestellten Persönlichkeit zu verständigen suchen oder ihr auf den nächsten möglichen Zeitpunkt kündigen. Kläger war daher berechtigt, wenn Beklagter auf der „Begebung“ des S. als kaufmännischen Leiters — wie der Fall war — beharrte, seinerseits das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen und Ersatz des ihm hiedurch zugehenden Schadens zu verlangen (gemäß § 70 Abs. 2 H.G.B.); daraus folgt, daß Beklagter nicht berechtigt war, die Weigerung des Klägers, unter den durch die Anstellung S. geschaffenen Verhältnissen weiter zu arbeiten, mit sofortiger Kündigung zu beantworten. Unerheblich ist, daß die Beszüge des Klägers durch die Anstellung S. keine Aenderung erlitten haben. Denn Kläger hatte eben auch ein Recht dar-

auf, daß seine vertragmäßige Stellung nicht beeinträchtigt wurde. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob Beklagter nach der Art des Auftretens von S. und dessen Ehefrau nicht annehmen mußte, S. solle ihm mindestens in gewissen Beziehungen übergeordnet sein: denn er brauchte auch eine Gleichstellung des S. neben sich (unter Uebertragung eines Teils der Geschäftsleitung an S.) nicht zu dulden.

Berfehlt ist es, wenn Beklagter auf § 5 des Vertrags ein Recht stützen will, dem Kläger den S. an die Seite zu stellen. Wenn sich Kläger hier „ausdrücklich verpflichtet“ hat, „allen Anordnungen“ des Beklagten unweigerlich Folge zu geben, so mag die Tragweite dieser Vertragsbestimmung vielleicht nach manchen Richtungen zweifelhaft sein, sicher ist aber, daß sie nicht so weit geht, daß Kläger hienach auch solchen Anordnungen des Beklagten Folge leisten mußte, die seine Stellung von Grund aus änderten, sondern eben solchen Anordnungen, die sich innerhalb des Rahmens hielten, der dadurch gegeben war, daß dem Kläger eine gewisse Stellung vertragsmäßig eingeräumt war. Kläger mag verpflichtet gewesen sein, allgemeinen und besonderen Anordnungen des Beklagten in Betreff der Art des Wirtschaftsbetriebs Folge zu leisten, aber nach dem Vertrag war er, soweit Beklagter solche Anordnungen nicht traf, selbständiger Leiter des Wirtschaftsbetriebs in Vertretung des Beklagten und diese Vertretung konnte ihm Beklagter nicht einseitig auf Grund des § 5 des Vertrags zu Gunsten des S. teilweise entziehen.

Urteils des I. Civilsenats vom 30. März 1900 in S. Gaucher g. Dörrex.

39.

In Art. 350 (§ 377) H.G.B.: („arglistiges Verschweigen“ eines Mangels seitens des Verkäufers).

Klägerin hat einen ihr vom Beklagten im März 1897

gelieferten Dampfkessel im März 1898 beaufstandet, nachdem die am 4. März 1898 vorgenommene Revision ergeben hatte, daß die Kesselwandungen nicht, wie bedungen war, einen Druck von 7 Atmosphären, sondern nur einen solchen von $4\frac{1}{2}$ Atmosphären aushielten. Klägerin hat dabei die Ansicht vertreten, Art. 347 H.G.B. komme nicht zur Anwendung, weil dem Beklagten ein Betrug im Sinne des Art. 350 H.G.B. zur Last falle. Die Klage ist abgewiesen worden.

Aus den

Gr ü n d e n

des Berufungsurteils:

Theorie und Praxis sind darüber einig, daß für die Begriffsbestimmung des Betrugs im Sinne des Art. 350 H.G.B. der strafrechtliche Betrugsbegriff nicht maßgebend ist. Auf der andern Seite herrscht Uebereinstimmung darüber, daß ein Betrug im Sinne dieses Artikels nicht schon dann vorliegt, wenn der Verkäufer die vertragswidrige Beschaffenheit der Ware kennt und sie trotz dieser Kenntnis dem Käufer liefert¹⁾.

Zu der Kenntnis des Mangels muß vielmehr auf Seite des Verkäufers hinzutreten die Absicht, den Käufer über die vertragswidrige Beschaffenheit der Ware zu täuschen (und die Verwirklichung dieser Absicht). Darüber, wie sich der Verkäufer zum Zweck der Herbeiführung einer Täuschung verhalten müsse, um die Anwendbarkeit des Art. 350 cit. zu begründen, gehen die Ansichten auseinander. Nach der dem Verkäufer günstigsten Ansicht greift Art. 350 nur dann Platz, wenn der Verkäufer besondere Veranstellungen trifft, um zu

1) Vgl. hiezu und zum Folgenden: Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 2 S. 191; Bd. 4 S. 49, 186; Bd. 5 S. 324; Bd. 10 S. 357; Bd. 12 S. 425; Bd. 15 S. 216. Entscheidungen des R.G. Bd. 1 S. 299; Volke, Praxis des R.G. Bd. 4 Nr. 713; Bd. 11 Nr. 397; Bd. 13 Nr. 438. Juristische Wochenschrift von 1893 S. 163; ferner Goldschmidt, Zeitschr. Bd. 40 S. 515; Seuffert Archiv Bd. 30 Nr. 130; Bd. 38 Nr. 246; Bd. 40 Nr. 132; Bd. 43 Nr. 205. Staub, Komm. zu Art. 350 § 1 (6. und 7. Aufl. Num. 124 zu § 377).

bewirken, daß der Käufer den Mangel nicht bemerkt, insbesondere eine Prüfung unterläßt. Diese Auffassung, welche zu weit gehen dürfte, würde im vorliegenden Fall ohne weiteres zur Abweisung der Klage führen. Denn die Klägerin macht selbst nicht geltend, daß der Beklagte derartige besondere Veranstaltungen getroffen habe. Auf der andern Seite ist dem Erfordernis der Täuschungsabsicht nicht schon damit genügt, daß der Verkäufer sich darauf beschränkt, einfach unter Verschweigung des Mangels dem Käufer die Ware zu übersenden, und es darauf ankommen läßt, ob dieser die Prüfung (rechtzeitig) vornehmen wird oder nicht. In der Regel darf der Verkäufer voraussetzen, daß der Käufer die Prüfung so wie es der ordentliche Geschäftsgang mit sich bringt vornehmen werde, und er darf abwarten, welche Stellung der Käufer zur Lieferung einer nicht vertragsmäßigen Ware einnehmen werde. Dagegen wird man einen Betrug im Sinne des Art. 350 cit. auch ohne besondere auf Täuschung des Käufers berechnete Veranstaltungen des Verkäufers dann anzunehmen haben, wenn besondere dem Verkäufer bekannte Umstände vorliegen, die zur Folge haben, daß der Käufer die Mängel nicht oder nicht rechtzeitig entdeckt. Wenn sich der Verkäufer einen solchen Umstand zu Nutzen macht und einfach schweigt, während er verpflichtet gewesen wäre, den Käufer mit der wahren Sachlage bekannt zu machen, so ist seine Handlungsweise eine betrügerische im Sinne des Art. 350 cit. Liegen aber solche besondere Umstände nicht vor, so enthält die Uebersendung der Ware nicht die (stillschweigende) Versicherung ihrer vertragsmäßigen Beschaffenheit, vielmehr die (stillschweigende) Aufforderung an den Käufer, selbst die Ware zu besehen.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so könnte nach Lage der Sache als besonderer Umstand, der den Beklagten verpflichtet hätte, der Klägerin Mitteilung von der in Beziehung auf den Atmosphärendruck mangelhaften Beschaffenheit des gelieferten Apparats zu machen, nur in Betracht kommen der Umstand, daß es sich um einen

heimlichen Fehler, der auch bei Vornahme einer ordnungsmäßigen Prüfung nicht rechtzeitig entdeckt werden konnte, gehandelt hätte, oder der Umstand, daß anzunehmen war, die Klägerin werde aus irgend einem Grunde die ordnungsmäßige Prüfung des Apparats auf die zugesagte Widerstandsfähigkeit unterlassen. Von einem heimlichen Mangel kann aber keine Rede sein. Selbst wenn man annimmt, daß ein Laie eine Druckprobe nicht mit sicherem Erfolge vornehmen konnte, so konnte dies doch jederzeit durch einen Sachverständigen in sehr einfacher Weise und mit verhältnismäßig geringfügigem Kostenaufwand geschehen, und ein Mangel wird dadurch nicht zu einem heimlichen, daß er nach der besonderen Beschaffenheit des Gegenstandes nur von einem Sachverständigen festgestellt werden kann. Dies wird insbesondere dann nicht der Fall sein, wenn es sich wie vorliegend um technische Fragen handelt, von denen jedermann weiß, daß sie mit Sicherheit nur von einem Fachmann beantwortet werden können.

Thatsachen sodann, die den Beklagten zur Annahme hätte bestimmen können, die Klägerin werde die rechtzeitige Vornahme einer Prüfung des Apparats auf seinen Druckwiderstand unterlassen, sind von der Klägerin nicht geltend gemacht. Der Beklagte mußte es vielmehr mangels anderweitiger Anhaltspunkte als das mindestens wahrscheinlichere annehmen, daß bei der Klägerin nach den Regeln eines ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebs verfahren und eine ordnungsmäßige Druckprobe rechtzeitig werde vorgenommen werden. Nach Vorstehendem fehlt es bei dem Beklagten an einem wesentlichen Erfordernis eines Betrugs im Sinne des Art. 350 H.G.B.

Urteil des I. Civilsenats vom 29. September 1899 i. S. Wizemann gegen Schächterle.

40.

Haftung des Agenten einer Versicherungsgesellschaft für falsche Anskunft an einen Versicherungslustigen
(§§ 676, 179 B.G.B.).

Der Beklagte, der Agent der G.'er Lebensversicherungsbank war, hat auf die Anfrage und das Ersuchen des Klägers diesem über die von ihm für eine beabsichtigte abgekürzte Lebensversicherung zu zahlende Prämie eine Berechnung erteilt, die durch Fahrlässigkeit des Beklagten insofern unrichtig war, als die darin auch für die Zusatzprämie in Ansatz gebrachte Dividende nach den Statuten der Gesellschaft nicht gewährt wird. Dieser Irrtum hat sich, nachdem der Kläger den Vertrag mit der Gesellschaft unter Zugrundlegung der Statuten geschlossen hatte, erst bei der nach 5 Jahren erfolgten ersten Dividendenzahlung herausgestellt. Der Kläger hat von der ihm gegen Rückempfang der Prämienreserve freistehenden Auflösung des Vertrags keinen Gebrauch gemacht, vielmehr als seinen Schaden vom Beklagten die für die ganze Versicherungszeit auf die Zusatzprämie zu berechnende Dividende in der Klage verlangt und diesen Anspruch darauf gestützt, daß der Beklagte aus dem ihm persönlich erteilten Auftrag, eventuell als falsus procurator der Versicherungsgesellschaft hañte.

Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

G r ü n d e n :

Kläger verlangt von dem Beklagten das Interesse ersetzt, welches er an dem Zustandekommen des Versicherungsvertrags mit demjenigen Inhalt, wie er ihn auf Grund der unrichtigen Berechnung des Beklagten zu schließen glaubte, hatte, mit anderen Worten: er verlangt den Ersatz des Unterschieds zwischen derjenigen Vermögenslage, in welcher er sich zufolge eines Vertrags mit Dividendengewährung aus der Gesamtprämie befinden würde, und derjenigen Vermögens-

lage, in welcher er sich zufolge des thatsächlich zu Stande gekommenen Vertrags mit Dividendengewährung nur aus der Normalprämie befindet. Zur Begründung dieser Interessensforderung macht Kläger einmal ein Auftragsverhältnis zwischen ihm und dem Beklagten hinsichtlich der Fertigung jener Berechnung, und ferner die Grundsätze über die Haftung des falsus procurator geltend, jedoch Beides ohne Erfolg.

Auf ein Auftragsverhältnis kann der Anspruch des Klägers schon deshalb nicht gegründet werden, weil ein besonderes Auftragsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu verneinen ist. Es kann zwar unter Umständen die Annahme eines Auftragsverhältnisses zwischen dem Agenten einer Versicherungsgesellschaft und dem Versicherungsnehmer in bestimmten Beziehungen begründet sein, z. B. wenn jemand den Agenten mit der Niederschrift der Antworten im Antragsformular in Betreff solcher Fragen, welche lediglich auf Grund der Mitteilungen des Antragstellers zu beantworten sind (— also nicht von dem Agenten von sich aus beantwortet werden können —) betraut. Wenn sich aber jemand an den Agenten wendet mit der Bitte, ihm eine nähere Erläuterung oder Auskunft über die Versicherungsbedingungen zu geben, so ist die natürliche und dem Sachverhalt entsprechende Auffassung die, daß der Agent, indem er die verlangte Auskunft giebt, nicht als Beauftragter des Versicherungsnehmers, sondern als Organ und im Interesse der Versicherungsgesellschaft handelt, auch wenn er hiebei etwa die ihm von dieser gezogenen Grenzen seiner Befugnisse überschreiten sollte¹⁾.

Was sodann den Gesichtspunkt der Haftung des Beklagten nach den Grundsätzen über den falsus procurator anlangt, so ist die von dem Beklagten in dieser Richtung in erster Linie geltend gemachte Einrede der Klagänderung nicht begründet. Schon in erster Instanz hat Kläger auf Scha-

1) Vergl. hiezu die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 9 S. 197; Bd. 12 S. 17, 20; Bd. 21 S. 90; Bd. 22 S. 207—208; Bd. 27 S. 153; Bd. 30 S. 30; Bd. 39 S. 180.

denſerſaß geklagt und geltend gemacht, daß Beklagter „jowohl aus der (unrichtigen) Berechnung als einer dem Kläger gemachten Zuſicherung als auch aus ſeiner Fahrläſſigkeit haftbar ſei.“ Demgegenüber hat die ohne das Vorbringen neuer bezüglichlicher thatſächlicher Anführungen erfolgte Berufung auf die Grundſätze über die Haftung des falsus procurator nur die Bedeutung der Hervorhebung eines gewiſſen rechtlichen Geſichtspunktes oder, wie Kläger ſagt, der „Anwendung von Rechtsgrundſätzen auf den vorliegenden Fall.“

Allein die im bisherigen — für den vorliegenden Fall maßgebenden — Rechte zur Geltung gelangten Grundſätze über die Haftung des falsus procurator auf Erſatz des Erfüllungsiutereſſes ſind nicht nur inſoweit, als ſie im Handelsgesetzbuch (vgl. die bisherigen Art. 55, 298) einen geſetzlichen Ausdruck gefunden haben, ſondern auch inſoweit, als ſie im gemeinen Civiltrecht ſich Anerkennung verſchafft haben¹⁾, auf diejenigen Fälle beſchränkt, in denen jemand als Vertreter ohne Vollmacht oder unter Ueberſchreitung ſeiner Vollmacht einen Vertrag abſchließt. Im vorliegenden Fall aber handelt es ſich gar nicht um einen durch den Beklagten als Vertreter der Verſicherungsbank vollzogenen Vertragſchluß, ſondern lediglich um eine dem Vertragsabſchluß vorangegangene Erklärung, welche der Beklagte als Agent der Verſicherungsbank abgegeben hat, während der Vertragsabſchluß zwiſchen dem Kläger und der Verſicherungsbank ſelbſt vollzogen wurde.

Urteil des II. Civilſenats vom 26. April 1900 i. S.
Kapp g. Ott.

Die Reviſion gegen dieſes Urteil iſt zurückgewieſen worden.

1) Vergl. Windscheid, Pandekten I § 74a C.; Mommsen, Erörterungen aus dem Obl. Recht II S. 113 ff.; Entsch. des Reichsgerichts in Civilſachen Bd. 6 S. 214; Bd. 35 S. 145; Motive zum Entwurf I des B.G.B. Bd. 1 S. 243—244.

41.

Haftung einer Gemeinde für einen Unfall, der dadurch veranlaßt worden ist, daß ein auf der Ortsstraße aufgeschichteter Steinhaufen nicht beleuchtet war. Eigenes Verschulden des Verletzten wegen nicht genügender Beleuchtung seines Wagens? (§§ 31, 89, 823, 254 B.G.B.)

Auf der Ortsstraße der beklagten Gemeinde war anläßlich der Pflasterung eines Straßenrandels ein Haufen Pflastersteine in der Fahrbahn aufgeschichtet, der nicht umschraukt und bei Nacht nicht beleuchtet war. Kläger ist mit seinem Fuhrwerk bei Nacht auf diesen Steinhaufen aufgefahren, ist aus dem Wagen gefallen und hat sich dabei an der Schulter verletzt. Sein gegen die Beklagte erhobener Schadensersatzanspruch ist dem Grund nach für gerechtfertigt erklärt worden.

Aus den

G r ü n d e n

des Berufungsurteils:

Wie außer Streit ist, ist der Steinhaufen, auf den das Fuhrwerk des Klägers in der Nacht vom 9. auf den 10. Oktober 1898 aufgefahren ist, zufolge Anordnung der Beklagten, welche die Ausbesserung des Randels der Ortsstraße, durch einen von ihr beauftragten Pflasterer vornehmen ließ, innerhalb der Fahrbahn der Ortsstraße an deren Rand aufgeschichtet worden. Hienach ist außer Streit, daß vorliegend die Aufschichtung der Steine wie die sonstigen behufs Ausbesserung der Straße geschehenen Maßnahmen sich als Handlungen der Willensvertreter der beklagten juristischen Person, vorgenommen innerhalb des dieser zugewiesenen Thätigkeitskreises, darstellen; es ist also die Beklagte für einen bei oder infolge dieser Arbeiten schuldhaft verursachten Erfolg verantwortlich. Es braucht hienach nicht untersucht zu werden, ob die beklagte Gemeinde als solche zur Unterhaltung der Ortsstraße in W. in einem jederzeit für den Verkehr offenen

und benützbaren Zustande verpflichtet ist, eine Frage, die übrigens zu bejahen wäre¹⁾.

Ist somit vorliegend die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beklagten für ein bei oder in Folge der Vornahme der fraglichen Straßenbauarbeiten etwa vorgekommenes schuldhaftes Versehen rechtlich begründet, so fragt sich weiter, ob, da die dem Kläger zugestohene Körperverletzung nicht innerhalb eines zwischen ihm und der Beklagten bestandenen Vertragsverhältnisses verursacht worden ist, die Voraussetzungen des hienach für den vorliegenden Fall allein in Betracht kommenden aquilischen Gesetzes, auf welches der Kläger auch seinen Anspruch stützt, gegeben sind. Der Kläger findet eine Verschuldung der Beklagten einmal schon darin, daß die Beklagte einen Teil der für den Verkehr offen zu haltenden Ortsstraße mit einem Steinhaufen belegt habe. Hierin liegt die Behauptung eines positiven widerrechtlichen Thuns, wenn es richtig ist, daß die Beklagte bei der Vornahme der Arbeiten zur Belegung auch nur eines Teils der Fahrbahn mit Baumaterial nicht befugt war. In letzterer Richtung gehen die in Württemberg bestehenden Vorschriften dahin, daß die Ortsstraßen und zwar in ihrer ganzen Breite für den Verkehr offen zu halten sind (Art. 12 Abs. 1 der neuen Bauordnung vom 6. Oktober 1872) und daß auch die teilweise Belegung derselben nur ausnahmsweise mit Erlaubnis der zuständigen Behörde und unter Treffung bestimmter Vorsichtsmaßregeln zulässig ist (vgl. Art. 12 Abs. 2 a. a. O. und § 9 der kgl. Verordnung vom 6. Juli 1873 betr. die Vorschriften über die Benützung öffentlicher Straßen und ihren Zubehörenden, Reg.-Blatt S. 295). Daß die Beklagte die zur teilweisen Belegung der Ortsstraße erforderliche behördliche Erlaubnis nicht gehabt habe, behauptet der Kläger nicht; es ist auch im Hinblick auf die Bestimmung des Art. 12 Abs. 2 der neuen Allg. Bauordnung anzunehmen, daß die Beklagte selbst die zur Erteilung der Erlaubnis zu-

1) Vgl. G a u p p, württ. Staatsrecht, § 93 S. 325 bei Note 1 und Note 8.

ständige Behörde war. Da ferner die Belegung der Ortsstraße am Rand derselben und zwar, wie nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme I. Instanz feststeht, in der Weise erfolgt ist, daß ein über $3\frac{1}{2}$ Meter breiter Teil der Fahrbahn für den Verkehr freiblieb, so kann im Hinblick auf die obwaltenden ländlichen, einen stärkeren Frachtverkehr ausschließenden Verhältnisse auch nicht angenommen werden, daß die Belegung entgegen der in dieser Richtung bestehenden Vorschrift, nämlich in einer die Bedürfnisse des Verkehrs nicht beachtenden Weise (§ 9 Abs. 1 der Kgl. Verordnung vom 6. Juli 1873) erfolgt sei. Es kann hienach die geschehene Belegung der Ortsstraße für sich allein der Beklagten nicht zur Schuld angerechnet werden. Des Weiteren findet der Kläger ein Verschulden der Beklagten darin, daß die Beklagte die erforderliche Umschrankung und nächtliche Beleuchtung des auf ihre Anordnung auf der Fahrbahn aufgeschichteten Steinhausens unterlassen habe. In diesem Vorbringen kann die Behauptung eines positiven die Beschädigung herbeiführenden Thuns gefunden werden, sofern nach den in Württemberg geltenden Vorschriften (§ 9 der Kgl. Verordnung vom 6. Juli 1873) die ausnahmsweise Belegung eines Teils einer Straße nur zulässig ist, wenn gleichzeitig „die belegte Stelle bei Nacht beleuchtet, auch wenn nötig, umschrankt wird.“ Erblickt man in dem Vorbringen nur die Behauptung eines Unterlassens, so genügt daselbe zur Darlegung eines aquilischen Verschuldens ebenfalls, da nach der erwähnten Vorschrift die Beklagte zur Beleuchtung und nötigenfalls auch zur Umschrankung des von ihr geschaffenen Verkehrshindernisses verpflichtet war. Daß die Beklagte den Steinhausen, auf welchen das klägerische Fuhrwerk auffuhr, zur Zeit dieses Zusammenstoßes nicht umschrankt hatte, ist unbestritten. Diese Unterlassung kann jedoch der Beklagten nicht zur Schuld angerechnet werden. Es ist nicht einzusehen, inwiefern vorliegend durch eine Umschrankung der aufgeschichteten Steine die Sicherheit des Verkehrs auf der Straße vermehrt und die Gefahr eines Zusammenstoßes mit

dem Steinhaufen vermindert worden wäre. Es konnte deshalb die Beklagte mit Recht die ihr nur „wenn nötig“ obliegende Umschranfung vorliegend als für die Sicherheit des Verkehrs nicht erforderlich erachten.

Anders als mit der Umschranfung der aufgeschichteten Steine verhält es sich dagegen mit deren Beleuchtung. Nach der erwähnten Vorschrift hatte die Beklagte die Stelle der Ortsstraße, welche sie mit den aufgeschichteten Pflastersteinen hatte belegen lassen, bei Nacht zu beleuchten und zwar lag ihr nach dem Wortlaut und Zweck der gedachten Vorschrift diese Beleuchtung nicht bloß während desjenigen Theils der Nacht, zu welchem üblicher Weise noch ein Verkehr auf der Straße stattfindet, sodann während der ganzen Nachtzeit ob. Nach dem Ergebnis der in I. Instanz stattgehabten Beweisaufnahme ist als festgestellt anzusehen, daß zur Zeit des in der Nacht vom 9. auf den 10. Oktober 1898 stattgehabten Zusammenstoßes die ganze mit den aufgeschichteten Pflastersteinen belegte Stelle der Ortsstraße nirgends und insbesondere nicht an der der Fahrtrichtung des klägerischen Fuhrwerks zugekehrten Seite beleuchtet war. Es hat also die Beklagte schuldhafterweise, und zwar, wie nach Lage des Parteivorbringens anzunehmen ist, fahrlässigerweise die ihr nur unter der gleichzeitigen nächtlichen Beleuchtung gestattete Belegung der Ortsstraße mit einem Verkehrshinderniß ohne die ihr obliegende Beleuchtung vorgenommen, bezw. die ihr obliegende Beleuchtung des von ihr geschaffenen Verkehrshindernisses entgegen der sie hiezu verpflichtenden, gesetzlichen Vorschrift unterlassen. Anlangend den ursächlichen Zusammenhang zwischen dieser widerrechtlichen positiven Handlung bezw. Unterlassung und dem die Körperverletzung des Klägers herbeiführenden Zusammenstoß des klägerischen Fuhrwerks mit dem nicht beleuchteten Steinhaufen, so kann, zunächst abgesehen von einem etwaigen den Lenker des Fuhrwerks oder den Kläger selbst treffenden Verschulden, unbedingt angenommen werden, daß der Zusammenstoß des Fuhrwerks mit den aufgeschichteten Steinen nicht stattgefun-

den hätte, wenn die mit den Steinen belegte Stelle der Ortsstraße vorschriftsmäßig beleuchtet gewesen wäre.

Eine solche Beleuchtung des Verkehrshindernisses hätte, wie aus dem Ergebnis des in I. Instanz eingenommenen Augenscheins zu entnehmen ist, dieses schon auf eine solche Entfernung erkennen lassen, daß der Lenker des herankommenden Fuhrwerks dem Hindernis rechtzeitig hätte ausweichen und zu seiner Weiterfahrt der von dem Hindernis freigeblichenen, zum Befahren auch ausreichend breiten Teil der Straße hätte benützen können. Daß die Willensvertreter der Beklagten, wenn sie die nächtliche Beleuchtung der auf der Fahrbahn der Ortsstraße aufgeschichteten Steine entgegen der bestehenden Vorschrift unterließen, sich sagen mußten, daß die die Ortsstraße benützenden Menschen infolge der bei Nacht herrschenden Dunkelheit das Verkehrshindernis nicht oder nicht rechtzeitig bemerken werden und infolge dessen zu Schaden kommen können, bedarf keiner Ausführung. Daß der Zusammenstoß des klägerischen Fuhrwerks mit den auf Anordnung der Beklagten aufgeschichteten Steinen stattgefunden und daß infolge dieses Zusammenstoßes der Kläger eine seine Arbeitsfähigkeit beeinträchtigende Körperverletzung erlitten hat, ist außer Streit.

(Weiter wird die Einrede der Beklagten erörtert, Kläger habe den Unfall durch eigenes Verschulden herbeigeführt und hiebei bemerkt): Was zunächst das auf die angeblich nicht vorschriftsmäßige Beleuchtung des klägerischen Fuhrwerks gestützte Verschulden betrifft, so ist nach der hier maßgebenden württ. Vorschrift (Verfügung des Ministeriums des Innern vom 16. September 1888 betr. die Beleuchtung der Fuhrwerke bei Nacht, Reg.-Blatt S. 317, insbesondere § 3) jedes zur Nachtzeit auf einer öffentlichen Straße befindliche Fuhrwerk zu beleuchten, und zwar hat die Beleuchtung zu geschehen: bei Fuhrwerken, die vorzugsweise zur Personenbeförderung bestimmt sind, durch eine oben an dem Verdeck in zweckentsprechender Weise angebrachte Laterne oder durch zwei Laternen, welche an den Seiten soweit wie möglich nach

vorn anzubringen sind; bei anderen Fuhrwerken durch eine in geeigneter Weise anzubringende Laterne, so daß das Licht derselben möglichst ungehindert nach vorn fällt. Unbestritten ist, daß an dem klägerischen Fuhrwerk, einem sog. Bernerwägelchen, das bei der fraglichen Fahrt mit zwei hinter einander angebrachten Sitzbänken versehen war, zur Zeit des Zusammenstoßes an der rechten Seite des Wagens eine Laterne angebracht war, in welcher ein Licht brannte. Dem Gericht I. Instanz ist nun darin nicht beizutreten, daß das klägerische Fuhrwerk ein solches ist, für welches die Beleuchtung mit zwei Laternen vorgeschrieben ist. Wenn vorgeschrieben ist, daß die vorzugsweise zur Personenbeförderung „bestimmte“ Fuhrwerke mit zwei Laternen beleuchtet werden müssen, so kommt die Anwendung dieser Vorschrift, wie deren Wortlaut und Sinn ergibt, nicht in Frage bei Fuhrwerken, die an sich nicht vorzugsweise zur Personenbeförderung bestimmt, im einzelnen Falle und hier vielleicht ausschließlich zur Personenbeförderung benützt werden. Ein sog. Bernerwägelchen ist nun aber nach allgemeiner Anschauung nicht, jedenfalls nicht vorzugsweise zur Personenbeförderung bestimmt; vielmehr dienen solche Wagen, wie gerichts- bekannt, wenn auch auf demselben eine Sitzbank für den Lenker des Fuhrwerks angebracht ist, regelmäßig zur Beförderung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen geringeren Gewichts und von Waren und Gerätschaften, welche für den landwirtschaftlichen Betrieb und die Haushaltung des Eigentümers des Fuhrwerks erforderlich sind. Daran ändert der Umstand nichts, daß solche Wagen hie und da und hiebei vielleicht ausschließlich zur Personenbeförderung benützt werden, denn eine solche Gebrauchsweise ist nur eine ausnahmsweise. Daß der Kläger sein Bernerwägelchen regelmäßig, vorwiegend oder ausschließlich, zur Personenbeförderung benütze, daß also der im vorliegenden Fall in Betracht kommende Wagen als ein vorzugsweise zur Personenbeförderung bestimmtes Fuhrwerk anzusehen sei, hat die Beklagte nicht behauptet. Bedeutungslos ist deshalb auch die Thatfache,

daß das klägerische Fuhrwerk auf eine Beleuchtung mit zwei Laternen eingerichtet war; hieraus folgt nichts dafür, daß das Fuhrwerk vorzugsweise zur Beförderung von Personen und nicht von Waren und landwirtschaftlichen Erzeugnissen bestimmt ist; es kann auch ein mit zwei Laternen versehenes Fuhrwerk lediglich zum Transport von Waren und landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Milch und dergl.) bestimmt sein und benützt werden. War hienach der Kläger nach den bestehenden Vorschriften nicht verpflichtet, sein Fuhrwerk mit mehr als einer Laterne zu beleuchten, so ist damit der auf eine Uebertretung dieser Vorschriften gestützte Einwand eines eigenen Verschuldens des Klägers hinfällig. Unter diesen Umständen kann dahin gestellt bleiben, ob, wie der Kläger geltend macht, seine Uebertretung der Vorschriften über die Beleuchtung der Fuhrwerke im vorliegenden Fall eine Verschuldung deshalb nicht begründen kann, weil diese Vorschriften angeblich lediglich zum Schutze der dem Fuhrwerk begegnenden Menschen und Fuhrwerke, nicht aber zugleich zum Schutze der Fuhrwerke selbst gegen Verkehrshindernisse gegeben sind, und ob auch bei Befolgung dieser Vorschriften wegen der ungenügenden Wirkung der vorschriftsmäßigen Beleuchtung vorliegend der Zusammenstoß nicht verhütet worden wäre.

Urteil des I. Civilsenats vom 11. Mai 1900 i. S.
Armbruster gegen Walddorf.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

42.

Bedeutung der Bestimmung eines Versicherungsvertrags, wonach Arbeitsunfähigkeit anzunehmen ist, falls der Versicherte nicht im Stand ist, „seinen Beruf auszuüben“ oder „in seinem Beruf thätig zu sein“, in Anwendung auf einen versicherten Offizier.

Kläger war beim beklagten Verein gegen Erwerbsunfähigkeit versichert. In der Versicherungsurkunde war er

als „Frontoffizier“ bezeichnet. Die Versicherungsbedingungen enthielten folgenden § 7: „Ein Versicherter ist im Sinn dieser Versicherungsbedingungen vollständig arbeitsunfähig, wenn und solange er nicht im Stand ist, seinen Beruf ganz oder teilweise auszuüben, insbesondere nicht im Stand ist, mit Anordnungen oder geistigen Arbeiten (wie Schreiben, Diktieren) in seinem Beruf thätig zu sein.“ Die Parteien stritten darüber, ob die Voraussetzungen des § 7 beim Kläger zutreffen, der wegen Lungenemphysem geringen Grads und chronischen Magenkatarrhs als unfähig zur Fortsetzung des aktiven Diensts in den Ruhestand versetzt worden ist.

Hierüber sagen die

G r ü n d e

des Berufungsurteils :

Es ist davon auszugehen, daß für den Begriff der vollständigen Arbeitsunfähigkeit nur der § 7 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen maßgebend ist und daß demnach der Kläger schon danu als vollständig arbeitsunfähig zu gelten hat, wenn er infolge innerer Erkrankung nicht im Stande ist seinen Beruf ganz oder teilweise auszuüben. Daß nun der Kläger in dem in Frage stehenden Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Dezember 1899 infolge innerer, — vor der seitens des Beklagten ausgesprochenen Vertragskündigung eingetretener — Erkrankung vollständig unfähig war, als aktiver Offizier, insbesondere als Frontoffizier Dienst zu thun, ist unbestritten, und ergibt sich aus den insoweit völlig übereinstimmenden Gutachten der 3 Sachverständigen von Sch., B. und S. Es fragt sich nun aber weiter, ob es außer den Stellen eines aktiven Offiziers noch weitere Stellungen giebt, durch deren Versetzung der Kläger „seinen Beruf“ — ganz oder teilweise — ausüben würde, und beziehenden Falls, ob er zur Versetzung der betreffenden Stellung gesundheitlich befähigt wäre. In dieser Richtung kann es zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß der Beruf des Klägers der des Offiziers ist, und daß die Ausübung eines außerhalb der Grenzen des Offizierberufs liegenden

Beruf durch den Kläger nicht mehr die Ausübung „seines Berufs“ wäre. Hiemit scheiden von den Stellen, durch deren Versehung der Kläger als seinen Beruf ausübend zu betrachten wäre, die Stellen sämtlicher Militärbeamten aus. Die Militärbeamten gehören zwar zu den „Militärpersonen“, sie haben auch einen „Militärrang“, und die oberen Militärbeamten (deren Stellen hier wohl allein in Betracht kämen) stehen in „Offizierang“. Diese Militärbeamten sind aber alle keine „Personen des Soldatenstandes“ und die oberen Militärbeamten zählen trotz des Offizierangs, der ihnen zukommt, nicht zu den Offizieren¹⁾. Auch die „Civilbeamten der Militärverwaltung“ sind keine Offiziere²⁾.

Daß die Stellen der Militärbeamten häufig an zur Disposition gestellte Offiziere oder an Reserveoffiziere übertragen werden, macht diese Stellen selbstverständlich nicht zu Offizierstellen, und die genannten Offiziere üben mit Versehung dieser Stellen nicht ihren Beruf als Offizier aus.

Wenn der § 7 der Bedingungen die vollständige Arbeitsunfähigkeit auch dann für ausgeschlossen erklärt, wenn der Versicherte im Stand ist, seinen Beruf *teilweise* auszuüben, insbesondere „mit Anordnungen oder geistigen Arbeiten wie Schreiben, Diktieren“ in seinem Berufe thätig zu sein, so ist diese Bestimmung für die Versicherung der Offiziere, jedenfalls für den vorliegenden Fall, gegenstandslos. Es ist in keiner Weise ersichtlich — und auch der Beklagte hat sich in dieser Beziehung jeder Darlegung enthalten — wieso es mit den Anforderungen gerade des militärischen Dienstes vereinbar sein sollte, irgend eine Offiziersstelle durch den Kläger „teilweise“ insbesondere mit Anordnungen oder geistigen Arbeiten u. s. w. versehen zu lassen.

Die weiter aufgeworfene Frage, ob unter „Beruf“ des Klägers im Sinne des § 7 nur der Beruf des aktiven Offiziers oder auch die andern Zweige der dienstlichen Thätig-

1) Vgl. hierzu Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 1. Auflage III. Band 1. Abt. S. 243 ff.

2) Laband a. a. O. und S. 250 das.

keit des Offiziers insbesondere der Beruf des Bezirksoffiziers zu verstehen sei, hat das Berufungsgericht in Uebereinstimmung mit der Auffassung des Beklagten beantwortet. Wenn auch der Kläger in seinem Antrag als „Frontoffizier“ bezeichnet ist, so ist damit eben seine damalige Dienstleistung angegeben; es fehlt aber an jedem Anhaltspunkt dafür, daß damit sein „Beruf“ als auf diese Dienstleistung beschränkt habe bezeichnet werden wollen, und daß auch der Vertragswille der Parteien dahin gegangen sei, schon die Unfähigkeit zum Dienst als Frontoffizier oder aktiver Offizier solle den Anspruch des Klägers begründen. Die viel natürlichere Auslegung des § 7 ist die, daß unter dem Beruf des Klägers der Offiziersberuf in seinen sämtlichen Zweigen, also auch insbesondere der des Bezirksoffiziers zu verstehen sei. Der Auffassung des Beklagten ist auch in der Richtung im Allgemeinen beizupflichten, daß die Versicherungsbedingungen an sich dem Versicherten nur dann einen Anspruch auf Entschädigung geben, wenn er infolge innerer Krankheit nicht im Stande ist, seinen Beruf (ganz oder teilweise) auszuüben, daß dagegen ein Anspruch dann nicht besteht, wenn es dem Versicherten aus irgend einem anderen Grunde, insbesondere wegen Mangels an Arbeitsgelegenheit, unmöglich ist, in seinem Berufe thätig zu sein. Der Umstand allein, daß ein Offizier verabschiedet und nicht auf einer Bezirksoffiziersstelle oder einer ähnlichen, Felddienstfähigkeit nicht erfordernden, Stelle verwendet wird, bewirkt noch keinen Anspruch auf Entschädigung; vielmehr muß noch die subjektive auf innerer Krankheit beruhende Unfähigkeit zur Bekleidung einer dieser Stellen hinzutreten. Von diesem Standpunkt aus wird man z. B. einem zur Disposition gestellten Offizier, der infolge einer inneren Krankheit zur Verfehlung einer Stelle als aktiver Offizier unfähig, aber trotzdem zur Verfehlung einer Bezirksoffiziersstelle vollauf und noch auf Jahre hinaus fähig ist, auch alle Aussicht hätte eine solche zu bekommen, aber keine bekommt, weil gerade keine frei ist, einen Anspruch auf Grund des § 7 nicht zubilligen können. Auf der andern Seite aber

wäre es zu weit gegangen, wenn man einem versicherten zur Disposition gestellten oder verabschiedeten Offizier wegen der bei ihm vorhandenen bloßen Möglichkeit irgend eine Offiziersstelle zu bekleiden, und auch bei nur ganz entfernter Aussicht eine solche zu bekommen, einen Entschädigungsanspruch verweigern wollte. Dies würde z. B. zu der Folge führen, daß wegen einer einzigen in einem Armeekorps etwa vorhandenen Sinecure, die auch von einem sonst gesundheitlich zu allen andern Stellen unfähigen Offizier versehen werden kann, dem Versicherten ein Anspruch versagt werden müßte, wenn er zur Bekleidung dieser einen Stelle fähig, zur Bekleidung aller andern aber insofge innerer Krankheit unfähig wäre.

Eine den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechende Auslegung des § 7 wird nicht zu derartigen schroffen Folgerungen führen und man wird dem zu vermutenden Willen der Vertragsschließenden nur dann näher kommen, wenn man in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung seiner besonderen Umstände ermittelt, was die Parteien verständigerweise haben beabsichtigen können. Im vorliegenden Fall kann nun zwar der Beweis nicht als erbracht angenommen werden, daß der Kläger zur Vernehmung jeglicher Bezirksoffiziersstelle unfähig gewesen wäre; vielmehr ist durch das Gutachten des Dr. Schm. die Annahme begründet, daß der Kläger leichtere Bezirksoffiziersstellen (und etwaige ähnliche, wegen ihrer höchst geringen Zahl aber nicht weiter in Betracht kommende Stellen) hätte versehen können. Durch diese bloße Möglichkeit aber ist ein Anspruch des Klägers aus § 7 nicht ohne Weiteres ausgeschlossen. Vielmehr ist als Wille der Vertragsschließenden anzunehmen, daß der versicherte Offizier trotz der vorhandenen (geminderten) Arbeitsfähigkeit einen Anspruch haben soll, wenn er mit Rücksicht auf den Grad der Minderung oder aus andern Gründen keine oder nur ganz wenig Aussicht hat, auf einer der in Frage stehenden Stellen verwendet zu werden. Dieser Fall ist nach dem zu vermutenden Willen

der Parteien dem Fall vollständiger Arbeitsunfähigkeit gleichzustellen.

Hienach ergibt sich auch die Entscheidung im vorliegenden Fall.

Durch die Äußerung des Generalkommandos in München ist erwiesen, daß der Kläger keine Aussicht hatte, in der Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 1899 in einer der in Frage stehenden Stellen verwendet zu werden. Hiemit steht auch die Thatsache im Einklang, daß der Kläger nicht zur Disposition gestellt, sondern sofort verabschiedet wurde. Auch aus dem Gutachten des Dr. v. Schm. ergibt sich mindestens das, daß der Kläger schon wegen seiner gesundheitlichen Verhältnisse — also abgesehen von etwaigen anderen Umständen — nur eine ganz geringe Aussicht hatte, in der in Frage stehenden Zeit und Weise zur Verwendung zu kommen.

Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch stellt sich demnach als begründet dar.

Urteil des I. Civilsenats vom 13. Juli 1900 i. S. Allgemeiner deutscher Versicherungsverein gegen Tuch.

43.

Bedeutung der Bestimmung eines Unfallversicherungsvertrags, daß ein Anspruch auf Entschädigung nur gewährt werde, falls ein Unfall den Tod „als unmittelbare Folge der Verletzung“ herbeigeführt habe.

Ueber die in der Ueberschrift bezeichnete Frage besagen die

G r ü n d e

eines Berufungsurteils:

Es fragt sich zunächst, ob der erhobene Anspruch dann begründet ist, wenn — wie die Kläger behaupten — der Tod R.'s durch eine Krankheit herbeigeführt worden ist, die eine Folge des Unfalls vom 18. Januar 1898 war.

Nach der Versicherungsurkunde kann „Entschädigung“ beansprucht werden, wenn der Unfall den Tod des Ver-

ſicherten „alsbald oder innerhalb 12 Monaten vom Tage des Unfalls an gerechnet nachweisbar herbeigeführt hat, unter den in § 4 lit. a feſtgeſetzten Vorausſetzungen“. Dieſer § 4 lit. a regelt die Höhe der im Fall des Todes des Verſicherten zu zahlenden Entſchädigung, die er nach dem Verwandſchaftsgrad der geſetzlichen Erben des Verſicherten abſtufte; dabei iſt geſagt, die betreffenden Summen werden ausbezahlt „bei einem Unfall, welcher den Tod des Verſicherten als unmittelbare Folge der Verletzung alsbald oder innerhalb 12 Monaten vom Tage des Unfalls an gerechnet nachweisbar herbeigeführt hat“.

Wenn nun hier ein Anſpruch auf Entſchädigung nur gewährt wird, falls ein Unfall den Tod „als unmittelbare Folge der Verletzung“ herbeigeführt hat, ſo kann damit nicht geſagt ſein wollen, ein Anſpruch ſei ausgeſchloſſen, falls der Unfall eine innere Krankheit des Verletzten und dieſe Krankheit ſodann den Tod herbeigeführt habe. Gegen dieſe Auffaſſung ſpricht ſchon der Umſtand, daß ein Anſpruch aus dem Verſicherungsvertrag noch möglich iſt, wenn der Tod des Verſicherten im z w ö l f t e n M o n a t nach dem Unfall eingetreten iſt! Dieſefalls wird in der Regel die n ä c h s t e Todesurſache eine (durch den Unfall herbeigeführte) Krankheit ſein, der Unfall alſo den Tod nicht „unmittelbar“ in dem oben erwähnten Sinn herbeigeführt haben. Ueberhaupt aber iſt zu ſagen (vgl. die Äußerung des Arztes Dr. S.), daß, wenn man die Worte „als unmittelbare Folge der Verletzung“ in dem bezeichneten Sinn verſtehen wollte, verhältnismäßig ſelten ein tödtlicher Unfall unter die Verſicherung ſiele, weil nur in den verhältnismäßig ſeltenen Fällen, in denen der Tod in augenfälligem Zuſammenhang mit der Verletzung ohne weitere daran ſich anſchließende Erkrankungen und Komplikationen erfolgt, der Nachweis eines „unmittelbaren“ urſachlichen Zuſammenhangs ſich führen ließe. Häufig wird es ſchwierig ſein, zu entſcheiden, ob eine Verletzung den Tod ohne Dazwiſchentreten einer Krankheit oder aber mittels einer durch ſie verurſachten Krankheit herbeigeführt hat; ſehr

häufig werden Fälle eintreten, in denen es sicher ist, daß die Verletzung eine innere Krankheit und diese sodann den Tod verursacht hat, in denen aber kein Zweifel darüber besteht, daß lediglich die Verletzung die Schuld an der Krankheit und folglich auch am Tod des Verletzten trifft, und wo es deshalb als grobe Unbilligkeit empfunden würde, wenn der Beklagte keine Entschädigung gewähren würde, weil der Unfall zwar die Verletzung, aber nicht „unmittelbar“ den Tod herbeigeführt habe (z. B. bei Tod durch eine infolge Schädelbruchs eingetretene Gehirnentzündung oder durch eine infolge Bauchverletzung eingetretene Unterleibsentzündung).

Alle diese Erwägungen weisen darauf hin, daß mit der Bestimmung, der Tod müsse „als unmittelbare Folge der Verletzung“ des Verunglückten eingetreten sein, nichts anderes gesagt sein will als: der Tod dürfe, wenn ein Entschädigungsanspruch begründet sein solle, nicht durch eine selbständige, nach dem Unfall eingetretene Ursache herbeigeführt worden sein, ob auch diese wirkliche Todesursache ohne den Unfall nicht eingetreten wäre (Beispiele: ein durch einen Unfall leicht am Bein Verletzter stirbt im Spital infolge Ansteckung an Cholera, Typhus und dergleichen, oder wird am Ort des Unfalls, weil er sich nicht fortbewegen kann, überfahren u. s. w.). So ausgelegt steht der Inhalt der Ziff. 4 lit. a der Versicherungsbedingungen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsätzen über den ursachlichen Zusammenhang zwischen dem schädigenden Vorgang und dem eingetretenen Erfaß, sowie auch mit dem Inhalt der „Versicherungsurkunde“ selbst, die ja (im Gegensatz zu der Ziff. 4 lit. a der Versicherungsbedingungen) nur davon spricht, daß der Unfall den Tod „nachweisbar“ herbeigeführt haben müsse.

Wenn nach § 6 der Bedingungen alle inneren Krankheiten, insbesondere alle Infektionskrankheiten von der Versicherung ausgeschlossen sind, so heißt das nur, daß eine derartige Erkrankung an sich nicht als Unfall gilt, es ist aber damit nicht gesagt, daß ein Todesfall, der infolge einer durch einen Unfall herbeigeführten inneren

Krankheit eingetreten ist, nicht als durch einen Unfall verursacht zu gelten habe.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Februar 1901 i. S.
Riedel gegen Allgemeiner Deutscher Versicherungsverein.

44.

Auslegung der Bestimmungen eines Genossenschaftsstatuts über die Aufnahme neuer Mitglieder.

Die beklagte Genossenschaft ist Eigentümerin des Schlachthauses zu G. und den Gegenstand ihres Unternehmens bildet neben der Förderung der gemeinsamen Interessen der Genossen der Betrieb dieses Schlachthauses. In Bezug auf dessen Benützung sind durch Ortspolizei-Statut Bestimmungen getroffen (Schlachthausordnung). Danach muß alles zum Verkauf oder zur Verwendung in Wirtschaften und öffentlichen Anstalten bestimmte große und kleine Schlachtvieh im Schlachthause geschlachtet werden. Für das Schlachten sind ferner in der Schlachthausordnung besondere Gebühren festgesetzt, und zwar gesondert: 1. für Mitglieder der Genossenschaft, 2. für Metzger, die nicht Mitglied der Genossenschaft sind, und 3. für Private, Wirte und Anstalten. Für Metzger, die nicht Mitglied der Genossenschaft sind, betragen die Gebühren das Vierfache derjenigen Beträge, die von den Mitgliedern zu entrichten sind. Nach § 26 des Genossenschaftsstatuts „bildet die Schlachthausordnung einen integrierenden Teil des Statuts“.

Nach § 6 Abs. 2 des Genossenschaftsstatuts ist der Genossenschaft als Mitglied „beizutreten berechtigt, wer in G. wohnhaft, im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sich befindet, den Nachweis über genossene zweijährige Lehrzeit im Metzgergewerbe liefern kann, zum selbständigen Betriebe des Metzgergewerbes befähigt ist und dieses Gewerbe ausübt oder ausgeübt hat“. Absatz 5 desselben Paragraphen bestimmt sodann, daß „über die Aufnahme der Vorstand und

Aufsichtsrat entscheidet und dieselbe nicht versagt werden kann, wenn die anfangs aufgeführten Bedingungen erfüllt werden können“. „Beschwerden wegen statutenwidriger Verweigerung der Aufnahme in die Genossenschaft sind“ nach § 24 des Statuts „von dem Gemeindegerecht beizulegen“.

Obgleich bei dem Kläger die in § 6 Abs. 2 des Statuts aufgestellten Voraussetzungen für den Beitritt zur Genossenschaft zutreffen, ist sein schriftlich eingereichtes Gesuch um Aufnahme in die Genossenschaft durch Beschluß des Aufsichtsrats vom 25. August 1898 abschlägig beschieden worden mit der Begründung, daß der Kläger Lieferungen von Fleisch gegen Gewährung eines Rabatts auf die allgemein üblichen Preise an eine Genossenschaft, nämlich den Konsumverein G., übernommen habe, dies aber einem Mitglied der Genossenschaft nach § 8 Abs. 4 und 5 des Statuts bei Vermeidung des Ausschlusses verboten ist. Nachdem das vom Kläger im Hinblick auf § 24 des Statuts angegangene Gemeindegerecht zu G. wegen Unzuständigkeit ein Einschreiten abgelehnt hatte, hat Kläger gegen die Genossenschaft Klage erhoben mit dem Antrage zu erkennen:

Die Beklagte habe den Kläger in Gemäßheit seines schriftlichen Gesuchs vom August 1898 als Mitglied aufzunehmen.

Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, daß ihm nach dem Statut ein Recht auf Aufnahme in die Genossenschaft zustehe. Er machte geltend, daß der Ausschluß eines Metzgers von der Genossenschaft im Hinblick auf die vierfachen Schlachthausgebühren dessen wirtschaftlichen Ruin zur Folge habe und gegen die Gewerbeordnung, insbesondere deren § 4 streite.

Die Beklagte bekämpfte diesen Standpunkt. Das Berufungsgericht hat das die Klage abweisende Urteil der Civilkammer bestätigt aus folgenden

G r ü n d e n :

Ein charakteristisches Merkmal der unter das Gesetz vom 1. Mai 1889 fallenden Erwerbs- und Wirtschaftsgenossen-

schaften (speziell gegenüber den handelsrechtlichen Associationen) ist es, daß die Zahl der Mitglieder keine geschlossene sein darf (§ 1 des Gesetzes). Es wäre jedoch irrtümlich, im Hinblick auf diese Bestimmung anzunehmen, daß jeder bei welchem die im Statut einer solchen Genossenschaft aufgestellten Bedingungen für die Aufnahme vorliegen, einseitig durch die gemäß § 15 Abs. 1 des Gesetzes von ihm unterzeichnete unbedingte Erklärung des Beitritts ein Recht darauf erlange, daß der Vorstand der Genossenschaft die Erklärung behufs seiner Eintragung in die Liste der Genossen dem Gericht einreiche, und so die zur Entstehung der Mitgliedschaft erforderliche Eintragung herbeiführe (§ 15 Abs. 2 und 3 des Gesetzes). Denn wenn das Gesetz bei den in seinen Bereich fallenden Genossenschaften verlangt, daß die Mitgliederzahl eine nicht geschlossene sei, so ist damit für diese Art von Vereinigungen nur die Möglichkeit verneint, daß durch den Gesellschaftsvertrag (das Statut) die Genossenschaft auf einzelne, individuell bestimmte Personen als Mitglieder oder auf eine fest fixierte Anzahl von Mitgliedern beschränkt wird¹⁾. Gleich wie dagegen die Grundlage für die Entstehung der Genossenschaft der von dem künftigen Genossen zu unterzeichnende und in das Genossenschaftsregister einzutragende Gesellschaftsvertrag (das Statut) bildet, so beruht auch die spätere Eintragung eines der Genossenschaft Beitretenden in die bei Gericht eingereichte Liste der Genossen auf einem Vertrag zwischen Letzteren und der Genossenschaft²⁾.

Dies erhellt auch deutlich aus § 15 Abs. 2 und 3 des Gesetzes, insofern hier einerseits (Abs. 2) ausdrücklich bestimmt wird, daß der Vorstand im Fall der Zulassung des Beitretenden dessen Beitrittserklärung behufs Ein-

1) Vergl. auch Parisius-Grüger: Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, 2. Aufl., S. 6; Joel in Hirth's Annalen, Jahrg. 1890, S. 444.

2) Vergl. auch Parisius-Grüger a. a. O. S. 98; Joel a. a. O. S. 475.

tragung in die Liste der Genossen dem Gericht einzureichen habe, und insofern andererseits (Abf. 3) als Voraussetzung für die Eintragung des Beitretenden neben der Beitrittserklärung die Einreichung dieser Erklärung seitens des Genossenschaftsvorstands angeführt ist, welch' letztere eben die Befundung der erfolgten Zulassung des Beitretenden enthält ¹⁾.

Begründet hienach auch für denjenigen, bezüglich dessen die im Statut einer Genossenschaft aufgestellten Bedingungen der Aufnahme eines Mitglieds vorliegen, nicht schon die von ihm unterzeichnete unbedingte Erklärung des Beitritts ein Recht darauf, daß der Vorstand der Genossenschaft die Erklärung behufs seiner Eintragung in die Liste der Genossen dem Gericht einreiche, bedarf es vielmehr, um ein solches Recht zu erzeugen, noch einer auf Zulassung des Beitretenden gerichteten ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung der zuständigen Organe der Genossenschaft, so ist weiter hervorzuheben, daß letztere dem um Aufnahme in die Genossenschaft Nachsuchenden gegenüber an sich hinsichtlich der Entscheidung über die Zulassung vollkommen unbeschränkt sind. Die regelmäßig in dem Statut festgesetzten Bedingungen, unter welchen die Aufnahme eines Mitglieds erfolgt, betreffen entsprechend der Bedeutung des Statuts (Gesellschaftsvertrags) als der für die Mitglieder und Organe der Genossenschaft maßgebenden Norm nur das innere Verhältnis der Genossenschaft. Setzen sich die zur Entscheidung in Betreff der Aufnahme zuständigen Organe der Genossenschaft über die ihrem Ermessen in dem Statut gezogenen Schranken hinweg, so machen sie sich der Genossenschaft gegenüber verantwortlich ²⁾. Allein so wenig eine von dem zuständigen Organ der Genossenschaft erklärte Zulassung dem aufgenommenen Mitglied gegenüber auf Grund der Thatsache allein, daß hiebei die im Statut enthaltenen Aufnahmebedingungen außer Acht gelassen worden sind, rück-

1) Vergl. auch Parisius-Grüger a. a. O. S. 103; Joel a. a. O. S. 475, 478.

2) Vergl. auch Parisius-Grüger a. a. O. S. 98.

gänglich gemacht werden kann, so wenig vermag andererseits ein bis dahin außerhalb der Genossenschaft Stehender aus dem Inhalt des Statuts ein Recht auf Gewährung der Aufnahme herzuleiten¹⁾.

Es fragt sich nun aber, ob die im Vorstehenden dargestellten Grundsätze auch vom Standpunkt des Statuts der beklagten Genossenschaft aus gelten. Der Kläger stützt seinen Anspruch gerade auf den Inhalt dieses Statuts, speziell des § 6 Abs. 2 und 5, insofern einmal in Abs. 2 denjenigen, bei welchen die dort erwähnten Bedingungen zutreffen (und dies ist unbestrittenermaßen bei dem Kläger der Fall), als der Genossenschaft „beizutreten berechtigt“ bezeichnet werden, weiterhin aber in Abs. 5 bestimmt ist, daß die Aufnahme „nicht versagt werden könne“, wenn jene Bedingungen „erfüllt werden können“.

Das Statut ist seiner rechtlichen Natur nach der die Grundlage der Genossenschaft bildende Gesellschaftsvertrag²⁾ und enthält — wie bereits bemerkt wurde — die für die Mitglieder und Organe der Genossenschaft maßgebende Norm. Ist dies aber zutreffend, so ist von dem Grundsatz auszugehen, daß auch durch das Statut der Beklagten nur die Rechte und Pflichten der Genossen und der Genossenschaftsorgane geregelt worden sind. Allerdings ist nun das Prinzip, daß durch einen Vertrag nur Rechte und Verpflichtungen zwischen den Kontrahenten begründet werden, in der Rechtsordnung nicht unbedingt festgehalten, sondern — zumal in der späteren Entwicklung des gemeinen Rechts — durch Anerkennung der Rechtswirksamkeit von Verträgen zu Gunsten dritter Personen durchbrochen worden. In welchem Umfang aber vom Standpunkt des (hierher maßgebenden) gemeinen Rechts die Möglichkeit anzuerkennen ist, durch einen Vertrag unmittelbar für Dritte Rechte zu erzeugen, ist bestritten, und es muß namentlich zweifelhaft erscheinen, ob auf diese Weise

1) Vergl. Parisius-Grüger a. a. O. S. 101 oben; Joel a. a. O. S. 415.

2) Parisius-Grüger a. a. O. S. 23.

ein ganzer Kreis von — der Zahl nach an sich unbestimmten — Personen, bei welchen gewisse Bedingungen vorliegen, durch einen Vertrag unmittelbar berechtigt werden könnte. Die Entscheidung dieser Frage kann jedoch dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls müßte aus dem betreffenden Vertrag mit Sicherheit erhellen, daß der Wille der Kontrahenten darauf gerichtet war, den Dritten unmittelbar ein eigenes Recht zu verschaffen (vgl. auch jetzt B.G.B. §§ 328 ff.). Dies ist aber bei den hier in Betracht kommenden Bestimmungen des Statuts nicht der Fall. Wenn es auch in § 6 des Statuts heißt, daß die Personen, welche den in Abs. 2 aufgestellten Bedingungen entsprechen, beizutreten berechtigt seien und daß die Aufnahme derselben nicht verjagt werden könne, so nötigt dies noch nicht, hierin — abweichend von der Regel, daß der Vertrag nur Rechte und Pflichten zwischen den Kontrahenten begründet — die Kundgebung des Willens zu finden, daß jene Personen unmittelbar gegenüber der Genossenschaft ein eigenes Recht auf Zulassung haben sollen. Vielmehr lassen sich die fraglichen Bestimmungen im Einklang mit der dem Statut an sich zukommenden Bedeutung dahin auffassen, daß hiedurch den zur Entscheidung über die Aufnahme von Mitgliedern berufenen Organe (Vorstand und Aufsichtsrat) nur mit Beziehung auf ihre Verantwortung gegenüber der Genossenschaft eine Norm gegeben ist, wie sie diese ihnen übertragene Funktion auszuüben, namentlich unter welchen Voraussetzungen sie ein Aufnahmegesuch als begründet, als „berechtigt“ anzusehen haben; und wenn hiebei den genannten Organen im Fall der Erfüllung der festgesetzten Bedingungen die Erklärung der Aufnahme zur Pflicht gemacht wird, so ist darauf hinzuweisen, daß bei einer Genossenschaft — und zumal bei einer solchen mit unbeschränkter Haftpflicht, wie es die Beklagte ist, — die Aufnahme weiterer Mitglieder eine Vermehrung des Genossenschaftsvermögens nach sich zieht und deshalb die Genossenschaft ein sehr erhebliches Interesse daran hat, daß Vorstand und Aufsichtsrat solche Personen, welche den im Statut aufgestellten Bedingungen entsprechen,

nicht zurückweisen. — Anlangend ferner den von dem Kläger herangezogenen § 24 des Statuts, wonach Beschwerden wegen statutenwidriger Verweigerung der Aufnahme in die Genossenschaft von dem Gemeindegerecht beizulegen sind, so ist hieraus zu Gunsten der Auffassung des Klägers, daß ihm ein Recht auf Aufnahme in die Genossenschaft zustehe, gleichfalls nichts zu entnehmen. Denn selbst wenn man unter den Beschwerden nicht bloß die Beschwerden der Mitglieder der Genossenschaft, sondern auch Beschwerden von außerhalb der Genossenschaft stehenden Personen, insbesondere der mit ihren Aufnahmegesuchen Zurückgewiesenen, zu verstehen hätte, so ist hier dem Gemeindegerecht nicht etwa die Befugnis zur Entscheidung zugewiesen, so daß dasselbe einen die Aufnahme verweigernden Beschluß des Vorstands und des Aufsichtsrats beseitigen könnte; vielmehr soll die in § 24 vorgesehene Thätigkeit des Gemeindegerechts auf Beilegung der Streitigkeiten, also auf gütliche Einigung der Beteiligten, gerichtet sein, und es spricht, wenn man der vom Kläger vertretenen Auffassung des Paragraphen als einer auch auf Beschwerden des Zurückgewiesenen selbst anwendbaren Bestimmung folgt, gerade gegen seine Annahme eines ihm gegen die Genossenschaft zustehenden Rechts auf Zulassung, daß an dieser Stelle jede Andeutung darüber fehlt, daß und welche Befugnisse dem Zurückgewiesenen im Fall des Mißlingens des Beilegungsversuchs oder wenn das Gemeindegerecht eine Thätigkeit ablehnt, zustehen. Daß auch der Gebrauch des Ausdrucks „Beschwerde“ nicht die Anerkennung eines Rechts auf Zulassung in sich schließt, bedarf kaum der Hervorhebung.

Wenn nach dem bisher Bemerkten davon auszugehen ist, daß Abs. 2 und 5 des § 6 des Statuts der Beklagten lediglich eine für die Rechtsbeziehungen der Mitglieder und Organe der Genossenschaft maßgebende Norm festsetzen, so kann auch der etwaigen Bekanntmachung dieser Bestimmung von vornherein nicht die Bedeutung einer Offerte an unbestimmte Personen beigelegt werden. Demzufolge ist auch die weitere Behauptung des Klägers unzutreffend, jedenfalls sei in der

Ausgabe des Statuts eine Offerte an Jeden, der die statutenmäßigen Bedingungen erfülle, hinsichtlich der Erlangung der Mitgliedschaft zu erblicken, und es bedarf daher keiner näheren Prüfung, wie es sich überhaupt mit der Bekanntmachung des Statuts verhält.

Verfehlt ist endlich auch der Versuch des Klägers, zu Gunsten seiner Auffassung, es stehe den die Bedingungen von § 6 Abs. 2 des Statuts erfüllenden Personen ein Recht auf die Zulassung zu, den Umstand zu verwerten, daß in G. der Schlachthauszwang besteht und Metzger, welche der Genossenschaft nicht angehören, den vierfachen Betrag der für die Genossenschaftsmitglieder festgesetzten Schlachtgebühren zu bezahlen haben. Denn selbst wenn hiedurch (wie der Kläger behauptet) einem nicht zur Genossenschaft gehörigen Metzger der Betrieb seines Gewerbes in einer den Grundsätzen der Gewerbe-Ordnung widersprechenden Weise unmöglich gemacht werden sollte, so könnte dies doch nicht dazu führen, den bisher nicht zur Genossenschaft gehörigen Metzgern ein Recht auf Zulassung zur Genossenschaft zu gewähren, wobei übrigens vom Standpunkt des Klägers folgerichtig ein solches Recht jedem Metzger, — nicht bloß denjenigen, bei welchen die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 des Statuts zutreffen —, zuzubilligen wäre. Vielmehr wäre die klägerischerseits angeführte Erwägung nur geeignet, den Anlaß zur Anfechtung der gesetzlichen Zulässigkeit der in der Schlachthausordnung enthaltenen Bestimmungen über Schlachthaus-Zwang und Schlachtgebühren zu bieten, wie denn auch Kläger nach der Behauptung der Parteien inzwischen im Wege der Anrufung der Verwaltungsbehörden eine (allerdings von der Beklagten mit der Beschwerde angefochtene)¹⁾ Verfügung in Betreff der Herabsetzung der Schlachtgebühren für Nichtmitglieder der Genossenschaft erwirkt hat.

Urteil des II. Civilsenats vom 17. Mai 1900 i. Sachen Fries gegen Metzgergenossenschaft Göppingen²⁾.

1) Vergl. W. Z. B. 12, S. 336 ff.

2) Anmerkung der Redaktion: Das Reichsgericht hat (f.

45.

Zum Begriff des „Modells“ und der „neuen Gestaltung“ im Sinn des Gebrauchsmusterschutzgesetzes¹⁾.

Kläger Widerbeklagter hat gegen die beiden Beklagten dahin geklagt, daß ihnen bei Strafe untersagt werde, ohne Erlaubnis des Klägers Transportwagen für flüssige Kohlen- säure oder andere flüssige und komprimierte Gase nach dem für den Kläger in der Gebrauchsmusterrolle des Kaiserlichen Patentamtes unter Nr. 66 447 eingetragenen Gebrauchsmuster, insbesondere auch nach den für die Beklagten unter Nr. 94 039, 94 709 und 95 760 eingetragenen Gebrauchsmustern gewerbsmäßig herzustellen, feilzuhalten, in Verkehr zu bringen oder in Gebrauch zu nehmen.

R.G. 47, Nr. 18) auf Revision des Klägers dieses Urteil aufgehoben und im Wesentlichen nach dem Klagantrag erkannt. Es ist aber dem O.L.G. darin beigetreten, daß in der Regel die statutarische Festsetzung gewisser Bedingungen, die für die Aufnahme erfüllt sein müssen, nur die Bedeutung einer Instruktion für die Organe der Genossenschaft habe, nicht aber denen, die diese Bedingungen erfüllen, ein Recht auf Aufnahme gewähren wolle. Das Reichsgericht hat aber angenommen: aus dem Rechtsverhältnis zwischen der Genossenschaft und der Stadtgemeinde folge, daß letztere „den Beitritt der anderen Mehger des Orts als notwendige Voraussetzung für die Ueberlassung des Schlachthauses an die Genossenschaft festlegen mußte“. Hiernach erscheine „die Annahme gerechtfertigt, daß die Stadt zu Gunsten der anderen Mehger diesen den Beitritt vertragsmäßig ausbedungen hat“. „Ist das aber der Fall, so darf auch ein unmittelbarer Rechtsübergang der begünstigten Dritten — nach dem — gemeinen Recht unbedenklich angenommen werden.“

Bei aller Achtung vor der Autorität des Reichsgerichts wird gesagt werden dürfen, daß diese Begründung sich auf gekünstelte und willkürliche Annahmen stützt, sofern in Wirklichkeit nichts dafür sprach (auch vom Beklagten gar nicht behauptet war), daß die Stadtgemeinde Göppingen mit der beklagten Genossenschaft einen Vertrag „zu Gunsten der andern Mehger“ geschlossen hatte.

1) Vergl. Band 11, S. 188.

Das für den Kläger eingetragene Gebrauchsmuster trägt die Bezeichnung: „Aus einer Anzahl mit einem Wagen fest verbundener Flaschen bestehendes Transportgefäß für flüssige Kohlenäure und ähnliche Gase“; die „Erläuterung“ sagt: die beigefügte Zeichnung stelle den Anmeldegegenstand „in einer der mannigfachen Ausführungsformen“ dar; er bestehe aus dem für Eisenbahn- und Straßentransport beliebig gebauten Unterwagen und einer Anzahl Flaschen, die, eventuell auf Lagern ruhend, mit dem Wagen „durch Ketten oder Bänder oder auf beliebige andere Weise fest verbunden“ seien; die Flaschen können zwischen zwei durch Versteifungen gehaltenen Stirnwänden mittels Verschraubungen oder in anderer Weise der Länge nach gesichert werden; das Ganze werde durch beliebige Ueberdeckung gegen Witterungseinflüsse geschützt.

Die für die Beklagten eingetragenen Gebrauchsmuster beziehen sich auf Tankwagen zum Transport flüssiger und komprimierter Gase mit einer Anzahl von — unter einander verbundenen — Gefäßen.

Die Klage war darauf gestützt, daß nach der Behauptung des Klägers die Modelle der Beklagten in den klägerischen Musterchutz eingreifen, dessen wesentlichen Bestandteil, die feste Verbindung einer Anzahl von Gefäßen mit einem Wagen benützen.

Beklagte bestreiten, daß ihr Gebrauchsmusterchutz in den des Klägers eingreife; sie machen aber vor allem geltend, daß das klägerische Gebrauchsmuster der Schutzfähigkeit entbehre, weil das Modell des Klägers einer bestimmten Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung ermangle, überhaupt keine Erfindung, sondern einen ganz trivialen Gedanken darstelle und nicht neu sei. Beklagte haben deshalb Abweisung der Klage und widerklagend Verurteilung des Klägers Widerbeklagten zur Löschung des für ihn eingetragenen Gebrauchsmusters beantragt.

Die Klage ist abgewiesen und nach der Widerklage ist erkannt worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

G r ü n d e n :

Charakteristisch für das Modell des Klägers ist nach der Anmeldung wie nach den damit übereinstimmenden Ausführungen der Berufungsbegründung die feste Verbindung einer Anzahl einzelner Gefäße, die zur Aufnahme flüssiger Gase bestimmt sind, mit einem Wagengestell. Eine bestimmte Form des Transportgeräts oder der Gefäße oder der Art der Verbindung beider ist nicht angegeben und kann und soll demnach nicht geschützt sein. Geschützt soll vielmehr sein ein beliebiges Transportgerät mit der Eigentümlichkeit, daß eine Reihe beliebig geformter, zu einem gewissen Gebrauch bestimmter Gefäße in beliebiger Weise mit dem Wagen verbunden sind. Hiernach verlangt Kläger Schutz für jedes Transportgerät, bei dem eine Reihe von Gefäßen für flüssige Gase in irgend einer Weise mit dem Wagengestell fest verbunden ist; er verlangt also in Wirklichkeit Schutz für den Erfindungsgedanken, eine Anzahl einzelner Gefäße mit einem Wagengestell fest zu verbinden; die der Anmeldung beigefügte Zeichnung ist nur ein Beispiel dafür, in welcher von zahllosen denkbaren Arten dieser Erfindungsgedanke ausgeführt werden kann, aber ein „Modell“ im Sinn des Gesetzes liegt nicht vor, d. h. eine bestimmte Gestaltung der angeblich neuen Vorrichtung oder Anordnung. Für einen in beliebiger Form zu verkörpernden Erfindungsgedanken ist — wenn die sonstigen Voraussetzungen der Patentierung vorliegen — Patentschutz, nicht aber Gebrauchsmusterschutz möglich. Schon aus diesem Grund ist der Anspruch der Widerklage auf Löschung des für den Kläger eingetragenen Gebrauchsmusters begründet.

Es kommt hinzu, daß ein Gebrauchsmuster, soll es schutzfähig sein, eine neue Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung darstellen muß; es ist aber (mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts) davon auszugehen, daß es im Begriff der Neuheit liegt, daß die Abweichung von bereits bekannten Gestaltungen u. s. w. eine selbständige, eigenartige sein muß, ein Modell, das ohne Zuhilfenahme eines weiteren

selbständigen Gedankens nur schon Bekanntes wiedergiebt, nicht schutzfähig ist. Neu an dem Modell des Klägers soll nun die feste Verbindung der Flaschen mit dem Wagen sein. Aber eine solche Verbindung „durch Ketten oder Bänder oder auf beliebige andere Weise“ herzustellen, ist für jeden Sachverständigen, wo nicht für den Laien, eine ganz einfache Sache, ein außerordentlich nahe liegender Gedanke. Wenn dieser Gedanke nicht schon früher zur Ausführung gelangt sein sollte, so lag dies mutmaßlich daran, daß die Füllung und Entleerung der mit dem Wagen fest verbundenen Gefäße Schwierigkeiten oder Umstände machte. In dieser Beziehung enthält aber das klägerische Modell nichts Neues, die Anmeldung erwähnt die Art der Füllung überhaupt nicht. Daß die Flaschen zur Aufnahme von flüssigen Gasen bestimmt sind, ist für die Eigenartigkeit des klägerischen Modells ohne alle Bedeutung; denn auch der Gedanke, derartige Flaschen mit einem Wagen fest zu verbinden, kann auf Eigenartigkeit oder Selbständigkeit, also auf Neuheit im Sinn des Gesetzes, keinen Anspruch machen. Also auch von dem Gesichtspunkt aus, daß das Modell eines Gebrauchsmusters eine neue Gestaltung u. s. w. darstellen muß, behrt das klägerische Muster der Schutzfähigkeit.

Ist nach dem Ausgeführten die Wiederklage begründet, so folgt daraus ohne weiteres, daß die Klage nicht begründet ist: denn ihre Grundlage ist, daß dem Kläger das ausschließliche Recht zur gewerbsmäßigen Nachbildung seines Modells zustehe, und mit Verneinung dieses ausschließlichen Rechts ist dem Klaganspruch seine einzige Grundlage entzogen.

Urteil des I. Civilsenats vom 10. November 1899 in Sachen Kommenhüller gegen Kaydt.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

46.

Übertragbarkeit der Rechte aus einem Lizenzvertrag?

Kläger hat für zwei Schmiedeeisen Gebrauchsmusterschutz erlangt. Mit Vertrag vom 3. Oktober 1898 hat er

dem E. G., Alleininhaber der Firma W. H.'s Nachfolger, „den Vertrieb und Alleinverkauf seiner beiden geschützten Eß-Eisen“ übertragen gegen Bezahlung einer Lizenzgebühr von 2 M. für jedes Stück. Am 1. Juli 1899 hat G. sein Geschäft samt Firma mit allen Aktiven und Passiven und mit den Rechten aus dem Vertrag vom 3. Oktober 1898 käuflich auf den Beklagten übertragen. Kläger hat darauf Klage gegen den Beklagten erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß dem Beklagten das vom Kläger mit Vertrag vom 3. Oktober 1898 dem E. G. übertragene Recht auf den Vertrieb und Alleinverkauf der dem Kläger geschützten Eßeisen nicht zustehe. Diesem Klagantrag ist entsprochen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gr ü n d e n :

Der vom Kläger mit G. am 3. Oktober 1898 geschlossene Vertrag hat für beide Teile sowohl Rechte als Verbindlichkeiten erzeugt. Daß die Verbindlichkeiten des G. ohne Zustimmung des Klägers durch einen Vertrag zwischen G. und einem Dritten nicht auf diesen übertragen werden konnten mit der Wirkung, daß der Dritte an Stelle des G. als Schuldner trat, ergibt sich aus zweifellosen Rechtsgrundsätzen und ist vom Beklagten selbst anerkannt. Hieran würde auch dadurch nichts geändert, wenn der Beklagte, wie er behauptet, stets bereit gewesen wäre, die Verpflichtungen aus dem Vertrag zu erfüllen. Denn selbst wenn der Beklagte, was er nicht geltend macht, die Erfüllung dem Kläger angeboten hätte, wäre er damit noch nicht Schuldner des Klägers geworden. Was dagegen die Uebertragbarkeit der aus dem Vertrag vom 3. Oktober 1898, welcher sich in der Hauptsache als ein sogen. Lizenzvertrag charakterisiert, von G. erworbenen Rechte anbelangt, so kann die Uebertragbarkeit der von einem Lizenzträger durch den Lizenzvertrag erworbenen Rechte im allgemeinen grundsätzlich nicht wohl verneint werden. Denn das durch den Gebrauchsmusterschutz verliehene Recht ist ein Vermögensrecht, und es liegt regelmäßig in der Natur eines Vermögensrechtes, daß es nicht

blos vom ersten Erwerber auf einen andern, sondern auch von diesem weiter auf einen Dritten u. s. w. übertragen werden kann¹⁾.

Diese abstrakte rechtliche Möglichkeit der Weiterveräußerung einer Lizenz bewirkt aber nicht deren Uebertragbarkeit in jedem einzelnen Fall. Diese Uebertragbarkeit kann nicht nur ausgeschlossen werden durch ausdrückliche Vereinbarung zwischen dem Schutzberechtigten und dem Lizenznehmer, sondern sie ist in manchen Fällen auch deshalb zu verneinen, weil sie auch ohne besondere Vereinbarung mit Rücksicht auf die Umstände des Falls und auf Nebenbestimmungen des Lizenzvertrags der — durch Auslegung zu ermittelnden — Willensmeinung der Parteien nicht entspricht. Hier können selbstverständlich die verschiedenartigsten Gesichtspunkte in Betracht kommen. Wenn z. B. der Modellinhaber seine sämtlichen durch die Eintragung des Gebrauchsmusters erworbenen Rechte auf einen anderen gegen einmalige Bezahlung einer Abfindungssumme und ohne Verpflichtung des Lizenznehmers zu irgend einer anderen Gegenleistung überträgt, so wird es im Zweifel dem Uebertragenden nicht darauf ankommen, ob diese Rechte vom ersten Lizenznehmer oder einem weiteren Erwerber ausgeübt werden, und man wird demnach in einem solchen Falle die Uebertragbarkeit der Lizenz zu bejahen haben. Andererseits wird man z. B. die Uebertragbarkeit zu verneinen geneigt sein, wenn es sich um Weiterveräußerung der Lizenz an einen gefährlichen Konkurrenten des Schutzberechtigten handelt.

Was den vorliegenden Fall betrifft, so kann zunächst aus dem Umstand, daß nach dem Wortlaut des Vertrags der Kläger den Vertrieb und Alleinverkauf seiner geschützten Esse-Eisen an „die Firma W. H.'s N.“ (übrigens mit dem Zusatz „Inhaber E. G.“) übertragen hat, nichts zu ungunsten des Klägers gefolgert werden. Es fehlt an Anhaltspunkten dafür, daß die Kontrahenten mit der Wahl der Firmabe-

1) Vergl. die (auf das Patentrecht bezügl.) Entsch. d. Reichsger. Bd. 31 S. 57.

zeichnung etwas Weiteres bezweckt haben als eben den Lizenznehmer auch mit seinem Handelsnamen zu bezeichnen, und daß der Kläger sich damit habe einverstanden erklären wollen, daß seine Rechte auf jeden beliebigen künftigen Erwerber der Firma sollten weiter übertragen werden können.

Durch den Vertrag hat der Kläger auf den Einspruch gegen die Benützung seiner geschützten Gebrauchsmuster durch G. verzichtet und sich weiterhin dem G. gegenüber zum Schutze gegen die Benützung der Muster durch andere verpflichtet¹⁾. Diese letztere Verpflichtung kann einen sehr erheblich veränderten Inhalt bekommen, wenn sie nicht mehr dem G., sondern einem dritten Gläubiger gegenüber besteht, und es müßte schon aus diesem Grunde die Absicht der Kontrahenten, die Uebertragbarkeit der Lizenz festzusetzen verneint werden. Entscheidend für die Verneinung der Uebertragbarkeit ist aber weiterhin die in dem Vertrag festgesetzte Verpflichtung des Lizenznehmers zu bestimmten Gegenleistungen. Da diese Verpflichtung, wie oben bemerkt, nicht übertragen werden kann, so würde durch die Uebertragung der Lizenzrechte allein auf den Beklagten das durch den Lizenzvertrag zwischen dem Kläger und G. geschaffene verwickelte obligatorische Verhältnis nach der Seite der Berechtigung und der Verpflichtung hin in einer Weise auseinandergerissen, die für den Kläger zu unerträglichen Folgen führen kann und unmöglich in der Absicht der Parteien gelegen sein konnte. Gläubiger und Schuldner stände ihm statt wie bisher in einer, künftig in zwei verschiedenen Personen gegenüber und es könnte die Verwirklichung und Verfolgung seiner Rechte hiedurch in hohem Maße erschwert werden. Da der Kläger für jedes verkaufte Stück seiner geschützten Esse-Eisen eine Lizenzgebühr von 2 M. von G. zu beanspruchen hat, so ist von vornherein anzunehmen, daß er beim Vertragsabschluß auch die Möglichkeit einer sicheren Kontrolle des G.'schen Geschäftsbetriebs ins Auge gefaßt hat und daß er nicht gewillt war,

1) Vergl. Entsch. des RG. Bd. 17 S. 54 (ebenfalls auf Patentrecht bezüglich).

diese Möglichkeit sich dadurch aus der Hand nehmen zu lassen, daß die Lizenzrechte auf einen beliebigen anderen, möglicherweise weit entfernt wohnenden, unkontrollierbaren Erwerber übertragen wurden. Es bedarf sodann keiner Ausführung, daß das durch den Vertrag zwischen dem Kläger und G. geschaffene Rechtsverhältnis auf gegenseitigem persönlichem Vertrauen beruht, und bei Begründung eines solchen Verhältnisses gehen die Parteien davon aus, daß nur mit Zustimmung beider Teile an die Stelle des einen Vertragsteils ein anderer, sowohl was Rechte als Verpflichtungen betrifft, gesetzt werden darf. Der Kläger hat ein Interesse an der möglichst vollständigen Ausbeutung seiner geschützten Modelle durch den Lizenznehmer und es ist nicht zu bezweifeln, daß er dem G. die Lizenz deshalb übertragen hat, weil ihm gerade dieser in technischer, finanzieller und jeder anderen Beziehung die erforderliche Gewähr für Einhaltung seiner Vertragspflichten und die erspriessliche Ausbeutung der Gebrauchsmuster zu bieten schien. Aus diesem Interesse des Klägers kann aber auch auf einen entsprechenden die Übertragbarkeit der Lizenz ausschließenden Vertragswillen der Kontrahenten geschlossen werden.

Urteil des I. Civilsenats vom 6. Juli 1900 in Sachen
 Geßwein gegen Brand.

B. in Strafsachen.

10.

Die außergerichtliche Verdächtigung eines Dritten, eine strafbare Handlung begangen zu haben, unter dem Schutz des § 193 St.G.B.

Ein Fall dieser Art bildete den Gegenstand einer Privatklage und es war in erster Instanz die Verurteilung des Angeklagten wegen Beleidigung, in zweiter seine Freisprechung erfolgt, welche letztere in der Revisionsinstanz bestätigt wurde unter Verwerfung der Rüge einer Verletzung des § 193 St.G.B.

Aus den

G r ü n d e n :

Unter Anklage gestellt sind zwei Äußerungen des Angeklagten, mit welchen dieser den Privatkläger bezichtigte, eine absichtliche Beschädigung an der Steineinfassung am Grabe der † Ehefrau des Angeklagten verübt zu haben. Bezüglich der ersteren, dem Totengräber D. gegenüber auf dem Kirchhof zu J. geschehenen Äußerung hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Angeklagte wegen der wahrgenommenen Beschädigung der Grabeinfassung mit D., dem die Beaussichtigung des Friedhofs als Dienstpflicht obliegt, gesprochen und hiebei dem Verdacht der Thäterschaft des Privatklägers mehr oder weniger bestimmten Ausdruck gegeben hat, wobei weiterhin ausgeführt ist, solange dem Angeklagten nicht nachzuweisen sei, daß er wider besseres Wissen den Privatkläger bezichtigt, habe er bei der Mittheilung an

D. lediglich in Wahrnehmung berechtigter Interessen, nämlich zwecks Ermittlung des Urhebers der Sachbeschädigung gehandelt, ohne daß aus der Form oder den Umständen seiner Äußerung die Absicht und das Vorhandensein einer Beleidigung hervorginge. In dieser Ausführung ist ein Rechtsirrtum über Sinn und Bedeutung der zur Anwendung gebrachten Schutzvorschrift des § 193 St.G.B. nicht ersichtlich. Denn unzweifelhaft hat der durch eine strafbare Handlung eines Dritten Verletzte ein berechtigtes Interesse an der Ermittlung des noch unbekanntes Täters und wenn er zum Zweck dieser Ermittlung einen bestimmten Verdacht gegenüber demjenigen äußert, welcher vermöge seiner dienstlichen Stellung darüber zu wachen hat, daß solche strafbare Handlungen nicht vorkommen und daß vorgekommene zur Anzeige gebracht werden, so handelt er in Ausübung eines neben dem Recht auf Achtung der Person bestehenden und anerkannten Rechtes. Diese Voraussetzungen treffen vorliegend nach den angeführten tatsächlichen Feststellungen zu und der Revisionskläger verkennt den Begriff berechtigter Interessenwahrnehmung, wenn er eine solche nur im Bemühen des Verletzten um Auskunft über Anhaltspunkte für Ermittlung der Täterschaft und nicht auch in der weitergehenden Mitteilung eines bestimmten Verdachtes findet. Gerade diese Mitteilung ist ein geeignetes Mittel, um die Nachforschung nach dem Täter wirksam zu gestalten und demjenigen, der sich damit beschäftigt, die richtige Fährte zu zeigen. Die weitere Behauptung des Revisionsklägers, daß sich der Angeklagte im Hinblick auf eine spätere Äußerung gegenüber D. auch wohl bewußt gewesen sei, daß er zu weit gegangen, scheidet an der diesbezüglich im Berufungsurteil getroffenen gegenteiligen Feststellung.

Ebenso wenig Erfolg kann der Angriff gegen die Freisprechung wegen der zweiten, zum Gegenstand der Privatklage gemachten Äußerung haben. Die Feststellung im angefochtenen Urteil geht dahin, daß die Ehefrau des Privatklägers ihrerseits den Angeklagten aufgesucht, und ihn vor

seiner Wohnung darüber zur Rede gestellt hat, ob es wahr sei, daß er ihren Ehemann (den Privatkläger) wegen der Grabbeschädigung im Verdacht habe, sowie daß hierauf der Angeklagte dies bestätigt habe mit der Einschränkung: entweder der Privatkläger oder Steinhauer W. in J. habe es gethan, ein Handwerksmanu habe es gethan. Es ist sodann ausgeführt, daß der Angeklagte mit dieser seiner Aussprache über das Vorhandensein und die Gründe seines Verdachtes lediglich dem Verlangen der Ehefrau des Privatklägers nachgekommen sei, welche in Vertretung des letzteren eine Erklärung von ihm gefordert habe, ferner daß dem Angeklagten nicht zugemutet werden konnte, angesichts einer solchen Aufforderung mit dem Ausdruck seiner Ueberzeugung zurückzuhalten oder gar irgend welche, der Verfolgung seiner Rechtsansprüche unter Umständen nachtheilige Zugeständnisse zu machen.

Die Freisprechung des Angeklagten wegen dieser zweiten Aeußerung beruht hienach gleichfalls auf der Annahme, daß demselben der Schutz des § 193 St.G.B. zur Seite stehe, und es ist dies an einer anderen Stelle klar und näherhin ausgedrückt, indem gesagt ist, bei der Mitteilung an D. habe Angeklagter lediglich in Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinn des § 193 gehandelt, ohne daß aus der Form oder aus den Umständen seiner Aeußerung die Absicht und das Vorhandensein einer Beleidigung hervorgehe und ganz dasselbe gelte auch von der zweiten Aeußerung. Hiemit sind an sich die Voraussetzungen für die Annahme des Strafausschließungsgrundes nach § 193 St.G.B. gegeben und es kann sich nur fragen, ob das Interesse, welches der Angeklagte nach obiger Feststellung mit seiner Aeußerung gegenüber der Ehefrau des Privatklägers wahrnehmen wollte, als ein berechtigtes im Sinn des Gesetzes anzusehen ist. Diese Frage ist zu bejahen: der Angeklagte war von der Frau des Privatklägers zu Rede gestellt, ob er thatsächlich letzteren hinsichtlich der entdeckten Grabbeschädigung im Verdacht der Thäterschaft habe, wegen dieser Beschädigung hatte der An-

geklagte abgesehen von der Befugnis, die Strafverfolgung des Thäters zu beantragen, gegen diesen einen Anspruch auf Schadenersatz, § 823 B.G.B. und wenn er unter diesen Umständen den gegenüber dem zuständigen Totengräber D. schon früher geäußerten Verdacht, statt zu schweigen oder zu leugnen, als Antwort auf die an ihn in dieser Richtung speziell gestellte Frage wiederholte, so hat er hiedurch sein persönliches Interesse wahrgenommen, welches sich bei billiger verständiger Beurteilung der konkreten Sachlage zugleich als ein gerechtfertigtes darstellt. Dies aber genügt (Entsch. R.G. in Straff. Bd. 25 S. 355, Bd. 26 S. 76) und von diesem Standpunkt aus konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum zur Anwendung des § 193 St.G.B. gelangen, wie es hiebei auch den Ausschluß des Schlusssatzes in diesem § im Hinblick auf die Thatsache, daß dritte Personen die gegebene Antwort hören konnten, zureichend und einwandfrei begründet hat. Die weiteren Bemängelungen der Revision bewegen sich in diesem Teil lediglich auf dem rein thatsächlichen Gebiet und verdienen deshalb in der Revisionsinstanz keine Beachtung.

Urteil des Straffenats vom 29. Dezember 1900 i. S. Kellermann gegen Arnold wegen Beleidigung.

11.

1. Die Feststellung einer beleidigenden Äußerung dem Sinne nach.
2. Ist die Annahme eines fortgesetzten Delikts im Berufungsurteil zulässig, wenn der wegen zwei real-konkurrierender Beleidigungen Angeklagte in erster Instanz freigesprochen war und die zweite Instanz die eine Beleidigung für strafbar, die andere für nicht strafbar erklärt?

In beiden Richtungen spricht sich ein Urteil des Straffenats wie folgt aus:

Durch Beschluß des Amtsgerichts M. war gegen den

Angeklagten das Hauptverfahren wegen zwei Vergehen der Beleidigung im Sinn der §§ 186, 74 St.G.B. eröffnet worden, weil derselbe hinreichend verdächtig erscheine: er habe zweimal in Beziehung auf den Privatkläger eine Thatsache behauptet, welche diesen verächtlich zu machen und in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet, auch nicht erweislich wahr ist, indem er zu M. einmal vor dritten Personen in der H.'schen Scheuer, das andere Mal in seiner Wohnung dem Privatkläger gegenüber äußerte: dieser sei schuld daran, daß die Verheiratung des Angeklagten mit einem Mädchen aus R. nicht zu Stande gekommen sei, weil er ersteren dort „verliederlicht“ oder „verlästert“ habe.

Auf Grund der Hauptverhandlung hat das Schöffengericht M. den Angeklagten von der Beschuldigung zweier Vergehen der Beleidigung freigesprochen und dem Privatkläger die Tragung der Kosten des Verfahrens, auch die Erstattung der dem Angeklagten erwachsenen notwendigen Auslagen auferlegt. Dieses Urteil beruht auf der Erwägung, daß weder für die erste noch für die zweite der dem Angeklagten zur Last gelegten Äußerungen Beweis erbracht sei und bezüglich der zweiten Äußerung dem Angeklagten unter allen Umständen der Schutz des § 193 St.G.B. zur Seite stehe. Auf die hiegegen vom Privatkläger eingelegte Berufung hat die Strafkammer des R. Landgerichts H. unter Aufhebung des schöffengerichtlichen Urteils für Recht erkannt: Der Angeklagte wird wegen eines Vergehens der Beleidigung zu der Geldstrafe von fünf Mark sowie zur Tragung der Kosten des Verfahrens in I. und II. Instanz einschließlich der notwendigen Auslagen des Privatklägers verurteilt — jedoch mit Ausnahme der durch die Vernehmung der beiden Zeuginnen R. und Sch. in I. Instanz erwachsenen Kosten, welche dem Privatkläger zur Last fallen. Die Strafkammer stellte in den Gründen ihres Urteils fest, daß der Angeklagte mit der ersten der ihm zur Last gelegten Äußerungen in Beziehung auf den Privatkläger eine nicht erweislich wahre Thatsache behauptet habe, welche denselben ver-

ächtlich zu machen und in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist — Vergehen gegen § 186 St.G.B. —, war dagegen bezüglich des zweiten Vorfalls übereinstimmend mit dem ersten Richter der Meinung, daß dem Angeklagten der Schutz des § 193 St.G.B. zuzubilligen sei, und demgemäß wegen dieses Vorfalls eine Verurteilung des Angeklagten nicht erfolgen könne, daß es jedoch insoweit „einer besonderen Freisprechung“ nicht bedürfe, weil bei den beiden Vorfällen eine fortgesetzte Handlung als vorliegend erachtet werden müsse. Zur Entscheidung im Kostenpunkt ist bemerkt: da der Privatkläger die beiden unter Anklage erstellten Vorfälle von Anfang an als Eine That aufgefaßt habe und offenbar dem ersten Vorfall, wegen dessen Strafe verhängt wurde, das Hauptgewicht beizumessen sei, so erscheine es gerechtfertigt, dem Privatkläger trotz seines Unterliegens in diesem Punkt nur die durch die Verhandlung hierüber besonders erwachsenen Kosten aufzuerlegen.

Die gegen dieses Urteil vom Angeklagten in zulässiger Weise eingelegte Revision rügt die Verletzung materieller Rechtsnormen. Sie kann insoweit keinen Erfolg haben, als der Angeklagte durch das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts wegen eines Vergehens der Beleidigung zu der Geldstrafe von 5 M. verurteilt worden ist.

Von der Revision wird zu Unrecht geltend gemacht, daß in den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts allein nicht schon der Thatbestand des § 186 St.G.B. gefunden werden könne. Soweit diese Bemängelung damit begründet wird, daß aus der als bewiesen angenommenen Äußerung des Angeklagten, „es sei einer von der Holdergasse draußen (in A., dem Wohnort seiner Braut) gewesen und habe seinen Bruder hinschwätzen wollen“ und aus dem nur dem Sinn nach festgestellten Beisatz des Angeklagten, er sei von diesem verschwätzt worden, sowie aus dem Stillschweigen des Angeklagten auf die Bemerkung der Zeugen, er meine damit doch den Kläger, die zureichend bestimmte und erkennbare Beziehung auf den Privatkläger gefolgert worden sei, richtet

sich der Angriff gegen die Beweiswürdigung und die auf Grund derselben vom Berufungsgericht getroffene thatsächliche Feststellung, welche überall einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen ist. Dasselbe trifft zunächst für den weiter behaupteten Mangel der erforderlichen „Bestimmtheit der ausschlaggebenden Worte“ zu. Denn es ist Sache des erkennenden Instanzgerichts, die Bedeutung und Beziehung gefallener Aeußerungen oder gebrauchter Worte, welche den Gegenstand einer Anklage bilden, unter verständiger Beurteilung der konkreten Sachlage nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung im Einzelfall festzustellen, und es ist hiebei nicht ausgeschlossen, falls der Wortlaut einer Aeußerung sich nicht mit voller Sicherheit nachweisen läßt, den Sinn derselben unter Anführung der entscheidenden Thatumstände als einen in bestimmter Richtung feststehenden anzunehmen. Dies ist im vorliegenden Fall unter näherer thatsächlicher Substanzierung geschehen und es ist das Berufungsgericht auf Grund thatsächlicher Erwägungen zu der bezüglichen Feststellung gelangt.

Daß die letztere etwa von einem Rechtsirrtum, von einer Verkennung des Begriffs der Beleidigung und zumal der Thatbestandsmerkmale einer solchen im Sinn des § 186 St.G.B. beeinflusst wäre, ist nicht ersichtlich. Ein solcher Rechtsirrtum kann insbesondere nicht in der vorliegend geschehenen Auslegung der Ausdrücke „verschwätzen“ und „einen anderen hinschwätzen“ gefunden werden. Es kann der Revision soweit beigeplichtet werden, daß diese Worte an sich allgemeinen „farblosen“ Charakters sind und nicht ohne Weiteres ein ehrenrühriges Handeln bezeichnen. Allein der Gebrauch derselben im Zusammenhang mit dem hier festgestellten Sachverhalt, wo es sich um die Aufklärung der stattgehabten Lösung eines Verlöbnisses handelte und wo als Grund für diese Auflösung eben das Verschwätzen durch einen Dritten und das Hinschwätzen eines Anderen angegeben wurde, rechtfertigt vollauf die Annahme des Berufungsgerichts, daß hiemit dem betroffenen Privatkläger der Vorwurf

einer unanständigen, sittlich verwerflichen Handlung gemacht wurde. Denn unter den obwaltenden Umständen liegt es nahe, unter „Verschwätzen“ eine ungünstige Nachricht über den anderen, eine Herabsetzung seiner Person oder seiner Eigenschaften zu verstehen und in Verbindung mit dem Ausdruck „einen anderen hinschwätzen“ konnte diese Auslegung mit allem Grund erfolgen. Gerade der letztere Ausdruck gewinnt in diesem Zusammenhang unbedenklich die Bedeutung, daß durch ungebührliches aufdringliches Loben eines Anderen dieser als der würdigere auf Kosten des vorhandenen Bräutigams hingestellt und so durch ein als unehrenhaft und gemein geltendes Mittel die Braut dem letzteren abspenstig gemacht wurde.

Hienach hat das Berufungsgericht sowohl in thatsächlich zureichender Begründung als auch rechtlich einwandfrei, das Vorliegen einer Beleidigung im Sinn des § 186 St.G.B. angenommen, überdies zutreffend die Nichtanwendung des § 193 St.G.B. auf den erwähnten Vorfall motiviert. In soweit endlich eine mangelhafte thatsächliche Begründung der getroffenen Feststellungen von der Revision behauptet werden wollte, so läge der Sache nach eine gemäß § 380 St.P.O. unzulässige Rüge der Verletzung von Rechtsnormen über das Verfahren (§ 266 St.P.O.) gegenüber einem in der Berufungsinstanz erlassenen Strafkammerurteil vor. Aus demselben Grund bleibt ein Verstoß gegen § 263 St.P.O. hier außer Betracht, welcher damit gegeben ist, daß nach den Urteilsgründen die thatsächlichen Feststellungen auch nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung erster Instanz statt ausschließlich nach der vor dem Berufungsgericht stattgehabten Verhandlung getroffen wurden.

Was die zweite der dem Angeklagten zur Last gelegten Äußerungen betrifft, so beschwert sich der Angeklagte dagegen mit Recht darüber, daß der vorige Richter die Berufung des Privatklägers insoweit, als sie diese Äußerung zum Gegenstand hat, nicht mit den entsprechenden Folgen im Kostenpunkt zurückgewiesen, sondern das ganze Urteil des

Schöffengerichts aufgehoben und demgemäß — abgesehen von den Auslagen für zwei Zeugen — die sämtlichen Kosten, insbesondere auch diejenigen des Rechtsmittels der Berufung dem Angeklagten auferlegt hat.

Nach § 369 Abs. 1 St.P.O. hat das Berufungsgericht nur inso weit als die Berufung für begründet befunden wird, das angefochtene Urteil aufzuheben und in der Sache selbst zu erkennen. Die Berufung war aber, da auch der Berufungsrichter wie das Schöffengericht die zweite, dem Privatkläger gegenüber ausgesprochene Beleidigung beim Zutreffen des Schutzes des § 193 St.G.B. nicht für strafbar erachtete, insoweit nicht begründet, und es durfte daher insoweit eine Aufhebung des schöffengerichtlichen Urteils nicht erfolgen; ebenso konnte insoweit ein Erkennen in der Sache selbst nicht in Frage kommen, insbesondere nicht eine Freisprechung des Angeklagten, nachdem derselbe von der diesfälligen Anschuldigung schon in erster Instanz freigesprochen war. Diese falsche Anwendung prozessrechtlicher Vorschriften beruht in ihrem letzten Grund auf einer Verletzung des materiellen Rechts. Das Berufungsgericht sieht sich nämlich an der „besonderen Freisprechung“ des Angeklagten um deswillen verhindert, weil es in den beiden dem Angeklagten zur Last gelegten Äußerungen nicht zwei selbständige Handlungen, sondern nur eine sogen. fortgesetzte Handlung erblickt. Hätte die Anklage auf ein fortgesetztes Vergehen gelautet, so läge gegen jene Ansicht des Berufungsgerichts rechtlich kein Bedenken vor. Es ist aber das Hauptverfahren gegen den Angeklagten nicht wegen einer fortgesetzten Beleidigung, sondern wegen zweier selbständiger Vergehen der Beleidigung (§§ 186, 74 St.G.B.) eröffnet worden. Nun bildet nach § 263 Abs. 1 St.P.O. den Gegenstand der Urteilsfindung allerdings die in der Anklage bezeichnete That, wie sich dieselbe nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt, und es wäre daher nach Abs. 2 des zitierten § das Berufungsgericht nicht an die der Eröffnung des Hauptverfahrens zu Grunde liegende Beurteilung der That gebunden gewesen. Die Vor-

aussetzung für die Möglichkeit der Annahme einer fortgesetzten Handlung bildete aber immerhin das Vorliegen einer Mehrheit von Einzelhandlungen, deren jede den vollen Thatbestand des in Frage stehenden Delikts enthielt. War nun, wie dies vom Berufungsgericht bezüglich des zweiten Vorfalls geschehen ist, der strafbare Charakter der Handlung verneint, so blieb nur noch eine, den Thatbestand des Delikts erfüllende strafbare Einzelhandlung übrig und es beruht demgemäß die Annahme des Berufungsgerichts, als handle es sich um ein fortgesetztes Delikt auf einer Verkennung des Begriffs einer fortgesetzten strafbaren Handlung. Dieser Begriff aber ist ein rechtlicher, dessen richtige Anwendung ebenso wohl durch Revision angefochten werden kann als die Anwendung oder Nichtanwendung des eine Mehrheit selbständiger Handlungen betreffenden § 74 St.G.B.

Dies führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und es ist nunmehr insoweit als die Aufhebung reicht, vom Revisionsgericht diejenige Entscheidung zu treffen, welche das Berufungsgericht ohne die soeben gerügte Verletzung materieller Rechtsgrundsätze hätte aussprechen sollen. Nach dem bereits Ausgeführten war die Berufung des Privatklägers gegen die Freisprechung des Angeklagten wegen eines zweiten Vergehens der Beleidigung nicht begründet und daher die diesfällige Berufung des Privatklägers zu verwerfen.

Für die Entscheidung im Kostenpunkt liegt die Sache aber nunmehr so, daß sowohl das Rechtsmittel der Berufung wie dasjenige der Revision teilweisen Erfolg hat und damit die Anwendung des § 505 Abs. 1 Satz 3 der St.P.O. möglich wird, bezüglich der Kosten I. Instanz aber die Vorschrift des § 498 Abs. 1 C.P.O. zutrifft, wornach bei einer nur teilweisen Verurteilung der Angeklagte von der Tragung besonderer, durch die übrigen Straffälle entstandenen Kosten zu entbinden ist, bezw. die Vorschrift des § 503 Abs. 3 St.P.O., wornach in dem Verfahren auf erhobene Privatklage, falls den Anträgen des Privatklägers nur zum Teil entsprochen wurde, das Gericht die Kosten angemessen verteilen kann.

Hienach hat man in der Erwägung, daß die erste Beleidigung die schwerere Anschuldigung enthält, die Kosten so wie geschehen verteilt.

Urteil des Ferienfenats vom 2. August 1901 in Sachen Knorpp gegen Reißer wegen Beleidigung.

12.

1. Zum Begriff der Landstreicherei.

2. Ist die Anordnung der qualifizierten (mit Arbeitszwang verbundenen) Haftstrafe auch für andere als die in § 362 N.St.G.B. und in Art. 10 Pol.St.G. genannten Uebertretungen, speziell schon auf Grund einer Konkurrenz mit solchen zulässig?

Die letztere Frage ist vom Straffenat in einem Revisionsfall verneint worden, welcher auch sonst beachtliche Seiten für die Rechtsprechung darbot.

Aus den

G r ü n d e n :

Der Angeklagte ist vom Berufungsgericht unter Freisprechung von der Anklage der falschen Namensangabe wegen je einer Uebertretung der Landstreicherei und des Bruchs der Landesverweisung zu der Gesamthaftstrafe von sieben Wochen, welche in der für den Vollzug der Gefängnisstrafe eingerichteten Strafanstalt zu vollstrecken sei, sowie zum Ersatz der Kosten des Verfahrens verurteilt worden. Die Revision rügt Verletzung des materiellen Rechts; sie ist nicht begründet, soweit eine solche Verletzung in der angeführten Verurteilung als solcher gefunden werden will.

1) In dem Urteil ist festgestellt, daß der Angeklagte während der drei ersten Wochen des Monats Juli 1901 im Inland, zuletzt im Oberamtsbezirk Crailsheim, fortgesetzt ohne Arbeit, ohne genügende Unterhaltsmittel, und ohne einen bestimmten erlaubten Zweck von Ort zu Ort, mithin als Landstreicher umhergezogen sei. Diese Feststellung erschöpft

den Thatbestand einer Uebertretung der Landstreicherei im Sinn des § 361 Ziff. 3 R.St.G.B. und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen, wogegen die von dem Revisionskläger vertretene Ansicht, daß seine Verurteilung wegen Landstreicherei gesetzlich nur erfolgen könnte, wenn er mehr als sechs Wochen ohne Beschäftigung im Deutschen Reich umhergereist und kein Reisegeld besessen hätte, in dieser Allgemeinheit verfehlt ist; ein solches Erfordernis ist im Strafgesetz nicht begründet. Dieses bestimmt kurzweg, daß mit Haft bestraft werde, wer als Landstreicher umherzieht (§ 361 Z. 3 St.G.B.), ohne eine Definition des Begriffs Landstreicher zu geben, weshalb die landläufige Bedeutung dieses Begriffs maßgebend in Betracht kommt.

Im gemeinen Sprachgebrauch wird unter einem Landstreicher jemand verstanden, welcher ohne einen erlaubten Zweck und ohne einen ordentlichen Erwerbszweig oder ohne zureichende Unterhaltungsmittel von einem Ort zum andern umherzieht und dabei seinen Unterhalt statt auf eigene Kosten in wechselnder Weise auf Kosten des fremden Eigentums und der öffentlichen Sicherheit sich verschafft, — kurz wer zweck-, geschäfts- und arbeitslos ohne genügende Unterhaltungsmittel auf Kosten anderer umherzieht. In diesem Sinn ist der Begriff Landstreicher auch stets in der Theorie wie in der Rechtsprechung aufgefaßt worden, — vgl. Olshausen, Kom. zu § 361 Nr. 3 lit. a—d; Stenglein, daselbst Note 5; Schwarze, Note 3; Gerichtssaal Bd. 28 S. 516; Koterling in Golts Arch. Bd. 34 S. 126; Entsch. des R.G. in Straff. Bd. 30 S. 438 —, wofelbst zum Begriff der Landstreicherei ein mittel- und erwerbszweckloses Umherziehen erfordert wird. Daß diese Auffassung auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht, erhellt schon daraus, daß die Motive zu der Ziffer 3 des § 361 (§ 357 Mot. zum Gesetzentwurf, Reichstagsverhandlungen 1870 Bd. 3 S. 86) auf das preussische Strafgesetzbuch Bezug nehmen, welches in § 117 denjenigen als Landstreicher unter Strafe stellte, welcher geschäfts- und arbeitslos umherzieht, ohne sich darüber ausweisen zu

können, daß er die Mittel zu seinem Unterhalt besitze oder eine Gelegenheit zu deren Erwerb auffuche.

Von derselben Auffassung ist das Berufungsgericht bei Anwendung des Strafgesetzes auf dem festgestellten Sachverhalt ausgegangen; es hat seine Feststellung auf die Erwägung gestützt, daß Angeklagter seit seiner Ende Juni 1901 erfolgten Rückkehr in das deutsche Reichsgebiet nichts gearbeitet hat, auch nicht zu behaupten vermag, nach Arbeit gesucht zu haben, daß er gesund und arbeitsfähig ist, keinerlei Ausweis über seine Person oder sein angebliches Gewerbe als Bäcker oder Müller besitzt und auf Kosten Dritter lebend in dieser Weise umhergezogen ist. Allerdings besaß er, wie festgestellt ist, bei seiner Verhaftung an barem Geld 3 Mk., es hat aber das Berufungsgericht diesen Geldbesitz an sich als zu unbedeutend angesehen, um den Thatbestand der Landstreicherei auszuschließen, zugleich in der Erwägung, daß der Angeklagte in den letzten Wochen, in welchen er dieses angeblich durch Arbeit in Vorarlberg früher verdiente Geld schon besessen haben will, nicht etwa von anderweitig verdientem Geld, sondern auf Kosten der Mildthätigkeit dritter, zu einer Fürsorge für ihn nicht verpflichteten Personen gelebt hat. In dieser Ausführung ist ein Irrtum über die rechtliche Bedeutung der als verlegt bezeichneten Gesetzesstelle nicht enthalten und die Beantwortung der Frage, wie groß die vorhandenen Mittel sein müssen, um als ausreichend zum Unterhalt des Umherziehenden zu gelten, hat auf tatsächlichem Gebiet im Wege der Beweiswürdigung zu erfolgen, welche dem Vorrichter zusteht.

Dasselbe trifft im Wesentlichen bezüglich der Frage zu, wie lange das Umherziehen gedauert haben müsse; jedenfalls genügt ein solches in der vorliegend festgestellten Dauer von drei Wochen. Wenn der Angeklagte auf Grund der angeblichen Mitteilung eines Dritten der Ansicht war, daß zur Strafbarkeit wegen Landstreicherei ein beschäftigungsloses Umherziehen in der Dauer von mindestens sechs Wochen erforderlich sei, so kommt ihm ein solcher Irrtum über das

Strafgesetz nicht zu Statten (§ 59 St.G.B.).

2) Ist hienach der Revision auf dem versuchten Weg zwar der Erfolg zu versagen, so führt gleichwohl die von Amtswegen gebotene allseitige Prüfung der Rüge einer Verletzung des materiellen Rechts in einem anderen Teil, nämlich in dem auf die Anordnung des Vollzugs der Gesamthaftstrafe bezüglichen, zu einer der Revision günstigen Abänderung des angefochtenen Urteils. In letzterem ist die vom Gericht erster Instanz für die Uebertretung der Landstreicherei angelegte Haftstrafe von dreißig Tagen bestätigt und für die Uebertretung des Bruchs der Landesverweisung die Strafe auf neunzehn Tage Haft bemessen, sodann aber angeordnet worden, daß die hienach gemäß § 77 St.G.B. im Gesamtbetrag von sieben Wochen verwirkte Haftstrafe in der für den Vollzug von Gefängnisstrafen eingerichteten Strafanstalt zu vollstrecken sei. Diese letztere Anordnung beruht, soweit sie vom Borrichter auf die wegen Bruchs der Landesverweisung — Uebertretung im Sinn des § 361 Z. 2 St.G.B. — verhängte Strafe erstreckt worden ist, auf einem Verstoß gegen Bestimmungen des Strafgesetzes. Denn in § 18 des R.St.G.B. ist bestimmt, daß die Strafe der Haft in einfacher Freiheitsentziehung besteht, also Zwang zur Arbeit mit ihr nicht verbunden ist; die einzige Ausnahme hievon ist für die im Reichsstrafgesetzbuch behandelten Uebertretungsfälle zugelassen im § 362 Abf. 2. Dasselbst ist bestimmt, daß die nach Vorschrift des § 361 Nr. 3—8 Verurteilten zu Arbeiten, die ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessen sind, angehalten werden können und in Art. 3 Abf. 3 des württ. Polizeistrafgesetzes ist zur Ausführung obiger reichsgesetzlicher Bestimmung ausgesprochen, daß in den Fällen des § 361 Ziffer 3—8 St.G.B. — die auf § 5 Einführungsgesetz zum R.St.G.B. gestützte Ausdehnung auf Art. 10 Abf. 1 Ziffer 1—4 Pol.St.G. berührt hieher nicht — die Vollziehung der Haft, falls die zu verbüßende Strafe vier Wochen übersteigt, in der für den Vollzug der Gefängnisstrafe eingerichteten Strafanstalt durch die erkennende Behörde ange-

ordnet werden kann. Hiernach gehören die Fälle der Ziff. 2 des § 361 R.St.G.B. (Bruch der Landesverweisung) nicht zu denjenigen Uebertretungen, auf welche der § 362 Abs. 1 R.St.G.B. sowie der Art. 3 Abs. 3 Pol.St.G. Anwendung findet. Die Gestattung einer Ausnahme von einem durch das Gesetz sanktionierten Grundsatz darf aber nach den anerkannten Regeln der Gesetzesauslegung an sich nicht ausgedehnt werden, sondern ist stets durch einen positiven Ausspruch im Gesetz selbst bedingt, und ein solcher liegt diesfalls nicht vor. Er darf auch nicht für den Fall, daß von mehreren zu einer Gesamtstrafe zusammengefaßten Einzelhaftstrafen auch nur eine unter die erwähnte Ausnahmebestimmung fällt und in ihrer urtheilsmäßig zu verbüßenden Dauer vier Wochen übersteigt, aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit und im Hinblick auf den Charakter der Gesamtbetragsstrafe ergänzt oder unterstellt werden, wie dies von Seiten des Berufungsgerichts geschehen ist. Die Erwägungen des letzteren sind wohl für den Gesetzgeber beachtlich, seine ausdehnende Auslegung des bestehenden Gesetzes aber ist eine rechtsirrig; vergl. auch Motive zur Polizeistrafgesetznovelle von 1898 und Kommissionsbericht der Abgeordnetenkammer hiezu, Beilage 131 von 1896 S. 299, Beilage 224 von 1897 S. 496, 497.

Für die Auslegung des Vorrichters ist auch dessen Berufung auf § 6 der Justizministerialverfügung vom 8. August 1884, betr. die Vollziehung der Freiheitsstrafen, ohne Erfolg. Denn einerseits ist daselbst wie im Berufungsurteil nicht verkannt wird, unmittelbar nur ausgesprochen, daß der Vollzug der Einzelstrafe im Landesgefängnis auf Grund einer richterlichen Anordnung im Sinn des Art. 3 Abs. 3 Pol.St.G. dadurch nicht gehindert werde, daß mit dieser Strafe weitere wegen anderer Uebertretungen erkannte Haftstrafen konkurrieren und die Annahme des Vorrichters, daß nach dem Sinn dieser Verfügung auch diese letzteren konkurrierenden Haftstrafen trotzdem sie wegen anderer als der in § 362 Abs. 1 R.St.G.B. bezw. in Art. 3 Abs. 3 Pol.St.G. ge-

nannten Uebertretungen ausgesprochen wurden, im Landesgefängnis zu vollziehen seien, findet im Wortlaut der zitierten Verfügung keine Unterstützung. Andererseits würde die letztere falls die Annahme des Borrichters je zuträfe, gegen die klare Bestimmung des Reichs- und Landesgesetzes verstoßen und hätte somit als bloße Verwaltungsvorschrift keinen Anspruch auf Beachtung.

Die gerügte Anordnung über den Vollzug der Gesamt- haftstrafe läßt sich auch nicht etwa aus dem Grund aufrecht- erhalten, weil nach § 362 Abs. 1 St.G.B. die Ausübung des Arbeitszwanges nur als eine fakultative vorgesehen ist, und dieselbe vorliegend nur für die wegen Landstreicherei festgesetzte Haftdauer und nicht auch für den Vollzug der weiteren wegen Uebertretung im Sinn des § 361 Ziffer 2 St.G.G. zuerkannten Haft etwa in Aussicht zu nehmen wäre. Denn diesbezüglich kommt in Betracht, daß abgesehen von vereinzelt, im R.St.G.B. (§§ 56, 57, 13, 15—18) und in der R.St.P.O. (§§ 481 ff.) gegebenen Bestimmungen ein Reichsgesetz über den Strafvollzug noch nicht besteht und hienach dem Landesrecht überlassen ist, unter Beachtung der erwähnten wenigen reichsgesetzlichen Vorschriften die weiter auf diesem Gebiet erforderlichen Bestimmungen zu erlassen. Dies ist in Württemberg letztmals in den auf Grund der k. Verordnung vom 27. Februar 1899 erlassenen Hausord- nungen für die Landesgefängnisse, Zuchthäuser etc. geschehen und in der vorwüßig in Betracht kommenden Hausordnung für die Landesgefängnisse ist in § 52 bestimmt, daß die ar- beitsfähigen Gefangenen zu beschäftigen sind. Es bedingt hienach die Anordnung des Vollzugs einer Haftstrafe im Landesgefängnis auch die Ausübung des Arbeitszwanges und verstößt somit gegen das Prinzip des § 18 R.St.G.B., falls nicht ein Fall der zulässigen Haftschärfung im Sinn des § 362 Abs. 1 R.St.G.B., bezw. des Art. 3 Abs. 3 Pol.St.G. vorliegt. Der hienach gegebene Verstoß gegen das Straf- gesetz charakterisiert sich als ein Verstoß gegen eine materiell rechtliche Bestimmung und nicht gegen eine Rechtsnorm über

das Verfahren. Denn die Vorschriften des Strafgesetzes über die Art und das Maß der Strafen, also auch über die Zulässigkeit der Verhängung der durch fakultativen Arbeitszwang qualifizierten Haftart des § 362 St.G.B. sind Normen des materiellen Strafrechts und nicht des Prozeßrechts, sie unterliegen also auch in den in der Berufungsinstanz erlassenen Urteilen der Landgerichte der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

Nach dem Ausgeführten beruht das Berufungsurteil insoweit es den Vollzug der wegen Bruchs der Landesverweisung im Sinn des § 361 Ziff. 2 St.G.B. erkannten Haftstrafe im Landesgefängnis anordnet, auf einer Gesetzesverletzung; es ist seine Aufhebung in diesem Teil und die entsprechende Abänderung zu treffen, welche letztere, da eine weitere tatsächliche Erörterung nicht in Frage kommt, dem Revisionsgericht selbst zusteht. Hienach wurde die Revision des Angeklagten insoweit verworfen, als derselbe wegen je einer Uebertretung der Landstreicherei und des Bruchs der Landesverweisung zu der Haftstrafe von sieben Wochen und Kostentragung verurteilt worden ist, dagegen das Urteil in dem auf den Strafvollzug bezüglichen Teil dahin abgeändert, daß nur die wegen Landstreicherei in der Dauer von dreißig Tagen erkannte Haftstrafe in der für den Vollzug der Gefängnisstrafe eingerichteten Strafanstalt zu vollstrecken ist.

Urteil des Straffenats vom 2. Oktober 1901 in Sachen Kloos wegen Landstreicherei u. a. Ue.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

13.

Unstatthaftigkeit der Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 gegen eine auf Grund des Art. 10 Ziffer 20 desselben ergangene vorläufige Verfügung der Verwaltungsbehörde.

Das K. Oberamt Cannstatt hat durch Verfügung vom 13. Dezember 1897 auf Grund des Art. 10 Ziffer 20 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege der Stadtgemeinde Cannstatt die Auflage gemacht, an der auf ihrer Markung gelegenen Strecke der Staatsstraße von Stuttgart nach Wangen von der Floßkanalbrücke in Berg flußaufwärts bis zum sogen. schwarzen Steg, wo zwischen dem Gehweg der Straße und dem Mühlkanal nur die schmale, der K. Staatsfinanzverwaltung gehörige Parzelle Nr. 2835 liegt, die von der K. Straßenbauinspektion zur Sicherung gegen die Gefahr des Abstürzens in den Mühlkanal für notwendig erachteten Schranken anzubringen. Die Stadtgemeinde hat unter Vorbehalt der gerichtlichen Entscheidung über die von ihr bestrittene und der K. Staatsfinanzverwaltung zugeschriebene Verpflichtung zu Herstellung von Sicherheitsmitteln die Schranken anbringen lassen und den Weg der Verwaltungsbeschwerde verfolgt, ist aber sowohl von der K. Kreisregierung in Ludwigsburg am 29. November 1898 als auch von dem K. Ministerium des Innern am 1. November 1900 zurückgewiesen worden. In beiden Instanzen wurde ausgesprochen: es sei nicht angezeigt, daß

die aus § 4 lit. f der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 sich ergebende Verpflichtung der Stadtgemeinde zur Anlegung von Sicherheitschranken nicht bestehe, und es sei insbesondere eine solche Verpflichtung der Staatsfinanzverwaltung nicht wahrscheinlich gemacht. Zugleich hat das K. Ministerium des Innern dahingestellt gelassen, ob die Beschwerde nicht schon aus formellen Gründen zurückzuweisen gewesen wäre, weil die Stadtgemeinde der erhaltenen Auflage bereits nachgekommen und hiedurch dem von der Polizeibehörde zu wahrenden öffentlichen Interesse der Verkehrssicherheit genügt sei.

Nunmehr hat die Stadtgemeinde die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof gegen die Entscheidung des Ministeriums erhoben, da sie durch dieselbe mit einer ihr nach dem Gesetz nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet worden sei. Die Beschwerde ist als unstatthast verworfen worden. Aus den

G r ü n d e n :

Die Wegordnung vom 23. Oktober 1808 bestimmt :

§ 1. „Jede Kommune ist verbunden, die Wege auf ihrer Markung, insofern sie keine Post- und Kommerzialstraßen sind und insofern nicht einzelne Güterbesitzer oder Korporationen vermöge eines speziellen Rechtstitels hiezu die Verbindlichkeit haben, stets in brauchbarem und fahrbarem Stand zu erhalten.“

§ 4. „Selbst aber auch auf den in K. Administration übernommenen Post- und Kommerzialstraßen haben die Kommunen, über deren Markung sie gehen,
: . . f., die Anlegung von Sicherheitschranken zu besorgen.“

§ 11. „Da überhaupt jeder Kommune obliegt, alle gefährlichen Stellen auf ihrer Ortsmarkung mit Sicherheitschranken zu versehen, so muß dieses besonders auch auf den Chaussees beobachtet werden. Die Ortsvorsteher werden dafür verantwortlich gemacht, daß an allen Brücken, Dohlen und überhaupt an jeder Gefahr drohenden Stelle die Schranken oder Brüstungen stets in gutem Zustand vorgefunden werden.“

Ueber die öffentlich rechtliche Verpflichtung zur Herstellung von öffentlichen Wegen, wozu auch die Zubehörenden derselben, wie Schranken, gehören, ist nach Art. 10 Ziffer 20 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876, sofern ein Streit hierüber unter mehreren Beteiligten obwaltet, im verwaltungsgewärtlichen Parteistreitverfahren zu entscheiden; den Verwaltungsbehörden ist vorbehalten, die im öffentlichen Interesse gebotenen vorläufigen Verfügungen zu treffen. Der Verwaltungsgerichtshof kommt zu dem Ergebnisse, daß die im vorliegenden Fall ergangene vorläufige Verfügung als solche der Anfechtung mit der Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 nicht unterliegt.

Zwar ist dem Umstande keine Bedeutung beizulegen, daß die Stadtgemeinde Cannstatt der ergangenen Anordnung damit, daß sie die Schranken hergestellt hat, sich gefügt hat, da die Stadtgemeinde von Anfang an sich alle Rechtszuständigkeiten vorbehalten hat. Auch kann die Statthastigkeit der Rechtsbeschwerde nicht aus dem Grunde verneint werden, daß die Stadtgemeinde Cannstatt nicht durch eine Entscheidung des K. Ministeriums des Innern mit einer Verbindlichkeit belastet worden sei; denn die Entscheidung des Kgl. Ministeriums hat die Beschwerde als unbegründet abgewiesen, welche die Stadtgemeinde gegen die Entscheidung der Kgl. Kreisregierung in Ludwigsburg vom 29. November 1898 erhoben hatte, wodurch ihre Beschwerde gegen die oberamtliche Verfügung als unbegründet verworfen worden war. Dagegen ist der Verwaltungsgerichtshof allerdings der Ansicht, daß, indem das Gesetz vom 16. Dezember 1876 in Ziff. 20 des Art. 10 den Verwaltungsbehörden vorbehält, die im öffentlichen Interesse gebotenen vorläufigen Verfügungen zu treffen, das Gesetz in seinem Art. 13 eine solche vorläufige Verfügung unter den auf Grund des öffentlichen Rechts getroffenen Verfügungen, welche mit der Behauptung, daß sie rechtlich nicht begründet seien, und den Beschwerdeführer in einem ihm zustehenden Recht verletzen oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belasten, sollen angefochten

werden können, nicht mitverstanden, wiewohl nicht in Abrede zu stellen ist, daß auch die bloß vorläufige Verfügung, indem sie die Aufwendung von Kosten verursacht, als mit der Wirkung einer Verletzung der Vermögensrechte verbunden angesehen werden kann. Kein Zweifel besteht zunächst darüber, daß jedenfalls die Nachprüfung der Frage der *Notwendigkeit* der Erlassung der vorläufigen Verfügung dem Verwaltungsgerichtshof entzogen sein sollte (vgl. Abs. 2 des Art. 13); aber auch wenn die Notwendigkeit der Erlassung einer vorläufigen Verfügung nicht bestritten, sondern die Einwendung, daß die vorläufige Auflage einem andern Rechtssubjekt zu machen sei, erhoben wird, ist die Anfechtbarkeit der vorläufigen Verfügung als solcher bei dem Verwaltungsgerichtshof für ausgeschlossen zu erachten. In Bezug auf die dem *Privatrecht* angehörigen Rechtsverhältnisse, in welchen die vorläufige Ordnung ausnahmsweise den Verwaltungsbehörden zusteht, ist bei v. Sarwey, das öffentliche Recht S. 625 ff. (vgl. auch Württ. Archiv Bd. 2 S. 34 ff., Bd. 15 S. 101) näher dargelegt, wie aus dem Grunde, weil der Rechtsweg jederzeit vorbehalten ist, die Annahme der Verletzung eines Rechts im Sinne des Art. 13 nicht zutrifft. Dasselbe muß gemäß Art. 10 Ziff. 20 für einen Fall der vorliegenden Art gelten, in dem es sich nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin — überhaupt oder in erster Linie — um eine öffentlich rechtliche Verpflichtung auf Seiten der K. Staatsfinanzverwaltung handelt; vgl. Württ. Arch. Bd. 14 S. 192 Ziff. 5.

Urteil vom $\frac{26. \text{Juni}}{3. \text{Juli}}$ 1901 in der Rechtsbeschwerdesache der Stadtgemeinde Cannstatt.

14.

Die Erstellung eines über einen Eisenbahndamm führenden dem öffentlichen Verkehr dienenden Stegs ist kein Bauwesen im Sinne des Art. 16 der Bauordnung.

Die Witwe K. und die Witwe B. in Nürtingen sind

Eigentümerinnen der Häuser Nr. 1 und 2 an der verlängerten Bahnhofstraße in Nürtingen, die sich in einer Breite von 3,70 m zwischen diesen Häusern und dem Bahndamm hinzieht und die einzige Zufahrt zu den Häusern bildet. Nach einem Vertrag zwischen der Stadtgemeinde Nürtingen und der K. Eisenbahnverwaltung soll von letzterer, vertreten durch die K. Bahnabsektion Reutlingen, in geringer Entfernung von diesen Häusern zur Verbindung der Kirchheimerstraße und der Bahnhofstraße ein dem öffentlichen Fußgängerverkehr dienender in der Höhe von 5—6 m über den Bahndamm führender eiserner Steg erstellt werden. Durch diesen Steg erachten die beiden Witwen die Zufahrt zu ihren Häusern für gefährdet und sie haben daher mit der Behauptung, der geplante Steg sei ein Bauwesen im Sinne des Art. 16 der Bauordnung, gegen die Erstellung des Stegs bei dem K. Oberamt Nürtingen Einsprache erhoben. Der Gemeinderat in Nürtingen hat gemäß Beschluß vom 6. April 1901 der K. Eisenbahnverwaltung die Einreichung von Bauplänen für den fraglichen Steg auferlegt und das Stadtschultheißenamt daselbst hierauf am 8. April die Weiterführung des Bauwesens bis zur ordnungsmäßigen Erledigung des Baugesuchs untersagt. Allein das K. Oberamt Nürtingen hat auf die Beschwerde der K. Bahnabsektion Reutlingen mit Verfügung vom 15. April 1901 diese Beschlüsse außer Wirkung gesetzt vorbehaltlich der vor dem Civilrichter zu verfolgenden privatrechtlichen Ansprüche der beiden Witwen, und das K. Ministerium des Innern hat mit Entscheidung vom 10. Mai 1901 die dagegen erhobene Beschwerde der beiden Witwen als unbegründet abgewiesen und die oberamtliche Entscheidung aufrecht erhalten in der Erwägung, daß es sich bei der Ausführung des zur Erleichterung des Fußgängerverkehrs zwischen den zu beiden Seiten der Bahnlinie gelegenen Stadtteilen geplanten eisernen Stegs nicht um die Errichtung eines Bauwesens im Sinne des Art. 16 der Bauordnung handle, sondern um die Herstellung einer brückenartigen Zubehörde der jene Stadtteile verbindenden Orts-

straße, über deren Zulässigkeit nicht die Bau-, sondern die ordentliche Polizeibehörde zu kognoscieren habe. Die gegen diese Ministerialentscheidung erhobene Rechtsbeschwerde wurde von dem Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen.

G r ü n d e :

Die Beschwerde setzt gemäß Art. 13 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876 voraus, daß die angefochtene Entscheidung im öffentlichen Recht nicht begründet ist und die Beschwerdeführer dadurch in einem ihnen zustehenden Recht verletzt sind. Die angefochtene Entscheidung läßt jedoch einen Verstoß gegen die maßgebenden Vorschriften des öffentlichen Rechts nicht erkennen. Nach seiner Zweckbestimmung stellt sich der fragliche Steg als ein die Verbindung zwischen den Stadtteilen zu beiden Seiten des Bahndamms vermittelnder dem Fußgängerverkehr dienender öffentlicher Gehweg dar; da er den Bahndamm in einer gewissen Höhe zu überschreiten hat, bedarf er zu seiner Unterlage und Sicherung einer umfangreicheren und umständlicheren Konstruktion, als eine solche für gewöhnliche Gehwege erforderlich ist; dadurch wird er aber weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinne des Art. 16 der Bauordnung zu einem unter dieses Gesetz fallenden Bauwesen; mit dieser Konstruktion erhält er vielmehr die Merkmale der über Wasserläufe führenden Brücken, welche, soweit sie der Verbindung öffentlicher Wege dienen, schon in der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 als Bestandteile oder Zubehörden dieser Wege behandelt werden (vgl. auch Urteil des Preussischen Obergerichtes vom 17. Mai 1900, Entscheidungen Bd. 37 S. 262), und in der Praxis noch nie dem Erkenntnis der Baupolizeibehörden unterstellt worden sind (vgl. Art. 29 des Wassergesetzes vom 1. Dez. 1900). Daß die Ortsstraßen nicht zu den Bauwesen des Art. 16 der Bauordnung gehören, ergibt sich auch aus dem von keiner Seite in dieser Beziehung beanstandeten Bericht der Kommission der Kammer der Standesherrn zum Art. 16 des Entwurfs, sofern hier bemerkt ist: „Der Gesetzesentwurf

will nicht alle Fälle erschöpfen, wie aus dem Gebrauch des Wortes „namentlich“ zu ersehen ist; es ist dies auch nicht möglich und nicht nötig; ein Gewinn ist es immerhin, wenn soweit thunlich Anhaltspunkte gegeben sind. In Betreff der Einzelheiten ist eine Bemerkung nicht zu machen; die Ortsstraßen sind hier nicht mehr erwähnt, da sie aber im strengeren Sinn nicht unter den Begriff der Bauten fallen, und in den vorangehenden Artikeln ihrer hinreichend gedacht ist, so war auch wohl kein Anlaß gegeben, hier von ihnen zu sprechen“ (vgl. Bizer, Bauordnung S. 193/4).

Ist der geplante Steg kein Bauwesen im Sinne der Bauordnung, so kann auch von der mit seiner Ausführung betrauten K. Bahnbauinspektion Reutlingen nicht die Einhaltung des von der Bauordnung vorgeschriebenen baupolizeilichen Verfahrens verlangt werden; in diesem Falle sind die von den Beschwerdeführern auf das öffentliche Recht gestützten Einsprachen nicht von den Baupolizeibehörden, sondern von den ordentlichen Polizeibehörden zu würdigen und zu entscheiden.

Nach diesen Ausführungen ist die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurückzuweisen. Unerörtert kann bei dieser Sachlage die weitere Frage bleiben, ob die Beschwerdeführer durch die Entscheidung, welche die sachliche Würdigung ihrer Einsprachen gegen den geplanten Steg wegen der mangelnden Zuständigkeit der allein angerufenen Baupolizeibehörden ablehnt, in einem ihnen zustehenden Recht verletzt sind.

Die Privatrechtsansprüche der Beschwerdeführer werden durch die gegenwärtige Entscheidung nicht berührt.

Urteil vom 10. Juli 1901 in der Rechtsbeschwerdesache der Witwen K. und B. in Nürtingen.

III.

Mitteilungen aus der Praxis.

Ist es ein „Gewerbebetrieb im Umherziehen“, wenn ein Kaufmann außerhalb seines Wohnorts kauflustige nach vorgängiger Annoncierung in einem Gasthof zum Zweck der Entgegennahme von Bestellungen empfängt?

Urteil des Landgerichts Stuttgart und des Oberlandesgerichts
mitgeteilt von

Landgerichtsrat Dr. Gmelin in Stuttgart.

Der Angeklagte, welcher — mit dem Wohnsitz in G. — gewerbsmäßig mit Bandagen und Leibbinden, insbesondere mit Bruchbändern handelt, besuchte im Frühjahr und Sommer 1900 die Stadt R. und ließ in dortigen Zeitungen ein Inserat erscheinen des Inhalts, daß er mit einer Kollektion seiner neuesten Erfindungen an einem bestimmten Tag im R.'schen Gasthause zu R. persönlich anwesend sein und Bruchleidenden kostenfrei Auskunft erteilen werde. Er hat sich dann thatsächlich in dem betreffenden Gasthaus eingefunden, wobei er mit einer Anzahl von Mustern versehen war, hat eine nicht ermittelte Zahl von Besuchern bei sich empfangen, Bestellungen und Anzahlungen angenommen, auch in einem Fall eines der Muster gegen Bezahlung abgegeben.

Das Kameralamt G. hat hiewegen gegen den Angeklagten einen Strafbescheid auf Grund der Art. 2 Ziffer 2, Art. 7, 16 und 23 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Wan-

bergewerbesteuer vom 15. Dezember 1899 (Reg.Bl. S. 1163) erlassen und zugleich die Nachbezahlung der zurückgebliebenen Abgabe angeordnet. Der Angeklagte beantragte gerichtliche Entscheidung und wurde darauf vom Schöffengericht C. freigesprochen.

Die Strafkammer erachtete dagegen die seitens des R. Steuerkollegiums, welches sich der erhobenen öffentlichen Klage als Nebenkläger angeschlossen hat, eingelegte Berufung für begründet und verurteilte den Angeklagten zur Strafe.

Aus den

Gründen:

Die Frage, ob die geschilderte Handlungsweise des Angeklagten einen „Gewerbebetrieb im Umherziehen“ darstellt und ob der Angeklagte demgemäß einen Wandergewerbeschein bedurfte, war in Abweichung von dem erstrichterlichen Urteil zu bejahen.

Nach § 44 Abs. 1 der Gewerbeordnung ist, wer ein stehendes Gewerbe betreibt, „befugt, auch außerhalb des Gemeindebezirks seiner gewerblichen Niederlassung persönlich oder durch in seinem Dienste stehende Reisende für die Zwecke seines Gewerbebetriebs Waren aufzukaufen und Bestellungen auf Waren zu suchen“.

Während nach der älteren Fassung der Gewerbeordnung die hier genannten Befugnisse an weitere Beschränkungen nicht geknüpft waren, drängte die spätere Gesetzgebung dahin, „von dem Geschäftsbetrieb der Reisenden alles Hausiermäßige auszuscheiden“¹⁾, und es wurden demgemäß zuerst durch die Novelle von 1883 bezüglich des Ankaufs von Waren beschränkende Bestimmungen eingeführt, später aber durch die Novelle vom 6. August 1896 (R.G.Bl. S. 685) auch bezüglich des Auffuchens von Bestellungen die aus § 44 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 des Gesetzes ersichtlichen Anordnungen getroffen, wonach außerhalb des Niederlassungsorts „das Auffuchen von Bestellungen auf Waren . . . ohne vor-

1) Motive zu der Novelle von 1883; (Attenstücke zu den Verhandlungen des Reichstags 1882 S. 17).

gängige ausdrückliche Aufforderung (seitens des Käufers) nur bei Kaufleuten in deren Geschäftsräumen oder bei solchen Personen geschehen“ darf, „in deren Geschäftsbetrieb Waren der angebotenen Art Verwendung finden“. In § 44a der Gewerbeordnung ist sodann festgesetzt, daß „wer in Gemäßheit des § 44 Warenbestellungen aufsucht oder Waren aufkauft“, hiezu einer Legitimationskarte bedarf, welche auf Antrag des Inhabers des stehenden Gewerbebetriebs von der für dessen Niederlassung zuständigen Verwaltungsbehörde für die Dauer des Kalenderjahrs und den Umfang des Reichs ausgestellt wird.

Hieraus ergibt sich, daß es zwar jedem Gewerbetreibenden mit stehendem Gewerbebetrieb freisteht, sofern er eine Legitimationskarte gelöst hat, in Gemäßheit des § 44 zu reisen oder reisen zu lassen, daß aber durch eine solche Legitimationskarte nur derjenige Gewerbebetrieb außerhalb des Niederlassungsorts gedeckt wird, welcher dem § 44 Gew.O. entspricht, und welcher infolge der durch die Novellen eingeführten Beschränkungen nunmehr — in Abweichung von dem früher bestehenden Recht (cit. Motive S. 16 Spalte 1) — allein noch als Ausfluß des stehenden Gewerbes erscheint, während, soweit jene Beschränkungen nicht eingehalten werden, ein Gewerbebetrieb im Umherziehen im Sinn des III. Titels der Gewerbeordnung vorliegt, welcher demgemäß den für einen solchen Gewerbebetrieb aufgestellten gesetzlichen Bestimmungen unterliegt¹⁾. Die Novelle von 1896 hat also das Detailreisen nur insoweit nicht dem Gewerbebetrieb im Umherziehen gleichgestellt, als einer der in § 44 bezeichneten Ausnahmefälle vorliegt, insbesondere also dann nicht, wenn das Aufsuchen von Warenbestellungen bei Kaufleuten in deren Geschäftsräumen oder bei solchen Personen erfolgt, in deren Geschäftsbetrieb Waren der angebotenen Art Verwendung finden, während dagegen alle übrigen Fälle des Aufsuchens

1) Vergl. Berger-Wilhelmi, Gewerbeordnung (Gutten-
tag'sche Sammlung) 15. Aufl. Bem. zu Ab. 1 des § 44.

von Warenbestellungen unter den § 55 Ziff. 2 fallen¹⁾.

Daß dies der Sinn des Gesetzes ist, ergibt sich auch ganz zweifellos daraus, daß § 55 Ziff. 2 G.O. festsetzt, es sollen diejenigen Gewerbetreibenden, welche außerhalb des Gemeindebezirks ihres Wohnorts . . . ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person „Warenbestellungen auffuchen oder Waren bei anderen Personen als bei Kaufleuten oder an anderen Orten als in offenen Verkaufsstellen zum Wiederkauf ankaufen“, eines Wandergewerbescheins bedürfen, soweit nicht für die in Ziffer 2 bezeichneten Fälle in Gemäßheit des § 44a eine Legitimationskarte genügt. Hiemit ist aufs Unzweideutigste als Wille des Gesetzes festgelegt, daß ein jeder nicht innerhalb der Grenzen des § 44 Abs. 3 Satz 2 sich bewegender (und als solcher durch die Legitimationskarte gedeckter) Modus des Verkaufs — ganz analog wie dies nach § 44 Abs. 3 Satz 1 vergl. mit § 55 Ziff. 2 für den Verkauf gilt — den betreffenden Gewerbetreibenden zur Lösung eines Wandergewerbescheins verpflichtet und als „Gewerbebetrieb im Umherziehen“ der im Titel III der Gew.O. aufgestellten gesetzlichen Regelung unterstellt ist.

Insofern das Gesetz in § 55 Abs. 2 ausdrücklich nur „das Auffuchen von Warenbestellungen“ unter den weiteren dort genannten Voraussetzungen als wandergewerbescheinspflichtig bezeichnet, bietet es keinen Raum für die Unterstellung des Unterrichters, als ob, neben dem nach § 44 Abs. 3 Satz 2 gestatteten Auffuchen von Bestellungen bei Kaufleuten und den andern dort bezeichneten Personen, für den Gesetzgeber nur noch das Auffuchen von Warenbestellungen bei anderen Personen, (d. h. in deren Wohnung oder Geschäftsräumen) als der gesetzlichen Regelung — im Sinn der Unterwerfung unter die Pflicht der Lösung des Wandergewerbescheins — bedürftig in Betracht kommen könnte, wor-

1) Vergl. hierzu Landmann, Gewerbeordnung, 3. Aufl. Bd. 1 S. 425.

aus sich die unannehmbare Konsequenz ergeben müßte, daß eine Thätigkeit wie die des Angeklagten, die weder den einen noch den andern dieser beiden Thatbestände erfüllen würde, einerseits nicht wandergewerbebeschäftigt, andererseits aber auch nicht durch die Legitimationskarte gedeckt wäre.

Gegenüber dem aus dem Gesetz selbst gewonnenen Ergebnis kommen die Beweisgründe, welche aus dem vom Gesetzgeber gewollten Zwecke hergeleitet werden könnten, nicht als ausschlaggebend in Betracht. Uebrigens war für die Abänderung der Gewerbeordnung durch Einfügung des § 44 Abs. 3 Satz 2 nach der Novelle von 1896 keineswegs ausschließlich die Rücksicht auf die durch das Ueberhandnehmen des Detailreisens für das kaufende Publikum erwachsende Belästigung maßgebend, sondern wesentlich auch die Rücksicht auf die ortsangewiesenen stehenden Gewerbebetriebe, die infolge der durch das Detailreisen entstandenen Konkurrenz auch ihrerseits immer mehr auf den Weg des Suchens nach Verdienst außerhalb des Orts der Niederlassung gedrängt wurden. Dies ergeben die Motive zu dem mit § 44 Abs. 3 des Gesetzes übereinstimmenden Artikel 7 der dem Reichstag wiederholt¹⁾ im Januar 1895 zugegangenen Novelle²⁾, welche mit Grund darauf hinweisen, daß (nach dem damaligen Stand der Gesetzgebung) die Detailreisenden, obwohl sie nur im Wesentlichen einen Hausierhandel betreiben, ohne zureichende Ursache in der Stellung von Handlungsreisenden sich befinden und als solche von gewissen gewerbepolizeilichen Beschränkungen des Hausierhandels nicht betroffen werden, namentlich auch nicht zu den landesgesetzlichen Hausiersteuern herangezogen werden können. In diesem Zusammenhang bemerken die Motive (am zuletzt angef. Ort S. 431 Sp. 1) auch ausdrücklich, daß nach der Absicht der Novelle das

1) Vergl. Reichstagsverhandlungen, 9. Legislaturper., 3. Session, I. Anl.-Bd. Aktenstück 94 S. 513.

2) Reichstagsverhandl., 9. Legislaturper., 4. Session, I. Anl.-Bd. Aktenstück Nr. 85 S. 423 ff.; auch abgedruckt bei Landmann a. a. O. S. 424.

Aussuchen von Bestellungen bei andern Personen als den in den neuen Bestimmungen des § 44 Abs. 3 bezeichneten, unter die Vorschriften des III. Titels der Gew.O. über den Gewerbebetrieb im Umherziehen falle und landesgesetzlich wie der Hausierhandel werde besteuert werden können. —

Daß diese Erwägungen der Motive auch auf die tatsächlichen Verhältnisse des gegenwärtigen Falls zutreffen, liegt auf der Hand. Denn einmal hat die Thätigkeit des Angeklagten in N. keinerlei Verührungspunkt mit der charakteristischen Thätigkeit des — kaufmännische oder gewerbliche Kunden behufs Anbahnung oder Fortsetzung eines Geschäftsverkehrs aussuchenden — Geschäftsreisenden, und weiterhin ist für das ortsangesehene Gewerbe die Art der Thätigkeit, die der Angeklagte in N. entwickelt hat, kaum minder störend und eingreifend, als wenn ihnen ein von außen zugereister Kaufmann durch persönliches Aussuchen von Personen in ihrer Wohnung Konkurrenz macht. Irgend ein Interesse, den geschilderten Geschäftsbetrieb als Ausfluß eines stehenden Gewerbes zu begünstigen, besteht nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht.

Daß nun aber die Thätigkeit der Angeklagten ein „Aussuchen von Bestellungen“ in sich schließt, ist außer Zweifel. Wie beim „Feilbieten“, so werden auch beim Aussuchen von Bestellungen für Waren Abnehmer gesucht¹⁾, und wie das Feilbieten gewerblicher Leistungen auch durch eine in der Zeitung veröffentlichte Aufforderung, sich behufs Entgegennahme solcher Leistungen bei dem Feilbietenden einzufinden, erfolgen kann²⁾, so muß das Gleiche auch beim Aussuchen von Bestellungen zutreffen. Der Zweck, welchen der Angeklagte mit seinen Reisen nach N. und seinem Aufenthalt daselbst verfolgte, war doch nur der, Kauflustige zu einem Besuch in dem Gasthof, wo er verweilte, und zur persönlichen

1) Vergl. Heger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiet des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts Bd. 20 S. 283.

2) Heger a. a. O. Bd. 19 S. 320.

Mitteilung von Kaufaufträgen an ihn zu veranlassen, was übrigens in der von ihm versandten hektographierten Einladung auch ausdrücklich gesagt ist. —

Aus den vorstehenden Erwägungen vermochte sich die Strafkammer der von dem Kammergericht in Berlin mehrfach vertretenen Ansicht, wonach in Fällen der vorliegenden Art ein Wandergewerbechein nicht erforderlich wäre¹⁾, nicht anzuschließen.

Als feststehend war vielmehr zu erachten, daß der Angeklagte, indem er es unterließ, zum Zweck des von ihm zu K., also außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts, ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung, im März und Juli 1900 betriebenen Auffuchens von Warenbestellungen ohne vorgängige Bestellung, einen Wandergewerbechein bei der zuständigen Behörde zu lösen, gegen die Vorschrift des § 55 Gew.O. verstoßen hat, und er würde demgemäß, sofern nicht die Steuergesetze eine Bestrafung festsetzten (§ 148 Abs. 2 Gew.O.), gemäß § 148 Ziff. 7 Gew.O. zu bestrafen sein²⁾.

Da indessen die württembergische Steuergesetzgebung für den gegenwärtigen Fall ihrerseits eine Strafe festgesetzt hat, welche nach dem bereits erwähnten Abs. 2 des § 148 G.O. den hieher bezüglichen Strafvorschriften der Gew.O. und zwar in einer die Annahme ideeller Konkurrenz zwischen den beiderseitigen Gesetzen ausschließenden Weise³⁾ vorgeht, so han-

1) Reger Bd. 18 S. 313; Bd. 19 S. 320.

2) Die Frage, ob daneben noch eine Bestrafung nach § 148 Z. 5 vergl. mit § 44 G.O. einzutreten hätte, würde wohl zu verneinen sein, da das Gesetz das sogen. Detailreisen unter Nichteinhaltung der gesetzlichen Bestimmungen des § 44 an sich nicht verbietet und unter Strafe stellen will, sondern nur hierfür den Wandergewerbechein verlangt und die Bestrafung dessen, der die Lösung eines solchen Scheins verabsäumt, eintreten läßt, so daß im vorliegenden Fall die Verfehlung des Angeklagten wohl ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Unterlassung der Lösung eines Gewerbecheins (§ 148 Z. 7) zu ahnden wäre. Vergl. Schifer, Die Gewerbeordnung 4. Aufl. Note 10 zu § 44 und Note 8 Abs. 4 zu § 148.

3) Reger Bd. 12 S. 148.

deft es sich ausschließlich um die Frage, ob die Bestimmungen des württ. Gef. vom 15. Dezember 1899 (Reg.Bl. S. 1163) in Anwendung kommen. Der Umstand, daß nach § 148 G.O. in Verbindung mit § 67 Abs. 3 St.G.B. Verjährung eingetreten wäre, steht der Bestrafung nach den Steuergesetzen, sofern nach diesen die strafbare Handlung nicht verjährt ist, nicht entgegen¹⁾. Die Verjährungsfrist für die Verfehlungen gegen die Steuergesetze beträgt aber nach Art. 34 Abs. 1 des Gesetzes vom 25. August 1879 (Reg.Bl. S. 259) drei Jahre.

Was nun das mehrerwähnte Gesetz vom 15. Dez. 1899 (Reg.Bl. S. 1163) betrifft, so versteht es sich nach Art. 2 der Reichsverfassung von selber, daß an den von der R.-Gew.O. gutgeheißenen Gesetzesbestimmungen durch das Landesgesetz nichts geändert werden könnte. Letzteres müßte als ungiltig erachtet werden, wenn es für die Verpflichtung zur Lösung eines Wandergewerbescheins und für die Bestrafung wegen Verletzung dieser Pflicht strengere Erfordernisse als das Reichsgesetz aufgestellt und damit in das durch §§ 44, 44a Gew.O. gesicherte Recht des Gewerbetreibenden, in den dort bezeichneten Grenzen auf Grund der Legitimationskarte sein Gewerbe zu betreiben, eingegriffen hätte. Allein dies ist nicht der Fall. Die Motive zu Art. 2 des den Ständen erstmals im Mai 1895 vorgelegten Gesetzentwurfs) be weisen, daß der Gesetzgeber sich der durch die Reichsgesetzgebung ihm gezogenen Schranken voll bewußt war. Durch die Gewerbeordnungs-Novelle wurde sodann ein Nachtrag zu dem Gesetzentwurf erforderlich²⁾, wobei indessen von dem grundsätzlichen Boden nicht abgewichen wurde.

Wenn nun in dem Gesetz, dessen Entwurf infolge des Scheiterns des Steuerreformwerks im Mai 1899 neu einge-

1) Vergl. Reger Bd. 12 S. 148; Schieder a. a. O. S. 914.

2) Verhandlungen des 33. Landtags (1895 ff.) III. Beilagenband Beil. 37 (S. 449).

3) Verhandlungen des 33. Landtags 7. Beil.-Bd. Nr. 209 S. 337 (Kommissionsbericht das. S. 547).

bracht wurde¹⁾, für den vorliegenden Fall als Voraussetzung der Befreiung von der Wandergewerbsteuer aufgestellt wird (Art. 5 Ziff. 3): daß das Ansuchen von Bestellungen auf Waren ohne vorgängige ausdrückliche Anforderung nur bei Kaufleuten in deren Geschäftsräumen oder bei solchen Personen geschieht, in deren Geschäftsbetrieb Waren der angebotenen Art Verwendung finden (soweit nicht besondere Ausnahmen zugelassen sind), so steht damit das Gesetz, nicht minder wie § 6 Abs. 1 und 2 der zu seinem Vollzug ergangenen Verfügung der Ministerien des Innern und der Finanzen (Reg. Bl. S. 1185), durchaus auf dem Boden des richtig ausgelegten Reichsrechts. Da der Angeklagte Steuerbefreiung nicht anzusprechen hatte, sofern er außerhalb des Gemeindebezirks seiner gewerblichen Niederlassung „Bestellungen auf Waren bei andern Personen als bei Kaufleuten oder solchen Personen, in deren Geschäftsbetrieb Waren der angebotenen Art Verwendung finden“, ansuchen wollte und aufgesucht hat, war er als „Detailreisender“ gemäß Art. 16 vergl. mit Art. 7, 10, 11 des cit. Ges. verpflichtet, vor Beginn des Betriebes den Wandergewerbesteuerchein zu lösen und Steuer zu entrichten. Dadurch, daß der Angeklagte wissentlich eine Thätigkeit ausübt, welche dem Gesetz widerspricht, indem er ohne zuvorige Lösung des Steuercheins in R. in andern als in der nach Art. 5 steuerfrei gelassenen Weise Bestellungen ansuchte, hat er sich einer wissentlichen Verfehlung gegen das cit. Steuergesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 vergl. mit Art. 22 Ziff. 1, Art. 16 Ziff. 1 bezw. Art. 7 schuldig gemacht. Eine irrtümliche Auslegung des Gesetzes, mag solche auch in der dem Angeklagten bekannt gewordenen Rechtsprechung des Kammergerichts ihre Stütze gefunden haben, ist für seine Straffälligkeit ohne Bedeutung. Schon aus diesem Grunde kann es sich um eine fahrlässige Gesetzesverletzung, wie das Kammeramt in seinem Strafbescheid annimmt, nicht handeln.

1) Verhandlungen des 34. Landtags 2. Beil.-Bd. Nr. 62 S. 609; Kommissionsbericht das. 3. Beil.-Bd. Nr. 133 S. 219.

Solche läge etwa in dem Fall vor, wenn der zum Besuch von Kaufleuten in ihrem Geschäftslokal ausgesandte Reisende in einer für den Geschäftsherrn den Vorwurfmangeln der Beaussichtigung begründenden Weise steuerpflichtige Handlungen (z. B. den Besuch von Privaten behufs Auffuchens von Bestellungen) vornehmen würde. Um einen derartigen Fall handelt es sich aber hier nicht. — Die Absicht der Steuergefährdung liegt nach Lage der Sache nicht vor.

Hienach war das Urteil des Schöffengerichts abzuändern und gegen den Angeklagten auf Strafe zu erkennen.

Ueber die Pflicht zur Nachholung der hintergangenen Steuer hatte das Gericht nicht zu befinden¹⁾. —

Die gegen dieses Urteil seitens des Angeklagten eingelegte Revision ist vor dem Strassenrat des Oberlandesgerichts Stuttgart am 18. September 1901 verworfen worden. Es wird nach Darlegung der thatsächlichen Verhältnisse, wie sie oben geschildert sind, ausgeführt:

„In diesem Vorgehen des Angeklagten erblickt das Berufungsurteil zutreffend ein Auffuchen von Warenbestellungen im Sinn der Gew.O. — §§ 44 und 55 — nach der Fassung der Novellen vom 1. Juli 1883 und 6. August 1896, und zählt demnach den Angeklagten denjenigen sog. Detailreisenden zu, die über die Befugnisse des § 44 Gew.O. hinausgreifend außerhalb des Gemeindebezirks ihrer gewerblichen Niederlassung bei Privatpersonen ohne vorgängige Aufforderung Waren abzusetzen versuchen und folglich den Obliegenheiten und Einschränkungen des Wandergewerbes nach §§ 55 ff. Gew.O. unterliegen, was alles noch eingehend an der Hand des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte genannter Gesetzesnovellen dargethan wird. Indem der Vorrichter wieder mit Grund davon ausgeht, daß das württembergische Gesetz vom 15. September 1899, betreffend die Wandergewerbesteuer, nach Entstehung, Sinn und Zweck, und wie insbesondere auch aus der mit der Gew.O. übereinstimmenden

1) Vgl. L o e w e - S e l l w e g, Die Strafprozeßordnung, 10 Aufl. Anm. 4 zu § 459; Entsch. des R.G. Bd. 32 S. 304.

Wortfassung erhellt, alle diejenigen zu dieser Steuer heranziehen will, welche auf Grund der Gew.O. mit einem Wandergewebeschein versehen sein müssen, gelangt er folgerichtig dazu, den Angeklagten, der es versäumt hat, rechtzeitig einen solchen und zugleich einen Steuerschein nach Vorschrift der Art. 7 und 11 des angef. Gesetzes zu lösen, nicht nur einer Uebertretung des § 147 Ziff. 7 Gew.O., sondern auch eines Vergehens gegen Art. 23 Abs. 1 vergl. mit Art. 7, 10, 11, 16 Ziff. 1, § 22 Ziff. 1 des seit 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Steuergesetzes für überführt zu erklären, was im Hinblick auf Abs. 2 des § 148 Gew.O. die Anwendung der letzteren Straffassung nach sich ziehen mußte.“

Weiterhin wird die Verurteilung des Angeklagten wegen w i s s e n t l i c h e r Verfehlung gegen das Steuergesetz für gerechtfertigt erklärt, da der Grundsatz der Wirkungslosigkeit des Rechtsirrtums für die Schuldfrage, wie in den Kammerverhandlungen¹⁾ anerkannt worden sei, auch hier gelte. Gegenüber den Ausführungen der Revision wird dargethan, daß es sich um die Begründung einer gewerblichen Niederlassung in R. durch den Angeklagten (namentlich im Hinblick auf § 42 Abs. 2 Gew.O.) ebensowenig wie um einen „marktähnlichen“ Vertrieb der Ware (nach § 64 Gew.O.) handeln könne. Dabei wird bemerkt:

„Auch umfassen die maßgebenden §§ 44 und 55 G.O. durchaus nicht nur den gemeinhin so genannten Hausierer, und das gesetzgeberische Motiv der Verhinderung allzugroßer Belästigung der Privatpersonen durch Detailreisende ist, wie das Berufungsurteil richtig hervorhebt, für die Auslegung dieser Gesetzesbestimmungen von nur untergeordneter Bedeutung. Der Einwand des Beschwerdeführers vermag daher zu keiner andern Beantwortung der vom Unterrichter bejahten Frage zu führen, ob in dem Gebahren des Angeklagten ein Auffuchen von Warenbestellungen bei andern Personen als bei Kaufleuten in deren Geschäftsräumen oder

1) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten, 33. Landtag, 7. Beil.-Bd. S. 559 Sp. 1.

bei solchen Personen, in deren Geschäftsbetriebe Waren der angebotenen Art Verwendung finden, erblickt werden kann.“

Schließlich wird noch, unter Hinweis auf Schick er Note 5 zu § 44, angeführt, daß unter „Waren“ auch die auf Bestellung und Maß erst anzufertigenden Erzeugnisse zu verstehen seien¹⁾.

1) Zu erwähnen ist noch, daß die Bestimmung der Novelle vom 30. Juni 1900 (R.G.Bl. S. 321, vergl. das. S. 894) Art. 6, wonach Bruchbänder vom Feilbieten im Umherziehen ausgeschlossen sind (§ 56 Ziff. 9 G.D.), auf den vorliegenden Fall noch nicht anwendbar war.

Litterarische Anzeigen.

Von **Staub's** Kommentar zur Wechselordnung (Berlin, **J. J. Heine**, Preis 2 M. 50 Pf.) ist die vierte Auflage erschienen; diesem Kommentar eignen die gleichen Vorzüge wie dem des gleichen Verfassers zum **H.G.B.**; auch hier finden sich wertvolle Ausführungen über Bestimmungen, die im **B.G.B.** enthalten sind, so z. B. in § 8 zu Art. 95 über die vielumstrittene (vergl. Rspr. d. O.L.G. Bd. 2 Nr. 32, 159; Bd. 3 Nr. 90b) Auslegung des § 126 **B.G.B.**; in der in § 53 zu Art. 4 erörterten Frage, ob die Wechselerklärung selbst das Wort „Wechsel“ enthalten muß oder ob die Ueberschrift „Wechsel“ genügt, hat kürzlich das Reichsgericht gegen die letztere, von **Staub** vertretene Ansicht entschieden: siehe R.G. bei **Seuffert** 56 Nr. 226.

Die wertvolle Abhandlung von **Wendt** im 91. und 92. Band des Archivs f. zivilist. Praxis: „Unterlassungen und Verläumdungen im Bürgerlichen Recht“ ist nunmehr auch in Buchausgabe erschienen (Tübingen und Leipzig, **J. C. B. Mohr**, Preis 6 M. 50 Pf.); sie verdient angesichts der Zahl und Wichtigkeit der behandelten Fragen wie nach der Art der Behandlung volle Beachtung auch seitens des Praktikers, — es sei nur beispielsweise auf die am Schluß sich findende Erörterung darüber hingewiesen, ob die „Aufsechtung“ der **R.O.** und des Reichsgef. vom 21. Juli 1879 als Aufsechtung im Sinn des **B.G.B.** zu verstehen ist —, was (sicherlich mit Recht) verneint wird.

Von dem in Bd. 12 S. 150 der Jahrbücher angezeigten Werk: „Die Gewährleistung beim Viehhandel nach dem **B.G.B.**“ ist der zweite tierärztliche Teil, von Oberamtstierarzt **Nagel** bearbeitet, erschienen (Stuttgart und Leipzig, **Kohlhammer**), der in ausführlicher Darstellung zunächst die gesetzlichen Hauptmängel und sodann „bedingene Gewährmängel“ behandelt; am Schluß (S. 555—59) finden sich einige Berichtigungen und Ergänzungen des rechtswissenschaftlichen Teils.

Von dem großen Sammelwerk: „Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr“ von **Leske** und **Löwenfeld** (Berlin, **Hey-**

mann) — vgl. Bd. 8 S. 410 der Jahrb. — ist der erste Teil des dritten Bandes erschienen, der auf 355 Seiten „Das neue österreich. Civilprozeßrecht“ bearbeitet von Prof. Dr. Freiherr von Canstein und auf weiteren 79 Seiten „Das neue Civilprozeß- und Konkursrecht der Niederlande“ bearbeitet von Landrichter Dr. Affer behandelt (Preis 11 M.). Insbesondere die erstgenannte Materie ist nicht nur von hohem wissenschaftlichem Interesse, sondern auch die Praxis wird je und je Anlaß haben, sich mit einschlägigen Fragen zu befassen.

Die in Bd. 8 S. 392 der Jahrbücher angezeigte erste Abteilung des „Formularbuchs zu den deutschen Prozeßordnungen“ von Landrichter Hugo Weißfäcker (Berlin, Kuhn; Preis 3 M. 20 Pf.), die Formulare zur C.P.O. und R.O. enthaltend, ist in zweiter Auflage erschienen, wobei die seit 1. Januar 1900 geltende Fassung der Gesetze, daneben auch die neuere Literatur und Rechtsprechung berücksichtigt sind.

Eine handliche Ausgabe des Reichsgesetzes betr. die Erwerb- und Wirtschaftsgenossenschaften in der seit 1. Januar 1900 geltenden Fassung ist von Oberamtsrichter W. Wiest erschienen (Stuttgart, Kohlhammer; Preis 2 M.). Dem Gesetzestext sind kurze Anmerkungen, insbesondere Hinweisungen auf einschlägige Gesetzesbestimmungen beigelegt; beigegeben sind ferner u. a. die Bekanntmachung des Bundesrats betr. die Führung des Genossenschaftsregisters vom 1. Juli 1899 und die Justizministerialverfügungen vom 9. November 1899 und 2. Januar 1900, so daß die beteiligten Kreise das einschlägige Material bequem beieinander finden.

Der „Führer durch die Reichs- und Landesgesetzgebung“ von Fr. Kippmann, stellv. Amtmann (Stuttgart, Kohlhammer; Preis 1 M. 60 Pf.) enthält eine Zusammenstellung aller im Reichsgesetzblatt, Regierungsblatt, Amtsblatt des Minist. des Innern und dem II. Teil von Bofcher's Zeitschrift veröffentlichten und behandelten Gesetze, Verordnungen und Verfügungen, soweit sie zur Zeit in Geltung sind. Das Auffinden des jeweils Gesuchten wird dadurch wesentlich erleichtert.

Die (im Verlag von Kohlhammer, Berlin und Stuttgart) derzeit im 14. Jahrgang erscheinende „Zeitschrift für Arbeiterversicherung“, herausgegeben von G. Kälber, Regierungsrat im Ministerium des Innern (Abonnementspreis jährlich 5 M.), enthält vorwiegend Entscheidungen des Reichsversicherungsamts, von Landesversicherungsämtern und Verwaltungsgerichten, deren Kenntnis außer für die Verwaltungsbeamten für die richterlichen Mitglieder des Landesversicherungsamts, aber unter Umständen auch dem Civil- und Straf- richter von Wert sein kann.

Pf.

Zur Technik des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von Landgerichtsrat Romeis zu Stuttgart. Heft 2: Die abgeleitete Schuld. Erster Abschnitt: Die abgeleitete Mietschuld.

Von Landgerichtspräsident a. D. Dr. von Lang in Rottweil.

Dem bereits in diesen Blättern besprochenen ersten Heft dieses Werks (Fristbestimmung) hat der Herr Verfasser in erwünschter Bälde ein zweites Heft des oben bezeichneten Inhalts folgen lassen, welches dieselben Vorzüge hat, wie das erste.

Nach röm. Recht besteht zwischen persönlichen und dinglichen Klagen ein Mittelglied, die sog. *actio in rem scripta*, indem einzelne persönliche Klagen dennoch gegen einen unbestimmten Gegner, namentlich gegen jeden Besitzer einer Sache gerichtet werden können. Der Hauptfall ist die *actio* und die ihr für den Fall entgegengesetzter Partierollen entsprechende *exceptio quod metus causa*, indem dann, wenn dem Besitzer einer Sache dieselbe durch Gewalt oder Drohung entzogen worden ist und jetzt in den Händen eines Dritten ist, der persönliche Anspruch auf Herausgabe derselben gegen diesen Dritten gerichtet werden kann; sie kann aber auch gegen Jeden gerichtet werden, welcher durch rechtswidrigen Zwang oder Drohung seitens eines Andern gegen den Kläger einen Rechtserwerb gemacht hat oder bereichert, z. B. von einer Schuld befreit worden ist. Das römische Recht hat noch einige weitere Fälle der *actio in rem scripta*, auf welche jedoch einzugehen überflüssig ist. — Es wird nun von Einzelnen (z. B. *Endemann II*, S. 40—42) behauptet, daß das bürgerliche Gesetzbuch alle diese halb dinglichen, halb obligatorischen Zwischenbildungen beseitigt habe; der Zweck der oben bezeichneten Schrift ist nun aber, darzuthun, daß dies nicht richtig sei, daß vielmehr auch das B.G.B. noch dem Begriff der abgeleiteten Schuld leue. —

Dies trifft nach dem Herrn Verfasser zu in folgenden Fällen:

1¹⁾ Die Ansprüche aus Miete und Pacht sowie aus Leihe.

1. Veränderungen in der Person des Inhabers (unmittelbaren Besitzers) der gepachteten, gemieteten oder geliehenen Sache.

Nach dem bisher geltenden römischen Recht war dann, wenn der Mieter oder Pächter oder Entlehner die betreffende Sache einem Dritten weiter gegeben (z. B. sie an denselben weiter vermietet, verpachtet oder geliehen) hatte, das Miet- oder Pachtverhältnis sowie die Leihe wegen Ablaufs der Zeit (möglicherweise auch noch aus andern Gründen) beendigt war, und der Vermieter *re. re.* die Sache wieder verlangte, der Dritte aber deren Herausgabe verweigert (z. B. weil sie ihm noch auf längere Zeit vermietet *re. re.* sei), der Eigentümer, wenn er die Sache selbst ohne Umwege zurückbekommen wollte,

1) Die Fortsetzung (II) ist im nächsten Heft zu erwarten.

auf eine dingliche Klage gegen den dritten Inhaber beschränkt. Hiedurch war er aber in einer sehr nachtheiligen Lage, denn eine Besitzklage konnte er nicht wohl anstellen, da ja der dritte Inhaber mit ihm in keinem Obligations-Verus stand, seine Weigerung der Herausgabe also der des ersten, zur Zurückgabe kontraktlich verpflichteten Mieters nicht gleich stand, bei einer Eigentumsklage (Vindikation) aber mußte der Kläger den Beweis seines Eigentums führen, welcher bei Mobilien oft sehr schwer zu erbringen war (er erinnert sich z. B. nicht mehr, in welchem Laden er einen wertvollen Schmuck, von welchem Händler er auf einem Markt ein Pferd gekauft hat u. s. w.).

Das B.G.B. schreibt nun vor:

„§ 556 Abs. 3: Hat der Mieter den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen, so kann der Vermieter die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückerfordern“,

„§ 604 Abs. 4: Ueberläßt der Entleiher den Gebrauch der Sache einem Dritten, so kann der Verleiher sie nach der Beendigung der Leihe auch von dem Dritten zurückerfordern“,

und es fragt sich nun, welchen juristischen Charakter diese Vorschriften haben? Verschiedene sehen dies so an, daß der Vermieter gegen den Dritten eine dingliche (Besitz- oder Eigentums-) Klage habe, Andere dahin, daß der Mieter in die Verpflichtung des Mieters unter Uebernahme von dessen Schuld eintrete, in § 2 S. 14 ff. widerlegt der Herr Verfasser diese Ansichten und stellt in § 3 S. 25 ff. seine eigene Ansicht dahin auf, daß die Verpflichtung des Dritten ähnlich wie bei der *actio quod metus causa* eine abgeleitete Schuld des Mieterers zc. zc. sei, die persönliche Kontraktklage auf Herausgabe der Sache nicht bloß gegen den ersten Mieter, sondern auch gegen den Mietervermieter zc. zc. angestellt werden dürfe, damit der Anspruch des Vermieters nicht vereitelt werden könne. —

2. Veränderungen in der Person des Eigentümers der vermieteten zc. zc. Sache.

Wenn der Eigentümer einer vermieteten oder verpachteten Sache dieselbe an einen Dritten veräußerte, so galt nach röm. Recht der Grundsatz: „*Kauf bricht Miete*“, d. h. der neue Eigentümer war nicht an die Vermietung oder Verpachtung gebunden, er konnte sofort die Sache von dem Mieter mit einer dinglichen (Besitz- oder Eigentums-) Klage herausverlangen und der Mieter zc. zc. war auf eine Schadenersatzklage gegen den Vermieter beschränkt. Nach deutschem Recht galt das Gegenteil, und dies ist auch in einzelnen Landesrechten, z. B. dem preussischen Landrecht gültig geblieben oder geworden; meistens (z. B. von Wuntzschli § 104 und 114) wird dies

so angesehen, daß der Mieter zc. zc. ein dingliches Recht habe, welches auch dem Eigentümer gegenüber Schutz genieße.

Das B.G.B. giebt hierüber in § 571—79 eine Reihe von Bestimmungen, von welchen besonders folgende hervorzuheben sind:

„§ 571 Abs. 1: Wird das vermietete Grundstück nach der Ueberlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters in „die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein.“

„§ 576. Zeigt der Vermieter dem Mieter an, daß er das Eigentum an dem vermieteten Grundstück an einen Dritten übertragen habe, so muß er in Ansehung der Mietzinsforderung die „angezeigte Uebertragung dem Mieter gegenüber gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist.“ —

Es fragt sich nun auch hier, wie dieses Rechtsverhältnis juristisch zu konstruieren ist? — Es sind schon verschiedene Auslegungen aufgetaucht, nämlich 1) dahin, daß der Vermieter immer noch Subjekt des Mietverhältnisses bleibe, der Erwerber nur temporär in Rechte und Verpflichtungen aus dem Mietverhältnisse eintrete; 2) daß eine Zustandsobligation vorliege, die zweiseitige Obligation mit dem jeweiligen Eigentum am Grundstück verknüpft sei; 3) die Miete auf das Grundstück dinglich radiziert sei; 4) der Erwerber bezüglich der Miete der Rechtsnachfolger des Vermieters sei. —

Gegen alle diese Konstruktionen dieses Rechtsverhältnisses erklärt sich der Herr Verfasser und stellt dagegen das Prinzip auf, daß auch hier „die Rechtsfigur der abgeleiteten Schuld anerkannt und voll ausgestaltet erscheine“. — Sie entstehe nicht durch Succession, sondern es entstehe zwischen dem Erwerber und dem Mieter ein neues Rechtsverhältnis, allerdings desselben Inhalts wie das ursprüngliche Mietverhältnis zwischen Vermieter und Mieter, allein von da an seien die Rechtsgültigkeit und Mangellofigkeit des Verhältnisses, sowie die gegenseitigen Ansprüche beider Teile nur aus den Personen der jetzigen Kontrahenten zu beurteilen, — ferner fließe sie nicht aus einem Verhältnis zur Sache, — sei nicht auf einen Vermögensgegenstand dinglich radiziert, — und endlich sei unter der „Veräußerung“ des § 571 nicht ein wirklicher und zwar unanfechtbarer Eigentumsübergang zu verstehen, sondern es genüge eine äußerlich erscheinende Veräußerung, ja sogar die Anzeige, daß eine solche erfolgt sei, wenn sie auch nicht geschehen, oder nicht wirksam sei. —

Es dürfte daher wohl auch dieses Heft der Theorie und Praxis gute Dienste leisten.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

- Abtretung.** Bereicherungsflagge des ersten Cessionars gegen denjenigen, der aus dem Erlös aus der vom Erben des Cedenten nochmals verkauften Forderung Bezahlung für eine Schuld erhalten hat? 10.
- Agenten.** Haftung des A. einer Versicherungs-Gesellschaft für falsche Auskunft an einen Versicherungslustigen (§§ 676, 179 B. G. B.) 318.
- Atteneinsicht.** Das Recht des Anwalts auf A. in einer erledigten Strafsache 53.
- Anwaltsgebühr** in verbundenen Privatklagesachen bei verschiedenem Ausgang derselben 65.
- Arbeiter.** Schadenserfahsanspruch eines Arbeitgebers gegen seine wegen ihres Verhaltens mit Grund ohne vorgängige Kündigung entlassenen A. Voraussetzung der Haftung solcher A. als Gesamtschuldner 158. Uebergang der Unterstützungsansprüche erkrankter A. auf die neu errichtete Betriebskrankenkasse (§ 62 Abs. 1 R. G. B.) 230. Das Arbeitsverhältnis, in welchem „ohne Kündigung“ gearbeitet wird, löst sich nicht durch Erkrankung des A. und nicht durch bloße Abmeldung des Arbeitgebers. Bedeutung der Lohnauszahlung einschließlich des auf den Tag entfallenden Betrags für die Lösung des Arbeitsverhältnisses 231.
- Aufwand auf ein Gut.** Was ist unter „Rechnungsirrtum“ und „Aufwand auf ein Gut“ zu verstehen? 147.

B.

- Bauaffordverträge.** Ist die Ausföhrung einzelner B. gröÖeren Umfangs in Württemberg durch einen auswärtigen Gewerbetreibenden ein in Württemberg steuerpflichtiger Gewerbebetrieb? (§ 3 des Reichsgesetzes wegen Besteuerung der Doppelbesteuerung; Art. 1 Ziff. 3, Art. 3 Abs. 2 und Art. 85 Abs. 1 des Gesetzes vom 28. April 1873, betr. die Grund-, Gebäude- u. Gewerbebesteuerung) 114.
- Bauzinsen** (§ 215 H. G. B.) 47.
- Belästigung durch Rauch, Ruß etc.,** B. G. B. § 906, 167; durch Viehen 174.
- Belastung, dingliche, von Grundstücken zu Gunsten Dritter** 21.
- Beleidigung.** Die außergerichtliche Verdächtigung eines Dritten, eine strafbare Handlung begangen zu haben, unter dem Schutz des § 193 St. G. B. 351.
- Feststellung einer beleidigenden ÄuÖerung dem Sinne nach 354.
- Ist die Annahme eines fortgesetzten Delikts im Berufungsurteil zulässig, wenn der wegen zwei realkonkurrierender Beleidigungen in erster Instanz freigesprochen war und die zweite Instanz die eine B. für strafbar, die andere für nicht strafbar erklärt? 354.
- Bereicherungsflagge des ersten Cessionars gegen denjenigen, der aus dem Erlös aus der vom Erben des Cedenten nochmals verkauften Forderung Bezahlung für eine Schuld erhalten hat?** 10.

Beschwerde in Kostenfestsetzungssachen 63. Ist im Kostenfestsetzungsverfahren die Prüfung des Beschwerdebereichs nicht auf die angegriffenen Posten beschränkt? 196.

Betriebskrankenklasse. Uebergang der Unterstützungsansprüche erkrankter Arbeiter auf die neu errichtete B. (§ 62 Abs. 1 R.V.G.) 230.

Betriebsleiter. Berechtigung eines B., das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzulösen, weil ihm ein zweiter Betriebsleiter an die Seite gesetzt wird (§ 70 H.G.B.) 311.

Beweisgebühr. Zu § 13 Ziff. 4 R.V.G.O. 200.

Bienen. Belästigung durch B., B.G.B. § 906, 174.

Bürgerliches Gesetzbuch § 906. Einwirkung von Rauch, Ruß &c. 167. Belästigung durch Bienen 174.

Bürgschaft. Nach welchem Recht ist die in Württemberg von hier wohnenden Personen für eine dem schweizerischen Recht unterliegende Schuld eingegangene Bürgschaft zu beurteilen? 16. Bedeutung einer B. für „Warenkredit“ 18. Enthält das Versprechen, die Schulden eines Schuldners zu regeln, eine Bürgschaftsleistung? 142.

C.

Cession s. Abtretung 10.

D.

Dienstbarkeit oder Reallast? 21. Differenzgeschäfte. Gültigkeit eines Vergleichs über eine Forderung, die nach der vom Kläger bestrittenen Behauptung des Beklagten aus reinem D. herrührt 289.

Dingliche Belastung von Grundstücken zu Gunsten Dritter 21.

Diskontierung. Kreditgewährung durch D. von Wechseln, die

der Kreditnehmer acceptirt hat und die von den Wechselinhabern bei dem Kreditgeber diskontirt worden sind? 209.

E.

Eigentum. Kommt demjenigen, der das Recht der Ausübung des Eigentums auf Grund des Art. 15 des Pfandentwicklungsgefetzes beansprucht, § 891 bzw. § 892 B.G.B. zu statten? 34.

Eigentümerwerb durch Stellvertreter 273.

Einwirkungen von Rauch, Ruß &c., B.G.B. § 906, 167. Belästigung durch Bienen 174.

Eisenbahverkehrsordnung. Die Rechtsgültigkeit der E. vom 26. Oktober 1899. 122.

Erpressung. Zum Begriff des Zwangs und der E. 145.

F.

Feldwege, Trepp- u. Ueberfahrtsrechte 181.

Fensterrecht, Luft- und Licht-Gerechtigkeits im alten und neuen Recht. (Art. 222 des Ausf.Ges. zum B.G.B.) 256.

Feststellungsklagen. Streitwert 195.

Firma. Ist ein Kaufmann, der ein Handelsgeschäft nebst Firma käuflich erworben hat, berechtigt, die Firma bei Verlegung des Geschäfts an einen andern Ort beizubehalten? 37.

— Zu § 18 Abs. 2, § 37 H.G.B. 42. Fortgesetztes Delikt. Ist die Annahme eines f. D. im Berufungsurteil zulässig, wenn der wegen zwei realkonkurrierender Verleumdungen Angeklagte in erster Instanz freigesprochen war und die zweite Instanz die eine Verleumdung für strafbar, die andere für nicht strafbar erklärt? 354.

Frachtgeschäft. Zur Auslegung von § 438 (Art. 408) H.G.B. und § 90 Abs. 2 Ziff. 4 der Verkehrsordnung (vom 15. No-

- vember 1892, die hierin gleichlautend ist mit § 90 Abf. 2 Ziff. 4 der Verkehrsordnung vom 26. October 1899) 296.
- G.**
- Gebrauchsmusterchutzgesetz. Zum Begriff des „Modells“ und der „neuen Gestaltung“ im Sinn des G. 343.
- Gemeinde. Haftung einer G. für einen Unfall, der dadurch veranlaßt worden ist, daß ein auf der Ortsstraße aufgeschichteter Steinhauern nicht beleuchtet war. Eigenes Verschulden des Verletzten wegen nicht genügender Beleuchtung seines Wagens? (§§ 31, 89, 823, 254 B.G.B.) 321.
- Genossenschaftsstatut. Auslegung der Bestimmungen eines G. über die Aufnahme neuer Mitglieder 335.
- Gewerbebetrieb, steuerpflichtiger. Ist die Ausführung einzelner Bauauftragsverträge größeren Umfangs in Württemberg durch einen auswärtigen Gewerbetreibenden ein in Württemberg steuerpflichtiger G.? 114.
- Gewerbebetrieb im Umherziehen. Ist es ein „G. i. U.“, wenn ein Kaufmann außerhalb seines Wohnorts Kauflustige nach vorgängiger Annoncierung in einem Gasthof zum Zweck der Entgegennahme von Bestellungen empfängt? 375.
- Grundbuch. Der öffentliche Glaube und die Vermutung der Richtigkeit des G. betrifft nicht dessen tatsächliche Angaben 166.
- Grunddienstbarkeiten 28.
- Gutachten. Kann auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens ein schriftliches G. eines Sachverständigen eingeholt werden? 61.
- H.**
- Haftstrafe bei Uebertretungen 361.
- Handelsgesellschaft. Vertretung einer offenen H. nach dem Tod eines Gesellschafters 44.
- Handlungsgehilfen, Kündigung. Zum Begriff der „wichtigen Gründe“ i. S. des § 70 H.G.B., § 626 B.G.B. 304. Vgl. S. 311.
- Hausfriedensbruch. Wann ist das Eindringen des Hauseigentümers in die vermieteten Wohnräume widerrechtlich? (§§ 61, 123 St.G.B.) 202.
- Hauskauf s. Kauf 5.
- Herstellung des ehelichen Lebens. Mißbrauch des Rechts i. S. des § 1353 Abf. 2 B.G.B. von Seiten des klagenden Ehegatten 36.
- Hinterlegung. Voraussetzungen einer gerichtlichen H. (§ 372 B.G.B.) 280.
- I.**
- Immisionen von Rauch, Ruß etc., B.G.B. § 906, 167.
- Internationales Privatrecht. Nach welchem Recht ist die in Württemberg von hier wohnenden Personen für eine dem schweizerischen Recht unterliegende Schuld eingegangene Bürgschaft zu beurtheilen? 16.
- Israeliten. Die kirchliche Steuerpflicht der I. in Württemberg bestimmt sich nach dem Wohnsitz im Sinne des bürgerlichen Rechts 224.
- Juristische Person, einer j. P. zustehende persönliche Dienstbarkeiten 28.
- K.**
- Kauf. Rechtsfolgen einer nachträglich wieder zurückgenommenen Erklärung eines Hauskäufers, den Kauf nicht halten zu können 5.
- Konkursverwalter. Aus welchen Gründen darf die Entlassung eines K. verfügt werden? 49.
- Kornthal. Stehen die Bestimmungen in Ziff. VI bis XII des der politisch-religiösen Gemeinde K. am 22. August 1819 erteilten Privilegiums noch als bürgerliches Sonderrecht in Geltung? (Streit über die beanspruchte Erteilung des Bürgerrechts.) 94.

Kosten. Anwendung der Vorschriften der Reichs-G.P.O. auf die Festsetzung der zu erstattenden Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens 217.

Kostenfestsetzungssachen, Beschwerte in R. 63

Kostenfestsetzungsverfahren. Ist im R. die Prüfung des Beschwedergerichts nicht auf den angegriffenen Posten beschränkt? 196.

Krankenversicherungsgesetz. Zu § 58 Abs. 1 des R. und Art. 24 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 (Erfordernisse der Klage hinsichtlich der Bezeichnung des Gegenstands des Anspruchs und der den Antrag begründenden Thatsachen) 77. Unzulässigkeit einer statutarischen Festsetzung, welche für die Familienangehörigen der Klassenmitglieder Krankenunterstützung einführt, insofern die ärztliche Behandlung ausnahmslos nur durch Klassenärzte erfolgen soll 241. Zu § 50 des R. (Fahrlässige Unterlassung der Anmeldung einer Kellnerin.) 249.

Krankenversicherungs-Pflichtigkeit der von öffentlichen Korporationen an Straßen beschäftigten Steinschläger 71.

Kündigung. Schadensersatzanspruch eines Arbeitgebers gegen seine wegen ihres Verhaltens mit Grund ohne vorgängige R. entlassenen Arbeiter. Voraussetzung der Haftung solcher Arbeiter als Gesamtschuldner 158.

L.

Landstreicherei. Zum Begriff der L. 361.

Litterarische Anzeigen. Adam, Handausgabe (mit Anmerkungen) der württ. Ausführungsgesetze vom Jahr 1879 in der neuen Fassung nebst sonstigen Vorschriften zu den Reichsjustizgesetzen 266.

— Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft 135.

Litterarische Anzeigen. Delius, Die Haftpflicht der Beamten 266.

— Kälber, Regierungsrat, Zeitschrift für Arbeiterversicherung 388.

— Klump, Das deutsche Grundbuchrecht und die württ. Ausführungsbestimmungen 265.

— Köhler, Regierungsrat Dr., Sammlung von Gesetzen, Verordnungen und Verfügungen straf- oder polizeirechtlichen Inhalts zum Gebrauch für württ. Polizeiorgane 135.

— Köhler, Die in Württemberg ergangenen, das Vormundschafts-, Nachlaß- und Notariatswesen betreffenden Ausführungsbestimmungen zum B. G. B. und dessen Nebengesetzen 135.

— Leske u. Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung in internationalen Verlehr 387.

— Liliput-Ausgabe des H. G. B., der G. P. O. und R. O. 266.

— v. Mandry, Staatsrat Dr., Das württ. Privatrecht 265. Das Grundbuchwesen in Württemberg 265.

— Nagel, Oberamtstierarzt, Die Gewährleistung beim Viehhandel nach dem B. G. B. 387.

— Philler, Hand-Ausgabe der deutschen Grundbuch-Ordnung nebst einer systematischen Darstellung des materiellen Liegenschaftsrechts 266.

— Rippmann, st. Amtmann, Der Führer durch die Reichs- und Landesgesetzgebung 388.

— Romeid, Zur Technik des B. G. B. Heft 1: Die Fristbestimmung, Stuttgart, 1901, 263. Heft 2: Die abgeleitete Schuld. Erster Abschnitt: Die abgeleitete Mietschuld 389.

— Scherer, R.-A. Dr., Zu den kritischen Bemerkungen zu Mayer-Keis, Erbrecht 136.

— Staub's Kommentar zur Wechselordnung, 4. Aufl. 387.

Litterarische Anzeigen. Weißler, Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit 266.

— Weizsäcker, Hugo, Landrichter, Formularbuch zu den deutschen Prozeßordnungen 388.

— Wendt, Unterlassungen und Verschümnisse im Bürgerlichen Recht 387.

— Wengler, Reg.-Rat, Elektrizität und Recht im deutschen Reich 136.

— Wiest, Oberamtsrichter, Ausgabe des Reichsgesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der seit 1. Januar 1900 geltenden Fassung 388.

Eigenvertrag. Uebertragbarkeit der Rechte aus einem L. ? 346.

Lotterien. Fällt die Nichteinhaltung von Bedingungen und Bestimmungen der für Veranstaltung auswärtiger L. in Würtemberg erteilten Genehmigung unter die Strafvorschrift des Art. 7 Ziff. 3 Pol.St.G. (unerlaubter Vorvertrieb) ? 55.

Luft- und Lichtgerechtigkeit und Fensterrecht im alten und neuen Recht (Art. 222 des Ansf.-Ges. zum B.G.B.) 256.

M.

Mangel beim Kauf. Zu Art. 350 (377) S.G.B. („arglistiges Verschweigen“ eines Mangels seitens des Verkäufers) 314.

Mißbrauch des Rechts auf Herstellung des ehelichen Lebens 36.

Modell. Zum Begriff des „Modells“ und der „neuen Gestaltung“ im Sinn des Gebrauchsmusterschutzgesetzes 343.

N.

Ortsstatut. Ungiltigkeit eines Schulverbandsstatuts und des D. einer zusammengesetzten Gemeinde wegen mangelnder rechtsgültiger Vertretung einer

beteiligten Teilgemeinde (Art. 8 Abs. 5 und 6 des Gesetzes vom 17. Sept. 1853 und Art. 13 des Gesetzes vom 16. Juni 1885) 81.

P.

Postwesen. Zur Auslegung des Art. 4 Lit. B des Reichsgesetzes vom 20. Dez. 1899 betr. einige Aenderungen von Bestimmungen über das P. 304.

Privatklagesachen. Anwaltsgebühr in verbundenen Privatklagesachen bei verschiedenem Ausgang derselben 65. Verschwerbe im Kostenpunkt 64.

R.

Rauch und Ruß. Einwirkung auf Nachbargrundstücke 167.

Reallast oder Dienstbarkeit ? 21. Rechnung. Zum Begriff der „Rechnung“ 18.

Rechnungsirrtum. Was ist unter „Rechnungsirrtum“ u. „Aufwand auf ein Gut“ zu verstehen ? 147.

Rechtsbeschwerde. Unstatthaftigkeit der R. des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dez. 1876 gegen eine auf Grund des Art. 10 Ziffer 20 desselben ergangene vorläufige Verfügung der Verwaltungsbehörde 368.

Rechtsmittelfrist. Ist die R. gewahrt, wenn am letzten Tag derselben nach Schluß der Kanzleizeit und in Abwesenheit des Registraturbeamten das betr. Schriftstück dem Landgerichtsvorstand übergeben worden ist ? 214.

Restitutionsklage. Gegen welches Urteil ist die R. zu richten, wenn im Vorprozeß die Berufung gegen das erstrichterliche Urteil als unbegründet zurückgewiesen worden ist ? 187.

Revision in Strafsachen. Ungenügende Revisionsbegründung (St.P.O. 384) 52.

Rücktritt von einem Hauskaufvertrag, nachher wieder zurückgenommen 5.

Ruß und Rauch. Einwirkung auf Nachbargrundstücke 167.

S.

Sachen, wesentliche Bestandteile, §§ 93, 94 B.G.B. 277.

Sachverständige. Kann auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens ein schriftliches Gutachten eines S. eingeholt werden? 61.

Schadenersatzanspruch eines Arbeitgeberers gegen seine wegen ihres Verhaltens mit Grund ohne vorgängige Kündigung entlassenen Arbeiter. Voraussetzung der Haftung solcher Arbeiter als Gesamtschuldner 158.

Schankwirtschaft. Bedeutung der Verpflichtung eines Käufers, innerhalb einer gewissen Zeit an einem bestimmten Ort „keine Wirtschaft zu betreiben“ 284.

Schuldenregulierung. Enthält das Versprechen, die Schulden eines Andern zu regeln, eine Bürgerschaftsleistung? 142.

Schulverbandsstatut. Ungültigkeit eines Sch. und des Ortsstatuts einer zusammengesetzten Gemeinde wegen mangelnder rechtsgültiger Vertretung einer beteiligten Teilgemeinde (Art. 8 Abs. 5 und 6 des Gesetzes vom 17. Sept. 1853 und Art. 13 des Gesetzes vom 16. Juni 1885) 81.

Statuten-Collision f. Internationales Privatrecht.

Steg. Die Erstellung eines über einen Eisenbahndamm führenden, dem öffentlichen Verkehr dienenden Steg ist kein Bauwesen im Sinne des Art. 16 der Bauordnung 371.

Steinschläger. Krankenversicherungspflichtigkeit der von öffentlichen Korporationen an Straßen beschäftigten St. 71.

Stellvertreter. Eigentumserwerb durch St. 273.

Strafantrag. Inwiefern genügt ein in die Formen einer Zivilklage gekleideter Str.? 202.

T.

Teilgemeinde. Ungültigkeit eines Schulverbandsstatuts und des Ortsstatuts einer zusammengesetzten Gemeinde wegen mangelnder rechtsgültiger Vertretung einer beteiligten T. (Art. 8 Abs. 5 und 6 des Gesetzes vom 17. Sept. 1853 und Art. 13 des Gesetzes vom 16. Juni 1885) 81.

Trepp- und Ueberfahrtsrechte 181.

U.

Ueberfahrtsrechte. Zu Art. 42 des Gesetzes über Feldwege, Trepp- und Ueberfahrtsrechte vom 26. März 1862 (Verbot der Bestellung neuer U.) 181.

Uebertretungen. Ist die Anordnung der qualifizierten (mit Arbeitszwang verbundenen) Haftstrafe auch für andere als die in § 362 R.St.B. und in Art. 10 Pol.St.G. genannten Uebertretungen, speziell schon auf Grund einer Konkurrenz mit solchen zulässig? 361.

Unfall. Zum Begriff des „Unfalls“ (im Sinn einer „körperlichen Beschädigung durch zufällige Einwirkung äußerer mechanischer Gewalt“) 152.

— Haftung einer Gemeinde für einen Unfall, der dadurch veranlaßt worden ist, daß ein auf der Ortsstraße ausgehichteter Steinhaufen nicht beleuchtet war. Eigenes Verschulden des Verletzten wegen nicht genügender Beleuchtung seines Wagens? (§§ 31, 89, 823, 254 B.G.B.) 321.

Unfallversicherungsvertrag. Bedeutung der Bestimmung eines U., daß ein Anspruch auf Entschädigung nur gewährt werde, falls ein Unfall den Tod „als unmittelbare Folge der Verletzung“ herbeigeführt habe 332.

Unterstützungswohnst. Zu § 30 Abs. 1 lit. b Schlusssatz des Reichsgesetzes über den U. (Einführung) 68.

B.

Vergleich. Gültigkeit eines B. über eine Forderung, die nach der vom Kläger bestrittenen Behauptung des Beklagten aus reinen Differenzgeschäften herrührt 289.

Verkehrsordnung. Zur Auslegung von § 438 (Art. 408) C. P. O. und § 90 Absf. 2 Ziff. 4 der B. (vom 15. November 1892, die hierin gleichlautend ist mit § 90 Absf. 2 Ziff. 4 der B. vom 21. Oktober 1899) 296.

Versicherungsgesellschaft. Haftung des Agenten einer B. für falsche Auskunft an einen Versicherungslustigen (§§ 676, 179 B. G. B.) 318.

Versicherungsvertrag. Bedeutung der Bestimmung eines B., wonach Arbeitsunfähigkeit anzunehmen ist, falls der Versicherte nicht im Stand ist, „seinen Beruf auszuüben“ oder „in seinem Beruf thätig zu sein“, in Anwendung auf einen versicherten Offizier 327.

Vertragsabschluss, Bedeutung und Folgen einer nachträglichen Erklärung des Käufers darüber, welche Eigenschaften der Ware er beim Vertragsabschluss vorausgesehen habe (§§ 147 Absf. 2, 148, 119 Absf. 2 B. G. B.) 267.

Verwaltungsgerichtliches Verfahren. Anwendbarkeit des § 528 Absf. 1 der C. P. O. im v. B. 241. — Anwendung der Vorschriften der Reichs-Civilprozeßordnung auf die Festsetzung der zu erstattenden Kosten des v. B. 217.

Verwaltungsrechtspflege. Zu Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die B. (Fall der Unzulässigkeit des Parteistreitverfahrens als der einen Form des Verwaltungsrechtswegs) 221.

Verzug. Gerät ein Kaufmann in

Zahlungsverzug, dem vertragsmäßig freigestellt ist, mittelst eines Drei-Monats-Acceptis oder bar mit Sconto bezahlen zu wollen und der sodann eine Lieferung trotz Mahnungen nicht bar bezahlt? 1.

Vorläufige Verfügung der Verwaltungsbehörde. Unstatthaftigkeit der Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 gegen eine auf Grund des Art. 10 Ziff. 20 desselben ergangene v. B. d. B. 368.

B.

Wasserschöpferechtigkeit (servitus aquae haustus) 34.

Wechsel. Kreditgewährung durch Diskontierung von Wechseln, die der Kreditnehmer acceptiert hat und die von den Wechselinhabern bei dem Kreditgeber diskontiert worden sind? 299. Wesentliche Bestandteile von Sachen, insbesondere Gebäuden 277.

Widerklage. Erhebung einer B. in der Berufungsinstanz nach § 529 Absf. 2 der C. P. O. 230.

Wirtschaft. Berechtigung des Erwerbers einer den Namen eines Vorbesizers tragenden B., diese B. unter derselben Bezeichnung fortzuführen 137.

Wirtschaftsgerechtigkeit. Wann u. inwieweit bedarf der Besitzer einer dinglichen B. einer besonderen gewerbepolizeilichen Erlaubnis? 207.

B.

Zahlungsverzug s. Verzug 1.

Zwang. Zum Begriff des B. und der Erpressung 145.

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen. Zu §§ 887, 888 C. P. O. 192.





