

A. Französisch-belgische Jurisprudenz.

(Mitgetheilt von Herrn Oberlandesgerichtsrath Heinsheimer in Karlsruhe)

VI. Unmögliche oder gesetzwidrige Bedingungen bei Freigebigkeitsakten.

Trotz der Vorschrift des Art. 900 C. civ. ziehen die darin bezeichneten Bedingungen die Nichtigkeit der freigebigen Verfügung nach sich, wenn fest steht, daß dieselben der einzige Bestimmungsgrund für die Verfügung waren.

Laurent XI. n. 434 bemerkte gegenüber einem Urtheile des Appellhofes Brüssel, das vorstehenden Grundsatz anwendete und als Begründung anführte „Art. 900 C. civ. stelle eine einfache Vermuthung auf, daß der Verfügende seine Freigebigkeit aufrechterhalten hätte, wenn er gewußt hätte, die von ihm beigefügte Bedingung ziehe die Nichtigkeit der Verfügung nach sich, die vermuthete Absicht müsse aber vor dem klar ausgedrückten Willen des Erblassers, dessen Wille das Wesentliche, die Essenz des Testaments bilde, zurücktreten, und wenn nun der Erblasser ausdrücklich erkläre, er knüpfe das Legat an die Erfüllung einer gewissen Bedingung, so werde das Legat caduc, wenn die Bedingung nicht erfüllt werden kann“, Folgendes: Art. 900 C. civ. stelle nicht eine Vermuthung, sondern eine wahre Fiction auf; man habe vergebens versucht, dieselbe zu rechtfertigen, sie stehe im Widerspruch mit der Wesenheit der Bedingungen und verkenne den Willen des Testators, auf den sich trotzdem der Appellhof Brüssel berufe. Wenn der Verfügende seiner Anordnung eine Bedingung beifüge, so brauche er nicht besonders zu erklären, daß er seine Freigebigkeit der Erfüllung dieser Bedingung unterordne, denn dies ergebe sich aus der Bedingung

selbst, da die Bedingung nichts Anderes sei als eine Willenserklärung, welche den Eintritt einer rechtlichen Thatsache an die Erfüllung der Bedingung knüpfe. Trotz dieses klaren Willens des Testators wische das Gesetz die Bedingung weg und halte die Verfügung gegen den Willen des Testators aufrecht. Darin eben bestehe die Fiktion. Der Auslegung gestatten, die Fiktion bei Seite zu schieben und sich an das wirkliche Sachverhältniß zu halten, heiße den Art. 900 des Code streichen. So weit gehe aber das Recht der Auslegung nicht, und doch führe die Entscheidung von Brüssel zu diesem Resultate. D'abord la déclaration expresse deviendrait de style, surtout dans les libéralités faites au profit de personnes civiles, et est précisément dans ces libéralités que le principe de l'article 900 doit être maintenu. Puis la jurisprudence finirait par dépasser la décision que nous combattons. Est-il besoin d'une déclaration expresse pour manifester sa volonté? Non elle s'induit de la nature des clauses, des faits et des circonstances. Eh bien, ces motifs se rencontreront toujours pour décider que la condition illicite est de l'essence du testament et par conséquent pour annuler la libéralité, alou que la 'oi la déclare valable. Laurent zieht deßhalb vor, sich an das Gesetz zu halten, steht aber damit ziemlich allein. Die nahezu allgemeine Ansicht geht dahin, daß man trotz des Art. 900 mit der Bedingung die Verfügung selbst streichen könne, wenn sich aus der Verfügung ergebe, daß der Verfügende dieselbe von der an dieselbe geknüpften Bedingung habe abhängig machen wollen, daß der Wille des Verordnenden auf den Wegfall der ganzen Verordnung, nicht bloß der Bedingung gerichtet war. So sagt Demolombe XVIII. n. 207: „Supposez un testateur qui met à son legs une condition dont la possibilité légale peut paraître douteuse et contestable; et que prévoyant le cas ou cette condition serait, en effet, légalement impossible il déclare que sa libéralité alors devra être considérée comme non avenue. Est-ce qu'une telle libéralité pourrait être maintenue en présence de cette déclaration, qui en fait defaillir la cause essentielle et la base, à savoir, la volonté même du

disposante?“ Vgl. im nämlichen Sinne Aubry und Rau VII. § 692 S. 290, Duranton IV. n. 107 Annalen der badischen Gerichte XXXV. S. 82. Man spricht im Sinne dieser Ansicht von einem Mangel des Willens, der ebenso zur Aufhebung einer Verfügung führen müsse, wie nach Art. 901 die Unfähigkeit zur Willenserklärung und nimmt die Unanwendbarkeit des Art. 900 an, wenn thatsächlich feststeht, que la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité.

Es liegt eine ganze Reihe von Aussprüchen des Cassationshofes in letzterer Richtung vor; außer den von Aubry u. Rau a. a. O. Anm. 6 aufgeführten sind die Urtheile vom 29. Juni 1874 (Sirey recueil 1875 I. 293) und vom 20. November 1878 (Sirey recueil 1879 I. 413) zu verzeichnen. In dem letzteren Falle scheiterten die der als Legatarin eingesetzten Gemeinde gesetzten Bedingungen an den gesetzlichen Aenderungen bezüglich des Elementarschulunterrichts, und es wurde theils aus dem Stande und den religiösen Anschauungen des Erblassers, theils aus der sehr bestimmten Ausdrucksweise des Testaments abgeleitet, daß der Erblasser nur den Willen gehabt haben könne, daß die Gemeinde nur dann das Legat beziehen solle, wenn sie gesetzlich in der Lage sei bezw. autorisirt werde, den bestimmten Wünschen des Erblassers nachzukommen, während andernfalls Letzterer gewiß die Intestaterbfolge vorgezogen hätte.

In einem neuesten Falle, in welchem es sich gleichfalls um Zuwendung an eine Gemeinde (zu Zwecken öffentlicher Wohlthätigkeit) handelte, wurde am Schlusse des Testaments bestimmt, daß die vermachten Fahrnisse und Grundstücke unter keinem Vorwande verkauft oder sonst veräußert werden dürften. Die gesetzlichen Erben verlangten die Vernichtung des Legates, weil sich aus den Bestimmungen des Testaments ergebe, daß die Erblasserin den Vollzug desselben an die gesetzlich unmögliche Erfüllung der verbotenen Vorschrift der Unveräußerlichkeit der vermachten Fahrnisse und Liegenschaften habe knüpfen wollen. Allein sie unterlagen mit diesem Begehren.

Der Appellhof Angers führte aus:

„In Erwägung, daß nach Art. 900 C. civ. bei allen Schenkungen und letztwilligen Anordnungen die unmöglichen sowie die den Gesetzen oder den Sitten zuwiderlaufenden Bedingungen als nicht geschrieben angesehen werden sollen und solcherweise nicht die Nichtigkeit des Aktes selbst nach sich ziehen, und daß, wenn man in rechtlicher Beziehung zugibt, daß dieser Grundsatz keine Anwendung finde, wenn bis zur Gewißheit feststeht, daß der Testator das Inkrafttreten seiner Freigebigkeit von der Erfüllung der dem Legatäre auferlegten unerlaubten Bedingung abhängig machte, im vorliegenden Falle keineswegs eine solche Absicht der Erblasserin festgestellt worden ist; daß sich vielmehr aus dem Gesamttinhalt des Testaments ergibt, daß die Erblasserin vor Allem und in jedem Falle wünschte, den Armen der Pfarrei die Wohlthat der ewigen Begründung eines Armenhauses zuzuwenden, und daß das hieran geknüpfte Verbot der Veräußerung der Grundstücke in ihrem Sinne nicht die *conditio sine qua non* der Gründung, sondern nur ein accessorisches Mittel zu besserer Sicherheit ihrer Dauer sein sollte.“

Auch dem Umstande, daß in einem Paragraphen geradezu die Nichtigkeit des Testaments angedroht war, wenn die vermachten Vermögensstücke nicht im ewigen Genusse einer bestimmten Congregation verbleiben würden, wurde kein entscheidendes Gewicht beigelegt, indem jene Drohung trotz ihrer absoluten Fassung nicht so kategorisch, wie auf den ersten Blick aufzufassen sei; im Zweifel aber gebe der *favor testamentorum* den Ausschlag.

Der Cassationshof verwarf am 20. Mai 1879 das eingelegte Mittel:

„In Erwägung, daß die im Testamente gesezte Bedingung der Unveräußerlichkeit wegen Verletzung des Grundsatzes der freien Vermögenscirculation*) unerlaubt und nichtig ist und deshalb als nicht geschrieben zu erachten ist;

daß nach Meinung der Cassationskläger das Urtheil einen Schritt weiter gehen und die Verfügung selbst umstoßen sollte,

*) Ueber die *clause d'insaisissabilité* vgl. diese Zeitschrift VI. 30. IX. 538. X. 358 XII. 3.

weil die erwähnte Klausel *la cause impulsive et déterminante* der Freigebigkeit gewesen sei;

i. E. aber, daß ein solcher die Anwendung des Art. 900 ausschließender Ausnahmefall nicht dargethan ist, vielmehr das Legat auch unabhängig von der Bedingung der Unveräußerlichkeit bestehen und seine Wirkungen äußern kann, daß die Unterdrückung dieser Bedingung zwar eine Modifikation des Legates mit sich führte aber dessen Wesen nicht erschüttert;

i. E., daß aus dem angefochtenen Urtheile, dessen Ausspruch in dieser Beziehung einer Anfechtung nicht unterliegt, sich ergibt, daß die Erblasserin selbst die Bedingung der Unveräußerlichkeit als *purement accessoire* betrachtet hat.“

Sirey recueil 1880 I. 14.

Wir gestehen, daß die der Controle des Cassationsrichters entzogene Mission der Instanzgerichte, die Absicht des Testators bei Setzung einer ungesetzlichen oder unerlaubten Bedingung zu ermitteln, (vgl. die Bemerkungen in Sirey recueil 1879 II. 337) eine höchst bedenkliche ist, indem sie darauf hinausgeht, eine an sich klare gesetzlich: Bestimmung möglicherweise an der Hand eines kaum erkennbaren tatsächlichen Unterschiedes ignoriren zu dürfen. Das Gesetz erkannte durch Art. 900 C. civ. den *favor liberalitatum* in weitgehendem Maaße an; die sich dagegen auflehrende Doktrin und Praxis ist ein ernster Fingerzeig für die Gesetzgebung. Aber so lange Art. 900 Gesetz ist, sollte man sich eher mit Laurent streng an das Gesetz halten, als einer tatsächlichen Interpretation Raum geben, welche, wenn man die Judikatur vergleicht, nur zu leicht an die Launen und vorgefaßten Meinungen, an Stimmungen und Zeitströmungen streift.

VII. Legatum ejus quod supererit.

Ob ein solches Legat den Charakter als Universallegat trägt, ist wesentlich Sache der Auslegung im einzelnen Falle. Es bedarf übrigens dieses Charakters nicht, um einen andern Universallegatar von dem vermachten Rechte auszuschließen. Art. 1003 C. civ.

Frau G. wendete in ihrem Testamente zunächst einem ihrer Brüder, einer Schwester und deren Kindern mehrere Partifularlegate zu, und bestimmte sodann; „Le surplus de l'argent sera réservé en titres sur l'Etat, et l'intérêt se massera en capital pour en avoir la jouissance des reutes aux seuls héritiers que j'ai désignés.“ Ein im Testamente nicht erwähnter Bruder der Testatorin machte nun geltend, seine Schwester habe keinen Universallegatar eingesetzt und es habe deshalb bezüglich der nicht legitirten Bestandtheile des Nachlasses die gesetzliche Erbfolge einzutreten. Er wurde von der Cour de Paris aus folgenden Gründen abgewiesen:

„In Erwägung, daß trotz der ungeeigneten und ungenauen Ausdrucksweise des Testaments der Sinn und die Natur der Bestimmungen desselben ohne Mühe erkannt werden können; (folgt eine Aufzählung der Einzellegate);

i. E., daß unbestritten die drei Liegenschaften, über welche sowohl bezüglich des nackten Eigenthums, als der Nutznießung zu Gunsten bestimmt bezeichneter Angehöriger verfügt ist, den ganzen liegenschaftlichen Nachlaß bilden, und daß, was das Mobilienvermögen betrifft, die Worte „le surplus de l'argent“ dasselbe in genügend deutlicher Weise bezeichnen, indem nach dem Verkaufe des Handelsgeschäftes der Nachlaß nur noch Forderungen und Geldwerthe begreifen sollte; daß Frau G. mit der Verfügung bezüglich des nach Auszahlung einzelner Stücklegate in Geld verbleibenden Restes über ihr ganzes Vermögen Anordnung getroffen hat, und ihre Bemerkung, daß sie diesen Rest den von ihr bezeichneten Erben allein vermache, den deutlichen Ausdruck ihres Willens enthält, diesen Rest gemeinsam ihrem Bruder U. M. und ihrer Schwester S., den einzigen von ihr im Testamente erwähnten gesetzlichen Erben zuzuwenden; daß zwar ihr Bruder G. M. nicht direkt und namentlich enterbt ist, es aber ihm gegenüber genügt, daß er im Testamente in keiner Weise erwähnt gleichzeitig andern Personen der ganze Nachlaß zugewendet ist; daß in einem solchen Falle es keines ausdrücklichen Ausschlusses bedarf, vielmehr der Inhalt der Verfügungen einer wirklichen Enterbung gleichsteht.“

Das Cassationsgesuch wurde am 4. Februar 1879 verworfen:

„In Erwägung, daß es sich um die Auslegung einer Testamentsklausel, nämlich darum handelte, ob nach der Absicht der Testatorin die fragliche Verfügung sich auf den ganzen Nachlaß oder nur auf das baare Geld beziehe; daß der Richter der Thatfachen für die Anwendung auf den ganzen Nachlaß sich auf das ganze System des Testaments und die Verbindung der einzelnen Bestimmungen stützt und seine deßfallige Entscheidung sich der Censur des Cassationshofes entzieht;

i. E., daß die in solcher Weise ausgelegte streitige Klausel ein Universallegat darstellt, da sie den ganzen Nachlaß, nach Abzug der Stückvermächtnisse bestimmt bezeichneten Erben, somit unter Ausschluß aller andern gesetzlichen Erben zuwendete —“*)

Sirey recueil 1879. I. 477.

Eigenthümlich gestaltete sich die Frage in einem andern Falle. Der Testator bestimmte zunächst einzelne Stücklegate, bezeichnete einen gewissen S., dem er 6000 Franken schenkte, die er in einem Codicille vom nächsten Tage auf 18000 Franken erhöhte, als Universallegatar, verfügte aber gleichzeitig, daß für den von ihm bestimmt gehofften Fall, daß seine Verfügungen die vorhandenen Mittel nicht erschöpfen, er das übrig bleibende Vermögen, gleichviel welchen Betrages erreiche, der Gemeinde M. zu Zwecken ihres Kirchenbaues vermache. Der als Universallegatar ausdrücklich Bezeichnete führte nun aus, daß bei Concurrenz zweier Universallegatare diese das durch die Legate nicht erschöpfte Vermögen hälftig zu theilen hätten. Allein das Gericht erwog, es brauche hier nicht erörtert zu werden, ob das legatum ejus quod supererit im vorliegenden Falle ein Universallegat oder ein Stücklegat sei, weil nach dem ganzen Inhalte und der Tendenz des Testaments der Testator nicht beabsichtigt haben könne, seinen Universallegatar mit der

*) Vgl. Aubry u. Rau VII. § 414; Tropiong, donations et test. III. n. 1783; Duranton IX. n. 187, Demolombe XXI. n. 541 ff. Laurent XIII. n. 516.

Gemeinde an dem Reste des Nachlasses theilnehmen zu lassen; die Eigenhaft des S. als Universallegatar sei überdies mit dem Legatansprüche der Gemeinde keineswegs unvereinbar, indem jene die Berechtigung in sich schließe, die etwa caduc werdenden Stückvermächtnissen zu beanspruchen. Der Cassationshof fand; daß diese (souveraine) Auslegung des Willens des Testators die ergangene Entscheidung rechtfertige. (Cassationshof 30. Jan. 1878.

Sirey recueil 1880 I. 208.

VIII. Gutstehen des Nutznießers bei einem auf mehr als neun Jahre abgeschlossenen Pachtvertrage.

Wenn auch die Kinder nicht verpflichtet sind, einen von dem Vater Nutznießer für mehr als neun Jahre geschlossenen Pachtvertrag zu halten, so haften sie doch, wenn Jener für ihre Genehmigung gutgestanden hat, als Erben des Vaters für Entschädigung.

Art. 384. 595. 1120. 1122. 1429.

(Zeitschrift X. 179.)

Nachdem in dem s. 3. mitgetheilten Falle das Urtheil, welches die Aufkündigung des Pachtvertrags Seitens der Kinder für wirksam erklärte, rechtskräftig geworden war, klagte der Pächter gegen die Kinder des verpachtenden Vater-Nutznießers auf Schadenersatz. Die Instanzrichter erkannten diesem Begehren gemäß, weil die Beklagten, indem sie der dem Pachtvertrage einverleibten clause de porte-fort, durch welche ihr Vater die Genehmigung Seitens der Eigenthümer, seiner Erben zugesagt hatte, keine Rechnung trugen, den Pächtern einen von ihnen gutzumachenden Schaden zugefügt hätten.

Die Erben legten Cassation ein, indem sie ausführten, die erwähnte Clausel verpflichte die Kinder als nus propriétaires nicht, obgleich sie Erben ihres Vaters geworden seien, denn diese Clausel, unter deren Schutz ihr Vater die Nutznießungsliegen-schaften für eine die gesetzlich erlaubte Zeit übersteigende Dauer habe verpachten wollen, könne nicht als gültig erachtet werden. Das Gesuch wurde vom Cassationshofe, am 22. Juli 1879 verworfen:

In Erwägung, daß nach dem angefochtenen Urtheile der Vater-Nutznießer bei der Verpachtung der in seiner Nutznießung befindlichen Liegenschaften für die Dauer von achtzehn Jahren ausdrücklich erklärte, er stehe für die Genehmigung des Vertrags durch die Eigenthümer gut;

i. E. daß nach Art. 1120 C. civ. diese Bestimmung für den Vater die Verpflichtung schuf, die Pächter für den ihnen zugehenden Schaden in dem Falle zu entschädigen, wenn seine Kinder sich weigern sollten, das von ihm in ihrem Namen gegebene Versprechen zu erfüllen;

i. E. daß die Cassationskläger nach dem Tode ihres Vaters, den sie beerbten, den Pachtvertrag nach Ablauf der ersten neun Jahre gekündigt haben, daß sie aber, obgleich sie durch ein rechtskräftig gewordenes Appellurtheil für berechtigt erklärt worden sind, den Pachtvertrag aufzulösen, nichtsdestoweniger als Erben ihres Vaters verpflichtet bleiben, den Pächter für die Nichterfüllung der clause de porte-fort schadlos zu halten, und daß deßhalb das sie verurtheilende mit der Cassation angegriffene Urtheil die Art. 1120. 724 C. civ. richtig angewendet hat.“

Sirey recueil 1880. I. 20.

IX. Verkauf durch den Putativerben.

Der Verkauf eines Erbschaftsgrundstückes durch den Putativerben an einen in gutem Glauben handelnden Dritten kann trotz späteren Auftauchens des wahren Erben aufrechterhalten werden.

Art. 724. 777. 1599. 2182. C. civ.

Zeitschrift IX. 28. 189. X 27. 367.

Übermals hat ein Appellhof die Nichtigkeit dieser Verkäufe auf Grund des Art. 1599 C. civ. annehmen zu sollen geglaubt, allein das Urtheil wurde cassirt. Neun Jahre, nachdem ein Geschwisterkind mütterlicher Linie als nächster Erbe aufgetreten war und sich beim Unterbleiben von Ansprüchen aus der väterlichen Linie als alleiniger Erbe gerirt, insbesondere verschiedene Veräußerungen vorgenommen hatte, tauchte eine Verwandte neunten Grades der väterlichen Linie auf und beanspruchte Erb-

theilung und Richtigerklärung der Verkäufe. Das Tribunal, dessen Gründe vom Appellhose adoptirt wurden, prüfte zunächst diejenigen Gesetzesbestimmungen, welche, in Abweichung von den in Art. 724. 1599. 2182 niedergelegten Grundsätzen, auch einem Andern, als dem Eigenthümer, die Veräußerung gestatten, nämlich die Art. 132, 136, 790, 1240, 2005, 2008, 2009 C. civ. und fuhr dann fort:

„In Erwägung, daß gerade diese Ausnahmen beweisen, daß die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers auf besondere Fälle gerichtet war, welche er der Anwendung der allgemeinen Grundsätze entziehen wollte, und sich deshalb schwer begreifen ließe, daß, falls der Gesetzgeber auch zu Gunsten der Putativerben und der mit ihnen in Vertragsverhältniß lebenden Dritten eine solche Ausnahme beabsichtigte, er dafür keine besondere Vorschrift getroffen hätte;

i. E. daß die Vorschrift des Art. 2265 über zehn- bzw. zwanzigjährige Erßigung geradezu eine Theorie ausschließt, welche zu Gunsten der mit einem Putativerben handelnden Dritten eine Art augenblicklicher Erßigung schaffen wollte;

i. E. daß der Richter nicht unter dem Vorwande der Billigkeit die zuweilen strenge Folgen der Gesetze mildern darf, zumal bei solchem Verfahren meist an Stelle bestimmter Anhaltspunkte die zweifelhaftesten Kriterien treten und die vom Gesetze zu schützenden Interessen einer sehr willkürlichen Behandlung und dem Einflusse unjuristischer Erwägungen preisgegeben werden;

i. E. daß sich auch bei Anwendung der Billigkeit schwer entscheiden läßt, ob es einem bona-fide Erwerber schädlicher ist, einer Vindication ausgesetzt zu sein, oder einem Erbberechtigten, seiner Erbrechte verlustig zu gehen, wie denn auch die Frage, ob der Erwerb durch Erbgang oder der Erwerb durch Vertrag im Gesetze den Vorzug verdiene, sich der Entscheidung des Richters entzieht, und insbesondere die Furcht vor der durch später auftauchende Erben gegen an sich legale Geschäfte angestrengte hereditatis petitio drohende Verwirrung nicht den Richter, sondern den Gesetzgeber berührt, übrigens diese Fälle verhältnißmäßig selten sind;

i. E. daß das Ansinnen der Beklagten, nicht die Hälfte des Nachlasses, sondern nur die Hälfte des von demselben noch vorhandenen Bestandes der Klägerin zu verabsolgen, im Widerspruche mit den Grundsätzen der gesetzlichen saisine und des Verkaufs fremder Sachen steht und Art. 549 C. civ. zu Gunsten des gutgläubigen Besitzers nur den Früchterwerb anerkannt — —.“

Dagegen sprach der Cassationshof sich in seinem Urtheile vom 13. Mai 1879 dahin aus:

„Nach Ansicht der Art. 724. 777. C. civ.;

i. E. daß der von dem Putativerben an Dritte, welche sich in gutem Glauben befinden, unter dem Einflusse des gemeinsamen Irrthums bewirkte Verkauf von Erbschaftsliegenschaften nicht dem Verlaufe einer fremden Sache durch einen Ujurpator ohne titre ou qualité gleichgestellt werden kann;

daß nach der urtheilmäßigen Feststellung Frau de B. seit mehr als zwei Jahren im ruhigen und öffentlichen Besitze des ganzen Nachlasses der Fräulein A., deren nächste Verwandte mütterlicher Seite sie war, sich befunden hatte, als sie den Verkauf des zu diesem Nachlasse gehörigen Landgutes an Gaubert vornahm, daß sie bis zu ihrem Tode im unbestrittenen Genuß der übrigen Bestandtheile des Nachlasses blieb, welche sodann auf ihre Universalerin Frau Gondorp übergingen, die sie wieder einige Jahre ohne Störung besaß, und daß erst als dann Fräulein S. als Verwandte väterlicher Seite im 9. Grade mit ihren Erbanprüchen auftrat;

i. E. daß, ohne zu bestreiten, daß Frau de B. im Zeitpunkt des Verkaufes an G. Putativerbe des ganzen Nachlasses, G. aber im guten Glauben war und mit ihr unter dem Einflusse gemeinsamen Irrthums stand, das angefochtene Urtheil den Verkauf bis zum Belaufe der auf Fräulein S. fallenden Hälfte auf Grund der Art. 1599. 2182 C. civ. aus der einzigen Erwägung für nichtig erklärte, daß die durch den Putativerben bewirkte Veräußerung als Verkauf einer fremden Sache erscheine, welcher Verkauf auf den Erwerber nicht mehr Rechte übertragen können als der Verkäufer selbst besessen habe;

i. E., daß das urtheilende Gericht hierbei den Wirkungen keine Rechnung getragen hat, welche die Annahme und der Besitz der Erbschaft durch einen Putativerben zu Gunsten dritter Erwerber hervorbringen, damit aber die Art. 724. 777. C. civ. verletzt hat — —.“

Sirey recueil 1880 I. 26.

Allgemeine Gütergesellschaft.

Kann in einem Vertrage, welcher eine allgemeine Gütergesellschaft bezüglich des gegenwärtigen Vermögens einschließlich der Einkünfte das durch Erbgang, Schenkung oder Legat künftig erworbenen Vermögens festgesetzt hat, gültig bedungen werden, daß der Ueberlebende das ganze Gesellschaftsvermögen erhalten und der Vorversterbende so betrachtet werden soll, als sei er an demselben nie berechtigt gewesen?

Art. 1832, 1837 Abs. 2, 1855 C. civ.

Urtheil des Appellhofes Gent vom 25. Juli 1879:

„In Erwägung, daß der vorliegende Vertrag einerseits einen bestimmten Theilungsmodus beim Rücktritte des einen Gesellschafters aufgestellt, anderseits die Bestimmung getroffen hat, daß bei Auflösung der Gesellschaft durch den Tod des einen Gesellschafters der Ueberlebende das ganze Gesellschaftsvermögen an sich ziehen solle;

i. E., daß dabei nicht die Absicht der Vertragstheile, sich gegenseitig zu begünstigen unterließ, vielmehr jeder derselben seinen bestimmten Antheil an dem Gesellschaftsvermögen gegen die Möglichkeit vertauschte, das ganze Vermögen zu erhalten; daß dieser Vertrag als ein aleatorischer Tausch sich darstellt und nicht nach den Grundsätzen über Schenkungen und Testamente beurtheilt werden kann;

daß der Vertrag den Voraussetzungen des Art. 1832 C. civ. entspricht, indem eine Gemeinschaftlichkeit des Vermögens und der Thätigkeit bedungen wurde und dabei der Antheil des Einzelnen bei Auflösung der Gesellschaft bestimmt, daran jedoch die Bedingung des Ueberlebens geknüpft wurde, daß diese Bedingung nirgends vom Gesetze verboten ist, und beide Gesellschafter

ihr gegenüber völlig gleichgestellt wurden, sonach auch Art. 1855 C. civ. gewahrt ist, dessen verbietende Bestimmungen sich nur gegen die *societas leonina*, gegen Uebervortheilung und den Betrug wenden;

i. E., daß wenn thatsächlich, weil der Zufall den Beklagten begünstigte, sich für diesen ein Vortheil ergeben hat, es doch für beide Gesellschafter von einem zukünftigen durchaus ungewissen Ereignisse abhing, welchem dereinst das ganze Gesellschaftsvermögen zufallen würde, durch welche Betrachtung jeder Gedanken an einen Betrug ausgeschlossen ist;

i. E., daß die Gesetzlichkeit eines solchen Gedings ihre Bestätigung in Art. 1525 C. civ. findet, nach welcher Stelle die Bestimmung eines Ehevertrages, welche dem überlebenden Ehegatten das ganze Gemeinschaftsvermögen zuwendet, als ein einfacher Gesellschaftsvertrag, nicht als freigebige Verfügung betrachtet werden soll;

i. E., daß endlich im vorliegenden Falle es sich offenbar um eine ernste und aufrichtige Bedingung handelt und die Ueberlebensclausel nicht etwa zum Schein und zur Verdeckung irgend einer betrügerischen Absicht vereinbart wurde, indem beide Vertragstheile beim Abschlusse des Vertrages nur wenig im Alter verschieden waren — es handelte sich um zwei Brüder im Alter von 54 bezw. 60 Jahren —, und daß selbst die aus diesem Unterschiede sich für den Jüngeren ergebende Wahrscheinlichkeit der Bedingung ihrem sie legalisirenden aleatorischen Charakter nicht entziehen könnte, dieselbe sonach in jeder Hinsicht als gültig erscheint — —.“

Pasicrisie belge 1880. II. 10.

Diese Ausführung stimmt nahezu wörtlich mit dem überein, was Trop long, *société n.* 646 über diese Frage entwickelt. Auch Delangle, *société commerciale n.* 119 bekennt sich zu dieser Ansicht: „Mais, où trouver ces inconvenients dans une stipulation qui plaçant sur la même ligne les deux parties, leur assure les mêmes avantages, les appelle aux mêmes chances en laissant à l'avenir le soin de prononcer entre

elles?“. Pont, société n. 462 jagt, gegenüber einer Stipulation, welche sich darauf beschränke, alle Vortheile dem überlebenden Gesellschafter zuzuwenden, könne man nicht behaupten, daß die Gesellschaft nur im Privatinteresse des einen Gesellschafters eingegangen sei; keiner der Gesellschafter sei durch den Vertrag und im Zeitpunkte seines Abchlusses von dem Antheile an den Vortheilen ausgeschlossen, im Hinblick auf welche Jeder contrahire, alle hätten vielmehr ein unbestrittenes, aber eventuelles Recht auf dieselben und deßhalb sei der Vertrag im gemeinamen Interesse abgeschlossen. Was dagegen die Zuwendung auch der Gesellschaftseinlagen betrifft, so hält Pont a. a. O. n. 443 dieselbe zwar nicht für absolut nichtig, allein er gibt im einzelnen Falle der richterlichen Beurtheilung anheim, ob ein erlaubter Gesellschaftsvertrag vorliege oder eine unerlaubte wechselseitige Schenkung unter einer Bedingung. Für ungiltig hält die clause de survie Delvincourt III, S. 122 Anm. 3, Duvergier société n. 268, der in der Clausel eine Verletzung des Grundsatzes der Theilung des Gewinnes unter die Gesellschafter erblickt, Duranton XV. n. 214, der gegenüber dem Art. 1525 C. civ. rügt, daß derselbe von einer convention (de mariage et) entre associés spreche, während Art. 1855 C. civ. einer solchen Auffassung entgegenstehe. Laurent XXVI. n. 288 hat lebhafteste Bedenken, ob im Sinne des Art. 1855 la chance du bénéfice genüge. L'article 1855 ne dit pas cela; il veut que chaque associé ait une part dans les bénéfices, et une part est quelque chose de positif, de réel. Si la convention peut aboutir à ce résultat, que l'un des associés ait tout le bénéfice et que l'autre n'ait rien, l'intérêt n'est plus communé. Er macht darauf aufmerksam, daß diese Clauseln hauptsächlich bei den fraudulösen Associationen auftreten, welche in Belgien zur Wiederaufrichtung der Klöster und der todten Hand in Scene gesetzt werden. La clause qui attribue au survivant la totalité du fonds social a été considérée comme, une des preuves de la fraude; en effet on ne contracte guère des sociétés véritables sous des conditions pareilles; ceux qui s'associent sérieuse-

ment recherchent un bénéfice certain, et non une clause qui pourrait même les dépouiller de ce qu'ils mettent dans la société.

Solche allgemeine Gesellschaften können leicht als Mittel zur Verdeckung unstatthafter Schenkungen gebraucht werden. Dieser Erwägung entspringt die Vorschrift des Art. 1840. Soweit es sich nicht um das Vorhandensein von Pflichterben handelt, deren Interessen durch diesen Artikel geschützt werden sollen wird man die Möglichkeit eines Vertrags des eingangs erwähnten aleatorischen Charakters zugeben müssen; allein es müßte sich aus den Umständen des Falles ergeben, daß die Absicht auf diese Umwandlung des realen Rechtes in eine Gewinnchance gerichtet war; handelte es sich dagegen um die Verschleierung eines Erbvertrages, so verfällt das Geding dem Verbote dieses Instituts durch den Code civil.

V. Kurze Mittheilungen aus Sirey recueil und der Pasicrisie belge.

4. Begehren der Sicherheitsleistung für Alimentenforderung.

Art. 205. ff. C. civ.

Einem Urtheile des Tribunals Hasselt vom 30. Juli 1879 entnehmen wir folgende Ausführung:

„In Erwägung, daß die Klage auf Bestellung einer Hypothek zur Sicherung einer richterlich zuerkannten Unterhaltsrente gerichtet ist, welche Letztere ex officio pietatis geschuldet wird, daß aber keine gesetzliche Vorschrift den Richter ermächtigt, die Stellung einer Sicherheit für Leistung solcher Alimente zu fordern;

i. E., daß eine solche Vorschrift gegen die Natur dieser gesetzlichen Verpflichtung verstoßen würde, indem die Verpflichtung eine wesentlich bedingte ist, indem sie nur insoweit besteht, als das Bedürfniß des Berechtigten andauert und als der Verpflichtete zur Verabreichung befähigt bleibt;

i. E., daß die Anordnung einer Sicherheit für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die Verpflichtung von Grund aus ändern würde, da solche gerade durch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit aufgehoben wird; daß außerdem der Schuldner in der freien Verfügung über sein Vermögen gehindert und damit die Last einer ohnehin schon drückenden Verpflichtung erhöht würde; daß unter Umständen der Schuldner geradezu in die Unmöglichkeit versetzt würde, seiner Verpflichtung nachzukommen, indem man ihm das Mittel entzieht, sich durch Anstrengung des Credits Hülfquellen zu eröffnen, und daß man dem zu Unterstühenden gegenüber den Gläubigern des Pflchtigen mehr Rechte gewähren würde, als Letzterer selbst bezüglich seines eigenen Unterhalts jenen gegenüber beanspruchen könnte;

i. E., daß eine entgegengesetzte Entscheidung nur im Falle eines betrügerischen Vorgehens, das eine Ausnahme von allen Regeln eröffnet, ergehen könnte indem es sich alsdann um Sicherungsmaßregeln nicht gegen eine ernste und wirkliche Zahlungsunfähigkeit des Verpflichteten, sondern gegen eine nicht vorhandene, nur erdichtete Unfähigkeit handeln würde — —.“

Pasicrisie belge 1880 III. 8.

Mit einem Falle letzterer Art war j. B. der Appellhof Lyon befaßt; es war dargethan, daß der Alimentenschuldner Alles aufgegeben, ja geradezu den größten Theil der Fahrnisse verschleppt, ihm gutkommende Miethzinse voraußerhoben, Forderungen scheinweise cedirt hatte, um sich seiner Verpflichtung zu entziehen. In diesem Falle wurde auf Sicherheitsleistung erkannt, wobei der Appellhof übrigens das Recht, eine solche anzuordnen, den Gerichten überhaupt nach Lage des Falles vindicirte: „considérant que la loi, n'ayant point fixé la manière dont les tribunaux doivent donner satisfaction aux obligations alimentaires, a laissé aux juges, en ces matières, un pouvoir de discrétion, commandé d'ailleurs par les nécessités variables de chaque affaire; qu'ils peuvent donc prescrire des sûretés destinées à assurer le service des arrérages, alors surtout que le débiteur manifeste l'intention évidente de se soustraire à ses obligations.“

Sirey recueil 1869, II. 250.

Man vergl. Demolombe IV. n. 68. 69. Aubry u. Rau VI. § 533. Anm. 35.

5. Fälligwerden einer betagten Verbindlichkeit wegen Verminderung der gegebenen Sicherheit.

Art. 1188 C. civ.
(Zeitschrift IV. 37.).

Wenn der Erwerber einer Liegenschaft, der den Kaufpreis in Terminen zu bezahlen übernommen hat, die Liegenschaft weiter verkauft, ohne den Kaufpreis des Weiterverkaufes dem ersten Verkäufer zu überweisen, so kann dies nicht als Verminderung der Sicherheit aufgefaßt werden, da der Verkäufer durch sein Vorzugsrecht gesichert bleibt. Sollte Letzterer die Eintragung versäumt haben und letztere nebst nachfolgender Purgation von dem zweiten Käufer bewirkt worden sein, so würde der erste Verkäufer seiner eigenen Unterlassung, nicht der an sich berechtigten Handlungsweise seines Schuldners, die Verminderung seiner Sicherheit zuzuschreiben haben. (Cassationshof 24. Juli 1878).

Sirey recueil 1879. I. 455.

Vergl. in derselben Richtung Sirey recueil 1870 I. 103; 1879 II. 285. Aubry u. Rau IV. § 303 Text u. Anm. 14; Laurent, principes XVII. n. 202.

Das Tribunal Antwerpen hat am 19. Mai 1877 ausgesprochen, daß gegen einen Bürgen, der ohne besonders gegebene Sicherheit sich verbürgt hat, der Art. 1188 C. civ. nicht etwa aus dem Grunde angewendet werden kann, weil er nachträglich seine Liegenschaften verpfändet hat. Sollte der Gläubiger den Bürgen gerade wegen des Besitzes seiner Liegenschaften für besonders annehmbar gehalten haben, so hätte er sich von demselben ein Unterpfandsrecht einräumen lassen sollen.

Pasicrisie belge 1879 III. 124.

Vgl. Demolombe XXV. n. 672, Larombière, Art. 1188 n. 10. 13.

Art. 1188 spricht nur von Verminderung der Sicherheiten, welche der Schuldner durch den Vertrag seinem Gläubiger gegeben hat; es handelt sich um Zuwiderhandlung gegen eine ertheilte Zusage, nicht um eine unabhängig von einer solchen eingetretene Aenderung, mag Letztere auch auf einer Handlung des Schuldners beruhen. „Attendu qu'on entend par sûreté, dans le sens de l'article 1188 du code civil, les garanties qui, dérogeant au droit commun comme l'hypothèque, le cautionnement, le nantissement ou autre de même nature, sont expressément stipulées et témoignent, par leur spécialité, que le créancier ne s'en est pas rapporté à la garantie générale dérivant du principe que tous les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers.“ Appellhof Brüssel 17. Mai 1868.

Pasicrisie belge 1878. III. 234.

Durch Anbieten neuer Sicherheit wird der von Art. 1188 vorgeschriebene Verfall nicht abgewendet. Tribunal Brüssel 7. Januar 1878.

Pasicriesie belge 1878 II. 193.

Vgl. Demolombe XXV. n. 687 ff.

6. Offene und verborgene Fehler einer Dampfmaschine. Tragweite eines Constructionsfehlers.

Art. 1383. 1641. 1642. C. c.

Zeitschrift XI. 367.

Gegen das Urtheil des Appellhofes Lyon vom 24. Juli 1877,

Sirey recueil 1878 II. 1.

dessen Ausführungen wir im Gegensatze zu der Redaktion des Recueil beipflichteten, wurde Cassation ergriffen. Indem wir auf die ausführlichen Vorträge beider Theile verweisen, beschränken wir uns auf die Mittheilung des das eingelegte Rechtsmittel verwerfenden Urtheils des Cassationshofes vom 16. Juni 1879:

„In Erwägung, daß das angefochtene Urtheil feststellt, 1. daß die Explosion des Dampfkessels durch einen Constructionsfehler verursacht wurde, herrührend von der Unvollständigkeit der Ausrüstungsstücke und von dem Mangel der vorgeschriebenen Dicke der Kesselwandungen bezw. des dazu verwendeten Kesselblechs, 2. daß bei dem Verkaufe des Dampfschiffes der Verkäufer den Käufer in Unkenntniß über den aus der zu geringen Dicke der Wandungen sich ergebenden Mangel ließ;

i. E., daß der Constructionsfehler, die unmittelbare Ursache der Explosion, auf Seiten des Erbauers des Schiffes ein Versehen bildet, welches ihn nach Art. 1383 C. civ. für den durch die Explosion verursachten Schaden verantwortlich macht;

i. E., daß die beschränkte Garantieübernahme anläßlich des Verkaufes des Schiffes nicht bewirkt, daß sich der Verkäufer den Folgen eines verantwortlichen Versehens, das ihm bei Erbauung des Schiffes zum Vorwurfe gereicht, entziehen könnte, und er deßhalb mit Recht gemäß Art. 1383 C. civ. zum Schadenerläße verurtheilt wurde -- -- .“

Sirey recueil 1879 I. 374.

Der Appellhof Brüssel hat dagegen unterm 8. Dezember 1879 sich für die Unanwendbarkeit der Sätze 1382 ff. in Vertragsverhältnissen ausgesprochen:

„In Erwägung, daß die Klage den Ersatz des Schadens zum Gegenstande hat, welcher durch ein dem Beklagten zur Last fallendes und von ihm zu verantwortendes Versehen entstanden ist; daß dieses Versehen darin bestehen soll, daß der Beklagte, ein Maschinenfabrikant, dem Kläger einen an einem Constructionsfehler leidenden Dampfkessel verkauft und geliefert habe;

daß nach dem Klagevortrage der Kläger sich auf eine besondere Zusage beruft, wonach der verkaufte Kessel ganz fehlerfrei sei und die genügende Kraft zur Bewegung der Delmühle des Klägers besitze, welche Zusage aber nicht erfüllt worden sei;

daß obgleich hiernach die Klage sich auf ein Vergehen im Vertragsverhältnisse stützt, sich doch der Kläger auf die Bestimmungen der Art. 1382 ff. C. civ. beruft;

i. G. aber, daß letztere Bestimmungen sich nur auf Vergehen und Versehen, auf Verpflichtungen außerhalb eines Vertragsverhältnisses beziehen, während die Stellung beider Theile sich nach Art. 1641 ff. des Code civil zur Beurtheilung bietet;

i. G., daß auch unter dem Gesichtspunkte letztgedachter Vorschriften die Klage als unbegründet erscheint, indem der Verkäufer nicht für offene Fehler, von deren Vorhandensein sich der Käufer überzeugen konnte, haftet, nach dem Gutachten aber die Explosion einem offenen Fehler zuzuschreiben war: daß überdies der Kläger nicht eine vom Beklagten fabricirte Maschine kaufte, für welche dieser als Fabrikant zu haften hätte, sondern einen alten Dampfkessel, von dem er wußte, daß derselbe schon lange gedient hatte und öfters ausgebessert werden mußte, so daß ihm derselbe gar nicht als neu und ebenso solid, wie eine neue Maschine, garantirt worden sein konnte — —."

Pasicrisie belge 1880 II. 124.

Gegenüber diesem Urtheile ist zu bemerken, daß, wenn auch die Art. 1382 u. 1383 C. civ. an sich nicht auf die bei Vertragserfüllung unterlaufenden Versehen sich beziehen, doch sehr leicht diese Versehen in solche der *lex Aquilia* übergehen können, und dann neben der Vertragswidrigkeit auch die *culpa ex lege Aquilia* zur civilrechtlichen Ahndung zu gelangen habe, wie dies von dem Cassationshof in dem zuerst mitgetheilten Urtheile ausgesprochen wurde. Vgl. Aubry u. Rau IV. § 446. Anm. 7. Bad. L.R.G.S. 1382, e. 1383 a.

7. Verkauf eines Ladengeschäftes mit Kundschaft.

Art. 1625. C. civ.

G. verkaufte 1875 sein in Dijon betriebenes Specereigeschäft an M. unter der ausdrücklichen Verpflichtung, während einer gewissen Zeit kein anderes Specereigeschäft in dieser Stadt direct oder indirect zu betreiben. Drei Jahre später vermiethte G. einen Theil seines in einer andern Straße gelegenen Hauses an S., der nunmehr seinerseits einen Spezereihandel eröffnete. M. erblickte darin eine *concurrency déloyale*, eine Verletzung des Vertrags von 1875, unterlag aber in allen Rechtszügen;

er hatte nicht behaupten können, daß C. irgendwie an dem Geschäfte des S. betheiligte sei oder sich einer Abwendung der Kundenschaft schuldig gemacht habe. In der Ausübung seines Rechtes als Hauseigentümer aber, durch Vermietzung das Haus fruchtbringend zu machen, liege, so nahmen die Gerichte an, keine Verletzung der bezüglich Unterlassung ähnlichen Geschäftsbetriebes übernommenen Verpflichtung.

Sirey recueil 1878. II. 318; 1879 I. 351.

Vgl. Sirey recueil 1856 I. 417; 1860 I. 308. II. 214; 1870 II. 7; 1876 II. 201. 286 und die entgegengesetzte Entscheidung 1865. II. 142.

8. Verjährung der Klage aus den Art. 1792. 2270.
Zeitschrift III. 401.

Der Appellhof Paris hat im Widerspruche mit der überwiegenden Mehrzahl der Autoren, aber in Uebereinstimmung mit seinen drei früheren Urtheilen vom 15. November 1836, 17. Februar 1853 und 20. Juni 1857 (Sirey recueil 1837 II. 257, 1853 II. 157, 1858 II. 49) auch in einem Urtheile vom 12. Mai 1877,

Sirey recueil 1877 II. 195

ausgesprochen, daß mit dem Ablaufe von zehn Jahren die Klage auch dann verjährt, wenn der die Haftbarkeit begründende Mangel sich innerhalb der 10 Jahre gezeigt habe. Allein dieses Urtheil wurde vom Kassationshofe am 5. August 1879 vernichtet.

„In Erwägung, daß die Art. 1792, 2270, indem sie die Dauer der Verantwortlichkeit der Unternehmer und Architekten für die von ihnen errichteten gros ouvrages auf 10 Jahre beschränken, sich nicht über die Dauer der Klage aussprechen, welche aus dieser Verantwortlichkeit für den Eigenthümer entsteht, daß auch diese Dauer in keiner anderen Gesetzesstelle besonders geregelt ist;

i. E., daß die Verjährung das Klagerrecht nicht ergreifen kann, ehe es entstanden ist und daß sie deßhalb nicht beginnen kann, ehe der betreffende Mangel zu Tage tritt, und daß daher der Appellhof das Gesetz unrichtig angewendet hat, indem er die Klageverjährung von dem Tage der Ablieferung der Arbeiten beginnen läßt —.“

Sirey recueil 1879 I. 405.

Der Appellhof hat unbedingt geirrt, allein die Begründung des Cassationshofes kann nicht befriedigen, weil sie übersieht, daß die zehn Jahre der Art. 1792. 2270 keine Verjährung, sondern eine Frist darstellen, während für die Klage die dreißigjährige Verjährung vom Eintritte des Garantiefalles stattfindet, wie dies u. A. in Zachariä-Buchelt § 774 b. Anm. 3 zutreffend ausgesprochen ist. Vgl. Aubry u. Rau IV. § 374. Text u. Anm. 29. 30. VIII. § 774 Text u. Anm. 10. („Les art. 1792. 2270 établissent un temps d'épreuve, au bout duquel les architectes ou entrepreneurs sont dégagés de toute responsabilité relativement aux constructions ou gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés.“) Auch Laurent, principes XXVI. n. 59 verwirft mit aller Entschiedenheit die Auffassung des Pariser Appellhofes, und verweist bei dem Titel von der Verjährung (XXXII. n. 429) auf das früher Gesagte.

9. Ausnahme von der Pflicht des Mandatars zur Rechnungsstellung.

Art 1993 C. civ.

„In Erwägung, daß der Appellant anerkennt, während mehrerer Jahre behufs der Verabfolgung an die Appellatin die der Letzteren für Leistungen in der Sakristei zukommenden Geldbeträge erhalten zu haben, dagegen behauptet, jedesmal den ganzen empfangenen Betrag an die Bezugsberechtigte ausbezahlt zu haben;

i. E., daß zwar im Allgemeinen der Mandatar verpflichtet ist, von seiner Geschäftsführung Rechnung zu stellen, daß aber dieser Grundsatz dann eine Ausnahme erleidet, wenn sich aus

allen Umständen des Falles ergibt, daß nach der gemeinsamen Absicht der Parteien der Mandatar einer solchen Verpflichtung nicht unterworfen sein sollte:

i. C. daß, wenn es sich um nahezu täglich erhaltene Beträge von untergeordneter Bedeutung handelt, welche an eine Person abgeliefert werden sollen, mit welcher der Empfänger in ununterbrochener und nothwendiger Beziehung steht, es als üblich betrachtet werden muß, die Auszahlung unmittelbar von Hand zu Hand ohne Förmlichkeiten und Quittungen vorzunehmen;

i. C. daß der Appellant sich für berechtigt zur Annahme halten konnte, daß er mit dem aus Gefälligkeit besorgten Gefäll-einzuge nicht die Verpflichtung übernommen habe, nachgehends über Einzug und Auszahlung der Appellatin Rechnung (de clere à maitre) stellen zu müssen, daß ihm deßhalb geglaubt werden muß, daß er keine Aufzeichnungen, Quittungen u. s. w. zurückbehalten habe und es unter diesen Umständen eine Ungerechtigkeit wäre, ihm, wie der Unterrichter gethan, die Verpflichtung aufzulegen, für den Zeitraum von mehr als neun Jahren sich über Einnahmen und Auszahlung rechnungsmäßig auszuweisen.“
Appellhof Brüssel, 17. Juli 1878.

Pasicrisie belge 1879 II. 173.

10. Recht des Faustpfandgläubigers aus Art. 2082. Abf. 2.

Das Innebehaltungsrecht, das dem Faustpfandgläubiger gegenüber dem Schuldner wegen solcher Forderungen, für welche das Faustpfand nicht bestellt wurde, eingeräumt ist, gewährt kein Vorzugsrecht gegenüber andern Gläubigern. Indem Letztere ihre Befriedigung aus dem zu Faustpfand gegebenen Vermögensstücke verlangen, handeln sie in ihrem eigenen Namen und nicht an Stelle ihres Schuldners im Sinne des Art. 1166. C. civ. (Appellhof Lüttich, 26. Juli 1879.)

Pasicrisie belge 1879. II. 362.

Vgl. Tropiong, nantissement n. 455, 458—460; Pont zu Art. 2082 n. 1184; Laurent XXVIII. n. 502. Pasicrisie belge, 1872 I. 244, II. 314.

B. Badische Jurisprudenz.

XVII. Haftung des Verkäufers als Baumeister.

Vertragsauslegung. Verhältniß der L. R. S. 1792, 2270. Die Mitwirkung als vormundschaftlichen Beirath enthält keinen Verzicht auf eigene Rechte.

(Reichsgericht. Urtheile v. 16. März 1880. Hummel c. Hoheisen Rep. 48/80)

Aus den Gründen.

Bei der Auslegung des § 7 des Vertrags vom 27. Januar 1875 ist kein Gesetz verletzt worden und ihre Wichtigkeit kann im Revisionsverfahren nicht geprüft werden. — Der Vertreter des Revisionsklägers giebt dies zu, führt jedoch aus, daß aus dem Urtheile nicht zu ersehen sei, ob die Haftung des Bauunternehmers auf Grund des Landrechtssatzes 1792, oder, ob sie nach Landrechtssatz 2270 angenommen werde, welsch' letztere Bestimmung auch den Fall eines Verschuldens in sich begreife, welches gar nicht festgestellt sei. — Nach den Gründen zum zweitinstanzlichen Urtheile unterliegt es jedoch keinem Zweifel, daß die Haftung nach Landrechtssatz 1792 ausgesprochen werden wollte und überdies stellt Landrechtssatz 2270 namentlich in seiner vom Urtexte abweichenden Fassung (verg. Brauer Erläuterungen VI. No. 264 Seite 642) keinen besonderen Fall der Haftung auf, sondern ist nur dazu bestimmt, die Verjährung zu regeln. Auch der weitere Vorwurf ist unbegründet, daß wenngleich der frühere Vertreter des Beklagten sich damit einverstanden erklärt habe, daß die im Prozesse gegen die Wittve erhobenen Beweise auch in diesem Verfahren maßgebend sein sollen, dennoch das Gutachten der Sachverständigen hätte geprüft werden müssen, wobei sich ergeben hätte

daß ohne weitere Begründung ein Schaden von 8000 M. angenommen worden sei. —

Indem nämlich das Oberlandesgericht ausspricht, daß sich aus dem Gutachten das Vorhandensein der Fehler und zwar bis zum Betrage von 8000 M. ergeben, hat es dieses Gutachten gewürdigt und ist demgemäß die Rüge gegen eine thatsächliche Feststellung gerichtet und deshalb nicht zu beachten. —

Die hiernach unanfechtbar festgestellte Schuld des Erblassers ist in Gemäßheit der Landrechtssätze 1484, 873 in ihrem vollen Betrage auf den Beklagten, als den alleinigen Erben übergegangen und wenn er auch — Landrechtssätze 1884, 870 — im Falle der Zahlung von seiner Mutter als Gemeinschaftsgenossin Ersatz zu fordern berechtigt ist, so kann er sich doch dem Gläubiger gegenüber auf dieses Verhältniß nicht berufen, diesem haftet er mit der aus Landrechtssatz 802 sich ergebenden, im Urtheile ausgesprochenen Beschränkung, für den ganzen Betrag der Schuld. — Auch das bei den Theilungsverhandlungen mit der Mutter getroffene Uebereinkommen berührt den Gläubiger nur insofern, als er befugt ist, sich die dabei zu seinem Vortheile gemachte Zusage zu eigen zu machen. Landrechtssätze 1165, 1166, 1121. —

Hat er dies gethan und im Wege der Widerklage seine ganze Forderung gegen die Wittve geltend gemacht, so folgt hieraus, wie das Oberlandesgericht hier zutreffend ausgeführt hat, noch kein Verzicht auf die Ansprüche gegen den alleinigen Schuldner. — Arg. Landrechtssatzes 1204.

Der Revisionskläger rügt aber Verletzung der Landrechtssätze 1271, 1272, und insbesondere in der heutigen Verhandlung des Landrechtssatzes 1108 b, weil der Revisionsbeklagte bei den Theilungsverhandlungen mitgewirkt, dem Abkommen zwischen Mutter und Sohn zugestimmt, damit aber auf seine Rechte gegen den letzteren verzichtet habe. — Revisionskläger hat aber nicht in seiner Eigenschaft als Gläubiger sondern nur als vormundschaftlicher Beirath bei der Theilung mitgewirkt und hat deshalb die zweite Instanz ohne Rechtsverletzung thatsächlich festgestellt, daß hieraus ein Verzicht desselben auf seine Ansprüche gegen den Beklagten oder eine Rechtswandlung nicht hergeleitet werden könne.

Bezüglich der heute besonders hervorgehobenen Ziffer 2 der Schlußbestimmungen der Theilung, wornach etwa nachkommende Schulden nach dem Theilungsfuße zu tragen sind, ist noch darauf hinzuweisen, daß hiermit gar nicht die Haftung des Beklagten, sondern das Beitragsverhältniß zwischen diesem und der Wittve geregelt worden ist. —

Wenn endlich noch auf den Landrechtssatz 2180a. Bezug genommen worden ist, um einen thatsächlichen Verzicht zu begründen, so ist diese Analogie deshalb nicht zutreffend, weil man allerdirgs vom Pfändgläubiger, welcher bei einer Veräußerung des Pfandobjekts mitwirkt, verlangen kann, daß er seine Rechte als Gläubiger sichere, welche durch das zwischen der Mutter und dem Mündel getroffene Abkommen insofern berührt werden, als er neben dem letzteren noch einen weiteren Schuldner (in der Person der Mutter zugewiesen erhält.

Die Revision war daher, weil durch das angefochtene Urtheil kein Gesetz verletzt ist, zurückzuweisen. —

XVIII. Vermögensabsonderung der Ehefrau.

Selbst die notorische Vermögenslosigkeit des Ehemanns enthebt die Ehefrau nicht von der Pflicht, dem L.R.S. 1444 Genüge zu leisten.

(Reichsgericht. Urtheil vom 2. April 1880. Sulzer c. Bender.)

Aus den Gründen:

Die Einspruchsklägerin hat nicht von § 1060 der Badischen Proceßordnung Gebrauch gemacht und beim Gantgerichte den Auspruch der Vermögensabsonderung beantragt, sie hat vielmehr erst nach erlassenem Ganturtheile im Wege der besonderen Klage das Urtheil auf Absonderung erwirkt. Es kann hiernach unerörtert bleiben, wie dieselbe der strengen Vorschrift des Landrechtssatzes 1444 zu genügen gehabt hätte, wenn die Vermögensabsonderung auf ihren Antrag vom Gantgerichte erkannt worden wäre; die zu entscheidende Frage ist nur die, ob der Umstand, daß der Ehemann zur Zeit, als das Urtheil auf Gütertrennung erlassen wor-

den, sich noch in Gant befunden hat, geeignet sei, die Ungiltigkeit der erkannten Vermögensabsonderung zu beseitigen, welche für den Fall der Nichtbefolgung der im Landrechts-Satz 1444 gegebenen Vorschriften angedroht ist.

Das Princip, auf welchem dieser Landrechts-Satz 1444 beruht, führt zur Verneinung der Frage; denn nicht die Thatsache, daß die Ehefrau wirklich ganz oder doch theilweise befriedigt worden ist, bildet den Grund, weshalb der Vollzug in kurzer Frist gefordert wird, sondern die Ehefrau soll durch die baldige Einleitung des Vollzugsverfahrens die Ernstlichkeit ihres Willens kund geben, in ein gesondertes Güterverhältniß einzutreten; das Gesetz unterscheidet auch nicht, ob das Vollzugsverfahren einen Erfolg haben werde oder nicht; es kann vielmehr der letztere Fall nicht einmal als die Ausnahme gedacht werden, da die Klage auf Vermögensabsonderung zu Folge des Landrechts-Satzes 1443 voraussetzt, daß das Heirathsgut der Ehefrau in Gefahr sei und die zerrüttete Vermögenslage des Mannes befürchten lasse, daß dessen Vermögen zur Befriedigung der eheweiblichen Forderungen nicht hinreiche. — Außerdem hat das Vollzugsverfahren einen zweifachen Inhalt, zunächst besteht es in der authentischen Feststellung der eheweiblichen Ansprüche welche verschieden sind, je nachdem sich die Ehefrau bei der Auseinandersetzung der Gemeinschaft theilhaftig macht oder auf solche verzichtet, und darauf erst folgt die Befriedigung, soweit diese möglich ist. Verhindert nun auch der Vermögenszerfall des Mannes die letztere, so steht er doch der Auseinandersetzung nicht entgegen. Gerade daran, daß letztere dem Absonderungsurtheile bald nachfolge, haben die Gläubiger ein wesentliches Interesse, welches durch die Vorschrift des Landrechts-Satzes 1444 gewahrt werden soll. — Im gegebenen Falle ist auch festgestellt, daß die Revisionsklägerin zur Zeit der Erhebung der Absonderungsklage Forderungen an die Gemeinschaft beziehungsweise ihren Ehemann gehabt hatte, das Vollzugsverfahren hätte demnach jedenfalls zu deren Feststellung geführt und wäre nicht durchweg gegenstandslos gewesen. Der Landrechtsatz 1444 ist daher vom Großherzoglichen Oberlandesgerichte nicht verletzt worden, wenn er auf den vorliegenden Fall angewendet

wurde, wo sich die Ehefrau auf eine vor nahezu sechs Jahren bewirkte Vermögensabsonderung beruft, zu deren Vollzug in dieser ganzen Zwischenfrist gar nichts geschehen ist. —

XIX. Werkverding.

Die Schadenersatzforderung wegen der Mängel des gelieferten Werkes ist nicht davon abhängig, daß der Besteller zuvörderst jene Mängel beseitigen läßt.

(Reichsgericht. Urtheil vom 27. April 1880. Bieringer c. Zundler. Rep. 77/80.)

Aus den Gründen.

Die Abweisung der ersten Einrede, der Innebehaltung des Restes der Aufforderung wegen nicht erfüllten Vertrages, beruht theils auf Auslegung der §§ 2, 4 und 5 des Vertrages vom 6. April 1876 theils auf thatsächlichen Feststellungen. — Die letzteren gehen dahin, daß der Beklagte die ihm vom Kläger gelieferte Arbeit als Erfüllung des Vertrags angenommen und dies auch wiederholt in den bis zum 27. September 1878 geschriebenen Briefen anerkannt habe; der Vertrag wird dahin ausgelegt, daß der § 2 die Eigenschaften der zu liefernden Werkstoffe und deren Annahme beziehungsweise Beanstandung im Zeitpunkte der Lieferung betreffe, der § 4 die Erfüllung voraussetze und der § 5 den Beklagten zur Zahlung unabhängig von der nebenher laufenden zweijährigen Garantiepflicht des Klägers verbindlich mache. Diese Vertragsauslegung mag zwar namentlich in Rücksicht auf die Worte: „nachdem die Rechnung richtig gestellt ist und die Arbeiten für gut befunden worden“ in dem gedachten § 5 nicht unbedenklich erscheinen, allein ein Gesetz ist dabei nicht verletzt und ist sie daher für diese Instanz maßgebend; aus ihr folgt aber, daß die ebenfalls bindende Feststellung zur Zurückweisung dieser Einrede führen mußte.

Die zweite Einrede, der Wetttschlagung der Conventionalstrafe und die hierwegen erhobene Widerklage sind für unbegründet befunden worden, weil, wie aus den Briefen des Beklagten, Wider-

klägers, festgestellt worden, derselbe thatsächlich diesen Anspruch fallen gelassen habe. — Daß bei dieser Feststellung ein Gesetz verletzt worden wäre, ist nicht zu erkennen und muß demnach an ihr die eingelegte Revision scheitern.

Auf Verletzung eines Gesetzes beruht dagegen die Abweisung der Widerklage, soweit in solcher *salva liquidatione* Schadenserzatz wegen vertragswidrig gelieferter Arbeit begehrt wird. — Das Appellationsgericht geht nämlich davon aus, daß der Widerkläger, wenn er mit Unterlassung der Erfüllungsklage alsbald auf Grund der Verzugsetzung den Weg des Entschädigungsprocesses betreten wollte, zunächst das Vorhandensein eines Schadens näher zu begründen versuchen mußte, indem er die angeblichen Schäden durch Dritte ausbessern und beseitigen ließ und dann den Gegner für den ihm dadurch zugegangenen Schaden verantwortlich machte.

Das Oberlandesgericht erkennt damit insoweit in richtiger Auslegung des Landrechtssatzes 1142 an, daß der Widerkläger befugt war, anstatt auf Vertragserfüllung sofort auf Schadenserzatz zu klagen; allein das folgt weder aus Landrechts-Satz 1142 noch sonst aus einem Gesetze, daß der Schaden nur dadurch begründet werden könne, daß die Arbeit, deren Verbesserung der Widerbeklagte der notariellen Verzugsetzung ungeachtet, verweigert, vorerst durch einen Dritten hergestellt werde. Der Schaden besteht darin, daß und wann in Folge vertragswidriger Lieferungen Seitens des Widerbeklagten Ausbesserungen nothwendig geworden sind; der Betrag derselben kann unbedenklich der Festsetzung durch sachverständiges Gutachten überlassen werden.

Der Erwägung des Oberlandesgerichts, der Widerkläger könnte, auch wenn er die Schadenssumme empfangen, die Reparaturen schließlich unterlassen, steht entgegen: einmal, daß auch der Widerkläger nicht Gefahr zu laufen braucht, die Auslagen zu bestreiten bevor er durch ein Urtheil und dessen Vollzug hinsichtlich der Wiedererstattung durch den Widerbeklagten gesichert ist, daß der letztere der gedachten Möglichkeit vorbeugen kann, indem (wenn seine Lieferungen mangelhaft sein sollten) er selbst sie verbessert und endlich, daß offenbar kein Unrecht gegen den Wider-

beklagten geschähe, wenn sich der Widerkläger schließlich mit der ihm mangelhaft gelieferten Arbeit behelfen und als Ausgleich den ihm geleisteten Schadensersatz behalten würde.

Auch die Ausführung ist unrichtig, daß der Schadensersatzanspruch, so wie er erhoben wurde, schließlich auf die Forderung eines *quanti minoris* hinauslaufen würde; denn gerade so wie der Aufwand auf eine Sache beziehungsweise die Kosten für Bauten und Verbesserungen keineswegs immer demjenigen Betrage gleich kommen, um welchen dadurch der Werth derselben erhöht wird — vergleiche Landrechts-Satz 555 — gerade so braucht auch der Minderwerth einer Sache nicht mit der Summe identisch zu sein, welche zu ihrer durch schlechtes Material nothwendig gewordenen Ausbesserung nothwendig ist. — Es ist vielmehr wohl möglich, daß eine Schätzung darüber, wieviel die wegen der vertragswidrigen Arbeit nothwendig gewordenen Reparaturen kosten, zu einer anderen Summe führen wie die Schätzung des Minderwerths des Baues in Folge der auszubessernden Mängel.

Insoweit bezüglich dieses Theils der Widerklage die Abweisung und Verfällung des Widerklägers in sämtliche Kosten der Widerklage durch das erstinstanzliche Urtheil bestätigt und Widerkläger auch in sämtliche Kosten der zweiten Instanz verurtheilt worden ist, mußte daher die Revision wegen Verletzung der Landrechts-Sätze 1134, 1142 (arg. 1792) für begründet erachtet und das Urtheil insoweit aufgehoben werden.

Da der Widerklage Einreden entgegengesetzt, sind, die Sache überhaupt durch das im angegriffenen Urtheile festgestellte Sachverhältniß noch nicht spruchreif erscheint, mußte die Sache zur anderweiten Entscheidung über den aufgehobenen Theil des Urtheils und damit auch über einen Theil der Kosten erster und zweiter Instanz zurückverwiesen werden.

In Gemäßheit der §§ 87, 91, 92 der Reichs-Civil-Proceß-Ordnung war der größere Theil der Kosten der Revisionsinstanz dem Revisionskläger aufzulegen, weil das Rechtsmittel hinsichtlich des größeren Theils der Einreden und der Widerklage ohne Erfolg eingelegt worden ist, der Rest mußte der Endentscheidung vorbehalten bleiben.

XX. Dienstbarkeit. Revision.

Die vertragsmäßige Beschränkung hinsichtlich der Benutzung des verkauften Grundstücks bildet keine Dienstbarkeit. Thatsächliche Feststellungen des Instanzrichters, welche auf einem sichtbaren Uebersehen beruhen, sind der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen. Bedeutung der Gewährleistung von Seiten des Gemeinderaths. Der L. N. S. 1142 schließt die Klage auf ein Thun nicht aus. (Reichsgericht. Urtheil v. 27. April 1880 Stadt Baden g. Köppler u. Gen. Rep. 7480.)

Mit Klage vom 16. März 1879 begehrt die Stadt Baden, daß erkannt werde, die Beklagten seien unter sammtverbindlicher Haftbarkeit schuldig, binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeiden die auf dem Bauplatze des Carl Faber und dem städtischen Trottoir an der Ludwig-Wilhelmsstraße in eigenmächtiger Weise angelegte Durchfahrts- und Durchgangsstraße zu entfernen, dieselbe in Hof oder Garten umzuwandeln und das Trottoir wieder herzustellen. —

Die Straße, um welche es sich handelt und welche in einem mit der Klage vorgelegten Hindernisse mit a. b. c. d. bezeichnet ist, hat folgenden Ursprung und Beschaffenheit:

Im Juli 1877 verkauften die Julius Diß' Eheleute einzelne Theile ihres an der Schillerstraße gelegenen Eigenthums an Lackierer Rappes und Rutscher Aäenheil. Obgleich sie nicht Eigenthümer der Fläche a. b. c. d. waren, räumten sie doch auf derselben den Käufern das unbeschränkte Durchgangs- und Durchfahrtsrecht ein.

Die Fläche gehörte zu einem Bauplatze, der damals Eigenthum des Eduard Köppler war und welchen dieser am 8. Januar 1878 an Carl Faber verkauft hat; letzterer übernahm im Kaufvertrage § 7 folgende Verpflichtung: „er bestellt hiemit in unentgeltlicher unwiderruflicher Weise das Durchfahrts- und Durchgangsrecht als dingliche Last des im gegenwärtigen Vertrage gekauften Platzes zu Gunsten der Grundstücke, welche Wilh. Rappes, Lackierer und Anton Aäenheil Rutscher hier von Herrn Julius Diß laut Kaufverträgen in öffentlicher Form vom 30. und 31. Juli 1877 gekauft haben sowie zu Gunsten des Liegenschaftscomplexes, welchen die Julius Diß Eheleute zur Zeit in der

Schillerstraße dahier besitzen derart, daß dieses Dienstbarkeitsrecht nur auf dem als Straße herzustellenden Gelände ausgeübt werden darf.“ Diß soll die Herstellung und Unterhaltung der Straße übernehmen.

Nach dem in erster Instanz vorgenommenen richterlichen Augenscheine stellte sich die Einfahrt als ein regelmäßig angelegter Fahrweg dar. —

Ihren Anspruch, die Entfernung dieser Anlage zu fordern, gründet die Klägerin zunächst auf folgende Thatsachen:

Den Bauplatz, welchen Köppler an Faber verkauft, hat ersterer am 8. Januar 1878 von Georg Lambrecht, dieser am 12. März 1874 von Albert und Eduard Prinz und diese haben solchen am 4. April 1872 von der Klägerin käuflich erworben. — In diesem Vertrage zwischen der Klägerin und den beiden Prinz ist in § 5 bedungen: der Platz wird als Bauplatz verkauft; der Theil, der nach dem polizeilich genehmigten Bauplane nicht überblut wird, darf nur zu Hof oder Garten verwendet werden. —

Die Klage behauptet, daß bei den Weiterverkäufen an Lambrecht, Köppler und Faber dieselbe Bedingung aufgenommen worden sei.

Dies geben die Vertreter der Beklagten Diß, Köppler, Ackenheil und Faber zu.

Klägerin behauptet, sie habe die fragliche Bedingung in die Verträge, wodurch sie Bauplätze verkauft, deshalb aufgenommen weil in diesem neuen Stadttheile nur von Gartenanlagen umgebene Willen erbaut und geräuschvolle, ruhestörende Anlagen vermieden werden sollten. — Zur Benutzung der streitigen Einfahrt werde ein im Hause mit c. d. e. f. bezeichneter Theil des städtischen Trottoirs gebraucht. —

Die Passivlegitimation der einzelnen Beklagten wird in der Klage dahin begründet: gegen G. Köppler, weil er nicht berechtigt war, sich das Durchfahrtsrecht bedingen zu lassen; gegen Faber, weil er im Widerspruche mit den Bedingungen in allen Kaufverträgen das Wegerecht eingeräumt habe; gegen die Eheleute Diß, weil sie von der mehrgedachten Kaufbedingung Kenntniß hatten und trotzdem beim Vertrage zwischen Köppler und Faber mit

wirkten, die Straße eigenmächtig hergestellt haben und sich an derselben zu Gunsten ihres an der Schillerstraße gelegenen Eigenthums ein Dienstbarkeitsrecht versprechen ließen; — endlich gegen Rappes und Ackenheil, weil dieselben sich in Kenntniß der ursprünglichen Kaufbedingung das Wegerecht ausbedungen haben.

In einem Nachtrag wird noch ausgeführt, die Klägerin sei sowohl hinsichtlich des Kaufpreises als auch Erfüllung des § 5 der Kaufbedingungen Gläubigerin der Käufer Albert und Eduard Prinz geworden; weil das Eigenthum unter der gleichen Beschränkung auf Lamprecht, von diesem auf Köppler übergegangen, sowie auch diese Gläubiger geworden; sie mache daher in erster Linie (Landsrechts-Satz 1166) ihr Klagerrecht als Gläubigerin des Albert und Eduard Prinz und als Gläubigerin der Gläubiger der letzteren geltend.

In zweiter Reihe sei ihr Klagerrecht begründet, weil bei jedem Eigenthumswechsel des fraglichen Grundstücks für die Stadtgemeinde Baden die Bedingung wegen des nicht überbaut werdenden Theils desselben gewahrt und dem letzten zwischen Köppler und Faber abgeschlossenen Kaufvertrage wegen Verletzung dieser Bedingung die Ertheilung der Gewähr, soweit sie diese Bedingung betrifft, versagt worden ist.

In einer Replikschrift wird noch gesagt: die Richtigkeit der Ansicht, daß der wegen des nicht überbauten Theils des verkauften Bauplazes gemachte Vorbehalt sich als eine Grunddienstbarkeit darstelle, werde beabredet und weiter: die Klägerin sei civilrechtliche Eigenthümerin des Trottoirs und insofern berechtigt, diejenigen von dessen Benutzung auszuschließen, welchen es nur zur Ausübung eines widerrechtlich angemessenen Dienstbarkeitsrechts dienen soll. —

Die Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe hat mit Urtheil vom 19. Juli 1879 die Klage deshalb abgewiesen, weil sie den citirten § 5 dahin auslegte, daß darnach nur derartige Einrichtungen und ständige Nutzungsarten ausgeschlossen sein sollen, welche den nicht verbauten Raum seiner Bestimmung als Hof und Garten entziehen würden. Hierzu könne aber die Anlegung eines Einfahrtsweges, welche doch unzweifelhaft dem

Käufer für das eigene Anwesen durch die besagte Kaufbedingung nicht verboten werden wollte, nicht gerechnet werden. —

Auf Berufung der Klägerin hat das Großherzogliche Oberlandesgericht mit Urtheil vom 24. Januar 1880 bestätigt. Die Gründe führen im Wesentlichen aus: Mit Rücksicht auf die im Klagegesuche geltend gemachte Sammtverbindlichkeit sowie bei der Erklärung in der Replikschrift könne nicht angenommen werden, daß die Klägerin aus dem § 5 des Kaufvertrages mit Prinz eine Grundgerechtigkeit herleite; eine daraus erwachsene persönliche Verbindlichkeit des Albert und Eduard Prinz gegen die Beklagten geltend zu machen, sei sie nicht berechtigt. —

Es könne dahin gestellt bleiben, ob der Landrechts-Satz 1166 wenigstens nach badischem Rechte auf Rechtsverhältnisse der vorliegenden Art anwendbar sei. Die Klage erscheine den Beklagten Diß, Kappes, Adenheil und Faber gegenüber schon deshalb unbegründet, weil diese in ihren Kaufverträgen weder dem Gegencontrahenten gegenüber noch zum Vortheile der Klägerin irgend ein dem § 5 des Vertrages der letzteren mit Albert und Eduard Prinz analoges Vertragsgebing auf sich genommen haben, während die Uebernahme einer Verpflichtung in dieser Richtung die unumgängliche Voraussetzung sowohl für die Anwendung des Landrechtssatzes 1166 als auch des Landrechts-Satzes 1121 wäre. In dem Vertrage des Beklagten Faber mit E. Köppler werde zwar nach dem übergebenen beglaubigten Auszuge über dessen Eintrag zum Grundbuche erwähnt, daß der Theil des Bauplatzes, welcher nach dem polizeilich genehmigten Bauplane nicht überbaut wird, nur zu Hof oder Garten verwendet werden dürfe, nicht aber zu einem Lager- oder sonstigen Plaze.

Dieser Satz befinde sich jedoch nicht unter den, den vertragsmäßigen Willen der Contrahenten ausdrückenden Vertragsbestimmungen, sondern unter den von dem Grundbuchsführer bei Ertheilung der Gewähr beziehungsweise bei Ausfertigung des Eintrags zum Grundbuche von Amtswegen zu bewirkenden Angaben über die auf dem Vertragsgegenstande nach Maßgabe der öffentlichen Bücher haftenden Lasten (dingliche Rechte, Vorzugs- und Unterpfandsrechte.) Wollte man nun auch unterstellen, daß

der Käufer Faber durch die Erwerbung der Sache mit diesen Rechten Dritter an ihr auch die entsprechende Verpflichtung mit übernommen habe, so könnte diese Verpflichtung doch nur insofern als übernommen verstanden werden, als sie sich nicht auf den Streitgegenstand, das ist die Straße und Grunddienstbarkeit bezieht, welche Karl Faber den Mitbeklagten Rappes, Ackenheil und Diß nach ausdrücklicher Willenserklärung in demselben Vertrage eingeräumt hat. Rücksichtlich der streitigen Straße sei hier auch im Vertrage Fabers mit Köppler so wenig als in den Verträgen des Diß mit Ackenheil und Rappes etwas zu Gunsten der Klägerin in der hier maßgebenden Richtung direct oder indirect festgesetzt. Daraus, daß die Verträge vom 26. October 1877, sollte heißen Juli 1877 — October geschah der Eintrag — und 8. Januar 1878 (der letztere zwischen Köppler und Faber) eine Verletzung der der Klägerin auf Grund der vorausgegangenen Verträge etwa gegen Albert und Eduard Prinz, Lambrecht und Eduard Göppler zustehenden Rechte zur Folge gehabt haben, sei ein Rechtsanspruch der Klägerin gegen Faber, Ackenheil und Rappes nicht erwachsen, weil jene vorausgegangenen Verträge diese Beklagten zu nichts verpflichten; hieran würde auch selbstverständlich der Umstand nichts ändern, daß sie die Verpflichtungen Dritter, die sie nichts angehen, gekannt hätten.

Bezüglich des Beklagten Köppler verhalte es sich insofern anders, als dieser Beklagte in dem Vertrage mit Lambrecht vom 8. Januar 1878 unbestrittenermaßen dieselbe Verpflichtung wieder übernommen habe, welche Gegenstand des Vertrages der Klägerin mit Albert und Eduard Prinz war und welche Verpflichtung eben mit Bezug hierauf auch als ein Vertragsgeding zum Vortheile der Klägerin im Sinne des Landrechts-Satzes 1121 aufgefaßt werden könne. Allein der Beklagte Köppler habe das Object beider Verträge, auf welche sich die von ihm zu Gunsten der Klägerin übernommene Verpflichtung beziehen würde, bereits weiter verkauft und damit jede rechtliche Möglichkeit verloren, dem Klageantrage zu entsprechen.

Entschädigung im Sinne des Landrechts-Satzes 1142 begehre die Klage nicht.

Was das Trottoir betreffe, so wäre zwar die Klägerin berechtigt, ihre Rechte daran civilrechtlich zu schützen, allein die Klage könne nicht als Negatorienklage aufgefaßt werden, ihren bezüglichen Bemerkungen in den Replikverträgen habe die Klägerin nicht durch Ergänzung des Klagebegehrens die entsprechende Folge gegeben, die Beklagten hätten auch im Rechtsstreite nicht behauptet, daß sie kraft einer ihnen zustehenden Grundgerechtigkeit die Ueberfahrt über das Trottoir ausüben und Klägerin habe nicht die mindeste weitere Thatfache für die Anmaßung einer solchen Grundgerechtigkeit angeführt, als daß die Beklagten über das städtische Trottoir fahren, um von der gemeinen Straße über die streitige Straße nach ihrem Eigenthum und umgekehrt von diesem nach der Straße zu gelangen. Zu einer solchen Ueberfahrt seien aber die Beklagten schon der Bestimmung der Straße und des zu ihr gehörigen Trottoirs gemäß kraft öffentlichen Rechts als Gemeindeangehörige von Baden berechtigt und könne daher aus der Ausübung der Durchfahrt keine Anmaßung einer Grundgerechtigkeit gefolgert werden. — Die Klägerin wäre nun zwar zweifellos auch ohne solche Anmaßung berechtigt, den Schutz der Civilgerichte für ihr Eigenthum anzurufen, wenn das fragliche Trottoir kraft öffentlichen Rechts das heißt der ihm von den zuständigen Organen der Klägerin gegebenen Bestimmung der Benutzung der Beklagten entzogen, etwa nur der Benutzung durch die unmittelbar anstoßenden Grund- und Häuserbesitzer geöffnet worden wäre, allein auch diesem Gesichtspunkte entspreche das Klagebegehren hinsichtlich des Trottoirs nicht, habe auch die in dieser Richtung erforderliche thatsächliche Begründung nicht erhalten. Das allein erhobene Begehren der Wiederherstellung des Trottoirs setze eine widerrechtliche Beschädigung desselben voraus, da es nur unter dem Gesichtspunkte der Landrechts=Sätze 1382. 1383 rechtlich begründet sein könne. Die Klägerin habe aber auch in dieser Beziehung nirgends behauptet, von wem, wie, in welcher Ausdehnung und wann Beklagter Seits das Trottoir beschädigt worden, sie habe namentlich nicht behauptet, daß die auf dem Faber'schen Eigenthum angelegte Straße auch auf das fragliche Trottoir ausgedehnt, daß auch dieses in eine Fahrstraße als Fortsetzung

jener verwandelt worden sei. Auch der vorgenommene Augenschein habe keinen Eingriff in das städtische Trottoir oder eine Beschädigung desselben ergeben. Auch bezüglich der Eheleute Diß werde nur behauptet, daß sie die in den Verträgen vorgezeichnete Straße eigenmächtig hergestellt haben. Diese Straße befinde sich aber ganz auf dem Eigenthum des Carl Faber. Es fehle also diesem Gegenüber jede Grundlage des Begehrens auf Wiederherstellung des Trottoirs.

Es bedürfe keiner besonderen Ausführung, daß die Klagebegehren durch die Behauptung nicht begründet werden können, daß der Grund- und Pfandbuchsführer der Klägerin die Verträge vom 26. October 1877 und 8. Januar 1878 nicht gewährt habe. —

In letzterer Hinsicht ist noch anzuführen, daß alle Kaufverträge zum Grundbuche eingetragen sind und daß nach dem Grundbuchauszuge über den Vertrag zwischen Rößler und Faber es heißt: Kaufbedingungen Ziffer 2. Für Gütermaß und Grunddienstbarkeiten oder unbekannte Lasten wird keine Gewähr geleistet. Käufer übernimmt der Stadtgemeinde Baden gegenüber dieselben Bedingungen, welche dem Verkäufer Eduard Rößler laut Eintrags im Grundbuch Band 64 No. 111 Seite 616 beziehungsweise laut obigen Kaufvertrags im Grundbuch Band 69 No. 28 Seite 132. obliegen. — (Das Letztere ist der Kaufvertrag zwischen Lambrecht und Rößler, das erstere ist der Vertrag zwischen Prinz und Lambrecht). Darauf folgen weitere Verabredungen, unter Ziffer 7 die Eingangesangeführte betreffs des Wegrechts. Nach Ziffer 12 der Kaufbedingungen folgt sodann unter der Ueberschrift: „dingliche Rechte“ 1. Die Bedingungen des Eintrags im Grundbuche Band 64 No. 111 Seite 616 Ziffer 5: „Der Theil des Bauplatzes, welcher nach dem polizeilich genehmigten Bauplane nicht überbaut wird, darf nur zu Hof oder Garten verwendet werden, nicht aber zu einem Lager oder sonstigem Platze.“

Gegen das ihr am 7. Februar 1880 zugestellte Urtheil hat die Klägerin rechtzeitig Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe.

Durch den § 5 des Vertrags vom 4. April 1872 ist der Klägerin keine Grundgerechtigkeit bestellt worden; wollte man auch

anerkennen, daß die dem verkauften Grundstücke auferlegte Last den Inhalt einer Servitut bilden und daß eine solche zum Vortheile einer öffentlichen Straße eingeräumt werden könne, so gibt doch die Vereinbarung nicht den geringsten Anhalt dafür, daß die Ludwig-Wilhelmsstraße oder irgend welches andere Grundstück der Klägerin das herrschende (Grundstück) sein sollte. — Das Appellationsgericht hat daher kein Geßetz verlegt, wenn es nicht davon ausging, daß eine Dienstbarkeit bestellt worden sei. --

Die Verabredung bewirkte vielmehr nur eine vertragsmäßige Eigenthumsbeschränkung dahin, daß die Erwerber sich verpflichteten, die in § 5 aufgeführte Art der Benutzung des nicht überbaut werdenden Theils des Bauplatzes zu unterlassen. Durch die Eintragung zum Grundbuche hat diese vertragsmäßige Verpflichtung nicht den Charakter einer dinglichen Last erhalten, da durch das Grundbuch keine Rechte constituirte, vielmehr nur bereits constituirte offenkundig gemacht werden. —

Klägerin hat selbst auch nicht den Versuch gemacht, die Verbindlichkeit so darzustellen, als ob sie nicht etwa den Personen der Käufer, sondern der Sache auferlegt worden wäre; es fehlt auch an jenem thatsächlichen und rechtlichen Anhalte für eine solche Annahme. — Auch ohne sie erscheint aber die Klage gegen die späteren Erwerber des an Eduard und Albert Priß am 4. April 1872 verkauften Bauplatzes nach Landrechts-Satz 1121 begründet, da in den nachfolgenden Kaufverträgen der neue Käufer jeweils dieselbe Verpflichtung zu Gunsten der Klägerin übernommen hat.

Hinsichtlich des Mitverklagten Eduard Kößler nimmt auch das Oberlandesgericht an, daß derselbe in die Verbindlichkeit von Priß und seines unmittelbaren Vorgängers Lamprecht eingetreten sei, verneint dies aber bezüglich des Karl Faber.

Letztere thatsächliche Feststellung beruht nun zwar auf einem offenbaren Uebersehen und auf einer unrichtigen Vertragsauslegung, allein sie ist gleichwohl für diese Instanz bindend, weil auf eine Verletzung von Vorschriften der badischen Prozeßordnung die Revision nicht gestützt werden kann und eine Verletzung materieller Rechtsnormen nicht vorliegt. —

Uebersehen wurde nämlich nicht nur, daß sämtliche Beflagte ausdrücklich zugestanden haben, daß im Vertrage zwischen Köppler und Faber die fragliche Klausel wiederholt worden sei, sondern auch, daß in dem in zweiter Instanz übergebenen Grundbuchauszuge unter Ziffer 2 der Kauf = Bedingungen ausdrücklich vereinbart steht: Käufer übernimmt der Stadtgemeinde Baden gegenüber dieselben Bedingungen, welche dem Verkäufer Eduard Köppler laut Eintrags im Grundbuche Band 64 No. 111 Seite 616 beziehungsweise laut obigen Kaufvertrags im Grundbuche Band 69 No. 23 Seite 132 obliegen. —

Auf diesem Uebersehen beruht wohl auch zunächst die Vertragsauslegung, daß Faber keinesfalls die Verpflichtung insofern übernommen habe, als sie sich auf den Streitgegenstand beziehe. —

Dabei blieb noch weiter unberücksichtigt, daß man nach dem gesammten Inhalte des Vertrags zwischen Köppler und Faber sich wohl bewußt war, daß die mehrgedachte Stipulation auch auf die beabsichtigte Straßenverbindung bezogen werden könnte und daß wohl in Rücksicht hierauf unter Ziffer 10 festgesetzt worden ist, daß Julius Diß alle sich ergebenden Anstände von Seiten der Stadt übernehme.

Es wurde nun in der mündlichen Verhandlung über die Revision wegen dieser Unklarheit Verletzung der Landrechtssätze 1156. 1161 und 1583a gerügt; allein ein Verstoß gegen diese Auslegungsregeln kann nicht gefunden werden und was namentlich den Landrechts-Satz 1161 betrifft, so hat das Oberlandesgericht ein Geding durch das andere auszulegen versucht, wenn auch in unrichtiger Weise.

Der Vorwurf der Verletzung des Landrechts-Satzes 1583a wird unter Hinweisung darauf begründet, daß dem Vertrage vom 8. Januar 1878 zwischen Köppler und Faber die Gewähr versagt worden sei, letzterer daher Dritten, also auch der Klägerin gegenüber, gar nicht als Eigenthümer in Betracht kommen könne. Hiemit wird aber die Bedeutung der Gewähr überschätzt, nicht sie, sondern der Eintrag zum Grundbuche hat die Wirkung, den Erwerber auch gegen Dritte zu legitimiren und ihn zu dinglichen

Verfügungen über die Sache zu berechtigen; durch Verjagung der Gewähr lehnt die Gemeindebehörde nur die formelle Garantie für das Vorhandensein aller Voraussetzungen zur Eigenthumsübertragung ab und bietet dem Erwerber Anlaß, sofort Gewährleistung zu fordern. Landrechts=Saß 1626a.

Aus der nicht zu beseitigenden thatsächlichen Feststellung ergibt sich von selbst, daß die Klage gegen Carl Faber, welcher hiernach nicht in das Vertragsverhältniß der Klägerin gegenüber eingetreten ist, nicht begründet erscheint. —

Auch die Mitbeklagten Diß, Adenheil und Kappes stehen dem Vertrage fremd gegenüber und kann aus ihrer Kenntniß von der dem Köppler auferlegten Eigenthumsbeschränkung ihre Passivlegitimation nicht gefolgert werden.

Betreffs des Karl Köppler wird zwar im angefochtenen Urtheile festgestellt, daß die in Frage kommende Verpflichtung auf ihn übergegangen sei, es wird jedoch daraus, daß er durch die Weiterveräußerung jede rechtliche Möglichkeit verloren habe, einem dem Klageantrage entsprechenden Urtheile zu genügen und aus Landrechts=Saß 1142 hergeleitet, daß gegen ihn nur auf Schadenserjatz hätte geklagt werden können. — Hierbei ist aber dieser Landrechts=Saß 1142 durch unrichtige Anwendung verletzt; — diese dem römischen Rechte entnommene Bestimmung schließt — wie schon die (seit 1. Oktober 1879 aufgehobenen) Landrechts=Sätze 1143. 1144 ergeben — keineswegs die Klage auf das Thun oder auf die Unterlassung beziehungsweise Beseitigung des gegen Verbot Errichteten aus und nöthigt den Gläubiger nicht, ausschließlich auf Schadenserjatz zu klagen. —

(Vergleiche Demolombe, Band XXIV. No. 488 fg., Laurent, Band XVI No. 197 fg.)

Auch die Feststellung, daß Köppler die rechtliche Möglichkeit verloren habe, einem Urtheile nach dem Klagegehren zu entsprechen, reicht nicht aus, um die Klägerin ausschließlich auf die Entschädigungsklage zu verweisen. Hiemit ist nämlich keine absolute Unmöglichkeit festgestellt, es bleibt vielmehr immer noch thatsächlich möglich und ist daher abzuwarten, daß es dem C. Köppler gelinge, durch Vereinbarung mit den übrigen Beteiligten

dem Schadensersatz sich zu entziehen. Es kann erläuternd darauf hingewiesen werden, daß gerade derjenige, welcher die Beseitigung der Straße zu bewirken im Stande ist (Faber), ausdrücklich erklärt hat, daß er hiergegen nichts anzuwenden habe.

G. Köppler konnte auch auf Entfernung der Anlage, vorausgesetzt, daß sie eine vertragswidrige ist, verklagt werden, obgleich er solche nicht selbst bewilligt beziehungsweise errichtet hat; denn er erscheint im Vertrage vom 8. Januar 1878 gerade so als Contrahent wie Carl Faber und er hat sich zu Gunsten der Mitbeklagten Ackenheil und Kappes die streitige Straße versprechen lassen.

Diesem Beklagten gegenüber mußte daher die Revision für begründet erklärt werden.

Was dagegen das weitere, erst in der Replik hervorgehobene Klagefundament, die rechtswidrige Benutzung des Trottoirs betrifft, so wäre es zwar rechtsirrhümlich, wenn die angegriffene Entscheidung darauf beruhte, daß eine Negatorienklage nur gegen denjenigen begründet sei, welcher sich eine Grundgerechtigkeit anmaßt, allein sie beruht darauf, daß eine Negatorienklage wegen des Trottoirs überhaupt nicht erhoben sei. — Hierin ist aber dem angefochtenen Urtheile beizutreten. Die Klage stützt sich lediglich auf die Vertragsverletzung, und der Antrag auf Wiederherstellung des Trottoirs erscheint nur als Nebenforderung zu dem auf Beseitigung der Straße gerichteten Hauptbegehren.

Bereits im Urtheile erster Instanz ist mit Recht darauf hingewiesen, daß es der Klägerin unbenommen bleibe, gegen einen Mißbrauch des Trottoirs die geeigneten straßenpolizeilichen Vorkehrungen zu treffen. —

Soweit hiernach das Urtheil aufzuheben war, konnte in der Sache selbst nicht entschieden werden, weil zunächst die Tragweite des mehrerwähnten § 5 des Vertrags vom 4. April 1872 festzustellen war, es aber im angefochtenen Urtheile nicht nur an einer Feststellung in dieser Richtung, sondern auch über den Inhalt des § 5, darüber namentlich fehlt, ob er die Schlußworte

enthalte: „nicht aber zu einem Lager- oder sonstigen Plaze“ (Civil-Prozeß-Ordnung § 528).

Was die Kosten dieser Instanz betrifft, so mußte, da die Klägerin allen andern Beklagten gegenüber unterliegt, ein größerer Theil vorweg ihr zu Last fallen, wogegen dem C. Köppler gegenüber die Verurtheilung wegen des Restes von der definitiven Entscheidung abhängig zu machen war (Civil-Prozeß-Ordnung §§ 87, 88, 92).

Eine Entscheidung über die Kosten der vorderen Instanzen war nicht geboten, weil es selbstverständlich denjenigen Beklagten gegenüber, in Bezug auf welche das Urtheil nicht aufgehoben worden ist, bei der Verurtheilung der Klägerin in die Kosten zu verbleiben hat, während in Hinsicht des C. Köppler das Urtheil auch wegen der Kosten als aufgehoben gilt, über diese demnach im Endurtheile gleichfalls Entscheidung zu treffen ist. —

XXI. Dienstbarkeit.

Was gehört zur Erwerbung einer Dienstbarkeit durch Widmung.

(Reichsgericht. Urtheil vom 11. Mai 1880 Zwick gegen Wiedmaier. Rep. 100/80).

Kläger war Eigenthümer von drei aneinanderstoßenden Häusern, von denen er am 15. April 1878 das mittlere an den Beklagten verkauft hat. Von den Kaufbedingungen kommen hier folgende in Betracht.

§ 4. Für den Flächengehalt des Haus- und Hofraitheplatzes und für etwa auf dem Kaufgegenstande haftende unbekannte Lasten wird keine Gewährschaft geleistet; die verkaufte Liegenschaft mit Zugehör geht vielmehr mit allen Rechten und Lasten gerade so auf den Käufer über, wie solche die seitherigen Eigenthümer besessen und benutzt haben.

§ 8. Das Senkloch, welches sich im Hause befindet, ist Eigenthum des Käufers, jedoch haben die beiden Eigenthümer der beiderseitigen Gebäude das Recht, das Dachtraufwasser hinein-

laufen zu lassen. Dieselben sind jedoch verpflichtet, bei einer nothwendig werdenden Entleerung oder Ausbesserung des Senkloches die Kosten gemeinschaftlich zu tragen.

Der Zustand dieser in § 8 erwähnten Leitung war nach der Feststellung der zweiten Instanz zur Zeit des Verkaufs folgender: Jedes der drei Häusern hatte seinen besonderen Hofraum, das Dachtraufwasser floß von dem einen der beiden äußeren Häuser nach der in dessen Hofe befindlichen Dunggrube ab, aus dieser führte eine unterirdische Röhrenleitung durch eine die Höfe scheidende Mauer in eine im Hofe des mittleren Hauses befindliche Dunggrube und von dieser führte wieder eine gleiche Röhre zu einem in diesem mittleren Hofe befindlichen Senkloche. Bei dem dritten Hause floß das Regenwasser in eine Röhre, welche durch eine Seitenröhre mit der Dunggrube dieses dritten Hauses in Verbindung steht, in gerader Richtung aber gleichfalls unterirdisch die zweite Hofmauer durchbohrend direkt in das bereits bezeichnete Senkloch des mittleren Hofraumes führte.

Weil nun der Beklagte im Sommer 1879 die von den beiden Nachbarhäusern zu seiner Senkgrube führenden Röhrenleitungen zumauern ließ, wurde Klage gegen ihn erhoben, in welcher auf Grund der Bedingung im Kaufvertrage dessen Verurtheilung begehrt wird, die Vermauerung der beiden Kanalöffnungen wieder hinwegnehmen zu lassen.

Beklagter weigert sich nicht, das Regenwasser, wie es von den Dächern der beiden Häuser des Klägers fließt, in sein Senkloch aufzunehmen, hält sich aber nicht für verpflichtet, das Wasser so aufzunehmen, wie es durch die beschriebenen Vorrichtungen zuerst in die Pfuhlöcher und dann in das Senkloch abgeleitet wird; dadurch würde übel riechende und gesundheitsgefährliche Fauche in sein Senkloch gebracht. Widerklagend begehrt er die Verurtheilung des Klägers, solche Vorkehrungen zu treffen, daß von seinen beiden Häusern das Dachtraufwasser unmittelbar, nicht aber nach Durchführung durch sein Pfuhlloch in das Senkloch des Beklagten abgeführt werde.

Mit Urtheil vom 30. Juli 1879 hat die Civilkammer des

Großherzoglichen Kreis- und Hofgerichts Mannheim die Vorlage abgewiesen und nach dem Begehren der Widerklage erkannt.

Unterm 6. Februar 1880 hat das Großherzogliche Oberlandesgericht die Widerklage abgewiesen und dem Begehren der Vorlage entsprochen.

Die Gründe führen aus:

In den Anlagen, wie sie zur Zeit des Kaufes waren, seien alle Merkmale enthalten, wie sie nach Landrechtsjak 692 flg. als Voraussetzungen des Entstehens einer Dienstbarkeit durch Widmung des Eigenthümers verlangt werden.

Die Ableitung des Regenwassers, der Dachtraufe, sei eine selbstständige, im gegebenen Falle aber auch eine offene Dienstbarkeit; wenn schon die Röhren unterirdisch gelegt seien, so seien doch jedenfalls deren Ausmündungen in der Senkgrube im Hofe des Anwesens des Beklagten, somit des dienenden Grundstücks, sichtbar und sei damit auch die Bestimmung dieser Röhrenleitung erkennbar. Die Grundstücke seien bis zum Verkaufe in einer Hand gewesen und in Folge des sichtbaren Merkmals zur Zeit des Verkaufs sei auch diese Dienstbarkeit nach dem Kaufe stehen geblieben, wenn im Vertrage keine anderweite Uebereinkunft getroffen worden. Dies sei aber nicht geschehen. Im § 8 des Vertrags habe keine Abänderung der Bestimmung in § 4 getroffen werden wollen. Nachdem in § 7 bestimmt worden, daß die Scheidemauern gemeinschaftliches Eigenthum sein sollten, sei es offenbar nur Absicht der Contrahenten gewesen, im § 8 festzustellen, daß das Senkloch, obwohl allen drei Häusern dienend, doch Alleineigenthum des Käufers des mittleren Hauses sein solle, dagegen die Reparaturen daran gemeinschaftlich zu bestreiten seien, Unter dem Dachtraufwasser hätten die Contrahenten offenbar das Abwasser verstanden, wie es nach dem damaligen Zustande der Leitungen dem Senkloche zufließ; wäre eine Abänderung hierin beabsichtigt gewesen, so hätte dies ausdrücklich bedungen werden müssen.

Die Bestimmungen des Landrechtsjakeß 674 könnten bei einer durch Widmung und Vertrag bereits bestehenden Dienstbarkeit nicht zur Anwendung kommen, sowie auch sanitätspolizeiliche Rück-

sichten auf das hier zum Austrage kommende civilrechtliche Verhältnis nicht von Einfluß sein könnten.

Gegen dieses Urtheil hat der Beklagte rechtzeitig die Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe.

Das angefochtene Urtheil beruht auf der Annahme, daß bei Abschluß des Kaufvertrags vom 15. April 1878 durch Widmung dem vom Beklagten erworbenen Grundstücke eine Dienstbarkeit des Inhalts auferlegt worden sei, daß in das in seinem Hofraume befindliche Senkloch das Regenwasser aus beiden Hofräumen der Häuser des Klägers nach Durchleitung desselben durch die Dunggruben aufgenommen werden müsse.

Durch diese Annahme sind aber die Landrechtsätze 689, 692—694 verletzt.

Die erste Voraussetzung für Entstehung einer Dienstbarkeit durch Widmung, das Vorhandensein einer äußeren Anlage oder eines äußeren Merkmals, wird dahin festgestellt, daß zwar die Röhren unterirdisch angelegt seien, aber doch jedenfalls deren Ausmündungen in der Senkgrube im Hofe des Beklagten sichtbar waren und damit auch die Bestimmung dieser Röhrenleitung erkennbar gewesen sei.

Nach richtiger Auslegung des Landrechtsatzes 689 ist aber, damit die Anlage als eine offene, das Merkmal als ein äußeres gelten kann, erforderlich, daß jene deutlich den Zweck anzeige, daß dadurch eine bestimmte Grunddienstbarkeit ausgeübt, dem nachbarlichen Grundstücke also eine bestimmte Last zum Nutzen und Vortheil des anderen Grundstücks auferlegt werden soll — indem die Anlage ihrer ganzen Beschaffenheit nach unzweideutig zu diesem Zwecke besteht und nur dazu bestimmt sein kann. Nur unter diesen Voraussetzungen ist es möglich, zu sagen, daß sich eine Dienstbarkeit durch ein äußeres Merkmal ankündigt.

Es unterliegt nun keinem Zweifel, daß aus den Oeffnungen in der Senkgrube im Hofe des Beklagten vielleicht darauf geschlossen werden könnte, daß irgend etwas, etwa auch Dachtraufwasser, in dieselbe hineingeleitet werde; keineswegs aber konnte oder mußte der Beklagte daraus auf die Ueberleitung von Sauche

aus den benachbarten Dunggruben schließen; für eine Dienstbarkeit von solcher Belästigung des Eigenthums waren diese Ausmündungen weder eine äußere Anlage noch ein äußeres Merkmal. Sofern das Oberlandesgericht ausspricht, daß diese Dienstbarkeit gemäß Landrechtssatz 694 auch nach dem Kaufe bestehen bliebe und im gleichen Urtheile feststellt, daß hierwegen im Vertrage (§§ 4 und 8) Bestimmungen getroffen worden seien, ist die Entscheidung noch weiter deshalb rechtsirrhümlich, weil übersehen wird, daß Landrechtssatz 694 nur dann die Widmung als Entstehungsgrund einer Dienstbarkeit anerkennt, wenn der Vertrag keine Uebereinkunft darüber enthält.

Beruhet aber die Annahme, daß eine Dienstbarkeit in dem vom Kläger, Widerbeklagten, behaupteten Umfange durch Widmung begründet worden sei, auf einer unrichtigen Anwendung der bezüglichen Gesetzesbestimmungen, so kommt es auf die Vertragsauslegung, wie solche vom Oberlandesgerichte geschehen ist, weiter nicht an, da solche von der unrichtigen Voraussetzung, der § 4 des Vertrags beziehe sich auf diese vermeintlich mit dem Kaufe entstandene oder bei dessen Abschlusse schon vorhandene Dienstbarkeit, ausgeht und sich nur die Aufgabe setzt zu prüfen, ob in dem Vertrage eine anderweite Uebereinkunft getroffen werden.

Ebenso kann dahin gestellt bleiben, ob die Revision nicht auch deshalb begründet wäre, weil gegen die Bestimmung des Landrechtssatzes 686 angenommen worden ist, daß eine solche offenbar gesundheitschädliche Anlage durch Vertrag oder Widmung als Dienstbarkeit begründet werden könnte.

Das angefochtene Urtheil mußte hiernach aufgehoben werden, weil es nach allen Richtungen auf Verletzung der Landrechtssätze 689. 692 - 694 beruht.

In der Sache selbst konnte in Gemäßheit des § 528 der Prozeßordnung in der Revisionsinstanz entschieden werden; denn da der einzige Titel für diejenige Dienstbarkeit, welche Kläger nicht sowohl mit der Klage als gegenüber der Widerklage beansprucht, die Widmung, nicht vorhanden ist, so folgt daraus die Abweisung der Klage und die Verurtheilung nach dem Begehren der Widerklage, also die Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils.

Dabei ist als selbstverständlich zu betrachten, daß die Abweisung der auf Wiedereröffnung der zugemauerten Kanalmündungen gerichteten Klage nur den Sinn haben kann, daß der Kläger die Oeffnung bloß in so lange nicht fordern darf, als er nicht dem Begehren der Widerklage Genüge geleistet hat, denn der Einlauf des nicht durch Dunggruben geleiteteten Dachtraufwassers, wegen welcher Berechtigung sich die Klage lediglich auf die Bestimmungen des Kaufvertrags beruft, zu dulden, hat Beklagten sich nie geweigert.

XXII. Reichshauptpflichtgesetz.

Das Recht der freien Beweiswürdigung enthält auch die Pflicht einer solchen und deren Verletzung bildet einen Revisionsgrund.

(Reichsgericht, Urtheil v. 25 Mai 1880. Schell wider Fiscus 118/80.)

Christoph Schell war in der Eisenbahnhauptwerkstätte des Beklagten als Metallschleifer angestellt; am 7. Dezember 1877 ist ein großer, durch die Dampfmaschine betriebener Schleiffstein, an welchem er mit Schleifen von Werkzeugen beschäftigt war, plötzlich zersprungen, er wurde von den Stücken an Herz und Kopf getroffen und starb bald darauf. Die Wittve und Erben begehren Schadenersatz. Die Klage wird darauf gestützt, daß

1. der Schleiffstein, dessen Zerspringen den Tod des Christoph Schell veranlaßte, erkennbar von schlechtem Material und
2. am 7. Dezember 1877 die Notirung des Steines zu stark und durch diese Ursachen oder durch eine derselben das Zerspringen des Steines bewirkt worden sei.

Die eine und die andere Ursache beruhe auf einem Verschulden des zur Leitung und zur Beaufsichtigung des Betriebs angestellten Personals des Beklagten.

Die Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe hat mit Urtheil vom 19. October 1878 die Klage abgewiesen, weil eine bestimmte Ursache hätte bezeichnet werden müssen.

Der Appellations-Senat hat die Klage so, wie sie noch erläutert worden, für genügend begründet erachtet und dem klagenden Theile mit Erkenntniß vom 7. März 1879 den Beweis seiner Behauptungen aufgegeben; das Oberlandesgericht hat sodann nach durchgeführtem Beweisverfahren die Klagabweisung mit Urtheil vom 28. Februar 1880 bestätigt.

Beide Instanzen sind darin einig, daß rechtlich die Klage zwar nicht im § 1, wohl aber im § 2 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 betreffend die Haftpflicht begründet sei; das Oberlandesgericht würdigt das Beweisergebniß, wie folgt:

Ueber die schlechte Beschaffenheit des Materials des Schleifsteines haben die Zeugen nichts ausgesagt und, da die Trümmer nicht mehr vorhanden waren, konnten die Sachverständigen diese Frage nicht begutachten. Die Einkapselung des Schleifsteines bot nach der Meinung der Sachverständigen, obgleich sie von der bei großen Schleifsteinen üblichen Einkapselung abwich, doch bei der in der Schleiferei der Eisenbahnhauptwerkstätte üblichen Geschwindigkeit genügende Sicherheit; sie sind auch der Ansicht, daß das Zerspringen des Steines seine Ursache nicht in beim Schleifen entstandenen Unebenheiten hatte.

Maschinenheizer Vogel, welcher für den richtigen Gang der Dampfmaschine, durch welche der Schleifstein getrieben wurde, zu sorgen hatte, gibt an: er habe den Maschinenraum verlassen, um das im Schleifsteinraume befindliche Pumpwerk zu schmieren bei seinem Weggehen habe die Maschine 80 bis 85, bei seiner Rückkehr aber nach 35 bis 40 Sekunden habe sie über 100 Touren in der Minute gemacht, er habe sie alsbald in den gewöhnlichen Gang gesetzt und in diesem Augenblicke sei der Stein zersprungen. Schmied Braun und Werkmeister Kessler haben ersterer 5, letzterer 2 Minuten vor dem Unfalle wahrgenommen, daß der Schleifstein regelmäßig und mit der gewöhnlichen Geschwindigkeit ging. Die Sachverständigen haben die Frage, ob das Zerspringen durch zu starke Rotirung veranlaßt wurde, bejaht. Zur Begründung dieser Ansicht führen sie an: Die vom Heizer Vogel im Augenblicke des Unglücks als über 100 Touren angegebene Geschwindigkeit der Dampfmaschine habe, soweit sie dies nachträglich ermitteln

konnten, etwa 130 Touren, somit die 10 pCt. größere Tourenzahl des Schleifsteines 143 Touren das heißt 55 - 60 pCt. mehr als nach Vorschrift der Werkstättendirektion eingehalten werden sollte, betragen. Wenn auch diese Geschwindigkeit an manchen Orten als normale eingehalten werde, so sei doch im vorliegenden Falle die eingetretene Geschwindigkeitssteigerung als Ursache des Steinbruchs anzusehen, weil die Anlage für kleinere Geschwindigkeit bestimmt war und, weil keine der sonst erwähnten möglichen Ursachen im Stande gewesen wäre, bei der vorgeschriebenen Normalgeschwindigkeit den Bruch des Steines zu veranlassen. Diesem Gutachten, führt das zweitinstanzliche Urtheil aus, könne jedoch aus dem Grunde kein Werth beigemessen werden, weil es sich auf eine nicht erwiesene Thatsache stütze. Es sei daraus nicht ersichtlich, wie es möglich, durch Versuche die Zahl der Touren, welche die Maschine im Augenblicke des Unglücks machte, festzustellen, es fehle auch die Angabe, welche Erhebungen die Sachverständigen gemacht, sie sagten auch nur, die Geschwindigkeit mochte nach den von uns wahrgenommenen Erhebungen und Versuchen 130 Touren p. Minute betragen und soweit sie dies nachträglich ermitteln konnten.

Hiernach sei die Annahme, daß die Maschine die erwähnte Geschwindigkeit hatte, nur eine unbestimmte Vermuthung.

Die Sachverständigen hätten, da außer den Zeugenaussagen weitere Beweise fehlten und die Feststellung der Geschwindigkeit zur Zeit des Unfalls der Natur der Sache nach durch eigene Sinneswahrnehmung der Sachverständigen nicht möglich war, ihrem Gutachten nur die Zeugenaussagen zu Grunde legen, die Frage also nur bejahen dürfen, wenn schon die Ueberschreitung der Tourenzahl 100 oder weniger nach ihren technischen Kenntnissen und Erfahrungen die Gefahr des Zerspringens herbeiführte. Von einer Vervollständigung des Gutachtens in dieser Richtung könne Umgang genommen werden, da es nach dem Inhalte desselben nicht zweifelhaft sei, daß die Sachverständigen erst bei der von ihnen unterstellten oder einer nicht erheblich geringeren Tourenzahl, nicht aber schon bei jeder Ueberschreitung von 100 Touren die Gefahr als vorhanden annehmen wollten. Weil daher der

Beweis nach allen Richtungen mißlungen, sei die Klage abzuweisen gewesen.

Gegen dieses Urtheil ist rechtzeitig die Revision eingelegt worden.

Entscheidungsgründe.

Der § 6 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 ist zwar durch den § 13 Ziffer 6 des Einführungsgesetzes zur Civil-Prozeß-Ordnung für das deutsche Reich für aufgehoben erklärt; dies kann jedoch auch für die nach dem 1. Oktober 1879 entschiedenen Fälle über die Haftpflicht nur unter der Voraussetzung gelten, daß die Entscheidung nach der Reichs-Civil-Prozeß-Ordnung zu fällen ist, durch deren §§ 259, 263 jener § 6 entbehrlich gemacht wird.

Im gegebenen Falle hatte also das Oberlandesgericht das Princip des § 6 zu befolgen, wornach bei der nach freier richterlicher Ueberzeugung zu treffenden Entscheidung nicht bloß die erhobenen Beweise, sondern der gesammte Inhalt der Verhandlungen zu berücksichtigen war.

Es geht aber aus dem angefochtenen Urtheile nicht hervor, daß das Gericht sich der vollen Bedeutung dieses Principes bewußt war, es muß vielmehr angenommen werden, daß solches durch Anwendung landesgesetzlicher Beweisregeln, insbesondere des vom Beklagten angerufenen § 498 der Badischen Prozeß-Ordnung eingeengt worden sei.

Die Gründe würdigen nämlich das erhobene Gutachten lediglich in Rücksicht auf die Zeugenaussagen und, indem sie aussprechen, daß die Sachverständigen nur die Zeugenaussagen zu Grunde legen durften, ziehen sie der Aufgabe und Thätigkeit derselben eine Schranke, welche mit dem gedachten Principe, das auch für die Gehilfen des Richters gelten muß, nicht vereinbar ist.

Wenn das Gericht glaubte, diesem Gutachten nicht beistimmen zu können, so war es seine Aufgabe, noch den Inhalt der Verhandlungen zu prüfen, also selbst zu erwägen, ob nicht eine Rotationsgeschwindigkeit des Schleifsteins, welche die normale immerhin um 30 pCt. überstieg, als mögliche Ursache des Unfalls

angenommen werden könne, ob eine andere, in das Bereich des Zufalls gehörige Ursache für das Zerspringen des Steines wahrscheinlich gemacht, welcher Einfluß der Thatsache beizumessen sei, daß der Beklagte selbst durch Entfernung der Steintrümmer der Klägerin ein wichtiges Mittel für die Beweisführung entzogen habe.

Es mußte demnach das Urtheil aufgehoben und, da eine Beweismüdigung nach richtigen Grundsätzen nöthig fällt, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückgewiesen worden.

(XXIII—XXXI. mitgetheilt von Herrn Oberlandesgerichtsrath Heinsheimer in Karlsruhe.)

XXIII. Ehemännliche Ermächtigung zu einem Vertragsabschlusse. Dieselbe kann nachträglich, auch nur mündlich, erfolgen.

L.-R.-S. 217.

Vgl. Zeitschrift III. 411. VII. 202.

Urtheil des Oberlandesgerichts, I. Civ.-Senat, vom 7. April 1880 in Sachen Teufel c. Hinterskirch:

„Die Beklagte erhebt Beschwerde, weil ihr Einwand der ungiltigen Bürgschaft wegen Mangel der dazu nach L.-R.-S. 217 nöthigen ehemännlichen Ermächtigung verworfen wurde. Nach den eigenen Anführungen der Klägerin ist eine Mitwirkung des Ehemanns der Beklagten beim Akt der Bürgschaftsübernahme selbst nicht erfolgt, sondern es soll die ehemännliche Ermächtigung erst nachträglich und zwar nur mündlich geschehen sein. Ob eine solche Ermächtigung Giltigkeit hat, ist bestritten. Der Gerichtshof hat sich aber für die Bejahung der Frage entschieden.

Daß eine ehemännliche Ermächtigung nachträglich und insoweit geschehen kann, als die Ehefrau ihre Einwilligung zu einem Rechtsgeschäft nicht zurückgezogen, wird von

Grolman II S. 192,

Zachariä III § 472 im Text und Anm. 44.

Behaghel I S. 189.

Stabel Institut. S. 65

und Anderen angenommen. Sie ist schon durch den Wortlaut des Gesetzes, welches in dieser Beziehung keinerlei Beschränkungen enthält, und aus dem weiteren Grund gerechtfertigt, weil regelmäßig da, wo zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts der Consens einer dritten Person erforderlich ist, die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts durch die nachträgliche Ertheilung dieses Consenses Seitens des betreffenden Dritten geheilt wird.

Windscheid Pandecten I § 83 im Text und Note 5.

Die entgegengesetzte Ansicht, welche z. B. nach Buchelt's Zeitschrift Bd. VII. S. 202 in einem belgischen Urtheil ihre Vertretung findet, kann deßhalb nicht gebilligt werden.

Erheblicheren Bedenken unterliegt allerdings die weitere Frage, ob eine solche nachträgliche Genehmigung mündlich geschehen und durch Eid bewiesen werden könne. Der Text des L.R.S. 217 sagt, daß eine Ehefrau derartige Handlungen nicht vornehmen könne, ohne daß ihr Ehemann zu dem Rechtsgeschäft selbst mitwirkt oder schriftlich darcin willigt (*sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit*). Grolman II l. c. will deßhalb die Ratifikation nur entweder in einer Urkunde oder stillschweigend dadurch zulassen, daß der Mann selbst bei der Erfüllung von Seiten der Frau concurrirt (L.R.S. 1338), und ebenso verlangen

Durantou I (Mannh. Ausgabe), n. 1032

Behaghel I S. 189

u. A. zur Rechtswirksamkeit einer solchen Ratifikation eine (öffentliche oder Privat-) Urkunde, während Andere wieder, wie z. B.

Laurent Principes III n. 118

die Bestimmung in L.R.S. 217 für eine Beweisvorschrift erklären, den Beweis jedoch nur durch ein Schriftstück zulassen wollen.

Vergl. auch Buchelt Zeitschr. III. S. 411.

Noch weiter gehen

Zachariä III. § 472.

Aubry u. Rau V. § 472 Text und Note 52 u. 53.
Demolombe IV. n. 193. 197.

Die beiden letzteren jedoch erklären den Zeugenbeweis auch da, wo ein Werth von unter 150 Frs. in Frage ist, ausgeschlossen, gestatten den Eid aber unbedenklich.

Diese letzterwähnte Ansicht, welche von Aubry und Rau auch mit Rücksicht auf die Entstehung des Artikels vertheidigt wird und die das Gr. Oberhofgericht nach Annal. XXXII. S. 41. XXXV. S. 204 den dort mitgetheilten Entscheidungen zu Grund gelegt hat, wurde auch in vorliegendem Fall vom Gerichtshof gebilligt.“

XXIV. Proceßkostenvorschuß im Ehescheidungsproceße.

Die auf Ehescheidung klagende oder beklagte Ehefrau kann von dem Ehemann einen Vorschuß zur Bestreitung der Proceßkosten verlangen.

L.R.S. 268.

Aus den Entscheidungsgründen zum Urtheile des Oberlandesgerichts Karlsruhe III. Civ. Sen. vom 27. Juli 1880 in Sachen K. gegen K.

„Das erstinstanzliche Urtheil wurde aus dem doppelten Grunde angefochten, weil der Ehefrau das Recht nicht zustehe, gegen den Willen ihres Mannes, welcher allein über das Gemeinschaftsvermögen zu verfügen habe, durch Ehesklagen oder Anträge auf Erlassung provisorischer Maßregeln, wie die fragliche, die Gemeinschaft bezw. den Gemeinschaftsantheil des Mannes mit Kosten zu belasten; — und weil unter der im L.R.S. 268 erwähnten Unterhaltsrente nicht auch die Gewährung eines Vorschlusses zur Bestreitung der Proceßkosten der Frau für das Ehescheidungsverfahren begriffen sei.

Was den ersten Punkt betrifft, so kann von Erörterung der heute vom berufsungsklägerischen Vertreter besprochenen Frage, ob der Ehemann an den durch eine Scheidungsklage seiner Frau erwachsenen Proceßkosten unter allen Umständen definitiv zu participiren habe, schon um deswillen Umgang genommen werden,

weil solche nicht Gegenstand des Streites und der Entscheidung ist, sondern es sich dormalen nur darum handelt, ob die Ehefrau kraft eigenen Rechts befugt erscheint, den Ehemann auf gerichtlichem Wege zu nöthigen, daß er ihr während des Scheidungsverfahrens zur Bestreitung ihrer nöthigen Bedürfnisse die erforderlichen Mittel nach Verhältniß des Vermögens, worüber er zu verfügen hat, vorläufig gewähre. Diese Frage ist aber entschieden zu bejahen.

Wie die Ehefrau nach L.R.G. 215 zur Erhebung einer Scheidungsklage der ehemännlichen Ermächtigung nicht bedurfte und dieselbe, nachdem jene Bestimmung mit der neuen Gesetzgebung nur deshalb außer Wirksamkeit getreten ist, weil die Proceßfähigkeit einer Frauensperson durch ihre Eigenschaft als Ehefrau überhaupt keiner Beschränkung mehr unterliegt (§ 146 des Bad. C. Ges. zu den R.F.G. § 51 Abs. 2 der R.C.P.O.), jetzt gleichfalls, ohne irgend welche Ermächtigung nöthig zu haben, hiezu berechtigt ist, so muß sie nothwendig auch legitimirt erscheinen, alle diejenigen Befugnisse, welche ihr das Gesetz in Bezug auf das Scheidungsverfahren einräumt, selbständig gerichtlich geltend zu machen. Zu diesen ihr vom Gesetz ausdrücklich gegebenen Befugnissen gehören aber die, daß sie während des Scheidungsprocesses die eheliche Wohnung verlassen und — wenn sie dies thut — die Gewährung einer Unterhaltsrente bezw. der zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse nöthigen Mittel nachsuchen darf, daß sie also während dieses Zeitraums — ihre Bedürftigkeit vorausgesetzt — allerdings die Gemeinschaft belasten, bezw. ihren Ehemann mit ihren Anträgen auf Gewährung jener Mittel in Anspruch nehmen kann. L.R.G. 268. Wenn deshalb die begehrte Leistung der fraglichen Geldsumme zur Bestreitung von Proceßkosten unter die dem Ehemanne nach der vorgedachten Gesetzesstelle obliegenden Verbindlichkeiten zu subsumiren ist, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß die Klägerin zu dem Begehren auf sofortige Auszahlung eines Kostenvorschusses ebenso, wie auf Feststellung und alsbaldige Verabfolgung der Rentenbeträge, befugt war.

Ebenso ist aber auch, den zweiten Punct anlangend, der

Klagantrag auf Verabfolgung eines angemessenen Geldbetrags zur Bestreitung des dringendsten (voranschußweise zu machenden) Proceßkostenaufwands nach den gleichen Grundsätzen, wie das Begehren auf Leistung einer Unterhaltsrente zu beurtheilen. Wie die wechselseitige Alimentirungsverbindlichkeit der Ehegatten nach dem Bedürfniß des Anspruchsberechtigten und den Glücksumständen des Verpflichteten zu bemessen ist, so richtet sich auch die Verbindlichkeit zur Unterstützung der Ehefrau durch den Ehemann während des Scheidungsverfahrens, sofern jene nicht in der ehelichen Wohnung unmittelbar ihren Unterhalt bezieht, nach ihrem Bedürfnisse und den Vermögensverhältnissen des Mannes. L.R.G. 208. 209. 268. Zu diesen Bedürfnissen der Frau gehören aber nicht nur die eigentlichen Subsistenzmittel, sondern ebenso auch die Mittel zur Bestreitung der Kosten des Scheidungsverfahrens, welches herbeizuführen sie befugt und das durchzuführen sie — in Ermanglung eigenen verfügbaren Vermögens — nur dann in der Lage ist, wenn ihr dazu vom Manne die nöthige Aushilfe gewährt wird. Die Möglichkeit der Erreichung des mit der Klage angestrebten Zweckes darf der Ehefrau durch Vorenthaltung dieser Mittel, deren Verabreichung nicht einmal von ihrem Aufenthalt außerhalb der ehelichen Wohnung abhängig sein kann, nicht benommen werden und entspricht es deßhalb dem Geiste des Gesetzes betreffs der Anordnung fürsorglicher Maßregeln nach Erhebung einer Scheidungsklage durch die Ehefrau vollkommen, der letzteren auf Nachsuchen die Mittel zur Proceßführung noch besonders zuzubilligen, sofern nicht schon bei Bemessung der für sie ausgesetzten Unterhaltsrente auf dieses Bedürfniß bedacht genommen ist.

Bergé. Grolman, Handbuch 2c. 3. Band S. 238.

Lassaulx, Comment. 2. Band S. 101 Ziff. 11.

Laurent, principes, III. n. 263.

Dalloz, Répert. séparation de corps, n. 148.

Letzteres ist hier nicht der Fall, da das Untergericht neben der Unterhaltsrente noch weiter auf Zahlung der Kosten erkannte und damit aussprach, daß es bei Festsetzung des Rentenbetrags nicht auch das Kostenbedürfniß der Frau berücksichtigt habe.

Da nun unbestrittenermaßen die Klägerin, Berufungsbe-
 klagte, kein eigenes, ihrer Verfügung unterstehendes Vermögen be-
 sitzt, woraus sie die fraglichen Kosten zu bestreiten vermöchte,
 während der Beklagte, Berufungskläger, im Genusse des ganzen
 Gemeinschaftsvermögens sich befindet und da die Größe des der
 Ersteren zuerkannten Kostenbetrags beklagterseits nicht beanstandet,
 vom Vertreter des Mannes vielmehr heute ausdrücklich erklärt
 wurde, daß hiergegen eine Beschwerde nicht erhoben werde, so
 erscheint die ergriffene Berufung nicht gerechtfertigt und war die-
 selbe als unbegründet zu verwerfen."

XXV.

Theilungsklage.

Die Zuweisung bestimmter Stücke an Stelle der Verloosung kann nicht
 erzwungen werden. — Unauflöslichkeit des Miteigenthums.

(Oberlandesgericht Karlsruhe, II. Civilsenat, 23. April 1880, Hoerdt
 gegen Mez.)

„Nicht nur die Wissenschaft ist darüber einig, daß, soweit
 nicht eine Loosbildung und Verloosung möglich ist, die gericht-
 liche Versteigerung stattfinden muß und nicht etwa zur Umgehung
 der Verloosung eine Zuweisung einzelner bestimmt bezeichneter
 Stücke gegen den Willen der Miteigenthümer erzwungen werden
 kann,

Demolombe XV. n. 680.

Aubry u. Rau VI. § 624. Num. 36.

Laurent, principes X. n. 335—337,

sondern auch die Gerichtspraxis theilt diese Auffassung. Wohl
 soll, soweit es die amtliche Fürsorge für Minderjährige betrifft,
 à l'amiable par voie d'attribution vorgegangen werden können
 (Sirey recueil 1875. II. 105) und es hat der französische Cassa-
 tionshof wegen ganz ausnahmsweiser Verhältnisse — es standen
 Rechtsgebräuche der Hindus in Frage — einmal in neuerer Zeit
 einen derartigen Zwang bei einem Streite zwischen selbstständigen

Parteien geübt, (Sirey recueil 1855 I. 817 Urtheil vom 15. November 1853), allein im Uebrigen schließt die Praxis die zwangsweise voie d'attribution constant aus. Sirey recueil 1847 I. 610, 1850 I. 369; 1866. II. 233, 1874. I. 199). Das neueste Urtheil des französischen Cassationshofes über diese Frage (11. August 1875) besagt in dieser Richtung:

„Attendu que le tirage au sort des lots régulièrement formés étant la seule voie admise lorsque les parties ne sont point d'accord pour opérer le partage à l'amiable, il ne peut, en ce cas, être procédé par attribution, à l'une ou à l'autre des parties, d'un lot spécialement destiné à la remplir de ses droits.“

Sirey recueil 1876. I. 468.

Sodann hat die Civilkammer mit Recht ausgeführt, daß nach der ganzen Beschaffenheit der Vertlichkeit der Hof überhaupt gesetzlich untheilbar sei. Es gibt trotz der L.R.S. 577 b. g, 815, 857, 1686 ein durch Unauflöslichkeit ausgezeichnetes Miteigenthum, wenn die im Miteigenthum stehende Sache als die nothwendige, unentbehrliche Zubehörde mehrerer in getrenntem Eigenthum stehenden Liegenschaften dient.

Zachariä-Puchelt I. § 197 Anm. 22.

Behaghel, bad. bürgerl. Recht, 2. Aufl. I. § 91. S. 339; § 108. S. 426.

Mubry u. Rau II. § 221. S. 411.

Demolombe XI. n. 444. 446.

Laurent, principes VII. n. 162 ff., X. n. 235.

In vorliegendem Falle handelt es sich nun unbestritten nicht nur um eine gemeinschaftliche Einfahrt, sondern auch um einen gemeinschaftlichen Hof, der nicht nur häuslichen und gewerblichen, sondern bei dem Vorhandensein einer gemeinschaftlichen Scheuer auch landwirthschaftlichen Zwecken dient. Es könnte sich also hiernach gar nicht darum handeln, den für die Zwecke der Einfahrt nicht nöthigen Raum in 3 gleiche Loose zu theilen und zu verlosen, sondern jeder der Miteigenthümer hätte neben der Einfahrt mindestens einen Anspruch auf einen seinem Be-

dürfnisse an der gemeinsamen Zubehörde entsprechenden Antheil als Hof; allein Angesichts des Planes und Augenscheins reicht die zu theilende Fläche durchaus nicht hin, um den Theilungsberechtigten auf dem Wege der Loosbildung je einen selbstständigen Hof zu bilden. Die gemeinsame Zubehörde würde für ihre Bestimmung minder brauchbar gemacht (L.R.G. 827b). In solchen Fällen aber kann sich kraft der gezwungenen Untheilbarkeit des Miteigenthums jeder Theilhaber der Theilung widersetzen.

Annalen XXXI. 58; XXXVII. 91.

Sirey recueil 1858 I. 347.

Seuffert Archiv XV. Nr. 126, XX. Nr. 32; XXIV. Nr. 239. 300."

XXVI. Unvereinbarkeit zweier Testamente.

Dieselbe kann sich ebenso aus der faktischen Unmöglichkeit, wie aus der erkennbaren Absicht des Testators ergeben.

L.R.G. 1036.

Zeitschrift IX. 25. X. 375. XI. 570.

Urtheil des Oberlandesgerichts III. Civ. Sen. vom 5. Januar 1880 i. S. Lindau geg. Bittmann.

„Wenn die Erblasserin im Testamente vom 8. Juli 1877 nach den Eingangsworten: „Wenn ich unwerheirathet sterben sollte, so bestimme ich über meinen Nachlaß Folgendes:“, ihrer Halbschwester Mathilde L. ein Legat von 5000 M. zuwendet, sich eine — im dritten Testament vom 1. August 1877 dann vergebene Summe von 150 M. vorbehält und sodann fortfährt: „mein übriges Vermögen vermache ich meiner Freundin Johanna Bittmann“, so kann dieses Testament nur so ausgelegt werden, wie der Unterrichter es ausgelegt hat, daß nämlich damit die Erblasserin eine erschöpfende und vollständige Disposition über ihren Nachlaß habe treffen wollen und nicht die Absicht gehabt

hat, früher angeordnete Legate aufrecht zu erhalten. Die Absicht erschöpfender Disposition ergibt sich namentlich auch aus der Wiederholung der Erbeinsetzung der Johanna Bittmann, die ganz überflüssig gewesen wäre, wenn die Erblasserin die Aufrechthaltung des Testaments vom 12. Juli 1875, das neben einem Legate von M. 1000 für die Klägerin diese Erbeinsetzung schon enthalten hatte, würde beabsichtigt haben.

Das Untergericht hat es bei dieser aus der Fassung des Testaments vom 8. Juli 1877 sich unzweifelhaft ergebenden Absicht der Erblasserin auch mit Recht abgelehnt (L.R.S. 1100de), Ladung zu verfügen und durch außerhalb der Testamentsurkunde zu schöpfende Beweise einen auf Aufrechterhaltung des Testaments vom 12. Juli 1875 gerichteten Willen der Erblasserin zu ermitteln. Es nahm mit Recht einen Widerruf der in letzterem getroffenen Disposition an, bewirkt dadurch, daß das zweite Testament Verfügungen enthält, neben welchen das früher angeordnete Legat nicht gleichzeitig bestehen kann. L.R.S. 1036. Der Gerichtshof nimmt an, daß die Unvereinbarkeit der neuen Verfügungen mit der früher getroffenen nicht nothwendig in der faktischen Unmöglichkeit bestehen muß, beide nebeneinander zu vollziehen, daß sie vielmehr auch darin bestehen kann, daß der Erblasser zweifellos die Absicht zu erkennen gegeben hat, daß beide Verfügungen nicht neben einander vollzogen werden dürfen, sondern die frühere aufgehoben sein soll.

Vgl. Stabel, Instit. S. 269;

Buchelt, Zeitschrift, Bd. II. S. 326.

Zachariä (herausg. v. Buchelt) Note 9a und 11 zu § 725;

Demolombe XXII. n. 170.

Annalen Band XXVIII. S. 300.“

X XVII. Ungültigkeit der Darlehensaufnahmen Minderjähriger.

Nach dem badiſchen Landrechtszuſaße 1124b findet die Umſtoßung ſchon wegen der Minderjährigkeit ſtatt.

Urtheil des Oberlandesgerichts, I. Civ. Senat, vom 14. April 1880, i. S. Greulich gegen Röder.

„Es kann dahin geſtellt bleiben, ob nach franzöſiſchem Recht ein von einem Minderjährigen geſchloſſener Darlehensvertrag nur wegen Verkürzung oder ſchon wegen der Minderjährigkeit allein umgeſtoßen werden kann. Nach Satz 1124b des bad. Landrechts iſt dieſe Frage in letzterem Sinne zu entſcheiden. Denn aus der Vorſchrift dieſes Satzes, daß ein Vollmündiger, der außer der Eltern und Pfleger Haus ſich ſelbſt überlaſſen iſt, vorbehaltenlich der Umſtoßung im Verletzungsfall, alle für ſeinen Unterhalt und Beruf geeigneten Verträge abſchließt, folgt, daß alle übrigen von dem Minderjährigen allein geſchloſſenen Verträge ohne den Beweis der Verkürzung als nichtig angefochten werden können. Ein Darlehensvertrag gehört aber ſeiner Natur nach nicht zu den in L.R.S. 1124b bezeichneten Verträgen, es hätte alſo aus den Umſtänden nachgewieſen werden müſſen, daß der von der Beklagten geſchloſſene ein ſolcher ſei. Die Beklagte war, wie Kläger ſelbſt anführte, von ihrem Vormund angewieſen, ihr Brod zu verdienen, hatte aber ihren Dienſt verlaſſen und, ſtatt zu ihrem Vormund zurückzukehren, ſich in Wohnung und Koſt begeben. Unter dieſen Umſtänden kann ſie, da ſie von ihrem Vormund nur während ihres Dienſtes ſich ſelbſt überlaſſen war, nicht für berechtigt angeſehen werden, Verträge für ihren Unterhalt allein zu ſchließen, geſchweige denn Darlehen zur Beſtreitung der Unterhaltskoſten aufzunehmen.“

XXVIII. Entschädigungsanspruch.

Zu der Unterlassung einer Warnung liegt jedenfalls dann kein verantwortliches Verschulden, wenn der nachher Verunglückte jede gebotene Vorsicht außer Acht ließ.

L.R.G. 1383. 1148a. 2000.

Urtheil des Oberlandesgerichts, II. Civ. Senat. (als Oberappellationsinstanz) vom 5. Dezember 1879 i. S. Heng geg. Haas.

„Der Kläger ist nicht beschwert. Nach seiner eigenen Darstellung hat sich der Beklagte, wie der Vorderrichter mit Recht annahm, keine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, welche ihn zum Schadensersatz verpflichtete; denn es lag für denselben, indem er, wie die Klage behauptet, den Kläger beauftragte, auf einem diesem fremden Speicher eine Befichtigung von Dielen vorzunehmen, keine Verpflichtung vor, diesen vor möglichen Gefahren zu warnen, da er berechtigt war, anzunehmen, der Kläger werde in den, wie er selbst angibt, ihm unbekanntem halbdunkeln Räumlichkeiten die geeignete Vorsicht anwenden und die nöthigen Vorkehrungen treffen,“ um sich vor einem möglichen Unfalle zu bewahren. Damit wird der Klage, wie sie erhoben ist, die rechtliche Grundlage entzogen. L.R.G. 1383. — Würde man aber selbst annehmen, daß wegen der unterlassenen Warnung vor der Gefahr dem Beklagten eine Nachlässigkeit zur Last gelegt werden könnte, so träfe jedenfalls den Kläger ein Mitverschulden, indem er selbst beim Betreten des Speichers die nöthige Vorsicht nicht anwendete, und es würde in diesem Falle die Bestimmung des L.R.G. 1148a, sofern man aber den Beklagten als den Auftraggeber des Klägers ansieht, jene des L.R.G. 2000 der Klage entgegenstehen, da der Erstere seinen Beauftragten nur dann wegen Unfälle, welche diesen bei Gelegenheit der Geschäftsführung trafen, entschädigen müßte, wenn jene nicht durch eigene Unvorsichtigkeit veranlaßt wurden.“

XXIX. Unterschied zwischen Verweisung und Rechtsabtretung.

Die Rechtsabtretung bewirkt eine Rechtswandlung.

Urtheil des Oberlandesgerichts I. Civ. Senat vom 7. April 1880 in Sachen Rosenthal gegen Jäger.

„Das landgerichtliche Urtheil hat die Einrede, daß die eingeklagte Darlehensforderung von 5000 M. nebst Zinsen getilgt sei, nicht nur nicht für bewiesen, sondern sogar für widerlegt angenommen und darum unbedingt nach dem Klagebegehren erkannt. Dadurch sind aber die Beklagten beschwert.

Es ist nämlich nicht bestritten, daß die beklagtischen Eheleute unter Vermittlung des Klägers am 18. Februar 1878 ihr Anwesen in Sch. an M. um 39000 M. verkauft haben. Schon nach dem Grundbucheintrag wurde der Kläger, der am gleichen Tage ein anderes Gut in S. um 23,000 M. verkauft hat, angewiesen, einen Betrag von 12000 M. bei M. zu erheben. Nach der Behauptung der Beklagten war damals bereits die Vereinbarung getroffen, daß der Betrag von 12000 M. zur Tilgung der hier eingeklagten Forderung von 5000 M. und von weiteren 7000 M. an dem Kauffchilling für das Gut in S. cedirt werden sollte, was dann auch am 9. April 1878 geschehen sei. Nach der über diesen Vorgang aufgenommenen Rechtsabtretungsurkunde übertrug S. an den Kläger den Betrag von 16716 M. 30 nebst Zins vom 18. Februar 1878 mit allen ihm darauf zustehenden Rechten und Ansprüchen zu Eigenthum. Für die Beibringlichkeit der cedirten Forderung übernahm der Cedent als Bürge und Selbstschuldner die Haftbarkeit insoweit, bis der Cessionar die ihm cedirte Forderung bei M. sicher gestellt habe. Der Rechtsübergang wurde auch dem Drittschuldner eröffnet. Nun ist zugegeben worden, daß in dem abgetretenen Betrage von 16714 M. 30 Pf. die beiden verwiesenen Beträge von 5000 und 7000 M. enthalten seien und dazu nur noch der Restbetrag von 4714 M. 30 Pf. komme, den S. noch an M. zu fordern hatte. Dafür spricht auch schon die Abrechnungsurkunde vom 22. Mai 1878, in welcher die Zinsen aus dem Darlehen von 5000 M. bis zum

Februar 1878 verrechnet sind, von welchem Zeitpunkt sie von dem Gutskäufer M. zu bezahlen waren.

Hieraus ergibt sich, daß die Darlehensforderung von 5000 M. durch den Rauffschilling bei M. getilgt werden sollte und daß zu diesem Zwecke die Verweisung und Rechtsabtretung erfolgt sind. Mit Recht wurde angenommen, daß durch die Verweisung allein die Beklagten aus ihrer alten Verbindlichkeit nicht losgelassen worden sind. Mit dieser Verweisung kann aber die Rechtsabtretung vom 9. April 1878 nicht auf gleiche Linie gestellt werden, wie auch nicht anzunehmen ist, daß sie nur behufs der Legitimation des Klägers zur Einklagung erfolgt sei, da hinzu schon die Verweisung genügte und die Garantieübernahme überflüssig gewesen wäre.

Wie schon der Wortlaut ergibt, enthält die Rechtsabtretung einen Eigenthumsübergang der abgetretenen Forderung, eine Hingabe an Zahlungsstatt, die einem Kaufe gleichsteht und eine Rechtswandlung bewirkte, so daß dadurch die Schuld von 5000 M. getilgt wurde.

Vgl. Laurent principes XVIII. n. 323, XXIV. n. 152/3.

Aubry u. Rau Bd. III. S. 487 Anm. 4.

Daß diese Folge von den Parteien auch beabsichtigt war, ergibt sich aus der Garantieübernahme Seitens des Beklagten. Wäre dieser noch für den Schuldner des Darlehens gehalten worden, so wäre die Garantieübernahme nicht nöthig gewesen, der Beklagte hätte nicht für seine eigene Schuld Bürge sein können. Durch die Garantieübernahme hat S. eine neue persönliche Verbindlichkeit übernommen, kraft deren er dem Kläger allerdings unter den gestellten Bedingungen verpflichtet ist. Auf diesen Titel ist aber die Klage nicht gestützt.

Die auf Troplong IV. n. 847 gestützte Behauptung des appellatischen Anwalts, daß die Hingabe der Forderung an Zahlungsstatt nur eine bedingte Zahlung enthalte und die alte Verbindlichkeit wieder auflebe, sofern die Zahlung nicht erfolge, ist offenbar unbegründet, denn eine stillschweigende Bedingung kann ohne bestimmte gesetzliche Vorschrift nicht angenommen werden.

Vergl. Laurent a. a. O.

Das Gegentheil folgt aber auch klar aus der Bestimmung des L.R.G. 2038, wornach der Bürge, wenn der Gläubiger liegende oder fahrende Habe für die Hauptschuld an Zahlungsstatt annimmt, dadurch selbst für den Fall befreit wird, wenn diese Sachen dem Gläubiger entwährt werden. Wenn aber selbst im Falle einer Entwährung die alte Verbindlichkeit nicht wieder auflebt, so kann dies um so weniger der Fall sein bei einem Verluste in Folge der Zahlungsunfähigkeit.

Vgl. Lauckhard Rechtsfälle Bd. XI. S. 402, 410.

Da somit durch die Rechtsabtretung vom 9. April 1878 die eingeklagte Schuld des S. getilgt ist, so kann es auf einen weitem Beweis über die derselben vorausgegangene Verabredung nicht ankommen, wie auch in dem Urthe vom 9. April der vom Untergericht angenommene direkte Gegenbeweis nicht gefunden werden kann.“

XXX.

Verpfändungsvertrag.

Die Kenntniß des Pfändgebers, daß der Pfändnehmer nur noch kurze Zeit zu leben hat, macht den Vertrag nichtig, weil kein durch die Natur des Glücksvertrags gebotenes Wagniß mehr vorliegt. L.R.G. 1975 findet auf den Verpfändungsvertrag analoge Anwendung.

Urtheil des Oberlandesgerichts, III. Civ. Senat, vom 5. Dezember 1879 i. S. Kramer geg. Gudemann:

„Die Ungültigkeit des fraglichen Pfändvertrags folgt aus der rechtlichen Natur desselben als eines Glücksvertrags, L.R.G. 1104, 1964; wenn auch L.R.G. 1964 den Verpfändungsvertrag nicht ausdrücklich unter den Glücksverträgen aufführt, so ist derselbe doch als III. Kapitel des XII. Titels in den Anhangätzen 1983 a. flg. in unmittelbarem Anschluß an den Leibrentenvertrag und unter der allgemeinen Ueberschrift der Glücksverträge abgehandelt und der Verfasser des Landrechtes Brauer zählt denselben in seinen Erläuterungen Bd. III. S. 691 ausdrücklich zu den Glücksverträgen, zu welchen er auch begrifflich gehört. L.R.G.

1964 enthält eben nur Beispiele und ist unverändert dem französischen Gesetzbuch entnommen, welchem der Verpfändungsvertrag als besonderer Vertrag neben dem Leibrentenvertrag fremd ist. Zum Wesen eines jeden Glücksvertrags gehört, daß Gewinn oder Verlust, bezw. das Werthverhältniß der beiderseitigen Leistungen von einer für beide Theile ungewissen Begebenheit abhängt; bei dem Verpfändungsvertrag ist diese ungewisse Begebenheit der Tod des Pfändnehmers, da nach demselben die Dauer der Leistungen des Pfändgebers und deshalb auch die Frage, auf welcher Seite der Vortheil des Vertrags ist, sich richtet. Wenn von vornherein dem Pfändgeber bekannt ist, daß der Pfändnehmer nur noch wenige Tage zu leben hat, die Pfände also nur auf kürzeste Zeit zu leisten ist, besteht für jenen von Anfang an keine Ungewißheit über das Verhältniß von Leistung und Gegenleistung; der Pfändgeber ist von vorn herein nicht im Zweifel, daß er den Gewinn aus dem Vertrage ziehen werde; er übernimmt für seine Person kein Wagniß, ein Pfändvertrag mit einem Todtkranken, dessen Zustand der Pfändgeber kennt, ist hiernach wenigstens als Glücksvertrag und abgesehen von der Frage, ob derselbe etwa als Schenkung eine Wirkung äußern kann, ungültig. So wenig der Wettende, welcher die Thatsache, über welche er wettet, bestimmt weiß, oder der Spieler, der die verdeckten Karten zum Voraus kennt, den durch solche Ueberlistung gemachten Gewinn behalten darf — L.R.G. 1967 —, so wenig darf derjenige, welcher einem Andern auf Lebenszeit eine Pfände zusagt, von welcher er weiß, daß sie der Andere nur auf wenige Tage beziehen kann, durch Aneignung der Gegenleistung der Pfände, die er in Wirklichkeit nicht zu leisten haben wird, sich bereichern; ein solcher Vertrag ist seinem Wesen nach hinfällig, es fehlt auf der einen Seite des zweiseitigen Vertrags die Vertragsursache; der eine Kontrahent weiß, daß er nicht ernstlich zu leisten braucht und doch ist diese seine Leistung die Voraussetzung für den Gegenkontrahenten, seinerseits die Leistung zu gewähren. L.R.G. 1102. 1131.

Windscheid: Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte S. 270 ff.

Duranton X. n. 120 ff. 146 ff.

Nach diesem rechtlichen Gesichtspunkt muß auch die analoge Anwendung des L.R.G. 1975 auf den Pfründvertrag zugelassen werden, da der dieser Gesetzesstelle zu Grund liegende Gedanke unmittelbar aus dem Wesen des Glücksvertrags fließt, also bei allen Arten desselben zutrifft, und die Singularität der Bestimmung nur darin besteht, daß für den Zeitraum von 20 Tagen eine gesetzliche Präsumtion der mala fides des Pfründgebers aufgestellt wird. Eine Ausdehnung des L.R.G. 1975 auf andere Verträge, welche diesen aleatorischen Charakter nicht haben, z. B. reine Alimentationsverträge, (s. Z. Zachariä II. § 388 Anm. 9), wäre allerdings unstatthaft, daraus folgt aber nicht, daß die zwei Unterarten desselben Gattungsbegriffs, der Leibrenten- und Verpfründungsvertrag, von denen der Letztere in dem badischen Recht eine besondere Normirung erfahren, während er im französischen Rechte im Allgemeinen nur den Regeln des Leibrentenvertrags folgt, in dieser Beziehung verschiedene Behandlung erfahren müssen; der Grund des Gesetzes gilt für beide Arten, weshalb auch die analoge Anwendung des L.R.G. 1975 auf den Verpfründungsvertrag zulässig sein muß. L.R.G. 4a und I. Einf. Edikt (einleitende Worte.)

XXXI.

Pfandstrich.

Das Begehren nach Pfandstrich setzt auch die Befriedigung des etwa vorhandenen Bürgen mit seinen Ersatzansprüchen voraus.

L.R.G. 1251 Z. 3. 2029. 2037. 2160.

Urtheil des Oberlandesgerichts, II. Civ. Senat, vom 23. Dezember 1879 i. S. Geörg gegen Levi.

„Nach den Bestimmungen der L.R.G. 1251 Ziff. 3 und 2029 tritt der Bürge, welcher die Schuld, wofür er sich verbürgt hat, bezahlt, kraft Gesetzes in alle Rechte des Gläubigers ein, er kann daher auch die Vorzugs- und Unterpfandsrechte, durch welche die Forderung gesichert war, für sich in Anspruch nehmen und geltend machen. Ein solches Vorzugs- oder Unterpfandsrecht ist daher noch nicht „in gesetzlichem Wege abgethan“,

wie sich das Land-Recht in Satz 2160 ausdrückt (effacés par les lois légales) wenn die Zahlung der Schuld durch den Bürgen erfolgte. In L.R.G. 2037 ist es als Erlösungsgrund der Bürgschaft bezeichnet, wenn der Gläubiger vor erfolgter Zahlung dem Bürgen unmöglich macht, in seine, des Gläubigers, Rechte, Pfänder und Vorzüge einzutreten, nicht minder muß der Gläubiger eines Entschädigungsanspruchs gewärtig sein, wenn er nach der durch den Bürgen erfolgten Zahlung diesem die Geltendmachung von Vorzugs- und Pfandrechten durch Gewährung eines Pfandstrichs an die Hauptschulder unmöglich macht.

Im vorliegenden Falle hat der Kläger, welcher den Strich eines eingetragenen Vorzugsrechts begehrt, selbst angeführt, daß nicht er, sondern Josef Geörg, welcher ursprünglich, noch bevor ein Vorzugsrecht begründet war, selbst der Forderungsberechtigte war, beziehungsweise dessen Erben die betreffende Schuld getilgt haben. Josef Geörg hatte nämlich die Forderung an Leopold Levi, den Rechtsvorgänger der Beklagten, abgetreten, dabei aber die sammtverbindliche Haftbarkeit für die Schuld übernommen, und er, beziehungsweise seine Erben haben sodann noch zu Lebzeiten des Leopold Levi an diesen Zahlung geleistet, weil der Hauptschuldner hiezu nicht im Stande war.

Die Beklagten sind nach dem Obigen berechtigt, die Pfandstrichbewilligung zu verweigern, so lange der Kläger nicht nachweist, daß die Schuld vollständig getilgt, d. h. auch der Bürge mit seinen Ersatzansprüchen befriedigt ist, oder auch ohne solche Befriedigung seine Einwilligung zu dem Pfandstriche erteilt. Es kann nicht den Beklagten zugemuthet werden, hierüber Nachforschungen anzustellen, vielmehr gehört es zur Klagebegründung, zu behaupten, daß das Vorzugsrecht auf diese Weise abgethan sei. Solche Behauptung ist aber vom Kläger nicht aufgestellt worden."

C. Rheinpreussische Jurisprudenz.

(Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Breidthardt zu Aachen.)

III. Schenkung. — Revocation. — Inverzugsetzung.

Bedarf es zur Anstellung der Klage auf Revocation einer Schenkung wegen Nichterfüllung der Bedingungen einer vorherigen Inverzugsetzung?

Berneint in einem Erkenntniß des Oberlandesgerichts zu Köln vom 15. December 1879 in Sachen Seul c. Seul.

Aus den Erkenntnißgründen:

„Wenn der erste Richter die Klage auf Revocation der an den Appellaten durch Akt vom 5. Mai 1871 gemachten bedingten Schenkung deshalb abgewiesen habe, weil Klägerin es an der im Gesetze vorausgesetzten vorherigen Sommation wegen Nichtzahlung der verfallenen Rente habe fehlen lassen, so kann diesem Grunde nicht beigetreten werden, da das Gesetz eine solche Klage nirgends an diese Voraussetzung geknüpft hat, der Artikel 953 Code civil vielmehr nur eine Anwendung des im Art. 1184 ibid. ausgesprochenen allgemeinen Princips auf die Schenkungen enthält, so daß es für die Anstellung einer Klage auf Revocation einer Schenkung eben so wenig, wie für die einer Klage auf Aufhebung eines zweiseitigen Vertrages einer vorherigen Inverzugsetzung bedarf, es sei denn, daß damit zugleich Schadenersatz gefordert werde, welchem Erfordernisse untergebens durch die Sommation vom 30. November 1878 genügt worden sei.“

IV. Schenkungen unter Ehegatten. — Schenkung der Eltern an Kinder. — Biens à venir. — Widerruf.

a. Können sich Ehegatten ihr zukünftiges Vermögen, z. B. eine Quote ihres Nachlasses, während der Ehe durch Acte unter Lebenden schenken?

b. Ist eine donatio inter vivos, welche Eltern an Kinder in Ansehung einer Quote ihres Nachlasses machen, nichtig?

c. Ist ein onoroser Vertrag über eine solche Nachlassquote nichtig?

d. Wird durch eine solche Schenkung, wenn sie nichtig ist, und welche in Beziehung auf die geschenkten Gegenstände alsdann eine Incompatibilität darstellt, eine frühere, an sich gültige Schenkung widerrufen?

(Erkenntniß des Oberlandesgerichts Cöln vom 30. October 1879, Kröltges c. Weinand).

In einem Theilungsproceß, welcher die Theilung der zwischen J. Kröltges und seiner verstorbenen Frau Anna Maria Heppen bestandenen Gütergemeinschaft und die Theilung des Nachlasses der besagten Frau Kröltges zum Gegenstande hatte, kamen folgende Acte in Betracht:

a) ein Notarialact vom 5. Mai 1847, durch welchen Frau Kröltges ihrem Manne, wie es wörtlich heißt, „Schenkungen unter den Lebendigen in bester Form von dem verfügbaren Theile ihres dereinstigen Nachlasses“ machte;

b) ein Notarialact vom 26. Februar 1872, worin beide Ehegatten Kröltges einer Tochter, der Ehefrau Weinand unter dem Titel einer Schenkung unter Lebenden eigenthümlich zum vorab und vor der Theilung einen Kindestheil ihres gesammten Vermögens, welches sie bei ihrem Ableben hinterlassen würden, übertragen, wogegen diese und ihr Ehemann die Verpflichtung übernehmen, die Eheleute Kröltges in ihrem Haushalt zu unterstützen und in Krankheit zu pflegen. Das Landgericht zu Trier wies zunächst der Ehefrau Weinand einen Kindestheil und sodann dem Vater Johann Kröltges den nach Abzug dieses Kindestheils von dem disponiblen Theile des Art. 1094 C. c. ($\frac{1}{4}$ Eigenthum und $\frac{1}{4}$ Nießbrauch) noch übrig bleibenden Rest zu. Hiergegen beschwerten sich die übrigen Kinder Kröltges im Berufungswege, griffen beide Acte als nichtig an, und machten in Betreff der behaupteten Nichtigkeit

des ersten Actes namentlich geltend, daß der Art. 1093 C. c., welcher im 9. Kapitel stehe, nur für diejenigen Schenkungen unter Ehegatten, welche im Ehevertrage gemacht würden, das 8. Kapitel für anwendbar erkläre. Eventuell wurde behauptet, daß durch die zweite Schenkung an die Ehefrau Weinand, wenn sie auch nichtig sei, doch nach Analogie des Art. 1037 C. c. die erste Schenkung an den Ehemann Johann Kröltges widerrufen werde.

Durch Urtheil vom 30. October 1879 verordnete das Oberlandesgericht unter theilweiser Reformation des Urtheils a quo die Theilung des Nachlasses der Ehefrau Kröltges in der Art, daß davon dem Ehemann derselben $\frac{1}{4}$ zum Nießbrauch und $\frac{1}{4}$ zum vollen Eigenthum, von dem Reste aber jedem der 5 Kinder $\frac{1}{5}$, also $\frac{1}{20}$ nacktes und $\frac{2}{20}$ volles Eigenthum zufalle.

Aus den Gründen:

„Soviel den Act vom 5. Mai 1847 betreffe, so sei nicht das gegenwärtige Vermögen, sondern der künftige Nachlaß Gegenstand der Schenkung. Appellanten behaupteten die Ungültigkeit dieser Schenkung deshalb, weil nach Art. 943 C. c. nur gegenwärtiges Vermögen Gegenstand einer Schenkung unter Lebenden sein könne und die Ausnahme des Art. 947 sich nur auf Schenkungen im Ehevertrage beziehe. Nach den bestimmten Worten des Art. 947 solle jedoch die Beschränkung des Art. 943 nicht Platz greifen bei denjenigen Schenkungen, deren im Kapitel 8 und 9 Erwähnung geschehe. Im Kapitel 9 werde von Liberalitäten der Eheleute unter einander gehandelt, sei es durch Ehevertrag, sei es während der Ehe. In den ersten Artikeln des Kapitels seien Bestimmungen für den Fall vorgesehen, daß im Ehevertrage Schenkungen des biens à venir enthalten seien; es werde dort aber der Satz des Art. 947 nicht wiederholt, daß die Schenkungen nicht auf die biens présents beschränkt seien. Der Art. 1096 treffe dann für den Fall, daß die Schenkung während der Ehe stattfinde, eine Bestimmung, daß sie widerrufbar sei, sage aber darüber, welche Güter geschenkt werden könnten, nichts. Es läge mithin

kein Grund vor, die Vorschrift des Art. 947, der alle Schenkungen des Kapitels 9 umfasse, rücksichtlich der während der Ehe gemachten für unanwendbar zu erachten, und das um so weniger, weil gerade durch die Widerruflichkeit eine solche Schenkung der Natur einer Verfügung von Todeswegen ähnlich werde. Wenn die Schenkung die biens à venir, untergebens einen aliquoten Theil des Nachlasses, zum Gegenstande habe, so könne selbstverständlich von einer Transcription und einem état estimatif (Art. 939 und 948 C. c.) keine Rede sein, die nothwendig biens présents voraussetzten. Die Rechtsbeständigkeit des Actes vom 5. Mai 1847 könne hiernach einem Zweifel nicht unterliegen.

Soviel den Act vom 25. Februar 1872 anbelange, so könne in der dort von den Eheleuten Weinand übernommenen Verpflichtung ein Acquivalent für die Schenkung nicht gefunden werden, und sei daher der Act als eine Schenkung unter Lebenden zu beurtheilen, als welche er sich auch ausdrücklich selbst bezeichne. Eine Schenkung unter Lebenden könne aber nach Art. 943 nur die biens présents zum Gegenstande haben und sei, sofern sie auf biens à venir sich erstrecke, in so weit nichtig; eine Ausnahme für solche Schenkungen der Eltern an die Kinder sei hier nicht, wie bei Schenkungen unter Ehegatten gemacht. Demnach sei die Schenkung in dem fraglichen Acte als nichtig zu betrachten. Die Appellaten wollten zwar wegen der darin von den Schenknehmern übernommenen Verpflichtungen den Act als einea onorosen betrachtet wissen. Dies würde aber, selbst wenn man dem beistimmen wollte, nichts ändern, weil ein solcher Vertrag über den künftigen Nachlaß nach Art. 1130 C. c. ebenfalls unstatthaft sein würde. Eine solche Schenkung eines aliquoten Theiles des Nachlasses könne auch nicht der Uebernahme einer Schuld, die erst beim Tode fällig werden sollte, gleich geachtet werden, weil im letzteren Falle ein bestimmtes gegenwärtiges Vermögensrecht sofort definitiv übertragen werde, dessen Natur nicht durch den Zeitpunkt der Fälligkeit geändert werde.

Es könne somit bei der Theilung des Nachlasses der Anna

Maria Heppen der Act vom 26. Februar 1872 keine Berücksichtigung finden. Die Appellanten behaupteten endlich, daß, obgleich dieser zweite Act ungültig sei, doch der erste in so weit durch denselben aufgehoben sei, als seine Bestimmungen mit denen im zweiten Acte nicht vereinbar seien, und daß dieser stillschweigende Widerruf nach Analogie des Art. 1037 bestehen bleibe. Der Art. 1037 bestimme, daß der in dem späteren Testamente enthaltene Widerruf bestehen bleibe, wenn dieses Testament, weil der Instituirte nicht annehmen könne oder wolle, hinfällig werde, setze also den Fall voraus, wo dieses zweite Testament ausdrücklich einen Widerruf enthalte, jedenfalls doch die Absicht des Testators, das frühere zu widerrufen, ganz unzweifelhaft kundgebe. Eine solche Absicht könne aber nicht schon aus jeder Incompatibilität unbedingt geschlossen werden und insbesondere dann nicht, wenn die Incompatibilität lediglich darin bestehe, daß wie untergebens, beide Dispositionen zusammen die verfügbare Quote überschreiten würden, und wenn die erste Disposition zu Gunsten des Ehemannes nur durch eine spätere zu Gunsten eines Kindes beschränkt werde, indem in diesem Falle im Zweifel anzunehmen sei, daß die Testatrix bloß für den Fall, daß ihre zweite Disposition zu Gunsten des Kindes in Wirksamkeit trete, die Beschränkung der ersten gewollt habe, und daß sie nicht sowohl ihrem Ehemanne etwas nehmen, als vielmehr dem Kinde etwas haben wollen. Der Art. 1036 bestimme, daß das spätere Testament, welches keinen ausdrücklichen Widerruf enthalte, das frühere nur insoweit vernichte, als seine Dispositionen mit den früheren incompatibel seien, was also dann nicht eintreten könne, wenn das zweite Testament beziehungsweise die incompatibele Verfügung desselben nicht zur Wirksamkeit gelange, weil dann jene Incompatibilität gehoben sei. Der Artikel enthalte aber nicht den Satz, daß jede Incompatibilität die Absicht des Widerrufs darthue und einem solchen gleich zu achten sei. Eine eigentliche Incompatibilität sei zudem hier nicht einmal vorhanden, da die Disposition, dem Ehegatten zu schenken, soviel gesetzlich zulässig, an sich bestehen bleibe und nicht alterirt werde dadurch,

daß der Testator später noch andere Schenkungen gemacht habe, dies könne vielmehr nur die Wirkung haben, daß bei der Realisirung eine Beschränkung eintrete, in soweit durch spätere Verfügung der disponible Vermögenstheil vermindert werde. Wenn diese Verminderung thatsächlich nicht eintrete, so könne sich die Wirkung der nicht aufgehobenen ersten Disposition nur nach Lage der Sache beim Eintritt des Erbfalles selbst bestimmen. Hiernach sei durch das Prälogat im zweiten Acte an die Ehefrau Weinand die Schenkung an den Chemann im ersten nicht für aufgehoben zu erachten und werde durch die zweite Schenkung nicht in ihrer Wirksamkeit beschränkt, weil die zweite Schenkung wegen ihrer Ungültigkeit nicht zur Wirksamkeit gelange.“

V. Verjährung der Civilklage aus einer strafbaren Handlung.

(Erkenntniß des Oberlandesgerichts Cöln vom 5. Juli 1879, Steimel c. Schmidt.)

Es ist hier folgender Rechtsgrundsatz ausgesprochen worden:

„Die durch das Reichsstrafgesetzbuch im § 67 für die Strafverfolgung von Straftthaten eingeführt und gemäß Art. XII, § 1 des Einf.Ges. zum Preuß. St.G.B. auch für die Civilklagen aus Straftthaten geltende kürzere Verjährung findet auch auf die bereits früher entstandenen Civilansprüche mit der Maßgabe Anwendung, daß die kürzere Verjährungszeit von dem Tage, an welchem das Reich-St.G.B. in Rechtskraft getreten, zu berechnen ist.

Durch die allegirten gesetzlichen Bestimmungen ist im Uebrigen bezüglich der Civilklagen aus strafbaren Handlungen an den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nichts geändert und namentlich der Art. 2252 Cod. civ. nicht ausgeschlossen.

In einem Urtheile des ehemaligen Appellhofes zu Cöln vom 1. Februar 1875 und 5. Januar ejusd. findet sich ein ähnlicher Grundsatz aufgestellt. Es heißt dort, daß die durch

das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 eingeführte kürzere Verjährungsfrist von 2 Jahren bezüglich der in früherer Zeit entstandenen Schadenersatzansprüche von dem Tage, an welchem das Reichsgesetz in Rechtskraft getreten ist, vollaus zu berechnen sei, und daß es unzulässig er scheine, mittelst combinirter Anwendung des alten und des neuen Gesetzes den unter dem alten Gesetz abgelaufenen Zeitraum der Verjährungsfrist auf den Maßstab der kürzeren Verjährungsfrist des neuen Gesetzes reducirt bei dem nach dem neuen Gesetz zur Verjährung erforderlichen Zeitraum in Rechnung zu bringen, weil sonst dem § 8 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Mai 1871 nicht eine das Klagerecht bloß für die Zukunft treffende Wirkung, sondern eine offenbar durch die Gründe und Zwecke des Reichsgesetzes nicht motivirte und allen Rechtsgrundsätzen zuwiderlaufende Rückwirkung zugeschrieben würde. (cf. Reichs-Oberhandelsger. Entsch. XX. S. 1, v. Savigny, System, Bd. 8, § 385 flg., § 361, S. 431; Aubry u. Rau, tome I., § 30, Nr. 42, S. 70)

VI. Mur mitoyen. — Gebrauchsrecht der condomini.

Darf der Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer solche zur Einlegung von Maschinentheilen seiner Fabrik benutzen? § 662 Cod. civ.

(Erkenntniß des Appellhofes zu Köln vom 7. April 1879, Junkers c. Busch).

Aus den Gründen:

„Aus dem Expertengutachten erhelle, daß die fragliche gemeinschaftliche Mauer, welche an sich schon schwach sei, dadurch, daß Theile der Maschine und der Transmissionen der Fabrik der Appellantin in dieselbe eingebracht seien, dauernd Erschütterungen erleide, daß in Folge davon Risse im Verputz sich zeigten, daß auch das Schmieröl an den betreffenden Stellen durch die Mauer dringe. Diese Anlage überschreite nicht allein den Zweck und die Bestimmung einer gemeinschaftlichen Scheidewand, wie denn auch eine solche Einwirkung auf die Mauer und die daraus entspringenden Nachtheile und Kosten bei einer

Erwerbung der Gemeinschaft an derselben nach Maßgabe des Art. 661 Cod. civ. nicht in Berechnung kämen, sondern bringe auch eine von der Appellantin in ihrem einseitigen Interesse verursachte Beschädigung der gemeinschaftlichen Mauer selbst mit sich, welche nicht eine bloß theoretische, sondern eine wirkliche und practische Bedeutung habe.

Aus dem Expertengutachten ergebe sich ferner, daß, solange die Maschinen- und Transmissions-Achsenlager der Fabrik der Appellantin in die Mauer eingelegt blieben, die Erschütterungen der Mauer fort dauerten, und daher der Beschädigung der Mauer nur durch die Entfernung der Achsenlager aus der Mauer abgehoben werden könne.

Es komme daher der Art. 662 Cod. civ. zur Anwendung, und, wenn es ein Bedürfnis sei, für das Fabriketablisement Achsenlager von Maschinen in einer Mauer zu haben, so sei ein geeignetes Mittel dazu, eine eigene Mauer zu errichten, nicht aber die Gemeinschaft einer Mauer zu erwerben und diese durch die Einlegung von Achsenlagern zu beschädigen.“

VII. Theilung von Erbschaftsforderungen. — Garantiepflicht der Miterben.

(Erkenntniß des Oberlandesgerichts Köln vom 26. November 1879. Bohne c. Bohne.)

Aus den Erkenntnißgründen:

„Der Art. 886 Cod. civ. setzt, indem er bestimmt, daß das Recht auf Gewährleistung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners einer Rente nur innerhalb 5 Jahren von der Theilung ab geltend gemacht werden könne, die Verpflichtung der Miterben als selbstverständlich voraus, demjenigen Erben, welcher in Folge der Zutheilung einer aus dem gedachten Grunde unbeitreibbaren Rente einen Ausfall an seinem Erbtheil erlitten hat, hierfür pro rata ihrer Erbportionen aufzukommen. Diese Verpflichtung wurzelt in dem Grundsatz des Cod. civ., daß bei

Theilungen die möglichste Gleichstellung des Werthes der den gleichberechtigten Erben zugewiesenen Nachlassobjecte zu erzielen sei, und ist daher ebensowohl auf andere ausstehende Forderungen, als auf Renten anzuwenden.

Dagegen finden die Grundsätze über die Gewährleistungspflicht bei der Cession von Forderungen auf Theilungen keine Anwendung, da letztere nicht nach den Regeln über permutatorische Verträge zu beurtheilen sind, sondern nur einen declaratorischen Charakter haben — Die Zahlungsunfähigkeit des einen Erben auf seinen Erbtheil überwiesenen Erbschaftschuldners bestimmt sich nach der Zeit der Theilung, als welche der Tag der Errichtung des Theilungsrecesses anzunehmen ist. — In der in der Theilungsverhandlung abgegebenen Erklärung eines Erben, er sei damit einverstanden, daß er für seine Erbquote auf die Herausgabe eines Miterben angewiesen werde, ist kein Verzicht auf den Gewährleistungsanspruch zu finden, da in jener Erklärung nicht mehr liegt, als in jeder Zustimmung eines Miterben zur Ueberweisung einer Nachlassforderung auf seinen Erbtheil, von der, wenn nichts Weiteres hinzugefügt worden, anzunehmen ist, daß sie nur in der Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners geschehen ist.“

VIII. Privilegium der Bergarbeiter. — Berechnung des letzten Jahres.

(Erkenntniß des Oberlandesgerichts Köln vom 31. December 1879, Kreuzer u. Conf. c. Meurer.)

Aus den Erkenntnißgründen:

„Das in § 249, Abs. 2 des Allg. Berggesetzes für die Preussischen Staaten vom 24. Juni 1865 im Gebiete des Rheinischen Rechts den „Bergarbeitern“ wegen der Rückstände an Lohn und anderer Emolumente aus dem letzten Jahre gewährte Privileg des Art. 2101 Nr. 4 Cod. civ. steht allen im Betriebe der Bergwerke, d. h. bei Gewinnung der Bergpro-

ducte, auch den an den Hülfsarbeiten beschäftigten Arbeitern, z. B. den Maschinenwärtern, Maschinenheizern, Schreibern, Schmieden, Ackerern und Tagelöhnern zu. Es ist kein zu reichender Grund erkennbar, den Ausdruck „Bergarbeiter“ (vgl. §§ 80 flg. des cit. Berggesetzes „Bergleute“, § 154 der Allg. Gewerbeordnung „Arbeiter von Bergwerken“) auf die unter der Erde beim Hauen und Abräumen der Producte thätigen Bergleute zu beschränken.

Soviel den Ausgangspunct zur Berechnung der Rückstände des letzten Jahres betrifft, welchen der § 249 des Berggesetzes ebensowenig wie der Art. 2101 Nr. 4 Cod. civ. den Ausgangspunct de l'année échue näher bestimmt, so ist dasjenige Ereigniß entscheidend, mit welchem im gegebenen Falle die Ausübung des Privilegiums und der Rechte der übrigen beteiligten Gläubiger sich eröffnet hat. Ein solches Ereigniß ist, abgesehen von dem Ableben des Schuldners und außer dem kaufmännischen Fallimente, durch den zu Tage getretenen Zustand der déconfiture eines nicht kaufmännischen Schuldners gegeben, welcher Zustand als das Unvermögen zur Bezahlung einer Mehrheit von apparenten Gläubigern wegen Insufficienz durch Beschlagnahme aller oder einzelner Güter des Schuldners, ebenso aber auch durch andere Umstände in die äußere Erscheinung treten kann. Der Zustand der déconfiture eines Bergwerkseigenthümers wird nicht erst durch die Beschlagnahme des Bergwerks, sondern schon offenbar, wenn der für den Bergwerksbetrieb bestellte Repräsentant unter Zurücklassung von fälligen Schulden an Lieferanten und andere Gläubiger seinen Posten im Stich läßt, sogar den Arbeitslohn der beschäftigten Bergarbeiter für die letzten 2 Monate unbezahlt läßt und der Betrieb des Bergwerks ruht. Zur Geltendmachung des Privilegs genügt die Existenz und Fälligkeit der Lohnforderungen. Die Bergarbeiter brauchen sich im Collocationsverfahren eine Anweisung nach Maßgabe des Datums der für ihre rückständigen Lohnforderungen nach Eintritt des Zustandes der déconfiture des Bergwerkseigenthümers allererst erwirkten Urtheile

und genommenen respectiven Eintragungen nicht gefallen zu lassen.“ — Rheinisches Archiv Bd. 71, Heft 1.

XI. Eheschließung. Mangel der elterlichen Einwilligung. Nichtigkeit. Ausland.

(Erkenntniß des Oberlandesgerichts Köln, den 10. März 1880. Plümacher C. Lyps)

Aus den Gründen:

„Die Entscheidung über die beim Landgerichte zu Köln anhängig gemachte Klage vom 9. Juli 1879 ist vor die zuständige Stelle gebracht worden, weil die vom Appellaten als nichtig angefochtene Ehe, wenn auch dieselbe in England abgeschlossen worden, und wenn auch die Personalstatuten des Appellaten zweifelhaft sein mögen, doch seitens eines Mannes eingegangen ist, welcher dem Inlande angehört und im Bezirke des mit der Klage befaßten Gerichts seinen Wohnsitz hat, die angefochtene Ehe jedenfalls also hier ihre Wirkungen äußert, wie ja auch, wenn die Ehe rechtsbeständig sein sollte, der Personenstand und die Rechtsfähigkeit der Ehegatten nach dahier herrschenden Gesetzen sich regeln würden, und eben denselben Gesetzen auch die Ehe und die aus der Ehe sich gestaltenden Rechtsbeziehungen unterworfen sein müßten.

Die angestellte Nichtigkeitsklage behauptet keinen Mangel der in England hergebrachten Form der Eheschließung oder einen sonstigen Mangel in der Form, vermöge dessen die Ehe als nicht abgeschlossen zu erachten wäre, sondern stützt sich auf das Fehlen eines materiellen Erfordernisses zur Gültigkeit der Eheschließung, nämlich auf die mangelnde väterliche Einwilligung zur Eheschließung für die am Tage des Eheabschlusses, vom 14. Januar 1879, noch nicht 24 Jahre alt, am 27. März 1857 geboren Anna Catharina Lyps. Bei der Entscheidung über die Voraussetzungen des Erfordernisses der väterlichen Einwilligung und über die Folgen, welche der unbestritten vor-

handene Mangel dieser Einwilligung hat, haben die hiesigen Landesgesetze, wie Eingangs angegeben worden, zur Anwendung zu kommen, im übrigen würde aber auch, selbst wenn für die in Rede stehende Beurtheilung lediglich die Statutsrechte des Appellaten als des Vaters der Appellantin maßgebend wären, immerhin unter Voraussetzung der von den Appellanten gemachten thatsächlichen Aufstellungen auf die hiesigen Rechte zurückzukommen sei, indem die Appellanten selber behaupten, daß der Appellat, wenngleich er in früherer Zeit aus der Preussischen Staatsangehörigkeit entlassen worden, doch sein Domicil in Düsseldorf beibehalten habe, wodurch er der hiesigen Civilrechte theilhaftig geblieben sei. Nach § 29 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 bedürfen eheliche Töchter zur Eheschließung, so lange sie das 24. Lebensjahr nicht vollendet haben, der Einwilligung des Vaters, nach dem Tode des Vaters des Conjoneses der Mutter. Wenn der § 32 daselbst im Falle der Verjagung der Einwilligung zur Eheschließung den großjährigen Kindern die Klage auf richterlicher Ergänzung gestattet, so gehen Tendenz und Tragweite dieser gesetzlichen Befugniß keineswegs dahin, von dem Zeitpunkte der Großjährigkeit an Stelle der Einwilligung des Vaters bezw. der Mutter die Entscheidung des Richters zu substituiren, vielmehr ist nach Wortlaut und Sinn des § 32 nur davon auszugehen, daß der angerufene Richter unter Prüfung und Würdigung der der Verjagung der elterlichen Einwilligung zu Grunde liegenden Motive diese Verjagung zwar aufheben darf, er aber dies zu thun und die Einwilligung zu ertheilen nur in Ergänzung der als unbegründet erkannten elterlichen Willenserklärungen berufen ist, hiernach also die richterliche Einwilligung nichts anderes als die ergänzte Einwilligung des Vaters resp. der Mutter ist.

Die Bestimmung des § 32 hat mithin nicht den Sinn und geht nicht dahin, an die Stelle der elterlichen Einwilligung von Erreichung der Volljährlichkeit ab etwas Neues, z. B. dem elterlichen Rath (conseil) des Artikels 151 Code civil Entsprechendes, zu setzen und somit ein Ebehinderniß anderer Natur zu schaffen, vielmehr bleibt auch nach erlangter Großjährigkeit

bis zum vollendeten 24. Lebensjahre reichsgesetzlich und unter Aufhebung der vorher hier geltenden Bestimmung des bezogenen Art. 151 C. civil. zur Eheschließung der ehelichen Töchter die Einwilligung des Vaters resp. der Mutter erforderlich, und ist diese Einwilligung nicht vorhanden und fehlt das reichsgesetzliche Erforderniß, sei es nun, daß der nach Maßgabe des § 32 angegangene Richter die Gründe der Verjagung gebilligt hat, sei es, daß der Richter wegen eines gesetzlichen oder thatsächlichen Hindernisses nicht angegangen ist.

Es hat folglich, da § 36 des alleg. Reichsges. hinsichtlich der rechtlichen Folgen einer gegen die Bestimmungen des Reichsgesetzes abgeschlossenen Ehe die Vorschriften des Landesrechts für maßgebend erklärt, die Rechtswirkung hier einzutreten, welche das diesseitige rheinisch-französische Recht an den Mangel der elterlichen Einwilligung dann knüpft, wenn dieselbe erforderlich ist.

Nach rheinischem Rechte bildet aber die mangelnde elterliche Einwilligung da, wo sie erforderlich ist, ein die Nichtigkeit der Ehe mit sich führendes Hinderniß. Dieses trennende Hinderniß steht somit der Ehe vom 14. Januar 1879 entgegen, wenn schon die Anna Catharina Lups zur Zeit der Eheschließung bereits großjährig war, indem nach den obigen Ausführungen die französisch-rechtliche Bestimmung, welche von der Großjährigkeit ab lediglich die Erbitung des elterlichen Rathes erforderte und damit ein bloß verhinderndes Ehehinderniß statuirte, durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 aufgehoben ist, und dieses letztere Gesetz das in dem Erforderniß der elterlichen Einwilligung liegende trennende Hinderniß, wegen dessen die Ehe als nichtig angefochten werden kann, bis auf das vollendete 24. Lebensjahr der Tochter ausgedehnt hat.

Auch dann aber, wenn man den thatsächlichen Behauptungen der Appellanten entgegen von der Voraussetzung ausgehe, daß Appellat sein Domicil vor dem Eheabschlusse vom 14. Januar 1879 nicht mehr im Inlande, sondern in Holland gehabt hätte, daß also sein und seiner Tochter Personalstatut nach holländischem Rechte zu beurtheilen sei, und daß die Vor-

schriften dieses Rechts für die vorliegende Entscheidung zur Anwendung zu kommen hätten, würde die Nichtigkeitsklage ebenfalls begründet sein, weil dann die Anna Catharina Lups zur Zeit des Eheabschlusses das in Holland zur Volljährigkeit erforderliche Alter von 23 Jahren noch nicht erreicht gehabt hätte, dieselbe also noch nicht großjährig gewesen wäre, mithin auch in diesem Falle es der Ehe an der zur Gültigkeit erforderlichen elterlichen Einwilligung gefehlt haben würde, indem auch nach holländischem Gesetz der Mangel der elterlichen Einwilligung ein trennendes Hinderniß jedenfalls für die Ehe eines Minderjährigen ist. In dem Anrufen und der Anwendung dieses Rechts würde hier nach Maßgabe das die Nichtigkeit der Ehe darstellenden Gegenstandes der Klage eine unzulässige Klageänderung nicht enthalten sein, wengleich in der Klage behufs ihrer Begründung nur auf die deutsche Reichsgesetzgebung Bezug genommen ist.“

X. Zurückgabe des Original-Schuldtitels unter Privatunterschrift an den Schuldner. Vermuthung. Art. 1282 Cod. civ.

(Erkenntniß des Oberlandesgerichts Cöln, den 12. November 1879, von Moof C. Disconto-Bank Lannenberg.)

Aus den Gründen:

„Nach Art. 1282 cit. beweiset zwar die freiwillige Zurückgabe des Original-Titels unter Privatunterschrift, welche von dem Gläubiger an den Schuldner geschieht, die Befreiung, und stellt auch derselbe, wie aus den Motiven sich ergibt, eine gesetzliche Vermuthung für die erfolgte Tilgung oder einen stattgefundenen Erlaß der Schuld auf, gegen welche nach der Absicht des Gesetzgebers ein Gegenbeweis nicht zulässig sein soll.

Dieser Beweis, beziehungsweise diese Vermuthung ist indessen nur an eine freiwillige Zurückgabe des Original-Titels

geknüpft. Das Gesetz nimmt daher offenbar an, daß der Gläubiger bei der Zurückgabe des Titels entweder eine bereits erfolgte Tilgung der Schuld selbst unterstellt oder aber die noch bestehende Schuld zu erlassen beabsichtigt habe, und kann es daher keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn der Gläubiger in der irrigen Annahme, daß die Schuld getilgt sei, den Original-Schuldtitel zurückgibt, diese Zurückgabe nicht als eine freiwillige im Sinne des Artikels 1282 Cod. civ. angesehen werden kann. Zwar ist in einem solchen Falle der Wille des Gläubigers, den Schuldtitel zurückzugeben, vorhanden, dieser Wille entspricht aber der Annahme nicht, welche den Gläubiger zur Zurückgabe des Schuldtitels bestimmt hat, und auf deren Grund das Gesetz den Beweis der Befreiung des Schuldners mit der Zurückgabe des Schuldtitels verbindet. -- Es erscheint mithin auch der Beweis eines der Zurückgabe des Titels zum Grunde gelegenen thatfächlichen Irrthums von Seiten des Gläubigers deßhalb zulässig, weil der Beweis gegen das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzung für die im Art. 1282 aufgestellte Vermuthung der Tilgung oder des Erlasses der Schuld und nicht gegen diese Vermuthung selbst gerichtet ist. Hierbei kann es selbstredend nicht darauf ankommen, daß im Falle des Beweises eines der Zurückgabe des Schuldtitels zum Grunde gelegenen Irrthums zugleich auch das Fortbestehen der Schuld nachgewiesen sein würde."

XI. Ueber den Sinn des Art. 1730 Code civil.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts Köln 1880. Brach C. Röhe.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Der Art. 1730 bestimmt zwar seinem Wortlaute nach daß, wenn zwischen dem Vermiether und dem Miether eine Beschreibung der Vertlichkeiten aufgenommen worden sei, der Miether die gemiethete Sache so zurückgeben müsse, wie er sie zufolge dieser Beschreibung erhalten habe, mit Ausnahme dessen,

was durch Alter, d. h. in Folge der durch den ordnungsmäßigen Gebrauch veranlaßten Abnutzung der Substanz, oder durch höhere Gewalt zu Grunde gegangen oder verschlimmert worden sei.

Indessen setzt der folgende Art. 1731, welcher für den Fall, wo eine Beschreibung der Vertlichkeiten nicht aufgenommen worden ist, die Vermuthung aufstellt, daß der Miether die Sache in einem rücksichtlich der Locativ-Reparaturen guten Zustande erhalten habe, unzweifelhaft voraus, daß auch zwischen dem Vermiether und einem Miether, welcher nur zur Bornahme der Locativ-Reparaturen verpflichtet ist, zum Zwecke der Constatirung des Zustandes des Miethobjectes rücksichtlich dieser Reparaturen eine Beschreibung der Vertlichkeiten aufgenommen werde. Es würde daher einen offenen Widerspruch bilden, wenn man etwa annehmen wollte, daß der Gesetzgeber einen solchen Miether schon aus dem Grunde, weil eine Beschreibung der Vertlichkeiten aufgenommen worden, auch zur Bornahme von Reparaturen, welche keine Locativ-Reparaturen sind und dem Vermiether gesetzlich zur Last fallen, zu verpflichten beabsichtigt habe.

Der Gesetzgeber, welcher in dem Art. 1754 ausdrücklich bestimmt hat, welche Reparaturen dem Miether im Gegensatz zu den dem Vermiether nach dem Art. 1720 obliegenden Reparaturen in Ermangelung einer entgegenstehenden Uebereinkunft zur Last fallen sollen, kann eine solche Absicht nicht gehabt haben. Für denselben würde aber auch, wenn dieses dennoch der Fall gewesen wäre, mit Rücksicht auf die in den erwähnten Artikeln enthaltenen Bestimmungen eine besondere Veranlassung vorgelegen habe, sich darüber bestimmt auszusprechen. Es kann daher dem Art. 1730 nicht der Sinn und die Bedeutung beigelegt werden, daß schon in der Aufnahme einer Beschreibung der Vertlichkeiten eine Uebereinkunft, welche den Miether auch zur Bornahme der ihm gesetzlich nicht obliegenden Reparaturen verpflichtet, oder der Beweis für eine solche Uebereinkunft enthalten sei.

Eine Beschreibung der Vertlichkeiten kann ihrem Wesen

nach nur die Feststellung des thatsächlich vorhandenen Zustandes des Miethobjectes zur Zeit des Beginnes des Miethverhältnisses bezwecken. Die Frage aber, ob und in wie weit der durch die Beschreibung constatirte Zustand vom Miether bei der Beendigung des Miethverhältnisses wiederherzustellen sei, ist, wie sich aus jenem Zwecke der Aufnahme einer Beschreibung ergibt und in der Natur der Sache liegt, nach dem Inhalte des Vertrages und den gesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen. Es kann daher schon hiernach die in Rede stehende Bestimmung des Art. 1730, daß der Miether die Lokalitäten so zurückgeben müsse, wie er sie zufolge der aufgenommenen Beschreibung empfangen habe, bei ihrer Anwendung auf einen einzelnen Fall sich nur auf die Erfüllung der vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtungen des Miethers beziehen und ist sonach auf die Erfüllung dieser Verpflichtungen zu beschränken.

Der Art. 1730 selbst gibt aber in keiner Weise zu erkennen, daß durch die Aufnahme der Beschreibung die vertraglichen oder gesetzlichen Verbindlichkeiten erweitert werden sollten. Aus den Art. 1730, 1731, 1732 ergibt sich vielmehr als unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber in diesen Artikeln nur Bestimmungen über die Beweislast und die Beweismittel hat treffen wollen. Der Gesetzgeber hätte auch, wenn er durch die Bestimmungen des Art. 1730 eine Erweiterung der Verbindlichkeiten des Miethers für den Fall der Aufnahme einer Beschreibung der Vertlichkeiten hätte einführen wollen, den schon erwähnten Bestimmungen der Art. 1720 und 1754 gegenüber seine Absicht um so mehr aussprechen müssen, als beim Mangel einer desfalligen ausdrücklichen Erklärung nicht angenommen werden kann, daß derselbe in den beiden Art. 1730 und 1731 sich in den oben angedeuteten Widerspruch habe setzen wollen.“

XII. Eisenbahn. Schadensersatzpflicht. Tunnelbau. Wasserlauf.

Erkenntniß des Oberlandesgerichts Cöln, den 8. Januar 1880. Eisenbahn-Direktion zu S. c. Müller.

Aus den Erkenntnißgründen:

„Das Expertengutachten spricht sich positiv und entschieden dahin aus, daß lediglich in den von der Appellantin (Eisenbahn) unter dem Bett des Märscheltbaches vorgenommenen Tunnelarbeiten die Ursache dafür zu suchen sei, daß das vom Appellaten zum Betriebe seiner Gerberei benutzte Wasser dieses Baches derselben zeitweise überhaupt nicht mehr und jedenfalls in weit geringerem Maße, wie früher, zufließt.

Die Appellantin bestreitet zwar auch selbst in der Unterstellung des Causal-Nexus zwischen der eingetretenen Verringerung des Bachwassers und den von ihr vorgenommenen Tunnelarbeiten den Klageanspruch des Appellaten um deswillen, weil sie zu diesen von ihr als Eigenthümerin oder doch in Vertretung des Eigenthümers das von dem Tunnel durchschnittenen und über demselben befindlichen Terrains ausgeführten Arbeiten nach den Bestimmungen der Art. 544 und 552 Cod. civ. unbedingt berechtigt gewesen, und keinesfalls dadurch ein dem Appellaten zustehendes Recht verletzt worden sei.

Diese von der Appellantin angerufenen Gesetzesbestimmungen setzen jedoch, wenn sie auch die Berechtigung des Eigenthümers zur vollen Disposition und Benutzung und namentlich zu jeder beliebigen Anlage über oder unter der Oberfläche seines Grundstücks aussprechen, einer derartigen Eigenthumsdisposition die übrigens sich schon von selbst vorstehende Schranke, daß dadurch sonstigen Gesetzesvorschriften und wohlerworbenen — namentlich den auf etwaigen Grunddienstbarkeiten beruhenden — Rechten anderer Personen nicht zuwider gehandelt werden darf.

Die im Titel von den Grunddienstbarkeiten befindliche Bestimmung des Art. 544 C. c. gewährt einerseits in wesentlicher Uebereinstimmung mit den §§ 1 und 13 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 jedem Eigenthümer, dessen Grundstück

an einem Privatflusse liegt oder von einem solchen durchzogen wird, das Recht, das an seinem Grundstück vorbei oder darüber herfließende Wasser zu seinem besonderen Vortheil zu benutzen, legt andererseits demselben aber auch die Verpflichtung auf, das Wasser da, wo es sein Grundstück verläßt, dem gewöhnlichen Laufe wieder zuzuführen. Die Appellantin hat demnach, indem sie durch die von ihr vorgenommenen Tunnelarbeiten — obwohl ohne darauf gerichtete Absicht — bewirkte, daß der gewöhnliche Lauf der unbestrittenen Maßen zu den Privatflüssen gehörenden Märscheltbaches, welcher über das von ihr als Eigenthümerin oder in Vertretung des Eigenthümers benutzte, von dem Tunnel durchzogene Terrain herfließt, dem Ausspruche der Sachverständigen gemäß nach unten geleitet und so gehemmt und verändert wurde, offenbar der gedachten Gesetzesvorschrift, daß derjenige, dessen Grundstück an einen Privatfluß anstößt oder davon durchzogen wird, das Wasser unter allen Umständen da, wo es von seinem Grundstücke abgeht, in dem gewöhnlichen Laufe belassen muß, zuwidergehandelt und dadurch zugleich aber auch das Recht des mit seiner Gerberei in der unmittelbar neben dem Märscheltbache herlaufenden Löhrgasse in Cochem belegenen, durch eine langjährige Röhrenleitung mit dem Bache in Verbindung stehenden und daher unzweifelhaft als dessen Anlieger zu betrachtenden Appellaten auf die ungeschmälernte Benutzung des an seinem Grundstück vorbeifließenden Bachwassers verletzt. Appellat kann also auch den Ersatz des ihm durch die bisherige Entziehung des Wassers entstandenen Schadens verlangen, ohne daß es darauf ankommt, ob die von ihm mittelst der Röhrenleitung ausgeübte Wasserbenutzung als eine sichtbare und ständige Servitut zu qualificiren sei.“

D. Rheinpfälzische Jurisprudenz.

(Mitgetheilt von Herrn Landgerichts-Präsidenten Uebel zu Frankenthal.)

V. Ueber Substitutionen.

Erster Fall.

Die durch Art. 896 C. c. verbotenen fideicommissarischen Substitutionen.

Bedingtes Vermächtniß oder verbotene Substitutionen? — clause de reversibilité. — Legat, an eine negative Bedingung geknüpft. — Interpretation der Verfügungen nach ihrem ganzen Inhalte. — Keine sacramentelle Form zur Erkennung einer verbotenen Substitution.

Die gewöhnliche oder Vulgar-Substitution, substitution vulgaire — vulgaris substitutio des römischen Rechtes — auch so z. B. von Arndts, Lehrbuch der Pandecten § 496, die „Nacherbeseinsetzung“, jedoch nach Windscheid ungenau, genannt, weil man es hier nicht mit einem Vor- oder Nacherben, sondern nur mit Vor- oder Nacheingesetzten zu thun habe, (Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechtes § 557 Anm. 1), ehemals in Frankreich in den Ländern des geschriebenen wie des Gewohnheitsrechtes zugelassen, ist auch nach dem Code civil nicht verboten.

Der Art. 898 C. c. hat dies mit ausdrücklichen Worten erklärt.

Verboten hat der Code civil gleich dem Decrete der Assemblée nationale vom 25. October — 14. November 1792

Dalloz, jurisprudence generale, verb. substitution Nr. 13 und 17 und

Journ. du Pal. verb. substitution Nr. 81 und 82, nur die fideicommissarische Substitutionen, wie dies schon die cour von Toulouse durch ein Arrêt vom 30. August 1813

J. d. Pal. jurisprudence française 1813 S. 683 und 684 ausgesprochen

und wie dies auch Fuchelt in Zachariä zu § 693 Anm. * des Näheren erläutert hat.

In den Entscheidungsgründen zu diesem Arrêt sagt die cour von Toulouse:

„Aussi voit-on dans le rapport des orateurs du gouvernement, fait au corps législatif, et dans celui des orateurs du tribunal, sur le titre des Donations et des Testaments du Code civ., que ce ne sont que les substitutions fidéicommissaires que les lois d'oct. et de nov. 1792 avaient voulu abolir; n'importe qu'on trouve dans ces mots toutes substitutions, cela ne peut signifier tous les genres de substitutions indistinctement, puisqu'il est démontré que ces lois ne peuvent comprendre les substitutions directes par rapport à leur caractère, mais seulement toutes les substitutions fidéicommissaires qui pouvaient se présenter sous tant de formes différentes; d'ailleurs, par cette expression substitutions, on n'entendait en France que les fideicommissaires, comme l'atteste Thévenot-Dessaules, dans son Traité des substitutions p. 141; cela résulte aussi de toutes les dispositions de l'ord. de 1747; la cour de cassation a également décidé expressément dans un arrêt du 11 pluvi., an XI, dans la cause des héretiers Barth, au rapport de M. de Lacoste, que les lois d'oct. et nov. 1792 n'ont eu en vue que les substitutions fidéicommissaires proprement dites.

1.

Nachdem der Art. 896 C. c. in seinem ersten Absätze dieses Verbot ausgesprochen, hat er im zweiten Absätze den Begriff der verbotenen Substitution dahin definiert: Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire.“

Zu den Constitutiv-Merkmalen einer solchen Substitution gehört demnach die in der Verfügung dem Institutus auferlegte

Verpflichtung, die empfangene Sache zu erhalten und einem Dritten, dem Substituten zu hinterlassen.*)" „de conserver et rendre“.

Einerseits werden, was wohl keiner besonderen Hervorhebung bedurft hätte, wie dies durch ein von der cour von Paris durch Arrêt vom 13. März 1844 (J. d. P. 1844, I. 552) bestätigtes Urtheil des tribunal civil zu Versailles geschehen war, Substitutionen nun nicht vermuthet; andererseits sind die Worte des Art. 896 C. c. nicht sacramentelle in dem Sinne, daß sie die Verfügung nur dann zu einer verbotenen Substitution machen, wenn sich ihrer der Verfügende ausdrücklich bedient, sie in die Verfügung aufgenommen hatte, wie das die cour von Poitier am 6. Mai 1847 aussprach; (J. d. P. 1847, II., 289); es reicht vielmehr hin, daß der Wille des Verfügenden, zu substituiren, in der Verfügung sich geoffenbart und gezeigt habe.

So bemerken auch sehr zutreffend Aubry u. Rau Num. 18 in § 694:

„Les termes „chargé de conserver et de rendre“, ne sont pas sacramentels; et par cela seul que le second alinéa de l'art. 896 n'exige pas, pour qu'il y ait substitution, que le donataire ait été littéralement chargé de conserver et de rendre, il suffit, que cette charge résulte, comme consequence nécessaire, des termes ou de l'ensemble de la disposition“.

In dieser Beziehung ist natürlich die Auslegung der Verfügung dem richterlichen Ermessen überlassen, sie bildet eine quaestio facti, wobei übrigens an den Cardinalregeln festzuhalten ist:

1. im Zweifel ist die Verfügung aufrecht zu halten und eine verbotene Substitution nicht deßhalb zu erblicken, weil, wie in Dalloz a. a. O. Nr. 258 zutreffend hervorgehoben wurde, der Urheber einer Verfügung nicht censirt werden soll, etwas, was wichtig ist, gewollt zu haben, man aber weiß, daß die Substitution die Wichtigkeit einer Verfügung nach sich zieht, —

*) Num. 1. So übersetzt Zachariä § 693 das Wort „rendre“.

man vgl. auch den Eingang der Entscheidungsgründe zu den in Bd. IV. S. 82 flg. dieser Zeitschrift mitgetheilten Urtheilen — oder weil, wie dies die cour de cassation gelegentlich einer andern Frage schon am 21. Januar 1812 ausgesprochen hat, man im entgegengesetzten Falle der auch auf Testamente anwendbaren Regeln des Art. 1157 C. c. zuwiderhandeln würde, wenn man einer zweier Sinne fähigen Clausel den Sinn unterstellen wollte, in welchem sie keine Wirkung erzeugt.

2. Der ganze Inhalt der Verfügung darf benützt werden, und muß man sich sogar eher an den Sinn als an die vom Verfügenden gebrauchten Worte halten, (Art. 1156 C. c. J. d. P. Nr. 387), um die Absicht oder den Willen zu substituiren, daraus abzuleiten oder nicht — und ist, wenn dieser Inhalt eine solche Absicht klar zu erkennen gibt, ohne Rücksicht auf den Mangel der Worte: ich substituire, oder ich belaste den Institutus, die ihm gegebene Sache zu conserviren und zurückzugeben, die Verfügung als eine verbotene Substitution zu vernichten.

Als jurisprudence constante bezeichnen die Herausgeber des Journ. d. Pal. den durch ein Arrêt der cour von Metz vom 15. März 1853 ausgesprochenen Satz:

La libéralité contenant charge de conserver et de rendre à un tiers constitue une substitution prohibée, soit que cette charge soit exprimée en termes formels dans l'acte, soit qu'elle résulte de l'ensemble de ses dispositions.

Und in der That geben hierüber die Entscheidungen der französischen Gerichtshöfe keinem Zweifel Raum. Die cour de cassation erklärt deßhalb auch, daß, wenn die Clausel ebenso gut im Sinne einer Bulgarsubstitution, wie im Sinne einer fideicommissarischen Substitution aufgefaßt werden kann, der erste Sinn adoptirt werden müsse. cass. 24. März 1829, Toulouse, 4. Jrlí 1840, J. d. P. 1840 II. S. 238.

Die cour de cass. sagt in ihren Considerants J. d. P. 1829 S. 838:

„Attendu que, l'obligation de conserver et de rendre n'étant pas littéralement exprimée, la disposition ne peut être

annuléé que dans le cas où, contenant évidemment une substitution, il ne serait pas possible de lui donner un autre sens; le doute doit toujours être interprété en faveur de la disposition. Attendu, en fait, que la testatrice a légué le tiers de ses biens a son neveu, réversible sur la tête de sa femme et de ses enfante, et que ce legs est susceptible de deux interprétations; qu'il peut être considéré comme contenant l'obligation de conserver et de rendre; mais qu'il peut aussi s'entendre du cas du décès du légataire avant la testatrice, et que la cour royale de Paris a pu, des-lors, le juger ainsi sans violer aucune loi.

und nach ihr die cour von Toulouse J. d. P. 1840, II. 338:

„Attendu que, si l'art. 896 C. c. prononce la nullité de la disposition en vertu de laquelle un individu est substitué à un autre pour recueillir l'utilité du legs ou de la donation d'un object, dont la propriété a fait impression sur la tête du premier gratifié, l'art. 898 autorise celle par laquelle un tiers est appelé à recueillir une libéralité que le légataire ou le donataire institué ne recueillerait pas lui-même; — Que, dès qu'une institution peut avoir ce second caractere; c'est le cas de ne la considérer que comme présentant une substitution permise; Que, dans le doute, en effet, il convient de donner force de vie au testament; — Qu'il importe peu que la pensée du disposant ait pu s'étendre à ce qui pourrait avoir lieu après sa mort, pour régler l'ordre de succession qui devrait être suivi au décès de chacun des gratifiés; — Que, dès que ces prévisions ont eu également pour objet ce que se ferait dans les cas où l'un de ces donataires ou légataires précéderait avant lui-même, sa disposition contient, à ce point de vue, une substitution purement vulgaire qui, aux termes de l'article précité, ne vicie point l'institution.

2.

Nach diesen Regeln hat nun der Richter in den speciellen Fällen zu untersuchen: ob und wodurch der Verfügende dem Institutus die Verpflichtung, zu conserviren und einem Dritten zurückzugeben, auferlegt hat, oder worin die charakteristischen

Merkmale des Conservirens und der Zurückerstattung zu erblicken sind.

Die Herausgeber des Journ. d. Pal. erblicken das charakteristische Merkmal einer verbotenen Substitution (a. a. O. Nr. 127) in dem „ordre successif“, in welchem der erste und zweite Eingesezte berufen sind, und stellen auf, daß dieser ordre successif nur dann vorhanden ist, wenn:

- a. zwei Liberalitäten vorliegen,
- b. ein bestimmter Zeitabschnitt zwischen der Eröffnung der gegenseitigen Rechte der mit diesen Liberalitäten Bedachten vorliegt,
- c. das Eigenthum der verfügten Sache auf dem Haupte des Institututen in einer Weise ruht, daß es nur im Falle des Ueberlebens und der passiven Testamentsfähigkeit des Substitututen revocabel ist,

während Demolombe, des donations Bd. 18 Nr. 89 als solche betrachtet:

1. une double disposition d. i. zwei Liberalitäten, von denen die eine nicht beim Mangel der andern (die Bulgarsubstitution), auch nicht in derselben Zeit wie die andere, sondern nach der andern existent werden soll.
2. un trait de temps entre l'une et l'autre, tractus temporis.
3. L'éventualité de la vocation de la personne gratifiée en second ordre;
4. L'ordre successif, ordo successivus, établi de façon, que le second gratifié succède, en effet, au premier gratifié, après sa mort.

während nach Dalloz Nr. 54 nothwendig ist:

1. que les termes soient disspositifs et obligatoires;
2. qu'ils emportent l'ordre successif;
3. que l'époque fixée pour la restitution soit le décès du grevé.

Als den oben erwähnten Zeitabschnitt betrachten die Herausgeber des J. d. P. aber mit der Jurisprudenz und den Autoren den Eintritt des Todes des Institututen, bis wohin dem Leg-

teren die Verpflichtung zu conserviren und zurückzugeben auferlegt sein müsse, (Nr. 124), weßhalb sie auch mit Durantou und Kolland de Billargues annehmen, daß wenn der Institutus gehalten wäre, nach Ablauf einer bestimmt gesetzten Zeit, gleichsam als Schuldner die Sache abzuliefern, eine verbotene Substitution nicht vorliege, da dem Institutus dann nicht die Sache geschenkt oder legirt worden sei, um sie zu conserviren und zurückzuerstatten, weil das Recht des Legatars nicht von der Gültigkeit der Institution abhängt, dieser Legatar vielmehr schon ein Recht am Tage der Eröffnung der Succession erworben habe, das als solches auf seine Erben übertragbar sei und cedirt werden könne.

In diesem Sinne, d. i. wenn die Verpflichtung des Institutus, de conserver et de rendre nicht bis zu dessen Tod zu reichen hat, eine verbotene Substitution nicht vorliegt, haben auch die cour von Colmar am 8. August 1819 (J. d. P. 1819 S. 476), 25. August 1825 und von Paris am 3. März 1820 entschieden und fassen auch die Autoren des französischen Rechtes den Begriff der verbotenen Substitution auf.

Dem Arrêt der cour von Colmar vom 8. August 1819 lag die Frage zur Entscheidung vor, ob das Testament einer Ehefrau, wodurch sie ihren Ehemann zu ihrem Erben eingesetzt, dann aber verfügt hatte; dans le cas, ou il convolerait en secondes noces, il sera tenu de rendre la moitié de ce dont il a été ci-dessus institué, ce qui sera distribué aux pauvres eine verbotene Substitution, wie die Erben der Testirerin behaupteten, in sich schließe, welche Frage sie aus folgenden Erwägungsgründen verneinte:

Attendu que si le Code prohibe les substitutions, il permet les dispositions conditionnelles; -- Attendu que la substitution n'existe que lorsqu'il résulte des dispositions qui l'établissent un ordre successif suivant lequel l'appelé doit recueillir l'objet de la substitution après le décès du grevé; Attendu, surtout, qu'il ne peut y avoir substitution, lorsque la condition de laquelle on prétend la faire résulter ne pouvant arriver que par le fait et du vivant du grevé, elle prend

le caractère d'une condition resolutoire, d'ont l'événement effacerait le trait de temps et aurait pour effet de résoudre la libéralité, tout de même que si elle n'avait point été faite; — Attendu que la condition dont s'agit, quoique conçu en termes affirmatifs, est négative en ce qu'elle impose à l'institué de ne pas se remarier à peine d'être privé de l'institution pour moitié; qu'elle est donc resolutoire de sa nature et conséquemment exclusive de toute idée de substitution, qui suppose au contraire l'exécution successive des deux libéralités au profit de deux individus, lesquelles recueillent et conservent, mais l'un après l'autre, le bénéfice; au lieu que, dans le cas de la résolution le second appelé, prend la place du premier, pour lequel la libéralité est censée n'avoir jamais existée.

In dem zweiten angeführten Arrêt entschied dieselbe cour von Colmar, daß eine verbotene Substitution in jener Disposition eines Testaments nicht zu erblicken sei, welche einen Legatar belastet, die legitimen Gegenstände seinen Kindern nach Maßgabe der Erreichung der Volljährigkeit auszuliefern.

3.

Bei Prüfung einer Disposition nach der Seite hin, ob sie als eine verbotene Substitution anzusehen sei, ist auch der Art. 951 C. c in Berücksichtigung zu ziehen, welcher Art. 519 dem Schenkgeber erlaubt, das droit de retour an den geschenkten Gegenständen sich vorzubehalten, oder zu „stipuler“, wie die Gesetzesstelle sich ausdrückt, d. i. die Frage, ob die clause de réversibilité, die Clause der Heim- oder Rückfälligkeit eines Legates zum Vortheile eines Dritten für den Fall des kinderlosen Absterbens des eingesetzten Legatars eine verbotene Substitution in sich schließe, oder als eine bedingte Erbeinsetzung zu halten sei? oder: Worin ist der Unterschied zu finden zwischen den bedingten Verfügungen, namentlich zwischen den an negative Bedingungen geknüpften Verfügungen, von den verbotenen Substitutionen?

Widersprechende Entscheidungen!

So wurde eine verbotene Substitution gefunden:

Durch die cour von Rom vom 9. April 1829 (S. D. P.

1829, S. 908) in der Stipulation des droit de retour zu Gunsten des Schenkgebers „und seiner Erben.“,

durch die cour von Toulouse vom 10. August 1820 (J. D. P. 1820, S. 110) in der Claujel, durch welche der Schenkgeber dasselbe Recht zum Vortheil seiner selbst und eines Dritten für den Fall stipulirt, daß der Schenknehmer ohne Nachkommen sterben sollte;

während die cour de cassation zu Paris und andere Gerichtshöfe die Stipulation dieses Rechts bezüglich der dos zu Gunsten des Stipulanten oder seiner Erben als keine verbotene Substitution erklärte.

Und ebenso findet man sich widersprechende Entscheidungen darüber, ob eine solche das droit de retour zu Gunsten des Schenknehmers und seiner Erben oder eines Dritten enthaltende Schenkung die Richtigkeit der ganzen Schenkung nach sich ziehe, oder ob sie blos als nicht geschrieben zu erachten sei?

Worauf ich aber Angesichts des Art. 951 C. c. die Aufmerksamkeit hinlenken wollte, war weniger das eben Bemerkte: als vielmehr die Frage:

Ist jede testamentarische Disposition, welcher ein zu Gunsten der Erben des Testators oder einer dritteren Person vorgeesehenes Rückfallsrecht beigelegt ist, schon deshalb an sich eine verbotene Substitution?

Viele Entscheidungen weist die französische Jurisprudenz über die Beantwortung dieser Frage auf.

Vom Jahre 1806 an bis Ende der 1850er Jahre haben die französischen Gerichtshöfe als verbotene Substitutionen enthaltend erklärt: die testamentarischen Erbeseinsetzungen unter der Auflage des Rückfalles an die legitimen Erben des Testators;

im Falle des kinderlosen Absterbens des eingesetzten Erben, so die cour von Brüssel vom 26. April 1806 (J. D. P. 1806, S. 303); in gleichem Falle, oder wenn der Erblasser als Celibutär stirbt; so die cour von Rouen vom 24. August 1810, (J. D. P. 1810, S. 560) von Paris vom 3. März 1820 (J. D. P. 1820, S. 827);

im Falle des Absterbens ohne Kinder, welche sich zu einer

bestimmten Religion bekennen; Colmar vom 9. März 1827 (S. 236);

in demselben Falle des kinderlosen Absterbens des eingesetzten Erben, oder unter der Auflage des Rückfalles an die Seitenverwandten des Erblassers, Amiens vom 25. Februar 1837, (J. D. P. 1837, II., 498);

oder wenn der Erblasser verfügt hat, daß die legitimen Gegenstände auf die Kinder des eingesetzten Erben, oder beim Mangel einer Descendenz des Letzteren auf die natürlichen Erben des Testators übergehen;

Limoges vom 18. Dezember 1821 (J. D. P. 1821, S. 1025),

und in diesem Sinn hat sich auch der Cassationshof zu Paris ausgesprochen.

Er hat am 8. Februar 1854 für eine verbotene Substitution erklärt die Clausel eines einen Universallegatar einsetzenden Testamentes, welche verfügt, daß im Falle, daß der Universallegatar ohne Zurücklassung von Kindern sterben sollte, alle legitimen Werthe auf die Familie des Testators zurückfallen sollten.

Als charakteristisches Merkmal einer bedingten Verfügung bezeichnen die Herausgeber des Journal du Palais a. a. D. Nr. 156 den Umstand, daß die erfüllte Bedingung durch ihren rückwirkenden Effect den Schenknehmer oder Legatar so ansehen mache, als habe dieser sein Recht vom Todestage des Verfügenden an schon genossen, und daß demnach über dieselbe Sache keine zwei Verfügungen zu Gunsten verschiedener Personen vorliegen, und Dalloz a. a. D. Nr. 123:

„daß es une seule transmission sei, qui s'opère directement et immédiatement du testateur, soit à l'héritier, soit au légataire, qui en définitive reste propriétaire de la chose léguée.“

Auch der Cassationshof selbst hat verschiedene Beantwortungen gegeben, so in einem arrêt vom 23. Juli 1834, durch welches er erklärte, daß die Verfügung, durch welche der Testator einen Universallegatar für den Fall eingesetzt hatte, daß sein Legatar ohne männliche Erben sterben sollte, keine ver

botene Substitution sei (J. d. P. 1834 v. 804) und in einem Arrêt vom 21. Juni 1841, durch welches er in einer Disposition, nach welcher der Testator angeordnet hatte, daß im Falle des kinderlosen Absterbens des durch ihn eingesetzten Legatars, das Legat einem Dritten heimfallen solle, eine zu verachtende fideicommissarische Substitution erblickte (J. d. P. 1841 II S. 77 und Note 1 des Herausgebers zu diesem Arrêt) während er wieder keine verbotene Substitution durch sein Arrêt vom 26. Februar 1855 in der testamentarischen Disposition erblickt hat, durch welche ein Testator der ein Particularlegat aussetzte, gesagt hat, daß in dem Falle, daß der Legatar sich nicht verheirathen und nicht Kinder haben sollte, die legitime Sache nach dem Tode des Particularlegatars auf den Universallegatar übergehen sollte, da man in dieser Verfügung nur ein Legat erblicken könne, welches einer Suspensivbedingung mit der Eventualität einer fideicommissarischen Substitution unterworfen sei, welche letztere vereitelt werde, wenn die Bedingung vor dem Tode des Testators erfüllt werde. So hat auch die cour von Angers unterm 19. Juli 1854 — J. d. P. 1854 t. 2. S. 305 — als gültig angesehen, weil zwei bedingte Legate enthaltend, das Testament, das also lautete:

„In dem Falle, daß mein Enkel — einziger Erbe des Testators — ohne Nachkommenschaft sterben sollte, will ich, daß er für sich nur die Nutznießung der Hälfte meines Nachlasses empfangen haben solle und in diesem Falle vermache ich das Eigenthum dieser Hälfte unter der Suspensivbedingung. . . . auf meine Neven und Nichten, welche sie nach Stämmen erhalten sollen.

So hat auch die cour von Bastia am 22. Mai 1854 erklärt, daß die Verfügung eines Testaments, welche einen Universallegatar mit der Erklärung eingesetzt hat, daß, wenn der eingesetzte Legatar wegen irgend eines Verbrechens deportirt werden sollte, der Testator ihm die aus seiner legitimen Ehe erzeugten Kinder substituiren, nicht nothwendig eine verbotene Substitution in sich schließe, da man hier nur eine alternative doppelte Einsetzung erblicken könne, — gemacht: die erstere

unter einer Resolutiv- und die zweite unter einer Suspensiv-Bedingung. (J. d. P. 1855 t. 1 S. 219.)

Aubry und Rau (4. Auflage) bemerken § 694 Bd. VII S. 315:

„Lorsque une disposition présente les trois éléments ou caractères ci-dessus indiqués, elle constitue une substitution, et doit être déclarée, telle, quelsque soient les termes dont le disposant s'est servi, et la forme sous laquelle il a déguisée ses intentions réelles.

und schließen:

„Ainsi encore, on devrait voir une substitution dans la disposition à l'occasion de laquelle le disposant aurait, pour le cas où le donataire ou légataire décéderait sans postérité, stipulé un droit de retour, soit au profit de ses héritiers, soit en faveur d'un tiers, sans stipuler en même temps le droit de retour pour lui-même;

wozu sie in Anmerkung 41 erläuternd hinzufügen:

„In Wirklichkeit schließt die zum Vortheile der Erben des Verfügenden oder eines Dritten stipulirte clause de retour eine Verfügung in zweiter Ordnung zu Gunsten der Letzteren in sich und legt dem Schenknehmer oder Legatar die juridische Verpflichtung auf, die geschenkten oder legirten Gegenstände bis zu seinem Tode zu erhalten und zurückzuerstatten. Die Schenkung oder das Legat unter dieser Bedingung gemacht, vereinigt daher in Wirklichkeit alle Constitutiv-Characterere einer Substitution in sich.

Dem kgl. Landgerichte zu Frankenthal lag nun die Frage zur Entscheidung vor, ob die nachstehend erwähnte testamentarische Verfügung eine verbotene Substitution im Sinne des Art. 896 C. c. enthalte oder nicht, und hat durch Urtheil vom 23. Juni 1880 die Frage bejahend beantwortet.

Die Verfügung lautete also:

„Stirbt meine Frau ohne Kinder, so sollen die liegenden Güterstücke als Haus, Wingerterc., so von mir herrühren, meinem Schwager und Associé C. A., ist dieser aber auch kinderlos, meiner Schwester Luise Grohe oder deren rechtmäßigen

Erben als Erbe anheimfallen; mit dem übrigen Vermögen soll diese meine Frau, wie mit ihrem Eigenthum schalten und walten können und nur: 1. das Wohnhaus Helmstätterische; 2. das Gartenhaus von Böckler; 3. Hüttbaum und Rödter neben W. Grohe und Wiese im Maigraben soll dieselbe laut obiger Bedingung, so lange kinderlos, nicht veräußern dürfen, welche Bedingung jedoch weggfällt, wenn bewiesen werden kann, daß die Veräußerung zum Lebensunterhalt nöthig wird, was ich nicht hoffen will.“

In dem Prozesse, in welchem die obige Frage zu entscheiden war, war es der Kläger, welcher der Aufstellung der Beklagten, daß diese testamentarische Verfügung eine verbotene Substitution enthalte, mit der Behauptung zu begegnen suchte, daß hier keine Substitution, sondern lediglich ein bedingtes Vermächtniß, oder auch ein Vermächtniß des Nießbrauches zu Gunsten der Wittwe und des nackten Eigenthums zu Gunsten des Klägers in Rede stehe.

Die Entscheidungsgründe des Urtheils sagen:

„Schon die Mehrzahl der vom Kläger vorgeschlagenen Interpretationen läßt vermuthen, daß keine derselben mit dem letzten Willen des Erblassers so leichtlich zu vereinbaren ist. Es ist zwar richtig, daß der Testator selbst an zwei Stellen der getroffenen Verfügung von einer Bedingung spricht, welche er festgesetzt habe, allein bei der Interpretation seiner Willensäußerung können nicht die vereinzelt gebrauchten Worte, sondern nur der Sinn und Gehalt der ganzen Verfügung in Betracht gezogen werden. Dieser Sinn ist aber unzweideutig nur der, daß der Testator seiner Frau zunächst das ganze verschenkbare Vermögen vermachte, mithin zu vollem Eigenthum übertrug, sodann aber in der beigefügten Clausel das Universallegat in seinem Umfang dahin beschränkte, daß er seiner Frau, von dem Falle bewiesener Nothwendigkeit abgesehen, rüchichtlich gewisser Immobilien die Veräußerungsbefugniß entzog und bestimmte, daß diese nämlichen Immobilien nach dem kinderlosen Absterben der Frau dem heutigen Kläger anheimfallen sollen. Er legte also seiner in erster Reihe zu dem

Vermächtnisse berufenen Frau die Verpflichtung auf, die bezeichneten Güter zu erhalten und bezeichnete nach ihrem kinderlosen Absterben den Kläger als ihren Nachfolger, dem die erhaltenen Güter auszuantworten seien, schuf also hiermit nicht mehr und nicht weniger als eine durch Art. 896 Code civil bei Strafe der Nichtigkeit verpönte Substitution.

Demolombe Bd. 9 Nr. 89.

Laurent Bd. 14 Nr. 451, 461³.

Wollte man unterstellen, daß nur ein bedingtes Vermächtniß vorliege, so müßte dem Testator die Absicht beigegeben werden, daß er das zu Gunsten seiner Frau getroffene Vermächtniß hinsichtlich der mehr gedachten Immobilien mit ihrem Tode, unter rückwirkender Kraft als aufgelöst, als von vornherein gar nicht existirend, dagegen den Kläger als Eigenthümer von seinem, des Testators Todestage an betrachtet wissen wollte. Eine solche Absicht findet sich aber, in der Verfügung nicht ausgesprochen und es widerspräche auch die Annahme einer solchen den verwandtschaftlichen Beziehungen, wie sie aus dem Testamente hervortreten. Der Erblasser war gewiß nicht gewillt, daß das Vermächtniß seiner Frau gegenüber als widerrufen und gar nicht geschrieben gelten sollte; sondern offenbar nur bestrebt, gewisse, ihm lieb gewordene, von ihm selbst herrührende Güter innerhalb der Familie zu erhalten und schuf zu dem Zwecke und weil er das kinderlose Absterben seiner Frau voraussah, eine Reihenfolge, in welcher nach der Frau andere Familienangehörige, welche im Leben ihm thatsächlich am nächsten stehen mochte, in erster Linie der Kläger, sein Schwager und gewesener Associe zu dem Vermächtnisse berufen sein sollten.

Hiezu kommt, daß auch die Jurisprudenz mit nahezu ausnahmsloser Uebereinstimmung in der Festsetzung einer negativen Bedingung, deren Erfüllung wie in dem gegenwärtigen Falle mit dem Todestage des in erster Reihe zum Vermächtnisse Berufenen zusammenfällt und einen Zweiten zu demselben beruft, ein untrügliches, wenn auch nicht constitutives Merkmal erblickt

welches die verschleierte Substitution von dem bedingten Vermächtnisse unterscheiden läßt.

Man vergl.: Demolombe Bd. 9 Nr. 96, 120, 149 und 156.

Grenier don. et testam. t. 1 S. 153.

Laurent Bd. 14 Nr. 435 flg. 444.

Aubry u. Rau § 694 und § 694b Nr. 33, 38 und 39.

Troplong don. et test. Nr. 158 und 161.

Was ferner die zweite vom Kläger in Anregung gebrachte Interpretation betrifft, so mag zu ihrer Widerlegung der Hinweis genügen, daß von einer Uebertragung des nackten Eigenthums an den Kläger von dem Todestage des Erblassers an in der ganzen Verfügung mit keinem Worte die Rede ist, vielmehr der Wittwe mit dem Universallegate das Eigenthum an dem ganzen verschenkbaren Vermögen vermacht und nur hinsichtlich gewisser Güter die Veräußerungsbefugniß, welche ja das Eigenthum zur Voraussetzung hat, entzogen worden war. Wenn Kläger gerade in letzterem Umstande eine Beschränkung der Rechte der Wittwe auf den Nießbrauch erblickt, so ist dem entgegenzuhalten, daß jeder mit einer Substitution Belastete thatsächlich nur die Rechte eines Nießbrauchers hat, mithin mit jeder Substitution das getrennte Vermächtniß des Nießbrauches und der nuda proprietas gegeben sein mußte.

Um aber die testamentarische Verfügung demungeachtet dem Verbote des Art. 896 Code civil zu entziehen, hat Kläger noch darauf hingewiesen, daß die ausgesprochene Entziehung der Veräußerungsbefugniß keine absolute, sondern für den Fall des Bedürfnisses vom Testator wieder aufgehoben worden sei. In dieser Beziehung kann aber nur die Alternative bestehen, daß der Erblasser seiner Frau entweder eine ernstliche rechtliche Verpflichtung, die Güter zu erhalten, auferlegen, oder die Erfüllung der Auflage in ihr freies Ermessen stellen wollte, also thatsächlich zu Gunsten des Klägers nur ein Vermächtniß dessen, was die Wittwe A etwa übrig ließe, getroffen hätte. Aus den bestimmten Worten der bezüglichen Verfügung ergibt sich aber, daß der Testator das freie Ermessen seiner Frau ausschloß

und nur den Fall bewiesener Noth vorausjah, in welchem sie, auch kinderlos, eine Veräußerung vornehmen durfte.

Die charge de conserver wird also durch die beregte Beschränkung in keiner Weise beseitigt und läßt die Substitution als eine solche bestehen.

Man sehe hiezu: Grenier l. c. S. 139.

Demolombe B. 9 Nr. 139, 129.

Laurent Bd. 14 Nr. 457, 478 und 503.

Mubry u. Rau § 694b texte u. notes 29—32.

Zweiter Fall.

Die Substitutionen, welche nach Art. 1048 C. c. erlaubt sind.

Wesentliche Bedingung ist, daß dem Institutus, dessen sämtliche Kinder substituirt worden sind, ob geboren oder noch nicht. —

Keine sacramentelle Worte sind nothwendig. — Der Zeitpunkt, bis zu welchem die legitimen Güter in die Hand der Substituten zu kommen haben, kann von dem Testator beliebig bestimmt werden. — Gesetzlicher Vertreter der noch minderjährigen Substituirten. — Stellung eines Nebenintervenienten in der Instanz.

Zu den nicht verbotenen fideicommissariischen Dispositionen gehören u. A. auch die nach Art. 1048 C. c. erlaubten Substitutionen.

Eine der wesentlichsten Bedingungen der Gültigkeit dieser Substitutionen ist die, daß dem Beschwerten dessen sämtliche Kinder, nicht nur die schon geborenen, sondern auch die, welche ihm etwa noch geboren werden könnten, substituirt worden sind. Der Text des Art. 1048 sagt dies klar mit den Worten: aux enfants nés et à naître.

Wie bei den verbotenen Substitutionen die Worte: „ich substituire“ nicht sacramentell sind, so ist auch bei den Substitutionen des Art. 1048 C. c. nicht nothwendig, daß der Verfügende sich der eben erwähnten Worte des Art. 1048 und des Art. 1050 C. c. ausdrücklich in der Verfügung bedient hat. Schon ein Arrêt de cass. Paris vom 31. März 1807 - - J. d. P. 1807 S. 767 — hat dies ausgesprochen, und die Autoren

lehren es uns, in der Jurisprudenz findet man keine dieser Satz widersprechende Entscheidung.

Es genügt, daß aus dem ganzen Zusammenhange der Verfügung klar hervorgeht, daß der Verfügende beabsichtigt hatte, keines der Kinder des Beschwerten von der Wohlthat der Substitution auszuschließen, was Demolombe a. a. D. Nr. 426 und Aubry u. Rau, Bd. VII. S. 334 lit. d fast mit gleichen Worten ausgedrückt haben, — weshalb denn auch Aubry u. Rau ausdrücklich noch bemerken: Une disposition par laquelle le grevé aurait été chargé de rendre les biens à „ses héritiers“ pourrait, selon les circonstances, être maintenue comme faite en faveur de „ses enfants“; — conform einer übrigens unter der Herrschaft der jetzt wieder aufgehobenen loi vom 17. Mai 1826 durch den Cassationshof unterm 5. Februar 1835 — J. d. P. Bd. XXVI. S. 360 — vorgenommenen Interpretation des Wortes „héritier“.

Während bei den verbotenen Substitutionen eine der wesentlichsten Voraussetzungen ist, daß der institutus bis zu seinem Tode die geschenkten oder legirten Gegenstände aufzubewahren hat, liegt es bei den erlaubten Substitutionen des Art. 1048 C. c. in der Hand des Verfügenden, den Zeitpunkt zu bestimmen, bis zu welchem die Aufbewahrung, bezw. Zurückgabe solcher Gegenstände an den Substituten zu geschehen hat. Auch hierüber kann nach Maßgabe des Art. 1053 C. c. kein Zweifel sein und herrscht auch unter den Autoren ein solcher nicht. Man vgl. Zacharia Bd. IV. S. 348 und Aubry u. Rau Bd. VII. S. 338.

Folgender Fall lag dem kgl. Landgerichte zu Frankenthal zur Entscheidung vor:

Zwei Eheleute, nämlich Joh. Jak. Stein II. und Sybilla Held von Mühlheim, hatten ein jeder der Ehegatten folgende gleichlautende Testamente vor Notar am 12. August 1857 errichtet, nämlich:

„Meine Ehefrau Sybilla Held (beziehungsweise: Mein Ehemann Johann Jakob Stein II.) soll die Hälfte meines Nachlasses lebenslänglich unentgeltlich und cautionsfrei genießen;

meine Tochter, Sybilla Stein, Ehefrau des Johannes Meeß zu Mühlheim, soll meinen ganzen Nachlaß allein als Eigenthum erben, jedoch unter den ausdrücklichen Bedingungen, daß sie die Hälfte derselben, welche meine Ehefrau (mein Ehemann) zu genießen hat, mit Zinsen von deren (dessen) Todestage an, an ihre sämmtlichen Kinder zurückgibt, wie sie volljährig werden.“

Diese Eheleute Stein hinterließen nur ein einziges Kind, die genannte Sybilla, Ehefrau des Johannes Steeß. Im Jahre 1857 — wenn ich mich nicht irre — starb der genannte Joh. Jakob Stein. Zur Zeit des Todes dieses Stein hatten aber die Eheleute Johannes Steeß erst ein einziges Kind, Anna Steeß, verheirathet an Johann Peter Muth in Colgenstein, während nach dem später eingetretenen Tode der Ehefrau des Joh. Jak. Stein II., der Sybilla Held, die Eheleute Johann Steeß noch ein weiteres Kind, eine Tochter, Namens Emilie, und nach dem Tode der genannten Sybilla wiederum eine Tochter, Namens Emma, erzeugt hatten. Die beiden Kinder, Emilie und Emma Steeß, waren zur Zeit der Erhebung der nachbemerkten Klagen noch minderjährig.

Mittels Klageschrift, zugestellt am 14. Mai 1880, erhoben nun die genannten Eheleute Johann Peter Muth (vertreten durch Rechtsanwalt Merckle) Klage auf Theilung der zwischen den genannten Eheleuten Joh. Jak. Stein II. bestandenen Gütergemeinschaft, sowie der Verlassenschaft derselben gegen die Eheleute Johannes Steeß vor dem kgl. bayer. Landgerichte in Frankenthal und gründeten dieses Klagebegehren auf die beiden vor Notar am 12. August 1857 errichteten Testamente und auf die Thatfache, daß am Todestage des Erblassers Stein die klägerische Ehefrau als einziges Kind der Beklagten und am Todestage der Wittve Stein Klägerin und ihre Schwester Emilie als Kinder der Beklagten vorhanden gewesen wäre, und daß Letztere zu einer Theilung nicht zu bewegen sei.

Am 21. Mai darauf erhob auch der Rentner Franz zu Frankenthal in seiner Eigenschaft als Gläubiger der genannten Eheleute Muth und die Rechte seiner Schuldner, dieser Ehe-

leute Muth, ausübend, gegen Letztere sowie gegen die Eheleute Steeß und deren zwei noch minderjährige Kinder, vertreten durch ihren Vater und gesetzlichen Vermögensverwalter, gleichfalls Klage auf Theilung auf Grund der oben bezeichneten Testamente, — beschränkte jedoch sein Begehren auf Theilung des Nachlasses der Wittwe Stein, da Gütergemeinschaft und Nachlaß des Großvaters Stein laut Actes vor Notar im Jahre 1858 auseinandergesetzt worden seien, und begründete die Mitvorladung der minderjährigen Tochter Emma Steeß in der Person ihres Vaters als ihres gesetzlichen Vertreters mit der Aufstellung, daß in den angezogenen testamentarischen Verfügungen keine Vermächtnisse zu Gunsten der am Todestage der Erblasser vorhandenen Kinder der Beklagten, sondern erlaubte Substitutionen der sämtlichen Kinder derselben — der geborenen und späterhin noch kommenden — enthalten sein.

Im Verhandlungstermin vom 30. Juni l. J. erklärte zunächst der Anwalt der klägerischen Eheleute Muth, daß er den früher gestellten Antrag auf Theilung der zwischen den Eheleuten Stein bestandenen Gütergemeinschaft zurückziehe, hielt aber im Uebrigen den früheren Antrag auf Theilung aufrecht; namentlich behielt sich die Ehefrau Muth Klage auf Auslieferung des großväterlichen Nachlasses vor und hielt auch eventuell ihre Klage auf Theilung des Nachlasses zwischen ihr und ihren Geschwistern aufrecht, falls die Berechtigung der Letzteren an diesem Nachlasse anerkannt werde; deren Rechtsanwalt bestritt aber, daß hier eine Substitution im Sinne der Art. 1048 flg. C. c. vorliege, indem er ausführte, daß der Annahme einer Substitution der Wortlaut der Testamente und der Mangel der die Substitution charakterisirenden Erbfolge der Substituirten nach dem Tode der Instituirten entgegen stehe; — die minderjährige Emma Steeß daher nicht zu den Theilungsinteressenten gehöre.

Rechtsanwalt Müller, als Bevollmächtigter der beklagten Eheleute Steeß, suchte die letzteren Ausführungen der Kläger unter Hinweis auf die Literatur zu widerlegen, beantragte demgemäß Abweisung der durch Weglassung der minderjährigen

Theilungsinteressentin Emma Steeß in unstatthafter Weise erhobenen Klage mit Kosten, und bestritt auch eventuell. das aufrecht erhaltene Begehren der Theilung der zur Substitution ausgesetzten Nachlaßhälfte des Joh. J. Stein II., da die Substitution sich zur Zeit nur zu Gunsten der Ehefrau Muth eröffnet habe, die der übrigen Berufenen aber dormalen noch nicht wirksam geworden sei.

Zur Klage des Rentners Franz stellte der Bevollmächtigte, Rechtsanwalt Müller, noch den Antrag auf Verbindung dieser Klage mit der von den Eheleuten Muth erhobenen, da die Theilung auf die nämliche Masse sich beziehe, auf demselben Rechtstitel beruhe und über die bestehenden Streitpunkte in einem Urtheile zu entscheiden sei. — Der Rechtsanwalt der beklagten Eheleute Muth bestritt auch zu dieser Klage das Vorhandensein einer Substitution, welche die Mitberechtigung der minderjährigen Emma Steeß und etwa nachkommender Kinder an der Nachlaßhälfte der Großmutter begründe; dergleichen die Berechtigung des Klägers zur Klageerhebung, nachdem seine Partie bereits mehrere Tage vorher selbst die Theilung auf dem Klagewege begehrt und Rechtshängigkeit begründet habe, und stellte demgemäß den Antrag, wie er in seiner diesbezüglichen Klagebeantwortung enthalten ist.

Die begehrte Verbindung der beiden Klagen behufs Entscheidung darüber in einem Urtheile wurde von ihm gleichfalls als sachgemäß anerkannt.

Es wurde darauf die Sache in Berathung genommen und der Ausspruch des Urtheils in die nächste Sitzung verlagt. Nachdem Wilhelm Dreschler, Ackerer in Mülheim, in seiner Eigenschaft als Vormund für die minderjährigen Emilie und Emma Steeß mittelst Zustellung zweier Schriftsätze unterm 9. Juli 1880 den obenbezeichneten Parteien erklärt hatte, als Nebenintervenient sowohl in die Klage der Eheleute Muth, wie in die des Rentners Franz einzutreten und durch Verfügung des egl. Landgerichts-Präsidenten Verhandlungstermine auf den vierzehnten Juli 1880 anberaumt worden war, wurde in dieser

Hinsicht zuförderst die Wiedereröffnung der Verhandlung auch hinsichtlich der Klagesache selbst verfügt.

In letzterer Sitzung wurde für den genannten Wilhelm Drescher in seiner besagten Eigenschaft durch Rechtsanwalt Müller Antrag genommen auf Ertheilung von Urkunde, daß er in der auf Anstehen des Rentners Franz erhobenen Theilungsklage intervenirt sei, und daß das Theilungsbegehren von Franz zugesprochen werden möge, — während Rechtsanwalt Merckle den Antrag stellte, ihm Urkunde zu ertheilen, daß Eheleute Muth die Intervention von Drescher formell nicht bestreiten, jedoch daran festhalten, daß den minderjährigen Kindern des Johann Steef, Emilie und Emma Steef, ein Recht auf die zu theilende Masse nicht zustehe.

Das Königl. Landgericht verordnete durch Urtheil vom 14. Juli l. J. die Verbindung beider Theilungsklagen;

erkannte, daß das Klagerrecht des Rentners Franz mit der Klageerhebung der Eheleute Muth erloschen sei;

erklärte, daß die erwähnten letztwilligen Verfügungen vom 12. August 1857 erlaubte Substitutionen im Sinne des Artikel 1048 C. c. enthalten und demgemäß ein nach Art. 1055 oder 1056 C. c. ernannter tutor ad hoc als gesetzlicher Vertreter der zur Substitution Berufenen als Mitbeklagter in die Instanz zu ziehen gewesen;

Daß in beiden Klagen dies nicht geschehen und dieser Mangel auch durch den Eintritt des Wilh. Drescher als tutor ad hoc und gesetzlicher Vertreter der zur Substitution berufenen Emilie und Emma Steef als Nebenintervenient nicht beseitigt worden ist;

wies demnach die Klage des Rentners Franz als unzulässig und in unzureichender Weise erhoben, wies die Klage der Eheleute Muth gleichfalls als in unzureichender Weise erhoben, ab;

erklärte hiernach die beiden erhobenen Interventionen als gegenstandslos und

legte jeder Klagepartie die durch ihre Klageerhebung verursachten Kosten zur Last, darunter auch jene, welche durch Er-

hebung der auf jede Bezug habenden Neben-Intervention entstanden sind.

Die Entscheidungsgründe hiezu lauten folgender Maßen:

Zunächst war die begehrte Verbindung der beiden im Thatbestande bezeichneten Klagen anzuordnen, da dieselben, wenngleich in der Gestaltung des in Mitte liegenden Rechtsverhältnisses und auch in ihrem Umfange von einander abweichend, dennoch, soweit sie sich decken, auf demselben thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse beruhen, und es an sich auch selbstverständlich ist, daß der Gläubiger, welcher von dem Art. 1166 C. c. Gebrauch macht, keine anderen Rechte als sein Schuldner auszuüben vermag, die von beiden zur Verfolgung des nämlichen Rechtes erhobenen Klagen daher nothwendig identisch sein müssen.

Aus dieser Identität der beiden Klagen war aber auch die Unzulässigkeit der später erhobenen Klage der Partie Müller zu folgern. Der Gläubiger kann die Rechte des Schuldners nur dann ausüben, wenn dieser sich säumig zeigt. Hat aber Letzterer selbst von seinem Rechte Gebrauch gemacht, so ist die Befugniß des Gläubigers zur Klageerhebung erloschen und arg. Art. 882 C. c. in das Recht verwandelt, in der anhängigen Streitsache zu interveniren.

Man sehe: Demolombe Bd. 12 Nr. 94 u. 95 der 2. Serie, Dalloz, mot. succession Nr. 2003.

Die nähere Erörterung darüber, ob die Partie Müller nach geschehener Verbindung der beiden Klagen wenigstens als Streitgenosse in der Instanz belassen werden könnte, blieb in dessen eine müßige, da dieselben, insbesondere auch die Klage der Partie Merckle, aus andern Gründen der Abweisung unterlagen.

Die in Frage kommenden Rechtstitel bilden zwei vor Notar Haas in Grünstadt am 12. August 1857 errichtete Testamente der verstorbenen Eltern der beklagten Ehefrau Steeß, wodurch dieselben sich wechselseitig die lebenslängliche Nutznießung der Hälfte ihres Nachlasses vermachten und im Uebrigen ihr einziges Kind, die genannte Ehefrau Steeß, als Erbe ihres

ganzen Nachlasses einsetzten unter der ausdrücklichen Bedingung, daß dieselbe die zur Nutznießung ausgelegte Hälfte des Nachlasses mit Zinsen vom Todestage des längstlebenden Eheheiles an ihren sämtlichen Kindern zurückgebe, wenn diese volljährig werden.

Ueber die Interpretation dieser Verfügungen hatten sich unter den Theilungsinteressenten verschiedene Auffassungen gebildet.

Während die Partien Müller ein durch Art. 1048 C. c. erlaubte Substitution zum Vortheile der sämtlichen Enkel in derselben erblickten, wollte die Partie Merckle ein Vermächtniß zu Gunsten der am jeweiligen Todestage der Erblasser bereits geborenen oder concipirten Enkel daraus ableiten und beanspruchte dementsprechend die Hälfte des großväterlichen Nachlasses für sich allein und ließ zur Theilung der Hälfte des großmütterlichen Nachlasses nur noch ihre Schwester Emma zu, nicht aber ihre drittgeborene Schwester und etwa noch nachkommende Geschwister.

Als unhaltbar war zunächst der Einwand der Partie Merckle zu bezeichnen, als könne von einer erlaubten Substitution um deswillen keine Rede sein, weil zum Wesen einer solchen die Eröffnung der Substitution mit dem Todestage des Instituirten gehöre. Dieses Erforderniß wird vom Gesetze nirgends verlangt, sondern geradezu ausgeschlossen durch Artikel 1053 C. c., welcher des Falles der Eröffnung der Substitution zu einem andern Zeitpunkte ausdrücklich Erwähnung thut. Das Recht der Großeltern, einen abweichenden Zeitpunkt festzusetzen, wird auch in der Literatur mit einziger Ausnahme von Colinel de Santerre allseitig anerkannt, insbesondere auch von Demolombe und Zachariä, auf welche die Partie Merckle Bezug nahm.

Man sehe Zachariä P. 675 IV. 4.

Demolombe Bd. A., t. IX. Nr. 102, — t. XI. Nr. 456, 620 und 647.

Aubry und Rau § 696 (4. Ausg.) Bd. 7, S. 357 lit a. Laurent Bd. 14 Nr. 586.

Faßt man sodann den Wortlaut der letztwilligen Verfügungen ins Auge, so ist nicht zu verkennen, daß die der Ehefrau Steefß gemachte Auflage, außer der Nachlasshälfte auch die Zinsen daraus seit dem Tode des längstlebenden Erblassers an ihre Kinder zurückzuerstatten, zu dem Zweifel berechtigen könnte, ob nicht die Erblasser die Rechte der eingesetzten Erbin an den ihren Kindern auszuantwortenden Nachlasshälften auf die Befugnisse der Verwaltung zu beschränken und mit den Zinsen auch das Eigenthum der Nachlasshälften schon von dem angegebenen Zeitpunkte an den Enkeln zu übertragen gedachten.

Durch diese Annahme, welche allerdings zu der von der Partie Merckle vertretenen Auffassung führen würde, gerieth man aber mit den übrigen Bestandtheilen der Verfügungen in einen schwer zu lösenden Widerspruch.

Zweifellos wollten die Erblasser ihre Tochter thatsächlich enterben, deren Rechte am Nachlasse thunlichst auf den Vorbehalt einschränken und die disponible Quote deren Kindern zuwenden, allein der Umstand, daß sie ihre Tochter ausdrücklich als Erbin des ganzen Nachlasses einsetzten, daß bei ihr auch die *nuda proprietas* der zur Nutznießung ausgesetzten Hälfte während der Dauer der Nutznießung beruhen sollte, und keine Verfügung getroffen wurde, welche ihr das Eigenthum bis zur Volljährigkeit der Kinder entzogen hätte, daß auch die Erblasser, unerachtet sie zur Zeit der Testamentserrichtung nur einen einzigen Enkel geboren sahen, dennoch ausdrücklich und ohne Unterscheidung die sämtlichen Enkel in ihre freigebige Verfügung aufnahmen, — beweist zu deutlich, daß sie zu dem Zwecke, die disponible Quote ungeschmälert sämtlichen Enkeln zu erhalten, eine erlaubte Substitution zu treffen beabsichtigt hatten. Durch die Auflage der Rückerstattung der Zinsen wurde daher nur der Betrag des der Substitution unterliegenden Vermögens erhöht, aber im rechtlichen Charakter derselben nichts geändert.

Man sehe hiezu auch Demolombe t. XI. Nr. 433. Dalloz, mot. substit. Nr. 307.

Ergibt sich aus dem Gesagten, daß in den beiden letzt-

willigen Verfügungen, welche in Rede stehen, erlaubte Substitutionen im Sinne des Art. 1048 c. c. gegeben sind, so muß auch daran festgehalten werden, daß bei jeder Auseinandersetzung, welche mit dem der Substitution unterstellten Vermögen vorgenommen werden soll, zur Wahrung der eventuellen Rechte der Substituirten der im Art. 1055 und 1056 c. c. bezeichnete gesetzliche Vertreter, das ist ein zum Vollzuge der Substitution ernannter Vormund heranzuziehen ist;

Hiebei kann es auch keinen Unterschied begründen, ob es sich darum handelt, den Bestand der Masse selbst auszuscheiden und sicher zu stellen, — oder darum, die provisorische Zutheilung des muthmaßlichen Antheiles eines der Substituirten zu bewirken, dessen Recht sich vor dem der übrigen eröffnet hat.

Man sehe Siren Gilbert zu Art. 1056 Nr. 1.

Demolombe 7 XI. Nr. 560 bis 647 und die Art. 1060, 1061 und 1073 C. c.

Aus dem weiter feststehenden Satze, daß in eine Theilungsklage die sämmtlichen Betheiligten aufzunehmen sind.

Aubry und Rau Bd. 6 § 621 bis texte und note 9 — muß auch dieses gefolgert werden, daß der vom Gesetze berufene tutor ad hoc als Vertreter der Substituirten in die Instanz mit vorzuladen und deßhalb die Klage der Partie Merckle, welche in Folge ihrer Nichtanerkennung der Substitution dies unterließ, als in unzureichender Weise erhoben zu bezeichnen war.

Das Gleiche mußte auch von der Klage der Partie Müller gelten, welche ohne Rücksicht auf etwa noch nachkommende Berechtigte, sowie auf das collidirende Interesse zwischen Instituirten und Substituirten und entgegen der bestimmten Vorschrift der citirten Artikel den Vater der minderjährigen Substituirten Emilie und Emma Steef, als Vertreter derselben in die Instanz brachte.

Es erübrigte nunmehr zu prüfen, ob der freiwillige Eintritt des tutor ad hoc als Nebenintervenient in die beiden

Klagen die bezeichneten Mängel derselben zu beseitigen vermochte.

Es leiden aber diese Interventionen an dem ersten Fehler, daß der Genannte nur als Vertreter der bereits Geborenen, zur Substitution Berufenen auftritt. Wie letztere selbst nichtig ist, wenn sie nicht die sämtlichen Kinder, — die geborenen und, gleichviel mit welcher Wahrscheinlichkeit, noch zu erwartenden, in sich begreift, so ist auch kein tutor ad hoc denkbar, welcher nicht zur Wahrung der Rechte aller zur Substitution Berufenen auftritt.

In zweiter Reihe ist zu bemerken, daß die Qualität eines Theilungsbeklagten, welcher wie der tutor ad hoc den übrigen Beteiligten gegenüber selbstständige Interessen zu vertreten hat, durch die processuale Stellung eines Nebenintervenienten unmöglich gedeckt werden kann. Der Letztere wird nicht Partei im Prozesse, sondern tritt nur einer solchen zur Unterstützung bei, weil das Gesetz davon ausgeht, daß das vom Nebenintervenienten vertretene rechtliche Interesse nicht den Streitgegenstand des Processes bildet, sondern nur, mehr oder minder, mittelbar von der ergehenden Entscheidung berührt werde. Wie wenig diese Voraussetzung untergebens zutrifft, auch wenn man sich auf den Boden des § 66 der R.C.P.D. stellt, und welche unhaltbare prozessuale Lage der Nebenintervenient durch seinen gleichzeitigen Eintritt in beiden Klagen sich bereitet hat, mag auch daraus hervorgehen, daß er entsprechend dem gleichheitlichen Interesse der Substituirten, welches in jedem Falle die lange genug versäumte Sicherstellung der Masse bezweckt, in der Klage der Partie Merckle einer Proceßpartie überhaupt nicht beitrug, vielmehr ein selbstständiges Begehren stellte, also thatsächlich als Hauptintervenient auftritt, dagegen in der Klage der Partie Müller, der letzteren beitreten, deren begehrender Theilung sich anschließen mußte.

Aus alledem dürfte sich zur Genüge ergeben haben, daß durch den Eintritt des Nebenintervenienten die den beiden Klagen von vornherein anhaftende Unvollständigkeit in keiner Weise beseitigt wurde, daß mithin außer der Klage der Partie Müller,

welcher schon die Eingangß besprochene Unzulässigkeit entgegensteht, auch die Klage der Partie Merckle, und zwar als in unzureichender Weise erhoben abzuweisen war.

Hinsichtlich der Kostenvertheilung war von dem Saße auszugehen, daß jede Klagepartei als unterliegend die durch ihre Klageerhebung verursachten Kosten zu tragen hat. Unter diese sind auch die der bezüglichen Interventionen einzubegreifen, da diese letzteren, wenn auch nicht geeignet, die Klagemängel zu beseitigen, doch ausschließlich durch die frustratorischen Klageerhebungen veranlaßt wurden.

E. Rheinheffische Jurisprudenz.

Staatsverträge. — Octroi. — Oertlicher Verbrauch und Verbrauch zu industriellen Zwecken. — Zollvereinsvertrag von 1867. — Oertlicher Transit.

Nr. VIII., IX. Mitgetheilt von Herrn Oberlandesgerichtsrath Dr. Creizenach in Darmstadt.

Staatsverträge, welche in den für die Publication der Geseze bestimmten Verkündigungsblättern veröffentlicht worden sind, bilden unbeschadet der Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit auch für den einzelnen Interessenten eine Rechtsquelle, auf welche er zur Geltendmachung von Befugnissen sich berufen kann.

Wenn einer Gemeinde das Recht zusteht, von Gegenständen des örtlichen Verbrauchs — im französischen Rechtsgebiete objets de consommation locale — eine Eingangß- oder Productionssteuer zu erheben, erstreckt sich dann dieses Recht auch auf solche Gegenstände, die nicht für den örtlichen Verbrauch bestimmt sind, wenn sie im Steuerbezirke aus Stoffen hergestellt worden sind die als solche steuerfrei eingehen? (Non res.) Es ist dies jedenfalls dann nicht der Fall, wenn der an sich octroipflichtige Gegenstand das Recht des octroifreien Transits dann genießt, wenn er von auswärts her durch den Octroibezirk durchgeht. — Davan ist nichts geändert durch die etwaige Schwierigkeit der Controle, oder wenn die bestehenden Controlvorschriften nicht ausreichen. Es ist Sache der berechtigten Gemeinde, dafür Vorsorge zu treffen.

Erstreckt sich die Octroierverspflichtung auch auf octroipflichtige Stoffe, die im Octroibezirke zur Herstellung octroifreier Erzeugnisse verwendet werden? (Non res.)

Der Zollvereinsvertrag zwischen den Staaten des norddeutschen Bundes von 1867 ist durch die Hinweisung auf denselben in Art. 40 der Reichsver-

fassung, wenn auch nicht in allen seinen Theilen, zum integrierenden Theile derselben, doch zum Reichsgesetze geworden.

(Stadt Mainz c. Gebrüder Schäfer.)

Die thatsächlichen Verhältnisse, worauf es in dem Rechtsfalle ankommt, in welchem obige Fragen zur Sprache gebracht sind, sind in dem hier folgenden Urtheile des hessischen Oberlandesgerichts Darmstadt vom 19. Februar 1879 ausführlich wiedergegeben, gleichwie die processualische Grundlage. Für Unkundige sei bemerkt, daß nach der französischen Gesetzgebung, die in dieser Materie noch zur Geltung kommt, die Friedensgerichte ohne Rücksicht auf den Betrag zuständig sind und an ihrer Stelle heute die Amtsgerichte. Das Oberlandesgericht hatte als Cassationshof gegen das Urtheil des Mainzer Bezirksgerichts gemäß der transitorischen Verfügung des hessischen Einführungsgesetzes zur deutschen C.P.O. zu entscheiden.

Das Urtheil lautet:

In Erwägung, daß die Octroiverwaltung der Stadt Mainz am 10. November 1874 gegen Gebr. S. beim Friedensgericht Mainz I. folgende Klage erhoben hat: Beklagte producirten auf ihrer im Mainzer Octroibezirke gelegenen Dampfmühle Mehl, Schrot und Kleien, wovon sie nach einem Reglement vom 22. Dezember 1871 das städtische Octroi zu zahlen verpflichtet seien; bis zum 23. September 1878 seien ihnen dabei diejenigen Gefälle vergütet worden, welche sie für nachweislich wieder aus der Stadt ausgeführten Waaren bezahlt hätten. An diesem Tage habe das Bürgermeisteramt anders verfügt und werde von den Beklagten das Octroi von ihrer Gesamtproduction eingefordert. Dieselben hätten jedoch die Gebühren für ihre Ausfuhr verweigert. Auf deren Zahlung werde nun Klage erhoben, verbunden mit dem Antrage, die Beklagten nicht bloß von ihrem Stadtverbrauche, sondern von ihrer gesammten Production zur Zahlung des Octroi schuldig zu erklären.

Daß nun das Friedensgericht durch Urtheil vom 4. März 1879 erwogen hat, der Art. 18 des Reglements vom 22. Dezbr. 1822 spreche zwar die Verpflichtung der Müller zur Octroizahlung ganz allgemein aus und reproducire lediglich den Inhalt des alten französischen Reglements, aber nach den Bestimmungen des

Zollvereinsverträge, welche durch Artikel 40 der Reichsverfassung Gesetzeskraft erlangt hätten, erstrecke sich diese Pflicht nur auf Gegenstände örtlicher Consumtion, von welchen allein für Rechnung von Communen und Corporationen Steuern sollten erhoben werden dürfen; die von Sch. ausgeführten Mählproducte seien aber zur örtlichen Consumtion offenbar nicht bestimmt und sei also die Klage abzuweisen;

in Erwägung, daß auf die gegen diese Entscheidung von der Stadt Mainz an das Bezirksgericht Mainz eingelegte Berufung, dieses Gericht, im Wesentlichen dem erstrichterlichen Gedankengange folgend, durch Urtheil vom 7. Januar 1879 die Berufung abgewiesen hat und nun dieses Erkenntniß Seitens der Stadt mit Cassationsrecurs angegriffen wird, zu dessen Rechtfertigung sie Folgendes ausführt:

Nach Art. 22 des Gesetzes vom 27 frimaire VIII unterliegen nur jene Gegenstände nicht dem Octroi, die nicht zur lokalen Consumtion bestimmt seien und welche nur in die Gemeinde eintreten auf dem Transit oder um daselbst bis zu ihrer späteren Ausfuhr hinterlegt zu werden. Auch das speciell für Mainz ergangene Decret vom 5. Januar 1807 bestimme, daß die Gebühren jedesmal für die Einfuhr oder Verfertigung der Gegenstände zu zahlen seien und zwar, wenn sie für die städtische Consumtion bestimmt und nicht bloß für den Durchgang eingehe, also in den drei näher bezeichnenden Formen des *passé debout* (einfache Durchfahrt) des *Transit* und des *Entrepot réel ou fictif* (öffentliches oder privates Freilager), Aenderungen an den Gegenständen sollte in keinem Falle vorgenommen werden dürfen. Andere Befreiungen kennt diese Gesetzgebung nicht, was deutlich sich aus der Nothwendigkeit einer besonderen Verfügung zeige, daß in den Kriegshäfen der für den Marinedienst bestimmte Proviant octroifrei sein sollte. Ebenso bestimme ein hessisches Reglement von 1878, daß außer dem für die Garnison bestimmte Proviant keinerlei tarifirte Gegenstände octroifreie seien. Zur Octroipflichtigkeit genüge, wenn der Gegenstand in die Stadt eingeführt oder darin erzeugt oder consumirt oder debitirt werde. In Betreff der Mählfabricate sei speciell bestimmt, daß dieselben sofort declarirt und versteuert werden mußten, wenn

zwischen Müller und Stadt kein Aversionalvertrag bestehe, wie dergleichen in concreto keiner bestehe.

An diesem Stande der Dinge haben auch weder Zollvertrag noch Reichsverfassung etwas geändert. Allerdings bestimmte der Zollvertrag vom 8 Mai 1841 Art. 8 und 4 April 1851 Art. 11 II 5: „Abgaben für Rechnung von Communen und Corporationen sollten nur für Gegenstände, die zur örtlichen Consumtion bestimmt sind nach den desfalls getroffenen oder zu treffenden besonderen Vereinbarungen bewilligt werden und sollen dabei die allgemeinen Grundsätze wegen gegenseitiger Gleichmäßigkeit der Behandlung der Erzeugnisse anderer Vereinsstaaten zur Anwendung kommen.“ Auch der Zollvertrag vom 16 Mai 1865 ändere daran nichts, indem er nur die einzelnen Gegenstände genauer bezeichne, von welchen Communalsteuern sollten erhoben werden dürfen. Richtig sei ferner, daß sowohl die norddeutsche Bundes-, wie die Reichsverfassung Art. 40 bestimmt, die Zollvertragsverträge sollten in Kraft bleiben. Daraus folge aber keineswegs, daß dadurch die Stipulationen dieser Verträge in staatsrechtliche Normen umgewandelt seien, die sofort, insofern sie nicht einen bloß reglementären Charakter hatten, die Kraft von Gesetzen haben sollten, auf die sich sofort der Einzelne berufen könne, wenn ihm, wie in concreto kraft eines Octroi-reglements eine nach der Reichsverfassung unzulässige Productionssteuer abgefordert werde. Denn durch jene Verträge seien nur die Verpflichtungen der Vertragsstaaten stipulirt, eine Uebereinstimmung der Gesetzgebung bezüglich der inneren Besteuerung herbeizuführen. Bis dahin sollten bestimmte normative Grundsätze zur Anwendung kommen. Es liege schon in dieser Fassung ein wirklicher Unterschied gegenüber den ganz categorischen Bestimmungen über die Grenzzölle nach Außen, die inneren Differenzial- und die Transitzölle. Diese, so heiße es, dürfen nicht erhoben werden, während es bei den Innenzöllen heiße: sie sollten insoweit sie überhaupt wegfallen, nicht gelegt werden dürfen und es solle den Communen die Erhebung solcher Abgaben (auf Gegenstände, die zum örtlichen Consum bestimmt sind) bewilligt werden oder: die Regierungen werden es sich angelegen sein lassen, solche Abgaben zu beseitigen u. s. w. Das alles sei lediglich

Verhaltensnorm für die Staaten, und enthalte nichts von Bewilligung von Singularbefugnissen. Die staatsrechtliche Besteuerung des Art. 40 der Reichsverfassung bestehe also lediglich in der Beseitigung der Kündigungsrechte und in der Unterstellung aller einschlägigen Materien unter die Reichsgesetzgebung statt der diplomatischen Verhandlung. Dadurch seien die Verträge nicht schon zu Gesetzen, zu direct an Jedermann gerichteten Befehlen und Verboten geworden. Ähnliche Normen nur für die Regierungen als directive und nicht als Ausgangspunkte für die Rechtsverhältnisse der Individuen dienend, enthielten auch Art. 41 und 42, also obligationes ad faciendum für die Regierungen und so ergebe auch Art. 40 nur eine solche und noch keine directe Abschaffung der Steuer zum Vortheile der Pflichtigen.

Uebrigens, fährt Cassationsklägerin fort, stünden die fraglichen Reglements auch keineswegs mit den Zollvereinsverträgen im Widerspruch. „Vertliche Consommation“ bedeute durchaus nichts anderes als der Ausdruck consommation locale in den französischen Gesetzen und Reglements. Auf diese habe die deutsche Gesetzgebung Rücksicht genommen, weil sie mit alten Erfahrungen und bewährten Einrichtungen operire, woraus sich ergeben habe, daß man unmöglich feststellen könne, welche in einem Octroibezirk eingeführten Gegenstände für den örtlichen Consum bestimmt seien und welche nicht und daß man also, wenn man diesen Besteuerungsmodus einmal zulasse, man ihn auch nothwendig auf alle Gegenstände anwenden müsse, die zu den octroipflichtigen Rubriken gehören, mögen sie auch zur Verarbeitung für die Ausfuhr bestimmt sein, und daß nur der controlirte Transit und das controlirte Freilager eine Ausnahme bilden dürfen;

in Erwägung, daß demgemäß die Cassation des erwähnten bezirksgerichtlichen Urtheils wegen Gewaltüberschreitung und Verletzung resp. übler Anwendung des Art. 40 der Reichsverfassung, des Art. 5 II 91–97 des Zollvereinsvertrags vom 8. Juli 1867, des Octroi-reglements für Mainz vom 22. Dez. 1871, des Gesetzes vom 5 Ventoie VIII Art. 1 ff. und des Decrets vom 17 März 1809 Art. 49 6 bis 10 begehrt wird und in revisorio,

daß die Berufung für begründet erklärt und die Klage zugelassen werde;

daß zur Prüfung dieser Beschwerde zu beachten ist, daß die vorderen Richter darin den Ausführungen der Cassationsklägerin beigepflichtet haben, daß sie erkannten, daß nach den älteren Gesetzen und Reglements eine Befreiung vom Octroi für die von Sch. aus dem Octroibezirke ausgeführten Mehle, Schrote und Kleien nicht bestehe, daß also hierin eine Verfehlung gegen diese Gesetze im Sinne der Cassationsklägerin nicht liegen kann und daß andererseits Cassationsbelleagte deshalb, weil sie darin eine factische Entscheidung zu erblicken vermeinen, keinen Incidentrecurs ergriffen haben und also, da ein solcher auch nicht im Interesse des Gesetzes erhoben worden ist, die Frage, ob die desfallige vorderrichterliche Entscheidung dem Gesetzesmaterial entspreche, als solche und an sich auf sich beruhen bleiben muß;

daß vielmehr nur, wenn Seitens der Cassationsklägerin eine Verletzung dieser Gesetze und Reglements behauptet und desfalls Cassation begehrt wird, dies nur in dem Sinne geschieht, daß sie sich darauf nicht sowohl als auf eine voll geltende Rechtsquelle, als vielmehr wie auf eine Autorität beruft, um ihre Erklärung des in den Zollvereinsverträgen gebrauchten Ausdrucks, um welchen sich die Controverse hauptsächlich dreht, nämlich des Ausdrucks: „Vertliche Consuntion“ zu rechtfertigen, den sie mit allem Zug als nach Sinn und Sprache als den Ausdruck consommation locale völlig deckend bezeichnet;

daß aber, um ihr auch auf dieses Gebiet zu folgen, sich auch da nicht gerade diejenigen Resultate sich ergeben, zu welchen sie gelangt sein will, da auch die französische Rechtsprechung über die Bedeutung dieses Ausdrucks keineswegs einig geht, und die einschlägige Controverse, welche dahin gefaßt zu werden pflegt, ob auch die consommation industrielle zur consommation locale im Sinne des Octroirechts gehöre, unbeachtet des bejahenden Ergebnisses der älteren Rechtsprechung des pariser Cassationshofes, noch keineswegs eine unangefochtene Lösung gefunden hat, wie denn ja auch die in Mainz selbst so viele Jahre lang geübte entgegengesetzte Praxis beweist, daß das Octroi für eine Steuer

gilt, durch welche nur allein die Consumtion des Ortseinwohner getroffen werden soll.

Daß also höchstens zugegeben werden kann, daß hier ein eine mehrfache Deutung zulassender Ausdruck vorliege, indeß bei der Frage, welche von diesen Deutungen den Vorzug verdiene, für das deutsche Gesetzgebungswerk, nämlich den Zollvereinigungsvertrag von 1867 zwei Gesichtspunkte maßgebend sind, nämlich:

1) daß der Tendenz dieses Vertrags nach keine Art der inneren Besteuerung als des favor legis genießend angesehen werden kann, jede solche Besteuerungsart vielmehr nur vorläufige Convenienzen Rechnung tragend zugelassen und jede desfallsige Bewilligung strictissimae interpretationis ist;

2) daß der Gedanke ausgeschlossen ist, bei Abschluß des Vertrags sei den contrahirenden Staaten und deren Vertretern die Mehrdeutigkeit jenes Ausdruckes entgangen, vielmehr anzunehmen ist, daß, wenn wirklich französisches Gesetzesmaterial benutzt wurde, sie umsomehr durch dortige Erfahrungen belehrt, die Controverse durch einen verdeutlichenden Zusatz, wie etwa: „Ortliche Consumtion oder Verbrauch zu industriellen Zwecken“ abgegrenzt haben würden, was zur Evidenz wird, da

3) in Nr. 94, wo von der inneren Besteuerung der Staaten die Rede ist, in der That ausdrücklich auf den Kauf, den Verkauf, die Verzehrung, die Hervorbringung oder die Zubereitung eines Consumtionsgegenstandes genannt sind, während bei der Communalbesteuerung in Nr. 97 nur die örtliche Consumtion erwähnt und damit die nicht örtliche, gleichwie die Hervorbringung und Zubereitung für die nicht örtliche Verzehrung ausgeschlossen ist;

4) daß endlich nicht anzunehmen ist, daß die Gemeinden selbst, wenn sie die örtliche Consumtion zur Erleichterung der directen Steuerlast ihrer Bewohner besteuern, damit auch der nicht örtlichen Industrie eine im Betrag des Octroi bestehende Prämie vor der lokalen im eigenen Weichbilde gewähren wollen, was immer da der Fall wäre, wo der Rohstoff und nicht das Fabricat dem Octroi unterliegt oder wo das Octroi für jenen höher ist, als für dieses;

in Erwägung, daß nun gar in vorliegendem Falle der Rohstoff, nämlich das Getreide, octroifrei und nur die daraus fabricirten

für die Ausfuhr bestimmten Mülhproducte octroipflichtig sind, also auch nicht einmal für den Verkauf nach Außen ein octroipflichtiger Gegenstand verbraucht wird, wie es z. B. bei dem für Firnißbereitung consumirten Spirit der Fall wäre, was doch wenigstens immer noch ein Verbrauch im Octroibezirke, wenn auch ein Verbrauch zu industriellen Zwecken wäre;

daß also, wenn die Ausführungen der Cassationsklägerin richtig wären, das städtische Erzeugniß aus dem octroifreien Rohstoff nicht einmal die Freiheit des Transits genießen würde, welche dem nicht städtischen Fabricat aus solchen Rohstoffen zu Gute kommt, letzterem also die Prämie zu Statten käme, wenn der octroifrei eingehende Rohstoff nach seiner Verarbeitung im Octroibezirk zu einem octroipflichtigen Gegenstande auch dann die Steuer bezahlen müßte, wenn dieser Gegenstand zum Verkaufe nach auswärts bestimmt ist;

in Erwägung, daß, wenn hiergegen die Schwierigkeit der Controle geltend gemacht wird, diese Schwierigkeit keineswegs deren Möglichkeit ausschließt, diese Möglichkeit vielmehr gerade aus der von der Stadt Mainz in diesem Dienstzweige bis vor Kurzem festgehaltene Uebung sich ergibt, die Unmöglichkeit der Controle selbst übrigens nur die berechnigte Stadt von der Unthunlichkeit der Beibehaltung der Steuer überzeugen und nicht zur Erhebung von Steuern berechnigen kann, die ihr an sich nicht bewilligt sind;

in Erwägung, daß wenn also über die Bedeutung des für die Entscheidung maasgebenden Ausdrucks zur örtlichen Conjunction, ein begründeter Zweifel nicht besteht, die weitere Frage zu prüfen bleibt, ob der Zollvertrag gegenüber dem Reglement angerufen werden kann, welches die Stadt zur Begründung ihrer Ansprüche geltend macht, da dasselbe besondere Controlvorschriften über die Erhebung des Octroi von Mülhproducten enthält, woraus sie die Pflicht zur Zahlung des Octroi, um die Controle zu fördern, folgern will;

daß in der That dieses Reglement durch landesherrliche Verordnung genehmigt ist, und nun zu untersuchen wäre, ob dasselbe von Seiten des Gerichts auf seine Verfassungsmäßigkeit

geprüft werden dürfe; daß aber dieser Gedankengang unzutreffend erscheint, da das bloße Controlinteresse hinter das reichsgesetzliche Verbot zurücktritt, zwischen dem Reichsgesetze und der Verordnung also lediglich eine Antinomie besteht, die gelöst werden muß, auch bei unbeanstandeter Gesetzeskraft der einen wie der anderen Rechtsnorm;

daß nun ohne Zweifel bei vorliegendem Widerspruch zwischen dem Reichs- und dem Landesgesetze das Erstere für die Entscheidung maasgebend ist.

Aus diesen Gründen verwirft das Oberlandesgericht den Recurs als unbegründet u. s. w.

IX. Gemeinschaftliche Ausstattung der Kinder Seitens der Eltern. — Rechtsirrthum im Vergleich.

Der Art. 1535 C. c. ist nicht anwendbar, wenn die Ausstattung in einem Sondergut eines der beiden Ehegatten besteht.

Unter Rechtsirrthum im Sinne des Art. 2052 C. c. ist lediglich Unkenntniß oder Zweifel einer der bei dem Vergleich contrahirenden Theile in Betreff dessen, was Rechtens ist, zu verstehen. Zur Anwendbarkeit dieser Gesetzesstelle ist also das Bewußtsein erforderlich, daß der Rechtsfact, woraufhin man vom andern Contrahenten etwas in Anspruch nimmt, controvers ist und daß man aus diesem Beweggrunde zur Nachgiebigkeit sich herbeiläßt.

(Urtheil des Oberlandesgerichts in Darmstadt vom 5. März 1880.)

II. Senat. L. gegen Wwe. S.)

Entscheidungsgründe und Thatbestand (mit Kürzungen).

Die am 7. Febr. 1879 von Wwe. S. gegen L. erhobene Klage geht auf Räumung einer Hofraithe, welche sie in Gemeinschaft mit ihrem verstorbenen Ehemann am 2. Januar 1864 ihrer verstorbenen Tochter, Ehefrau des Beklagten als Ausstattung unter Vorbehalt verschiedener Nutzungsrechte, sowie des Rückfalls an sie für den Fall des Ablebens der Tochter vor den Eltern, geschenkt hatte. Dieser Fall traf ein und verlangte Klägerin daraufhin die Räumung von dem Schwiegersohn. Dieser excipirte zunächst mit einer letztwilligen Verfügung seiner Ehefrau, wodurch diese ihm den Nutzgenuß der Hofraithe, soweit solcher nicht nach den Schenkungsacte ihren Eltern zustehet, legirt hatte.

Diese Einrede wäre begründet, wenn nur das gesetzliche Rückfallrecht des Art. 747 C. c. und nicht ein vertragsmäßiges Art. 952 vorläge. (Zachariae Bd. 4 S. 606). Denn ein solches wirkt bei Eintritt der Bedingung *ex tunc*. Der vordere Richter hat also mit Recht die Entscheidung lediglich von der Führung des Beweises abhängig erklärt, daß das geschenkte Object Sondergut der Klägerin geworden sei, da alsdann dasselbe auch nur an sie allein zurückfällt. Hiergegen beruft L. sich vergeblich auf Art. 1735 C. c. Denn wenn darnach eine gemeinschaftliche elterliche Ausstattung auch zur Hälfte als vom Vater, zur Hälfte als von der Mutter geschehen angesehen werden soll, so bezieht sich dies lediglich auf die Berechnung der Vorempfänge des ausgestatteten Kindes und nicht auf die Rechte der beiden Elternteile an dem Object der zugewendeten Ausstattung.

L. excipirt aber auch aus einem als Theilungsact bezeichneten nach dem Tode der Ehefrau L. zwischen den Interessenten getroffenen Uebereinkommen, wodurch: 1) allerdings das vorbehaltene Nutzungsrecht der Wittve aus der Schenkung vom 2. Januar 1864 anerkannt und erweitert, 2) das gütergemeinschaftliche Vermögen dem überlebenden Ehemann L. ganz überlassen und 3) ihm 500 fl. für Verwendungen in die Hofraithe vergütet werden.

L. führt nun aus: Dieser Act begreife ein den ganzen Nachlaß seiner Ehefrau betreffendes Arrangement, auch auf den ihm legitimen Nutzgenuß und das *quoad dominium* daran anerkannte Rückfallrecht der Klägerin sich erstreckend. Er enthalte also einen Vergleich mit Verzichtleistung auf entgegenstehende darin nicht ausdrücklich vorbehaltene Ansprüche. Es involvire namentlich das Anerkenntniß des testamentarischen Nutzgenusses, den die Verstorbene ihm gleichzeitig mit der Schenkung bewilligt habe und als Folge davon auch den Verzicht der Ehefrau auf alle größeren Nutzungsrechte, als die den Eltern in dieser Schenkung vorbehaltenen. Das Urtheil *a quo* hat diesen Einwand verworfen, die Concessionen aber, welche aus der Unterstellung der Rechtswirksamkeit der testamentarischen Nutzungsrechte sich erklärten, als auf Irrthum beruhend und darum unwirksam er-

kärt; hiergegen ist nun eine zweite Berufungsbeschwerde gerichtet, die ebenfalls unbegründet ist. Im erstrichterlichen Urtheile ist thatsächlich nachgewiesen, daß die Mutter sich der aus dem vorbehaltenen Rückfallsrechte sich ergebenden Ansprüche nicht bewußt war, also in einem Irrthum in substantia versierte.

Berufungskläger ruft nun den Art. 2052 B.G.B. an, indem er ausführt, es liege ein Vergleich vor, der also wegen Rechtsirrtum unanfechtbar sei; aber auch das ist vergeblich. Im Wesentlichen erweist sich der fragliche Vertrag als ein Arrangement über das gütergemeinschaftliche Vermögen der Verstorbenen, welches dem Berufungskläger ganz überlassen wird. Ueber die heute allein zur Sprache kommenden Nutzungsrechte besteht kein Streit an sich, sondern in der für den Berufungskläger günstigsten Unterstellung erkennt die Wwe. S. das legs d'usufruit an L. an, soweit es im Testamente vom 2. Januar 1864 begründet ist und dieser Usufruct wird im Akt vom 23. Mai 1878 noch weiter beschränkt, d. h. die Wittve verzichtet auf einen Theil ihres Benutzungsrechts, das ihr als Eigenthümerin zusteht, was sie ja in Folge des Nutzungsrechts geworden ist, hier liegt also kein Vergleich, sondern lediglich ein indebite gemachtes Zugeständniß vor, wie denn ja auch eine Vermögensauseinandersetzung an sich nicht nothwendig als Vergleich, — d. h. als Verständigung über zweifelhafte oder nicht realisirbare Rechte, — sondern als aversionale Liquidation erscheint. Will man aber auch den Gesichtspunct festhalten, von welchem aus die fragliche Stipulation als Vergleich erscheinen könnte, so liegt doch keineswegs derjenige *Ereur de droit* vor, der nach Art. 2052 B.G.B. nicht zur Bestreitung der Giltigkeit eines Vergleichs ausreichend sein soll. Hier ist zu bemerken, daß dieser Artikel die einzige Stelle des Gesetzbuchs ist, wo zwischen Rechts- und factischem Irrthum unterschieden wird und daß dieser auf gleicher Linie wie die *lésion* behandelt wird. Damit ist gesagt und ist zum Ueberflusse in dem betreffenden *Exposé des motifs* hervorgehoben, daß der Zweifel über die Richtigkeit eines Rechtsfactes resp. desfallige Irrthum der Beweggrund aller Vergleiche ist, die nicht als bloße Nachlassenträge erscheinen. Spätere bessere Belehrung in *jure* darf also

den Vergleich nicht in Frage stellen können. Der Rechtsirrtum, d. h. die Rechtsunwissenheit liegt aber eben in der ignorantia juris, d. h. dessen was Rechtens ist, nicht in dem jus suum ignorare, in der Unkenntniß eines erworbenen Rechts. Letztere ist nicht Rechtsirrtum, sondern faktischer Irrthum. (Savigny. System des röm. Rechts Bd. III S. 327). Diese Sätze, zu deren Aufstellung allgemeine Grundsätze dienen müssen, da der Code civil über die Voraussetzungen der beiden Arten des Irrthums nichts enthält, auf den concreten Fall angewendet, so steht einestheils nicht fest, daß die Berufungsbeflagte der irrigen Meinung war, daß der Eintritt der Bedingung des vorbehaltenen Rückfallrechts die Lasten bestehen lasse, die der Beschenkte auf das geschenkte Objekt gelegt habe, und daß sie unter der Herrschaft dieses Rechtsirrtums die Belastung des Grundstücks habe implicite gelten lassen; — denn man kann nicht einmal sagen, daß sie solche als rechtsbeständig förmlich anerkannt habe — und steht andererseits dagegen fest, daß sie des stipulirten Rückfallrechtes selbst sich nicht bewußt war, daß sie also in facto irrte (jura sua ignorabat) und darum indebite Zugeständnisse machte, an welche sie nicht gebunden ist.

F. Abhandlungen.

VI. Das Resolutionsrecht der Verkäufer von Liegenschaften und § 21 der deutschen Konkursordnung.

(Von Herrn D. L. G. Senatspräsident Petersen in Colmar.)

Die von Herrn Rechtsanwalt David in dieser Zeitschr. (XI. S. 517 flg.) erörterte Frage, ob der Verkäufer einer Liegenschaft kraft des ihm durch die Art. 1184 und 1654 code civ. eingeräumten Resolutionsrechts auch nach dem 1. Oktober 1879 in der Lage sei, die Einschreibung des ihm nach Art. 2103 C. c. zustehenden Vorzugsrechts zu unterlassen, ohne deßhalb Gefahr zu laufen, für seine Forderung nicht befriedigt zu werden, hat für die meisten deutschen Länder, in welchen französisches Recht gilt, ein großes praktisches Interesse. Für Elsaß-Lothringen besteht ein solches allerdings kaum, da nach Art. 7 des Transskriptionsgesetzes vom 23. März 1855 die dem Verkäufer gemäß Art. 1654 zustehende Resolutionsklage nach Erlöschung des durch Einschreibung zu wahrenen Vorzugsrechts solchen Personen gegenüber nicht mehr angestellt werden kann, welche vom Erwerber des Grundstücks dingliche Rechte an demselben erworben und dieselben nach Vorschrift der Gesetze gewahrt haben. Für die anderen Länder des französischen Rechts ist die Frage aber insofern von Bedeutung, als bisher das Resolutionsrecht eine vollständige Sicherheit gewährte und deßhalb die Wahrung des Vorzugsrechts ohne Gefahr unterlassen werden konnte. Insbesondere besteht das Interesse auch für die bayerische Pfalz, da nach Art. 201 des bayerischen Ausführungsgesetzes zur C.=P.=D. und R.=D. die in Art. 2103 und 2111 des „pfälzischen Civilgesetzbuchs“ bezeichneten Vorzugsrechte an Liegenschaften nur solchen

Gläubigern gegenüber auch ohne Einschreibung in das Hypothekenbuch Wirksamkeit haben, welchen an diesen Liegenschaften ein Vorzugs- oder Unterpfandsrecht nicht zusteht. Für die Behandlung kommen drei verschiedene Gesichtspuncte in Betracht. Zunächst handelt es sich um die von Rechtsanwalt David erörterte Frage, ob § 21 R.=D. der Geltendmachung des Resolutionsrechts gegenüber dem Konkursverwalter und einer darauf gestützten Aussonderung im Wege steht. Sodann ist zu prüfen, ob auf Grund des Resolutionsrechts, auch wenn das dem Verkäufer zustehende Vorzugsrecht erloschen ist, ein Absonderungsrecht im Sinne der §§ 39 flg. R.=D. geltend gemacht werden kann, wie in der Pfalz vielfach behauptet wird und namentlich in einem Gutachten angesehener Rechtsanwälte aufgestellt worden ist. Endlich ist es von Interesse, die Mittel näher ins Auge zu fassen, welche dem Verkäufer, der das Vorzugsrecht nicht einschreiben lassen will, zu Gebot stehen, um seine Forderung auch für den Fall zu sichern, daß nach der R.=D. das bloße Resolutionsrecht weder ein Recht auf Aussonderung noch ein solches auf Absonderung begründet.

1.

Bezüglich des § 21 R.=D. kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß bei Aufstellung des Entwurfs die Absicht dahin ging, die gesetzlichen Bestimmungen zu beseitigen, nach welchen bei zweiseitigen Verträgen im Falle einer Nichterfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit der Vertrag als aufgehoben anzusehen ist oder aufgelöst werden kann, und daß insbesondere den Artikeln 1184 und 1654 des Code civil, insoweit es sich um das Konkursrecht handelt, die Geltung entzogen werden sollte. Daß diese Absicht bestand, wird von keiner Seite, namentlich auch von David nicht bestritten. Vielmehr wird von letzterem nur geltend gemacht, die in den Motiven enthaltene Auffassung sei im Gesetz selbst nicht in gehöriger Weise zum Ausdruck gelangt. Das der R.=D. zu Grunde liegende System ist an sich nicht unklar; nur darf man, wenn man es richtig verstehen will, den § 21 nicht für sich allein betrachten, sondern muß die Vorschriften der §§ 15—21, welche den Einfluß des Konkursverfahrens auf

die Erfüllung der von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte regeln, in ihrem Zusammenhang in's Auge fassen. Die Frage, ob die Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrages von Seiten eines Contrahenten den anderen berechtigt, nur auch seinerseits die Erfüllung zu verweigern, und wenn er bereits seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist, seine Leistung rückgängig zu machen und bei dem Kaufvertrag die Rückgabe der von ihm übergebenen Sache zu verlangen, wird von den einzelnen Gesetzgebungen in verschiedener Weise beantwortet. In Deutschland ist im gemeinen Recht die Auffassung zur Herrschaft gelangt, daß ein Vertrag durch das Ausbleiben der Erfüllung von einer Seite nicht rückgängig werde; ja die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller nimmt an, daß wenn bei einem zweiseitigen Erwerbsvertrage ein Zufall die eine Leistung unmöglich mache, der Schuldner nicht bloß von der Leistung befreit werde, sondern auch den Anspruch auf die ihm gegebene oder zugesicherte Gegenleistung behalte. (V. die Motive zur R.=D. Ausg. von Kortkampff S. 87.) Dieser Auffassung folgen im Allgemeinen auch die Particulargesetzgebungen. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen sagt (in § 764): „man kann nicht einseitig von einem Vertrage zurücktreten und dessen Erfüllung verweigern, weil der Gegner noch nicht erfüllt habe“. Ebenso stellt das preussische allg. Landrecht (§§ 393, 294 I. 5) den Grundsatz auf, daß die von der einen Seite geweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrages den Anderen in der Regel nicht berechtige, vom Vertrage selbst wieder abzugehen, vielmehr nur dazu den Gegentheil zu der versprochenen Erfüllung und zu der nach den Gesetzen ihm zukommenden Entschädigung anzuhalten.“ Von diesem Grundsatz werden dann allerdings mehrere Ausnahmen gemacht, welche hier nicht interessieren. In schroffem Gegensatz zu der im deutschen Recht herrschenden Auffassung stehen die Vorschriften des französischen Rechts. Nach Art. 1184 Code civil gelten alle zweiseitigen Verträge als auflösend bedingt für den Fall, daß von einer Seite nicht erfüllt wird, und hat der andere Theil in diesem Fall das Recht, entweder die Erfüllung oder die Auflösung des Vertrags nebst Schadenersatz zu verlangen. Durch Art. 1654 wird dieses Recht dem

auch dem Verkäufer für den Fall der Nichterfüllung des Kaufpreises ausdrücklich zugesprochen. Gegenüber dieser Verschiedenheit, welche hinsichtlich der Folgen der Nichterfüllung eines Vertrags durch einen Contrahenten im bürgerlichen Recht besteht, haben die einzelnen Konkursordnungen ein abweichendes Verfahren eingeschlagen. Ein Theil derselben hat die Frage in umfassender und erschöpfender Weise geregelt. Andere haben sich einer Beantwortung derselben enthalten und die Lösung derselben den allgemeinen Grundsätzen überlassen, welche man aus der Natur des unerfüllten Vertrages und aus dem Wesen des Konkurses zu entnehmen habe. Bei Aufstellung des Entwurfs zu einer deutschen Konkursordnung stand man mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der im bürgerlichen Recht geltenden Auffassungen vor zwei Fragen, nämlich vor der, ob es überhaupt nothwendig sei, eine einheitliche, durchgreifende Regelung auf dem Gebiet des Konkursrechts vorzunehmen und für den Fall der Bejahung dieser Frage vor der weiteren, in welcher Weise die Regelung zu erfolgen habe. Was den ersten Punct anbelangt, so entschied man sich bei Aufstellung des Entwurfs dafür, daß die Regelung aller hier einschlagenden Fragen ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit des in den einzelnen Staaten geltenden Rechts in einheitlicher und erschöpfender Weise durch die R.=D. erfolgen müsse und es wurde dies in den Motiven (a. a. O. S. 63) in folgender Weise gerechtfertigt: „Die Lösung dieser Schwierigkeiten lediglich der Anwendung allgemeiner Grundsätze des bürgerlichen Rechts und des Konkursrechts zu überlassen, erscheint bedenklich, da es fraglich sein würde, welche Vorschriften des bürgerlichen Rechts anzuwenden seien, ob die Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung eines Vertrags, oder einer Unmöglichkeit seiner Erfüllung oder der Erfüllungsart und zwar zufolge „Verschuldung“ des einen Contrahenten oder zufolge eines in der Person desselben eingetretenen „Zufalls“ oder zufolge eines „bloßen Zufalls“ oder die Vorschriften über das Recht zum Rücktritt von den Verträgen wegen Verzugs oder wegen Veränderung der Umstände. Es erscheint dies um so bedenklicher, als die Bestimmungen der einzelnen Rechtssysteme in diesen Materien auf das erheblichste von einander abweichen. Die Anwendung derselben auf das Kon-

kursrecht der Praxis zu überlassen, würde daher nicht bloß einer unabsehbaren Verwirrung Raum geben, sondern es würde bei manchen Rechtssystemen auch einen unvermeidlichen Widerspruch mit nothwendig festzuhaltenden Grundsätzen des Konkursrechts hervorrufen. Es konnte daher einer gesetzlichen Regelung der Frage nicht ausgewichen werden. Der Entwurf stellt im § 15 für die Erfüllung zweiseitiger Verträge die Regel auf und setzt im § 20 das Verhältniß derselben zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechts fest; der § 16 enthält von der Regel des § 15 eine Ausnahme nach der einen, und die §§ 17—19 eine Ausnahme nach der anderen Richtung. Zum Beschluß faßt § 21 die Folgen ins Auge, welche eine Einwirkung des Konkursverfahrens auf zweiseitige, sowohl als auf einseitige Verträge nach sich zieht.“ Nachdem die Vorfrage in dieser Weise entschieden war, konnte es kaum zweifelhaft sein, daß in der Sache selbst die im deutschen Recht herrschenden Auffassung über die des französischen Rechts das Uebergewicht gewinnen werde und in der That entschloß man sich auch sofort dazu, die Grundsätze des Code civil auf dem Gebiete des Konkursrechts zu beseitigen. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (a. a. O. S. 89) nachdem die im französischen Recht herrschende Auffassung dargelegt worden und auf die in Code de Commerce und im Fallimentsgesetz vom Jahre 1838 getroffenen Ausnahmebestimmungen verwiesen worden war, bemerkt: „Für das Konkursrecht darf eine solche Theorie nicht zugelassen werden. Denn bestand die rückständige Gegenleistung des Gemeinschuldners in Geld, so tritt der Fall einer contractlichen Nichterfüllung, eines Contractbruchs im eigentlichen Sinne überhaupt nicht ein. Der Vertrag wird weder in seinem Inhalt noch in seinem Gegenstand irgendwie geändert. Der Mitcontrahent, welcher die verkaufte Sache übergeben oder welcher die ausbedungene Arbeit geliefert hat, liquidirt den vertragsmäßigen Preis, soweit ihm dieser nach dem Vertrage zusteht, in voller Höhe, und es ist gerade der Zweck des Konkursverfahrens, daß er für den Preis aus dem Vermögen des Gemeinschuldners befriedigt werde. Reicht dieses nicht zur Befriedigung aller Gläubiger aus und erhält der Gläubiger aus der Konkursmasse nicht sein volles Geld, so liegt dieser Umstand nicht in der

zwischen ihm und dem Gemeinschuldner bestehenden Obligation, sondern in seinem Rechtsverhältnisse zu den übrigen konkurrierenden Gläubigern. Die Obligation erleidet eine Veränderung nur, wenn die Gegenleistung des Gemeinschuldners einen anderen Gegenstand als Geld hatte. Nun mag es sich vielleicht rechtfertigen, außerhalb des Konkurses zu sagen: „bei Verträgen über Handlungen müsse, wenn diese nicht erfolgen, das darauf Geleistete zurückgegeben werden, da das Recht auf eine bestimmte Handlung nicht leicht durch eine Geldentschädigung aufgewogen werden könne,“ und sogar bei allen zweiseitigen Verträgen zu sagen: „es dürfe, wenn sich Jemand für seine Leistung eine bestimmte Art von Gegenleistung ausbedungen habe, der Schuldner ihm nicht eine andere Art von Gegenleistung aufdringen.“

Indeß diese Gründe finden nicht Platz im Konkursrecht. Denn dieses verwandelt gesetzlich ohne Zuthun des Schuldners jede Forderung aus ein- wie aus zweiseitigen Verträgen in eine Geldforderung — und sollte dies bei einer Obligation auf ein Thun nicht möglich sein, dann entzieht diese sich überhaupt der Anwendung des § 15. Die Umwandlung der Gegenleistung in Geld hebt nicht die Obligation auf, ändert auch nicht den Inhalt, sondern nur den Gegenstand derselben und beruht gerade auf ihrem Fortbestehen.“

Nachdem noch S. 89 flg. ausgeführt worden, daß es ungerecht sein würde, die Gläubiger aus zweiseitigen Verträgen gegenüber solchen aus einseitigen Schuldverhältnissen z. B. Darlehensgläubigern zu bevorzugen, und ihnen ihre Leistung zurückzugewähren, während der Darlehensgläubiger statt der Gegenstände, die er hingegeben, immer nur Geld und zwar nur soviel, als die Concurssmasse biete, zurückhalte und daß durch die Bevorzugung der Gläubiger aus zweiseitigen Verträgen vor den übrigen persönlichen Gläubigern die Sicherheit des allgemeinen Geschäftsverkehrs beeinträchtigt werde, wurde schließlich noch in den Motiven (S. 91) bemerkt: „Es konnte daher für den Entwurf nicht zweifelhaft sein, ohne Ausnahme anzunehmen: der ganze Vertrag ist gültig und perfect durch den Abschluß — nicht erst durch die Erfüllung; die Nichterfüllung, welche in Folge des Konkursverfahrens eintritt, hebt nicht den Vertrag auf: das Geleistete bleibt im Vermögen und in der Masse des Gemeinschuld-

ners; eine Condition desselben (sine causa oder ob causam datorum) ist ausgeschlossen; der Contrahent hat nur einen Entschädigungsanspruch.“ Diese Ausführungen in den Motiven sind so deutlich wie möglich. Es ist aber auch die Behauptung unrichtig, daß dieselben im Gesetz selbst einen genügenden Ausdruck nicht gefunden hätten. Es handelt sich darum, ob derjenige, der auf Grund eines zweiseitigen Vertrags etwas geleistet hat, wenn der Gemeinschuldner die ihm als Käufer obliegende Verbindlichkeit wegen Konkurses nicht erfüllen kann, seine Forderung in derselben Weise wie die anderen Gläubiger im Konkursverfahren anmelden und den sich ergebenden Ausfall zu seinem Theile mittragen muß, oder ob er mit Rücksicht auf die Nichterfüllung des Vertrags durch den anderen Theil den Vertrag rückgängig machen und die Rückgabe der hingegebenen Sache fordern darf? Diese Frage wird in bestimmter Weise dahin entschieden, daß die Rückgabe der in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung nicht verlangt werden kann.“ Daß es genauer gewesen wäre, von der „geleisteten Sache“ statt von der „Leistung“ zu sprechen, muß zugegeben werden. Aber über den Sinn des Gesetzes kann ein Zweifel nicht bestehen. Soweit es sich um das Konkursverfahren handelt, soll die Nichterfüllung eines Vertrags durch den Gemeinschuldner oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses desselben den anderen Theil nicht berechtigen, zu verlangen, daß der frühere Zustand, wie er vor seiner Leistung bestand, wiederhergestellt werde, sondern es soll dasjenige, was er geleistet hat, in der Konkursmasse verbleiben. Durch diese Vorschrift in Verbindung mit der des § 4 Einf.-Ges. wird den Vorschriften des französischen Rechts über das Resolutionsrecht bei zweiseitigen Verträgen, insbesondere über das Resolutionsrecht des Verkäufers, sowie dem darauf begründeten Rückforderungsrecht soweit es sich um das Konkursrecht handelt, die Wirksamkeit entzogen. Dieselbe geht noch weiter, als die des § 11 der preußischen Konkursordnung, nach welchem dem Mitcontrahenten des Gemeinschuldners das von ihm Geleistete insoweit zurückgegeben werden mußte, als es noch in der Konkursmasse vorhanden war.“ Die Abänderung der Bestimmung des preußischen Rechts,

welche in den Motiven ausführlich begründet wurde, geschah jedoch mit vollem Bewußtsein, und es würde diese Abweichung, wenn ein Zweifel über die Absicht des Gesetzgebers überhaupt bestehen könnte, erst recht beweisen, daß jede Rückforderung der einmal in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Gegenstände ausgeschlossen werden sollte. In der That besteht auch unter den Commentatoren der deutschen Konkursordnung volle Uebereinstimmung darüber, daß durch § 21 das Resolutionsrecht des Art. 1654 Code civil, soweit es sich um das Konkursverfahren handelt, seine Wirksamkeit verloren hat, und der Verkäufer eines Grundstücks nur das ihm zustehende Vorzugsrecht als Absonderungsrecht geltend machen, dagegen nicht, wenn er die Wahrung desselben unterlassen hat, sich auf dem Wege der Resolutionsklage wieder den Besitz des Grundstücks verschaffen kann. B. von Sarwey § 21 S. 99; von Bölderndroff ebendaj. Bd. I. S. 252; Hullmann S. 121—124; Stieglitz S. 115 Anm. d; Petersen § 21 Bem. I. 2 u. II. 2 S. 108 und 110.*) Von verschiedenen Schriftstellern wird sogar die Frage erörtert, ob die Vorschrift des § 21 nicht überflüssig sei, indem sich aus den übrigen Bestimmungen der R.O. insbesondere aus § 15 schon die in § 21 aufgestellten Grundsätze ergeben hätten und wird die Bedeutung dieses § gerade darin gefunden, daß durch denselben das französische Recht, soweit es sich um den Konkurs handle, ausdrücklich abgeändert werde. In der That beruft sich David mit Unrecht auf § 15 der C.O., nach welchem sich der Konkursverwalter darüber schlüssig machen müsse, ob er den Vertrag erfüllen wolle, und nach dem, wenn der Verwalter nicht erfülle, die Liegenschaft mit dem Resolutionsrecht des Verkäufers behaftet bleibe. Dieser § setzt voraus, daß ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Concursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Theile noch gar nicht oder doch

*) Die Bemerkung von David, daß der Einsender in seinem Commentar die Frage nicht berühre, sondern sich wie Sarwey darauf beschränke, nachzuweisen, daß Art. 2102 Nr. 4 unter den Hammer des § 21 falle, ist nicht richtig, da auf S. 110 die Consequenzen gezogen wurden, welche sich aus § 21 für die Länder des französischen Rechts ergeben.

nicht vollständig erfüllt worden ist. Hat die Erfüllung von einer oder der anderen Seite ihrem vollen Umfange nach stattgefunden, so kommt nicht der § 15 zur Anwendung, sondern es kann die Erfüllung durch den Anderen in Gemäßheit allgemeiner Rechtsgrundsätze erzwungen werden. Es verhält sich dann ebenso, wie wenn von vornherein eine einseitige Verpflichtung in Frage gestanden hätte. Hatte der Gemeinschuldner vor der Konkursöffnung vollständig erfüllt, so verlangt der Verwalter Erfüllung der rückständigen Gegenleistung. Ist dagegen die Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Leistung rückständig, so kann der andere Theil zwar seine Forderung im Konkursverfahren geltend machen, aber es steht ihm unter allen Umständen nur eine Geldforderung zu und er ist bezüglich derselben als einfacher Konkursgläubiger anzusehen, muß sich also mit der Dividende begnügen, welche den nicht bevorrechtigten Gläubigern zufällt. (M. S. 67, 68.) Die Berufung auf § 15 kann also dem Verkäufer, der nicht mehr Eigenthümer ist, aber den Kaufpreis noch zu beanspruchen hat, nichts helfen. David macht hiegegen geltend, die Resolutivbedingung der Art. 1184 und 1654 sei als eine gesetzliche Vertragsergänzung von gleicher Wirkung, als wenn die Parteien dieselbe verabredet und beurkundet hätten und es sei, wenn die Resolutivbedingung eintrete, der Kauf als nicht geschehen zu betrachten. Aber seine ganze Argumentation beruht auf einer Ignorirung der positiven Vorschrift des § 21 und läuft auf eine *petitio principii* hinaus. Die Bemerkung, die Resolutivbedingung sei in Wahrheit eine Suspensivbedingung für den Verkäufer (Käufer?) einer Liegenschaft; erst mit der vollen Zahlung werde dessen Eigenthum unwiderruflich, ist unverständlich. Durch die Vorschrift des Art. 1554 wird der Vollzug des Vertrags und der Eigenthumsübergang nicht suspendirt, sondern es ist die Lage der Parteien in dieser Beziehung die gleiche, als wenn der Kaufpreis bezahlt würde und es kann der Vertrag nur rückgängig gemacht werden, wenn der Bedingung nicht genügt wird. Diese Widerruflichkeit schließt aber nicht aus, daß die im Gesetz vorgezeichnete stillschweigende Bedingung als eine Resolutivbedingung anzusehen ist. Vielmehr begründet die Möglichkeit der Resolution des Ver-

trags eben die Widerruflichkeit des Eigenthums. Hätte die Nichtzahlung des Kaufpreises durch den Gemeinschuldner die Wirkung, daß der Kauf von Rechtswegen als nicht geschlossen zu betrachten wäre, würde mithin der Verkäufer das Eigenthum an der verkauften Liegenschaft niemals verloren haben, und sonach auch im Augenblick der Konkursöffnung Eigenthümer derselben gewesen sein, so würde David Recht haben. Es würde sich dann um einen dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand handeln und der Verkäufer nach § 35 R.O. berechtigt sein, denselben aus der Masse auszuondern. So liegt aber die Sache nicht. Der Umstand, daß der Kaufpreis zur Zeit der Konkursöffnung nicht bezahlt ist, und daß der Verkäufer an sich in der Lage wäre, wegen Nichtzahlung dieses Preises eine Klage auf Auflösung des Vertrags zu erheben, hindert nicht, daß der Gemeinschuldner bei Eröffnung des Verfahrens Eigenthümer der gekauften Sache ist. Derselbe würde vielmehr das Eigenthum erst dadurch verlieren, daß durch rechtskräftiges Urtheil die Auflösung des Kaufvertrages ausgesprochen und dadurch Alles in den Zustand vor Errichtung des Vertrags zurückversetzt würde. Zu dieser Auflösung und der darauf gegründeten Rückforderung der verkauften Sache kann aber der Verkäufer der Konkursmasse gegenüber nicht mehr gelangen, da ihm ihm § 21 R.O. das Recht, die Rückgabe der in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergebenen Gegenstände zu verlangen, entzieht, ihm also den Weg versperret, auf dem er, wenn der Käufer nicht in Konkurs gerathen wäre, sein Ziel hätte erreichen können. Nur wenn die Auflösung des Kaufvertrags zur Zeit der Konkursöffnung durch rechtskräftiges Urtheil ausgesprochen, dem Gemeinschuldner also in dem entscheidenden Augenblick das Eigenthum bereits entzogen ist, steht dem Verkäufer ein Aussonderungsrecht zu. Dafür, daß die Auffassung, von welcher David bezüglich des § 21 ausgeht, unrichtig ist, gibt es noch einen entscheidenden Grund, der nicht unerwähnt gelassen werden darf. Die Vorschrift des § 21 bezieht sich in gleicher Weise auf bewegliche und auf unbewegliche Sachen, und es ist in keiner Weise gerechtfertigt, dieselbe auf Verträge über Liegenschaften zu beschränken. Wenn die Auffassung von David

richtig wäre, würde also das Resolutionsrecht des Verkäufers auch dann geltend gemacht werden können, wenn es sich lediglich um bewegliche Sachen handelt, und es würde das System der R.D., dessen allgemeine Durchführung durch § 21 gesichert werden soll, in den Ländern des französischen Rechts überhaupt nicht, oder doch nur in sehr abgeschwächter Weise zur Geltung gelangen, obgleich § 21 gerade mit Rücksicht auf diese Länder in die R.D. eingefügt wurde, und in der Justizcommission des Reichstages vollständige Uebereinstimmung darüber bestand, daß bewegliche an den Gemeinschuldner verkaufte Sachen nur dann vom Verkäufer zurückverlangt werden können, wenn man dem Art. 2102 Nr. 4 des Code civil die Auslegung gibt, daß das Eigenthum noch nicht auf den kaufenden Gemeinschuldner übergegangen ist. Es würde sogar hinsichtlich der Rechtszustände in Elsaß-Lothringen ein Rückschritt gegenüber der neueren französischen Gesetzgebung eintreten, während doch § 21 das in dem Fallimentsgesetz vom Jahr 1868 bezüglich der beweglichen Sachen angenommene System erweitern und hinsichtlich aller Arten von Sachen durchführen wollte. Eine derartige Annahme, von der auch David nicht auszugehen scheint, ist aber unbedingt ausgeschlossen. In Frankreich bestand schon unter der Herrschaft des Code de commerce Streit darüber, ob das Resolutionsrecht des Verkäufers von beweglichen Sachen auch gegenüber einer Fallitmasse geltend gemacht werden könne, weil man sich bewußt war, daß dieses Recht mit den allgemeinen Grundsätzen des Fallimentsverfahrens, insbesondere mit der grundsätzlichen Gleichstellung aller einfachen Konkursgläubiger unverträglich sei. In Ermangelung einer positiven Bestimmung konnte aber dem Resolutionsrecht ebensowenig die Geltung versagt werden, wie dem in Art. 2102 des Code civil vorgesehenen Vorzugs- und Revindicationsrecht.*) Durch Art. 550 des Falliments-

*) V. Zacharia-Anschütz Bd. II. S. 391 Anm. 15 und die dort angeführten Schriftsteller und Urtheile; Sirey-Gilbert zu Art. 550 Code de com. Nr. 1 und zu Art. 1654 Code civil Nr. 3 und 15; Renouard. aillites et banqueroutes Bd. II S. 307; Bedarride, aillites et banqueroutes B. III. Nr. 945.

gesetzes vom Jahre 1838 wurde dann das Vindicationsprivileg des Art. 2102 Nr. 4 ausdrücklich aufgehoben und es besteht in Frankreich kein Zweifel darüber, daß durch die Vorschrift des Art. 550 des Fallimentsgesetzes auch die Geltendmachung des Resolutionsrechts des Verkäufers von beweglichen Sachen im Fallimentsverfahren ausgeschlossen ist.*) Durch § 21 R.O. soll nun derselbe Zweck erreicht werden, der bei Abfassung des Art. 550 des französischen Fallimentsgesetzes vom Jahr 1838 vorSchwebte, und man würde der Absicht des Gesetzgebers geradezu entgegenhandeln, wenn man dem Resolutionsrecht des Verkäufers auch im Konkursverfahren seine Wirksamkeit wahren wollte. Ist der Verkäufer einer (beweglichen oder unbeweglichen) Sache zur Zeit der Concursöffnung über das Vermögen des Käufers noch oder wieder Eigenthümer der verkauften Sache, so steht ihm nach § 35 R.O. ein Aussonderungsrecht zu. Befindet er sich aber nicht in dieser Lage, sondern gehört die Sache zum Vermögen des Gemeinschuldners, so kann er ein solches Recht nicht geltend machen und er kann sich auch dasselbe nicht dadurch verschaffen, daß er durch nachträgliche Geltendmachung des Resolutionsrechts das Eigenthum der in Frage stehenden Sache dem Gemeinschuldner entzieht. Vielmehr steht diesem Verfahren § 21 der C.O. im Weg.

2.

Wenn nach den bisherigen Ausführungen durch die Geltendmachung des Resolutionsrechts ein Aussonderungsrecht nicht begründet werden kann, so läßt sich noch weniger die bereits erwähnte, von pfälzischen Rechtsanwältten vertretene Ansicht vertheidigen, auch wenn das „eigentliche Privileg“, das Art. 2103 C. c. dem Verkäufer gewähre, erloschen sei, stehe demselben zufolge des Resolutionsrechts ein Vorzugsrecht und demgemäß ein Absonderungsrecht im Sinne des § 39 R.O. zu. Der Code civil

*) B. Sirey-Gilbert zu Art. 550 Code de com. (bezw. des Fallimentsgesetzes) und die dort angeführten Schriftsteller und Urtheile; Sirey-Gilbert Suppl. zu Art. 1654 Code civil Nr. 19, ferner Rénouard, faillites et banqueroutes Bd. II S. 307.

gibt dem Verkäufer von Grundstücken nicht, wie in dem in Frage stehenden Gutachten angenommen zu werden scheint, zwei Vorzugsrechte, ein eigentliches und ein uneigentliches, von denen das erste eingeschrieben werden muß, während das zweite seine Wirksamkeit unabhängig von der Einschreibung äußert. Vielmehr kennt das Gesetzbuch nur ein einziges, in Art. 2103 vorgesehenes, Privileg oder Recht auf vorzugsweise Befriedigung, und nur wenn dieses vom Verkäufer in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise gewahrt worden ist, kann derselbe abge sonderte Befriedigung aus dem Erlös des Grundstücks verlangen, steht ihm ein Absonderungsrecht zu. Das „Resolutionsrecht“ ist nicht ein Recht an der Sache selbst, gewährt nicht einen rechtlichen Anspruch auf zwangsweise Veräußerung derselben und auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös. Es ist nichts als ein Anspruch auf Auflösung des Vertrags oder Aufhebung des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses, welcher auf dem Weg der Klage geltend gemacht werden kann. Dringt der Verkäufer mit diesem Anspruch durch, so wird er wieder Eigenthümer, kann also nicht ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös seiner eigenen Sache haben. Das Resolutionsrecht könnte dem Verkäufer im Sinne der R.O. immer nur einen Anspruch auf Aussonderung, nicht ein Absonderungsrecht gewähren. Es muß auffallen, daß man dazu kommen konnte, das Resolutionsrecht im Widerspruch mit der rechtlichen Natur desselben, die sich aus dessen Zweck und Wirkungen ergibt, als eine Art von Pfandrecht oder Vorzugsrecht zu behandeln. Diese Auffassung erklärt sich aber aus der thatsächlichen Stellung, welche von dem Resolutionsberechtigten bisher meist in Vertheilungsverfahren eingenommen wurde. Der Verkäufer, dem eine Resolutionsklage zu Gebot stand, unterließ in der Regel die Einschreibung des Vorzugsrechts, weil er sich durch sein Resolutionsrecht unbedingt gesichert glaubte. Wenn es zu einer Zwangsveräußerung oder zu einem Fallimentsverfahren kam, machte er aber nicht sofort sein Resolutionsrecht geltend, sondern wartete ab, ob die anderen Gläubiger, welchen eine Hypothek an dem von ihm verkauften Grundstück zustand, es nicht in ihrem eigenen Interesse für angemessen halten würden, ihn zu befrie-

digen und dadurch die Gefahr zu beseitigen, daß ihnen das Grundstück ganz und gar entzogen werde. Es bildete sich so die Praxis heraus, daß der Verkäufer seine Forderung, auch wenn ihm ein Vorzugsrecht nicht zustand, bei dem Vertheilungsverfahren anmeldete, und daß er, da kein Gläubiger seinen Anspruch bestritt, in derselben Weise befriedigt wurde, als ob er sein Vorzugsrecht gewahrt hätte. (V. auch Sirey-Gilbert zu Art. 2108 Nr. 12—14 und zu Art. 2109 Nr. 20.) In Bayern wurde diese Praxis durch Art. 1090 der Proceßordnung vom Jahr 1869 in gewissem Sinne gesetzlich sanctionirt und der Verkäufer für verpflichtet erklärt, zufolge einer Aufforderung durch die bei der Zwangsveräußerung betheiligten Gläubiger innerhalb bestimmter Frist zu erklären, ob er sein Recht auf Rücknahme der Sache mittelst Auflösung des Veräußerungsvertrags geltend machen oder sich mit der Befriedigung aus dem Erlös begnügen wolle. Uebrigens durften diese Gläubiger nach Art. 1092, soweit sie nicht eine Hypothek oder ein Vorzugsrecht geltend machen können, erst in vierter Reihe nach denjenigen Gläubigern befriedigt werden, welchen eine Hypothek oder ein Vorzugsrecht zustand. Aus dieser thatsächlichen Gestaltung entwickelte sich die in der Praxis häufig vorkommende und in der bayerischen Proceßordnung in gewissem Sinn anerkannte Anschauung, als sei das Resolutionsrecht eine Art von Vorzugsrecht, ja ein solches von ganz besonderer Stärke, das sich dadurch auszeichne, daß es unabhängig von jeder Einschreibung wirksam sei. Man übersah, daß der Verkäufer, dem ein Vorzugsrecht nicht zusteht, an sich und abgesehen von den Bestimmungen der bayern. Proceßordnung kein Recht auf den Erlös als solchen hat, sondern daß die anderen Gläubiger ihm ein solches nur deshalb einräumen, weil er sie dazu durch die Drohung zwingt, sonst von seinem Resolutionsrecht Gebrauch zu machen, und auf diese Weise den nach dem Verkauf entstandenen Hypotheken und Privilegien die Grundlage zu entziehen. Soweit es sich um das Konkursverfahren handelt und § 21 der R.O. zur Anwendung kommt, ist nun die Möglichkeit, das Resolutionsrecht geltend zu machen, und dadurch eine Aussonderung herbeizuführen, beseitigt und es muß damit auch die Drohung mit der Ausübung des

Resolutionsrechts ihre Wirkung verlieren. Da nach dem Code civil das Resolutionsrecht als solches einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der verkauften Sache nicht gewährt, kann der Verkäufer, der sein Vorzugsrecht nicht gewahrt hat, und der wegen § 12 R.D. auch die Einschreibung nicht mehr nachträglich bewirken lassen kann, ein Recht auf abge sonderte Befriedigung aus der verkauften Sache nicht geltend machen.

3.

Ein einfaches und sicheres Mittel für den Verkäufer eines Grundstücks, der die Zahlung des Kaufpreises sicherstellen will, ist darin gegeben, daß derselbe das ihm zustehende Vorzugsrecht durch Einschreibung wahrht. Es ist aber, ganz abgesehen davon, daß die Einschreibung nicht unerhebliche Kosten veranlaßt und deßhalb in vielen Fällen unterlassen wird, von Interesse zu wissen, ob nicht in anderer Weise die Forderung gesichert werden kann. Die Geltendmachung eines Vorzugsrechts ist insofern mit Unannehmlichkeiten verbunden, als sie die Theilnahme an einem unter Umständen langwierigen und kostspieligen Vertheilungsverfahren erfordert. Deßhalb kann es für den Verkäufer wünschenswerth sein, das Eigenthum an der verkauften Liegenschaft wieder an sich zu ziehen. Es fragt sich also, ob die vertragsmäßige Bestimmung, daß der Kaufvertrag im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises oder des Konkurses des Käufers aufgelöst sein solle, oder eine ähnliche Claujel die Anwendung des § 21 R.D. ausschließt, und demnach einen wirksamen Schutz gewährt, der entweder die Einschreibung des Privilegs überflüssig machen oder neben derselben als Verstärkung der Sicherheit gesucht werden kann. Außerdem kommt die Frage in Betracht, ob der Vorbehalt des Eigenthums nicht als ein geeignetes Mittel anzusehen ist, die durch die Einschreibung des Vorzugsrechts entstehenden Kosten zu vermeiden und dennoch den Verkäufer sicher zu stellen.

Was die erste Frage anbelangt, so stellt der § 21 R.D. nur den Satz auf, die in Folge des Konkursverfahrens eintretende Richterfüllung gelte an sich

kein Recht, den Vertrag aufzulösen und die Rückgabe der von dem anderen Theil hingeegebenen Sachen zu verlangen. Diese Vorschrift entzieht, soweit es sich um das Konkursverfahren handelt, den hievon abweichenden Vorschriften der Landesgesetze ihre Wirksamkeit, verbietet aber nicht Verträge, welche den Zweck haben, für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises die Auflösung des Vertrags und die Rückgängigmachung des Eigenthumsüberganges ungeachtet der Bestimmung des § 21 zu sichern. In dieser Beziehung wurde denn auch in den Motiven zu diesem § (a. a. O. S. 91) bemerkt: „Damit soll keineswegs ein auf einem anderen Grunde beruhendes Recht des Contractanten oder des Verwalters zum Rücktritt von dem Vertrag oder zur Rückforderung des Gegebenen beseitigt sein — beruhe dieses Recht auf einem dem Vertrage beigefügten Abkommen einem *pactum reservati dominii* oder einer *clausula cassatoria*, oder beruhe es auf einem Verzuge, welchen sich schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens der Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung der Verwalter, falls von ihm die Erfüllung begehrt worden, hat zu Schulden kommen lassen. Nur die Konkursöffnung und die in Folge deren eintretende Nichterfüllung soll kein gesetzlicher Aufhebungsgrund sein.“ Wenn im Kaufvertrag ausbedungen wurde, daß für den Fall eines Konkurses über das Vermögen des Käufers der Kaufvertrag von Rechtswegen aufgelöst und es so anzusehen sein solle, als ob ein Kauf niemals stattgefunden hätte und der Käufer niemals Eigenthümer gewesen wäre, so ist die verkaufte Liegenschaft nicht als Bestandtheil der Konkursmasse anzusehen, und der Verkäufer (nach § 35 R.D.) berechtigt, deren Aussonderung zu begehren. Aber auch wenn die Auflösung des Vertrags oder die vertragsmäßige Wiederversteigerung für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises in der Weise bedungen worden ist, daß nach einer erfolglos gebliebenen Zahlungsaufforderung bezw. nach Ablauf der in dieser Aufforderung gesetzten Frist die erwähnten Folgen eintreten sollen, und am Tage der Konkursöffnung, wegen Erfolglosigkeit der Aufforderung, der Gemeinschuldner als Eigenthümer der in Frage stehenden Sache anzusehen war, wird der Verkäufer in der

Lage sein, von seinem Resolutionsrecht Gebrauch zu machen. In diesem Falle kann sich der Konkursverwalter nicht auf § 21 der R.D. berufen, sondern muß es sich, wenn er den Kaufpreis nicht vollständig bezahlen will, gefallen lassen, daß die vom Gemeinschuldner gekaufte Sache der Konkursmasse entzogen wird. Der § 21 R.D. beseitigt wohl die landesgesetzlichen Vorschriften, auf Grund deren die Rückgabe der in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangene Sache verlangt werden kann, nicht aber die die Parteien bindenden Verträge, welche zu diesem Ergebniß führen.*)

Durch den vertragsmäßigen Vorbehalt des Eigenthumsrechts bis zur vollständigen Auszahlung des Kaufpreises wird der Verkäufer ohne Zweifel vollständig gesichert. Sollte im Falle eines derartigen Vertrags der Käufer in Konkurs gerathen, ehe das gekaufte Grundstück ausbezahlt ist, so würde das Eigenthum an demselben dem Verkäufer zustehen, und derselbe berechtigt sein, die Aussonderung aus der Konkursmasse zu verlangen. Es würde der Konkursverwalter, wenn er das Eigenthum für die Konkursmasse verwenden wollte, genöthigt sein, den Kaufpreis auszusahlen; es müßte, da der Vertrag von keinem Theile vollständig erfüllt ist, § 15 R.D. zur Anwendung kommen. Der Vorbehalt des Eigenthums ist aber für den Käufer höchst bedenklich und es ist deßhalb weder zu erwarten noch zu empfehlen, daß von diesem Mittel Gebrauch gemacht werde. Ganz abgesehen davon, daß der Käufer in Beziehung auf Veräußerung und Verpfändung der Liegenschaften u. s. w. sehr beschränkt wäre, und deßhalb nicht leicht auf die fragliche Claujel eingehen könnte, würde derselbe für den Fall der Insolvenz des Verkäufers ernstliche Gefahr laufen, seinerseits Verluste zu erleiden. Einmal würde der Verkäufer in der Lage sein, die Liegenschaft gültig zu verpfänden, oder nochmals zu verkaufen, und würde dieselbe durch die Urtheile betroffen werden, welche gegen den Verkäufer ergehen und eine gerichtliche Hypothek be-

*) V. auch von Sarwen § 21 Bem. 2 S. 104; von Bölderdorff Bd. I. S. 253; Stieglitz S. 117; Petersen § 21 Bem. II. 3 S. 110, 111

gründen. Sodann würde, wenn der Verkäufer in Konkurs gerathen sollte, ehe der Kaufpreis vollständig ausbezahlt ist, der Käufer Gefahr laufen, daß der Konkursverwalter das verkaufte Grundstück, falls dasselbe noch nicht vom Gemeinschuldner verkauft wurde, als zur Konkursmasse gehörig für Rechnung der Masse veräußert. Es läßt sich, obgleich der Verkäufer eine bestimmte Handlung nicht mehr vorzunehmen hat, da das Eigenthum noch nicht übergegangen ist, doch geltend machen, daß weder auf Seite des Gemeinschuldners noch auf der des Käufers eine vollständige Erfüllung vorliegt, sonach § 15 R.D. zur Anwendung kommt und dem Verwalter das Wahlrecht zusteht, ob er seinerseits den Vertrag erfüllen oder von der Erfüllung absehen will. Entschiede derselbe sich für das Letztere, so könnte der Käufer zwar die Beträge zurückfordern, welche er bereits auf den Kaufpreis bezahlt hat, aber er müßte sich mit der auf ihn fallenden Dividende begnügen. Das schon mehrfach in Aussicht genommene Auskunfts mittel, in den Kaufverträgen das Eigenthumsrecht des Verkäufers vorzubehalten, wird sich deßhalb practisch kaum durchführen lassen. Vielmehr wird das Verfahren, das schon jetzt die Regel bildet, und nach dem der Verkäufer sich für den Fall der Nichtzahlung oder des Verzugs die Auflösung des Vertrags und das Recht der vertragsmäßigen Wiederversteigerung vorbehält, auch fernerhin in Kraft bleiben, und noch weitere Ausdehnung finden.

VII. Worin besteht der Schaden, für welchen im Fall des L.R.S. 1381a b der Empfehler, im Fall des L.R.S. 2127a und in demjenigen des L.R.S. 2198 das Pfandgerichtsmitglied verantwortlich ist?

(Von Herrn Landgerichtsrath Waag in Konstanz.)

Der Einsender hatte aus der Praxis nur zur Untersuchung der hinsichtlich des L.R.S. 2127a gestellten Frage Veranlassung. Der Umstand aber, daß für die Verantwortlichkeit der Pfandgerichtsmitglieder aus L.R.S. 2127a und 2198 an hervorragender Stelle der badischen Literatur (Jahrb. für bad. Recht, S. 180 flg.) die gleichen Grundsätze als maßgebend aufgestellt werden, gibt mir Anlaß, auch die hinsichtlich des L.R.S. 2198 gestellte Frage in den Bereich dieser Abhandlung zu ziehen, um darzuthun, daß beide Fragen eine gemeinsame Beantwortung nicht zulassen.

Dagegen bietet das in L.R.S. 1381ab geregelte Verhältniß mit demjenigen, welches durch die Ausstellung eines Zeugnisses der Ziff. 1—3 des L.R.S. 2127a genannten Art zwischen dem einzelnen Pfandgerichtsmitglied und dem Gläubiger begründet wird, so große Aehnlichkeit (vergl. Annalen d. bad. Ger. Bd. 34 S. 188.), daß hinsichtlich derselben die gemeinschaftliche Beantwortung der in der Ueberschrift gestellten Frage wohl gestattet wäre. Der Empfehler im Fall des L.R.S. 1381ab versichert (behauptet) gewisse Eigenschaften der Person oder des Vermögens eines Andern; durch Ausstellung eines Zeugnisses der in L.R.S. 2127a Ziff. 1—3 genannten Art bezeugt (behauptet) das Pfandgericht gewisse Eigenschaften eines Vermögensstückes (Liegenschaft.) Das unterscheidende Moment tritt bei der Haftbarkeit für die Folgen der aufgestellten Behauptung hervor: Der Empfehler haftet aus Halbvertrag und deshalb ohne die Voraussetzung eines Verschuldens auf seiner Seite, das Pfandgerichtsmitglied aus Versehen und ist deshalb nur für den Schaden aus Unrichtigkeiten, die es hätte vermeiden können, zur Entschädigung verbunden. (L.R.S. 2127a Abs. 3.) Auch äußerlich besteht zwischen L.R.S. 1381ab und

2127a Abj. 3 eine Aehnlichkeit, die nämlich, daß Wille und Ausdruck des Gesetzes sich nicht decken.

I. In Trefurts System des badischen Civilrechts S. 322 sind die Fälle der L.R.S. 1381aa und 1381ab als besondere Arten der Empfehlung unterschieden; es scheint das Wort „Abwesenheit“ des L.R.S. 1381ab in dem Sinn von „Abwesenheit in der Zeit von Ertheilung der Empfehlung bis zur Abwicklung des mit dem Empfohlenen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts“ aufgefaßt zu sein. In Brauers Erläuterungen ist als ratio legis die Verhütung leichtfertiger Empfehlungen und die Absicht, der Erwartung des Empfohlenen, daß die Empfehlung Erfolg haben werde, Grund und dem Adressaten ein sicheres Fundament für die dem Geschäftsabschluß vorausgehende Berechnung zu gewähren, angegeben und beigelegt, daß deshalb „für diejenigen Fälle, wo ein Recht zur Erfüllung der Erwartung begründet werden soll, die Rücksicht auf eine Empfehlung, welche die gesetzlichen Eigenschaften hat, für einen Halbvertrag erklärt“ werde. In Annalen Bd. 34. S. 188 ist die Ansicht begründet, daß L.R.S. 1151 auch auf Empfehlung Anwendung finde.

Auch die Auslegung der L.R.S. 1381aa und 1381ab wird durch die gemeinschaftliche Behandlung dieser verschiedenartigen Bestimmungen nicht befördert. Aus L.R.S. 1381aa haftet der Empfehler dem Gläubiger, welcher durch die Empfehlung zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts bestimmt wurde, für den Schaden, der dem Gläubiger, in Folge der Nichterfüllung des Rechtsgeschäfts seitens des Empfohlenen zugeht, weil er (der Empfehler) die Unnachtheiligkeit des Rechtsgeschäfts versichert hat. Das Wort „Versicherung“ ist hier nicht im eigentlichen Sinne gebraucht; denn man kann streng genommen nur eine Thatsache, etwas Geschehenes oder Verhandelnes versichern (= behaupten), nicht etwas Künftiges, wie dies die Unnachtheiligkeit eines erst abzuschließenden Rechtsgeschäfts ist, dessen ökonomischer Erfolg die etwa angestellte sorgfältigste Berechnung des Empfehlens täuschen kann. Wer in der Art sein Urtheil als die maßgebende Richtschnur für das

Handeln eines Andern aufstellt, den nimmt das Gesetz beim Wort und legt seiner Versicherung (Behauptung) der Unnachtheiligkeit die Wirkung der Züchernng (Willenserklärung) der Unnachtheiligkeit bei. Der Vermögenswerth der Forderung des Gläubigers an den Empfehler aus L.R.S. 1381aa kommt dem Werth einer Bürgerschaftsforderung ziemlich nahe.

Im Falle des L.R.S. 1381ab wird die Empfehlung nicht für ein bestimmtes Rechtsgeschäft ertheilt; die Haftbarkeit des Empfehlers für Schaden kann hier eintreten, auch wenn der Adressat in ein faktisches (z. B. Reisengefährten-schaft), nicht in ein rechtliches Verhältniß zum Empfohlenen getreten ist. (Vergl. auch Seuff. Arch. 29 Nr. 26). Zur Anwendung des L.R.S. 1381ab bedarf es überhaupt der Feststellung des Zweckes, zu welchem die Empfehlung gegeben wurde, nicht.

Wenn man den Eingang des L.R.S. 1381ab in Uebereinstimmung mit demjenigen des L.R.S. 1381aa setzt, so wird er lauten: „Wer eine Person an einen Dritten empfiehlt und hierbei gewisse Eigenschaften des Vermögens oder (statt „und“) der Person namentlich versichert“. Gegenstand einer Versicherung kann wie früher erwähnt nur Geschehenes oder Vorhandenes, nicht Künftiges sein. Wenn also A dem C versichert, daß B 10,000 besitze oder daß er ehrlich sei, so bezieht sich diese Versicherung nur auf die Gegenwart und lautet genauer ausgedrückt dahin, daß B gegenwärtig 10,000 besitze oder daß derselbe bisher sich nicht unehrlich gezeigt habe. Die Erklärung, es werde ein Anderer stets ehrlich bleiben, ist entweder Willenserklärung, für denselben ein- stehen zu wollen, und dann keine Empfehlung oder eine Behauptung (Empfehlung) und als solche entbehrt sie nothwendig so sehr aller thatsächlichen Begründung, daß ein verständiger Mensch dieselbe nicht zur „Rücksicht“ seines Handelns machen wird; in noch höherem Grade gilt das zuletzt Gesagte für die Behauptung, es werde ein Anderer stets 10,000 besitzen. Die Versicherung der Unnachtheiligkeit eines Rechtsgeschäfts oder des gegenwärtigen Vorhandenseins gewisser Eigenschaften der

Person oder des Vermögens sind Rücksichten, welche den Adressaten zur Vornahme einer Handlung bestimmen können; die Behauptung künftigen Vorhandenseins solcher Eigenschaften ist aber leeres Gerede, auf welches ein verständiger Mensch nie Gewicht legen wird. Die Beziehung der Versicherung auf die Zukunft ist hiernach mit dem in Brauers Erläuterungen hervorgehobenen Erforderniß des ursächlichen Zusammenhanges zwischen der Empfehlung und der Handlung des Adressaten unvereinbar.

Der Schaden für welchen der Empfehler haftet, ist vom Gesetz als derjenige bezeichnet, „welcher aus der Abwesenheit der versicherten Eigenschaften entsteht.“ Ein solcher Schaden kann nicht construirt werden, ob man die Abwesenheit auf die Zeit der Ertheilung der Empfehlung beschränkt oder auf die Zukunft bezieht, weil solche Abwesenheit nie im Stande ist, irgend eine thatsächliche Folge zu erzeugen, nicht zu einer Ursache vereignenschaftet ist; es mag wohl richtig sein, daß wenn die Eigenschaften vorhanden wären, ein Schaden nicht entstanden wäre, darum aber ist die Abwesenheit der Eigenschaften noch nicht Schadensursache. Die Ursache des Schadens ist vielmehr die Empfehlung, sofern der Adressat sich hierdurch zu einer ihn schädigenden Handlung bestimmen ließ; für die Thatsache, daß ein Schaden vorhanden, sowie für die Ursächlichkeit der Empfehlung zum Schaden ist es vollkommen einerlei, ob der Empfehlung eine thatsächlich richtige oder unrichtige Versicherung beigefügt wurde. Die Unrichtigkeit, mit welcher die Empfehlung oder genauer gesagt die Versicherung behaftet ist, darf deshalb bei der Frage nach der Schadensursache gar nicht berücksichtigt werden.

Es wäre nun an sich denkbar, daß „der aus der Abwesenheit der versicherten Eigenschaften entstandene Schaden“ in L.R.S. 1381ab den Schaden bedeute, „welcher nicht entstanden wäre, wenn die versicherten Eigenschaften stets vorhanden gewesen wären.“ Gegen diese Auffassung spricht aber der Inhalt der Verbindlichkeit, welche das Gesetz hiermit dem Empfehler auferlegen würde. Denn eine solche der Unbestimmtheit sich nähernde,

mit unabsehbaren Folgen verknüpfte Verbindlichkeit ist durch Vertrag wohl selten noch übernommen worden; das Gesetz würde also einer Handlung, mit welcher der Handelnde die Absicht sich zu verpflichten nicht verbindet und durch welche er auch kein Unrecht gegen irgend Jemand begeht, Wirkungen beilegen, welche über diejenigen des sonstigen Rechtsverkehrs weit hinausgehen.

Die Eigenschaften, welche versichert werden, und diejenigen, welche versichert wurden, aber abwesend sind, sind die gleichen; es bestimmen deshalb die Begriffe „Versicherung gewisser Eigenschaften“ und „Abwesenheit der versicherten Eigenschaften“ in L.R.S. 1381ab einander gegenseitig. Kann sich die Versicherung der Eigenschaften nur auf den Zeitpunkt der Ertheilung der Empfehlung beziehen, so bezieht sich auch die Abwesenheit der Eigenschaften auf den gleichen Zeitpunkt.

Ein Schaden „welcher nicht entstanden wäre, wenn die versicherten Eigenschaften zur Zeit der Ertheilung der Empfehlung vorhanden gewesen wären“, ist nicht construierbar. Angenommen der Adressat gerieth im Konkurs des Empfohlenen, welcher weder das Zeugniß der Ehrlichkeit noch dasjenige des Vermögensbesizes von 10,000 verdiente, mit einem Theil seiner Forderung in Verlust, so wäre als Schaden die Differenz zwischen der Summe, welche er erhalten hätte, wenn zur Zeit der Ertheilung der Empfehlung die versicherten Eigenschaften vorhanden gewesen wären, und diejenige Summe, welche er erhalten hat, festzustellen. Da nun die Ehrlichkeit nicht zahlungsfähig macht und aus den 10,000 zur Zeit der Ertheilung der Empfehlung auf die mannigfachste Weise binnen Kurzem die Eins verschwinden konnte, so fehlt es an dem ersten der beiden zur Feststellung eines Schadens erforderlichen Faktoren.

Dem wahren Sinn des L.R.S. 1381ab, ist hiernach die Auslegung verpflichtet, einen von den Worten des Gesetzes vollständig abweichenden Ausdruck zu geben, und zwar etwa in folgender Fassung:

Wer eine Person an einen Dritten empfiehlt und hie-

bei gewisse Eigenschaften des Vermögens oder der Person namentlich versichert, haftet, falls die versicherten Eigenschaften zur Zeit der Versicherung nicht vorhanden waren, für den Schaden, welcher dem Gläubiger daraus entsteht, daß er durch die Empfehlung zu einer Handlung (oder Unterlassung) sich bestimmen ließ.“

Die Bestimmung des L.R.S. 1151 findet hier Anwendung. (Vergl. Annal. d. bad. Ger. Bd. 34 S. 188.)

II. Verantwortlich ist man (L.R.S. 2127a Abs. 3) für seine Handlungen und die Folgen derselben, nicht dafür, daß die Handlung mit derjenigen Sorgfalt vorgenommen werde, daß Schaden für Andere vermieden wird; zu dem letztern ist wie ein Jeder, so auch der Beamte in seinen Amtshandlungen verpflichtet. Das versteht sich von selbst und es war daher überflüssig, diesen Satz in das Gesetz aufzunehmen, dazu in einer Fassung, welche den Ausleger zu verwirren geeignet ist. So wird in Annalen d. bad. Ger. Bd. XXIII. S. 63 der Aussteller des Zeugnisses haftbar erklärt „bis zum Betrag der nachgewiesenen Unrichtigkeit“, also für die Differenz zwischen der Schätzung und dem wirklichen Werth; nach dieser Ansicht tritt zu dem Pfandrecht eine subsidiäre Verbindlichkeit des Ausstellers des Zeugnisses im Betrage der genannten Differenz hinzu. Es ist aber die Voraussetzung der Haftbarkeit des Ausstellers sein Versehen* — und es wird das Maß seiner Haftbarkeit bestimmt durch die Größe des durch die Ausstellung des Zeugnisses verursachten Schadens, welcher in der Differenz zwischen dem Vermögenswerth, den der Gläubiger ohne das Versehen des Pfandgerichtsmitglieds hätte, und dem wirklichen Vermögenswerth besteht. Hätte denn bei richtiger Schätzung der Gläubiger jemals den Vermögenswerth, zu dessen

*) L.R.S. 2127a Abs. 3 am Schlusse, vergl. mit L.R.S. 2197. Be-
haghel bad. Bürg. Recht § 274 S. 838 Z. 1 — Verpflichtungen verschiede-
nen Inhalts sollten dem Pfandgerichtsmitglied durch die beiden Sätze des
Abs. 3 des L.R.S. 2127a offenbar nicht auferlegt werden, der zweite Satz
soll wohl die Erläuterung des ersten sein.

Ersaj das Pfandgerichtsmitglied verbunden sein soll, besessen? Wäre denn in dem Falle, daß die Schätzung 6000, der wirkliche Werth 4000 beträgt, sein Pfandrecht 2000 über den spätern Erlös werth gewesen, wenn richtig auf 4000 geschätzt worden wäre?“

Es reiht sich hier (Magazin für bad. V. u. R. II S. 293 Ziff. 9) eine oberhofgerichtliche Entscheidung des Inhalts an: Das Pfandgericht ist haftbar „für den Mehrbetrag, welcher in Vergleichung mit dem Steigerungserlös erzielt worden sein würde, wenn der angebene Maßgehalt der Unterpfandsstücke vorhanden gewesen wäre, wobei das arithmetische Verhältniß der Maßdifferenz zur Auffindung des anzunehmenden Mehrerlöses zu Grund gelegt wurde.“ Also es hätte der Gläubiger bei richtiger Angabe des Maßgehalts ein Grundstück von 3 statt von 2 Größe zu Unterpfand gehabt und ferner, weil sich $2 : 3 = 4 : 6$ verhält, wäre aus den Grundstücken bei der Zwangsversteigerung mehr erlöst worden und zwar gerade diese bestimmte der Größe und dem wirklichen Steigschilling verhältnißmäßige Summe, wenn die Liegenschaften den größeren im Zeugniß angegebenen Maßgehalt gehabt hätten!

Nach der ausführlichsten Besprechung unserer Frage in Jahrb. f. bad. Recht Seite 187, 188 „ist das Pfandgericht dem Gläubiger für den Schaden haftbar, welcher dadurch entsteht, daß durch seine (des Pfandgerichts) Schuld der Gläubiger das Pfandrecht entweder von Anfang nicht erhält — überhaupt nicht oder nicht mit dem bestimmten Vorrang oder Werth des Pfandobjects — oder es später verliert und darum aus dem Pfandobject keine Befriedigung erhält Der Schaden besteht in der Beeinträchtigung des Pfandrechts und in der damit verbundenen Folge, daß der Gläubiger aus dem Erlös des Pfandobjects keine Befriedigung erhält. — Die Entschädigung besteht in der Zahlung derjenigen Summe, welche der Gläubiger ohne das Versehen des Pfandgerichts durch die Versteigerung des Pfandobjects erhalten haben würde; diese

Summe bildet den Geldwerth des Pfandrechts, dessen Erstattung die Entschädigung ausmacht.“ Allein der Werth des Pfandobjects zur Zeit der Schätzung ist für die Befriedigung des Gläubigers in der Liegenschaftsvollstreckung nicht bestimmend und von einer Beeinträchtigung des Pfandrechts kann vor seiner Entstehung kaum gesprochen werden. Der letzte der wörtlich angeführten Sätze deckt die Unhaltbarkeit jener Begründung auf: Die Frage, welche Summe der Gläubiger ohne das Versehen des Pfandgerichts durch die Versteigerung des Pfandobjects erhalten haben würde, also wenn das Pfandgericht das Pfandobject richtig geschätzt hätte, erfordert eine doppelte Antwort: entweder gar nichts, nämlich wenn er den Darlehensvertrag nicht abgeschlossen hätte — oder wenn er ihn dennoch abgeschlossen hätte, nicht mehr, als er in Wirklichkeit erhalten hat.

Behaghel's bad. bürgerl. Recht findet § 839, wie aus dem Zusammenhalt von Ziffer 2 und 3 des § 274 sich ergibt, den Schaden in der Differenz zwischen den Werth desjenigen Unterpfandsrechts, welches der Gläubiger erworben hätte, wenn man die ihm gegebene Schätzung als richtig annimmt, und der Summe, welche er durch Geltendmachung des wirklich erworbenen Pfandrechts erlangt hat. Allein was ist richtig? der wirkliche Werth! Was ist unrichtig? die von dem wirklichen Werth abweichende Schätzung. Die Unrichtigkeit, aus welcher angeblich der Schaden entsteht, für den die Pfandsgerichtsmitglieder haften sollen, liegt deshalb nicht im Werth der Liegenschaften, sondern in der Schätzung. Nicht dadurch erleidet der Gläubiger einen Schaden, daß die Liegenschaften zur Zeit der Schätzung den geschätzten Werth nicht hatten, sondern dadurch, daß ihm ein Zeugniß übergeben wurde, welches den Liegenschaften einen höheren als den wirklichen Werth beimißt. Die Summe von welcher, zur Feststellung des Schadens, das wirklich erlangte Pfandrecht beziehungsweise die Pfandforderung abzuziehen ist, wird nicht durch den Vermögenswerth, welchen der Gläubiger hätte, wenn

die ihm gegebene Schätzung richtig wäre, d. h. wenn die Wirklichkeit der Schätzung entsprechen würde, sondern durch denjenigen Vermögenswerth, welchen er hätte, wenn ihm die richtige Schätzung gegeben worden wäre d. h. die Schätzung der Wirklichkeit entsprochen hätte, gebildet.

Aus der Ausstellung eines Pfandgerichtszeugnisses kann ein Schaden entstehen. Der Inhalt des Pfandgerichtszeugnisses kann dem Gläubiger Bestimmungsgrund für die Creditirung sein und ist alsdann Ursache der Creditirung; sofern die Creditirung einen Schaden involvirt oder herbeiführt, auch Ursache eines dem Gläubiger erwachsenen Schadens. Auch ein richtiges Pfandgerichtszeugniß kann Bestimmungsgrund zur Creditirung sein; auch wenn der Werth der Liegenschaften im Pfandgerichtszeugniß richtig geschätzt wurde, kann die Creditirung für den Gläubiger einen Schaden involviren oder herbeiführen, die Ausstellung des Zeugnisses sonach Ursache eines Schadens sein. Wenn nun das Zeugniß, welches die Ursache der Creditirung und des Schadens wurde, unrichtig ist und wenn die Unrichtigkeit eine solche ist, welche der Aussteller hätte vermeiden können, so ist der Aussteller zur Entschädigung verbindlich. Streng genommen kann man hienach nicht sagen, „ein Schaden entstehe aus einer Unrichtigkeit“, also aus einer Eigenschaft des Zeugnisses, vielmehr entsteht hier ein Schaden aus der Ausstellung eines Zeugnisses, welches unrichtig ist. Diese Auffassung steht nicht im Widerspruch mit den allgemeinen Regeln über die Haftung für die Folgen von Versehen; auch hier ist eine Handlung Ursache eines Schadens; diese Handlung kann entweder correct sein oder sie leidet an einer Incorrectheit (ist mit einer Unrichtigkeit behaftet); im letzteren Falle haftet der Handelnde für die Folgen der Handlung, soferne ihn hinsichtlich der Incorrectheit der Vorwurf der Nachlässigkeit oder Unverständigkeit trifft (die Incorrectheit eine solche ist, welche er hätte vermeiden können).*

*) Hierbei verkenne ich nicht, daß der Wortlaut des L.R.G. 1383 als Schadensursache die „Nachlässigkeit oder Unverständigkeit“ bezeichnet, (ebenso § 222, 232 R.P.G.B. als Ursache des Todes oder der Körperverletzung die

Ist eine derartige Unrichtigkeit unterlaufen, so ist die Ausstellung des Zeugnisses ein Versehen des Pfandgerichtszmitglieds (L.R.S. 1383; unter Umständen auch ein Vergehen, L.R.S. 1382) und das Pfandgerichtszmitglied schon nach allgemeinen Grundsätzen zum Ersatz des durch diese Handlung angerichteten Schadens verpflichtet. (Vergl. Buchelt Rhein. französ. Hypothekenrecht S. 184.)

So findet sich auch in L.R.S. 2127a eine Differenz zwischen Ausdruck und Willen des Gesetzes, welche zudem in der Rechtsanwendung nicht ohne Folge geblieben ist. Der Sinn des Gesetzes scheint mir etwa in folgender Fassung richtig wiedergegeben zu werden:

Jeder Aussteller obiger Zeugnisse ist für allen Schaden, welcher dem Gläubiger daraus entsteht, daß er durch das Zeugniß (oder einen Bestandtheil desselben) zum Abschluß des Schuld- und Pfandvertrags sich bestimmen ließ, zur Entschädigung verbindlich, sofern das Zeugniß (oder der genannte Bestandtheil desselben) eine Unrichtigkeit enthält, welche der Aussteller hätte vermeiden können.

In dem schon angeführten Aufsatz im Magazin II S. 293 Z. 9 ist in der Note* ein früheres oberhofgerichtliches Urtheil angeführt, welches die Schadenersatzpflicht der Pfandgerichtszmitglieder für den vollen Verlust des Gläubigers damit begründet „weil der Gläubiger, wenn er die Unrichtigkeit gekannt hätte, den Darlehensvertrag nicht eingegangen sein würde,“ — diese Entscheidung aber, als gegen L.R.S. 1151 verstoßend, mißbilligt. Die Civilkammer des Landgerichts Konstanz ist J. S. des Spitals Meersburg gegen Mitglieder des Pfandgerichts Baitenhausen mit Beweiserkenntniß vom 6. November v. J. zu dieser frühesten mir bekannten Auffassung des Rechtsverhältnisses zurückgekehrt. Das Spital Meersburg hatte 1870 an

„Fahrlässigkeit.“) Vergleiche aber: Buchta Pandekten § 261 Text bei Note c und Note e; Aubry u. Rau § 444 Eingang und Nr. 3, § 446 Eingang und Abs. 3 Eingang; Zachariae-Buchelt § 444 Ziff. 1, 2, 4 des Textes. § 101 des badischen Strafges. vom 6. März 1845.

Sebastian Ehinger 3000fl dargeliehen gegen Verpfändung von Liegenschaften, von denen die auf Gemarkung Baitenhausen gelegenen zu 6250 fl., die auf Gemarkung Schiggendorf liegenden auf 150 fl. geschätzt waren. Nach der Klagebehauptung schätzte das Pfandgericht Baitenhausen die Liegenschaften auf Gemarkung Baitenhausen wider besseres Wissen um 1740 fl. zu hoch. Die Entscheidungsgründe besagen:

„Mit Sicherheit ist daraus, daß im Falle die Liegenschaften nur 4660 fl. werth waren, und aus der Eigenschaft des Klägers als einer weltlichen Stiftung zu entnehmen, daß die fragliche Darleihe nicht abgeschlossen worden wäre, wenn die Schätzung nur auf den Betrag von 4660 fl. gelautet hätte, und folgeweise daß auch der Kläger in diesem Falle die Einbuße an seiner Forderung von 1234 M. 3 Pf. nicht erlitten hätte. Die Einbuße an der Capitalrückforderung (der Unterschied zwischen dem Hingegebenen und Zurückhaltenen) ist deßhalb der Schaden, welcher im vorliegenden Fall aus der behaupteten Unrichtigkeit hervorging, falls eine solche vorhanden ist, und die Beklagten sind für diese Einbuße verantwortlich, sofern sie wider besseres Wissen jene Unrichtigkeit bezeugten.“

Im Nachfolgenden will ich versuchen, diese Ansicht gegen den Vorwurf der Verletzung des L. R. S. 1151 zu rechtfertigen. Zufolge der Ausstellung des Zeugnisses ist (nicht bloß als Wirkung des Darlehensabschlusses, sondern in diesem selbst) im Vermögen des Gläubigers an Stelle einer gewissen Summe Geld eine Pfandforderung getreten. Dieses ist die einzige Veränderung im Vermögen des Gläubigers, welche als die unmittelbare und natürliche Folge der Zeugnisausstellung aufgefaßt werden kann; die Werthschwankungen des an Stelle des Geldes getretenen Vermögensstücks sind die unmittelbare und natürliche Folge anderer Ereignisse, als der Zeugnisausstellung. Zu prüfen ist deshalb nur, ob der Gläubiger dadurch selbst schon zu Schaden gekommen ist, daß er statt des Geldes die Pfandforderung hat, mit andern Worten ob die Pfandforderung sofort mit der Entstehung dem Gläubiger einen geringern Vermögenswerth geboten hat als das Geld, welches er dafür hingab.

Die im Vorausgehenden bekämpfte Ansicht (insbesondere Behaghel's) findet den Gläubiger sofort in seiner Sicherheit beschädigt, weil er statt eines fingirten Pfandwerths, welchen er nie besaß und niemals erlangen konnte, einen geringern zur Sicherheit erhielt. Läßt sich nun, wie früher nachzuweisen versucht wurde, an der Pertinenz der Forderung, dem Pfandrechte, ein Schaden des Gläubigers nicht begründen, so bleibt allein die Frage übrig, ob schon im Besitz der Forderung (mit oder ohne Pfand) statt Geldes ein Schaden des Gläubigers liegt. Zur Begründung der bejahenden Antwort seien einige Bemerkungen über Vermögen, Vermögensbestandtheile und Werthverhältniß der einzelnen Arten der Vermögensbestandtheile gestattet.

Ursprünglich bedeutet Vermögen die dem Individuum inwohnende Kraft¹⁾, auf die Außenwelt einzuwirken. Die Aeußerung dieser Kraft ist Arbeit²⁾. Der Niederschlag der Arbeit in Personen (z. B. der Arbeit des Arztes, Lehrers) oder Sachen ist die Wirkung der Kraftäußerung. Dieser ursprüngliche Begriff von Vermögen gleich Kraft erfährt Erweiterungen und eine Beschränkung. Er erweitert sich zunächst durch Aufnahme der körperlichen Sachen, von welchen das Individuum Besitz ergreift. Vermögen in dem letztern Sinn können auch die Thiere haben. Der Vogel hat es im Nest, der Fuchs im Bau, die Waldbiene im Stock (Haus), Waben (Vorrathskammern) und Honig (Wintervorrath.) Vermögen in diesem Sinn hat auch der außer aller Beziehung zu andern lebende Mensch. (Vergl. Roscher a. a. O. § 2 Note 5.) Das Recht ist die Voraussetzung des Vermögens nicht.

Der Verkehr der Menschen untereinander fügt dem Vermögen einen weiteren Bestandtheil ein, die Forderungen, kraft deren dem Gläubiger die Kraft eines andern Menschen dienstbar wird oder lahm gelegt ist oder das Ergebnis der Kraftäußerung eines andern zukommt. Ueber die Existenz einer Forderung entscheidet

¹⁾ Dieser Begriff ist weiter als „Fähigkeiten“ in dem von Roscher die Grundlagen der Nationalökonomie“ 5. Aufl. § 3 A gebrauchten Sinn.

²⁾ Dienste (Roscher a. a. O.)

das Recht, für ihr Vorhandensein ist das Recht Voraussetzung; eine Forderung ist aber nicht schon darum, weil sie ein Recht ist, Vermögensbestandtheil, sondern nur insofern sie in den Verhältnissen des Schuldners Aussicht auf Realisirung findet^{*)}

Die Beschränkung des ursprünglichen Begriffs von Vermögen, welche folgenreich auch den erweiterten Begriff erfasst, geht dahin: Nur diejenige Kraft, welche sich in Arbeit von wirthschaftlichem Werth zu äußern vermag, ist Vermögen.

Die Schulden sind Bestandtheil des Vermögens eines Andern, sie zwingen, entweder sofort einen Theil aus dem eigenen Vermögen auszuscheiden oder solchen zur Ausscheidung für die Zukunft bereitzuhalten. Wie die Forderungen, so sind auch die Schulden Faktoren zur Bildung des Werths eines Vermögens.

Der Vermögensstand wird bestimmt durch das Verhältniß der einzelnen Vermögensbestandtheile, sowie der Schulden zum Geld. Derselbe ist, mag das Korn auf den Feldern wogen oder mögen die Papiere im Kasten ihr stillvergnügtes Dasein feiern, immerwährender Schwankung unterworfen; das Sinken des Vermögensstandes ist ein Schaden, das Steigen ein Vortheil. Die Veränderung des Vermögensstandes, also auch der Schaden kann ebensowohl mit dem Willen als ohne den Willen des Besitzers herbeigeführt werden.

*) Rechtsverhältnisse zu Personen oder Sachen (Roscher a. a. D. § 3e) scheinen mir selbstständige wirthschaftliche Güter nicht zu sein. Solche Verhältnisse sind wohl von den Personen oder Sachen, an die sie geknüpft sind, ablöslich, sie hören aber mit der Ablösung zu existiren auf und können auf andere Personen oder Sachen nicht übertragen werden. Dies liegt beim ersten und letzten Beispiel (Kundschaft, Feldheer) offen da. Bei Veräußerung einer Zeitung ist die angebliche Uebertragung des Verhältnisses zu den mit Arbeitern, Abonnenten u. s. w. in Wahrheit äußerlich die Darleihung des Gewandes, in welchem bisher literarische Dienste geleistet wurden, für künftige Dienste dieser Art — und innerlich die an das Publikum und die Mitarbeiter adressirte Empfehlung des neuen durch den bisherigen Herausgeber. Aehnlich das Beispiel der Handelsfirma zu beurtheilen. Diese Verhältnisse wird man deshalb richtig wohl als (zwar nicht wesentliche, sondern accidentelle) Eigenschaften von Fähigkeiten, Diensten, Sachen bezeichnen.

Unter den einzelnen Arten der Vermögensbestandtheile besteht ein Unterschied hinsichtlich der Werthschwankung; die einen halten den Werth, den sie einmal haben, sicherer fest als die andern. Roscher sagt a. a. O. Seite 220 (§ 116) Note 5. „Die edeln Metalle besitzen wegen ihrer Dauerhaftigkeit, Allgemeingültigkeit einen höhern Grad von Reichthumsqualität, als andere Waaren.“ Den edlen Metallen stehen in der Reichthumsqualität am nächsten alle übrigen Waaren mit Ausnahme der Forderungen. Die Forderungen aber haben den geringsten Grad von Reichthumsqualität, weil dieselben eine Anweisung auf die Güter des Schuldners und seiner Erben sind (vergl. im Allgemeinen Roscher a. a. O. S. 167 § 90 Note 1) und der Gläubiger durch Hingabe des Gelds zur Darleihe den der Substanz der Sachen drohenden Gefahren eine weitere hinzufügt, indem er dem Willen einer andern Person vorsätzlich auf die Erhaltung des Vermögenswerths' Einfluß einräumt.⁴⁾

Durch die Darleihe tauscht der Gläubiger gegen (in der Regel) Geld eine Forderung ein. (Vergl. Roscher a. a. O. § 89 S. 165 Note 3), er gibt also eine Waare von erster Reichthumsqualität hin gegen eine Waare von letzter (oder überhaupt geringerer) Reichthumsqualität. An diesem Verhältniß wird nichts dadurch geändert, daß der Gläubiger für die Benützung des Geldes während eines gewissen Zeitraums und das Risiko sich eine besondere Vergütung versprechen läßt; denn die Aussicht, in Jahresfrist das Aequivalent der hingegebenen 100 zu erhalten, wächst nicht durch die Hinzufügung der Aussicht, weitere 5 zu erhalten, und die Aussicht, überhaupt etwas zu erhalten, vermindert sich, je höher der versprochene Zins ist (Bodmerei). Wer speculirt, mindert für den Augenblick den Werth seines

*) Man kann den Unterschied zwischen den Forderungen und den andern Waaren außer den edeln Metallen auf sich beruhen lassen; so viel scheint mir sicher, daß Geld ein werthvolleres Gut ist, als eine Forderung, auch wenn diese durch liegenschaftliches Pfand oder andere körperliche Sachen als edle Metalle gesichert wäre. Und selbst wenn die Sicherheit in edeln Metallen bestände, so würde doch durch den Unterschied des Rechtes (Eigenthum, Pfandrecht) ein Unterschied des Vermögenswerths begründet werden.

Vermögens und jeder Darleiher auf Zinsen ist in der Regel ein Speculant vor andern, z. B. vor demjenigen, welcher sein Geld in einer nutztragenden Liegenschaft anlegt. Die Zukunft lehrt, ob diese Minderung des Vermögenswerths weiter fortschreitet, etwa auch endgültig wird oder durch einen Rücktausch der Forderung gegen Geld (sammt Zinsen mehr als) ausgeglichen wird.

Durch die lebhafteste Nachfrage des Geldes nach Forderungen, wie auch durch die vom Verkehr vorgenommene Schätzung des Werths der Forderungen auf einen bestimmten Geldbetrag darf man sich in diesem Ergebnisse nicht beirren lassen. Nur wenige sind in der Lage, ihr Geld ohne vorausgesetzten Verbrauch zu benützen; nicht Jeder kann dasselbe in seinem Erwerbsgeschäft als Betriebskapital, welches fortwährend sich ersetzt, anlegen; dem allmäligen Verbrauch des Geldes ist immerhin der Zustand vorzuziehen, in welchem wenigstens die Aussicht der Erneuerung des vollen Werths des weggegebenen Geldes vorhanden ist; auch ist nicht außer Acht zu lassen, daß dem Geldbesitzer dasjenige, was er durch die Ausleihe einbüßt, durch die Concentration seiner Kraft in anderer Richtung eingehen kann, die Ausleihe deshalb trotz der Einbuße am einzelnen Vermögensstück dennoch keine unwirtschaftliche Handlung ist. (Aus diesem Grunde findet L. R. S. 1148 a keine Anwendung.) Die anderweiten Vermögensverhältnisse des Geldbesizers können derart gestaltet sein, daß sie den Umtrieb des Geldes in dem Erwerbsgeschäft des Besizers (z. B. eines Beamten) ausschließen. Die Vertauschung des Geldes gegen eine Forderung ist alsdann der regelmäßig einzige Ausweg, um aus dem Werth des Geldes unter thunlicher Erhaltung des ersteren Nutzen zu ziehen. Durch die Rücksicht auf seine anderweiten Vermögensverhältnisse wird der Geldbesizer zur Weggabe des Geldes gegen eine Forderung bestimmt und es ist diese außerhalb des Geldes selbst liegende Rücksicht auch ein Factor zur Bestimmung des Werthverhältnisses zwischen Forderung und Geld. Die größere oder geringere Sicherheit der Erhaltung des Werths kann im Verkehr mit Vermögensstücken niemals ausreichende Würdigung finden, weil die volle Rücksicht auf die Erhaltung des Werths diesen Verkehr ausschließen würde.

Gerade in diesem Unterschied, (der Sicherheit der Erhaltung des Werths) welcher im Verkehr (durch Zins) keinen Ausdruck findet, liegt der Mehrwerth des Geldes vor der Darleihforderung begründet.

In dem bisher Gesagten scheint mir der Nachweis erbracht zu sein, daß im Vermögen desjenigen, welcher Geld ausleiht, mit der Weggabe des Geldes sofort ein Schaden eintritt. Dieser Schaden besteht im Betrag des zur Darleihe hingeebenen Geldes abzüglich der Darleihforderung. Im Begriff des Wortes Ersatz (womit „Entschädigung“ gleichbedeutend) liegt, daß die Ersatzleistung möglichst so geeigenchaftet sein muß, daß derjenige Zustand hergestellt werde, welcher ohne Eintritt des beschädigenden Ereignisses vorhanden wäre, weil der Ersatz vollständig dasjenige dem Beschädigten gewähren soll, was ihm entzogen worden ist, aber auch nicht mehr als dieses. Die Herstellung des individuell bestimmten Zustandes kommt dem Begriff „Ersatz“ am nächsten; ebenso wo es sich um die Entziehung vertretbarer Sachen handelte, die Hingabe solcher. Erst wenn dieses nicht thunlich erscheint, (was allerdings bei andern vertretbaren Sachen als Geld im Hinblick auf die etwaige Beschränkung des Gebrauchswerths auf bestimmte Zeit, sowie namentlich die Werthschwankungen der Ersatzobjekte selbst, die Regel bildet), ist der Ersatz in Geld nach Verhältniß dieses Werthmessers zu dem dem Vermögen des Beschädigten Entzogenen gerechtfertigt. Im vorliegenden Falle sind es vertretbare Sachen (und zwar Geld), welche dem Beschädigten entzogen wurden; der Ersatz besteht deßhalb in der gleichen Summe der gleichen Sachen. Von dieser Summe kann die Darleihforderung, als eine damit nicht gleichartige Größe, nicht abgezogen werden; der Beschädigte ist aber verpflichtet, den Abzug dadurch zu gewähren, daß er die Darleihforderung auf die zahlenden Pfandgerichtsmitglieder überträgt (L. R. S. 1689.) Die Schadenserzatzklage ist sofort mit dem Darleihabschluß beziehungsweise der Hingabe des Geldes begründet.

Hält man die hier begründete Ansicht, daß mit der Hingabe des Geldes zur Darleihe an sich schon ein Schaden des Gläubigers entstehe, nicht für richtig, so steht man vor dem Ergeb-

nisse, daß ein Schaden, zu dessen Ersatz L. R. S. 2127a die Pfandgerichtsmitglieder verpflichtet, wegen der in L. R. S. 1151 gesetzten Schranke nicht construirt werden kann, daß also die L. R. S. 2127a und 1151 (1382e und 1383a) miteinander nicht vereinbar sind. Für die Gesamtheit der Vergehen und Versehen gilt die Regel des L. R. S. 1151, für das in L. R. S. 2127a mit der gesetzlichen Folge der Schadenersatzespflicht ausdrücklich ausgestattete Vergehen oder Versehen gilt die Regel des L. R. S. 1151 nicht, weil dieselbe die Anwendung des L. R. S. 2127a unmöglich machen würde. Auf dieses Verhältniß von L. R. S. 2127a und 1382 ff. scheint der Ausdruck des Gesetzes, welches den Aussteller des Zeugnisses für allen Schaden haftbar erklärt, hinzuweisen.

Die Begründung des Schadens würde sich dieser Rechtsansicht gemäß folgendermaßen gestalten. Ein Schaden als Folge der Ausstellung eines unrichtigen Zeugnisses wäre noch nicht mit dem Abschluß der Darleihe, sondern erst mit dem Verlust des Gläubigers an seiner Forderung eingetreten. Die Ersatzforderung würde also voraussetzen die erfolglose Ausklagung des Hauptschuldners und aller Sicherheiten. Erst für den Ausfall wären die Aussteller des Zeugnisses haftbar.

III. Während im Fall des L. R. S. 2127a eine Person durch ein ihr ausgestelltes Zeugniß zu einer ihr Vermögen beschädigenden Handlung verleitet wird, beschädigt die Auslassung des Pfandrechts in dem einem Andern ausgestellten Zeugniß den Pfandgläubiger unter den in L. R. S. 2198 genannten Voraussetzungen, ohne irgend ein Zuthun von seiner Seite.

Der Schaden, welcher durch das Versehen der Pfandgerichtsmitglieder ihm zugeht, ist der Verlust des Pfandrechts gegenüber dem dritten Besitzer. Bevor ermittelt wird, nach welcher Regel der Werth eines Pfandrechts zu bestimmen ist, muß der Inhalt des Pfandrechts festgestellt werden. Wenn man allerdings mit Behaghel bad. bürgerl. Recht § 270 II. die Zahlung der Pfandschuld als Gegenstand der obligatio und die Abtretung der verpfändeten Liegenschaften als die facultas des dritten Pfandbesizers auffaßt, so kommt man zu dem Ergebnis, daß der Gläu-

biger durch das Erlöschen des Pfandrechts um den ganzen Werth der Schuldforderung gegen den dritten Besizer (es bleibe dahingestellt, ob mit oder ohne Abzug des in der ungesicherten Forderung ihm verbliebenen Vermögenswerths) gebracht ist, weil eine Sache der freien Willkür eines Dritten bei der Feststellung irgend eines Ergebnisses nicht in Rechnung gezogen werden kann. Allein die Auffassung der Pfandklage gegen den dritten Besizer als einer *actio in rem scripta* steht in directem Widerspruch mit dem, als Fundamentalsatz an die Spitze des von der Wirkung der Unterpfänder gegen dritte Besizer“ handelnden Capitels gestellten, L. R. S. 2166 und findet die Bewilligung bewährter Schriftsteller, wie Stabel Institut. § 242, Zacharia-Puchelt § 287 Note 9, Aubry u. Rau § 287 Text bei Note 16, nicht*).

Demnach ist der dem Gläubiger durch die Auslassung der Last zugehende Schaden genauer dahin zu bestimmen, daß das Recht, unter den gleichen Voraussetzungen, unter welchen die Pfandschuld gefordert werden kann (L. R. S. 2167), die Abtretung der verpfändeten Liegenschaft zu seiner Befriedigung aus deren Erlös zu verlangen, ihm entzogen wird.

Wenn die Schuld zur Zeit der Auslassung nicht fällig war, so wurde dem Gläubiger ein erst in Zukunft auszuübendes Recht genommen, für den Augenblick aber die Sicherheit seiner Forderung gemindert. Die Werthschätzung eines erst in Zukunft auszuübenden Rechts erscheint kaum möglich; es wird deshalb dem Gläubiger, falls die Forderung zur Zeit der Klagerhebung gegen die Pfandgerichtsmitglieder nicht fällig ist, nur das Recht auf Sicherheitsleistung seitens der Letztern zugestanden werden können. War die Schuld aber auch fällig, so kann dem geschädigten Gläubiger nicht zugemuthet werden, daß er als Folge des Ver-

*) Puchelt, Rhein.-franz. Hypothekenrecht S. 359 findet das Wesen des Versicherungsrechts des Gläubigers darin, daß er die verpfändete Liegenschaft „dem Werth nach vindiciren“ darf, redet aber dennoch S. 261 von der Pflicht des dritten Besizers „entweder zu bezahlen oder die Liegenschaft aufzugeben“, statt dem L.R.S. 2168 die nothwendig aus L.R.S. 2166 folgende Auslegung zu geben. Ebenso Bauerband Institutionen d. f. G. § 353, 354.

sehens der Pfandgerichtsmitglieder die Tilgung seiner etwa gut zinsenden Forderung hinnehme, an deren Abtragung etwa weder er noch der Schuldner vor Ablauf längerer Zeit gedacht hätten. Vielmehr wird man in diesem Fall dem Gläubiger die Wahl zugestehen müssen, ob er vorläufig mit einer von den Pfandgerichtsmitgliedern zu stellenden Sicherheit, deren Gleichwerthigkeit mit dem erloschenen Pfandrechte etwa mit Hülfe von Sachverständigen festzustellen wäre, sich begnügen oder den Schaden in runder Summe sofort einklagen wolle.

Der Werth des Pfandrechts wird durch die Summe Geldes dargestellt, welche die Ausübung des Pfandrechts in der Zeit von der Auslassung bis zur Klagerhebung dem Vermögen des Gläubigers zugeführt hätte; und zwar wird die Entschädigung, wenn das Pfandgerichtsmitglied die Eintragung vorzüglich nicht erwähnte, auf die höchste Geldsumme, die in der genannten Zeit der Gläubiger durch Ausübung des Pfandrechts erlangt hätte, andernfalls auf den mittlern Betrag dieser Summe festzustellen sein. L. R. S. 1151a. Die Regel bildet der Fall des Verschens der Pfandgerichtsmitglieder. Hievon allein ist im Folgenden die Rede. Die verschiedenen Summen, zu welchen in der Zeit zwischen der Ausstellung des Zeugnisses und der Klagerhebung die verpfändete Liegenschaft in der Vollstreckung veräußert worden wäre, sind durch Gutachten festzustellen und hieraus das Mittel zu ziehen; von diesem Mittel ist der Werth der Lasten, deren Befriedigung derjenigen der Forderung des beschädigten Gläubigers vorgeht, abzuziehen; wurden Lasten in der Zwischenzeit abgetragen, so ist die Hälfte ihres Werths in Abzug zu bringen, weil das Mittel zwischen derjenigen Summe, welche der beschädigte Gläubiger vor, und derjenigen, welche er nach der Abtragung erhalten hätte, zu finden ist; der Rest stellt den Schaden des Gläubigers dar.

Die Möglichkeit, daß der Gläubiger trotz des Erlöschens seines Pfandrechts durch Zahlung des Schuldners oder Ausübung eines anderweiten Sicherungsrechtes zur Befriedigung komme, bleibt außer Betracht, weil es in der Willkür des Gläubigers gelegen gewesen wäre, diesen oder jenen Weg zu seiner Befrie-

digung zu wählen, und in der Willkür des dritten Besitzers, der Pfandklage die Einrede der Vorausklage entgegenzusetzen.

Durch die Zahlung der Summe Geldes, welche als Aequivalent des erloschenen Pfandrechts in das Eigenthum des Gläubigers übergeht, wird der entsprechende Theil seiner Forderung bezahlt, weil die Leistung der Pfandgerichtsmitglieder der Ersatz für denjenigen Vermögenswerth ist, welchen der Gläubiger durch die zur Befriedigung seiner Forderung geschehene Ausübung des Pfandrechts erlangt hätte. Die zahlenden Pfandgerichtsmitglieder werden deshalb, soweit durch ihre Zahlung die Forderung des Gläubigers gedeckt wird, in dieselbe kraft Gesetzes subrogirt. L. R. S. 1251 Ziff. 3.

VIII. Ueber den retraitsuccessoral.

Art. 841. C. c.

(Von Herrn Dr. Alfred von Weirich, Rechtsanwalt
in Mühlhausen i. G.)

Sich gerade jetzt, da die großen Reichsjustizgesetze in die Praxis sich einzuleben anfangen und namentlich die Grenzlinie zwischen dem alten und neuen Rechte zu einer Menge von Streitfragen Anlaß bietet, noch mit einer Materie des französischen Civilrechts zu beschäftigen, die von jenen unberührt blieben, mag Manchem vielleicht unpraktisch erscheinen. Auf der andern Seite darf man aber nicht vergessen, daß der hier zu erörternde Gegenstand immer noch geltendes Recht in einem großen Theile des deutschen Reichs ist und sowohl wegen der großen Kürze, mit welcher er im code civil behandelt wurde, als auch wegen des casuistischen Charakters der französischen Jurisprudenz fast nur aus Streitfragen besteht. Dazu kommt, daß bei einer Betrachtung des retraitsuccessoral eine Frage berührt wird, welche in volkswirtschaftlicher Hinsicht eine größere Bedeutung besitzt, als allgemein angenommen zu werden pflegt,

und daher bei einer Berathung über das Reichscivilrecht nicht völlig außer Acht zu lassen sein dürfte. Es ist dies der Ankauf von Erbschaften aus Gründen der Speculation. Der retrait successoral bietet mithin immer noch wissenschaftliches und praktisches Interesse und erscheint es daher trotzdem lohnend, sich des Näheren damit zu befassen.

A. Einleitung.

§ 1. Historischer Ueberblick.

1. Der retrait successoral oder de cohéritier,¹⁾ worunter das Recht des Erben verstanden wird, den Käufer des Antheils seines Miterben an der ungetheilten Verlassenschaft durch Zahlung des Kaufpreises von deren Theilung auszuschließen und sich an dessen Stelle zu setzen, ist eine Schöpfung der alten französischen Jurisprudenz. Das Parlament von Paris ließ denselben zuerst im Jahre 1521 zu.²⁾ Doch blieb das hierüber erlassene arrêt lange Zeit hindurch vereinzelt. Erst gegen Ende des sechzehnten Jahrhunderts gelangte jener häufiger zur Anwendung. Zunächst erging ein diesbezügliches arrêt im Jahre 1578, darauf folgten solche in den Jahren 1588, 1589 und 1595, sodann eines „en robes rouges“ im Juni 1596 zu Gunsten des Bischofs von Baja.³⁾ Diese dehnten sämmtlich die lex Anastasiana, analog auf Erbschaftskäufe aus. Die genannte lex wird in Frankreich nur auf streitige Forderungen angewendet,⁴⁾ anders,

1) Der hier zu betrachtende Retrakt darf nicht verwechselt werden mit dem gleichnamigen Rechtsinstitut, von welchem Mallart zu Art. 3 der Cout. d'Artois handelt. Wenn nämlich ein Erbe einen Gegenstand, welcher zur ungetheilten Nachlassmasse gehört, von einem Dritten erwirbt, so muß er diesen gegen Ersatz des bezahlten Kaufpreises zur Masse bringen. Merlin repert. Bd. XI. V^o retrait de cohéritier.

2) Brillion dictionnaire des arrêts 1711. Bd. I. V^o droits litigieux.

3) Brodeau sur Louet let. C. som. 13. Nouv. Denizart. Bd. IV. V^o Cession de droits litigieux. § IV. 2.

4) Ancien Denizart Bd. III. V^o per diversas. Pothier Vente 591. Das erste arrêt des Pariser Parlaments, welches den retract des droits litigieux, mit welchem Namen die lex Anastasiana in Frankreich belegt wurde, zur Anwendung brachte, erging „en robes rouges“ im Jahre 1586. Nouv.

als nach dem römischen Rechte, ⁵⁾ wie es in Deutschland recipirt wurde, ⁶⁾ das den Verkauf streitiger Obligationen überhaupt verbietet und bei nicht streitigen dem Schuldner gestattet, sich dem Cessionnar gegenüber durch Zahlung des Kaufpreises zu befreien. ⁷⁾ Geradezu grundlegend für die Jurisprudenz des *retrait successoral* war die Rede des Generaladvokaten Servin, auf welche hin das Pariser Parlament am 30. April 1613 den Käufer einer Erbschaft für gehalten erklärte, dieselbe gegen Zahlung des von ihm gegebenen Kaufpreises dem Miterben seines Verkäufers auszuhandigen. Servin verlangte die Ausdehnung der *lex Anastasiana* auf den vorliegenden Fall, indem er die dem röm. Prätor zustehenden Befugnisse der Rechtsbildung den Parlamenten vindicirte. ⁸⁾ Diese Rede ist für den hier zu betrachtenden Gegenstand deshalb von so großer Bedeutung, weil darin zum erstenmale das Motiv für die Einführung des *retrait successoral*, auf welches die Jurisprudenz bis auf den heutigen Tag sich stützt, offen ausgesprochen wurde, nämlich der Schutz der Familiengeheimnisse vor der übelwollenden Neugierde Fremder und derjenige der Erben vor den durch die Habgucht jener bei der Theilung der Masse veranlaßten Chicanen. ⁹⁾ Seitdem ergingen nun verschiedene *arrêts*

Denzart. Bd. IV. V^o Cession des droits litigieux § II 1. Vgl. auch die interessanten Ausführungen gegen diese in Deutschland wenigstens allgemein als unrichtig erkannte Ansicht der französischen Juristen. Binet *Cession de creances* pg. 18 ff. Promotionschrift für die juristische Fakultät zu Nancy vom Jahre 1870.

⁵⁾ l. i pr. dig. de litig. 44. 6. l. 4. cod. h. t. 8. 37.

⁶⁾ Windscheid *Pandekten* § 335. Text und Note 9.

⁷⁾ Die Glosse zu l. 22 cod. mand. 4. 35. bemerkt über die Anwendung der *lex Anastasiana* in Frankreich; „*In Gallia haec constitutio locum non habet, ubi cessionarius integrum potest petere.*“ Diese Notiz bezieht sich nur auf nicht streitige Forderungen, da auch die Glosse den Verkauf streitiger als verboten betrachtete.

⁸⁾ 104 ^{emo} *playdoyer*. *Nouv. Deniz.* Bd. IV. *Cession des droits succ.* § IV. 2., vgl. dazu die Analyse dieser Rede bei Desjardins in der *revue pratique*. Band XXX. pg. 50 2 flg.

⁹⁾ Er sagte u. A. l. c.: „*Les lois per diversas et ab Anastasio doivent s'étendre aux cessions de droits successifs, quoiqu'elles n'en parlent*

welche gleichfalls unter Bezugnahme auf die lex Anastasiana diefen das Recht einräumten, den Cessionnar eines Erbchafts=theils durch Zahlung des Kaufpreises aus der Theilung zu entfernen, sonst jedoch wenig Wichtiges enthaften. Erwähnens=werth ist ein solches vom 17. August 1779, worin deren Anwendung auf den Kauf von Rechten an ungetheilten Erbmassen u. A. damit gerechtfertigt wird, daß deshalb, weil dieselben noch nicht getheilt sind, Prozesse entstehen könnten.¹⁰⁾ Die für die Einführung dieses Rechtsinstituts von der Praxis angegebenen Gründe wurden auch von der Theorie acceptirt, soweit sie sich überhaupt damit beschäftigte, und die lex Anastasiana hier für anwendbar erklärt.¹¹⁾ Wenn in den Werken von Bohier, welche für die französische Rechtswissenschaft von so hoher Bedeutung sind, nichts über den retrait succensoral erwähnt ist, so erklärt sich dies daraus, daß dieses durch das Pariser Parlament in's Leben gerufene Rechtsinstitut durchaus nicht beliebt war und darum selbst nicht einmal in dem Gebiet des droit coutumier allgemeine Geltung erlangte¹²⁾ und in der coutume d'Auvergne sogar formell ausgeschlossen war.¹³⁾

2. Ob durch das Zwischenrecht der retrait succensoral abgeschafft wurde, ist zweifelhaft.¹⁴⁾ In den Erlaffen, welche

point précisément et observés contre eux, qui se confiant en quelques parts en faveurs de leurs proches ou autres, prennent des cessions de droits, pour entrer és secrets d'une famille, d'ou ils ne sont point et s'approprient les biens d'icelles en expropriant et venant les vrais héritiers parachat, qu'ils font de leurs cohéritiers à marché.

¹⁰⁾ s'urtout quand ils sont indivis, peuvent devenir litigieux.“ Merlin. Quest. de dr. V^o dr. success. § II. 2. i. f. Desjardins l. c. pg. 501.

¹¹⁾ Brodeau sur Louet lect. C. som. 13. Caronelas: pandectes françaises liv. 13 rep 22. Chesnu Quest. 99. Nouv. Denizart. Baud IV. V^o Cession de droits successifs § IV; insbesondere aber Le Brun: Succession livr IV. chap. II. sect. III no. 66 flg.

¹²⁾ Benoit retr. succ pg. 4. Desjardins l. c. pg. 499 Text u. Note 3 und 4.

¹³⁾ Nouv. Deniz. l. c. § IV. 11.

¹⁴⁾ Dafür; Cassationshof. 11. prair. II. Königswarter: revue de legisl. Bd. III. pg. 317 flg. Dagegen; Dalloz rep. V^o Success. No. 1867. Demolombe Bd. XIV. No. 67.

von der Aufhebung der Retractrechte handeln, wird derselbe nicht erwähnt und existirt auch darüber kein Specialgesetz. Durch Decret vom 19 flor II wurde zwar ein Urtheil des Tribunals von Bretueil wegen dessen Zulassung annullirt. Allein dasselbe erlangte, weil im bulletin de correspondance nicht publicirt, niemals Gesetzeskraft¹⁵⁾ weshalb die verneinende Ansicht den Vorzug verdiente.

3. Dieselben Motive, welche die ältere Jurisprudenz zur Einführung des retrait successoral veranlaßten, bewirkten auch dessen Aufnahme in den code civil, was sich aus dem Berichte Chabot's an das Tribunat ergibt.¹⁶⁾ Die Codification schloß sich darin ebenfalls der frühern Praxis an, daß sie jenen nur in seinen Grundzügen angab und auf Detailfragen nicht einging.

§ 2. Dessen juristische Natur.

Der retrait successoral hat mit dem retrait des droits litigieux (§ 1 Note 4) den Zweck gemeinsam, daß der Käufer aus dem Geschäfte keinen Nutzen ziehen darf, weil in beiden Fällen von der Annahme ausgegangen wird, daß jener dieses in der Absicht abgeschlossen habe, um sich durch Anwendung von Chicanen aller Art zu bereichern.¹⁾ Im Uebrigen aber sind beide Rechtsinstitute wesentlich von einander verschieden. Bei dem erstern ist es der Miterbe des Verkäufers, bei dem letztern der

¹⁵⁾ Dalloz l. c.

¹⁶⁾ rapp. No. 59 Locre Bd. V. pg. 126 flg: „Les étrangers, qui achètent des droits successifs apportent presque toujours la dissension dans les partages Il est dans l'intérêt des familles, qu'on n'admette pas à pénétrer leurs secrets et qu'on n'associe pas à leurs affaires des étrangers, que la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seul déterminer à devenir cessionnaires, et que les lois romaines dépeignaient énergiquement par ces mots: alienis fortunis in hiantes.“

¹⁾ Dumoulin sagt in: contr. usur. qu. 62 no. 413 c. f., daß die lex Anastasiana gegeben sei: „contra eos, qui praevaritia vel alia vexandi libidine redimunt actiones litigiosas vel dubias, ideo statuunt, ut reusvel praetensus debitor litem et vexationem redimere possit, eodem pretio, quod insidiator ille numerarit oblato; vgl. auch Nouv. Deniz Bd. IV. retr. es dr. litig. § II, 2.

Schuldner, der geschützt werden soll, weil der Erwerber der Forderung ihn präsumtiv härter bedränge, als sein bisheriger Gläubiger. Deshalb soll der Schuldner auch befugt sein, sich durch Hingabe des von dem Cessionar gezahlten Kaufpreises von der Obligation zu befreien, während der retraits successoral dem Erben gestattet an die Stelle des Erbschaftskäufers zu treten. Dort ist die Obligation getilgt und die Cession in ihren Wirkungen aufgehoben, hier bleibt die letztere bestehen und wird nur die Person des durch sie Berechtigten gewechselt. Nur in dem ebenerwähnten Falle handelt es sich um ein wirkliches Retractrecht, wie solches die Coutumes bereits gekannt haben und welches darin besteht, daß im Falle eines Verkaufes eine bestimmte Person befugt sein soll, in das bestehende Kaufverhältniß einzutreten²⁾. Daß am häufigsten vorkommende und daher auch durch die Jurisprudenz, selbst bis in's kleinste Detail ausgebildete Retractrecht ist der retraits lignager, identisch mit der Erblosung des deutschen Rechts, welche die eventuelle Gewere der nächsten Anverwandten des Veräußerers eines Erbgesetzes an diesem zur Grundlage hat.³⁾ Die übrigen sehr zahlreichen Retracte sind bezüglich ihrer juristischen Construction demselben

²⁾ „Le droit de retrait n'est autre chose, que le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place“. Pothier retr. no. 1 flg. vgl. auch Warnkönig und Stein französische Rechtsgeschichte Bd. III pg. 520 flg. Schäffner: Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs Bd. III pg. 254 flg.

³⁾ Walch: Das Näherecht Ausgabe 3. Jena 1795. Renaud in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. VII pg. 240—283. Gengler deutsches Privatrecht. Bd. I pg. 395. namentlich die Anmerkung. Quellenstellen bei Kraut § 152 flg.; sodann Gerber § 177. Beseler §§ 106 flg. Laband: Die rechtliche Natur des Retracts und die Expropriation im Archiv für civil. Prag. Bd. LII. pg. 185 flg.; endlich das ausgezeichnete Werk von Stobbe über deutsches Privatrecht. § 90. Es wird bezüglich der Ausbildung der Retractrechte, in Deutschland speciell der Erblosung auf die hier citirte Literatur verwiesen, um einerseits der vorliegenden Arbeit keine zu große Ausdehnung zu geben, andererseits um die Klarheit der Darstellung nicht zu beeinträchtigen welche durch Abschweifung vom gestellten Thema, selbst auf verwandte Gebiete, bekanntlich nicht gewinnt.

nur nachgebildet.⁴⁾ Wegen der innern Verwandtschaft mit der Erblossung haben denn auch die gesammte Wissenschaft und Praxis des *code civil* in Deutschland und einzelne französische Schriftsteller⁵⁾ den *retrait successoral* als einen Ueberrest jener angesehen und die erstern sogar den Namen darauf übertragen⁶⁾, während verschiedene der letztern ihn aus dem *retrait de communion* oder *bienséance* herleiten.⁷⁾ Er ist aber keines von Beiden. Der *retrait lignager* stand den nächsten Anverwandten des Veräußerers von der Linie zu, von welcher das Gut herrührte,⁸⁾ und nach den sog. *contumes souchères* nur den Descendenten des ersten Erwerbers.⁹⁾ Er bezog sich ferner nur auf Immobilien und gemeinrechtlich sogar auf *propres* allein.¹⁰⁾ Während wohl stets Erbfähigkeit,¹¹⁾ nicht aber Erbeigenschaft, welche ihrer Natur nach ohne vorhergehenden Todesfall nicht denkbar ist, Bedingung für Ausübung dieses Näherrechts ist, können dagegen den *retrait successoral* die Verwandten des Veräußerers nur dann geltend machen, wenn sie mit ihm zusammen Erben einer und derselben Person sind. Er geht ferner nicht auf ein bestimmtes Grundstück, sondern den ideellen Antheil

4) Warnkönig u. Stein l. c. pg. 568.

5) Königswarter in der *revue de legisl.* Bd. III pg. 517 flg. Kodiaère im *Journ. du Palais* 1862 I. 363, *Recueil*: *manuel du droit civil* Bd. II pg. 269 Note 5.

6) Zacharia § 359 Note 39 B. Behaghel: das badische Landrecht § 126 und das Register. Stabel: *Institutionen* § 87 pg. 200.

7) Merlin *repert.* Bd. IV. V^o. *dr-success.* § 12. Davot et Bannelier *Bd. IV* § 318.

8) Il est appelé *retrait lignager*, parceque la loi l'accorde aux *lignagers*, c'est à dire aux parents de la ligne en famille dont l'heritage est venu au vendeur. Pothier *retr.* no. 3 Abs. 2.

9) *Klimrath*: *études sur la saisine* pg. 129. Warnkönig u. Stein l. c. pg. 571. Schäffner l. c. pg. 258 Note 31; vgl. insbesondere Pothier l. c. 134.

10) „En conquêt ne git *retrait*“ *Loisel instit. cout.* III. 5. A. 8. Pothier l. c. 46. Warnkönig u. Stein l. c. pg. 540 Schäffner l. c. pg. 257 Note 28.

11) „Qui ne serait habile à succeder, ne peut à *retrait* aspirer.“ Warnkönig u. Stein l. c.

an einer Erbschaft und in Folge dessen auf eine Quote des gesammten Immobiliar- und Mobiliarvermögens des Verstorbenen. Endlich beruht jener auf der Idee der Unveräußerlichkeit des Erb-gutes, dieser auf derjenigen der Wahrung der Familiengeheimnisse und Verhütung von Chicanen bei der Theilung der Verlassenschaft¹²⁾. Derselbe ist aber auch kein Ueberrest des retrait de communion oder bienséance. Dieser besteht in dem Rechte des Miteigenthümers eines Grundstücks — ohne Rücksicht auf dessen Herkunft — den von einem andern Miteigenthümer veräußerten Antheil durch Zahlung des Kaufpreises an sich zu bringen und ist eine Nachbildung des deutschen Geppilderechts, die sich schon in den assisses von Jerusalem findet.¹³⁾ Letzterer bezieht sich also ebenfalls auf Immobilien und steht mit dem Erbrecht in keiner Beziehung. Erblosung und Geppilderecht tragen einen volksthümlichen Character und sind erwachsen auf dem Boden des abendländischen Mittelalters, während der retrait successoral vielfach gegen den Willen des Volkes ein Erzeugniß der französischen Juristen ist, welche sich dabei auf das römische Recht beriefen, und darun auch im Gegensatz zu den beiden obenerwähnten Rechtsinstituten, nur sporadisch zur Anwendung gelangte. Ebenjowenig aber, wie im römischen Rechte Anhaltspunkte für derselben zu finden waren, ist die altfranzösische Jurisprudenz im Stande gewesen im Einzelnen hier rechtsbildend aufzutreten. Da er jedoch, wie bereits erwähnt, alle Merkmale eines Retract-rechts im eigentlichen Sinne an sich trägt, wenngleich jene ihn nicht immer als solches betrachtet, so bleibt, um nicht der Willkür Thür und Thor zu öffnen, nichts Anderes übrig, als auf die für die Retractrechte im Allgemeinen geltenden Grundsätze zurückzugreifen. Letztere sind aber sämmtlich dem retrait lignager entnommen und muß daher dasjenige, was für diesen gilt, so weit es nicht Besonderheiten desselben betrifft, auf den retrait successoral angewendet werden.¹⁴⁾

¹²⁾ Nouv Denizart l. c. § IV. 3.

¹³⁾ Warnkönig u. Stein l. c. pg. 573. Text u. Note 2.

¹⁴⁾ Labbé rev. critique de jurispr. 1855 pg. 142. Demolombe

B. Das geltende Recht.

I. § 3. Definition.

Die Definition läßt sich am besten aus dem Gesetze selbst entnehmen, indem dasselbe weiter nichts, als diese enthält und alles Uebrige der Wissenschaft überläßt. Nach Art. 841¹⁾ versteht man unter dem *retrait successoral* das Recht des Erben, den Antheil seines Miterben an der ungetheilten Verlassenschaft, den dieser als solchen an eine Person, welcher keine Rechte irgendwelcher Art an dem Nachlasse als Ganzes zustehen verkauft hat, durch Erstattung des von derselben gezahlten Kaufpreises an sich zu bringen, und sie auf diese Weise von der Theilung auszuschließen.

II. Voraussetzungen der Ausübung.

§ 4. In subjectiver Hinsicht.

1. Nach den Worten des Gesetzes steht der *retrait successoral* den Erben allein zu. Dieser ist, wenn keine Vorbehaltsberechtigten vorhanden sind, der Universallegatar gleich zu achten, weil dann auch dieser die *saisine* am Nachlasse hat. arg. Art. 1006 c. c. Nur in dem Ermessen derselben, als derjenigen Personen, welche präsumtiv dem Erblasser und vermöge der *saisine* dessen Vermögen am Nächsten stehen, soll es liegen, ob ein Erbschaftskäufer in dieser Eigenschaft die Geheimnisse der Familie erfahren solle. Ist der *retrait successoral* vollends nur ein Schutzmittel gegen die Habgier fremder Eindringlinge, so muß man die Eingang erwähnte Beschränkung, welche den Charakter eines Privilegiums hat, und als solches nicht ausgedehnt werden darf,¹⁾ sogar als selbst-

¹⁾ Derselbe lautet folgendermaßen: „Toute personne, même parente du defunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession.

²⁾ Quod vero contra naturam juris receptum est, non producendum ad consequentias“. l. 14 dig. de leg. 1. 3.

verständlich ansehen. Es sprechen also sowohl der Text des Gesetzes, als auch dessen Motive dafür, den Ausdruck *héritier* in Art. 841 cit. in seiner eigentlichen Bedeutung zu nehmen. Nichtsdestoweniger räumt mit nur wenigen Ausnahmen²⁾ die ganze französische Jurisprudenz dieses Retractrecht auch den Successoren ohne *saisine* ein,³⁾ wenn dieselben an der Theilung des Nachlasses participiren.⁴⁾ Als Grund wird angegeben, daß darin, daß Fremde nicht in die Geheimnisse der Familie eindringen, die Legatäre dasselbe Interesse hätten, wie die Erben.⁵⁾ Daß zwar nicht die erstern, wohl aber die letztern stets zu der Familie des Erblassers gehören, bedenkt diese Jurisprudenz jedoch nicht! Wichtig ist übrigens, daß man schon vor der Codification der Tendenz begegnet, den *retrait successoral* auf Legatäre auszudehnen.⁶⁾

2. Das Gesetz macht bezüglich des Retractrechts keinen Unterschied, ob die Erbschaft *sub beneficio inventarii* angetreten wurde⁷⁾ oder nicht. Hingegen sind die verzichtenden und unwürdigen Erben, mögen sie auch unter einem andern

²⁾ Zachariä l. c. Text u. Note 52. Massé u. Vergé § 692 Note 33. Dreuer: der code Napoleon und das badiſche Landrecht. pg. 313 Note 8 Du Courroy-Boanier u. Roustaing Bd. II pg. 682. Rochefort état des familles III. 173. Rodière: Journal du Pal. 1862. I pg 363.

³⁾ Vgl. über den Gegensatz zwischen Successoren mit und ohne *saisine* meine Abhandlung: „über das Erbsolgerrecht der natürlichen Kinder“ in Bd. VII pg. 5 flg. dieser Zeitschrift; *ibid.* pg. 14 Text u. Note 12, daß diesen der *retrait successoral* nicht zusteht.

⁴⁾ Dalloz rep. V^o-succession No. 1872 u. 1873. Aubry u. Rau § 621 ter. Text u. Note 22 u. 23. Demolombe XVI 36 flg. Laurent X. 352; vgl. auch Urtheil des Landger. Milthansen in der Jur. Zeitschr. für E. L. Bd. IV pg. 318 u. 319 u. Note.

⁵⁾ Demolombe l. c.

⁶⁾ Nouv. Deniz l. c. 5. Arrêts von Parlamenten, welche bei Legatären den *retrait successoral* zulassen, habe ich nicht gefunden.

⁷⁾ Contra Benoit retr. success. pg. 47 flg. — Es sind indeß bei Bougnier let. R. nomb. 16 zwei arrêts vom 7. Mai 1609 und vom Jahre 1621 citirt, welche entgegen der bestandenen Praxis Lebrun l. c. 24 Pothier l. c. 559 den *retrait lignager* den Beneficiärerben nicht einräumen.

Titel zur Succession gelangen,⁸⁾ nicht zu dessen Ausübung befugt, wohl aber diejenigen, welche durch Testament auf den Pflichttheil beschränkt sind.⁹⁾ — Wer sein Recht am Nachlasse verkaufte, kann unbeschadet des geschlossenen Vertrages das Retractrecht ausüben, weil durch den Verkauf des Inhalts des Erbrechts die Erbenqualität und das dieser anhaftende Privilegium nicht verloren gehen.¹⁰⁾ Als unübertragbares Recht kann der retrait successoral gleichfalls nicht geltend gemacht werden von den Gläubigern des Erben.¹¹⁾ — Stirbt jedoch dieser vor dessen Ausübung, so wird die Befugniß hierzu, wegen des Uebergangs der saisine, auf dessen Erben,¹²⁾ nicht aber wie die herrschende Jurisprudenz annimmt,¹³⁾ auf dessen Legatäre übertragen. — Accrescirt dem Miterben der Antheil des Cedenten, so wird das jenem zustehende Retractrecht nicht aufgehoben,¹⁴⁾ ebensowenig, wie es bei den lignagers der Fall war, welche in die Rechte des Veräußerers traten.¹⁵⁾ Hingegen kann dieses selbstverständlich derjenige nicht beanspruchen, der nicht durch Accrescenz sondern durch Transmission an die Stelle des Cedenten gelangt.¹⁶⁾

3. Ist der Erbe minderjährig, so kann für ihn der Vor-

⁸⁾ Laurent l. c. 355 — Contra Demolombe l. c. 47.

⁹⁾ Dalloz l. c. 1880. Laurent l. c. 353.

¹⁰⁾ Laurent l. c. 357 i. f. deshalb, weil die Erbenqualität durch den Verkauf nicht verloren gehe. Der Gesichtspunkt des Privilegiums ist der Jurisprudenz fremd — A. M. Demolombe l. c. 49., weil der Erbe durch Verkauf seines Antheils von der Theilung ausgeschlossen sei.

¹¹⁾ Aubry u. Rau l. c. Text u. Note 33. Demolombe l. c. 60. Laurent l. c. 361.

¹²⁾ Dalloz l. c. 1874. Die dort angeführten Urtheile: Bourges 27. Mai 1812 und Toulouse 20. Aug. 1819 sprechen vom legataire universel. Dieser Ansicht kann jedoch dann nicht beigespflichtet werden, wenn jener saisi de plein droit ist.

¹³⁾ Aubry u. Rau l. c. Text u. Note 30. Demolombe XVI 62 flg. Laurent l. c. 365.

¹⁴⁾ Dalloz l. c. 1881 Aubry u. Rau l. c. Text u. Note 34. Demolombe l. c. 64. Laurent l. c. 358.

¹⁵⁾ Pothier l. c. 155. Warnkönig u. Stein l. c. 243. 3 (pg. 571). — s. jedoch Cout. de Paris Art. 142 u. Orleans Art. 402.

¹⁶⁾ Laurent l. c.

mund ohne Autorisation des Familienraths den retrait successoral ausüben. Das Gesetz zählt die Fälle auf, in denen jene nöthig ist, und nennt darunter diesen nicht. Die Ausübung desselben ist eine Consequenz der Annahme der Erbschaft und liegt in der Autorisation hierzu stillschweigend auch die Genehmigung aller Handlungen, zu welchen jene berechtigt. Diese Meinung ist jedoch nicht die herrschende.¹⁷⁾ Diese ist deßhalb dagegen,¹⁸⁾ weil der retrait successoral den Character einer Immobiliarklage habe,¹⁹⁾ welche ihrer großen Wichtigkeit halber eine solche Autorisation fordere.

4. Dieses Retractrecht steht jedem Erben einzeln zu und entscheidet, wie nach den späteren Coutumes bei der Erblossung,²⁰⁾ die Prävention. Als Zeitpunkt der Ausübung galt hier die Aufstellung der Retractsklage. Da nun beim retrait successoral diese nicht nothwendig erscheint,²¹⁾ so trifft die Analogie mit jener hier nur insofern zu, als derjenige Zeitpunkt, als der entscheidende angesehen werden muß, an welchem dem Cessionnar gegenüber zuerst die Erklärung abgegeben wurde, das Retractrecht ausüben zu wollen.²²⁾ Dies ist jedesmal Sache des einzelnen Falles und daher der Discretion des Richters zu überlassen. Es existiren verschiedene Meinungen über diese Frage. Nach Einigen soll es auf die von dem retrahirenden Erben geleistete Zahlung ankommen,²³⁾ nach der herrschenden Ansicht jedoch entweder darauf,

17) Sowie hier Benoit retr. succ. no. 19.

18) Zacharia § 113 Note 21 P. Aubry u. Rau l. c. Text u. Note 41.

19) Aubry u. Rau cit.

20) Loisel instit. cout III A 10: „Le lignager, qui prévient, exclut le plus prochain forses lieux, ou l'on peut venir entre la bourse et les deniers.“ Allgemeine Gültigkeit hatte dieser Satz nicht. Einzelne Coutumes ließen nämlich bei lignages die in gleichem Grade unter sich verwandt waren, eine Concurrnz zu (Bothier l. c. 185) und selbst bei verschiedenen Verwandtschaftsgraden entschied, wenn auch meistens, so doch nicht immer die Prävention. Bothier l. c. 171 flg.

21) Dalloz l. c. 1980.

22) Laurent l. c. 373.

23) Toullier II 438 Chabot III 16.

ob der Cessionnar das Retractrecht anerkannt hat oder ein rechtskräftiges Urtheil in dieser Beziehung erlassen wurde.²⁴⁾

§ 5. In objectiver Hinsicht.

1. Gehen die Voraussetzungen der Ausübung des retraits successoral dahin, daß ein Miterbe seinen Antheil an der ungetheilten Verlassenschaft als solchen an eine Person verkauft habe, welcher keine Rechte an dieser als Ganzes zustehen.

2. Die Uebertragung muß also ausgegangen sein von einem Miterben¹⁾ und ist daher, wenn ein Erbfolger, Universallegatar ohne saisine oder ein Legatar à titre universel die Cedenten waren, die Ausübung dieses Retractrechts unzulässig. Die Motive, welche für dieses Rechtsinstitut angegeben werden, sprechen allerdings für eine Ausdehnung auf die von den übrigen Theilungsberechtigten vorgenommenen Cessionen und ist deshalb auch fast die ganze Jurisprudenz dieser Meinung.²⁾ Allein trotz dieser gewiß nicht unwichtigen Bedenken darf der vom Gesetze gebrauchte Ausdruck *cohéritier* auch hier nicht extensiv interpretirt werden und zwar dies noch umsoweniger als ihm in Art. 841 cit. das Wort *successible* gegenübersteht.³⁾ Ist nun weiter, wie bereits erwähnt, der retraits successoral ein Privilegium der Erben, so kann es auch andererseits nur gegen sie; d. h. deren Cessionen gerichtet sein.⁴⁾ — Daß bei einer Erbfolge nach Linien der Cedent einer andern Linie angehöre, als wie derjenige Erbe, welcher das Retractrecht auszuüben beabsichtigt, ist unerheblich. Die herrschende Jurisprudenz will zwar, nachdem die Masse in zwei gleiche Hälften getheilt ist, den Erben aus der einen Hälfte nicht zur Ausübung des Retractrechts denjenigen Cessionen gegenüber zu-

²⁴⁾ Demolombe I. c. 72.

¹⁾ Zacharias I. c. Text und Note 59.

²⁾ Aubry u. Rau I. c. Text u. Note 13. Demolombe I. c. 76. Laurent I. c. 362.

³⁾ Zachariae I. c.

⁴⁾ Deutsches RechtsSprichwort; „Wer den guten Tropfen genießt, soll auch den bösen genießen.“

lassen, welche ein solcher aus der andern vorgekommen hat.) Sie rechtfertigt dies damit, daß nach Art. 736 C. c. in jeder der Beiden eine vollständig getrennte Erbfolge stattfinden und die Verwandten der einen denen der andern als Fremde gegenüberstünden.⁶⁾ Durch die Ausübung des Retractrechtes würde dann Jemand in derjenigen Linie zur Theilung zugelassen, in welcher er niemals Erbe werden könnte. Wenn auch die Angehörigen der väterlichen Linie auf die von der mütterlichen herrührenden Stammgüter die Erblosung nicht geltend machen durften, und umgekehrt, so folgt daraus noch nichts für den retract successoral, weil dieser Rechtsatz sich aus der Natur jener ergibt. Gerade daß dem hier nicht so ist, spricht für die innere Verschiedenheit beider Rechtsinstitute. Schon vor der Codification haben sich Autoritäten, wie Le-Brun⁷⁾ und Denizart⁸⁾ in diesem Falle für dessen gegenseitige Anwendbarkeit ausgesprochen, weil, wenn auch die Erbfolge in verschiedene Güter stattfindet, dennoch nur eine Succession vorhanden sei, und die Erben, welcher Linie sie auch angehören mögen, an der Beseitigung Fremder aus der Theilung ein gemeinschaftliches Interesse hätten. Erscheinen diese Gründe schon für das ältere Recht zutreffend, so muß dies umsomehr noch für das neuere gelten, welches bezüglich der Herkunft der Güter für das Erbrecht nicht mehr unterscheidet arg. Art. 732 C. c. In der That räumt auch das Gesetz das Retractrecht allen Erben ein, ohne für die Erbtheilung nach Linien andere Vorschriften zu geben. Die gegentheilige Ansicht kann sich

⁵⁾ Demolombe l. c. 54. Aubry u. Rau l. c. Text u. Note 36. Laurent l. c. 354.

⁶⁾ Demolombe cit.

⁷⁾ Cont. loc. du Mont. de Marsan: „Le plus prochain du vendeur de l'estoe et ligne dont descendent les biens vendus.“ Schäffner III. pg. 258 Note 30.

⁸⁾ Success. cit. 69 drückt sich sehr prägnant aus, indem er sagt: „Si les héritiers de diverses lignes ne sont pas tous cohéritiers dans les biens, ils le sont dans la succession. Il est encore moins vrai de dire, qu'ils soient étrangers les uns aux autres.“

⁹⁾ Coliect. nouv. cit: „parce qu'il a intérêt commun à tous les co-successeurs d'empêcher l'étranger d'entrer dans les secrets de la famille, et que d'ailleurs, quoiqu'il ne partage pas avec lui dans les mêmes biens, il a néanmoins des occasions de demelés avec lui.“

doch wahrlich nicht auf Art. 736 cit. stützen. Darin wird wohl eine Trennung in zwei Hälften für die Berufung zur Erbschaft und Theilung unter die Angehörigen einer jeden Hälfte festgesetzt, keineswegs aber für die Ausübung eines der Erbenqualität anhaftenden Sonderrechts irgendwelche Bestimmung getroffen. Trotz dieser Zweitheilung sind dennoch die sämtlichen Erben Rechtsnachfolger eines und desselben Verstorbenen und Gesamteigentümer derselben Verlassenschaft.

3. Nur von Nachlassmassen, nicht aber andern Gemeinschaften handelt Art. 841 cit. Gegenwärtig sind zwar Theorie und Praxis in diesem Punkte so ziemlich einzig,¹⁰⁾ früher war man jedoch hierüber anderer Ansicht und wendete den *retrait successoral* auch bei der Theilung von Gütergemeinschaften und Gesellschaften an.¹¹⁾

4. Aus den Worten: „*écarter du partage*“ in Art. cit. und dem Zwecke des Gesetzes, welcher, wie derjenige der *lex Anastasiana* darin besteht, den Kauf einer *res incerta* zu erschweren, ergibt sich, daß dieses *Retractrecht* nur auf ungetheilte Erbmassen Anwendung finde. Dasselbe kann ausgeübt werden, bevor die Theilung begonnen hat¹²⁾ und bis zu deren Vollendung. Dies ist nach der Praxis der Fall, sobald jeder Erbe in den Besitz seines Looses gelangt,¹³⁾ selbst wenn einzelne Gegenstände unvertheilt geblieben, bei Festsetzung der Rechte der Parteien aber in Betracht gezogen worden sind (*liquidés*).¹⁴⁾ — Verzichtet vor Vollendung der Theilung der Erbe auf das *Retractrecht*, dann kann er dasselbe selbstverständlich nachher nicht mehr ausüben. Ein solcher Verzicht ist entweder ein ausdrücklicher oder ein stillschweigender. Der letztere ist aus *concludenten* Handlungen

¹⁰⁾ Dalloz I. c. 1879. Aubry u. Rau cit. Demolombe I. c. 92. Laurent I. c. 343.

¹¹⁾ Pardessus: Cours de dr. comm. IV. 1085. Vozeills Art. 841. No. 26 — Von den neuern Schriftstellern huldigt nur Stabel: Justit. pg. 200 dieser Ansicht.

¹²⁾ Aubry u. Rau cit. Demolombe I. c. 124.

¹³⁾ Demolombe I. c. 130.; diese Zeitschrift Bd. XI. pg. 391.

¹⁴⁾ *ibid.* 131.

zu folgern, was bekanntlich jedesmal Sache des einzelnen Falles ist.¹⁵⁾ So wird z. B. ein solcher angenommen werden können, wenn sich der Erbe mit dem Cessionnar in Theilungsgeschäfte eingelassen,¹⁶⁾ oder mit ihm zusammen einen zur Masse gehörigen Gegenstand verkauft hat.¹⁷⁾ Gleichgültig hierfür ist die Thatfache, daß der Cessionnar, nachdem ihn der Erbe als Theilungsberechtigten anerkannt, diesem erst später z. B. durch Anstellung unliebsamer Nachspürungen Grund, ihn von der Theilung auszuschließen gegeben hat,¹⁸⁾ weil letzterer diese Möglichkeit voraussehen mußte. — Liegt ein dolus Seiten des Cessionnars vor, um die Erben von der Ausübung des Retractrechts abzuhalten — so wenn z. B. ein höherer Preis als der stipulirte im Kaufact angegeben oder eine Schenkung in fraudem legis gemacht wurde — so sollen nach einer sehr verbreiteten Ansicht diese hierzu auf Grund des in Art. 1382 C. c. ausgesprochenen Grundsatzes auch nach der Theilung befugt sein!¹⁹⁾ Das Wesen des retrait successoral besteht aber gerade in dem Beseitigen des Cessionnars aus der Theilung. Sobald also diese vollzogen, ist jener gegenstandslos geworden.²⁰⁾

¹⁵⁾ „Darüber, was zu einem bindenden Verzicht gehöre, läßt sich eine durchgreifende Rechtsregel nicht aufstellen.“ Windscheid: Pandekten § 69 i. f.

¹⁶⁾ Sehr präcis ist dies ausgedrückt bei Toullier II. 448: „l'admission, qu'ils (scil. les héritiers) font du cessionnaire en le recevant à la place de leur cohéritier, et en agissant avec lui en qualité de cessionnaire, équivaut à une renonciation, pourvu qu'on voie dans la conduite des héritiers une intention bien marquée de reconnaître les droits du cessionnaire — Contra Demolombe l. c. 126. Nach ihm begründet das Zulassen des Cessionnars zur Theilung noch keinen Verzicht und führt er dies in seiner charakteristischen Art und Weise u. A. also aus: „Peutêtre aussi avaient ils espéré de la part du cessionnaire plus d'esprit de conciliation, qu'il n'en montre, et que le voyant tracassier et proecessif, ils se trouvent contraints par ses propres procédés à lui dire: „Retirez Vous““ ! vgl. auch Aubry u. Rau l. c. Note 45.

¹⁷⁾ Demolombe l. c. 127. Diese Zeitschrift Bd. V. pg. 619 u. 620.

¹⁸⁾ Diese Frage ist u. A. in dem interessanten Fall XXXI. von Köhler's Rechtsfällen zum Studium des franz. Civilrechts behandelt.

¹⁹⁾ Aubry u. Rau l. c. Note 48. Demolombe l. c. 132.

²⁰⁾ Dutruc 405. Vazeille ad. Art. 841 No. 19.

5. Wie allgemein angenommen wird,²¹⁾ muß der Miterbe seinen Antheil als solchen verkauft haben. Mithin erwächst durch den Verkauf einzelner Erbschaftsstücke, auf Grund dessen der Cessionnar nicht an der Theilung participiren kann, kein Recht zur Ausübung des *retrait successoral*, mag sich jener auch auf einen ideellen Antheil an einem solchen beziehen.²²⁾ Diese Frage ist jedoch sehr bestritten. Nach einer Ansicht soll der *Retract* hier stets zulässig sein, weil der Cessionnar eines ungetheilten Rechts an einem Stücke der Erbschaft einen Theil des Rechts der Erben an dem ungetheilten Nachlasse selbst erworben habe und das Gesetz jede Cession treffen wollte, welche eine Gemeinschaft von Erben in sich schloesse.²³⁾ Eine andere Ansicht geht dahin, daß es darauf ankäme, ob die Theilungsoperationen noch zu machen seien oder nicht und in dem ersten Falle außerdem, ob der Erbe sich bei der Theilung präsentirt, in welchem Falle dann allein das *Retract*recht ausgeübt werden dürfe.²⁴⁾ Beide Meinungen sind unrichtig, da sie sich auf dem Gesetze fremde Voraussetzungen stützen. Dasselbe spricht *expressis verbis* vom Verkauf des Erbrechts als Ganzes (*droit à la succession*) und nicht von demjenigen von Erbschaftsstücken, auch nicht von ideellen Theilen dieser letztern.

6. Der Verkauf muß an einen Fremden erfolgt sein, worunter eine Person zu verstehen ist, welche nicht kraft eigenen Rechts bei der Theilung mitwirkt oder, wie Art. 841 sich ausdrückt, nicht „*successible*“ des Verstorbenen ist. Zu diesen gehören nicht nur die Erben, sondern auch die *Univerfallegatäre* und *Legatäre à titre*

²¹⁾ Zachariae I. c. Text u. Note 61. Aubry u. Rau I. c. Note 3 ff. Demol. I. c. 80. Laurent I. c. 363. Diese Zeitschrift Bd. X. pg. 206. Apellhof Colmar 24. Jan. 1878 (Jurist. Zeitschr. für Els.-Lothr. Bd. IV. pg. 66 ff.)

²²⁾ Dalloz: *success.* 1920 Aubry u. Rau I. c. Note 5. Demolombe I. c. 83. Laurent I. c. 364. 231 Delvincourt pg. 43 Note 14. Demaute III. 171 bis Tauler III pg. 298 ff.

²⁴⁾ Chabot. Art. 841 Nr. 9; vgl. dazu die Note von Belost-Jolimont.

²⁵⁾ Zachariae I. c. Text u. Note 62. Demolombe I. c. 16. Laurent I. c. 344. Dalloz I. c. 1941 ff.

universel.²⁶⁾ Wenn gleich nur die ersteren die saisine am Nachlasse haben, so wird dennoch nach Anstellung der demande en délivrance auch die übrigen bei der Theilung mit. Aus dem eben Angeführten ergibt sich des Weitern, daß gesetzliche Erben, welche durch Testament ausgeschlossen sind oder aus andern Gründen nicht succediren als Cessionnare aus der Theilung entfernt werden können, desgleichen der Ehegatte, selbst dann, wenn Gütergemeinschaft existirte. Sowohl die ältere,²⁷⁾ als auch die neuere Jurisprudenz sind in dieser Beziehung schwankend, die herrschende Meinung ist gegenwärtig für Ausschließung.²⁷⁾ An der Theilung des Nachlasses wirkt weder der Stückvermächtnißnehmer,²⁸⁾ noch derjenige mit, welchem der usus fructus an der Verlassenschaft vermacht wurde. Erst nach der Theilung des Gesamteigenthums werden deren Ansprüche in Betracht gezogen. Deshalb kann denn auch gegen beide der retrait „successoral“ ausgeübt werden.²⁹⁾ Ist dies auch die herrschende Ansicht,³⁰⁾ so ist dieselbe doch keineswegs unbestritten und existiren, außer der hier angeführten, noch zwei andere. Die eine Ansicht betrachtet deshalb den Nutznießer als successible im Sinne des cit. Art., weil er zur Bezahlung der Schulden des Nachlasses nach einem bestimmten Verhältniß beitrage und berechtigt sei, der Theilung wenigstens anzuwohnen.³¹⁾ Die andere unterscheidet zwischen dem Nießbraucher am ganzen Vermögen und demjenigen an einem ideellen Theile desselben. Gegen den erstern

²⁶⁾ Ein arrêt vom 9. Januar 1730 entschied, daß der retrait successoral gegen einen Ehegatten, welcher mit dem Verstorbenen in Gütergemeinschaft lebte, nicht ausgeübt werden könne. Le Brun l. c. Denizart l. c. § IV. 6; anderseits ließ ein arrêt vom 17. Aug. 1779 jenen gegen einen Ehemann zu, dem sogar ein Kindtheil geschenkt war und, welcher den Erbtheil eines Schwagers gekauft hatte. Merlin rep. Bd. IV. dr. succ. III. (vgl. auch diese Abhdlg. § 1 Text und Note 10.)

²⁷⁾ Laurent l. c. 350 Demolombe l. c. 32 u. 33, vgl. dort die Widerlegung der für die gegentheilige Ansicht geltend gemachten moralisirenden Erwägungsgründe durch den Hinweis auf den Text des Gesetzes.

²⁸⁾ Demolombe l. c. 30.

²⁹⁾ ibid. 31. Proudhon de l'usufr. Bd. IV. No. 2077.

³⁰⁾ Demolombe cit.

³¹⁾ Dutruc: 478. Belost-Jolimont sur Chabot. Bd. III Nr. 355.

sei der *retrait accessoral* zulässig, nicht so gegen den *lectern*.³²⁾ — Auch hier wiederholt sich die Streitfrage, ob im Falle einer *linealerbfolge* die Erben aus jeder der beiden Linien gegenseitig als Fremde anzusehen seien. Wie dort ist dieselbe auch hier gegen die *Jurisprudenz*³³⁾ zu entscheiden und zwar dies noch umsomehr als deren Ansichten durch den Wortlaut des Art. 841 direkt widergelegt werden. Es heißt darin: „*Toute personne, même parent du defunt, qui n'est pas son successible*“ ect., und bezieht sich doch augenscheinlich der Ausdruck: *son successible* auf *defunt*. Von einem *co-successible de la même ligne*, wie die *Jurisprudenz* annimmt,³⁴⁾ steht nichts im Gesetz. Da nun die Erben aus der einen Linie, ebensogut *successibles* des Verstorbenen sind, wie diejenigen aus der andern, so ergibt sich, daß sie gegenseitig das *Retractrecht* nicht ausüben können.³⁵⁾ Im Uebrigen gilt das sub. 2. Gesagte.

7. Die Uebertragung des Erbrechts darf keine unentgeltliche gewesen sein. Es setzt sonach die Ausübung des *Retractrechts* jedenfalls einen Kauf voraus. Den Tausch anlangend, so möchte man wohl mit Rücksicht auf das ältere Recht, welches die Erblosigkeit hier im Princip nicht zuließ, geneigt sein, den *retrait successoral* gleichfalls nicht zu gestatten. Bei Immobilien war jene stets ausgeschlossen, was sich aus dem ihr zu Grunde liegenden Gedanken, nämlich die Erhaltung des Grundbesitzes in den einzelnen Familien³⁶⁾ leicht erklären läßt, und bei Mobilien dann, wenn dieselben nicht leicht in Geld umgewandelt werden konnten.³⁷⁾ Einzelne *Coutumes* jedoch ließen sie sogar in diesem Falle nicht zu, es sei denn, daß ein bestimmter Geldbetrag (*soulte*)

³²⁾ Cassationshof: 21. April 1830 (D. I. 830. I. 269.)

³³⁾ Demolombe l. c. 34. Laurent l. c. 345.

³⁴⁾ Demolombe l. c.

³⁵⁾ Dieser Ansicht huldigte auch: Desjardins in den *revue pratique* Bb. XXX, pg. 524.

³⁶⁾ Montesquieu *esprit des lois* I. V. cap. IX: „*Le retrait lignager rendra aux familles nobles les terres, que la prodigalité d'un parent aura aliénée.*“ Brives-Cazes *revue de legisl.* 1851 pg. 69.

³⁷⁾ Dumoulin in *Cons. Paris.* gl. 5 No. 49. Pothier; *retr.* 80 u. 91.

mit heraus bezahlt wurde.³⁸⁾ Die Praxis gestattet indeß einstimmig den retraits successoral,³⁹⁾ ebensowies den retraits des droits litigieux auch beim Tausche.⁴⁰⁾ — Ob die Uebertragung des Erbrechts eine unentgeltliche sei, ist quaestio facti und existirt darüber eine reiche Casuistik, worauf hier verwiesen wird.⁴¹⁾ — Hat der mit dem Erbrecht Beschenkte dieses verkauft, dann ist ihm gegenüber der Retracts statthaft, was sich aus dem Zwecke des Gesetzes von selbst ergibt.⁴²⁾ — Als oneroser Vertrag und dies bildet für die Ausübung des retraits successoral das Kriterium, muß jedenfalls angesehen werden, wenn als Kaufpreis eine Lebensrente gegeben wird.⁴³⁾ Dies wird dadurch nicht aufgehoben, daß der zum Bezuge derselben Berechtigte vor dem Geltendmachen des Retracts stirbt.⁴⁴⁾ Denn nicht auf Grund einer Schenkung, sondern eines Risicogeschäfts — und ein Geschäft schließt seiner Natur nach das Unentgeltliche aus — ist der Cessionnar berechtigt, bei der Theilung mitzuwirken. Bezüglich der Erblosung war in diesem Punkte die Jurisprudenz schwankend und hat selbst Pothier seine Ansicht hierin geändert.⁴⁵⁾ — Ob das in öffentlicher Versteigerung erworbene Erbrecht dem Retracts

³⁸⁾ Schöffner l. c. pg. 238 Text u. Note 34.

³⁹⁾ Dalloz. l. c. 1914 Demolombe l. c. 101. Laurent l. c. 369.

⁴⁰⁾ Zachariae l. c. Note 76. — Die gemeinrechtliche Praxis in Deutschland schließt die Anwendung der lex Anastasiana im Falle des Tausches aus. Arndts § 259, Windscheid § 333.

⁴¹⁾ Demolombe cit.

⁴²⁾ Demolombe l. c. 96.

⁴³⁾ ibid. 113.

⁴⁴⁾ Dalloz l. c. 1997. Laurent l. c. 383. Demolombe l. c. 114. III., vgl. dort auch den Hinweis auf ein arrêt des Parlaments der Bretagne, welches in diesem Sinne entschied.

⁴⁵⁾ Pothier fiels II. Theil stellt auf, daß in diesem Falle die Ausübung des Retracts deshalb unmöglich geworden sei, weil durch den Tod des Rentenberechtigten die dem Cessionnar obliegende Verpflichtung zur Rentenzahlung wegfallt und jener nicht mehr in der Lage sei, in dessen Obligationsverhältniß einzutreten. Von dieser Meinung kommt er jedoch: Introd. an titre des fiels 246 wieder zurück, indem er den Retracts zuläßt, aber fordert, daß der Retrahent auf Grund einer Abschätzung den Werth bezahle, welchen die Lebensrente damals hatte. — Er sagt nämlich l. c.

unterworfen sei, ist bestritten. Für die Bejahung spricht, daß auch hier ein oneroser Vertrag vorliegt und der Text des Gesetzes nicht unterscheidet.⁴⁶⁾ Für die Verneinung, daß die lex Anastasiana auf derartige Käufe keine Anwendung erleidet.⁴⁷⁾ Allein jener ist seinem Wesen nach ganz etwas Anderes, als diese und erscheint es daher bedenklich gegenüber dem Wortlaute des Gesetzes eine derartige Ausnahme zu machen. Auch kann es, wie vielfach angenommen wird,⁴⁸⁾ keinen Unterschied begründen, daß der Verkauf ein gerichtlicher war. Denn die Uebertragung des Antheils am Nachlasse auf den Erwerber erfolgte wohl durch das Gericht, nicht aber von demselben. Cedent war nicht dieser, sondern der Erbe.⁴⁹⁾ — Ebenso wenig kommt es auf das Motiv der Cession an und ist daher der Retract stets zulässig, wenn das Erbrecht an Zahlungsstatt gegeben wurde, da Art. 1701 C. c. nur eine Ausnahme für den Verkauf streitiger Rechte enthält.⁵⁰⁾ Für die gegentheilige Ansicht beruft man sich auf die Analogie mit der lex Anastasiana, ferner darauf daß der Gläubiger, welcher das Erbrecht an Zahlungsstatt nehme, nicht aus Habgier die Forderung erwerbe und nach Art. 882 C. c. überdies noch bei der Theilung interveniren dürfe.⁵¹⁾ Allein diese Bedenken

„En lui rendant le prix du risque, dont il s'étoit chargé par le contrat, qui consiste dans la somme à la quelle les arbitres estimeront que valoit au temps du contrat la ronte viagère, que l'acheteur s'étoit obligé par ce contrat de payer pendant le temps incertain de la vie du vendeur. vgl. auch Demolombe cit.

⁴⁶⁾ Laurent I. c. 340.

⁴⁷⁾ Im ältern Rechte wurde die lex Anastasiana nicht auf die Verkäufe streitiger Forderungen in öffentlichen Versteigerungen angewendet: „parceque l'adjudicataire ne peut en ce cas être regardé comme odieux acheteur de procès, qui a recherché l'acquisition d'un droit litigieux, ayant été par l'affiche et les proclamations, invité en quelque façon par la justice à l'acquérir.“ Pothier: Vente 596 ff. — Auch die Praxis im Gebiet des gemeinen Rechts in Deutschland wendet bei öffentlichen Versteigerungen die lex Anastasiana nicht an. Windscheid § 333 Text und Note 2.

⁴⁸⁾ Dalloz I. c. 1917. Demolombe I. c. 100.

⁴⁹⁾ Laurent. cit.

⁵⁰⁾ Aubry u. Rau I. c. Text u. Note 20. Demolombe I. c. 90. Laurent I. c. 368.

⁵¹⁾ Demaute III. 171. bis VI.

können, so sehr man auch geneigt sein mag, ihre Berechtigung an sich anzuerkennen, gegenüber den für die Interpretation von Ausnahmen bestehenden Rechtsregeln nicht in Betracht kommen. Wollte man solchen Raum geben, so würden alle positiven Grundsätze für die Gesetzesinterpretation verloren gehen und könnte man leicht dazu gelangen, die Phrase an die Stelle der Rechtswissenschaft zu setzen.

G. Literaturbericht.

Vom Herausgeber.

- I. De l'état actuel des relations internationales avec les États Unis en matière de marques de commerce par M. Edouard Clunet. Paris. Marchal, Billard et Cie, 1880.

Der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Nordamerika hat mit Urtheil vom 18. November 1879 die Bundesgesetze vom 8. Juli 1850 und 14. August 1879 über den Schutz der Geschäftsmarken für Handel und Gewerbe für ungültig erklärt, weil sie verfassungswidrig in das Gesetzgebungsrecht der einzelnen Bundesstaaten eingreifen.

Dadurch entsteht die wichtige Frage, ob die Staatsverträge mit Nordamerika über gegenseitigen Markenschutz hinfällig werden, da sie auf der Unterstellung der Gegenseitigkeit beruhen.

Mit gewohntem Scharfsinne hat der Herr Verfasser, rühmlich bekannt als Redakteur des Journal du droit international privé, hinsichtlich des französischen Staatsvertrages vom 16. April 1869 die Verneinung der obigen Frage gerechtfertigt, wobei derselbe davon ausgeht, daß nach dem Rechte, welches in den einzelnen Bundesstaaten von Nordamerika gilt, auch der Ausländer für seine gehörig deponirte Geschäftsmarke Schutz findet.

Beigegeben sind zustimmende Gutachten anderer Autoritäten und der Wortlaut des Urtheils vom 18. November 1879.

Die Abhandlung ist um so wichtiger, als die gleiche Frage für den deutsch-amerikanischen Staatsvertrag vorliegt und als der

Versuch, die Sache durch eine Aenderung der Nordamerikanischen Bundesverfassung zu regeln, wenigstens zur Zeit mißlungen ist.

II. Das Autorrecht, eine civilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht. Von Professor Dr. J. Kohler in Würzburg.

In Bd. XVIII. der Thering'schen Jahrbücher für Dogmatik befindet sich auf S. 129—478 die obige Monographie unseres ausgezeichneten Herrn Mitarbeiters, auf welche aufmerksam zu machen, wir für unsere angenehme Pflicht erachten.

Die im Patentrechte des Hrn. Verfassers angedeuteten, bahnbrechenden Ideen über das Wesen des Urheberrechts werden hier mit ebensoviel Geist als Umsicht und Belesenheit weiter ausgeführt und, wo nöthig, vertheidigt. Auch der Practiker wird aus dieser ganz vortrefflichen Abhandlung viel Belehrung schöpfen z. B. über den Umfang des Nießbrauchs am Urheberrecht S. 408 flg.

Daß ich gegenüber der Beilage I. S. 443—448 ebenso, wie gegenüber der Abhandlung des Altmeisters Thöl (Theaterproceße, Göttingen 1880) an der Wichtigkeit des Urtheils des vormaligen Reichs-Oberhandelsgerichts im Leipziger Theaterproceße festhalte, kann hier nur angedeutet werden.

III. Das Buchergesetz. Mit Erläuterungen auf Grund der Motive, der Commissionsberichte und der Reichstagsverhandlungen, von Amtsrichter Dr. Karl Reinwald Leipzig. Kofßberg'sche Buchhandlung. 1880. Preis 75 Pfg.

Das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880, betreffend den Wucher, bezieht sich bekanntlich ebensowohl auf die civilrechtliche als auf die strafrechtliche Seite dieses gemeingefährlichen Delicts. So wollen wir auch hier die obige commentirte Ausgabe des Buchergesetzes angelegentlich empfehlen, indem das wohlfeile, mit vielem Verständniß verfaßte Büchelchen insbesondere dem Bedürfniß des Practikers entspricht.

XXI. Dienstbarkeit.

Was gehört zur Erwerbung einer Dienstbarkeit durch Widmung . . . 210

XXII. Reichshauptpflichtgesetz.

Das Recht der freien Beweismüdigung enthält auch die Pflicht einer solchen und deren Verletzung bildet einen Revisionsgrund . . . 215

(XXIII—XXXII mitgetheilt von Herrn Oberlandesgerichtsrath Heinsheimer in Karlsruhe.)

XXIII. Ehemännliche Ermächtigung zu einem Vertragsabschlusse.

Dieselbe kann nachträglich, auch nur mündlich, erfolgen . . . 219

XXIV. Proceßkostenvoranschuß im Ehescheidungsproceße.

Die auf Ehescheidung klagende oder beklagte Ehefrau kann von dem Ehemann einen Voranschuß zur Bestreitung der Proceßkosten verlangen . . . 221

XXV. Theilungsklage.

Die Zuweisung bestimmter Stücke an Stelle der Verloofung kann nicht erzwungen werden. — Unausschließlichkeit des Miteigenthums . . . 224

XXVI. Unvereinbarkeit zweier Testamente.

Dieselbe kann sich ebenso aus der faktischen Unmöglichkeit, wie aus der erkennbaren Absicht des Testators ergeben . . . 226

XXVII. Ungültigkeit der Darlehensaufnahmen Minderjähriger.

Nach dem badischen Landrechtssatze 1124b findet die Umstoßung schon wegen der Minderjährigkeit statt . . . 228

XXVIII. Entschädigungsanspruch.

In der Unterlassung einer Warnung liegt jedenfalls dann kein vernünftliches Verschulden, wenn der nachher Berunglückte jede gebotene Vorsicht außer Acht ließ . . . 229

XXIX. Unterschied zwischen Verweisung und Rechtsabtretung.

Die Rechtsabtretung bewirkt eine Rechtswandlung . . . 230

XXX. Verpfändungsvertrag.

Die Kenntniß des Pfändgebers, daß der Pfändnehmer nur noch kurze Zeit zu leben hat, macht den Vertrag nichtig, weil kein durch die Natur des Pfändungsvertrags gebotenes Wagniß mehr vorliegt. L.N.S. 1975 findet auf den Verpfändungsvertrag analoge Anwendung . . . 232

XXXI. Pfandstrich.

Das Begehren nach Pfandstrich setzt auch die Befriedigung des etwa vorhandener Bürgen mit seinen Ersatzansprüchen voraus . . . 234

C. Rheinpreussische Jurisprudenz.

(Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Vreidhardt zu Aachen.)

III. Schenkung. — Revocation. — Inverzugsetzung.

Bedarf es zur Anstellung der Klage auf Revocation einer Schenkung wegen Nichterfüllung der Bedingungen einer vorherigen Inverzugsetzung? . . . 236

IV. Schenkungen unter Ehegatten. — Schenkung der Eltern

an Kinder. — Biens à venir. — Widerruf . . . 237

VI. Verjährung der Civilklage aus einer strafbaren Handlung . . . 241

VI. Mur mitoyen. — Gebrauchsrecht der condomini.

Darf der Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer solche zur Einlegung von Maschinentheilen seiner Fabrik benutzen? § 662 Cod. civ. . . 242

VII. Theilung von Erbschaftszforderungen. — Garantiepflicht der Miterben	243
VIII. Privilegium der Bergarbeiter. — Berechnung des letzten Jahres	244
IX. Eheschließung. Mangel der elterlichen Einwilligung. Wichtigkeit. Ausland.	246
X. Zurückgabe des Original-Schuldtitels unter Privatunterschrift an den Schuldner. Vermuthung. Art. 1282 Cod. civ.	249
XI. Ueber den Sinn des Art. 1730 Code civil.	250
XII. Eisenbahn. Schadenserjappflicht. Tunnelbau. Wasserlauf	253

D. Rheinpfälzische Jurisprudenz.

(Mitgetheilt von Herrn Landgerichts-Präsidenten *Uebel* zu Frankenthal).

V Ueber Substitutionen.	255
-------------------------	-----

E. Rheinhessische Jurisprudenz.

VIII. Staatsverträge. — Ortoi. — Oertlicher Verbrauch und Verbrauch zu industriellen Zwecken. — Zollvereinsvertrag 1867. — Oertlicher Transit.	
Nr. VIII., IX. Mitgetheilt von Herrn Oberlandesgerichtsrath Dr. Creizenach in Darmstadt	281
IX. Gemeinschaftliche Ausstattung der Kinder Seitens der Eltern. — Rechtsirrhum im Vergleich	289

F. Abhandlungen.

VI. Das Resolutionsrecht der Verkäufer von Liegenschaften und § 22 der deutschen Konkursordnung. (Von Herrn D. L. G. Senatpräsident <i>Petersen</i> in Colmar.)	293
VII. Worin besteht der Schaden, für welchen im Fall des U.R.S. 1381a b der Empfehler, im Fall des U.R.S. 2127a und in demjenigen des U.R.S. 2198 das Pfandgerichtsmitglied verantwortlich ist? (Von Herrn Landgerichtsrath <i>Waag</i> in Konstanz.)	311
VIII. Ueber den retrait successoral. Art. 841. C. c. (Von Herrn Dr. <i>Alfred von Weirich</i> , Rechtsanwalt in Mülhausen in G.)	330

G. Literaturbericht.

Vom Herausgeber.	351
------------------	-----