Civilrechtliche Entscheidungen

der

Riga'schen Stadtgerichte,

zusammengestellt und herausgegeben

von

Victor Zwingmann.

LATVIJAS ... BIBLIOTEKA

Siebenter Band.

Riga.
Verlag von N. Kymmel
1885.

Дозволено цензурою. — Рига, 18-го Мая 1885 года.

Buch- und Steindruckerei von Gottl. D. Meyer, Libau.

Inhalts-Verzeichniß.

I. Familienrecht.

Seite

1231. a. Die im Art. 38 des Privatrechts gegebene Formvorschrift für die Wirksamkeit von Eheverträgen bezieht sich nicht auf Verträge über einzelne bewegliche Sachen.
b. Unter den Punkt 2 des Art. 27 a. a. O. fallen auch Zuwendungen seitens des Ehemannes 1

1232. Erforderniß der Publication eines Vertrages, durch welchen ein der Ehefrau zugefallener Nachlaß ihr Sondergut werden, also aus der Gütergemeinschaft ausscheiden soll 7

1233. Unter welchen Voraussetzungen kann die von dem Ehemanne getrennt lebende Ehefrau die Zahlung von Alimentationsgeldern verlangen? 9

1234. Die Eintragung einer Ehe zwischen Sectirern (Raskolniken) in die Standesregister kann von den Betheiligten nicht im Rechtswege erzwungen werden 13

1235. Zu dem Sondergute der Ehefrau gehören die von ihr in die Ehe gebrachten, für ihre Person bestimmten Kleidungsstücke u. Leibwäsche 14

1236. Einfluß der Concurseröffnung auf die Alimentationspflicht des Mannes gegenüber der Frau 14

1237. Actio de in rem verso gegen die Frau wegen einer von dem Manne contrahirten Schuld, bei bestehender Gütertrennung 15

1238. Verbindlichkeit des Mannes zur Alimentation der Frau während des Ehescheidungsprocesses. Feststellung des Alimentenbetrages 17

1239. Thatsächliche Begründung des Anspruches der geschiedenen Ehefrau auf Herausgabe eines bestimmten Vermögensbetrages . 19

1240. Begründung des von dem geschiedenen Ehemanne erhobenen Anspruches auf Ersatz der auf die Immobilien der geschiedenen Frau während der Ehe von ihm gemachten Verwendungen . 20

1241. Dem geschiedenen Manne kann wegen der unterlassenen Auskehrung oder Sicherstellung des Vermögens der geschiedenen Frau die Eingehung einer neuen Ehe nicht versagt werden . . 23

1242. Die exceptio plurium constupratorum 24

1243. Der uneheliche Vater kann die Klage der Mutter auf Herausgabe des Kindes nicht durch die Einrede abwehren, daß das Kind bei der Mutter schlecht aufgehoben sei, solange der letzteren nicht dieserhalb die elterliche Gewalt von dem zuständigen Waisengerichte abgesprochen ist 25

1244. Ungiltigkeit der von der unehelichen Mutter dem unehelichen Vater gemachten Zusage, auf ihre elterlichen Rechte gegenüber dem Kinde zu verzichten 27

1245. Vergleich zwischen der Mutter und dem Vater des unehelichen Kindes über dessen Alimentirung 28

1246. Ersatzanspruch gegen die Eltern wegen des für das Hauskind von einem Dritten gemachten Aufwandes 30

Seite.

1247. Der Vater, welcher die Aufnahme der Mutter bei sich verweigert, darf die Alimentation der noch der mütterlichen Pflege bedürftigen Kinder nicht davon abhängig machen, daß dieselben sich von der Mutter trennen und zu ihm zurückkehren . . . 31

1248. Erziehung der Kinder im Falle der Ehescheidung, wenn derjenige Theil der Eltern, dem das Consistorium die Kinder übergeben hat, zugleich für den schuldigen Theil erklärt ist . . 34

1249. Verpflichtung des geschiedenen Ehemannes zur Alimentation der Kinder 36

1250. a. Ist die geschiedene Frau berufen, als Vormünderin des aus der Ehe entsprossenen Kindes letzteres bei der Erhebung vermögensrechtlicher Ansprüche an den Vater bzw. geschiedenen Ehemann zu vertreten?
b. Haben die Kinder aus einer durch Scheidung aufgelösten Ehe bei der Wiederverheirathung des Vaters das Recht auf Abtheilung bzw. Einkindschaft zu bringen? 37

1251. Voraussetzungen der Aufhebung der der unehelichen Mutter zustehenden mütterlichen Gewalt 42

1252. Verwaltungsrecht des großjährigen Kindes in Betreff seines Sondergutes 44

II. Sachenrecht.

1253. Inwieweit sind die Röhren und Lampen einer Gasleitung Pertinenz des Hauses 45

1254. Ueber den Begriff der Gewalt bei der Spolienklage . . 47

1255. Ueber die Voraussetzungen der Spolienklage, insbesondere
a) Beschränkung der Spolienklage auf Immobilien.
b) Begriff der gegen die Person verübten Gewaltthat . . 47

1256. Ist die Spolienklage statthaft, wenn die Besitzentsetzung unter Hinzuziehung bzw. unter Mitwirkung eines Polizeibeamten erfolgt ist? 54

1257. Wie ist der Finderlohn bei Wechseln und namentlich bei Blancowechseln zu berechnen? 55

1258. a. Eigenthum an einer von einer Privatperson in dem öffentlichen Straßenkörper angelegten Wasserleitung.
b. Welche privatrechtliche Wirkung hat die von einem Unterorgane der städtischen Communalverwaltung übernommene Verpflichtung, wenn der bezügliche Beschluß von dem übergeordneten Verwaltungsorgane (Stadtamt oder Stadtverordnetenversammlung) aufgehoben wird? 57

1259. Wenn nach dem Verkaufe, aber vor dessen Eintragung in die Grundbücher, wegen einer Forderung an den Verkäufer ein Verbot auf das verkaufte Immobil eingetragen ist, so ist dasselbe auch gegenüber dem Käufer wirksam 71

1260. Mündlich abgeschlossener Kauf eines dem Verkäufer nicht gehörenden Immobils als Ersitzungstitel 74

1261. Eigenthumsklage. Berufung des Beklagten darauf, daß Kläger die Sache verkauft und der Käufer sie dem Beklagten vermiethet habe 75

1262. Berufung des mit der Vindication Belangten auf den Art. 923 des Privatrechts. Voraussetzungen des „redlichen Besitzes“ . 77

1263. Ueber die Vereinigung des Art. 923 des Prov.-Rechts Thl. III mit dem Art. 1664 des Strafgesetzbuches 79

1264. Theilungsklage eines Miteigenthümers gerichtet auf Realtheilung der Mietheinkünfte des gemeinsamen Immobils . 80

Seite

1265. Sachlegitimation bei der actio finium regundorum . . 82
1266. Zur Anwendung des Art. 992 des Privatrechts . . . 82
12 7. Ueber die Beschaffenheit von Grenzzäunen 83
1268. Ueber den Umfang der gestatteten Benutzung des sog. Leinpfades 84
1269. Unter welchen Voraussetzungen erlischt das Pfandrecht an einer Sachengesammtheit durch deren Veräußerung seitens des Pfandschuldners? 85
1270. Die Pfandbestellung erfordert keine ausdrückliche Willenserklärung 88
1271. Erfordernisse des guten Glaubens beim Erwerbe des Pfandrechts an einem nicht auf den Namen des Verpfänders lautenden Rectapapier. Berufung des Pfandnehmers auf Unkenntniß des Lesens 89
1272. Voraussetzungen, Wirkung und Umfang des Pfandrechtes des Vermiethers an den Invecten und Illaten 90
1273. Das Pfandrecht des Vermiethers ist kein Faustpfand . . 93
1274. Kann der Vermiether das ihm nach Art. 1404 des Prov.-Rechts Thl. III zustehende gesetzliche Pfandrecht an denjenigen Invecten und Illaten des Miethers ausüben, welche zwar in dem Miethlocal noch vorhanden, aber von dem Miether an dritte Personen veräußert sind? 94
1275. Fortbestand der Pfandrechte bei der Schuldübernahme bzw. bei der Novation 99
1276. Uebergang der ingrossirten Hypotheken auf die Versicherungssumme. Bedeutung der Statuten der Versicherungsgesellschaft bzw. einer entgegenstehenden Abmachung zwischen letzterer und einem Gläubiger 105
1277. Hat der Gläubiger Anspruch auf Befriedigung der noch nicht fälligen Forderung aus der Versicherungssumme, wenn das als Hypothek bestellte Haus abgebrannt ist? 107
1278. Ueber die Voraussetzungen der Pfandklage gegen den Schuldner, insbesondere das Erforderniß der Anzeige des beabsichtigten Pfandverkaufes 110
1279. a. Bedarf es zur Anstellung der Pfandklage der vorgängigen Verurtheilung des Schuldners in die Pfandschuld?
b. exceptio excussionis personalis bei der Pfandklage . . 111
1280. Befugniß des vorgehenden Pfandgläubigers, den Verkauf der verpfändeten Sache zu hindern 114
1281. Ist zur Begründung eines Faustpfandes die symbolische Tradition der Sache durch Uebergabe der Besitzdocumente ꝛc. genügend? 116
1282. a. Oeffentliche Hypotheken hat das Gericht auch dann von Amtswegen zu berücksichtigen, wenn andere Gläubiger Befriedigung nicht aus dem Erlöse des Immobils, sondern aus der Versicherungssumme für dasselbe suchen.
b. Durch das Abbrennen eines Gebäudes und dessen Wiederaufbau wird an dem Stande der auf das Immobil bereits eingetragenen Hypotheken nichts geändert 118
1283. Ueber das Privilegium des Pfandrechts wegen in rem versio an Mobilien 121
1284. a. Beweislast bezüglich der Altersprioritat bei der Collision von Hypotheken.
b. Das nicht beglaubigte Datum einer Pfandverschreibung hat gegen Dritte keine Beweiskraft 125

Seite

1285. Das bewahrte Näherrecht fällt weg, wenn vor seiner thatsächlichen Ausübung der Verkauf rückgängig gemacht ist . . 127
1286. Das Näherrecht des Miteigenthümers findet einem anderen Miteigenthümer gegenüber nicht statt 129

III. Erbrecht.

1287. Legitimation der beerbten Wittwe zur Vertretung des in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögens in Rechtsstreitigkeiten mit dritten Personen 130
1288. a. Die Ehefrau kann nach livländischem Stadtrecht über das in der Gütergemeinschaft befindliche Vermögen überhaupt nicht und über ihr Sondergut nur mit Zuziehung des Ehemannes letztwillig verfügen.
b. Die Ehefrau kann Vormünder für ihre Kinder regelmäßig erst für den Fall des Todes des Mannes ernennen . . 133
1289. Ueber das im Art. 2703 des Privatrechts erwähnte Näherrecht 135
1290. Ueber die Anfechtbarkeit gerichtlich vollzogener Erbtheilungen 139
1291. Anfechtung eines gerichtlichen Testaments wegen Geisteskrankheit. Umfang der Beweispflicht des Klägers . . . 143

IV. Obligationenrecht.

1292. Das Schweigen gilt auch gegenüber der durch den öffentlichen Notar verlautbarten Aufforderung nicht als Einwilligung . 144
1293. Anfechtung eines Kaufes wegen Irrthum über die Person des Verkäufers 145
1294. Aus einem schriftlich aber formlos geschlossenen Kaufvertrage über Immobilien kann auch vom Verkäufer nicht auf Erfüllung geklagt werden 147
1295. Zur Klage auf förmliche Vollziehung eines mündlichen Kaufvertrages bedarf es der Vorlage eines Contractentwurfes . 149
1296. Einrede des nichterfüllten Vertrages gegenüber der Klage auf förmliche Vollziehung des Kaufcontracts 150
1297. Bedeutung mündlicher Abreden neben der Vertragsurkunde . 153
1298. Begründung der Klage aus dem mündlichen Anerkennungsvertrage 155
1299. Klage aus einem schriftlichen Zahlungsversprechen ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes. 156
1300. Ueber die Klagbarkeit eines Schuldscheines, welcher weder die Angabe des Schuldgrundes, noch ein Zahlungsversprechen enthält 158
1301. Behauptung des Beklagten, als offener Stellvertreter eines Dritten contrahirt zu haben. Voraussetzungen der Kenntniß des Klägers von der Stellvertretereigenschaft. . . . 166
1302. Beweislast bezüglich der Stellvertretereigenschaft des Beklagten, wenn die Factura auf den Namen des angeblichen Principals vom Kläger ausgefertigt ist 168
1303. Ueber die Zulässigkeit der Mortification von Zinscoupons bzw. Talons 169
1304 Beweislast bei der Suspensivbedingung 173
1305. Klagebegründung und Beweislast bei der Klage auf Schadensersatz wegen nicht erfüllten Vertrages 173
1306. Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Executivprocesse . 175
1307. Der beklagte Besteller darf wegen mangelhafter Erfüllung des Verdingungsvertrages durch den Kläger nicht alle Gegenleistung verweigern, sondern nur verhältnißmäßige Minderung seiner Gegenleistung beanspruchen 177

Seite.

1308. Beweislast über den Umfang der dem Kläger obliegenden Leistung bei der Einrede des nichterfüllten Vertrages . . . 178
1309. Die Streitverkündung seitens des Evictionsbeklagten braucht nicht gerichtlich zu erfolgen 179
1310. Ist ein Vertrag wegen Unsittlichkeit wirkungslos, durch welchen jemand einen Andern von dem Abschlusse eines Kaufes mit einem Dritten durch Zusicherung von Vermögensvortheilen abhält? 179
1311. Was gehört zu der die Rüge des Käufers ausschließenden Kenntniß des Mangels? 182
1312. Bedeutung der vom Verkäufer bezüglich der Sache für eine bestimmte Zeit geleisteten Garantie 183
1313. Rehibition eines Theiles der Waare 183
1314. Zur Auslegung des Art. 3252 des Privatrechts. Bedeutung der allegirten Quellen gegenüber dem Texte des Gesetzes . . 184
1315. Anspruch des Verkäufers auf die Früchte des verkauften Thieres bei Wandelung des Kaufes 186
1316. a. Wieweit ist der Käufer mit der Wandelungsklage von dem Verkäufer Schadenersatz zu fordern befugt?
b Gehören zu dem von dem Verkäufer zu ersetzenden „nützlichen Aufwande" auch die Versicherungskosten? 187
1317. Rechtliche Natur des Preisminderungsanspruches . . . 188
1318. Schadenersatzanspruch der Frau wegen Pfändung ihres Sondergutes für Schulden des Mannes 189
1319. Haftung des Executionsimpetranten gegenüber dem mit dem Interventionsantrage durchgedrungenen Eigenthümer der gepfändeten Sache 190
1320. Zur Anwendung des Art. 3292 des Provinzialrechts Thl. III, betreffend den Verzicht auf Ansprüche aus dem dolus . . 191
1321. Begründung des Anspruchs auf das Capital wegen unterlassener Zinszahlung, wenn die Obligation in blanco cedirt ist. Bedeutung der Deposition der Schuldsumme 192
1322. Haftung des im Verzuge befindlichen Verkäufers für den zufälligen Untergang der Sache 194
1323. Solidarische Verpflichtung der mehreren Contrahenten bei einem gegenseitigen Vertrage ohne solidarische Berechtigung derselben 195
1324. Bedeutung des Handgeldes für die Perfection des Vertrages. 197
1325. a. Was gehört zur Begründung der Klage auf Erstattung des doppelten Handgeldes gemäß Art. 3366 des Privatrechts?
b. Zur Anwendung des Art. 3365 a. a. O. 198
1326. Conventionalpön zur Bestärkung einer Verlöbnisses . . 201
1327. a. Inwiefern wird der Schuldner durch unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung auch von der Entrichtung der Conventionalpön befreit?
b. Gehört Insolvenz zu den Fällen unverschuldeter Unmöglichkeit? 202
1328. Das Retentionsrecht erlischt, sobald der Anspruch, wegen dessen es ausgeübt wird, anderweitig ausreichend sichergestellt ist . 209
1329. Replik der Arglist gegenüber der Einrede des Retentionsrechts . 210
1330. Der Retentionsberechtigte hat wegen der durch die Retention entstehenden Kosten regelmäßig keinen Ersatzanspruch . . . 215
1331. Ueber die Wirkung des Retentionsrechts im Concurse. Befriedigung des Commissionärs aus dem Commissionsgute im Concurse des Committenten 215

Seite

1332. Retentionsrecht im Concurse wegen Forderungen an den Cridar, die zur Concursmasse nicht angemeldet sind . . . 219
1333. a. Verschiedenheit der Proceßzinsen von Verzugszinsen.
b. Prozeßzinsen können bis zum Schlusse des Processes noch nachgefordert werden 221
1334. Begründung der Schadensersatzklage wegen Sachbeschädigung hinsichtlich des Verschuldens Haftung für fremde culpa . . 228
1335. Haftung des Gewerbeunternehmers für den von seinem Dienstpersonale dritten Personen zugefügten Schaden . . 231
1336. Aufhebung eines Vertrages wegen Betruges. Begriff des negativen Vertragsinteresse 233
1337. Ueber die Voraussetzungen des Schätzungseides . . . 235
1338. a. Juristische Natur der Rectapapiere und der Cession solcher.
b. Wirkung der Cession von Rectapapieren, wenn die den Cedenten legitimirende vorausgehende Cession gefälscht ist.
c. Beweislast hinsichtlich der Fälschung des Cessionsvermerks im Processe zwischen dem Cedenten und Cessionar. Einfluß eines ergangenen Mortificationsproclams, bzw. der unterlassenen Streitverkündigung.
d. Rechtliche Bedeutung der Eintragung einer Cession von Rectapapieren in die Bücher der dieselben ausgebenden Bank, Communalkasse ꝛc. 237
1339. Die Cession einer verbrieften Forderung ist deswegen, weil sie auf der Schuldurkunde nicht verzeichnet ist, nicht unwirksam. 251
1340. Hingabe einer Pfandverschreibung des Schuldners mit einer Blancocession an den Gläubiger behufs Sicherung einer diesem zustehenden Wechselforderung 253
1341. Zur Anwendung des Art. 3474 des Prov.-Rechts Thl. III . 254
1342. Collision zwischen dem Arrestimpetranten und dem Cessionar. Rechtliche Stellung des Waisengerichts zu dem in seinem Verwahr befindlichen Nachlaßvermögen 255
1343. Ueber den Erfüllungsort bei zweiseitigen Verträgen . . 256
1344. a. Zahlung an eine andere Person als den rechtmäßigen Gläubiger tilgt die Schuld auch dann nicht, wenn der Schuldner Veranlassung zu dem Glauben hatte, daß der Zahlungsempfänger der Gläubiger sei.
b. Causalnexus bei dem Schadensersatzanspruche . . . 258
1345. Ueber die Begründung der Stundungseinrede 262
1346. Zur Auslegung des Art 3526 des Provinzialrechts Thl III. Der von einem Cridar während des Concurses gemachte Erwerb kann nicht ohne weiteres zu der Concursmasse gezogen werden. 263
1347. Die Rechtswohlthat der Competenz auf Grund des Art. 3526 Pkt. 8 des Privatrechts steht dem Schuldner nur gegenüber solchen Forderungen zu, die schon vor der Concurseröffnung entstanden sind 266
1348. Nachforderungsklage gegen den ehemaligen Cridar. Geltendmachung der Competenzeinrede. Beweislast in Betreff der Vermögensverbesserung 266
1349. Der Schuldner ist nicht berechtigt, von dem Gläubiger bei der Zahlung die Blancocession der Urkunde zu verlangen . 271
1350. Zur Anwendung des Art. 3536 des Prov.-Rechts Thl III . 275
1351. Beweislast, wenn die Rückgabe des Schuldscheines an den Schuldner feststeht, dieser aber behauptet, daß sie nicht wegen Tilgung der Schuld, sondern aus einem anderen Grunde erfolgt sei 276

Seite.

1352. Die Bezahlung der Schuld begründet keine Rechtsvermuthung für die Rückgabe des Schuldscheins seitens des Gläubigers an den Schuldner 276
1353. Beweislast bezüglich der geleisteten Zahlung, wenn mehrere Forderungen des Klägers an den Beklagten behauptet sind . 277
1354. Liquidität ist Voraussetzung der Compensation auch bei Gegenforderungen aus demselben Vertrage 279
1355. Durch Hingabe und Annahme eines Wechsels in Zahlung wird die Forderung des Gläubigers ohne besondere Uebereinkunft nicht getilgt 279
1356. In Betreff der processualischen Behandlung der von dem Beklagten einseitig verlautbarten, vom Kläger aber geleugneten Behauptung des Vergleiches über den schwebenden Proceß . 280
1357. Die Verjährung ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen . 281
1358. Zur Lehre von der Klagenverjährung. Was gehört zur Nativität der Vertragsklage auf Schadensersatz? 281
1359. Querela non num. pec. gegenüber einer Darlehensurkunde, in welcher der Empfang des Darlehens „vor einigen Tagen" bescheinigt ist 287
1360. Unstatthaftigkeit der exceptio non num. pec. gegenüber ingrossirten Darlehensurkunden 288
1361. Anfechtung einer Zahlung wegen stattgehabten Irrthums bei der Preisberechnung 289
1362. Rückforderung der für einen Dritten an den Gläubiger geleisteten, von letzterem aber angeblich auf die Schuld des Dritten nicht abgerechneten Zahlung 291
1363. Ueber die Verschiebung der Beweislast bei der condictio indebiti im Falle des Art. 3701, Pkt. 1 des Prov.-Rechts Thl. III . 292
1364. Condictio ob turpem causam wegen Entgegennahme einer Geldzahlung für das Ausgeben eines Protestes gegen die Anlage einer Fabrik 293
1365. Ueber die Anwendungsfälle der condictio sine causa . . 295
1366. Rückforderung eines Wechsels wegen mangelnden Verpflichtungsgrundes. Beweislast darüber, daß keine Valuta gezahlt sei . 295
1367. Ueber die Haftung der Erben des Commodatars für die Rückgabe der geliehenen Sache 297
1368. Erfüllungsort bei dem Commodat 298
1369. Klage auf Corroboration eines Kaufvertrages über ein Immobil, an welchem das Eigenthum grundbuchmäßig nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten zusteht 299
1370. a. Anfechtung des Auftrages eines Immobils wegen falscher Angabe des Erwerbsgrundes.
b. Berufung auf das Vorzugsrecht zum Besitze aus dem Art. 3878 Anmkg, wenn gegen den Auftrag protestirt ist . 301
1371. Doppelseitiger Kauf im Gegensatze zum Tausch. Beweislast. Tauschvertrag über Immobilien 304
1372. Im Falle der Einlösung des Immobils durch den Schuldner gemäß Art. 3965 des Prov.-Rechts Thl. III werden die auf das Immobil eingetragenen Hypotheken in Folge der Zwangsversteigerung nicht aufgehoben 306
1373. Rechtliche Natur (bzw. Folgen der unterlassenen Kündigung) der Vermiethung einer Wohnung nebst Bedienung und Beköstigung 310
1374. a. Ersatzanspruch des Miethers gegen den Vermiether wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen.

Seite.

b. In dem Verzicht auf das jus tollendi liegt auch ein stillschweigender Verzicht auf den Ersatzanspruch 311

1375. Klage des Vermiethers gegen den vertragsbrüchigen Miether auf den Miethzins; Einwand des letzteren, daß Kläger die Miethsache selbst benutzt habe 316

1376. Ueber das Retentionsrecht des Miethers wegen der auf die Miethsache gemachten Verwendungen 318

1377. Beweislast hinsichtlich der Dauer eines Miethvertrages . . 319

1378. Stillschweigende Kündigung des Miethers durch Verlassen des Miethlocales 319

1379. Wie lange kann der säumige Pächter den Verzug purgiren, insbesondere bei der Verpachtung öffentlicher Gefälle? . . 323

1380. Befugniß des Vermiethers zur Verdrängung des Miethers wegen unvorhergesehener Nothwendigkeit des eigenen Gebrauches der Sache 326

1381. Ist der Miether zum einseitigen Rücktritt vom Miethvertrage berechtigt, weil der Vermiether im selben Hause öffentliche Dirnen beherbergt? 328

1382. Zur Anwendung des Art. 4122 des Prov.-Rechts Thl. III . 330

1383. Befugniß des Miethers, wegen eines vom Vermiether vorgenommenen Baues, durch welchen die Nutzung des Miethlocales beeinträchtigt wird, Schadenersatz zu fordern bzw. vom Vertrage abzugehen 331

1384. Zur Anwendung des Art. 4124 des Prov.-Rechts Thl. III . 334

1385. Begründung der Klage des vorzeitig verdrängten Miethers eines Badenlocals gegen den Vermiether auf Ersatz des entgangenen Gewinnes 336

1386. Zur Auslegung des Art. 4130 des Prov.-Rechts Thl. III . 337

1387. Rechtsfolgen einer unrechtfertigen Kündigung beim Pacht- oder Miethvertrage, bzw. beim Dienst- und Gesindevertrage. Sach- oder Dienstmiethe? 338

1388. a. Kann der angeblich ohne rechtlichen Grund entlassene Dienstverpflichtete von dem Dienstberechtigten die Fortsetzung des Dienstverhältnisses, oder nur Schadenersatz wegen vorzeitiger Entlassung fordern?

b. Kann das Retentionsrecht durch Cautionsleistung beseitigt werden? 340

1389. Dienstvertrag. Haftung des Dienstherrn für die vom Dienstverpflichteten durch ein ihm zur Hütung anvertrautes Thier zugefügte Beschädigung 342

1390. Die sechsmonatliche Kündigungsfrist besteht im Verhältnisse zwischen dem Handlungspersonal und dem Principal nur für solche Personen, die im ausschließlichen Dienste desselben stehen. 343

1391. a. Endigung des auf eine bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstvertrages.

b. Beweislast darüber, ob ein Dienstvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen sei 346

1392. Rücktrittsrecht des Dienstherrn vom Dienstvertrage . . 354

1393. Einseitiger Rücktritt vom Dienstvertrage durch concludente Handlungen 355

1394. Zur rechtsgiltigen Entlassung des Dienstpflichtigen genügt das Vorhandensein eines Entlassungsgrundes, auch wenn derselbe dem Dienstherrn damals noch nicht bekannt war . . 357

1395. Haftung des Gewerbeunternehmers für die durch Handlungen oder Unterlassungen seiner Vertreter bzw. Betriebsbeamten verursachte Beschädigung der Arbeiter 357

Seite.

1396. Klage eines Beamten der Dünaburg-Witebsker Eisenbahn gegen die Direction auf Ertheilung eines Attestates über tadellose Führung, wie es nach §§ 16 und 17 der Statuten der vereinigten Pensions- und Unterstützungskasse zur Erhebung der Pension gefordert wird 362

1397. Rechtliche Natur des Lehrvertrages zwischen einer Schneiderin und ihren Lehrlingen 364

1398. a. Ueber den Umfang der von einem Dienstmädchen zu leistenden Dienste.
b. Schadenersatzanspruch der Herrschaft wegen Vertragsbruches des Dienstboten 365

1399. Juristische Natur des Vertrages zwischen einem Buchhändler und einem Lithographen über die mechanische Vervielfältigung eines literarischen Erzeugnisses. Dispositionsrecht über die hergestellten Exemplare 367

1400. Ueber die Fälligkeit des Werklohnes 369

1401. Streit über die Angemessenheit des Preises von Handwerksarbeiten. Unterschied zwischen arbitri und arbitratores . . 370

1402. Verdingungsvertrag. Klage des Unternehmers auf Bezahlung eines angemessenen Preises für bestimmte Arbeiten. Einwand des Bestellers, es sei ein niedrigerer Preis vereinbart, bzw. die von ihm verlangten Arbeiten seien zur Herstellung des vertragsmäßigen Werkes an sich nothwendig gewesen 373

1403. Ueber das Tragen der Gefahr beim Verdingungsvertrage . 375

1404. Was gehört zur Begründung der Klage auf den vollen Werklohn im Falle des Art. 4247 des Prov.-Rechts Thl. III? . 377

1405. Rechtsverhältniß des Destinatärs zu dem Frachtführer, insbesondere bei erfolgter Contreordre des Absenders. Bedeutung des Ladescheins oder der Transportquittung 378

1406. Der Adressat wird durch vorbehaltlose Annahme des mit einer Nachnahme belasteten Frachtgutes verpflichtet, dem Frachtführer bzw. Spediteur den Nachnahmebetrag zu bezahlen . . 383

1407. Frachtvertrag der Eisenbahnen. Zustellung des Eilgutes an den Adressaten durch den Rollfuhrmann. Bedeutung der „Versicherung" des Frachtgutes 385

1408. Haftung der Eisenbahnen für den Verlust unversicherter Güter. Vertragsmäßige Beschränkung der Haft für einen durch dolus oder culpa des Hilfspersonals geursachten Schaden . . 388

1409. Bis zu welchem Moment dauert die Haftung der Eisenbahnverwaltung für Beschädigung des Frachtgutes speciell nach § 134 des Transportreglements der Riga-Dünaburger Eisenbahn . 392

1410. Klage eines Gesellschafters aus dem von allen Gesellschaftern geschlossenen Vertrage auf das Ganze 395

1411. Privatrechtliches Verhältniß der Mitglieder des Rigaschen Zollartells zu letzterem bzw. zum Zollchef 397

1412. Ueber die Berechtigung der Glieder eines Vereins, gegen Beschlüsse des Vorstandes oder der Generalversammlung Klage bei Gericht zu führen 397

1413. Rückforderung eines über eine Spielschuld ausgestellten Wechsels 406

1414. Ungiltigkeit eines Spielvertrages wegen übermäßigen Einsatzes. 408

1415 Klage aus einer Wette. Erforderniß der Ernstlichkeit. Uebermäßige Wettsumme 410

1416. Inwiefern kann der Versicherte den Einwand der Versicherungsgesellschaft, daß er die statutenmäßige schriftliche Anzeige von

Seite.

Veränderungen an der versicherten Sache unterlassen habe, durch Berufung darauf zu rückschlagen, die Gesellschaft habe von der anzuzeigenden Thatsache bereits Kenntniß erlangt? . . 415

1417. a. Cession der Forderung aus dem Versicherungsvertrage.
b. Auslegung des § 59 der Statuten der St. Petersburger Versicherungsgesellschaft 418

1418. Die statutenmäßige Frist, binnen welcher der Versicherte über einen Brandschaden der Versicherungsgesellschaft Anzeige zu machen hat, läuft vom Tage des Brandes. Entschuldbare Unkenntniß des Brandes ist jedoch dem Versicherten unschädlich . 420

1419. Dem Versicherten, welcher von dem Criminalgericht der Brandstiftung für verdächtig erklärt bzw. dieserhalb von der Instanz absolvirt ist, darf die Auszahlung der Versicherungssumme vorenthalten werden 422

1420. Rechtsfolgen der von dem Bevollmächtigten in eigenem Namen vorgenommen widerrechtlichen Veräußerung dem Vollmachtgeber gehöriger Waaren. Verhältniß des Mandanten zu Dritten. „Hand muß Hand wahren" 427

1421. Einseitige Kündigung des Mandats durch den Mandatar . 430

1422. Die Vollmacht erlischt nicht durch eintretende Geisteskrankheit des Vollmachtgebers 430

1423. Ersatzanspruch desjenigen, der eine fremde Schuld bezahlte, gegen den Schuldner 432

1424. Wesen der Verpflichtung zur Rechnungslegung und Verfahren bei derselben 433

1425. Anfechtung eines Kaufes mit dem Paulianischen Rechtsmittel. 436

1426. Die Anfechtung eines Kaufes durch das Paulianische Rechtsmittel ist deswegen noch nicht ausgeschlossen, weil der Käufer den Kaufpreis voll bezahlt hat 438

1427. Beweis der Zahlungsunfähigkeit 438

1428. Rückforderung einer seitens des insolventen Schuldners geleisteten Zahlung mittelst der Paulianischen Klage . . . 439

1429. Darf der Gläubiger vom zahlungsunfähigen Schuldner Sicherung seiner nicht fälligen Forderung durch Bestellung eines Pfandrechts fordern, bzw. unterliegt das solchenfalls bestellte Pfandrecht der Anfechtung mit der Paulianischen Klage? . 442

V. Processualische Fragen.

1430. Der Beklagte, welcher zur Einlösung und Auslieferung eines Wechsels an den Kläger verurtheilt wird, kann zugleich für den Fall der Unterlassung angewiesen werden, dem Kläger den Betrag des Wechsels zu bezahlen 444

1431. Klage eines Eisenbahnbeamten auf Ertheilung des zur Erlangung einer Pension aus der Pensionskasse erforderlichen Attestates. Verwarnung für den Fall, daß die beklagte Direction das Urtheil nicht erfüllen sollte 446

1432. Ueber die Rechtskraft der Entscheidungsgründe 447

1433. Wieweit steht die rechtskräftige Verurtheilung auf die Klage aus dem Anerkennungsvertrage bzw. dem abstracten Zahlungsversprechen dem Anspruche des Beklagten aus dem materiellen Schuldverhältnisse entgegen? 449

1434. Nachträgliche Geltendmachung einer versäumten Einrede im Wege einer selbständigen Klage 453

VI. Handelsrecht.

Seite.

1435. Beweis durch Handelsbücher. Erfordernisse des Bucheintrages. Bedeutung des Bucheides 454
1436. Beweis durch Handelsbücher. Einfluß der Unglaubwürdigkeit des Buchführers auf die Beweiskraft der Bücher. Objective Voraussetzungen dieser Beweiskraft 456
1437. Stillschweigende Ertheilung einer Handelsvollmacht durch wiederholte Zulassung des betreffenden Commis zu Geschäftsabschlüssen 458
1438. Ist der Agent zum Empfange der Zahlung des Kaufpreises aus dem von ihm vermittelten Kaufe legitimirt? 460
1439. Klage des Handlungsgehilfen auf Dienstlohn, Einrede der mangelnden Rechnungslegung 461
1440. Haftung desjenigen, welcher ein Handelsgeschäft mit den Activen und Passiven übernimmt, gegenüber den Geschäftsgläubigern 463
1441. Haftung des aus der Handelsgesellschaft ausgetretenen offenen Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden 464
1442. Das Stillschweigen auf eine Vertragsofferte gilt als solches auch im Handelsverkehr noch nicht als Einwilligung . . . 466
1443. Haftet der Unterzeichner eines Briefes im kaufmännischen Verkehr auch für den Inhalt der demselben angeschlossenen, nicht unterzeichneten Beilagen? 468
1444. Das Recht zur Kündigung eines Vertrages nach Handelsrecht, wenn der Kündigungsberechtigte, trotz des vorliegenden Kündigungsgrundes das Geschäftsverhältniß fortsetzt . . . 470
1445. Die Schuldanerkennung als Handelsgeschäft. Klage aus dem Anerkennungsvertrage beim Wettgerichte 472
1446. Ueber die Substantiirung der Klage bei laufender Geschäftsverbindung außerhalb des Contractverhältnisses . . . 472
1447. Klage aus einem einzelnen Geschäfte; Berufung des Beklagten auf das Bestehen einer laufenden Rechnung 474
1448. Unterschied zwischen dem eigentlichen Contocorrentverhältnisse und der sog. „laufenden Rechnung" 475
1449. Begriff des Handelskaufes. Competenz des Wettgerichts . 478
1450. Begriff des „Marktpreises." Ist derselbe anwendbar auf den Preis eines bestimmten Fabrikats? 479
1451. Ist die Behauptung des vereinbarten Rabatts gegenüber der Kaufpreisforderung eine Einrede? 480
1452. Bedeutung der Clausel „bei Empfang zu bezahlen" . . 481
1453. a. Unterschied zwischen dem Erfüllungsorte und Bestimmungsorte. Durch die Clausel, daß die Waare „cif" an einem bestimmten Orte zu liefern sei, ist ein Erfüllungsort vertragsmäßig nicht bestimmt.
b. Uebergang der Gefahr durch Ausscheiden der in genere verkauften Waare 482
1454. a. Kauf mit der Clausel „wie besehen."
b. Haftung des Verkäufers für Quantitätsangaben beim Kaufe nach Maß, Zahl 2c. Bedeutung der Clausel „circa" . . 484
1455. Haftung des Verkäufers für das Vorhandensein der angegebenen Quantität beim Aversionalkauf 487
1456. Verkauf nach Gewicht oder in Bausch und Bogen? Uebergang der Gefahr. Usance beim Salzhandel 488
1457. a. Anspruch auf Preisminderung beim Genuskaufe.

Seite.

b. Rechtzeitigkeit der Untersuchung der übersandten Waare durch den Käufer.
c. Erfordernisse der Mängelanzeige 495
1458. a. Beweislast bezüglich der Vertragsmäßigkeit der Waare, bzw. Probemäßigkeit bei dem Kaufe nach Probe.
b. Zeitpunkt der Prüfung der Waare, bzw. der Mängelanzeige beim Platzgeschäfte 499
1459. Alternative Befugnisse des Verkäufers beim Verzuge des Käufers mit der Abnahme der Waare. Verbindlichkeit der getroffenen Wahl 506
1460. Der Verkäufer darf beim Verzuge des Käufers nicht schlechthin die Preisdifferenz fordern 508
1461. Bedeutungen und Wirkungen des Selbsthilfverkaufes . . 513
1462. Rechte des Käufers beim Lieferungsverzuge des Verkäufers. Unterscheidung zwischen Fixgeschäften und Nichtfixgeschäften? 515
1463. Voraussetzungen des Rücktrittes des Käufers vom Vertrage wegen Lieferungsverzuges 518
1464. Berechnung des Interesse des Käufers beim Lieferungsverzuge des Verkäufers. Deckungskauf 520
1465. Der Eintritt des mit dem Kaufabschlusse beauftragten Agenten als Selbstkäufer hebt seine aus dem Agenturverhältnisse bestehenden Verpflichtungen nicht auf 521
1466. Was gehört zu den Forderungen „aus dem Commissionsvertrage", derentwegen dem Commissionär ein Pfandrecht bzw. Retentionsrecht an dem Commissionsgute zusteht? . . . 523
1467. Das Pfandrecht des Commissionärs erlischt durch Auslieferung des Gutes bzw. der Dispositionspapiere 526
1468. Befugniß des Verkaufscommissionärs zur Creditgewährung . 527

VII. Wechselrecht.

1469. Ein Wechsel ist deswegen, weil er nicht auf Stempelpapier geschrieben ist, nicht ungiltig 527
1470. Wechselfähigkeit der Bauergemeindeglieder, die in der Stadt domiciliren 530
1471. Sind die Prediger der Baptistengemeinde als zum „geistlichen Stande" gehörig anzusehen und deshalb nicht wechselfähig? 531
1472. Unterzeichnung eines Wechsels mit dem Familiennamen und dem Anfangsbuchstaben des Vornamens 533
1473. Behauptung des Wechselausstellers, er habe seine Unterschrift auf einem Blanket und nicht dem im Wechsel genannten Gläubiger, sondern einer dritten Person gegeben 534
1474. Bedeutung der Wechselclausel „Valuta empfangen" . . 535
1475. Wechselklage aus einem zerissenen Wechsel 536
1476. Ort der Protestaufnahme nach der russischen Wechselordnung, wenn ein Zahlungsort im Wechsel nicht angegeben ist . . 538
1477. Voraussetzungen des Protestes bei dem Sichtwechsel. Bedeutung der Clausel „zahlbar aller Orten" 539
1478. Wirkung des Blancoindossoments nach der russischen Wechselordnung 542
1479. Ueber die Begründung der Wechselregreßklage des Indossanten 543
1480. Nach welchem Rechte ist die Notificationspflicht des Wechselgläubigers gegenüber den Indossanten zu beurtheilen? . . 544
1481. Aus der präjudicirten oder verjährten Tratte findet ein Regreß gegen den Trassanten nicht statt 546

Seite.

1482 Exceptio SCti Vellejani gegenüber der Klage aus der Wechselbürgschaft 548

1483. Kann die condictio sine causa auf Rückzahlung der Wechselsumme von dem Wechselaussteller auch dann angestellt werden, wenn er die Wechselsumme bezahlt hat, ohne es auf den Proceß ankommen zu lassen? 549

VIII. Seerecht.

1484. Verpflichtung des Rheders durch Rechtsgeschäfte des Schiffers und Legitimation des letzteren zur Vertretung des Rheders . 551

1485. Legitimation des Schiffers als Vertreter des Rheders innerhalb, bzw. außerhalb des Heimathshafens 551

1486. Ueber den Eigenthumserwerb an Schiffen und Schiffsparten 553

1487. Anfechtung eines nicht vom Schiffer selbst gezeichneten Conossements durch den Schiffer, nachdem er auf Grund desselben die Ladung ausgeliefert hat 555

1488. a. Berechnung der nach Gewicht vereinbarten Fracht bei vorhandenem Gewichtsmanco.
b. Bedeutung der Clausel „frei von Bruch“ 557

1489. Erlischt der Anspruch wegen Beschädigung des Frachtgutes gegen den Frachtführer oder Schiffer durch widerspruchlosen Empfang, auch wenn der Frachtlohn nicht bezahlt ist? 559

1490. a. Bedeutung der Conossementsclausel „quality unknown“.
b. Verschiebung der Beweislast über die Beschaffenheit des Frachtgutes wegen unterlassener Feststellung seines Zustandes vor der Empfangnahme durch den Destinatär 565

1491. a. Haftung des Verfrachters für Beschädigung der Ladung.
b. Einfluß der Clausel „frei von Beschädigung“.
c. Erforderniß der Feststellung und Anzeige der vom Ladungsempfänger gerügten Mängel 567

1492. Beweislast hinsichtlich des Verschuldens im Falle der Schiffscollision 570

1493. a. Voraussetzungen der Bergung, insbesondere über den Begriff des „Verlassens des Schiffes.
b. Bestimmung der Höhe des Hilfslohnes 575

1494. Klage des Rheders gegen den Befrachter auf theilweisen Ersatz der durch große Havarie geursachten Kosten 584

1495. Rechtliche Natur der Dispache. Anfechtbarkeit derselben und Verfahren dabei. Begründung der Klage auf Zahlung des durch die Dispache festgestellten Havariebeitrages 586

IX. Nachträge.

1496. Nachtrag zu № 1278. Die Anzeige des Gläubigers von dem beabsichtigten Pfandverkaufe braucht dem Antrage auf gerichtliche Versteigerung der Pfandsache nicht vorauszugehen . . 591

1497. Nachtrag zu № 1250. Legitimation der Mutter zur Vertretung des minderjährigen Kindes in Rechtsstreitigkeiten des letzteren gegen den Vater 592

1498. Geht der Antheil des überlebenden Parens an dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögen durch Intestaterbfolge auf seine gesetzlichen Erben über, oder fällt er durch Consolidation den übrigen die Gütergemeinschaft fortsetzenden Interessenten zu? 595

Seite.

1499. a. Bedeutung der Verkaufsbedingung „Zahlung per Bank“
b. Voraussetzungen des Zahlungsverzuges.
c. Purgation des Verzuges. Fixgeschäft? 598

1500. Kann der ausgetretene stille Gesellschafter schlechthin auf Auskehrung seiner Einlage klagen, oder gehört zur Begründung der Klage eine Angabe über den derzeitigen Betrag seines Antheils am Gesellschaftsvermögen bzw. die Forderung bezüglicher Rechnungsablage? 605

1501. Widerruf einer als Rimesse eingesandten Tratte und Einfluß desselben auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Trassanten und Remittenten 607

1231. a. Die im Art. 38 des Privatrechts gegebene Formvorschrift für die Wirksamkeit von Eheverträgen bezieht sich nicht auf Verträge über einzelne bewegliche Sachen.

b. Unter den Punkt 2 des Art. 27 a. a. O. fallen auch Zuwendungen seitens des Ehemannes.

Die Ehefrau eines im Concurse befindlichen Kaufmannes vindicirte aus der Concursmasse einen auf ihren Namen ausgefertigten Antheilschein an einem industriellen Unternehmen im Betrage von 3000 Rbl., indem sie behauptete, derselbe sei ihr schon 6 Jahre vor der Concurseröffnung von ihrem Ehemanne als eine Gabe, bzw. als Taschen- und Nadelgeld, zugewandt worden und sie persönlich habe seither auch die Dividende darauf ausgereicht erhalten und für sich verbraucht. Die Concurscuratoren bestritten, daß durch die behaupteten Thatsachen eine Sondergutseigenschaft des Antheilscheines begründet werde, und es erging am 13. Juni 1884 sub № 4059 in solcher Veranlassung vom Rathe folgendes Appellationsurtheil:

„Die Beklagten treten zunächst der Ansicht des Unterrichters entgegen, wonach Eheverträge, welche, um gegen Dritte wirksam zu werden, der gerichtlichen Insinuation und Publication bedürfen, nur diejenigen Verträge unter Ehegatten seien und nur auf diejenigen Verträge die Bestimmungen der Art. 36 und 38 des III. Thls. des Prov.-Rechts angewendet werden könnten, welche die durch die Eheschließung gesetzlich gegebene Rechtsgrundlage modificiren sollen, daß dagegen diejenigen Verträge zwischen Ehegatten, welche, wie in casu, rücksichtlich eines einzelnen Vermögensobjects, ohne das Güterverhältniß der Ehegatten als solches zu berühren, gesonderte Bestimmungen treffen, nicht den in dem Art. 32 ff. a. a. O. angegebenen Einschränkungen unterliegen. Die Beklagten sprechen sich hierbei dahin aus, daß die Eheverträge des provinziellen Rechts ganz in ger-

manischen Rechtsanschauungen wurzeln und daher auch nur nach germanischen Rechtsanschauungen zu beurtheilen sind, daß aber das germanische Recht als Eheverträge auch diejenigen Vereinbarungen bezeichnet, in denen die Ehegatten nur hinsichtlich eines Vermögensobjects von dem allgemeinen ehelichen Güterrechte abweichende Bestimmungen getroffen haben, gleichwie es von Testamenten spricht, wenn nur über einzelne bestimmte Sachen letztwillig verfügt worden, ferner von Erbverträgen, wenn nur die Zuwendung einer bestimmten Sache vereinbart worden.

Diese Anschauung ist eine durchaus verfehlte. Denn einmal ist nicht abzusehen, was die Eheverträge, welche doch ein selbständiges Rechtsinstitut bilden, mit der Begriffsbestimmung von Testamenten zu thun haben; zweitens sind nach der Anmerkung zum Art. 38 a. a. O. Eheverträge nur dann nach den Grundsätzen über Erbverträge zu behandeln, wenn sie Bestimmungen über das künftige Erbrecht der Ehegatten enthalten, was im vorliegenden Falle garnicht zutreffen würde, ganz abgesehen davon, daß ein Erbvertrag, wenn Gegenstand desselben nur einzelne bestimmte Sachen sind, nach Art. 2499 ibid. hinsichtlich seiner Wirkungen wie eine Schenkung auf den Todesfall, welcher die Bedingung der Unwiderruflichkeit hinzugefügt ist, zu beurtheilen wäre. Andererseits muß zwar zugegeben werden, daß nach gemeinem Rechte durch einen Ehevertrag das gesetzliche Güterrecht nicht nur für alle Eventualitäten der Zukunft bestätigt oder ausgeschlossen, sondern auch nur in Einzelheiten (z. B. wenn bestimmte Vermögenstheile für den einen oder den anderen Ehegatten vorbehalten werden) modificirt werden kann. (cf. Roth, System des deutschen Privatrechts II, § 93) Allein die Erkenntniß dessen vermag auf die Interpretation des hier in Betracht kommenden Artikels 38 des III. Thls. des Prov.-Rechts keinen Einfluß zu üben, denn gemeinrechtlich ist für Abschließung der Eheverträge eine Form nicht vorgeschrieben und namentlich wird die öffentliche Bekanntmachung der Eheverträge als Bedingung ihrer Wirksamkeit dritten Personen gegenüber nicht für erforderlich erachtet, wenn nicht ein specielles Particulargesetz sie anordnet (cf. Roth a. a. O. Seite 32, 33 Note 29a, Seite 80; Entscheidungen des Reichsgerichts VI, 225 IX, S. 93). Giebt somit das gemeine deutsche Recht der Anschauung, daß Eheverträge an bestimmte For-

men gebunden sind, keine Stütze, so ist der Art. 38 des III. Thls. des Prov.-Rechts aus sich selbst und zugleich möglichst eng zu interpretiren, weil er eine Ausnahme von der nach Art. 2993 ibid. im Allgemeinen hier geltenden Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte begründet. Der allegirte Art. 38 hat kurz zusammengefaßt zum Inhalte, es könne unbeschadet der Rechte Dritter über die gegenseitigen Rechte der Ehegatten an dem von beiden in die Ehe gebrachten und während der Ehe erworbenen, oder noch zu erwerbenden Vermögen in Eheverträgen beliebig verfügt werden, jedoch bedürfen letztere, um für die Zukunft auch gegen Dritte wirksam zu werden, der gerichtlichen Eintragung und Publication. Unter Vermögen im juristischen Sinne versteht man eine Sachengesammtheit und zwar eine universitas von Rechten und Verpflichtungen, so daß von einem Activ- und Passivvermögen geredet wird (cf. Art. 541 des III. Thls. des Prov.-Rechts. Windscheid, Pandekten I, § 42). Der Art. 84, welcher vom Verfügungsrechte des Ehemannes handelt, bezeichnet als Object dieses Rechts promiscue die gesammte Masse und das in der Gütergemeinschaft begriffene Vermögen und nach Art. 85 haftet die Gesammtmasse für sämmtliche vom Ehemanne contrahirte Schulden. Daher ist es erklärlich, daß der Art. 38 den Abschluß von Eheverträgen, durch welche die gesetzlichen Güterrechte der Ehegatten an dem zur Gütergemeinschaft gehörigen Vermögen (cf. Art 80) modificirt werden sollen, nur unbeschadet der Rechte der vorhandenen Gläubiger der Ehegatten für zulässig erklärt; denn zu jenem Vermögen gehören auch die vom Ehemanne contrahirten Schulden. Im Fall der Disposition der Ehegatten über einen einzelnen Vermögenstheil, wenn dieser, wie im vorliegenden Falle, eine bewegliche Sache ist, würde sich diese einschränkende Bestimmung des Gesetzes nicht rechtfertigen lassen, denn nach der analogen Bestimmung über die Veräußerung der einzelnen beweglichen Sache aus einer verpfändeten Sachengesammtheit (Art. 1377) müßte dem Ehemann solange das Recht, sich desselben zu entäußern, zustehen, als sein Gläubiger seine Befriedigung aus derselben im Wege der Executionsvollstreckung nicht beansprucht hat. Ferner läßt sich ein öffentliches Interesse an der allgemeinen Bekanntgebung der die gesetzliche Güterordnung abändernden Disposition der Ehegatten wohl nachweisen, soweit sie das zur Gütergemeinschaft gehörige Vermögen,

nicht aber soweit sie nur einzelne bewegliche Vermögensobjecte betrifft. Denn es ist, worauf bereits der Unterrichter hingewiesen hat, dem hiesigen Stadtrechte das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten fremd; nach Art. 115 und 116 a. a. O. sind Schenkungen, welche der Ehemann der Ehefrau aus dem in der Gütergemeinschaft befangenen Vermögen macht, giltig, wofern sie nicht zur Hintergehung der Gläubiger erfolgten. Nach dem richtigen Wortverstande dieser Artikel begründen — wie solches auch nach einzelnen Particularrechten Deutschlands der Fall ist (cf. Roth a. a. O. S. 80 Note 15) — derartige Schenkungen des Ehemannes, ohne daß für sie eine besondere Form vorgeschrieben wäre, Sondergut der Ehefrau, wofern nur hierauf die Absicht des Ehemannes gerichtet war; denn wollte man dies nicht annehmen, so könnten die Gläubiger des Ehemannes schon auf Grund der allgemeinen Bestimmung des Art. 85 ihre Befriedigung aus dem geschenkten Gute suchen und es bedürfte nicht noch der Festsetzung, daß die Schenkung mit dem Paulianischen Rechtsmittel anfechtbar sei.

Das Resultat der vorstehenden Erörterungen ist dahin zusammenzufassen, daß der Art. 38 l. c., soweit er im Geltungsgebiete des livländischen Stadtrechts Anwendung gefunden hat, die Wirksamkeit von Verträgen unter Ehegatten Dritten gegenüber nicht unterschiedslos von der gerichtlichen Eintragung und Bekanntmachung abhängig macht, sondern daß nur solche Eheverträge, deren Gegenstand ein der Gütergemeinschaft gesetzlich anheimfallendes Vermögen, also eine universitas von Rechten und resp. Verpflichtungen ist, an die erwähnten Formen gebunden sind, um Wirksamkeit dritten Personen gegenüber zu erhalten. Fraglich konnte im Hinblick auf den Art. 94 a. a. O. nur sein, ob nicht nach livländischem Stadtrechte nur die Gütergemeinschaft vollständig ausschließende Eheverträge unter den Art. 38 zu subsumiren seien, allein auf diese Frage ist im vorliegenden Falle nicht näher einzugehen, da es sich hier um einen Vertrag handelt, durch welchen keineswegs ein „Vermögen", geschweige denn das gesammte in der Gütergemeinschaft begriffene Vermögen das Vertragsobject bildet, in welchem vielmehr nur ein Vermögensobject, eine Summe Geldes, der Ehefrau als Sondergut zugewandt worden

sein soll. Eine analoge Anwendung des Art. 38, als einer Ausnahmebestimmung, auf den letzteren Fall verbietet sich aber von selbst, hier kommt wieder das allgemeine Princip der Formlosigkeit der Verträge zur Geltung.

Der Unterrichter hat ferner, um die Rechtsgiltigkeit der von der Klägerin behaupteten Schenkung darzuthun, sich auch auf die Punkte 2 und 4 des Art. 27, verbunden mit Art. 81 des III. Thls. des Prov.-Rechts berufen. Wenn der Punkt 2 — so argumentirt er — zum Sondergute der Ehefrau zähle, „was ihr, von wem es auch sei, unter der Bedingung der eigenen Verwaltung und Nutzung zugewendet worden", so müsse unter diese Art Zuwendungen, vorausgesetzt, daß die Absicht auf Herbeiführung der gesonderten Verwaltung und Nutzung gerichtet sei, auch die Schenkung des Ehemannes fallen. Der Punkt 4 aber, wonach die Ehefrau zum Sondergute erwerbe, „was sie von dem Ehemanne als Taschen- oder Nadelgeld erhält", habe, verglichen mit dem Punkt 2, die Bedeutung, daß der Beweis der auf Sondergutsconstituirung gerichteten Absicht des Ehemannes bei der Schenkung dann für erbracht gelten solle, wenn feststehe, daß die betreffende Zuwendung unter der Bezeichnung „Taschen"- oder „Nadelgeld" erfolgte. M. a. W. der Pkt. 4 stelle eine gesetzliche Vermuthung auf für das Vorhandensein der im Pkt. 2 erwähnten Bestimmung, der eigenen Verwaltung und Nutzung seitens der Ehefrau. Den Beweis für die Richtigkeit dieser Auslegung erblickt der Unterrichter auch in dem Art. 28, welcher sich im Eingange selbst als eine directe Schlußfolgerung aus dem Art. 27 bezeichne und die der Ehefrau von dem Ehemanne am Morgen nach der Hochzeit etwa verehrte s. g. Morgengabe, welche doch nicht als eine Art Taschen- und Nadelgeld aufgefaßt werden könne, zum Sondergute rechne.

Mit Unrecht haben die Apellanten die Schlüssigkeit vorstehender Argumentation bestritten. Zunächst sind ihre Ausführungen in Bezug auf den angeblichen principiellen Unterschied zwischen der Morgengabe des Rigaschen Stadtrechts (Art. 1820 und 1821 a. a. O.) und der landrechtlichen Widerlage (cf. Art. 1744 ff. a. a. O.) nicht richtig. — Vielmehr muß anerkannt werden, daß die Morgengabe des Rigaschen Rechts mit der Widerlage (die gleichfalls Morgengabe genannt wird) gleichen Ursprungs gewesen ist, indem

sie, wie diese, als Entgelt für die von der Ehefrau in die Ehe gebrachte Mitgabe (cf. Art. 14) erschien, erst beim Tode des Ehemannes zur Geltung kam und erlosch, sobald die Ehe beerbt wurde (cf. Bunge, Privatrecht, § 283). Nicht diese Art Morgengabe (sie wird auch die sächsische oder livländische oder donatio propter nuptias genannt) ist aber im Art. 28. l. c. gemeint, sondern die sog. deutsche Morgengabe (donatio virginitatis causa), welche als ein selbständiges und freiwilliges Geschenk des Ehemannes zum Zeugniß dessen, daß die Frau der vollen Ehre und Rechte der Gattin theilhaftig geworden, erscheint. (cf. Bunge a. a. O. § 263 Note f, Buddenbrock, Sammlung der Gesetze I. Pkt. 12, 16, 52 und 80; Walter, deutsche Rechtsgeschichte, § 483). Die im Art. 28 erwähnte Morgengabe ist somit allerdings geeignet, sofort nach ihrer Gewährung in die eigene Verwaltung und Nutzung der Ehefrau überzugehen, sie ist mit dem Taschen- oder Nadelgelde nicht identisch (cf. Bunge a. a. O. § 264 sub. 4 und Buddenbrock a. a. O. pag. 81) und kann folgeweise nur unter Pkt. 2 des Art. 27 subsumirt werden. Hieraus ergiebt sich denn die Consequenz, daß der Pkt. 2 daselbst auch diejenigen Zuwendungen an die Ehefrau begreift, welche vom Ehemanne ausgehen. Dieselben begründen nach Art. 81 schon kraft gesetzlicher Bestimmung, ohne daß es des Abschlusses eines förmlichen schriftlichen Vertrages bedarf, ein Sondergut der Ehefrau, wofern sie nur unter der Bedingung ihrer eigenen Verwaltung und Nutzung erfolgt sind.

Vorstehendem nach würde die Klägerin durch den Nachweis, daß ihr das in Frage kommende Capital unter der Bedingung der eigenen Verwaltung und Nutzung von ihrem Ehegatten, dem Cridar, zugewendet worden sei, in Grundlage des Art. 86 des III. Thls. des Prov.-Rechts ihren Anspruch auf Aussonderung desselben, als eines Sondergutes aus der Concursmasse rechtfertigen. Die Sondergutseigenschaft würde aber nach Pkt. 4 des Art. 27 a. a. O. auch dann schon angenommen werden müssen, wenn constatirt werden würde, daß ihr Ehemann das Capital ihr als Taschen- oder Nadelgeld gegeben habe, denn durch eine derartige Bezeichnung der Gabe würde die Absicht des Ehemannes, das Geschenkte der eigenen Verwaltung und Nutzung seiner Ehefrau zuzuwenden, aufs Unzweideutigste ausgesprochen sein. Die Anschauung der Con-

curscuratoren aber, daß der Pkt. 4 des Art. 27 sich nothwendig auf fortlaufende, bezw. wiederholte Gaben von einer gewissen Maximalgröße beziehe, hat bereits der Unterrichter widerlegt, ohne daß die Beklagten demgegenüber ihre Ansicht in der Oberinstanz näher zu begründen versucht haben. In der That beeinträchtigt die Zuwendung eines größeren Capitalbetrages an Stelle der wiederholten Klein-Geschenke nicht nothwendig den Charakter der Gabe, zumal die Constituirung eines Sondergutes gewollt sein kann, dessen Zinsen während der Ehe die Hingabe der entsprechenden einzelnen Beträge entbehrlich zu machen hätten. Deshalb kann denn auch in der Hingabe eines größeren Vermögensobjects seitens des Ehemannes an die Ehefrau als Sondergut keineswegs, wie die Beklagten vermeinen, eine Hintergehung der Gläubiger erblickt werden, vielmehr hätten die Beklagten, falls sie die Schenkung mit dem Paulianischen Rechtsmittel anfechten wollten, ihre bezügliche Behauptung rechtzeitig aufstellen und begründen sollen."

1232. Erforderniß der Publication eines Vertrages, durch welchen ein der Ehefrau zugefallener Nachlaß ihr Sondergut werden, also aus der Gütergemeinschaft ausscheiden soll.

Der in Riga wohnhafte Kaufmann S. hatte mit seiner Ehefrau, welcher eine Erbschaft zugefallen war, vereinbart, daß diese Erbschaft ihr Sondergut sein solle, widersetzte sich aber trotzdem der öffentlichen Bekanntmachung dieses Vertrages, weil dasselbe für sein Geschäft nachtheilig und andererseits für seine Frau nicht nothwendig sei. Das Waisengericht erklärte gleichwohl den Antrag der Frau auf Publication des Vertrages für gerechtfertigt und diese Entscheidung wurde durch den Querelbescheid des Raths vom 28. März 1884, № 2280 bestätigt.

„Da Beklagter — heißt es dort — erklärt hat, er habe nichts gegen die Constatirung dessen einzuwenden, daß der seiner Frau zugefallene Erbantheil ihr Sondergut und von ihr allein zu verwalten sei, ergiebt sich die Bekanntmachung der bezüglichen Vereinbarung als nothwendige Rechtsfolge von selbst. Ob die Frau in Betreff der von ihr bei Eingehung der Ehe eingebrachten Sa-

chen, wenn sie diesen die Sondergutseigenschaft sichern will, einen Ehevertrag schließen muß, oder ob dazu ein einseitiger Vorbehalt ausreicht (vergl. civilrechtl. Entscheidungen III, № 457), ist hier nicht zu erörtern. In Betreff des erst *nach* der Eheschließung von ihr erworbenen Vermögens ergiebt aber der Art. 80 a. a. O. unzweideutig, daß dasselbe in die Gütergemeinschaft fällt, sofern nicht einer der im Art. 27 angegebenen Ausnahmefälle vorliegt, in welchem schon *gesetzlich* ein Sondergut der Frau anzunehmen ist, oder sofern nicht die Sondergutseigenschaft durch einen *Vertrag* auf Grund der Art. 33 ff. geschaffen wird. Im Fragefalle ist von keiner Seite behauptet, daß die fragliche Erbschaft der Klägerin unter der Bedingung der eigenen Verwaltung und Nutzung zugewendet sei. Beklagter betont vielmehr selbst, daß derselben erst *durch den Vertrag* Sondergutseigenschaft verliehen werden solle. Folglich bedarf es zur Erreichung dieses Zweckes eines Ehevertrages und dieser ist nach Art. 38 a. a. O. für Dritte nur wirksam, wenn er bei dem competenten Gericht eingetragen und von diesem öffentlich bekannt gemacht worden ist. Die Ansicht des Beklagten, daß Klägerin durch die Anerkennung der Sondergutseigenschaft in Verbindung mit dem factischen Besitze des ihr zugefallenen Erbtheils gegen seine etwaigen Gläubiger ausreichend geschützt sei, ist nach dem bezogenen Art. 38 falsch, weil keiner der Gläubiger die vertragsmäßige Begründung der Sondergutseigenschaft des streitigen Vermögens gegen sich gelten zu lassen braucht, solange der bezügliche Vertrag nicht in der gesetzlichen Ordnung öffentlich bekannt gemacht ist. Hiernach kommt es aber auch nicht darauf an, ob Beklagter in die Bekanntmachung ausdrücklich gewilligt hat oder nicht. Beklagter hat seine Willenserklärung dahin abgegeben, daß der seiner Frau zufallende Erbantheil ihr Sondergut und ihrer ausschließlichen Disposition unterworfen sein soll, und weil dieses Resultat sich rechtlich nur erreichen läßt, wenn die zwischen ihm und der Klägerin geschlossene Vereinbarung in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise *veröffentlicht* wird, so hat er durch den Vergleichsschluß auch hierin gewilligt, auch wenn er davon überhaupt nicht gesprochen hat. Denn wer einen Zweck will, der muß vernünftiger Weise auch das Mittel wollen, ohne welches der gewollte Zweck sich nicht verwirklichen läßt."

1233. Unter welchen Voraussetzungen kann die von dem Ehemanne getrennt lebende Ehefrau die Zahlung von Alimentationsgeldern verlangen?

I. „Das Landvogteigericht hat die thatsächliche Trennung der Ehegatten und die Begründung eines selbständigen Haushaltes seitens der Ehefrau bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Alimentationsverpflichtung des Ehemannes für den Fall zugelassen und gebilligt, daß der beklagte Ehemann seine Ehefrau auch nur „in grober und gemeiner Weise wörtlich insultirt" haben sollte. Diese Entscheidung vom 28. November 1882 steht mit den bestehenden Gesetzen in Widerspruch und muß daher auf Antrag des Beklagten als nichtig aufgehoben werden, wenngleich derselbe die Entscheidung durch ein ordentliches Rechtsmittel nicht angefochten hat.

Nach Art. 9 des Privatrechts ist die Ehefrau berechtigt, von dem Manne seinem Stande und Vermögen angemessenen Unterhalt zu fordern. Art. 7 und 8 besagen aber andererseits, daß die Ehegatten verpflichtet sind, beisammen zu leben, daß willkürliche Lossagungen von diesen Rechten und Pflichten unerlaubt, daß Verträge und Abmachungen, die ihnen zuwiderlaufen, unwirksam sind, daß der Ehemann den Wohnort zu bestimmen hat und die Ehefrau verpflichtet ist, dem Ehemanne zu folgen.

Nach Art. 128 l. c. hat eine einstweilige, zum Versuch unternommene Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett ebensowenig Einfluß auf die Güterrechte derselben, als ihre etwaige Trennung während des Scheidungsprocesses. Auch soll durch eine derartige Trennung die bestehende Verpflichtung des Ehemannes zur Alimentirung der Ehefrau (Art. 9) nicht aufgehoben sein. Endlich kann außerhalb der Ehe die Alimentationspflicht des Ehemannes in Frage kommen, wenn die Ehe wegen Nichtigkeit, von der die Frau keine Kenntniß hatte (Art. 119), getrennt und wenn in einem Ehescheidungsurtheil der Ehemann für den schuldigen Theil erklärt worden ist (Art. 124).

Die Verhandlung und Entscheidung von Ehescheidungssachen steht einzig und allein dem Consistorium zu, mag eine von vornherein nichtige, eine gesetzwidrige oder eine an sich wirksame Ehe

in Betracht kommen. (cf. Art. 246 (113) ff. und Art. 444 (301) Pkt. 9 des Kirchengesetzes.) Auch eine einstweilige Trennung von Tisch und Bett, welche nur als Sühneversuch während eines Ehescheidungsprocesses in Frage kommen kann, kann nach Art. 263 (130) des Kirchengesetzes nur vom Consistorium zugelassen werden.

Es ergiebt sich hieraus, daß die ordentlichen Civilgerichte eine auch nur zeitweilige Trennung der Ehegatten unter keinen Umständen gestatten oder legalisiren dürfen. Wenn daher das Landvogteigericht in seinem Bescheide vom 23. November 1882 ausspricht, daß es Niemandem wider seinen Willen zugemuthet werden könne, trotz thätlicher Mißhandlungen oder Beschimpfungen mit einer anderen Person zusammen zu leben, und wenn es hierauf gestützt eine Trennung der streitenden Ehegatten für zulässig erklärt hat, so hat es sich zu den bestehenden Gesetzen im Widerspruch gesetzt und namentlich auch in die Competenz des geistlichen Gerichts hinübergegriffen.

Für das Landvogteigericht konnte nicht die Frage entstehen, ob die thatsächliche Trennung zwischen den Ehegatten gutzuheißen sei, sondern einzig und allein, ob dem Beklagten die Alimentationsverpflichtung ungeachtet der Trennung aufgebürdet werden konnte, oder nicht.

Nach den oben angezogenen Gesetzen (Art. 7, 8 und 9 des Privatrechts) bildet die Alimentation der Ehefrau innerhalb des Haushaltes die gesetzliche Regel. Eine Alimentation außerhalb des Haushaltes des Ehemannes kann nur in Frage kommen, nachdem die Ehe aufgelöst worden ist (Art. 119 und 124), oder wenn das hierzu allein competente geistliche Gericht eine zeitweilige Trennung der Ehegatten gestattet hat (Art. 128). In einem jeden anderen Falle kann der Ehemann den gegen ihn gerichteten Anspruch auf Alimentation seiner Ehefrau außerhalb seines Haushaltes dadurch zurückweisen, daß er Rückkehr seiner Ehefrau verlangt und ihr die Alimentation in seinem eigenen Haushalte zu gewähren verspricht.

Die alimentationsberechtigte Ehefrau hat daher, abgesehen von dem Falle einer zeitweilig für statthaft erachteten Trennung, ihren Anspruch zunächst darauf zu richten, daß sie die Alimentation innerhalb des ehemännlichen Haushaltes empfange. Weil aber die Alimentationspflicht des Ehemannes selbstverständlich dadurch nicht

cessiren kann, daß er die Aufnahme der Ehefrau ungeachtet nachgesuchter richterlicher Hilfe beharrlich verweigert, so muß der Ehefrau, abgesehen von der ihr zustehenden Scheidungsklage, allerdings das Recht eingeräumt werden, in zweiter Reihe die Alimentation auch außerhalb des ihr verschlossenen ehemännlichen Haushaltes und auch vor Erlaß des Scheidungsurtheils zu beanspruchen. Eine derartige Alimentation erreicht aber selbstverständlich ihr Ende, wenn der Ehemann seine Weigerung aufgiebt und sich zur Aufnahme seiner Ehefrau bereit finden läßt (cf. Entscheidungen der Stadtgerichte Bd. III, № 456, Bd. IV, № 482). — Mithin wird die Ehefrau mit ihrem Alimentationsanspruche außerhalb des Haushaltes des Ehemannes nur dann durchdringen können, wenn ihr der gesonderte Haushalt wider ihren Willen aufgedrungen worden ist. Abgesehen von dem Falle der ausdrücklich erklärten Aufnahmeverweigerung seitens des Ehemannes wird ein der Ehefrau aufgedrungener gesonderter Haushalt je nach den Umständen des concreten Falles auch dann angenommen werden können, wenn das etwaige Aufnahmeerbieten des Ehemannes sich als ein arglistiges und demnach nicht ernstlich gewolltes erweist, — wenn der Ehemann z. B. trotz seines Aufnahmeerbietens das Zusammenleben durch Drohungen, Thätlichkeiten, Beibehaltung einer Concubine ꝛc. selbst zu vereiteln trachtet und demnach die Aufforderung an seine Ehefrau, zu ihm zurückzukehren, dem Ehemanne nur als Handhabe dienen soll, um sich seiner Alimentationsverpflichtung ganz zu entziehen.

Für den vorliegenden Fall genügt es festzustellen, daß Beklagter die Rückkehr seiner Ehefrau von vornherein verlangt hat und das die behaupteten Verbalinjurien allein unter allen Umständen keinen genügenden Rechtsgrund dafür abgeben konnten, den von der Klägerin begründeten besonderen Haushalt zu entschuldigen oder gar gutzuheißen."

(Querelbescheid des Raths vom 28. März 1884, № 2276).

II. Klägerin hatte ihren Ehemann — angeblich wegen brutaler Behandlung seitens desselben — verlassen, war dann auf seine Aufforderung zu ihm zurückgekehrt, hatte ihn aber nach 24 Stunden abermals verlassen, nachdem er erklärt hatte, daß er das Schlafgemach mit ihr nicht theilen werde, sondern daß sie in einem besonderen Zimmer schlafen müsse. Der in Folge dessen von der

Klägerin erhobene Anspruch auf Zahlung von Alimenten wurde in dem Erkenntnisse des Vogteigerichts vom 16. März 1884 als begründet anerkannt, dagegen durch den Querelbescheid des Raths vom 6. Juni 1884, № 3862 aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Nach Art. 7 und 8 des Privatrechts sind Ehegatten verpflichtet, beisammen zu leben und sich zu unterstützen. Die dem Ehemanne im Art. 9 a. a. O. auferlegte Verpflichtung zum Unterhalt seiner Ehefrau muß daher nach den Gesetzen in der Weise erfüllt werden, daß die Ehefrau den ihr zukommenden Unterhalt innerhalb des gemeinsamen Haushaltes empfängt. Eine Alimentation außerhalb des ehemännlichen Haushaltes kann seitens der Ehefrau nur dann ausnahmsweise beansprucht werden, wenn der Ehemann das im Gesetze vorgeschriebene Beisammenleben selbst verhindert, d. h. wenn er seine Ehefrau verstößt und solange er die Wiederaufnahme verweigert. Der Verhinderung des Beisammenlebens kann je nach den concreten Umständen der Fall gleichgeachtet werden, wo der Ehemann z. B. durch Mißhandlung*), Aufnahme einer Concubine**) die Ehefrau zu entfernen trachtet. Dagegen kann in der Weigerung des Ehemannes, mit der Ehefrau dasselbe Schlafgemach zu theilen, für die Ehefrau kein genügender Grund erblickt werden, eine Alimentation außerhalb des ehemännlichen Haushaltes zu verlangen. Den Civilgerichten, welche lediglich auf Aufrechterhaltung der in den Art. 5 ff. des Privatrechts enthaltenen privatrechtlichen Bestimmungen über das Verhältniß der Ehegatten zu wachen haben, steht nicht die Macht zu, ein normales eheliches Leben zu erzwingen. Verletzungen der ehelichen Pflichten von der Art, wie Beklagter sie sich durch die zugestandene Weigerung hat zu Schulden kommen lassen, berühren nicht unmittelbar das Privatrecht und können daher auch nicht unmittelbare privatrechtliche Folgen äußern. Da Beklagter — nach der eigenen klägerischen Darstellung — der Klägerin nach ihrer Rückkehr weder den Aufenthalt unmöglich gemacht, noch auch den Unterhalt verringert hat, so ist der Anspruch auf Alimentation außerhalb des Hauses des Ehemannes unzureichend begründet."

*) Erk. der I. Section des LVG. vom 24. Oct. 1883, № 288.
**) Erk. der II. Section des LVG. vom 9. Januar 1882, № 3.

1234. Die Eintragung einer Ehe zwischen Sectirern (Raskolniken) in die Standesregister kann von den Betheiligten nicht im Rechtswege erzwungen werden.

Die mit dem Beklagten noch altgläubigem Ritus getraute Alexandra M. forderte in der Klage, daß Beklagter sowohl ihre Ehe, als auch die Geburt ihrer Kinder in die von der Polizei-Verwaltung zu führenden Metrikbücher eintragen lasse, widrigenfalls solche Eintragung vom Gericht amtlich verfügt werden solle. Die Klage wurde jedoch durch Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 1. November 1883, № 244 abgewiesen und die dagegen eingelegte Querel der Klägerin durch Querelbescheid des Raths vom 14. December 1883, № 8413 aus folgenden Gründen verworfen:

„Nach § 7 der Regeln über die Eintragung der Ehen der Sectirer in die Metrikbücher (Patente der Livl. Gouvernements-Verwaltung von 1874, № 176) müssen zur Eintragung beide Eheleute persönlich bei der Polizei-Verwaltung erscheinen. Jeder von ihnen hat zwei Bürgen dafür zu stellen, daß die angemeldete Ehe nicht eine gesetzlich verbotene sei, jeder hat ferner nach § 9 ibid. einen Revers darüber zu unterzeichnen, daß er seit der Geburt zum Raskol gehöre und in keinem nach den Vorschriften der rechtgläubigen Kirche oder nach dem Ritus einer anderen im Staate anerkannten Confession geschlossenen Ehebündnisse stehe. Die der Eintragung der Ehe vorhergegangene Erfüllung der bei den Sectirern üblichen Copulationsgebräuche unterliegt hierbei nicht der Aufsicht der Polizeibeamten. Das Bestehen einer Ehe von Sectirern wird nach § 11 ibid. erst von dem Tage der Eintragung in das Metrikbuch als bewiesen betrachtet und es kann ihr Anfangspunkt nur dann auf den Tag der ersten Anmeldung der Ehe zurückbezogen werden, wenn die Verfügung der Polizei, wonach der Eintragung Hindernisse entgegenstehen, nachträglich für nicht zu Recht bestehend erkannt wird.

Hiernach steht fest, daß eine staatlich anerkannte Ehe unter Sectirern erst durch Eintragung in die Metrikbücher zu Stande kommt und daß diese Eintragung ohne persönliche Mitwirkung beider Ehegatten nicht vollzogen werden kann. Von solcher persönli-

cher Mitwirkung einen der Betheiligten zu entbinden, steht nicht in der Macht des Gerichts. Nur auf Grund einer Willenseinigung zwischen den Betheiligten und persönlicher Erklärung beider Theile kann die bürgerliche Ehe vor der Polizei vollzogen werden; ohne daß diese Voraussetzung gegeben ist, aber ist die Vollziehung derselben nicht möglich und nicht erzwingbar*)".

1235. Zu dem Sondergute der Ehefrau gehören die von ihr in die Ehe gebrachten, für ihre Person bestimmten Kleidungsstücke und Leibwäsche.

In dem rechtskräftigen Erkenntniße der II. Section des Landvogteigerichts vom 23. December 1882, № 297 wurde der Klage der Frau gegen den Mann auf Auslieferung ihrer Kleider und Wäsche mit der Begründung stattgegeben, daß die eingebrachte „Frauenleibwäsche und Frauenkleider ihrer Natur und Bestimmung nach nur als Sondergut der Ehefrau anzusehen sind, weil letztere diese, für den Gebrauch des Ehemannes ganz ungeeigneten Gegenstände ihrer speciellen Benutzung vorbehalten und somit nach Art. 27 und 81 des Privatrechts der Verwaltung des Ehemannes entzogen hat."

1236. Einfluß der Concurseröffnung auf die Alimentationspflicht des Mannes gegenüber der Frau.

Der Kaufmann B. war verurtheilt, seiner Frau eine Alimentation im vorläufig festgesetzten Betrage von 50 Rbl. monatlich zu zahlen, worauf über sein Vermögen der Concurs eröffnet wurde. Klägerin beanspruchte von dem Concurscurator die Auszahlung der bereits fälligen Alimentenquoten mit 200 Rbl. und Zahlung der künftig fällig werdenden Quoten aus der Masse. Das Vog-

*) In dem Erkenntnisse erster Instanz war noch bemerkt: „Klägerin kann die Eintragung ihrer Ehe selbst dann nicht erzwingen, wenn Beklagter ihr ein auf die Eintragung der Ehe in die Metrikbücher gerichtetes ausdrückliches Versprechen gegeben hätte. Nicht das Verlöbniß und nicht das Eheversprechen, sondern allein nur das persönliche Erscheinen vor der Polizeiverwaltung und der hieselbst erklärte Wille, eine Ehe einzugehen, macht die Ehe eintragungsfähig und bürgerlich wirksam."

teigericht erkannte darauf am 24. November 1882 sub № 305 rechtskräftig, wie folgt:

„Was die bereits fälligen Alimentenquoten betrifft, so könnte ... einem Antrage auf vorgängige Auszahlung desselben aus der Masse nur dann nachgegeben werden, wenn es zweifellos wäre, daß dieselben in jedem Falle zur Perception gelangen müßten ... Aus den Concursacten ergiebt sich aber, daß ... die Alimentenforderung, da kein Grund vorliegt, sie als eine privilegirte anzusehen, höchst unwahrscheinlich zur Perception gelangen wird. Daher ist der Antrag der Klägerin auf sofortige Auskehrung dieser Forderung zurückzuweisen.

Was sodann die in Zukunft der Klägerin aus der Masse etwa zu leistenden Alimente anbetrifft, so ... läßt sich aus den Concursacten soviel mit völliger Sicherheit entnehmen, daß der Ehemann, der Cridar, gegenwärtig gänzlich vermögenslos ist. Hiernach würde also Klägerin gar keinen Anspruch auf Alimentation seitens ihres Ehemannes geltend machen können. Allein Klägerin könnte ihren Anspruch auf Gewährung von Alimenten aus der Concursmasse auch in anderer Weise begründen, nämlich durch Berufung darauf, daß nach den speciellen Bestimmungen des Concursrechts dem Cridar und dessen Familie, sofern der Bestand der Masse solches gestattet, aus letzterer Alimente zum nothwendigen Lebensunterhalte verabfolgt werden können. Einen derartigen Anspruch kann, wie die Sache in casu liegt, Klägerin auch selbständig und gesondert von ihrem Ehemann verfolgen. Da aber der Bestand der in Rede stehenden Masse ein äußerst geringfügiger ist, ... so erscheint die von dem Concurscurator zugestandene Alimentationsquote von 15 Rbl. monatlich als zu hoch gegriffen und wird dieselbe daher richterlich im Interesse der Gesammtgläubiger auf 10 Rbl. zu ermäßigen sein."

1237. Actio de in rem verso gegen die Frau wegen einer von dem Manne contrahirten Schuld bei bestehender Gütertrennung.

Durch ordnungsmäßig veröffentlichten Ehevertrag des Schlossers F. und seiner Frau war die Gütergemeinschaft unter ihnen ausgeschlossen. Der Bäcker K. belangte darnach die Frau des F.

auf Bezahlung des von ihm in Folge Bestellung des F. gelieferten und für den gemeinsamen Haushalt der F.'schen Eheleute verwandten Brotes. Beklagte gestand zu, daß das Brot in ihrem Haushalte verzehrt sei, bestritt aber ihre Zahlungspflicht, weil nicht sie, sondern ihr Mann beim Kläger um Eröffnung des Credits nachgesucht habe.

Das Vogteigericht erachtete mittelst Bescheides vom 28. Januar 1883, № 18 die Klage für begründet.

„Ob die Klage gegen die Beklagte zulässig ist — heißt es dort — wird nach Lage der Sache von dem Umstande abhängen, ob in casu die Voraussetzungen der actio de in rem verso zutreffen oder nicht. Voraussetzung der actio de in rem verso ist nun vor allem eine Bereicherung desjenigen, gegen den die Klage gerichtet ist. Der erwerbende Theil, dem die Brodlieferungen zu Gute gekommen, ist nun in casu unbestritten der Haushalt der Eheleute F. Es fragt sich sonach nur, wer als Repräsentant dieses Haushaltes zu gelten habe. Würde die Behauptung des Klägers, daß im vorliegenden Falle die Beklagte das Schlossergeschäft auf ihren Namen betreibe und daß sämmtliche Kosten des Haushaltes auf ihre Rechnung gingen, richtig sein, so wäre in der That zweifellos, daß die Beklagte als Repräsentantin des Haushaltes aufzufassen sein würde. Allein auch in dem Falle, wenn durchaus normale Güterverhältnisse zwischen den Ehegatten vorliegen, würden doch als Vertreter des Haushaltes Mann und Frau gemeinsam und solidarisch zu gelten haben. Nach Art. 56 des Provinzialrechts Theil III. gebührt der Ehefrau auf dem Gebiete der Haushaltung eine durchaus selbständige Stellung. Sie kann in Bezug auf das Hauswesen rechtsgiltige Dispositionen treffen, Schulden eingehen ꝛc. Hiernach erscheint es aber nur logisch, wenn die Ehefrau auch nach der anderen Richtung die Repräsentantin des Haushaltes darstellt, indem sie für die Schulden des Haushaltes, gleichgiltig wie dieselben entstanden sein sollten, auch mit ihrem persönlichen Vermögen solidarisch haftet. Weiter setzt die actio de in rem verso voraus, daß die das qu. Rechtsgeschäft abschließende Mittelsperson als Stellvertreter resp. als negotiorum gestor desjenigen gehandelt hat, dem schließlich das Geschäft zu Gute gekommen ist und der sonach in Folge dieser Bereicherung belangt wird. (cfr. Seuffert's

Archiv B. 1. Entsch. 211, B. 4 Entsch. 221, B. 16 Entsch. 44 ꝛc. conf. Windscheid, § 483; Arndts, § 248.)

Auch diese Voraussetzung trifft in casu zu, denn insofern wegen der vorhin erwähnten solidarischen Haftbarkeit der Frau, diese auch allein für sich als Repräsentantin des Haushaltes angesehen werden kann, erscheint auch der Ehemann, welcher in Angelegenheiten des Haushaltes zu dessen Nutzen ein Geschäft abschließt, als negotiorum gestor seiner Ehefrau.

Endlich wird sowohl von Windscheid, als auch von Arndts als eine dritte Voraussetzung der actio de in rem verso geltend gemacht, daß das fragliche Rechtsgeschäft mit Hinweisung darauf, daß es die Angelegenheit eines Dritten betreffe, abgeschlossen sein müsse. Allein dieses Erforderniß, dessen Nothwendigkeit seitens anderer Schriftsteller durchaus bestritten wird, läßt, wie Windscheid selbst zugiebt, aus den Quellen sich nicht mit Sicherheit herleiten (Windscheid II, § 483 Note 5) und da ein innerer Grund für die geforderte Beschränkung sich nicht absehen läßt, so dürfte dieses Erforderniß unter so bewandten Umständen ganz fallen zu lassen sein. Uebrigens wird in casu wohl schon durch die Person des Bestellers die Vermuthung gegeben sein, daß die fraglichen Brotlieferungen für den Haushalt der Eheleute F. bestimmt waren, so daß es eines besonderen Beweises in dieser Beziehung nicht bedarf. Da nach dem Obigen die Voraussetzungen der actio de in rem verso hier vorliegen, so ist unter Verwerfung der Einrede der mangelnden passiven Sachlegitimation dem Kläger der Beweis seiner Klagebehauptungen nachzugeben."

Dieser Bescheid ging in Rechtskraft über.

1238. Verbindlichkeit des Mannes zur Alimentation der Frau während des Ehescheidungsprocesses. Feststellung des Alimentenbetrages.

I. „Die Argumentation des Beklagten beruht auf der irrigen Ansicht, daß der klägerische Alimentationsanspruch von dem stricten Beweise der wirklichen Vermögensverhältnisse des Beklagten abhängig zu machen sei. Nach einer constanten Gerichtspraxis wird aber eventuell, wenn die Verpflichtung zur Alimentation Jemandes durch einen Anderen gesetzlich vorhanden, eine Uebereins-

stimmung der Parteien über die Höhe der Alimentation aber nicht zu erzielen ist, letztere durch richterliches Ermessen bestimmt. Der Richter darf dabei in Fällen, wo die Eruirung der wirklichen Vermögensverhältnisse des Beklagten ihm nicht gelingt, weil letzterer — wie im Fragefalle — zu einer detaillirten Aufgabe seiner Einnahmen und Ausgaben sich nicht herbeiläßt, als Grundlage für sein Arbitrium die muthmaßlichen Vermögensverhältnisse des Alimentationspflichtigen bei Feststellung der Höhe der Alimentengelder in Betracht ziehen.

Andererseits ist auf die Festsetzung des Alimentenbetrages im vorliegenden Falle auch der Umstand von Einfluß, daß die Alimentenforderung der klagenden Ehefrau sich auf die Zeit bestehender Ehe bezieht. Während nach Aufhebung der Ehe durch Ehescheidung der für den schuldigen Theil erklärte Ehemann zur Alimentation der unschuldigen Ehefrau nur, sofern sie dessen bedarf, verpflichtet ist (Art. 124 des Prov.-Rechts Th. 3), steht nach Art. 9 a. a. O. während bestehender Ehe der Ehefrau ganz unbedingt das Recht zu, von dem Manne einen seinem Stande und Vermögen angemessenen Unterhalt zu fordern, und dieses Recht wird nach Art. 128 a. a. O. auch nicht durch die Trennung der Ehegatten während des Scheidungsprocesses alterirt. Die Ehefrau braucht daher in dem letzterwähnten Falle sich nicht etwa nur mit einer Beisteuer seitens des Ehemannes zu begnügen, sondern sie darf für sich den vollen Unterhalt von dem Ehemann beanspruchen; ebenso ist letzterer in erster Reihe berufen, für den Unterhalt der gemeinschaftlichen Kinder Sorge zu tragen. Diesen Pflichten gegen Gattin und Kinder kann sich der Ehemann und bzw. Familienvater, vorausgesetzt daß er — wie im vorliegenden Falle — erwerbsfähig ist, auch nicht durch den Einwand entziehen, daß er thatsächlich nicht soviel verdiene, um Frau und Kinder gehörig zu ernähren. Denn er hat als Familienvater die Pflicht, sich einem Geschäfte zu widmen, durch dessen Ertrag er nicht nur seinen, sondern auch seiner Angehörigen standesmäßigen Unterhalt bestreiten kann."
(Querelbescheid des Raths vom 4. Mai 1883, № 3061.)

II. „Der Richter hat in Alimentationsprocessen, wenn über den Umfang der Alimente Streit herrscht, vorgängig der definitiven Festsetzung desselben nach erfolgter Beweisaufnahme, schon vorläufig

einen Betrag zu bestimmen, damit nicht durch den Proceß der Zweck desselben, nämlich die Alimentation des Klägers, vereitelt werde, und er hat dabei die Verhältniße zum Maßstabe zu nehmen, welche nach dem vorliegenden Sachverhalte wahrscheinlicher Weise bestehen."

Mit vorstehender Motivirung wurde durch Querelbescheid des Raths vom 13. März 1885, № 2002 das Erkenntniß des Vogteigerichts vom 16. Februar 1885, № 37 bestätigt, wonach der beklagte Ehemann der Klägerin, vorbehältlich des von der letzteren zu führenden Beweises, eine vorläufig auf 10 Rbl. monatlich festgesetzte Alimentenzahlung zu leisten hatte.

1239. Thatsächliche Begründung des Anspruches der geschiedenen Ehefrau auf Herausgabe eines bestimmten Vermögensbetrages.

„Für die Vermögenstheilung geschiedener Ehegatten ist der Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtskraft des die Scheidung aussprechenden Urtheils maßgebend (civilrechtl. Entscheid. III, S. 420). Daher hat der auf Vermögenstheilung klagende Ehegatte, wenn seine Klage schlüssig sein soll, den der Theilung unterliegenden Vermögensbestand, wie er sich in jenem Zeitpunkte herausgestellt hat, genau aufzugeben. Im vorliegenden Falle räumt aber Klägerin ausdrücklich ein, daß sie außer Stande sei anzugeben, wieviel Vermögen die Litiganten bei der Ehescheidung thatsächlich besessen hätten, und beschränkt sich darauf, den Werth des im Herbste vorigen Jahres zu Beginn des Ehescheidungsprocesses angeblich vorhanden gewesenen Vermögens zu beziffern. Der Unterrichter hat diese Angabe der Klägerin zur Begründung ihres Anspruches für ausreichend erachtet. Er ist der Meinung, daß, wie bei Rechtsverhältnissen, so auch bei thatsächlichen Verhältnissen derjenige, welcher sich auf dieselben berufe, nur deren Entstehung zu behaupten brauche, während eine Veränderung oder den Untergang geltend zu machen, Sache des Gegners sei. Dieser Ansicht kann oberrichterlich nicht beigepflichtet werden. Ein Rechtssatz, daß die Fortdauer des Besitzes solange zu vermuthen sei, als nicht vom Gegner der Verlust des Besitzes nachgewiesen worden, ist nicht vorhanden (Seuffert's Archiv VIII, 232. XVIII, 114). Ebensowenig läßt sich auch im Fragefalle, wo zwischen Beginn und Ende des Scheidungsprocesses

der Zeitraum eines halben Jahres liegt, von dem älteren auf den neuesten Besitz ein sicherer Schluß ziehen ... zumal der beklagte Ehemann auch während des Scheidungsprocesses zur freiesten Verfügung über die gesammte in der Gütergemeinschaft begriffene Vermögensmasse berechtigt war (Art. 84 des Prov.-Rechts Th. 3) und in Anbetracht der durch den Scheidungsproceß unter den Litiganten hervorgerufenen Animosität alles Andere eher anzunehmen ist, als daß er auf seine Dispositionsbefugniß lediglich zu Gunsten der Klägerin verzichtet und daher das bei Beginn des Ehescheidungsprocesses in seinem Besitze befindliche Vermögen intact erhalten haben sollte. Somit ist Klägerin mit ihrer Klage auf Vermögenstheilung angebrachtermaßen abzuweisen.

Falls die klagende Ehefrau nicht die Möglichkeit hatte, sich über den Stand des unter der Verwaltung des Ehemannes befindlichen Vermögens zur Zeit der Ehescheidung Gewißheit zu verschaffen, so stand ihr, bevor sie auf Vermögenstheilung klagte, nach Art. 4458 a. a. O. frei, von dem Ehemann gehörige Rechnungslegung zu beanspruchen und erforderlichen Falls auf dem Rechtswege zu erzwingen. In seiner Vertheidigung auf eine solche Präjudicialklage wäre es dann Sache des Ehemannes, darzulegen, daß und weshalb das während bestandener Ehe vorhandene und unter seiner Verwaltung befindlich gewesene gemeinschaftliche oder ehefräuliche Vermögen später in seinem Bestande verringert sei."
(Querelbescheid des Raths vom 7. Januar 1883, № 112.)

1240. Begründung des von dem geschiedenen Ehemanne erhobenen Anspruchs auf Ersatz der auf die Immobilien der geschiedenen Frau während der Ehe von ihm gemachten Verwendungen.

„Die in Beschwerde gestellte Entscheidung der I. Section des Landvogteigerichts beruht auf der Erwägung, nach Art. 126 des Privatrechts werde das während der Ehe vereinte Vermögen durch die Ehescheidung in seine ursprünglichen Bestandtheile aufgelöst und jeder Ehegatte nehme das von ihm in die Ehe gebrachte Vermögen heraus. Die klägerische Forderung auf Ersatz des Betrages von 1250 Rbl. für den Neubau eines Hauses auf dem der Beklagten gehörigen Grundstücke falle unter den Gesichtspunkt des Ersatzes

von Verwendungen, welche Kläger angeblich aus seinem eingebrachten Vermögen auf das Immobil der Beklagten gemacht und dadurch letzteres in seinem Werthe erhöht habe. Solche Verwendungen seien gemäß Art. 63 a. a. O. dem klagenden Ehemanne bis zum Betrage der Wertherhöhung zu ersetzen und der bezügliche Klageanspruch sei daher schlüssig begründet, weshalb dem Kläger der Beweis des Werthes des Hauses, sowie der Bestreitung der Baukosten aus seinem, in die Ehe gebrachten oder gesondert erworbenen, Vermögen nachzugeben sei.

Die Querel der Beklagten behauptet dagegen, da unter den Parteien Gütergemeinschaft bestanden habe, sei mit dem Momente der Eheschließung alles von beiden Theilen in die Ehe gebrachte Vermögen gemeinschaftlich geworden, so daß von der Bestreitung der Baukosten aus dem Sondervermögen des Klägers nicht die Rede sein könne. Deshalb dürfe auch bei der Vermögenstheilung nicht ein einzelnes Vermögensobject herausgegriffen, sondern es müsse das ganze Vermögen berücksichtigt und abgeschätzt werden. Der angezogene Art. 63 gehöre dem Landrechte an und sei auf die stadtrechtliche Gütergemeinschaft nicht anwendbar.

Diese Angriffe gegen die Rechtsauffassung des ersten Richters treffen indessen nicht zu. Die nach Art. 79 a. a. O. mit der Ehe eintretende Gütergemeinschaft bewirkt nicht ein Miteigenthum beider Ehegatten an dem beiderseitigen Vermögen, sondern jeder von ihnen bleibt Eigenthümer der von ihm eingebrachten Sachen und dieselben werden nur äußerlich zu einer gesammten Masse vereinigt (Art. 80 a. a. O.), an welcher — mit Ausschluß des Sondergutes — dem Manne das Recht der Verwaltung und Verfügung vermöge der Mundialgewalt zusteht (Art. 82, 84 und 85 a. a. O.). Wie hiernach die Behauptung, daß alles Vermögen der Ehegatten „gemeinschaftliches" sei, unrichtig ist, sofern man unter der Gemeinschaft ein Miteigenthum versteht (vgl. darüber civilrechtl Entscheid. VI, Seite 90 und 91), so ist es auch ein Irrthum, daß bei der Vermögenstheilung im Falle der Ehescheidung das gesammte Vermögen abzuschätzen und dann nach Quoten zu theilen sei, nicht aber einzelne Vermögensobjecte herausgegriffen werden dürften. Der Art. 126 unterscheidet sehr bestimmt zwischen dem in die Ehe gebrachten (bzw. besonders erworbenen) und dem während der Ehe

gemeinschaftlich erworbenen Vermögen: nur dieses wird zu gleichen Theilen getheilt, jenes aber nimmt derjenige Gatte, welcher es in die Ehe gebracht hatte, heraus und zu diesem Zwecke kann er sich, soweit dasselbe in noch vorhandenen körperlichen Sachen besteht, vermöge des ihm zustehenden Eigenthums der Eigenthumsklage bedienen. Dies gilt auch von der geschiedenen Frau, indem das Verwaltungsrecht des Ehemannes mit dem Momente der Ehescheidung hinweggefallen, die bis dahin geruht habende Dispositionsbefugniß der Frau somit wieder wirksam geworden ist. Wenn nun die Frau — wie im Fragefalle — ein ihr zugehöriges Immobil aus der Gütermasse vermöge ihres Eigenthums daran herausnimmt, so stehen dem Ehemanne wegen der von ihm darauf aus seinem Vermögen gemachten Verwendungen nach den allgemeinen dafür bestehenden Rechtsvorschriften Ersatzansprüche zu (civilrechtl. Entscheid. I, Seite 23, 24. III, Seite 30). Das ergiebt nicht nur der Art. 920, sondern auch der Art. 63 a. a. O., dessen Anwendbarkeit Beklagte mit Unrecht bestreitet, da derselbe gleichfalls die Herausgabe der Immobilien der Frau durch den Ehemann voraussetzt und somit auf dem gleichen Rechtsgrunde beruht, welcher nach Art. XXI. der Einleitung die analoge Anwendung rechtfertigt. Der zur Klage gebrachte Ersatzanspruch wegen der Verwendungen erscheint hiernach rechtlich nicht unbegründet, zumal es an sich klar ist, daß durch die Aufführung eines Gebäudes auf dem Grundstücke der Beklagten, der Werth desselben bleibend erhöht worden ist, und Beklagte selbst anführt, daß der Bau einen höheren Werth repräsentire, als das vom Kläger darauf verwendete Geld.

Dagegen hebt Beklagte mit Recht hervor, daß Kläger zur thatsächlichen Substantiirung seiner Klage hätte anführen müssen, daß, wieviel und wie er Verwendungen auf das Grundstück gemacht bzw. Kosten bei Aufführung des Gebäudes bestritten habe. Kläger begnügt sich mit der nackten Behauptung, er habe ein vollständig neues Haus im Werthe von 1250 Rbl. aus eigenen Mitteln aufgeführt und Beklagte habe, da der Werth des Grundplatzes durch den Bau im Werthe gestiegen sei, ihm diesen Werth zu ersetzen. Diese Schlußfolgerung ist zur Begründung des Ersatzanspruchs aber nicht ausreichend. Denn dieser kann, wenn er — wie hier — durch Klage geltend gemacht wird, nur auf Grund eines Auf-

trages der Frau oder einer nützlichen Geschäftsführung erhoben werden, je nachdem die Frau in die Verwendung gewilligt hat oder nicht. In dem einen, wie in dem anderen Falle geht der Anspruch aber auf Ersatz des thatsächlich Verwendeten (Art. 63, 577, 4393 ff. 4449 ff. a. a. O.), nicht auf Ersatz des Werthes. Vielmehr bestimmt der Art. 580 ausdrücklich, daß die Verwendungen nur bis zum Betrage der Wertherhöhung zu ersetzen seien, wenn sie mehr als letztere betragen, und daß umgekehrten Falls nicht der höhere Werth, sondern nur der niedere Kostenbetrag erstattet werden solle. Kläger nimmt also irrthümlich an, daß er seinen Anspruch auf Ersatz des Werthes des Gebäudes richten könne, und die von ihm erhobene Klage ist zurückzuweisen, weil und so lange er nicht aufgiebt, welche Beträge er aus seinem Vermögen auf den Bau verwendet hat und in welcher Weise die Verwendung geschehen ist, ob z. B. durch baare Auslagen oder wie sonst." (Querelbescheid des Raths vom 8. Februar 1885, № 1070.)

1241. Dem geschiedenen Manne kann wegen der unterlassenen Auskehrung oder Sicherstellung des Vermögens der geschiedenen Frau die Eingehung einer neuen Ehe nicht versagt werden.

„Gegenüber der Auffassung des Waisengerichts (in dem Bescheide vom 18. October 1884, № 1187) daß, der geschiedenen Frau zur Sicherstellung ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche an den geschiedenen Mann nur dieselben Zwangsmittel zu Gebote ständen, wie jedem anderen Gläubiger, daß sie aber nicht wegen derselben die Eingehung einer neuen Ehe seitens des geschiedenen Mannes hindern könne*), giebt Querulantin zu, daß es an einem speciellen Gesetze zu Gunsten ihres Verlangens fehle, hält das Verlangen, daß Kläger vor Befriedigung ihrer Ansprüche die Concession zum Aufgebote mit seiner jetzigen Braut nicht erhalte, jedoch aufrecht, indem sie behauptet, man könne gegen jeden drohenden Schaden Sicherstellung fordern und durch die Verehelichung des Klägers drohe der Durchführung ihrer Ansprüche gegen ihn insofern Schaden, als durch die Vermischung des in seiner Verwaltung befindlichen Vermögens mit demjenigen seiner künftigen Frau der Nachweis

*) Vgl. Band III, № 293.

des der Beklagten gehörigen Vermögens wesentlich erschwert, ja zum Theil unmöglich gemacht werden würde.

Der letztere Grund trifft nun schon an sich nicht zu, da der Beweis des Eigenthums durch den Hinzutritt anderer Gegenstände zu dem vom Kläger verwalteten Ehevermögen nicht wohl beeinträchtigt werden kann; wogegen die der Beklagten gebührende Hälfte an der Errungenschaft durch solchen Hinzutritt sich bei Feststellung der betreffenden Quote allenfalls vergrößern, aber nicht zum Schaden der Beklagten verringern dürfte. Abgesehen davon ist der angeführte Umstand aber auch rechtlich nicht entscheidend. Zur Sicherung gegen einen drohenden Vermögensnachtheil dienen die durch das Privatrecht bzw. den Civilproceß gegebenen Rechtsmittel, deren Benutzung der Beklagten freisteht. Die Frage, aus welchen Gründen jemandem die Eingehung einer Ehe verwehrt werden kann, gehört aber nicht in das Gebiet des Vermögens-, sondern des Eherechtes und kann deshalb nur aus letzterem beantwortet werden. Da nun das für das Eherecht der Protestanten als Norm dienende Gesetz für die evangelisch-lutherische Kirche in Rußland als ein aufschiebendes Ehehinderniß wohl die Unterlassung der Sicherstellung des Vermögens der Kinder eines geschiedenen Gatten hinstellt (Art. 84), dagegen nirgend die Zulässigkeit der Wiederverheirathung eines Geschiedenen von der Sicherstellung der vermögensrechtlichen Ansprüche des anderen geschiedenen Ehegatten abhängig macht, so entbehrt der Antrag der Querulantin der rechtlichen Grundlage."

(Aus den Motiven des Querelbescheides des Raths vom 7. December 1884, № 8397).

1242. „Die exceptio plurium constupratorum

ist unstatthaft, wenn der aus der unehelichen Vaterschaft Beklagte die Vaterschaft selbst anerkannt hat, weil sie nur die aus dem Beischlafe mit der Mutter des Kindes während der kritischen Periode sich ergebende Vermuthung der Vaterschaft aufhebt, während der Art. 165 des Prov.-Rechts Th. III die uneheliche Vaterschaft ausdrücklich durch zwei verschiedene Thatsachen constatiren läßt, nämlich einerseits durch freiwilliges Bekennen zu derselben und andererseits durch das Concumbiren mit der Mutter des Kindes während der kritischen Periode. Hätte Beklagter also seine Vaterschaft

zu dem hier in Frage stehenden Kinde selbst anerkannt, so wäre freilich die Einrede der mehreren Zuhälter ausgeschlossen*). Das untergerichtliche Beweisinterlocut hat aber die Thatsache, daß Beklagter sich selbst als Vater des von der Klägerin geborenen Sohnes bekannt habe, weder als bereits dargethan angesehen, noch zum Beweise verstellt . . . Sofern Klägerin sich dadurch verletzt fand, hätte sie gegen das Beweisinterlocut ein Rechtsmittel einlegen müssen. Da die Beweisauflage aber rechtskräftig geworden ist, kann dem Beklagten der Beweis der gedachten Einrede nicht abgeschnitten werden."

(Aus den Motiven des Querelbescheides des Raths vom 4. Mai 1884, № 3123).

1243. Der uneheliche Vater kann die Klage der Mutter auf Herausgabe des Kindes nicht durch die Einrede abwehren, daß das Kind bei der Mutter schlecht aufgehoben sei, solange der letzteren nicht dieserhalb die elterliche Gewalt von dem zuständigen Waisengerichte abgesprochen ist.

Auf die Klage der Mutter war der uneheliche Vater in erster Instanz zur Herausgabe des Kindes an die Klägerin verurtheilt worden. Der Beklagte querulirte und beschwerte sich namentlich darüber, daß ihm nicht wenigstens der Beweis gestattet sei, daß Klägerin ein vagirendes Leben führe und sich überhaupt zur Aufnahme und Erziehung des Kindes nicht qualificire. Darauf erging in zweiter Instanz am 16. September 1883 sub № 6289 folgender Querelbescheid:

„Nach Art. 172 des Privatrechts gebührt die Erziehung eines unehelichen Kindes der Mutter, wenngleich nach Art. 168 a. a. O. dem Vater zunächst die Verbindlichkeit obliegt, seinem unehelichen Kinde die erforderlichen Alimente zu verabreichen. Der Art. 172 bestimmt zwar weiter, daß, wenn das Kind der mütterlichen Pflege nicht mehr bedarf und der Vater, statt Alimente zu reichen, selbst die Erziehung des Kindes zu übernehmen wünscht, ihm solches nur versagt werden kann, wenn sein Lebenswandel nicht tadellos und daher für die Zweckmäßigkeit der Erziehung eine genügende Besorgniß vorhanden

*) Ebenso das Beweisinterlocut des Vogteigerichts vom 16. April 1881, № 69.

ist; damit räumt er dem Vater des unehelichen Kindes aber keineswegs ein bedingtes Erziehungsrecht ein, sondern giebt ihm nur die Möglichkeit, anstatt der Verabreichung von Alimenten die Erziehung selbst zu übernehmen, so daß die Mutter, falls sie auf die Alimente verzichtet und ihr uneheliches Kind selbst zu erhalten Willens und im Stande ist, die Erziehung dem Vater abzutreten nicht gezwungen werden kann (civilrechtl. Entscheid. II, № 176; vgl. auch V, № 699). Demnach kann es sich nur fragen, ob die der Klägerin gemachten Vorwürfe über ihre Abneigung zu seßhaftem Leben, ihre angebliche sittliche Rohheit und ihren Mangel an Bildung dazu Anlaß bieten konnten, ihr die Kinder vorzuenthalten und die Erziehung derselben dem Vater zu überlassen. Hier muß dem Untergerichte darin beigestimmt werden, daß die Behauptungen des Beklagten einestheils zu unbestimmt und zu wenig auf Thatsachen gegründet, anderentheils unerheblich oder geradezu ungerechtfertig sind . . . .

Außerdem muß folgende, vom Untergerichte nicht hervorgehobene Erwägung dahin führen, ein jedes Beweisverfahren abzuschneiden und sogleich, wie geschehen, in der Hauptsache zu erkennen und zwar selbst dann, wenn die vom Beklagten hervorgehobenen Thatsachen an sich einen genügenden Anlaß dazu geboten hätten, die Klägerin ihres Erziehungsrechtes zu berauben. Nach Art. 167 a. a. O. steht dem Vater eines unehelichen Kindes die elterliche Gewalt über dasselbe überhaupt nicht zu, die Erziehung und die elterliche Gewalt gebührt vielmehr der Mutter allein (Art. 172). Wenn daher der Vater genügenden Anlaß zu haben glaubt, der Mutter das uneheliche Kind zu entziehen und die Erziehung und Pflege desselben selbst zu übernehmen, so hat er sich nach Art. 255 bzw. 288 a. a. O. an das hierzu competente Gericht mit der Bitte zu wenden, daß die elterliche Gewalt der Mutter aufgehoben oder beschränkt und daß das Erziehungsrecht ihm zuerkannt werde. Berücksichtigt man nun, daß es sich in einem solchen Falle wesentlich um das Interesse eines unmündigen Kindes und eventuell um Bestellung einer Vormundschaft handelt, so kann nach Art. 560 Pkt. 1 und 4 des I. Theils des Prov.-Rechts nur das Waisengericht für competent erachtet werden, nach Prüfung der vorgebrachten Thatsachen die elterliche Gewalt der Mutter aufzuheben oder zu Gunsten des, etwa zum Vormunde zu ernennenden, Vaters des unehelichen Kin-

des zu beschränken. Das Landvogteigericht (I. Section) war mithin garnicht berechtigt, in eine Prüfung und Entscheidung der Frage einzutreten, ob nicht die der Klägerin gesetzlich zustehende elterliche Gewalt über ihr uneheliches Kind aufzuheben oder zu beschränken sei. Es mußte vielmehr, da die elterliche Gewalt der Klägerin zur Zeit besteht, die Weigerung des Beklagten für widergesetzlich erkennen und die sofortige Auslieferung des Kindes decretiren."

1244. Ungiltigkeit der von der unehelichen Mutter dem unehelichen Vater gemachten Zusage, auf ihre elterlichen Rechte zu verzichten.

Klägerin klagte auf Herausgabe ihrer mit dem Beklagten außerehelich erzeugten und demselben zur Erziehung übergebenen Kinder, weil Beklagter ihr den Zutritt zu denselben verweigere. Beklagter erklärte, Klägerin habe gegen eine Abfindungssumme von 600 Rbl. sich verpflichtet, die beiden Kinder ihm ausschließlich zur Erziehung zu überlassen und sich um sie nicht weiter zu kümmern, — was Klägerin leugnete. In dem Erkenntnisse der II. Section des Landvogteigerichts vom 16. April 1883, № 88 wurde Beklagter trotz seines Einwandes zur Auslieferung der Kinder verurtheilt. Gründe:

„Nach Art. 167 des Privatrechts ist der Vater eines unehelichen Kindes zwar, ebenso wie die Mutter, zur Verpflegung und Erziehung verpflichtet, ohne indessen die väterliche Gewalt über das Kind zu erlangen.

Die elterliche Gewalt steht allein der unehelichen Mutter zu und ihr vor allem ist durch den Art. 172 die Erziehung des unehelichen Kindes zur Pflicht gemacht. Sowie sich die Eltern überhaupt ihrer elterlichen Gewalt ohne Mitwirkung des competenten Gerichts nicht entäußern können, so kann auch die Mutter eines unehelichen Kindes ihr Elternrecht nicht durch Vereinbarungen einbüßen, welche gerichtlich nicht sanctionirt sind, geschweige denn durch eine Abfindungssumme sich ihr Elternrecht abkaufen lassen. Die vom Beklagten behauptete Vereinbarung, selbst wenn sie getroffen sein sollte, ist daher ganz unerheblich und rechtlich unwirksam.

Wenn Klägerin ihre elterliche Gewalt mißbraucht haben sollte oder wenn sie auf dieselbe freiwillig zu Gunsten des Beklagten

Verzicht zu leisten geneigt wäre, so wäre dennoch nach Art. 228 und 229 des Privatrechts zur Aufhebung der elterlichen Gewalt die Mitwirkung des competenten Gerichts unerläßlich gewesen. Durch eine private Vereinbarung kann die elterliche Gewalt hingegen nicht verloren gehen. Da nun Beklagter nicht einmal hat behaupten können, daß der Klägerin Elternrechte durch eine richterliche Entscheidung aufgehoben oder beschränkt worden seien, so kann er auch der Klägerin die Kinder nicht vorenthalten."

1245. Vergleich zwischen der Mutter und dem Vater des unehelichen Kindes über dessen Alimentirung.

„Voraussetzung der Geltendmachung der Ansprüche des außerehelichen Kindes gegen den Vater ist die Vaterschaft, auf deren Anerkennung, wenn sie bestritten ist, dem Kinde ein Klagerecht zusteht. Ob auch der außerehelichen Mutter zum Behufe der Verfolgung des Alimentationsanspruches ein selbständiges Klagerecht auf Anerkennung der Vaterschaft zustehe, ist gemeinrechtlich bestritten (vgl. Roth, System des deutschen Privatrechts II, § 173), jedoch ist im Geltungsgebiete des Prov.-Rechts durch constante Praxis diese Frage bejahend entschieden, weil nach Art. 167 Th. III. der Mutter eine mit der des Vaters concurrirende Alimentationspflicht obliegt und die Mutter daher ein selbständiges Interesse daran hat, daß ihr die Last der Verpflegung des Kindes von dem natürlichen Vater zum größeren Theil abgenommen werde (vgl. Seuffert's Archiv XVII, 49). Ist aber der außerehelichen Mutter ein concurrirendes selbständiges Klagerecht auf Anerkennung der Paternität und bzw. Alimentirung des Kindes zuzugestehen, so ist hiervon die Rechtsfolge die, daß die Abweisung der von der Mutter angestellten Klage dem Klagerechte des Kindes nicht präjudicirt, daß der Verzicht der Mutter auf die Paternitätsklage (der s. g. Schweigvertrag) für das Kind nicht verbindlich ist und daß der zwischen der Mutter und dem Erzeuger sei es gerichtlich, sei es außergerichtlich geschlossene Alimentenvergleich die selbständigen Rechte des Kindes auf Alimentation nicht beeinträchtigt. Vielmehr sind die zwischen den außerehelichen Eltern geschlossenen Verträge, durch welche die thatsächlich bestehende Paternität von der Mutter als nicht vorhanden anerkannt oder ein Verzicht auf Alimentenfor-

derungen durch die Mutter erklärt wird, als zwischen Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäfte anzusehen, welche der Klage des Kindes oder seiner gesetzlichen Vertreter (Vormund, Curator) nicht im Wege stehen (Roth, a. a. O. Seuffert's Archiv XXX, 34) . . . . Klägerin selbst aber hat ihr Klagerecht gegen den Beklagten eingebüßt, weil sie durch den zu Protokoll gegebenen Vergleich gegen Empfang der Vergleichssumme von 200 Rbl. für immer auf alle Ansprüche, die aus der Paternität des Beklagten hergeleitet werden könnten, verzichtet hat . . . Nach Art. 3594 a. a. O. kann ein Vergleich von jedem abgeschlossen werden, der bei der in Rede stehenden Angelegenheit interessirt ist, und oben ist bereits nachgewiesen, daß die außereheliche Mutter wegen Alimentirung ihres Kindes ein selbständiges Klagerecht gegen den Erzeuger hat. Im Vorprocesse hatte Klägerin nicht im Namen ihres unmündigen Sohnes geklagt, sondern ihr selbständiges Klagerecht zur Geltung gebracht. Auf dieses Recht durfte sie für die Zukunft verzichten, ohne die Mitwirkung des Waisengerichts in Anspruch zu nehmen . . . .

Die Frage, ob im concreten Falle sämmtliche Formalitäten beim Vergleich über anhängige Rechtssachen beobachtet seien, würde nur dann von Belang sein, wenn eine Fortsetzung des Processes, der durch den Vergleich seinen Abschluß gefunden, beantragt worden wäre, was indessen in der Intention der Klägerin garnicht liegt, da sie sonst nicht ihren Anspruch bei einem anderen Gericht geltend gemacht hätte. Abgesehen davon kann der Ansicht der Klägerin, daß im Fragefalle die gerichtliche Bestätigung des Proceßvergleiches nicht erfolgt und dieser Vergleich nach Art. 3598 a. a. O. daher unwirksam sei, nicht beigetreten werden. Denn — wie bereits in dem Querelbescheide vom 14. August 1881, № 5492 des Näheren auseinander gesetzt worden — ist bei der Interpretation des Art. 3598 das Gewicht auf die daselbst angeordnete Vergleichsanzeige beim Proceßrichter zu legen, ohne welche eine Bestätigung oder Nichtbestätigung des Vergleiches eben nicht erfolgen kann. Der Richter hat hierbei keineswegs auf eine materielle Prüfung des Vergleichsinhaltes einzugehen, sondern die Versagung oder Bestätigung des Proceßvergleiches einzig von dem Umstande abhängig zu machen, ob in dem Vergleiche eine Verletzung des öffentlichen Rechts

zu finden sei oder nicht (vgl. Art. 285 des I. Theils des Prov.-Rechts). Wenn aber, wie im Fragefalle geschehen, der Proceßrichter den von beiden Theilen angezeigten Vergleich nicht nur nicht zurückweist, sondern zu Protokoll verschreiben läßt und zugleich die Deletion der pendenten Sache anordnet, so hat er auf unzweideutige Weise an den Tag gelegt, daß eine Bestätigung des Vergleiches erfolgt sei."

(App. Erk. des Raths vom 11. Januar 1884, № 264).

1246. Ersatzanspruch gegen die Eltern wegen des für das Hauskind von einem Dritten gemachten Aufwandes.

Durch Eidesleistung war festgestellt, daß der Kläger für den minderjährigen Sohn der beklagten Eltern Kleider angeschafft, dessen rückständige Abgaben bezahlt und ihm die nothwendigen Legitimationspapiere besorgt hatte, welche derselbe zur Erlangung einer Anstellung bedurfte. Desgleichen war unstreitig, daß der Sohn der Beklagten die Anstellung wirklich erlangt hatte und daß die Auslagen des Klägers für ihn im Ganzen 101 Rbl. betrugen.

„Es fragt sich nur noch — heißt es in dem Erk. der I. Section des Landvogteigerichs vom 21. September 1882, № 308 — ob der zur Klage gebrachte Ersatzanspruch schon durch diese Thatsachen begründet wird, oder ob dazu noch der Auftrag bzw. die Zustimmung der Beklagten hinzuzutreten hat.

Nach Art. 199 des Prov.-Rechts Th. 3 sind die Eltern verbunden, die ihrer Gewalt unterworfenen Kinder nach Stand und Vermögen mit Unterhalt und Kleidung zu versehen. Da das Kind schon mit seiner Geburt der elterlichen Gewalt unterworfen ist, wäre eine Aufhebung derselben durch Errichtung eines besonderen Hausstandes des beklagtischen Sohnes (Art. 231 und 232 l. c.) von den Beklagten darzuthun gewesen. Beklagte haben aber weder in der Klagebeantwortung, noch in der Duplik behauptet, daß ihr Sohn bereits einen abgesonderten Hausstand errichtet hätte, sondern nur, daß er erwachsen und in der Lage gewesen sei, selbst sein Brot zu erwerben, da er bereits mehrere mit Gehalt verbundene Stellen bekleidete, ehe die Frau des Klägers sich seiner annahm; woraus ein Erlöschen der Verpflichtung der Beklagten, für Unterhalt und Kleidung ihres Sohnes zu sorgen, nicht folgt. Bestand

mithin diese Verpflichtung der Beklagten noch, so sind sie nach den Grundsätzen über die auftraglose Geschäftsführung auch gehalten, dem Kläger die streitigen Auslagen für ihren Sohn zu ersetzen, wiewohl nur bewiesen ist, daß die beklagte Mutter diese Ersatzpflicht anerkannt, nicht daß auch ihr Mann dem zugestimmt hat. Denn diese Ausgaben sind ihrem Zwecke nach dazu bestimmt gewesen, dem Sohne der beiden Beklagten den Eintritt in den Staatsdienst, also die Erwerbung eines festen Unterhaltes zu ermöglichen, und ihrem zugestandenen Umfange nach durchaus nicht übertrieben, sondern durchaus nothwendig gewesen, so daß Beklagte sie gegenüber ihrem minderjährigen und daher noch jedenfalls der Unterstützung bedürftigem Sohne selbst nicht hätten vermeiden können. Wenn sie ihnen aber durch die Auslage der klägerischen Ehefrau vorläufig erspart geblieben sind, so darf Kläger doch gemäß Art. 4423 und 4449 (vgl. auch 4454) von den Beklagten die Erstattung des Betrages fordern, welchen er für den Sohn der letzteren bezahlt hat, während Beklagte ihrerseits zu solcher Zahlung rechtlich verbunden waren. Demnach haben Beklagte zur Zahlung der streitigen 101 Rbl. verurtheilt werden müssen."

Diese Entscheidung ging in Rechtskraft über.

1247. Der Vater, welcher die Aufnahme der Mutter bei sich verweigert, darf die Alimentation der noch der mütterlichen Pflege bedürftigen Kinder nicht davon abhängig machen, daß dieselben sich von der Mutter trennen und zu ihm zurückkehren.

I. „Klägerin, welche seit drei Jahren mit ihren Töchtern (im Alter von 15, 9 und 4 Jahren) von dem Beklagten, ihrem Ehemanne, getrennt lebt, fordert von demselben, daß er ihr zur Erziehung der genannten Töchter 40 Rbl. monatlich aussetze. Sie giebt vor, daß Beklagter vor 3 Jahren aus ihrer bis dahin gemeinschaftlich eingenommenen Wohnung fortgezogen sei und dabei erklärt habe, daß er in keinem Falle länger mit ihr zusammen leben wolle, sowie daß Beklagter sich seitdem um seine Töchter, abgesehen davon, daß er für sie das Schulgeld bezahlt, weiter nicht gekümmert, auch die Klägerin nicht aufgefordert habe, in die von ihm eingenommene Wohnung zu ziehen und mit ihm das eheliche Leben fortzusetzen.

Beklagter erkennt eine Verpflichtung zur Bezahlung der geforderten Alimente nicht an, weil, wie er behauptet, Klägerin unter Mitnahme der Töchter von ihm fortgezogen sei, ihn also böswillig verlassen habe. Beklagter vermißt in der Klage die Angabe von Motiven für die Gewährung von Alimenten in gesondertem Haushalte und behält sich vor, wegen Herausgabe der Töchter Klage zu führen.

Die II. Section des Landvogteigerichts hat mittelst Bescheides vom 27. November 1884, № 329 die Entscheidung der Sache davon abhängig gemacht, daß von der Klägerin in Erweis gestellt würde, daß Beklagter sie verlassen und dabei erklärt gehabt habe, daß er nicht länger mit ihr zusammen leben wolle.

Beklagter hat aber zur Querel gegriffen, weil der Klägerin der in Rede stehende Beweis nachgegeben und nicht vielmehr die Klage, unter Bestätigung der Einrede der mangelnden rechtlichen Begründung angebrachtermaßen abgewiesen worden sei.

Die Querel ist für berechtigt nicht zu erachten. Nach dem Gesetze sind die Eltern verbunden, für das Leben und die Gesundheit der ihrer Gewalt unterworfenen Kinder zu sorgen, sie nach Stand und Vermögen mit Unterhalt und Kleidung zu versehen und ihnen eine gute christliche Erziehung zu geben. (Art. 199 des Prov.-Rechts Thl. 3). Während dem Vater als dem Ernährer seiner Familie unter allen Umständen in erster Reihe die Sorge für die materielle Wohlfahrt der Kinder, und zwar, selbst dann obliegt, wenn bei einer Ehescheidung die Erziehung derselben die Mutter ausschließlich erhalten hat (Art. 200 l. c), so ist solches hinsichtlich der Erziehung nicht ohne Weiteres zu statuiren. Die elterliche Gewalt steht in persönlicher Beziehung beiden Eltern zu und hat hierbei zwar regelmäßig der Wille des Vaters dem der Mutter vorzugehen (Art. 197 l. c); indessen hat diese Bestimmung nur mit der Einschränkung Geltung, daß hierdurch nicht dem Wesen der elterlichen Pflichten widersprechend die Wohlfahrt, sowie das sittliche und geistige Gedeihen der Kinder leidet. Demgemäß bestimmt auch das Gesetz ausdrücklich, daß die Mutter, wenn sie überzeugt ist, daß des Vaters Wille den Kindern nachtheilig sei, den Richter um Zurechtstellung anrufen und in solchem Falle ihr ausschließlich die Erziehung der Kinder übertragen werden könne (Art. 198 l. c.).

Dem zu ereichenden Zwecke widerspräche aber auch eine Einschränkung der gedeihlichen körperlichen oder geistigen und sittlichen Entwickelung, welche dadurch bedingt ist, daß dem voraussichtlich (wie etwa durch das Geschlecht 2c.) weniger geeigneten Ehegatten die ausschließliche Erziehung anheim fiele. Hiernach wird, auch ohne daß eine specielle gesetzliche Bestimmung solches gebietet, dem Geiste des Gesetzes entsprechend, anzuerkennen sein, daß, sofern eine gleichzeitige Betheiligung beider Eltern an der Erziehung nicht möglich ist, dieselbe demjenigen von ihnen, unabhängig von einem etwaigen Verschulden des anderen in dieser Beziehung, ausschließlich anheimzugeben ist, welcher als der geeignetere erscheint. Im Allgemeinen wird bei Töchtern die Mutter wegen der Gleichheit des Geschlechts sich mehr zur Erziehung qualificiren, als der Vater. Macht nun der Ehemann der Ehefrau es unmöglich, mit ihm in einem gemeinsamen Hauswesen zu leben, so wird es in der Regel für berechtigt zu erachten sein, daß die aus der Ehe entsprossenen, noch erziehungsbedürftigen Töchter der Obhut der Mutter zufallen, es sei denn, daß im concreten Falle speciell etwas gegen die Ersprießlichkeit dieses Zustandes spreche. Da dieses sich aber nur als Ausnahme hinstellt, so sind die solches begründenden Thatsachen in das Gebiet der Einreden zu verweisen und demgemäß von der Gegenpartei besonders geltend zu machen und resp. zu beweisen. Da nun in casu die streitenden Ehegatten nicht zusammen leben und es sich um minderjährige Töchter handelt; da ferner die Klägerin ausdrücklich behauptet hat, daß Beklagter vor ca. 3 Jahren aus der gemeinschaftlich eingenommenen Wohnung fortgezogen sei und dabei erklärt habe, er wolle in keinem Falle länger mit der Klägerin zusammen leben, — so folgt aus den vorstehenden Erwägungen die Unrechtfertigkeit der von Beklagtem wider den untergerichtlichen Bescheid erhobenen Querel."

(Querelbescheid des Raths vom 15. Februar 1885, № 1238).

II. „Daß Klägerin mit ihrem beklagten Ehemanne zusammenzuleben nicht verpflichtet ist, kann nach der vorliegenden Entscheidung des hiesigen Rabbinats nicht weiter angezweifelt werden. Ausstellungen gegen diese Entscheidung hat Kläger nicht bei diesem Gerichte, sondern bei der dem Rabbiner vorgesetzten Instanz

anzubringen. Ebenso ist es als feststehend anzusehen, daß Beklagter gemäß dem Art. 199 des Provinzialrechts Thl. III in erster Reihe für den Unterhalt seiner beiden, von der Klägerin mit ihm gezeugten Söhne die nöthigen Mittel herzugeben verpflichtet ist. Dagegen bedarf es einer Entscheidung darüber, ob die beiden Kinder der Litiganten der Klägerin zur Pflege und Erziehung überlassen werden sollen, oder ob nicht vielmehr das älteste Kind — zur Zeit der Anstellung der Klage 1 Jahr 9 Monate alt — dem Willen des Vaters gemäß, diesem zur Erziehung zu übergeben sei. Dem Sinne und Geiste des Provinzialrechts (cf. die Analogie bezüglich der unehelichen Kinder, Art. 172 l. c.) erscheint es jedenfalls entsprechend, daß bei nicht stattfindendem Zusammenleben der Eltern das Kind erst, wenn es der mütterlichen Pflege nicht mehr bedarf, nach hiesiger Gerichtspraxis (civilr. Entscheid. III, S. 33 u. V, 22) mithin vom 7. Lebensalter ab, dem Vater auf dessen etwaigen Wunsch zur Erziehung übergeben werden kann, bis dahin aber bei der Mutter zu lassen ist, es sei denn, daß der Vater darzuthun im Stande ist, daß die Mutter ihre Pflicht verletzt und das Kind verkommen läßt: solchen Falls wäre der Vater zweifellos kraft der ihm zustehenden elterlichen Gewalt berechtigt, sein Kind der Mutter fortzunehmen und für dessen Pflege und Erziehung selbst zu sorgen. Sollte jedoch auch des Vaters Erziehung dem Kinde nachtheilig und die Mutter solches nachzuweisen im Stande sein, so ist ihr bezüglich der Ausübung der elterlichen Gewalt auf Grund des Art. 198 des Provinzialrechts Thl. III das Vorrecht vor dem Vater einzuräumen. Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ist der Anspruch der Klägerin, daß auch ihr ältestes Kind W. ihr zur Pflege und Erziehung überlassen werde, für gerechtfertigt zu erkennen."

(Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 28. Juni 1883, № 176.)

1248. Erziehung der Kinder im Falle der Ehescheidung, wenn derjenige Theil der Eltern, dem das Consistorium die Kinder übergeben hat, zugleich für den schuldigen Theil erklärt ist.

P. verlangte von seiner geschiedenen Frau die Herausgabe ihrer zur Zeit zwölfjährigen Tochter, weil die Beklagte im Schei-

dungsurtheil für den schuldigen Theil erklärt sei. Beklagte verweigerte ihrerseits die Herausgabe, weil gerade in dem Scheidungsurtheil die Tochter ihr zur Pflege und Erziehung zugesprochen sei, wurde jedoch in beiden Instanzen nach dem Klageantrage verurtheilt. Die Gründe des App.-Erk. des Raths vom 16. März 1883, № 1837 besagen:

„Der Art. 200 des Prov. Thl. III bestimmt, daß bei der Ehescheidung, wenn einer der beiden Ehegatten für den schuldigen Theil erklärt worden ist, die Kinder bei dem anderen Ehegatten ernährt und erzogen werden sollen. Wenn dieser unzweideutigen Bestimmung gegenüber es im Art. 133 des Kirchengesetzes heißt: „das Consistorium bestimmt, welchem Theile nach der Ehescheidung alle Kinder überhaupt oder einige derselben und bis zu welchem Alter überlassen werden sollen", so ist zweifellos damit dem geistlichen Gerichte nicht schlechthin die Befugniß gegeben, den Art. 200 des Privatrechts nach Willkür außer Acht zu lassen. Die Vereinigung der anscheinend widersprechenden Gesetzesstellen ergiebt sich vielmehr ungezwungen, sobald man den Nachdruck darauf legt, daß das Consistorium nothwendig das Alter zu bestimmen habe, bis zu welchem die Kinder bei dem betreffenden Parens zu verbleiben hätten. Das Kirchengesetz hat also offenbar eine provisorische Regelung der Frage über den Verbleib der Kinder im Auge und dabei wird es sich in den häufigsten Fällen um solche Kinder handeln, welche ihres zarten Alters wegen nicht ohne Schaden der mütterlichen Obhut entzogen werden können. Fällt die Voraussetzung fort und überschreitet das Kind jene Altersgrenze, so entbehrt von dann ab die bezügliche Entscheidung des Consistoriums der bindenden Kraft für die Eltern und der Antrag auf Anordnung eines Wechsels im Aufenthalte des Kindes ist an sich statthaft. (Es folgt die Erörterung, daß auch die im Fragefalle ergangene Bestimmung des Consistoriums sich als eine provisorische qualificire) . . . Daraus folgt, daß gegenwärtig die erneuerte Entscheidung vollkommen frei liegt, ohne daß es des Nachweises eines schädlichen Einflusses der Mutter auf das Kind bedürfte. Es tritt vielmehr wieder die nur zeitweilig im Interesse des Kindes außer Kraft gesetzte Regel des Art. 200 a. a. O. in Kraft, d. h. der unschuldige Ehegatte hat ein Recht darauf, daß das Kind nicht länger dem schuldigen Ehegatten gelassen werde, die

Entscheidung darüber, daß Beklagte als der schuldige Theil zu gelten habe, ist aber rechtskräftig von dem Consistorium als der competenten Instanz gefällt worden . . . Entscheidend ist namentlich die Zusammenstellung: „ernährt und erzogen" im Art. 200, welche dem Cap. VII der Nov. 117 entnommen ist (si vero culpa matris matrimonium solutum probetur, tum apud patrem liberi et habitent et alantur). Der zu Tage liegende Gedanke des Gesetzes ist eben der, daß wenn ein Ehegatte schuldvoll die gerichtliche Lösung der Ehe veranlaßte, die Vermuthung dafür spricht, es sei besser für die Kinder gesorgt, wenn sie dem Einflusse des schuldigen Parens entzogen werden und bei dem anderen erwachsen; ut liberi nullo modo separatione matrimonii laedantur, ist das ausgesprochene Motiv des Cap. VII a. a. O."

In demselben Erkenntnisse wurde die von den Parteien vor der Ehescheidung getroffene Vereinbarung, daß Kläger seine Tochter der Frau zu überlassen sich verpflichte, für unsittlich und dem im Art. 200 im Interesse des Kindes erlassenen Verbote zuwiderlaufend, deshalb aber nach Art. 3214 a. a. O. unwirksam erklärt.

1249. Verpflichtung des geschiedenen Ehemannes zur Alimentation der Kinder.

Der von seiner Frau geschiedene Beklagte war auf Klage derselben verurtheilt worden, bis auf weiteres abänderndes Verfügen der Klägerin zur Alimentation ihrer Söhne 10 Rbl. monatlich zu bezahlen. Er legte dagegen das Rechtsmittel der Querel ein und machte geltend, einmal habe Klägerin nicht nachgewiesen, daß er überhaupt 10 Rbl. monatlich zu zahlen im Stande sei; ferner habe sie die Kinder als Dienstboten bei anderen Personen untergebracht und dürfe die Alimentationspflicht des Beklagten nicht als Einnahmequelle für sich ausbeuten.

Der Querelbescheid des Raths vom 9. September 1883, № 5961 wies den Angriff des Querulanten aus folgenden Gründen zurück:

„Was das Maß der Alimente, wie es durch den Unterrichter angenommen ist, anlangt, so muß einleuchten, daß der Unterhalt, die Erziehung und Kleidung für zwei Knaben im Alter von 13 und 12 Jahren entsprechend den Anforderungen, welche in den Kreisen des nichtbe-

mittelten Kaufmannsstandes erhoben zu werden pflegen, für 10 Rbl. monatlich unmöglich bestritten werden können. Hieraus ergiebt sich, daß niedriger, als es geschehen ist, die Alimentenzahlungen, welche Beklagter für seine Söhne der Klägerin zu leisten hat, nicht wohl bemessen werden können und daß der Klägerin nicht verwehrt werden darf, zur Aufbringung der außer den ihr gezahlten Alimenten zum Unterhalte der Söhne noch erforderlichen Mittel die Dienste, zu welchen sie ihrem Alter und ihren Kräften nach fähig sind, in Anspruch zu nehmen. Denn einerseits ist die Alimentationspflicht des Vaters, wenn die Mutter nicht wohlhabend ist, eine absolute und wird von ihr der Vater auch durch Armuth oder Mangel an Erwerb nicht befreit (Art. 200 des Prov.-Rechts Th. III). Andererseits sind nicht allein die Kinder verpflichtet, solange sie von den Eltern ihren Unterhalt beziehen, ihnen häusliche Dienste zu leisten (Art. 201 a. a. O.), sondern es sind die Eltern auch befugt, ihre Kinder bei dritten Personen unterzubringen und diesen die von den Kindern zu leistenden Dienste einzuräumen (Art. 202 und 203 a. a. O.) . . . Wenn mithin darin, daß Klägerin ihre Söhne zeitweilig bei ihren Verwandten untergebracht hat, ein Befreiungsgrund für die väterliche Alimentationsverpflichtung umsoweniger gefunden werden kann, als die Kosten für Ernährung, Bekleidung und sonstige Bedürfnisse eines 13 oder 12jährigen, dem Kaufmannsstande angehörigen Knaben durch dessen Dienstleistungen ausreichend nicht aufgebracht werden können, so ist die Anfechtung des unterrichterlichen Erkenntnisses für begründet nicht zu erachten."

1250. a. Ist die geschiedene Frau berufen, als Vormünderin des aus der Ehe entsprossenen Kindes letzteres bei der Erhebung vermögensrechtlicher Ansprüche an den Vater bzw. geschiedenen Ehemann zu vertreten?

b. Haben Kinder aus einer durch Scheidung aufgelösten Ehe bei der Wiederverheirathung des Vaters das Recht auf Abtheilung bzw. Einkindschaft zu dringen?

J. hatte die Wittwe E. geheirathet und deren 4 Kinder erster Ehe dabei in die Einkindschaft aufgenommen. Nachdem aus seiner Ehe ein Sohn entsprossen war, wurde dieselbe auf Klage der Frau geschieden, J. für den schuldigen Theil erkannt und der unmündige

Sohn der Mutter bis zur erlangten Volljährigkeit zur Pflege und Erziehung auf Kosten des Vaters zugewiesen. Nach Verlauf eines halben Jahres zeigte J. bei dem Waisengerichte an, daß er eine zweite Ehe einzugehen beabsichtige und daß er und seine Braut seinen Sohn in die Einkindschaft aufnehmen wollten. Zugleich schätzte er sein Vermögen behufs Feststellung des Ausspruches auf 1735 Rbl., berechnete den allen 5 Kindern zukommenden Ausspruch auf 300 Rbl. und erbot sich seinem Sohne einen Ausspruch von 60 Rbl. auszusetzen; während er erklärte, daß die eingekindschafteteten Stiefkinder gegen ihn kein Erbrecht hätten. Zwei von ihm vorgeschlagene und ad hoc vom Waisengerichte bestätigte Vormünder stimmten namens des unmündigen Sohnes dessen Aufnahme in die Einkindschaft und dem Ausspruche von 60 Rbl. zu. Dagegen erklärte die geschiedene Frau, daß sie namens ihres Sohnes, den sie als Vormünderin zu vertreten befugt sei, zwar acceptire, daß J. seine Verpflichtung zur Erbabtheilung bzw. zur Bestellung eines Ausspruches anerkenne, jedoch gegen die Aufnahme ihres Sohnes in die Einkindschaft protestire und vielmehr die Erbabtheilung desselben fordere.

In dem hierauf ausgebrochenen Rechtsstreite erging am 7. December 1884 sub № 8397 ein Querelbescheid des Raths, welcher die obigen Fragen folgendermaßen beantwortete:

Zu a). Das Waisengericht geht davon aus, die elterliche Gewalt, welche dem Vater und der Mutter gemeinschaftlich zustehe, sei durch die Ehescheidung und Ueberweisung des Kindes zur Erziehung an die Mutter für den Vater nicht aufgehoben; daher stehe das aus der geschiedenen Ehe stammende Kind auch gegenwärtig noch unter der Vormundschaft des Vaters, dessen Wille nach Art. 197 des Privatrechts im Falle der Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und der Mutter den Ausschlag gebe. Beklagte sei daher nicht berufen bei Erhebung von Ansprüchen, welche ihrem Sohne gegen dessen Vater, den Kläger, zuständen, den Sohn als Vormünderin zu vertreten, sondern ihr könne nur eingeräumt werden, falls sie gegen die Person der vom Kläger gemäß Art. 213 a. a. O. vorgeschlagenen Vormünder Einwendungen habe, auf Bestellung anderer Vormünder anzutragen. So richtig der Ausgangspunkt dieser Deduction ist, so kann man doch dem Resultate nicht zustimmen, zu welchem das Waisengericht gelangt ist. Einerseits muß nämlich der

Grundsatz, daß im Streitfalle der Wille des Vaters dem der Mutter vorgehe, nothwendig eine Beschränkung erfahren, wenn die Erziehung des Kindes durch das Ehescheidungsurtheil (in Anleitung der Art. 133 und 403 Z. 4 des Kirchengesetzes) der Mutter übertragen worden ist. Denn sollte letztere sich bei der Erziehung in Allem dem Willen des Vaters unterordnen müssen, so hätte das ihr eingeräumte Erziehungsrecht seinen Inhalt verloren und deshalb keinen Sinn. Da aber das Recht der Erziehung der Kinder im Falle der Ehescheidung der Mutter nur dort übertragen wird, wo der Vater die Scheidung verschuldet bzw. dem Verdachte Raum gegeben hat, daß die Kinder bei ihm nicht gut aufgehoben sein würden, so wäre es ein innerer Widerspruch, wenn gleichwohl sein Wille über die Art und Weise der Erziehung entscheiden sollte. Folgerecht kehrt sich in solchem Falle, was die Erziehung des Kindes angeht, das Rechtsverhältniß um, d. h. die Mutter hat in erster Reihe über die Erziehung des Kindes zu bestimmen und der Vater kann nur, falls er findet, daß ihr Wille dem Kinde nachtheilig sei, nach Analogie des Art. 198 die Dazwischenkunft des Richters anrufen.

Andererseits fällt das Recht der Vertretung des Kindes in Vermögensangelegenheiten — wenn es auch von dem Erziehungsrechte verschieden ist und unabhängig von letzterem bestehen kann (vgl. Art. 286 a. a. O.) — für den Vater, dem es sonst allerdings in erster Reihe gebührt (Art. 197 und 8 Ziffer 4), jedenfalls dort hinweg, wo es sich um die Vertretung der Interessen des Kindes gerade gegenüber dem Vater handelt, indem solchenfalls das Waisengericht für die Vertretung des Kindes durch andere Vormünder zu sorgen hat. Der Art. 213 spricht zwar von Rechtsgeschäften zwischen dem Kinde und „den Eltern", er ist aber auch anzuwenden, wo ein Geschäft mit einem der Eltern geschlossen werden soll, oder wo die Vertretung des Kindes gegenüber einem der Eltern sonst erforderlich wird (vgl. Art. 305, 363 und 364 a. a. O.). Ist die Betheiligte die Mutter, so wird es keinen Anstand leiden, den Vater als Vertreter des Kindes gelten zu lassen, sofern er nicht etwa bei der fraglichen Angelegenheit zugleich als Beirath seiner Frau zu fungiren hat (siehe z. B. Art. 29 a. a. O.). Aber auch bei einer Interessencollision zwischen dem

Kinde und dem Vater erscheint die Mutter zunächst zur Vertretung des Kindes berufen, wiewohl mit den für sie hinsichtlich der Vormundschaft gesetzlich bestehenden Einschränkungen. Die Art. 197 und 273 besagen nämlich, daß die elterliche Gewalt dem Vater und der Mutter gemeinschaftlich zusteht, und daß sie vermöge derselben die natürlichen Vormünder der Kinder sind, wobei nach dem livländischen Stadtrechte hinsichtlich der Mutter nur eine Bestätigung durch das Waisengericht und die Beiordnung von zwei Mitvormündern vorgeschrieben ist (Art. 273 Anm. und 286). Nach Art. 363 und 364 a. a. O. kann ferner beim Vorhandensein mehrerer Vormünder der unbetheiligte Vormund den Mündel gegenüber dem bei der Sache betheiligten vertreten. Es steht also im Allgemeinen dem rechtlich nichts entgegegen, daß bei Verhinderung des Vaters die Mutter in Gemeinschaft mit den ihr vom Waisengerichte beizuordnenden Mitvormündern das Interesse des Kindes wahrnimmt, und dies liegt sogar am nächsten, wenn die Ehe bereits geschieden und eine Collision der Interessen zwischen dem Kinde und dem Vater zu erledigen ist; während von Vormündern, welche der Vater selbst für diesen Fall vorschlägt, eine warme und energische Vertretung des Kindes gegen den Vater schwerlich erwartet werden kann. Es ist daher nicht zu billigen, daß das Waisengericht im Fragefalle zur Wahrnehmung der Interessen des unmündigen Georg J., ohne die Mutter überhaupt vorher zu hören, die vom Vater vorgeschlagenen Vormünder als solche bestätigt hat, und es ist ebenso wenig zuzugeben, daß die Beklagte als Mutter des Kindes nur Einwendungen gegen die Person der vom Kläger vorgeschlagenen Vormünder erheben dürfe, welche eventuell zur Bestätigung anderer Vormünder führen könnten. Vielmehr ist dem Antrage der Querulantin gemäß anzuerkennen, daß sie — falls dem nicht concrete Hindernisse entgegenstehen sollten — nach eingeholter Bestätigung seitens des Waisengerichts und in Assistenz zweier ihr beizuordnender Mitvormünder ihren unmündigen Sohn zweiter Ehe bei der vorliegenden vermögensrechtlichen Auseinandersetzung mit dem Kläger als Vormünderin zu vertreten befugt ist.

Zu b). Das Waisengericht erörtert: die Bestimmungen des Privatrechts über die Verbindlichkeit eines der Eltern, eine Abtheilung der Kinder aus dem elterlichen Vermögen vorzunehmen (Art.

278, 283, 287, 1823 ff.), setzten stets voraus, daß ein Theil des in der Verwaltung des abtheilungsverpflichteten Parens befindlichen Vermögens ein den Kindern zugefallener Erbtheil sei, wogegen nirgend ein Recht der Kinder erwähnt werde, auch bei Lebzeiten der Eltern eine Abtheilung aus dem elterlichen Vermögen zu fordern. Da hiernach der nach erfolgter Ehescheidung zu einer zweiten Ehe schreitende Vater zu einer Abtheilung der aus der geschiedenen Ehe stammenden Kinder überhaupt nicht verpflichtet sei, könnten letztere auch eine Aufnahme in die Einkindschaft nicht beanspruchen, da letztere eben die Abwendung der sonst nothwendigen Abtheilung der Kinder bezwecke (Art. 2615 Anmerk. a. a. O.) Diese vollkommen zutreffende Argumentation hat Beklagte in dieser Instanz nicht zu widerlegen versucht. Sie vermeint vielmehr ihre Beschwerde dadurch begründen zu können, daß Kläger zum waisengerichtlichen Protokoll erklärt habe, er wolle seinen Kindern vor Eingehung der neuen Ehe ein Ausspruchsgeld von 1/6 seines Vermögens bestellen, und daß sie dieses Versprechen namens ihres unmündigen Sohnes acceptirt habe, wodurch das einseitige Versprechen in einen unwiderruflichen Vertrag umgewandelt sei. Durch Acceptation kann aber nur eine concrete Vertragsofferte, nicht eine von einer bestimmten Rechtsauffassung ausgehende Erklärung, zum Vertrage erhoben werden und Kläger hat eine concrete Offerte lediglich insoweit gemacht, als er sich erboten hat, seinem Sohne einen Ausspruch von 60 Rbl. auszusetzen. Alles andere, was er erklärt hat, ist nicht die Offerte einer concreten Leistung, sondern nur das Motiv für die Offerte eines Ausspruchs von 60 Rbl., und folgerecht konnte Beklagte durch die, von ihr namens ihres Sohnes ausgesprochene, Annahme der Offerte den Beklagten auch zu nicht mehr verpflichten, als er thatsächlich angeboten hatte, d. h. zu einem Ausspruche von 60 Rbl. Dagegen widerstreitet es den Grundsätzen über die Eingehung von Verträgen, welche die übereinstimmende Willenserklärung der Contrahenten in Betreff der Erzeugung einer Schuldverbindlichkeit bedeuten (Art. 3105 a. a. O.), wenn Beklagte einen ihrem Sohne zweiter Ehe zukommenden Ausspruch von 300 Rbl., oder gar eine Verpflichtung des Beklagten zur Auskehrung von einem Drittheil seines Vermögens an diesen Sohn „acceptiren" will, während doch eine dahin gehende Offerte vom Kläger nirgend gemacht worden ist.

Die Aufnahme des unmündigen Sohnes der Parteien in die Einkindschaft seitens des Klägers und seiner jetzigen Braut, welche Kläger ohne rechtlichen Verpflichtungsgrund freiwillig angeboten hat, ist dagegen von der Beklagten auffallender Weise namens des Kindes bisher ausgeschlagen worden. Wenn sie hierzu durch die Befürchtung veranlaßt sein sollte, daß durch die Einkindschaft des Kindes Stiefmutter über dasselbe elterliche Rechte erwerben (Art. 2520 a. a. O.) und dadurch Beklagte in der ihr zugesprochenen Pflege und Erziehung des Kindes beeinträchtigt werden würde, so ist diese Befürchtung insofern ungegründet, als die durch die Einkindschaft zu begründenden elterlichen Rechte der Stiefmutter selbstverständlich solange ruhen müssen, als das Pflege- und Erziehungsrecht der leiblichen Mutter dauert.

Wie dem nun sei, — jedenfalls ist die Beschwerde der Beklagten darüber, daß Kläger nicht zu einer Abtheilungssumme oder gar zur Auskehrung eines Drittheils seines Vermögens an den unmündigen Sohn angewiesen worden ist, ohne rechtliche Grundlage und es hat die Entscheidung des Waisengerichts, wonach der Anspruch auf Erbabtheilung bzw. auf Anerkennung einer Rechtspflicht des Klägers zur Aufnahme seines Sohnes in die Einkindschaft bei Eingehung der zweiten Ehe zurückgewiesen worden ist, mit der einzigen Abänderung bestätigt werden müssen, daß Kläger in jedem Falle seinem Sohne einen Ausspruch von mindestens 60 Rbl. auszusetzen, verpflichtet bleibt."

1251. Voraussetzungen der Aufhebung der der unehelichen Mutter zustehenden mütterlichen Gewalt.

Der auf Klage der Helene S. zur Alimentation der mit ihr außerehelich erzeugten unehelichen Kinder verurtheilte L. hatte bei dem Waisengerichte beantragt, der Helene S. die elterliche Gewalt über die Kinder zu entziehen, und zur Begründung dessen angeführt, Beklagte sei eine total ungebildete, sittlich rohe Person, vielfach betrunken und ganz ungeeignet, die Erziehung der Kinder zu leiten. Die Klage wurde jedoch vom Waisengerichte abgewiesen und diese Abweisung durch App.-Erk. des Raths vom 20. April 1884, № 2761 aus folgenden Gründen bestätigt:

„Die angebliche sittliche Rohheit, Unbildung, Sorglosigkeit und Unverständigkeit der Querulatin konnte das Waisengericht unter

allen Umständen nicht berechtigen, die letztere der ihr durch das Gesetz (Art. 167 und 172) gewährleisteten mütterlichen Gewalt für verlustig zu erklären. Ganz abgesehen von den unabsehbaren und gefährlichen Consequenzen, welche ein derartiges Vorgehen namentlich für die ungebildete Bevölkerungsclasse zur Folge haben müßte, ließe sich dasselbe mit den positiven Gesetzesbestimmungen nicht in Einklang bringen. — Nach Art. 228 des Privatrechts soll nur der Mißbrauch der elterlichen Gewalt den Verlust derselben zur Folge haben. Was aber unter Mißbrauch zu verstehen sei, kann nach den vom Gesetze selbst angeführten Beispielen nicht zweifelhaft sein. Es werden nämlich in den Art. 227 nnd 228 l. c. als Beispiele angeführt (abgesehen von dem Eingehen einer blutschänderischen 2ten Ehe): das Aussetzen der Kinder, Verkuppelung der Tochter und Mißhandlung.

Unter dem Mißbrauche der elterlichen Gewalt können daher nur solche Handlungen inbegriffen werden, welche mit Bewußtsein, wenn auch ohne Beabsichtigung eines schädlichen Endzweckes, vorgenommen und das körperliche bzw. sittliche Wohl der Kinder zu zerstören und zu untergraben geeignet sind.

Es folgt hieraus, daß die meisten vom Querulanten erhobenen Anschuldigungen überhaupt nicht stark genug sind, die Aufhebung der elterlichen Gewalt herbeizuführen. Hierher gehören die angeblichen Insulten gegen den Querulanten selbst, welche übrigens nach stattgehabter Trennung der Parteien kaum mehr in Frage kommen können und überdies nicht einmal das Verhältniß der Mutter zu den Kindern berühren. Ebensowenig können die gelegentlich gegen die Kinder gebrauchten harten Worte, so sehr dieselben zu mißbilligen sind, sowie die Verabreichung von ungeeigneten Nahrungsmitteln (Wurst und Bonbons) als Mißbrauch der elterlichen Gewalt bezeichnet werden, zumal Querulant garnicht hat behaupten können, daß die Verabreichung solcher Nahrungsmittel die Regel gebildet habe.

Das Beweisverfahren kommt daher nur insoweit in Betracht, als Querulant behauptet hat, daß die Mutter den Kindern heimlicherweise Branntwein zu trinken gegeben habe, weil eine solche Handlung allerdings einen ganz außerordentlichen Grad von Leichtsinn

oder Gewissenlosigkeit involviren würde. Diese Behauptung ist aber nicht genügend festgestellt."

1252. Verwaltungsrecht des großjährigen Kindes in Betreff seines Sondergutes.

Der Beklagte hatte seiner Tochter, der Klägerin, bei seiner zweiten Verheirathung einen Voraus von 680 Rbl. ausgeworfen und darüber eine Obligation ausgestellt. Nachdem die Tochter großjährig geworden war, klagte sie auf Auszahlung des Voraus, wogegen Beklagter einwandte, die Klägerin vergeude das Ihrige und er habe vermöge seiner väterlichen Gewalt die Curatel über sie auszuüben, müsse also die Hingabe des Geldes an sie verweigern. Beklagter wurde trotzdem in erster Instanz zur Zahlung verurtheilt und die dagegen von ihm eingelegte Querel durch Querelbescheid des Raths vom 25. Januar 1884, № 683 aus folgenden Gründen verworfen:

„Der Art. 236 des III. Theils des Prov.-Rechts setzt fest: Die elterliche Gewalt wird zwar nicht aufgehoben, aber beschränkt durch die Großjährigkeit der Kinder, deren Hauptwirkung darin besteht, daß das großjährige Kind die Herausgabe seines Sondergutes verlangen und die Verwaltung, sowie den Nießbrauch desselben antreten kann. Der Voraus, welchen der zur Ehe schreitende Parens seinen Kindern erster Ehe aussetzt, gehört aber unzweifelhaft nicht zu dem unter der fortgesetzten Gütergemeinschaft befangenen Vermögen, sondern zu dem Sondergute oder, nach einer treffenderen modernen Terminologie, zu dem s. g. „freien Vermögen" der Hauskinder, wie solches der Art. 2519 l. c. in nicht mißzuverstehender Weise andeutet. Hinsichtlich des freien Vermögens wird aber das Hauskind als selbständiger Eigenthümer angesehen, so als ob es nicht unter väterlicher Gewalt stände. Während der Minderjährigkeit des Kindes steht dem Vater zwar die vormundschaftliche Verwaltung des freien Vermögens desselben zu, das großjährige Hauskind ist aber hinsichtlich des freien Vermögens völlig selbstständig (vgl. Roth, System des deutschen Privatrechts II, § 166.) Diese Grundsätze finden im Geltungsgebiete des Prov.-Rechts speziell in Bezug auf den Voraus (Präcipuum) ihre ausdrückliche Bestätigung durch den Art. 2518 a. a. O., welcher bestimmt, daß der

Voraus von den Vorkindern, sobald sie großjährig geworden sind, erhoben werden könne. Im vorliegenden Falle hat aber Klägerin durch das der Klage beigefügte Pastoralatteſt nachgewiesen, daß sie bereits am 21. Mai 1882, mithin vor der, am 13. October 1883 erfolgten Anstellung der Klage, das Alter der Großjährigkeit erreicht hat. Seit diesem Momente hatte mithin ihr Vater, der Beklagte, jedes Verwaltungsrecht über ihr freies Vermögen eingebüßt und es ist, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen einer Prodigalitätserklärung vorliegen sollten, nicht ihr Vater schon ipso jure zur Ausübung der Curatel über sie berufen, sondern es muß ihre Entmündigung wegen Verschwendung von der competenten Gerichtsinstanz ausdrücklich ausgesprochen und demnächst von der zuständigen Waisenbehörde für die Verwaltung ihres Vermögens ein Curator, welcher nicht nothwendig der leibliche Vater zu sein braucht, bestellt werden. (vgl. Art. 507 des III. Theils des Prov.-Rechts)."

1253. Inwieweit sind die Röhren und Lampen einer Gasleitung Pertinenz des Hauses.

Kläger hatte von R. ein Budenlocal zu einer Restauration gemiethet und dabei eine Gasleitung von einem früheren Miether M. gekauft, welche letzterer darin hatte anbringen lassen. Als der Miethvertrag sein Ende erreichte, hatte R. das Haus weiter verkauft und der neue Eigenthümer verweigerte die Fortnahme der Gasleitung, weil er mit dem Hause auch diese von R. erworben habe. Kläger verlangte nunmehr von R. die Erstattung der Anlagekosten mit 27 Rbl., worauf das Vogteigericht am 9. August 1883 sub № 189 erkannte:

Der Anspruch des Klägers gegen den Beklagten erscheint rechtlich nur dann begründet, wenn Beklagter die Gasleitung zusammen mit dem Hause weiter veräußert hat. Dies gilt sowohl dann, wenn man dem Rechtsvorgänger des Klägers M. blos einen Ersatzanspruch wegen nützlicher Verwendungen gegen den Eigenthümer des Hauses zugesteht, als auch in dem Falle, wenn man ein directes Eigenthumsrecht desselben an der qu. Gasleitung anerkennt. Im ersteren Falle, wäre der Impensenanspruch gegen den Beklagten, als den früheren Eigenthümer des Hauses, nur dann berechtigt, wenn derselbe durch das Mitverkaufen der Gasleitung einen Extragewinn über den

Kaufpreis des Hauses erzielt hätte, somit ungerechtfertigter Weise bereichert worden wäre. Im letzteren Falle wäre Beklagter zu einer Entschädigung an M. bzw. den Kläger gleichfalls nur dann verpflichtet, wenn er unbefugter Weise fremdes Eigenthum verkauft hätte und letzteres von dem neuen Besitzer, als dem gutgläubigen Erwerber, nicht mehr vindicirt werden könnte. Da nun Kläger nicht behauptet hat, daß Beklagter die qu. Gasleitung ausdrücklich auch verkauft habe, so fragt es sich nur noch, ob dieselbe vielleicht als Pertinenz des Hauses und deshalb als eo ipso mitverkauft gelten muß*). In dieser Beziehung muß nun unterschieden werden zwischen dem Gasleitungsrohr, bzw. denjenigen körperlichen Theilen der Leitung, welche dem Hause fest und dauernd eingefügt sind, und den mit der Leitung blos äußerlich verbundenen, im Restaurationslocale befindlichen Röhren und Lampen. Die Gasleitung im ersteren Sinne ist unzweifelhaft Pertinenz des Hauses; allein um sie handelt es sich in casu jedenfalls nicht, da Kläger nur die Restaurationseinrichtung gekauft hat — und somit auch nur auf die in der Restauration befindlichen Röhren und Lampen Anspruch machen kann. Den letzteren nun wird man bei näherer Prüfung die Pertinenzqualität absprechen müssen. Der Umstand, daß sie als Beleuchtungsapparate den Nutzen des Hauses erhöhen, ist nicht entscheidend, da dies auch bei jedem anderen Hausgeräth zutrifft. Ebensowenig aber erscheint es zur Begründung der Pertinenzqualität für sich allein schon genügend, daß die genannten Gegenstände mit einer dauernden Einrichtung des Hauses äußerlich verbunden sind und nur vermittelst der letzteren nutzbar gemacht werden können. Berücksichtigt man dagegen, daß die im Miethlocal befindliche Gasleitung wesentlich dem Zwecke des jeweiligen Inhabers dient, daß letzterer sie seinen besonderen Bedürfnissen gemäß anzuordnen und zu verändern befugt ist, sowie endlich daß eine Wegnahme derselben ohne jede Beschädigung des Hauses erfolgen kann, — so wird man eine dauernde Verbindung einer Nebensache im vorliegenden Falle nicht annehmen können. Solchenfalls ist aber, wie oben gezeigt worden, die Klage gegen den jetzigen Beklagten unbegründet und könnte Kläger seine etwanigen Ansprüche an der Gasleitung nur gegen den jetzigen Besitzer derselben verfolgen."

*) Vgl. Band V, № 704. Band VI, № 1123.

1254. Ueber den Begriff der Gewalt bei der Spolienklage.

Der Beklagte hatte bei Ausführung eines Baues auf der Grenze den bestehenden Grenzzaun verrückt und wurde deswegen vom Kläger wegen eigenmächtigen Eindranges mit der Spolienklage belangt. Er machte dagegen geltend, daß er in Anleitung der Bauinstruction die Grenze durch den Stadtrevisor in des Klägers Gegenwart habe feststellen lassen, Kläger dazu geschwiegen habe und die neuaufgeführte Mauer sich genau auf der abgesteckten Grenze befinde.

In dem rechtskräftigen Bescheide der I. Section des Landvogteigerichts vom 1. Februar 1883, № 33 wurde über diesen Einwand bemerkt:

„Nach dem Provinzialrecht hat die Klage auf Wiederherstellung des verlorenen Besitzes zur Voraussetzung, daß derselbe dem Kläger durch Gewalt oder Eindrang entzogen worden ist (Art. 691 und 693; vgl. auch 695 und 696). Eine nähere Bestimmung des Begriffes der Gewalt bzw. des Eindranges findet sich im Gesetze nicht, so daß — dem modernen Rechtsbewußtsein mehr entsprechend — von einer gegen die Person verübten thatsächlichen Gewalt abgesehen und als wesentliches Erforderniß nur die Vergewaltigung des Willens des Entsetzten bzw. seines Stellvertreters hingestellt werden kann. Immerhin ist es aber zur Constatirung einer solchen Vergewaltigung unerläßlich, daß der Spoliat nach der Sachlage über den Willen des Spolianten nicht zweifelhaft sein konnte, d. h. daß der Spoliat oder dessen Stellvertreter seinen Willen, den betreffenden Gegenstand nicht herauszugeben, deutlich zum Ausdruck brachte. Verfuhr Beklagter, wie er behauptet, in Anleitung der Bauinstruction, so durfte der anwesende Kläger nicht schweigen, wenn seiner Ansicht nach ihm eine Vergewaltigung zugefügt wurde. Hat er aber dabei geschwiegen, so kann von einer Gewalt in dem oben dargelegten Sinne nicht die Rede sein und unter diesen Umständen wäre der Spolienklage die rechtliche Bedeutung abzuerkennen."

1255. Ueber die Voraussetzungen der Spolienklage, insbesondere
a) Beschränkung der Spolienklage auf Immobilien.
b) Begriff der gegen die Person verübten Gewaltthat.

„Der Art. 693 des Prov.-Rechts Th. 3 giebt in unzweideutigster Form das possessorische Rechtsmittel wegen Entsetzung nur

dem Besitzer eines Immobils und dem Besitzer eines Rechts. Zwar wird im Art. 691 und ebenso im Art. 697 von der Entziehung einer „Sache" schlechthin gesprochen, so daß man unter diesen Ausdruck auch bewegliche Sachen subsumirend, von einer Antinomie reden könnte. — Der Art. 691 kommt aber seiner Stellung nach nicht weiter in Betracht, weil er nur allgemein die Spoliation definirt, worauf der nachfolgende Art. 693 festsetzt, in welchem Falle der Spoliat auch ohne Berücksichtigung der Eigenthumsfrage im Besitze geschützt wird; dieser Fall soll eben nur eintreten bei Entziehung des Besitzes an einem Immobil und des Besitzes von Rechten. — Im Art. 697 andrerseits liegt, seinem Inhalte nach, das Hauptgewicht auf der Zulassung der Spolienklage „auch gegen jeden dritten Inhaber", so daß der allgemeine Ausdruck „der entzogenen Sache" (statt „unbewegliche Sache", „Immobil") — nur auf eine ungenaue Redaction zurückgeführt werden kann und jedenfalls nicht im Stande ist, Zweifel an der Bedeutung des Art. 693 zu erwecken, welcher die Frage ex professo entscheidet. — Ein solcher Zweifel wäre überhaupt nur zulässig, wenn das Römische Recht, welches in der Besitzlehre die Grundlage des Prov.-Rechts bildet, unbedenklich seit jeher auch den entsetzten Mobiliarbesitzer zur Spolienklage zugelassen hätte. Dies ist aber bekanntlich durchaus nicht der Fall. — Daß das Justinianische Recht die Klage wegen Entziehung des Besitzes beweglicher Sachen ausschließt, ist vielmehr von den meisten deutschen Rechtslehrern anerkannt worden und zumal zur Zeit der Abfassung des Provinzialgesetzbuches war der Stand der Kontroverse ein derartiger, daß, wenn der hiesige Gesetzgeber eine Abweichung vom Römischen Rechte gewollt hätte, er offenbar für den Art. 693 nicht die vorliegende Fassung hätte wählen können. — Daß später die gemeinrechtliche Doctrin sich zum Theil anders entwickelt hat, darf selbstverständlich bei der Interpretation des Gesetzes nicht mitwirken. —

Uebrigens ist auch schon in einer früheren, eingehend motivirten Entscheidung des Raths (Civilrecht. Entsch. Bd. IV, № 496) die ganze bezügliche Deduction darauf basirt, daß die Spolienklage nur bei Verdrängung des Besitzers eines Immobils gesetzlich begründet sei und daß bewegliche Sachen nur dann mit dieser Klage zurückverlangt werden dürften, wenn sie gleichzeitig mit dem Ein-

drange in das Immobil aus diesem entfernt wurden. Dem Immobiliarbesitze in dieser Beziehung gleichgestellt ist im Art 693, wie erwähnt, nur der Besitz von Rechten und, da im gegenwärtig zu entscheidenden Processe es sich nicht um Entsetzung eines Immobiliarbesitzers handelt, auch nicht die Entziehung eines Rechtsbesitzes in Frage kommt, der Kläger vielmehr die Rückerlangung ihm vom Gegner entzogener, auf der Düna befindlich gewesener Hölzer, also beweglicher Sachen, beansprucht, so erweist sich schon nach Vorstehendem die Klage, in der Eigenschaft eines possessorischen Rechtsmittels, als unbegründet. —

Zu einem gleichen Ergebnisse gelangt man auch auf Grund folgender Erwägungen:

Der Unterrichter vertritt nämlich im zweiten Theile der Motive des angefochtenen Bescheides die Auffassung, daß nach dem Prov.-Recht zum Begriff des spolium, wie solches auch fast durchgängig gemeinrechtlich anerkannt sei, keine eigentliche Gewalt erfordert werde, vielmehr bereits jeder eigenmächtige, unberechtigte Act, mithin jede Besitzentziehung wider, ja selbst auch nur ohne den Willen des bisherigen Besitzers ein spolium und mithin eine Spolienklage begründe. — Diese Auffassung geht indessen, in dem Bestreben den Grundsätzen der neueren und neuesten gemeinrechtlichen Doctrin hierselbst Eingang zu verschaffen, entschieden zu weit.

Die Art. 691, 693 und 696 a. a. O. reden in unzweideutigster Weise von der Gewalt, als einem Erfordernisse des Spoliums und es ist nicht statthaft mit dem Untergerichte zu interpretiren, daß in diesen Bestimmungen nur anerkannt sei: die Entsetzung könne unter anderem auch durch Gewaltacte vollzogen werden. Römisches Recht und canonisches Recht kennen das interdictum de vi und die Spolienklage unbedingt nur bei angewandter Gewalt, und wenn der Gesetzgeber dem Rechtsmittel bei uns eine breitere Grundlage hätte geben wollen, so wäre der Wortlaut der soeben angezogenen Artikel nicht wohl erklärlich. Die entgegengesetzte Auffassung des Unterrichters wird durch die Berufung auf den Art. 699 nur scheinbar unterstützt. Der Artikel setzt allerdings fest, daß die einjährige Verjährungsfrist „wenn die Besitzentziehung heimlich oder während der Abwesenheit des Besitzers geschehen war" — erst zu laufen beginne von dem Zeitpunkt, wo der bisherige

Besitzer Kenntniß von der Besitzstörung erhielt; — doch folgt hieraus noch keineswegs, daß jede heimliche oder in Abwesenheit des Besitzers erfolgte Besitzentziehung ein klagbares spolium darstellt. — Der Art. 699 steht nämlich im engsten Zusammenhange mit dem vorhergehenden Art. 698, welcher bestimmt, daß die Klage sowohl wegen gestörten, wie auch wegen entzogenen Besitzes im Laufe eines Jahres angestellt werden muß, widrigenfalls sie verjährt. Wenn der Art. 699 den Anfangspunkt dieser im Art. 698 bezeichneten Verjährungsfrist beider Klagen näher bezeichnet, so folgt schon hieraus, daß der Inhalt des Art. 699 nicht unbedingt in allen Theilen auf die Spolienklage zu beziehen ist. — Die Anmerkung 2 zum Art. 690 ferner weist ausdrücklich darauf hin, daß die Bestimmungen über die Verjährung der Klage wegen gestörten Besitzes in den Art. 698 und 699 enthalten seien. Erwägt man nun, daß der hiernach auch auf Besitzstörungsklagen bezügliche Art. 699 nur von „Besitzentziehung" spricht, so kommt man mit logischer Nothwendigkeit zu dem Ergebnisse, daß letzterer Ausdruck („Besitzentziehung") an dieser Stelle eine allgemeinere Bedeutung haben und die Besitzstörung (als eine theilweise, bzw. vorübergehende Besitzentziehung) mit in sich begreifen soll. — Unter diesem Gesichtspunkte wird man dann die gleich darauf folgenden Bezeichnungen der „Besitzentziehung" im weiteren Sinne, als einer heimlich oder während der Abwesenheit des Besitzers erfolgten nur insofern auf die Besitzentziehung im engeren Sinne (das klagbare spolium) zurückbeziehen dürfen, als kein Widerspruch zu den vorausgehenden, für die Begriffsbestimmung des spolium maßgebenden Artikeln 691 ff. entsteht, im Uebrigen dagegen wird man sich sagen müssen, daß der Artikel von der Klagenverjährung speciell bei gestörtem Besitze (Art. 682 ff.) handelt.

Daß nun eine Besitzstörung sowohl heimlich, als auch in Abwesenheit des Besitzers erfolgen kann, ist nach der Fassung des Art. 684 nicht zu bezweifeln und schon aus diesem Grunde hat der Art. 699 seinen guten Sinn, auch ohne, daß er auf die Spolienklage überhaupt bezogen zu werden braucht. — Aus der Verbindung der Art. 690 Anmerk. 2, 698 und 699 ließe sich nämlich auch ungezwungen schließen, daß der Art. 699 nur von der Besitzstörungsklage handelt. Will man aber diese Interpretation

mit Rücksicht auf den nun einmal im Art. 699 gebrauchten Ausdruck „Besitzentziehung" nicht gelten lassen, so würde die Folge doch unbedingt nicht die sein, daß man beide Bezeichnungen: „heimlich" und „in Abwesenheit des Besitzers" auch auf das Spolium beziehen müßte. Ein Zwang hierzu ist nicht gegeben, weil der Artikel im Zusammenhange mit den anderen soeben angeführten Stellen eben beide Besitzklagen gleichzeitig behandelt.

Dies vorausgeschickt, ergiebt sich nach den in der Einleitung zum Gesetzbuche enthaltenen Interpretationsregeln (Art. XVI, XX, XVII) daß „heimlich" nur eine theilweise Besitzentziehung, eine Besitzstörung, nicht aber ein spolium vollzogen werden kann, denn ein spolium setzt Gewalt gegen die Person des Besitzers voraus, welcher letztere daher entweder selbst, oder in seinem Stellvertreter die Entsetzung erlitten haben muß. — Ist der Besitzer abwesend und kein Stellvertreter vorhanden, oder der Vertreter ebenfalls nicht gegenwärtig, so findet kein spolium statt. Gegen den Stellvertreter des Besitzers dagegen ist ein den Besitzer zur Klage berechtigendes spolium möglich (wie das zum Mindesten indirect auch anerkannt ist in der Entscheidung des Raths a. a. O. Bd. IV № 496 pag. 37), und dies gerade ist der Fall der im Art. 699 erwähnten „Besitzentziehung während der Abwesenheit des Besitzers", von welcher speciell auch der Art. 671 handelt. Die zu diesem Artikel allegirte Quellenstelle (l. 1 § 22 Dig. de vi XLIII, 16 enthält u. A. den Passus: et si quis igitur alius, per quem possidebam, dejectus fuerit, mihi competere interdictum nemini dubium est.)

Die vorstehende Erörterung lehrt, daß der Art. 699 vom Unterrichter fälschlich in der Richtung auf Erweiterung des Gebiets der Spolienklage interpretirt worden ist und daß dieser Art. die Festsetzungen der, ihrer Stellung nach ohnehin maßgebenden, Art. 691 und 693 über die zum Spolium nothwendige Gewalt garnicht berührt.

Der Ausdruck „Gewalt" (an Stelle dessen der angefochtene Bescheid mit Unrecht den unklaren Ausdruck „Eigenmacht" substituirt) ist nun freilich verschiedener Auslegung fähig, zumal das Provinzialrecht eine nähere Bestimmung der Gewalt („atrox vis" beim interdictum de vi; vgl. Savigny, Besitz § 40 Not. 4) nicht aufgenommen hat; dem Bedürfniß der Praxis entgegen kommend,

wird man daher unbedenklich von der thätlichen Gewalt absehen und als wesentliches Erforderniß nur die Vergewaltigung des Willens des Entsetzten, bzw. seines Stellvertreters hinstellen können (vgl. a. a. O. IV, № 496 pag. 37). Immerhin ist aber zur Constatirung einer solchen Vergewaltigung unerläßlich, daß der Spoliant nach der Sachlage über den Willen des Spoliaten nicht zweifelhaft sein konnte, d. h. daß der Spoliat oder dessen Stellvertreter, deutlich seinen Willen, den betreffenden Gegenstand nicht herauszugeben, zum Ausdruck brachte."
(Querelbescheid des Raths vom 8. October 1882, № 6638).

Nachschrift des Herausgebers. Daß zwischen den Art. 691 und 697 einerseits und dem Art. 693 andererseits ein Widerspruch besteht und dieser durch eine ungenaue Redaction veranlaßt wird, ist nicht zu bestreiten. Nur bin ich der Meinung, daß die Ungenauigkeit im Art. 693 steckt, in welchem statt „eines Immobils" stehen müßte „einer Sache". Gegen die Argumentation des Textes ergeben sich doch mancherlei Bedenken. Zunächst fragt sich: was soll es bedeuten, daß die Definition das Spolium als Entsetzung aus dem Besitze einer „Sache" bezeichnet, wenn gleichwohl alle charakteristischen Eigenthümlichkeiten dieses Rechtsinstituts nur beim Verluste des Besitzes von Immobilien eintreten sollen? Ich möchte deshalb gerade auf die Fassung des Art. 691, welcher die Definition enthält, den Ton legen; wobei sich als Seitenstück die Art. 3381 und 3382 anführen lassen, von denen der zweite — wenn man ihn nach seinen Worten anwenden wollte — auch dazu führen würde, das Retentionsrecht nur dem Besitzer zu gewähren, während der Art. 3381 es richtig jedem Inhaber einräumt. Außerdem kann ich nicht zugeben, daß der Art. 693 den Schwerpunkt der Bestimmungen über die Spolienklage enthalte. Mir scheint im Gegentheil, der Art. 693 könnte ganz fehlen und man müßte doch vermittelst der Artikel 681, 682 und 694—696 genau zu demselben Rechtssatze gelangen, den der Art. 693 aufstellt, daß nämlich der Richter den gewaltsam entzogenen Besitz herzustellen hat, ohne sich durch die Einrede des Eigenthums des Spolianten oder andere civilrechtliche Ansprüche desselben davon abhalten

zu lassen. Selbst wenn man einzig mit dem Wortlaute des Gesetzes operirt, gelangt man also meines Erachtens nicht zu dem Schlusse, daß die Spolienklage bei beweglichen Sachen überhaupt nicht stattfinde, sondern höchstens dazu, daß die Bestimmungen des Art. 693 solchenfalls nicht anwendbar sind — was praktisch bedeutungslos ist, weil es nach dem eben Gesagten auf diesen Artikel nicht ankommt. Meine Rechtsauffassung geht also dahin, daß die Spolienklage nach provinziellem Recht auf alle Sachen, nicht nur auf Immobilien sich erstreckt. Das ist auch in der Theorie und Praxis des heutigen römischen Rechts unstreitig.*)

Für diese Ansicht sprechen überdies folgende praktische Erwägungen. Von gewaltsamer Verdrängung aus dem Besitze von Immobilien — die wohl selten vorkommt — ist die Besitzklage allenfalls entbehrlich, weil das Eigenthum an Immobilien durch die Grundbücher festgestellt und deshalb regelmäßig ohne Schwierigkeit zu beweisen ist. Gerade umgekehrt steht es mit dem Eigenthum an Mobilien, wo der Beweis gegenüber einem chicanösen Proceßgegner leicht zu einer probatio diabolica wird, während die Thatsache der eigenmächtigen Besitzentsetzung — und eine solche ist bei beweglichen Sachen recht häufig — leicht und jedenfalls weit leichter zu beweisen ist, als der Erwerb des Eigenthums. Die Spolienklage auf Immobilien beschränken heißt also, sie dort versagen, wo für sie gerade das größte praktische Bedürfniß besteht, zumal das Provinzialrecht ein anderes possessorisches Rechtsmittel zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes nicht kennt.

Die Praxis der städtischen Untergerichte (siehe Band V, № 708 und 709 sub I, sowie die Erkenntnisse der I. Section des LVG. vom 30. Novbr. 1881, № 325 d. und vom 31. Mai 1882, № 194) hat die Spolienklage bei Mobilien zugelassen und es wäre von Interesse zu erfahren, ob nicht auch bei anderen Gerichten der Ostseeprovinzen diese Ansicht zur Geltung gelangt ist.

*) Vgl. Windscheid, Pandekten I, § 162. Holzschuher, Theorie und Casuistik II, § 90 sub 1 C. a. Bruns, Besitzklagen § 21. Sintenis, Civilrecht II, § 124 bei und in Note 48. Brinkmann, die Begründung der Klagen I (1883), § 33. Seuffert's Archiv III, 173 V, 23. XXIII, 137. XXXVII, 290.

1256. Ist die Spolienklage statthaft, wenn die Besitzentsetzung unter Hinzuziehung bzw. unter Mitwirkung eines Polizeibeamten erfolgt ist?

Kläger behauptete, er habe sein Pferd bei der Beklagten abgestellt, nach einigen Tagen aber von ihr abgeholt und in seinen Stall gestellt; Tages darauf habe Beklagte unter dem Vorgeben, daß es ihr gehöre, es mit Hilfe der Polizei ihm wieder abgenommen. Er bat, die Beklagte zur Auslieferung des Pferdes und zum Schadenersatze zu verurtheilen.

In dem rechtskräftigen Erkenntnisse der I. Section des Landvogteigerichts vom 30. November 1881, № 325 d. heißt es:

„Die Bedingungen des Rechtsmittels wegen verlorenen Besitzes sind in der Klage nicht vorhanden. Dieses Rechtsmittel kommt gemäß Art. 691 des Privatrechts, sowie namentlich auch nach den dazu angeführten Rechtsquellen (l. 1 pr. Dig. XLIII, 16; § 6 Inst. IV, 15) gegen denjenigen zur Anwendung, welcher den Besitzer durch eine Gewaltthat aus dem Besitze verdrängt hat. Diesem gleichgestellt wird dann im Art. 697 l. c. der dritte Besitzer der Sache, welcher von der gewaltsamen Besitzentsetzung Kenntniß gehabt hat. Seinem Wesen nach soll somit dieses Rechtsinstitut ein Ersatzmittel gegen unberechtigte Eigenmacht und Selbsthilfe gewähren. Demnach bildet eine nothwendige Voraussetzung desselben, daß ein derartiger Act seitens des Beklagten resp. mit dessen Wissen stattgefunden hat. Ein solcher liegt begriffsmäßig nur dann vor, wenn jemand eigenmächtig gehandelt, d. h. sei es selbst oder durch seinem Willen unterworfene Personen eine Handlung vorgenommen hat, zu der er nicht berechtigt war — nicht aber auch dann, falls dieselbe wenn auch auf seinen Antrag, von einem staatlich eingesetzten Organ innerhalb seiner Competenz vollzogen wird. Nach der eigenen Darstellung des Klägers hat Beklagte das Pferd mit Hilfe des Landkommissärsgehilfen F. von ihm abholen lassen, somit nicht den Weg der Selbsthilfe oder Eigenmacht beschritten, sondern gerade im Gegentheil die Vermittelung eines staatlichen Organes in Anspruch genommen. Da nun die vom Polizeiofficianten vollzogene Handlung im Allgemeinen in dem Bereiche seiner amtlichen Befugniß liegt und Kläger auch nicht behauptet hat, daß dieser sein

Amt im gegebenen Falle überschritten, oder sich eines anderen Delicts schuldig gemacht habe, wodurch seine Handlung sich als eine widergesetzliche und strafbare qualificiren würde, bzw. daß Beklagte hieran wissentlich durch Anstiftung resp. anderweitig Theil genommen habe, so fehlt das zur Begründung der Spolienklage nothwendige Moment der Gewaltthat resp. der Mitwissenschaft von derselben und ist demnach der erhobene Anspruch als Klage wegen des verlorenen Besitzes rechtlich nicht fundirt."

1257. Wie ist der Finderlohn bei Wechseln und namentlich bei Blancowechseln zu berechnen?

W. hatte in einem Eisenbahnwagen ein Taschenbuch gefunden, welches ausgefüllte Wechsel über 1525 Rbl. und Wechselblanketts, welche nur eine Unterschrift trugen, für 6600 Rbl. enthielt. Der Fund war an das Vogteigericht gelangt und dieses entschied auf Klage des Verlierers T. dahin, daß letzterem der Fund nur gegen Zahlung eines Finderlohnes von 100 Rbl. auszureichen sei.

In dem Apellationsurtheil des Raths vom 16 December 1883, № 8507 wurde ausgeführt:

„Die klägerische Auffassung, als repräsentirten Wechsel keinen Vermögenswerth, ist gänzlich unhaltbar. Daß Forderungen den Gegenstand eines Pfandrechts, eines Kaufes ꝛc. bilden können, steht fest (Art. 1357, 3833 und andere des Prov.-Rechts Th. III.). Ganz besonders sind aber derartige Forderungen Objecte des geschäftlichen Verkehrs, welche an eine Urkunde geknüpft sind, und unter diesen nimmt wiederum der Wechsel die erste Stelle ein. Dieser ist nicht Beweisurkunde, sondern Träger des Forderungsrechts, dergestalt daß letzteres ausschließlich durch Präsentation des Wechsels geltend gemacht werden kann und daß mit der Vernichtung des Wechselbriefes auch die Wechselforderung erlischt, sofern nicht etwa ein Mortificationsverfahren dem Wechselgläubiger die Erhaltung seines Forderungsrechts ermöglicht. Wenn somit allen Forderungen, und darunter den Wechseln in hervorragender Weise, ein realisirbarer Vermögenswerth innewohnt, so kann sich nur noch fragen, ob dieser Werth etwa anders sich bestimme, als derjenige körperlicher Sachen. Diese Frage ist indessen im allgemeinen zu verneinen und jedenfalls insoweit, als der Werth letzterer ebenso schwankend ist, wie der

Werth von Forderungsrechten; indem beide durch obwaltende äußere Umstände bestimmt werden und die concrete Werthfeststellung in beiden Fällen Schwierigkeiten darbieten kann. Die Beschwerde des Klägers darüber, daß den von ihm verlorenen Wechseln überhaupt ein Vermögenswerth beigelegt sei, ist daher hinfällig.

Ebenso ist es zweifellos, daß die in den Artikeln 733 ff. des Privatrechts gegebenen Vorschriften über „verlorene Sachen" vermöge der Art. 529 und 535 auch auf Forderungsrechte zu beziehen sind, soweit bei diesen ein Verlieren möglich erscheint, wie es bei Forderungsdocumenten der Fall ist. Schließlich muß es auch als correct bezeichnet werden, daß das Vogteigericht die Auslieferung des Fundes von der Zahlung des Finderlohnes abhängig machte, da dem Finder wegen des letzteren an der gefundenen Sache nach Art. 737 und 3383 Pkt. 3 a. a. O. ein Zurückhaltungsrecht zusteht, welches von der Behörde, bei welcher der Fund eingeliefert wurde, zu wahren ist . . . . .

Wie vorhin die klägerische Ansicht, als hätten die gefundenen Wechsel überhaupt keinen Werth, zurückzuweisen war, so muß auch der Ansicht des Beklagten entgegengetreten werden, daß dieser Werth gleich der Wechselsumme sei . . . . weil nicht feststeht, daß der Wechselgläubiger die Wechselsumme auch vollständig erhalten werde, letzteres vielmehr nur im Falle seiner Zahlungsfähigkeit möglich ist, während anderenfalls der Werth des Wechsels auch gleich Null sein kann. Wie hierin, so ist dem Erkenntniß erster Instanz auch darin beizutreten, daß die blos mit einer Namensschrift versehenen, aber nicht ausgefüllten Wechselblanketts noch keine Wechsel sind und in ihrem gegenwärtigen Zustande überhaupt nicht als Forderungsdocumente anerkannt werden können, weil sich aus ihnen keine Forderungsklage herleiten und begründen läßt. Deshalb sind bei der Bestimmung des Werthes des Fundes die 16 Wechselblanketts über zusammen 6600 Rbl. außer Betracht zu lassen. . . . In Uebereinstimmung mit dem angefochtenen Erkenntniß ist also davon auszugehen, daß für die Werthschätzung des Fundes nur der Betrag der giltigen Wechsel mit 1525 Rbl. in Anschlag zu bringen ist und daß der Finderlohn von 100 Rbl. unter den obwaltenden Umständen angemessen erscheint."

1258. a. Eigenthum an einer von einer Privatperson in dem öffentlichen Straßenkörper angelegten Wasserleitung. b. Welche privatrechtliche Wirkung hat die von einem Unterorgane der städtischen Communalverwaltung übernommene Verpflichtung, wenn der bezügliche Beschluß von dem übergeordneten Verwaltungsorgane (Stadtamt oder Stadtverordneten-Versammlung) aufgehoben wird?

Dem Badstüber M. war im Jahre 1868 durch Beschluß des Rigaschen Stadtkassa-Collegiums die Ausführung einer Drainirungsanlage von seiner Badstube durch verschiedene Straßen bis zu einem bereits vorhandenen Einfallschachte für seine Rechnung gestattet und ihm dabei das Recht zugestanden worden, sich von denjenigen Grundbesitzern, welche sich künftig an die Drainage anschließen wollten, einen verhältnißmäßigen Ersatz der ersten Anlagekosten auszubedingen. Zugleich hatte das Kassa-Collegium sich vorbehalten, in jedem aus solchem Anlasse entstehenden Streitfalle zwischen M. und einem künftigen Petenten den Betrag des zu leistenden Kostenersatzes festzustellen. Endlich hatte M. dem Kassa-Collegium gestattet, im öffentlichen Interesse einen Anschluß an seine Drainage unentgeltlich zu bewerkstelligen. — Später hatte B. von seinem Grundstücke eine Drainage hergestellt, welche sich mit Genehmigung des Kassa-Collegiums und des M. an dessen Röhrenleitung anschloß. Im Jahre 1880 wurde darauf von dem Bauamte dem Bäcker D. gestattet, eine zur Entwässerung seines Grundstückes dienende Thonröhrenleitung der Leitung des B. anzuschließen, und ihm auf seine Anfrage eröffnet, daß er weder B. noch M. für den Anschluß an ihre Leitung etwas zu zahlen habe. Gegen diese Entscheidung führte M. beim Stadtamte Beschwerde, welches in der Erwägung, daß D. sich, wenngleich nicht direct, so doch indirect an die Wasserleitung des M. anschließe, das Verfügen des Bauamtes aufhob und demselben auftrug, dem D. zu eröffnen, daß M. gemäß dem Beschlusse des Kassa-Collegiums von 1868 allerdings berechtigt sei, von ihm einen verhältnißmäßigen Ersatz der ersten Anlagekosten zu fordern.

Nun klagte M. gegen D. auf Zahlung dieses Beitrages zu den Anlagekosten, wurde aber von der II. Section des Land-

vogteigerichts am 19. April 1884 sub № 117 mit folgender Begründung abgewiesen:

I. „Die M.'sche Thonröhrenleitung mit allen ihren Verzweigungen und Schachten ist ein unterirdischer Bau, der nach allgemeinem Rechtsgrundsatze (solo cedit, quod inaedificatur) gleichwie ein Hochbau, im Eigenthum dessen steht, auf oder in dessen Grunde er sich befindet. Da nun diese Leitung im Straßenkörper ruht, so kann entweder nur ein Eigenthumsrecht der Stadt angenommen, oder es kann in der Erwägung dessen, daß der Charakter der Straße und der Zweck der Anlage ausschlaggebend sei, behauptet werden, daß diese Leitung in Niemandes Privateigenthum stehe, sondern als res extra commercium (wenn auch nicht immer ohne Entgelt) in den öffentlichen Dienst gestellt sei. Die Leitung kann daher auch nicht als Pertinenz irgend eines anderen mit ihr verbundenen Grundstückes angesehen werden. Nicht die Thonröhrenleitung selbst, sondern vielmehr das Recht der dauernden Entwässerung durch dieselbe erscheint als Pertinenz sowohl des klägerischen, als auch der übrigen verbundenen Grundstücke, was juristisch kein Bedenken leiden kann, da nach Art. 535 und 538 des Privatrechts auch unkörperliche Sachen, d. h. Rechte jeder Art, Bestandtheile oder Zubehörungen von körperlichen Sachen bilden können.

Gegen das Privateigenthum des Klägers und für das Eigenthum der Stadt bzw. für den öffentlichen Charakter der Leitung sprechen deutlich folgende Umstände, welche sich theils aus dem obenerwähnten Concessionsprotokolle ergeben, theils als notorisch gelten können. 1) Die dauernde Instandhaltung und Reinigung der im Straßenkörper liegenden Leitungen sammt Schachten bildet nicht eine Verpflichtung der die Leitung herstellenden Privatpersonen, sondern allein der Stadtverwaltung. Darum hat sich auch Kläger nur einen Ersatz für die ersten Anlagekosten, nicht aber für die Erhaltung und Reinigung ausbedungen. 2) Die privaten Erbauer dürfen die Genehmigung zum Anschlusse nicht versagen oder verhindern, sondern haben nur Anspruch auf eine von der Stadtverwaltung zu bemessende Entschädigung. Die Röhrendimensionen werden nicht mit Rücksicht auf das Bedürfniß des Erbauers, sondern mit Rücksicht auf das künftige muth-

maßliche Anschlußbedürfniß festgestellt. 3) Die privaten Erbauer dürfen die im Straßenkörper ruhende Leitung weder verändern, noch sperren, noch beseitigen. Dieses Recht hat aber unzweifelhaft die Stadtverwaltung, wofern dadurch das Entwässerungsrecht der Privaten nicht gekränkt wird (systematische Canalisation der Stadt). 4) Im Differenzfalle zwischen dem Erbauer der Leitung und einem künftigen Petenten hat sich das Kassa-Collegium die Entscheidung über „den Höhebetrag des Kostenersatzes ex aequo et bono für beide Theile maßgebend" vorbehalten. Hieraus folgt deutlich, daß es sich um einen eventuellen eigenen Anspruch der Stadtverwaltung handelt, den sie sich kraft ihres Verfügungsrechts über die Leitung für den Anschluß auszubedingen und auf den ersten Erbauer zu übertragen, in Aussicht genommen hat. Denn wenn nur Rechte des ersten Erbauers (des Klägers) und des neu Hinzutretenden in Frage kämen und miteinander in Conflict geriethen, so hätte die Stadtverwaltung weder ein Interesse daran, noch auch ein Recht dazu, den entstandenen Streit zu entscheiden. Die Entscheidung gebührte vielmehr den ordentlichen Gerichten.

Das Rechtsverhältniß unter den betheiligten Personen, welches freilich aus dem Concessionsprotokole des Kassa-Collegiums nicht deutlich genug zu Tage tritt, ist folgendermaßen zu construiren: Die Stadt hat die Genehmigung zur Leitungsanlage in ihrem Straßenkörper ertheilt und an derselben Eigenthum bzw. Dispositionsrecht erlangt. Vermöge dieses Rechts gewährt die Stadt den Anschluß an die Leitung nur gegen eine verhältnißmäßige, von ihr selbst festzusetzende Gebühr. Diese Gebühr wird dem Erbauer der Leitung als theilweise Entschädigung für seine Anlagekosten abgetreten und die Abtretung der künftig zu erwartenden Gebühren ist demselben bereits im Concessionsprotokoll garantirt worden. Daß die Höhe der Ersatzsumme nicht in jedem Falle vom Kassa-Collegium hat festgesetzt, sondern die Feststellung derselben zunächst der Vereinbarung zwischen dem Erbauer und dem Anschließenden hat überlassen werden sollen, erklärt sich dadurch, daß die Stadtverwaltung an der Höhe der Summe kein eigenes Interesse gehabt hat. Hierdurch wird jedoch das Rechtsverhältniß, so wie es eben auseinandergesetzt worden ist, nicht alterirt.

Aus vorstehender Darlegung ergiebt sich, daß es sich nicht um einen eigenen, in der Person des Klägers entstandenen Anspruch, sondern vielmehr um einen solchen Anspruch handelt, welchen die Stadtverwaltung für den Anschluß an ihre Leitung erworben und auf den Kläger übertragen haben soll. Kläger hat die Herleitung seines Rechts von der Stadtverwaltung auch dadurch implicite anerkannt, daß er sein Klagerecht im Wesentlichen auf den § 3 des Concessionsprotokolls gestützt wissen will.

Für die Entscheidung dieses Rechtsstreites kommt es daher lediglich noch auf eine Beantwortung der Frage an, ob dem Kläger, der zu dem Beklagten unzweifelhaft in gar keinem Verhältnisse steht, in der That ein von der Stadtverwaltung erworbener Anspruch wider den Beklagten übertragen worden ist, oder nicht.

Diese Frage kann aber nicht anders als dahin beantwortet werden, daß die Stadtverwaltung weder einen Anspruch gegen den Beklagten erworben, noch auch denselben auf den Kläger übertragen hat.

Wie oben bereits referirt worden ist, hat das Rigasche Bauamt, auf welches ein Theil der Competenzen des ehemaligen Stadtkassa-Collegiums übergegangen ist, bei Ertheilung der Anschlußconcession an den Beklagten sich eine Entschädigungszahlung für den Anschluß keineswegs ausbedungen. Das Bauamt hat vielmehr dem Beklagten ausdrücklich eröffnet, daß er weder dem Kläger, noch sonst Jemandem für die Anschlußberechtigung etwas zu zahlen haben werde. Auf diese Eröffnung hin hat Beklagter die concedirte Leitung angelegt und den Anschluß an die bereits bestehende (von B. bzw. M. erbaute) städtische Leitung bewerkstelligt.

Nun ist es zwar richtig, daß das dem Bauamt übergeordnete Stadtamt die hier in Frage kommenden Verfügungen des Bauamts aufgehoben und dem letzteren aufgegeben hat, dem Beklagten darüber Eröffnung zu machen, daß Kläger von ihm einen verhältnißmäßigen Ersatz der ersten Anlagekosten zu fordern habe und daß die Höhe des Ersatzes in Ermangelung gütlicher Verständigung vom Bauamte nach billigem Ermessen zu bestimmen sein werde.

Durch diese Entscheidung des Stadtamtes konnten aber (ohne daß hier auf die sonstige Tragweite des stadtamtlichen Beschlusses

eingegangen werden kann) weder die wohlerworbenen Rechte des Beklagten beschränkt oder verändert, noch auch dem Beklagten neue Verpflichtungen der Stadt oder gar anderen Personen gegenüber auferlegt werden. Zwar kann nicht bezweifelt werden, daß die Beschlüsse der unteren städtischen Verwaltungsorgane der Regel nach einer Remedur seitens der übergeordneten Organe unterliegen können. Kläger übersieht aber, daß es sich hier um einen solchen Verwaltungsbeschluß eines städtischen Unterorganes handelt, durch welchen Beklagter auf sein Ansuchen (abgesehen von der Concession zum Legen von neuen Röhren) einen privatrechtlichen Anspruch darauf erworben hat, sein Grundstück unter Benutzung der bereits vorhandenen städtischen Leitung dauernd und ohne besondere Entschädigung an die Stadtverwaltung (bzw. an einen eventuellen Cessionar) zu entwässern. Die hier allein in Betracht kommenden privatrechtlichen Wirkungen des bauamtlichen Beschlusses konnte aber die übergeordnete Verwaltungsinstanz ebensowenig aufheben oder verändern, wie etwa den Beschluß eines Unterorganes (z. B. des Oekonomieamts oder der Güterverwaltung), ein städtisches Grundstück auf Grundzins oder in Pacht zu vergeben, wofern — wie in diesem Falle — durch den Beschluß des Unterorganes und durch die Eröffnung desselben der Vertrag mit einer Privatperson als perfekt zu gelten hat. Die selbstverständliche Voraussetzung für die Wirksamkeit eines solchen Beschlusses ist freilich die, daß das betreffende Unterorgan innerhalb der ihm zugewiesenen Competenz gehandelt hat. Kläger hat aber garnicht behaupten können, daß das Bauamt, indem es den kostenfreien Anschluß gestattete, seine Competenz überschritten habe; ebenso wenig ist aus dem beigelegten Protokolle des Stadtamts zu entnehmen, daß dasselbe in den aufgehobenen Verfügungen Ueberschreitungen der Befugnisse des Bauamts erblickt habe.

Auch muß noch darauf hingewiesen werden, daß selbst eine Vollmachtsüberschreitung seitens des Bauamtes das Stadtamt nicht dazu berechtigen konnte, dem Beklagten eine Verpflichtung aufzuerlegen. Die Ueberschreitung der Vollmacht konnte vielmehr nur die Rechtsfolge haben, daß das Stadtamt die privatrechtliche Vereinbarung, zwischen dem Bauamt und dem Beklagten (d. h.

die Einräumung des kostenfreien Entwässerungsrechts durch die städtische Leitung) für unwirksam erklärte, bzw. in seinen Wirkungen verhinderte, — nicht aber die, daß das Stadtamt das Rechtsverhältniß selbst unter anderen, für den Beklagten lästigen Bedingungen, zu welchen dieser nicht einmal eventuell seine Zustimmung ertheilt hatte, fortbestehen ließ.

Die angestellte Klage erweist sich danach als ungenügend begründet. Dem Kläger kann nur vorbehalten bleiben, falls er sich durch die Nichtbeobachtung der Concessionsbedingungen des Kassa-Collegiums in seinen Rechten beeinträchtigt glaubt, seine etwaigen Entschädigungsansprüche gegen seinen Contrahenten, d. h. gegen die Rigasche Stadtverwaltung zu richten; dem Anspruche wider den Beklagten hingegen fehlt jede rechtliche Grundlage."

II. Durch Apellation des Klägers gelangte die Sache an den Rath, woselbst der Referent folgendes Votum abgab:

„Was die Ausführungen des Unterrichters anlangt, so kann nicht zugegeben werden, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze über Eigenthumserwerb durch Verbindung auf den vorliegenden Fall Anwendung finden müßten. Diese Rechtsgrundsätze, soweit sie sich auf die Verbindung durch Einbauen beziehen, kommen regelmäßig nur dann zur Geltung, wenn ein besonderes Vertrags- oder Rechtsverhältniß zwischen dem Bauenden und dem Grundeigenthümer nicht besteht. Befindet sich aber der Bauende zu dem Grundeigenthümer in einem besonderen Rechtsverhältnisse, z. B. als Nießbraucher, Pachter ꝛc., so finden nach der Anmerkung zum Art. 772 des III. Theils des Prov.-Rechts die Grundsätze des betreffenden Rechtsverhältnisses Anwendung. Im vorliegenden Falle hatte der Kläger, welcher eine Thonröhrenleitung in dem der Stadt Riga gehörigen Straßenkörper (vgl. Art. 590 und 594 a. a. O.) anlegte, über die Modalitäten der Benutzung des Straßenkörpers zu dem beregten Zwecke mit der Stadtverwaltung einen besonderen Vertrag geschlossen und dieser Vertrag, welcher in dem Protokolle des Stadtkassa-Collegiums vom 3. September 1868 beurkundet ist, muß die Grundlage der Entscheidung darüber bilden, in wessen Eigenthum sich die vom Kläger angelegte Thonröhrenleitung befindet.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die Stadt an der von M. angelegten Thonröhrenleitung Eigenthum nur hätte erwerben können, wenn auf Seiten M.'s, welcher den Bau mit seinem Material hergestellt hat, Eigenthumsverlust eingetreten wäre. Letzteres wäre aber selbst dann nicht anzunehmen, wenn zwischen M. und der Stadtverwaltung gar kein Vertrag geschlossen wäre, wenn m. a. W. ersterer ohne vorgängige Zustimmung der letzteren die bauliche Anlage gemacht hätte. Denn die Verbindung des klägerischen Materials mit dem städtischen Eigenthum, der Straße, ist keine so feste, daß die Thonröhrenleitung als *Theil* der Straße angesehen werden könnte; sie kann aus derselben ohne Schädigung der Straße und ohne Beeinträchtigung des Begriffsganzen entfernt werden. Voraussetzung für den Eigenthumsverlust auf Seiten des auf fremdem Grunde Bauenden, und folgeweise für den Eigenthumserwerb durch Verbindung auf Seiten des Grundeigenthümers, ist aber nicht nur eine dauernde, sondern auch eine feste Verbindung; sonst wird an den bestehenden Rechtsverhältnissen nichts geändert (Art. 771 a. a. O. Windscheid, Pandekten I, § 188). Nun wäre es zwar denkbar, daß Kläger, ungeachtet des Mangels einer festen Verbindung seines Materials mit dem fremden Grunde und Boden, die Vereinbarung doch in der Absicht vorgenommen habe, auf sein Eigenthumsrecht zu verzichten. Beklagterseits sind aber keinerlei Umstände angeführt worden, aus welchen auf einen solchen Verzicht geschlossen werden könnte, und der Inhalt des zwischen dem Kläger und der Stadtverwaltung am 3. September 1868 geschlossenen Vertrages bietet nicht nur keinen Anhalt dafür, daß Kläger das Eigenthum an der Röhrenleitung habe aufgeben wollen, sondern läßt vielmehr den Willen beider Contrahenten, daß das Eigenthum an der Leitung dem *Kläger* verbleiben solle, deutlich erkennen. Der ursprüngliche Zweck, den Kläger beim Vertragsschlusse verfolgte, war auf die Ausführung einer unterirdischen Drainage gerichtet, welche die Ableitung des Tageswassers aus der ihm gehörigen Badeanstalt vermitteln sollte. Die Thonröhrenleitung, als Nebensache, bestimmte er daher zum Dienste des die Badeanstalt enthaltenden Immobils, als der Hauptsache. Erstere sollte mit der letzteren dauernd verbunden sein und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß jene Nebensache auch ihrer natürlichen Beschaffenheit nach der

ihr auferlegten Bestimmung entspricht. Die vom Kläger ausgeführte mit seinem Gebäude cohärirende Anlage erscheint somit als eine Pertinenz des Gebäudes im Sinne des Art. 557 a. a. O. An dieser Pertinenzqualität ändert auch der Umstand nichts, daß die Röhren zum Theil außerhalb des Gebäudes liegen oder weit außerhalb desselben hinlaufen (l. 47, 48 Dig. de contr. emt. XVIII, 1 und l. 15 Dig. de act. emti et venditi XIX, 1); die Röhren selbst bleiben sogar dann noch Zubehörungen des Hauses, wenn das Wasserleitungsrecht oder das Recht des Ausgusses bereits verloren gegangen sein sollte (l. 49 Dig. XVIII. 1). Da nach Art. 549 a. a. O. die Nebensachen, solange sie von der Hauptsache nicht getrennt sind, die rechtliche Natur der letzteren theilen, so ist einleuchtend, daß die in Frage kommende Thonröhrenleitung im Eigenthume desjenigen sich befindet, dem die Hauptsache (das die erwähnte Badeanstalt enthaltende Immobil) gehört, nämlich dem Kläger. Der Umstand, daß im Interesse des öffentlichen Verkehrs Kläger in der Benutzung seines Eigenthums beschränkt ist oder die Stadtverwaltung die Unterhaltung der Leitung übernommen hat, ist nicht im Stande das Eigenthumsrecht des Klägers zu zerstören. Daß aber auch die Stadtverwaltung ihrerseits dieses Eigenthumsrecht hat anerkennen wollen, geht unzweideutig aus der Vertragsbestimmung hervor, kraft welcher Kläger dem Kassa-Collegium den Anschluß an die Drainage im öffentlichen Interesse gestattet hat. Es liegt auf der Hand, daß die Stadtverwaltung sich nicht die besondere Erlaubniß zur Mitbenutzung der fraglichen Röhrenleitung vom Kläger ausbedungen hätte, wenn der Vertrag auf Eigenthumsübertragung gerichtet gewesen wäre oder wenn sie der Ansicht gewesen wäre, daß sie mit der Herstellung der Röhrenleitung auch das Eigenthum an derselben erwerben würde.

Um nun den von ihm verfolgten Zweck der Ausführung der erwähnten Drainage zu erreichen, bedurfte Kläger nach Maßgabe der localen Verhältnisse, welche eine Benutzung des im Eigenthume der Stadt befindlichen Straßenkörpers bedingten, der Zustimmung der Stadtverwaltung zu dieser Anlage und hierauf zielten im Wesentlichen die protokollarischen Verhandlungen vom 3. September 1868 ab. Erwägt man nämlich, daß die Erwerbung privatrechtlicher Nutzungsrechte an öffentlichen Sachen an sich zulässig ist

(Seuffert's Archiv XXIII, 11 und 12. XXVII, 89. Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen VIII, S. 158.), indem es schon nach römischem Rechte möglich war, eine Wasserleitung über eine öffentliche Straße mit Genehmigung des Landesherren anzulegen (l. 14 § 2 Dig. de sero VIII, 1; l. 18 § 1 Dig. de aqua XXXIX, 3), so erscheint es unbedenklich, den hauptsächlichsten Gegenstand des zwischen dem Kläger und dem Kassa-Collegium geschlossenen Vertrages darin zu sehen, daß dem Kläger als Eigenthümer des berechtigten Grundstückes das Nutzungsrecht am Straßenkörper, als dem verpflichteten Grunde und Boden, zu dem beregten Zwecke nach Art einer Dienstbarkeit gesichert werden sollte (Art. 1194 und 1147 a. a. O.). Ein solcher Vertrag läßt an sich das Eigenthumsverhältniß des Klägers zu der Wasserleitung und den in den Straßenkörper eingefügten Thonröhren vollständig unberührt. Wenn somit die Stadtverwaltung vermöge gewisser Nebenbestimmungen des Vertrages einige Dispositionsrechte über die klägerische Drainage erwarb, so können diese eben nur von dem *Kläger*, als dem Eigenthümer der Drainage abgeleitet werden; nicht können umgekehrt — wie der Unterrichter thut — die dem Kläger an der Röhrenleitung zustehenden Rechte als von der Stadtverwaltung ihm übertragen construirt werden. Daher erscheint denn das Recht des Klägers, von dem Dritten, der sich seine Drainage zu Nutzen macht, eine Entschädigung für diese Benutzung zu fordern, als ein selbständiges, aus einem bestimmten Zustande hervorgegangenes Forderungsrecht gegen diesen Dritten (vgl. Art. 2908 a. a. O.). Nach der neueren Rechtsterminologie spricht man in solchem Falle entweder von einem Quasicontract oder von einem Quasidelict, jenachdem der Entstehungsgrund des Forderungsrechts mehr nach der Seite der Rechtsgeschäfte oder mehr nach der Seite der Vergehen liegt (Windscheid a. a. O. II, § 302). Würde Beklagter vom Rigaschen Bauamte z. B. nicht die Zusicherung der Unentgeltlichkeit des Anschlusses an des Klägers Drainage erhalten haben, so würde er dem Kläger quasi ex contractu obligirt sein, da dann angenommen werden müßte, er habe nur gegen eine billige Entschädigung von der klägerischen Drainage Nutzen ziehen wollen. Durch die Verhandlungen des Bauamtes ist aber festgestellt, daß dem Beklagten die *freiwillige* Entschädigung des Klägers von vornherein ferngelegen

hat; wenn überhaupt, so kann daher Beklagter dem Kläger nur quasi ex delicto obligirt sein und dies ist in der That der Fall, wie aus Nachstehendem erhellt.

Beklagter hat sich zwar nicht direct an die klägerische Stammleitung, sondern an die B.'sche Röhrenleitung angeschlossen, die in jene Stammleitung mündet. Es muß mit dem Stadtamte anerkannt werden, daß es gleichgiltig ist, ob die Benutzung der Stammleitung dadurch ausgeübt wird, daß der Anschließende sein Rohr direct in die Drainage münden läßt oder ob er durch ein Mittelglied das Wasser in die Drainage abführt; auch im letzteren Falle liegt ein Anschluß an die Stammdrainage und eine Mitbenutzung desselben vor, für welche Kläger als Errichter derselben sich ein Entgelt vorbehalten hat. Beklagter beging, zumal er von vornherein von der Sachlage Kenntniß hatte, diesem gegenüber ein Unrecht, wenn er jede Entschädigungszahlung verweigerte; er maßte sich das unentgeltliche Mitbenutzungsrecht an der M.'schen Drainage an, obgleich die Mitbenutzung durch die Zahlung eines verhältnißmäßigen Beitrages zu den ersten Anlagekosten bedingt war. Beklagter hat dieses dem Kläger objectiv zugefügte Unrecht zu einem fortdauernden gemacht, da er ungeachtet des klägerischen Einspruches den Anschluß an die klägerische Stammleitung, ohne daß ein äußerer Zwang hierzu vorlag, vollendete und er haftet daher, da ihm in Anbetracht der für ihn günstigen Resolution des Bauamtes ein directes Verschulden nicht nachgewiesen werden kann, dem Kläger gegenüber wenigstens quasi ex delicto in gleichem Umfange, wie derjenige, welcher zwar gegen das Erbieten zu einer billigen Entschädigung die Mitbenutzung der klägerischen Stammleitung in Anspruch nimmt, über den Betrag dieser Entschädigung aber sich mit dem Kläger nicht gütlich einigen kann.

An diesem Rechtsverhältnisse der Parteien vermöge die dem klägerischen Anspruche entgegenstehenden Resolutionen des Bauamts nichts zu ändern. Denn das Bauamt durfte dem Beklagten die Concession zum Anschlusse an die klägerische Stammleitung nur unter Beobachtung der ihm ertheilten Instruction ertheilen. Diese Instruction war aber zufolge Protokolls des Kassa-Collegiums vom 3. September 1868 zwischen der Stadtverwaltung und dem Kläger vereinbarungsmäßig festgestellt und durfte von ersterem daher nicht

einseitig abgeändert werden. Die willkürliche, wenn auch durch eine irrige Vertragsinterpretation herbeigeführte Abweichung von der Instruction, als welche die unentgeltliche Concession des Anschlusses an die klägerische Drainage anzusehen ist, involvirte eine Vollmachtsüberschreitung seitens des Bauamtes und konnte daher niemals wider den Willen des dabei interessirten Klägers rechtswirksam werden. Wenn der Unterrichter meint, daß das Stadtamt, als das dem Baumte übergeordnete Verwaltungsorgan für den Fall der Vollmachtsüberschreitung seitens des Bauamtes die privatrechtliche Vereinbarung zwischen dem Bauamte und dem Beklagten (d. h. die Einräumung des kostenfreien Entwässerungsrechtes durch die vom Kläger hergestellte Leitung) für unwirksam erklären, bzw. in seinen Wirkungen verhindern, nicht aber das Rechtsverhältniß unter *für den Beklagten lästigeren* Bedingungen fortbestehen lassen durfte, so legt er der aufhebenden Entscheidung des Stadtamtes eine Tragweite bei, welche ihr — wenigstens für den vorliegenden Proceß — garnicht zukommt. Die Resolution des Stadtamtes bringt nicht die Meinung zum Ausdruck, daß unter allen Umständen es bei dem Bau der Anschlußleitung des Beklagten sein Bewenden haben müsse, daß m. a. W. Beklagter, wenn auch unter lästigeren Bedingungen, zu diesem Bau anzuhalten sei; vielmehr war dem Beklagten auch nach Maßgabe der stadtamtlichen Resolution keineswegs verwehrt, unter den veränderten Umständen von dem Gebrauche der ihm ertheilten Concession abzustehen ...

Vorstehendem nach ist Beklagter im Princip für verpflichtet zu erachten, dem Kläger für den Anschluß an dessen Drainage verhältnißmäßigen Ersatz zu leisten."

III. Gemäß dem Beschlusse der Majorität des Collegiums erging indessen am 10. October 1884 sub № 6946 nachstehendes *Appellationsurtheil*:

„Dahingestellt kann hier bleiben, ob die *Stadt* — wie das angefochtene Erkenntniß annimmt — an der vom Kläger erbauten Röhrenleitung das *Eigenthum* erworben hat, oder ob etwa Kläger als deren Eigenthümer und, durch die Verpflichtung zur Gestattung des Anschlusses anderweitiger Abzugsröhren an seine Leitung, nur in der Benutzung dieser als beschränkt anzusehen ist.

Denn wenn man auch von der Existenz eines Eigenthumes der Stadt an der streitigen Röhrenleitung ausgeht, so gelangt man doch nicht zu dem von der ersten Instanz gezogenen Schlusse, daß Kläger einen Anspruch auf verhältnißmäßige Vergütung seiner Anlagekosten durch Beklagten nicht habe.

Gelegentlich der Erbauung der Röhrenleitung durch den Kläger hat das Stadtkassa-Collegium, welches derzeit die Stadtverwaltung repräsentirte, zufolge des beigebrachten Protokolls vom 3. September 1868 dem Kläger ausdrücklich das Recht zugestanden, sich von denjenigen Grundbesitzern, welche sich an die herzustellende Drainage mit ihren Grundstücken anschließen wollen, einen verhältmäßigen Ersatz der ersten Anlagekosten auszubedingen, und sich nur vorbehalten, bei einer Differenz zwischen dem Kläger und einem zukünftigen Petenten um die Genehmignng des Anschlusses, den Betrag des Ersatzes zu bestimmen. Wie bereits im Apellationserkenntnisse des Raths vom 11. Februar 1876, № 1038 in Sachen des gegenwärtigen Klägers gegen S. ausgesprochen, hat das Kassa-Collegium, welches seinerseits die Genehmigung zur Anlage von Drainagen in den städtischen Straßen zu ertheilen und die Bedingungen, unter welchen der Anschluß an eine bereits vorhandene Drainage gestattet sei, festzustellen hatte, in dem angeführten Beschlusse dem Kläger das Recht auf die Erhebung eines Beitrages zu den Anlagekosten der Röhrenleitung von solchen Personen, welche künftig sich an dieselbe anschließen, d. h. dieselbe mitbenutzen würden, förmlich abgetreten. Die Genehmigung zu dem Anschlusse bzw. der dadurch ermöglichten Mitbenutzung der vom Kläger für seine Kosten hergestellten Röhrenleitung konnte hiernach garnicht anders ertheilt werden, als mit der gleichzeitigen Auflage an den betreffenden Interessenten, den vorgesehenen Beitrag zu den Herstellungskosten dem Kläger zu leisten. Dabei machte es keinen Unterschied, ob jemand sich mit seinem Abzugsrohr direct an die Röhrenleitung des Klägers anschloß, oder die letztere nur durch Vermittelung eines bereits von anderen hergestellten Anschlusses mitbenutzte, weil in jedem Falle die Ableitung des Wassers durch die klägerische Leitung erfolgte und überhaupt nicht möglich wäre, wenn Kläger diese nicht erbaut hätte.

An dem durch den Beschluß des Stadtkassa-Collegiums vom 3. September 1868 für den Kläger geschaffenen Rechtsverhältnisse

hat dadurch, daß in Folge der Einführung der Städteordnung an Stelle des Kassa-Collegiums das Bauamt trat und nunmehr diese Behörde die Genehmigung zur Anlage von Drainagen zu ertheilen hatte, selbstredend nichts geändert werden können, da das dem Kläger gegenüberstehende Rechtssubject, nämlich die Stadtcommune, dasselbe blieb und nur das zu seiner Vertretung berufene Organ gewechselt hatte. Das wird auch allseitig anerkannt, das angefochtene Erkenntniß will aber einen Anspruch des Klägers auf Beitragsleistung zu seinen Anlagekosten deshalb nicht gelten lassen, weil dem Beklagten von dem Bauamte ausdrücklich erklärt sei, daß er weder dem Kläger, noch sonst jemandem für die Anschlußberechtigung etwas zu zahlen haben werde, und weil Kläger nur ein von dem Bauamte, als Ertheiler der Concession, abgeleitetes Recht gegen den Beklagten ausüben könne. Dieser Umstand wäre von durchschlagender Bedeutung, wenn hier ein endgiltiges Verfügen des Bauamtes vorläge, indem solchenfalls Kläger — sofern er seinen Anspruch nicht aus dem Eigenthume an der Röhrenleitung zu begründen vermöchte, was hier, wie bemerkt, außer Betracht bleibt — sein persönliches Recht nicht gegen den Beklagten, zu dem er in einem Vertragsverhältnisse nicht steht, sondern einzig gegen die Stadtverwaltung im Rechtswege durchzusetzen im Stande wäre. Allein das Verfügen des Bauamtes, daß dem Beklagten die Genehmigung zur Herstellung seiner Drainage ohne die Verpflichtung zu einer Zahlung für die Benutzung der bereits bestehenden Röhrenleitung zu ertheilen sei, ist durch das dem Bauamte übergeordnete Organ der Stadtverwaltung, das Stadtamt, aufgehoben und dem Beklagten eröffnet worden, daß Kläger allerdings berechtigt sei, von ihm für den Anschluß an die klägerische Leitung einen verhältnißmäßigen Ersatz der Anlagekosten zu fordern. Das angefochtene Erkenntniß hält diese Entscheidung des Stadtamtes zwar für irrelevant, weil Beklagter einen privatrechtlichen Anspruch darauf erworben habe, sein Grundstück unter Benutzung der bereits vorhandenen städtischen Leitung unentgeltlich zu entwässern, und weil sein wohlerworbenes Recht durch einen Verwaltungsbeschluß nicht habe beeinträchtigt werden können. Dieser Rechtsauffassung vermag der Rath aber nicht beizutreten.

Das Bauamt hatte als Verwaltungsbehörde die Genehmigung zu der vom Beklagten beabsichtigten Anlage einer Drainage in

dem städtischen Straßenkörper zu ertheilen, auch die Bedingungen derselben festzustellen. Die Ertheilung der Genehmigung war deshalb gerade so ein Verwaltungsact, wie jede andere Anordnung des Bauamtes deshalb auch in gleicher Weise der Aufhebung durch das übergeordnete Verwaltungsorgan ausgesetzt. Wenn nun das Stadtamt, als die Oberbehörde, die von dem Bauamte unentgeltlich ertheilte Genehmigung zur Anlage der Drainage bzw. zur Benutzung des bereits vorhandenen Röhrensystems durch Beklagten von der Zahlung einer Vergütung an den Kläger abhängig gemacht hat, so war damit nicht ein bereits „erworbenes" Recht des Beklagten verletzt, weil die Concession seitens des Bauamtes von Rechtswegen nur unter dem Vorbehalte, daß nicht die übergeordneten Organe anderweitig verfügen würden, ertheilt werden konnte, somit Beklagter durch die Concessionsertheilung ein unabänderliches Recht überhaupt nicht erworben hatte. So wenig das Stadtamt durch das Verfügen des Bauamtes verhindert gewesen wäre, in Folge Einspruches eines anderen Verwaltungsorganes die ertheilte Genehmigung von anderweitigen Bedingungen, als sie das Bauamt gestellt hatte, abhängig zu machen und sie eventuell ganz zu entziehen, so wenig darf sich Beklagter auf die Genehmigung des Bauamtes berufen, sobald diese auf Beschwerde einer Privatperson von der höheren Behörde in für ihn lästiger Weise abgeändert wurde. In dem einen wie in dem anderen Falle hätte dem Beklagten der Weg der Beschwerde über das Stadtamt bei den diesem vorgesetzten Verwaltungsorganen offen gestanden, sofern er sich durch die Anordnung desselben beschwert fühlte. Da die Anordnung des Stadtamtes aber zu Recht besteht, so enthält diese die dem Beklagten ertheilte Genehmigung und das entgegenstehende Verfügen des Bauamts hat rechtlich seine Bedeutung verloren.

Da nach Vorstehendem Kläger die Leistung eines Beitrages zu den Anlagekosten seiner Drainage von Beklagtem zu fordern rechtlich befugt ist, hat unter Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses die principielle Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung eines verhältnißmäßigen Ersatzes der ersten Anlagekosten anerkannt werden müssen . . . . Wegen Feststellung des vom Beklagten zu leistenden Beitrages ist gemäß dem klägerischen Antrage das Rigasche Bauamt durch das Untergericht zu requiriren."

1259. Wenn nach dem Verkaufe, aber vor dessen Eintragung in die Grundbücher, wegen einer Forderung an den Verkäufer ein Verbot auf das verkaufte Immobil eingetragen ist, so ist dasselbe auch gegenüber dem Käufer wirksam.

„Kläger hat das im III. Hypothekenbezirke sub Grundbuch-№ 00 belegene Immobil von dessen Eigenthümer J. am 18. Juni 1882 gekauft. Bevor die Umschreibung in dem Grundbuche auf des Klägers Namen erfolgt war, hat Beklagter am 11. September 1882 auf das Immobil zur Sicherung der Pfandstelle für eine gegen den Verkäufer J. ihm zustehende urtheilsmäßige Forderung ein Verbot eintragen lassen. Kläger bittet nun, Beklagten zur Löschung des Verbots zu verpflichten und stützt diesen Antrag in erster Linie auf die Behauptung, daß nach vollzogenem Verkaufe eines Immobils die Ingrossation von Forderungen Dritter an den Verkäufer überhaupt unstatthaft sei*), in zweiter Linie aber auf die weitere Behauptung, der Vertreter des Beklagten, Advocat N. N. habe vor Erwirkung des Verbotes bereits genau gewußt, daß das Immobil von dem Schuldner an den Kläger verkauft sei.

Die II. Section des Landvogteigerichts hat durch Erk. vom 21. Juni 1883, № 146 die Klage schlechthin abgewiesen. Dagegen beantragt Kläger in seiner Appellation, den Beklagten zur Löschung der Ingrossation vom 11. September anzuweisen, eventuell solche Anweisung von dem Beweise der in der Person des Vertreters des Beklagten vorhanden gewesenen mala fides abhängig zu machen. Die Appellation ist indessen nicht gerechtfertigt sondern die angefochtene Entscheidung lediglich zu bestätigen.

Nach dem Privatrecht (Art. 1580) ist die Ingrossation einer Pfandforderung gestattet, sobald der Verpfänder als Eigenthümer des verpfändeten Immobils in den Grundbüchern verzeichnet ist. Ebenso gestattet das Proceßrecht die Pfändung oder Beschlagnahme derjenigen Sachen zum Besten des Gläubigers, an welchen dem Schuldner das Eigenthum zusteht (lib. II cap. XXXII §§ 3 und 6 der Stadtrechte. Proceßpräjudicate, № 367 und 368). Ob der Schuldner in Bezug auf das verpfändete Immobil bzw. die mit Beschlag belegte Sache persönliche Verpflichtungen gegenüber dritten Personen eingegangen ist, kommt für die Rechts-

*) Vergleiche Band V, № 719.

giltigkeit der Verpfändung bzw. der Beschlagnahme nicht in Betracht. Als Eigenthümer eines Immobils ist nun der Schuldner nach Art. 812 a. a. O. anzusehen, wenn und solange dasselbe auf seinen Namen in den Grundbüchern verzeichnet steht; eine Veräußerung des Immobils aber überträgt das Eigenthum daran auf den Erwerber noch nicht, sondern dazu bedarf es der Eintragung der vollzogenen Veräußerung in die Grundbücher (Art. 809 und 813 a. a. O.). Solange letztere nicht erfolgt ist, gehört das „veräußerte" Immobil rechtlich noch zum Vermögen des Veräußernden und der Erwerber hat in seinem Vermögen einzig das Forderungsrecht auf Vollziehung der Corroboration bzw. Entschädigung (Art. 813), zu dessen Schutz ihm eine persönliche Klage gewährt wird (Art. 3014 und 3015 a. a. O.) Daraus folgt, daß die bloße Veräußerung — m. a. W. der Abschluß des Veräußerungsvertrages — ohne grundbücherliche Uebertragung des Eigenthums die Inanspruchnahme des Immobils wegen Schulden des Veräußerers, bzw. die Ingrossation solcher Schulden, nicht hindert, daß vielmehr die aus der Veräußerung gegen den Erwerber entspringende Verbindlichkeit eine persönliche Schul des Veräußerers ist, wie jede andere.

Wenn Appellant dagegen einwendet, die Zulassung von Ingrossationen zu Lasten des Immobils nach Abschluß des Verkaufes öffne dem Betruge Thür und Thor, so ist dem entgegenzuhalten, daß das gegentheilige Verfahren den Betrug noch weit mehr begünstigen, ja die gesammte Bedeutung und Wirksamkeit des öffentlichen Grundbuchwesens mit einem Schlage beseitigen würde. Der Zweck des, jedem Interessenteu zugänglichen, Grund- und Hypothekenbuches besteht ja eben darin, das Eigenthum an Immobilien und deren dingliche Belastung urkundlich festzustellen und für alle Interessenten offenkundig zu machen, dergestalt aber für den Immobiliarcredit die nothwendige Rechtssicherheit zu schaffen. Sollten dagegen Dritte durch Rechtsgeschäfte des Eigenthümers betroffen werden, welche mit dem Grundbuche in Widerspruch stehen oder auch nur aus ihnen nicht ersichtlich sind, so fällt der Zweck, dem das Grundbuch dienen soll, hinweg, weil ja dann niemand sich auf die Eintragungen darin verlassen kann. Die vom Kläger vertretene Ansicht ist daher eine mit dem Grundbuchwesen absolut unverträgliche und deshalb verwerfliche. Auch der Einwand des Klägers, daß der Käufer sich

gegen die in der Zwischenzeit zwischen dem Kaufabschlusse und der Eintragung des Erwerbstitels in die Grundbücher vom Verkäufer etwa vorgenommenen Belastungen des Immobils nicht schützen könne, erscheint nicht zutreffend. Ist nämlich ein Theil des Kaufpreises dem Käufer creditirt, so darf letzterer bis zur Tilgung der etwa später ingrossirten Schulden den Kaufpreis zurückhalten (Art. 3885 a. a. O.). Hat der Käufer aber schon beim Kaufabschlusse den Kaufpreis bezahlt, ohne die Uebertragung des Eigenthums abzuwarten, so hat er entweder dem Verkäufer vertraut, und dann darf er sich wegen Mißbrauches dieses Vertrauens gegenüber Dritten nicht beklagen; oder er muß sich im Falle des Mißtrauens ausbedingen, daß vor Zahlung des Kaufpreises zu seinem Schutze ein totales Verpfändungs- und Veräußerungsverbot auf das Immobil eingetragen werde, welches dann jede Disposition des Verkäufers über dasselbe ausschließt.

Die Klage ist hiernach, soweit sie von der Unzulässigkeit der Eintragung eines Verbotes auf das dem Kläger verkaufte Immobil ausgeht, für rechtlich nicht begründet zu erachten und die entgegengesetzte Rechtsanschauung, welche in früheren Entscheidungen Ausdruck gefunden hat, kann nicht länger aufrecht erhalten werden.

Es erübrigt noch zu erörtern, ob der vom Kläger angebotene Beweis, daß der Vertreter des Beklagten vor der Ingrossation des Verbotes schon um den Verkauf des Immobils durch den Schuldner gewußt habe, den Klageanspruch auf Löschung des Verbotes zu begründen vermag. Die „mala fides" des Beklagten ist nämlich durch andere Thatsachen, als die soeben erwähnte, nicht substantiirt worden, so daß es sich nur um den Beweis der Kenntniß von dem Verkaufe überhaupt handeln kann. Würde nun diese Kenntniß an sich eine mala fides bewirken, so könnte sie jedenfalls den Beklagten nicht tangiren, da seine Kenntniß nicht behauptet ist und im Fragefalle, wo die Klage nicht auf einen Vertrag unter den Parteien*) sich gründet, eine etwaige Arglist des Stellvertreters wohl einen Entschädigungsanspruch gegen letzteren erzeugen könnte (Art 4566 a. a. O.), aber nicht gegen den Principal (Art. 3444 und 3446 a. a. O.). In Uebereinstimmung mit dem ersten Richter

*) Ueber diesen Fall siehe Entscheid. des K. O. H. G. VI, № 91.) XV, № 11.

muß jedoch geleugnet werden, daß die Kenntniß von dem Verkaufe, auch wenn Beklagter sie besessen hätte, überhaupt eine Verpflichtung zur Entschädigung des Klägers bzw. zur Löschung des Verbotes zu begründen geeignet ist.

Der Verkauf des Immobils bedeutet rechtlich — wie schon oben dargethan ist — nicht mehr und nicht weniger als die Contrahirung einer Schuld durch den Verkäufer; die Kenntniß des Beklagten von der Existenz dieses Schuldverhältnisses hinderte ihn also an der Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln wegen seiner Forderung an den Verkäufer J. gerade so wenig, als seine Kenntniß von dessen anderweitigen Schulden aus einem Darlehen, Wechsel u. s. w. Die klägerischerseits behauptete Kenntniß des Beklagten von dem Kaufabschlusse zwischen dem beklagtischen Schuldner J. und dem Kläger ist daher ohne jede Erheblichkeit, weshalb auf ihren Beweis nichts ankommt."

(App.-Erk. des Raths vom 14. October 1883, № 6966).

1260. Mündlich abgeschlossener Kauf eines dem Verkäufer nicht gehörenden Immobils als Ersitzungstitel.

„Daß der Vertrag nicht schriftlich, sondern bloß mündlich vollzogen ist, kommt hier nicht in Betracht. Der Kaufvertrag über Immobilien ist nicht an eine besondere Form gebunden und kann somit auch durch mündliche Verabredung rechtswirksam abgeschlossen werden, so daß ein derartiger Vertrag an sich einen genügenden Rechtstitel zur Ersitzung gewährt (Art. 3859, 3560, 3030 und bzw. 830 Pkt. 2, 832 des Privatrechts*). Indessen ist hier noch ein anderes Moment zu berücksichtigen. Beklagte hat sich darauf berufen, daß sie nicht allein Eigenthümerin des Immobils und demnach auch nicht berechtigt gewesen sei, dasselbe allein von sich aus zu verkaufen . . .

Nach den Zeugenaussagen ist anzunehmen, daß der Beklagten zur Zeit des Verkaufes, wenn überhaupt Eigenthumsrechte, so nur die Rechte einer Miteigenthümerin an demselben Immobil zugestanden haben. Als solche durfte sie nur ihren ideellen Antheil an dem Immobil, nicht aber ohne weiteres letzteres ganz oder theil-

*) Vgl. Band V, № 713.

weise veräußern (Art. 938 nnd 930 l. c.). That sie es dennoch, so verfügte sie hinsichtlich der ideellen Antheile der übrigen Miteigenthümer über ein ihrer Disposition entzogenes fremdes Vermögensobject. Wird eine fremde Sache ohne Wissen und Willen des Eigenthümers verkauft, so ist nach Art. 3838 a. a. O 1) wenn beide Paciscenten um dieses Verhältniß wußten, der ganze Vertrag ungiltig, 2) falls blos der Käufer es wußte, der Verkäufer ihm zu nichts verbunden und 3), wenn nur der Verkäufer hiervon Kenntniß hatte, dieser dem Käufer zur Leistung des Interesses verpflichtet. Es fragt sich nun, ob ein derartiger Vertrag, welcher dem Käufer im für ihn günstigen Falle nur einen Anspruch auf das Interesse gewährt, überhaupt für einen geeigneten Usucapionstitel zu halten ist. Das Provinzialrecht entscheidet zwar diese Frage nicht ausdrücklich, indessen ist sie bejahend zu beantworten. Eine solche Auslegung ist nicht nur nach der allgemeinen Fassung der Art. 829, 833 und 839 a. a. O. statthaft, sondern dafür sprechen namentlich auch die allegirten Stellen aus dem römischen Rechte (wie z. B. der Digestentitel pro emptore XLI, 4; l. 67 D. XXIII, 3; l. 1 § 2 D. XLI, 9; l. 109 D. L, 16 ꝛc.), welche gerade von der Usucapion dritten Personen gehöriger und veräußerter Vermögensobjecte handeln. Ein solcher Titel nützt zur Ersitzung aber nur dann, wenn der Besitzer sich in gutem Glauben befunden hat (839), mithin nur in dem Falle, daß Kläger keine Kenntniß davon gehabt hat, daß Beklagte nicht alleinige Eigenthümerin des Immobils gewesen war. Da jedoch ein Rechtsgrund an sich dargethan worden, so ist der gute Glaube, wie bereits erwähnt, gemäß Art. 863 a. a. O. solange zu präsumiren, bis das Gegentheil nachgewiesen wird. Einen solchen Beweis hat Beklagte nicht erbracht."

Vorstehendes Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 5. März 1883, № 66 wurde in der hier in Frage stehenden Beziehung rechtskräftig.

1261. Eigenthumsklage. Berufung des Beklagten darauf, daß Kläger die Sache verkauft und der Käufer sie dem Beklagten vermiethet habe.

„Kläger hat als Eigenthümer des im I. Hypothekenbezirke sub № 00 belegenen Immobils die Beklagte mit der Eigenthumsklage

auf Räumung des von ihr bewohnten Hauses belangt. Beklagte hat darauf erklärt, sie müsse zunächst bestreiten, daß das Immobil Eigenthum des Klägers sei, denn letzterer habe dasselbe dem B. verkauft und übergeben und von B., welcher dasselbe seither nutze, habe Beklagte die von ihr bewohnten Localitäten gemiethet. Ohne diese Angaben zu bestreiten, hat Kläger darauf seinen Räumungsantrag wiederholt, da Beklagte zu ihm in keinem Vertragsverhältnisse stehe. Das Vogteigericht hat die Beklagte nach dem Klageantrage verurtheilt. Diese Entscheidung ist von der Beklagten aber im Wege der Querel angegriffen worden, weil . . . sie zur Vorschützung jener Einrede nach Art. 919 des Prov.-Rechts Th. III. für befugt erkannt werden müsse.

Nach dem angezogenen Art. 919 kann freilich der Beklagte die Eigenthumsklage zurückweisen, wenn er in Folge eines von dem Kläger anzuerkennenden persönlichen Rechts den Besitz der Sache ausüben darf. Die Voraussetzung dieser Vorschrift, daß nämlich Kläger das der Beklagten aus dem Vertrage mit B. zustehende Miethrecht anzuerkennen habe, liegt aber nicht vor. Denn Verträge wirken — abgesehen von hier nicht zutreffenden Ausnahmen — nur unter den Contrahenten, nicht aber gegen dritte Personen (Art. 3115 a. a. O.) und Beklagte kann deshalb die ihr gegen B. zustehenden Vertragsrechte nicht gegen den Kläger zur Geltung bringen. Ebensowenig kann sie sich auf den Kaufcontract zwischen B. und dem Kläger berufen, weil aus diesem Vertrage wiederum nur B. und nicht sie Rechte erworben hat, exceptiones de jure tertii aber nicht zulässig sind. Die Einrede, daß der klagende Eigenthümer die Sache verkauft und und übergeben habe (s. g. exc. rei venditae et traditae), wird allerdings auch dem Singularsuccessor des ersten Käufers gegeben (l. 2 und 3 Dig. XXI, 3), aber der Miether ist nicht Rechtsnachfolger des ersten Käufers, sondern nur dessen Stellvertreter im Besitz (Art. 626 und 4053 a. a. O.) und kann deshalb aus eigenem Rechte eine Einrede gegen die Eigenthumsklage nicht erheben.

Sind die Ausführungen der Querulantin insofern verfehlt, so läßt sich doch der Beschwerde der Beklagten darüber, daß sie ohne weiteres zur Räumung der streitigen Localitäten angewiesen worden, die Berechtigung aus einem anderen Grunde nicht absprechen.

Beklagte hat sich nämlich darauf berufen, daß Kläger das Haus an B. verkauft und übergeben und sie von B. die von ihr benutzten Localitäten gemiethet habe. Darin ist eine s. g. nominatio auctoris im Sinne des Art. 899 a. a. O. zu finden, indem Beklagte angeben hat, sie sei nur Inhaberin der streitigen Localitäten im Namen des B., welcher auf Grund des mit dem Kläger geschlossenen Kaufes den Besitz daran ausübe. Die Folge dieses Rechtsbehelfes besteht nach der, als Quelle dafür angeführten l. 2 Cod. III, 19 darin, daß das Proceßgericht den benannten Auctor auf die Klage zu hören und, wenn letzterer sich auf dieselbe einläßt, den früheren Beklagten als von seiner Vertheidigung entbunden anzusehen, andernfalls aber gemäß Art. 900 a. a. O. den früheren Beklagten zur Einräumung des Besitzes an dem Kläger zu verurtheilen hat*) (Wetzell, System § 7 sub 3. Vangerow, Pandekten I, § 332 Anm. 3 sub I). Eine Abweichung von dem gemeinrechtlichen Verfahren muß in dem stadtrechtlichen Processe nur insofern eintreten, als hier nicht der Richter ex officio den Beklagten ladet, sondern der Kläger selbst die bezügliche Ladung zu veranlassen, das Gericht ihm solche nur aufzugeben hat. Mit Rücksicht auf die von der Beklagten bewerkstelligte Benennung des B. als ihres Auctors hat daher ihre Verurtheilung zur Räumung aufgehoben und Kläger angewiesen werden müssen, den Nominaten B. zur Erklärung auf die Klage vorladen zu lassen."
(Querelbescheid des Raths vom 14. Juli 1882, № 4691).

1262. Berufung des mit der Vindication Belangten auf den Art. 923 des Privatrechts. Voraussetzungen des „redlichen Besitzes."

Kläger verlangte von der Beklagten die Herausgabe eines Klaviers, welches er dem minderjährigen Polytechniker J. vermiethet und welches letzterer der Beklagten verkauft hatte. Beklagte berief sich auf den Art. 923 des Privatrechts, wogegen Kläger replicirte, der von dem minderjährigen J. bewerkstelligte Verkauf sei nichtig. Beklagte bestritt dies und behauptete der Kauf könne höchstens im Interesse des Pupillen angefochten werden, sei aber an sich rechtsverbindlich.

*) Vgl. Band IV, Seite 54.

Gegen das verurtheilende Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 9. October 1884, № 269 legte die Beklagte Appellation ein, die jedoch durch App.-Erk. des Raths vom 1. März 1885, № 1772 auf Grund nachstehender Erwägungen verworfen wurde:

„Für die Entscheidung der Frage, ob Beklagte durch Berufung auf die Regel „Hand muß Hand wahren" die vom Kläger erhobene Eigenthumsklage abwehren könne, ist die Redlichkeit*) des von ihr vertheidigten Besitzes maßgebend (Art. 923 des III. Theils des Prov.-Rechts).

Nach Art. 680 a. a. O. ist aber nur derjenige ein redlicher Besitzer, welcher glaubt, daß kein anderer ein besseres Recht hat, die Sache zu besitzen, als er selbst; dagegen Besitzer im bösen Glauben, wer weiß, daß ein Anderer ein besseres Recht zum Besitze hat.

Nun steht garnicht in Frage, daß Beklagte darum gewußt habe, daß der Verkäufer des Klaviers J. noch minderjährig war. Ebenso mußte Beklagte die gesetzliche Bestimmung kennen, wonach Rechtsgeschäfte, welche ein Minderjähriger ohne Zuziehung seines Vormundes vornimmt, für ihn nicht rechtsverbindlich sind**), sondern nur

*) In Betreff der Voraussetzungen der „Redlichkeit" oder des guten Glaubens sind die entsprechenden Bestimmungen, über den guten Glauben bei der Ersitzung maßgebend (Goldschmidt; Handbuch § 80 sub II. Entscheid. des Reichsgerichts VI, Seite 21), also die Artikel 839—841 des Privatrechts, woraus folgt, daß Rechtsirrthum nach provinziellem Recht dem Vindicationsbeklagten nicht zu statten kommt (Art. 840 a. a. O. Vgl. Baugerow I, § 321 Anm. 1 sub 3).

**) Entscheidend für den gutgläubigen Erwerb des Beklagten ist nicht sowohl, ob der Vertrag an sich rechtswirksam ist, als vielmehr ob durch denselben der Beklagte Eigenthum zu erwerben glauben konnte. War ihm beispielsweise die Sache vermiethet, in Verwahrung gegeben u. s. w., so darf er sich selbstverständlich nicht auf einen redlichen Besitz berufen, weil ein solcher Vertrag zum Eigenthumserwerbe überhaupt nicht führen kann. (Der gutgläubige Erwerb eines dinglichen Rechts, z. B. Pfandrechts, bleibt hier außer Betracht). Der Kauf ist nun an sich wohl geeignet, Eigenthum an der Sache zu verschaffen, wird er jedoch mit einem Minderjährigen abgeschlossen, so stehen dem die gesetzlichen Beschränkungen der Veräußerung von Mündelgut entgegen (Art. 381 a. a. O. Vgl. Arndts, Pandekten §§ 452 und 457. Windscheid I, § 71 sub 4. II, § 441) und wenn die bezüglichen Formvorschriften nicht beobachtet sind, so ist die Veräußerung nach Art. 954 a. a. O. nichtig. Demnach kann derjenige, welcher

durch Zustimmung des Vormundes oder durch nachträgliche Zustimmung des zur Volljährigkeit gelangten Contrahenten rechtsverbindlich werden können (Art. 353—356 a. a. O.). War ihr mithin bekannt, daß das Geschäft, durch welches sie zum Besitze des Klaviers gelangte, jederzeit aufgehoben und dadurch ihr jedes Recht zum Besitze des Klaviers entzogen werden konnte, so konnte sie nicht glauben, daß ihr Recht das Klavier zu besitzen, stärker sei, als das jedes Anderen; sie mußte vielmehr wissen, daß es Andere gebe, denen ein besseres Recht zum Besitze als ihr zustehe.

Hiernach ist Beklagte offenbar nicht als redliche Besitzerin zu beurtheilen und nicht als solche gegen die Eigenthumsklage zu schützen."

1263. Ueber die Vereinigung des Art. 923 des Prov.-Rechts Th. III mit dem Art. 1664 des Strafgesetzbuches.

Der Uhrmacher A. hatte dem M. einige Uhren zum Versatze übergeben, welche M. unterschlagen hatte. In dem gegen ihn eingeleiteten Strafverfahren wurde M. der Unterschlagung für schuldig erkannt, zugleich aber ein Gustav S., welcher eine der unterschlagenen Uhren von M. gekauft hatte, von der Criminal-Deputation angewiesen, diese Uhr vorbehältlich des Regresses gegen M. der Polizei auszuliefern. Auf seine Beschwerde wurde dieses Verfügen durch Resolution des Raths vom 8. August 1884, № 5391 mit folgender Begründung aufgehoben:

„Daß Supplicant S. von dem Vergehen des M. Kenntniß hatte, ist von der Criminal-Deputation nicht angenommen worden. Der Art. 923 des Privatrechts bestimmt nun, daß der dritte redliche Besitzer einer beweglichen Sache — und als solcher muß Supplicant vor der Hand angesehen werden — vom Eigenthümer nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn er diese Sache einem Anderen freiwillig weggegeben und dieser Andere, wenn auch widerrechtlicher Weise, den Besitz der Sache weiter auf den Dritten übertragen hat. Da es sich hier um den Verbleib bzw. um Wegnahme

bewegliche Sachen von einem Minderjährigen gekauft hat, sich gegenüber der Vindication durch Berufung auf den Art. 923 überhaupt nicht mit Erfolg vertheidigen, wenn bei dem Kaufe die gesetzlichen Formvorschriften nicht eingehalten sind.

der Uhr, d. h. im Wesentlichen um eine Frage privatrechtlicher Natur handelt, über welche die Criminal-Deputation nur nach den Grundsätzen der Adhäsion zu entscheiden hatte, so hätte die genannte Behörde den Art. 923 des Privatrechts nicht außer Acht lassen sollen und zwar umsoweniger, als der der untergerichtlichen Entscheidung offenbar zu Grunde liegende Art. 1664 des Strafcodex — durchaus nicht im Widerspruche zum angezogenen Art. 923 des Privatrechts — nur die unverzügliche Rückgabe des gestohlenen Gutes an den Bestohlenen ohne Rücksicht auf den jeweiligen Besitz zur Vorschrift macht, dagegen diese Vorschrift auf unterschlagenes Gut nicht ausdehnt*). Die Criminaldeputation hatte daher wenigstens auf Grund des eruirten Thatbestandes keine Veranlassung dazu, den Supplicanten S. zur Einlieferung der Uhr zu verpflichten."

1264. Theilungsklage eines Miteigenthümers, gerichtet auf Realtheilung der Mietheinkünfte des gemeinsamen Immobils.

„Die streitenden Schwestern besitzen gemeinschaftlich ein Immobil. Ueber die Art der Verwaltung und Nutzung haben sich die Miteigenthümerinnen nicht einigen können; der gemeinsame Besitz hat vielmehr zu mehrfachen bei diesem Gerichte in Verhandlung stehenden Rechtsstreitigkeiten geführt.

Nachdem die Klägerin in ihrer gegenwärtigen Klage vorausgeschickt hatte, daß eine Veräußerung des gemeinsamen Immobils zum Zwecke der Theilung des Miteigenthums nicht thunlich sei, weil das Immobil zur Sicherung von Alimentationsansprüchen mehrerer unehelicher Kinder des weil. Vaters der Litiganten mit einem Veräußerungs- und Verpfändungsverbote belastet sei, hat Klägerin auf eine Theilung der Mietheinnahmen in der Weise angetragen, daß künftighin eine jede Miteigenthümerin die Einnahme von bestimmten, vom Gerichte näher zu bezeichnenden, Quartieren für sich allein in Anspruch nehmen könne und solle. Zugleich hat Klägerin darum gebeten, daß ihr allein die Bestreitung der Abgaben ꝛc. anheimgegeben und daß ihr zur Ausgleichung der Kosten ein entsprechend höherer Antheil an den Mieth-

*) Diese Ansicht ist gewiß richtiger, als die entgegengesetzte des Präjudicats № 504 im Band IV, Seite 55.

einnahmen zugewiesen werde. Klägerin hat auch die Einnahmen und Ausgaben des Immobils unter Anführung der einzelnen Miether und des von ihnen zu zahlenden Miethzinses näher zu beziffern gesucht. Beklagte ihrerseits hat nicht nur einzelne klägerische Ziffern als unrichtig angefochten, sondern namentlich auch den vorgeschlagenen Theilungsmodus als gesetzlich unbegründet und undurchführbar bezeichnet, wobei sie jedoch zugleich bemerkte, daß sie gegen eine wirkliche Theilung des Miteigenthums nichts einzuwenden habe.

Die von der Klägerin begehrte Theilung der Mietheinnahmen entbehrt allerdings der gesetzlichen Begründung. Zwar steht rechtlich dem nichts im Wege, daß die Miteigenthümer eines Immobils eine derartige Theilung der Mietheinkünfte freiwillig und zeitweilig unter sich vereinbaren; für die Anwendung eines Zwanges nach dieser Richtung hin fehlt indessen die gesetzliche Grundlage. Der über die Theilung des Miteigenthums handelnde Art. 941 des Privatrechts räumt zwar dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum ein; unter den hier aufgeführten bzw. für zulässig gehaltenen Theilungsarten geschieht indessen der Theilung der Einkünfte des Miteigenthums nicht Erwähnung und zwar schon deshalb nicht, weil eine solche (wie die beantragte Theilung) überhaupt keine Theilung des Miteigenthums in sich schließt.

Auch den Art. 935 a. a. O. konnte Klägerin zu ihren Gunsten nicht heranziehen, weil hier nur festgestellt wird, in welchen Fällen ein gemeinschaftlicher Gebrauch der gemeinsamen Sache an sich zulässig ist; nicht aber etwa, daß ein gemeinschaftlicher Gebrauch derselben (theilbaren) Sache auch gegen den Willen eines Miteigenthümers erzwungen werden kann. Der Klage auf Theilung der künftigen Mietheinnahmen kann der Beklagte (wie es hier auch geschehen ist) auf Grund des Art. 940 des Privatrechts immer den Einwand entgegenstellen, daß er überhaupt nicht im Miteigenthum (welches durch die Theilung der Einkünfte nicht alterirt wird) zu bleiben beabsichtigt."

(Rechtskräftiges Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 15 December 1883, № 290).

1265. Sachlegitimation bei der actio finium regundorum.

„Der erhobene Anspruch qualificirt sich als eine Klage aus dem Eigenthum bzw. auf Herstellung verwirrter Grenzen. In beiden Fällen ist zur activen Sachlegitimation erforderlich, daß Kläger Eigenthümer oder Nutzungseigenthümer des entzogenen Grundes ist (Art. 897 und 947 des Privatrechts) *). Gemeinrechtlich steht zwar die actio finium regundorum außer dem Eigenthümer, Emphyteuta und Superficiar auch dem Usufructuar und Pfandgläubiger zu (vgl. z. B. Vangerow, Pandekten III, § 658. Windscheid, Pandekten II, § 450. Sintenis, Civilrecht II, § 122 Note 46); indessen erscheint es fraglich, wieweit diese Ausdehnung auch nach dem Provinzialrecht stattfindet, da in demselben die, die bezügliche Bestimmung enthaltende Stelle der Digesten (l. 4 § 9 Dig. X, 1) als Quelle nirgend angeführt ist. Uebrigens ist diese Frage hier nicht zu entscheiden, da Kläger sich auf einen derartigen Rechtstitel nicht berufen hat."

(Aus den Gründen eines Erkenntnisses der I. Section des Landvogteigerichts vom 5. Februar 1883, № 42).

1266. Zur Anwendung des Art. 992 des Privatrechts.

„Kläger haben auf Grund der Behauptung, daß Beklagter mit seinem Grunde an das ihnen zum Nutzungseigenthum öffentlich aufgetragene Immobil angrenze und in einer dicht an der Grenze aufgeführten Wand Fenster angelegt habe, mittelst der am 1. Juli 1880 angestellten Klage vom Beklagten unter Bezugnahme auf den Art. 992 des Prov.-Rechts Th. III. die Beseitigung der Fenster beansprucht . . . .

Aus der Grundcharte geht hervor, daß zwischen dem klägerischen Immobil und dem Grunde, auf welchem sich das Haus des Beklagten befindet, ein Weg bestanden hat und daß die Kläger sich den, diesen Weg ausmachenden Streifen Landes von 16—19 Fuß Breite von dem Rigaschen Oekonomieamte zu ihrem Grunde am 27. Mai 1880 haben zumessen lassen. Das Haus des Beklagten ist demselben am 3. December 1876 als neu erbaut aufgetragen und es ist von den Klägern nicht behauptet, daß . . . Beklagter nach dem 27. Mai 1880 in seinem Wohnhause Fenster nach dem

*) Vgl. Band VI, № 987.

nunmehr den Klägern gehörigen Grundstücke angelegt habe; vielmehr haben sie der Behauptung des Beklagten, daß die Fenster schon vor 3½ Jahren angelegt seien, nicht widersprochen, somit dieselbe stillschweigend eingeräumt. Demnach hat Beklagter die Fenster nicht in einer dicht an der nachbarlichen Grenze befindlichen Wand seines Hauses „angelegt" und somit auch nicht das im bezogenen Artikel 992 enthaltene Verbot übertreten, sondern es haben vielmehr Kläger, nachdem die Fenster bereits bestanden, ihre Grenze bis zu denselben durch eine Neuerwerbung von Land hinausgeführt. Die Bestimmung des Art. 992 begründet also die klägerische Forderung nicht."

(Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 6. October 1881, № 237).

1267. Ueber die Beschaffenheit von Grenzzäunen finden sich in dem rechtskräftigen Erkenntnisse der I. Section des Landvogteigerichts vom 27. November 1881, № 313 folgende Bemerkungen:

„Streitig ist, ob der vom Beklagten aus zwei horizontalen Stangen ohne Querſprossen errichtete Zaun genügt, oder dem klägerischen Verlangen gemäß mit 5 Fuß hohen Querſprossen zu versehen ist. Nach Art. 993 des Prov.-Rechts Th. III müssen Grenzzäune von den Nachbarn gemeinschaftlich gezogen werden. Ueber ihre Höhe und Beschaffenheit ist dabei zwar nichts ausdrücklich bestimmt, aus dem Zwecke des Grenzzaunes, welcher darin besteht die betreffenden Grundstücke von einander zu scheiden*), ergiebt sich indessen, daß durch ihn die Einwirkung der Nachbarn auf das angrenzende Grundstück und den darüber befindlichen Luftraum, soweit sich die gewöhnliche Thätigkeit der Nachbarn in ihm bewegt, möglichst ausgeschlossen werden soll (vgl. Art. 871, 873, 874, 877 und 880 a. a. O.). Als eine solche Einwirkung auf das Nachbargrundstück und als Eingriff in dessen Eigenthumssphäre erscheint aber die Möglichkeit, den Nachbar in seinem Thun und Treiben zu beobachten oder ihn wohl auch auf andere Weise zu belästigen, welche vorliegt, wenn der Zaun so beschaffen ist, daß man durch ihn hindurchkriechen oder über ihn ohne weiteres hinwegsteigen kann. Zur

*) Vgl. Band I, Seite 59—61.

Verhinderung dessen sind Grenzzäune, bei mangelnder anderweitiger Vereinbarung, mit möglichst geschlossener Fläche und so hoch anzulegen, daß ein Mann nicht über ihn hinübersehen oder gar steigen kann, wie solches bereits in dem diesseitigen Erkenntnisse vom 25. September 1873, № 199 ausgesprochen ist. Da nun der vom Beklagten hergestellte Zaun nur aus Pfosten besteht, die durch horizontale Stangen verbunden sind, während die verticalen Querhölzer ganz fehlen, so erhellt, daß derselbe den obigen Anforderungen nicht entspricht . . . . Demnach erscheint das Klagegesuch rechtlich begründet und war somit demselben gemäß zu erkennen."

1268. Ueber den Umfang der gestatteten Benutzung des sog. Leinpfades

kommt in dem Erkenntnisse der I. Section des Landvogteigerichts vom 13. Juni 1883, № 149 Folgendes vor:

„Nach dem, was Beklagter selbst zugegeben und die Zeugen ausgesagt haben, ist als constatirt anzusehen, daß derselbe, ohne hierzu die Genehmigung des Klägers gehabt zu haben, einen Streifen Landes am Dünaufer, den Kläger als sein Eigenthum bezeichnet, dazu benutzt hat, um Fuhren mit Eis und Holz über denselben führen, sowie auch zeitweilig Holz auf demselben stapeln zu lassen. Beklagter glaubt hierzu berechtigt gewesen zu sein, weil dieser Streifen Landes seiner Meinung nach als Leinpfad im Sinne des Art. 1028 des Provinzialrechts Thl. III anzusehen und daher der Privatdisposition des Klägers entzogen sei. Allerdings besagt nun der cit. Art. 1028, daß zu beiden Seiten schiffbarer Ströme die Grundeigenthümer einen entsprechenden Raum frei zu lassen haben, er fügt aber zugleich hinzu, daß solches zur Benutzung für die Schifffahrer und Holzflößenden zu geschehen habe. Beklagter hat nun nach den vorliegenden Zeugenaussagen einen anderweitigen Gebrauch von dem in Frage kommenden Territorium gemacht und erscheint daher schon deshalb seine Berufung auf den cit. Art. 1028 des Provinzialrechts Thl. III nicht zutreffend; im Uebrigen hat aber auch Beklagter darzuthun unterlassen, daß derjenige Streifen Landes, den er benutzt, auch wirklich innerhalb des entsprechenden Raumes liegt, welcher nach dem oben citirten Artikel am Ufer eines schiffbaren Stromes zu Schifffahrts- und Flößungszwecken

freizulassen ist. Unter solchen Umständen kann die Vertheidigung des Beklagten für gerechtfertigt nicht erachtet werden und muß demnach die eigenmächtige Benutzung des in Frage kommenden, zum klägerischen Grundstücke gehörenden Terrains seitens des Beklagten als eine dem Kläger zugefügte Besitzstörung angesehen werden, gegen welche Kläger mit Recht die Hilfe des Richters angerufen hat."

Diese Entscheidung ging in Rechtskraft über.

1269. Unter welchen Voraussetzungen erlischt das Pfandrecht an einer Sachengesammtheit durch deren Veräußerung seitens des Pfandschuldners?

Der Möbelhändler K. hatte seinem Commis M. zur Sicherstellung einer von demselben hinterlegten Baarcaution von 500 Rbl. ein Pfandrecht an seinem Möbellager bestellt, hinterher aber letzteres ohne Vorwissen des M. an B. verkauft, welcher das Möbelgeschäft in demselben Local fortsetzte. M. beantragte in einer gegen B. erhobenen Klage, das Möbellager des letzteren behufs Befriedigung seiner Forderung gerichtlich zu versteigern. Der Beklagte B. wandte ein, daß das Pfandrecht des Klägers durch die Veräußerung des Möbellagers jedenfalls, eventuell wenigstens deshalb erloschen sei, weil Beklagter beim Kaufabschlusse von dem Pfandrechte nichts gewußt habe.

In dem App.-Erk. des Raths vom 23. Februar 1883. № 1323 wurde abweichend von dem Erkenntniß des Vogteigerichts folgendermaßen erkannt:

„Der Unterrichter deducirt, wie folgt: die Bestimmung des Art. 1436 Pkt. b. des Prov.-Rechts Th. III, wonach bei beweglichen Sachen, wenn der Erwerber in bona fide ist, das Pfandrecht aufhören soll, beziehe sich nur auf die einzelnen aus einer Sachengesammtheit ausgeschiedenen Gegenstände, nicht auf die Sachengesammtheit selbst; wenigstens lasse der Wortlaut des Art. 1377 eine andere Interpretation nicht zu. Eine wider Wissen und Willen des Pfandgläubigers von dem Pfandschuldner veräußerte Sachengesammtheit dürfe daher selbst dem gutgläubigen Käufer mit der Pfandklage entwunden werden. Diese Auseinandersetzung ist indessen unzutreffend, sowohl was die Prämisse anlangt, wie auch in Bezug auf die Folgerung. Der Art. 1436 Pkt. b. bezieht sich überhaupt garnicht auf die aus einer

verpfändeten universitas durch Verkauf ausgeschiedenen Sachen, denn rücksichtlich dieser Sachen hört das Pfandrecht nach Art. 1377 ganz abgesehen von der bona fides des Käufers auf, oder richtiger ausgedrückt, die hypothekarische Klage gegen den dritten Erwerber wird einfach durch die Thatsache des stattgehabten Verkaufes ausgeschlossen. Diese Bestimmung des Art. 1377 hat aber nur als Ausnahme Geltung für die einzelnen aus der Sachengesammtheit verkauften Sachen; für die Sachengesammtheit selbst tritt wieder die Regel über die actio hypothecaria in Kraft, welche dahin lautet, daß der Pfandgläubiger sein dingliches Pfandrecht auch dem dritten Erwerber gegenüber geltend machen kann, es sei denn, daß es sich um eine Mobiliarhypothek handelt und der Erwerber in gutem Glauben war, als er die Sache kaufte (vgl. Art. 1335, 1425, 1436). Bei der, eine Consequenz der Parömie „Hand muß Hand wahren" (Art. 923) bildenden, Bestimmung des Art. 1436 Pkt. b. kommt aber der Unterschied zwischen einzelnen Sachen und Sachengesammtheiten garnicht in Frage, sondern nur der Gegensatz von beweglichen und unbeweglichen Sachen, und daß die Sachengesammtheit, um welche es sich im vorliegenden Processe handelt, d. h. ein Möbellager, als solche zu den beweglichen Sachen gehört, wird füglich nicht zu bestreiten sein (Art. 530). Diese Natur des Waarenlagers erleidet auch keine Aenderung, wenn man sich letzteres mit den sonstigen Activen des Möbelgeschäfts, also den Ausständen zu einer universitas vereinigt denkt. Die aus beweglichen körperlichen Sachen und Forderungsrechten gebildete Sachengesammtheit (Art. 540) unterliegt mithin in Bezug auf die Verpfändung der für bewegliche Sachen geltenden Regel, d. h. sie darf, wenn sie als Ganzes veräußert wurde, dem gutgläubigen Erwerber mit der actio hypothecaria nicht entwunden werden. Dieser Satz ergiebt sich übrigens schon per argumentum e contrario aus der Bestimmung des Art. 1377. Wenn die neuere einheimische Doctrin und Praxis (vgl. Kupffer, in der Dorpater Zeitschr. V, Heft 3, S. 21–22. Zwingmann, Entscheidungen V, № 695) die Fortlassung des Erfordernisses der bona fides beim Erwerb einzelner Sachen aus der universitas damit erklärt, daß ausdrücklich das Gesetz dem Hypothekenschuldner die freie Disposition über einzelne Theile der Sachengesammtheit gestatte, so folgt eben, daß beim Verkaufe des Ganzen andere Grundsätze Platz zu greifen haben. Es läßt sich

hiergegen auch nicht etwa einwenden, daß bei der Veräußerung aller einzelnen Sachen schließlich die universitas selbst erschöpft bzw. verkauft erscheine; denn bei der durch das Gesetz dem Hypothekenschuldner eingeräumten Dispositionsbefugniß wird einmal vorausgesetzt, daß im Verhältnisse zum Abgang einzelner Theile auch wieder ein Zuwachs und Ersatz erfolge, sodann aber ist Bedingung für die Befugniß des Schuldners zur pfandfreien Ausscheidung einzelner Sachen, daß diese Ausscheidung nach der Bestimmung der Sachengesammtheit erfolge (Windscheid, Pandekten I, § 226 a, Note 4). Die Bestimmung eines Waarenlagers ist offenbar die: beim Wechsel der ein- und ausgehenden Einzelsachen als Ganzes erhalten zu bleiben, nicht aber als Ganzes von dem bisherigen Eigenthümer an einen anderen überzugehen, damit dieser nur das Erwerbsgeschäft des Vorgängers fortsetze. Bei einer derartigen bestimmungswidrigen Veräußerung fällt offenbar die ratio fort, welche zu dem Satze führte, daß der Käufer einzelner Theile eines Waarenlagers nicht böswillig handeln könne. Die Zulässigkeit der Pfandklage ist nach vorstehender Erörterung in erster Reihe davon abhängig, ob Beklagter B. beim Abschlusse des Kaufcontracts mit K. von dem Pfandrechte des Klägers Kenntniß hatte.

Es erübrigt noch die Rechtsfolge zu erörtern, welche einzutreten hat, falls die Rechtsbeständigkeit des klägerischen Pfandrechts gegenüber dem Beklagten anzuerkennen ist. Kläger hat seine Klagebitte auf den Verkauf des beklagtischen, ehemals K.'schen Möbellagers gerichtet und das Vogteigericht hat demgemäß ausgesprochen, daß eventuell das in Rede stehende Möbellager für die Forderung des Klägers zum Verkauf zu stellen sei. Dies erscheint nicht statthaft, weil dabei vorausgesetzt wird, das Möbellager des Beklagten sei identisch mit dem ehemals K.'schen Lager als Sachengesammtheit . . . Die Construction, als sei nach Ankauf des K.'schen Lagers das gesammte Möbellager des Beklagten, einschließlich des späteren Zuwachses, von dem Pfandrechte des Klägers ergriffen worden, ist aber unhaltbar. Ein Waarenlager erlangt seine Existenz als selbstständige Sachengesammtheit nicht sowohl durch eine unveränderliche Art der Einzelsachen, sondern durch den Willen des diese Sachen zum Zwecke des Geschäftsbetriebes vereinigenden Eigenthümers. Mit dem Fortfall dieses Willens und mit dem Uebergange der Sachengesammtheit, sei es auch zu demselben Zwecke, auf einen anderen

Eigenthümer, der unter Hinzufügung anderer Gegenstände jetzt ein eigenes Lager herstellt, hört die frühere Sachengesammtheit als solche auf. Demnach muß anerkannt werden, daß Beklagter, wenn er auch das K.'sche Lager als Ganzes kaufte, doch vermöge seines selbständigen Willens dasselbe nicht anders besaß, denn als einzelne Waaren bzw. als Theil seines eigenen Lagers. Eine nothwendige Zusammengehörigkeit der einzelnen Sachen, welche einem solchen Willen des Beklagten etwa entgegenstände, ist nicht nachweisbar. Das Pfandobject als universitas ist hiernach nicht mehr vorhanden, dadurch aber leidet das an der universitas bestellte Pfandrecht keine Einbuße, denn nach der richtigen Auffassung löst sich das Pfandrecht an der Sachengesammtheit auf in Specialpfandrechte an den einzelnen Gegenständen (civilrechtl. Entscheid. V, № 956). Deshalb ist die auf Verkaufstellung des in Rede stehenden Möbellagers des Beklagten gerichtete Entscheidung des Vogteigerichts aufzuheben und dahin zu erkennen, daß im Falle der Ableistung des dem Kläger auferlegten Ergänzungseides (in Betreff der Kenntniß des Beklagten von dem klägerischen Pfandrechte beim Ankaufe des Möbellagers) diejenigen mit Arrest belegten Sachen behufs Befriedigung der klägerischen Pfandforderung zu versteigern sind, welche nachweislich zu den dem Kläger verpfändeten Möbeln des K. gehören."

1270. Die Pfandbestellung erfordert keine ausdrückliche Willenserklärung.

„Nach Punkt 3 des Contracts soll es der Verkäuferin, falls Käufer einen der Zahlungstermine nicht einhalten würde, freistehen um executivische Beitreibung des ihr sodann noch zukommenden Geldes aus dem Vermögen des Schuldners zu bitten, vorweg aber ihre Befriedigung aus den verkauften Equipagen zu suchen. Zur Giltigkeit von Pfandbestellungen bedarf es auch nach dem provinziellen Privatrechte (Art. 1389) im Allgemeinen keiner bestimmten Form; es kommt vielmehr, wenn darüber Streit entsteht, ob eine Verpfändung stattgefunden hat, nur auf die Erkennbarkeit des Verpfändungswillens an. Dieser kann aus allen dazu geeigneten Worten und Handlungen geschlossen werden. Die zum Art. 1389 citirte l. 9 Cod. VIII, 17 bestimmt zugleich, daß insbesondere bei Ver-

pfändungen die aus dem Zusammenhange ersichtliche Willensmeinung vor der unvollkommenen Ausdrucksweise berücksichtigt werden soll.

Daß sich jeder Gläubiger zu einer Befriedigung im Executionswege auch ohne vorgängige Pfandbestellung an das Vermögen bzw. an einzelne Vermögensobjecte seines Schuldners halten kann, bedarf keiner weiteren Erörterung. Gesteht aber, wie in dem obigen Kaufcontracte, der Käufer dem Verkäufer das Recht zu, im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises die verkauften Gegenstände oder einen Theil derselben zunächst in Anspruch zu nehmen und durch deren Veräußerung sich vorweg Befriedigung zu verschaffen, so erhellt, daß die Absicht der Contrahenten auf eine Pfandbestellung gerichtet gewesen ist zu dem Behufe, um dem Verkäufer für den ihm vom Käufer geschuldeten Kaufpreis Sicherheit zu gewähren. Es ist daher anzuerkennen, daß die vorerwähnte Vertragsclausel die Bestellung eines Specialpfandrechts an den von der Intervenientin dem Schuldner verkauften beiden Fuhrmannsequipagen enthält."

(Rechtskräftiger Bescheid der II. Section des Landvogteigerichts vom 24. November 1881, № 322).

1271. Erfordernisse des guten Glaubens beim Erwerbe des Pfandrechts an einem nicht auf den Namen des Verpfänders lautenden Rectapapier. Berufung des Pfandnehmers auf Unkenntniß des Lesens.

Kläger vindicirte zwei auf seinen Namen ausgestellte, in des Beklagten Händen befindliche Bankscheine, welche er dem B. zur Aufbewahrung übergeben hatte. Beklagter erklärte, B. habe die Scheine für ein Darlehen bei ihm versetzt und Beklagter, der des Lesens nicht kundig sei, habe geglaubt, daß sie dem B. gehörten.

In dem rechtskräftigen Erkenntnisse der I. Section des Landvogteigerichts vom 1. Juli 1881, № 160 wurde Beklagter zur Herausgabe der Scheine verurtheilt. Gründe:

Als Besitzer in gutem Glauben gilt nach Art. 680 des Prov.-Rechts Th. III derjenige, welcher glaubt, daß kein Anderer ein besseres Recht hat, die Sache zu besitzen, als er selbst. Bei Werthpapieren, welche auf den Namen eines Anderen als des über sie Verfügenden lauten, aus denen somit bereits ersichtlich ist, daß sie nicht

letzterem, sondern einem Anderen gehören, kann logisch der Empfänger nur dann diesen Glauben haben, wenn besondere thatsächliche Momente hinzutreten, welche das Recht des Verfügenden zur Vornahme der betreffenden Handlung mindestens wahrscheinlich machen.*) Solche Thatsachen hat im Streitfalle der Beklagte zur Bewahrheitung seines guten Glaubens zu behaupten bzw. zu beweisen.

Beklagter hat zur Darlegung seines angeblichen guten Glaubens sich einzig darauf berufen, daß er Analphabet sei und bei dem Empfange der Scheine die Voraussetzung gehegt habe, daß dieselben dem B. gehörten. Diese Behauptungen können jedoch als eine genügende Begründung des guten Glaubens nicht angesehen werden. Derselbe hat zu seiner Voraussetzung gewisse thatsächliche Vorgänge, welche einen Schluß auf die Richtigkeit des zu Glaubenden nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge ermöglichen. Bei völliger Unkenntniß des Inhaltes der Papiere konnte Beklagter über den Eigenthümer derselben überhaupt keine Ansicht haben, geschweige denn annehmen, daß kein Anderer als B. ein besseres Recht zum Besitze der Papiere habe. Vielmehr involvirt die Entgegennahme von Werthpapieren als Pfandobject, ohne sich auf irgend welche Weise mit dem Inhalte derselben bekannt zu machen, eine Handlungsweise, welche im höchsten Grade leichtsinnig und unachtsam, m. a. W. für ein grobes Versehen zu erachten ist. (Art. 3296 a. a. O.), und auch darin keine Entschuldigung findet, daß der Empfänger des Lesens und Schreibens unkundig ist, indem er in solchem Falle sich von einem zuverlässigen unbetheiligten Dritten über den Inhalt der Urkunden hätte unterrichten lassen müssen. Somit . . . ist die bona fides ausgeschlossen und Beklagter als Besitzer in bösem Glauben anzusehen."

1272. Voraussetzungen, Wirkung und Umfang des Pfandrechts des Vermiethers an den Invecten und Illaten.

W. hatte von der Wittwe J. einen Speicher gemiethet und die darin gelagerten Waaren einer Bank als Faustpfand bestellt. Letztere beantragte klagend, der Beklagten J. die Hinderung der Abfuhr der verpfändeten Waaren zu untersagen, wogegen Beklagte wegen des fälligen, sowie des bis zum Ablaufe des Miethvertrages

*) Vergleiche Band I, № 46. II, № 180.

noch fällig werdenden Miethzinses das Pfand- und Zurückhaltungsrecht für sich in Anspruch nahm. Das Weitere ergiebt sich aus den Gründen des Querelbescheides des Raths vom 20. Januar 1884, № 569, welcher die in erster Instanz decretirte Abweisung der Klage bestätigte.

„Klägerin behauptet — heißt es dort —, daß sie der Beklagten wiederholt und zwar zum Theil bereits vor der Klageerhebung, zum Theil auch realiter die Bezahlung aller etwaigen Miethzinsforderungen gegen W. angeboten habe; die Querulantin habe aber die Annahme verweigert und ihre Einrede erscheine mithin durch eine replica doli beseitigt. —

Auch dieser Einwand schlägt nicht durch. Vorausgesetzt die replica doli wegen verweigerten Empfanges der Miethzahlung wäre in der Weise, wie Querulantin will, schlüssig construirt, so hätte dieselbe Bestätigung doch immer nur finden können, wofern feststände, daß Querulatin realiter die Deckung des ganzen Miethanspruches, für welche die Quarulatin Sicherheit in den Illaten des Schuldners suchte, der Gläubigerin offerirt habe. Hierher gehörte auch Sicherstellung der Querulatin für die noch nicht fällige Miethforderung und, daß in dieser Richtung ebenfalls eine Offerte erfolgt sei, ist von der Querulantin nirgend behauptet worden; in der Querelrechtfertigung wird im Gegentheil bestritten, daß Querulatin wegen einer nicht fälligen Miethforderung das im Art. 1404 des III Thls. des Prov.-Rechts dem Vermiether gegebene Recht ausüben dürfe. Dabei weist Querulantin darauf hin, daß anderen Falls bei einem auf längere Dauer geschlossenen Miethcontracte der Miether gegen eine Chicane des Vermiethers nicht geschützt werde. — Allein diese Auffassung ist mit den Bestimmungen des Prov.-Rechts nicht vereinbar. Der Art. 1404 gewährt dem Vermiether allgemein wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage ein stillschweigendes Pfandrecht an den Illaten des Miethers; da aber der letztere nach der gesetzlichen Bestimmung durch dieses Pfandrecht an der freien Verfügung über seine Sachen erst gehindert wird, wenn der Vermiether sie anhält, so würde der dem Vermiether gewährte Schutz illusorisch werden, wenn — der Deduction der Querulantin entsprechend — der Miether kurz vor dem Eintritt des Fälligkeitstermins für die Miethforderung, die Sachen gegen den erklärten

Willen des Vermiethers fortzuschaffen befugt wäre. Es ist vielmehr (vergl. Art. 1338 und 1411. Zwingmann Entsch. Band V, № 731 sub b) anzuerkennen, daß das Pfandrecht des Vermiethers an den Illaten, im Voraus die noch nicht fälligen Miethgelder ergreifend, mit dem Anfange des betreffenden Miethverhältnisses bzw. mit der Illation*) beginnt. Vor einer Chicane des Vermiethers ist, wie Beklagte mit Recht hervorhebt, der Miether durch die Vorschrift des Art. 1348 geschützt, wonach vor Eintritt des Fälligkeitstermines der Forderung nur die nothwendigen Sicherheitsmaßregeln in Beziehung auf das Pfand dem Pfandgläubiger nachzugeben sind. Daß vorliegenden Falles wegen der nicht fälligen Miethbeträge für die Beklagte Gefahr vorhanden, mithin eine Sicherungsmaßregel nothwendig war, ist nicht zu bezweifeln, da einerseits ein Miethrückstand W.'s als zugestanden zu gelten hatte und andererseits von der Querulatin selbst in der Klage angeführt worden war, „daß W. in Vermögensverfall gerathen zu sein scheine." Des eventuell der Querulatin obliegenden Beweises hierüber bedurfte es daher für diesen Proceß nicht. (Vgl. Zwingmann Bd. V, № 778).

Dem etwa zu erhebenden Einwande aber, daß der Art. 1348 dem Pfandgläubiger nur das Recht gebe Sicherheitsmaßregeln zu beantragen, d. h. um eine entsprechende gerichtliche Verfügung zu bitten, nicht die Befugniß Selbsthilfe zu üben, — diesem Einwande begegnet die Erwägung, daß das durch den Art. 1404 dem Vermiether gewährleistete Recht, seiner eigenthümlichen Art nach, Wirkung überhaupt nur äußert, sofern der Vermiether die Fortschaffung der Illaten thatsächlich verhindert. — Die Frage konnte also hier nur sein, ob nicht etwa gegen genügende Sicherstellung für die nicht fälligen Miethbeträge Querulantin die Herausgabe der Sachen hätte verlangen dürfen, dies kommt aber nicht weiter in Betracht, da eine Sicherstellung von der Querulatin in dieser Richtung ebensowenig angeboten worden ist, wie die Bezahlung . . . .

Schließlich muß aber auch die von der Querulantin construirte replica doli als unzutreffend verworfen werden, selbst wenn man ihre behaupteten thatsächlichen Grundlagen zugestehen wollte. —

*) Ebenso das Erk. der II. Section des L. V. G. vom 8. October 1883, № 237.

Die verweigerte Annahme der Bezahlung für die Miethforderung versetzte die Querulatin nur in Empfangsverzug, zu dessen Folgen keineswegs der Verlust des für die betreffende Forderung bestehenden Pfandrechts gehört. — Die Beseitigung des Pfandrechts konnte Querulantin nur durch Tilgung der Forderung erreichen und die Tilgung wiederum, wofern die Entgegennahme der Zahlung abgelehnt wurde, nur durch die — thatsächlich nicht ausgeübte — gerichtliche Deposition. (Prov.-Recht Thl. III, Art. 3312, 3323 ffe, 1414 3522). —"

1273. Das Pfandrecht des Vermiethers ist kein Faustpfand.

Die klagende Handlung vindicirte von der Beklagten eine Nähmaschine, welche von der Klägerin dem Tischler D. vermiethet und von der Beklagten beim Auszuge des letzteren wegen einer Miethforderung an D. zurückbehalten war. Die Berufung der Beklagten auf den Art. 923 des Privatrechts wurde in beiden Instanzen verworfen, in dem Querelbescheide des Raths vom 6. März 1885, № 1774 aus folgenden Gründen:

„Zur Begründung der Querel hat Beklagte einzig geltend gemacht, daß der Vermiether das Faustpfandrecht an der Nähmaschine mit dem Augenblick erwerbe, in welchem der Miether den Gegenstand in das Haus des Vermiethers bringe und dadurch den Besitz auf den Vermiether übertrage. Diese Rechtsanschauung kann indessen nicht gebilligt werden. Denn erstens ist das dem Vermiether nach Art. 1404 des III. Thls. des Prov.-Rechts zugestandene Pfandrecht kein conventionelles, als welches das Faustpfand erscheint (cf. Art. 1469 a. a. O.), sondern eine unabhängig von dem Willen des Schuldners kraft des Gesetzes begründetes Pfandrecht (cf. Art. 1384). Zweitens hat nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 1403 (zu Anfang) das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters und des Vermiethers die rechtliche Natur einer Specialhypothek, deren charakteristisches Merkmal nach Art. 1336 a. a. O. darin besteht, daß das Pfandrecht nicht mit Besitzübertragung — wie beim Faustpfande — verbunden ist; weshalb denn nach Art. 1404 der Miether an der freien Verfügung über seine Sachen nicht gehindert ist, solange der Vermiether sie nicht angehalten hat. Endlich ergreift das Pfandrecht des Vermiethers nach Art. 1404 nur die dem

Miether eigenthümlich gehörigen Sachen, woraus folgt, daß die vom Miether in's Miethlocal eingebrachten fremden Sachen, weil sie eben nicht vom Pfandrechte des Vermiethers erfaßt werden, von demselben auch garnicht angehalten werden dürfen.

Aus Vorstehendem leuchtet ein, daß, da Beklagte nicht behauptet hat, daß D. ihr die fragliche Nähmaschine freiwillig als Faustpfand übergeben habe, der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" auf den vorliegenden Fall garnicht Anwendung finden kann."

1274. Kann der Vermiether das ihm nach Art. 1404 des Prov.-Rechts Th. 3 zustehende gesetzliche Pfandrecht an denjenigen Inventen und Illaten des Miethers ausüben, welche zwar in dem Miethlocale noch vorhanden, aber von dem Miether an dritte Personen veräußert sind?

I. „Der Kaufmann G. hatte im Hause der Frau O. einen Speicher nebst einer Wohnung gemiethet, den fälligen Halbjahrszins nicht bezahlt und dann die in dem Speicher befindlichen Maschinen an P. verkauft, dem er auch die Schlüssel zum Speicher übergeben hatte. Als P. die Maschinen abführen wollte, wurde er daran durch die Vermietherin O. gehindert, welche bei dem Vogteigerichte darauf antrug, ihr gesetzliches Pfandrecht an den Sachen des G., wegen der Miethforderung anzuerkennen. P. wandte ein, das Pfandrecht sei durch den Verkauf und die Tradition erloschen, worauf die Intervenientin O. erwiderte, P. habe die Existenz des Pfandrechts gekannt, also die Sachen garnicht in gutem Glauben erwerben können; auch sei der Kaufcontract simulirt.

In dieser Sache erging am 23. Mai 1884 sub № 3587 in zweiter Instanz folgender Querelbescheid:

„Das Vogteigericht sprach in seiner Entscheidung vom 23. Februar 1884, № 38 aus, es handle sich um die Frage, ob das stillschweigende Pfandrecht der Intervenientin durch den Verkauf und die Uebergabe der Sachen an P. erloschen sei, und beantwortete diese Frage dahin, daß nach Art. 1436 Alinea b. das Pfandrecht aufgehört habe, sofern P. beim Erwerbe der Sachen, von der Verpfändung nichts wußte. Da aber alle Sachen des Miethers gesetzlich mit einem Pfandrechte zu Gunsten des Vermiethers be-

haftet seien, so stehe die Kenntniß von dem Miethverhältnisse, der Kenntniß von dem Pfandrechte gleich. In Folge dessen wurde der Intervenientin der Beweis auferlegt, entweder daß der beigebrachte Kaufcontract simulirt sei, oder daß S. zur Zeit des Kaufabschlusses gewußt habe, daß G. die in Frage kommenden Sachen in von ihm gemietheten Localitäten aufbewahre.

Gegen dieses Erkenntniß hat Intervenientin querulirt, weil sie noch zu einem Beweise verpflichtet und ihr Pfandrecht an den streitigen Sachen nicht vielmehr pure anerkannt sei.

Wie schon der erste Richter hervorhebt, liegt zur Entscheidung die Frage vor: Kann der Vermiether das ihm nach Art. 1404 des Prov.-Rechts Thl. III zustehende gesetzliche Pfandrecht an denjenigen Invecten und Illaten des Miethers ausüben, welche zwar in dem Miethlocale noch vorhanden, aber von dem Miether an dritte Personen veräußert sind?

Zunächst unterliegt es erheblichen Bedenken, ob die Uebertragung des Besitzes an den Sachen, welche nach Art. 799 den Uebergang des Eigenthumes auf den Käufer bedingt, überhaupt als vollzogen angesehen werden kann, wenn der Vermiether den Käufer an der Inbesitznahme bzw. Fortschaffung der Sachen hindert. Folglich erscheint es schon aus diesem Grunde fraglich, ob der Käufer zum Nachtheile des Vermiethers, der sich der Wegschaffung der Sachen widersetzt, an letzteren Eigenthum zu erwerben befähigt ist. Abgesehen davon spricht für die Bejahung der aufgeworfenen Frage aber folgende Erwägung. Der Art. 1404 besagt am Schlusse:

> Uebrigens wird der Miether durch dieses Pfandrecht nicht an der freien Verfügung über seine Sachen gehindert, so lange der Vermiether sie nicht angehalten hat.

Zweifellos kann hiernach der Vermiether eine ihm nachtheilige Verfügung des Miethers über die Sachen dadurch hindern, daß er sie anhält. Wollte man diesen Satz aber so auslegen, daß durch das Anhalten wohl die Verfügung für die Zukunft gehindert werde, dagegen nicht eine bereits ohne Wissen des Vermiethers vollzogene Eigenthumsübertragung ihre Wirksamkeit verliere, so würde das dem Vermiether gesetzlich eingeräumte Recht ein völlig inhaltleeres sein und ihm irgend welchen Rechtsschutz überhaupt nicht gewähren.

Denn der Vermiether kann einerseits nicht wohl wissen, ob und an wen der Miether seine Sachen veräußert, und kann es ebensowenig hindern, daß dieser in dem Miethlocale die Veräußerung und Tradition der Sachen — sofern man eine solche trotz der verweigerten Wegschaffung für rechtlich wirksam erachten wollte — hinter seinem Rücken vollzieht. Er darf andererseits, ohne den Miethvertrag zu verletzen, den Miether an der Benutzung garnicht anders hindern bzw. dessen Sachen nicht anders „anhalten", als indem er deren Abfuhr nicht zuläßt. Das Gesetz kann also unmöglich den Sinn haben, daß der Vermiether der Veräußerung durch Anhalten der Sachen zuvorkommen müsse, weil es ihm sonst etwas praktisch Unausführbares zur Pflicht machen würde. Weil aber nicht vermuthet werden darf, daß der Gesetzgeber das von ihm selbst gewährte Recht des Vermiethers durch Zulassung einer Veräußerung der Sachen hinter dessen Rücken wiederum habe illusorisch machen wollen, so läßt sich der Schlußsatz des Art. 1404 nur so verstehen, daß eine Veräußerung der eingebrachten Sachen durch den Miether das Pfandrecht des Vermiethers nicht berührt, sofern dieser dieselben „anhält", d. h. ihre Fortschaffung aus dem Miethlocale nicht gestattet. — Die oben aufgeworfene Frage ist daher zu bejahen. So hat denn auch früher schon der Rath in dem Querelbescheide vom 19. November 1882, № 7644*) ausgesprochen, daß das Pfandrecht des Vermiethers durch Veräußerung der Invecten, verbunden mit ihrer Entfernung aus dem Miethlocale aufhöre, und auch das Vogteigericht selbst ist früher dieser Ansicht gewesen (vgl. civilrechtl. Entscheid. V, № 731). Die gegenwärtig vorliegende Abweichung davon kann für begründet nicht erachtet werden.

Der Art. 1436 Alinea b auf den der erste Richter seine Entscheidung stützt, erweist sich auf das Pfandrecht des Vermiethers aus zwei Gründen als nicht anwendbar. Einmal bezieht sich dieser Artikel offenbar nur auf das vertragsmäßige Pfandrecht, weil nur bei diesem der Pfandgläubiger die Sache in den Händen des Schuldners „lassen" kann, statt sie sich als Faustpfand übergeben zu lassen, wogegen in den Fällen des stillschweigenden oder gesetzlichen Pfandrechts überhaupt und ebenso bei dem Pfandrechte

*) Siehe unten sub II.

des Vermiethers insbesondere die mit dem Pfandnexus behafteten Sachen stets im Gewahrsam des Schuldners verbleiben und der Pfandgläubiger auf ihre Uebergabe zum Faustpfande überhaupt keinen Anspruch hat. Deshalb regelt sich das Erlöschen des Pfandrechts durch Veräußerung der Sachen auch nicht nach dem Grundsatze: „Hand wahre Hand," der im Art. 1436 Alinea b. zum Ausdruck gelangt ist, sondern nach den in den Art. 1377 und 1381 für das Generalpfandrecht bzw. für das Pfandrecht an einer Sachengesammtheit gegebenen Grundsätzen. Hiernach erlischt aber das Pfandrecht schlechthin durch Veräußerung der Sache, ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Erwerbers, sofern mit der Veräußerung das Ausscheiden der Sache aus der Sachengesammtheit durch Uebergabe an den Erwerber verbunden ist (civilrechtliche Entscheidungen V, № 956. VI, № 1002), und damit steht es im Einklange, wenn der Art. 1404, welcher auf die Art. 1377 und 1381 ausdrücklich verweist, das Pfandrecht an den Invecten und Illaten hinwegfallen läßt, sobald der Vermiether deren Fortschaffung, durch welche sie aus der Sachengesammtheit ausscheiden, zugelassen hat.

Zweitens kann von einem Erwerbe in „bösem" Glauben bei den vom Miether eingebrachten Sachen, abgesehen vom Anhalten des Vermiethers, deshalb nicht die Rede sein, weil der Miether ja in der Verfügung über sie, solange sie nicht angehalten sind, trotz des bestehenden Pfandrechts nicht behindert ist, folglich der böse Glaube erst durch das Anhalten selbst erzeugt werden könnte, was ebenfalls darauf hinweist, daß der Art. 1436, Alinea b. auf das Pfandrecht an den Invecten und Illaten nicht paßt.

Aus vorstehender Erörterung erhellt, daß durch den vom Miethschuldner G. bewerkstelligten Verkauf die streitigen Sachen von dem auf ihnen lastenden Pfandrechte der intervenirenden Vermietherin überhaupt nicht befreit sind, weil ihre Fortschaffung von der Intervenientin verhindert worden ist und die Sachen in Folge dessen sich noch im Miethlocale befinden. Folgerecht kommt aber auf den Beweis, welchen das angefochtene Erkenntniß der Intervenientin auferlegt hat, nichts an, sondern es war anzuerkennen, daß ihr gesetzliches Pfandrecht an den streitigen Sachen, trotz des geschehenen Verkaufes derselben an P., wegen ihrer Forderungen an G. aus dem Miethvertrage fortbesteht."

II. Ferner heißt es in dem Querelbescheide des Raths vom 19. November 1882, № 7644:

„Vermöge des ihm nach Art. 1404 des Prov.-Rechts Th. III zustehenden Pfandrechts ist der Vermiether, solange er wegen seiner Forderung nicht befriedigt ist, befugt die Wegschaffung der Sachen aus dem Miethlocale zu hindern; solange indessen der Vermiether hiervon nicht Gebrauch gemacht und die Sachen nicht angehalten hat, ist der Miether durch dieses Pfandrecht an der freien Verfügung über seine Sachen nicht gehindert. Das Pfandrecht an den Invecten und Illaten ist also in der Regel kein gegen den dritten Besitzer verfolgbares Recht, es hört vielmehr durch Veräußerung der Invecten verbunden mit der Entfernung derselben aus dem Miethlocal ipso jure auf. Hat einmal der Vermiether die Fortschaffung der von seinem Miether eingebrachten Sachen geschehen lassen, der Fortschaffung nicht widersprochen oder sogar ausdrücklich oder stillschweigend seine Einwilligung dazu gegeben, so kann er ein Pfandrecht an den bezüglichen Sachen weiter nicht geltend machen, noch weniger aber in Anspruch nehmen, daß der garnicht in den Besitz des Miethers gelangte Erlös aus dem Verkaufe der fortgeschafften Sachen ihm statt der letzteren zur Sicherung seiner Miethforderung diene.

Die Auseinandersetzung des intervenirenden Vermiethers, wonach von seiner Seite eine „stillschweigende Einwilligung" zur Veräußerung der Invecten seines Miethers P. garnicht vorgelegen habe, trifft nicht den Kern der Sache. Denn an sich hindert das stillschweigende Pfandrecht des Vermiethers den Miether nicht an der freien Verfügung über die Invecten, die Veräußerung dieser ist ihm vielmehr schon gesetzlich gestattet und nur die ausdrückliche Einsprache gegen die Fortschaffung derselben vermag das Erlöschen des dem Vermiether eingeräumten Pfandrechts durch die Veräußerung aufzuhalten. Daß Intervenient solche Einsprache in gehöriger Weise erhoben habe, kann aber nicht zugegeben werden. Die Bestimmung des Gesetzes, wonach der Vermiether zur Verhinderung einer freien Verfügung des Miethers über die Invecten diese „angehalten" haben muß, läßt keinen Zweifel darüber offen, daß er seine Einsprache gegen die Veräußerung zu erheben hat, solange die Invecten noch nicht aus dem Miethlocal fortgeschafft sind. Des In-

tervenienten Einsprache ist dagegen erst nach der Versteigerung und Fortschaffung der Sachen laut geworden und daher zur Wahrung seines Pfandrechts nicht geeignet."

1275. Fortbestand der Pfandrechte bei der Schuldübernahme bzw. bei der Novation.

Der Kaufmann M. hatte den W.'schen Erben am 19. Juli 1876 eine Obligation über einen Kaufpreis von 10,000 Rbl. ausgestellt und darin sein gesammtes Vermögen, sowie das von ihm gekaufte Geschäft sammt Waarenlager und ausstehenden Forderungen verpfändet. M. verkaufte das Geschäft später an K., welcher am 7. Mai 1880 mittelst Aufschrift auf der Obligation die darin beurkundete Schuld „ohne alle Neuerung und namentlich auch unter Aufrechthaltung des an dem Geschäft bestellten Pfandrechts" in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm. K. hatte jedoch schon vorher am 20. November 1879 und am 28. März 1880 den Gläubigern R. und S. Generalpfandrechte an seinem Vermögen eingeräumt und in dem über sein Vermögen eröffneten Concurse beanspruchten diese Gläubiger den Vorzug vor den W.'schen Erben, weil das letzteren am 19. Juli 1876 constituirte Pfandrecht durch Novation erloschen und K. an der Einräumung eines neuen Pfandrechts zu ihrem Nachtheil durch die bereits bestellten Generalhypotheken behindert gewesen sei.

Das Erkenntniß der I. Section des LWG. gewährte gleichwohl den W.'schen Erben Befriedigung vor den Gläubigern R. und S. und die von diesen dagegen ergriffene Appellation wurde vom Rathe am 22. Juni 1884 sub № 4338 aus folgenden Gründen verworfen:

„Dem römischen Rechte war allerdings die Schuldübernahme mit der Wirkung des Fortbestandes der vorhandenen Obligation nebst Accessorien fremd. Nur durch Novation, welche die vorhandene Obligation aufhob und an ihre Stelle eine neue setzte, konnte ein Wechsel in der Person des Schuldners erreicht werden. Daß dadurch dem Bedürfnisse des Vertrages nicht genügt sei, verkannte indessen auch nicht das römische Recht, es gestattete daher im Widerspruche zu der strengen Forderung des Rechts, wonach mit dem Untergange der Hauptobligation auch die accessorischen Rechte der-

selben erlöschen sollen, den einen Novationsvertrag Abschließenden die Vereinbarung, daß unter der Voraussetzung der Einwilligung des Eigenthümers der Pfandsache, das Pfandrecht der alten Forderung auf die neue übergehen solle (vgl. Windscheid, Pandektenrecht I, § 233 b.). Diesen Rechtsstandpunkt hat auch das provinzielle Privatrecht in den Art. 3579 und 1416 gewahrt.

Die moderne Doctrin und das Gewohnheitsrecht sind indessen bei der erwähnten Bestimmung des römischen Rechts nicht stehen geblieben. Es hat sich der Rechtssatz ausgebildet, daß durch Vertrag, welcher in der Regel zwischen dem alten Schuldner und dem Schuldübernehmer geschlossen wird und zu dessen Wirksamkeit gegen den Gläubiger die Zustimmung dieses erforderlich ist, an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner auch unter Aufrechterhaltung der Identität der Obligation gesetzt werden könne.) — Dies hat zur Folge, daß die Schuld mit ihren Einreden (mit Ausnahme der rein persönlichen des Schuldners) auf den Schuldübernehmer übergeht und daß die Nebenrechte der Obligation fortbestehen, so daß der Gläubiger dem Uebernehmer gegenüber dasselbe Pfandrecht, welches er dem alten Schuldner gegenüber hatte, behält, ohne daß darüber eine besondere Beredung nöthig wäre (vgl. Windscheid a. a. O. II, §§ 338 und 339.)

Die Zulässigkeit der Singularsuccession in die Schuld kann auch nach provinziellem Privatrechte nicht in Abrede gestellt werden und im Geltungsgebiete desselben steht, gleichwie nach gemeinem Rechte dieses Rechtsinstitut neben der, den Wechsel der Person des Schuldners begleitenden Novation, so daß das eine Institut das andere nicht ausschließt, und nur im concreten Falle wird zu prüfen sein, worauf die Intention der Contrahenten gerichtet gewesen, ob auf Sondernachfolge in die Schuld, oder aber auf Abschluß eines Neuerungsvertrages.

Zur Begründung des oben Angeführten mag zunächst darauf hingewiesen werden, daß im localen Verkehre die Schuldübernahme „ohne alle Neuerung" ein keineswegs ungewöhnliches Rechtsgeschäft ist, namentlich in den Fällen, in welchen der Uebernehmer zugleich Inhaber der, die übernommene Schuld sichernden Hypothek wird, wie wenn beispielsweise der Käufer eines Immobils oder einer gewerblichen Anstalt die auf dem Kaufobjecte ruhende und durch Ver-

pfändung desselben sichergestellte Schuld übernimmt und den Betrag derselben von dem Kaufpreise in Abrechnung bringt. —

Fraglos beabsichtigen die Contrahenten in diesen Fällen, ihrem Vertrage jeden verändernden Charakter zu nehmen, somit keine neue Obligation zu schaffen, sondern die vorhandene fortbestehen zu lassen. Daß diesem Parteiwillen nicht Folge gegeben werden dürfe, dafür liegt, wie Windscheid a. a. O. § 328 Note 3 überzeugend nachgewiesen hat, kein triftiger Grund vor (vgl. auch Regelsberger, im Archiv für civilist. Praxis Band 67, S. 6 und 24 ff.) Aber auch mit den Vorschriften des baltischen Privatrechts ist jener Parteiwille vollkommen vereinbar, da es sich neben Aufrechterhaltung der römisch rechtlichen Delegation (vgl. Art. 3588) auf Grund des Gewohnheitsrechts für die Zulässigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter erklärt hat (Art. 3116 ff.), die auf Singularsuccession in die Schuld gerichtete Vereinbarung aber eben nur eine Species des Vertrages zu Gunsten eines Dritten ist.

Im vorliegenden Falle hatte sich der Cridar K. bei Gelegenheit des Ankaufes des Getränkehandel- und Destillaturgeschäfts dem Verkäufer M. gegenüber verpflichtet, die auf dem Geschäfte ruhende W.sche Obligationsschuld „ohne alle Neuerung" und namentlich auch unter Aufrechterhaltung des an diesem Geschäfte den W.schen Erben bestellten Pfandrechts als eigene Schuld zu übernehmen; es liegt hier also ein Vertrag zwischen M. und dem Cridar K. zu Gunsten der Appellaten W. vor, welcher nach dem ausgesprochenen Willen der Contrahenten keinen novirenden Charakter haben sollte und daher ungeachtet des Wechsels der Person des Schuldners das vorhandene Forderungsrecht nebst dem daran haftenden Pfandrechte fortbestehen ließ. Die Appellaten haben durch ihren Zutritt zu dem Vertrage nicht nur auf Grund des Art. 3117 des III. Thls. des Prov.-Rechts ein selbständiges Klagerecht gegen den Cridar erworben, sondern auch ihr Einverständniß mit der Clausel, daß die Schuldübernahme ohne alle Neuerung erfolge, folgeweise ihren Willen an den Tag gelegt, das an ihr Forderungsrecht geknüfte Pfandrecht aufrecht zu erhalten.

Wollte man aber auch vom Standpunkte des römischen Rechts annehmen, der Schuldübernahme im vorliegenden Falle liege ein Neuerungsvertrag zu Grunde, so wäre doch immerhin ver-

möge der Vertragsclausel, daß das zu Gunsten der Apellaten bestellte Pfandrecht aufrecht zu erhalten sei, in Anleitung der Art. 3579 und 1416 a. a. O. dieses Pfandrecht den Apellaten gewahrt. Unzweifelhaft ist in diesem Falle aber das Pfandrecht von dem Zeitpunkte zu datiren, in welchem der novirende Schuldner es dem Gläubiger bestellt hatte; denn wollte man mit den Appellanten annehmen, daß das Pfandrecht von dem Tage zu rechnen sei, an welchem der Schuldübernehmer das Eigenthumsrecht an der Pfandsache erwerbe, so würde die Bestimmung des Art. 1416 verbunden mit 3579 vollkommen überflüssig sein, da ja der Eigenthümer sein Vermögen oder einzelne Theile desselben schon auf Grund der allgemeinen Anordnung des Art. 3829 und resp. 1357 ff. verpfänden darf. Es würde dann auch im Art. 1416 a. a. O. nicht heißen dürfen, daß das alte Pfandrecht bestehen bleibe, denn die Verpfändung durch den Schuldübernehmer wäre eben ein ganz neuer Rechtsact.

Die logische und grammatische Interpretation des Art. 1416 führt also zu der Auslegung, daß ungeachtet der Novation das früher bestellte Pfandrecht in der alten Rangordnung aufrechterhalten bleiben soll, falls eine bezügliche Uebereinkunft unter den den Neuerungsvertrag Abschließenden getroffen worden ist. Auch die Quelle zum Art. 1416, die l. 3 D. qui potiores in pignore XX, 4 stimmt mit diesem Resultate genau überein, indem es daselbst heißt „superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.“ Eine Wiederholung dieses Rechtsatzes findet sich endlich auch in der l. 21 pr. D. XX, 4. — Es tritt in diesen römischen Gesetzbestimmungen allerdings, wie bereits oben angedeutet worden, ein eclatanter Brauch der Rechtsconsequenz, welche im Falle der Novation das Erlöschen des alten Pfandrechts erheischte, zu Tage, die Inconsequenz wurde aber durch die unabweislichen Bedürfnisse des Verkehrs gerechtfertigt vgl. Gürgens, Jahrbuch für Dogm. VIII, Seite 242. Windscheid, a. a. O. II § 338 Note 3.).

Wenn Vorstehendem nach anerkannt werden muß, daß die Schuldübernahme seitens des Cridars K., mag man sie nun als Singularsuccession in die Schuld auffassen, oder ihr einen novirenden Charakter geben, an sich keineswegs das Alter der, an der

in Frage kommenden Sachengesammtheit — zu Gunsten der Appellaten bestellten Hypothek verändert habe, so fragt es sich nur noch, einmal ob die Thatsache, daß der Cridar bereits vor der in Frage kommenden Schuldübernahme den Appellanten sein Vermögen generell verpfändet hat, ferner ob die Thatsache, daß die Appellaten als Gläubiger in die Veräußerung der Sachengesammtheit an den Cridar gewilligt haben, das im Vorstehenden gewonnene Resultat zu alteriren geeignet sei? Diese Frage ist in der einen und in der anderen Beziehung zu verneinen.

Der Rechtssatz, daß niemand in seinem Rechte durch Transactionen Dritter geschädigt werden dürfe, findet auf vorliegenden Fall keine Anwendung. Denn einerseits hinderte das generelle Pfandrecht, welches den Appellanten an dem Vermögen des Cridars bereits zur Zeit der Schuldübernahme zustand, den letzteren keineswegs daran, auch ohne Zustimmung der Generalpfandgläubiger sein Vermögen zu vermindern und zu veräußern (vgl. Art. 1381 des III. Thls. des Prov.-Rechts); andererseits hat durch die Schuldübernahme thatsächlich keine Verminderung des Vermögens des Cridars, geschweige denn eine Schädigung seiner Generalpfandgläubiger stattgehabt, weil ja das Aequivalent für die übernommene Schuld in dem dem Cridar zugleich tradirten Waarenlager lag, dessen Kaufpreis durch Verrechnung der übernommenen Schuld zum Theil liquidirt wurde und daher bis zum Belaufe der letzteren nicht *baar* aus den eigenen Baarmitteln des Cridars erlegt zu werden brauchte.

Ferner ist auch die Ansicht der Appellanten, daß durch Veräußerung der fraglichen Sachengesammtheit die darin zu Gunsten der Appellaten bestellte Hypothek ipso jure aufgehoben wurde, nicht zu billigen. Nach Art. 1377 a. a. O. erlischt zwar das Pfandrecht an der aus einer Sachengesammtheit veräußerten einzelnen Sache mit deren Veräußerung und in solchem Falle wird nicht einmal die Pfandklage gegen den dritten Erwerber, der von der Existenz des Pfandrechts unterrichtet war, gegeben weil hier von einem *böswilligen* Erwerbe seitens eines Dritten garnicht die Rede sein kann, da das Gesetz ausdrücklich dem Hypothekenschuldner die freie Disposition über einzelne Theile der

Sachengesammtheit gestattet hat (vgl. Civilrechtl. Entschd. I, Seite 498). — Allein die Behauptung des Appellanten S., daß durch den Verkauf einer Sachengesammtheit die Continuität derselben als eines Begriffsganzen selbst dann, wenn der Käufer nicht die einzelnen Sachen als solche, sondern wie im vorliegenden Falle, die Gesammtheit derselben unter einem gemeinsamen Namen kaufte, unterbrochen sei, und daß daher in jedem Falle des Verkaufes einer Sachengesammtheit nur ein Erwerb der dieselben bildenden einzelnen Theile statthabe, an welchen dann nach Art. 1379 a. a. O. das Pfandrecht erlöschen müsse, diese Behauptung ist im Hinblick auf die Art. 3857 und 3219 ebendaselbst, welche den Verkauf und Kauf einer Sachengesammtheit als Begriffsganzen ausdrücklich gestatten, vollkommen unhaltbar.

Ebenso unrichtig ist die Behauptung der Appellanten, daß regelmäßig durch die Veräußerung der Pfandsache das Pfandrecht erlösche. Der Art. 1430 a. a. O., auf welchen Bezug genommen wird, hat seine Stellung im Abschnitte des Privatrechts, welcher von dem Aufhören des Pfandrechts in Folge Verzichts auf dasselbe von Seiten des Pfandgläubigers handelt (vgl. Art. 1494 ff.). Dieser Verzicht kann auch ein stillschweigender sein und nach Art. 1425 a. a. O. ist ein stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht anzunehmen, wenn der Gläubiger dem Verpfänder ohne Einschränkung und Vorbehalt die Veräußerung des verpfändeten Gegenstandes gestattet oder, falls solche ohne sein Wissen geschah, sie in der Folge genehmigt. Behält man dieses im Auge, so darf der Art. 1430 nur dahin gedeutet werden, daß in allen Fällen der Veräußerung, deren Geschehenlassen als ein Verzicht des Pfandgläubigers auf sein Pfandrecht gilt, das Pfandrecht schon in Folge des bloßen Veräußerungsgeschäfts in Wegfall zu kommen habe. Im vorliegenden Falle haben aber — wie gleich hier bemerkt werden mag — die Appellaten auf das ihnen von M. bestellte Pfandrecht nicht nur nicht verzichtet, sondern sich das Pfandrecht gerade vorbehalten, in dem sie sich die Aufrechterhaltung desselben durch den Käufer der Pfandsache auf ihrer Pfand- und Schuldobligation ausdrücklich verschreiben ließen.

Abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Falle des stillschweigenden Verzichts auf das Pfandrecht läßt das Gesetz nur in drei Fällen durch Veräußerung der Pfandsache das Pfandrecht erlöschen, nämlich erstens, wenn der Pfandgläubiger selbst das Pfandobject zur Realisirung seiner Forderung zum Verkauf stellt, — in diesem Falle ist ja der Zweck des Pfandrechts in Erfüllung gegangen (Art. 1434 a. a. O.); zweitens wenn der mit der Rechtswohlthat des Inventars antretende Erbe des Schuldners die zur Erbschaft gehörige Pfandsache veräußert, und drittens in Anwendung des Rechtssatzes „Hand muß Hand wahren", wenn eine bewegliche mit einer Hypothek belastete Sache von einem Dritten veräußert wird, der von der Verpfändung nichts weiß (vgl. Art. 1436). Abgesehen von diesen drei Fällen, von denen keiner hier vorliegt, thut nach der Rechtsregel: res oppignorata non aliter transit quam cum onere die Veräußerung der Pfandsache dem zuvor begründeten Rechte des Pfandgläubigers keinen Abbruch; was in Bezug auf die ingrossirten Hypotheken durch den Art. 1595 a. a. O., der die allgemein giltige Rechtsregel „nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet" zur Quelle hat, ausdrücklich anerkannt worden ist.

Solchem nach sind die Appellaten W. allerdings befugt, auf Grund der ihnen von M. am 19. Juli 1876 bestellten Specialhypothek, ungeachtet der stattgehabten Veräußerung der Pfandsache aus letzterer ihre Befriedigung mit der Pfandklage zu suchen; die Appellanten aber, welchen ein Generalpfandrecht an dem Vermögen des Cridars erst in den Jahren 1879 und 1880 bestellt worden ist, müssen nach Art. 1612 a. a. O. hierbei gegen das ältere Pfandrecht der Appellaten zurücktreten."

1276. Uebergang der ingrossirten Hypotheken auf die Versicherungssumme. Bedeutung der Statuten der Versicherungsgesellschaft bzw. einer entgegenstehenden Abmachung zwischen letzterer und einem Gläubiger.

Auf dem Immobil der Marie K. waren an dritter Stelle für W. 3000 Rbl. und an zweiter Stelle für die „Vorschußkasse" 5000 Rbl. ingrossirt. Nachdem die Gebäude durch Feuer zerstört

und aus der von der Baltischen Feuer-Versicherungsgesellschaft ausgezahlten Versicherungssumme die erste Hypothek befriedigt worden war, entstand über den Rest von 3253 Rbl. ein Prioritätsstreit, indem W. für seine, an dritter Stelle eingetragene, Forderung ein Vorzugsrecht vor der Vorschußkasse auf Grund dessen beanspruchte, daß er ein gerichtliches Pfandrecht an der Versicherungssumme im Executionswege erlangt und die Schuldnerin sein Vorzugsrecht auch bei der Versicherungsgesellschaft angezeigt habe. Seine Klage auf Auszahlung der Versicherungssumme wurde jedoch in beiden Instanzen abgewiesen. Die Gründe des Querelbescheides des Raths vom 1. Februar 1884, № 886 lauten:

„Mit Rücksicht auf das für die Forderung des Querulanten W. an der Assecuranzsumme bestellte gerichtliche Pfandrecht, sowie mit Rücksicht darauf, daß am 4. August 1882 bei der Baltischen Versicherungsgesellschaft seitens der Marie K. eine Declaration darüber eingegangen war, daß das versicherte Gebäude an zweiter Stelle ihm W. als Inhaber der Obligation von 3000 Rbl. verpfändet sei, glaubt Querulant eine Befriedigung vor der Vorschußkasse, deren öffentliches Pfandrecht an der Assecuranzsumme er bestreitet, in Anspruch nehmen zu können. Nach Art. 1419 des Prov.-Rechts Th. III hört durch den Untergang einer verpfändeten Sache das Pfandrecht an derselben von selbst auf; hatte jedoch eine Versicherung der verpfändeten Sache stattgefunden, so wird die im Falle theilweiser oder gänzlicher Vernichtung derselben gezahlte Assecuranzsumme von dem Pfandrecht ergriffen, falls nicht in den Statuten der bezüglichen Assecuranzgesellschaft etwas anderes bestimmt ist. Soll anerkannt werden, daß das an dem K.'schen Immobil an zweiter Stelle begründete Pfandrecht nicht auf die nach dem Brande von der Baltischen Versicherungsgesellschaft ausgezahlte Assecuranzsumme übergegangen sei, so muß auf Grund der angezogenen Gesetzesstelle in den Statuten der Baltischen Versicherungsgesellschaft sich die Bestimmung finden, daß die von dieser Gesellschaft gezahlte Assecuranzsumme von dem Pfandrecht an dem durch Feuer vernichteten Immobil nicht könne ergriffen werden. Eine solche Bestimmung ist aber den gedachten Statuten durchaus fremd. Aus denjenigen §§ dieser Statuten, auf welche Querulant sich beruft, geht

auch nicht im Entferntesten hervor, daß durch sie eine Abweichung von der gesetzlichen Regel hat begründet werden sollen. Die Nichtannahme von Arresten auf die Versicherungssumme hat mit dem Pfandrecht an dieser Summe nichts zu thun. Die Zulässigkeit eines über die gewöhnlichen Bedingungen hinausgehenden Uebereinkommens zwischen der Versicherungsgesellschaft und dem Versicherungsnehmer ist nach den Statuten an die Schranken gebunden, daß dadurch nicht den Gesetzen überhaupt und insbesondere den Statuten der Gesellschaft widersprochen werde. Eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel, daß die Versicherungssumme von dem Pfandrecht an dem versicherten und zerstörten Immobil ergriffen wird, kann also durch ein Uebereinkommen mit dem Versicherungsnehmer zum Schaden dritter Personen nicht begründet werden und zwar umsoweniger, als in der Anmerkung zum § 16 der Statuten darauf hingewiesen wird, daß die in den Versicherungsvertrag aufgenommenen besonderen Bedingungen nur für die vertragschließenden Theile bindend sind. Der durch Ingrossation erworbene Anspruch auf ein an zweiter Stelle zur Wirkung gelangendes Pfandrecht an der Versicherungssumme hat mithin durch die ohne Mitwirkung der „Vorschußkasse" bei der Versicherungsgesellschaft stattgehabte Declaration und Verschreibung nicht in Frage gestellt werden können."

1277. Hat der Gläubiger Anspruch auf Befriedigung der noch nicht fälligen Forderung aus der Versicherungssumme, wenn das als Hypothek bestellte Haus abgebrannt ist?

I. Diese Frage wurde in dem Erkenntnisse der II. Section des Landvogteigerichts vom 4. Februar 1882, № 17, in einem Falle, wo auf Zahlung der am 18. Juni 1883 zahlbaren Schuld am 20. August 1881 geklagt und das verpfändete Immobil vier Wochen vor letzterem Tage abgebrannt war, mit folgender Begründung bejaht:

„Es kann mit Gewißheit angenommen werden, daß das Darlehen nur unter der Voraussetzung ertheilt und bis zum Jahre 1883 gestundet worden ist, daß Kläger an dem Specialpfande eine genügende Sicherheit haben würde; darauf weist schon die vom Schuldner übernommene Verpflichtung hin, das zum Pfande bestellte Im-

mobil stets für den entsprechenden Werth gegen Feuersgefahr versichert zu halten. Da nun Forderung und Pfandrecht im engsten Zusammenhange stehen und die Darlehnsforderung nur unter der Voraussetzung der Existenz des Pfandrechts entstanden ist und bestehen sollte, so kann man nur zum Schlusse gelangen, daß durch den Untergang des Immobils (welcher den entsprechenden Untergang des Pfandrechts nach sich zieht, Art. 1419 a. a. O.) auch eine befristete Forderung zur unbefristeten geworden ist. Allerdings bestimmt der angezogene Art. 1419 des Privatrechts, daß im Falle theilweiser oder gänzlicher Vernichtung des Pfandobjects die etwa gezahlte (bzw. in Aussicht stehende) Assecuranzsumme von dem Pfandrechte ergriffen werde. Die Schuldner haben aber solchenfalls kein ersichtliches Interesse daran, daß die Assecuranzsumme, welche nach Erledigung der erforderlichen Formalitäten ohne Verzug ausgezahlt zu werden pflegt, dem Gläubiger (etwa durch einstweilige Deposition bei Gericht) solange vorenthalten werde, bis der für die Rückzahlung des Darlehens ursprünglich festgesetzte Termin eingetreten ist. Zweck des Darlehensvertrages kann nur der sein, daß dem Schuldner die Möglichkeit geboten wird, die Darlehnssumme bis zum festgestellten Zahlungstermin zu genießen und über dieselbe frei zu disponiren; wenn aber diejenigen Mittel, die zunächst zur Befriedigung des Gläubigers dienen sollen, schon vor dem Zahlungstermin der Disposition des Schuldners entzogen sind (was im Falle gerichtlicher Deposition der Assecuranzsumme eintreffen würde), so hat der Schuldner an der Einhaltung des Zahlungstermins auch kein Interesse mehr; ein solches ist auch beklagterseits nicht behauptet worden.

Zum Mindesten hätten die Beklagten, wofern sie am festgestellten Rückzahlungstermin (d. 18. Juni 1883) festhalten wollten, in ihrer Klageerklärung genau angeben und bescheinigen sollen, daß und inwiefern dem Kläger für seine Darlehnsforderung durch den nachgebliebenen Theil des Immobils bzw. durch die Assecuranzsumme eine genügende Sicherheit geboten werde. Hierzu hätte eine genaue und wohlattestirte Berechnung über den Werth des unversehrt gebliebenen Theiles des Immobils, sowie eine Angabe über den Locus der ausgeklagten Hypothek gehört. Nur durch ein solches Verfahren hätten die Beklagten dem an sich wohlbegründeten Anspruch des Klägers ein Gegengewicht bieten können; denn wenn die bei Con-

trahirung des Darlehens gebotene Sicherheit nicht in dem ursprünglichen Umfange besteht, war es Sache des Beklagten zu behaupten und den Nachweis zu führen, daß die Sicherheit dennoch eine hinreichende sei. Da aber die Beklagten nichts dazu gethan haben, die geklagte Forderung als eine hinreichend gesicherte zu bezeichnen, so muß der Klageanspruch auch schon zur Zeit als begründet gelten."

II. Ebenso heißt es in einem Bescheide desselben Gerichts vom 15. Februar 1883, № 32:

„Der Gläubiger kann zwar nicht den Anspruch erheben, daß seine Lage in Folge des Unterganges des Pfandes (wenn auch nur hinsichtlich der Zahlungstermine) eine günstigere werde; ebensowenig braucht er sich aber eine Verschlimmerung seiner Lage gefallen zu lassen. Daraus, daß gesetzlicher Bestimmung zufolge (Art. 1419 des Privatrechts) an die Stelle des untergegangenen Pfandes die Assecuranzsumme tritt, folgt noch keineswegs, daß eine Verschlimmerung der Lage des Gläubigers ausgeschlossen ist, weil das Immobil unter seinem Werth versichert gewesen sein kann. Es wird daher Beklagter verpflichtet werden müssen, den Nachweis zu führen, daß die Sicherheit des Klägers ungeachtet des Brandes dieselbe oder doch wenigstens eine hinreichende geblieben ist; oder er wird dem Kläger eine neue ausreichende Sicherheit für dessen Forderung bieten müssen, widrigenfalls er zur Rückzahlung der Schuld sammt Renten, welche nur unter der Voraussetzung des unveränderten Bestandes bzw. Werthes des Pfandrechts gestundet worden ist, verpflichtet sein wird. Zu diesem Zwecke wird Beklagter vor allen Dingen die Höhe der Assecuranzsumme, den Belastungszustand des Immobils und den Werth desselben vor und nach dem Brande nachzuweisen haben. Ferner muß noch bemerkt werden, daß Kläger unter allen Umständen sofortige Zahlung wird beanspruchen können, wenn und insoweit nach Befriedigung der vorlocirten Gläubiger die Assecuranzsumme hinreicht, um auch seine Forderung zu decken. Denn es kann dem Kläger nicht zugemuthet werden, die etwa auf seinen Antheil fallende Assecuranzsumme aus Händen zu geben, damit Beklagter (wie er die Absicht ausgesprochen hat) mit der Assecuranzsumme das niedergebrannte Haus wieder aufbaue, — während

ebensowenig Beklagter ein Interesse daran haben kann, daß die Assecuranzsumme bis zum Eintritte der Fälligkeit bei einem Dritten (der Assecuranzgesellschaft) deponirt bleibe."

1278. Ueber die Voraussetzungen der Pfandklage gegen den Schuldner, insbesondere das Erforderniß der Anzeige des beabsichtigten Pfandverkaufes.

W. hatte dem H. eine gehörig beglaubigte Schuld- und Pfandverschreibung über den Betrag von 9500 Rbl. sammt 6% Zinsen ausgestellt, welche auf sein Immobil ingrossirt war. Letzteres wurde wegen einer anderen Schuld zum Meistbot gestellt, von E. meistbietlich erstanden, darnach aber von dem Schuldner W. eingelöst. Bevor die Vertheilung des Meistbotschillings unter die Gläubiger dnrch Locationsurtheil erfolgt war, starb W. und H. beantragte gegenüber dem Nachlaßcurator desselben, das Nachlaßimmobil zur Befriedigung seiner Forderung im Restbetrage von 5500 Rbl. gerichtlich zu versteigern. Diesem Antrage wurde im Gegensatze zu dem abweisenden Bescheide der I. Section des Landvoigteigerichts durch App.-Erk. des Raths vom 18. Februar 1883, № 1210 aus folgenden Gründen stattgegeben:

„Die sich zunächst aufdrängende Frage, ob durch den Tod des Pfandschuldners W. und durch Einsetzung einer Nachlaßcuratel über dessen Vermögen das zur Klage gebrachte Recht des Klägers, sich aus dem Erlös des verpfändeten Immobils Befriedigung zu verschaffen, irgendwie alterirt werde, muß verneint werden. Denn einmal ist der Pfandgläubiger nicht verpflichtet, behufs Meistbotstellung des ihm öffentlich verpfändeten Immobils den Besitztitel desselben zu berichtigen (Proceßpräjudicate, № 355), andererseits ist das in Frage kommende Immobil dem Rigaer Hypothekenverein verpfändet und solchenfalls erfolgt vermöge der, den provinzialrechtlichen Bestimmungen über den Verkauf von Nachlaßimmobilien derogirenden Statuten des Vereins die Meistbotstellung behufs Beitreibung der Schulden nicht bei dem Waisengericht, sondern bei dem forum rei sitae, gleichviel ob der Verein selbst, oder ein anderer Gläubiger die Meistbotstellung beantragt hat (Proceßpräjudicate № 27 und §§ 85 und 86 der Statuten des Hypothenvereins).

In zweiter Reihe ist die Frage zu entscheiden, ob die Meistbotstellung des in Rede stehenden Immobils insolange unzulässig sei, als der in Folge einer früheren Meistbotstellung eröffnete Specialconcurs noch nicht formell erledigt sei. Auch diese Frage ist zu verneinen . . . .

Es fragt sich endlich, ob etwa aus materiellen Rechtsgründen der klägerische Meistbotstellungsantrag zu verwerfen sei. Nach den einschlägigen Bestimmungen des Privatrechts (Art. 1441 ff. 1453) hat der Pfandgläubiger, um sein Pfandrecht auszuüben, nicht nothwendig die vorgängige Verurtheilung des Schuldners zur Zahlung herbeizuführen, sondern nur nachzuweisen, daß er das Pfandrecht in gehöriger Weise erworben habe und daß die Forderung, für welche das Pfand haftet, fällig sei, sowie endlich — falls nicht besonders verabredet worden, daß bei nicht erfolgter Zahlung das Pfand sofort solle veräußert werden können — dem Schuldner anzuzeigen, daß er zum Verkaufe des Pfandes schreiten wolle. Diese Anzeige kann mit dem Antrage auf gerichtliche Versteigerung dergestalt verbunden werden, daß der Schuldner zu diesem Antrage vorgeladen wird.*) Im vorliegenden Falle sind alle die oben erwähnten Voraussetzungen für die Zwangsversteigerung des beklagtischen Immobils vorhanden."

1279. a. Bedarf es zur Anstellung der Pfandklage der vorgängigen Verurtheilung des Schuldners in die Pfandschuld?

b. Exceptio excussionis personalis bei der Pfandklage.

Für S. war auf das Immobil des Friseurs E. ein Kaufschillingsrückstand eingetragen. Später verkaufte E. das Immobil an M., gegen dessen Erben S. die Pfandklage anstellte und die Versteigerung des Immobils wegen des darauf ingrossirten Kaufschillings beanspruchte. Die Beklagten erhoben unter anderen den Einwand, daß die Klage zunächst auf Verurtheilung des Schuldners in die persönliche Schuld bei dem dafür competenten Gerichte hätte erhoben werden müssen, wurden mit diesem Einwande durch Bescheid der I. Section des LVG. vom 8. März 1884, № 79 abgewiesen

*) Dieser Satz ist auch ausgesprochen in dem App.-Erk. vom 23. Februar 1883, № 1323. Vgl. Band V, № 736.

und querulirten hierüber bei dem Rathe, welcher am 19. September 1884 sub 6363 folgenden Querelbescheid erließ:

„1) Die Beklagten vertreten auch in der Oberinstanz die Rechtsmeinung, daß es der Verkaufsstellung vorgängig einer urtheilsmäßigen Feststellung der Forderung bedurft hätte, zumal Kläger selbst angeführt habe, daß der weiland M. des Klägers persönlicher Schuldner geworden sei. Diese Meinung ist indessen nicht zu billigen. Abgesehen von dem persönlichen Forderungsrechte gegen den Schuldner geben die Art. 1441 ff. des Privatrechts (vgl. namentlich 1441, 1445, 1453) dem Gläubiger ein dingliches Recht an der verpfändeten Sache, dessen hauptsächliche Bedeutung und Stärke darin besteht, daß der Forderungsberechtigte sich an das Pfand halten und dasselbe zum Zwecke seiner Befriedigung zum Verkauf bringen kann, ohne Rücksicht drrauf, in wessen Eigenthum das Pfand sich befindet. Die Existenz einer Forderung und die Nichtbefriedigung des Gläubigers bilden zwar die gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit des dinglich verfolgbaren Rechts, nicht aber die urtheilsmäßige Feststellung der Schuld (Entscheid. der Stadtgerichte Band V, S. 83 ff.)

Die Beklagten haben nun zwar unter Hinweis darauf, daß nach der klägerischen Darstellung der weiland A. v. M. der persönliche Schuldner des Klägers geworden sein soll, und unter Berufung auf eine angebliche Praxis der Stadtgerichte (vergleiche die Anmerkung des Herausgebers zu der oben citirten stadtgerichtlichen Entscheidung V, S. 86) eventuell die Meinung vertreten, daß wenigstens im vorliegenden Falle die vorherige Verurtheilung der Beklagten der Klage auf Verkaufsstellung des Immobils habe vorausgehen müssen.

Es läßt sich jedoch gesetzlich nicht rechtfertigen, daß der dinglichen Klage eine größere Kraft und Wirksamkeit beigemessen werde, wenn das verpfändete Immobil sich im Besitze einer dritten Person befindet, als wenn der Schuldner zugleich Besitzer ist. Inhalt und Umfang des dinglichen Rechts und der aus ihm entspringenden Klage sind vom Besitze des Pfandes unabhängig, abgesehen von der im Art. 1445 enthaltenen Bestimmung, welche gerade dem dritten Besitzer des Pfandes eine Vergünstigung einräumt und das gegen ihn gerichtete dingliche Klagerecht als das

schwächere erscheinen läßt. In der Gewährung der dinglichen, auf Verkaufstellung gerichteten Klage kann auch eine Beeinträchtigung der Beklagten nicht erblickt werden, da sie sich auf dieselbe durch alle diejenigen Einwendungeu zu vertheidigen berechtigt sind, welche ihnen bei einer persönlichen Klage zu Gebote gestanden hätten. Von diesem Vertheidigungsrechte haben übrigens die Beklagten, wie die Acten ausweisen, einen ausgiebigen Gebrauch gemacht.

2) Unter Berufung auf den Art. 1445 des Privatrechts haben die Beklagten die Einrede der Vorausklage erhoben, indem sie an den Kläger das Anverlangen stellten, daß er sich wegen seiner Befriedigung zunächst an seinen eigentlichen Schuldner, den Friseur E. wenden möge. Wie aus den Entscheidungsgründen des Untergerichts zu entnehmen ist, hat dasselbe die Einrede an sich für begründet erkannt, indem es den Kläger darauf hinwies, daß er zur Beseitigung dieser Einrede die stattgehabte Schuldübernahme seitens des Erblassers der Beklagten zu beweisen haben werde. Die Beklagten bemerken nun, daß Kläger das Vorhandensein einer von allen Betheiligten getroffenen, den Friseur E. aus dem Schuldverbande befreienden Vereinbarung nicht oder mindestens nicht rechtzeitig behauptet habe, denn durch seine späteren Anführungen habe er die Mängel der Klage nicht beseitigen können.

Dieser Einwand gegen die untergerichtliche Entscheidung ist durchaus hinfällig.

Zunächst ist zu constatiren, daß die Behauptung der Schuldübernahme nicht zum Klagegrunde gehörte. Der dingliche Charakter der Klage ist vom Kläger so sehr betont worden, daß die Beklagten hierüber nicht haben in Zweifel gerathen können. Gegen die dingliche Klage haben die Beklagten die Einrede der Vorausklage erhoben. Wenn nun Kläger hiergegen geltend macht, daß die Beklagten bzw. ihre Rechtsvorgänger Schuldner geworden seien, so liegt hierin eine gegen die Einrede gerichtete Replik bzw. Elision, welche somit in der Klageschrift noch garnicht vorgebracht zu werden brauchte.

Außerdem hat Kläger schon in der Klageschrift darauf hingewiesen, daß M. ihn als seinen Gläubiger anerkannt habe. Endlich war zur Schuldübernahme seitens des M. die Mitwirkung des früheren Schuldners E. garnicht erforderlich, weil nach Art.

3588 a. a. O. durch eine betreffende Uebereinkunft des Gläubigers mit dem neuen Schuldner in wirksamer Weise ein Neuerungsvertrag vollzogen werden kann, ohne daß es dazu der Einwilligung des alten Schuldners bedarf."

1280. Befugniß des vorgehenden Pfandgläubigers, den Verkauf der verpfändeten Sache zu hindern.

K. beantragte als Intervenient in Executionssachen der Sarah L. wider J., die Versteigerung der gepfändeten Sachen des letzteren zu sistiren, weil ihm gegen J. wegen einer Darlehnsforderung von 600 Rbl. ein älteres Pfandrecht an dessen Mobiliar zustehe. Das diesen Antrag a limine abweisende Verfügen der II. Section des LVG. vom 12. Juli 1884 wurde auf Beschwerde des Intervenienten durch Resolution des Raths vom 17. September 1884, № 6296 aus folgenden Gründen aufgehoben:

„Es steht außer Zweifel, daß das Pfandrecht des Intervenienten älter ist als dasjenige, welches die Sarah L. durch die Executionsvollstreckung erworben hat. Auch kommt nichts darauf an, ob die Executionsobjecte dem Intervenienten speciell verpfändet waren, da nach der richtigen Interpretation des Art. 1612 des Prov.-Rechts Th. III das Specialpfandrecht als solches keinen Vorzug vor der Generalhypothek hat, vielmehr bei eintretender Collision unter ihnen das jüngere Pfandrecht dem älteren nachsteht (civilrechtl. Entscheid. V, S. 493 ff. VI, S. 79 ff.). Intervenient als älterer Pfandgläubiger erscheint somit nach Lage der Sache wohlberechtigt, die zum Besten der Sarah L. aufgenommenen und noch im Eigenthumsbesitze des Schuldners befindlichen Executionsobjecte für sich in Anspruch zu nehmen. Das braucht indessen keineswegs gerade durch Ausübung des Veräußerungsrechtes zu geschehen, vielmehr ist nach Maßgabe der Art. 1449 und 1450 a. a. O. die Geltendmachung des Pfandrechts seitens des älteren Pfandgläubigers auch in der Weise statthaft, daß er sich der Veräußerung der Pfandsachen durch den nachstehenden Pfandgläubiger widersetzt bzw. ihm die Pfandsachen mit der Pfandklage entwindet (civilrechtl. Entscheid. IV, S. 93). Dieses Widerspruchsrechts kann der ältere Pfandgläubiger auch um deswillen nicht verlustig gehen, weil — wie der Unterrichter hervorhebt — es häufig dem Intervenienten lediglich darauf

ankommt, den Executionsimpetraten gegen die Execution zu schützen. Von vorn herein ist eine Collision zwischen beiden nicht zu präsumiren, vielmehr ist dem Impetranten zu überlassen, einredeweise das betrügerische Einverständniß derselben darzulegen und in Gemäßheit des Art. 3293 a. a. O. erforderlichen Falls nachzuweisen. Aus diesem Grunde muß in jedem einzelnen Falle der Executionsimpetrant über den sonst schlüssig vorgebrachten Interventionsantrag gehört werden . . . .

Nur wenn das Vermögen des Schuldners einen Ueberschuß über die Forderung des älteren Pfandgläubigers zu geben verspricht, ist es nach der l. 15 § 5 Dig. de re judicata 42, 1 dem Richter gestattet, das conventionelle Pfand auch zum Besten eines dritten Executionsimpetranten zu versteigern (vgl. civilrechtl. Entscheid. IV, S. 89), wonächst aus dem Provenu, auf welches des ersten Gläubigers Pfandrecht übergeht, dieser prälative Befriedigung zu gewärtigen hat. Im Fragefalle hat Intervenient ausdrücklich behauptet, daß die gesammte Habe des Schuldners J. den Werth von 600 Rbl., worauf sich die Pfandforderung beläuft, nicht repräsentire. Um hierüber Gewißheit zu erlangen, ist vor Allem die Aeußerung des Executionsimpetranten einzuholen. Wenn endlich das Untergericht darauf hinweist, daß der Executionsimpetrantin eine Dienstlohnforderung zustehe, so vermag auch dieser Umstand an dem Resultate obiger Erörterungen nichts zu ändern. Denn der Dienstlohnforderung kommt nach den Rig. Stadtrechten Lib. III, Tit. X ein Vorzugsrecht nur im Concurse zu (vgl. Proceßpräjudicate II, S. 135); die Thatsache, daß die Dienstlohnforderung der Executionsimpetrantin mit dem Pfandrechte des Intervenienten concurrirt, vermag daher wohl die erstere zu veranlassen, auf Eröffnung des Concurses über das Vermögen des gemeinschaftlichen Schuldners anzutragen, nicht aber außerhalb des Concurses das ältere Pfandrecht des Intervenienten zu beseitigen.

Daß der Unterrichter das Gesuch des Intervenienten a limine zurückwies, erscheint somit in keiner Hinsicht gerechtfertigt."

1281. Ist zur Begründung eines Faustpfandes die symbolische Tradition der Sache durch Uebergabe der Besitzdocumente ꝛc. genügend?

I. Kläger nahm ein Faustpfandrecht an einem zur Concursmasse des L. gehörigen Dampfer auf Grund dessen in Anspruch, daß L. ihm das vom Kämmereigerichte über sein Eigenthum an dem Dampfer ausgefertigte Adjudicationsprotokoll, mit einer Blancocession versehen zur Sicherstellung der klägerischen Forderung übergeben habe. In dem rechtskräftigen Bescheide des Vogteigerichts vom 27. Juli 1883, № 171 ist ausgesprochen:

„Der Ansicht der Concurscuratoren, daß durch einfache Uebergabe des Adjudicationsprotokolles niemals der factische Besitz des Dampfers auf den Kläger übertragen werden konnte, ist beizustimmen. Bei der Frage nach den Erfordernissen der sog. symbolischen Tradition ist daran festzuhalten, daß in Grundlage des Art. 634 des Provinzialrechts Thl. III hier ebenso wie sonst, nicht nur die Absicht der Contrahenten Besitz zu übertragen bzw. zu erwerben, sondern die Einräumung einer thatsächlichen physischen Herrschaft über die Sache, d. h. die Möglichkeit jeder Zeit nach Gefallen auf dieselbe einwirken zu können, vorausgesetzt wird. In casu würde nun die Uebergabe der mit einer Blancocession versehenen Schiffsdocumente zwar für die auf Besitzübertragung gerichtete Absicht der Parteien sprechen; dagegen geht aus derselben keineswegs hervor, daß Kläger hiermit auch die thatsächliche Herrschaft über den qu. Dampfer erhalten habe. Im Gegentheil der Umstand, daß der Dampfer sich nicht hier am Orte, sondern in Mühlgraben befindet, legt die Präsumtion nahe, daß Kläger nicht ohne weiteres in der Lage ist, die physische Herrschaft über denselben auszuüben. Wenn Kläger sich dem gegenüber darauf beruft, daß durch Uebergabe von Connossementen und Ladescheinen auch sonst der Besitz von Waaren übertragen werden könne, die sich zur Zeit völlig außerhalb der factischen Herrschaftssphäre des Empfängers der Connossemente befänden, so erscheint die vom Kläger zu seinen Gunsten geltend gemachte Analogie hier aus folgendem Grunde nicht anwendbar. Der Schiffer giebt durch Ausstellung des Connossements im voraus die Erklärung ab, daß er entsprechend der vom Absender getroffenen Bestimmung die Waare stets zur Disposition des jeweili-

gen Inhabers des Connossements halten werde. Hiernach übt der Empfänger des letzteren allerdings, und zwar durch den Schiffer als Stellvertreter, die factische Herrschaft über die Waare aus; im Falle dagegen der Schiffer die Detention derselben verliert, würde dem allgemeinen Princip entsprechend auch eine Besitzübertragung durch Uebergabe des Connossements nicht mehr stattfinden können. Im vorliegenden Falle nun liegt eine derartige im voraus abgegebene Erklärung der den Dampfer detinirenden Personen (sofern sich derselbe zur Zeit überhaupt in der Detention irgend jemandes befindet), für die jeweiligen Inhaber der Schiffsdocumente besitzen zu wollen, nicht vor; wenigstens läßt sich dieselbe aus dem beigebrachten Adjudicationsprotokoll, in welchem vielmehr einzig und allein G. L. als zur Disposition über das Schiff berechtigt bezeichnet wird, nicht ersehen und sonach kann auch die Uebergabe des Adjudicationsprotokolls allein die Uebertragung des Besitzes auf den Kläger noch nicht begründen, sondern bedarf es hierzu weiter noch des Nachweises, daß Kläger factisch in die Lage versetzt worden sei, die Herrschaft über das Schiff, sei es direct, sei es durch einen Stellvertreter auszuüben."

II. „Beklagte Handlung hat am 8. December 1879 gegen den Mühlenbauer L. ein Urtheil auf Bezahlung von 203 Rbl. 64 Kop. an Fracht, Zoll und Spesen für eine beim Zoll clarirte Maschine, sowie auf Rückgabe des vom Zollamte zum Empfang der Maschine ertheilten Jerlyks erwirkt und zur Sicherstellung dieser Forderung einen Beschlag auf die Maschine. Am 17. Juli 1880 haben jedoch Kläger die Aufhebung des Beschlages beantragt, weil L. für ein Darlehen von 550 Rbl. die Maschine durch Behändigung des Jerlyks als Faustpfand bestellt habe . . . . .

Beklagte hat nicht in Abrede stellen können, daß der fragliche Zolljerlyk von L. den Klägern als Faustpfand für die Darlehnsforderung übergeben sei, und es ist eine irrthümliche Behauptung, daß dadurch an der Maschine selbst kein Faustpfand erworben sei. Der Art. 1470 des Prov.-Rechts Th. III, auf welchen Beklagte sich dafür beruft, sagt nur, daß für die Besitzübertragung auch bei dem Faustpfande die allgemeinen Regeln über den Besitzerwerb entscheiden, und da der Art. 805 a. a. O. bei der Tradition von Waaren ausdrück-

lich die Besitzübertragung durch Uebergabe der s. g. Dispositionspapiere zuläßt, so liegt kein Grund vor, bei der Hingabe der Waaren zum Faustpfande eine solche symbolische Tradition auszuschließen, zumal eine solche im Handel sogar die regelmäßige Form ist und nach Art. 1389 zur Begründung eines Pfandrechts jede unzweideutige Willenserklärung genügt. Erwägt man dazu noch, daß eine Uebergabe der unter Zollverschluß befindlichen Maschine selbst nicht wohl möglich war, so ist unbedenklich anzuerkennen, daß Kläger an der streitigen Maschine ein Pfandrecht erworben haben." (Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 1. April 1881, № 83).

1282. a. Oeffentliche Hypotheken hat das Gericht auch dann von Amtswegen zu berücksichtigen, wenn andere Gläubiger Befriedigung nicht aus dem Erlöse des Immobils, sondern aus der Versicherungssumme für dasselbe suchen.

b. Durch das Abbrennen eines Gebäudes und dessen Wiederaufbau wird an dem Stande der auf das Immobil bereits eingetragenen Hypotheken nichts geändert.

M. war rechtskräftig verurtheilt, der Wittwe J. ein Darlehen von 2000 Rbl. zu bezahlen. Das Immobil des M., auf welches ein Pfandbriefdarlehen des Rigaer Hypothekenvereins von 3400 Rbl. und demselben nachfolgend drei andere Hypothekenposten ingrossirt waren, wurde darauf durch eine Feuersbrunst betroffen, welche das Hauptgebäude gänzlich zerstörte. Die Versicherungssumme von 5870 Rbl. wurde dem Hypothekenverein als Inhaber der Police ausgezahlt und der Wittwe J. auf ihren Antrag wegen ihrer — nicht ingrossirten — urtheilsmäßigen Darlehensforderung ein Beschlag auf den Ueberschuß der Versicherungssumme über die Forderung des Hypothekenvereins nachgegeben. Der Hypothekenverein machte sich auch für seine Forderung bezahlt, unterließ jedoch, nachdem M. das zerstörte Gebäude wieder aufgebaut hatte, die Tilgung des früheren Pfandbriefdarlehens, sondern reichte einfach dem M. ein neues Darlehen im selben Betrage auf Grund der alten, ingrossirten Pfandverschreibung desselben aus . . . .

In einem hinterher zwischen dem Hypothekenverein und der

Wittwe J. entstandenen Processe war streitig, 1) ob der Hypothekenverein für das neu ertheilte Darlehen die Pfandstelle des alten Darlehens beanspruchen dürfe und 2) ob die Wittwe J. ein Recht auf Befriedigung ihrer Forderung aus der beschlagenen Versicherungssumme ohne Rücksicht auf die gerichtskundige Existenz der öffentlichen Hypothekenforderungen habe.

Uebereinstimmung mit der von der I. Section des Landvogteigerichts am 10. Januar 1884 gefällten Entscheidung wurden beide Fragen in dem App.-Erk. des Raths vom 30. November 1884, № 8190 mit folgender Begründung verneint:

Zu 1) „Es muß constatirt werden, daß die Auffassung des Hypothekenvereins über das Wiederaufleben der angeblich getilgten Pfandbriefschuld rechtlich ganz unhaltbar ist. Der Verein hatte beim Einziehen der Assecuranzsumme nur die Wahl: entweder sich wegen des Pfandbriefdarlehens Befriedigung zu schaffen, dieses zu tilgen (was ein Nachrücken der ihm nachfolgenden Hypothekengläubiger bewirkt hätte) und als dann nur den Rest von 2876 Rbl. an das Gericht zu übersenden; oder das Pfandbriefdarlehn (bzw. einen Theil) auf dem Immobil ruhen zu lassen und sodann die ganze beschlagene Summe (bzw. den ganzen Rest) bei Gericht eingängig zu machen. Dagegen konnte der Verein nicht sich volle Befriediguug verschaffen und zugleich für das angeblich von Neuem ertheilte Darlehen ohne Rücksicht auf die hierdurch benachtheiligten nachfolgenden Hypothekengläubiger den alten Pfandlocus behaupten. Auch konnte die Tilgung des alten und Gewährung eines neuen Darlehens nur in der Weise erfolgen, daß das alte Pfandbriefdarlehen delirt und ein neues Darlehen (nach Einholung von Prioritätseinräumungen seitens der Hypothekare) wiederum ingrossirt wurde . . .

Zu 2) Klägerin hat sowohl in der Unterinstanz, als auch in ihrer Justificationsschrift die Meinung vertreten, daß es nicht Sache des Gerichts sei, von Amtswegen etwaige bessere Rechte anderer Pfandgläubiger wahrzunehmen, und daß deshalb auch die Auszahlung an sie, als die Beschlagsimpetrantin, hätte erfolgen müssen. Diese Meinung ist indessen durchaus zu verwerfen. Nach Art. 1419 des Privatrechts wird bei theilweiser oder gänzlicher Vernichtung einer verpfändeten (versicherten) Sache die Assecuranz-

summe von dem Pfandrechte ergriffen, falls nicht in den Statuten der bezüglichen Assecuranzgesellschaft etwas Anderes bestimmt ist.

Da nach Ausweis des vom Beklagten beigebrachten Hypothekenextracts, abgesehen von dem Pfandbriefdarlehen, auf das in Frage kommende, durch Feuer zerstörte Immobil noch drei Hypotheken eingetragen waren, so wurde die Assecuranzsumme auch zu Gunsten dieser Hypotheken vom Pfandrechte ergriffen und zwar waren auch diese Pfandrechte als öffentliche anzusehen. Oeffentliche Hypotheken müssen aber seitens der Gerichte von Amtswegen Berücksichtigung finden. Dieser aus der Oeffentlichkeit des Hypothekenwesens herfließende Satz ist für das Concursverfahren und bei der Zwangsversteigerung eines Immobils (beim „Specialconcurse") bereits wiederholt anerkannt worden und wird von der gegenwärtigen Gerichtspraxis beständig befolgt (Entsch. des dirig. Senats v. 14. Juni 1877 in Zwingmann's Sammlung Bd. IV, S. 358. Entsch. des Raths vom 26. April 1878, daselbst Bd. V, S. 113), weil eine besondere Geltendmachung der öffentlichen Hypothek mit Rücksicht darauf, daß dem Gerichte das Vorhandensein der Hypothek auch ohnehin als bekannt gelten muß, nicht für erforderlich erachtet wird. Die Gleichheit des Rechtsgrundes spricht aber dafür, daß der im Concursverfahren zur Wahrung der Rechte von öffentlichen Pfandgläubigern beständig aufrecht erhaltene Grundsatz auch dann zur Anwendung komme, wenn das Gericht in den Besitz der Versicherungssumme gelangt und über dieselbe disponiren soll. Die Versicherungssumme wird vom Pfandrechte der Hypothekare ebenso ergriffen, wie der Meistbotschilling im Concursverfahren, und sowohl in dem einen, als auch in dem anderen Falle muß das Vorhandensein von öffentlichen Hypotheken und die Rangordnung, in welcher sie eingetragen sind, dem Gerichte als bekannt gelten. Es muß sogar behauptet werden, daß im Falle der Zerstörung eines Immobils durch Feuer und der Einsendung der Versicherungssumme an das competente Gericht das Festhalten an dem bezeichneten Grundsatze im Interesse des Immobiliarcredits ganz besonders geboten erscheint, weil die Hypothekengläubiger, bzw. die Gläubiger überhaupt, nicht (wie im Concursverfahren) öffentlich aufgerufen werden und daher wegen Unkenntniß der Sachlage garnicht die Möglichkeit haben, ihre gefährdeten Rechte selbst zu schützen."

1283. Ueber das Privilegium des Pfandrechts wegen in rem versio an Mobilien.

Wegen einer urtheilsmäßigen Kaufschillingsforderung des R. an den Kaufmann L. war des letzteren Waarenlager versteigert und der Erlös beim Vogteigerichte eingezahlt worden. Da intervenirte K. und nahm wegen seiner mit einem älteren Generalpfandrechte versehenen Darlehensforderung die vorzugsweise Befriedigung vor R. in Anspruch. R. berief sich darauf, daß seine Kaufschillingsforderung gerade aus dem Verkauf des versteigerten Waarenlagers an L. herrühre, und bezeichnete eventuell die Darlehnsforderung des Intervenienten K. als simulirt. Das Vogteigericht erkannte am 8. December 1884 sub № 314 auf den Beweis der Simulationseinrede; in zweiter Instanz wurde dagegen dieser Beweis für überflüssig erachtet und schlechthin das Vorzugsrecht der Forderung des Querulanten R. vor der Darlehensforderung des Intervenienten K. anerkannt. Die Gründe des betreffenden Querelbescheides vom 13. März 1885, № 2005 lauten:

„Gemeinrechtlich ist darüber gestritten worden, ob das Pfandprivilegium wegen in rem versio auch Platz greife, wenn beim Verkauf einer Sache der Verkäufer den Kaufpreis ganz oder theilweise creditirt und sich wegen seiner Forderung ein Pfandrecht am verkauften Gute vorbehalten habe. Die Controverse hat gegenwärtig in Doctrin und Praxis als im bejahenden Sinne entschieden zu gelten (vgl. Arndts, § 385 Not. 2. Puchta, § 211. Vangerow I, § 386 Anm. 1, Pkt. 3 a. E. Windscheid I, § 246 Not. 6 sub 1. Seufferts Archiv VIII, 114. XVI, 108).

Für das Gebiet des Rigaschen Stadtrechts kann diese Controverse garnicht aufgeworfen werden, weil im Tit. X des III. Buchs sub 11 „diejenigen, so ihr Gut mit ausdrücklichem Vorbehalt des Unterpfandes in demselben bis zur völligen Zahlung verkaufet" — als den Pfandgläubigern, und zwar auch den öffentlichen Pfandgläubigern, im Range vorgehend aufgeführt werden. Daß diese unzweideutige Vorschrift auch gegenwärtig noch zu Recht besteht ist nicht zu bezweifeln, da der III. Theil des Prov.-Rechts bezüglich der privilegirten Hypotheken in der Anmerkung zum Art.

1612 auf die Concursordnung verweist und der Tit. X a. a. O. für das Stadtrecht eben die entsprechenden Regeln enthält (vgl. Zwingmann Band II, № 279). Der Art. 1612 bringt aber in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte den Satz: „sicut priores tempore, ita potiores jure" (l. 4 Cod. VIII, 18 qui potiores) zur Geltung nur bei im Uebrigen gleicher Beschaffenheit der Pfandrechte, während dem speciell privilegirten jüngeren Pfandrechte das nicht privilegirte ältere Pfandrecht nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes nachzustehen hat. Das Pfandprivilegium aus dem Pkt. 11 Tit. X a. a. O. setzt freilich voraus, daß beim Verkaufe das Pfandrecht durch den ausdrücklichen Vorbehalt*) des Käufers — bereits entstanden sei, hierauf greift indessen das Vogteigericht im vorliegenden Falle nicht und nach dem Inhalte der vom Querulanten beigebrachten Urkunde wird man — zumal Querulat in dieser Richtung keinerlei Einsprache erhoben hat — unbedingt annehmen müssen, daß in derselben, soweit die verkauften Gegenstände in Frage kommen, nur ein beim Verkauf bereits vorbehaltenes Pfandrecht förmliche Anerkennung seitens des Käufers gefunden hat. Ebensowenig kann für unser Recht bezweifelt werden — (gemeinrechtlich ist auch hierüber gestritten worden vgl. Vangerow a. a. O.), daß das Pfandprivilegium sich gleichmäßig auf Mobilien, wie auf Immobilien beziehe, denn der Pkt. 10 und darnach der Pkt. 15 des Tit. X sprechen von dem zur „Erkaufung" oder „Reparirung eines Hauses" gegebenen Gelde, während im Punkt 11 im Gegensatze hierzu bei Erwähnung des vom Käufer vorbehaltenen Pfandrechts der allgemeine, Mobilien und Immobilien umfassende Ausdruck „Guth" (vgl. auch Pkt. 14) gebraucht wird.

Das Vogteigericht will auch die Geltung des Punktes 11 a. a. O. für das Mobiliarpfandrecht nicht beseitigen, kommt jedoch zu dem Schlusse: es sei richtiger das daselbst fixirte Privilegium, „nur auf den Fall zu beschränken, wo mehrere gleichaltrige Pfandrechte mit einander concurriren." Dieser Satz wird auf die folgenden rechtlichen bzw. praktischen Erwägungen gestützt: nachdem

*) Diese Voraussetzung des Pfandprivilegiums ist anerkannt in den Locationsurtheilen der II. Section des Landvogteigerichts vom 18. März 1881, № 51 und vom 30. April 1880, № 121.

der Schuldner einmal sein gesammmtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verpfändet habe, dürfe er an zu diesem Vermögen gehörenden Objecten, auch wenn sie erst später hinzugekommen seien, dritten Personen irgend welche Rechte und Privilegien nur noch insoweit einräumen, als dadurch die bereits erworbenen Rechte des ersten Pfandgläubigers nicht berührt würden. Bei einer anderen Auffassung würde die Bedeutung und Sicherheit einer Generalhypothek vollkommen illusorisch werden, denn der Schuldner könnte ja jeder Zeit die erste von ihm ausgestellte Generalpfandobligation durch eine spätere, eventuell zu fingirende, Kaufschilligsrestobligation hinfällig machen, ohne daß bei der mangelnden Oeffentlichkeit des Verfahrens dem Gläubiger die Möglichkeit bliebe, sich in gleicher Weise wie gegen Aufnahme von ingrossirten Hypotheken durch eigene Wachsamkeit zu schützen.

Dieser Deduction kann nirgend beigetreten werden. Bei der oben berührten gemeinrechtlichen Controverse hat es sich namentlich auch gehandelt um den Zeitpunkt der Entstehung des von dem Verkäufer vorbehaltenen Pfandrechts; man hat operirt mit dem bedingten Verkaufe, bzw. mit der Analogie des Retentionsrechts gegenüber dem römischrechtlichen Grundsatze, daß der Verkäufer an der verkauften Sache Pfandrecht erst nach Uebergang des Eigenthums auf den Käufer gewinnen könne (vgl. Seufferts Archiv XXI, 108); nach diesem Grundsatze würde der ältere Generalpfandgläubiger mit dem Augenblicke des Eigenthumsüberganges auf den Schuldner auch ein gemäß Art. 1382 des III. Thls. des Prov.-Rechts auf den Bestellungstag zurückzubeziehendes, also älteres Pfandrecht an der gekauften Sache erlangen. Allein trotz dieser, gegenwärtig auch vom Vogteigericht betonten Bedenken haben, wie erwähnt, Theorie und Praxis sich *für* die Anerkennung des Privilegiums des Kaufschillingspfandrechts entschieden und die Beseitigung dieser Bedenken wird gerade bezweckt durch den speciellen P. 11 Tit. X a. a. O., welcher gestellt ist neben den, das allgemeine Privilegium wegen in rem versio bei Immobilienbehandelnden P. 10. Die vom Vogteigerichte vorgeschlagene Einschränkung des Privilegiums auf den Fall der Collision gleichalteriger Pfandrechte findet im gemeinen Rechte keine Stütze; sie steht ferner in directem Widerspruche zum Art. 1612 des III. Thls des Prov.-Rechts, wel-

cher allgemein beim Mangel eines Pfandrechtprivilegiums die Altersprioriät und nicht umgekehrt nur bei mangelndem Altersvorzuge das Privilegium entscheiden läßt; sie würde endlich im Effect das Privilegium aus dem P. 11 Tit. X a. a. O. ganz aufheben. Denn der Vorzug entsteht und wird wirksam durch den Vorbehalt einerseits und den Eigenthumserwerb andererseits, der Eigenthumserwerb bestimmt sich bei Stundung des Kaufpreises durch den Moment der Tradition (vgl. Art. 800 a. a. O.), gleichalterig könnte also bei formeller Construction nur ein im selben Momente, d. h. in Gegenwart des tradirenden Verkäufers, bestelltes Pfandrecht genannt werden und bei derart gleichzeitiger Pfandbestellung bedürfte es eines gesetzlichen Vorzugsrechts nicht, weil der tradirende Verkäufer eben nur im Falle ausdrücklicher Anerkennung seines Vorzugsrechts seitens des anderen Pfandgläubigers den Verkauf vollziehen bzw. Stundung gewähren würde. — Die Rechte des älteren (General-)Pfandgläubigers werden durch Anerkennung dieses Privilegiums in Wahrheit auch nicht geschädigt. Der Vorzug soll eben nur gelten für die verkauften Sachen, welche sonst garnicht in des Schuldners Vermögen gelangt wären; es greift der die ganze Lehre vom Pfandprivilegium wegen in rem versio beherrschende Satz durch: hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam (l. 6 Dig. qui potiores XX, 4 vgl. auch Kupffer, in der Dorp. Zeitschr. f. Rechtsw. Jahrgang V, Heft 1 S. 48 ff.)

Vollends unzutreffend sind die praktischen Bedenken, welche das Vogteigericht zur restrictiven Interpretation des Pkt. 11. Tit. 10 a. a. O. geführt haben. Durch spätere Simulation einer Kaufschillingsrückstandsobligation kann der ältere Generalpfandgläubiger durchaus nicht schlechthin beeinträchtigt werden, weil das Privilegium nur existent wird, wenn zur Zeit des Verkaufes der Vorbehalt gemacht wurde. Der dem Generalpfandgläubiger entgegentretende Gläubiger wird in Folge dessen, unabhängig von der Beitreibung der Obligation, noch besonders zu beweisen haben, daß die streitigen Gegenstände in der That durch Verkauf vom concurrirenden Gläubiger auf den gemeinsamen Schuldner übergegangen seien; dies aber hat im vorliegenden Falle als stillschweigend zugestanden zu gelten. Der Hinweis des Untergerichts auf die Oeffentlichkeit des Verfahrens beim Immobiliarpfandrecht trifft nach der Sachlage den Streit-

punkt garnicht. Die Rücksicht auf Sicherung des Mobiliarcredits (beim Mangel öffentlicher Mobiliarhypotheken) erheischt aber geradezu die Bevorzugung des vom Verkäufer vorbehaltenen Pfandrechts und Querulant weist mit Recht darauf hin, daß größere Unzuträglichkeiten, als die vom Vogteigericht hervorgehobenen, entstehen würden, wenn die Existenz einer Generalhypothek für alle Zeit dem späteren Verkäufer von Mobilien an den Schuldner die Möglichkeit nehmen würde, durch ein wirksames Pfandrecht an den verkauften Objecten die Kaufpreisrestforderung zu sichern."

1284. a. Beweislast bezüglich der Altespriorität bei der Collision von Hypotheken.

b. Das nicht beglaubigte Datum einer Pfandverschreibung hat gegen Dritte keine Beweiskraft.

Zur Concursmasse des Kaufmanns L. waren unter anderem angemeldet:

1) von der Compagnie commercielle Française eine Schuld- und Pfandverschreibung, datirt vom 2. October 1882, notariell beglaubigt am selben Tage;

2) von der Commerzbank eine Schuld- und Pfandverschreibung datirt vom 1. October und notariell beglaubigt am 4. Oktober 1882;

3) von N. eine Schuld- und Pfandverschreibung datirt vom 1. October und notariell beglaubigt am 5. October 1882.

Die Concurscuratoren behaupteten, daß nach ihren Erhebungen, die Pfandverschreibung sub 3) erst am 3. oder 4. October, diejenige sub 2) aber erst am 4. oder 5. October thatsächlich ausgestellt worden sei, und beantragten bei dem Concursgerichte, zu constatiren, daß die Obligationen sub 2) und 3) nicht am 1. October ausgestellt seien und daß als Zeitpunkt der Ausstellung in Ermangelung anderweitigen Nachweises der Tag der Beglaubigung zu gelten habe.

Das Vogteigericht legte mittelst Bescheides vom 22. September 1884, № 234 den Gläubigern sub 2) und 3) den Beweis auf, daß die von ihnen angemeldeten Obligationen vor dem 4. bzw. 5. October vom Cridar B. ertheilt seien, indem es davon ausging, daß das nicht beglaubigte Datum in den Obligationen die behaup-

tete Priorität gegenüber den concurrirenden Pfandgläubigern nicht beweise. Auf die von jenen erhobene Querel wies der Rath durch Querelbescheid vom 7. November 1884, № 7678 den Antrag der Curatoren wegen mangelnder Sachlegitimation zwar zurück, trat aber im Uebrigen der Rechtsauffassung der Vorinstanz bei. Gründe:

„Wenn es sich um einen Prioritätsstreit zwischen Pfandgläubigern handelte, so wäre die Beweispflicht allerdings so zu vertheilen, wie es der angefochtene Bescheid gethan hat. Denn einerseits ist für die Vertheilung der Beweislast der Grundsatz maßgebend, daß jede Partei diejenigen Thatsachen zu beweisen hat, welche sie behaupten muß, damit der von ihr durch Klage oder Einrede verfolgte Anspruch rechtlich begründet erscheine. Da nun derjenige Pfandgläubiger, welcher in Concurrenz mit anderen ein Vorzugsrecht für seine Forderung auf Grund des älteren Datums der Entstehung gemäß Art. 1612 des Privatrechts bzw. Pkt. 12 oder 13 der Rigaschen Stadtrechte Lib. III Tit. X beansprucht, nothwendig zur rechtlichen Begründung dieses Verlangens angeben muß, wann und auf Grund welcher Thatsachen sein Pfandrecht zur Entstehung gelangt ist, so trifft ihn auch bei obwaltendem Streite über die Entstehungszeit die Beweislast.

Andererseits ist es ein in der Theorie, wie in der Praxis anerkannter Rechtssatz, daß die Pfandverschreibung als dispositive Urkunde wohl die Disposition — das ist die Pfandbestellung — gegen Jedermann beweist, nicht aber auch die Zeit derselben; daß letztere vielmehr nicht einen Bestandtheil der Disposition, sondern eine selbständige Angabe enthält, welche den gewöhnlichen Beweisregeln unterliegt und deshalb, wo für sie nicht ein besonderes Amtszeugniß vorliegt, gegenüber dritten Personen garnichts beweist.

(Wetzell, System § 24. Note 8. Renaud, Civilproceß, § 121 Note 6. Bayer, Vorträge, S. 847. Schmid, Handbuch II, § 143 Seite 273. Seuffert's Archiv XXI, 86. XXIX, 182. XXXII, 195.

Allein den Querulanten steht als Proceßpartei nicht ein concurrirender Pfandgläubiger gegenüber, sondern die Concurscuratoren. Diese haben — wie in der Rechtsprechung gleichfalls feststeht, civilrechtl. Entscheid. V, № 872 — mit den Prioritäts-

streitigkeiten zwischen den einzelnen Gläubigern nichts zu schaffen, da sie kraft ihres Amtes nur die Interessen der Gläubiger gesammtheit gegen Dritte zu vertreten haben. Sie sind also auch zu dem von ihnen gestellten Antrage: festzustellen, daß die Obligationen der Querulanten nicht am 1. October 1882 ausgestellt seien, nicht legitimirt, weil diese Feststellung einzig der Regelung des Rangverhältnisses unter den Pfandgläubigern dienen soll, eine solche aber von den letzteren selbst im Prioritätsverfahren zum Austrage zu bringen ist."

1285. Das bewahrte Näherrecht fällt weg, wenn vor seiner thatsächlichen Ausübung der Verkauf rückgängig gemacht ist.

Bei der Versteigerung eines zu einer Concursmasse gehörigen Immobils hatte Supplicantin sich das Näherrecht an demselben bewahrt. Hinterher kamen der Concurscurator und der Meistbieter, welchem der Zuschlag ertheilt war, überein den Kauf rückgängig zu machen und das Immobil abermals zur Versteigerung zu bringen. Acht Tage später erklärte die Supplicantin, das bewahrte Näherrecht nunmehr ausüben zu wollen, wurde aber mit diesem Antrage in beiden Instanzen zurückgewiesen. In den Gründen der Resolution des Raths vom 13. August 1884, № 5551 heißt es:

„Supplicantin hat das Verfügen erster Instanz angefochten, weil die Contrahenten, nachdem der Retract angemeldet worden, auf Grund des Art. 1643 des III. Theils des Prov.-Rechts nichts vornehmen dürften wodurch das Näherrecht ausgeschlossen werden könnte, ihnen also auch nicht gestattet sei, den Veräußerungsvertrag wieder rückgängig zu machen. Zugleich führt Beschwerdeführerin aus, daß die vor Eröffnung der Licitation von ihr verlautbarte Bewahrung des Näherrechts die Wirkung nach sich ziehe, daß der durch den Zuschlag geschehene Zustand nicht mehr alterirt werden dürfe.

Die von der Beschwerdeführerin am 19. Juni c. vor Eröffnung der Licitation verlautbarte Bewahrung kann indessen weder als Anmeldung des Näherrechts, noch überhaupt als ein relevanter Act aufgefaßt werden. Das auf Gesetz oder Vertrag beruhende Näherrecht (wesentlich verschieden von dem bei nothwendigen Versteigerungen dem Schulder und dessen nächsten Erben im Art. 3965 des

III. Thls. des Prov.-Rechts offengelassenen Rechte, 6 Wochen nach erfolgtem Zuschlage das versteigerte Immobil gegen Erlegung der Meistbotsumme und der Kosten einzulösen) ist keineswegs, wie dieses Recht, davon abhängig, daß es in gleicher Weise bewahrt werde. Die Bewahrung des Näherrechts ist nur ausnahmsweise geboten, um der Annahme entgegenzutreten, daß der Berechtigte dem Näherrechte stillschweigend habe entsagen wollen. So insbesondere hat der mit dem Inhalte eines Veräußerungsvertrages bekannt gemachte und denselben als Zeuge unterschreibende Retractsberechtigte sich durch Bewahrung des Näherrechts dagegen zu schützen, daß nicht für ihn dieses Recht wegen anzunehmenden Verzichts erlösche (Art. 1646 a. a. O.). Im Uebrigen kann das Näherrecht angemeldet und ausgeübt werden, auch ohne vorher bewahrt zu sein, wofern die gesetzlichen Voraussetzungen begründet und nicht die gesetzlichen Einlösungsursachen eingetreten sind.

Was insbesondere die Anmeldung des Näherrechts, d. h. die auf Geltendmachung desselben gerichtete Willenskundgebung, betrifft, so kann sie früher nicht stattfinden, als bis das geltend zu machende Recht begründet ist. Begründet wird das Näherrecht aber erst durch Veräußerung eines Immobils, dessen Erwerber der Berechtigte zu verdrängen befugt ist, indem er die mit der Erwerbung des Immobils zusammenhängenden Verpflichtungen von sich aus erfüllt (Art. 1613 und 1623 a. a. O.) Zum Mindesten muß die Näherrechtsanmeldung die bestimmte Erklärung des Berechtigten, das Immobil für den durch einen abgeschlossenen Kauf festgestellten Kaufpreis erwerben zu wollen, enthalten. Ehe der Kauf abgeschlossen worden ist, kann ein Näherrecht nicht ausgeübt, also auch nicht angemeldet werden, daß jemand die Bedingungen der Ausübung zu erfüllen bereit sei.

Was ferner den Verlust des Näherrechts betrifft, so ist derselbe, wie bereits bemerkt worden ist, keineswegs schon Folge einer unterlassenen Bewahrung dieses Rechts; vielmehr ist diese Bewahrung beim Näherrechte in der Regel ganz unerheblich; dagegen soll nach Art. 1642 und 1643 das Näherrecht erlöschen, wenn die Contrahenten den Veräußerungsvertrag, welcher das Näherrecht erzeugt, wieder aufheben, es sei denn daß das Näherrecht bereits angemeldet worden wäre, denn in diesem Falle dürfen die Contrahenten

nichts vornehmen, wodurch das Näherrecht ausgeschlossen werden könnte.

Wenn nun Beschwerdeführerin den Willen, das qu. Immobil für 3100 Rbl. zu erwerben, erst declarirt hat, nachdem bereits der am 17. Juni 1884 vollzogene Verkauf aufgehoben war; wenn ferner die vor Veräußerung des qu. Immobils von der Impetrantin verlautbarte Bewahrung für eine Anmeldung des Näherrechts nicht erachtet werden kann, mithin die Voraussetzung, unter welcher die Regel, daß durch Aufhebung des Veräußerungsvertrages auch das dadurch erzeugte Näherrecht aufgehoben werden kann, eine Ausnahme erleidet, in casu nicht begründet ist, so hat die Beschwerde der Supplicantin über Zurückweisung ihres auf Geltendmachung des Näherrechts erhobenen Antrages vom 27. Juli 1884 verworfen werden müssen."

1286. Das Näherrecht des Miteigenthümers findet einem anderen Miteigenthümer gegenüber nicht statt.

Iwan K. war mit zwei Brüdern Miteigenthümer eines Immobils und hatte darauf das Drittheil des einen Bruders käuflich an sich gebracht, während der Antheil des anderen Bruders Alexei zu $^1/_6$ auf dessen Tochter und zu $^1/_6$ auf seine Enkel im Wege der Erbfolge übergegangen war. Die Tochter Anna P. verkaufte das ihr zustehende $^1/_6$ ebenfalls dem Iwan K. Gegen den Auftrag dieses $^1/_6$ protestirten die Enkel des Alexei K. und machten klagend an dem verkauften Sechstheil der Anna P. die Erblosung geltend, wogegen Beklagter sich auf das Näherrecht des Miteigenthümers berief und dessen Vorzug vor dem verwandschaftlichen Retract der Kläger nach Art. 1685 des Privatrechts behauptete.

In dem Erkenntnisse der II. Section des Landvogteigerichts vom 25. Januar 1883, № 16 wurde darüber bemerkt:

„Kläger halten dem Beklagten zunächst entgegen, daß von einem ihm zustehenden Näherrecht garnicht die Rede sein kann, weil er nicht Retrahent und Retract in einer Person sein könne. Wenn Kläger hierdurch dem Gedanken habe Ausdruck geben wollen, daß ein Näherrechtsbeklagter auf das ihm gesetzlich zustehende Näherrecht sich überhaupt nicht berufen kann, so kann diese Anschauung

nicht gebilligt werden, weil ein Retractsbeklagter dem Retrahenten gegenüber auch einredeweise das ihm etwa zustehende stärkere Näherrecht zur Geltung bringen kann.

Dennoch sind die Ausführungen des Beklagten zu verwerfen, weil die Voraussetzungen des von ihm geltend gemachten Näherrechts des Miteigenthümers im Fragefalle überhaupt garnicht zutreffen. Nach Art. 1677 und 939 a. a. O. kann das Näherrecht des Miteigenthümers nur dann in Frage kommen, wenn ein Miteigenthümer seinen Antheil an einem Immobil oder Schiffe einem Dritten verkauft, welcher, weder Miteigenthümer, noch aus einem besonderen Rechtsgrunde bevorzugt ist. Da aber Beklagter als Käufer, Miteigenthümer des Grundstücks war, so kann er auch den Klägern daraus keinen Vorwurf machen bzw. es ihnen nicht als Unterlassung anrechnen, wenn sie sich des Näherrechts des Miteigenthümers nicht bedient haben. Aus ganz demselben Grunde kann sich auch Beklagter den gegenwärtig retrahirenden Klägern gegenüber nicht auf sein Näherrecht des „Miteigenthümers" einredeweise berufen; denn das Näherrecht des Miteigenthümers ist nach den angezogenen Gesetzesstellen nur solchen Personen gegenüber wirksam, welche nicht auch selbst Miteigenthümer sind*). Die Kläger haben aber diese Eigenschaft um die Zeit des Kaufes gehabt und haben dieselbe auch dadurch nicht eingebüßt, daß sie sich dem Beklagten gegenüber nur der Erblosung haben bedienen können. Wenn nun aber das auf das Miteigenthum gegründete Näherrecht weder von den Klägern klageweise, noch auch von dem Beklagten einredeweise hat geltend gemacht werden können, so folgt hieraus, daß von einer Collision der Erblosung mit dem Näherrecht des Miteigenthümers garnicht die Rede sein kann."

1287. Legitimation der beerbten Wittwe zur Vertretung des in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögens in Rechtsstreitigkeiten mit dritten Personen).**

I. „Wie das Immobil vor dessen Veräußerung an den Beklagten zu der zwischen der Klägerin und ihren Kindern fortgesetz-

*) Vgl. Band V, № 718, Seite 55.
**) Vgl. Band IV, № 523.

ten Gütergemeinschaft gehört hat, so muß auch der Antheil dieses Immobils am Tilgungsfonds des Hypothekenvereins, welchen Antheil Klägerin gegenwärtig vom Beklagten ausgekehrt verlangt, als zur gemeinsamen Gütermasse gehörig bezeichnet werden. Nach Art 1825 und 286 des Privatrechts und im Hinblick darauf, daß die obenbezeichneten Rathsfreunde der Klägerin zugleich zu Vormündern bestellt worden sind und demnach der Klägerin das Recht der Vormundschaft über ihre Kinder waisengerichtlich eingeräumt worden ist, steht mithin der Klägerin (und zwar ohne Rücksicht darauf, daß ihr ältester Sohn M. E. bereits volljährig ist nicht nur der Nießbrauch, sondern auch die Verwaltung des gesammten in der Gütergemeinschaft befindlichen Vermögens zu. Aus diesem Grunde erscheint die Klägerin zweifellos berechtigt, die Auskehrung des geklagten Tilgungsfondsantheiles, falls die gemeinsamen Verkäufer einen solchen überhaupt zu beanspruchen haben, in ihrem eigenen Namen zu fordern, denselben in Empfang zu nehmen und ohne Rechenschaftsablegung beliebig zu verwenden (Art. 286). Die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache ist daher nicht berechtigt oder doch diese von ihm gebrauchte Bezeichnung unrichtig gewählt.

Wenn aber auch Klägerin zur Sache legitimirt erscheint, so folgt hieraus noch nicht, daß sie allein die Proceßführung übernehmen kann.

Da im vorliegenden Falle, obgleich der Klägerin die Verwaltung des gesammten Vermögens gebührt, immerhin auch das Interesse Unmündiger in Frage steht, so kann der Klägerin allein die Proceßführung nicht überlassen werden und zwar umsoweniger, als auch der Art. 286 des Privatrechts für alle wichtigeren Angelegenheiten die Mitwirkung eines Beiraths zur Vorschrift macht. Demnach ist die vom Beklagten vorgebrachte Einrede der fehlenden Activlegitimation zwar zu verwerfen, dennoch aber der Klägerin allein das Recht zur Proceßführung nicht zuzugestehen und dem von ihr anhängig gemachten Rechtsstreite nicht früher Fortgang zu geben, als bis ein klägerischer Beirath die Proceßhandlungen der Klägerin gebilligt haben wird."

(Rechtskräftiger Bescheid der II. Section des Landvogteigerichts vom 21. September 1883, № 212.)

II. „Kläger hat auf Grund zweier von Jacob H. ausgestellten Wechsel von der Beklagten als Repräsentantin der Erben und Miterbin ihres inzwischen verstorbenen Ehemannes Jacob H. die Wechselbeträge sammt Renten und Kosten beansprucht . . .

Aus einem Wechsel entstehen wechselrechtliche Verbindlichkeiten für eine Person nur soweit, als sich ein Schuldnexus derselben aus der Wechselurkunde ergiebt. Solches ist nun bezüglich der Erben eines Wechselschuldners an sich nicht der Fall. Demnach haften dieselben für die Wechselschulden ihres Erblassers nicht solidarisch, sondern nur pro rata ihrer Erbportion. Hieraus folgt, daß Beklagte als angebliche Miterbin an dem Nachlaß ihres verstorbenen Ehemannes nicht auf den ganzen Wechselbetrag belangt werden kann. Einen aliquoten Theil derselben hat Kläger aber von ihr nicht beansprucht, noch angegeben, zu welchem Theile sie an dem Nachlasse participirt. Ebensowenig kann sie aber als Repräsentantin des gesammten Nachlasses in der erfolgten Art in Anspruch genommen werden. Unstreitig ist sie mit minderjährigen Kindern hinterblieben. Nach Art. 286 des Prov.-Rechts Thl. III steht ihr als überlebender Mutter somit zwar die Erziehung der Kinder zu, deren Vertretung und die Verwaltung ihres Vermögens jedoch gebührt ihr nur dann, wenn sie vom Vater mittelst letztwilliger Verfügung zur Vormünderin eingesetzt, oder vom Waisengerichte als solche ausdrücklich bestellt worden ist. In solchem Falle sind ihr noch zwei Beiräthe beizuordnen. Die Annahme, daß es sich hier nur um das Peculium der Kinder, nicht aber auch um den ideellen Antheil an dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befangenen Vermögen handelt, ist durch die Anmerkung zum Art. 1825 a. a. O. ausgeschlossen. Der Art. 1825 a. a. O. setzt im Allgemeinen die Befugnisse, welche dem überlebenden parens an diesem Vermögen zustehen, fest, verweist aber in der Anmerkung hinsichtlich der näheren Bestimmungen auf den Art. 286 a. a. O. Somit kann die mit unmündigen Kindern hinterbliebene Wittwe ohne weiteres weder für diese die Erbschaft vertreten, noch deren ideelle Antheile an dem Nachlasse den Gläubigern gegenüber vertreten. Demnach ist auch aus diesem Grunde die wider die Beklagte verlautbarte Klage rechtlich nicht genügend begründet." (Rechskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 16. Februar 1883, № 49).

1288. a. Die Ehefrau kann nach livländischem Stadtrecht über das in der Gütergemeinschaft befindliche Vermögen überhaupt nicht und über ihr Sondergut nur mit Zuziehung des Ehemannes letztwillig verfügen.

b. Die Ehefrau kann Vormünder für ihre Kinder regelmäßig erst für den Fall des Todes des Mannes ernennen.

„Das Testament der Katharine R. geb. W. ist zunächst formell nichtig, denn nach Rig. Stadtrecht darf eine Ehefrau nur mit Beirath und Einwilligung ihres Ehemannes über ihr Vermögen auf den Todesfall verfügen. Ist der Ehemann ihr in solcher Verfügung aus Eigennutz hinderlich, so ist ihr gestattet, dagegen die Hilfe des Richters in Anspruch zu nehmen (Prov.-Rechts Thl. III, Art. 1991). Eine solche richterliche Anrufung bzw. die Bestellung eines Beirathes ad hoc (Art. 30) hat hier nicht stattgefunden und es fehlt die Angabe von Gründen, welche dieselbe hätten rechtfertigen können (vergl. Zwingmann Bd. V, № 748).

Aber auch dem Inhalte nach entbehrt die letztwillige Verfügung der Katharine R. jeder Giltigkeit.

Aus der Verbindung des Art. 1991 mit den zu demselben bezogenen Art. 29 und 30 ergiebt sich, daß während bestehender Ehe die, in stadtrechtlicher Gütergemeinschaft lebende, Ehefrau überhaupt nur über ihr Sondergut, dagegen — abgesehen von dem reciproken Testamente — garnicht über das in der Gütergemeinschaft befangene Vermögen testamentarisch verfügen darf; wie solches auch aus dem als Quelle zum Art. 1991 bezogenen Art. 1 Tit. XVI. Lib. III. der Stadtrechte zu folgern ist. Das Vermögen, über welches vorliegenden Falles testirt worden ist, qualificirt sich nun keineswegs als Sondergut der Ehefrau, denn, wenn diese im Testamente anführt, ihr Vermögen sei theils von ihr selbst erworben und erspart worden, zum größeren Theile aber aus dem Nachlasse ihrer verstorbenen Eltern, deren einzige Erbin sie geworden sei, ihr zugefallen —, so ist damit keinerlei Anhaltspunkt gegeben für die Annahme, daß dieses Vermögen, oder auch nur ein Theil desselben nicht zur Gütergemeinschaftsmasse gehört habe (vergl. Prov.-Recht Thl. III, Art. 80 und 27). — Ohnehin würde es dem, das eheliche

Güterrecht in den livländischen Städten beherrschenden, Princip der ehemännlichen Mundialgewalt widersprechen, wenn man der Ehefrau für den Todesfall ein Verfügungsrecht zusprechen wollte, welches ihr unter Lebenden gänzlich entzogen ist und jedenfalls bis zum Eintritt ihres Todes durch eine entgegenstehende Disposition des Ehemannes schlechthin illusorisch gemacht werden könnte (vgl. Art. 84, 85, 86, 115 bzw. Art. 1993). Die von der Enterbung der Ehegatten handelnden Art. 2022 und 2023 beziehen sich daher ihrem ausdrücklichen Wortlaute nach nicht auf das livländische Stadtrecht und könnten auch inhaltlich nicht für Dispositionen auf den Todesfall über das Gütergemeinschaftsvermögen Bedeutung haben („Erbrechte" aus dem Vermögen des anderen „Ehegatten").

Aus diesen Gründen fällt die zu Ungunsten des erbberechtigten Ehemannes erfolgte Institution der Tochter der Erblasserin zur alleinigen Erbin fort.

Es kann sich somit nur noch fragen, ob etwa die im Testament enthaltene Vormundschaftsbestellung Giltigkeit hat mit Rücksicht auf den Art. 291, welcher festsetzt, daß auch die in einem nichtigen Testament bestellte Vormundschaft bei Kraft zu erhalten sei. — Dies ist jedoch ebenfalls zu verneinen und zwar aus doppeltem Grunde.

Einmal dürfen nämlich bei der Errrichtung eines mündlichen Testaments — und ein solches liegt hier vor — nach livländischem Stadtrecht die Zeugen sich nicht zu Vormündern verordnen lassen (Art. 2053); die Testatrix hat aber gerade die Testamentszeugen F. und W. zu Vormündern der unmündigen Erbin eingesetzt; sodann gebührt nach dem Tode der Mutter, dem Vater von Rechtswegen die Vormundschaft (Art. 276 a. a. O.) und die Mutter ist nicht in der Lage, dieses aus seiner elterlichen Gewalt über das Kind fließende Recht des Vaters durch eine letztwillige Verfügung zu beeinträchtigen, zumal ihr in dieser Beziehung nicht die gleiche gesetzliche Befugniß zusteht, wie dem Ehemanne (vgl. Art. 273, 286). Der Art. 290, welcher ausdrücklich beiden Eltern das Recht giebt, mittels Testaments ihren Kindern Vormünder zu ernennen, erleidet somit eine Einschränkung dahin, daß die Mutter eine giltige Vormundschaftbestellung nur für den Fall des Todes auch des Vaters des Pupillen und nicht gegen den vom Vater etwa testa-

mentarisch ausgesprochenen Willen letztwillig vornehmen darf (vgl. Art. 280, 286). Die Frage ob, rücksichtlich des vererbten Sondergutes eine specielle Vormundschaft von der Mutter beliebig angeordnet werden könne, ist an dieser Stelle nicht zu erörtern. —" (Erkenntniß des Raths vom 20. Januar 1884, № 571).

1289. Ueber das im Art. 2703 des Privatrechts erwähnte Näherrecht.

I. Martin A. war mit Hinterlassung eines auf seinen Namen in den Grundbüchern noch nicht verzeichneten Immobils verstorben. Behufs Theilung des Nachlasses zwischen seiner kinderlosen Wittwe und seinen Blutsverwandten wurde das Immobil versteigert und für 1520 Rbl. dem B. vom Waisengerichte zugeschlagen. Darnach machte die Wittwe das, von ihr im Versteigerungstermine bewahrte, Näherrecht geltend und in dem zwischen ihr und dem Meistbieter B. ausgebrochenen Rechtsstreite erging von dem Rathe am 7. März 1884 sub № 1707 folgender Querelbescheid:

„Wenn die Ansicht des Querulanten B., daß unter der Bezeichnung „Näherrecht" im Art. 2703 einzig die Erblosung zu verstehen sei, richtig wäre, so müßte allerdings der Querulatin Marie A. das Recht abgesprochen werden, durch Verdrängung des Meistbieters das versteigerte Immobil für sich zu erwerben; denn nach Art. 1654 und 1661 a. a. O. steht die Erblosung nur den nächsten Blutsverwandten des bisherigen Eigenthümers zu, die Querulatin aber gehört weder zu den Blutsverwandten ihres verstorbenen Ehemannes, noch zu den Blutsverwandten der mit ihr concurrirenden Erben desselben. Es liegt aber durchaus kein zwingender Grund dafür vor, in dem in Frage kommenden Schlußpassus des Art. 2703

> „Ein Näherrecht steht dabei (d. h. bei der Versteigerung zur Ermittelung des wahren Werthes eines Immobils) den Erben oder einem derselben nur zu, wenn solches vor dem Ausbot ausdrücklich vorbehalten worden,"

die Anwendung dessen zu sehen, daß nur solche Erben, welchen die Erblosung zusteht, zur Ausübung des Näherrechts berechtigt sein sollen. Wollte man letzteres annehmen, so würde das im Art. 2703 erwähnte Näherrecht nur auf im Nachlasse vorgefundene Erbgüter (ererbte Immobilien) zu beschränken sein. Denn nach Art. 1656

des III. Thls. des Prov.-Rechts sind Gegenstand der Erblosung zunächst ererbte Immobilien (Erbgüter), wohlerworbene Immobilien; dagegen können nach livländischem Stadtrechte zufolge Art. 1658 a. a. O. nur wenn sie wegen Schulden des ersten Erwerbers öffentlich versteigert werden, von dessen Erben (mittelst der Erblosung) retrahirt werden, eine derartige Zwangsversteigerung ist aber im Art. 2703 garnicht vorgesehen. Andererseits ist das Näherrecht im Art. 2703 den Erben ganz uneingeschränkt, ohne Rücksicht auf eine besondere Qualification der Nachlaßimmobilien zugesprochen worden. Gegen die Annahme, daß der Art. 2703 nur die Erblosung behandelt, spricht auch der Umstand, daß es zur Ausübung der letzteren einer vorgängigen Rechtsbewahrung nicht bedarf; vielmehr ist bei der Versteigerung von Immobilien regelmäßig nur die Ausübung des Wiedereinlösungsrechts von der vorgängigen Bewahrung desselben abhängig.

Und in der That läßt sich das im Art. 2703 des III. Thls. des Prov.-Rechts erwähnte Näherrecht juristisch nur so construiren, daß es zum Theil ein wirkliches dingliches Näherrecht, zum anderen Theil aber ein Wiedereinlösungsrecht ist. Zu den verschiedenen Arten des Eigenthumserwerbes gehört auch die Erbfolge (vgl. Art. 869 und 1693 des III. Thls. des Prov.-Rechts). Sind mehrere zur Erbfolge berufen, so treten dieselben durch Annahme der Erbschaft (vgl. Art. 2622 a. a. O.) in eine Rechtsgemeinschaft, welche in der Regel für sie ein Stückeigenthum an den Nachlaßobjecten begründet und bei welcher, ebenso wie beim Miteigenthum jeder Einzelne zwar nicht über seines Miterben ideellen Theil, wohl aber über den eigenen Antheil frei zu verfügen befugt ist (vgl. Art. 2681 und 938 ibid.) Kommt es zur Erbtheilung, so hat nach Art. 2699 ebendaselbst der Richter ganz folgerecht sich im Allgemeinen nach der Regel über die Theilung des Miteigenthums (mit Berücksichtigung der speciellen Vorschriften über die Erbtheilung) zu richten. Wenn nun die Miterben übereinkommen, zur Ermittelung des wahren Werthes ein zu theilendes Immobil zum öffentlichen Meistbot zu stellen, so hat man sich diese Disposition so zu denken, daß jeder einzelne Erbe seinen Antheil am Immobil zu versteigern beabsichtigt. Diesen seinen Antheil kann der Einzelne nach erfolgter Versteigerung reluiren, denn er fordert nur dasjenige zurück, was ihm bereits vor dem Meistbot gehörte; die Antheile der etwaigen Miterben kann

er aber, wenn er nicht selbst Meistbieter geworden ist, der Natur der Sache nach durch Ausübung des Näherrechts erwerben, denn das Näherrecht besteht ja nach Art. 1613 ibid. in der Befugniß, ein von einem Dritten veräußertes Immobil dadurch zu acquiriren, daß man, vermöge eines Vorzugsrechts vor dem Erwerber, diesen verdrängt und in dessen Recht eintritt. Der Retract, dessen sich hierbei der Miterbe bedient, kann aber nach obiger Auseinandersetzung nur als ein Näherrecht auf Grund des Miteigenthums (vgl. Art 1677 a. a. O.) juristisch construirt werden. Was nun das Recht des überlebenden Ehegatten an dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten anlangt, so stellt das provinzielle Privatrecht im Art. 1707 die allgemeine Regel auf, daß es ein wirkliches Erbfolgerecht ist und daß der überlebende Ehegatte stets mit den auf Grund der Blutsverwandschaft zur Erbschaft berufenen Personen concurrirt. Nach der einschlägigen speciellen Bestimmung des livl. Stadtrechts im Art. 1819 a. a. O. erhält aber bei der Theilung des, während der Ehe, in der Gütergemeinschaft begriffen gewesenen Vermögens die unbeerbte Wittwe die Hälfte, während die andere Hälfte den nächsten Blutsverwandten des verstorbenen Ehemannes gebührt. Bis zur erfolgten Theilung aber ist die durch den Antritt der Erbschaft seitens der unbeerbten Wittwe und der nächsten Blutsverwandten ihres Ehemannes bewirkte Rechtsgemeinschaft keine fortgesetzte Gütergemeinschaft, sondern das zwischen Miterben überhaupt bestehende Rechtsverhältniß (vgl. civilrechtl. Entsch. VI, S. 98). Hieraus folgt, daß auch die unbeerbte Witte ihren ideellen Antheil an dem, während bestehender Ehe in der Gütergemeinschaft befangen gewesenen Immobil, nachdem dasselbe behufs der Erbtheilung versteigert worden, zu reluiren, die anderen auf ihre Miterben entfallenden Antheile aber vermöge des dem Miteigenthümer zustehenden Näherrechts zu retrahiren vermag, wofern nur die Vorschrift des Art. 2703 a. a. O. eingehalten und das Einlösungs- und Näherrecht, welche beide daselbst offenbar zur Vereinfachung der Sache unter der Bezeichnung „Näherrecht" zusammengefaßt werden, vor dem Ausbot ausdrücklich bewahrt worden ist.

Da es sich im vorliegenden Falle um ein zu Lebzeiten des rubr. Erblassers — wie der Unterrichter festgestellt hat — in der Gütergemeinschaft befangen gewesenes, behufs der Erbtheilung ver-

steigertes Immobil handelt, da ferner die Querulatin als unbeerbte Wittwe des Erblassers vor der Versteigerung ausdrücklich sich das Einlösungs- und Näherrecht bewahrt hat, so kann es nach Obigem keinem Zweifel unterliegen, daß sie zur Ausübung dieses Rechts auch gesetzlich befugt ist."

II. In dem App.-Erk. des Raths vom 23. März 1883, № 2059 wurde bemerkt:

„Auf die von dem Untergerichte und von der Appellantin verschieden beantwortete Frage, ob das im Art. 2703 den Erben gewährleistete Recht seiner Natur nach als ein Einlösungsrecht oder als ein Näherrecht aufzufassen sei, oder ob dieses Recht zum Theil ein Einlösungsrecht, zum Theil ein Näherrecht in sich schließe, braucht garnicht eingegangen zu werden, weil diese Frage für die Entscheidung des Streites nicht das geringste praktische Interesse bietet. Nach dem klaren Wortlaut des Art. 2703 muß das den Erben zustehende Erwerbungs- oder Wiedererlangungsrecht unter allen Umständen vor dem Ausbot vorbehalten werden, man mag dasselbe als Näherrecht oder als Einlösungsrecht oder als eine Combination beider Rechte aufzufassen geneigt sein. Die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Ausübung der Näherrechte (Art. 1613 ff.), welche einen Vorbehalt nicht vorschreiben, können hier nicht maßgebend sein, weil der Art. 2703 für diesen speciellen Fall der Näherrechtsausübung den vorausgegangenen Vorbehalt zu einer unerläßlichen Voraussetzung macht. Der Zweck einer solchen Einschränkung dieses Näherrechts liegt klar zu Tage: es soll jede Unklarheit, welche Kaufliebhaber abschrecken oder auf die Meistbotsumme drücken könnte, schon vor dem Ausbot beseitigt und dem Meistbieter eventuell Sicherheit dafür geboten werden, daß ihm nach dem Zuschlage das Immobil nicht im Wege des Retracts entzogen werde. Die Erben wiederum sind in ihren Rechten kräftiger geschützt als die Retrahenten bei einer sonstigen Näherrechtsausübung, denn sie vermögen, 1) jenen Vorbehalt zu verlautbaren, 2) am Bot selbst Theil zu nehmen und 3) sich das Recht zur Verweigerung des Zuschlages auszubedingen (Art. 2704 a. a. O.)."

1290. Ueber die Anfechtbarkeit gerichtlich vollzogener Erbtheilungen.

Die vier Geschwister R. hatten gemeinschaftlich das Immobil ihres Vaters geerbt. Drei derselben und namentlich die Anna K., geborene R. wünschten die Theilung desselben und letztere beantragte zu dem Ende zunächst die Bestellung einer cura absentis für den abwesenden Peter R., darauf aber die waisengerichtliche Genehmigung der Erbtheilung, wonach das Immobil auf 4000 Rbl. abgeschätzt und der Anna K. zum alleinigen Eigenthum überlassen werden, diese aber ihrerseits den drei übrigen Geschwistern je 1000 Rbl. auszahlen sollte. Der Abwesenheitscurator des Peter R. stimmte dem Antrage zu und die Theilung des Immobils wurde darnach auf Vorstellung des Waisengerichts vom Rathe genehmigt. Hinterher kehrte Peter R. nach Riga zurück und verlangte klagend die Aufhebung der Erbtheilung, weil die Anna K. solche arglistiger Weise hinter seinem Rücken herbeigeführt und dabei den Werth des Immobils um mehr als 4000 Rbl. zu niedrig angegeben habe.

Die Beklagte Anna K. wandte ein, die vom Gericht genehmigte Erbtheilung sei nach Art. 2741 des Prov.-Rechts Th. III überhaupt nicht anfechtbar, und die Klage wurde darauf von der II. Section des LVG. am 21. October 1882 sub № 234 abgewiesen. Auf klägerische Appellation erging vom Rath am 4. Mai 1883 sub № 3056 nachstehendes Appellationsurtheil:

„Zur Abweisung der Klage hat den ersten Richter die Erwägung veranlaßt, die Erbtheilung, welche Kläger anfechte, sei gerichtlich vollzogen worden, indem nicht nur das Waisengericht dieselbe ad rationem des abwesenden Klägers ausdrücklich genehmigt, sondern in der Folge auch der Rath sie auf Grund der Art. 382, 386 und 495. des Privatrechts gutgeheißen habe. Eine durch rechtskräftig gewordene, richterliche oder schiedsrichterliche Entscheidung bewerkstelligte Erbtheilung dürfe aber nach Art. 2741 a. a. O. aus keinem Grunde angefochten werden und, soweit Kläger in Betracht komme, liege eben eine durch richterliche Entscheidung bewirkte Erbtheilung vor, wie sie durch den Art. 2695 a. a. O. vorgeschrieben gewesen sei. Ob der richterlichen Entscheidung ein Streit vorausgegangen sei oder nicht, ändere an ihrer Natur nichts. Ob sie aber

im Hinblick auf die vom Kläger behauptete Nichtbeobachtung gewisser Formvorschriften überhaupt habe rechtskräftig werden können, habe nicht ein dem Waisengericht gleichstehendes Gericht, sondern nur das zuständige Obergericht zu prüfen. Im Gegensatze zu dieser Ausführung vertritt Kläger die Ansicht, daß der Art. 2741 einzig von rechtskräftigen Entscheidungen in Erbstreitigkeiten rede und nicht auf den Fragefall anwendbar sei, wo das Waisengericht und der Rath auf einseitigen Antrag und ohne daß irgend ein Streit obgewaltet hätte, den Vergleich über das Nachlaßimmobil genehmigt haben.

Hiernach handelt es sich um Beantwortung der Frage, ob der Art. 2741 sich nur auf rechtskräftige Entscheidungen in Erbstreitigkeiten bezieht, oder ob auf Grund desselben die Unanfechtbarkeit von Erbtheilungen anzunehmen ist, bei welchen das Gericht nicht als Proceßforum, sondern aus andern Gründen mitgewirkt hat. Schon der nach Art. XVI der Einleitung bei der Auslegung zunächst in Betracht kommende Wortlaut des Art. 2741 bietet eine Stütze für die erstere, nicht die letztere Alternative. Denn einerseits statuirt er nicht die Unanfechtbarkeit von „gerichtlich vollzogenen" (Art. 2695 a. a. O.) Erbtheilungen schlechthin, sondern spricht von einer durch rechtskräftig gewordene richterliche oder schiedsrichterliche Entscheidung bewerkstelligten Erbtheilung; andererseits versteht man unter einer „Entscheidung" die Erledigung streitiger Fragen, auf welche doch wohl auch die Nebeneinanderstellung mit dem Schiedsgericht hinweist, und ebenso ist der Begriff der „Rechtskraft" auf Decrete der streitigen Gerichtsbarkeit, im Gegensatze zu der unstreitigen, beschränkt. Zu demselben Ergebnisse führt aber auch die logische Interpretation bei Vergleichung des Art. 2741 mit den sonstigen einschlagenden Rechtssätzen.

Zuerst fehlt es an einem inneren Grunde, weshalb die bloß Mitwirkung des Gerichts bei der Erbtheilung, die doch nach Art. 2738 ein Rechtsgeschäft, wie jedes andere ist, dieselbe schlechthin unanfechtbar machen soll. Der Art. 3001 a. a. O. stellt den Grundsatz auf, daß die gerichtliche Abschließung eines Rechtsgeschäfts, welche der Art. 2996 namentlich bei der Veräußerung von Pupillengütern (381 ff.) für nothwendig erklärt, die inneren Mängel desselben nicht hebt. Mit diesem Grundsatze geräth man also

in Widerspruch, wenn man die im Art. 2741 hingestellte Unanfechtbarkeit als eine Folge lediglich der Mitwirkung des Gerichts bei der Erbtheilung ansehen will. Der Widerspruch fällt aber weg, sobald man den Grund der Unanfechtbarkeit in der Rechtskraft des ergangenen Urtheils sieht, nach dem Princip: res judicata jus facit inter partes; wobei dann selbstverständlich auch noch die Anfechtung des Urtheils im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde nicht ausgeschlossen erscheint.

Ferner ist überhaupt die Thätigkeit des Gerichts bei Acten der Justizverwaltung (oder s. g. unstreitigen Gerichtsbarkeit) auseinander zu halten von seiner Rechtsprechung in Proceßsachen. Beide sind verschieden nicht nur in den Voraussetzungen, sondern auch in den Wirkungen; namentlich schafft ein Verfügen des Gerichts bei Ausübung der Justizverwaltung niemals res judicata für einen späteren Rechtsstreit und steht deshalb einer anderweitigen Entscheidung in dem letzteren nicht entgegen. Das ist bereits vom Rath ausdrücklich anerkannt in dem Satze des § 30 der Instruction für die Verhandlung von Grundbuchsachen: „entwickelt sich über einen bereits vollzogenen Grundbuchact ein Rechtsstreit, so präjudiciren die Verhandlungeu der Grundbuchbehörde nicht der Entscheidung des Proceßrichters." Ganz in derselben Weise verhält es sich mit den Verfügungen, welche das Gericht bei der, ihm in gewissen Fällen gesetzlich obliegenden Mitwirkung beim Abschlusse von Rechtsgeschäften trifft. Im Art. 2995 werden beide Fälle, nämlich die Bestätigung des bereits abgeschlossenen Geschäfts uud die Abschließung des Geschäfts vor Gericht, zusammengestellt und ein Unterschied derselben hinsichtlich der Thätigkeit des Richters zeigt sich nicht sowohl qualitativ als quantitativ, wie die Artikel 1998 und 3001 einerseits bzw. 3008 und 3016 andererseits ergeben. Somit ist auch für die Abschließung von Rechtsgeschäften vor Gericht der Satz anzuerkennen, daß die dabei (also in Ausübung der unstreitigen Gerichtsbarkeit) getroffenen Verfügungen den Richter bei einem später ausbrechenden Rechtsstreite nicht binden.

Endlich enthält das Provinzialrecht in dem Art. 2695 noch einen directen Beleg dafür, daß die Mitwirkung des Gerichts bei einer Erbtheilung, wegen der Betheiligung unter Vormundschaft stehender Personen, als Mitwirkung beim Abschlusse eines Rechtsge-

schäfts aufzufassen ist und nicht als richterliche Entscheidung über die Erbtheilung. Denn es heißt dort, daß die Erbtheilung gerichtlich vollzogen werde, entweder wenn die Erben oder einige derselben bevormundet seien, oder wenn sich die Erben über die Theilung nicht außergerichtlich einigen können. „Im ersteren Falle — fährt der Artikel fort — geschieht die Theilung durch Vermittelung des Waisengerichts, im letzteren der competenten Nachlaßbehörde. Es wird also der Fall, wo das Waisengericht als Vormundschaftsbehörde die Theilung zu vermitteln (vgl. Art. 2995) hat, ausdrücklich in Gegensatz gebracht zu dem Falle, wo die Erben sich nicht einigen können, das heißt streiten, und es wird ebenso ausdrücklich ausgesprochen, daß beide Fälle bei verschiedenen Behörden zur Verhandlung kommen, falls die Functionen der Vormundschafts- und der Nachlaßbehörde nicht in einem Gerichte vereinigt sind. Sind aber beide Fälle rechtlich unterschieden, so läßt sich auch nicht mit dem ersten Richter sagen, daß das Gericht bei der Erbtheilung immer eine „Entscheidung" fälle, bzw. daß es hinsichtlich der Natur der Entscheidung keinen Unterschied mache, ob derselben ein Streit vorhergegangen sei oder nicht. Eine „Entscheidung" im Sinne des Art. 2741, welche der Rechtskraft fähig ist, setzt vielmehr nothwendig einen vorgängigen Rechtsstreit voraus, wogegen Verfügungen, welche das Gericht auf Grund des Art. 2695 a. a. O. trifft, weil bei der Erbtheilung bevormundete Personen concurriren, in das Gebiet der unstreitigen Gerichtsbarkeit gehören und nicht unter den Art. 2741 fallen. Eine Erbtheilung der letzteren Art ist sonach gemäß Art. 3001 a. a. O. der privatim vollzogenen (im Sinne des Art. 2742) gleich zu behandeln und deshalb auch nach den im Art. 2742 angegebenen allgemeinen Grundsätzen anfechtbar. Demnach ist die Entscheidung des ersten Richters, welche wegen irrthümlicher Subsumirung des Fragefalles unter den Art. 2741 die, auf Anfechtung der von dem Waisengerichte bzw. dem Rathe genehmigten Erbtheilung gerichtete, Klage für unzuläßig erklärt hat, aufzuheben und dem Kläger der von ihm gebetene Beweis seiner Klagebehauptungen nachzugeben."

1291. Anfechtung eines gerichtlichen Testaments wegen Geisteskrankheit. Umfang der Beweispflicht des Klägers.*)

K. hatte am 26. November 1882 vor dem Secretär des Stadtwaisengerichts ein Testament zu Gunsten seiner Frau errichtet, welches nach seinem Tode von einem Seitenverwandten wegen Geisteskrankheit des Testators angefochten wurde. Das Beweisverfahren stellte auch fest, daß K. geisteskrank gewesen war und es fragte sich nur, ob er bei der Testamentserrichtung sich in einem Zustande der Zurechnungsfähigkeit befunden hatte. Aus dem Urtheil des Raths vom 16. September 1883, № 6282 ist hier hervorzuheben:

„Nach Art. 2789 des Prov.-Rechtes Th. III kann ein Testament von den dabei Betheiligten, als in seinem ganzen Umfange nichtig, angefochten werden, wenn der Erblasser nicht die Fähigkeit hatte, ein Testament zu errichten. Diese Fähigkeit geht nach Art. 1988 a. a. O. Geisteskranken ab, während sie sich in diesem Zustande befinden, dagegen können selbst Wahnsinnige in lichten Zwischenräumen, in welchen sie fähig sind, einen freien Entschluß zu fassen oder mit Absicht oder Ueberlegung zu handeln, mit voller Wirksamkeit über ihren Nachlaß auf den Todesfall verfügen. Denn nach Art. 1984, 2912 und 2914 kommt es eben nur darauf an, daß der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung sich in vollem Gebrauch seiner Verstandes- und Geisteskräfte befinde. Daher hat in Anleitung der Art. 2057 und 2032 a. a. O. der, nach dem livländischen Stadtrecht zur Testamentserrichtung nothwendige, Secretär bei Beglaubigung des ihm in Zeugengegenwart vorgelegten schriftlichen Testaments festzustellen, wie sich der Testator in Ansehung seiner Geistesfähigkeit und Willensfreiheit erwiesen habe. Des Secretärs amtliche Beurkundnng dessen, daß sich der Testator bei dem Acte der Testamentserrichtung im Besitze der dazu erforderlichen Geistesfähigkeit befunden habe, muß aber als voller Beweis gelten, welcher nur widerlegt werden kann durch den Nachweis, daß der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung nicht im vollen Besitze seiner Verstandes- und Geisteskräfte, die Wahrnehmung des Secretärs also eine irrthümliche war. . . Zu diesem Ergebnisse hat indessen die Beweisführung des Klägers nicht geführt. . . Der Eindruck, welchen der Testator auf die ihn behandelnden Aerzte ge-

*) Vgl. Band VI, № 973, Seite 32.

macht hat, ist zu verschiedenen Zeiten ein sehr verschiedener gewesen. . . Die Beweisführung durch die vom Kläger aufgeführten Zeugen hat nur ergeben, daß der im Januar 1883 verstorbene Testator in der letzten Zeit seines Lebens, und zwar namentlich im Sommer und Herbst 1882 und in der Folgezeit geisteskrank war, sein Leiden indessen nicht die Möglichkeit ausgeschlossen hat, daß er Ende November 1882 mit Absicht und Ueberlegung gehandelt hat. Die Anfechtung des Testaments ist mithin nicht gerechtfertigt."

1292. Das Schweigen gilt auch gegenüber einer durch den öffentlichen Notar verlautbarten Aufforderung nicht als Einwilligung.

S. hatte von B. einen Wagen für 150 Rbl. gekauft und erhalten. Auf Zahlung des Preises belangt, behauptete er, B. habe ihm für denselben Preis auch noch ein Paar Schleifen verkauft und forderte am 19. December 1881 den B. durch Notariatsprotest auf, den Wagen zurückzunehmen, bei der Anzeige, daß er nicht weiter für denselben aufkomme. Hinterher wurde rechtskräftig entschieden, daß S. für den Wagen allein den Preis von 150 Rbl. zu zahlen habe, worauf dieser nunmehr Ablieferung des Wagens verlangte, indem er erklärte, derselbe sei entweder von B. abgeholt worden oder abhanden gekommen. Die I. Section des LVG. legte dem Kläger der Beweis auf, daß Beklagter den Wagen habe abholen lassen. Kläger S. suchte dagegen auszuführen, Beklagter habe durch sein Schweigen auf den Protest sich mit dessen Inhalt einverstanden erklärt, also die Verpflichtung zur Rücknahme des Wagens auf sich genommen und deshalb auch die Gefahr des Verlustes zu tragen. Diese Ansicht wurde in dem Querelbescheide des Raths vom 8. August 1884, № 5395 mit dem Bemerken zurückgewiesen:

„Die Interpellation oder Mahnung erzeugt nur dann rechtliche Wirkungen, wenn der Gemahnte zu der von ihm geforderten Leistung verpflichtet ist; sie ist ungiltig, wenn sie vom Schuldner etwas Anderes verlangt, als er zu leisten verbunden ist (vgl. Windscheid, Pandekten II, § 279). Da im vorliegenden Falle Beklagter wider seinen Willen zur Aufhebung des Kaufvertrages nicht genöthigt werden konnte, so war die durch den öffentlichen Notar

ihm insinuirte Aufforderung des Klägers zur Rücknahme des Wagens eine unrechtfertige und folgeweise der Protest an sich wirkungslos.

Ebensowenig begründet ist die Ansicht des Klägers, daß Beklagter sich stillschweigend mit der von ihm verlangten Rücknahme des Wagens einverstanden erklärt habe. Die proceßrechtliche Lehre der Contumaz läßt sich auf den außergerichtlichen, selbst durch einen öffentlichen Notar vermittelten Verkehr nicht analog anwenden. . . In Bezug auf diesen bestimmt der Art. 2941 des Prov.-Rechts Th. III, daß das bloße Schweigen weder als Einwilligung, noch als Ablehnung anzusehen sei und daß eine Ausnahme von dieser Regel nur in den Fällen eintrete, wo nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze der Einzelne sein Schweigen brechen müsse, wenn nicht seine Einwilligung angenommen werden solle. Wie aber bereits der Unterrichter angeführt hat, besteht keine gesetzliche Vorschrift, wonach der Empfänger eines notariellen Protestes gehalten wäre, sein Schweigen zu brechen oder die Annahme des Zugeständnisses gegen sich gelten zu lassen."

1293. Anfechtung eines Kaufes wegen Irrthums über die Person des Verkäufers.

Der Frachtfuhrmann B. war von dem Kaufmanne J. in Walk beauftragt worden, bei der Handlung Gebrüder K. in Riga Rohtabak einzukaufen und hatte von J. auch einen bezüglichen Brief an Gebrüder K. mitbekommen. In Riga war er von jemand in den Laden des N. geführt worden und hatte dort 11 Packen Tabak für 80 Rbl. 90 Kop. gekauft. Da J. mit diesem Tabak nicht zufrieden war, verlangte B. von N. Rückzahlung des Preises gegen Rückgabe der Waare, indem er behauptete, Beklagter habe den an K. adressirten Brief geöffnet und ihm darauf den Tabak geliefert. Das Wettgericht erkannte in dieser Sache am 18. October 1883 sub № 565 rechtskräftig wie folgt:

„Die auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Waare und Ersatz der Transportkosten gerichtete Klage stützt sich einzig auf die Behauptung, daß Beklagter den an Gebrüder K. adressirten Brief geöffnet und dann bei dem Bemerken, es sei einerlei, wo Kläger den Tabak kaufe, dem Kläger den Tabak verkauft habe. Diese Behauptung begründet die Klagebitte aber nicht anders,

als wenn sie in dem Sinne aufgefaßt wird, es sei Kläger bei dem Kaufabschlusse der Meinung gewesen, bzw. von Beklagtem zu der Meinung gebracht worden, daß der Verkäufer des Tabaks die Handlung Gebrüder K. sei. In solchem Falle hätte sich nämlich Kläger im Irrthum über die Person seines Mitcontrahenten befunden, der Irrthum wäre auch für wesentlich zu erachten, weil Kläger den Tabak nach Weisung seines Auftraggebers eben bei K. kaufen sollte, und er würde — seine Entschuldbarkeit vorausgesetzt — nach Art. 2960, 2961 und 2966 des Prov.-Rechts Thl. III die Nichtigkeit des Kaufes zur Folge haben. In Folge dessen aber wäre Kläger nicht nur zur Condicirung des gezahlten Preises gemäß Art. 3729 a. a. O. berechtigt, sondern auch zur Forderung des negativen Vertragsinteresses, das heißt dessen, was er gehabt hätte, wenn der Vertrag mit Beklagtem nicht geschlossen worden wäre. Dafern aber Beklagter den Irrthum des Klägers seinerseits absichtlich erregt oder benutzt hätte, wäre er nach Art. 2979 a. a. O. zur Leistung des gesammten Interesse an den Kläger verbunden. Geht man umgekehrt davon aus, daß Kläger nicht in der irrthümlichen Annahme, er kaufe von K., sondern im Bewußtsein, daß er es mit einem Anderen zu thun habe, den streitigen Tabak von Beklagtem gekauft hat, so darf er wegen des Erbrechens des Briefes durch Beklagten weder gegen diesen einen Schadenersatzanspruch erheben, noch die Giltigkeit des Kaufes anfechten, weil Kläger auch mit dem erbrochenen Briefe sich noch an Gebrüder K. wenden und dort seinen Tabak sich anschaffen konnte, wenn er das aber nicht that, den Kauf mit Beklagtem freiwillig geschlossen und die daraus erwachsenen Folgen also auch selbst zu tragen hat. Ob das Erbrechen des Briefes durch Beklagten eine strafbare Handlung war, ist hier nicht zu erörtern.

Nach der Klagedarstellung hatte es nun allerdings den Anschein, als ob Kläger bei Ankauf des streitigen Tabaks angenommen habe, er kaufe letzteren von K. Das Beweisverfahren hat diese, vom Beklagten geleugnete Thatsache aber nicht bewahrheitet, geschweige denn einen Anhalt dafür geboten, daß Kläger bei jener Annahme sich in entschuldbarem Irrthum befunden habe . . . . Da aber Kläger, wenn er wissentlich den Tabak, im Widerspruche mit dem von J. erhaltenen Auftrage, statt bei K. wo anders kaufte, nach

der obigen Erörterung zu keinem Anspruche gegen Beklagten berechtigt ist, so hat die erhobene Klage abgewiesen werden müssen."

1294. Aus einem schriftlich, aber formlos geschlossenen Kaufvertrage über Immobilien kann auch vom Verkäufer nicht auf Erfüllung geklagt werden.

„Kläger hat angebracht, er habe am 12. August 1880 den sub № . . . belegenen Grundplatz dem Beklagten für 900 Rbl. verkauft und darauf als Handgeld 300 Rbl. empfangen, während der Rest nebst 6% Zinsen binnen 6 Monaten zu bezahlen gewesen sei. Da Beklagter trotz der klägerischen Mahnung bisher weder den Kaufcontract schriftlich angefertigt und unterschrieben, noch den Rest des Preises bezahlt habe, nehme Kläger an, daß Beklagter vom Vertrage einseitig abgehen wolle, und bitte Beklagten zur Zahlung von 600 Rbl. nebst 6% Zinsen vom 12. August 1880 binnen 3 Wochen bei der Verwarnung anzuweisen, daß widrigenfalls angenommen werden solle, er sei unter Verlust des Handgeldes einseitig vom Vertrage zurückgetreten.

Dieser Klage hat Beklagter mit Recht den Mangel rechtlicher Begründung vorgeworfen, weil Kläger nur auf Erfüllung der Form klagen dürfe und Beklagter die förmliche Vollziehung des Vertrages nicht verweigere.

Nach feststehender Praxis der städtischen Gerichte (civilrechtl Entsch. I, № 64; IV, № 533; V, № 760) sind die Art. 3015 und 3030 des Prov.-Rechts Thl. III so auszulegen, daß aus einem blos mündlich, oder auch schriftlich in der Form einer bloßen Punktation, abgeschlossenen Kaufe über Immobilien weder der Verkäufer auf Uebergabe, noch der Käufer auf Zahlung des Kaufpreises, sondern beide nur auf Vollziehung bzw. Corroboration des schriftlichen Vertrages klagen dürfen. Wenn Kläger dagegen anführt, der Art. 3030 spreche nur davon, daß die Contrahenten auf Erfüllung der Form klagen *dürften*, nicht daß sie darauf klagen *müßten*, und die regelmäßige Klage aus einem Vertrage sei diejenige auf Erfüllung, so ist jenes nicht richtig und dieses nicht entscheidend.

Denn nach Art. 3212 hat allerdings regelmäßig jeder Contrahent gegen den anderen eine Klage auf Erfüllung des Vertrages, von dieser Regel bilden aber gerade die Art. 3030 und 3015 eine

Ausnahme und, daß diese nur darin zu finden sein soll, daß die Klage auf Vollziehung der Form wenigstens auf Seiten des Veräußerers neben der Klage auf Erfüllung, nicht mit Ausschluß derselben stattfinde, ist eine mit dem Wortlaute wie mit dem Sinne der obigen Artikel gleich unvereinbare Annahme.

Erstlich sagt der Art. 3015 ausdrücklich: die schon vor erbetener Bestätigung jedem Theile gegen den anderen zustehende persönliche Klage (Art. 3014) ist . . . auf Vollziehung der Corroboration zu richten, schließt also durch diese Fassung eine Klage direct auf Erfüllung aus. Da alle Verträge über Immobilien auch der schriftlichen Corroboration bedürfen, würde man bei der Annahme des Klägers, daß im Art. 3030 die Klage auf Erfüllung mit der auf schriftlichen Abschluß concurrire, zu dem widersinnigen Schlusse kommen, daß der Verkäufer, wenn er nur mündlich contrahire, besser gestellt sei, als wenn er einen unförmlichen schriftlichen Contract unterschreibe, indem er in ersterem Falle nach Art. 3030 gleich auf Zahlung, im letzteren nach Art. 3015 nur auf Erfüllung der Form klagen könnte. Zweitens wäre der Schlußsatz des Art. 3030, wenn er den ihm vom Kläger gegebenen Sinn hätte, ganz überflüssig, denn die Klage auf Erfüllung folgt schon aus Art. 3212 und, wenn man direct auf Erfüllung klagen könnte, würde es dem Verkäufer schwerlich in den Sinn kommen, erst die kostspielige schriftliche Vertragsabfassung und Corroboration vorzunehmen.

Drittens würde der Käufer, wenn man die Vorschrift des Art. 3030 bzw. 3015 nur auf seine Klage anwenden wollte, in eine ungleiche Rechtslage gegenüber dem Verkäufer gebracht werden, indem letzterer alsdann an der schriftlichen Abfassung und Corroboration des Vertrages nicht das mindeste Interesse hätte und seinerseits sofort Zahlung verlangen könnte, während der Käufer zur Regulirung des Besitztitels erst den Umweg durch die Bestimmungen des Art. 3030 bzw. 3015 machen müßte.

Viertens ergiebt auch die Gegenüberstellung des Art. 3030 mit dem Art. 3031, daß jener einzig die Klage auf Erfüllung der Form gestattet, während dieser in dem Falle, wo von der schriftlichen Form nicht gewisse Wirkungen des Rechtsgeschäfts, sondern das Klagerecht daraus überhaupt abhängig ist, bis zur schrift-

lichen Abfassung schlechthin gar keine Klage auf Erfüllung weder direct noch indirect gestattet. Die Auffassung des Klägers ist daher als irrig zurückzuweisen und war deshalb auf Abweisung der rechtlich nicht begründeten Klage zu erkennen."
(Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 26. Januar 1882, № 29).

1295. Zur Klage auf förmliche Vollziehung eines mündlichen Kaufvertrages bedarf es der Vorlage eines Contractsentwurfes.

Der Käufer hatte seine Klage gegen den Verkäufer aus einem mündlichen Kaufvertrage über ein Grundstück darauf gerichtet: „den Beklagten anzuweisen, den Contract sofort und spätestens binnen 14 Tagen a dato des künftigen Erkenntnisses bei der Verwarnung zu vollziehen, daß widrigenfalls Kläger in das Grundstück gegen Zahlung des Kaufpreisrestes gerichtlich eingewiesen und Beklagter zum Ersatze des gesammten durch seine Vertragsbrüchigkeit dem Kläger geursachten Schadens verpflichtet werden solle." Die Abweisung angebrachtermaßen wurde in dem Erk. der I. Section des Landvogteigerichts vom 5. April 1882, № 123 wie folgt motivirt:

„Die schriftliche Vollziehung des Vertrages besteht, abgesehen von dem Niederschreiben des vereinbarten Vertragsinhaltes auf dem erforderlichen Stempelbogen, in der Unterzeichnung der entsprechend angefertigten Urkunde durch die Contrahenten. Um nun letztere vorzunehmen bedarf es zunächst der Urkunde, auf welche die Namen geschrieben werden können. Mithin gehört in thatsächlicher Hinsicht zur Begründung der Klage auf Vollziehung der Unterschrift nicht nur die Wiedergabe des Vertrages, sondern auch die Vorlegung der den bezüglichen Vertragswillen enthaltenden Urkunde. Wenn gleich nun bezüglich eines derartigen Rechtsanspruches, wie bei anderen Rechtsverhältnissen, nicht sofort auf die Vornahme der betreffenden Handlung, sondern zunächst blos auf die Feststellung der Verpflichtung zur Vornahme geklagt, d. h. eine sogenannte Anerkennungsklage angestrengt werden kann, so ist doch nicht hierauf, sondern direct auf die Vollziehung des Contracts geklagt worden. Demnach hätte Kläger auch die Urkunde, auf welcher er die Unterschrift des Beklagten beansprucht, der Klage beifügen müssen. Dieses hat

er nicht gethan und ist somit dieselbe für nicht gehörig substantiirt zu erachten. Außerdem ist auch die beantragte Verwarnung nicht berechtigt. Dieselbe kann begrifflich nur darauf gerichtet sein, daß der Beklagte die Folgen der schuldvollen Unterlassung der Klagebitte resp. der richterlichen Auflage zu tragen habe. Mithin konnte die Commination nur dahin gehen, daß Beklagter für ersatzpflichtig erachtet und dessen Unterschrift unter dem Contract gerichtlich für vollzogen erklärt werden solle, nicht aber dahin, daß widrigenfalls dem Kläger das Immobil gerichtlich eingewiesen werde."

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

1296. Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber der Klage auf förmliche Vollziehung des Kaufcontracts.

„Ein von dem Kläger als Käufer und vom Beklagten als Verkäufer abgeschlossener, notariell beglaubigter Kaufcontract ist wegen formeller Mängel als zur Corroboration nicht geeignet befunden worden. Aus diesem Anlasse hat Kläger eine neue Kaufurkunde anfertigen lassen, welche bei Vermeidung der beregten Mängel denselben Inhalt hat, wie der bereits einmal von dem Beklagten unterzeichnete. Beklagter hat aber sowohl außergerichtlich, als auch vor diesem Gerichte erklärt, daß er dem Anverlangen des Klägers, den Contract zu unterzeichnen, nicht Folge leisten werde. Seine Gründe sind folgende: Nach dem Contractsentwurf § 2 soll der auf 1800 Rbl. festgesetzte Kaufpreis in der Weise getilgt werden, daß Kläger 300 Rbl. baar zahle und eine vom Maurer J. B. am 10. November 1880 zum Besten des M. B. ausgestellte . . . auf das allhier belegene Immobil annoch zu ingrossirende, durch Blancocession an den Kläger gediehene Schuld- und Pfandverschreibung dem Beklagten cedire. Beklagter will nun in Erfahrung gebracht haben, daß diese Obligation, welche er an Zahlungsstatt hinnehmen sollte, garnichts werth sei und die Ingrossation derselben auch garnicht stattgefunden habe, obgleich der Vertreter des Klägers und der Verfasser des ersten Contracts ihm die Zusicherung ertheilt habe, daß die Obligation zur Zeit des förmlichen Contractsabschlusses ingrossirt sein werde. Aus diesem Grunde will Beklagter den Contract nur gegen Baarzahlung unterzeichnen.

Diesem Gerichte ist nun von Amtswegen bekannt, nicht nur

daß die Obligation in der That nicht ingrossirt ist, sondern auch daß sie — wenigstens zur Zeit — garnicht ingrossirt werden kann. Aus dem in Sachen S. beigebrachten Grundbuchattestate vom 28. October c. (die Klage ist am 14. October erhoben) geht nämlich hervor, daß dasjenige Immobil, welches dem Beklagten als Sicherheit dienen soll, garnicht im Eigenthum des Obligationsschuldners B., sondern im Eigenthum des A. S. steht, daß auf dieses Immobil bereits Hypotheken über den Gesammtbetrag von 4100 Rbl. eingetragen sind und daß dasselbe auf Antrag des Hypothekenvereins wegen einer Forderung von 4100 Rbl. von diesem Gerichte zum öffentlichen Meistbot gestellt worden ist.

In der projectirten Kaufurkunde ist es zwar ausgesprochen, daß die Obligation zur Zeit noch nicht ingrossirt sei, erwägt man jedoch, daß immer nur Pfandrechte, nicht aber Forderungen ingrossirt werden können, daß aber die Obligation nach dem Kaufcontract als eine jedenfalls ingrossationsfähige und somit durch ein Pfand bereits besicherte hingestellt wird, während nach Art. 1386 des Privatrechts von dem Schuldner B. wegen seines mangelnden Eigenthumsrechts am Immobil ein Pfand garnicht hat bestellt werden können, so kann man nur zum Schlusse gelangen, daß der § 2 des Contracts einerseits eine materielle Unrichtigkeit enthält, andererseits daß sich Kläger seinem Contrahenten gegenüber, indem er ihm den Besitz einer pfandrechtlich besicherten und auch als solcher hingenommenen Obligation zusicherte, eines arglistigen Verfahrens schuldig gemacht hat. Nach Art. 1350 a. a. O. kann zwar auch das Pfandrecht von einer Bedingung abhängig gemacht werden, in diesem Falle unterliegt es aber keinem Zweifel, daß eine unbedingte, wenn auch nicht ingrossirte Hypothek hat übertragen werden sollen, während es in der That zweifelhaft ist, ob ein Pfandrecht überhaupt zur Entstehung gelangen wird.

Nach den allgemeinen Grundsätzen über die Erfüllung zweiseitiger Verträge (vgl. Art. 3213) kann kein Contrahent fordern, daß der andere ihm in der Erfüllung zuvorkomme.

Hier handelt es sich allerdings nicht um die Erfüllung des *Vertrages*, sondern zunächst nur um die Erfüllung der schriftlichen *Form*. Zieht man jedoch in Erwägung, daß nach § 3 des Contractsentwurfes die Uebergabe des Immobils der Unterzeichnung

des Contracts auf dem Fuße folgen soll (während die Obligation als bereits übertragen angesehen wird) und daß alsbald nach der Contractsunterzeichnung Kläger die Möglichkeit hat, grundbuchmäßiger Eigenthümer zu werden und seinen Contrahenten aus dem Besitz zu verdrängen, daß mithin Beklagter nach Unterzeichnung des Contracts überhaupt nicht mehr die Möglichkeit hat, seinen auf Uebergabe drängenden Contrahenten mit der Einrede des nicht erfüllten Contracts zurückzuschlagen, so kann man nur zu dem Resultat gelangen, daß Beklagter seine gefährdeten Rechte nur noch in diesem Augenblicke wahrzunehmen und zu schützen im Stande ist.

Wenn die Erfüllung der Form mit der Uebergabe des Immobils (d. h. mit der Erfüllung des Vertrages seitens des Beklagten) eng verknüpft worden ist, so kann Beklagter gegen die Klage auf Erfüllung der Form auch diejenigen Einreden geltend machen, welche ihm gegen die Klage auf Vertragserfüllung unzweifelhaft zustehen.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist aber seitens des Beklagten erhoben worden. Ob Beklagter nur gegen Baarzahlung zur Contractunterzeichnung verpflichtet werden kann, braucht hier nicht näher erörtert zu werden. Es genügt vielmehr hier festzustellen, daß Kläger zur Zeit den Vertrag nicht erfüllt hat und daß der Klage auf Vertragsvollziehung nicht eher Folge gegeben werden kann, als bis Kläger seinerseits Erfüllung geleistet, oder wenigstens genügende Sicherheit dafür geboten hat, daß er Erfüllung leisten werde. Demnach ist die angebrachte Klage zur Zeit zurückzuweisen."

Vorstehendes Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 2. October 1882, № 258 wurde auf klägerische Appellation dahin abgeändert, daß der Kläger sich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages einzulassen habe. In den Gründen des betreffenden App.-Erkenntnisses vom 11. März 1883, № 1675 heißt es:

„Die zunächst zu entscheidende Frage ist, ob Beklagter berechtigt war, gegenüber der allein auf Unterzeichnung der zweiten, nur formell abgeänderten Urkunde gerichteten Klage einen auf die materielle Erfüllung des Kaufgeschäftes abzielenden Einwand zu erheben. In dieser Richtung kann dem angefochtenen Erkenntnisse nur beigestimmt werden, weil die Erfüllung der Form dem Kläger vorliegen-

den Falls nicht nur die Möglichkeit zur sofortigen Berichtigung des Besitztitels, sondern auch einen liquiden Anspruch auf Einräumung des Kaufobjectes und zwar unter, wenigstens vorläufigem, Ausschlusse der das materielle Rechtsverhältniß berührenden Einreden des Gegners gegeben hätte. . . . Die Schlüssigkeit der vom Beklagten vorgebrachten Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist hiernach zwar anzuerkennen, nicht unberechtigt erscheint es aber, wenn Kläger über die vom Unterrichter decretirte sofortige Abweisung der Klage Beschwerde führt. Die Thatsache nämlich, welche das Landvogteigericht zur Abweisung der Klage veranlaßte, daß das fragliche Immobil zur Zeit nicht im Eigenthume des Obligationsausstellers B. stehe, gestattet noch nicht unbedingt einen Schluß auf die Unmöglichkeit der vom Kläger nach § 2 des Contracts übernommenen Leistung. Es ist wieder ausgeschlossen, daß dem Kläger ein Forderungsrecht auf Uebertragung des Eigenthums am Hause zustehe (vgl. Art. 3014 a. a. O.), noch auch daß er im Stande sei, im Rechtswege die Ingrossation der Obligation gegenüber dem derzeitigen Eigenthümer des Immobils zu erzwingen (vgl. Art. 1368 und 1369) u. s. w. Nach der ganzen Sachlage . . . kann dem Appellanten nicht verwehrt werden, Thatsachen vorzubringen, aus welchen sich die materielle Hinfälligkeit der Weigerung des Beklagten, den Contract zu unterzeichnen, ergeben würde. Freilich würde nach Art. 3213 a. a. O. die Beweislast eventuell dem Appellanten zufallen. Es ist somit die angefochtene Entscheidung nur insofern einer Abänderung zu unterziehen, als dem Kläger die Möglichkeit genommen worden ist, noch in diesem Prozesse durch Zerstörung der Einrede des Beklagten seinen Anspruch zur Geltung zu bringen."

1297. Bedeutung mündlicher Abreden neben der Vertragsurkunde.

I. Kläger behauptete und suchte durch Zeugen zu beweisen, daß Beklagter bei Entgegennahme der Bestellung auf zwei durch Dampf zu treibende Mahlgänge ihm zugesichert habe, daß dieselben mindestens 16 Lof pro Stunde Grobmahlung und 6 Lof per Stunde Beutelung liefern würden, während thatsächlich kaum die Hälfte von der Mühle geleistet ward. In dem App.-Erk. des Raths vom 10. October 1884, № 6953 heißt es:

„Inhaltlich des von B. abgelegten Zeugnisses hat zwar Beklagter die Erklärung abgegeben, daß er dafür Garantie leiste, daß die von ihm zu liefernden Mahlgänge 16 bzw. 6 Lof per Stunde mahlen würden. Bemerkenswerth ist aber, daß der über die Lieferung der Mahlgänge sofort nach der mündlichen Verabredung schriftlich vollzogene Vertrag die Garantieleistung nicht in sich schließt, sondern die Leistungsfähigkeit der zu liefernden Maschine ganz unerwähnt läßt. Gegen die Annahme, daß auch die Garantie der Leistungsfähigkeit zum Gegenstande des Vertrages habe erhoben werden wollen, streitet mithin die Vermuthung; denn es ist allgemein anerkannt, daß ein schriftlich abgeschlossener Vertrag die Vermuthung für sich habe, daß er den gesammten Inhalt des Vertrages, soweit er zur Zeit der Abfassung vorlag, wiedergebe. Wenn indessen einer solchen Vermuthung durch den Beweis entgegengetreten werden kann, daß in den schriftlichen Vertrag nicht hineingezogene mündliche Verabredungen nach dem übereinstimmenden Willen der Contrahenten neben dem schriftlichen Vertrage haben in Geltung bleiben sollen, so kommt ferner in Betracht, daß nach Maßgabe des von B. abgelegten Zeugnisses für die Annahme einer solchen Willensübereinstimmung kein Anhaltspunkt vorliegt. Denn nicht bei der Abschließung des Lieferungsvertrages, sondern bei den Verabredungen, welche die künftige Abschließung vorbereiteten, soll Beklagter seine, die Garantieleistung betreffende Erklärung abgegeben haben."

II. „Da nach der Angabe des Beklagten die mündliche Vereinbarung, betreffend die Ablohnung der klägerischen Arbeiter, beim Vertragsschlusse erfolgt und den schriftlichen Festsetzungen über den Miethvertrag vorausgegangen ist, so ist die Annahme des Unterrichters allerdings gerechtfertigt, daß sie durch den schriftlichen Vertrag, der ihrer nicht erwähnt, als abgeändert bzw. aufgehoben zu gelten hätte (civilrechtl. Entscheid. V, Seite 133)."

(App.-Erk. des Raths vom 19. August 1883, № 5657.)

III. Uebereinstimmend ist erkannt von der I. Section des Landvogteigerichts am 21. Mai 1882 sub № 182, am 19. November 1882 sub № 349 und am 31. März 1883 sub

№ 90; von der II. Section am 10. Mai 1882 sub № 101; vom Wettgericht am 7./13. September 1883 sub № 89/486.

1298. Begründung der Klage aus dem mündlichen Anerkennungsvertrage.

I. Die Handlung B. hatte behauptet, Beklagter habe von ihr 100 Faß Weißwein für den Gesammtbetrag von 24,513 frcs. und 20 cent. gekauft und empfangen, auf den Preis 10% abgezahlt, nachdem hinsichtlich des Restes Differenzen entstanden seien, aber 8000 frcs. anerkannt und zu zahlen versprochen, während Klägerin auf den Rest verzichtet habe. Beklagter rügte die Dunkelheit des Klagevortrages, weil nicht zu ersehen sei, ob aus dem Kaufe, einem Vergleiche oder der Anerkennung geklagt werde.

Das Wettgericht erklärte, die Klage sei hinsichtlich der geforderten 8000 frcs. aus der Anerkennung erhoben und als solche schlüssig begründet. Die Querel des Beklagten wurde in dem Querelbescheide des Raths vom 22. Juni 1884, № 4339 mit folgender Bemerkung zurückgewiesen:

„Die nackte Behauptung, daß ein Anerkennungsvertrag vorliege, wird freilich einen schlüssigen Klagegrund nicht wohl abgeben können, weil das Wort „Anerkennung" einen Rechtsbegriff ausdrückt und der Kläger seinen Anspruch aus Thatsachen herzuleiten hat. Wenn aber, wie hier, in der Klage vom materiellen Schuldverhältnisse ausgegangen, über eine Differenz der Parteien bezüglich des Schuldbetrages referirt und im Anschlusse daran von einem Nachlaß einerseits und einer Anerkennung und einem Zahlungsversprechen rücksichtlich des Restes andrerseits gesprochen wird, — so ist die Sachlage eine andere und der Vorwurf mangelnder thatsächlicher Substantiirung trifft nicht mehr zu. Denn aus diesem Zusammenhange und aus der Verbindung mit dem behaupteten Zahlungsversprechen, ergiebt sich eben das thatsächliche Substrat für den Rechtsbegriff der Anerkennung, aus welcher geklagt wird. Des Gebrauches des Wortes „Anerkennung" bedurfte es hier garnicht, weil der Anerkennungsvertrag sich schlüssig bereits ergiebt aus dem behaupteten, nach erfolgtem Nachlasse seitens der anderen Partei ertheilten und sodann acceptirten Zahlungsversprechen (Prov.-Recht Thl. III, Art. 3106). An der Ernstlichkeit des Verpflichtungswil-

lens des Querulanten kann eben nach der klägerischen Darstellung nicht gezweifelt werden. — Die Klage, soweit sie auf einen Anerkennungsvertrag gestützt wird, erscheint also keineswegs dunkel."

II. „Wenn Kläger seinen Anspruch schon deswegen für festgestellt ansieht, weil Beklagter die Angabe der Klage, nach welcher er die Schuld im Gesammtbetrage von 361 Rbl. ausdrücklich anerkannt, nicht besonders in Abrede genommen habe, so übersieht er, daß nach wiederholten Entscheidungen dieses Gerichts die in außerordentlich vielen Klagen enthaltene Angabe, die Forderung sei „anerkannt" worden, zur Begründung einer Klage aus dem Anerkennungsvertrage noch nicht ausreicht*), daß zu der letzteren vielmehr eine genauere Substantiirung dessen erforderlich ist, welchergestalt die Anerkennung erfolgt sei."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 4. Juli 1881, № 136).

1299. Klage aus einem schriftlichen Zahlungsversprechen ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes.

Die Klägerin belangte den Beklagten auf Grund einer von ihm ausgestellten, notariell beglaubigten Obligation, welche lautete:

> Hierdurch bekenne ich für mich, meine Erben und Rechtsnehmer verbindlich, am heutigen Tage der N. N. die Summe von 3500 Rbl. schuldig verblieben zu sein. Indem ich somit durch meine Unterschrift mich zu solcher Schuld bekenne, verpflichte ich mich gleichzeitig, dieses Capital bis zur geschehenen Auszahlung mit 6 pCt. zu verrenten und dasselbe nach 10 Jahren vom heutigen Tage baar und in ungetrennter Summe zu bezahlen.

Der Einwand des Beklagten, daß die Obligation wegen mangelnder Angabe des Verpflichtungsgrundes unverbindlich sei, war durch App.-Erk. des Raths vom 19. November 1880, № 7537 unter Bezugnahme auf die früheren Präjudicate (Band II, № 222 und Band IV, № 537) verworfen worden und auf das von ihm ergriffene Rechtsmittel der Revision erging am 12. Mai 1882 sub

*) Vgl. Band V, № 755 Seite 134.

№ 1001 nachstehender Ukas aus dem IV. Departement des Dirigirenden Senats:

„Im III. Theile des Provinzialrechts der Ostseegouvernements sind besondere Bestimmungen über den Anerkennungsvertrag nicht enthalten; gemäß Art. XXI der Einleitung a. a. O. hat deshalb der Dirig. Senat diejenigen Gesetzesbestimmungen zur Richtschnur zu nehmen, welche wegen ihrer inneren Verwandschaft mit dem Anerkennungsvertrage die Grundlage für die Entscheidung der Frage abgeben können, ob ein Schuldschein, worin der Schuldgrund nicht angegeben ist, rechtsverbindlich sei. Aus den einschlägigen Gesetzesstellen erhellt, daß zum Wesen eines Schuldvertrages, der die Entstehung eines Forderungsrechts (Art. 2907) bezweckt, ein Versprechen von der einen und dessen Annahme von der anderen Seite gehört (Art. 3105 und 3106). Gemäß Art. 3209 und 3212 aber wirkt ein giltig abgeschlossener Vertrag die Verbindlichkeit des Versprechenden, das Versprochene genau zu erfüllen, und gewährt jedem Contrahenten ein Klagerecht auf Erfüllung. Da ein Schuldvertrag beim Vorhandensein der wesentlichen Erfordernisse giltig geschlossen ist, so äußert er auch die in den Art. 3209 und 3212 angegebenen Rechtsfolgen, das heißt er bildet einen ausreichenden Klagegrund. Das im Art. 3106 gebrauchte Wort „Versprechen" soll einzig das gesetzliche Erforderniß ausdrücken, daß der Schuldner die Leistung — im Sinne des Art. 2907 — bezeichnen muß, zu der er sich durch den Vertrag verpflichtet. Das wird auch durch den Art. 3209 bestätigt, wo das Wort Versprechen zur Bezeichnung der Leistung gebraucht wird, welche dem Schuldner vertragsmäßig obliegt. Aus dem Erörterten folgt, daß das Gesetz, wenn in einem Schuldvertrage ein bestimmtes Versprechen des Schuldners erklärt und dasselbe von dem Gläubiger acceptirt ist, eine nähere Angabe des Schuldgrundes zur Liquidität*) des Vertrages nicht weiter verlangt.

Zur Widerlegung dieser — übrigens in der Praxis der Rigaschen Stadtgerichte nach der Zwingmannschen Sammlung während der letzten zehn Jahre constant befolgten — Auslegung des Gesetzes beruft sich Appellant hauptsächlich auf den Artikel 3701, in welchem es heißt: wenn ein Schuldschein zurückgefordert werde, worin die rechtliche Veranlassung der Verpflichtung nicht angegeben sei,

*) Im Original steht: „безспорности (Liquidität)".

so liege ausnahmsweise dem Empfänger (Beklagten) ob, das Dasein einer Schuld zu beweisen. Daraus folgert Appellant, daß ein Vertrag, welcher den Schuldgrund nicht angebe, nicht als liquid angesehen werden könne und nicht erfüllt zu werden brauche, solange der Rechtsgrund der Verpflichtung nicht dargethan sei. Wiewohl der Art. 3701 nur von dem Falle rede, wo ein Schuldschein klageweise zurückgefordert werde, d. h. sich in den Händen des Beklagten befinde, so sei doch der Artikel seinem Sinne nach auch auf die Fälle anwendbar, wo auf Grund eines ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes ausgestellten Schuldscheines auf Erfüllung geklagt werde. Dergleichen Schuldscheinen lege der Art. 3701 nur eine bedingte, unvollkommene Beweiskraft bei und es fehle rechtlich wie logisch an jedem Grunde anzunehmen, daß das Gesetz einem solchen Schuldscheine eine weitergehende Beweiskraft zusprechen sollte, wenn er sich in den Händen des Klägers befinde, als wenn in denen des Beklagten.

Allein es läßt sich andererseits nicht verkennen, daß die Auslegung des Art. 3701 in dem Sinne, daß jeder Schuldschein, welchem die Angabe des Verpflichtungsgrundes fehlt, der vollen Beweiskraft ermangele und von dem Beklagten durch den nackten Hinweis auf diesen Mangel solle entkräftet werden können, zu einem directen Widerspruche des Art. 3701 mit den Art. 3106,, 3209 und 3212 führen würde, indem dann alle Verträge, bei denen die nach Art. 3106 wesentlichen Erfordernisse zwar vorliegen, der Schuldgrund aber nicht angegeben ist, den Schuldner zur Erfüllung überhaupt nicht verpflichten würden, während doch die Art. 3209 und 3212 die Rechtswirksamkeit solcher Verträge anerkennen. Im Hinblicke auf den Art. XX der Einleitung zum III. Theile des Prov.-Rechts, wonach im Zweifel Widersprüche unter den einzelnen Bestimmungen des Privatrechts nicht anzunehmen, vielmehr Stellen welche einander zu widersprechen scheinen, so auszulegen sind, daß entweder die eine durch die andere näher bestimmt und eingeschränkt, oder die eine als Regel aufgefaßt wird, von welcher die andere eine Ausnahme bildet, und in Anwendung dieser Interpretationsregel auf den Art. 3701 findet der Dirig. Senat, daß der letztere solche Schuldscheine im Auge hat, die nicht alle nach Art. 3106 wesentlichen Erfordernisse eines Schuldvertrages enthalten und bei

denen namentlich das Erforderniß des Versprechens fehlt, während für die Annahme desselben durch den Gläubiger im Sinne des Art. 3106 eine rechtliche Vermuthung sich daraus ergiebt, daß der Schuldschein sich in den Händen des Gläubigers befindet. Dieser Auslegung des Art. 3701 steht der dort gebrauchte Ausdruck „Schuldschein" nicht entgegen, da eine Bescheinigung des Inhaltes: „ich bin N. N. 100 Rbl. schuldig" ein Schuldschein ist, ungeachtet dessen, daß er ein Versprechen, dem N. N. die genannte Summe zu bezahlen, nicht enthält.

Die obigen Erwägungen führen zu dem Ergebnisse, daß ein Schuldvertrag, welcher den Entstehungsgrund der Schuld nicht angiebt, aber das Versprechen, dieselbe zu bezahlen, enthält, als ein giltig geschlossener Schuldscheinvertrag*) anzusehen und zu erfüllen ist; daß hingegen ein Schuldschein, welcher nur ein Schuldbekenntniß ohne Zahlungsversprechen und ohne Angabe des rechtlichen Verpflichtungsgrundes enthält, nicht rechtswirksam ist, so lange die causa debendi nicht erwiesen wird.

Die Anwendung vorstehender Erörterungen auf den vorliegenden Fall ergiebt, daß die von der Klägerin beigebrachte Urkunde sowohl den nach Art. 3106 wesentlichen Erfordernissen jedes Schuldvertrages, als auch den speciellen Erfordernissen des Schuldanerkennungsvertrages entspricht, da sie das ausdrückliche Versprechen des Beklagten enthält, die von ihm der Klägerin geschuldete Summe . . . zu bezahlen, und daß Klägerin daher nicht verpflichtet werden kann, außerdem noch den Entstehungsgrund der Verbindlichkeit des Beklagten zu beweisen."

1300. Ueber die Klagbarkeit eines Schuldscheines, welcher weder die Angabe des Schuldgrundes, noch ein Zahlungsversprechen enthält.

I. Das App.-Erk. des Raths vom 4. Februar 1883, № 815 hat bei Entscheidung eines Rechtsfalles, in welchem aus einer Urkunde folgenden Inhaltes:

Rubel 3000 von Herrn S. G. empfangen zu haben und schuldig zu sein, bescheinigen hiermit N. N.

Riga, am 15. Februar 1879

geklagt war, Nachstehendes ausgeführt:

*) Im Original: „договоръ долговой росписки (Schuldschein)".

„Die durch Bähr begründete Lehre vom Anerkennungsvertrage ist als ihrem ganzen Umfange nach auch im Gebiete des baltischen Provinzialrechts anwendbar dargestellt worden von Hollander, in der Dorp. jur. Zeitschrift Jahrg. VI, Heft 3, pag. 166 ff. Erdmann's (ebds. Jahrg. VII., Heft 2, pag. 113 ff.) gegen diese Darstellung erhobenen Bedenken werden, wie die Zwingmannsche Präjudicatensammlung ausweist, von den Rigaschen städtischen Gerichten keineswegs durchweg getheilt, vielmehr ist die Tendenz der hiesigen Praxis augenscheinlich darauf gerichtet, dem Anerkennungsvertrage, als einem Bedürfnisse des modernen Rechtslebens, möglichst ausgedehnte Geltung zu verschaffen. Auf eine Grenze, welche diesem Bestreben durch unser codificirtes Privatrecht gesetzt ist, hat aber zugleich mit Erdmann in überzeugender Darlegung hingewiesen Gürgens a. a. O., Jahrgang VII., Heft 2, pag. 168 ff.

Die letztgenannte Arbeit, so weit sie hier in Betracht kommt, gipfelt in dem Satze, daß eine cautio indiscreta ohne damit verbundenes Zahlungsversprechen nach hiesigem Rechte der Klagbarkeit entbehrt. — Speciell diese Frage: die Bedeutung des Art. 3701 Pkt. 3 des III. Thls. des Prov.-Rechts gegenüber der Lehre von der Anerkennung als Verpflichtungsgrund für die Fälle, wo nicht ein ausdrückliches Haftungsversprechen vorliegt, ist in den zahlreichen bei Zwingmann a. a. O. abgedruckten Entscheidungen nur zwei Mal (vgl. Bd. V, № 757 II. und Bd. VI, № 1025) beantwortet worden und zwar beide Male vom Vogteigerichte übereinstimmend mit dem Ergebnisse der Gürgens'schen Arbeit. Daß nicht auch die übrigen Gerichte Gelegenheit gehabt haben, diesen Streitpunkt zu erledigen, erklärt sich aus dem Umstande, daß im Verkehr in der Regel der cautio indiscreta das Zahlungsversprechen hinzugefügt wird und zwar mit Angabe des Zahlungstermins. Auch seitens des Raths liegt eine ausdrückliche Entscheidung in dieser Richtung nicht vor. Wenn Hollander (s. a. a. O. pag. 208, № 3) auf den Querelbescheid des Raths vom 12. Juni 1874, № 3718 (s. Zwingmann Bd. III, № 462) hinweist, so erscheint das hier nicht vollständig zutreffend. Die Motive jenes Erkenntnisses enthalten allerdings den Satz, daß die Anerkennung „mit oder ohne Zahlungsversprechen" einen selbstständigen Verpflichtungsgrund schaffe, es handelt sich aber dort nicht um eine cautio indiscreta, sondern aus-

drücklich um die Anerkennung „in Bezug auf ein aus irgend welcher erlaubten Obligation herrührendes Schuldverhältniß" und daß die Anerkennung, wofern nicht eine cautio indiscreta in Betracht kommt, eine klagbare Verpflichtung erzeugt, wird gegenwärtig von der hiesigen Praxis ebensowenig bestritten, wie die Klagbarkeit des acceptirten abstracten Summenversprechens (Prov. Recht Thl. III, Art. 3106).

Der Art. 3701, Pkt. 3 a. a. O. setzt nun fest, daß gegenüber der auf Rückgabe eines Schuldscheins gerichteten cautio indiscreta, wenn im Schuldschein die rechtliche Veranlassung der Verpflichtung nicht angegeben ist, ausnahmsweise der Beklagte, also der Empfänger des Scheins, das Dasein einer Schuld zu beweisen habe. Hollander (a. a. O. pag. 206, 207) will diese Bestimmung ganz restrictiv interpretiren und sie einzig und allein für den Fall der condictio indebiti auf Rückgabe des Schuldscheins gelten lassen; er beruft sich dabei allerdings auf zwei Entscheidungen städtischer Untergerichte (Zwingmann I, pag. 125; III, pag. 425). Beide Präjudicate sind jedoch insofern hier nicht maßgebend, als es sich dabei um Schuldscheine handelte, die mit einem Zahlungsversprechen verbunden waren. Die Klagbarkeit der nackten cautio indiscreta kam also damals nicht in Betracht. Jene Interpretation scheitert aber an der Erwägung, daß jedes im Klagewege geltend zu machende Recht auch als Einrede muß wirken können, und wenn bei der Klage aus der cautio indiscreta der Kläger gegenüber der bezüglichen Einrede zum Beweise der materiellen causa debendi genöthigt wird, so ist damit die Klagbarkeit der cautio indiscreta als solcher illusorisch gemacht (Gürgens a. a. O.) Die zugleich als Quelle zum Art. 3701 Pkt. 3 angezogene Stelle des canonischen Rechts verpflichtet übrigens offenbar ohne Rücksicht auf die Parteistellung im Processe, allgemein den „adversarius" des Ausstellers der cautio indiscreta zum Beweise. Wollte man aber etwa deduciren: der Beklagte habe zwar nicht das Recht dem Kläger die Beweislast zuzuwälzen, er sei jedoch befugt, wie das bei der condictio indebiti seine Pflicht ist (Art. 3700 a. a. O.), den Beweis zu führen, daß das Schuldbekenntniß ohne eine thatsächlich zu Grunde liegende causa debendi abgegeben sei, so findet eine solche Interpretation im Gesetze und gar in den Quellenstellen keinerlei Grundlage. Praktisch würde es sich auch, genau genommen, für den

Beklagten um einen unmöglichen Beweis handeln. Der Art. 3700 spricht von dem Beweise der Nichtexistenz einer bestimmten, vom Promittenten (Art. 3696) gemeinten Schuld, es kann dabei auf Thatsachen gegriffen werden, welche diese Nichtexistenz darthun. Dem nackten Schuldbekenntniß, welches die causa nicht erwähnt, gegenüber hätte aber der Beklagte zu beweisen, daß überhaupt niemals zwischen ihm und dem Gegner ein Rechtsverhältniß bestanden habe, welches ihn, den Beklagten, zur Abgabe des Schuldbekenntnisses hätte veranlassen können. Die Frage wird auch nicht gelöst durch Hinweis auf das Beweismittel der Eideszuschiebung. Dem Kläger würde der Eid zuzuschieben sein entweder darüber, daß „eine" materielle causa existirt habe — was füglich nicht möglich ist, wenn der Kläger nicht verpflichtet ist, die specielle causa anzugeben — oder aber darüber, daß der Beklagte bei Ausstellung der cautio indiscreta den ernstlichen Verpflichtungswillen gehabt habe. Dieser Wille des Beklagten, wenn von der materiellen Verhandlung ganz abgesehen wird, ist offenbar für den Kläger ein factum alienum, der Eid kann also vom Delaten nicht geleistet werden. Der Art. 3701 Pkt. 3 a. a. O. schließt also die Anwendung der Grundsätze vom Anerkennungsvertrage aus, wenn ein die materielle causa garnicht erwähnendes Schuldbekenntniß vorliegt. Diese mangelnde Klagbarkeit der cautio indiscreta kann keineswegs ohne weiteres als ein Nachtheil für den Rechtsverkehr bezeichnet werden. Grundlage des Anerkennungsvertrages ist der vom Mitcontrahenten acceptirte Wille des Anerkennenden; um einen solchen Willen auch beim indiscreten Schuldbekenntniß construiren zu können, müßte man den Satz aufstellen, daß der Unterzeichner der cautio indiscreta schon mit der Unterzeichnung beurkundet habe, er wolle nicht nur die derzeitige Existenz der Schuld bestätigen, sondern auch darauf verzichten, dieser Schuld gegenüber Einreden aus dem ursprünglichen materiellen Rechtsverhältniß geltend zu machen (vgl. Zwingmann, Bd. V № 756, 2 und 3). — Daß eine solche Folgerung stets dem allgemeinen Rechtsgefühl entsprechen würde, muß füglich bezweifelt werden, zumal für die Constituirung einer derart formalen Verpflichtung dem Verkehr im Wechselvertrage die geeignete Form geboten ist (vgl. hierzu Erdmann a. a. O. pag. 166 und 167; pag. 158). Und nicht ein Mal der speciellen Wechselform bedarf es, viel-

mehr genügt zur Klagebegründung das abstracte Zahlungsversprechen des Beklagten, welches mit der Annahme des Schuldscheins, spätestens mit der Klageerhebung seitens des Promissars acceptirt erscheint.

Hier liegt nach dem Wortlaut fraglos der Vertragswille vor, welchen den Gesetzgeber dem indiscreten Empfangs- und Schuldbekenntniß durch den Art. 3701 Pkt. 3. a. a. O. absprechen will. Es ist daher nicht vollkommen scharf, wenn Gürgens (a. a. O. pag. 177) das Schlußergebniß seiner überall zutreffenden Interpretation dahin formulirt, daß ein indiscretes Schuldbekenntniß ohne gleichzeitiges Zahlungsversprechen nicht klagbar sei, wohl aber in Verbindung mit einem Zahlungsversprechen und ebenso auch letzteres allein. Bei der Verbindung von cautio indiscreta und Zahlungsversprechen wird die Klagbarkeit des Schuldscheins nach provinziellem Privatrecht nur durch das Zahlungsversprechen bewirkt; das Empfangsbekenntniß tritt ganz zurück und kommt nur in Betracht, insofern nach der üblichen Form der Schuldscheine das Zahlungsversprechen auf die im vorausgehenden Schuldbekenntniß erwähnte Schuldsumme verweist. Das Schlußergebniß der Untersuchung ist hiernach so zu fassen: die cautio indiscreta ist nach unserem Privatrecht niemals klagbar, das zweifellos nachgewiesene abstracte Zahlungsversprechen dagegen immer.

Diese Sätze auf die vorliegenden Schuldscheine angewandt, führen zur Bestätigung der vom Unterrichter decretirten Klageabweisung, denn ihrem Wortlaute nach enthalten die Scheine nichts mehr, als ein indiscretes Empfangs- und Schuldbekenntniß; das Zahlungsversprechen fehlt. Die Appellanten deduciren nun, daß in der schließlich abgegebenen Erklärung, eine Summe „schuldig zu sein", nothwendig auch das Versprechen diese Summe zu bezahlen liege, und keine geringere Autorität, als Bähr selbst (Anerkennung pag. 257) stellt denselben Satz auf mit den Worten: „Wenn ich beurkunde („bescheinige" „bekenne") schuldig zu sein, so will ich mich auf diese Schuld verpflichten. M. a. W. das urkundliche Schuldbekenntniß enthält stillschweigend ein Zahlungsversprechen".*) Allein es ist bereits von Gürgens (a. a. O.

*) Vgl. auch Ihering, Ernst und Scherz in der Jurisprudenz, S. 51 und 52.

pag. 174) darauf hingewiesen worden, daß dieser Satz für das gemeine Recht erst aufgestellt werden konnte, nachdem die l. 25 D. de prob. (XXII, 3) von den Theoretikern theils für unecht, theils für unverbindlich erklärt worden war. Der § 4. der l. 25 ist dagegen im Prov.-Recht speciell als Quelle für den Art. 3701 Pkt. 3 aufgeführt, zugleich mit dem ganz zweifellos die Klagbarkeit der cautio indiscreta verneinenden c. 14 X. de fide inst. (II, 22). — Die Herstellung der Klagbarkeit der schriftlichen cautio indiscreta durch Folgerung des nicht ausdrücklich abgegebenen Zahlungsversprechens aus dem Schuldbekenntniß würde nach provinziellem Rechte einfach einer Beseitigung des Art. 3701 Pkt. 3 gleichkommen, sie ist also unmöglich."

II. Auf das klägerischerseits eingelegte Rechtsmittel der Revision erging aus dem IV. Departement des Dirigirenden Senats am 18. Juni 1884 sub № 1615 nachstehender Ukas:

„Nach Art. 3105, 3106 und 3209 des III. Theils des Prov.-Rechts des Ostseegouvernements gehört zum Wesen eines Schuldvertrages, welcher die Entstehung eines Forderungsrechtes zum Zweck hat, ein Versprechen von der einen und dessen Annahme von der anderen Seite. Bei Prüfung des Ausdrucks „Versprechen" im Art. 3106 entstehen nothwendig folgende zwei Fragen:

1) in welcher Weise kann überhaupt das Versprechen erklärt werden? und

2) ist jede Erklärung eines Versprechens ausreichend, um im gegebenen Falle einen Vertrag zu begründen?

In Betreff der ersten Frage findet der Dirig. Senat, daß ein Versprechen entweder mit ausdrücklichen Worten (expressis verbis) gegeben oder aus dem Sinne des gegebenen Vertrages selbst gefolgert werden kann. Was aber die Bedeutung eines solchen stillschweigend erklärten Versprechens anlangt, so ist zu bemerken, daß weder im Art. 3106 a. a. O., noch in anderen Bestimmungen des Gesetzes der Satz enthalten ist, daß ein Versprechen gerade mit ausdrücklichen Worten (expressis verbis) erklärt werden müsse; daraus folgt nothwendig, daß nicht nur das unmittelbar [ausdrücklich], sondern auch das mittelbar [stillschweigend] erklärte Versprechen den hier fraglichen Erfordernissen des Gesetzes zu genügen ver-

mag. Bei Anwendung dieser Erörterungen auf den vorliegenden Fall findet der Dirig. Senat, daß die Fassung der streitigen Schuldurkunde: „ich habe von Jemand eine gewisse Summe erhalten und bin ihm dieselbe schuldig" zweifellos zu der Annahme führt, N. N. habe, indem er diesen Schein ausstellte, eben dadurch sich auch verpflichten wollen, den darin angegebenen Geldbetrag einmal zu bezahlen. In dem Schuldscheine ist allerdings weder die Zeit, noch die Art und Weise der Erfüllung des von N. N. übernommenen Versprechens angedeutet, allein in der Anerkennung des Schuldigseins selbst ist schon das Versprechen der Zahlung im Sinne des Art. 3641 a. a. O. zu finden.

Was das zweite im angezogenen Artikel aufgestellte Erforderniß der Annahme des Versprechens angeht, so kann diese — wie die Appellanten richtig bemerken — darin gefunden werden, daß die Schuldurkunde sich in den Händen der Appellanten befindet, da dieser Umstand die rechtliche Vermuthung für die Annahme des Versprechens durch den Gläubiger im Sinne des Art. 3106 erzeugt. Demnach ergiebt sich, daß der streitige Schuldschein den von dem Provinzialrecht aufgestellten Erfordernissen eines Schuldvertrages genügt. Beim Vorhandensein der wesentlichen Erfordernisse eines Schuldvertrages, des Versprechens und seiner Annahme, kann letzterer auf Grund der Art. 3209 und 3212 a. a. O. als Grundlage einer Klage dienen; der Art. 3701 a. a. O. aber ist — wie dies vom Dirig. Senate in seiner Entscheidung vom 11. März 1882 anerkannt ist — unter solchen Umständen für die Beurtheilung der Sache ohne Bedeutung.

In Folge aller dieser Erwägungen gelangt der Dirig. Senat zu dem Schlusse, daß der beigebrachte Schuldschein einen Klagegrund abzugeben geeignet ist, wobei jedoch die Möglichkeit der Erhebung von Einreden gegen die Materie (существо) dieses Scheines nicht ausgeschlossen ist.

Demnach hätten die Unterinstanzen bei ihrer Entscheidung auf die Sache selbst eingehen sollen ꝛc. ꝛc."

III. Ebenso heißt es in dem Erkenntnisse der II. Section des Landvogteigerichts vom 4. Januar 1882, № 1:

„da in der ausgeklagten und von Beklagtem anerkannten Schuldverschreibung ein Zahlungsversprechen zwar nicht ausgedrückt ist, da es sich jedoch von selbst versteht, daß derjenige, welcher bekennt oder bescheinigt schuldig zu sein, auch zahlen will („wer nicht zahlen will, der stellt auch keinen Schuldschein aus", Bähr, Anerkennung, 2. Aufl. S. 257 und 305), das urkundliche Schuldbekenntniß mithin ein stillschweigendes Zahlungsversprechen enthält;

da Beklagter sich der Klage gegenüber nicht auf solche Umstände berufen hat, welche, wenn sie bewiesen werden, die Entkräftung der Urkunde nach sich ziehen würden (entschuldbarer Irrthum, Zwang, Simulation, Verstoß gegen ein Gesetzesverbot 2c.);

da somit die Klage aus der Schuldanerkennung durch den beigebrachten Schuldschein an sich vollständig begründet erscheint 2c."

1301. Behauptung des Beklagten, als offener Stellvertreter eines Dritten contrahirt zu haben. Voraussetzungen der Kenntniß des Klägers von der Stellvertretereigenschaft.

Der von dem Droguenhändler B. auf Bezahlung ihm verkaufter und gelieferter Droguen belangte Provisor N. gab zu, die fraglichen Waaren beim Kläger bestellt und sie auch erhalten zu haben, behauptete jedoch, daß er für die Zahlung nicht zu haften brauche, weil er die Bestellung nur als Verwalter der, einem Consortium gehörigen, Apotheke gemacht habe und dem Kläger dieses Rechtsverhältniß auch bekannt gewesen sei. Gleichwohl wurde er durch den Querelbescheid des Raths vom 26. Januar 1883, № 635 aus folgenden Gründen zur Zahlung verurtheilt:

„Beklagter hat alle wesentlichen Klageanführungen als richtig zugestehen müssen. Folgerichtig konnte nur er als Contrahent angesehen werden, es sei denn daß von den Parteien etwas Anderes gewollt ist und dieser Wille auch in geeigneter Weise seinen Ausdruck gefunden hat. Die Behauptung des Beklagten aber, als Stellvertreter eines Dritten contrahirt zu haben, enthält unter allen Umständen eine Einrede, welche im Streitfalle vom Excipienten zu erweisen ist, wie solches in der Rechtsprechung der städtischen Ge-

richte wiederholt anerkannt worden ist (civilrechtl. Entscheid. IV, S. 154). Wenn es daher auf eine Beweisführung überhaupt noch ankam, so konnte nicht Kläger, sondern nur Beklagter mit derselben beschwert werden. Beklagter hat aber eine Einrede, welche ihn von der persönlichen Verantwortung zu befreien geeignet wäre, in schlüssiger Weise gar nicht vorgebracht. Die bloße Stellvertretereigenschaft des Beklagten an sich, d. h. der Umstand, daß Beklagter von einem Consortium hiesiger Apotheker als ihr Stellvertreter bzw. Verwalter der fraglichen Filialapotheke eingesetzt worden ist, befreit den Beklagten noch nicht schlechthin von allen für die Apotheke eingegangenen Verpflichtungen. Hat nämlich Beklagter nur als stiller Stellvertreter gehandelt, d. h. den Vertrag zwar anstatt des Principals, aber nicht auf dessen Namen abgeschlossen, so äußert ein solcher Vertrag nach Art. 3111 des Privatrechts seine Wirkung zunächst nur für und gegen den Stellvertreter. Um den Principal unmittelbar zu verpflichten, mußte Beklagter nach Art. 3110 als offener Stellvertreter handeln, d. h. den Vertrag direct im Namen des Principals abschließen und sich hierbei in den Grenzen seiner Befugnisse halten. Beklagter hat sich aber auf die Versicherung beschränkt, daß dem Kläger das in Frage kommende Rechtsverhältniß bekannt gewesen sei, und hinzugefügt, daß auch die Bestellzettel in ihrem Kopfe die Firma der ... Filialapotheke getragen hätten, und hiedurch kann die Einrede des unrichtig Beklagten nicht für genügend substantiirt erachtet werden. Beklagter hätte zum Mindesten nähere Angaben darüber machen sollen, worauf sich das angebliche Wissen des Klägers gegründet habe, weil nur in diesem Falle das Gericht zu beurtheilen in der Lage gewesen wäre, ob das Wissen des Klägers die ausdrückliche Erklärung des Beklagten, namens eines Dritten zu contrahiren, ersetzte oder nicht*). Wenn Kläger z. B. zufällig oder gerüchtweise vernommen hätte, daß Beklagter Stellvertreter eines Consortiums sei, welchem die Filialapotheke gehöre, so brauchte er noch nicht zum Schlusse zu gelangen, daß die Bestellungen des Beklagten namens dieses Consortiums erfolgt seien. Auch die mit der Firma „. . . Filialapotheke" versehenen Bestellzettel brauchten einen solchen Schluß nicht hervorzurufen, weil Kläger sehr wohl der Meinung sein konnte, daß Be-

*) Vgl. Band VI, № 1031, 1032 und 1220.

klagter selbst Inhaber oder Pächter jener Apotheke sei und für seine Bestellungen selbst zu verantworten habe."

1302. Beweislast bezüglich der Stellvertretereigenschaft des Beklagten, wenn die Factura auf den Namen des angeblichen Principals vom Kläger ausgefertigt ist.

B. hatte bei T. eine größere Quantität Anilinfarben bestellt und dieselben auch von B. zugefertigt erhalten, jedoch mit einer Factur die auf den Namen des F. lautete. Als T. den Kaufpreis gegen B. einklagte, erklärte dieser, er habe den Kauf als Stellvertreter seines Principals F. abgeschlossen, wogegen T. erwiderte, Beklagter B. habe ausdrücklich für sich selbst gekauft und nur deshalb gebeten, die Factur auf F.'s Namen zu stellen, weil er selbst nicht zur Gilde steuere und daher nicht selbständig Handel treiben dürfe.

Das Wettgericht legte dem Beklagten den Beweis darüber auf, 1) daß er die streitigen Anilinfarben beim Kläger im Namen F.'s bestellt und 2) daß F. entweder a) ihn zu solcher Bestellung beauftragt oder b) dieselbe hinterher genehmigt habe. Diese Entscheidung wurde in dem Querelbescheide vom 27. April 1883, № 2839 aus folgenden Gründen bestätigt:

„Der Natur der Sache nach kann zunächst nur derjenige als Contrahent angesehen werden, der ein Geschäft beredet und abschließt. Da es nun unbestritten ist, daß Beklagter die Anilinfarben beim Kläger bestellt hat, und da der gleichfalls unbestrittene Umstand, daß dieser Bestellung gemäß die Waare an die Adresse eines Dritten (des F.) abzusenden waren und auch abgesandt worden sind, für die Beurtheilung des Vertragsverhältnisses nicht maßgebend ist, so muß Beklagter als Contrahent angesehen werden, sofern er nicht solche (von ihm zu beweisende) Einredebehauptungen vorzubringen im Stande ist, welche auf eine andere Person als den eigentlichen Contrahenten hinweisen.

Beklagter hat nun in der That behauptet, daß er das Geschäft im Namen seines Principals F. abgeschlossen und daß er solches auch bei der Bestellung erklärt habe; er will mithin offener Stellvertreter F.'s gewesen sein. Diese Einrede des Beklagten ist jedoch keineswegs vom Kläger als wahr zugestanden worden. Dieser hat vielmehr ausdrücklich geltend gemacht, daß Beklagter bei

der Bestellung erklärt habe, er mache das Geschäft für eigene Rechnung, mithin in eigenem Namen, und bitte nur die Factura auf den Namen F.'s zu stellen, da er nicht zur Gilde steuere. Das klägerische Zugeständniß, dieser Bitte gewillfahrt und die Factura auf den Namen F.'s ausgestellt zu haben, kann mit dem Zugeständniß der Einredebehauptung des Beklagten, er sei offener Stellvertreter F.'s gewesen, durchaus nicht identificirt werden .... Wenn daher Kläger schon in der Klage angeführt hat, daß die Factura zwar auf den Namen F.'s ausgestellt, daß aber nichtsdestoweniger das Geschäft für Rechnung und im Namen des Querulanten abgeschlossen worden sei, so liegt in dieser Anführung keineswegs eine anticipirte Replikbehauptung, welche den Kläger beweispflichtig machen würde, sondern ein anticipirtes Leugnen einer erwarteten Einrede. Beklagter kann daher von der Beweisführung nicht für befreit erachtet werden, wogegen es ihm anheimgestellt bleibt, sich im Beweisverfahren auf die Factura bzw. auf die Geschäftsbücher des Klägers zu berufen.

Auch der zweite Beweissatz kann nicht, wie Beklagter meint, für überflüssig erachtet werden. Kläger hat überhaupt nicht zugegeben, daß Beklagter die Eigenschaft eines offenen Stellvertreters gehabt habe. Zu dieser Eigenschaft gehört aber nicht nur, daß der Stellvertreter das Geschäft auf den Namen des Principals abschließt (Art. 3110 des Prov.-Rechts Th. III), sondern in gleicher Weise, daß er zur Stellvertretung überhaupt berechtigt gewesen ist oder daß doch der Vertretene nachträglich den Vertrag genehmigt hat (Art. 3113 a. a. O.). Selbst, wenn es feststände, daß Querulant sich als offener Stellvertreter gerirt hätte, wäre er verantwortlich, wenn er nicht auch zugleich seine Berechtigung zur Stellvertretung nachzuweisen im Stande wäre."

1303. Ueber die Zulässigkeit der Mortification von Zinscoupons bzw. Talons.

„Impetrant hat als Inhaber von 201 Stück der au porteur ausgestellten 5% Obligationen der Riga-Dünaburger Eisenbahngesellschaft IV. Emission bei der Anzeige, daß ihm die dazu gehörigen, erst kürzlich erneuerten Talons nebst anhängigen Coupons vom Augusttermin 1883 ab gestohlen, resp. abhanden gekommen seien,

und bei dem Erbieten, das Abhandengekommensein derselben eidlich zu erhärten, die Einleitung des Mortificationsverfahrens wegen der abhanden gekommenen Talons und Zinscoupons, vor allem also den Erlaß eines Mortificationsproclams beantragt. Impetratin hat in erster Reihe gegen die Mortificirung der Talons und Coupons Protest erhoben und dieser Protest erscheint, soweit er auf die Zinscoupons sich bezieht, allerdings gerechtfertigt.

Zwar ist die Frage über die Kraftloserklärung verlorener Zinscoupons in der Doctrin und modernen Gesetzgebung nicht stets verneinend beantwortet worden. So namentlich will Souchay, in Lindes Zeitschrift Bd. V p. 50 (vgl. Holzschuher, Theorie und Casuistik II, p. 194) die Amortisation und Mortification abhanden gekommener Zinscoupons überall da zulassen, wo die Verordnungen des einzelnen Staates überhaupt die Amortisation der Papiere au porteur gestatten. Dagegen verfolgt die neuere Gesetzgebung, wenn sie die Kraftloserklärung von verlorenen Inhaberpapieren überhaupt nicht vollständig ausschließt, die Tendenz, die Amortisirung von Coupons zu beseitigen, sofern sie nicht etwa bei einzelnen Papieren ausdrücklich anerkannt sein sollte (vgl. Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von W. Endemann, Band 2, p. 222 und 223).

Nach dem baltischen Provinzialrecht, welches im Theil III Art. 3128 die Mortificirbarkeit von Inhaberpapieren ausdrücklich anerkennt, würde der Kraftloserklärung der unter der Herrschaft dieses Rechts ausgestellten, auf den Inhaber lautenden Zinscoupons principiell nichts entgegenstehen, da diese Zinscoupons, wenngleich sie den Bestand einer Hauptforderung voraussetzen, doch immerhin Träger einer selbständigen Forderung und daher auch unabhängig von dem Besitze des Capitalscheines oder der Hauptobligation circulationsfähig sind, somit auch unter die allgemeinen Vorschriften über Inhaberpapiere zu stellen sind. Dieser allgemeine Grundsatz erleidet aber nothwendig eine Modification, wenn im concreten Falle die Emissionsbedingungen, welchen der Natur der Sache nach jeder Gläubiger aus den emittirten Werthpapieren unbedingt sich zu fügen hat, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend (präsumtiv) die Amortisirbarkeit von Zinscoupons ausschließen. Das ist aber im Fragefalle in Bezug auf Zinscoupons der impetratischen Eisenbahn-

obligationen, soweit eine vollständige Papiervernichtung nicht nachweisbar ist, entschieden anzunehmen. Die Zinscoupons der Riga-Dünab.-Eisenbahn-Obligationen IV. Emission haben nämlich folgenden Text: „Der Inhaber dieses Coupons erhält am — — — 2 Rbl. 50 Cop. Credit in Riga, St. Petersburg, Moskau und London an den von der Direction bestimmten Zahlungsstellen." Während die Hauptobligation einen freien Raum läßt für die Außercourssetzung derselben durch Umschreibung auf den Namen („diese Obligation ist eingetragen auf den Namen — — —") ist ein ähnlicher Raum zu dem erwähnten Behufe auf den Zinscoupons nicht reservirt. Ferner erklärt der § 9 des Allerhöchst am 18. März 1872 bestätigten Emissionsplanes wohl die Umschreibung der Obligation, nicht aber auch die der Zinscoupons auf den Namen für möglich. Hiernach steht fest, daß die Außercourssetzung der Obligationen nicht auf die Zinscoupons selbst influiren soll; wenn auch die Obligation selbst nur durch Zahlung an den durch den Namensvermerk legitimirten Besitzer wirksam getilgt werden kann, so soll doch bei der entsprechenden Zinsverbindlichkeit die Zahlung an den beliebigen Vorweiser des Coupons statthaft sein. Erwägt man ferner, daß, wie notorisch ist, eine Prüfung in Frage kommender Zinscoupons auf ihre fortdauernde Giltigkeit vor der Zahlung nicht stattfindet und ohne erhebliche Belästigung des Publicums auch nicht stattfinden kann, zumal die Impetratin nicht allein in Riga, sondern noch in anderen Städten für die Einlösbarkeit der Coupons Sorge zu tragen hat; erwägt man endlich, daß unter solchen Umständen die Mortificirung von Zinscoupons, die nicht vernichtet sind, und die Ersetzung derselben durch neuauszustellende, der Impetratin die Verpflichtung zu doppelter Zahlung auferlegen würde — was bei der Emission jedenfalls nicht als Vertragsbestimmung vorausgesehen worden ist —, so wird anerkannt werden müssen, daß Zinscoupons der in Rede stehenden Gattung, deren Vernichtung wider den Willen des zeitweiligen Inhabers nicht nachweisbar ist, nicht der Mortification unterliegen. Vielmehr wird in solchem Falle das Emissionsinstitut zur Zahlung der Zinscoupons an den Inhaber der Hauptobligation unter Umständen erst nach Ablauf der für die Zinscoupons laufenden Verjährung, falls innerhalb dieser Verjährungsfrist die Coupons zur

Einlösung nicht präsentirt sind, verpflichtet werden können. Andrerseits ist der Inhaber der Hauptobligation auch berechtigt, gegen den unredlichen Erwerber der Zinscoupons die Eigenthumsklage anzustellen.

Anders liegt die Sache, wenn es sich um Zinscoupons handelt, deren gänzliche Vernichtung bewiesen, oder doch durch einen Eid des bisherigen Inhabers glaubhaft gemacht werden kann; hier wäre die Kraftloserklärung allerdings zulässig. In diesem Falle nämlich würde die Möglichkeit einer doppelten Bezahlung der Coupons regelmäßig ausgeschlossen sein und, wenn dennoch eine wiederholte Zahlung auf Grund des angeblich vernichteten Papiers gefordert werden sollte, würde der Antragsteller wegen Erschleichung des Mortificationsproclams zur Verantwortung und zum Ersatz herangezogen werden können. Im Fragefalle hat aber Impetrant garnicht die gänzliche Vernichtung des Papiers zu behaupten vermocht.

Was endlich die Talons, deren Mortification beantragt worden ist, anlangt, so steht deren Kraftloserklärung an sich selbst dann nichts entgegen, wenn sie in der That noch in der Hand eines Dritten sich befinden und nicht vollständig vernichtet sein sollten. Denn einmal ist der Talon behufs Empfanges eines neuen Couponbogens nur bei der Direction zu präsentiren; dieselbe ist im Stande die Tauglichkeit des Talons zu prüfen, und die Möglichkeit des Mißbrauches des amortisirten Talons ist daher vollkommen ausgeschlossen. Andererseits ist der Talon gar kein selbstständiges Werthobject, er hat nur die Bestimmung, die Legitimation des Besitzers zum Bezuge neuer Zinsscheine zu erleichtern und die Vorlage der Hauptobligation selbst zu diesem Zwecke unnöthig zu machen (vgl. Civilrechtl. Entscheidungen V, S. 149 und Civilrechtl. Entscheid. des Reichsgerichts IV, S. 141). Der Talon kommt somit nur als Pertinenz des Inhaberpapiers in Betracht, kann durch den rechtmäßigen Besitzer des letzteren von jedem Dritten reclamirt werden und darf daher unter Umständen, welche die Annahme des Abhandenkommens desselben rechtfertigen, als einfaches Legitimationspapier für ungiltig erklärt werden. Für die Einleitung eines Mortificationsverfahrens ist aber keineswegs der stricte Nachweis des Verlustes erforderlich, vielmehr wird die eidliche Erhärtung des

Besitzers der Hauptobligationen, daß ihm die Talons dazu abhanden gekommen sind, vollständig genügen."

Die Sache, in welcher vorstehender Bescheid des Vogteigerichts vom 12. December 1883, № 280 ergangen war, fand in der Apellationsinstanz ihre Erledigung, ohne daß es dort zu einer Entscheidung in Betreff der streitigen Rechtsfragen kam.

1304. Beweislast bei der Suspensivbedingung.

Beklagter war aus einem Bauvertrage dem Kläger 2800 Rbl. schuldig verblieben. Auf Zahlung desselben belangt, wandte er ein, die Schuld habe vereinbarungsmäßig in monatlichen Raten von je 25 Rbl. beginnend mit dem 1. Januar 1884 getilgt werden sollen. Kläger erwiderte, er sei auf die Stundung nur eingegangen, falls Beklagter ihm über die Schuld eine Obligation ausstelle und diese auf sein Immobil ingrossiren lasse, was Beklagter nicht gewollt habe.

Die II. Section des LVG. legte hierauf dem Beklagten den Beweis auf, daß schlechthin vereinbart sei, er habe die Schuld in monatlichen Raten von 25 Rbl. vom 1. Januar 1884 ab zu bezahlen. Diese Entscheidung wurde in dem Querelbescheide des Raths vom 16. März 1884, № 1983 aus folgenden Gründen bestätigt.

„Querulant deducirt, daß durch das Zugeständniß des Klägers die Vereinbarung rücksichtlich der Tilgung der Schuld in monatlichen Raten von 25 Rbl. bereits festgestellt sei, so daß es eines Beweisverfahrens hierüber nicht bedürfe; die außerwesentlichen Nebenbestimmungen des Stundungsvertrages aber habe Kläger, welcher sich darauf berufen habe, zu beweisen . . . . Diesen Ausführungen kann nicht beigepflichtet werden. Die Erklärung des Klägers auf die Stundungseinrede darf nicht als Zugeständniß des Vertragsschlusses rücksichtlich der Stundung bei gleichzeitiger Behauptung außerwesentlicher Nebenberedungen construirt werden. Es handelt sich vielmehr um die Behauptung des Klägers, unter einer Suspensivbedingung contrahirt zu haben, und daß in einer solchen Einlassung auf die Klage nur ein motivirtes Leugnen zu sehen sei, haben die städtischen Gerichte bereits wiederholt anerkannt (vgl. civilrechtl. Entscheid. VI, № 1037 und die Allegate daselbst).

Nach dem Satze: in excipiendo reus fit actor trifft also vorliegenden Falls den Beklagten die Beweislast darüber, daß der Stundungsvertrag so abgeschlossen sei, wie er es behauptet, d. h. unbedingt . . . . Der Beweis des unbedingten Vertragsschlusses ist erbracht, wenn dargethan ist, daß die in Frage kommende Bedingung nicht ausdrücklich erwähnt wurde."

1305. Klagebegründung und Beweislast bei der Klage auf Schadensersatz wegen nicht erfüllten Vertrages.

Kläger hatte dem Inhaber eines Dienstmann-Institutes eine Partie durch Feuer beschädigten und auf einem freien Platze in Stapeln gelegten Hanfes zur Bewachung übergeben. Er behauptete, daß trotz der Bewachung 500—600 Pud Hanf gestohlen seien und belangte den Inhaber des Dienstmann-Institutes auf Ersatz ihres Werthes. In Betreff der unter den Parteien streitig gewordenen Beweislast erkannte das App.-Erk. des Raths vom 30. März 1883, № 2243:

„Die Verantwortlichkeit des Beklagten für die von ihm als Unternehmer des Dienstmann-Instituts übernommene Bewachung des klägerischen Hanfes geht nach Art. 4235 des Prov.-Rechts, Th. III in die Verbindlichkeit zum Schadensersatz über,*) sobald der zu bewachende Hanf nicht vollständig abgeliefert, sondern zum Theil abhanden gekommen ist. Was die Begründung des klägerischen Ersatzanspruches bzw. die Beweislast anbetrifft, so . . ist bereits in dem App.-Erk. vom 15. Novbr. 1878, № 7746**) anerkannt, daß derjenige, welcher von seinem Vertragsschuldner statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, zur Begründung seiner Forderung nicht mehr anzuführen braucht, als 1) den Vertragsinhalt, aus dem die Verpflichtung des Beklagten zur Erfüllung bzw. zum Schadensersatze sich ergiebt, und 2) den Umfang des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens. Zur Vollständigkeit des Klagevortrages gehört freilich auch die Angabe, daß der Beklagte nicht erfüllt habe, aber nicht zum Klagegrunde; vielmehr ist es Sache des Beklagten, darzuthun, daß er erfüllt habe oder daß

*) Vgl. unten № 1358 u. Entscheidungen des Reichsgerichts X, S. 420.

**) Siehe Band V, Seite 167, sub III. Vgl. auch Band I, Seite 343. IV, Seite 401, VI. Seite 364, № 1186.

und weshalb er ohne sein Verschulden nicht habe erfüllen können. Hiernach brauchte also nicht Kläger nachzuweisen, daß der Hanf durch Verschulden der Dienstleute des Beklagten abhanden gekommen sei, sondern es hätte umgekehrt Beklagter nachweisen müssen, entweder daß aller den Dienstleuten zur Bewachung übergebene Hanf auch ausgeliefert sei, oder daß und wie der bewachte Hanf abhanden kommen konnte, ohne daß die Wachen es bemerkten. Andererseits ist die Behauptung des Klägers, er habe nur den Defect an dem Hanfe zu erweisen gehabt, gleichfalls nicht genau. Den Kläger traf der Beweis in Betreff des Gegenstandes der Bewachung, specieller: in Betreff der Quantität, welche den Dienstleuten zur Bewachung übergeben war, weil Beklagter bestritten hat, daß ihnen mehr, als später vorgefunden, übergeben sei. Was nachgewiesenermaßen bei der Übergabe zur Bewachung vorhanden war, dasjenige Quantum mußte auch bei der Auslieferung noch vorhanden sein bzw. vom Beklagten ersetzt werden, so lange er für das Fehlen keinen rechtlichen Befreiungsgrund darthun konnte. Der Nachweis „des Defects" ist also genau betrachtet nur der künstliche Beweis dessen, daß mehr zur Bewachung übergeben war, als sich später herausstellte."

1306. Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Executivprocesse.

„Auf Grund eines zwischen dem Kläger und den Beklagten abgeschlossenen, notariell beglaubigten Kaufcontractes haben Beklagte einen Kaufschillingsrest von 200 Rbl. dem Kläger sofort nach Ablauf des Proclams auszahlen sollen. Unter Beibringung dieses Contracts und eines Protokolles des Raths, wonach das Immobil am 16. Juni 1878 den Beklagten aufgetragen und der Erlaß des Proclams verfügt worden ist, hat Kläger unter Hinweis darauf, daß das Proclam nach Jahr und Tag, also am 1. August 1879 abgelaufen sei, die Bezahlung des Kaufschillingsrestes sammt Verzugszinsen vom 1. August 1879 im Executivprocesse klagend gefordert.

Die Behauptung, daß die Erfüllung seitens des Klägers bei einem zweiseitigen Vertrage zum Klagegrunde gehöre und deshalb im Executivprocesse schon bei der Klageanstellung urkundlich belegt sein müsse, ist unrichtig. Wenn darüber auch früher Streit bestanden hat, so ist doch in der neueren Rechtsprechung anerkannt,

daß die Bestimmung des Art. 3213 des Prov.-Rechts Th. III, so zu verstehen sei, daß die mangelnde Erfüllung vom Beklagten einredeweise geltend gemacht und in thatsächlicher Beziehung gehörig begründet werden muß. Erst wenn dies geschehen ist, hat der Kläger in der Replik die seinerseitige Erfüllung zu behaupten.*) Hieraus folgt, daß im Executivprocesse für die Erfüllung nicht schon bei der Klage, sondern erst in der Replik der Beweis durch Urkunden anzutreten ist, sofern eine gehörig begründete Einrede des nicht erfüllten Vertrages vom Beklagten vorgebracht wurde (civilrechtl. Entscheid. IV, Seite 171. Erk. der II. Section des LVG. vom 7. October 1869, № 129. Bayer, summar. Processe § 42. Vangerow, Pandekten III, § 607, Anmkg. sub III). Im Fragefalle ist die Klage also allerdings als den Erfordernissen des Executivprocesses genügend anzuerkennen; ob Kläger aber gegenüber den Einreden des Beklagten in der Replik noch zu einer weiteren Liquidstellung von Thatsachen verbunden war, muß sich aus der Prüfung des Einredevorbringens ergeben.

Dieses qualificirt sich indessen garnicht als die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sondern als die Compensation von Gegenforderungen. Denn jene Einrede liegt nur vor, wenn der Beklagte seine Leistung bis dahin zurückhalten will, daß der Kläger die an ihm liegende Gegenleistung bewerkstelligt; m. a. W. sie ist eine dilatorische Einrede. Beklagte aber wollen nicht etwa die Zahlung beanstanden, bis Kläger die Uebergabe bewerkstelligen würde, sie führen im Gegentheil selbst an, daß sie in den Besitz des verkauften Immobils bereits gelangt seien, jedoch erst Mitte October 1878, indem bis dahin der Pächter A. dessen Besitz ausgeübt habe, und sie wollen folgerecht auch den streitigen Kaufschilling überhaupt nicht mehr zahlen, sondern ihn gegen den Schadenersatzanspruch aufrechnen, zu welchem Kläger ihnen wegen der verspäteten Besitzeinräumung verbunden sein soll. . . . . Demnach waren Beklagte mit ihren Gegenforderungen zur gesonderten Klage zu verweisen und zur Bezahlung der geklagten Schuld zu verurtheilen."

(Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 15. Januar 1881, № 6.)

*) Vgl. Band V, № 765, 766 und 848. VI, № 1038.

1307. Der beklagte Besteller darf wegen mangelhafter Erfüllung des Verdingungsvertrages durch den Kläger nicht alle Gegenleistung verweigern, sondern nur verhältnißmäßige Minderung seiner Gegenleistung beanspruchen.

Der Dachpappenfabrikant W. hatte für Beklagten in den Jahren 1881 und 1882 verschiedene Gebäude mit Dachpappe gedeckt. Gegen die am 18. August 1883 erhobene Klage auf Bezahlung des Werklohnes erhob Beklagter die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages, weil die Dächer fehlerhaft seien und den Regen durchließen. Die Einrede wurde in erster Instanz als ungenügend substantiirt verworfen und diese Entscheidung durch den Querelbescheid des Raths vom 16. November 1884, № 7883 auf Grund folgender Erwägungen bestätigt:

„Beklagter verfolgt mit seiner Einrede nicht den Zweck einer Preisreduction, sondern er erklärt ausdrücklich (ohne den Minderwerth überhaupt zu schätzen, geschweige denn zu specificiren), daß er nicht eher zahlen wolle, als bis Kläger sämmtliche Dächer kostenfrei in einen guten Stand gesetzt haben würde.

Diese Art der Vertheidigung kann allerdings nicht gebilligt werden. Nach Grundsätzen, die auch von diesem Obergericht wiederholt anerkannt worden sind, kann dem aus einem zweiseitigen Vertrage in Anspruch genommenen Beklagten, welcher die stipulirte Leistung empfangen hat und nur Mängel derselben geltend macht, nicht die Befugniß zustehen, seinerseits alle Gegenleistung zu verweigern, sondern vielmehr nur das Recht, eine verhältnißmäßige Minderung seiner Gegenleistung zu beanspruchen (vgl. Entsch. I, S. 166), womit dem Beklagten selbstverständlich nicht das Recht abgeschnitten gewesen wäre, seiner Zeit nach Beendigung der Arbeit die Beseitigung der Mängel selbständig zu fordern.

Beklagter, welcher seinerseits nicht klagend vorgegangen war und die gelieferten Arbeiten (bis zur Klageerklärung gerechnet) bereits 1 bis 2 Jahre thatsächlich genutzt hatte, konnte mithin wegen der angeblichen Mängel nicht jede Gegenleistung zurückhalten; er hätte vielmehr, worauf auch schon der Unterrichter hingewiesen hat, nur eine Preisminderung beanspruchen können*) und zu diesem Zweck

*) Vergleiche Seuffert's Archiv 32, № 217 und die dortigen Verweisungen; aber auch Band 37, № 15. Band 38, № 17.

den Minderwerth aufgeben sollen. Da nun solches nicht geschehen ist, so erweist sich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in der That als ungenügend begründet."

1308. Beweislast über den Umfang der dem Kläger obliegenden Leistung bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

„Beklagter hatte der Klage auf Erfüllung zweier Getreidelieferungsverträge die Behauptung entgegengesetzt, daß Klägerin ihrer Verpflichtung zur Zahlung eines Vorschusses von 25% des Kaufpreises nicht nachgekommen sei. Klägerin hatte dagegen angegeben, daß sie nur zur Leistung einer Vorschußzahlung von 15% verpflichtet gewesen sei und diese Zahlung auch rechtzeitig angeboten habe.

Beklagter greift die untergerichtliche Vertheilung der Beweislast an, insofern das Wettgericht von ihm den Beweis dessen gefordert habe, daß eine Vorschußzahlung von 25%, statt der zugestandenen 15%, vereinbart gewesen sei . . . . Die Appellation ist jedoch unbegründet. Rücksichtlich der Beweislast bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist auch der Rath der neuerdings von sämmtlichen städtischen Untergerichten festgehaltenen Rechtsansicht beigetreten, daß der aus einem Bilateralcontracte Belangte, wenn der Kläger die mit der Einrede beanspruchte Gegenleistung in Abrede nimmt, den Beweis über den Umfang der Gegenleistung zu führen hat (Zwingmann, Entscheidungen, V, № 765. III, № 351. II, № 196. I, № 77). Es handelt sich übrigens im vorliegenden Falle nicht sowohl um die dilatorische Einrede des nicht erfüllten Vertrages, als um den peremtorischen Einwand der Aufhebung des Vertrages wegen nicht rechtzeitiger bzw. nicht gehöriger Erfüllung, so daß an der Beweispflicht des Appellanten kein Zweifel obwalten kann (vgl. a. a. O. VI, № 1038)."

(App.-Erk. des Raths vom 12. August 1883, № 5516).

1309. Die Streitverkündigung seitens des Evictionsbeklagten braucht nicht gerichtlich zu erfolgen.

„Eine gerichtliche Streitverkündigung ist durch die Art. 3224 ff. des Privatrechts nicht vorgeschrieben, daher muß auch eine außergerichtliche Aufforderung genügen. Die Unterlassung der gericht-

lichen Streitverkündigung hat den Evictionsbeklagten nur insofern in eine ungünstigere Lage gebracht, als er nunmehr beim Leugnen des Klägers die Thatsache der Aufforderung zu beweisen haben wird. Durch die Benennung des gegenwärtigen Klägers (Verkäufers) zum Zeugen im Vorprocesse konnte die Aufforderung desselben zur Theilnahme am Rechtsstreite nicht ersetzt werden, zumal die Aufforderung gleich nach Anstellung der Klage (Art. 3224) und jedenfalls vor der Einlassung*) erfolgt sein muß (Art. 3225)."

(Aus den Gründen eines rechtskräftigen Bescheides der II. Section des Landvogteigerichts vom 7. December 1882, № 281).

1310. Ist ein Vertrag wegen Unsittlichkeit wirkungslos, durch welchen jemand einen Anderen von dem Abschlusse eines Kaufes mit einem Dritten durch Zusicherung von Vermögensvortheilen abhält?

Kläger behauptete, er habe mit Beklagtem, welcher ebenso wie er mit dem Gutsbesitzer R. auf einen daselbst befindlichen Wald gehandelt, die Vereinbarung getroffen, daß Beklagter gegen eine Vergütung von 750 Rbl. von den Kaufverhandlungen ganz zurücktreten und ihm das Feld räumen, im Falle der Zuwiderhandlung gegen diese Vereinbarung hingegen ihm 750 Rbl. bezahlen solle. Da Beklagter trotzdem den Wald von R. gekauft habe, beanspruche Kläger Zahlung der bedungenen Entschädigung von 750 Rbl.

Die Klage wurde durch Erk. der II. Section des Landvogteigerichts vom 26. Juli 1884, № 222 zurückgewiesen und auf des Klägers Appellation solche Entscheidung auch in zweiter Instanz durch App.-Erk. vom 7. December 1884, № 8394 mit nachstehender Begründung bestätigt:

„Eine Bestätigung der Rechtswidrigkeit des Vertrages glaubt die II. Section des Landvogteigerichts in der Bestimmung des Art. 3959 des Privatrechts zu finden, wonach bei einer öffentlichen Versteigerung jede Art Uebereinkunft unter den Bietenden verboten ist, durch welche der eine veranlaßt wird als Bieter zurückzutreten. Nach Ansicht des genannten Gerichts soll es nicht weniger

*) Vgl. indessen unten № 1338.

unsittlich und rechtswidrig sein, bei privaten Verkäufen den Käufer durch Ausschluß der Concurrenz bzw. durch Erkaufung der Concurrenten zu schädigen, als bei öffentlichen.*)

Der untergerichtlichen Entscheidung kann, wenn auch nicht durchweg in der Begründung, so doch in ihrem Ergebniß nur beigestimmt werden. Um die Anwendung des Art. 3214 des prov. Privatrechts zu rechtfertigen, bedurfte es nicht erst eines Hinweises auf die im Art. 3959 a. a. O. enthaltene Vorschrift. Das Gesetz stellt die öffentliche Versteigerung, gleichviel ob dieselbe freiwillig oder zwangsweise erfolgt, unter seinen Schutz und untersagt jede Uebereinkunft unter den Bietenden, welche den Rücktritt eines Meistbieters bezweckt. Eine analoge Anwendung dieser aus dem Strafgesetzbuche herübergenommenen Sonderbestimmung auf das nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilende Verhalten mehrerer Kaufliebhaber einem privaten Verkäufer gegenüber ist durchaus bedenklich, weil es augenscheinlich an einer Gleichheit des Grundes mangelt. Das Gesetz bedroht jeden Versuch der Steigerer, welcher darauf abzielt, den Zweck der öffentlichen, unter amtlicher Aufsicht stattfindenden Versteigerung zu vereiteln oder zu beeinträchtigen, mit Strafe. Es kommt nicht darauf an, welche Gesichtspunkte für den Gesetzgeber maßgebend sind, ob er sich von fiscalischen Interessen leiten ließ, ob er die Handhabung der festgestellten Ordnung sichern wollte oder den Nutzen des öffentlichen Verkäufers im Auge hatte; die Unwirksamkeit einer Verständigung unter den Bietenden ist schon eine Folge des erlassenen Verbots. Andererseits schließt das Vorhandensein eines nur für den öffentlichen Verkauf geltenden ausdrücklichen Verbots keineswegs die Möglichkeit aus, ähnliche zum Schaden des Privatverkäufers geplante Verabredungen für wirkungslos zu erklären.

Nach Art. 3214 a. a. O. ist jeder Vertrag, durch welchen etwas Rechtswidriges, Unsittliches oder Unehrbares gefördert wird, unverbindlich. Die Gesinnung der Vertragschließenden kommt als ein rein innerliches Moment nur dann in Betracht, wenn die gehegte Absicht eine Täuschung oder eine unbillige Schädigung des anderen Theiles bewirkt. An sich ist der Eigennutz weder rechtswidrig noch unsittlich; — er bildet im Gegentheil die eigentliche

*) Vgl. Band V, № 767, Seite 156. Seuffert's Archiv 33, № 115.

Triebkraft des gesammten Geschäftsverkehrs. Daher faßt der angezogene Artikel auch die erzeugte Wirkung ins Auge, nämlich die zu Tage tretende Beförderung des Rechtswidrigen, Unsittlichen oder Unehrbaren. Die Grundsätze der Sittlichkeit tragen den Charakter des Unabänderlichen an sich. Wohl aber unterliegen, wie die Geschichte aller Völker und Zeiten lehrt, die Ansichten über das, was schicklich und ehrbar ist, häufiger Wandelung. Auch die zur Zeit herrschende allgemeine Ueberzeugung des Volks oder der Berufsclasse, welcher die betreffende Person angehört, soll nicht mißachtet und verletzt werden, wofern sie überhaupt auf einer sittlichen Vorstellung beruht und weder gegen das bestehende Recht, noch gegen die öffentliche Ordnung verstößt. Im Handel und Wandel darf vorausgesetzt werden, daß Jedermann die gangbare Meinung über Schicklichkeit und Ehrbarkeit beachte. Wer aus selbstsüchtiger Absicht sich eine Abweichung von solchen, die stillschweigende Voraussetzung allen Geschäftsverkehrs bildenden Geboten zu Schulden kommen läßt, der verstößt auch gegen das, was man auf dem Gebiete des Vertrages mit dem Namen „Treu und Glauben" belegt. Die Concurrenz hat, soweit ihr durch Gesetz, Recht und guten Gebrauch keine Schranke gezogen wird, — freie Bahn. Jedermann kann seine Waare oder Leistung möglichst hoch verwerthen, seine Mitbewerber durch Gewährung dem Abnehmer günstigerer Bedingungen verdrängen, seinen Absatz suchen, wo es ihm beliebt, Verbindungen zum Zwecke von Preissteigerungen eingehen und den Markt durch Ausbeutung von Conjuncturen beeinflussen, soweit es in seinem Interesse oder in seiner Macht liegt. Es streitet aber gegen den kaufmännischen Anstand und entschieden auch gegen die herrschende Auffassung von Redlichkeit und Ehrbarkeit im Geschäftsleben, wenn — wie im vorliegenden Falle — ein Kaufliebhaber seine Concurrenten nicht etwa zu einem gemeinsamen Vorgehen, sondern durch Gewährung von Abträgen zum Fernbleiben veranlaßt, damit der Verkäufer isolirt und in die Lage gebracht werde, sich den ihm vom alleinbleibenden Käufer vorzuschreibenden Bedingungen fügen zu müssen. Das Verwerfliche liegt nicht sowohl in der Absicht selbst, als in dem zur Erreichung derselben eingeschlagenen Verfahren. Es liegt ein Act bewußter Täuschung vor, wenn derjenige, mit welchem der Käufer auf Treu und Glauben zu contrahiren

gedenkt, in die irrige Meinung versetzt wird, als sei er nur auf den einzigen Abnehmer angewiesen. Der Vortheil des Käufers wird durch eine Uebervortheilung des Verkäufers erreicht und das Mittel hierzu bildet die Erzeugung eines trügerischen Scheins. Ein solches den Mitcontrahenten schädigendes Vorgehen kann als „ehrbar" nicht angesehen werden."

1311. Was gehört zu der die Rüge des Käufers ausschließenden Kenntniß des Mangels?

Die Parteien hatten längere Zeit über den Tausch ihrer Pferde verhandelt und denselben am 20. August definitiv abgeschlossen. Hinterher verlangte Kläger die Aufhebung des Tausches, weil das von ihm erworbene Pferd des Beklagten auf beiden Augen blind sei, während Beklagter dafür garantirt habe, daß es auf einem Auge sehe. Beklagter leugnete dies und behauptete vielmehr, Kläger habe bei Abschluß des Tausches schon gewußt, daß das von ihm eingetauschte Pferd gänzlich blind sei. Das Wettgericht erkannte am 19. November 1883 sub № 641, wie folgt:

„Für das Rechtsverhältniß der Parteien ist entscheidend nicht die resultatlos gebliebene Verhandlung in der L.'schen Kneipe, sondern der Vertragschluß vom 20. August. Somit ist die Einrede aus dem Art. 3244 des Prov.-Rechts Th. III begründet, sobald Kläger damals von der Blindheit des Pferdes auf beiden Augen Kenntniß hatte. Unter dem „Kennen" des Mangels im Sinne des Gesetzes ist aber nicht die Ueberzeugung von seinem Vorhandensein zu verstehen, sondern das Bewußtsein des Erwerbers, daß der veräußerte Gegenstand möglicher Weise den betreffenden Mangel habe, was namentlich daraus klar hervorgeht, daß der Art. 3244 die Mängel, welche der Erwerber „kannte", gleichbehandelt mit solchen, die ihm bei gewöhnlicher Vorsicht nicht hätten verborgen bleiben können. Der Verkäufer ist also von der Haftung frei, wenn dem Käufer die Möglichkeit des Mangels beim Kaufe bewußt ist, sei es auch, daß er trotz des Hinweises auf diese Möglichkeit seinerseits glaubt, der Mangel liege doch nicht vor . . . .

Nach Maßgabe der Zeugnisse kann nicht bezweifelt werden, daß Kläger am 20. August, wo er den Tausch vornahm, von dritten Personen wiederholt darauf hingewiesen worden war, das Pferd

des Beklagten sei auf beiden Augen blind, daß ihm also dieser Mangel nicht verborgen geblieben, sondern bewußt gewesen ist. Wenn er trotzdem den Tausch vollzog, so kann er den Beklagten wegen des fraglichen, dem Kläger bewußten Mangels nur in Anspruch nehmen, sofern dessen Abwesenheit beim Kaufabschlusse von Beklagtem besonders garantirt worden wäre (Art. 3251 a. a. O.); das ist aber nicht bewiesen. Die Klage ist also als rechtlich begründet nicht anzusehen."

1312. Bedeutung der vom Verkäufer bezüglich der Sache für eine bestimmte Zeit geleisteten Garantie.

„Kläger hat die Wandelungsklage auf Zurücknahme der veräußerten Sache und Erstattung des dafür empfangenen Preises angestellt (Art. 3251 und 3260 des Prov.-Rechts Th. III). Da diese Klage nach Art. 3271 a. a. O. in sechs Monaten von dem Tage der Veräußerung oder des etwaigen besonderen Gewährleistungsversprechens verjährt und da Kläger die Klage erst am 4. November 1880 erhoben hat, nachdem die Veräußerung bzw. das Gewährleistungsversprechen bereits am 7. December 1879 erfolgt war, so kann die Verjährungseinrede gegenüber der Wandelungsklage nur Bestätigung finden.

Daß Beklagter, wie Kläger behauptet, die Garantie dafür übernommen hat, daß die Uhr mindestens ein Jahr richtig gehen werde, enthält keineswegs eine Verlängerung der gesetzlichen Verjährungsfrist*) für die Wandelungsklage. Die für eine bestimmte Zeit für die Güte des Kaufobjects übernommene Garantie enthält vielmehr nur das Versprechen des Verkäufers, während der stipulirten Frist die Herstellung des Kaufobjects bei jeder durch ordnungsmäßigen Gebrauch herbeigeführten Schädigung übernehmen zu wollen (civilrechtl. Entscheid. III, № 356)."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 20. October 1881, № 192).

1313. Nedhibition eines Theiles der Waare.

„Die wettgerichtlichen Motive führen aus, die verweigerte Rückgabe eines Theiles der fraglichen Partie Flachs seitens des Be-

*) So Entscheid. R.O.H.G. XIX, Seite 2.

klagten sei begründet, denn Beklagter sei zur theilweisen Redhibition befugt, weil ein Genuskauf, nicht der Kauf einer Gesammtheit vorliege, bzw. vom Kläger behauptet sei. Kläger, welcher diese Entscheidung mit der Appellation angefochten hat, wendet sich gegen das letzterwähnte Argument und behauptet, daß er die fragliche Partie im Gewicht von 33 Liespfund (33 Bündel) zum Durchschnittspreise von 43 Rbl. per Berkowez verkauft habe. Stände dies fest, so hätte Beklagter allerdings, wie das Wettgericht unter Hinweis auf das Prov.-Recht Th. III Art. 3219 und 3269 hervorgehoben hat, den Redhibitionsanspruch nur auf die ganze Partie richten können; allein es muß mit den untergerichtlichen Motiven anerkannt werden, daß der Abschluß des Kaufes der Partie Flachs als eines untrennbaren Ganzen vom Kläger im Hauptverfahren garnicht vorgebracht ist. Die Klage handelt nur von zum Preise von 43 Rbl. per Berkowez verkauften 33 Liespfund Flachs .... hat hiernach der streitige Kauf als ein Genuskauf zu gelten, so war Beklagter befugt, die Redhibitionseinrede nur auf einen Theil der gekauften Partie zu richten, wie das bereits wiederholt von den städtischen Gerichten anerkannt worden ist (civilrechtl. Entscheid. II, № 199. III, № 355. IV, № 550. VI, № 1184)."

(App.-Erk. des Raths vom 21. December 1883, № 8675.)

1314. Zur Auslegung des Art. 3252 des Privatrechts. Bedeutung der allegirten Quellen gegenüber dem Texte des Gesetzes.

„Auf den Einwurf des Beklagten, daß der Mangel der „Hartschnaufigkeit" nicht zu denjenigen Hauptmängeln zu rechnen sei, wegen welcher nach Art. 3252 des Privatrechts ausschließlich die Wandelungsklage angestellt werden könne, hat Kläger entgegnet, daß die im genannten Artikel aufgezählten Mängel nur als Beispiele von Hauptmängeln zu gelten hätten, welchen nach Maßgabe der fortschreitenden Thierheilkunde auch andere Hauptmängel hinzugefügt werden könnten; wie es denn auch in der Quelle zu jenem Artikel (Lib. III, Tit. XI, Art. 3 der Stadtrechte) ausdrücklich heiße, daß rotzige, hauptsieche, staarblinde, stätige und dergleichen Pferde innerhalb 8 Tagen zurückgegeben werden könnten.

Dieser Interpretation des Klägers kann indessen nicht beigepflichtet werden. Die Fassung des Art. 3252 läßt darüber keinen

Zweifel aufkommen, daß das Gesetz nicht etwa nur Beispiele von Hauptmängeln hat anführen, sondern vielmehr eine erschöpfende Aufzählung aller zu vertretenden Hauptmängel hat geben wollen. Das folgt schon daraus, daß das Privatrecht überall, wo Beispiele in Betracht kommen, durch den Gebrauch der Worte „zum Beispiel", „und dergleichen", oder in anderer Weise zu erkennen giebt, daß es sich nur um Beispiele handele. Die Schlußworte des Art.: „in den estländischen und kurländischen Städten auch die Engbrüstigkeit", können sodann nicht anders aufgefaßt werden, als daß die Engbrüstigkeit, wenngleich sie vom Standpunkt der Thierheilkunde überall als Hauptmangel gelten mag, in den livländischen Städten und in den anderen Rechtsgebieten doch nicht zu denjenigen Mängeln zu rechnen sei, welche der Verkäufer unter allen Umständen zu vertreten hat. Diese Erwägung führt mit Nothwendigkeit darauf hin, daß nicht alle nach dem jeweiligen Stande der Wissenschaft als Hauptmängel geltenden Mängel, sondern nur die ausdrücklich im Art. 3252 aufgeführten Hauptmängel die Wandelungsklage unbedingt begründen.

Der vom Kläger angezogene Artikel der Stadtrechte ist nicht maßgebend. Die als Quelle angezogenen privatrechtlichen Bestimmungen der Stadtrechte können zwar überall herangezogen werden, wenn es sich darum handelt, zweifelhafte oder unklare Bestimmungen des gegenwärtig geltenden Privatrechts aufzuklären oder auf ihren wahren Sinn und Bedeutung zu prüfen. Wenn aber ein Artikel des Privatrechts an sich einen Zweifel nicht zuläßt und sich zu der angezogenen Quelle im Gegensatze befindet (wie im vorliegenden Falle), so kann nur angenommen werden, daß der Gesetzgeber diesen Gegensatz wirklich gewollt und die ältere Bestimmung durch das neuere Gesetz hat aufheben oder modificiren wollen.*) Es folgt hieraus, daß nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung die Hartschnaufigkeit, wenngleich sie an sich ein Hauptmangel sein mag, dem Kläger nicht die Möglichkeit bietet, auf Grund des Art. 3252 die Wandelungsklage zu erheben. Eine andere Frage ist, ob nicht Kläger auf Grund des ihm angeblich geleisteten Garantieversprechens dieselbe Klage zu erheben in der Lage sei ꝛc."

(Rechtskräftiges Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 9. November 1882, № 261).

*) Vergleiche Band I, Seite 237. Band III, Seite 185 und 204.

1315. Anspruch des Verkäufers auf die Früchte des verkauften Thieres bei Wandelung des Kaufes.

A. hatte dem N. ein Pferd verkauft und war auf dessen Wandelungsklage zur Rücknahme des (unter Garantie der Gesundheit verkauften, aber lahm befundenen) Pferdes, sowie zum Ersatze der Fütterungskosten verurtheilt worden. Hinterher verlangte er eine Vergütung des von N. durch Benutzung des Pferdes gezogenen Gewinnes, weil N. es täglich gebraucht habe. Beklagter N. behauptete, er habe das Pferd erst von einem bestimmten Zeitpunkte ab gebraucht, wo A. ihm dies gestattet habe, damit das Pferd nicht steif werde.

In dem Erkenntnisse des Wettgerichts vom 29. September 1883, № 514 wurde bezüglich des letzteren Vorbringens bemerkt:

„Die vom Beklagten behauptete Thatsache, als habe Kläger ihm den Gebrauch des Pferdes gestattet, ist für die Sache von keiner Bedeutung. Denn nach Art. 3261 und 3262 des Prov.-Rechts Thl. III hat bei durchgeführter Wandelungsklage einerseits der Käufer die Sache mit ihren Früchten (wozu nach Art. 554 a. a. O. auch die Einkünfte zählen, die die Sache abwirft) zurückzugeben, andererseits der Verkäufer außer der Rückgabe des Preises den vom Käufer auf die Sache gemachten nothwendigen oder nützlichen Aufwand zu ersetzen. Der Gebrauch der Sache steht also dem Käufer schon von selbst frei, auch ohne daß der Verkäufer ihn erlaubt; ebenso ist aber auch der Käufer von selbst verpflichtet, den durch den Gebrauch erzielten Gewinn dem Verkäufer herauszugeben. Im Allgemeinen wird nun davon ausgegangen, daß beim Verkaufe von Thieren die Kosten ihrer Unterhaltung durch den Vortheil ihres Gebrauches aufgewogen werden (l. 30 § 1 Dig. XXI, 1); wo jedoch ein Mangel des Thieres seine Gebrauchsfähigkeit beeinträchtigt oder aufhebt, kann nach dem bezogenen Art. 3261 Ersatz der Fütterungskosten verlangt werden und der Verkäufer darf dagegen nur den Vortheil des Gebrauches aufrechnen, soweit ein solcher nachweislich stattgefunden hat (civilrechtl. Entsch. III, № 354). Im Fragefalle ist die Wandelung des Kaufes deshalb für zulässig erkannt worden, weil das streitige Pferd lahm und deshalb in seiner Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt war. Demzufolge fielen

die Fütterungskosten dem Verkäufer A. zur Last und er kann deren Ersatz nur dadurch abwenden bzw. ausgleichen, daß er nachweist,*) der Gebrauch des Pferdes habe gleichwohl einen Gewinn abgeworfen, der die Fütterungskosten überstieg. Ist das aber bewiesen, so macht es keinen Unterschied, ob der Gebrauch des Pferdes mit Genehmigung A.'s geschah, oder ohne solche."

1316. a. Wieweit ist der Käufer mit der Wandelungsklage von dem Verkäufer Schadenersatz zu fordern befugt?
b. Gehören zu dem von dem Verkäufer zu ersetzenden „nützlichen Aufwande" auch die Versicherungskosten?

Durch rechtskräftiges Erkenntniß zweiter Instanz war die von dem Fabrikanten A. erhobene Klage auf Zahlung des Kaufpreises für der Beklagten verkaufte steyerische Sensen in Bezug auf 2500 Stück abgewiesen und festgestellt worden, daß A. diese Sensen zurückzunehmen habe. Beklagte verlangte nunmehr widerklagend Vergütung 1) des Zolles, der Fracht und sonstigen Spesen und 2) der Assecuranz für die dem A. zurückgegebenen Sensen. In Betreff dieser Forderung erkannte das Wettgericht am 15. December 1883 sub № 738:

„Aus dem eingangserwähnten Appellationsurtheil erhellt zweifellos, daß der Beklagten ihr Anspruch auf Redhibition wegen versäumter rechtzeitiger Mängelanzeige aberkannt und Kläger einzig auf Grund eines freiwillig von ihm geschlossenen Rücknahmevertrages zur Zurücknahme der 2500 Sensen für verpflichtet erachtet worden ist. Für die rechtliche Beurtheilung macht dies übrigens keinen Unterschied. Denn

Zu 1) eine Verbindlichkeit zum Ersatze von Zoll, Fracht ꝛc., welche Beklagte für die fraglichen 2500 Sensen bezahlt hat, würde den Kläger auch dann nicht treffen, wenn die Sensen redhibirt wären. Der Verkäufer hat, wenn die Wandelungsklage gegen ihn durchgeführt ist, nach Art. 3261 des Prov.-Rechts Th. III nur den nothwendigen und nützlichen Aufwand auf die Sache, die bei der Veräußerung vorgefallenen Kosten, sowie den „dadurch" erlittenen Schaden zu ersetzen, worunter nach den allegirten Quellen nur ein

*) Für diese Vertheilung der Beweislast auch Entscheid. des R.O.G.H. XI, Seite 44.

durch die Sache verursachter Schaden (z. B. ein von dem verkauften Sclaven verübter Diebstahl) zu verstehen ist. Sonst kann ein Ersatz des Interesse einzig mit der Contractsklage auf Grund des Artikel 3257 a. a. O. verlangt werden und beide Klagen bilden insofern Gegensätze (vgl. Windscheid, Pandekten II, § 394 Anmkg. 9. Hanausek, die Haftung des Verkäufers I (1883), Seite 139—142) *). Da aber Zoll und Fracht weder Kosten, die „bei der Veräußerung" vorfallen, noch einen Schaden darstellen, der durch die verkaufte Sache verursacht ist, so kann mit der Wandelungsklage ihr Ersatz nicht verlangt werden. Noch weniger kann dies im Fragefalle geschehen, wo den Grund des widerklagend verfolgten Anspruches nicht die Redhibition, sondern ein Vertrag bildet, welcher eine Verpflichtung des Klägers zum Ersatze von Zoll und Fracht garnicht erwähnt.

Zu 2) Was die Verpflichtung zur Vergütung der von der Beklagten auf die streitigen Sensen verwendeten Kosten ihrer Versicherung angeht, so ist anzuerkennen, daß diese insofern, als gerade die Versicherung der streitigen Sensen, nicht etwa aller im Speicher befindlichen Waaren in Bausch und Bogen**), behauptet und unwidersprochen geblieben ist, einen nützlichen Aufwand darstellen, hinsichtlich dessen Beklagte schon als Geschäftsführerin des Klägers gemäß Art. 4423 und 4449 a. a. O. einen Ersatzanspruch hat, auch ohne daß Kläger zu der Versicherung Auftrag gegeben hätte."

Dieses Erkenntniß ging in Rechtskraft über.

1317. Rechtliche Natur des Preisminderungs-Anspruches.

„Der Käufer ist im Handelsverkehr auch beim Gattungskaufe berechtigt, die mangelhafte Waare anzunehmen und, sofern er von ihren Mängeln dem Verkäufer ohne Verzug Anzeige macht, wegen der Mangelhaftigkeit eine Preisminderung zu fordern (civilrechtl. Entscheid. III, № 352. V, № 908. VI, Seite 366. Herbig, in Busch's Archiv 39, Seite 61). Die Preisminderung hat aber zum Gegenstande die Herabsetzung des Preises um so viel, als der

*) Auch Sintenis, Civilrecht II, § 116 vor Note 111. Keller, Vorlesungen, § 332 Note 11.

**) Vgl. Band IV, № 645 Seite 386.

Käufer weniger gezahlt hätte, wenn ihm der Mangel bekannt gewesen wäre, (Art. 3263 des Prov.-Rechts Th. III) ohne Rücksicht darauf, ob er beim Weiterverkaufe wirklich einen solchen Verlust erlitten hat.*)"

(Aus den Motiven eines Erkenntnisses des Wettgerichts vom 3. November 1883, № 601).

1318. Schadenersatzanspruch der Frau wegen Pfändung ihres Sondergutes für Schulden des Mannes.

„Kalman S. — der Mann der Klägerin — war dem Beklagten seit dem 8. November 1880 den Miethzins mit 45 Rbl. jährlich schuldig. Wegen dieser Miethschuld war Beklagter nach Art. 1404 des Prov.-Rechts Thl. 3 zur Zurückhaltung von Sachen berechtigt, welche dem Kalman S. oder dessen Frau gehörten, da nach Art. 85 a. a. O. das Ehevermögen für die Schulden des Mannes haftet. Da ferner nach Art. 79—81 alles Vermögen der Frau zur gemeinsamen Masse gehört, sofern es nicht Sondergut ist, nach Art. 13 daselbst aber die Sondergutsqualität von der Frau bewiesen werden muß, konnte Beklagter allerdings voraussetzen, daß die Nähmaschine zum gemeinsamen Vermögen gehöre und den Nachweis des Gegentheils von der Frau erwarten. So lange Klägerin die von dem Beklagten gepfändete Nähmaschine nicht als ihr Sondergut bezeichnete und auf Grund dessen ihre Herausgabe forderte, lag eine widerrechtliche Handlung des Beklagten, welche nach Art. 3284 und 3285 a. a. O. allein zum Schadenersatze verpflichtet, nicht vor. Klägerin hat aber nicht nur nicht behauptet, daß sie bei oder nach der Pfändung der streitigen Nähmaschine dem Beklagten gesagt habe, dieselbe sei ihr Sondergut, sondern sie hat auch keinerlei Thatsachen angeführt, auf Grund welcher sich die behauptete rechtliche Qualification, nämlich die Sondergutseigenschaft ableiten ließe."

*) Selbst wenn der Käufer die Sache hinterher zu einem höheren Preise verkauft, geht er des Anspruches auf Preisminderung nicht verlustig, weil dieser Anspruch nicht das Interesse zum Gegenstande hat. Vgl. Seuffert's Archiv XXXIII, 116 und Hanausek, die Haftung des Verkäufers I (1883), Seite 133. Ueber die Berechnung des Preisunterschiedes siehe Hanausek, a. a. O. S. 128 ff. Windscheid, Pandekten II, § 394 Note 1. Holzschuher, Theorie und Casuistik III, Seite 373.

Aus vorstehenden Gründen wurde durch den Querelbescheid des Raths vom 10. September 1882, № 5992 das die Schadensersatzklage der Frau des Kalman S. wegen angeblich eigenmächtiger Pfändung ihrer Nähmaschine abweisende Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts bestätigt.

1319. Haftung des Executionsimpetranten gegenüber dem mit dem Interventionsantrage durchgedrungenen Eigenthümer der gepfändeten Sache.

Eine Nähmaschine des J. war in Executionssachen des L. wider M. gepfändet und auf Intervention des J. erst nach 6 Wochen wieder freigegeben worden. J. belangte darauf den Executionsimpetranten L. auf Schadensersatz, wurde aber in beiden Instanzen abgewiesen.

Dem App.-Erk. des Raths vom 14. April 1882, № 2504 ist zu entnehmen:

„Zwar ist der Ansicht des Unterrichters nicht beizutreten, daß der Executionsimpetrant in keinem Falle dafür einzustehen habe, daß nicht etwa Sachen eines Dritten von der Auspfändung mitergriffen würden. Sowohl nach gemeinrechtlichen, als auch nach stadtrechtlichen Grundsätzen ist nämlich der Executionsimpetrant, sofern es sich um Zwangsvollstreckung durch Auspfändung handelt, verpflichtet die Executionsobjecte nachzuweisen (Renaud, Civilproceß § 220. Proceßpräjudicate S. 381). Wenn zwar in der Praxis dieser Grundsatz nicht strict befolgt wird und der mit der Pfändung betraute Gerichtsministerial in Fällen, wo das Auffinden und die Auswahl der Executionsobjecte keine Schwierigkeit bietet, deren Aufnahme selbständig, d. h. ohne Hinzuziehung des Impetranten vollzieht, so kann doch der Impetrant dann, wenn er — wie im gegebenen Fall — thatsächlich die auszupfändenden Objecte bezeichnet hat, sich der Verantwortung dieser processualischen Handlung nicht entziehen. Da im Fragefalle die Klage ausdrücklich auf die Behauptung gegründet ist, daß Beklagter die in Rede stehende Nähmaschine fälschlicher Weise als Eigenthum seines Schuldners aufgegeben habe, so erscheint die Legitimation des Beklagten zur Sache nicht zweifelhaft.

Dennoch muß die Klage aus einem anderen Grunde für nicht genügend substantiirt erachtet und daher zurückgewiesen werden. Nach Art. 3284 des Prov.-Rechts Thl. III begründet die unerlaubte schädigende Handlung für den Geschädigten nur dann einen Ersatzanspruch gegen den Verletzenden, wenn dem letzteren seine Handlung zur Schuld zugerechnet werden kann. Ein Verschulden des Beklagten, bestehe sie in Arglist oder in Fahrlässigkeit, ist aber vom Kläger ihm garnicht zur Last gelegt worden."

1320. Zur Anwendung des Art. 3292 des Prov.-Rechts Thl. III, betreffend den Verzicht auf Ansprüche aus dem dolus.

Die Gläubiger des insolventen Kaufmanns B. hatten außergerichtlich einen Accord geschlossen, demzufolge sie gegen Empfang eines gewissen Procentsatzes für ihre Forderungen auf den Rest verzichten sollten. Unter den Gläubigern befand sich auch F., welcher auf Grund einer Schuld- und Pfandverschreibung aus der Vermögensmasse des B. 4000 Rbl. sammt Zinsen forderte. Es wurde ihm für seine Forderung ein Theil der darauf entfallenden Quote ausgezahlt, hinterher stellte sich aber heraus, daß seine Obligation antedatirt und über einen weit höheren Betrag ausgestellt war, als er thatsächlich zu fordern hatte, worauf der von den Gläubigern erwählte Administrator die Auszahlung des Restes der F.'schen Quote verweigerte. F. cedirte nun seine Forderung an J., welcher gegen den Administrator auf Auszahlung des Restes der Accordquote Klage erhob und dessen Einrede der Arglist mit der Replik begegnete, die Gläubiger hätten bei Abschluß des Accordes die Anfechtbarkeit der F.'schen Forderung bereits gekannt und zur Vermeidung des Processes den Accord geschlossen, wonach F. trotz seines Pfandrechts nicht voll, sondern nur gleich den übrigen Gläubigern pro rata befriedigt werden solle.

Die Klage wurde jedoch in beiden Instanzen abgewiesen, wobei das App.-Erk. des Raths vom 29 April 1883, № 2925 anführte:

„Kein einziger der Zeugen sagt aus, daß die Gläubiger und speciell Beklagter bei Abschluß des Accordes schon gewußt haben, die Obligation sei zurückdatirt und fingirtermaßen auf einen höheren Schuldbetrag ausgestellt. Einige Zeugen versichern vielmehr gerade

das Gegentheil und andere sagen nur, daß verschiedene Gläubiger und auch Beklagter an der Richtigkeit der F.'schen Forderung gezweifelt haben, gleichwohl aber den Accord abschlossen. Diesen Umstand hat der erste Richter mit Recht für nicht entscheidend erklärt, weil nach Art. 3292 des Prov.-Rechts Thl. III der Verzicht auf einen Anspruch aus einer bereits verübten arglistigen Handlung zu seiner Giltigkeit voraussetzt, daß der Verletzte mit seinem Anspruch und dem Grunde desselben hinlänglich bekannt sei, was eben nicht der Fall ist, wenn er sich im Zweifel darüber befindet, ob überhaupt eine arglistige Handlung vorliegt."

1321. Begründung des Anspruchs auf das Capital wegen unterlassener Zinszahlung, wenn die Obligation in blanco cedirt ist. Bedeutung der Deposition der Schuldsumme.

Beklagter hatte am 20. Januar 1883 zum Besten des Ewald T. eine Obligation über 1500 Rbl. ausgestellt und darin versprochen, das Capital mit 6% halbjährlich postnumerando zu verzinsen. Für den Fall, daß er hinsichtlich auch nur einer der hierdurch übernommenen Verpflichtungen säumig sein oder mit einer Rentenzahlung manquiren sollte, hatte er seinem Gläubiger das Recht eingeräumt das ganze Capital zu fordern. Am 28. April wurde die Obligation mit einer Blancocession des T. versehen und am 1. September 1883 erhob F. Klage auf Zahlung des Obligationscapitals sammt Zinsen vom 20. Januar 1883, weil am 20. Juli 1883 die Zinsen nicht bezahlt seien. Der Beklagte erklärte, er habe weder den früheren Obligationsinhaber T., noch den Kläger F. hieselbst antreffen können, daher am 20. Juli die fälligen Halbjahrszinsen bei einem öffentlichen Notar deponirt, und glaube damit die ihm obliegende Verpflichtung erfüllt zu haben. Kläger erwiderte, Beklagter sei im Falle der Nichtermittelung seiner Gläubiger gesetzlich verpflichtet gewesen, die fälligen Zinsen bei Gericht einzuzahlen, die Hinterlegung derselben bei einem öffentlichen Notar aber sei ein völlig gleichgiltiger Act.

Die I. Section des Landvogteigerichts schloß sich der klägerischen Auffassung an und verurtheilte unter Bezugnahme auf den Art. 3522 des Prov.-Rechts Thl. III den Beklagten nach dem Klageantrage. Auf die von letzterem erhobene Beschwerde wurde die

Klage dagegen durch Resolution des Raths vom 30. November 1883, № 8111 angebrachtermaßen abgewiesen. Gründe:

„Wenn — wie die Vorinstanz annimmt — die Unterlassung der Deposition der fälligen Zinsen bei Gericht von selbst den Zahlungsverzug des Beklagten begründen würde, so könnte dieselbe dem Beklagten im Fragefalle doch nicht zugerechnet werden, weil er durch die — unbestrittene erfolgte — Deposition beim Notar seinen Willen zu zahlen bekundet und bei dieser Handlung nur aus Rechtsirrthum sich an die unrechte Stelle gewandt hat, dieser Rechtsirrthum aber entschuldbar erscheint. Denn der zu einer Landgemeinde verzeichnete und in Rechtssachen augenscheinlich unerfahrene Beklagte konnte, als er sich an den öffentlichen Notar, welcher die Obligation beglaubigt hatte, wandte, wohl vorauszusetzen, daß dieser öffentliche Beamte, sofern er zur Deposition der fälligen Zinsen nicht die zuständige Stelle sein sollte, ihn an letztere verweisen würde. Da dies nicht geschehen, das Geld vielmehr vom öffentlichen Notar zur Aufbewahrung entgegengenommen worden ist, hat Beklagter die von ihm erwartete Rechtsbelehrung nicht erhalten und unter diesen Umständen ist der Rechtsirrthum nach Art. 2956 a. a. O. wohl als entschuldbar anzusehen, somit nach Art. 3311 der Verzug exculpirt.

Allein die Deposition der Schuldsumme ist stets nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Schuldners. Die Frage, ob der Schuldner mit der Zahlung im Verzuge sei, ist ganz unabhängig von der Thatsache der Deposition. Jener kann vorliegen, sowohl wenn deponirt ist, als auch wenn es an der Deposition mangelt (vgl. civilrechtl. Entscheid. V, № 774; VI, № 1074 a. E. und № 1077), und im Fragefalle handelt es sich nicht darum, ob die Rentenschuld des Beklagten bereis getilgt sei, sondern darum, ob er sich eines Zahlungsverzuges schuldig gemacht habe, in Folge dessen die Fälligkeit des gesammten Schuldcapitals eingetreten ist, sodaß der Art. 3522 des Privatrechts, auf welchen die Vorinstanz sich beruft, für die Beurtheilung der Sache überhaupt nicht entscheidend ist.

Der Art. 3306 Ziffer 3 a. a. O. bestimmt freilich, daß der Verzug des Schuldners von selbst eintrete, wenn ein bestimmter Termin für seine Leistung festgesetzt und nicht eingehalten sei. Nach Art. 3310 ist aber ein Verzug nicht anzunehmen, wenn der Schuldner

Gründe hat, die Verpflichtung, deren Erfüllung von ihm verlangt wird, zu bezweifeln, und auch die Vorschrift des Art. 3306 setzt stillschweigend voraus, daß über die Person des Gläubigers kein Zweifel sei.

Die in Rede stehende Obligation war von dem ersten Gläubiger vor Eintritt des Zinszahlungstermins mit einer Blancocession versehen, in Folge dessen aber die Person des Gläubigers ungewiß geworden, weil Beklagter nach Art. 3473 in Verbindung mit Art. 3212 a. a. O. jetzt demjenigen, aber auch nur demjenigen die Zahlung zu leisten hatte, der sich durch Innehabung der Obligation als Gläubiger legitimirte. Um also den Beklagten des Verzuges in der ihm obliegenden Zinszahlung anschuldigen zu können, hätte Kläger behaupten müssen, daß er schon vor dem Zahlungstermin oder eventuell wenigstens vor Erhebung der Klage sich dem Beklagten gegenüber durch Vorweisung der in blanco cedirten Obligation als Gläubiger legitimirt habe, und da er im Executivproceſſe klagte, in solchem aber alle zur Begründung der Klage gehörigen Thatsachen durch öffentliche Urkunden liquid gestellt sein müssen (Proceßpräjudicate, № 370), für solche Behauptung schon bei der Klage eine öffentliche Urkunde beizubringen gehabt. Da dies nicht geschehen ist, erweist sich die, nicht auf Zahlung der fälligen Zinsen, sondern auf Zahlung des Capitals wegen Zahlungsverzuges gerichtete Klage als rechtlich nicht begründet und hätte somit angebrachtermaßen abgewiesen werden sollen."

1322. Haftung des im Verzuge befindlichen Verkäufers für den zufälligen Untergang der Sache.

Beklagter hatte dem Kläger ein Waldstück zur Abholzung verkauft, an den geschlagenen und aufgestapelten 168 Faden Brennholz aber ein Retentionsrecht geltend gemacht, wegen dessen es zum Proceſſe kam. Das Retentionsrecht wurde in dem Erkenntnisse erster Instanz für nicht begründet erklärt und Beklagter zur Herausgabe der 168 Faden Holz, eventuell zur Zahlung des Werthes von 5 Rbl. für jeden nicht vorhandenen Faden verurtheilt. Auf seine Beschwerde, daß dem Kläger die Bewachung des Holzes obgelegen habe und Beklagter deshalb für einen Verlust desselben durch Ent-

wendung nicht verantwortlich sei, wurde in dem App.-Erk. des Raths vom 18. April 1884, № 2701 erkannt:

„Eine Verpflichtung des Klägers zur Bewachung ist vom Beklagten im vorbereitenden Verfahren nicht zur Sprache gebracht. Abgesehen davon würde aber auch durch eine dem Kläger obliegende Bewachung des Holzes an der Haftung des Beklagten rechtlich nichts geändert werden. Nach dem unstreitigen Sachverhalte hatte Kläger dem Beklagten wiederholt die 165 Rbl. angeboten und von ihm die Herausgabe des Holzes verlangt. Beklagter aber hat dieselbe verweigert. Folglich war Beklagter nach Art. 3872, 3873 und 3307 des Prov.-Rechts Thl. III mit der ihm vertragmäßig obliegenden Uebergabe der verkauften Hölzer im Verzuge und sein Verzug hat nach Art. 3318 a. a. O. die Rechtsfolge, daß er selbst für den zufälligen Untergang der von ihm zu übergebenden Hölzer haftet. Wird also durch den Eid des Klägers festgestellt, daß am Tage der Klageerhebung 168 Faden Holz vorhanden waren, also vom Beklagten übergeben werden konnten, so hat er für diejenigen Hölzer, welche jetzt von ihm nicht übergeben werden können, weil sie gestohlen oder sonst untergegangen sind, zu haften, wie es die zum Art. 3318 als Quelle angezogene l. 12 § 3 Dig. XVI, 3 in Bezug auf deponirte Sachen ausdrücklich besagt. Nur dann wäre Beklagter gemäß Art. 3419 von der Haftung für den zufälligen Untergang bzw. das Abhandenkommen befreit, wenn er hätte nachweisen können, daß die Hölzer auch bei rechtzeitiger Uebergabe gestohlen worden wären. Das hat er aber nicht nachgewiesen, sondern der Zeuge N. deponirt im Gegentheil, daß er das Holz von dem Kläger gekauft hatte, 21½ Faden abgeführt habe und an der Abfuhr des Restes durch Beklagten gehindert worden sei. Daß Kläger aber selbst an der etwaigen Entwendung die Schuld trage, ist durch keinerlei Thatsache vom Beklagten dargelegt worden."

1323. Solidarische Verpflichtung der mehreren Contrahenten bei einem gegenseitigen Vertrage ohne solidarische Berechtigung derselben.

Sechs Maurer hatten mit einem Grundeigenthümer einen Bauvertrag geschlossen und darin gesagt, daß die benannten sechs Uebernehmer des Baues solidarisch verbunden sein sollten. Als später

vier derselben auf Zahlung des Lohnes klagten, wurde die Klage, soweit sie auf mehr als 4/6 des Lohnbetrages gerichtet war, durch App.-Erk. des Raths vom 1. Februar 1884, № 887 aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Der Unterrichter geht von der falschen Voraussetzung aus, daß die Solidarität der sechs Unternehmer sowohl eine active, als eine passive sei. Dies ist aber nicht der Fall, es liegt vielmehr nur eine solidarische Verbindlichkeit, eine passive Correalobligation oder Correalschuld vor. Dies ergiebt sich daraus, daß im Vertrage die sechs Unternehmer sich als „die sich solidarisch verbürgenden Maurer" bzw. als die „solidarisch verbürgten Maurer" bezeichnen, was nichts anderes bedeutet, als daß die sechs Unternehmer sich zur Ausführung der in Rede stehenden Maurerarbeiten unter gegenseitiger Verbürgung verpflichtet haben. Keineswegs deutet aber irgend eine Bestimmung des Contracts darauf hin, daß unter ihnen ein Gesammtgläubigerverhältniß dem Beklagten gegenüber begründet werden sollte. Fehlt es so an einer vertragsmäßigen Bestimmung des Inhaltes, daß das Forderungsrecht der mehreren Gläubiger ein ungetheiltes sein solle, und ist der Gegenstand der dem Schuldner obliegenden Leistung ein theilbarer (Art. 3332 und 3336 des Prov.-Rechts Thl. III), so liegt ein actives solidarisches Schuldverhältniß garnicht vor und es kann daher jeder der mehreren Gläubiger nicht das Ganze, sondern nur den auf ihn entfallenden Theil fordern.

Zu dem gleichen Resultat gelangt man, wenn man das Rechtsverhältniß der sechs Unternehmer zu einander nach Maßgabe des Zweckes ihrer Vereinigung in Betracht zieht. Der Zweck derselben war die Erzielung eines Vermögensgewinnes durch gemeinsame Thätigkeit unter Hinzuziehung von Hilfsarbeitern, welche die Unternehmer selbst anzustellen hatten. Der unter den letzteren geschlossene Vertrag charakterisirt sich somit als Gesellschaftsvertrag (vgl. Art. 4295 a. a. O.). Nach Civilrecht werden aber beim Mangel entgegenstehender Abrede Gesellschafter durch Geschäfte, welche sie alle zusammen mit Dritten abschließen, weder solidarisch berechtigt, noch verpflichtet, sondern es wird jeder einzelne nach Maßgabe seines vertragsmäßigen Antheils am Gewinn oder Verlust berechtigt und verpflichtet (Art. 4311 a. a. O.). Nach Art. 4309 ist aber im

Zweifel der Gewinn unter allen Gesellschaftern nach der Kopfzahl zu theilen und dies hat auch im vorliegenden Falle zu gelten, da von den Klägern die Abmachung anderer Gewinnantheile nicht behauptet worden ist. *)

Das Ergebniß vorstehender Erörterungen ist dahin zusammenzufassen, daß die gegenwärtigen vier Kläger ohne besondere Ermächtigung der beiden anderen an der Klage nicht theilnehmenden Unternehmer, oder aber ohne eine genaue Darlegung dessen, daß diesen beiden weiter kein Antheil an der libellirten Forderung zustehe, nicht zur Ausklagung der Gesammtforderung, sondern nur zur Ausklage von $^4/_6$ derselben — und zwar jeder Einzelne zu $^1/_6$ des Gesammtlohnes — legitimirt erscheinen. Andererseits kann der Beklagte im Hinblick auf Art. 4311 a. a. O. die active Streitgenossenschaft aller sechs Unternehmer mittelst der s. g. exceptio plurium litisconsortium nicht erzwingen, zumal die ihm obliegende Leistung keineswegs eine untheilbare ist. Es sind daher Kläger mit ihrer Klage, soweit sie über $^4/_6$ der Gesammtforderung hinausgeht, angebrachtermaßen abzuweisen."

1324. Bedeutung des Handgeldes für die Perfection des Vertrages.

Klägerin belangte den Beklagten auf Erfüllung eines Miethvertrages über eine Wohnung, welche Beklagter für 260 Rbl. jährlich vom 25. September 1880 ab auf ein Jahr gemiethet habe. Beklagter erklärte, es sei zum Vertragsschlusse nicht gekommen, weil er sich mit der Klägerin weder über den Beginn, noch über die Dauer der Miethzeit habe einigen können; er gab jedoch zu, daß er der Klägerin ein Handgeld von 10 Rbl. gegeben habe.

In dem Bescheide des Vogteigerichts vom 28. März 1881, № 55 wurde erkannt:

„Da Beklagter den Abschluß eines Miethvertrages, auf welchen die Klage sich stützt, geleugnet hat, so lag es der Klägerin ob, denselben in Erweis zu stellen und namentlich außer Streit zu setzen, daß zwischen Litiganten eine Einigung über den Beginn der Miethzeit und die Miethdauer stattgefunden habe, was namentlich von dem Beklagten in Abrede genommen war. Beide Punkte sind,

*) Vgl. Band VI, Seite 314 ff. und unten № 1410.

zweifellos als wesentlich für das Zustandekommen des Miethvertrages anzusehen, so daß derselbe, falls eine Einigung über dieselben nicht nachgewiesen wird, auch nicht als perfect angesehen werden kann. (Art. 3131 und 3132 des III. Thls. des Provinzialrechts; Zwingmann, civilrechtl. Entsch. III, № 349). Die vom Beklagten zugestandene Zahlung eines Handgeldes aber ist an sich noch keineswegs geeignet, den Abschluß eines Miethvertrages festzustellen, da nach Art. 3362 a. a. O. das Hingeben des Handgeldes den Vertrag nur dann unwiderruflich macht, sodaß von jedem Theile dessen Erfüllung gefordert werden kann, *sofern er sonst die gehörigen Erfordernisse hat*, und da außerdem in den Artikeln 3367 und 3368 a. a. O. noch besonders ausgesprochen ist, daß, wenn der Vertrag, bei Gelegenheit dessen ein Handgeld gegeben worden, noch nicht vollständig abgeschlossen gewesen, namentlich aber wenn er ein vorbereitender Vertrag war, derselbe mit dem einfachen Verlust des Handgeldes von Seiten des Gebers rückgängig gemacht werden kann."

1325. a. Was gehört zur Begründung der Klage auf Erstattung des doppelten Handgeldes gemäß Art. 3366 des Privatrechts?

b. Zur Anwendung des Art. 3365 a. a. O.

Kläger hatte sein Immobil dem Beklagten in einem Vorvertrage für 128,000 Rbl. verkauft mit der Abmachung, daß der Käufer die darauf lastenden Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis als eigene Schuld übernehme. Gleichzeitig hatte Kläger das Immobil des Beklagten gekauft und diesem ein Handgeld von 2000 Rbl. gezahlt. Da Beklagter trotz notarieller Aufforderung die förmliche Vollziehung des Kaufvertrages nicht bewerkstelligte, verlangte Kläger die Zahlung des doppelten Handgeldes. Die I. Section des LVG. wies die Klage ab, weil Kläger nicht sowohl den Rücktritt des Beklagten vom Vertrage, als vielmehr die bisher unterbliebene Erfüllung desselben durch Beklagten behaupte und solchenfalls die Klage auf das doppelte Handgeld mit derjenigen auf die Vertragserfüllung alternativ habe verbinden müssen. Auf klägerische Appellation erging am 19. September 1884 sub № 6366 nachstehendes *Appellationsurtheil:*

„Die Ansicht des ersten Richters, als könne im Falle des Art. 3366 a. a. O. nicht schlechthin auf das doppelte Handgeld, sondern nur alternativ auf Erfüllung oder Zahlung des doppelten Handgeldes geklagt werden, ist in der That nicht zu billigen. Voraussetzung des Anspruches auf das doppelte Handgeld ist nach dem bezogenen Artikel nur, daß der Vertrag durch Schuld des Empfängers bisher nicht erfüllt ist, und erst wenn der Empfänger einwendet, daß er zur Erfüllung jetzt bereit sei, hat der klagende Geber in der Replik die Thatsachen anzuführen, welche ihn zur Zeit berechtigen die Erfüllung abzulehnen, wie insbesondere den Erfüllungsverzug des Beklagten und das mangelnde klägerische Interesse an der ferneren Erfüllung. Freilich wird häufig der Kläger schon in der Klage anführen, weshalb er die Erfüllung des Vertrages nicht mehr verlange bzw. nicht mehr brauchen könne, zur Begründung der Klage gehört dieses Anführen aber ebensowenig, wie das Anbieten der Erfüllung zur Begründung der Vertragsklage auf Erfüllung beim gegenseitigen Vertrage (vgl. civil. Entscheidung V, Seite 303; VI, Seite 136). Im Fragefalle hat nun Beklagter nicht nur die Einrede, daß er zur Erfüllung gegenwärtig bereit sei, nicht vorgebracht, sondern im Gegentheil erklärt, daß er wegen der bis zum 22. Juli 1883 nicht erfolgten Vertragsvollziehung den Kläger für schadenersatzpflichtig, sich selbst aber von allen Verpflichtungen ihm gegenüber für befreit erachte. Bei dieser Sachlage bedurfte es nicht der Darlegung dessen, weshalb die nunmehrige Erfüllung dem klägerischen Interesse zuwiderlaufe, und noch weniger einer principalen Klage auf Erfüllung. Die Entscheidung des Streites hängt vielmehr, wie die Appellationsschrift zutreffend bemerkt, davon ab, ob wirklich den Beklagten die Schuld an der unterbliebenen Vollziehung des vorliegenden Kaufvertrages trifft, wie Kläger behauptet, oder aber den Kläger selbst, wie es Beklagter darstellt.

Der Grund weshalb es nicht zur Vollziehung des Vertrages gekommen ist, liegt nach der übereinstimmenden Angabe der Parteien darin, daß Beklagter, unter Berufung auf eine bezügliche Vereinbarung, die Zusicherung bzw. den Nachweis dessen vom Kläger beanspruchte, daß der Gläubiger L. die auf dem klägerischen Immobil lastende Hypothekenschuld binnen fünf Jahren nicht kündigen werde; wogegen Kläger eine bezügliche Vereinbarung mit

dem Beklagten überhaupt leugnet. Nebenher hat Beklagter zwar sowohl in dem Notariatsproteste, als auch in der Klagebeantwortung hervorgehoben, daß Kläger den von ihm baar zu erlegenden Betrag des Kaufpreises nicht erlegt habe. Dieser Umstand ist aber für die unterlassene Vertragsvollziehung und ebenso für die Entscheidung des Streites insofern ohne Bedeutung, als Beklagter selbst erklärt, der Kaufpreis sei bei Unterschrift des Kaufcontracts zu entrichten gewesen, so daß beim Unterbleiben letzterer Kläger auch zur Kaufpreiszahlung nicht verbunden war. Die Vollziehung des Kaufvertrages unterblieb ja aber wegen des Streites über die Kündbarkeit der L.schen Hypothek und folglich kommt es für die Prüfung der Schuld an der Nichtvollziehung des Kaufes einzig darauf an, ob Beklagter den Nachweis der Unkündbarkeit jenes Hypothekenpostens mit Recht oder Unrecht begehrt hat. War Kläger zu solchem Nachweise nicht verbunden, so hat eben Beklagter durch sein unrechtfertiges Verlangen und die darauf gestützte Weigerung den Vertrag zu vollziehen, solche Vollziehung und damit die Vertragserfüllung gehindert; ihn trifft also in Folge dessen nach dem bezogenen Art. 3366 a. a. O. der Verlust des Handgeldes, oder mit anderen Worten die Verpflichtung, das empfangene Handgeld im doppelten Betrage dem Kläger zurückzuzahlen.

Die in der Appellationsschrift versuchte Anführung, daß in jedem Falle Beklagter wenigstens das einfache Handgeld zurückgeben müsse, da beide Theile in Folge der bis zum 23. Juli 1883 nicht erfolgten Vollziehung des Vertrages von diesem zurückgetreten seien und sich nur das ihnen wegen Nichterfüllung zustehende Recht vorbehalten hätten, beruht auf einem leicht erkennbarem Mißverständnisse des Art. 3365 a. a. O. Denn wenn dieser die Rückgabe des Handgeldes vorschreibt, falls beide Theile durch gegenseitige Uebereinkunft von demselben „zurückgetreten" sind, so ist es klar, daß damit die freiwillige Aufhebung des Vertrages, gleich als ob dieser nie geschlossen wäre, gemeint ist. — Damit ist aber der Vorbehalt eines Rechts wegen der Nichterfüllung unvereinbar, weil mit dem Wegfall des Vertrages auch das aus ihm entspringende Recht auf Erfüllung bzw. Schadensersatz oder auf accessorische Leistungen, wie Handgeld, Conventionalpön ꝛc. von selbst erlischt, indem ihm die rechtliche Grundlage entzogen wird.

Im Fragefalle haben nun die Parteien nicht den Vertrag mit seinen Wirkungen freiwillig aufgehoben, sondern Beklagter hat nur die thatsächliche Erfüllung desselben abgelehnt, weil dieselbe trotz seiner bezüglichen Mahnung nicht erfolgt war, und er hat ausdrücklich den Kläger des Handgeldes für verlustig erklärt bzw. sich den Schadenersatz gegen ihn vorbehalten.

Sofern Beklagter den Ergänzungseid [daß Kläger beim Vertragsschlusse ihm die fünfjährige Unkündbarkeit der auf sein Immobil eingetragenen Hypothekenforderung des S. zugesichert habe] schwört, ergiebt sich, daß Kläger die Nichtvollziehung des Vertrages verschuldet hat, und somit ist nicht der Artikel 3365, sondern Artikel 3366 anzuwenden, nach welchem Beklagter, wie er es verlangt, zum Behalten des vom Kläger verwirkten Handgeldes berechtigt ist."

1326. Conventionalpön zur Bestärkung eines Verlöbnisses *).

„Klägerin hat sich mit dem Beklagten nach dem mosaischen Ritus verlobt und dabei die Verbindlichkeit übernommen, ihrem zukünftigen Ehemann einen Brautschatz von 300 Rbl. zuzubringen. Zugleich ist vereinbart worden, daß der vom Verlöbniß zurücktretende Theil eine, auf 150 Rbl. festgesetzte Conventionalstrafe verwirkt habe. Diese Conventionalstrafe bildet den Gegenstand des Klageanspruchs.

Beklagter hat nicht in Abrede nehmen können, die in der Klage erwähnte Vereinbarung mit der Klägerin getroffen zu haben; er will sich aber zur Zahlung der geklagten 150 Rbl. aus dem Grunde nicht verstehen, weil an der Vereitelung der beabsichtigten Ehe seiner Behauptung nach die Klägerin allein die Schuld trägt. Auf den vom Beklagten vorgeschützten Einwand, daß die Klägerin ihre Zusage, ihm bei der Verlobung auf Abschlag der Mitgabe 50 Rbl. zu bezahlen, nicht erfüllt habe, kommt es jedoch nicht weiter an, denn der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch ist unter allen Umständen zurückzuweisen. — Das Verlöbniß gehört nicht in die Klasse der rein obligatorischen Rechtsgeschäfte; es ist nicht

*) Vergleiche Seuffert's Archiv XXVII, 116. Holzschuher, Theorie und Casuistik I, S. 564 sub 6. Stobbe, Privatrecht IV, § 210 sub 5. Seuffert, Pandektenrecht III, § 446 Note 6.

einem Kaufe oder Tauschhandel gleich zu achten, sondern hat eine tiefere, sittliche Basis. Von dieser Ansicht ausgehend und gestützt auf eine Digestenstelle, welche sich auch unter den zum Art. 3370 des Privatrechts allegirten Quellen befindet, nämlich auf l. 134 pr. D. de verb. oblig. 45, 1 (es ist als unehrbar und gegen die guten Sitten verstoßend angesehen worden, daß Ehen, mögen es nun zukünftige oder schon geschlossene sein, durch das Band der Conventionalstrafe gefesselt werden"), hat die gemeinrechtliche Praxis von jeher und auch in neuerer Zeit den Grundsatz anerkannt*), daß das Strafversprechen nicht als Mittel angewendet werden kann, um die Verbindlichkeit zur Eingehung einer verabredeten Ehe erzwingbar zu machen, daß vielmehr im Falle eines Verlöbnißbruches dem unschuldigen Theile lediglich eine Klage auf Zahlung einer Entschädigungssumme zusteht, welche unter Berücksichtigung der einschlagenden Verhältnisse nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist (Windscheid II § 489, Note 3 und die daselbst angeführten Präjudicate aus Seuffert's Archiv). Die Klagebitte ist jedoch im vorliegenden Falle nicht darauf gerichtet, daß der Richter die Höhe des Schadens, welchen die Klägerin durch den Bruch des Verlöbnisses erlitten hat, ex aequo et bono seinerseits schätze und feststelle." (Rechtskräftiges Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 15. Januar 1883, № 6).

1327. a. Inwiefern wird der Schuldner durch unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung auch von der Entrichtung der Conventionalpön befreit?

b. Gehört Insolvenz zu den Fällen unverschuldeter Unmöglichkeit?

B. hatte im November 1880 von W. ein Budenlocal für den halbjährlich zahlbaren Miethzins von 2000 Rbl pr. Jahr gemiethet und sich zugleich verpflichtet, falls die Zinszahlung einmal nicht zum Termin stattfinden sollte, eine Conventionalpön von 1000

*) Die Unstatthaftigkeit einer Conventionalpön bei dem Verlöbnisse ist gemeinrechtlich keineswegs anerkannt, sondern streitig, nach dem Provinzialrecht aber eher zu verneinen, weil selbst § 91 des Kirchengesetzes eine Schadensersatzklage wegen Verlöbnißbruches zuläßt und weil nach Art. 3376 des Privatrechts die Conventionalpön als vertragsmäßiger Minimal-Anschlag des Interesse erscheint.

Rbl. zu erlegen. Am 21. Juni 1882 erklärte B. sich insolvent und unterließ deswegen die Zahlung der am 1. Juli 1882 fälligen Miethquote. Nachdem am 2. Juli der Concurs eröffnet worden war, beanspruchte W. von dem Concurscurator Zahlung des Miethzinses, wie der Conventionalpön. Auf des Beklagten Einwendungen fällte das Vogteigericht am 15. März 1883 sub № 48 nachstehendes Erkenntniß:

„Die Controverse, ob die Verwirkung der Conventionalstrafe ein Verschulden des Debitors voraussetze ist eine alte. Ein Theil der Schriftsteller geht davon aus, daß der Pönalvertrag ein bedingter Vertrag sei, und daß demgemäß beim Eintreffen der Bedingung (der Nichterfüllung des Hauptvertrages) die Strafe nach dem muthmaßlichen Willen der Parteien ohne weiteres verfallen sein solle. Eine andere Ansicht dagegen will im Zweifel das Requisit des Verschuldens auf Seiten des Debitors durchaus aufrecht erhalten wissen.

Es ist nun nicht zu leugnen, daß unter Umständen die Parteien sowohl das eine, wie das andere beabsichtigt haben können; allein im Zweifel wird man sich doch unbedingt weder für die eine, noch für die andere Ansicht aussprechen können. — Wenn z. B. das Miethobject durch Zufall untergeht und demnach das ganze Miethverhältniß gelöst wird, so wird man doch von dem Miether schwerlich verlangen wollen, daß er wegen Nichtleistung des Miethzinses die vereinbarte Conventionalpön entrichte, und umgekehrt wieder geht die Auffassung und Praxis des Verkehrs, wenn bei einer Waarenlieferung ein Termin nicht eingehalten wird, zweifellos dahin, daß die Conventionalstrafe als verwirkt gelten solle, auch im Falle den Lieferanten keinerlei Schuld trifft. Demgemäß ist denn auch eine dritte Ansicht aufgestellt worden, welche indem sie insbesondere die accessorische Natur des Poenalvertrages hervorhebt, zwischen jenen extremen Ansichten zu vermitteln sucht. Darnach ist wegen der erwähnten accessorischen Natur desselben das Bestehen des Poenalvertrages vom Bestehen des Hauptvertrages abhängig. Kommt dieser aus irgendwelchen Gründen in Wegfall, so geschieht dies auch mit dem Poenalvertrage. Unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung wendet hiernach den Verfall der Conventionalstrafe nur dann ab, wenn sie zugleich das Hauptforderungsrecht selbst zerstört. Solches ist aber insbesondere dann nicht der Fall,

wenn die Conventionalstrafe auf die nicht rechtzeitige Erfüllung der Obligation gesetzt ist; hier bleibt vielmehr das Hauptforderungsrecht bestehen, da eine definitive Unmöglichkeit der Leistung nicht eingetreten ist. Wird aber der Hauptvertrag nicht aufgehoben, so kommt es für den Verfall der Conventionalstrafe auf die Schuld oder Unschuld des Debitors nicht weiter an" (vgl. Zwingmann Band III, S. 196 ff. Windscheid, Pandekten, § 255).

Diese Unterscheidung, je nachdem die Conventionalstrafe für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung oder für den Fall der Nichterfüllung überhaupt vereinbart worden ist, läßt sich jedoch nicht rechtfertigen. Einmal ist ein innerer Grund nicht abzusehen, weshalb in dem einen Falle im Zweifel angenommen werden soll, die Parteien hätten auf die Schuldlosigkeit des Debitors keine Rücksicht nehmen wollen; während im anderen Fall das Gegentheil als muthmaßlicher Wille derselben gelten soll. Sodann aber sind die Vertreter der hier bezeichneten Ansicht wohl auch nur dadurch zu der erwähnten, aus inneren Gründen nicht zu motivirenden Unterscheidung gelangt, daß sie das oben aufgestellte an sich richtige Princip, wonach der Pönalvertrag in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Hauptvertrage steht, in unrechter Weise zur Anwendung gebracht haben. Ist die Conventionalpön für den Fall der Nichteinhaltung eines Termins vereinbart, so kann als die mit der Pönalstipulation correspondirende Hauptobligation nur angesehen werden, daß der Schuldner verpflichtet ist, seine Leistung gerade zu dem und dem Termin zu bewerkstelligen. Zu der weiteren Verpflichtung des Schuldners dagegen, die Leistung auch nachträglich zur Ausführung zu bringen, steht die Pönalstipulation durchaus nicht in einem accessorischen Verhältniß. Wird nun der Termin nicht eingehalten, so wird dadurch die Erfüllung der Hauptobligation, d. h. der Verpflichtung zu diesem Termine zu leisten, definitiv unmöglich und die hierdurch hervorgerufenen Wirkungen müssen genau dieselben sein, wie in dem Falle, wenn die Verwirkung der Conventionalstrafe an die Nichterfüllung eines Vertrages überhaupt geknüpft ist und die definitive Unmöglichkeit der Erfüllung späterhin zu Tage tritt. Ist man der Ansicht, daß in diesem letzteren Falle unverschuldete Nichterfüllung die Hauptobligation unbedingt zerstört, so muß auch in dem ersteren Falle die Verpflichtung des Schuldners, zu diesem

bestimmten Termin zu leisten, als aufgehoben gelten — und hiernach auch in beiden Fällen der Pönalvertrag als Accessorium des Hauptvertrages mit in Wegfall kommen.

Führt mithin diese Unterscheidung zwischen Nichterfüllung und nicht *rechtzeitiger* Erfüllung zu unbefriedigenden, Resultaten so dürfte eine andere Unterscheidung besser mit dem, was praktisch als die wahrscheinlichste Absicht der Contrahenten zu präsumiren sein würde, in Einklang zu bringen sein. Bei der Beurtheilung der Frage, wann die Conventionalstrafe verwirkt sein soll, würde es hiernach darauf ankommen, ob die eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung sich als eine *objective* oder bloß *subjective*, in der Person oder den Verhältnissen des Schuldners begründete, Unmöglichkeit darstellt. Im ersteren Falle wäre der Schuldner unbedingt von der Zahlung der Pön befreit, im anderen Falle dagegen selbst dann nicht, wenn ihn persönlich keinerlei Schuld trifft. Mit den Entscheidungen der Quellen bezüglich der Conventionalstrafe läßt sich die hier vertretene Anschauung mindestens ebenso gut vereinigen, als die früher aufgeführten Ansichten, ja es giebt sogar eine Stelle, welche einen ganz directen Hinweis auf eine derartige Unterscheidung enthält, nämlich die l. 137 §§ 4 und 5 Dig. 45, 1 wo ausdrücklich zwischen einem impedimentum naturale und dem Mangel der facultas dandi unterschieden wird. Allerdings wird an dieser Stelle nicht von der Verwirkung einer Conventionalstrafe gesprochen, allein einer analogen Anwendung der hier gemachten Unterscheidung auf die vorliegende Controverse steht nichts im Wege und empfiehlt sich dieselbe eben deshalb, weil man so den muthmaßlichen Intentionen der Parteien am ehesten gerecht zu werden vermag. Der Gläubiger, welcher eine Conventionalstrafe stipulirt, beabsichtigt im voraus den Betrag einer Entschädigung für den Fall zu fixiren, daß ihm der Schuldner, sei es mit oder ohne seine Schuld, durch Nichterfüllung der Obligation einen Schaden zufügen sollte. Dagegen erscheint es sehr unwahrscheinlich und ist daher auch a priori nicht zu präsumiren, daß der Gläubiger eine Entschädigung auch für den Fall sich habe ausbedingen wollen, wo die Erfüllung der Obligation durch ein äußeres mit der Person des Schuldners in keinem Zusammenhange stehendes Ereigniß vereitelt wird, der geursachte Schaden ihn sonach auch dann getroffen hätte, wenn er nicht mit diesem, sondern

mit einem beliebigen anderen Schuldner contrahirt hätte. Dies gilt nicht minder für den Fall der Nichterfüllung überhaupt, wie für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung einer Obligation. Wird die Einhaltung eines Termins aus objectiven Gründen unmöglich — etwa weil die Vornahme der betreffenden Handlung zeitweilig durch ein obrigkeitliches Verbot untersagt wird, — so wird man schwerlich die auf die Versäumung des Termins gesetzte Conventionalstrafe für verfallen erklären wollen. Die Consequenz der entgegengesetzten oben näher ausgeführten Ansicht würde also hier zu einer der muthmaßlichen Absicht der Parteien kaum entsprechenden Entscheidung führen.

Endlich läßt sich die hier angeführte Unterscheidung auch mit der oben aufgestellten Hauptregel von der Abhängigkeit des Pönalvertrages vom Hauptvertrage in befriedigender Weise vereinigen, sofern man nur bei der Feststellung der möglichen Aufhebungsgründe der Obligation von richtigen Principien ausgeht. Wird der *Hauptvertrag* durch den Willen der Parteien oder in Folge specieller gesetzlicher Vorschrift aufgehoben, so kommt allerdings auch der *Poenal*vertrag in Wegfall; allein die bloße unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung kann keineswegs unter allen Umständen als solch' ein gesetzlicher Aufhebungsgrund angesehen werden. Vielmehr kann auch in solchem Falle die rechtliche Fortdauer der Obligation, trotzdem dieselbe factisch nicht realisirbar, wenigstens nicht mehr in der ursprünglichen Form realisirbar erscheint, sich in verschiedener Weise äußern. Einmal bleibt auch der subjectiv schuldlose Schuldner verbunden dasjenige zu leisten, was das die Unmöglichkeit herbeiführende Ereigniß ihm von dem Leistungsgegenstande noch gelassen oder statt desselben gegeben hat (vgl. *Windscheid*, § 264, sub 2). (Dies ist auch auf den Fall der nicht rechtzeitigen Erfüllung anwendbar, indem auch hier der ohne seine Schuld den Termin versäumende Schuldner eventuell angehalten werden kann, die in Folge der Verzögerung etwa bezogenen Früchte der geschuldeten Sache herauszugeben). Sodann aber kann sich die rechtliche Fortdauer der Obligation auch gerade in dem thatsächlichen Fortbestehen der Accessorien (Conventionalstrafe, Bürgschaft ꝛc.) manifestiren, insbesondere aber auch in der Möglichkeit des Wiederauflebens der ursprünglichen Verpflichtung, im Falle das die Unmöglichkeit der Er-

füllung begründende Hinderniß später beseitigt wird (Vergl. auch Windscheid, § 264 Note 7). Demgemäß wird man auch hier ein gänzliches Erlöschen der Obligation nur dann annehmen können — wenn die Erfüllung derselben in Folge objectiver Hindernisse und zwar ohne Verschulden des Debitors (da letzteres die Obligation perpetuirt) vollständig unmöglich geworden ist. In allen anderen Fällen dagegen bleibt das Forderungsrecht des Gläubigers rechtlich bestehen, selbst wenn es de facto niemals realisirt werden sollte. Zur Begründung dieser Ansicht kann unter anderen auf die l. 83 § 5 D. 45, 1 verwiesen werden.

Es werden hier beispielsweise folgende Fälle der Aufhebung einer Obligation supponirt. Der geschuldete Sclave erhält später seine Freiheit; die geschuldete res profana wird zu einer res sacra; das geschuldete Gebäude wird bis zum Grunde abgetragen. In allen diesen Fällen wird nun ein späteres Wiederaufleben der Obligation für absolut ausgeschlossen erklärt, selbst in dem Falle, wenn nachher durch irgend einen Zufall der Freie wieder Sclave, die res sacra wieder res profana werden oder das Gebäude, und sei es auch aus demselben Materiale, wieder aufgebaut werden sollte. Hieraus muß folgender Schluß gezogen werden. Wenn das Wiederaufleben der Obligation, sofern nur die eingetretene Unmöglichkeit sich an sich als eine objective, dauernde charakterisiren läßt, unbedingt ausgeschlossen sein soll — selbst in dem Falle, wenn das eingetretene Hinderniß in der Folge dennoch auf eine unvorhergesehene, nicht schon in der Natur der Verhältnisse begründeten Weise beseitigt wird — so muß die Obligation eben mit dem Eintritt jener objectiven Unmöglichkeit definitiv erlöschen sein. Im Gegensatz hierzu wird ein Fall aufgeführt, wo ein gewisses Quantum Weines aus dem Ertrage eines Grundstückes geschuldet wird. Geht hier der Ertrag eines Jahres ohne Schuld des Debitors unter, so kommt deshalb die Obligation noch nicht in Wegfall, vielmehr ist die Schuld aus dem Ertrage des nächsten zu leisten. Hier ist die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung keine vollständige und daher dauert denn auch die Obligation fort. Ebenso würde zu entscheiden sein, wenn eine blos subjective Unmöglichkeit der Leistung später in Wegfall kommt. Verliert etwa der Schuldner ohne seine Schuld das Eigenthum an der geschuldeten Sache, so wird das Forderungs-

recht, im Falle der Schuldner später das Eigenthum wieder erwirbt, zweifellos wieder im vollen Umfange geltend gemacht werden können. Hiernach aber muß angenommen werden, daß die Obligation in der Zwischenzeit nicht gänzlich erloschen gewesen ist, sondern in dieser Zeit eben nur geruht hat. — (Vgl. auch l. 98 § 8 D. 46, 3. — obligatio magis cessare, quam extincta esse videtur.)

Will man aber das hier gewonnene Resultat nicht anerkennen und daran festhalten, daß jede unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung das Forderungsrecht aufhebt, dann bleibt einem Angesichts der vielen Quellenstellen, welche auch im Falle, wo ein subjectives Verschulden des Debitors völlig ausgeschlossen erscheint, die Verwirkung der Conventionalstrafe annehmen (vgl. l. 9, D. 12, 2, l. 77 D. 45, 1 ꝛc.), nichts übrig, als eben für den Fall der blos subjectiven Unmöglichkeit eine Ausnahme von der oben aufgestellten Hauptregel zu constatiren und, trotzdem das Hauptforderungsrecht aufgehoben ist, die Conventionalstrafe gleichwohl für verwirkt zu erklären. Uebrigens haben sich die Vertreter der Anschauung, daß jede unverschuldete Unmöglichkeit den Schuldner befreie, — abgesehen von Windscheid, der auch hier consequent bleibt (conf. § 277 Note 8) — doch zu einer Ausnahme entschließen müssen, welche das aufgestellte Princip völlig durchbricht. Bloße subjective Zahlungsunfähigkeit des Schuldners soll nämlich in keinem Falle als Entschuldigungsgrund angesehen werden. Hiermit ist für einen der wichtigsten Fälle die praktische Undurchführbarkeit jener Ansicht anerkannt.

Auch das Provinzialrecht steht der hier vertretenen Anschauung nicht entgegen. Der Art. 3322 spricht nur von dem Falle, wo die Strafe für den Fall des Verzuges verabredet worden, und wird dieser Fall zu demjenigen, wo die Pön einfach auf die nicht rechtzeitige Erfüllung gesetzt ist, in der Anm. zu Art. 3379 ausdrücklich in Gegensatz gebracht. Von dem Requisit einer culpa für die Verwirkung der Pön ist aber in der Codification nirgends die Rede (vergl. Zwingmann Band III, S. 199).

Was nun die vorliegende Streitsache anbetrifft, so erscheinen die Einwendungen des beklagtischen Curators gegen die Verwirkung der Conventionalpön in jeder Hinsicht unbegründet. Einmal behauptet derselbe, daß in Folge specieller Gesetzesvorschrift nach Art.

4130 des Provinzialrechts durch den Ausbruch des Concurses das Miethverhältniß zwischen den Parteien gelöst worden sei und daß in Folge dessen mit dem Hauptvertrage auch der Pönalvertrag in Wegfall kommen müsse. Abgesehen davon, daß hier ein thatsächlicher Irrthum zu berichtigen wäre, — der Concurs ist nämlich nicht schon am 1. Juli 1882, sondern nach Ausweis der Acten erst am 2. Juli 1882 eröffnet worden, zu einer Zeit, wo die Conventionalstrafe bereits verfallen war — erscheint die erwähnte Behauptung auch materiell irrig. Kläger weist mit Recht darauf hin, daß nach Art. 4130 keineswegs die Aufhebung des Miethcontractes ipso jure erfolgen soll, vielmehr den Gesammtgläubigern nur das Recht zustehen solle, das Miethverhältniß einseitig zu kündigen. Von einer solchen Kündigung ist aber in casu nicht die Rede. Ferner wendet der Curator ein, daß der Cridar nach erfolgter Insolvenzerklärung rechtlich garnicht mehr in der Lage war, über sein Vermögen zu disponiren, und demgemäß die fällige Miethquote garnicht zahlen durfte. Allein dieses Hinderniß der Erfüllung kann unmöglich als ein objectives, den Schuldner befreiendes angesehen werden. Der Cridar hat eben selbst jenen Zustand herbeigeführt, welcher das Verbot der freien Disposition über sein Vermögen nothwendig gemacht hat, und letzteres hat seinen Grund eben in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners, in dessen subjectiver Unfähigkeit zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger. Diese factische Insolvenz kann aber keinenfalls als genügender Grund gelten, um den Verfall der Conventionalstrafe abzuwenden. — Nach allem diesem wird die beklagtische Concursmasse — gleichgiltig, welche theoretische Anschauung bezüglich der Conventionalstrafe als Ausgangspunkt genommen wird — in jedem Falle zur Zahlung der in Folge der nicht rechtzeitig geleisteten Miethpränumeration verwirkten Pön anzuhalten sein."

1328. Das Retentionsrecht erlischt, sobald der Anspruch, wegen dessen es ausgeübt wird, anderweitig ausreichend sichergestellt ist.

„Als Mittel zur außergerichtlichen Verfolgung und Sicherung insbesondere von Forderungsrechten erkennt das Privatrecht außer dem Pfändungsrecht auch das Zurückhaltungsrecht an (Art. 3380

des Prov.-Rechts Thl. III). Der Zweck des letzteren ist nicht, materielles Recht an der Sache zu gewähren, sondern blos den Inhaber wegen ihm zustehender Forderungen durch einstweilige Zurückhaltung der Sache sicherzustellen (Art. 3381 und 3384 a. a. O.) Das Retentionsrecht ist kein Pfandrecht; es gestattet nicht Befriedigung durch Veräußerung der Sache, es schließt sogar den Gebrauch der Sache durch den Inhaber aus (Art. 3384). Hieraus ergiebt sich, daß der Inhaber einer Sache an deren Retention ein rechtliches Interesse weiter nicht hat, sobald genügende Realcaution für die Befriedigung seiner Forderung geboten ist*). Denn, wo eine Sicherstellung weiter nicht erforderlich ist, da ist die Voraussetzung für den Gebrauch eines Sicherungsmittels in Wegfall gekommen. Gilt schon für das durch richterliches Verfügen gewährte Sicherungsmittel des Arrestes der Grundsatz, daß jeder Zeit die Aufhebung desselben durch genügende Cautionsbestellung bewirkt werden kann, so muß solches mindestens in gleichem Maße auch in Beziehung auf das zur außergerichtlichen Sicherung eines Forderungsrechts gewährte Mittel der Retention gelten, umsomehr als die Vornahme einer an sich erlaubten Handlung unter den Gesichtspunkt der Arglist fällt, sobald der Handelnde daran kein rein rechtliches Interesse hat und sie nur in der Absicht, einem Anderen zu schaden, unternimmt (Art. 3444 a. a. O.) Vorausgesetzt also, daß die von der Klägerin bestellte Realcaution für ausreichend zur Sicherstellung der gegnerischen Ersatzansprüche erachtet werden muß, ist dem Beklagten die fernere Ausübung des Retentionsrechts nicht zu gestatten."
(Querelbescheid des Raths vom 30. Mai 1883, № 3708).

1329. Replik der Arglist gegenüber der Einrede des Retentionsrechts.

Die Beklagte hatte von P. 10,000 Rbl. zu fordern und darnach auf ihrer Maschinenfabrik an einem Dampfboote des P. einige geringfügige Reparaturen ausgeführt. Inzwischen hatte P. das Dampfboot an die Klägerin verkauft, welche solches der Beklagten anzeigte und von ihr die Auslieferung des Dampfbootes forderte. Beklagte nahm jedoch an dem Dampfboote ein Retentionsrecht in Anspruch und verweigerte die Herausgabe auch, nachdem am 5.

*) Vgl. unten № 1329, 1376 und 1388.

August ihr die klägerischen Besitzdocumente vorgelegt waren. Auf die nunmehr angestellte Klage und das Erbieten einer der Forderung der Beklagten entsprechenden Caution erklärte Beklagte erst am 16. August, daß sie wegen der Reparaturkosten im Betrage von 50 Rbl. die Retention ausübe. Klägerin bezahlte am 19. August diesen Betrag, und hielt ihre Klage nunmehr wegen Ersatzes der durch Vorenthaltung des Dampfbootes vom 5. bis zum 19. August ihr erwachsenen Schäden aufrecht. In dieser Veranlassung fällte die I. Section des Landvogteigerichts am 2. November 1883 sub № 302 folgendes Erkenntniß:

„Die beklagte Handlung verweigert jeden Schadenersatz mit der Erklärung, daß ihr ein Retentionsrecht zugestanden habe, wegen ihrer — von der Klägerin schlechthin anerkannten — Forderung von ... Rbl. für auf den Dampfer verwandte Reparaturkosten. Klägerin dagegen bestreitet, daß Beklagte das Recht zur Retention gehabt habe, unter Berufung darauf, daß sie (Klägerin) die Bezahlung der Forderung niemals verweigert habe.

Bei Erörterung des Differenzpunktes ist zunächst anzuerkennen, daß die im Gesetze aufgezählten Voraussetzungen für die Ausübung des Retentionsrechts seitens der Beklagten vorliegen. An der Connexität der Forderung der Beklagten mit dem zurückbehaltenen Dampfer ist nicht zu zweifeln (Prov.-Recht Thl. III, Art. 3383), die bezüglichen Arbeiten am Fahrzeuge sind bereits im Juli von der Beklagten ausgeführt worden, endlich hat auch nach den eigenen Angaben der Klägerin Beklagte den Besitz am Dampfer rechtmäßig erworben (Art. 3382); denn der „Mobil" wurde behufs Bewerkstelligung einer Reparatur, welche im Uebrigen hier nicht in Betracht kommt, da Beklagte auf eine Entschädigung dafür ausdrücklich verzichtet, vom Capitän auf die Werft der Beklagten gebracht, bzw. der Beklagten übergeben.

Der von der Klägerin betonte Mangel einer ihrerseitigen Weigerung, die fragliche Forderung zu bezahlen, schmälert das hiernach begründete Retentionsrecht der Beklagten nicht. Durch eine solche Weigerung wäre nur Klägerin in Zahlungsverzug gesetzt worden und die mora solvendi des Contrahenten, dem gegenüber das Retentionsrecht geübt wird, gehört weder nach dem Provinzialrecht (vgl. a. a. O. Art. 3381 ff.), noch gemeinrechtlich (vgl. Gold-

schmidt, Handelsrecht, Bd. I S. 973, 974) zu den Voraussetzungen des Retentionsrechts. Es greift jedoch eine andere, der Natur des Retentionsrechts als eines besonderen Rechtsinstituts entnommene Erwägung zu Gunsten des Anspruches der Klägerin Platz.

Das Retentionsrecht dient zum Schutze gegen einen dolus des Gegners und zwar besteht der dolus in der Abforderung des Gegenstandes vor Berichtigung der Forderung des Inhabers. Es wird geltend gemacht mit der exceptio doli und gründet sich auf die Billigkeit (l. 1 § 1 Dig. de doli mali exc. 44, 4: ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occassionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit). Nach der richtigen, der Billigkeit entsprechenden Ansicht hat der Retinent gegen Sicherstellung seines Anspruchs die Sache herauszugeben (Goldschmidt a. a. O. S. 964, 987. Seuffert's Archiv XIII, № 94. XVII, № 2). Vereitelt der Retinent absichtlich und ohne, daß es zur Verfolgung seines eigenen Rechts nothwendig wäre, die Möglichkeit der Sicherstellung seitens des Gegners, so macht er sich seinerseits eines dolus schuldig. Das Retentionsrecht soll dem Retinenten zu seinem Anspruch verhelfen, nicht ihm das Recht geben, schlechthin die Herausgabe der Sache zu verweigern (Seuffert's Archiv VII, № 187). Nur eine Consequenz bzw. Weiterbildung dieses Satzes ist es, wenn das deutsche Handelsgesetzbuch im Art. 313 den Gläubiger, welchem das kaufmännische Zurückhaltungsrecht zusteht, verpflichtet von der Ausübung desselben den Schuldner ohne Verzug zu benachrichtigen, widrigenfalls er schadensersatzpflichtig wird. Derart präcisirt sind die Verpflichtungen des Retinenten nach gemeinem bürgerlichem Rechte allerdings nicht und hier ist daher nach der Lage des Falles zu entscheiden, ob ein solches Verhalten des Retinenten vorliegt, welches denselben auf allgemeiner Grundlage schadensersatzpflichtig macht. (Prov.-Recht Thl. III, Art. 3444 vgl. 3291). — Im gegenwärtigen Rechtsstreite ist nun nach den Parteiverhandlungen in der That die beklagte Handlung von dem Vorwurfe des dolus nicht zu befreien.

Die Beklagte giebt in der Klagebeantwortung selbst an, daß sie den „Mobil" zunächst wegen einer Forderung (verschieden von der jetzt geltend gemachten) an P. zurückgehalten habe. Sie referirt weiter, daß sie dem Rechtsanwalte der Klägerin, als derselbe ihr

die Documente über das Eigenthum der Klägerin am Fahrzeug vorgelegt, geantwortet habe „daß sie, ehe sie einen Entschluß fassen könne, zuvor mit ihrem Rechtsanwalte Rücksprache nehmen und von diesem die vorgelegten Legitimationspapiere prüfen lassen wolle." Dieser Passus bestätigt die in der Klage vorgebrachte Behauptung, daß Beklagte „über die Kosten der Reparatur und ob sie dieselbe als nicht unter den Begriff der Garantie fallend betrachte, — auch auf directes Befragen sich zu äußern überhaupt geweigert habe."

Im Klagetermin ferner hat Beklagte ohne nähere Substantiirung erklärt, daß sie ein Retentionsrecht am vindicirten Dampfer in Anspruch nehme, und auf das Erbieten der Klägerin, eine der Höhe der Forderung entsprechende Caution gerichtlich zu deponiren, zunächst die Antwort verweigert. Am 16. August erfolgte dann in der Einlassung die Erklärung, daß Beklagte wegen der Forderung von 50 Rbl. der Klägerin gegenüber das Retentionsrecht üben wolle.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dieses geflissentliche Zurückhalten jeder Angabe über den Zweck der Retention sich als dolus der Klägerin gegenüber darstellt, denn letztere war dadurch der Möglichkeit beraubt, durch sofortige Bezahlung der Forderung oder durch Sicherheitsbestellung den Einwand zu beseitigen und zu ihrem Eigenthum zu gelangen. Die (übrigens erst in der Salvation vorgebrachte) Behauptung, der Capitän habe der Beklagten gesagt, daß Klägerin die Forderung der Beklagten von 50 Rbl. nicht anerkennen wolle, erscheint irrelevant, weil die bezügliche Verhandlung nach der eigenen Darstellung der Klägerin vor dem 5. August stattgefunden hat und und an diesem Tage der Rechtsanwalt der Klägerin auf die Aufforderung, Beklagte möge ihre Ansprüche zu erkennen geben, keinen, bzw. ausweichenden Bescheid erhalten hat.

Eines Beweisverfahrens bedarf es zur Entscheidung über die Schadensersatzpflicht hiernach nicht weiter. Diese Pflicht ist vielmehr schon nach dem vorhandenen Actenmaterial für die Beklagte begründet wegen des dolosen Verschweigens des Grundes der Retention während der Zeit vom 5. bis 16. August; dagegen ist Klägerin im Unrecht, wenn sie noch darüber hinaus und zwar bis zum 19. August Schadensersatz beansprucht. Denn mit Eingang der Klage-

beantwortung vom 16. August war der Klägerin die Möglichkeit gegeben, wenn nicht durch Bezahlung, so doch jedenfalls durch Sicherheitsleistung die Retentionseinrede zu erledigen: der dolus der Beklagten bei Ausübung des ihr thatsächlich zustehenden Rechts hörte mit der Proceßverhandlung vom 16. August auf, Klägerin gerieth in Verzug und hat es jedenfalls nur selbst zu verantworten, wenn sie die von ihr geforderte Zahlung nicht sogleich, sondern erst zwei Tage später leistete (Prov.-Recht, Thl. III, Art. 3305, 3307, 3318, 3441).

Beklagte ist somit zum Ersatz des Schadens zu verpflichten, welcher der Klägerin entstanden ist durch die Entmissung des Dampfers „Mobil" während der Zeit vom 5. bis 16. August 1883."

In dem bestätigenden App.-Erk. des Raths vom 18. Januar 1884, № 462 wurde bemerkt:

„Das dem Gläubiger gewährte Retentionsrecht bildet eine Ausnahme von der Regel, daß die Verfolgung und Vertheidigung der Forderungsrechte nur durch Vermittelung der Gerichte herbeigeführt werden darf (Art. 3379 und 3380 des Prov.-Rechts Thl. III). Durch dasselbe soll dem Gläubiger ein Mittel gewährt werden zur Abwehr argliſtiger Rechtsverletzung, welche den Gläubiger treffen müßte, wenn er vor Befriedigung seiner Forderung eine mit ihr zusammenhängende Sache herauszugeben genöthigt würde. Als accessorisches Recht erlischt es, sobald das dadurch zu sichernde Forderungsrecht befriedigt ist; als accessorisches Recht kann es nicht geltend gemacht werden, ohne daß das Forderungsrecht, zu dessen Sicherung es dienen soll, dem Schuldner, dessen Argliſt es abzuwehren bestimmt ist, bekannt gegeben wird .... Welche Zahlung Klägerin dem Beklagten zu leisten hätte, damit letzterer die zurückgehaltenen Maschinentheile ausliefere, hat Beklagter nicht früher als am 16. August aufgegeben. Er hatte also auch nicht früher Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung und durfte bis dahin nicht retiniren. Daher ist der Beklagte für den Schaden, welcher der Klägerin aus der unrechtfertigen Vorenthaltung erwachsen ist, verantwortlich."

1330. Der Retentionsberechtigte hat wegen der durch die Retention entstehenden Kosten regelmäßig keinen Ersatzanspruch.

„Wenn die Kläger behaupten, daß Beklagter selbst durch seine Zahlungsweigerung sie zur Retention des Bootes und der Ladung genöthigt habe, so liegt hierin offenbar eine irrthümliche Auffassung der gesetzlichen Grundsätze über das Retentionsrecht. Wegen Connexität des Forderungsrechts mit der retinirten Sache ist der Gläubiger nach Art. 3382 des Prov.-Rechts Thl. III zur Retention zwar berechtigt, keineswegs aber verpflichtet, zumal nach Art. 3385 a. a. O. durch Nichtausübung des Retentionsrechts die Forderung selbst nicht verloren geht. Das Zurückhaltungsrecht ist nur eines der mehreren gesetzlichen Mittel zur Sicherung von Forderungsrechten. Die Wahl des Sicherungsmittels ist allerdings regelmäßig dem Gläubiger anheimgegeben, er hat aber nach dem Art. 3441 a. a. O. nicht das Recht, wenn er dasjenige Mittel wählt, welches für ihn selbst drückend und mit größeren Kosten verknüpft ist, sich wegen dieses Mehraufwandes an dem Schuldner schadlos zu halten. Dieser kann als Gläubiger, welcher statt einen Arrest zur Sicherstellung seines Forderungsrechts zu erwirken, sich zur Ausübung des Retentionsrechts entschließt, regelmäßig nicht die mit der Aufbewahrung der retinirten Sache verbundenen Kosten vom Schuldner ersetzt verlangen."

(App.-Erk. des Raths vom 4. Februar 1883, № 816).

1331. Ueber die Wirkung des Retentionsrechtes im Concurse. Befriedigung des Commissionärs aus dem Commissionsgute im Concurse des Committenten.

Die Handlung B. war auf Antrag des Concurscurators des F. von dem Vogteigerichte verpflichtet worden, verschiedene von ihr als Commissionärin des Cridars vom Zoll befreite Waaren des letzteren behufs ihrer Versteigerung zur Concursmasse auszuliefern, wobei ihr alles Recht an dem Erlöse, welcher zum gerichtlichen Depositum genommen werden sollte, vorbehalten worden war. Auf ihre Appellation erging am 2. November 1883 sub № 7425 nachstehendes Appellationsurtheil des Raths:

„Die von der Beklagten angefochtene Entscheidung entspricht dem in mehrfachen Erkenntnissen der städtischen Untergerichte und des Raths zum Ausdruck gebrachten Rechtssatze, daß nach eröffnetem Generalcourse sowohl der Retinent von Sachen des Cridars, als der Faustpfandgläubiger verpflichtet sind, der Concursverwaltung die bezüglichen Güter zur Vornahme der öffentlichen Versteigerung zu überlassen. Die Praxis geht davon aus, daß die Concursverwaltung die Pflicht hat, sämmtliche zur Masse gehörigen Werthe zu realisiren; andererseits ist jedoch auch stets anerkannt worden, daß sowohl der Retinent, als der Faustpfandgläubiger nicht verpflichtet sind am Concurse, soweit durch den Versteigerungserlös ihre Forderungen gedeckt werden, Theil zu nehmen, vielmehr als Separatisten nach Liquidstellung ihrer Ansprüche Befriedigung beanspruchen dürfen.

Vgl. Kupffer, in der Dorpater Zeitschrift f. Rechtsw. Band V, Heft 3. Zwingmann, civilrechtl. Entscheidungen Band I, № 42. Band II, № 517. Band V, № 739. Band. VI, № 1194.

Appellantin beruft sich in der Oberinstanz zunächst auf ihr Retentionsrecht, welches doch in der Befugniß bestehe, die Sache bis zur vollständigen Berichtigung der Forderung zurückzuhalten; — wenn das Untergericht das Retentionsrecht der Appellantin anerkenne und trotzdem dieselbe zur Herausgabe der Sachen anweise, so liege hierin offenbar ein Widerspruch. Dieser Einwand trifft insofern nicht zu, als das Retentionsrecht der Appellantin durch die vogteigerichtliche Entscheidung garnicht berührt wird: mit Rücksicht auf das schwebende Concursverfahren soll nur das Object dieses Rechts wechseln und an die Stelle der zu versteigernden Sachen der als Depositum bei Gericht zu asservirende Versteigerungserlös treten. Der Art. 3385 des III. Thls. des Prov.-Rechts steht dem nicht entgegen, weil der Retentionsanspruch der Appellantin unter Vorbehalt der Liquidation des Betrages vom Gerichte nach Geltendmachung seitens der Appellantin ausdrücklich anerkannt worden ist. Sodann aber greift die Erwägung Platz, daß das persönliche Retentionsrecht im Concurse nicht eine weitergehende Wirkung üben kann, als das dingliche Faustpfandrecht; — zumal das s. g. Retentions-

recht, auf welches sich Appellantin stützt, ist seinem Wesen nach nichts anderes, als ein stillschweigendes Pfandrecht.

Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht, Band I Seite 1031. Zwingmann a. a. O. Band IV, № 653.

Wenn also der Faustpfandgläubiger, unter Vorbehalt seiner vorzugsweisen Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse, sich nicht weigern darf, das Pfandobject zur Concursmasse einzuliefern, so muß das gleiche auch rücksichtlich des Retinenten gelten.

Die Auslieferungspflicht des Faustpfandgläubigers gegenüber der Concursmasse findet nun für das hiesige Rechtsgebiet ihre specielle Begründung in der Vorschrift des Art. 1449 des III. Thls. des Prov.-Rechts. Eine Ausnahme könnte nur in Frage kommen, wenn der Schuldner die private Veräußerung ausdrücklich bewilligt hat (ebds. Art. 1448), jedoch hat Appellantin sich hierauf garnicht berufen. Das Retentionsrecht des Privatrechts entbehrt überhaupt der Verkaufsbefugniß (Art. 3384); das kaufmännische Retentionsrecht berechtigt den Gläubiger aber ebenfalls nur zum Antrage auf gerichtliche Versteigerung.

Appellantin greift freilich gerade die Heranziehung des Art. 1449 zur Begründung des vogteigerichtlichen Erkenntnisses an, indem sie, auf dem Wortlaute des Gesetzes und der zu demselben allegirten Quellenstellen fußend, zu deduciren sucht, daß der Schuldner (vorliegenden Falls mithin die in dessen Rechte eingetretene Concursmasse) nur dann den gerichtlichen Verkauf des Pfandes erzwingen könne, wenn vorher die gesammte Forderung, für welche das Pfand hafte, sichergestellt sei, während die Sicherstellung des Werthes des Pfandobjects, bzw. des Versteigerungserlöses — und nur eine solche Sicherstellung sei durch den gerichtlichen Verkauf gegeben, bzw. von dem Appellaten angeboten worden — noch nicht genüge.

Die bezüglichen Auseinandersetzungen in der Appellationsrechtfertigung sind jedoch nicht stichhaltig.

Das dingliche Recht des Faustpfandgläubigers, wie des Pfandgläubigers überhaupt, gipfelt in der Befugniß, „aus der verpfändeten Sache" Befriedigung zu suchen (Art. 1441) und eventuell den gerichtlichen Verkauf (Art. 1444) herbeizuführen, um aus demselben die betreffende Schuld zu decken. Hat der Gläubiger ein an Werth

die Forderung nicht erreichendes Pfand entgegengenommen, so kann das Pfandrecht ihm auch nur zur Realisirung des Werthes des Pfandobjects verhelfen (Art. 1456). — Es ist zwar richtig, daß die Belegstellen zum Art. 1449 von dem Falle ausgehen, wo der Pfandschuldner in der Erwartung eines Ueberschusses auf die Veräußerung dringt, allein hieraus folgt noch nicht, daß bei Unzulänglichkeit des Pfandes es dem Schuldner verwehrt sein solle, das ihm im Art. 1449 gewährte Recht auszuüben. Der Wortlaut des Gesetzes steht dem nicht entgegen, der Verkauf geschieht, „um aus dem Erlös die Schuld zu bezahlen", und bei Unzulänglichkeit des Pfandes wird die Schuld selbstverständlich nur so weit bezahlt, als der Erlös reicht. — Die ratio legis ist in beiden Fällen dieselbe. Der Schuldner soll nicht an einer ihn — ganz oder theilweise — von der Schuld befreienden Maßnahme gehindert werden, wofern er dadurch nur die Lage des Gläubigers nicht verschlechtert. Um eine solche Verschlechterung der Lage des Gläubigers zu verhindern, schreibt der Art. 1449 die Sicherstellung desselben vor und dieser Zweck (d. i. der Schutz des dinglichen Rechts des Gläubigers) bestimmt zugleich den Umfang der Sicherstellung. Wenn mithin dem Gläubiger gewährleistet wird, daß seine Forderung vorzugsweise aus dem Versteigerungserlös gedeckt, bzw. daß der Erlös bis zur Liquidstellung des Forderungsbetrages nicht angetastet werden werde, so ist seine Lage durch die vom Schuldner erzwungene Veräußerung nicht verschlechtert (non videtur deterior conditio creditoris fieri, l. 15 § 5. D. de re judicata XLII, 1). Mehr, d. h. eine bessere Sicherung, als ihm das Pfand bietet, mithin bei voraussichtlicher Unzulänglichkeit des Pfandes Sicherung der ganzen Forderung, darf der Gläubiger gegenüber dem Rechte des Schuldners aus dem Art. 1449 nicht beanspruchen. Zu diesem Ergebnisse führt auch schon — ganz abgesehen davon, daß der factische Werth des Pfandes meist erst durch die Versteigerung sich wird feststellen lassen — die Erwägung, daß, wenn die im Gesetz vorgesehene „Sicherstellung des Gläubigers" sich auf die vollständige Sicherung seiner ganzen Forderung, nicht nur des Pfandwerthes, bezöge, der Art. 1449 seine Bedeutung einbüßen würde. Denn, um den Gläubiger zu einer für ihn vortheilhaften Pfandnovation zu veranlassen, bedarf es nicht des Gesetzes und, wenn andererseits

der Schuldner dem Gläubiger bei Abnahme des Pfandes bessere Sicherheit bietet, als das Pfand gewährte, so ist nicht abzusehn, weshalb in solchem Falle der Schuldner noch verpflichtet sein sollte, wegen der vollständig gesicherten Forderung das frühere Pfand zu versteigern und aus dem Erlös den Gläubiger ganz oder theilweise zu befriedigen.

Hiernach ist, weil die gemäß dem Art. 1449 zu leistende Sicherstellung schon darin liegt, daß das Concursgericht den Verkauf bewerkstelligt, den Erlös in Verwahrung nimmt und den Gläubiger, soweit derselbe ein Recht darauf hat, daraus befriedigt (Zwingmann, a. a. O. Bd. V S. 96), Appellantin nicht befugt, die Herausgabe der fraglichen Waare zu verweigern.

Soviel zur Erledigung der Rechtsfrage. In welcher Weise aber der Appellantin, welche ein Recht auf die *private* Veräußerung des Pfandes nicht hat behaupten können, durch die vom Untergerichte verfügte, gerichtliche Versteigerung thatsächlich ein Schade entstehen könnte, ist nicht wohl ersichtlich; denn um die Kosten der gerichtlichen Versteigerung erscheint stets die materielle Sicherheit des Pfandes verringert und, wenn der *private* Verkauf der fraglichen Gegenstände in Wahrheit so günstige Aussichten bietet, wie Appellantin meint, so ist sie ja in der Lage bei der gerichtlichen Versteigerung die Waare selbst zu erwerben, um dann nachträglich die Vortheile des privaten Verkaufs auszunutzen."

1332. Retentionsrecht im Concurse wegen Forderungen an den Cridar, die zur Concursmasse *nicht* angemeldet sind.

Der Cridar R. hatte von einem ihm eigenthümlich gehörigen Bauergesinde dem S. einen Theil auf 24 Jahre verpachtet und sich dabei zur Entschädigung für die von dem Pächter aufgeführten Gebäude verpflichtet. S. hatte seine Entschädigungsforderung binnen der Proclamfrist nicht angemeldet, nahm aber noch vor der Versteigerung des Gesindes ein *Retentionsrecht* an demselben wegen seiner Verwendungen im Betrage von 2300 Rbl. in Anspruch.

In dem rechtskräftigen Erkenntnisse der I. *Section des Landvogteigerichts* vom 20. Januar 1881, № 28 wurde der Anspruch des S. auf Befriedigung aus der Masse zurückgewie-

sen, weil er durch den Ablauf der Proclamfrist ausgeschlossen sei, und sodann bemerkt:

„Hieraus folgt indessen noch nicht, daß Kläger wegen der auf die gepächteten Gesinde gemachten Verwendungen überhaupt alles Recht eingebüßt hat. Denn die Präclusion bezieht sich nur auf die klageweise Geltendmachung von Ansprüchen an die Masse, indem die Anmeldung von Forderungen, welche noch nicht urtheilsmäßig sind, eben der Klageanstellung gleichsteht oder sie in sich schließt (civilrechtl. Entsch. V, № 936); sie entzieht dagegen dem Berechtigten nicht die Geltendmachung seines Anspruches im Wege der Einrede. Wer eine Forderung an den Cridar hat, kann wenn er wegen einer Schuld an denselben vom Concurscurator belangt wird, die Compensation beanspruchen, wiewohl er die Anmeldung der Forderung binnen der Proclamfrist versäumt hat, und er kann ebenso ohne Rücksicht auf letzteren Umstand ein Retentionsrecht ausüben, da dieses als eine Anwendung der exceptio doli gerade dort seine hervorragende Bedeutung äußert, wo dem dadurch geschützten Anspruche das Klagerecht fehlt bzw. verloren gegangen ist (Prov.-Recht Thl. III Art. 3381, 3764, 4429 und 4432. Sintenis, Civilrecht II, § 91 sub D. Fuchs, Concursverfahren, S. 42). Was aber die Frage anbetrifft, ob das Retentionsrecht auch im Concurse wirksam sei, so ist dieselbe, wenn nicht überhaupt (vgl. civilrechtl. Entsch. IV, S. 96, V. S. 94—97. Fuchs, Concursverfahren, S. 42. Seuffert's Archiv XXIII, 8. XXIV, 297) jedenfalls unter der Voraussetzung zu bejahen, daß das Retentionsrecht unter den obwaltenden Umständen auch gegenüber der Eigenthumsklage mit Erfolg zur Geltung gebracht werden darf*). Dies ergiebt sich für das Provinzialrecht, abgesehen von der Erwägung, daß die Concursgläubiger, wenn sie dem Pächter das Grundstück entziehen und ihm dasjenige, was er in dasselbe hineingesteckt hat, nicht ersetzen wollten, sich auf seine Kosten ohne Rechtsgrund bereichern würden, unzweideutig aus dem Art. 3383 Pkt. 1 in Verbindung mit dem Art. 920, wonach die Retention wegen Verwendungen auch gegenüber der Vindication stattfindet. Da aber nach Art. 578 a. a. O. die nothwendigen Verwendungen stets und die nützlichen nach Art. 579 dem gutgläubigen Besitzer

*) Vgl. Band IV, Seite 408.

wenigstens in gewissem Umfange zu ersetzen sind, während es nach den Angaben des Klägers unzweifelhaft ist, daß die von ihm behaupteten Bauten sich als nützliche und zum Theil wohl auch als nothwendige Verwendungen auf das Pachtstück qualificiren, so ist ihm ein Retentionsrecht wegen derselben gegenüber einer etwaigen Vindication jedenfalls einzuräumen und muß ihm daher ein solches für den Fall, daß es zur Versteigerung des Pachtstückes und zur Auflösung des Pachtverhältnisses gemäß Art. 4129 kommt, auch ausdrücklich offengelassen werden."

1333. a. Verschiedenheit der Proceßzinsen von Verzugszinsen. b. Proceßzinsen können bis zum Schlusse des Processes noch nachgefordert werden.

Kläger hatte gegen Beklagten eine Entschädigungsforderung von 8448 Rbl. 19 Kop. eingeklagt. Nachdem der Proceß bereits in's Beweisstadium getreten war, beantragte Kläger intercalariter, ihm von der Klagesumme im Falle des Obsieges auch die aus Versehen in der Klage nicht geforderten Proceßzinsen zuzusprechen. Das Vogteigericht fällte am 17. März 1883 sub № 51 folgenden Bescheid:

„Kläger geht davon aus, daß Proceßzinsen nicht als gesetzliche Zinsen anzusehen seien und daher der Art. 3421 des Prov.-Rechts Thl. III, demzufolge gesetzliche Zinsen nicht gesondert von der Hauptforderung geltend gemacht werden dürfen, auf sie keine Anwendung finde. Diese Anschauung ist jedoch unrichtig. Der Art. 3408 a. a. O. unterscheidet nur zwischen gesetzlichen und auf Privatwillkür beruhenden Zinsen und, da die Proceßzinsen zu den letzteren offenbar nicht gerechnet werden können, so werden sie eben auch als „gesetzliche" Zinsen angesehen werden müssen. Wenn ferner unter den im Art. 3416—20 aufgeführten Arten der gesetzlichen Zinsen die Proceßzinsen nicht speciell erwähnt sind, so liegt dies — abgesehen davon, daß die erwähnte Aufzählung durchaus keine erschöpfende zu sein braucht — wohl einfach darin, daß die Proceßzinsen mit unter den im Art. 3416 aufgeführten Verzugszinsen oder Weilrenten verstanden sind. In der That sind denn auch die Proceßzinsen nichts anderes als eine Art der Verzugszinsen; werden doch in der

Theorie und Praxis die Ausdrücke: Proceßzinsen, Verzugszinsen, Weilrenten ꝛc. meistens promiscue gebraucht. Gilt sonach der Art. 3421 auch für die Proceßzinsen, so ist damit, sofern man sich streng an den Wortlaut dieses Artikels hält, die Unzulässigkeit des klägerischen Petitums bereits constatirt.

Allerdings behauptet Kläger, daß das Verbot des Art. 3421 sich nur auf die Geltendmachung gesetzlicher Zinsen *in einem besonderen Processe* beziehe, während in casu der Anspruch noch im Laufe des Hauptprocesses erhoben sei. Allein wollte man auch dieser Interpretation des Klägers beipflichten, so würde doch die vom Kläger beabsichtigte Erweiterung seiner Klage aus allgemeinen processualischen Gründen nicht zulässig sein. Eine Aenderung und Ergänzung der ursprünglichen Klage ist zwar nicht unbedingt als unstatthaft anzusehen, sofern nur dem Beklagten die Möglichkeit gegeben wird, sich auf die Klageänderung zu erklären, und seine Vertheidigung durch sie in keiner Weise behindert wird. Eine Erweiterung der Klage dagegen, bzw. eine Erstreckung derselben auf bisher nicht geltend gemachte Forderungen, kann allein in dem Falle zugelassen werden, wenn die nachträglich erhobenen Ansprüche erst später im Laufe des Processes entstanden sind. Was den vorliegenden Fall betrifft, so kann dem Beklagten einmal nicht mehr die Möglichkeit gegeben werden, sich auf die Nachforderung des Klägers förmlich zu äußern, da ein zweites vorbereitendes Verfahren bezüglich des neu geltend gemachten Anspruches jetzt, wo der Proceß bereits im Beweisstadium sich befindet, unmöglich noch gestattet werden kann. Wenn Kläger der Ansicht ist, daß der geltend gemachte Zinsanspruch, als bloßes Accessorium der Hauptforderung eine selbständige Erklärung des Beklagten garnicht erheische, vielmehr mit der Anerkennung der Hauptforderung auch die Berechtigung der gesetzlichen Zinsenforderung unwiderstreitbar dargethan sei, so ist zu bemerken, daß die Geltendmachung von Einreden gegen den Zinsanspruch doch nicht absolut ausgeschlossen ist (man denke etwa an die Einrede des vergleichsweisen Verzichts auf die Zinsen) und demgemäß auch im vorliegenden Falle das Princip, demzufolge Beklagter über jeden vom Kläger geltend gemachten Anspruch zu hören ist, gewahrt bleiben muß. — Sodann gilt auch hier, was in dem App.-Erk. vom 29. October 1871, № 7234 ausgeführt

ist.*) Kann schon im allgemeinen eine Klageerweiterung als zulässig nicht angesehen werden, so dürfte dies dann umsoweniger der Fall sein, wenn die ursprüngliche Beschränkung der Klage nicht etwa durch mangelndes Wissen oder entschuldbaren Irrthum des Klägers veranlaßt, sondern einzig auf den freien Willen desselben zurückzuführen ist. In casu führt Klägerin zwar an, daß die Forderung von Proceßzinsen bei der Klageanstellung aus Versehen unterlassen sei; allein, daß dies Versehen auf einen entschuldbaren Irrthum zurückzuführen sei, ist nicht behauptet worden und dies muß auch a priori für ausgeschlossen erachtet werden, da dem Kläger ein rechtskundiger Beistand zur Seite stand.

Schließlich würde es sich noch darum handeln, ob nicht die Hauptregel, daß eine Klageerweiterung unzulässig ist, bezüglich der Accessionen der Hauptforderung als Zinsen, Früchte, Proceßkosten ꝛc. eine Ausnahme erleidet. Es ist nämlich von manchen Processualisten behauptet worden, daß solche Accessionen der Hauptforderung, welche nicht in besonderer Klage geltend gemacht werden können, vom Richter auch ohne speciellen Antrag ex officio der klagenden Partei zuzusprechen seien, indem diese Accessionen quasi als ein Bestandtheil der Hauptsache angesehen werden müßten. Solchenfalls würde allerdings dem Kläger seine Versäumniß nicht zum Schaden gereichen. Allein die Mehrzahl der Processualisten hat sich gegen den obigen Satz ausgesprochen (vgl. Renaud § 78. Bayer § 12. Wetzell § 43) und was die gemeinrechtliche Praxis betrifft, so ist sie bezüglich dieser Frage durchaus schwankend — es liegen entgegengesetzte Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe vor, vgl. Seuffert's Archiv X, 296. XII, 91. XIX, 191 — und kann sonach für den vorliegenden Fall nicht ausschlaggebend sein. Bei dieser Sachlage ist darauf zu recurriren, daß die hiesige Praxis constant sich auf den Standpunkt gestellt hat, daß eine Verurtheilung in die Accessionen der Hauptsache ohne ausdrücklichen Antrag der Parteien nicht zulässig sei, und es ist demnach auch im vorliegenden Falle Kläger mit seiner verspätet vorgebrachten Zinsenforderung zurückzuweisen."

Auf klägerischerseits erhobene Querel wurde dagegen von dem Rathe dem klägerischen Antrage gemäß erkannt. Gründe:

*) Siehe Präjudicate des Rig. Raths betr. den Civilproceß, № 64.

„Die Differenz zwischen den Parteien bezieht sich auf zwei Fragen: einmal darauf, ob Proceßzinsen eine Art der Verzugszinsen bilden, wie der Unterrichter annimmt, und ferner darauf, ob eventuell Proceßzinsen, als von den Verzugszinsen unterschieden, noch nachträglich im Laufe des Processes vom Querulanten gefordert werden durften. Die ältere gemeinrechtliche Doctrin hat vielfach darüber gestritten, ob eine Verpflichtung des Beklagten zur Verzinsung der ihm urtheilsmäßig abgesprochenen Summe vom Beginne des Processes ab sich construiren lasse, wofern die Bedingungen der mora nicht vorhanden seien. In einer erschöpfenden Auseinandersetzung hat dann Savigny (System, Bd. V. §§ 268—271) auf Grund der römisch-rechtlichen Quellen dargelegt, daß der Anspruch auf Proceßzinsen ohne Rücksicht auf mora des Gegners jedem Kläger zustehe, weil er seine Hauptforderung cum omni causa zu erhalten habe, d. h. so, wie sie ihm zu Theil geworden wäre, wenn der Beklagte schon zu Anfang des Rechtsstreites seiner — vom Richter später anerkannten — Schuldverpflichtung genügt hätte. Die entscheidenden Quellenaussprüche finden sich im Digestentitel de usuris (XXII 1,) l. 2, l. 3 § 1, l. 34; — alle diese Stellen sind auch bei der Codification des baltischen Provinzialrechts berücksichtigt worden (vgl. Thl. III Art. 548, 554, 3320, 3409, 3432). Der Ansicht Savigny's ist die weit überwiegende Zahl der gemeinrechtlichen Theoretiker gefolgt und auch die Spruchpraxis im Gebiete des gemeinen Rechts hat sich neuerdings derselben immermehr angeschlossen (vgl. Puchta, Pandekten § 96, Note 1. Arndts § 252, Anm. 3. Bangerow I, § 160, IV sub 2. Windscheid I, § 124, Note 6. Renaud, Civilproceß § 73, Note 9. Entsch. des Reichsger. Bd. II, № 46. Entsch. d. R.O.H.G. in Seuffert's Archiv XXVII, 65 und die daselbst allegirten im Archiv abgedruckten Entscheidungen).

Erledigt ist die Controverse freilich nicht; namentlich Wetzell (System § 14, Note 76), auf welchen denn auch Querulant sich beruft, vertritt den entgegengesetzten Standpunkt, und ebenso lassen sich einzelne Gerichtsentscheidungen nachweisen, welche einen Unterschied zwischen Verzugs- und Proceßzinsen nicht statuiren (so anscheinend Seuffert's Archiv XIX, 191; XII 91). Die Praxis der hiesigen städtischen Gerichtsbehörden hat geschwankt: während früher

die Proceßzinsen in der Regel als Art der Verzugszinsen behandelt und demgemäß nicht zugesprochen wurden, wenn der Betrag der Forderung illiquid war (Prov.-Recht Thl. III, Art. 3316), hat neuerdings die Mehrzahl der städtischen Untergerichte sich für die Zubilligung von Zinsen ohne Rücksicht auf die mora des Beklagten erklärt und der Rath hat wiederholt in diesem Sinne entschieden (Zwingmann Entsch. Band VI, № 1164; vgl. ebds. Bd. V, № 782). Daß diese Auffassung keineswegs im Widerspruche steht zu den (die Proceßzinsen nicht erwähnenden) Bestimmungen des III. Theils des Prov.-Rechts über die Zinsen (Art. 3416 ff.), wie das Vogteigericht bzw. Querulant darzulegen suchen, ergiebt sich aus der einfachen Erwägung, daß die im Gesetze gegebene Aufzählung der Fälle, in welchen Zinsen auf Grund gesetzlicher Vorschrift entrichtet werden müssen, nicht eben nothwendig erschöpfend zu sein brauchte. Die specielle Frage der Proceßzinsen konnte an der bezeichneten Stelle durch Uebergehung um so eher offen gelassen werden, als es sich dabei wesentlich um Feststellung einer Wirkung des Proceßbeginns handelt und die entsprechende Vorschrift mithin zwanglos sich in die in Aussicht genommene Codification des Proceßrechts eingefügt hätte. — Andererseits steht wiederum, weil eben die Proceßzinsen als zur omnis causa gehörig, als Früchte der Hauptforderung, einen privatrechtlichen Anspruch des Klägers darstellen, der Anwendung der allgemeinen privatrechtlichen Bestimmungen über die Zinsen auch auf die Proceßzinsen nichts entgegen. Demgemäß muß auf Grund des Art. 3400 a. a. O. anerkannt werden, daß Proceßzinsen zu den gesetzlichen Zinsen gehören und folgerecht hat auch der Art. 3421 ebds. für die Proceßzinsen zu gelten.

Dies führt zur Erörterung der zweiten oben aufgeworfenen Frage. — Der Art. 3421 lautet: „Gesetzliche Zinsen aller Art können nicht besonders, sondern müssen zugleich mit der Hauptforderung geltend gemacht und dürfen daher auch nicht nachgefordert werden, wenn sie mit Stillschweigen übergangen sind, oder wenn die Hauptschuld ohne Vorbehalt angenommen worden ist." Querulat interpretirt diese Bestimmung derart ausdehnend, daß er die Forderung von Zinsen in der Klage auch dann für ausgeschlossen erklärt, falls der Gläubiger vorher nur außergerichtlich die Capitalforderung

mit Umgehung der Renten „geltend gemacht" (?) hat. — Diese offenbar unzutreffende, namentlich auch dem Satze, daß ein Verzicht nicht vermuthet wird, widersprechende Interpretation kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil die Verbindlichkeit zur Entrichtung von Proceßzinsen eben nicht vor dem Beginn des Processes, der Klageerhebung, begründet werden kann. Die zu entscheidende Frage ist vielmehr die: ob die nachträgliche Bitte des Klägers um Zuerkennung der im Klageantrage übergangenen Proceßzinsen eine unzulässige Klageänderung darstellt. Daß nach rechtskräftig erledigtem Processe über die Hauptforderung der obsiegende Kläger nicht befugt ist, vom Beklagten Proceßzinsen, deren das Urtheil nicht erwähnt, zu beanspruchen, ist durch den Art. 3421 zweifellos festgestellt, aber auch nur insoweit ist dieser Artikel für die Frage der Klageergänzung durch Nachforderung von Proceßzinsen maßgebend. Im Sinne des Civilrechts ist unter Geltendmachung der Hauptforderung der gesammte Proceß zu verstehen und „zugleich mit der Hauptforderung" wird daher auch die Proceßzinsenforderung geltend gemacht, wenn der Kläger erst nach Erhebung der Klage, in einem späteren Proceßstadium den Antrag stellt. Im Uebrigen ist nur nach den Grundsätzen des Proceßrechts darüber zu entscheiden, ob und bis zu welchem Proceßstadium der Kläger das bei der Klage Versäumte nachholen dürfe. Das Vogteigericht sieht nun in der klägerischen Nachforderung von Proceßzinsen eine unstatthafte Klageänderung und zur Begründung dessen beruft es sich u. A. auf Renaud, Bayer und Wetzell mit dem Bemerken, daß die gemeinrechtliche Praxis schwanke. Die Entscheidungen, welche im untergerichtlichen Erkenntnisse bezogen sind, behandeln jedoch garnicht die hier streitige Frage. Zwei derselben nämlich (Seuffert's Archiv Band X, № 296 und Bd. XIX, № 191) sprechen sich dahin aus, daß Proceßzinsen, auch wenn sie überhaupt garnicht gefordert wurden, von amtswegen zuzuerkennen seien. Dieser, gegen die vogteigerichtliche Deduction sprechende, Satz kann nach dem Umfange, in welchem die Verhandlungsmaxime im städtischen Processe Geltung übt, hierselbst unbedingt nicht Anwendung finden. Die dritte Entscheidung wiederum (ebds. Bd. XII, № 91) handelt ausdrücklich von nicht geforderten Verzugszinsen und spricht aus, daß solche dem Kläger nicht im Urtheil zuerkannt werden dürften, — sie kann selbstverständlich nicht

herangezogen werden für vorliegenden Fall, welcher sich auf nachgeforderte Proceßzinsen bezieht. — Was ferner die erwähnten Processualisten anlangt, so ist Wetzell's Ansicht deshalb nicht entscheidend, weil derselbe (wie oben erwähnt wurde) die Proceßzinsen nur vom Gesichtspunkte der Verzugszinsen betrachtet wissen will und zuzugeben ist, daß die Nachforderung von Verzugszinsen häufig als eine unzulässige Klageerweiterung wird aufgefaßt werden können. Bayer erwähnt ebenfalls (Verträge, Seite 34 § 12) nicht speciell der Proceßzinsen, sondern allgemein der „Accessionen und Nebensachen, Früchte und Zinsen" und nach der Neigung dieses Schriftstellers, Klageänderungen nicht zu sehr zu erschweren (ebds. § 213 Seite 666), wäre hiernach eher anzunehmen, daß derselbe die Nachforderung von Proceßzinsen für zulässig halte. — Renaud endlich spricht sich zwar (Civilproceß, § 197 a. E. Seite 600, 601) ausdrücklich dahin aus, daß das Gesuch auf Bezahlung von Proceßzinsen in dem Klageantrage enthalten sein müsse, allein derselbe Schriftsteller beansprucht auch das Gleiche rücksichtlich der Proceßkosten, während Bayer wie die Proceßzinsen, so auch die Proceßkosten in jener Aufzählung unerwähnt läßt. Es ist auch in der That zweifellos, daß die processualische Behandlung dieser beiden Klageaccessionen eine gleiche seine muß, denn die Bitte auf Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung der Proceßzinsen bedarf ebensowenig einer speciellen Begründung, wie die Bitte um Kostenersatz, beides ist ein durch den Proceßbeginn entstehendes Recht des Klägers. Die neuere Praxis der Untergerichte sowohl, als des Raths hat nun constant dahin entschieden, daß die Bitte um Kostenersatz nicht an ein specielles Proceßstadium gebunden ist, sondern auch bei der Submission zum Urtheil, rechtzeitig vorgebracht werden kann, und diese, der erwähnten Ansicht Renaud's entsprechende Praxis muß consequent auch auf die Nachforderung von Proceßzinsen ausgedehnt werden, zumal nach dem Inhalte dieses Anspruches von einer Verkürzung der Vertheidigung des Beklagten hierbei nicht die Rede sein kann (vgl. hierzu das bereits oben erwähnte, einen ganz gleichen Fall erledigende Erkenntniß des R.O.H.G. zu Leipzig in Seuffert's Archiv Bd. 27, № 65).

Das Ergebniß der vorstehenden Erörterung läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen: 1. Proceßzinsen sind unabhängig vom

Verzuge des Gegners dem Kläger von der ihm zugesprochenen Summe, gerechnet vom Klagetage, ab zuzubilligen; 2. die Zuerkennung bedarf eines besonderen Antrages; 3. ein solcher Antrag kann jedoch mit Rechtseffect bis zum Schlusse der Verhandlung gestellt werden."
(Querelbescheid des Raths vom 1. Juni 1883, № 3779).

1334. Begründung der Schadensersatzklage wegen Sachbeschädigung hinsichtlich des Verschuldens. Haftung für fremde culpa.

In einem und demselben Gebäude hatte Klägerin einen Salzkeller und beklagte Handlung einen gerade über diesem belegenen Speicherraum gemiethet, in welchem Droguen aufbewahrt wurden. Klägerin behauptete, es sei durch die Diele des Speichers Terpentin oder Holzessig durchgesickert und habe von dem im Keller lagernden Salze 1000 Pud im Werthe von 525 Rbl. verdorben, und verlangte von der beklagten Handlung den Ersatz dieses Werthes, weil letztere als Mietherin des oberen Locals es habe verhindern müssen, daß daraus eine übelriechende Flüssigkeit in den Keller der Beklagten eindringe.

Die Klage wurde von dem Vogteigerichte angebrachtermaßen abgewiesen und die dagegen klägerischerseits eingelegte Appellation aus folgenden Gründen durch App.-Erk. des Raths vom 16. März 1884, № 1951 verworfen:

„Die klägerische Appellationsschrift führt aus, der Schaden könne nur durch ein schuldvolles Handeln oder Unterlassen verursacht sein, an welchem selbstverständlich das Personal der Beklagten, sei es Principal, Commis oder Handlanger schuld sei. Welche Person speciell die Schuld treffe, sei nach Art. 3288 des Prov.-Rechts Thl. III irrelevant, da die Beklagte vermöge ihrer persönlichen Stellung als Dienstherr zum Thäter unter allen Umständen für die Rechtsverletzung verantwortlich sei. Den ihr nach Art. 3304 a. a. O. obliegenden Beweis, daß die Rechtsverletzung ohne ihre Schuld herbeigeführt sei, habe Beklagte nicht erbracht . . . .

Gegenüber der Bemerkung des angefochtenen Erkenntnisses, Klägerin habe weder die schadenbringende Handlung, noch ihren

Urheber bezeichnet, beruft sich Klägerin darauf, das Ausgießen der in ihren Salzkeller durchgesickerten Flüssigkeit müsse selbstverständlich von dem Personal der Beklagten verschuldet sein und für den dadurch verursachen Schaden sei Beklagte unter allen Umständen verantwortlich. Allein, daß das Ausgießen der Flüssigkeit von dem Personal der Beklagten *verschuldet* sei, ist höchstens wahrscheinlich, da es sehr wohl denkbar ist, daß ein Gefäß durch zufällige Einflüsse gesprungen oder leck geworden sein kann. Wäre aber thatsächlich die fragliche Flüssigkeit von einer der im Geschäfte der Beklagten angestellten Personen verschüttet worden, so folgt daraus noch nicht, daß Beklagte für den dadurch entstandenen Schaden haftbar sei.

Nach Art. 3284 und 3444 a. a. O. hat als Regel nur derjenige für den Schaden zu haften, der ihn durch sein schuldvolles Thun oder Unterlassen herbeiführt. Eine Haftung für das Verschulden *Dritter* tritt nur ausnahmsweise in bestimmten Fällen ein und das Prov.-Recht kennt namentlich keinen Rechtssatz des Inhaltes, daß der Dienstherr für den von seinem Dienstpersonal bei der Dienstverrichtung dritten Personen zugefügten Schaden unter allen Umständen einzustehen habe. Das Gegentheil ist vielmehr für das Hausgesinde ausdrücklich ausgesprochen im Art. 4212 und im Art. 4051; die Anmerkung zum Art. 4185 aber verweist im Einklange damit bezüglich der Haftung des Dienstherrn für den von dem Dienstpflichtigen verübten Schaden auf den Art. 3447, welcher den Dienstherrn nur im Falle der Nachlässigkeit bei der Auswahl der Dienstleute für haftbar erklärt. Freilich besagt der klägerischerseits bezogene Art. 3288:

> für eine Rechtsverletzung ist verantwortlich, wer dieselbe hat geschehen lassen unter Umständen, wo er durch seine persönliche Stellung zum Thäter, als Vater oder Dienstherr, sie hätte hindern können und also sollen,

indessen kann diese Bestimmung, insbesondere im Hinblick auf die vorhin angeführten Artikel, nicht so verstanden werden, daß der Dienstherr für *jede* Beschädigung Dritter durch sein Dienstpersonal verantwortlich ist, weil er sie nicht gehindert hat.*) Die Verant-

*) Vgl. Artikel 1384 des code civil und Artikel 61 des Schweizerischen Obligationenrechts.

wortlichkeit tritt vielmehr erst ein, wenn die Beschädigung unter Umständen geschah, wo der Dienstherr sie bei gehöriger Beaufsichtigung hätte hindern können, wo ihn also selbst ein Verschulden trifft. Da Klägerin aber die concreten Umstände, durch welche das Durchsickern der Flüssigkeit aus dem Waarenspeicher der Beklagten in den klägerischen Salzkeller veranlaßt worden ist, überhaupt nicht angeführt, sondern die Verantwortlichkeit der Beklagten einzig daraus hergeleitet hat, daß eine Flüssigkeit durchgesickert sei, so sind diejenigen Thatsachen, welche die rechtlichen Voraussetzungen der behaupteten Schadensersatzpflicht bilden, nicht klar gelegt und der erste Richter hat deshalb mit Recht die Entschädigungsklage als nicht substantiirt bezeichnet.

Die Berufung der Klägerin auf den Art. 3304 a. a. O. schlägt zu ihren Gunsten gleichfalls nicht durch, denn der Vordersatz dieses Artikels, „ist das Vorhandensein einer nicht böswillig verübten Rechtsverletzung nachgewiesen", bedarf nothwendig eines von ihm stillschweigend vorausgesetzten Zusatzes, daß nämlich Urheber der Rechtsverletzung der Beklagte sei. Ohne diesen Zusatz würde der Art. 3304 den Artikeln 3443 und 3444 widersprechen und etwas geradezu Widersinniges aussprechen, daß nämlich der Beschädigte nur objectiv eine Beschädigung darzuthun hätte, um irgend eine beliebige Person für sie verantwortlich zu machen, sofern letztere ihre Schuldlosigkeit nicht darthun kann. Der Sinn des Art. 3304 ist also der, daß der Schadensersatzkläger, welcher bewiesen hat, daß eine an sich rechtswidrige (Art. 3284) und schadenbringende Handlung vom Beklagten oder von einer Person, für welche derselbe verantwortlich erscheint, vorgenommen ist, nicht noch besonders zu beweisen braucht, daß sie dem Handelnden zur Schuld zuzurechnen sei, sondern daß der Beweis der Exculpation vom Beklagten erbracht werden muß. Wenn also der Nachweis einer von der Beklagten oder einer Person, für welche sie verantwortlich ist, vorgenommenen nicht gestatteten Handlung die rechtliche Vorbedingung der Anwendbarkeit des Art. 3304 bildet und wenn diese Vorbedingung nach dem oben Erörterten hier gerade fehlt, so ist es klar, daß die Nichtanwendung des Art. 3304 der Klägerin keinen Grund zur Beschwerde giebt.

Nach dem Vorstehenden ist also in Uebereinstimmung mit dem

ersten Richter anzuerkennen, daß durch die klägerischerseits behaupteten Thatsachen eine Verpflichtung der Beklagten zum Ersatze des von der Klägerin geforderten Schadens nicht begründet wird, und die dieserhalb angeordnete Abweisung der Klage angebrachtermaßen muß deshalb Bestätigung finden."

1335. Haftung des Gewerbeunternehmers für den von seinem Dienstpersonal dritten Personen zugefügten Schaden.

„Kläger hat auf Grund der Behauptung, daß von dem Anspanne eines an seinem Hause vorüberfahrenden Tramway-Wagens des Beklagten ein eiserner Ring sich abgelöst habe und mit solcher Gewalt gegen das Fenster eines in seinem Hause befindlichen Budenlocals geschleudert worden sei, daß die Spiegelscheibe total zerplatzt sei, von dem Beklagten die Erstattung des Schadens mit 100 Rbl. beansprucht.

Beklagter hat die Klage als dunkel bezeichnet, weil Kläger es verabsäumt habe, diejenigen Momente anzuführen, aus denen ein Verschulden des Beklagten oder seiner Leute geschlossen werden könne....

Nach Art. 3304 des Prov.-Rechts Thl. III liegt, wenn das Vorhandensein einer (nicht böswillig verübten) Rechtsverletzung nachgewiesen ist, der Beweis, daß sie ohne Schuld oder das Verschen des Beklagten herbeigeführt sei, diesem letzteren ob. Als Rechtsverletzung ist gemäß Art. 3284 a. a. O. jede an sich nicht gestattete Handlung, durch welche einem anderen geschadet wird, anzusehen. Nach der Darstellung des Klägers ist von dem Gefährte des Beklagten ein Ring in sein Fenster hineingeschleudert und dieses hierdurch zertrümmert worden. An sich kann dieser Act als eine gestattete Handlung nicht gelten. Somit liegt dem Beklagten der Beweis dessen ob, daß er ohne ein Verschulden stattgefunden hat. Demnach genügt in dieser Beziehung dasjenige, was Kläger angeführt hat, zur Begründung der Klage und ist es Sache des Beklagten die Thatsachen geltend zu machen und resp. zu beweisen, welche geeignet sind die Beschädigung als durch einen casus herbeigeführt darzuthun (Zwingmann civilrechtl. Entsch. V, № 772. IV, S. 177; vergl. auch ebendaselbst № 946, S. 475).

Indessen fragt es sich, ob nicht aus einem anderen Grunde die Klage als unsubstantiirt anzusehen ist. Eine Sache hat weder

Rechts-, noch Willens-, noch Handlungsfähigkeit und kann demnach auch nicht eine Rechtsverletzung verüben, sondern nur das Mittel derselben sein (vgl. Art. 2912, 2913, 3284 und 3286 a. a. O.). Ferner haftet auch nicht der Eigenthümer der Sache als solcher für die durch sie erfolgte Beschädigung, abgesehen von der hier nicht in Betracht kommenden Verletzung durch Thiere (Artikel 4577 ff. a. a. O.). Somit ist bei einer stattgehabten Schadenszufügung weder der verletzende Gegenstand der Träger der Verantwortung, noch auch der Eigenthümer derselben als solcher, sondern zunächst diejenige Person, durch deren Handlung (im weiteren Sinn) die Verletzung geursacht worden ist (Art. 3444 a. a. O.). Daß Beklagter bei dem streitigen Vorfalle resp. beim Anspann ꝛc. persönlich thätig gewesen sei, hat Kläger überall nicht behauptet und offenbar auch nicht behaupten können. Aller Wahrscheinlichkeit nach wird somit Beklagter für Handlungen seines Dienstpersonals in Verantwortung gezogen. Es fragt sich nun, ob und wieweit Beklagter für dieses einzustehen hat und ob Kläger nicht in dieser Beziehung den Beklagten belastende Momente hätten geltend machen müssen. Zunächst ist zu bemerken, daß nicht eine Forderung aus einem vertragsmäßigen Verhältniß, sondern eine solche lediglich aus einer angeblichen Rechtsverletzung erhoben worden ist. Mithin können hier etwa die Bestimmungen der Art. 4236 und 4260 a. a. O. weder direct, noch analog eine Anwendung finden. Nach Art. 3344 a. a. O. ist derjenige zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der denselben durch seine Handlung oder Unterlassung veranlaßt hat. Indessen ist gemäß Art. 3288 und 3447 a. a. O. (vgl. auch Art. 4212 a. a. O.) auch derjenige für die jemandem zugefügte Rechtsverletzung verantwortlich, wer dieselbe hat geschehen lassen unter Umständen, wo er durch seine persönliche Stellung zum Thäter als Vater oder Dienstherr sie hätte hindern können und also sollen, resp. wer bei der Auswahl von Dienstboten und sonstigen Dienstleuten nicht die erforderliche Vorsicht angewendet hat, um sich zu vergewissern, ob sie zur Verrichtung der ihnen übertragenen Dienste fähig und brauchbar seien. Hiernach ist unter gewissen Beschränkungen auch die Haftpflicht eines Dritten, insbesondere des Dienstherrn gesetzlich anerkannt. Letztere ist insbesondere für den Fall statuirt, daß er die Rechtsverletzung hätte hindern können oder daß

er bei der Auswahl seines Personals nicht die erforderliche Vorsicht gebraucht hat. Das Unternehmen, welches Beklagter hier begründet hat und das in so beträchtlichem Umfange in den Straßenverkehr eingreift, bedarf zu seinem Betriebe eines Personals, welches genau mit seinen Pflichten vertraut ist und dieselben mit der größten Vorsicht und Sorgfalt ausübt, um etwaige Unfälle, Beschädigungen ꝛc. des die Straßen benutzenden Publicums zu vermeiden. Demnach ist Beklagter für verpflichtet zu erachten, sich bei der Annahme des Personals auf das Sorgfältigste dessen zu vergewissern, daß es die ihm obliegenden Dienste genau ausführen wird, so daß ein etwaiges Verschulden desselben im Dienste ausgeschlossen sein muß. Falls dennoch derartiges vorkommt, so muß die Annahme Platz greifen, daß Beklagter nicht mit der gehörigen Sorgfalt die Wahl getroffen hat*), so daß er von dem Geschädigten hierfür verantwortlich gemacht werden kann. Es muß mithin Beklagter für jedes Verschulden seines Dienstpersonals bei der Ausübung des Dienstes einstehen . . . . und bedarf somit die angestellte Klage auch in dieser Beziehung keiner weiteren thatsächlichen Begründung."

(Rechtskräftiger Bescheid der I. Section des Landvogteigerichts vom 22. November 1882, № 350).

1336. Aufhebung eines Vertrages wegen Betruges. Begriff des negativen Vertragsinteresse.

Beklagter hatte ein Local zu einem Weingeschäft bis zum 1. Januar 1883 vom Kläger gemiethet. Auf Zahlung des Miethzinses für die drei letzten Halbjahre belangt, beanspruchte Beklagter

*) Vgl. Lewis, die neuen Connessementsclauseln (1885), Seite 18: „Es ist schon richtig, daß der Obligirte nur dafür einzustehen hat, daß er tüchtige Gehülfen aussucht, diesen die richtige Instruction ertheilt und dieselben ordentlich beaufsichtigt; allein der Umstand, daß der Gehülfe etwas versehen hat, bei seiner Arbeit, zeigt, daß der Obligirte bei der Wahl der Instructionsertheilung, oder der Beaufsichtigung etwas versehen hat" . . . . Seite 19: „Durch die Thatsache der beschädigenden Handlung des Gehülfen selbst wird die Schuld des Unternehmens bewiesen. Daß dies auch die Auffassung der römischen Juristen gewesen, zeigen entschieden die von Brinz (Pandekten II, S. 277 ff.) dafür beigebrachten Stellen, so namentlich l. 21 § 3 de neg. gest. (3, 5); l. 11 commod. (13, 6); l. 60 § 7 locati (19, 2)."

die Rescission des Miethvertrages, weil Kläger ihn zu dessen Abschlusse durch falsche Vorspiegelungen verleitet habe. Kläger habe nämlich versprochen, sämmtliche Zahlungen an seine zahlreichen Arbeiter in dem Miethlocale zu leisten, dieses Versprechen aber nicht erfüllt, so daß Beklagter die aus dem Local erwarteten Vortheile nicht habe ziehen können. Dieser Einwand wurde durch Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts zurückgewiesen und die dawider vom Beklagten ergriffene Appellation durch App.-Erk. des Raths vom 19. August 1883, № 5657 aus folgenden Gründen verworfen:

„Bei Begründung der Abweisung des Antrages auf Aufhebung des Miethvertrages hebt der Unterrichter hervor, daß derjenige, der durch Betrug zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes veranlaßt worden sei, nach Art. 2979 des Prov.-Rechts Thl. III allerdings die Aufhebung desselben verlangen könne, daß aber zum Thatbestande des Betruges die Vorspiegelung falscher, bzw. die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen gehöre. Im vorliegenden Falle handle es sich aber garnicht um Thatsachen, sondern blos um ein Versprechen, das nicht gehalten worden sei und von dem Beklagter garnicht behauptet habe, daß es in der Absicht es nicht zu halten gegeben worden sei .... Der Auseinandersetzung des Unterrichters hat Appellant nichts erhebliches entgegenzusetzen vermocht ... Er erklärt in seiner Appellationsschrift, daß er den Kläger eines Betruges, selbst in civilrechtlichem Sinne, garnicht anschuldigen wolle, sondern nur einer rechtsverletzenden Veranlassung zum Vertragsschlusse. Kläger habe den Beklagten, indem er seinem Versprechen nicht nachkam, auf das Empfindlichste verletzt und müsse ihm in Folge dessen für das „negative Vertragsinteresse" einstehen, welches im vorliegenden Falle die Rescission des Miethvertrages zum Gegenstande habe.

Hier liegt ein augenfälliges Verkennen des sog. negativen Vertragsinteresse vor. Von einem „negativen" Vertragsinteresse kann nur dort die Rede sein, wo der in Aussicht genommene Vertrag garnicht zu Stande gekommen ist, sei es daß der eine Contrahent seine ursprüngliche Offerte widerrufen, sei es daß er eine unmögliche Leistung versprochen hat (vgl. Windscheid, Pandekten II, § 307 Note 5 und § 315 Note 7). In solchen Fällen

muß dieser Contrahent dem anderen dasjenige leisten, was derselbe gehabt haben würde, wenn die Aussicht auf das Zustandekommen des Vertrages ihm garnicht eröffnet worden wäre, und dieses Interesse wird nach dem Vorgange von Jhering das negative Vertragsinteresse genannt. Im Fragefall liegt aber ein perfecter Vertrag vor, der zum Theil von beiden Contrahenten bereits erfüllt ist; nur hat Kläger als Vermiether nach der Behauptung des Beklagten in einer Beziehung den perfecten Vertrag oder eine Nebenbestimmung desselben nicht erfüllt. Hier könnte Kläger mit der Contractsklage auf Erfüllung oder Ersatz des Interesses belangt werden, welches Beklagter an der Erfüllung hat. Zwar auch dieses Interesse möglicher Weise in der Aufhebung des Vertrages bestehen, allein ein solcher Anspruch ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden, deren Vorhandensein beklagterseits im vorliegenden Falle nicht genügend docirt worden ist (vgl. Art. 3321 a. a. O.)"

1337. Ueber die Voraussetzungen des Schätzungseides ist in dem Querelbescheide des Raths vom 10. August 1884, № 5481 ausgesprochen:

„Beklagter vertritt die Meinung, daß der Schätzungseid nur dann zulässig sei, wenn die Richtigkeit des behaupteten Werthes einigermaßen bescheinigt sei oder doch für dieselbe die Vermuthung spreche. Außerdem sei das Erforderniß der Arglist oder des groben Verschuldens nicht vorhanden. Dieser Einwand ist indessen hinfällig. Nach Art. 3456 des Privatrechts ist zur Auferlegung des Schätzungseides nur erforderlich*), 1) daß der Schaden durch Arglist oder grobes Versehen verübt ist und 2) daß der Schaden sich nicht anders als durch den Schätzungseid ermittelu läßt. Beide Erfordernisse sind vorhanden, denn einerseits hat Beklagter die Klägerin widerrechtlicher Weise aus ihrer Bude verdrängt, sich in den Besitz der ihr gehörigen Sachen gesetzt und diese Sachen bis hierzu vorenthalten, worin ein arglistiges Verhalten des Beklagten oder doch zum mindesten ein grobes Verschulden desselben erblickt werden muß; andererseits kann der Werth der Sachen nicht mehr durch andere Beweismittel festgestellt werden, weil sie im Laufe der verflossenen 4 Jahre seit

*) Vgl. Band I, Seite 182. II, S. 94. III, S. 205.

der Verdrängung verkauft sind und Klägerin überdies zunächst eine Beweisführung durch Zeugen versucht hat. Eine Bescheinigung der Richtigkeit des Werthes oder eine Vermuthung für dieselbe wird dagegen im Gesetze nicht gefordert. Zur Verhütung von übermäßigen eidlichen Schätzungen bestimmt der Art. 3457 a. a. O. nur, daß der Richter im voraus das Maß zu bestimmen hat, über welches die eidliche Schätzung nicht hinausgehen kann . . . . Die Entscheidung des Untergerichts, nach welcher Klägerin zum Schätzungseide überhaupt zugelassen worden ist, ist demnach zu billigen . . .

Dagegen ist zu bemerken, daß das Untergericht von der dem Richter im Art. 3457 eingeräumten Befugniß, im voraus das Maß der eidlichen Schätzung zu begrenzen, nach Lage der Sache hätte Gebrauch machen sollen. Beklagter hat zwar diesen Punkt nicht ausdrücklich zum Gegenstande einer besonderen Beschwerde gemacht, da er sich aber dadurch beschwert erachtet hat, daß die Klägerin überhaupt zum Schätzungseide zugelassen worden sei, und da er auch in seiner Justificationsschrift auf die Unwahrscheinlichkeit bzw. Unrichtigkeit des von der Klägerin beanspruchten Werthes hingewiesen hat, so kann nur angenommen werden, daß Beklagter sich eventuell und implicite auch durch das Maß der festgesetzten Summe beeinträchtigt fühlt . . . .

Alle angeführten Umstände lassen es gerechtfertigt erscheinen, von der dem Richter nach Art. 3457 a. a. O. eingeräumten Befugniß Gebrauch zu machen und den Maximalwerth des zu ersetzenden Schadens, über welchen hinaus eine Eidesleistung nicht stattfinden darf, nach freiem richterlichen Ermessen auf 4000 Rbl. (statt der von der Klägerin geforderten 6723 Rbl. 50 Kop.) festzusetzen."

1338. a. Juristische Natur der Rectapapiere und der Cession solcher.

b. Wirkung der Cession von Rectapapieren, wenn die den Cedenten legitimirende vorausgehende Cession gefälscht ist.

c. Beweislast hinsichtlich der Fälschung des Cessionsvermerks im Processe zwischen dem Cedenten und Cessionar. Einfluß eines ergangenen Mortificationsproclams bzw. der unterlassenen Streitverkündigung.

d. Rechtliche Bedeutung der Eintragung einer Cession von Rectapapieren in den Büchern der dieselben ausgebenden Bank, Communalkasse 2c.

Eine auf den Namen der Frau von K. ausgefertigte Obligation der Rig. Stadtkasse war durch gerichtliche Cession an Julie von N., sodann durch eine nichtbeglaubigte Cessionsaufschrift, welche unterzeichnet war: „Julie von N. Als erbetener Assistent J. N....", an das Bankhaus S. & W. und schließlich durch Cession von letzterem am 9. März 1877 an P. gelangt. Die sämmtlichen drei Cessionen waren in den Büchern der Stadt-Schuldentilgungs-Commission eingetragen und dies auf der Obligation jedesmal vermerkt worden. Am 20. October 1878 hatte J. v. N. ein Proclam behufs Mortification der Obligation erwirkt auf Grund der Behauptung, daß dieselbe ihr abhanden gekommen sei. Da sich Niemand binnen der Proclamsfrist meldete, wurde die Obligation für mortificirt erklärt; gleich darauf legte jedoch P. dieselbe vor und erhob gegen die Impetrantin Julie von N. wegen Erschleichung des Proclams Klage auf Schadenersatz. Diese Klage wurde abgewiesen, weil die Beklagte erklärte, daß J. N.... die Cessionsaufschrift gefälscht und die Obligation ohne ihr Vorwissen an S. & W. verkauft habe, der Kläger P. aber die gegentheilige Behauptung nicht zu beweisen vermochte. Während des Laufes der Beweisfrist hatte P. der Handlung S. & W. den Streit verkündet, letztere aber die Theilnahme am Processe abgelehnt. Hinterher nahm P. die Erben der inzwischen verstorbenen Kaufleute S. & W. als Verkäufer der Obligation auf Ersatz des Obligationscapitales sammt Zinsen in Anspruch.

Vom Vogteigerichte wurde am 17. April 1884 sub № 103 die Klage abgewiesen, auf klägerische Appellation dagegen in zweiter Instanz nach dem Klageantrage erkannt. Das Weitere ergiebt sich aus den Gründen des App.-Erk. des Raths vom 13. März 1885, № 2006:

„Die Begründung der Klage ist gegeben durch die Berufung auf den Art. 3481 des III. Thl. des Prov.-Rechts, welcher den Cedenten dem Cessionar gegenüber für die veritas nominis haften läßt.

Es ist unrichtig, wenn die Appellaten die Klage als Entwährungsanspruch construiren und daraus zu ihren Gunsten Folgerungen ziehen wollen. Die Grundsätze über die Entwährung (vgl. Prov.-Recht Thl. III, Art. 3221 ff.) greifen nur Platz, wenn Sachen veräußert wurden, nicht bei der Veräußerung bzw. Cession von Forderungen. — Dies ist um so selbstverständlicher, als die Evictionspflicht des Veräußerers den Erwerber eben nur schützen soll und zu schützen braucht gegen dingliche Ansprüche Dritter auf das Veräußerungsobject, dessen habere licere der Veräußerer dem Erwerber zu prästiren hat (vgl. Treitschke, der Kaufcontract, § 64).

Die Appellaten führen aus, zur Bestimmung des Umfanges der Haftung des Cedenten komme es auf das der Abtretung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß an; hier handele es sich unstreitig um einen Kauf, folglich müßten die gesetzlichen Bestimmungen über Eviction beim Kaufe Anwendung finden. Allein einmal wird diese Unterscheidung im Art. 3481 unseres Gesetzbuches nicht gemacht und sodann ist von der Deduction der Appellaten nur der Vordersatz begründet, nicht die Folgerung. Windscheid lehrt gerade an der von den Appellaten bezogenen Stelle (Pandekten II, § 336 Note 3), daß beim Forderungskaufe der Cedent de veritate nominis hafte, und beruft sich auf dieselben Quellenaussprüche, welche zum Art. 3481 allegirt sind und von denen die l. 74 § 3 de evictionibus D. XXI, 2 unzweideutig lautet: qui nomen, quale fuit, vendidit, duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur." Dem Falle des Forderungskaufes werden von Windscheid entgegengesetzt die Fälle der Schenkung und der Herausgabe fremden Vermögens durch

den Verwalter; im ersteren Falle cessirt jede Haftung, im anderen erstreckt sich dieselbe auch auf die bonitas nominis.

Die Appellaten wollen dann weiter die streitige Stadtkassaobligation als Sache aufgefaßt wissen und darauf hin die Evictionsgrundsätze im vorliegenden Rechtsstreite zur Geltung bringen. Dies ist ebenfalls unrichtig.

Daß Namenpapiere, Rectapapiere als Accessorium des darin verbrieften Forderungsrechts zu gelten haben und daß bei Veräußerung solcher Papiere die Forderung (das nomen) den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildet, ist in der gemeinrechtlichen, bzw. deutschrechtlichen Theorie wohl nicht streitig (vgl. Thöl Bd. I, 5. Aufl. § 217. Endemann, Handbuch d. D. H. S. und W. R. Bd. II, § 197 IV). Derselbe Satz muß auch Anwendung finden im Gebiete des baltischen Provinzialrechts, welches in der Lehre von den Forderungsrechten fast durchweg auf römischrechtlicher Grundlage ruht, demgemäß die Schuldurkunde zunächst nur als Beweisdocument auffaßt (vgl. Art. 3538, 3539, 3540 und 3671) und nur — dies aber zweifellos als Ausnahme — für Inhaberpapiere oder mit einer Blancocession versehene Schulddocumente, die Grundsätze über den Eigenthumserwerb an Mobilien zur Geltung bringt (Art. 3120 ff., 3473). Letzteres influirt übrigens nicht auf den Umfang der Haftung des Cedenten, welcher auch beim Inhaberpapier dem Cessionar für die veritas nominis (die Echtheit des Papiers — vgl. Art. 3124) einsteht; durchgreifend ist der Unterschied zwischen den, ein Accessorium des Forderungsrechts bildenden, Namenpapieren und den, in gewissem Sinne das Forderungsrecht verkörpernden, Inhaberpapieren aber insofern, als die Vindication des Inhaberpapiers mit der Berufung auf den Art. 3129 vom gutgläubigen Besitzer zurückgeschlagen werden kann, während dem gutgläubigen Besitzer eines Namenpapieres der gleiche ausgedehnte Schutz aus dem Art. 923 nicht zur Seite steht und consequent auch garnicht zur Seite stehen kann, weil das Namenpapier nicht als eine selbständige Sache, übertragbar einfach durch die Hingabe, aufzufassen ist, sondern nach denselben Grundsätzen beurtheilt werden muß, wie das Forderungsrecht, welches im Papier bekundet wird.

Vgl. D. H. G. B. Art. 305—307 und dazu von Hahn Commentar Bd. II. Seite 142, § 2. Thöl a. a. O.

§ 234 Note 4, § 324 Note 16; Endemann, Handbuch Bd. II, § 197 IV; aus der deutschen Rechtsprechung ferner vor allem das eingehend begründete Erkenntniß des R.O.H.G. vom 2. Juni 1875, Entsch. Bd. 18 Seite 13 ff., abgedruckt auch in Seuffert's Archiv XXXI, № 204; endlich aus der einheimischen Praxis die Erkenntnisse bei Zwingmann Bd. I, № 112 Seite 233 ff., Bd. IV, № 502 und bzw. Bd. V, № 717.

Die vorstehende Darlegung war geboten, weil die Appellaten in der Unterinstanz — und hiernach also mit Unrecht — sich darauf berufen haben, daß Appellant bei rechtzeitiger Meldung während des Proclamlaufes gegenüber der Eigenthumsklage des Fräulein R. hätte durchdringen müssen, insofern die streitige Obligation von der Proclamimpetrantin ihrem Schwager R. „anvertraut" gewesen sei. Im Uebrigen ergiebt sich aus Obigem, daß die Appellaten im Irrthum sind, wenn sie die Klage als Entwährungsklage auffassen; nicht eine solche, sondern eine Klage auf das Interesse wider den Cedenten wegen mangelnder Verität der von ihm abgetretenen Forderung liegt vor.

Mit dieser Feststellung erledigt sich ohne weiteres die Berufung der Appellaten auf die unterbliebene Streitverkündigung an sie gleich zum Beginne des Processes zwischen dem jetzigen Appellanten und dem Fräulein R. Nach der richtigen Ansicht ist nämlich die Streitverkündigung obligatorisch (vgl. Art. 3224 ff. des III. Theils des Prov.-Rechts) nur wenn ein Evictionsanspruch gewahrt werden soll, während bei anderen Regreßansprüchen, und so auch bei denjenigen aus dem Art. 3481, dem Regredienten nicht einfach entgegengehalten werden kann, er habe nicht rechtzeitig, nicht beim Beginn des Processes, litem denuncirt. Hier muß vielmehr zur Begründung des allgemeinen Einwandes der mangelnden Sorgfalt des Ersatzklägers (Art. 3441) dargelegt werden, weshalb eine Streitverkündigung überhaupt habe erfolgen müssen und eventuell, weshalb sie zu spät erfolgt sei. (vgl. namentlich Schmid, Bd. I § 64 a. E. Bayer, Vorträge § 47. Zwingmann Bd. II, № 241 Seite 161). — Zur Substantiirung einer solchen Einrede aus dem Art. 3441 haben die Appellaten auch in der That verschiedene Momente zur Sprache gebracht, welche sich jedoch durchweg als hinfällig

erweisen. Es kann hier zugleich diejenige, auf derselben Rechtsgrundlage ruhende, Vertheidigung mit behandelt werden, welche die Appellaten als Einrede der mangelhaften, bzw. nachlässigen Proceßführung bezeichnen. Die Appellaten meinen, daß der Gegner im Processe wider das Fräulein N. darauf hätte aufmerksam machen müssen, daß die Cession an S. & W. in den Büchern der Stadtschuldentilgungscommission durch den betr. Kassebeamten vermerkt worden sei. Ein solcher Hinweis hätte zur Zurückweisung des Fräulein N. mindestens aber zu einer für dieselbe höchst ungünstigen Beweisauflage führen müssen, indem der Vermerk die streitige Cession als eine öffentlich beglaubigte erscheinen lasse. Daß letztere Behauptung aller Grundlage entbehrt, weil in den Competenzkreis der Stadtkassebeamten nicht das Beglaubigungsrecht der Gerichte bzw. der öffentlichen Notare fällt, zumal nicht in Fällen, wo die Stadt als Contrahentin auf Grund des Privatrechts einer anderen Person gegenüber steht, — dies hat der Unterrichter bereits genügend hervorgehoben; auf die Bedeutung des Vermerks wird weiter unten noch zurückzukommen sein, hier aber muß den Appellaten vor allem entgegengehalten werden, daß die streitige Stadtkassaobligation bzw. eine Abschrift derselben (enthaltend sämmtliche successiven Inscriptionen des Stadtkassanotärs) im Processe des Appellanten wider das Fräulein N. den erkennenden Gerichten vorgelegen hat. Pflicht der Parteien ist nur das Vorbringen thatsächlicher Momente, die Rechtsconstruction ist Sache des Gerichts; lag letzterem die Urkunde vor, so war damit bereits die Berücksichtigung des gesammten Inhalts geboten und von einem Vorwurf gegen die Proceßpartei wegen unterlassenen Hinweises auf einzelne Theile der Urkunde oder Rechtserwägungen kann füglich nicht die Rede sein.

Es erübrigt somit nur noch der Einwand, daß die Streitverkündigung zu spät erfolgt sei, weil innerhalb des kurzen noch laufenden Zeitraums der Beweisfrist (10 Tage) es der Rechtsvorgängerin der Appellatin nicht möglich geworden sei, die nöthigen Beweismittel zu beschaffen, namentlich den Wohnort „des Hauptzeugen R., welcher mittlerweile in's Ausland übergesiedelt sei" ausfindig zu machen. Auch hier kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Motive des ersten Erkenntnisses hingewiesen werden. Zu bemerken aber wäre noch, daß der ganze Einwand unsubstantiirt

erscheint, insofern garnicht begründet wird, weshalb gerade das Zeugniß R.'s zum Unterliegen des Fräuleins R. hätte führen müssen. Die Appellaten haben nirgend strict behauptet, daß ihrer Meinung nach durch den im Vorprocesse von dem Fräulein R. geleisteten Eid für jenen Proceß eine unrichtige Thatsache in Gewißheit gesetzt worden sei, geschweige denn, daß ausgeführt worden wäre, in welcher Weise die Handlung S. & W. beim Ankauf der streitigen Obligation die Legitimation von R. oder aber die Authenticität der Unterschrift des Fräulein R. geprüft habe; es ist also garnicht ersichtlich, daß bei Theilnahme der genannten Handlung am Vorprocesse ein anderes Beweismittel als der Schiedseid verwerthbar gewesen wäre, zumal nach der ganzen Sachlage auf das Zeugniß R.s gegen das Fräulein R. — wie Appellant mit Recht hervorgehoben hat — wohl kaum irgend welches Gewicht hätte gelegt werden dürfen. — Der Einwand der Appellaten, daß der Gegner durch Anwendung gehöriger Sorgfalt den ihm erwachsenen Schaden hätte vermeiden können, ist also — abgesehen hier von dem Vorwurfe der unterlassenen Meldung während des Proclamlaufes — hinfällig.

Der Regreßanspruch des Appellanten wider die Appellaten als Rechtsnachfolger der Handlung S. & W. besteht vielmehr zu Recht, denn die von letzterer dem Appellanten übertragene Forderung ermangelt der Verität, insofern die Cessionsaufschrift des Fräulein R., durch welche die genannte Handlung zur Cession der Obligation an den Appellanten erst legitimirt wurde, als unecht zu gelten hat. Diese Thatsache ist bindend für die Appellaten aus doppeltem Grunde. Zunächst ist nämlich, da Appellant im Vorprocesse freiwillig litem denuncirt und die Denunciatin die Theilnahme an den Verhandlungen abgelehnt hat, da ferner nach der soeben gegebenen Erörterung kein Material vorliegt, um die Litisdenunciation als zu spät erfolgt zu bezeichnen, die Ablehnung mithin sich als nicht begründet erweist, — das im Vorprocesse ergangene Erkenntniß als rechtskräftig auch für den Regreßstreit anzusehen (vgl. Zwingmann Bd. V, № 881. Proceßpräj. des Raths I, № 38). Andererseits könnte aber der Cedent, welcher vom Cessionar nach verlorenem Processe über die Verität der Forderung auf Grund des Art. 3481 in Anspruch genommen wird, wofern er den Vorproceß nicht gelten lassen will, immer nur verlangen, daß er im Regreßprocesse dem Cessionar

gegenüber zum Veritätsbeweise nachträglich zugelassen werde. Hierauf haben aber die Appellaten überhaupt nicht gegriffen, ja es läßt sich ihren Schriftsätzen — wie bereits bemerkt wurde — nicht einmal die bestimmte Behauptung entnehmen, daß die von ihnen als Legitimation für die Weiterbegebung benutzte Cessionsaufschrift des Fräuleins N. thatsächlich echt sei.

Ist bisher die Vertheidigung der Appellaten im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem Unterrichter widerlegt worden, so hat noch ein in den vogteigerichtlichen Motiven übergangener Einwand der Appellaten hier kurze Erledigung zu finden. In der Duplik haben Appellaten nämlich vorgebracht, daß unstreitig die Handlung S. & W. beim An- und Verkaufe der Obligation von der stattgehabten Fälschung keine Ahnung gehabt habe, „der Cedent sei aber von der Haftung de veritate nominis befreit, wenn er bei der Cession bona fide gehandelt, namentlich, wenn er selbst (Cessionar) das Sachverhältniß nicht gekannt habe." — Zur Begründung dieses Satzes berufen sich die Appellaten auf einen Ausspruch von Thöl und auf einige von letzterem dazu bezogene Digestenstellen. Allein das Citat ist unrichtig, denn es heißt bei Thöl a. a. O. (Handelsrecht 5. Auflage I, 2. § 324 Note 14 und 15, Seite 481) wörtlich: „Der Cedent kann sich von dieser s. g. Haftung de veritate nominis befreien, wenn er dabei in gutem Glauben ist, so namentlich, wenn er, selbst Cessionar, das Sachverhältniß nicht kennt." Dies bedeutet eben nur, daß der Cedent, wofern er nicht in dolo versirt, durch eine specielle Stipulation gelegentlich der Cession seine Haftung einschränken bzw. ausschließen kann; — dabei handelt es sich um das Analogon zum pactum de non praestanda evictione beim Sachenkauf. Dieses pactum wird im Art. 3232 des III. Thls. des Prov.-Rechts ebenfalls erwähnt und als Quelle ist zum Gesetz allegirt u. a. auch die l. 11 § 18 D. XIX, 1, welche sich unter den von Thöl und danach von den Appellaten aufgeführten Belegstellen findet und ebenso, wie die l. 108 D. de hered. vend. XVIII, 4, bzw. die l. 68 pr. D. de evict. XXI, 2 ganz unzweideutig nur den Fall der vertragsmäßigen Einschränkung des gesetzlichen Umfanges der Verhaftuug des Verkäufers bzw. Cedenten erörtert. Daß bei der Cession der Obligation von der Handlung S. & W.

an den Appellaten eine derartige Beredung stattgefunden habe, oder ein entsprechender Vorbehalt seitens der Cedentin gemacht worden sei, ist nirgends von den Appellaten behauptet worden.

Die Untersuchung gelangt nun zu dem vom Vogteigerichte als den Klageanspruch zerstörend bestätigten Haupteinwande der Appellaten: dem Hinweise auf die unterbliebene Meldung des Appellanten während des Laufes des von dem Fräulein N. erwirkten Mortificationsproclams.

Eine Befreiung von der Haftpflicht ist seitens der Appellaten aus dieser unstreitigen Thatsache in doppelter Weise gefolgert worden, sie construiren:

1. daß durch das Mortificationserkenntniß des Vogteigerichts jeder Anspruch des Appellanten definitiv aufgehoben worden sei, ein solcher habe also auch nicht etwa nachträglich wieder aufleben können. Der Unterrichter hat sich hierüber speciell nicht ausgelassen, billigt jedoch anscheinend auch diese Vertheidigung, insofern er gelegentlich bemerkt, die Handlung S. & W. sei von ihrer Regreßpflicht „bereits frei" gewesen, als Appellant sie im Processe wider das Fräulein N. zur Beweismittelbeschaffung aufgefordert habe. Allein hiergegen ist zu bemerken, daß das Mortificationserkenntniß keineswegs schlechthin das Recht des Appellanten aus der Obligation aufgehoben hat, sondern nur unter der Voraussetzung des Mangels einer mala fides auf Seite der Proclamimpetrantin. Appellant war also in der Lage durch den nachträglichen Nachweis dieser mala fides sich von den ihm ungünstigen Wirkungen des Mortificationserkenntnisses zu befreien. — Dies ist anerkannt im Vorprocesse, sowohl im vogteigerichtlichen Erkenntnisse vom 8. December 1878, № 209, wie auch namentlich im Appellationsurtheile des Raths vom 4. März 1880, № 1807*) und wäre die Schlußfolgerung der Appellaten richtig, so hätte der ganze Vorproceß füglich nicht geführt werden können. War also der Anspruch des Appellanten aus der cedirten Obligation nur gestört für den Fall des Nichteintritts einer Voraussetzung, bzw. Bedingung, so wurde die Handlung S. & W. von ihrer Haftung als Cedentin durch das Mortificationserkenntniß noch nicht definitiv befreit. Die Haftpflicht dauerte fort für den Fall des Eintritts der Voraussetzung und daraus folgt u. a. auch, daß die

*) Abgedruckt Band VI, № 1067 sub I.

genannte Handlung mit Berufung auf das Mortificationserkenntniß der Theilnahme am Vorproceſſe, welcher gerade die mala fides der Proclamimpetrantin und die Unwirkſamkeit der Mortification gegenüber dem Appellanten feſtſtellen ſollte, ſich nicht entziehen durfte, geſchweige denn berechtigt war, die vom Appellanten erbetene Beſchaffung von Beweismitteln einfach abzulehnen. — Wenn jedoch Appellant allein aus dieſer Ablehnung mit Berufung auf den Art. 3481 des III. Thls. des Prov.-Rechts ſeinen Klageanſpruch als actio doli herleiten zu können glaubt, ſo iſt das nicht zutreffend, denn ein dolus der Cedenten läge doch nur vor — wie der Unterrichter bereits hervorgehoben hat —, wofern die Handlung S. & W. zur Zeit der Abſage an den Litisdenuncianten thatſächlich Beweismittel für die Echtheit der Ceſſion beſeſſen und deren Hergabe oder Bezeichnung verweigert hätte. Appellant behauptet dies aber garnicht, ſondern hebt im Gegentheil die Unechtheit der fraglichen Ceſſionsaufſchrift, welche er als von R. gefälſcht bezeichnet, hervor.

2. In zweiter Reihe deduciren die Appellaten, daß Appellant, wenn er ſich während des Proclamlaufes gemeldet hätte, mit ſeinem Anſpruche auf die Obligation gegenüber der Proclamimpetrantin R. hätte durchdringen müſſen, ohne daß es zum ſpäteren Proceſſe gekommen wäre, den Appellanten treffe alſo ein, nach Art. 3441 die Appellaten befreiendes Verſchulden. Dagegen ſucht Appellant nachzuweiſen, daß ſeine Rechtslage im Falle zeitiger Meldung genau dieſelbe geweſen wäre, wie ſie ſich im ſpäteren Proceſſe geſtaltet habe: d. h. ihm dem Appellanten hätte der Beweis der Echtheit der Ceſſion R. an S. & W. obgelegen, welchen Beweis (als die mala fides der Gegnerin darthuend) er im ſpäteren Proceß habe antreten müſſen, wegen der unterbliebenen Beihilfe ſeiner Cedentin aber nicht habe erbringen können.

Das Vogteigericht, der Anſchauung der Appellaten beitretend, bemerkt in den Motiven des angefochtenen Erkenntniſſes hierher gehörig Folgendes:

„Die vorliegende Forderungsurkunde trägt die Clauſel, daß die Schuldzahlung gegen Rückgabe der Obligation erfolgt, dieſelbe charakteriſirt ſich ſonach techniſch als „Werthpapier", inſofern der Beſitz des Papiers die Vorausſetzung der Geltendmachung des Forderungsrechts bildet. Dieſer Umſtand iſt aber im vorliegenden

Falle von wesentlicher Bedeutung; wer nämlich nicht im Besitze des Papiers ist, der kann, wenngleich er in dem Text desselben als Gläubiger bezeichnet ist, formell doch nicht als Gläubiger gelten, denn der Schuldner kann eben nur durch Berufung auf obige Clausel zunächst jede Zahlung ohne weiteres ablehnen und einzig in dem Falle, wenn der Gläubiger auf dem Wege der Amortisation die Ungiltigkeitserklärung des Forderungsdocuments erwirkt, kann er die Zahlung auch ohne Rückgabe des Papiers erzwingen. Die letztere Ausnahme findet ihre Erklärung durch den Zweck, dem obige Clausel dient, nämlich dem Schuldner möglichste Sicherheit gegen etwaige Zahlung an eine unlegitimirte Person zu bieten. Wird dieser Zweck auf anderem Wege erreicht, indem der Forderungsimpetrant durch Erwirkung des Mortificationserkenntnisses den Nachweis führt, daß er trotz des Verlustes der Forderungsurkunde nicht aufgehört habe, der einzige wirkliche Forderungsberechtigte zu sein, so kann der Schuldner ihm die Zahlung nunmehr mit voller Sicherheit leisten und ist solchenfalls dazu auch rechtlich verpflichtet. Hieraus ergiebt sich, daß durch obige Clausel eine, allerdings durch Gegenbeweis zerstörbare, Vermuthung dafür geschaffen wird, daß der im Texte der Urkunde benannte Gläubiger, im Falle er den Besitz derselben verloren, nicht oder nicht mehr der wirklich Forderungsberechtigte ist. Diese Rechtsvermuthung kann sich nun aber auch der dritte Erwerber der Urkunde, wenn er auf Herausgabe derselben belangt wird, zu Nutzen machen. Er kann in solchem Falle dem Vindicanten, welcher sich darauf beruft, daß er in der Urkunde als Gläubiger genannt sei, ohne sich vorläufig auf den Nachweis der eigenen Legitimation einzulassen, blos entgegenhalten, daß der Vindicant keineswegs als Gläubiger gelten könne, da er ja ohne den Besitz der Urkunde vom Schuldner garnicht als solcher anerkannt zu werden brauche. Dann aber muß der Vindicant seinerseits im Wege des Gegenbeweises wiederum darthun, daß er trotz des Verlustes der Urkunde noch berechtigter Gläubiger ist, d. h. er muß beweisen, daß seinem Gegner die Forderung überhaupt nicht, oder nicht in giltiger Weise übertragen ist. — Trägt nun die Urkunde eine inhaltlich und formell richtige Cessionsaufschrift, wie eine solche nach Art. 3462 des III. Thls. des Prov.-Rechts allerdings zur Uebertragung einer Forderung wesentlich ist, so fällt der dem

Vindicanten obliegende Beweis mit dem Nachweis der Fälschung der betr. Cession zusammen. Auf den vorliegenden Fall angewandt, ergiebt sich sonach als Resultat vorstehender Erörterung, daß bei rechtzeitig im Mortificationsproclam erfolgter Meldung des Klägers — im Processe um die Forderungsurkunde nicht ihn, sondern das Fräulein N. die Beweislast getroffen hätte."

Dieser Darlegung kann nur entgegengehalten werden, daß sie — zum Mindesten für unser Rechtsgebiet — jeder gesetzlichen oder sonst rechtlichen Grundlage entbehrt. Der vom Vogteigerichte (unter Berufung auf Endemann's Handbuch des H., S.- und W.-Rechts) betonte Begriff des „Werthpapiers" ist bisher zu fester Gestaltung als Rechtsbegriff überhaupt noch nicht gelangt. Wie sehr die Theorie von den sog. „Werthpapieren" noch im Flusse ist, lehrt gerade der bezogene Aufsatz von Brunner (a. a. O. Bd. II Seite 140 ff.), welcher sich hauptsächlich darstellt als ein Versuch, aus den verschiedenen bestehenden gesetzlichen Normen über einzelne Arten von Urkunden durch Zusammenfassung gewisse charakteristische Momente zu gewinnen behufs Classificirung der „Werthpapiere".

Ohnehin ist eine, die Beweislast verschiebende Vermuthung zu Gunsten des in der Urkunde als Gläubiger benannten Besitzers eines Namenpapiers keineswegs — wie das Vogteigericht will — den Brunnerschen Erörterungen allgemein für den Fall zu entnehmen, daß in einer Schuldurkunde die Zahlung ausdrücklich von der Rückgabe der Urkunde abhängig gemacht wäre. Dies ist für unser Recht auch deshalb ausgeschlossen, weil schon nach gesetzlicher Vorschrift (vgl. Art. 3538 des III. Thls. des Prov.-Rechts) der zahlende Schuldner Anspruch hat auf Rückgabe der über die Schuld etwa ausgestellten Urkunde, und daß diesem Anspruche Zug um Zug genügt werden müsse, ergiebt sich aus dem Art. 3540 ebendaselbst (vgl. Zwingmann Bd. V, № 793). — Die specielle Aufnahme einer bereits gesetzlich fixirten Berechtigung des Schuldners in die Schuldurkunde kann selbstverständlich nicht zu der vom Vogteigerichte befürworteten Beweislaständerung führen. Zur Gewährung eines solchen außerordentlichen Schutzes an den Besitzer eines Namenpapieres — die Bestimmungen über die Inhaberpapiere und in blanco cedirten Schulddocumente sind eben Ausnahmeregeln — liegt auch praktisch keine Veranlassung vor (vgl. die bereits bezogene Entscheidung des

R.O.H.G. zu Leipzig in Seuffert's Archiv XXXI, № 204). Das Vogteigericht erklärt selbst an anderer Stelle der Motive, daß dem Vindicanten eines Rectapapiers gegenüber die Berufung auf den Satz: „Hand muß Hand wahren" ausgeschlossen sei; damit läßt sich aber doch nicht vereinigen, daß in einem Falle, wo nach des Vindicanten Angabe ihm gegen seinen Willen die Urkunde entzogen und danach etwa mit einem gefälschten Cessionsvermerk versehen wurde, der Vindicant mit einem meist garnicht zu erbringenden Beweise beschwert werde. Im ersteren Falle, d. h. beim Vorhandensein einer, doch von ihm zu verantwortenden Entäußerungshandlung des Vindicanten, wäre derselbe dann besser gestellt, als im zweiten Falle bei der ganz ohne sein Verschulden erfolgten Entwendung und Fälschung. Uebrigens versieht es die vogteigerichtliche Motivirung auch darin, daß sie Grundsätze, welche aus dem Verhältnisse des *Schuldners zum Inhaber des Forderungsdocuments* entnommen werden, schlechthin zur Anwendung bringen will im Streite *zweier Gläubiger* über ihre Rechte aus bzw. an der Schuldurkunde. Das Recht *dieser* streitenden Personen bestimmt sich nicht nach dem Besitze, denn sonst wäre ja zum Mortificationsantrage kaum die Legitimation zu construiren; entscheidend ist der Nachweis des Erwerbes des Forderungsrechts und dieser Nachweis umfaßt auch den Beweis der Echtheit der betr. Cessionsaufschrift. Der später etwa eingetretene Verlust des einmal erworbenen Rechts ist nach feststehender, durchgreifender Proceßregel vom Gegner im Einrede- bzw. Gegenbeweise darzuthun.

Darnach unterliegt es nicht dem geringsten Zweifel, daß, wofern Appellant sich während der Proclamfrist unter Beibringung der streitigen Obligation gemeldet hätte, die Proclamimpetrantin N. als Vindicantin, weil sie durch die strict beweisende hofgerichtliche Cessionsaufschrift als Erwerberin des Forderungsrechts legitimirt war, zur Beweisführung nicht hätte verpflichtet werden können, Appellant vielmehr hätte zur Feststellung des eingetretenen Rechtsverlustes der Gegnerin beweisen müssen, daß deren bestrittene spätere Cessionsaufschrift echt sei. Dieser Beweis deckt sich — wie bereits erwähnt wurde — mit dem vom Appellanten im nachherigen Processe wider das Fräulein N. mit ungünstigem Erfolge angetretenen Beweise der mala fides der Gegnerin.

Das Vogteigericht begründet aber seine Ansicht über die eventuelle Beweislast im betr. Processe noch in anderer Weise und zwar wie folgt: „Die Cession der Forderung von S. & W. an P. ist, wie dies im § 4 der Obligation vorgeschrieben, in den Büchern der Stadtkasse registrirt und die Obligation auf den Namen von P. umgeschrieben worden. Hierdurch ist aber eine Novation im Sinne des Art. 3591 des Prov.-Rechts Thl. III zu Stande gekommen, indem die Stadtkasse durch den Act der Umschreibung erklärte, fortan den Kläger P. als Gläubiger aus der Obligation anerkennen zu wollen. In einem vor Ablauf des Mortificationsproclams begonnenen Rechtsstreite mit der N. hätte sich nun Kläger auf diesen letzteren Umstand berufen können und wäre ihm dann ein weiterer Nachweis seiner Legitimation als Gläubiger erspart geblieben. Allerdings schützte diese Berufung auf die Anerkennung seiner Gläubigerrechte durch die Stadtkasse den Kläger nicht unbedingt, denn letztere war eben nur unter der Voraussetzung erfolgt, daß Kläger wirklich rechtmäßiger Cessionar der Handlung S. & W. war. Wies nun die N. nach, daß diese letztere Cession nichtig war, weil die Handlung S. & W. zur Uebertragung der Forderung, die ihr garnicht zustand, nicht in der Lage war, so wäre das Gläubigerrecht des Klägers allerdings wiederum hinfällig gewesen."

Diese Begründung läßt sich indeß ebensowenig aufrecht erhalten, wie die erst besprochene. Mag man auch in der in Frage kommenden Registrirung nicht nur eine besondere Constatirung der erfolgten Anzeige über die Cession an den debitor cessus (vgl. Art. 3474), sondern einen Novationsact erblicken wollen (welcher übrigens nach Brunner a. a. O. § 192 Note 15, Seite 153 erst in der förmlichen Umschreibung und Wiederausreichung der Obligation an den neuen Gläubiger liegen soll), so hätte eine solche Novation eine die früheren Gläubigerrechte aufhebende Wirkung doch immer nur unter der Voraussetzung der Zustimmung des ausscheidenden Gläubigers. Dies wird auch im Art. 3591 hervorgehoben mit der Wendung, „wenn der bisherige Gläubiger seine Forderung einem anderen überweist", und der § 4 der streitigen Obligation setzt bei der Umschreibung ausdrücklich die Vorstellung der Urkunde „von dem Cedenten" voraus. — Solange nicht die Echtheit des Ueberweisungsactes (der Cessionsaufschrift des bisherigen

Gläubigers) feststeht, kann der Schuldner sich von seiner Verhaftung diesem gegenüber nicht befreien durch die Berufung darauf, daß er den neuen Glaubiger als solchen anerkannt habe. Welche Wirkung die Cessionsregistrirung für das Rechtsverhältniß zwischen dem neuen Obligationsgläubiger und der Stadtkasse äußern könnte, braucht hier nicht untersucht zu werden; der Irrthum des Unterrichters besteht eben abermals darin, daß er die allein zwischen der Stadtkasse und dem neuen Gläubiger stattgehabte Verhandlung zum Ausgangspunkte nimmt für die Auseinandersetzung zwischen dem angeblichen neuen Gläubiger und dem, seiner Erklärung nach bei der Registrirungsverhandlung bzw. bei der Cession ganz unbetheiligt gewesenen früheren Gläubiger. Beweispflichtig wäre also auch bei der eben erörterten Constatirung des Vindicationsprocesses der Proclamimpetrantin wider den Appellanten nur dieser gewesen: er hätte die Echtheit der die Novation gegenüber dem Fräulein N. erst perficirenden Cessionsaufschrift zu Gunsten der Handlung S. & W. darthun müssen.

Beide Motivirungen des Unterrichters haben übrigens im Grunde denselben Ausgangspunkt: die Annahme, daß eine auf einer Schuldurkunde befindliche, den Namen des in der Urkunde bezeichneten Gläubigers tragende schriftliche Disposition — die Vermuthung der Echtheit für sich habe. Beim Mangel besonderer thatsächlicher Umstände bzw. ausdrücklicher Gesetzesvorschriften, fehlt es aber einer solchen Annahme (wenigstens soweit Namenpapiere, Rectapapiere in Frage kommen) an jedem Rechtsboden. Der moderne, die Redlichkeit des Contrahenten stets voraussetzende Verkehr, namentlich der Handelsverkehr, acceptirt allerdings mit Rücksicht auf eine bequeme, schnelle Geschäftsabwickelung fortwährend schriftliche Dispositionen, ohne die Beglaubigung der Unterschrift des Disponenten zu fordern; aber die durchgreifende Regel ist immer die, daß im Falle des Mißbrauchs dieses Vertrauens nur der Getäuschte, nicht derjenige, dessen Unterschrift gefälscht wurde, den Verlust zu tragen hat, weil eben nur jener in der Lage war durch gesteigerte Sorgfalt den Nachtheil abzuwenden, mithin im Unterlassungsfalle für eigene Gefahr handelte. Dies führt direct zur Anerkennung der Verhaftung der Handlung S. & W., welche ihrem Rechtsnachfolger, dem Appellanten gegenüber, weil sie demselben mit

der Cession die Haftung de veritate nominis zusagte, sich nicht auf eine ihr etwa widerfahrene Täuschung berufen kann.

Der Einwand der Appellaten: ihr Gegner habe durch Versäumung der Proclamfrist sich einer den Regreßanspruch aufhebenden culpa (Art. 3441) schuldig gemacht, ist also hinfällig, denn aus vorstehender Darlegung ergiebt sich, daß des Appellanten Rechtslage gegenüber dem Fräulein N., wenn jener nach Meldung während des Proclamlaufes als Beklagter dem Eigenthumsanspruche der Proclamimpetrantin gegenüber gestanden hätte, vollkommen gleich gewesen wäre der Stellung, die er später als Kläger mit der actio doli einzunehmen gezwungen war. Dies ist eine selbstverständliche Folge des Satzes, daß zu Gunsten eines dolosen Proclamimpetranten das Mortificationserkenntniß überhaupt keine befreiende Wirkung übt, bevor nicht die actio doli rechtskräftig abgewiesen wurde. Derjenige Eigenthümer einer zu mortificirenden Schuldurkunde, welcher seine Ansprüche aus dem Documente bzw. auf dasselbe von dem solches arglistig verschweigenden Proclamimpetranten herzuleiten vermag (sei es unmittelbar, sei es mittelbar), versäumt folgeweise nichts, wenn er das Mortificationserkenntniß ergehen läßt, und die weitere Folge ist dann die, daß der für die veritas nominis haftende Vormann des mit der actio doli gegen den Proclamimpetranten nachträglich vorgehenden Cessionars der mortificirten Obligation, den Schaden zu tragen hat, wofern im Processe wegen der Arglist die veritas nominis widerlegt wird.

Das Resultat der obigen Untersuchung ist die Verwerfung der Vertheidigung der Appellaten und die Bestätigung des Klageanspruches des Appellanten."

1339. Die Cession einer verbrieften Forderung ist deswegen, weil sie auf der Schuldurkunde nicht verzeichnet ist, nicht unwirksam.

Kläger verlangte von der beklagten Versicherungsgesellschaft die Auszahlung der Versicherungssumme. Beklagte wandte ein, Kläger habe sie schriftlich beauftragt, aus der ihm zukommenden Versicherungssumme 1288 Rbl. an W. und 300 Rbl. an E. auszuzahlen, und sie habe sich den beiden Assignataren gegenüber bereits zur Zahlung verpflichtet, müsse daher der Klage die exceptio doli

entgegenstellen. Kläger replicirte, die Cession sei an eine Bedingung geknüpft gewesen, die nicht eingetreten sei, außerdem sei sie ungiltig, weil sie weder auf der Police vermerkt, noch letztere den Cessionaren ausgereicht sei.

Das Vogteigericht ging in seinem Bescheide vom 28. Juli 1883, № 139 davon aus, die Beklagte sei zu der erhobenen Einrede schon befugt, weil sie sich den Assignataren gegenüber zur Zahlung verpflichtet habe, auf die Existenz einer Cession komme es daher nicht an. Auf klägerische Querel wurde in dem Querelbescheide des Raths vom 1. Januar 1884, № 259 bemerkt: „Soweit das ausdrücklich von einer „Abtretung" redende, auf Veranlassung des E. ausgefertigte Document über 300 Rbl. in Betracht kommt, erhebt Querulant keinen Einwand dagegen, daß ein auf Cession des entsprechenden Theiles der Versicherungssumme gerichteter Vertrag zu Stande gekommen sei, während er in Bezug auf das Document zu Gunsten des W. bemerkt, daß dasselbe nicht von einer Cession handle. Letzteres trifft nach dem Wortlaute des Schriftstückes allerdings zu; dasselbe charakterisirt sich zunächst als eine Anweisung zur Zahlung von 1288 Rbl. 20 Kop. an W. Erwägt man jedoch, daß es den Grund der Anweisung, die Existenz einer Obligationsschuld der Assignanten an den Assignatar ausdrücklich aufführt, und daß Querulant selbst angegeben hat, er habe das Schriftstück unter der Bedingung unterzeichnet, daß der Assignatar verschiedene Leistungen erfülle, letzterer habe jedoch solches nicht gethan, — so ergiebt sich hieraus zweifellos, daß Kläger dem W. gegenüber und in directer Verhandlung mit ihm eine Verpflichtung eingegangen ist, und der Inhalt dieses so zu Stande gekommenen Vertrages konnte auf nichts anderes gerichtet sein, als auf die Abtretung des entsprechenden Theiles der Forderung des Klägers gegen die Versicherungsgesellschaft an seinen Gläubiger W.

Wenn aber feststeht, daß Kläger sich E. und W. gegenüber zur Abtretung des entsprechenden Theiles der ihm an Beklagte zustehenden Forderung verpflichtet habe, so erscheint die klägerische Berufung auf die Art. 3472 und 3027 des Prov.-Rechts Thl. III ganz unbegründet. Zur Wirksamkeit der Cession war nach dem erstbezeichneten Artikel die Uebergabe der Police bzw. die schriftliche Form nothwendig und nach Art. 3027 war bis zur Uebergabe der Police

mit dem Cessionsvermerk das Geschäft nicht vollzogen, mithin nicht wirksam*); aber der darauf folgende Artikel 3028 schützt die Cessionare vor der Auffassung, als könne Kläger vor förmlicher Vollziehung der Cession von dem auf die Cession gerichteten, bereits perfect gewordenen Vertrage einseitig zurücktreten (vgl. Art. 3209 ff.). Ihnen steht vielmehr das Recht zu, die Vollziehung des Vertrages vom Kläger zu verlangen . . . . Daß schon die Existenz des auf die Abtretung gerichteten Vertrages ungeachtet der noch ausstehenden förmlichen Vollziehung der Cession die exceptio doli gegenüber der Klage, welche jenen Vertrag illusorisch machen soll, begründet, bedarf keines weiteren Nachweises."

1340. Hingabe einer Pfandverschreibung des Schuldners mit einer Blancocession an den Gläubiger behufs Sicherung einer diesem zustehenden Wechselforderung.

M. hatte das Immobil des P. bei dessen Zwangsversteigerung meistbietlich erstanden und wollte auf den Meistbotschilling einen Betrag von 1000 Rbl. verrechnen, indem er sich darauf berief, daß er an P. eine urtheilsmäßige Wechselforderung von 1300 Rbl. sammt Zinsen und Kosten habe und daß ihm zu deren Sicherstellung von P. eine von letzterem an die Vorschußkasse ausgestellte, von dieser in blanco cedirte und auf das versteigerte Immmobil ingrossirte Obligation über 2000 Rbl. „verpfändet" sei.

Die Verrechnung wurde in dem Adjudicationsbescheide der I. Section des Landvogteigerichts vom 4. November 1883, № 309 aus folgenden Gründen gestattet:

„Läge in der That ein Pfandrecht an der Obligation vor, so wäre die Verrechnung nicht zulässig vor erfolgter Versteigerung des Pfandobjects bzw. vor dem Zuschlage der Obligation an den Gläubiger (Prov.-Recht Thl. III, Art. 1441 und 1457). Es handelt sich aber garnicht um ein solches Pfandrecht des Antragstellers. An der Urkunde selbst wäre ein Pfandrecht gegenstandslos, soweit dasselbe nicht zugleich die beurkundete Forderung umfaßt (vgl. jedoch Art. 1490); die durch die Pfandverschreibung beurkundete Forderung steht aber wegen der vorhandenen Blancocession dem Antragsteller als Inhaber des Documentes zu (vgl. Zwingmann

*) Vgl. Band V, Seite 204 und 208.

Band IV, S. 202 und Art. 3473, 3123 a. a. O.) *) und an der eigenen Forderung kann ein Pfandrecht nicht erworben werden (Art. 1363).

Das Recht des Antragstellers an der in Frage kommenden Urkunde ist jedoch dahin zu construiren, daß er befugt erscheint, bis zum Belaufe seiner judicatmäßigen Forderung sich als legitimirter Inhaber der Forderung zu geriren; m. a. W. der Antragsteller hat auf dem Wege der Blancocession der aufgeschriebenen Forderung bis zur Höhe seines Wechselanspruches ein, für den Fall der Nichtbezahlung dieser Wechselschuld wirksames dingliches Recht (ein Pfandrecht am Immobil des Schuldners) erworben. Da nun die Wechselforderung von 1300 Rbl. urtheilsmäßig ist und bei der Meistbotberichtigung nur die Summe von 1000 Rbl. im Comput gebracht werden soll, so steht einer solchen Verrechnung nichts entgegen."

1341. Zur Anwendung des Art. 3474 des Prov.-Rechts Thl. III.

In einem Processe zwischen dem Cessionar und dem Schuldner, welcher sich auf eine von ihm in Folge eines gegen den Cedenten verhängten Arrestes auf die Forderung geleistete Zahlung berief, sprach das rechtskräftige Erkenntniß des Vogteigerichts vom 2. October 1881, № 185 aus:

*) Die Blancocession legitimirte den Meistbieter gegenüber dritten Personen (und so namentlich auch gegenüber den anderen Gläubigern, die an der Berichtigung des Meistbots ein Interesse hatten) nur präsumtiv als Eigenthümer bzw. Forderungsberechtigten (siehe Band IV, Seite 204 sub e) und diese Präsumtion hatte er bereits selbst durch das Vorbringen beseitigt, daß ihm die Obligation nicht zum Eigenthum übertragen, sondern als Sicherheit für seine Wechselforderung verpfändet sei. Somit konnte weder für noch gegen den Antragsteller die Annahme Platz greifen, er sei Eigenthümer der Urkunde bzw. Gläubiger der darin verschriebenen Forderung. Auf der anderen Seite läßt sich das von ihm erworbene Pfandrecht an dem Immobil garnicht anders auffassen, denn als ein Pfandrecht für die in der Obligation genannte Forderung, da ja nur für diese Forderung (nicht für die Wechselforderung) die Hypothek bestellt und ingrossirt war, und wenn beispielsweise diese Forderung aus irgend einem Grunde inzwischen erloschen wäre, so hätte der Meistbieter eben gar kein Pfandrecht an dem Immobil gehabt. Darnach bin ich der Meinung, daß die Hingabe der Obligation zur Sicherstellung der Wechselforderung sich allerdings als eine Verpfändung der in der Obligation beurkundeten Hypothekenforderung juristisch qualificirte.

„Daß Beklagter zur Zeit der Arrestlegung von der Cession „Kenntniß gehabt" habe, wie klägerischerseits behauptet wird, kommt nicht in Betracht, da unbestritten feststeht, daß die Cession dem Beklagten von Seiten des Cessionars nicht notificirt worden war, nach Art. 3374 des Prov.-Rechts Thl. III aber der bisherige Gläubiger ungeachtet der Abtretung noch solange als Gläubiger zu gelten hat, bis der Cessionar ihn von der Abtretung gehörig in Kenntniß gesetzt hat. Es bedarf daher keiner Beweisauflage hinsichtlich der — übrigens auch durchaus unsubstantiirten — Behauptung, Beklagter habe von der Cession gewußt."

1342. Collision zwischen dem Arrestimpetranten und dem Cessionar. Rechtliche Stellung des Waisengerichts zu dem in seinem Verwahr befindlichen Nachlaßvermögen.

R. hatte aus dem vom Waisengericht verwalteten Nachlasse der Wittwe F. eine Erbquote zu erhalten, welche er vor Gericht am 10. September 1881 dem G. cedirte. Später legten mehrere Gläubiger des R. auf dessen Erbquote Beschlag. Als G. die Auszahlung der ihm cedirten Erbquote des R. bei dem Waisengericht beantragte, widersprachen dem die Arrestimpetranten, indem sie behaupteten, die Cession an G. sei in fraudem creditorum fingirt. Das Waisengericht wies darauf den Auszahlungsantrag des G. bis dahin zurück, wo über den ausgebrocheren Streit von dem competenten Civilgericht erkannt sein würde. Dagegen entschied der Querelbescheid des Raths vom 3. November 1882, № 7225 zu Gunsten des Antragstellers. Gründe:

„Durch die von R. angezeigte und vom Impetranten G. acceptirte Cession war der dem R. an den Nachlaß der Wittwe F. zustehende Erbanspruch gemäß Art. 3461, 3467 und 3475 des Prov.-Rechts Thl. III auf den Impetraten übergegangen und hatte damit aufgehört, ein Vermögensbestandtheil des R. zu sein. Der erst nachher von den Impetraten auf einen angeblichen Erbanspruch des R. erwirkte Arrest konnte hiernach den Impetranten G. nicht betreffen, weil der Arrest wirksam nur auf Vermögensobjecte des Schuldners gelegt werden kann, der gemeinsame Schuldner der drei Impetraten aber den cedirten Theil seines Erbanspruchs nicht mehr in seinem Vermögen hatte (civilrechtl. Entscheid. V, № 788). Impetrant ist da-

her durch die Cession legitimirt, den ihm cedirten Theil des Erbanspruchs, unbeschadet der Forderungen älterer Arrestimpetranten, für sich in Anspruch zu nehmen und dessen Auszahlung zu fordern. Nun haben die Impetraten allerdings behauptet, daß die Cession zu ihrer Benachtheiligung vorgeschoben sei, bzw. dieselbe als in fraudem creditorum geschehen angefochten, aber diese Behauptung begründet für sie nur einen durch selbständige Klage zu verfolgenden Anspruch gegen den Impetranten G., ist aber an und für sich nicht geeignet, die Wirksamkeit der rechtsförmlich vollzogenen Cession aufzuheben, dazu bedürfte es vielmehr eines Beschlages gegenüber dem Impetranten G., welcher nicht nachgesucht ist und auch bei dem Waisengerichte nicht erwirkt werden konnte, weil diesem dazu die Competenz mangelte.

Denn das Waisengericht als Nachlaßbehörde hat den Nachlaß lediglich zu verwalten, bis die Erben ermittelt und anerkannt sind, nachher aber solchen den Erben auszuliefern, wobei es nach Analogie des Depositars zu behandeln ist. Dieser darf nach Art. 3792 wegen eines Einspruchs anderer Berechtigter die Herausgabe der Sache nicht verweigern, wenn auf sie nicht ein gerichtlicher Beschlag gelegt ist, d. h. ein Beschlag, der die Auslieferung verbietet. Wie bereits hervorgehoben, ist aber im Fragefalle ein Beschlag nicht auf dasjenige gelegt, was dem Impetranten zukommt, sondern ein Beschlag auf einen angeblichen Erbantheil des R., der zur Zeit der Beschlaglegung actenmäßig nicht mehr R. gehörte. Demnach kann die Auszahlung dieses Betrages an den Impetranten auch nicht davon abhängig gemacht werden, daß er sein Recht im Wege der Klage durchsetze, sondern die Impetraten haben ihr Recht zur Anfechtung der Cession im Rechtswege gegen den Impetranten durchzusetzen und, da das bis hierzu nicht geschehen ist, muß der dem Impetranten cedirte Erbantheil des R. dem Impetranten G. trotz des Widerspruches der Impetraten ausgezahlt werden."

1343. Ueber den Erfüllungsort bei zweiseitigen Verträgen.

I. Ein in Livland wohnender Gutsbesitzer wurde von einer in Riga befindlichen Handlung beim Vogteigerichte auf Bezahlung von ihr gekaufter Maschinen belangt, weil Riga der Erfüllungsort, nämlich der Ort der Ablieferung der Maschinen gewesen sei. Beklagter

bestritt diese Behauptung und die Zuständigkeit des Vogteigerichts überhaupt. Es erging darauf in zweiter Instanz am 27. April 1883 sub № 2833 folgender Querelbescheid:

„Die Frage, wo klägerische Handlung zu erfüllen gehabt habe, ist für den ausgebrochenen Competenzstreit nicht entscheidend, weil es hier nicht sowohl auf den Erfüllungsort für klägerische Handlung, als vielmehr auf denjenigen des Beklagten ankommt. Bei zweiseitigen Verträgen ist der Erfüllungsort nicht immer der gleiche für beide Contrahenten*). Nur, wenn die Erfüllung Zug um Zug zu erfolgen hat, d. h. wenn der Verkäufer die Waare nicht zu übergeben braucht, ohne daß ihm gleichzeitig der Kaufpreis gezahlt wird, ist der Ort der Uebergabe der Waare für den Zahlungsort entscheidend**). Dieser Fall ist hier jedoch nicht anzunehmen, weil Klägerin ihrer eigenen Darstellung nach die Maschinen ohne sofortige Zahlung ausgeliefert hat. Beklagter hätte daher, wofern nicht ein anderer Erfüllungsort vertragsmäßig festgestellt war oder sich aus den Umständen ergab, nach der allgemeinen Regel dort zu erfüllen, wo er seine Geschäftsniederlassung oder seinen Wohnort hat***). Durch die Erwägung, daß Beklagter von diesem Erfüllungsorte aus die Zahlung seinem Gläubiger an dessen Wohnort zu übersenden hat, kann an dem gesetzlichen Erfüllungsorte des Schuldners nichts geändert werden, weil sonst die allgemeine Rechtsregel: actor sequitur forum rei geradezu in ihr Gegentheil verkehrt werden würde (vgl. civilrechtl. Entscheidungen VI, Seite 355 und D. H. G. B. Art. 324, 325, 342 nebst Puchelt's Commentar hierzu) Hieraus folgt, daß es auf den Erfüllungsort der klägerischen Handlung im Fragefalle nicht ankommt und daß das Untergericht im Resultat richtig entschieden hat, wenn es diesen Punkt vom Beweissatze ausschloß. Die Behauptung der Klägerin, daß Beklagter sich ausdrücklich zur Zahlung an diesem Orte verpflichtet habe, d. h. daß für den Beklagten Riga Erfüllungsort sein sollte, ist hingegen wohl erheblich."

*) Vgl. Band III, Seite 182. IV, S. 217. VI, S. 355.

**) Vgl. Band IV, Seite 3.

***) So die Erkenntnisse des Wettgerichts vom 23. April 1881, № 153 und vom 24. November 1881, № 432.

II. „Es genügt hier hervorzuheben, daß wegen mangelnder Festsetzung eines speciellen Erfüllungsortes als solcher der Wohnort der Schuldnerin*) zu gelten hatte, woselbst sie gerichtspflichtig war (vgl. Art. 3494 des Prov.-Rechts Thl. III)."
(Querelbescheid des Raths vom 11. Januar 1884, № 259).

1344. a. Zahlung an eine andere Person als den rechtmäßigen Gläubiger tilgt die Schuld auch dann nicht, wenn der Schuldner Veranlassung zu dem Glauben hatte, daß der Zahlungsempfänger der Gläubiger sei.

b. Causalnexus bei dem Schadensersatzanspruche.

Die Rigaer Börsenbank hatte der Dorothea R. einen auf deren Namen lautenden Einlageschein ausgestellt und hinterher auf denselben Zahlung an Marie R. geleistet, welche unter Beibringung des Scheines und des Passes der R. sich betrügerischer Weise als die Gläubigerin R. ausgegeben hatte. Als die letztere im Wege der Klage Zahlung des Einlagebetrages forderte, machte die beklagte Bank der Klägerin Nachlässigkeit bei Aufbewahrung des Scheines zum Vorwurfe, wogegen Klägerin wiederum behauptete, daß Beklagte bei Prüfung der Legitimation der Marie R. zum Zahlungsempfange fahrlässig gewesen sei.

Das vogteigerichtliche Erkenntniß vom 31. März 1884 verurtheilte die Börsenbank zur Zahlung.

Die dagegen eingelegte Appellation wurde in dem App.-Erk. des Raths vom 24. August 1884, № 5787 verworfen. Gründe:

„Der Ausgang des Streites hängt vornehmlich von der Beantwortung folgender Fragen ab: 1) ist die klägerische Forderung als durch Zahlung erloschen anzusehen? 2) wenn nicht, hat Beklagte gegen die Klägerin einen Schadensersatzanspruch, welchen sie gegen die durch Zahlung nicht getilgte Darlehnsforderung zur Compensation bringen könnte?

Zu 1). Es steht fest, daß der ausgereichte Bankschein, als ein Papier, welches auf den Namen der Klägerin lautete (s. g. Rectapapier), nicht Träger des Forderungsrechts war, sondern als

*) Ebenso das Erk. des Vogteigerichts vom 28. Juli 1883, № 139 und der Querelbescheid des Raths vom 20. April 1884, № 2759.

Beweisdocument diente, welches nach Art. 3538 a. a. O. nach Empfang der Zahlung dem Schuldner zurückgestellt werden mußte.

Nach Art. 3488 und 3489 a. a. O. kann nur dem Gläubiger (hier Darlehnsgeber) oder seinem rechtmäßigen Stellvertreter giltig Erfüllung geleistet werden, während der Schuldner durch Erfüllung an eine zum Empfange nicht berechtigte Person von seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger nicht befreit wird.

Hier hat die Gläubigerin Dorothea N. keine Erfüllung erhalten, sondern dieselbe ist einer Person geleistet worden, welche zum Empfang nicht berechtigt war. Es ergiebt sich die einfache Folge daß die beklagte Bank durch Zahlung an die Marie N. von ihrer Schuld nicht befreit wurde, sondern daß diese Schuld der Gläubigerin N. gegenüber fortbestand.

Beklagte hat nun in der Appellationsinstanz geltend gemacht, daß sie (auch nach Ansicht des Unterrichters) ihre Obligation *subjectiv* richtig erfüllt habe und daß sie vom Unterrichter (nach Ansicht des Beklagten unrechtfertigerweise) außerdem noch für die *objectiv* richtige Erfüllung verantwortlich gemacht worden sei.

Eine derartige Unterscheidung zwischen subjectiver und objectiver Erfüllung findet indessen in den Gesetzen keine Stütze. Ist die Erfüllung an die richtige Person nicht *objectiv* erfolgt, so kann die geschehene Leistung an eine unrichtige Person dem Schuldner auch nicht *subjectiv* als Erfüllung angerechnet werden.

Es hat offenbar zur Unterstützung dieser, nicht zu billigenden Rechtsmeinung dienen sollen, wenn Beklagte in ihrer Klageerklärung sich darauf beruft, daß die Vorweisung des Passes als allgemein anerkanntes und von dem Rigaschen Rathe in Folge dessen (bei der Beglaubigung von Vollmachten) selbst angewandtes und sogar den öffentlichen Notaren vorgeschriebenes Mittel zur Feststellung der Identität gelte.

Die den öffentlichen Notaren ertheilte Vorschrift enthält aber einerseits nur das Minimum der von diesen Beamten bei Identitätsfeststellungen zur Vermeidung eigener Verantwortlichkeit aufzuwendenden Vorsicht; andererseits hat durch diese Vorschrift der *civilrechtlichen Frage* über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften (im Falle einer Täuschung der Beamten über die Identität einer Person) selbstverständlich nicht präjudicirt werden können

und sollen. Gleichwie es keinem Zweifel unterliegt, daß eine vom Rigaschen Rathe bzw. von einem Notar attestirte Vollmacht bzw. eine andere attestirte Urkunde civilrechtlich wirkungslos ist oder jedenfalls nicht die beabsichtigte rechtliche Wirkung haben kann, wenn es sich in der Folge herausstellt, daß der Rigasche Rath oder der Notar über die Identität derjenigen Person, deren Unterschrift attestirt wurde, getäuscht worden ist, so ist auch die Zahlung eine civilrechtlich wirkungslose, wenn der Schuldner sich durch die mißbräuchliche Vorweisung einer Legitimation des Gläubigers über die Identität des letzteren täuschen läßt. In solchen Fällen, gleichwie auch in dem vorliegenden, stellt sich eben heraus, daß das allerdings übliche, wenn auch nicht einzige Mittel, die Identität einer Person festzustellen, ein durchaus trügerisches ist.

Diese Erkenntniß könnte den in Frage kommenden Autoritäten vielleicht Veranlassung geben, die Anwendung zuverlässigerer Mittel zur Vorschrift zu machen; die civilrechtliche Frage wird indeß hierdurch garnicht berührt. — Nur bei der Frage eines etwaigen Verschuldens der Beklagten (über welche weiter unten gehandelt werden soll) kann das Maß der von ihr aufgewandten Vorsicht in Betracht kommen, nicht aber hier, wo zunächst nur festgestellt werden soll, ob die Schuld durch Zahlung erloschen ist.

Eine andere Beurtheilung könnte die irrthümlich geleistete Zahlung nur dann finden, wenn Beklagte sich auf ein (die Art. 3488 und 3489 modificirendes) Gesetz, ein Bankprivilegium oder einen Vertrag berufen könnte, nach welchem der Schuldner bzw. die beklagte Bank immer denjenigen als Gläubiger anzusehen und zu behandeln berechtigt sein sollte, welcher nach Maßgabe der in seinen Händen befindlichen Legitimation Gläubiger zu sein scheint. Ein derartiges Ausnahmegesetz existirt aber ebensowenig, wie Beklagte sich auf einen solchen Vertrag hat berufen können; auch liegt auf der Hand, daß bei Geltung einer solchen gesetzlichen oder vertragsmäßigen Bestimmung die auf den Namen lautenden Papiere einen großen Theil derjenigen Sicherheit und Zuverlässigkeit einbüßen würden, welche ihnen zur Zeit innewohnt. Die erste oben aufgeworfene Frage ist mithin zu verneinen.

Zu 2). Die Beklagte hat durch Zahlung an die Marie R. zweifellos einen Schaden erlitten. Derselbe ist darin zu erblicken,

daß Beklagte durch Hingabe des Geldes eine Schuld zu tilgen glaubte, während diese Schuld doch ungetilgt blieb. Die beklagte Bank verwahrt sich zwar dagegen, daß es sich um einen Schaden handle, der *sie* betroffen habe. Nach Beantwortung der ersten Frage kann aber ein Zweifel daran nicht mehr aufkommen, daß nur die Börsenbank die geschädigte Partei ist.

Zu Gunsten der Beklagten, welche einen ihr zustehenden Schadenersatzanspruch mit ausdrücklichen Worten nicht zur Compensation gestellt hat, muß nun processualisch interpretirt werden, daß sie eventuell wohl einen Ersatzanspruch hat in Gegenrechnung stellen wollen, weil die von ihr vorgebrachten Thatsachen (auf welche es mehr als auf die technischen Ausdrücke ankommt) auf ein schuldvolles Verhalten der Klägerin haben hinweisen und dieselbe ihres Klagerechts haben verlustig machen sollen.

Es fragt sich nun, inwiefern Klägerin hat schadenersatzpflichtig werden können.

Nach den allgemeinen Grundsätzen über die Verpflichtung zum Schadenersatze (Art. 3441 und 3444, welche abgesehen von einigen hier nicht in Betracht kommenden Modificationen auch innerhalb der Vertragsverhältnisse maßgebend sind) ist jeder zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen er durch seine Handlung oder Unterlassung veranlaßt hat. Zwischen der (schuldvollen) Handlung oder Unterlassung und dem geursachten Schaden muß demnach ein Causalzusammenhang bestehen. Im vorliegenden Falle war nach dem obigen Actenreferate eine Beschädigung der Börsenbank nur dadurch möglich geworden, daß sich die Marie R. *sowohl* in den Besitz *des Bankscheines, als auch* in den Besitz der *klägerischen Legitimation* zu setzen gewußt hatte. *Beide Urkunden* waren erforderlich, um den Betrug zu verüben und den Schaden zu veranlassen. Es ist daher unrichtig, wenn die beklagte Börsenbank das hauptsächliche Gewicht auf den Besitz des Bankscheines und die Klägerin wiederum auf den Besitz der Legitimation zu legen scheinen. Um die Klägerin schadenersatzpflichtig zu machen, mußte demnach Beklagte solche der Klägerin als Verschulden anzurechnende Handlungen oder Unterlassungen behaupten und eventuell beweisen, welche zur Folge hatten, daß die Marie R. in den Besitz *sowohl des Bankscheines, als auch der*

Legitimation gelangte. Nun hat aber die Börsenbank keineswegs behaupten können (aus den Acten geht überdies das Gegentheil hervor), daß der Klägerin Handeln oder Unterlassen darauf von irgend welchem Einfluß gewesen sei, daß die Marie R. und der Beamte L. die klägerische Legitimation erlangten. Die letztgenannten Personen haben vielmehr ganz ohne Wissen und Zuthun der Klägerin sich ihrer (nicht einmal bei ihr, sondern auf dem Paßbureau befindlichen) Legitimation bemächtigt. Es folgt hieraus, daß der Schadenersatzanspruch der Beklagten thatsächlich und rechtlich ungenügend begründet ist.

Aus diesem Grunde ist es weiter von keinem rechtlichen Interesse in eine Untersuchung darüber einzutreten, ob der Klägerin hinsichtlich der Bewahrung und Bewachung ihres Bankscheines thatsächlich ein Verschulden zu imputiren ist. Eine Schuld oder ein Versehen allein begründet keine Schadenersatzpflicht, sondern nur eine solche Schuld, durch welche ein Schaden veranlaßt wird. Weil aber ein Schaden durch die angebliche klägerische Lässigkeit hinsichtlich des Bankscheines allein nicht herbeigeführt worden ist, so ist auch diese Lässigkeit rechtlich von keinem Belang."

1345. Ueber die Begründung der Stundungseinrede.

„Allerdings hat der Rath mehrfach ausgesprochen*), daß die Giltigkeit einer Stundung die Festsetzung der Zahlungszeit oder der Größe der Zahlungsquoten nicht nothwendig voraussetzt, sondern in solchem Falle das richterliche Ermessen nach Maßgabe der wahrscheinlichen Absicht der Parteien ergänzend eintreten soll. Daraus folgt jedoch keineswegs, daß — wie Beklagter anzunehmen scheint — es genügt, schlankweg eine Stundung zu behaupten, um dann zum Beweise derselben zugelassen zu werden und damit die Verurtheilung hinausschieben zu können. Maßgebend für die Berücksichtigung der behaupteten Stundung ist vielmehr allemal, ob nach dem, was als Inhalt derselben behauptet ist, anzunehmen steht, daß eine sofortige Verurtheilung mit dem Stundungsvertrage in Widerspruch treten würde**),

*) Vgl. Band V, № 886 Seite 377.

**) Vgl. Seuffert's Archiv XXXIII, 293.

und nur, wenn es zu diesem Ende noch einer Beweisaufnahme bedarf, ist dieselbe anzuordnen. Im Fragefalle hat Beklagter nicht bestritten, also zugestanden, daß das Darlehen, auf dessen Rückzahlung er belangt wird, ihm im Jahre 1874 ertheilt sei. Bei dieser Sachlage kann ohne das Vorhandensein besonderer Gründe nicht angenommen werden, daß eine vereinbarte Stundung auch jetzt noch, d. h. nach mehr als 7 Jahren, dem klägerischen Verlangen auf Rückzahlung entgegenstehen solle. Beklagter hat aber nicht mehr behauptet, als daß ihm gestattet worden sei, nach Beendigung des Concurses die Schuld ratenweise zu tilgen, ohne anzugeben, wann der Concurs beendet wurde. Da hiernach für das richterliche Ermessen jeder Anhaltspunkt zur Feststellung eines Endtermines für die Zahlung fehlt, mit Rücksicht auf die unbestrittene Entstehungszeit der Schuld aber angenommen werden muß, daß der Gewährung einer unbestimmten Stundung, wie sie behauptet wird, durch das siebenjährige Warten des Klägers bereits hinreichend Rechnung getragen sei, so kann es nur für gerechtfertigt erkannt werden, daß die erste Instanz den Beklagten, ohne weiter auf die Stundungseinrede Rücksicht zu nehmen, zur Zahlung verurtheilt hat."

(App.-Erk. des Raths vom 11. Juni 1882, № 3988).

1346. Zur Auslegung des Art. 3526 Pkt. 8 des Prov.-Rechts Thl. III. Der von einem Cridar während des Concurses gemachte Erwerb kann nicht ohne weiteres zu der Concursmasse gezogen werden.

Nachdem auf das Gehalt eines Beamten der Mitauer Eisenbahn Beschlag gelegt und darauf am 27. October 1882 über sein Vermögen der Generalconcurs eröffnet worden war, entstand zwischen dem Beschlagsimpetranten und dem Concurscurator Streit darüber, ob das nach der Concurseröffnung fällig gewordene Gehalt zur Concursmasse zu ziehen oder dem Beschlagsimpetranten, von welchem es erhoben war, zu belassen sei. Die I. Section des LBG. entschied am 25. Juni 1883, sub № 171 gegen den klagenden Concurscurator und diese Entscheidung wurde durch Appellationsurtheil des Raths vom 10. October 1884, № 6951 bestätigt. Gründe:

„Der Art. 3526 Punkt 8 des Privatrechts, welcher sowohl von dem Untergerichte, als auch von den Parteien zur Unterstützung ihrer Rechtsansicht mehrfach angezogen ist, beantwortet nicht die hier in Betracht kommende Frage des Concursprocesses, ob und in wieweit der Erwerb eines Cridars zur Concursmasse zu ziehen sei. Hier wird nur eine privatrechtliche Vergünstigung solcher zahlungsunfähiger Schuldner, die ihr Vermögen den Gläubigern abgetreten haben, festgestellt, indem dieselben in Ansehung ihres künftigen Erwerbes (als welcher bei der Wortfassung des Gesetzes sowohl der während des Concursverfahrens, als auch der nach Beendigung des Concurses gemachte Erwerb anzusehen ist) die Rechtswohlthat der Competenz genießen sollen. Daß derjenige Theil des künftigen Erwerbes, welcher zum Unterhalte des Cridars nicht unumgänglich nothwendig ist, zur Concursmasse zu ziehen sei, ist in dem Gesetze weder ausdrücklich ausgesprochen, noch aus demselben zu folgern *).

In Ermangelung sowohl einheimischer, als gemeinrechtlicher positiver Gesetzesbestimmungen wird an dem Grundsatze festgehalten werden müssen, daß als Gegenstand des Concursverfahrens und der Disposition des Cridars entzogen nur dasjenige Vermögen gelten kann, welches zur Zeit der Concurseröffnung dem Gemeinschuldner gehörte. Der zahlungsunfähige Schuldner verliert auch nach der Concurseröffnung nicht seine Rechts- und Erwerbsfähigkeit. Es ließe sich daher nicht rechtfertigen, wenn der durch eigene Thätigkeit des Gemeinschuldners herbeigeführte Erwerb dadurch unmöglich gemacht oder verkümmert werden würde, daß dieser Erwerb alsbald zur Concursmasse gezogen wird (wenn auch innerhalb des Beneficiums der Competenz), zumal der Gemeinschuldner von seinen Gläubigern zu einer Erwerbsthätigkeit in ihrem Interesse nicht gezwungen werden kann.

Auch die Rücksicht auf die während des Concursverfahrens hervortretenden Gläubiger, welche im Hinblick auf die Erwerbs- und Rechtsfähigkeit des Gemeinschuldners ihre Forderungen erworben haben, sich während der Proclamzeit mit denselben nicht haben angeben können (weil sie noch nicht entstanden waren), aber nichts-

*) Vgl. die abweichenden Entscheidungen Band I, S. 116, 117 und S. 202—204.

destoweniger Anspruch darauf haben, aus dem gemeinschuldnerischen Erwerbe befriedigt zu werden, erfordert es, daß der künftige Erwerb nicht zur Concursmasse gezogen werde. Die eben angeführten Erwägungen, daß es nämlich nothwendig sei, dem Gemeinschuldner die Möglichkeit neuen Erwerbes und den späteren Gläubigern die Geltendmachung ihrer Ansprüche auf diesen Erwerb zu sichern, sind auch maßgebend dafür gewesen, daß die Concursordnung für das Deutsche Reich im § 1 das Concursverfahren auf das gesammte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, beschränkt hat (vgl. deutsche Concursordnung und Commentar dazu von Petersenn S. 3 ff. Seuffert's Archiv VI, 112. X 322).

In Uebereinstimmung mit dem Untergerichte muß daher festgestellt werden, daß die Gage des Cridars für diejenigen Dienste, welche erst nach der Concurseröffnung geleistet worden sind, nicht ohne weiteres zur Concursmasse gezogen werden kann.

Der klagende Curator vertritt nun die Rechtsmeinung, daß der Anspruch auf Gagenzahlung durch Eingehung des betreffenden Dienstvertrages schon vor der Concurseröffnung entstanden sei und daß mindestens eine sechsmonatliche Gage seit der Concurseröffnung (d. h. die Gage während der üblichen sechsmonatlichen Kündigungsfrist) von der Concursmasse beansprucht werden könne. Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß der Anspruch auf Gagenzahlung, wenngleich der Vertrag bereits vor der Concurseröffnung geschlossen ist, doch nur unter der Voraussetzung Bestand hat, daß die erfolgte Gegenleistung, d. i. die Thätigkeit des Verpflichteten, thatsächlich erfolgt ist. Der Anspruch auf die sechsmonatliche Gagenzahlung bestand nicht schlechthin, sondern nur als Aequivalent für die vom Cridar zu leistenden Dienste; es kann daher auch dieses Aequivalent (die Gage) für künftige Dienstleistungen nicht als zur Masse gehörig bezeichnet werden.

Dagegen ist allerdings richtig, wie auch das Untergericht angenommen hat, daß der bis zum Concurseröffnungstage verdiente, noch nicht zur Auszahlung gelangte Lohn einen Massenbestandtheil bilde und deshalb zur Masse zu ziehen gewesen sei."

1347. Die Rechtswohlthat der Competenz auf Grund des Art. 3526 Pkt. 8 des Privatrechts steht dem Schuldner nur gegenüber solchen Forderungen zu, die schon vor der Concurseröffnung entstanden sind.

Dieser, bereits in dem Präjudicate in Band I, № 97 ausgesprochene, Satz war abermals zur Anwendung gebracht worden in dem Erk. des Vogteigerichts vom 23. Juni 1880, № 106, welches vom Rathe durch App.-Erk. vom 19. November 1880, № 7537 bestätigt wurde. Auch der Dirig. Senat hat die Rechtsanschauung der Vorinstanzen gebilligt in dem Ukas des IV. Departements vom 12. Mai 1882, № 1001, in welchem es heißt:

„Die zum Art. 3526, Pkt. 8 angezogenen Quellen, und namentlich die l. 3 Cod. de bonis auctor. jud. poss. VII, 72, weisen darauf hin, daß die Rechtswohlthat der Competenz sich nur auf Forderungen aus Verträgen bezieht, die schon vor der Güterabtretung an die Gläubiger geschlossen waren. Daraus folgt, daß der Beklagte diese Rechtswohlthat nicht genießt bezüglich der Klage auf Erfüllung von Schuldverbindlichkeiten, die er durch den Vertrag vom 21. October 1878, d. h. nach seiner Insolvenzerklärung, erneuert hat."

1348. Nachforderungsklage gegen den ehemaligen Cridar. Geltendmachung der Competenzeinrede. Beweislast in Betreff der Vermögensverbesserung.

I. „Es ist richtig, daß zur Substantiirung der Nachforderungsklage gegen den ehemaligen Cridar es nicht der Behauptung bedurfte, der Beklagte sei mittlerweile wieder zu Vermögen gelangt. Die Competenzeinrede ist eine wahre Einrede, sie ist vom Richter erst zu berücksichtigen, wenn der Beklagte sie vorgebracht hat; aber — und dies ist der Punkt, an welchem der Irrthum des Appellanten beginnt — die Einrede ist genügend substantiirt, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß er im Concurse gewesen sei, daß eine seinerseitige cessio bonorum stattgefunden habe. Der Kläger hat dann replicando*) Thatsachen anzugeben, welche

*) Uebereinstimmend das Beweisinterlocut der I. Section des Landvogteigerichts vom 9. März 1881, № 51 a.

darthun, daß der Beklagte wieder Vermögen erworben habe, und diese Thatsachen hat er eventuell zu beweisen, während der Excipient vom Beweise befreit ist, sobald — wie im vorliegenden Falle — die vorausgegangene cessio bonorum feststeht, bzw. nicht bestritten ist. Die vom Appellanten in Streit gezogene Rechtsfrage (Substantiirung der Einrede, Beweislast) ist wesentlich eine processualische und schon aus diesem Grunde ist es unschlüssig, wenn Appellant für seine Ansicht eine unbedingte Stütze zu finden glaubt in den Art. 3525 ff. des III. Thls. des Prov.-Rechts, welche die Rechtswohlthat der Competenz ihrem Inhalte nach behandeln, nicht aber speciell festsetzen, in welcher Form die Einrede processualisch zur Geltung zu bringen, bzw. zu zerstören sei. Die zum Art. 3526 Pkt. 8 für die Anerkennung des beneficium competentiae eines vormaligen Cridars angezogenen Quellenstellen sind aber gerade diejenigen, auf welche das gemeine Recht sich beruft, wenn es vom Kläger spätestens in der Replik auf die Competenzeinrede die Behauptung der mittlerweile verbesserten Vermögenslage des Schuldners beansprucht, und die Fassung dieser Quellenstellen läßt auch keinen Zweifel daran übrig, daß die gemeinrechtliche Construction zutrifft.

Inst. IV. 6, § 40: Eum, — qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid aequisierit — — creditores cum eo experiuntur; und noch schärfer Cod. de bon. auctor. jud. VII, 72 l. 3: Ex contractu, qui cessionem rerum antecessit, debitorem contra juris rationem convenies, quum eum aequitas auxilio exceptionis muniat. At tunc demum iterato possis desiderare conventionem, quum tantum postea quaesivit u. s. w.

Die aequitas, von welcher die Quellenstellen reden, ist eben eine nothwendige Consequenz des Grundgedankens der cessio bonorum, „daß der Cridar nicht durch alsbaldige Geltendmachung solcher Forderungen, welche bereits vor Ausbruch des Concurses entstanden waren, in unnöthiger Weise belästigt werde“ (vgl. d. Entsch. d. ROHG. v. 24. Octbr. 1874 bei Seuffert, Archiv Bd. XXXI, № 87, woselbst auch weitere Nachweise über die constante gemeinrechtliche Praxis bezüglich dieser Frage gegeben sind). Mit Unrecht hält sich Appellant daran, daß in dieser Entscheidung gesagt

sei, die meisten deutschen höchsten Gerichtshöfe (also nicht alle) hätten die gleiche Ansicht zur Geltung gebracht. — Das eine dort erwähnte abweichende Urtheil vermag einen Beweis gegen die Stetigkeit der gemeinrechtlichen Rechtsprechung nicht zu erbringen und die letztere ist so vielfach documentirt, daß eine weitere Untersuchung müssig wäre, zumal die ganze Streitfrage, soweit sie hier in Betracht kommt, keineswegs complicirt erscheint. Die hiesige städtische Praxis hat — wie das bei Gleichheit der Grundlagen auch nicht anders sein konnte — stets übereinstimmend mit der gemeinrechtlichen Praxis entschieden. Die bei Zwingmann Bd. III, № 369 abgedruckte Entscheidung des Raths bezieht sich auch nicht, wie Appellant fälschlich meint, nur auf die Zulässigkeit der Competenzeinrede gegenüber einer Wechselforderung (eine solche liegt übrigens hier gerade vor) es heißt daselbst vielmehr ausdrücklich, daß die Competenzeinrede „wie bei anderen, so auch bei der auf einer Wechselschuld beruhenden Nachforderungsklage nur zurückzuweisen sei, wenn von dem Kläger entweder replicando oder anticipando in der Klage behauptet und in Folge dessen auch nachgewiesen" werde, daß der Schuldner mittlerweile in eine bessere Vermögenslage gekommen sei.*).

Appellant ist der ihm hiernach obliegenden Verpflichtung nicht nachgekommen; er vermag dieselbe am allerwenigsten mit der Bemerkung abzulehnen, daß es dem Schuldner doch nicht schwer fallen könne, seine Activa aufzugeben; die cessio bonorum schützt den Schuldner eben gegen den nicht näher begründeten Anspruch seiner nicht befriedigten Gläubiger, ihnen jederzeit über seinen Vermögensstand Auskunft zu ertheilen."

(App.-Erk. des Raths vom 16. März 1883, № 1841).

II. Die Eheleute B. waren am 7. September 1868 von der II. Section des LVG. rechtskräftig verurtheilt worden, dem G. 4400 Rbl. zu bezahlen. Am 30. November 1868 wurde über ihr Vermögen der Concurs eröffnet, in welchem G. zur Befriedigung nicht gelangte, und darnach siedelten die Schuldner aus Riga nach Petersburg über. Am 20. Februar 1885 beantragte G. wegen

*) Ebenso das Erk. der I. Section des Landvogteigerichts vom 9. September 1882, № 295.

Erfüllung des Erkenntnisses vom 7. September 1868 das Petersburger Bezirksgericht zu requiriren, welchem Antrage die II. Section des LVG. auch entsprach. Die darüber von den Eheleuten B. eingebrachte Nichtigkeitsbeschwerde wurde durch Resolution des Raths vom 10. April 1885, № 2645 mit folgender Motivirung verworfen:

„Die Beschwerdeführer behaupten, sie hätten dadurch, daß sie ihr Vermögen den Gläubigern abgetreten, das beneficium competentiae erlangt und ihren im Concurse nicht befriedigten Gläubigern sei nur noch offen gelassen worden, ihre Ansprüche durch eine neue Klage zur Geltung zu bringen, zu deren Begründung die Behauptung gehört hätte, daß ihre Schuldner auf's Neue zu Vermögen gelangt seien. Eine Wiederaufnahme der durch den Concurs aufgehobenen Proceduren sei an sich unmöglich; eine neue Klage habe gegen die Beschwerdeführer aber nur in Petersburg angestellt werden können, wohin sie nach der Concurseröffnung ihr Domicil verlegt hätten.

Der Ausbruch des Concurses bewirkt zwar, daß keiner von den zur Theilnahme am Concurse berufenen Gläubigern aus dem zur Zeit des Concurses vorhandenen Vermögen des Schuldners einzeln für sich Befriedigung im Executionswege erlangen kann. Wer aber im Concurse nicht Befriedigung findet, dem wird sein Recht zu späterer Verfolgung aus dem neuen Vermögen des Cridars vorbehalten, ohne daß die Qualität seiner Forderung durch die Procedur verändert würde. Die durch Concurseröffnung bewirkte Unterbrechung der wegen einer judicatmäßigen Forderung eingeleiteten Execution übt also auch keinen Einfluß aus auf die Rechtsgiltigkeit des Erkenntnisses, durch welches der Schuldner vor der Concurseröffnung zur Bezahlung der bezüglichen Forderung verurtheilt wurde, und ebensowenig auf die Zuständigkeit des verurtheilenden Gerichts zur Vollstreckung des von ihm gefällten Urtheils. Der Concurs unterbricht nur das Executionsverfahren einzelner Gläubiger, er hebt aber nicht die gegen den Cridar schwebenden Processe auf und macht nicht die spätere Verfolgung von Ansprüchen an den Cridar von der Anstellung neuer Klagen abhängig.

Nach der richtigen Auffassung kann daher die Rechtswohlthat des Nothbedarfs, welche dem Schuldner nach stattgehabter Vermögensabtretung zur Seite steht, nur dann zur Berücksichtigung

gelangen, wenn sie einredend geltend gemacht wird, sei es nun im Laufe des Processes oder während der Execution. Ein im Concurse nicht befriedigter Gläubiger, welcher nach beendetem Concurse seinen Schuldner von Neuem in Anspruch nimmt, hat diesen Anspruch nicht aus der Thatsache herzuleiten, daß sein Schuldner von Neuem zu Vermögen gelangt sei, sondern es ist nur dem in Anspruch genommenen Schuldner gestattet, sich durch Berufung auf jene Rechtswohlthat gegen den Angriff zu vertheidigen, so daß der Nachweis zur Befriedigung des Gläubigers geeigneter Vermögensstücke erst in die Replikbehauptung gehört. Mithin ist weder in Folge des Concurses, noch in Folge der etwa für die Beschwerdeführer begründeten Rechtswohlthat des Nothbedarfs ein Hinderniß für die Wiederaufnahme eines . . . im Stadium der Execution unterbrochenen Processes eingetreten."

III. „Daß ein Handlungscommis, welcher — wie Beklagte von sich angiebt — nur seine Frau und einen Pflegesohn zu ernähren hat, bei einem Einkommen von 800 Rbl. jährlich auf mehr gestellt ist, als er zu seinem Unterhalt unumgänglich bedarf (Art. 3525 des Prov.-Rechts Thl. III), wird mit Unrecht vom Beklagten bestritten . . . Es kann hiernach nicht fraglich sein, daß Beklagter unter den vom Unterrichter festgesetzten milden Zahlungsbedingungen — 20 Rbl. vierteljährlich — allmälig die Schuld an den Kläger zu entrichten vermag. Die Bemerkung, wenn Kläger obtinire, würden alle unbefriedigten Gläubiger des Beklagten ihn angreifen und seine Existenz vernichten, ist nicht stichhaltig. Denn einmal ist nach Art. 3527 a. a. O. bei der Anwendung des beneficium competentiae nur die eingeklagte Schuld und die pecuniäre Lage des Schuldners zu berücksichtigen, nicht aber auch der Betrag seiner sonstigen Schulden, und sodann wird die materielle Lage des ehemaligen Cridars in ganz gleicher Weise berührt, sei es daß ein Gläubiger die Nachklage anstellt, sei es, daß der Beklagte von mehreren bzw. von allen belangt ist. Im einen, wie im anderen Falle schützt ihn die Rechtswohlthat und für ihn kann es gleichgiltig sein, ob mit dem ihm abzusprechenden Mehr seiner Einnahmen über die Lebensnothdurft hinaus ein Gläubiger, oder eventuell in einem

abermaligen Distributionsverfahren alle Gläubiger pro rata Befriedigung erlangen.

Schließlich mag hervorgehoben werden, daß die gesetzliche Befugniß des Beklagten, die Competenzeinrede noch in der Executionsinstanz geltend zu machen (Art. 3528 a. a. O.), ihm die Möglichkeit giebt, wofern seine Jahreseinnahme demnächst erheblich unter das angenommene Mittelmaß sinken sollte, auf eine abermalige Prüfung der Sache zu provociren."

(App.-Erk. des Raths vom 24. August 1883, № 5787).

1349. Der Schuldner ist nicht berechtigt, von dem Gläubiger bei der Zahlung die Blancocession der Urkunde zu verlangen.

I. Zwischen dem Advocaten N. N. und seiner Clientin, welche ihm die Beitreibung einer Obligation übertragen hatte, war streitig, ob letztere ihm Grund zur Niederlegung des Mandates dadurch gegeben habe, daß sie das Anverlangen des Schuldners, der Zahlung vorgängig die Obligation in blanco zu cediren, zurückgewiesen und ihrem Sachwalter gegenüber auf Durchführung der Beitreibung bestanden hatte.

Das Erkenntniß des Vogteigerichts vom 21. Juni 1883, № 132 nahm an: da Klägerin zugestehe, daß die Schuldnerin sie zu befriedigen bereit sei, und da die Zahlung nur gegen Quittung geleistet zu werden brauche, so habe die Klägerin die Quittung bzw. die ihr gleichstehende Blancocession ohne Grund verweigert und es sei deshalb die Kündigung des Mandats wegen des von der Klägerin offenbarten Mißtrauens gegen ihren beklagten Sachwalter gerechtfertigt.

In dem App.-Erk. des Raths vom 16. September 1883, № 6280 wurde dagegen ausgeführt:

„Der Annahme des angefochtenen Erkenntnisses, als habe Klägerin ohne rechtfertigenden Grund die Blancocession verweigert und dadurch ihrerseits die Kündigung des Mandats veranlaßt, ist nicht beizupflichten. Zunächst kann nicht zugegeben werden, daß der Schuldner überhaupt berechtigt ist, die Blancocession der Schuldurkunde von dem Gläubiger zu fordern bzw. von einer solchen die Zahlung abhängig zu machen. Einen rechtlichen Anspruch hat er

einzig auf Rückgabe der Schuldurkunde (Art. 3528 des Prov. Rechts, Thl. 3) und Ertheilung einer Quittung, d. h. einer schriftlichen Bescheinigung der geschehenen Zahlung (Art. 3531 und 3532 a. a. O.); die Ertheilung einer Cession, bei welcher die Zahlung nicht zum Zwecke der Tilgung der Schuld, sondern als Preis der Forderungsabtretung geschieht, mögen die Interessenten an Stelle der Quittung setzen, wenn sie es wollen, dazu gezwungen werden kann aber der Gläubiger nicht. Ferner soll die Quittung die geschehene Zahlung beweisen, der Schuldner darf also nicht dem Gläubiger zumuthen, daß dieser die Quittung ertheile, ehe ihm die Zahlung geleistet ist. Beklagter aber hat der Klägerin nach seiner eigenen Darstellung zugemuthet, die Cession auf der Obligation zu ertheilen, nicht nur ohne gleichzeitige Zahlung, sondern auch ohne reale Sicherheit dafür, daß diese alsbald erfolgen werde."

II. „Beklagter hat über einen, aus dem Verkaufe seines Geschäfts an die Klägerin ihm zukommenden, Kaufschillingsrest von 11,000 Rbl. von der Klägerin eine Obligation entgegengenommen, worin es heißt, daß die Inhaber der klagenden Firma für genannte Schuld außer ihrem gesammten Vermögen einen an der großen Sandstraße belegenen Speicher verpfänden und darin willigen,

> daß auf denselben der oberwähnte Kaufschillingsrest von 11,000 Rbl. sammt was demselben an Renten und Kosten anhängig werden sollte, als zweites nur der am 8. Juni 1879 für Frau O. v. D. aufgeschriebenen Obligation von 10,000 Rbl. nachfolgendes, jedoch sämmtlichen in Zukunft etwa aufzunehmenden ... Schulden im Rechte unbedingt vorgehendes Geld ... für unsere Kosten ingrossirt und öffentlich bewahrt werde.

Die soeben erwähnte, als erste Hypothek eingetragene Forderung von 10,000 Rbl. ist nach dem Tode der Frau O. v. D. auf den Beklagten übergegangen, welcher sie der Klägerin zum 1. Januar 1884 gekündigt hat. Klägerin hat darauf dem Beklagten Zahlung von 10,000 Rbl. gegen Auslieferung der von ihm mit einer Blancocession zu versehenden Obligation angeboten, Beklagter aber hat die Blancocession verweigert und sich nur zur Ertheilung einer Quittung erboten.

In der angestellten Klage behauptet Klägerin unter Berufung auf die Eingangs erwähnte Obligation, Beklagter habe sich verpflichtet, seine Forderung von 11,000 Rbl. an zweiter Stelle, den 10,000 Rbl. seiner Mutter nachfolgend, stehen zu lassen, und dürfe nicht unter Verletzung dieses Vertrages jetzt für sie die erste Stelle erringen wollen, nachdem er die vorhergehende Hypothek gleichfalls erworben habe. Klägerin meint, daß Beklagter selbst für eine neu auszustellende Obligation zu Gunsten eines Dritten die Priorität gegenüber seiner Forderung einzuräumen hätte, und beantragt Beklagten gegen Empfang von 10,000 Rbl. zur Aushändigung der streitigen Obligation, versehen mit einer Blancocession, zu verpflichten.

Beklagter bestreitet seine Verpflichtung zu der von ihm geforderten Blancocession, weil der Gläubiger nach geleisteter Zahlung nur die Schuldurkunde zurückzugeben und eine Quittung zu ertheilen habe. Hieran könne der Umstand, daß er zufällig auch Gläubiger aus der zweiten Hypothek sei, nichts ändern, denn eine Verpflichtung, den ersten Hypothekenposten offen zu lassen, habe er nicht übernommen und eine solche folge am wenigsten aus der fraglichen Obligation, worin Klägerin sich anheischig gemacht habe, des Beklagten Forderung, da die erste Stelle bereits eingenommen war, an zweiter Stelle auf ihren Speicher ingrossiren zu lassen.

Ohne fernere Anführung von Thatsachen, vielmehr bei dem Bemerken, daß über das Thatsächliche zwischen den Parteien keine Differenz bestehe, hat Klägerin dann die richterliche Entscheidung angerufen, welche von dem Vogteigerichte am 5. Juli 1884, sub № 143 dahin gefällt worden ist, daß Klägerin mit ihrer Klage kostenfällig abzuweisen sei. Die Motive dieser Entscheidung weisen darauf hin, der Gläubiger sei bei Bezahlung der Schuld gesetzlich nur zur Rückgabe der Schuldurkunde und Ausstellung einer Quittung verbunden, niemals aber könne er zu einer Abtretung der Forderung, also zu einem Verkaufe derselben gezwungen werden. Demnach könne sich nur fragen, ob Beklagter sich etwa besonders verbindlich gemacht habe, für seine zweite Forderung von 11,000 Rbl. schlechtweg mit der zweiten Stelle sich zu begnügen und demnach einem von der Klägerin neu aufzunehmenden Darlehen die Priorität vor jener Forderung einzuräumen. Einen bezüglichen Vertrag habe aber Klägerin nicht mit Bestimmtheit behauptet und

aus dem von ihr bezogenen Passus der dem Kläger ausgereichten Obligation sei eine Pflicht des Klägers, daß seine Forderung unter allen Umständen die zweite Stelle behalten solle, nicht zu folgern.

Vorstehenden Entscheidungsgründen hat Klägerin in ihrer Appellationsschrift eine Widerlegung überhaupt nicht entgegenzustellen versucht, so daß es eigentlich dabei bewenden könnte, sie auf die zutreffende Motivirung des ersten Richters zu verweisen. Zur ausführlicheren Begründung derselben ist hier nur noch Folgendes zu bemerken.

Nach Art. 3483 des Privatrechts wird durch die Zahlung die Verbindlichkeit des Schuldners getilgt, der Gläubiger ist deshalb nach Art. 3532 verpflichtet, über die Zahlung eine Quittung auszustellen, und nach Art. 3538, die Schuldurkunde dem Schuldner zurückzugeben. Was Klägerin beabsichtigt, daß nämlich die Hypothekenforderung durch die von ihr zu leistende Zahlung nicht erlöschen, sondern trotz derselben auf einen hinterher von ihr zu bezeichnenden Gläubiger übertragen werden und deshalb in blanco cedirt werden solle, kann nur Gegenstand eines neuen Rechtsgeschäfts zwischen ihr und dem Beklagten als ihrem Gläubiger sein; zum Abschlusse eines solchen kann der Gläubiger — wie solches schon in dem Appellationserkenntniß des Raths vom 16. September 1883, № 6280 ausgesprochen ist — an und für sich nicht gezwungen werden. — Ebenso kann der Dritte, welcher an Stelle des Schuldners den Gläubiger befriedigt, die Abtretung der Forderung nicht von Rechts wegen, sondern nur in dem Falle durchsetzen, wenn er sie sich vor oder bei der Zahlung „ausbedungen" hat, das heißt, wenn er erklärt hat, durch die Zahlung die Forderung des Gläubigers nicht tilgen, sondern sie für sich erwerben zu wollen, und der Gläubiger dem zugestimmt hat, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, indem er trotz der Erklärung des Zahlenden die Zahlung von ihm ohne Widerspruch entgegennahm. (Art. 3466 a. a. O.) Anderenfalls kann nach Art. 3487 einzig die Tilgung der Schuld durch Zahlung von dem Dritten bewirkt werden (vgl. Gruchot, die Lehre von der Zahlung der Geldschuld, S. 29—39. Sintenis, Civilrecht II, § 103 bei Note 37 u. 38; § 129, Note 55 a. E.)

Daß aus der Entgegennahme der streitigen Obligation durch Beklagten sich nicht eine Rechtspflicht desselben herleiten läßt, auch beim Wegfall der ersten Hypothek für seine Forderung von 11,000 Rbl. sich mit der zweiten Stelle zu begnügen, ist in dem angefochtenen Erkenntniß bereits klar auseinandergesetzt. Eine anderweitige betreffende Abmachung unter den Parteien aber ist klägerischerseits überall nicht behauptet worden, indem die Klage ausschließlich auf den Inhalt der Obligation Bezug nimmt und aus diesem die behauptete Pflicht des Beklagten zu folgern bestrebt ist.

Demnach kann die angefochtene Entscheidung, welche das klägerische Begehren, den Beklagten zur Blancocession der streitigen Pfandverschreibung gegen deren Bezahlung anzuhalten, wegen mangelnder rechtlicher Begründung abgewiesen hat, nur bestätigt werden." (Appellationsurtheil des Raths vom 12. September 1884, № 6210.)

1350. Zur Anwendung des Art. 3536 des Prov.-Rechts Thl. III.

Der Fuhrmann R. wurde von dem Schmiede K. auf Bezahlung verschiedener auf seine Bestellung angefertigter Schmiedearbeiten belangt, behauptete jedoch, daß diese Schuld bereits bezahlt sei, und brachte drei vom Kläger K. quittirte Rechnungen über im August, September und October 1881 gelieferte Schmiedearbeiten bei, aus denen er folgerte, daß auch die in der Klage erwähnten, bis zum 29. Mai 1881 gelieferten Arbeiten bezahlt seien.

Das App.-Erk. des Raths vom 3. Juni 1883, № 3826 erklärte jedoch in Uebereinstimmung mit dem Erkenntnisse der I. Section des LVG. den versuchten Beweis für mißlungen:

„Nach Art. 3536 des Prov.-Rechts Thl. III. streitet zwar, wenn jemand über entrichtete Abgaben, Zinsen oder andere terminliche Leistungen ohne Vorbehalt ertheilte Quittungen für drei auf einander folgende Termine beibringt, die Vermuthung dafür, daß auch alle rückwärtsliegenden Terminzahlungen geleistet seien. Allein dieses Gesetz kann, weil es eine Abweichung von der Regel enthält, nur restrictiv interpretirt und nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden (Holzschuher, Theorie und Casuistik III, § 227 zu 15. Civilrechtl. Entscheid. VI, Seite 209). Im vorliegenden Falle handelt es sich garnicht um im voraus bestimmte termin-

liche Leistungen, sondern um die Bezahlung des Arbeitslohnes, welcher nach dem Umfange der vom Beklagten bestellten und klägerischerseits geleisteten Arbeiten in den einzelnen Monaten variirt und über welchen Kläger dem Beklagten, offenbar um denselben in Zahlungsverzug zu versetzen, monatliche Rechnungen zugefertigt hat. Die Anwendung des Art. 3536 a. a. O. auf den vorliegenden Fall ist daher ausgeschlossen."

1351. Beweislast, wenn die Rückgabe des Schuldscheines an den Schuldner feststeht, dieser aber behauptet, daß sie nicht wegen Tilgung der Schuld, sondern aus einem anderen Grunde erfolgt sei.

Unter den Parteien war unstreitig, daß die Frau des klagenden Gläubigers gelegentlich der letzten Abzahlung den über die Schuld ausgestellten Wechsel zurückgegeben hatte. Als der Beklagte hierauf gestützt die Bezahlung der geklagten Kaufpreisforderung behauptete, erwiderte Kläger, daß seine Frau nur deshalb den Wechsel dem Beklagten zurückgegeben habe, weil dieser über den noch verbliebenen Schuldrest von 50 Rbl. einen neuen Wechsel ausstellen sollte.

Das App.-Erk. des Raths vom 4. Mai 1883, № 3057 erachtete den Kläger für beweispflichtig und bemerkte:

„Nach Art. 3539 unseres Gesetzbuches wird durch die Thatsache der Rückgabe des Schuldscheines an den Schuldner zu Gunsten der Tilgung der Schuld eine Rechtsvermuthung begründet, welche — wie nach den Quellenstellen garnicht zu bezweifeln ist — die Beweislast verschiebt, indem sie den Gläubiger rücksichtlich der Fortexistenz der Schuld im Ganzen oder zum Theil beweispflichtig macht (civilrechtliche Entscheidungen IV, № 570)."

1352. Die Bezahlung der Schuld begründet keine Rechtsvermuthung für die Rückgabe des Schuldscheines seitens des Gläubigers an den Schuldner.

„Die Meinung des Querulanten, daß für die erfolgte Rückgabe der Obligation aus der Thatsache der stattgehabten Bezahlung der Schuld eine praesumtio juris folge, beruht auf einem Irrthum. Der Art. 3539 des Prov.-Rechts Thl. III. giebt nur eine

Rechtsvermuthung für die erfolgte Zahlung aus der Thatsache der Rückgabe der Schuldurkunde. Die vom Querulanten aus dieser Bestimmung in Verbindung mit der Vorschrift des Art. 3538 erst gefolgerte Vermuthung qualificirt sich als eine praesumtio facti, welche Querulant einzig als Beweisargument vorzubringen vermag. Nur wenn ein ausdrückliches Gesetz dem Richter vorschreibt, unter gewissen Voraussetzungen einen Thatumstand als wahr gelten zu lassen, kann von einer die Beweislast verschiebenden Rechtsvermuthung die Rede sein, ein derartiges Gesetz ist aber strict zu interpretiren und die künstliche Herleitung einer Rechtsvermuthung aus einer anderen, wie Querulant sie versucht, erscheint ausgeschlossen (Langenbeck, Beweisführung, S. 195 ff. Renaud, Civilproceß, § 105. Bayer, Vorlesungen, S. 717)."
(Querelbescheid des Raths vom 20. Mai 1882, № 3584).

1353. Beweislast bezüglich der geleisteten Zahlung, wenn mehrere Forderungen des Klägers an den Beklagten behauptet sind.

I. „Um mit der Nachklage auf Beseitigung der Folgen der Verurtheilung im Wechselprocesse durchzudringen, mußte Kläger einen Sachverhalt behaupten und eventuell beweisen, aus dem hervorgeht, daß er überhaupt nicht, bzw. nicht wie geschehen, hätte verurtheilt werden dürfen, das von ihm Geleistete also als ohne Rechtsgrund geleistet erscheint (App.-Erk. des Raths vom 14. Mai 1882, № 3302; vgl. Proceßpräjudicate № 391). Er hat in dieser Beziehung angeführt, der ausgeklagte Wechsel über 100 Rbl. sei von ihm in blanco zur Sicherstellung einer Kaufpreisschuld von 85 Rbl. ausgestellt und auf diese seien bereits 40 Rbl. abgezahlt gewesen. Was nun Beklagter demgegenüber anführt, daß nämlich der Wechsel gleich über 100 Rbl. ausgestellt, dabei zu der Kaufpreisschuld von 85 Rbl. der Betrag von 15 Rbl. in die Wechselsumme hineingerechnet und die Zahlung von 40 Rbl. nicht auf die Wechselschuld, sondern auf eine andere Schuld gezahlt sei, — das qualificirt sich proceßualisch nicht als Einrede, sondern als Leugnen des Klagegrundes, mit alleiniger Ausnahme der von Beklagtem behaupteten mehreren Forderungen. Die Entstehung dieser wäre dagegen allerdings von Beklagtem zu beweisen, weil eine geleistete Zahlung, so-

lange die Existenz anderweitiger Forderungen des Zahlungsempfängers nicht festgestellt, eben auf die streitige Forderung zu beziehen ist (civilrechtl. Entscheid. V, № 958). Allein die Entstehung der von Beklagtem behaupteten Forderungen muß im Fragefalle als vom Kläger zugestanden gelten. . . . .

Ist nun einerseits nicht bewiesen, auf welche Forderung des Beklagten die 40 Rbl. gezahlt sind, und ist andererseits als zugestanden anzusehen, daß Beklagter noch andere Pferde als die Fuchsstute dem Kläger verkauft hat, während wiederum nicht bewiesen ist, daß Kläger den Kaufpreis für jene anderen Pferde bereits voll bezahlt hatte, so muß die Frage, auf welche Schuld die Zahlung von 40 Rbl. zu beziehen sei, nach der bezüglichen Vorschrift des Art. 3543 des Prov.-Rechts Thl. III, entschieden werden und zwar dahin, daß Beklagter sie auf die Wechselschuld abzurechnen hatte, weil diese für den Kläger die drückendere war (civilrechtl. Entscheidungen V, Seite 229 und 502)."

(App.-Erk. des Raths vom 4. Februar 1883, № 823.)

II. „Kläger hat auf des Beklagten Einrede, daß er auf die klägerische Rechnung in zwei Raten zusammen 149 Rbl. abgezahlt habe, einfach erwidert, das sei nicht wahr, — ohne zu sagen, daß er zwar Zahlung erhalten habe, daß und weshalb sie aber auf eine andere Forderung als die jetzt streitige zu beziehen sei. Es liegt aber auf der Hand, daß des Beklagten Vertheidigung verschieden ist, je nachdem der Kläger zwar die Thatsache der Zahlung zugiebt, sie aber auf eine andere Forderung verrechnen will, oder die Zahlungsleistung selbst bestreitet. Im letzteren Falle hat der Beklagte die Zahlung, und nach der richtigen Ansicht nur diese, zu beweisen. Im ersteren Falle fällt dem Kläger im Bestreitungsfalle der Beweis der behaupteten anderweitigen Forderungen zu und es ist eventuell nach Art. 3543 des Prov.-Rechts Thl. III zu bestimmen, auf welche der mehreren Forderungen die Zahlung anzurechnen ist. Da nun im Fragefalle Kläger das Vorhandensein noch anderer Forderungen an den Beklagten im vorbereitenden Verfahren garnicht

behauptet hat, sind die vom Beklagten behaupteten Zahlungen auch nur auf die jetzt streitigen Forderungen zu beziehen."
(Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 30. Juni 1883, № 364.)

1354. Liquidität ist Voraussetzung der Compensation auch bei Gegenforderungen aus demselben Vertrage.

„Nach der von der Vorinstanz vertretenen Rechtsanschauung soll bei der Compensation von Gegenforderungen aus demselben Vertragsverhältnisse von dem Erforderniß der Liquidität abgesehen werden. Indessen hat die Rechtsprechung des Raths diese Rechtsanschauung bisher nicht befolgt und sie kann auch gegenwärtig nicht gebilligt werden. Denn die Art. 3546 und 3552 des Privatrechts stellen die Liquidität der Gegenforderung ganz allgemein als ein Erforderniß der Compensabilität hin, ohne zwischen Gegenforderungen aus demselben und aus einem anderen Rechtsgrunde zu unterscheiden; es fehlt also an einer gesetzlichen Grundlage dafür, bei Gegenforderungen aus demselben Vertrage von dem Erforderniß der Liquidität abzusehen.*) Der Schuldner hat solchenfalls zu seinem Schutze nur das Retentionsrecht aus dem Art. 3383 Pkt. 2, welches aber an geschuldeten Summen nicht stattfindet (civilrechtl. Entscheid. II, № 275. III, № 361. IV, № 556), und unter Umständen die dilatorische Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus dem Art. 3213 (a. a. O. V, № 765 und 766), welche Rechtsmittel aber in ihren Voraussetzungen, wie in ihren Wirkungen von der Compensation verschieden sind."
(Aus den Motiven des App.-Erk. des Raths vom 1. September 1882, № 5779.)

1355. Durch Hingabe und Annahme eines Wechsels in Zahlung wird die Forderung des Gläubigers ohne besondere Uebereinkunft nicht getilgt.

Das im VI. Bande sub № 1080 abgedruckte App.-Erk. des Raths vom 16. Januar 1880, № 358 wurde durch den Ukas des Dirig. Senats (III. Departement, 2. Abtheilung) vom

*) Dagegen Band V, № 801 (Seite 235) und Erkenntniß des Vogteigerichts vom 5. Mai 1882, № 133.

12. December 1881, № 2588 mit folgender Ausführung bestätigt:

„Aus der Hingabe und Annahme eines Wechsels für eine bestehende Schuld kann eine Novation der letzteren noch nicht gefolgert werden, wenn die Parteien ihre bezügliche Absicht nicht ausdrücklich erklärt haben, da eine Novation nach Art. 3586 des III. Theils des Prov.-Rechts niemals vermuthet wird, sondern die Absicht, einen Neuerungsvertrag abzuschließen, von den Contrahenten ausdrücklich erklärt werden oder doch aus den Umständen unzweifelhaft sich ergeben muß. Zum Beweise dieser Absicht der Contrahenten beruft sich der Beklagte auf einen Brief des Klägers, nach welchem er mit diesem sich verrechnet hat. Damit ist aber — wie die Unterinstanzen ganz richtig angenommen haben — keineswegs bewiesen, daß die Parteien eine Novation beabsichtigten und die Schuld als getilgt ansahen, da nach den Regeln des Handelsverkehrs Wechsel solange als Zahlung gelten und als solche gebucht werden, als sich nicht herausstellt, daß sie dem angenommenen Zahlungswerthe nicht entsprechen. Demnach ist anzuerkennen, daß Beklagter durch Hingabe des Wechsels an die Klägerin von der Verpflichtung, die ihm von letzterer verkauften Waaren zu bezahlen, nicht befreit worden ist. Was aber den Einwand der Beklagten betrifft, als sei Klägerin nachlässig verfahren, weil sie nicht sofort den mehrerwähnten Wechsel dem Trassaten zum Accept präsentirt habe, so findet der Dirig. Senat, daß . . . . nach Lage der Sache von einer Fahrlässigkeit in der fraglichen Beziehung nicht die Rede sein kann, da Klägerin allen gesetzlich zur Realisirung des Wechsels geforderten Obliegenheiten nachgekommen ist."

1356. In Betreff der processualischen Behandlung der von dem Beklagten einseitig verlautbarten, vom Kläger aber geleugneten Behauptung des Vergleiches über den schwebenden Proceß

ist in dem Querelbescheide des Raths vom 24. November 1882, № 7743 unter Hinweis auf den Querelbescheid vom 14. August 1881, № 5492 (civilrechtl. Entscheid. VI, № 1095) ausgesprochen, daß solchenfalls dem Beklagten der Beweis der Vergleichseinrede unter Anberaumung einer 48stündigen Beweisfrist zu gestatten

sei. Demgemäß wurde der Bescheid der II. Section des LVG. vom 19. August 1882, № 188, welcher auf Grund des Art. 3598 des Privatrechts die Vergleichseinrede zur besonderen Ausführung verwiesen hatte, aufgehoben.

Uebereinstimmend mit der hier verworfenen Ansicht (vgl. Band V, № 804) ist auch erkannt in dem Bescheide der I. Section des Landvogteigerichts vom 16. März 1881, № 63 a.

1357. Die Verjährung ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.

In dem Ukas des Dirig. Senats (IV. Departement) vom 7. April 1883, № 813 ist ausgesprochen:

„Was den Einwand des Appellanten anbetrifft, daß Beklagte die für die Vorschützung des Rechtsmittels wegen Nichtempfanges festgesetzte Frist versäumt habe, so ist zu bemerken, daß nach der Verhandlungsmaxime die Parteien selbst ihre Gerechtsame zu vertreten haben und dem Gerichte nur die Proceßleitung und demnächst die Urtheilsfällung obliegt. Hiernach leidet es keinen Zweifel, daß die Einrede der Verjährung, wie jede andere Einrede, in keinem Falle bei der Urtheilsfällung vom Gerichte berücksichtigt werden darf, ohne daß über sie die Gegenpartei gehört ist. Deshalb und da Kläger sich auf den Ablauf der für die querela non num. pec. bestehenden Verjährungsfrist nicht berufen hat, war die Frage nach der Verjährung weder vom Landvogteigerichte zu erörtern*), noch kann sie gegenwärtig zu einer Vernichtung seiner Entscheidung Anlaß geben."

1358. Zur Lehre von der Klagenverjährung. Was gehört zur Nativität der Vertragsklage auf Schadenersatz?

Klägerinnen hatten im Jahre 1872 ihr Haus durch den Beklagten umbauen bzw. um zwei Stockwerke erhöhen lassen. Im Frühjahr 1882 wurde das daranstehende Nachbarhaus abgetragen, wobei sich — nach Angabe der Klägerinnen — herausstellte, daß eine Brandmauer nicht senkrecht und zum Theil auf einer Balkenlage ruhend, aufgeführt war, weshalb sie den Einsturz drohte und auf Veranlassung des städtischen Bauamtes abgebrochen bzw. durch eine neue Mauer ersetzt werden mußte. Wegen Ersatzes der da-

*) Vgl. Band II, № 217 und Band IV, № 467.

durch erwachsenen Kosten erhoben Klägerinnen am 25. November 1882 Klage.

Beklagter wandte ein, die Klage sei jedenfalls bereits mit dem Momente der Beendigung des Rohbaues begründet gewesen, da diese aber vor dem 25. November 1882 eingetreten sei, stehe der Klage die Einrede der Verjährung entgegen. Dagegen replicirten Klägerinnen, sie wüßten nicht, wann die streitige Brandmauer vollendet gewesen, darauf komme es aber auch nicht an, denn Beklagter habe seine Arbeiten während des Winters 1872/73 fortgesetzt und erst im Mai 1883 den übernommenen Bau als vollendet abgeliefert.

Das Amtsgericht erkannte am 14. Juli 1883 auf den Beweis dessen, daß die Brandmauer vor dem 25. November 1872 bereits aufgeführt gewesen sei.

Auf klägerische Appellation wurde dagegen die Verjährungseinrede durch App.-Erk. des Raths vom 5. September 1884, № 6051 auf Grund folgender Erwägungen verworfen:

„Das rechtliche Fundament der Klage wird durch die Art. 4228 und 4235 des Privatrechts gegeben und gebildet. Der erste Art. bestimmt, daß der Uebernehmer des Werkes verpflichtet ist, die Bestellung vertragsmäßig auszuführen und das vollendete Werk dem Besteller abzuliefern. Der zweite Art. setzt fest, daß der Uebernehmer dem Besteller zum Schadenersatz verpflichtet ist, sowohl wenn das, was geschehen sollte, garnicht besorgt oder doch nicht vollendet ist, als auch wenn es schlecht und nicht nach der Vorschrift des Bestellers gemacht oder nicht zur rechten Zeit fertig ist. Durch diese beiden Art. ist die Contractsklage näher umgrenzt. Der principale Anspruch des Bestellers geht auf Ausführung des übernommenen Werks (Art. 4228); der eventuelle auf Leistung des Interesse. Der letztere im Art. 4235 abgehandelte Anspruch hat lediglich den Zweck, den principalen Anspruch zu vertreten und bzw. zu ergänzen; er rückt an die Stelle des principalen Anspruchs, wenn dieser nicht oder doch nicht zum Vollen befriedigt wird.*) Für beide Ansprüche, welche insofern inhaltlich gleich sind und sich decken, als sie die vertragsmäßige Befriedigung des Bestellers bezwecken, muß dieselbe Verjährungsfrist, d. h. derselbe Anfangs- und derselbe Endpunkt der Verjährung behauptet werden.

*) Vgl. Band VI, Seite 191 und 192.

Wenn sich die Schadenersatzklage darauf gründet, daß der Uebernehmer nicht oder nicht gehörig erfüllt hat, so muß diese Klage in demselben Zeitpunkt untergehen, in welchem der Anspruch auf Erfüllung in Wegfall kommt. Denn wenn der Uebernehmer überhaupt nicht mehr zu erfüllen braucht, so kann von ihm auch nicht das Interesse beansprucht werden, welches immer nur ein Aequivalent für die unterbliebene Erfüllung bildet.

Wenn im Auge behalten wird, daß es sich bei beiden Ansprüchen um dieselbe eine Contractsklage handelt (deren Ziel freilich ein verschiedenes sein kann), so kann auch nicht mit Recht behauptet werden, daß die Verjährungszeit für die Schadenersatzklage hierdurch verkürzt wird, wenn auch zur Erhebung derselben erst später Veranlassung vorliegen mag, als zur Erhebung der Klage auf Erfüllung. Die subsidiäre Natur der Schadenersatzklage bringt es mit sich, daß bei Bestimmung des Anfangspunktes der Verjährung auch derjenige Zeitraum berechnet werden muß, in welchem die principale Klage auf Erfüllung rechtlich möglich war.

Es fragt sich nun, in welchem Zeitpunkte der klägerische Anspruch zu verjähren anfing, gleichviel, ob mit demselben Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung erreicht werden sollte?

Der Art. 3623 des Privatrechts bestimmt, daß die Verjährungsfrist erst mit dem Tage zu laufen anfängt, an welchem die Forderung dergestalt begründet ist, daß gegen den seine Obliegenheit nicht erfüllenden Schuldner sofort geklagt werden kann, ohne daß seinerseits wirklich eine Weigerung oder von Seiten des Gläubigers eine Mahnung zur Erfüllung stattgefunden zu haben braucht. Bei bedingten Forderungen muß daher die Bedingung sich entschieden haben, bei befristeten die Frist verstrichen sein. Unter Hinweis auf diesen Artikel hat das Amtsgericht angenommen, daß das Klagerecht (auf Leistung des Interesse) entstanden gewesen sei, als sich die Brandmauer in dem Zustande befand, welcher für die Klägerinnen schadenbringend war, das heißt, sobald sie vollendet war*).

*) So auch die Entscheidung in Seuffert's Archiv 34, № 174. Dabei ist das Motiv wohl nicht die Annahme gewesen, daß zur Begründung der Klage eine Rechtsverletzung gehöre, sondern die, daß die Verjährung nicht beginnt, solange dem Klageanspruche eine Einrede entgegensteht, also mit Erfolg nicht geklagt werden kann (Windscheid, a. a. O. § 109 sub 1. Arndts, Pandekten § 107). Solange aber der Unternehmer an der Mauer

Ganz abgesehen davon, daß die Zeitbestimmung schon deshalb willkürlich ist, weil die Brandmauer wohl auch schon vor ihrer vollständigen Vollendung im Rohbau als schadenbringend hätte bezeichnet werden können (wie denn auch der Besteller zweifellos vor Vollendung der Brandmauer auf gehörige Richtung der Mauer und Abstellung anderer Mängel hätte klagbar werden können), kann diese Rechtsanschauung des Untergerichts keineswegs gebilligt werden.

Das Untergericht geht offenbar von der Annahme aus, daß ein Klagerecht erst dann begründet ist, sobald eine Rechtsverletzung vorliegt; mit dem durch den Unternehmer verschuldeten schadenbringenden Zustande der Mauer soll das Klagerecht entstanden sein. Diese von einigen Rechtslehrern zwar wohl vertretene Rechtsansicht ist von der neueren Theorie sowohl, als auch von der Gerichtspraxis aufgegeben worden. (Vgl. Vangerow Band I, § 147, Seite 222 f. Windscheid I, § 107. Unterholzner, Verjährungslehre I, § 88; II, § 260 ff., Entscheidungen der Stadtgerichte II, S. 103, 109.)

Eine Rechtsstörung giebt wohl zur Klageanstellung Veranlassung, ist aber zur Begründung der Klage nicht erforderlich (Vangerow). „Der Anspruch oder die zur Verfolgung derselben dienende Klage entsteht in demselben Momente, in welchem das demselben zu Grunde liegende Recht entstanden ist. Die Existenz des Rechts selbst begründet auch das Recht, die Anerkennung desselben zu fordern und die Befriedigung zu verlangen. Das Recht zu einer solchen Forderung entspringt demnach nicht erst aus einer Weigerung des Verpflichteten (oder aus der nicht gehörigen Leistung), also aus einer Verletzung desselben, wie denn solches auch im Art. 3623 a. a. O. ausdrücklich ausgesprochen ist, sondern eben aus dem begründeten Rechte selbst." (Appellationserkenntniß des Raths vom 2. Juni 1871, № 3898 in den Entscheidungen Band II, S. 109).

Im Fragefalle entstand das Recht des Bestellers und begann mithin das Klagerecht zu verjähren in dem Momente, in welchem

arbeitete, konnte er der Klage auf Erfüllung mit dem Hinweise darauf begegnen, daß er ja zur Erfüllung bzw. zur Abstellung angeblicher Mängel bereit sei, und somit war eine Klage mit Erfolg doch erst möglich, nachdem der Unternehmer das Werk beendet oder wenigstens als beendigt bezeichnet hatte.

er den Umbau dem Uebernehmer übertragen hatte. Ein späterer Beginn des Klagerechts wäre nur dann anzunehmen gewesen, wenn ein Aufschub in der Erfüllung vereinbart oder beabsichtigt gewesen, d. h. wenn die Forderung eine befristete gewesen wäre. Dieses ist indessen von keiner Partei behauptet worden.

Klägerinnen machen zwar geltend, daß der Verdingungsvertrag seiner Natur nach eine Befristung voraussetze und daß in Ermangelung einer anderen Stipulation das Klagerecht erst mit der Ablieferung des Werks entstehe. Diese Rechtsmeinung ist indessen unhaltbar. Klägerinnen verwechseln den Zeitpunkt, in welchem das Klagerecht, der Anspruch auf Erfüllung (und dieser ist allein für den Beginn der Verjährung maßgebend) entstanden ist, mit demjenigen anderen Zeitpunkt, in welchem nach dem Parteiwillen das Werk vollendet sein soll. Ein Aufschub des Klagerechts und mithin des Beginns der Verjährung wäre nur dann anzunehmen gewesen, wenn die Erfüllung in einer bestimmten späteren Zeit hätte beginnen sollen, nicht auch dann, wenn das Werk in einer bestimmten oder auch unbestimmten späteren Zeit zu vollenden war. Die klägerische Rechtsanschauung würde zur Folge haben, daß der Besteller auf Inangriffnahme des Werks nie klagen könnte, und ferner, daß die Klage auf Erfüllung nie zu verjähren anfangen würde, wenn der Uebernehmer nicht erfüllt und ein Zeitpunkt für den Beginn der Erfüllung nicht ausdrücklich festgesetzt ist.

Der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist von den Parteien nicht angegeben worden. Es muß daher angenommen werden, daß das Klagerecht spätestens in dem Momente entstanden war, in welchem der Uebernehmer das Werk in Angriff nahm, denn um diese Zeit mußte der Vertrag bereits geschlossen gewesen sein. Beklagter hat nun, ohne daß klägerischerseits dem widersprochen worden wäre, behauptet, daß er den Umbau am 25. März bzw. im Frühjahr 1872 begonnen habe. Das Klagerecht auf Erfüllung bzw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung war mithin am 25. März 1872 entstanden und demzufolge fiel der Ablauf der gesetzlichen (Art. 3620) Verjährungsfrist auf den 25. März 1882.

Nun wird aber nach Art. 3634 die Verjährung unterbrochen, wenn im Laufe der Verjährungsfrist der Anspruch des Gläubigers von Seiten des Schuldners auf irgend eine Weise anerkannt wird,

namentlich durch Bitte um Fristbewilligung, durch Leistung einer Abschlagszahlung ꝛc. Klägerinnen haben zwar nirgends (weder in der Unter- noch in der Oberinstanz) den Ausdruck gebraucht, daß sie die Einrede der Verjährung durch die Behauptung der Unterbrechung elidiren bzw. die Replik der Unterbrechung vorschützen wollten. Wohl aber haben sie solche Thatsachen angeführt, welche sich processualisch als Elision bzw. Replik der Verjährungsunterbrechung darstellen. Es kommt aber nicht sowohl auf die richtige processualische Verwerthung und Bezeichnung der Vertheidigungshandlungen, als namentlich darauf an, daß diese Vertheidigungshandlungen überhaupt vorliegen. Klägerinen haben nämlich in ihrer Elisionsschrift behauptet, daß Beklagter die Arbeiten während des ganzen Winters 1872/1873 fortgesetzt und erst im Mai 1873 beendigt und abgeliefert habe. Die Fortsetzung und Beendigung der Arbeiten enthält zweifellos einen Theil der Erfüllung; in der theilweisen Erfüllung muß aber ebenso zweifellos ein Act der Anerkennung der Verpflichtung erblickt werden. Hätte mithin Beklagter in der Zeit nach dem 25. November 1872, bzw. im Winter 72/73 und im Frühjahr 1873, die Arbeiten fortgesetzt und beendet, so wäre die Verjährungsfrist (welche ursprünglich vom 25. März 1872 bis zum 25. März 1882 gelaufen hat) in wirksamer Weise unterbrochen worden, dergestalt, daß seit der letzten Anerkennungshandlung eine neue Verjährungsfrist zu laufen begann. Die im Art. 3634 aufgeführten Beispiele sind zwar vornehmlich dem Darlehnsvertrage entnommen; das schließt aber selbstverständlich nicht aus, daß auch die Verjährung von Ansprüchen aus anderen Verträgen unterbrochen werden kann. Die theilweise Erfüllung eines Verdingungsvertrages kann gleichfalls unter den Begriff einer Abschlagszahlung im weiteren Sinne gebracht werden.

Zur Elision der Unterbrechung hat Beklagter Folgendes bemerkt: es sei unwahr, daß Beklagter im Winter 1872/73 die Maurerarbeiten fortgesetzt habe; die Unwahrheit dieser Behauptung gehe schon daraus hervor, daß Maurerarbeiten im Winter nicht ausgeführt werden können. Ebenso unwahr sei, daß Beklagter erst im Mai 1873 seine Arbeiten abgeliefert und beendigt habe. So sehr es den Anschein hat, als ob hierin eine Verneinung der klägerischen

Elision enthalten ist, so folgt doch aus einer genaueren Prüfung der Proceßschriften des Beklagten das Gegentheil. Beklagter versichert selbst, daß bis zum 25. November die Maurerarbeiten im Rohbau vollendet gewesen sind. Er macht die Bemerkung, der bauleitende Architect habe die Construction des Rohbaus prüfen müssen und können, bevor die Mauern verputzt worden, weil nachher eine derartige Untersuchung nicht mehr möglich gewesen sei. Die Putzarbeiten, welche jedenfalls auch eine Obliegenheit des Beklagten gebildet haben, — denn sonst hätte derselbe nicht die Beendigung des Rohbaues zum oder vor dem 25. November 1872, sondern die Beendigung aller ihm obliegenden Arbeiten betont — sind demnach *nach* dem 25. November 1872 ausgeführt worden, wobei es für die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage gleichgiltig ist, ob sie Ende November 1872 oder im März oder April 1873 beendet sind. Beklagter hat jedenfalls nach dem 25. November 1872 Arbeiten geleistet (er selbst unterscheidet Beendigung des *Rohbaues* von der *vollständigen Beendigung*); demnach lief von einem — freilich nicht ganz gewissen — Zeitpunkt nach dem 25. November 1872 eine neue 10jährige Verjährungsfrist und der klägerische Anspruch war mithin am 25. November 1882 noch *nicht* verjährt. — Muß aber schon nach dem gegenwärtigen Actenstande constatirt werden, daß die Klage *nicht* verjährt ist, so liegt auch keine Veranlassung dazu vor, dem Beklagten den Beweis der Verjährungseinrede nachzugeben."

1359. Querela non num. pec. gegenüber einer Darlehnsurkunde, in welcher der Empfang des Darlehens „vor einigen Tagen" bescheinigt ist.

„Uebereinstimmend mit der gemeinrechtlichen Theorie hat in der Praxis der Stadtgerichte das Rechtsmittel wegen Nichtempfanges keine Anwendung auf solche Darlehensurkunden gefunden, in denen der Aussteller nicht den Empfang des Darlehens *im Allgemeinen*, sondern den in einer bestimmten, näher bezeichneten Vergangenheit*) geschehenen Darlehensempfang bescheinigt. Wenn nun Kläger in der von ihnen wegen Nichtempfanges angefochtenen Obligation ausdrücklich ausgesprochen haben, daß sie bereits einige Tage

*) Vgl. Band VI, № 1101, (Seite 240) und die dortigen Allegate.

vor der Ausstellung von dem Beklagten das Darlehen von 400 Rbl. empfangen haben, so ist die Möglichkeit, diese Obligation durch einfaches Bestreiten des stattgehabten Empfanges anzufechten, ausgeschlossen."
(Querelbescheid des Raths vom 1. Juni 1883, № 3776.)

1360. Unstatthaftigkeit der exceptio non num. pec. gegenüber ingrossirten Darlehensurkunden.

„Von dem Aussteller einer Darlehensurkunde, welcher das für das bezügliche Darlehen constituirte Pfandrecht auf ein ihm gehöriges Immobil aufschreiben läßt, oder doch dem Empfänger der Urkunde ausdrücklich gestattet, daß er die Aufschreibung herbeiführe, läßt sich nicht annehmen, daß, wenn er die gedachte Urkunde aus Händen giebt, ohne das in der Urkunde genannte Darlehen empfangen zu haben, er solches in der Voraussetzung, das Darlehen noch zu erhalten, gethan hätte. Denn in jedem Falle liegt in der Kundgebung des auf die Constituirung des Pfandrechtes gerichteten Willens die öffentliche Anerkennung eines Leistungsversprechens gegenüber dem getreuen Inhaber der Schuldurkunde,*) wobei es keinen Unterschied macht, ob der Aussteller der Urkunde selbst, oder ob ex commisso desselben der berechtigte Obligationsinhaber die Ingrossation vollziehen läßt. Im vorliegenden Falle aber hat noch dazu der Beschwerdeführer selbst erklärt, daß er bei Ausfertigung der fraglichen Obligation garnicht in der Voraussetzung gehandelt habe, daß er das in der Obligation genannte Darlehen empfangen werde. Seine Absicht ist vielmehr auf ein abstractes Leistungsversprechen gerichtet gewesen, durch welches seiner Frau Sicherheit für die künftige Gewährung des Lebensunterhaltes geboten werden sollte. Die Zurückweisung der exc. non num. pec. ist mithin nach Art. 3672 und 3676 des Prov.-Rechts Thl. III gesetzlich begründet und die Anfechtung solcher Entscheidung umsoweniger gerechtfertigt, als nach der beständigen Praxis der hiesigen Stadtgerichte das Rechtsmittel wegen Nichtempfanges ingrossirten Obligationen gegenüber ausgeschlossen ist."
(Resolution des Raths vom 4. Mai 1884, № 3122.)

*) Ebenso das App.-Erk. des Raths vom 1. December 1882, № 7931 und das Erk. der I. Section des LVG. vom 27. September 1882, № 316. Vgl. Band VI, Seite 241.

1361. Anfechtung einer Zahlung wegen stattgehabten Irrthums bei der Preisberechnung.

„Es ist unter den Parteien unbestritten, daß Beklagter gegen Schluß des Jahres 1881 dem Kläger eine Partie Eichen-Rundhölzer zu dem vereinbarten Preise von 50 Kop. per Cubikfuß verkauft und geliefert hat. Nach der Sachdarstellung des Klägers sind bei der Berechnung des Cubikinhaltes der gelieferten Partie mehrfache Irrthümer vorgekommen und die angestellte Klage strebt die Ausgleichung dieser Irrthümer an.

Beklagter bezeichnet die Klage als rechtlich unbegründet und protestirt daher gegen den von den Klägern nachgesuchten Beweis, weil letztere auf Grund der stattgehabten Berechnung theils Zahlung geleistet, theils den Rest des Kaufpreises durch Ausstellung eines Wechsels liquidirt haben; überdies sei der Irrthum der Kläger kein entschuldbarer gewesen.

Der Ansicht des Beklagten kann indessen nicht beigepflichtet werden. Es handelt sich hier keineswegs um einen Irrthum, welcher einzig durch falsche Berechnung bzw. Nachlässigkeit des Klägers hervorgerufen worden, daher nach Art. 2952 und 2959 des Privatrechts unter Umständen nicht entschuldbar wäre und folgeweise auch nach Art. 3181 a. a. O. nicht die condictio indebiti zu begründen vermöchte, sondern nach der Sachdarstellung des Klägers, welche für die Beurtheilung der Rechtfertigkeit seines Anspruches zunächst maßgebend ist, hat nicht nur ein Geschäftsvertreter des Klägers, sondern auch der Vertreter des Beklagten die falsche Berechnung angefertigt, auf Grund welcher Beklagter den höheren Preis gefordert hat. Der Irrthum ist also in dem Kläger vornehmlich erregt worden durch die unrichtige Berechnung auf beklagter Seite bzw. durch die objectiv unrechtfertige Forderung des Beklagten und der dadurch hervorgerufene Irrthum des Klägers wurde durch die eigenen Rechnungsfehler seines Vertreters nur bestärkt. Unter solchen Umständen muß allerdings der Irrthum des Klägers als ein entschuldbarer angesehen werden, ebenso wie Beklagter sich mit Recht auf einen entschuldbaren Irrthum würde berufen können, wenn er in Folge einer falschen Berechnung des Cubikinhaltes der Hölzer einen zu geringen reis vom Kläger gefordert hätte.

Kläger wären aber auch gegen die Consequenzen des Rechnungsirrthums zu schützen, wenn von ihnen die Richtigkeit des beklagterseits geforderten höheren Kaufpreises ausdrücklich anerkannt worden wäre. Denn im vorliegenden Falle wäre die Anerkennung erfolgt auf Grund der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten, nicht ungeachtet des Vorhandenseins jener Ueberzeugung, oder geradezu trotz der Ueberzeugung von der Unwahrheit des Anerkannten. Erfolgt aber die Anerkennung auf Grund der Ueberzeugung von der Wahrheit des Anerkannten, so bildet die Wahrheit des Anerkannten ihre Voraussetzung und die Anerkennung kann daher bei Unwahrheit des Anerkannten wegen mangelnder Voraussetzung mit der condictio indebiti angefochten werden (vgl. Windscheid, Pandekten II. § 412 a.).

Liegt aber kein Anerkennungsvertrag vor, so ist die Klage umsomehr für rechtlich begründet zu erachten. Denn die von beiden Contrahenten durch ihre Vertreter aufgenommenen Dimensionen der verkauften Hölzer läßt Kläger als richtig gelten, er behauptet nur, daß bei der auf Grund jener Dimensionen stattgehabten Berechnung des Cubikinhaltes Irrthümer vorgekommen seien. Es ist aber eine allgemein giltige, auch im Art. 4462 des III. Theils des Provinzialrechts anerkannte Rechtsregel, daß Rechnungsfehler bei Verträgen — und zwar in Livland innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist — der Verbesserung unterliegen, es sei denn daß der Fehler selbst Gegenstand der Uebereinkunft oder eines rechtskräftigen Urtheils war. Hierbei wird vorausgesetzt, daß die Intention der Parteien auf eine in allen Theilen richtige Rechnungsoperation, bei Kaufverträgen über Fungibilien also auf eine richtige Preisermittelung nach dem vereinbarten Maßstabe, gerichtet gewesen ist, so daß, wenn durch Fehler in der Rechnungsoperation ein unberechtigter Vortheil dem einen oder dem anderen Contrahenten zugewendet worden, dieser Vortheil wegen mangelnden Consenses mit der condictio sine causa zurückgefordert werden kann (vgl. Art. 3728 a. a. O.; Seuffert's Archiv X, 147. XIII, 87. XVII, 22)."

Auf Grund vorstehender Erwägungen wurde in dem rechtskräftigen Bescheide des Vogteigerichts vom 25. November 1883, № 266 die Klage für schlüssig erachtet und Kläger zum Beweise zugelassen.

1362. Rückforderung der für einen Dritten an den Gläubiger geleisteten, von letzterem aber angeblich auf die Schuld des Dritten nicht abgerechneten Zahlung.

P. hatte dem L. zwei Wechsel, jeden über 100 Rbl. ausgestellt und war ungeachtet seiner Einrede, daß 90 Rbl. bereits bezahlt seien, im Wechselprocesse zur Zahlung von 200 Rbl. an L. verurtheilt worden. Darauf behauptete die T., sie habe für P. die 90 Rbl. an L. bezahlt, da letzterer die Zahlung aber nicht gelten lasse, sondern die Verurtheilung des P. in den ganzen Betrag von 200 Rbl. veranlaßt habe, so beanspruche sie Rückerstattung der ihm ohne Grund gezahlten 90 Rbl. Diese Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen, und zwar im App.-Erk. des Raths vom 11. Januar 1884, № 268 aus folgenden Gründen:

„Klägerin führt aus, dem ersten Richter habe offenbar der Art. 3690 des Privatrechts vorgeschwebt, wonach das Rückforderungsrecht demjenigen zustehe, in dessen Namen die Zahlung geleistet sei, nicht dem, der sie in fremdem Namen geleistet habe. Sie habe aber nicht im Namen und als Bevollmächtigte von P., sondern für diesen gezahlt, was ihr nach Art. 3487 freigestanden, gleichviel, welchen Grund sie dazu gehabt habe. Wenn nun Beklagter diese Zahlungen nicht als Abzahlung auf die von P. ausgestellten Wechsel gelten lassen wolle, so sei jeder Erwerbsgrund für ihn weggefallen und Beklagter deshalb zur Rückerstattung der empfangenen Zahlung, durch welche er sich auf Kosten der Klägerin bereichern wolle, verpflichtet.

Diese Deduction ist eine rechtsirrthümliche. Freilich kann nach Art. 3487 die Zahlung für den Schuldner, selbst ohne dessen Wissen und Willen, durch einen Dritten geschehen, der Erfolg der Zahlung, d. h. die Schuldtilgung, wird aber auch nur erreicht, wenn der zahlende Dritte dem Gläubiger erklärt, daß er für den Schuldner zahle, oder mit anderen Worten, wenn er im Namen des Schuldners zahlt (civilrechtl. Entsch. VI, № 1076). Da nun Klägerin nach ihrer eigenen Angabe durch die Zahlung die Schuld des P. hat tilgen, nicht etwa an Stelle des Beklagten Gläubigerin werden und dessen Forderung hat erwerben wollen (vgl. Art. 3466), und da nach ihrer Darstellung Beklagter die Zahlung auch

auf die Schuld P.'s entgegengenommen hat, so ist diese Schuld bis zur Höhe der geleisteten Zahlungen thatsächlich getilgt worden. Weder hat ein Rechtsgrund für die Zahlung gemangelt, denn die Schuld, auf welche gezahlt wurde, hat ja thatsächlich bestanden; noch ist der anfangs vorhandene Rechtsgrund später deshalb weggefallen, weil Beklagter die Zahlung ableugnet und nicht gelten lassen will, denn unter der Voraussetzung des Beweises der Zahlung muß er dieselbe gelten lassen. Nur ist derjenige, welcher sich auf die Zahlung zu berufen hat, der Schuldner P., nicht aber die Klägerin.

So wenig hiernach von dem Mangel eines Rechtsgrundes für die Zahlung die Rede sein kann, so wenig ist eine unrechtfertige Bereicherung des Beklagten aus der Klagedarstellung zu entnehmen. Beklagter ist überhaupt nicht bereichert, weil Klägerin anführt, daß er Zahlung auf eine ihm zustehende Forderung erhalten habe, und er ist insbesondere nicht unrechtfertig bereichert, weil Klägerin freiwillig die Schuld des P. zum Theil hat tilgen wollen

Nimmt man die Darstellung der Klägerin, insbesondere die Zahlung von 90 Rbl. als wahr an, so besteht für sie doch niemals ein Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Zahlung, sondern entweder ist letztere von P. gegenüber dem Beklagten zur Geltung zu bringen, oder Klägerin kann nach Befinden aus dem Gesichtspunkte der nützlichen Geschäftsführung P. auf Zahlung dessen belangen, was sie zur Tilgung seiner Schulden dem Beklagten geleistet hat (vergl. Seuffert's Archiv XXIV, 96. XXVII, 27)."

1363. Ueber die Verschiebung der Beweislast bei der condictio indebiti im Falle des Art. 3701 Pkt. 1 des Prov.-Rechts Thl. III.

„Appellant deducirt ungefähr so: Appellat habe den Empfang geleugnet, dieses Ableugnen könne nur mala fide geschehen sein, wenn Appellant den Nachweis der Zahlung erbringe, also sei Appellant, wofern er nicht das Dasein der Schuld beweise, der Klagebitte gemäß zu verurtheilen . . . Der im Art. 3701 des Prov.-Rechts Thl. III angedrohte Rechtsnachtheil trifft den Beklagten, wofern ihm böswilliges, chicanöses Leugnen zur Last zu legen ist, letzteres ist aber jedenfalls nur dann anzunehmen, wenn der Beklagte

selbst die von ihm geleugnete Zahlung in Empfang genommen hat (vgl. Bangerow, Pandekten III, § 625 Anm. 2), während dort, wo der Zahlungsempfang seitens eines Dritten in Frage kommt, der Beklagte, ohne daß ihn ein Vorwurf trifft, sich auf das Nichtwissen zu berufen vermag. Da nun Appellant selbst in der Replik zugestanden hat, daß der Bruder des Beklagten einige Male für letzteren die betreffenden Zahlungen empfangen habe, so kann der Passus in der Klagebeantwortung, daß Beklagter die vom Kläger behaupteten Zahlungen eventuell in Abrede nehme, um den Kläger zu einem strikten Beweise zu veranlassen, nicht als böswilliges Leugnen im Sinne des Art. 3701 a. a. O. aufgefaßt werden".

(App.-Erk. des Raths vom 30 Juni 1882, № 4349).

1364. Condictio ob turpem causam wegen Entgegennahme einer Geldzahlung für das Aufgeben eines Protestes gegen die Anlage einer Fabrik.

Beklagte hatten gegen die vom Kläger nachgesuchte Concession zur Errichtung einer Fabrik protestirt, ihren Protest beim Bauamte aber nach Empfang einer Zahlung von je 50 Rbl zurückgezogen. Hinterher forderte Kläger die Rückgabe der Zahlung, weil Beklagte solche durch ihren unbegründeten Einspruch gegen die Bauconcession von ihm erpreßt hätten. Die Klage wurde durch Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 15. September 1883, № 211 mit nachstehender Begründung abgewiesen:

„Nach Art. 987 des Privatrechts darf niemand, nicht einmal der Eigenthümer, an einer solchen Stelle, wo sie früher nicht vorhanden gewesen, Fabriken, Manufacturen oder Gewerke anlegen, welche durch Feuersgefahr, Lärm, schlechte Ausdünstung, Entwickelung übermäßigen Rauchs und dergl. m. dem Publicum oder auch nur den nächsten Nachbarn lästig werden. Da es sich im vorliegenden Falle um Errichtung einer Nadelfabrik mit Dampfbetrieb handelte, bei welcher Lärm, Feuersgefahr und Rauch immerhin zu befürchten stand, so konnte der von den Beklagten beim Bauamte verlautbarte Protest, jedoch vorbehältlich künftiger richterlicher Entscheidung (Art. 987 a. E.), insolange nicht als unrechtfertig bezeichnet werden, als nicht eine dahin gehende richterliche Entscheidung ergangen war. Nach dem angezogenen Artikel waren vielmehr die Beklagten zu

einem Protest bzw. zur Erwartung berechtigt, daß Kläger die Unschädlichkeit seiner Fabrik zuvor bei dem competenten Gerichte nachweisen würde. Wenn daher die Beklagten, von diesem ihrem Rechte Gebrauch machend, beim Bauamte einen Protest verlautbarten, so kann in dieser Handlung ein unberechtigter, wider den Kläger gerichteter Zwang (welcher nach Art. 2986 und 2953 ein Rechtsgeschäft anfechtbar macht) sicherlich nicht erblickt werden.

Aus der Thatsache indessen, daß die Beklagten anfangs gegen die Bauconcession protestirt, in der Folge aber, und zwar nachdem sie eine Entschädigung empfangen haben, ihren Protest zurückgezogen haben, will Kläger den Schluß ziehen, daß die Beklagten eine Schädigung ihrer Interessen durch die Fabrik garnicht befürchtet, sondern es von vornherein auf eine Gelderpressung und auf eine Bereicherung auf Kosten des Klägers abgesehen hätten. Dieser vom Kläger gewollte Schluß ist jedoch durchaus nicht zwingend und darum reichen auch die vom Kläger vorgebrachten Thatsachen nicht aus, um die angestellte Klage rechtlich zu begründen. Auch nach dem vom Kläger gegebenen Referat ist es vielmehr durchaus möglich, daß die Beklagten von der Errichtung der Nadelfabrik eine Schädigung ihrer privatrechtlichen Interessen befürchtet haben, wenn auch diese Schädigung ihnen nicht als eine große erschienen sein mag, so daß sie in der von ihnen geforderten bzw. in der ihnen freiwillig gebotenen Summe von 275 Rbl. bzw. 150 Rbl. ein genügendes Aequivalent für die befürchteten privatrechtlichen Schädigungen erblickt und daß sie deswegen ihren Protest fallen gelassen haben. Wenn aber jemand die Geltendmachung eines ihm zustehenden Privatrechts (vgl. Art. 987) erst dann unterlassen zu wollen erklärt, nachdem ihm eine Abfindungssumme gezahlt worden ist, welche die aus der Nichtbenutzung des Privatrechts entstehenden Nachtheile auszugleichen bestimmt ist, so kann hierin weder eine unsittliche Handlung, noch auch im Empfange der Abfindungssumme eine grundlose Bereicherung auf Kosten dessen erblickt werden, dem die Nichtbenutzung des Privatrechts zu Gute kommt. Das Vorhandensein eines unsittlichen Grundes, der Voraussetzung für die condictio ob turpem causam, könnte nach Art. 3721 des Privatrechts nur dann angenommen werden, wenn es feststehend bzw. thatsächlich genügend begründet wäre, daß die Beklagten, obgleich sie von der Unrechtfertigkeit ihres

Protestes überzeugt waren, dennoch denselben erst unterlassen bzw. zurückgezogen hätten, nachdem sie dafür eine Zahlung erhalten haben. Denn wenn der Protest erhoben worden wäre, obgleich die Beklagten wußten, daß die Errichtung der Nadelfabrik ihnen keinerlei privatrechtlichen Nachtheil bringen würde, und nur zu dem Zweck, um den Kläger zu einer Zahlung zu nöthigen, so würde in solcher Handlungsweise allerdings ein Mißbrauch des Art. 987 und ein Verstoß gegen die guten Sitten erblickt werden müssen und das zum Zwecke der Unterlassung oder der Zurücknahme des Protestes Gezahlte könnte, weil es um eines unsittlichen Zweckes willen empfangen wäre, dem Rückforderungsrecht unterliegen*). Kläger hat aber keinerlei Thatsachen angeführt, welche auf ein solches widerrechtliches und dolöses Verhalten der Beklagten schließen lassen könnte, denn die bloße Thatsache, daß die Beklagten durch eine Geldzahlung zur Rücknahme des Protestes vermocht worden sind, reicht hierzu nicht aus, wie bereits oben bemerkt worden ist."

1365. Ueber die Anwendungsfälle der condictio sine causa.

„Es ist in der That richtig, daß der Unterrichter (Erk. des Vogteigerichts vom 9. März 1882, № 48) zu eng interpretirt, wenn er die condictio sine causa nur zulassen will in den im Art. 3729 des Prov.-Rechts Thl. III. erwähnten Fällen, während nach der Stellung zum vorausgehenden Art. 3727 der Artikel 3729 nicht wohl anders verstanden werden kann, denn als eine Aufzählung der häufigsten Fälle der condictio sine causa."
(Aus den Motiven des App.-Erk. des Raths vom 30. Juni 1882, № 4349).

1366. Rückforderung eines Wechsels wegen mangelnden Verpflichtungsgrundes. Beweislast darüber, daß keine Valuta gezahlt sei.

I. Der verurtheilte Wechselschuldner forderte im Wege der Nachklage den Wechsel zurück, weil der Wechselkläger ihm das versprochene Darlehen nicht gegeben habe, und schob dem letzteren den Eid darüber zu, daß dieser ihm den in dem Wechsel genannten Valutabetrag nicht gezahlt habe. Die II. Section des Landvogteige-

*) Vgl. Band VI № 1109, Seite 251.

richts verwarf die Eideszuschiebung, weil sie auf das Gegentheil des Inhaltes der Urkunde gehe; der Querelbescheid des Raths vom 12. Januar 1883, № 248 ließ sie dagegen aus folgenden Gründen zu:

„Als des Beweises bedürftig ist in dem rechtskräftigen Beweisinterlocut vom 28. Mai 1882, № 122 einzig die Thatsache hingestellt, daß Beklagter dem Nachkläger thatsächlich nicht 228, sondern nur 132 Rbl. als Darlehen gegeben hat, und wenn diese Thatsache bewiesen wird, ist nach Maßgabe des Beweisinterlocuts die Klage als Condiction gemäß Art. 3732 oder — sofern alsdann wissentliche vertragswidrige Ausfüllung des Wechsels bzw. wissentliche Geltendmachung eines nicht bestehenden Forderungsrechts anzunehmen ist — nach Art. 3725 des Prov.-Rechts Th. III rechtlich begründet. Der Beweis der Nichtzahlung des gesammten zugesagten Darlehens von 228 Rbl. ist also nicht Gegenbeweis gegen ein „Schuldbekenntniß", weil ein solches in dem Wechsel auch trotz der — eine civilrechtliche Wirkung nicht äußernden*) — Valutaclausel garnicht enthalten ist, sondern lediglich ein abstractes Zahlungsversprechen; er ist vielmehr ein Theil des Beweises des Klagegrundes und folglich steht seiner Führung durch Eideszuschiebung nichts entgegen. Weil der Wechsel nicht den Empfang der Wechselsumme, sondern einzig das Versprechen der Zahlung der Wechselsumme beurkundet, kann selbstverständlich auch die Bezugnahme auf den Wechsel nicht als Gewissensvertretung gegenüber dem Eidesantrage dienen, wie Beklagter irrig annimmt."

II. „Das Rechtsmittel wegen Nichtempfanges mit der ihm eigenthümlichen Wirkung der Suspendirung der Beweiskraft findet nach Art. 3679 des Prov.-Rechts Thl. III nur gegen Schuldscheine über ein eigentliches Darlehen statt und, da ein Wechsel keine Darlehensurkunde, sondern ein abstractes Summenversprechen enthält, selbst wenn sich in ihm die Clausel „Valuta baar empfangen" befindet, so kann kein Zweifel daran aufkommen, daß gegen ihn — er sei nun rechtswirksam oder präjudicirt — die querela non num.

*) Vgl. unten № 1433.

pec. niemals zur Anwendung gelangt.*) Da die Klage somit durch den als echt anerkannten präjudicirten Wechsel an sich begründet erscheint, so liegt selbstverständlich dem Beklagten der Beweis seiner Einrede ob, daß er diesen Wechsel nur in der angegebenen Voraussetzung ausgestellt habe und daß diese Voraussetzung nicht eingetreten sei."

(Rechtskräftiges Beweisinterlocut der I. Section des Landvogteigerichts vom 28. Februar 1881, № 50.)

1367. Ueber die Haftung der Erben des Commodatars für die Rückgabe der geliehenen Sache.

„Die Bestimmung des Art. 3751 des III. Theils des Prov.-Rechts, wonach die Erben des Commodatars wie er selbst haften, wenn die geliehene Sache in ihre Hände gekommen ist, außerdem aber nur wegen Gewissenlosigkeit (dolus) des Erblassers, hat der erste Richter (Erk. der I. Section des LVG. vom 16. März 1882, № 56) dahin aufgefaßt, daß selbst die Verpflichtung des Commodatars zur Ausgleichung des für den Leiher durch Verlust des geliehenen Gegenstandes entstandenen Nachtheils nur dann auf des Commodatars Erben übergehe, wenn durch seine Gewissenlosigkeit der fragliche Gegenstand abhanden gekommen ist. Allein die im Art. 3751 zum Ausdruck gebrachte Ausnahme von der Regel, daß der Inbegriff aller übertragbaren Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen auf seine Erben übergeht (Art. 1691—1693 a. a. O.), kann offenbar nur auf diejenigen Verhaftungen des Commodatars bezogen werden, von denen im Zusammenhange mit dem Art. 3751 a. a. O. unmittelbar vorher die Rede ist. Hierbei handelt es sich um die Verhaftung für solche Werthverminderungen der geliehenen Sache, welche durch unangemessenen Gebrauch (Art. 3743 a. a. O.), schlechte Erhaltung und ungenügende Bewahrung derselben (Art. 3744—46 a. a. O.) oder in Folge des Verzuges entstanden sind. Was dagegen die Verpflichtung des Commodatars betrifft, nach stattgehabtem Gebrauche die geliehene Sache und zwar dasselbe Stück, welches er bekommen hat, zurückzustellen, so wird davon erst im Art. 3752

*) Diese Rechtssätze sind auch in dem rechtskräftigen Beweis interlocute der II. Section des Landvogteigerichts vom 28. Mai 1882, № 122 ausgesprochen.

gehandelt, ohne daß der nach der allgemeinen Regel stattfindende Uebergang der Verbindlichkeiten des Erblassers auf die Erben in Beziehung auf die Verbindlichkeit des Commodatars zum Zurückgeben der geliehenen Sache einer Beschränkung unterworfen wäre.

Offenbar war der Erblasser der Beklagten, wenn er die fraglichen Werthpapiere von der Klägerin geliehen und zur Zeit seines Todes bereits aufgehört hatte, sie zu besitzen, dieselben mithin in den Besitz seiner Erben nicht hatten gelangen können, zur Ausgleichung des durch ihren Verlust für Klägerin entstandenen Schadens verpflichtet und es ist durchaus kein Grund abzusehen, warum diese Verpflichtung, sie mag ihrem Anfange nach vertragsmäßig fixirt gewesen sein oder nicht, auf die Erben des Commodatars nicht übergehen sollte. Muß aber die Annahme Raum finden, daß die Verpflichtung des Commodatars für die dem Leiher nicht zurückerstattete Sache Ersatz zu leisten auf seine Erben übergehe, so brauchte Klägerin, um mit der erhobenen Klage wider die Beklagten durchzudringen, nur zu beweisen, daß sie den behaupteten Vertrag mit dem Erblasser der Beklagten geschlossen habe, nicht aber auch, daß die Beklagten in den Besitz der ihrem Erblasser geliehenen Werthpapiere gelangt oder daß letztere durch einen dolus des Erblassers abhanden gekommen seien, und mit Unrecht hat der erste Richter schon wegen Mangels solchen Beweises die Klage zurückgewiesen."

(App.-Erk. des Raths vom 10. September 1882, № 5993.)

1368. Erfüllungsort bei dem Commodat.

Die in Riga wohnende Handlung G. & Co. hatte dem Kaufmanne S. in Newcastle, als dieser bei einem Rigaschen Gerichte einen Proceß führte, zwei Werthpapiere behufs Bestellung einer Proceßcaution mit der Verpflichtung zu deren Rückgabe in natura geliehen. Gegenüber der von ihr bei der I. Section des Landvogteigerichts erhobenen Klage auf Rückgabe der Papiere erhob Beklagter S. die Einrede des unzuständigen Gerichts, weil er an seinem Wohnorte zu belangen gewesen sei. Das Gericht verwarf die Einrede mittelst Bescheides vom 8. Mai 1881, № 118 bei dem Bemerken:

„Wenn in der Klage auch gesagt ist, die Papiere seien Beklagtem „dargeliehen", so erhellt doch daraus, daß der Zweck der Leihe

angegeben und die Klagebitte auf Rückgabe derselben, namentlich bezeichneten Papiere gerichtet ist, die Behauptung eines Leihvertrages (Art. 3737 des Prov.-Rechts Thl. III). Waren aber die streitigen Werthpapiere zu dem in der Klage behaupteten bestimmten Zwecke leihweise hergegeben, so war Beklagter nach der Anmerkung zum Art. 3752 und nach Art. 3495 a. a. O. verpflichtet, sie hier in Riga, wo sie sich, als die Verpflichtung zur Rückgabe durch den Wegfall des Gebrauchszweckes eintrat, befanden, der Klägerin zurückzugeben, und kann auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit nach Lib. II Cap. II § 2 der Rig. Stadtrechte bei den hiesigen Gerichten belangt werden."

1369. Klage auf Corroboration eines Kaufvertrages über ein Immobil, an welchem das Eigenthum grundbuchmäßig nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten zusteht.

Die Klage war darauf gerichtet, daß Beklagter angewiesen werde, das von ihm dem Kläger verkaufte, aber noch im Besitze des früheren Eigenthümers L. befindliche Immobil dem Kläger zu übergeben und seinen Besitztitel daran binnen 8 Tagen zu reguliren, widrigenfalls Kläger berechtigt sein solle, die Besitzregulirung für des Klägers Rechnung vorzunehmen. In dem Erkenntnisse der I. Section des Landvogteigerichts vom 16. November 1882, № 346 wurde Kläger aus folgenden Gründen angebrachtermaßen abgewiesen:

„Nach Art. 812 des Prov.-Rechts Thl. III gilt als Eigenthümer eines Immobils nur derjenige, welcher als solcher in den betreffenden Gerichtsbüchern eingetragen ist. Das qu. Immobil befindet sich zur Zeit nicht auf den Namen des Beklagten, sondern eines gewissen L. im Grundbuche verzeichnet. Mithin ist dieser und nicht Beklagter zur Zeit noch Eigenthümer des Immobils. Beklagter hat somit, als er dieses Immobil dem Kläger verkaufte, nicht eine in seinem Eigenthum, sondern in dem eines Dritten stehende, demnach fremde Sache verkauft.

Ist aber eine fremde Sache Gegenstand des Kaufvertrages, so ist nach Art. 3838 a. a. O., falls die Veräußerung ohne Wissen und Willen des Eigenthümers erfolgt ist, eine Klage auf die directe Erfüllung des Vertrages (abgesehen von den im Art. 3839 und 3840

a. a. O. vorgesehenen, hier nicht in Frage kommenden Ausnahmefällen bezüglich der Kaufverträge über Mobilien unter gewissen Voraussetzungen und resp. der suspensiv bedingten Kaufverträge) überhaupt ausgeschlossen, vielmehr der ganze Vertrag ungiltig, wenn beide Theile darum gewußt haben, wenn aber die Kenntniß davon nur der Verkäufer gehabt, dem Käufer blos eine Klage auf das Interesse gewährt. Der Art. 3838 a. a. O. bezieht sich indessen nicht auf jede Art der Veräußerung. Hierfür spricht nicht nur der Wortlaut desselben („ohne Wissen und Willen", „unbefugter Weise"), sondern auch die allegirte Quellenstelle l. 34 § 3 D. XVIII, 1, wo von einem furtivum esse, quod venit die Rede ist. Hierauf weisen auch ferner die beiden zum Vergleich herangezogenen Art. 3144 und 4205 a. a. O. hin, von denen der erstere die Nichtentstehung eines Forderungsrechts aus einem mit Vorwissen des Promissars über eine gestohlene Sache geschlossenen Vertrage ausspricht und der letztere die Nichtigkeit von Veräußerungen anordnet, welche der Dienstbote mit Sachen der Herrschaft ohne deren Auftrag oder Genehmigung vornimmt. Offenbar sollen durch die Bestimmung des Art. 3838 a. a. O. Verträge beschränkt resp. rechtsunwirksam gemacht werden, welche unbefugter oder gar doloser Weise Veräußerungen fremder Sachen zum Inhalte haben. Hat demnach eine Veräußerung fremder Sachen (abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden, bereits erwähnten Ausnahmen) nicht unbefugter oder doloser Weise stattgefunden, so wird der bezügliche Vertrag von der Bestimmung des Art. 3838 a. a. O. nicht ergriffen, mithin durch denselben nicht eingeschränkt, geschweige denn nichtig. Dieser Fall liegt beispielsweise vor, wenn Jemand sein Immobil einem Anderen verkauft und ihm bereits vollständig die freie Disposition über dasselbe übergeben hat, der Käufer vor der Uebertragung des Eigenthumtitels im Grundbuche aber das Immobil anderweitig verkauft. Hier könnte von einem wider den Willen des Eigenthümers unbefugt stattfindenden Verkaufe nicht die Rede sein. Letzterer kann, wenngleich er nach dem Grundbuche noch Eigenthümer ist, berechtigter Weise über dasselbe nicht mehr verfügen, vielmehr hat er durch den zwischen ihm und dem ersten Käufer abgeschlossenen Vertrag implicite auch seine Einwilligung zu Veräußerungen durch diesen ertheilt.

Aus Obigem ergiebt sich, daß die Entstehung eines Anspruchs auf directe Erfüllung eines Kaufvertrages über eine fremde unbewegliche Sache zur Voraussetzung hat, daß die Veräußerung nicht unbefugter Weise, nicht wider den Willen des Eigenthümers stattgefunden hat. Die Thatsachen, aus denen dieses zu entnehmen ist, bilden mithin einen Theil des Klagegrundes. Dieselben sind demnach in der Klage anzuführen, mindestens in der Replik nachzuholen, während die Klage beim Mangel derselben nicht schlüssig ist. Kläger hat es unterlassen derartige Thatsachen überhaupt, oder wenigstens in ausreichender Weise geltend zu machen. Demnach ist die Klage für genügend substantiirt nicht zu erachten und somit angebrachtermaßen abzuweisen."

1370. a. Anfechtung des Auftrages eines Immobils wegen falscher Angabe des Erwerbsgrundes.

b. Berufung auf das Vorzugsrecht zum Besitze aus dem Artikel 3878 Anmkg., wenn gegen den Auftrag protestirt ist.

H. hatte sein Immobil dem T. bis zum 24. Juni 1889 verpachtet und dem Pächter zugleich das Recht eingeräumt, unter gewisser Bedingung das Immobil für den Preis von 1475 Rbl. käuflich zu erwerben. Am 21. März 1883 wurde dasselbe Immobil der Wittwe P. zum Eigenthum aufgetragen und letztere verlangte mit der Eigenthumsklage von T. die Räumung desselben. T. hatte jedoch gegen den Auftrag des Immobils Protest erhoben und wandte gegen die Klage ein, dieser Auftrag sei nichtig, weil er nicht auf Grund eines mit dem früheren Eigenthümer H. geschlossenen Vertrages, sondern einer Grundkarte des städtischen Oekonomieamtes erfolgt sei, in welchem die Klägerin als erste Erwerberin des fraglichen städtischen Zinsgrundes bezeichnet werde Klägerin habe durch diese neue Grundkarte den Auftrag erschlichen und dazu sei sie von H. veranlaßt, indem letzterer am 8. Februar 1883 rechtskräftig verurtheilt worden sei, mit dem Beklagten T. den im Pachtcontracte vorgesehenen Kauf abzuschließen. Klägerin leugnete diese Angaben und berief sich eventuell darauf, daß ihr nach der Anmerkung zum Art. 3878 des Prov.-Rechts Thl. III jedenfalls

das Vorzugsrecht vor dem Beklagten zustehe, auch wenn dieser das Immobil von H. gekauft hätte.

Das Erk. der II. Section des LVG. trat dieser Ansicht bei und hielt im Uebrigen das Vorbringen nur insoweit für erheblich, als es die Einrede der Arglist gegenüber der Klägerin begründe. In zweiter Instanz erging dagegen am 4. Mai 1884 sub № 3121 folgender Querelbescheid:

„Was die vom Beklagten behauptete Umgehung eines doppelten Auftrages — scil. zunächst auf den Namen des H. — anlangt, so wird in den erstinstanzlichen Motiven bemerkt, aus einer solchen den Fiscus schädigenden Handlungsweise folge noch nicht die Befugniß des Beklagten den Auftrag anzufechten, zumal die Rechtslage des Beklagten keine andere wäre, wenn das Grundstück zunächst auf H.'s Namen und sodann gemäß dem Kaufcontracte auf den Namen der Klägerin aufgetragen worden wäre. . . .

Wenn aber der Auftrag des Immobils auf den Namen der Klägerin in der Weise erfolgt ist, wie Beklagter angiebt, so ist derselbe zweifellos nichtig, auch abgesehen von der concurrirenden Schädigung des fiscalischen Interesse. Die Corroboration eines Protokolls des Oekonomieamtes, als einer Urkunde über den originären Erwerb des Grundzinsrechtes an dem betreffenden städtischen Platze seitens der Klägerin, stellt sich als unwirksam dar, sobald erwiesen ist, daß zur Zeit der Aufnahme dieses Protokolles das Oekonomieamt bzw. die Stadt wegen bereits früher erfolgter Vergebung des Platzes garnicht mehr in der Lage war, direct das Nutzungseigenthum der Klägerin zuzuweisen. Der bezügliche Angriff des Beklagten ist schlüssig erhoben mit der Behauptung, daß H. Rechtsvorgänger der Klägerin im Nutzungsrechte am Immobil gewesen sei, und da die Corroboration nicht die inneren Mängel des Geschäfts hebt, sodaß ein in materieller Beziehung an sich ungiltiges Rechtsgeschäft durch die Corroboration keine Giltigkeit erlangt (Art. 3016 des Prov.-Rechts Thl. III.), da ferner ein auf eine Gesetzesumgehung gerichtetes Rechtsgeschäft nichtig ist (Art. 2922), so würde durch den Beweis der vom Beklagten behaupteten Art der Corroboration die Rechtsbeständigkeit der betreffenden Grundbuchacte zerstört werden. Die Frage, ob ein solcher Beweis dem Beklagten nachzugeben sei, fällt zusammen mit der Frage, ob er ein rechtliches Interesse an

der Annullirung des Auftrages habe, und ist zu bejahen, weil die Räumungsklage in erster Reihe gestützt wird auf das grundbuchmäßige Eigenthum der Klägerin, mithin auf den Auftrag, und weil die vom Beklagten erstrebte Annullirung des Auftrages in dieser Richtung der Räumungsklage den Boden entziehen würde.

Nun könnte freilich die Frage der Auftragsannullirung ganz bei Seite gelassen werden, wenn feststände, daß nach dem sonstigen Actenmateriale, auch ohne Rücksicht auf das bisher Erörterte, Klägerin ein besseres Recht auf den Eigenthumsbesitz hätte als Beklagter. Dieses ist denn auch die Meinung des Unterrichters, wenn derselbe aus dem Art. 3878 und der Anmerkung dazu folgert, daß Klägerin wegen des von ihr mit H. abgeschlossenen Kaufcontractes und wegen des erfolgten Auftrages des Immobils auf ihren Namen ein Vorzugsrecht vor dem Beklagten habe, welchem letzteren nur der Anspruch wider den beiderseitigen Vormann H. auf das Interesse zustehe. Allein bei dieser Schlußfolgerung ist zweierlei übersehen worden.

Wird der Auftrag, auf Grund dessen Klägerin nach der Anmerkung zum Artikel 3878 das Vorzugsrecht vor dem Beklagten als Kaufconcurrenten auf dasselbe Immobil erworben haben soll, rückgängig gemacht, so cessirt vermöge der rückwirkenden Kraft der Annullirung (vgl. Art. 3175) auch jenes Vorzugsrecht und dies bezweckt gerade Beklagter bei der der Räumungsklage entgegengestellten Berufung auf seinen Protest gegen den Auftrag.

Wenn ferner die Anmerkung zum Art. 3878 das Vorzugsrecht der Kaufconcurrenten nach dem Auftrage bestimmt, so ist nach dem ganzen Sachzusammenhange und nach der Fassung des zugleich bezogenen Art. 809 die Eintragung des betreffenden K a u f e s und der darüber ausgefertigten Urkunde in die öffentlichen Bücher gemeint, während der dazwischen fallende Auftrag aus einem ganz a n d e r e n Rechtsgrunde wohl die Corroboration des Kaufvertrages seitens des anderen Käufers verhindern, nicht aber das h i e r in Frage kommende Vorzugsrecht berühren kann. Auch in diesem Sinne ist also die Behauptung des Beklagten, Klägerin habe nicht auf Grund des mit H. abgeschlossenen Kaufcontractes den Auftrag herbeigeführt, von Relevanz. — Die untergerichtlichen Motive heben hervor, daß die Rechtslage des Beklagten keine andere gewesen wäre,

wofern das Immobil nicht direct auf den Namen der Klägerin, sondern erst auf H.'s Namen und alsdann gemäß dem Kaufcontracte der Klägerin öffentlich zugeschrieben worden wäre. Dies trifft jedoch deshalb nicht zu, weil das Gesetz die Prävention von der Thatsache des vollzogenen Auftrages (auf Grund des Kaufes) abhängig macht, nicht von dem Rechte auf Herbeiführung des Auftrages, welches Recht als beiden concurrirenden Käufern gleichzeitig zustehend vom Gesetze angenommen wird. Zum Beweise dessen, daß der Auftrag des Immobils auf den Namen der Klägerin auf der behaupteten unrichtigen Grundlage vollzogen sei, muß also Beklagter nach dem Vorstehenden unbedingt zugelassen werden."

1371. Doppelseitiger Kauf im Gegensatze zum Tausch. Beweislast. Tauschvertrag über Immobilien.

I. Kläger behauptete, er habe sein Immobil für 6000 Rbl. dem Beklagten verkauft, und verlangte die förmliche Vollziehung dieses mündlich geschlossenen Geschäfts. Beklagter erklärte, es sei nur von dem gleichzeitigen und wechselseitigen Kauf und Verkauf der Immobilien beider Parteien die Rede gewesen, es habe sich um einen Tausch der beiderseitigen Immobilien gehandelt und der Kaufvertrag über das eine sei bedingt gewesen durch den über das andere.

In dem App.-Erk. des Raths vom 27. April 1883, № 2836 wurde — wesentlich übereinstimmend mit dem Erk. der II. Section des Landvogteigerichts vom 15. November 1882, № 268 — ausgesprochen:

„Ein Tauschgeschäft im engeren Sinne als Gegensatz zum Kauf liegt nach der Darstellung des Beklagten nicht vor, sondern ein s. g. doppelseitiger Kauf, d. h. zwei Kaufgeschäfte, welche sich als solche kennzeichnen durch den vereinbarten Preis, der sich beim Tausche nicht findet (Prov.-Recht Thl. III, Art. 3971 ff. Gareis, in Endemann's Handbuch des Handelsrechts, Band II, Seite 544). Von praktischer Relevanz ist diese Unterscheidung hier übrigens nicht, denn einmal sind nach Art. 3973 a. a. O. Rechte und Pflichten der Contrahenten beim Tauschvertrage analog nach den Vorschriften über den Kaufvertrag zu beurtheilen und andererseits ist die Differenz zwischen den Parteien jedenfalls die, daß Appellant die Vollziehung eines Geschäfts beansprucht, welches nach Meinung des

Beklagten überhaupt nicht selbständig Bestand haben, sondern nur einen Theil eines anderen Geschäfts bilden sollte, bzw. welches nur bedingungsweise, für den Fall, daß auch der Verkauf des Immobils des Beklagten zu Stande kam, als perfect zu gelten hatte. Nach der von der hiesigen Rechtsprechung nunmehr seit einer Reihe von Jahren constant vertretenen Auffassung (civilrechtl. Entscheid. VI, Seite 134 ff.) liegt in dieser Vertheidigung ein motivirtes Leugnen, welches dem Kläger den Beweis darüber zuwälzt, daß das von ihm in der Klage erwähnte Kaufgeschäft so abgeschlossen sei, wie er behauptet, d. h. selbständig."

II. In einem anderen Falle hatten die Parteien ihre Immobilien in der Weise „getauscht", daß zwei selbständige Kaufcontracte vollzogen und für das Immobil des Klägers ein Preis von 6000 Rbl., für dasjenige des Beklagten ein Preis von 8600 Rbl. festgesetzt war. Kläger focht nun den Ankauf des Immobils des Beklagten wegen demselben anhaftender Mängel an und beanspruchte die baare Zahlung der auf den von ihm zu entrichtenden Kaufpreis im Contracte verrechneten Summe. Das App.-Erk. des Raths vom 7. December 1883, № 8240 bestätigte die vom Vogteigericht decretirte Abweisung der Klage und führte in den Motiven aus:

„Wenn zwei vertragschließende Theile vereinbaren, daß ein jeder das Immobil des anderen zum Eigenthum erwerben solle, so spricht schon die Wahrscheinlichkeit dafür, daß nicht zwei von einander ganz unabhängige und selbständige Verträge, sondern nur ein Vertrag oder doch zum mindesten zwei von einander abhängige Verträge beabsichtigt worden sind. Diese Wahrscheinlichkeit wird besonders nahe gerückt, wenn — wie im vorliegenden Falle — der von einer jeden Partei zu zahlende Preis vereinbarungsmäßig gegen den anderen zu verrechnen ist. In diesem Falle braucht indessen mit Wahrscheinlichkeiten nicht operirt zu werden, weil Kläger selbst in seiner Klage in unzweideutiger Weise zu erkennen gegeben hat, daß von den Parteien ein Tauschvertrag beabsichtigt war . . . . und daß die Parteien nur, um der vorgeschriebenen Form zu genügen, zwei Kaufverträge geschlossen haben. Das Untergericht war daher vollkommen berechtigt, im Hinblick auf den Art. 2952 des

Prov.-Rechts Thl. III das Tauschgeschäft als das ernstlich gewollte anzusehen.

Dazu kommt noch, daß Kläger vollständig im Irrthum ist, wenn er die Meinung vertritt, daß Tauschverträge über Immobilien gesetzlich verboten seien. Ein solches Gesetz besteht thatsächlich nicht. Der Irrthum des Klägers ist offenbar dadurch veranlaßt worden, daß behufs sicherer Berechnung der Kronsposchlinen der Tauschvertrag bei der Corroboration in zwei äußerlich nicht zusammenhängende Kaufverträge aufgelöst zu werden pflegt. Durch diese formelle Behandlung eines abgeschlossenen Tauschvertrages kann indessen die innere Zusammengehörigkeit der einzelnen Stipulationen des Tauschvertrages nicht zerrissen werden.

Wenn daher Kläger, sei es mit der Wandelungsklage, sei es mit der Klage auf Ersatz des Interesse wegen arglistigen Verhaltens des Beklagten (vgl. Art. 3257 und 3260 ff.), den abgeschlossenen Vertrag aufzuheben Willens gewesen ist, so hätte er auf Aufhebung des ganzen Tauschgeschäfts, nicht aber auf Aufhebung eines Theiles desselben, bzw. des einen angeblichen Kaufvertrages Klage führen sollen. Die Klage ist aber gerade darauf gerichtet, daß nur der eine Theil des Tauschgeschäfts bzw. der eine angebliche Kaufvertrag für aufgehoben erklärt werde, was auch in dem Falle als unstatthaft angesehen werden müßte, wenn hier nicht ein Tausch, sondern zwei von einander abhängige Kaufverträge anzunehmen wären."

1372. Im Falle der Einlösung des Immobils durch den Schuldner gemäß Art. 3965 des Prov.-Rechts Thl. III werden die auf das Immobil eingetragenen Hypotheken in Folge der Zwangsversteigerung nicht aufgehoben.

H. hatte sein im Executionswege versteigertes Immobil durch Erlegung der Meistbotssumme nebst Kosten eingelöst und darnach die Löschung sämmtlicher darauf ingrossirter Hypotheken beantragt. Mit dem Antrage von der I. Section des LVG. zurückgewiesen, erhob H. beim Rathe Beschwerde, welche indessen durch Resolution vom 16. November 1884, № 7882 aus folgenden Gründen verworfen wurde:

„Die Auffassung des Beschwerdeführers, wonach die Einlösung

seitens des Schuldners ebenso zu beurtheilen wäre, wie die Einlösung seitens der nächsten Erben des Schuldners, weil in den Gesetzen beide Institute unterschiedslos an derselben Stelle (im Art. 3965 des III. Thls. des Prov.-Rechts) abgehandelt würden, ist nicht begründet. Eine Construction beider Institute ist in gedachter Stelle nicht gegeben. Beide werden im Art. 3965 a. a. O. mit Beziehung auf die Wirkungen aufgeführt, welche die öffentliche Versteigerung, bzw. der Zuschlag auf den Meistbieter ausübt. Von diesen Wirkungen heißt es im vorhergehenden Art. 3964 a. a. O., daß auf den Meistbieter durch den Zuschlag die Gefahr übergehe und im nachfolgenden Art. 3966, daß der Meistbieter nach dem Zuschlage die Versteigerungsbedingungen zu erfüllen habe. Diese Wirkungen aber werden aufgehoben, wenn wie im Art. 3965 bemerkt wird, binnen 6 Wochen nach erfolgtem Zuschlage vom Schuldner oder von dessen nächsten Erben das versteigerte Immobil gegen Erlegung der Meistbotsumme eingelöst wird. Im Art. 3965 a. a. O. hat also nur festgestellt werden sollen, daß die Wirkungen des Zuschlages für den Meistbieter ausfallen müssen, wenn das versteigerte Immobil binnen 6 Wochen eingelöst wird, und daß die Einlösung durch den Schuldner und dessen nächste Erben stattfinden könne. Wenn es nun für den Meistbieter, dessen aus dem Zuschlage hervorgehende Rechte und Pflichten in den angezogenen Gesetzesstellen erörtert werden, gleichgiltig ist, ob die Einlösung durch den Schuldner selbst oder durch dessen Erben herbeigeführt wird, so lassen sich daraus, daß daselbst ohne weitere Unterscheidung beide Einlösungsarten neben einander aufgeführt werden, auch nicht Schlüsse herleiten, welche zu allgemeinen Rechtsprincipien widerstreitenden Ergebnissen führen.

Das Einlösungsrecht der nächsten Erben des Schuldners stellt sich aber jedenfalls als ein Näherrecht dar*): es besteht in der

*) Nach der Meinung des Herausgebers ist das Einlösungsrecht des Art. 3965 ein — auf die römischrechtliche Pfandreluition (l. 3 Cod. VIII, 34; vgl. Lib. II, Cap. XXXII § 15 der Rig. Stadtrechte) zurückzuführendes — persönliches Recht des Schuldners, durch dessen Ausübung der durch den Zuschlag abgeschlossene Kauf wieder aufgehoben wird und welches von den Erben des Schuldners nicht kraft eigenen Rechtes, sondern nur dann ausgeübt werden kann, wenn und soweit sie — nach des Schuldners Tode — wirklich dessen Erben geworden sind. Hält man diese Construction mit den Worten des Artikels „dessen nächste Erben" für nicht vereinbar,

Befugniß, das versteigerte Immobil vermöge eines Vorzugsrechts vor dem Meistbieter zu erwerben, bzw. durch Verdrängung desselben bei Uebernahme seiner Verpflichtungen in sein Recht einzutreten. Der das versteigerte Immobil einlösende Erbe des Schuldners wird zum Rechtsnehmer des Meistbieters, wird Käufer des vom Schuldner verkauften Immobils, hat an Stelle des Meistbieters die Versteigerungsbedingungen zu erfüllen und sobald dieses geschehen ist, erlöschen auf Grund des Art. 3967 des III. Thls. des Prov.-Rechts alle auf dem versteigerten Immobil lastenden Hypotheken.

Dagegen würde es dem Rechtsprincip, daß eine dem Käufer gehörige Sache nicht Gegenstand des Kaufes sein kann (vgl. Art. 3831, 3832, 3841 a. a. O.), widerstreiten, wenn angenommen werden sollte, daß auch der Schuldner durch Einlösung des versteigerten Immobils in die Rechte des Meistbieters eintrete und statt des letzteren zum Käufer werde. Er vermag als der bisherige Eigenthümer des versteigerten Immobils nicht an Stelle des Meistbieters Käufer zu sein und könnte es vom Meistbieter frei von den darauf lastenden Hypotheken auch nicht früher durch Kauf erwerben, als nachdem durch Erfüllung der Versteigerungsbedingungen seitens des Meistbieters die bezüglichen Hypotheken gelöscht sind. Indem er durch Einlösung des Immobils dem Meistbieter in der Erfüllung der Versteigerungsbedingungen zuvorkommt, kauft er dasselbe nicht vom Meistbieter; ebensowenig aber tritt er, wie schon bemerkt worden ist, als Käufer an die Stelle des Meistbieters. Das von ihm ausgeübte Einlösungsrecht, welches weder Kauf noch Näherrecht sein kann, läßt sich daher nur als die Befugniß zur Rückgängigmachung der Versteigerung construiren.

Daraus, daß das Einlösungsrecht des Schuldners bei der Zwangsversteigerung (in der Art, wie der Reukauf) nur als auflösende Bedingung auf den Verkauf des Immobils zu wirken vermag, ergiebt sich für den das versteigerte Immobil einlösenden Schuldner mit voller Nothwendigkeit, daß er nach erfolgter Einlösung seinen nicht durch Zahlung abgefundenen Gläubigern in gleicher Weise,

dann ist es allerdings nicht möglich, den nächsten Erben des Schuldners ein anderes Recht als eben ein Näherrecht, m. a. W. die Erblosung, zu gewähren, bzw. das „Einlösungsrecht" von dem „Näherrecht" der Erben juristisch zu unterscheiden.

wie zuvor, mit dem ihnen verpfändeten Immobil verhaftet bleibt. Ausdrücklich bestimmt der Art. 3967 a. a. O., daß durch Erfüllung der Versteigerungsbedingungen von Seiten des Meistbieters die auf dem versteigerten Immobil lastenden Hypotheken erlöschen. Wer aber Rechtsnehmer des Meistbieters zu sein nicht geeignet ist, kann durch Berichtigung der Meistbotsumme gleiche Wirkungen nicht herbeiführen.

Dennoch erscheint die Einlösung für den Schuldner nicht zwecklos: sie verschafft ihm die Möglichkeit, Eigenthümer seines Immobils zu bleiben und die erst nach der Versteigerung ihm zugefallenen Mittel zur Befriedigung drängender Gläubiger zu benutzen. Ob solches oft oder selten zutreffen mag, ist weiter nicht in Betracht zu ziehen. Naheliegend ist dagegen die Betrachtung, daß die Stellung des Schuldners, welcher nicht aufhört, das den Gläubigern verpfändete Immobil zu besitzen, diesen Gläubigern gegenüber eine ganz andere sein muß, als diejenige, welche der das Immobil durch Meistbot erstehende Käufer einnimmt. Letzterer tritt zu den Gläubigern des bisherigen Eigenthümers des versteigerten Immobils nur durch freiwillige Uebernahme der Pfandrechte und Hypotheken, bei Verrechnung der durch sie besicherten Forderungen auf den Meistbotschilling, in ein Schuldverhältniß. Der Eigenthümer des versteigerten Immobils bleibt dagegen auch nach der Versteigerung und stattgehabter Berichtigung des Meistbotschillings, soweit dieser zur Deckung der Schulden nicht ausreicht, den bezüglichen Gläubigern verhaftet; er vermag daher ein ihm gehöriges Immobil der Inanspruchnahme seitens der Gläubiger nicht zu entziehen und würde, wenn durch Auszahlung des Meistbotschillings wirklich alle an dem fraglichen Immobil bestellten Hypotheken aufgehoben worden wären, sich dem Zwange einer neuen Bestellung derselben nicht entziehen können. Es läßt sich mithin bei der wesentlich verschiedenen Stellung, welche der bisherige Eigenthümer eines versteigerten Immobils und der Meistbieter den Pfandgläubigern gegenüber einnimmt, nicht zur Voraussetzung erheben, daß sie den Gläubigern gegenüber gleiche Pflichten hätten, um daraus den weiteren Schluß zu rechtfertigen, daß der reluirende Schuldner als Käufer des versteigerten Immobils aufzufassen sei. — Für die Auffassung des Beschwerdeführers ist endlich auch in dem von ihm angezogenen Lib. II. Cap.

XXXII § 10 der Stadtrechte kein genügender Anhaltspunkt geboten. Der Inhalt des Eides, welchen der reluirende Schuldner oder dessen nächste Erben ehemals zu leisten hatten, wird nämlich in den Stadtrechten dahin angegeben, daß sie das zum Meistbot gebrachte Immobil „vor sich selbst kaufen". Dieser Eid soll offenbar das Einlösungsrecht möglichst beschränken und den durch Versteigerung gewonnenen Käufer davor schützen, daß er auch dann vom Kaufe zurücktreten müßte, wenn die Reluition nur zum Deckmantel einer auf den Ankauf des Immobils seitens eines Dritten gerichteten Speculation zu dienen bestimmt sein würde. Im Gegensatze zu einem derartigen Kaufe seitens eines Dritten wird in den Stadtrechten der „Kauf vor sich selber" als Zweck der Reluition bezeichnet, nicht um dadurch zu kennzeichnen, daß sie in jedem Falle ein Kaufgeschäft sei, sondern daß sie nur dazu dienen solle, dem bisherigen Eigenthümer oder dessen Erben den Fortbesitz eines Immobils zu sichern. Die Ausdrucksweise der Stadtrechte ist nicht präcise und also auch nicht dazu angethan, um im Widerspruch zum Wesen der Sache darzuthun, daß die Einlösung seitens des Schuldners nicht eine Rückgängigmachung des durch Versteigerung vollzogenen Kaufes, sondern ein Kauf sei."

1373. Rechtliche Natur (bzw. Folgen der unterlassenen Kündigung) der Vermiethung einer Wohnung nebst Bedienung und Beköstigung.

„Beklagter, welcher bei seiner Ankunft in Riga am 3. August 1881 das dem Kläger gehörige Hotel de l'Europe bezogen hatte, verließ dasselbe nach Ablauf eines Monats. Bei der Angabe, daß Beklagter dortselbst eine Wohnung nebst Beköstigung und Bedienung für den monatlichen Preis von 65 Rbl. gemiethet habe und ohne Kündigung ausgezogen sei, fordert Kläger auf Grund des Art. 4106 des Privatrechts die Miethe eines Monats mit 65 Rbl. . . .

Kläger übersieht, daß der Pauschalpreis von 65 Rbl. Leistungen umfaßt, welche unter einem ganz verschiedenen Gesichtspunkte zu beurtheilen sind. Neben der Wohnung (Sachmiethe) kommen die Aufwartung (Dienstmiethe) und die Beköstigung (Verkauf von Lebensmitteln) in Betracht. Bei der Dienstmiethe ist der Regel nach (Art. 4183 a. a. O.) der Lohn nur nach Maßgabe der wirklich

geleisteten Dienste, bei einer durch den Dienstberechtigten verschuldeten Unterbrechung des Dienstes aber für die Zeit zu bezahlen, während welcher der Dienstpflichtige nicht beschäftigt war (Art. 4184 a. a. O.). Nach diesen Grundsätzen ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn der Dienstvertrag durch einseitigen Rücktritt des Dienstberechtigten seine Endschaft erreichte; d. h. die Entschädigung für die übliche Kündigungsfrist tritt nur in dem Umfange ein, als der Dienstleistende keinen anderweitigen Erwerb in dieser Zeit gefunden hatte. — Abgesehen davon, daß Kläger nicht behauptet hat, daß die von ihm zur Bedienung des Beklagten hergegebenen Kräfte nach des letzteren Abzuge brach gelegen haben, ist auch noch darauf hinzuweisen, daß bei monatlicher Zahlung die Kündigung von Dienstverträgen ortsüblich auf 14 Tage erfolgen kann (vgl. civilrechtl. Entsch. Bd. IV, № 610), mithin Kläger für diesen Theil seiner Leistung keine monatliche Entschädigung fordern durfte.

Was endlich die Beköstigung anbetrifft, so unterliegt dieselbe den Regeln des Lieferungsvertrages. Tritt der Besteller zurück, so hat derselbe dem Lieferanten nicht den bedungenen Preis, sondern nur das Interesse zu vergüten (Art. 4021 a. a. O.).

Glaubt Kläger mit seinen Ansprüchen durchdringen zu können, so wird derselbe zunächst gehalten sein, die Beträge, aus denen er den Pauschalpreis von 65 Rbl. zusammensetzt, nach Wohnungsmiethe, Dienstlohn und Kostgeld getrennt aufzugeben und eine den obigen Erwägungen Rechnung tragende Klage zu erheben."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 11. Februar 1882, № 32).

1374. a. Ersatzanspruch des Miethers gegen den Vermiether wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen.
b. In dem Verzicht auf das jus tollendi liegt auch ein stillschweigender Verzicht auf den Ersatzanspruch.

„Inwiefern der Pächter oder Miether für Verwendungen, die er auf das Miethobject gemacht, Ersatz vom Verpächter oder Vermiether beanspruchen darf, bestimmt der Art. 4066 des III. Thls des Provinzial-Rechts, welcher folgendermaßen lautet:

Die von dem Pächter oder Miether auf die Sache verwendeten nothwendigen und nützlichen Kosten muß ihm der

Verpächter oder Vermiether auf Grundlage der allgemeinen Bestimmungen über Kostenersatz (Art. 578 ff.) vergüten.

In Ansehung der nützlichen Verwendungen unterscheiden aber die Art. 579 ff., auf welche der Art. 4066 verweist, zwischen dem Besitzer im guten und dem Besitzer im bösen Glauben. Jenem steht der Anspruch auf Ersatz und nur für den Fall des Unvermögens des Eigenthümers der Anspruch auf Wegnahme der Verwendungen zu; dieser hat, ebenso wie derjenige, welcher luxuriöse Verwendungen auf die Sache gemacht, nur das jus tollendi. Die Art. 579 ff. enthalten also Bestimmungen über die Impensen des Besitzers, d. h. desjenigen, welcher die Sache als sein Eigenthum behandelte (vgl. Art. 920, 625, 680 und 579 a. a. O.). Diese Bestimmungen schließen der Natur der Sache nach ihre directe Anwendung auf das zwischen Miether und Vermiether bestehende Vertragsverhältniß aus. Denn der Miether ist nur Detentor, von ihm ist garnicht zu präsumiren, daß er das Miethobject als sein Eigenthum ansieht; er weiß, daß ein Anderer (der Vermiether oder Eigenthümer) ein besseres Recht zum Besitze hat, in Bezug auf ihn erscheint daher die Unterscheidung zwischen redlichem und unredlichem Besitze vollkommen gleichgültig. Wenn dennoch der Gesetzgeber die Frage über den Ersatz von Impensen des Miethers nach den in den Art. 578 ff. enthaltenen Vorschriften beurtheilt wissen will, so kann er hierbei nur eine durch die veränderte Rechtslage modificirte, sinngemäße Anwendung der Art. 578 ff. gemeint haben. Es fragt sich also, unter welchen Verhältnissen muß der Miether, der auf das Miethobject nützliche Verwendungen macht, handeln, damit zwischen seiner Beziehung zur Sache und dem redlichen oder unredlichen Besitze eine Rechtsanalogie gefunden werden könne?

Das provinzielle Privatrecht läßt sich durch den Grundsatz leiten, daß der Miether nicht beliebige Veränderungen mit dem Miethobject vornehmen dürfe (vgl. Art. 4082 und 4083); es verlangt vom Miether, daß er nach Beendigung der Miethe die gemiethete Sache so unversehrt als möglich dem Vermiether zurückstelle, d. h. doch nicht anders als in dem Zustande, in welchem die Sache beim Beginn des Vertragsverhältnisses sich befunden hat, und insoweit nicht die durch den vertragsmäßigen Gebrauch bedingte gewöhnliche Abnutzung in Anschlag zu bringen ist (vgl. Art. 4084

a. a. O.). Für den Miether gilt daher die Verhaltungsregel, daß er Aenderungen am Miethobjecte — wenn sie nicht unter den Begriff nothwendiger Impensen fallen, welche außer dem Diebe jedem, der sie machte, schlechterdings vergütet werden müssen — (Art. 578) — nicht ohne Einwilligung des Vermiethers vornehme. Erst mit dieser Einwilligung erhält der Miether das Bewußtsein, zu seinem Thun vollkommen berechtigt zu sein, und dieses Bewußtsein ist auch das charakteristische Merkmal des gutgläubigen Besitzers (Art. 680 a. a. O.). Es erscheint mithin gerechtfertigt, den Miether, welcher mit Einwilligung des Vermiethers nützliche Kosten auf die Miethsache verwendete, in Ansehung der ihm aus dieser Verwendung entspringenden Ansprüche wegen Gleichheit des Rechtsgrundes ebenso zu beurtheilen, wie der gutgläubige Besitzer wegen dergleichen Ansprüche dem Vindicanten gegenüber nach Art. 579 ff. beurtheilt werden soll. Darnach muß anerkannt werden, daß nach provinziellem Privatrecht der Miether den Ersatz der von ihm gemachten nützlichen Impensen, sofern nicht die Voraussetzungen der auftraglosen Geschäftsführung vorliegen (vgl. Sintenis, Civilrecht III, § 118 Note 68. Windscheid, Pandekten II, § 400 Note 10) regelmäßig nur dann, wenn der Vermiether seine Einwilligung zu letzteren ertheilt hatte, fordern darf. Dieser Grundsatz hat denn auch im Gebiete des livländischen Bauer-Privatrechts bezüglich der Entschädigung für Gesinde-Meliorationen ausdrücklich die Sanction des Gesetzgebers erhalten.

Vgl. Livländische Bauer-Verordnung § 137.

Livl. Regierungs-Patente v. J. 1865, № 67 § 5 und v. J. 1868, № 26 § 1.

Dagegen ist derjenige Miether, welcher ohne Genehmigung des Vermiethers und ohne das Vorhandensein der Erfordernisse einer auftraglosen Geschäftsführung andere als nothwendige Impensen vornahm, gleich dem bösgläubigen Besitzer zu behandeln und ihm auf Grund des Art. 582 a. a. O. zunächst nur ein Anspruch auf Wegnahme der Verwendungen zuzusprechen. Hierbei ist indessen zu bemerken, daß das jus tollendi niemals zu einer Chicane werden darf. Daher hat der Miether mit dem Ersatz des Werthes, den die Verwendungen bei Ausübung des jus tollendi haben würden, sich zufrieden zu geben, falls der Vermiether zu dieser

Wertherstattung sich erbietet. Auch noch in einem anderen Falle kann an Stelle des jus tollendi der Anspruch auf Wertherstattung treten. Die Gegenstände nämlich, welche durch die Verwendung mit der Hauptsache verbunden werden, qualificiren sich vermöge dieser körperlichen Verbindung unter Umständen (vgl. Art. 562 ff.) als Zubehörungen des Miethobjects und können in solchem Falle vom Eigenthümer des letzteren kraft seines Eigenthumsrechts zurückgehalten werden.

In allen Fällen, in welchen das jus tollendi — wenn überhaupt die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung desselben gegeben sind (Art. 582 und 583) — mit dem Eigenthumsrechte derart in Collision geräth, wo also, mag es sich um nützliche oder um luxuriöse Verwendungen handeln, der Eigenthümer die Wegnahme der Verwendungen hindert, ist für den Miether ein Anspruch auf Erstattung des Werths, welchen die Verwendungen zur Zeit der Ausübung des jus tollendi gehabt hätten, begründet; denn um diesen Werth würde sich der Eigenthümer auf Kosten des Miethers, dem ja die Wegnahme principiell zusteht, bereichern.

In wiefern die oben ausgesprochenen rechtlichen Grundsätze auf den vorliegenden Rechtsfall Anwendung zu finden haben, ergiebt sich bei der Erörterung der einzelnen klägerischen Forderungen.

Die Frage, zu welcher Art von Verwendungen die von der Klägerin angelegte Gas- und Wasserleitung zu rechnen sei, hat der Unterrichter dahin beantwortet, daß sie sich als luxuriöse Verwendungen qualificire, weil Klägerin nicht behaupte, daß das in Frage kommende Gebäude einem Zwecke gegenwärtig diene und künftighin zu dienen bestimmt sei, für welchen der Gebrauch des Wassers und des Gases von Nutzen sein würde. Hiergegen ist zu bemerken, daß nach der Klage sowie nach der Klagebeantwortung (der Widerspruch in der Duplik kann als verspätet vorgebracht nicht in Betracht kommen) Beklagter der Klägerin einen Fabrikraum vermiethet hatte; es muß darnach angenommen werden, daß Beklagter, bevor er das fragliche Gebäude an die Klägerin vermiethet, demselben die specielle Bestimmung gegeben hatte, dem Betriebe einer Fabrik oder überhaupt eines Industriezweiges zu dienen. Bis zum Beweise des Gegentheils muß aber angenommen werden, daß in der Zweckbestimmung des Gebäudes eine Aenderung nicht eingetreten

sei, und wäre es die Aufgabe des Beklagten gewesen, einredeweise die etwaige Aenderung zur Geltung zu bringen.

Wie nun nach Art. 577 des III. Thls. des Prov.-Rechts eine nützliche Verwendung dann vorhanden ist, wenn durch sie die Sache in ihrer Substanz wesentlich verbessert, namentlich der Ertrag derselben vermehrt wird, so trifft dieses Merkmal jedenfalls auf die Anlage einer Wasser- und Gasleitung in einem Fabrikgebäude zu. Eine Wasserleitung würde überdies auch in jedem anderen Gebäude als eine nützliche Verwendung angesehen werden müssen, weil durch sie die Feuersgefährlichkeit des Gebäudes gemindert wird. Ist mithin die Anlage der Wasser- und Gasleitung vorliegend als nützliche Verwendung zu beurtheilen, so kommt weiter in Betracht, daß nach den Klagebehauptungen Beklagter der Klägerin ausdrücklich diese Anlage gestattet hatte. In solchem Falle wäre nach der obigen Erörterung eine Klage auf Erstattung der Verwendungen dem Miether an und für sich gegeben.

Der erste Richter hat jedoch mit Recht angenommen, daß im Fragefalle die Befugniß der Klägerin, Ersatz für die hier streitigen nützlichen Verwendungen vom Beklagten zu fordern, durch die concreten Umstände ausgeschlossen erscheint. Beklagter hat nämlich angeführt, er habe nach anfänglicher Weigerung die Legung der Röhren dem Chef der klagenden Firma schließlich unter der Bedingung gestattet, daß beim Auszuge nichts angerührt werden dürfe, was in der Erde liege, und er habe auch das klägerische Verlangen, er möge ein Reversal darüber ausstellen, daß die Röhrenleitung der Gasanstalt gehöre, zurückgewiesen. Klägerin hat darauf in der Replik lediglich erwidert, sie habe auf einen Ersatz dieser Verwendungen (scil. der Röhrenleitung) niemals Verzicht geleistet, auch nicht dadurch, daß sie sich dem Wunsche des Beklagten fügend, auf das jus tollendi ausdrücklich verzichtet habe. Sie hat ferner selbst erklärt, daß Beklagter durch die Weigerung, das Reversal auszustellen, auf das Deutlichste zu erkennen gegeben haben, daß er die Gasleitung zu behalten wünsche. Hiernach ist von der Klägerin zugestanden, daß Beklagter die Legung der Röhren nur gestattet hat, wenn sie nicht weggenommen, sondern bei Auflösung des Miethvertrages ihm verbleiben würden. Wenn nun Klägerin trotzdem die Gasröhren hat einziehen lassen, so hat sie sich damit stillschweigend dem

Verlangen des Beklagten gefügt, das heißt auf das Recht der Wegnahme verzichtet. Darin liegt aber auch der Verzicht auf die spätere Erhebung eines Ersatzanspruches für die Röhrenleitung. Denn das Recht der Wegnahme und das Recht Ersatz zu fordern, schließen sich gesetzlich aus und zwar derart, daß dieses das weitergehende, jenes das geringere Recht ist (vgl. Art. 578 und 581—583 a. a. O.). Kamen also die Parteien dahin überein, daß Klägerin das geringere Recht der Wegnahme der Röhren nicht haben solle, so können sie umsoweniger beabsichtigt haben, daß ihr das weitergehende Recht zustehen solle, für den Werth derselben eine Entschädigung zu fordern*). Diese Annahme wäre vielmehr mit der unstreitigen Erklärung des Beklagten, daß er die Röhrenleitung zu behalten wünsche und sie nur unter dieser Bedingung zu legen gestatte, schlechterdings unvereinbar."

(Appellationsurtheil des Raths vom 27. October 1882, № 7071).

1375. Klage des Vermiethers gegen den vertragsbrüchigen Miether auf den Miethzins; Einwand des letzteren, daß Kläger die Miethsache selbst benutzt habe.

I. „Die Behauptung des Beklagten, daß Kläger das in Frage kommende Miethlocal für sich selbst genutzt habe, ist keineswegs irrelevant. Bereits der Unterrichter hat mit Recht hervorgehoben, daß der Vermiether nach Art. 4058 des Prov.-Rechts Thl. III. die vermiethete Sache mit allem Zubehör und in solchem Zustande dem Miether einzuräumen und zu erhalten habe, daß letzterer aus ihr den mit Recht erwarteten Nutzen ziehen kann und daß, wenn der Vermiether die Sache selbst benutze, er im Widerspruch mit dieser ihm obliegenden Verpflichtung handle und somit auch nicht vom Miether den versprochenen Miethzins beanspruchen dürfe (Art. 4048 und 3213 a. a. O.). Zu demselben Resultate gelangt man bei der analogen Anwendung des Art. 4074 a. a. O. (vgl. civilrechtl. Entscheid. V, № 823). Nicht zu billigen dagegen ist es, wenn der Unterrichter in jener Behauptung des Beklagten die Geltendmachung einer Gegenforderung finden zu müssen glaubt, welche nur soweit sie liquid gestellt worden, zur Compensation

*) So hatte sich auch das angefochtene Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 20. Mai 1882, № 107 ausgesprochen.

zuzulassen sei. Vielmehr liegt, da die Miethforderung abhängig ist von der Erfüllung der dem Vermiether obliegenden Verpflichtung, das Miethobject während der Miethdauer zur Disposition des Miethers zu halten, in jener Behauptung des Beklagten eine wahre Einrede, die den Zweck hat, den Klageanspruch zum Theil zu zerstören und deren Beweis daher dem Beklagten im vorliegenden Processe nicht abgeschnitten werden darf. Bei der künftigen Beweiswürdigung wird dann zu erwägen sein, ob in Anbetracht des von dem Kläger behaupteten geringen Umfanges der Nutzung dem Beklagten etwa der volle oder nur ein partieller Erlaß des Miethzinses für die in Frage kommende Zeit zuzusprechen sei."

(App.-Erk. des Raths vom 19. August 1883, № 5657).

II. „Wenn der Art. 4074 des Prov.-Rechts Thl. III. den Miether, welcher die Sache nicht benutzt, von der Miethzahlung befreit, sofern der Vermiether die von jenem ungenutzte Sache einem anderen vermiethet, so liegt der Rechtsgrund dieser Bestimmung offenbar darin, daß der Vermiether sich nicht durch doppelte Erhebung des Miethzinses auf Kosten des ersten Miethers unrechtfertig bereichern soll. Eine solche Bereicherung tritt ebenso ein, wenn der Vermiether die Miethsache statt sie anderweitig zu vermiethen selbst benutzt, denn er genießt auch hier den Nutzen des Gebrauches der Sache und daneben die Vergütung für solchen Gebrauch und daher ist auch in diesem Falle der Miether von der Miethzahlung liberirt (civilrechtl. Entscheid. V, № 823). Die Vornahme von Reparaturen in der vermietheten Wohnung ist aber insoweit der Benutzung gleichzustellen, als der Miether dieselben nicht zu dulden hätte, wenn er die Wohnung oder das Geschäftslocal selbst benutzen würde. Denn der Vermiether darf nach Art. 4054 den Gebrauch der Sache nicht stören und Arbeiten an ihr ohne des Miethers Zustimmung nur vornehmen, wenn sie zur Erhaltung der Sache unvermeidlich sind (Art. 4055 und 4119). Läßt er hingegen in dem Miethlocale arbeiten, während er noch den Miether zur Zahlung des Miethzinses für verbunden hält, so ist das eine Störung seines Gebrauchsrechts und dient der unrechtfertigen Bereicherung, weil der Vermiether sonst zur Ausführung der Arbeiten das Local unbenutzt stehen lassen bzw. einen Ausfall an der Miethe während

der Arbeitszeit tragen müßte. Da nun Kläger überall nicht behauptet hat, daß die in dem Miethlocale ausgeführten Arbeiten zur Erhaltung des Hauses unerläßlich waren, so kann er nach dem Vorstehenden auch für die Zeit der Dauer dieser Arbeiten eine Miethzahlung vom Beklagten nicht beanspruchen."

(Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 2. September 1882, № 285).

1376. Ueber das Retentionsrecht des Miethers wegen der auf die Miethsache gemachten Verwendungen

heißt es in dem Erkenntnisse der II. Section des Landvogteigerichts vom 26. April 1883, № 98:

„Das im Art. 4078 des Privatrechts dem Pächter ertheilte Retentionsrecht wegen Verwendungen auf das Pachtobject hat nicht den Zweck und die Rechtsfolge, dem Pächter irgendwelche materielle Rechte an der Sache selbst einzuräumen (wie etwa das Pfandrecht), sondern es verfolgt einzig und allein den Zweck, den Pächter wegen seiner Ansprüche für Verwendungen sicher zu stellen. Wenn dieser einzige Zweck der Sicherstellung im Auge behalten wird, so folgt hieraus von selbst, daß der Verpächter durch anderweitig genügende Sicherstellung das Retentionsrecht aufzuheben im Stande ist. — Die anderweitige Sicherstellung des Pächters muß sogar überall vor dem Retentiosrecht den Vorzug verdienen, wenn das letztere den Verpächter mit offenbarem Nachtheil bedroht, wie im vorliegenden Falle. Die Absicht des Gesetzes ist auf den Schutz des Pächters, nicht auf eine Schädigung des Verpächters gerichtet. Kann der Schutz des Pächters auch ohne Schädigung des Verpächters erreicht werden, so ist die Intention des Gesetzes erfüllt und das den Verpächter schädigende Retentionsrecht hat in Wegfall zu kommen. Das Retentionsrecht würde über das Ziel hinausschießen, wenn es dem Verpächter, dem anderweitige Sicherheit geboten wird, eine Handhabe dazu liefern würde den beendeten Pachtvertrag wider Willen des Verpächters zu verlängern oder ihn zur Anerkennung illiquider Ersatzansprüche zu nöthigen (Entscheidungen der Stadtgerichte Bd. VI, S. 169; Seuffert's Archiv XVI, 94. XVII, 2. XXVI, 55 und 161). Da nun Klägerin zur Sicherstellung ihres Gegners Werthpapiere über einen

höheren Betrag deponirt hat, als sich die Ansprüche des letzteren belaufen, so muß das Retentionsrecht am Pachtobject für aufgehoben bzw. durch die erfolgte Sicherstellung für abgelöst erklärt werden."

Der bestätigende Querelbescheid des Raths vom 30. Mai 1883, № 3708 ist sub № 1328 abgedruckt.

1377. Beweislast hinsichtlich der Dauer eines Miethvertrages.

Kläger hatte den, nach seiner Angabe am 26. Februar 1880 auf drei Jahre geschlossenen, Miethvertrag dem Miether in der am 26. October 1882 erhobenen Klage gekündigt. Beklagter hatte unter anderem eingewendet, der Vertrag sei bis zum 26. Februar 1884 abgeschlossen. In den Motiven des Querelbescheides des Raths vom 22. April 1883, № 2740 wurde hinsichtlich der Beweislast bemerkt:

„Beklagter ist auf Grund der in der Klage vom 26. October 1882 ausgesprochenen Kündigung auf Grund des Art. 4105 des Prov.-Rechts Thl. III verpflichtet, das Miethlocal am 26. April 1883 zu räumen, dafern er nicht beweisen sollte, daß entweder sein gestorbener Bruder oder er selbst den Miethvertrag mit dem Kläger bis zum 26. Februar 1883 abgeschlossen habe. Diese vom Kläger geleugnete Behauptung qualificirt sich nämlich als eine Einrede (civilrechtl. Entscheid. II, № 236), welche vom Beklagten darzuthun ist."

Uebereinstimmend ist erkannt in den Bescheiden der I. Section des Landvogteigerichts vom 17. Mai 1880, № 190 und vom 30. Mai 1883, № 125, in welchem letzteren es heißt: „Nach constanter Praxis dieses Gerichts hat der beklagte Miether, der eine längere als die zugestandene Miethdauer geltend macht, den Beweis dieser Behauptung zu führen. Somit hat nicht Kläger die behauptete unbestimmte Dauer des Miethvertrages, sondern Beklagter die angebliche Dauer desselben bis zum 1. Januar 1884 zu beweisen."

1378. Stillschweigende Kündigung des Miethers durch Verlassen des Miethlocales.

Kläger verlangte am 28. Februar 1884 klagend von Beklagtem Zahlung des seit dem 25. November 1882 rückständigen Miethzinses im vertragsmäßigen Betrage von 100 Rbl. jährlich, sowie

Räumung des Miethlocales. Beklagter erklärte, er habe den Miethzins zum 28. Februar 1883 bezahlt und an diesem Tage die Wohnung verlassen; an der Mitnahme seiner Sachen sei er nur dadurch behindert worden, daß Kläger sich ihrer Fortschaffung mit Gewalt widersetzt habe. Diese Einrede wurde in dem Bescheide der II. Section des Landvogteigerichts vom 5. Mai 1884, № 149 zum Beweise verstellt und die dagegen vom Kläger erhobene Querel durch den Querelbescheid des Raths vom 24. August 1884, № 5780 auf Grund nachstehender Erwägungen verworfen:

„Der Unterrichter nimmt an, daß der Miether, wenn er auch nicht einseitig plötzlich den Vertrag lösen dürfe, doch — wofern er die Wohnung aufgebe und zur Disposition stelle — zur Miethzahlung nicht auf längere Zeit, als bis zum Ablauf der halbjährigen gesetzlichen Kündigungsfrist vom betreffenden Tage ab — mithin vorliegenden Falls bis zum 25. August 1883 — genöthigt werden dürfe. Wenn Beklagter am 25. Februar 1883 seinen Willen, das Miethverhältniß zu lösen, deutlich an den Tag gelegt und zugleich die Wohnung verlassen habe, so werde er auch nicht etwa über die Kündigungsfrist hinaus um deswillen zahlungspflichtig, weil Kläger die Invecten retinirt und im streitigen Locale aufbewahrt habe, denn das Retentionsrecht bilde eben nur ein Vorzugsrecht des Vermiethers und begründe nicht andere lästige Verpflichtungen des Miethers. — Das persönliche Verlassen der Wohnung sei allerdings noch nicht Räumung im rechtlichen Sinne, worunter ein Aufgeben, oder Zurückgeben begriffen sei; wohl aber liege eine Räumung vor, wenn der Miether die Wohnung verlasse und dabei seine Invecten mitzunehmen versuche, hieran aber durch den Vermiether gehindert werde. Letzterer Umstand sei vom Kläger nicht bestritten worden, Beklagter habe daher nur zu beweisen, daß er am 25. Februar 1883, oder wann später die Wohnung verlassen habe.

Hiergegen wendet Querulant ein, daß er durch Ausübung seines Retentionsrechtes den Querulaten nicht gehindert habe, eine Kündigung zu verlautbaren. Querulat habe in dunkler Nacht unter Mitnahme des Schlüssels die Wohnung verlassen, eine stillschweigende Kündigung sei darin nicht zu erblicken, der Fortbesitz des Wohnungsschlüssels lasse vielmehr erkennen, daß das Miethverhältniß fortgesetzt werde; eine Dispositionsstellung habe garnicht stattgefunden.

Daß der Miether die Wohnung durch eigene Schuld nicht genutzt habe, befreie ihn nach Art. 4074 des III. Thls. des Prov.-Rechts nicht von der Miethzahlung. Querulant hält dagegen den Einwand des Gegners für unerheblich und bittet, sogleich auf Räumung und Zahlung des Miethzinses vom 25. Februar 1883 ab zu erkennen.

Der Angriff des Querulanten gegen die Entscheidung erster Instanz erweist sich jedoch als unbegründet.

Der gesetzliche Ausdruck „Kündigung" begreift seitens des Miethers die an den Vermiether gerichtete Erklärung, daß er, der Miether, das Vertragsverhältniß aufheben wolle. Kündigung im eigentlichen Sinne ist nicht etwa eine Offerte zur Vertragshebung. Einer Annahme bedarf es nicht, der Miether übt vielmehr ein gesetzlich ihm zustehendes Recht aus. Erwägt man, daß eine Kündigung auf weiter hinaus, als die Kündigungsfrist währt, für diesen weiteren Zeitpunkt hin ebenso unwirksam ist, wie eine auf kürzere Zeit, als die Kündigungsfrist, verlautbarte Kündigung*), so ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß die einfache Erklärung des Miethers, er kündige den Vertrag, die Bedeutung hat, er wolle binnen der gesetzlich oder vertragsmäßig festgesetzten Frist das Miethverhältniß aufgelöst wissen. — Daß eine solche Erklärung, der in den Art. 2937 ff. des III. Thls. des Prov.-Rechts gegebenen Regel zuwider, nur ausdrücklich und nicht auch durch concludente Handlungen kundgemacht werden könne, läßt sich nicht behaupten und wird auch vom Querulanten nicht direct behauptet. Was aber als stillschweigende Kündigung zu gelten habe, ist eine im concreten Falle nach Anleitung des Art. 2939 a. a. O. zu entscheidende Thatfrage.

---

*) Eine Kündigung auf eine kürzere Frist, als sie von Rechtswegen einzuhalten wäre, ist meines Erachtens nicht gänzlich wirkungslos, sondern äußert ihre Wirkung mit dem Zeitpunkte, wo die einzuhaltende Frist abläuft. Denn wenn das Aufgeben der Benutzung der Miethsache als stillschweigende Kündigung anzusehen ist, die mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist in Wirksamkeit tritt, so muß dasselbe auch von der Kündigung auf eine kürzere Frist gelten. In dem einen, wie in dem anderen Falle erklärt der Miether, daß er nicht länger an den Vertrag gebunden sein wolle, und in beiden Fällen muß diese Willenserklärung ihre Wirksamkeit mit dem Momente äußern, wo die ihr entgegenstehenden rechtlichen Schranken hinwegfallen.

Nach dem Grundsatze, daß in dem beanspruchten Mehr eventuell auch das allein zulässige Minder zu erblicken sei, wird der Versuch des Miethers, durch Abzug aus der Wohnung mit seinem gesammten Mobiliar den Vertrag einseitig zu heben, zugleich, wofern ein Grund zur einseitigen Lösung des Vertrages nicht vorliegt oder der vorgeschützte Grund richterlich verworfen ist, — als eventuelle Kündigung gelten müssen*). Schwierigkeiten können nur in Bezug auf die Bestimmung des Anfangspunktes der Kündigungsfrist entstehen, wenn der Miether heimlich den Auszug bewerkstelligt und der Vermiether erst später davon Kenntniß erlangt. Dies liegt aber hier nicht vor. Die bezüglichen Andeutungen des Querulanten in der Querelrechtfertigung kommen nicht in Betracht, denn nach dem untergerichtlichen Actenmaterial hat fraglos als zugestanden zu gelten, daß Querulant am 25. Februar den Gegner gewaltsam gehindert habe, seine Sachen fortzuschaffen. — Hieraus ergiebt sich ein Doppeltes: Einmal liegt im Bestreben des Miethers, seine sämmtlichen Sachen fortzuschaffen, wofern er selbst mit den Seinigen die Wohnung verläßt, eine unzweideutig auf die baldmögliche Aufhebung des Miethvertrages gerichtete concludente Handlung. Sodann aber ist die stillschweigende Willenserklärung gegenüber dem Querulanten erfolgt, welcher eben die Ausführung der Absicht des Beklagten durch Ausübung des Rechts aus dem Art. 1404 a. a. O. verhinderte. Hat Beklagter nach diesem Vorfalle die Wohnung für sich oder die Seinigen noch länger benutzt, dann hat er damit freilich gezeigt, daß er in Folge der Zurückhaltung seiner Sachen den früher kund gegebenen Entschluß zur Vertraghebung geändert habe, und er wäre alsdann verpflichtet, den Miethzins zu leisten. Dies hat den Unterrichter zur Beweisauflage bestimmt. Daß aber die Invecten in Folge des Einschreitens des Querulanten im Miethlocal zurückblieben, ist völlig irrelevant für die Beurtheilung dessen, ob eine stillschweigende Kündigung vorliegt. Das Recht nach sechs Monaten von der Miethzahlung befreit zu sein, erwarb Querulat eben schon mit der, im Versuche die Sachen fortzuschaffen liegenden, Erklärung, durch die thatsächlich verhinderte Ausführung wurde diese Erklärung nicht rückgängig gemacht, wofern sie nicht das Verbleiben des Beklagten in der Wohnung zur Folge hatte. — Mit

*) Vgl. Band IV, Seite 291.

Unrecht wendet daher Querulant ein, daß eine Besitzaufgabe, eine Dispositionsstellung der Wohnung nicht stattgefunden habe. Der Versuch auszuziehen, bewies den Willen des Beklagten, die Wohnung zur Verfügung des Querulanten zu stellen, und Querulant hat auch insofern die freie Verfügung über das Local erlangt, als er die Möglichkeit hatte — freilich zunächst für seine Gefahr und Rechnung — die Wohnung zu leeren und die retinirten Invecten anderweitig unterzubringen. — Der Unterrichter hat somit vollkommen correct entschieden. Erst in der Oberinstanz, mithin verspätet, hat Querulant vorgebracht, daß Querulat durch Mitnahme des Wohnungsschlüssels gezeigt habe, daß er die Wohnung nicht räumen wolle. Als unstatthaftes novum kommt dieser Einwand schon formell nicht in Betracht. Es ist aber auch relevant, wenn Querulat erwidert, er habe erst, nachdem der Gegner die Invecten zurückgehalten habe, und um diese zu sichern, den Schlüssel mitgenommen. Die Wegnahme des Schlüssels kann nämlich nicht als concludenter Act in der Richtung auf Rücknahme der Vertraghebung gelten; sie ist eine Retorsion gegenüber der Zurückhaltung der Sachen und würde — wofern sie unberechtigt war den Beklagten zum Schadenersatz verpflichten; die Wiederaufnahme oder die Fortsetzung des Miethvertrages folgt daraus unter den gegebenen Umständen nicht."

1379. Wie lange kann der säumige Pächter den Verzug purgiren, insbesondere bei der Verpachtung öffentlicher Gefälle?

Das Stadtamt hatte dem O. das Recht verpachtet, bis zum 22. Januar 1889 auf einem Theile des Dünastromes die Gebühr für das Anlegen von Flössen zu erheben, wofür der Pächter O. am 23. April und 23. October jedes Jahres 775 Rbl. pränumerando zu entrichten hatte. Der Pachtvertrag enthielt die Bestimmung:

> Der Stadt steht das Recht zu, falls Pächter seinen contractlichen Verpflichtungen in irgend einer Beziehung nicht nachkommt, ohne weiteres den Vertrag einseitig zu heben und für Gefahr und Rechnung des Pächters eine anderweitige Verpachtung des Pachtobjectes anzuordnen.

Da bis zum 23. November die am 23. October fällig gewordene Halbjahrspacht nicht bezahlt war, beauftragte das Stadtamt am 23. December 1883 seinen Vertreter, auf Grund der obigen

Contractsbestimmung gegen O. zu klagen, worauf am 7. Januar 1884 die Klage auch dahin erhoben wurde, das Recht des Stadtamtes zur Löschung des Pachtvertrages zum 23. Januar 1884 anzuerkennen. Der beklagte O. bat die Klage abzuweisen, weil er am 30. December 1883 die Zahlung der fälligen Pacht vergeblich angeboten habe. Dieser Einwand wurde jedoch durch Querelbescheid des Raths vom 30. April 1884, № 3000 im Einklange mit der Entscheidung erster Instanz aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Befugniß des Stadtamtes zum einseitigen Rücktritt vom Vertrage im Falle des, wenn auch nur einmaligen, Zahlungsverzuges des Beklagten ist zweifellos, denn der bezogene § des Contracts spricht sie klar und bestimmt aus . . . Es fragt sich nur, ob etwa durch die Zahlungsofferte vor Anstellung der Klage die dem Beklagten nachtheiligen Wirkungen des Zahlungsverzuges abgewendet worden sind?

Der Art. 4116 des Prov.-Rechts Thl. III, auf welchen Beklagter sich beruft, besagt, daß der Zahlungsverzug des Pächters, welcher dem Verpächter die gesetzliche Befugniß giebt die Lösung des Vertrages zu verlangen, wieder gutgemacht werden kann, wenn die Nachzahlung angeboten wird, ehe auf die Lösung des Verhältnisses geklagt worden ist. Diese Bestimmung gehört zu den natürlichen Bestandtheilen des Pachtvertrages, letztere aber können nach Art. 2991 a. a. O. durch besondere Verabredung aufgehoben und verändert werden. Eine solche Abrede ist durch den zwischen den Parteien geschlossenen Contract nachgewiesen, nach welchem die Nichteinhaltung irgend einer dem Pächter vertragsmäßig auferlegten Verpflichtungen, mithin auch sein Zahlungsverzug, der Stadt das Recht giebt, ohne weiteres — und hierauf ist der Nachdruck zu legen — den Vertrag einseitig aufzuheben. Hier liegt eine durchaus präcise und ausdrückliche Festsetzung vor, daß der Verpachter wegen Verspätung der Leistungen des Pächters zur Aufhebung des Vertrages befugt sein solle, und das Vorhandensein einer solchen cassatorischen Clausel im Pachtvertrage schließt unbedingt die Anwendung des Schlußsatzes des Art 4116 a. a. O. aus.

Entscheidendes Gewicht ist aber auf den Umstand zu legen, daß der Schlußsatz des Art. 4116 a. a. O. offenbar nur für Fälle

gegeben worden ist, in welchen es sich um ein reines Pachtverhältniß oder um eine Sachenmiethe handelt, wo der Pächter oder Miether im Besitze eines Vermögensobjectes ist, aus dem er in Anbetracht der Selbsthilfe ohne gerichtliche Procedur nicht verdrängt werden darf. In solchen Fällen, wo eine Klage auf Räumung oder auf Wiedergabe der vermietheten Sache gegen den sich weigernden Pächter oder Miether nothwendig ist, soll durch das Angebot der Nachzahlung eine purgatio morae zulässig sein. Anders aber liegt der Fall, in welchem es sich um Verpachtung von Rechten handelt, mit welchen — wie im vorliegenden Falle — die Einräumung des Besitzes einer dem Verpachter gehörigen Sache garnicht verbunden ist und wo auf Grund bezüglicher Vertragsbestimmung durch die einseitige Erklärung des Verpachters, daß er wegen Mangels der fälligen Pachtzahlung den Vertrag aufhebe, dieser ipso jure erlischt. Nach gemeinem Rechte herrscht daher darüber kein Zweifel, daß bei der Verpachtung öffentlicher Einkünfte der Rücktritt wegen Nichtzahlung des Pachtgeldes sofort gestattet ist (vgl. l. 10 § 1 Dig. de publ. 39, 4. Windscheid, Pandekten II, § 402 Note 6). Dieser Rechtssatz ist auch im Geltungsgebiete des baltischen Provinzialrechts anzuerkennen, selbst wenn eine bezügliche Abrede zwischen den Contrahenten nicht getroffen ist. Denn der Pächter der Gefälle ist juristisch zugleich als Mandatar der betreffenden Steuerkasse (Fiscus, Stadtärar) zu betrachten und nach den Bestimmungen über das Mandat beim Mangel entgegenstehender Abrede jeder Zeit zum einseitigen Widerrufe des Mandats berechtigt (vgl. Art. 4403 ff.). Es könnte sich nach Auflösung des Vertragsverhältnisses nur darum handeln, ob etwa wegen Aufhebung des Vertrages die betreffende Steuerkassen-Verwaltung den Pächter der Gefälle schadlos zu halten hätte oder nicht.*)

Obigem nach ist im vorliegenden Falle die vor der Klage erfolgte Offerte der Nachzahlung nicht geeignet, die nachtheiligen Wirkungen des Zahlungsverzuges des Beklagten abzuwenden."

*) Das wäre dann keine „Aufhebung" des Vertrages, sondern nur eine Beschränkung des Pächters auf das Interesse, statt der Erfüllung des Vertrages.

1380. Befugniß des Vermiethers zur Verdrängung des Miethers wegen unvorhergesehener Nothwendigkeit des eigenen Gebrauches der Sache.

I. Kläger hatten in ihrem Hause dem Beklagten ein Budenlocal vermiethet, selbst aber in einem in der Nähe belegenen Hause einen Budenraum in Miethe genommen. Nachdem letzteres am 22. August 1882 durch einen Brand zerstört war, forderten sie am 1. September den Beklagten auf, das ihm vermiethete Local binnen 8 Tagen zu räumen, weil sie desselben für ihren eigenen Handel bedürften. In dem dieserhalb ausgebrochenen Rechtsstreite erging am 19. December 1884 sub № 8701 nachstehendes App.-Erk. des Raths:

„Der Art. 4117 des Prov.-Rechts Thl. III ist zweifellos nur von einer zur Zeit der Vermiethung nicht vorher zu sehen gewesenen*) Nothwendigkeit zu verstehen (Holzschuher, Theorie und Casuistik III, § 299 sub 12); nicht vorauszusehen war aber bei Abschluß des Miethvertrages im vorliegenden Falle das Schadenfeuer, durch welches das von den Klägern benutzte Geschäftslocal zerstört wurde. In Folge dessen wurden Kläger in die Nothwendigkeit versetzt, sich nach einem ihren Bedürfnissen möglichst entsprechenden Locale umzusehen; nach vielem Hin- und Hersuchen fanden sie kein anderes, als das von ihnen dem Beklagten vermiethete Local, der Wiedereintritt in den Gebrauch dieses letzteren war daher für die Kläger eine Sache dringender Noth. Der Beklagte andererseits konnte seine Verdrängung nur dadurch abwenden, daß er innerhalb der ihm zur Räumung bewilligten Frist ein anderes miethfreies und passendes Local in der Nähe des abgebrannten Hauses an der Kalkstraße für die Kläger ermittelte, den Klägern offerirte und dadurch den Grund des Expulsionsrechtes derselben aufhob. Letzteres aber hat Beklagter nicht gethan, er hat vielmehr dem berechtigten Anverlangen der Kläger gegenüber sich einfach ablehnend verhalten und hat daher auch die Consequenzen der Nichtbefolgung des klägerischen Anverlangens zu tragen . . . .

Was sodann die vom Beklagten aufgeworfene Frage anlangt, ob die ihm vom Unterrichter bewilligte Monatsfrist für die

*) Vgl. Band IV, № 598.

Räumung eine genügende war, so kann eben diese Frist nur als das äußerste Maß der Concession an den Beklagten betrachtet werden. Denn Kläger sahen sich in Folge der Zerstörung ihres Geschäftslocals durch Feuer plötzlich so zu sagen auf die Straße gesetzt, ein längerer Aufschub hätte ihnen ganz außerordentliche pecuniäre Opfer auferlegt und der Nothstand, in welchem sie sich befanden, berechtigte sie nach Art. 4117 a. a. O. zu sofortigem*) Wiedereintritte in die dem Beklagten vermiethete Localität. Die Anwendung der unter ganz anderen Voraussetzungen gegebenen Bestimmungen der Art. 4104 und 4126 a. a. O. auf den vorliegenden Fall würde dagegen das Expulsionsrecht des Vermiethers im Sinne des Art. 4117 **) wirkungslos erscheinen lassen, oder mindestens im hohen Grade abschwächen, was doch nicht in der Intention des Gesetzgebers gelegen haben kann."

II. Ferner heißt es in einem in derselben Sache ergangenen, aber rechtskräftigen Bescheide der I. Section des Landvogteigerichts vom 8. November 1882, № 343:

„Da in dem Art. 4117 ganz allgemein von der Miethsache, in der Quellenstelle l. 3 Cod. IV, 65 ferner von Häusern, nicht nur von Wohnungen die Rede ist und das Provinzialrecht die bezügliche Befugniß sogar dem Verpächter eines Pachtgrundstückes zugesprochen, demnach der in der l. 3 cit. enthaltenen singulären Bestimmung die weiteste Ausdehnung gegeben hat, so ergiebt sich, daß die Befugniß zur Verdrängung des Miethers nicht nur dem Vermiether einer Wohnung, sondern auch dem Vermiether eines Budenlocals zusteht, unter der Voraussetzung, daß für ihn der eigene Gebrauch des bezüglichen Miethobjects nothwendig ist..

Desgleichen ist von keiner Bedeutung, ob im concreten Falle der Miether durch die Verdrängung oder der Vermiether durch die Entbehrung der Sache größere Nachtheile erleidet, da durch den

*) Die Verpflichtung des Vermiethers zur Gewährung der zur Räumung erforderlichen Zeit ergiebt sich aus Art. 4125.

**) Die augenscheinliche „Singularität" der römischrechtlichen Bestimmung, welche dem Art. 4117 zu Grunde liegt, erscheint vom gesetzgeberischen Standpunkte entschieden verwerflich und ist deshalb auch in keine der modernen Gesetzgebungen übergegangen. Bei der Anwendung des Art. 4117 empfiehlt sich also eine möglichst einschränkende Interpretation.

Art. 4117 nicht das größere Interesse an dem Behalten bzw. an der Erlangung der Sache geschützt werden soll, sondern dem Vermiether ohne Rücksicht auf das etwa hiedurch geschädigte Interesse des Miethers das Recht zugesprochen wird, im Falle eigenen nothwendigen Gebrauches der Sache den Miether zu verdrängen.

Dagegen wird durch die Behauptung des Beklagten, daß in derselben Straße, sowie in den benachbarten Straßen mehrere Budenlocale miethfrei seien, durch deren Anmiethung den Klägern weder Unbequemlichkeiten, noch Nachtheile erwachsen würden, und daß ferner in dem Hause der Kläger sich noch zwei andere, zu einem Materialwaarengeschäfte geeignete Locale befänden, deren Räumung Kläger ohne große Nachtheile für die Miether zu erlangen im Stande seien, — die Behauptung der Kläger, daß sie „nothwendig" gerade des dem Beklagten vermietheten Budenlocales bedürften, mit Erfolg im Einzelnen bestritten. Gerade auf diese beiden Momente kommt es an, nicht darauf, ob überhaupt in irgend einer Straße der Stadt zu einem Materialwaarengeschäfte, wie Kläger es betreiben, geeignete Localitäten miethfrei sind; da dem Vermiether das mit einem Umzuge in eine andere Gegend der Stadt verbundene Risico und der damit verknüpfte Nachtheil des Verlustes seiner gegenwärtigen Kundschaft nicht zugemuthet werden kann."

1381. Ist der Miether zum einseitigen Rücktritte vom Miethvertrage berechtigt, weil der Vermiether im selben Hause öffentliche Dirnen beherbergt?

I. Die obige Frage wurde in dem rechtskräftigen Beweisinterlocute des Vogteigerichts vom 25. September 1881, № 180 mit folgender Begründung verneint:

„Allerdings hat die Rechtsprechung der hiesigen städtischen Gerichte sich bereits mehrfach dahin ausgesprochen, daß in dem Beherbergen öffentlicher Dirnen und dem Gestatten der Ausübung gewerbsmäßiger Unzucht durch dieselben in der Miethwohnung von Seiten des Miethers ein Verderben des Miethobjects im Sinne des Art. 4118 des Prov.-Rechts Thl. III. zu sehen ist und daß der Vermiether in diesem Falle sofortige einseitige Aufhebung des Contracts verlangen darf. Allein, daß umgekehrt auch der Miether befugt ist, das Miethverhältniß ohne Kündigung aufzuheben, wenn

der Vermiether öffentliche Dirnen in seinem Hause duldet, kann umsoweniger angenommen werden, als die Art. 4121—4124 a. a. O., welche die Gründe zur einseitigen Aufhebung des Miethvertrages von Seiten des Miethers angeben, durchaus keinen Anhaltspunkt für diese Anschauung gewähren. Der Art. 4122 giebt als Aufhebungsgrund zwar den Fall an, daß sich solche Fehler und Mängel einstellen, welche den Genuß oder Gebrauch ganz oder beträchtlich hindern, ohne daß eine Abhilfe möglich wäre. Allein die Beherbergung öffentlicher Dirnen kann schon an sich wohl kaum als ein der Wohnung anhaftender Mangel angesehen werden, jedenfalls aber nicht als ein solcher, dem nicht abgeholfen werden kann, da eine Beseitigung des Uebelstandes durch Vermittelung des Hauswirthen und eventuell durch Inanspruchnahme der Polizei jederzeit möglich sein muß."

II. Dagegen heißt es in einem rechtskräftigen Bescheide der II. Section des Landvogteigerichts vom 1. Juni 1882, № 124:

„Nach Art. 4048 des Prov.-Rechts Thl. III müssen beim Miethvertrage beide Contrahenten den Verpflichtungen, welche das Vertragsverhältniß mit sich bringt, alle Sorgsamkeit widmen, die billiger Weise verlangt werden kann, und der Art. 4054 a. a. O. bestimmt ferner, daß der Vermiether weder selbst den Gebrauch der vermietheten Sache stören, noch auch schuld daran sein darf, daß der Miether durch einen Dritten gestört werde. Es bedarf aber keiner weiteren Ausführung, daß ein Hauseigenthümer, welcher es duldet, daß in einer in seinem Hause befindlichen Restauration feile Dirnen verkehren oder sich dort behufs Betreibens der Unzucht dauernd aufhalten, oder welcher, nachdem er in Erfahrung gebracht, daß eine Mietherin liederliche Frauenzimmer bei sich beherberge, dieselbe auch ferner in seinem Hause behält und die Beschwerden der übrigen Miether über die daraus erwachsenden Unzuträglichkeiten unberücksichtigt läßt, — daß ein solcher Hauswirth diesen Miethern auch nicht zumuthen kann, noch länger in seinem Hause zu bleiben. Beklagter wird daher dem klagenden Miether den einseitigen Rücktritt vom Vertrage gestatten müssen, wenn derselbe den Nachweis seiner Klagebehauptungen zu erbringen vermag."

1382. Zur Anwendung des Art. 4122 des Prov. Rechts, Thl. III.

„Es ist einerseits wohl constatirt, daß der Ofen nicht feuersgefährlich, sondern im gehörigen Stande war, zugleich aber auch, daß er die zur Erwärmung der Wohnung erforderliche Wärme nicht erzeugt hat. Die Andeutung des Klägers in dessen Fragestücken — die übrigens alle von den Zeugen mit Nichtwissen beantwortet sind —, daß Beklagter es an der nöthigen Sorgfalt bei der Benutzung des Ofens habe fehlen lassen, ist nicht nachgewiesen; was um so nothwendiger war, als es im eigenen Interesse des Bewohners liegt, die zur gewöhnlichen Temperatur der Wohnung gehörende Heizung nicht zu versäumen, also die Vermuthung für die Anwendung der betreffenden Sorgfalt streitet. Dagegen darf dem Miether nicht die Anwendung von Mitteln bzw. Maßnahmen zugemuthet werden, die das gewöhnliche Maß übersteigen und folglich kann Kläger nicht für sich geltend machen, daß Beklagter bei Holzverschwendung, also wenn er gemäß der Annahme des Zeugen M. jedesmal 1/16 Faden Holz beim Heizen des Ofens verwandt hätte, seinen Ofen allerdings genügend hätte erwärmen können. Denn die gewöhnliche Beschaffenheit des Ofens durfte vom Beklagten beim Miethen der Wohnung vorausgesetzt und mit Recht erwartet werden: der Zustand desselben, welcher nur bei einem ganz abnormen Holzverbrauche ein Erheizen der Wohnung ermöglicht, stellt daher einen vom Kläger als Vermiether zu vertretenden Mangel dar (Art. 4058 und 4059 des Prov.-Rechts Thl. III) und dieser Mangel berechtigte den Beklagten zum Rücktritte vom Vertrage, weil derselbe einerseits ohne ein — im Winter unthunliches — Umsetzen des Ofens nicht zu beseitigen war und andererseits den Aufenthalt in der Wohnung unerträglich machte, also deren Gebrauch behinderte (Art. 4122 a. a. O.).

Demnach muß die Einrede des Beklagten, daß er wegen der ungenügenden Beschaffenheit des Ofens und dadurch bedingten Unerheizbarkeit der Wohnung vorzeitig vom Vertrage abgehen durfte, Bestätigung finden."

(Rechskräftiges Urtheil der I. Section des Landvogteigerichts vom 10. Februar 1882, № 53).

1383. Befugniß des Miethers, wegen eines vom Vermiether vorgenommenen Baues, durch welchen die Nutzung des Miethlocales beeinträchtigt wird, Schadenersatz zu fordern bzw. vom Vertrage abzugehen.

I. Die Eheleute S. hatten von der Beklagten eine Wohnung von 3 Zimmern gemiethet, welche einen Eingang von der Straße hatte. Bei einem von der Beklagten vorgenommenen Umbau wurde der bisherige Hausflur nach der Straße in ein Budenlocal verwandelt und der Eingang zu der von den Eheleuten S. gemietheten Wohnung nach dem Hofe verlegt. Die Miether verlangten zunächst Entschädigung wegen der durch den Bau beeinträchtigten Nutzung des Miethlocales und klagten, als solche verweigert wurde, auf Aufhebung des Vertrages. In dem App.-Erk. des Raths vom 15. Juni 1884, № 4124 wurde hinsichtlich der Begründung des Klageanspruches, sowie der beklagterseits vorgeschützten Einrede, daß Kläger in den Umbau gewilligt hätten, Folgendes ausgeführt:

„Eine ausdrückliche Erklärung der Kläger gegenüber der Beklagten, daß sie mit dem von der Beklagten vorgenommenen Umbau ihrerseits einverstanden seien, liegt nicht vor. Ebensowenig ist eine solche stillschweigende Erklärung nachgewiesen. Daß die Kläger ihr Zimmer behufs Verlegung des Aufganges geräumt und daß sie davon Kenntniß gehabt haben, ohne sogleich zu erklären, daß sie deswegen ausziehen wollten, enthält noch keineswegs einen stillschweigenden Verzicht auf das Recht hierzu. Es liegt im Gegentheil viel näher, anzunehmen, daß die Kläger sich den bezüglichen Umbau vorläufig haben gefallen lassen in der Voraussetzung, daß sie dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt, bzw. wegen der Beeinträchtigung durch die Beklagte entschädigt werden würden. Diese Annahme findet auch ihre directe Unterstützung in dem Briefe vom 29. August, in welchem von der Beklagten das klägerische Begehren, daß ihnen ein Theil der Miethe wegen des ihnen durch den Bau zugefügten Schadens erlassen werde, als „ungesetzlich" zurückgewiesen worden ist. Dieses Begehren war aber nicht ein ungesetzliches, weil nach Art. 4054 und 4055 des Prov.-Rechts Thl. III der Vermiether den Miether in dem Gebrauche der vermietheten Sache nicht stören darf, ohne Schadenersatz zu leisten, und zu der Gebrauchs-

störung auch ein unnöthiger Bau gehört. Daß der fragliche Umbau nothwendig gewesen sei und weshalb namentlich, ist nicht dargethan und der Ausspruch der Zeugen, daß aus dem Vorhause ein Budenlocal gemacht sei, läßt eher auf das Gegentheil schließen. Da nun den Klägern der von ihnen gewünschte Miethnachlaß nicht gewährt wurde, ist es nicht zu verwundern, daß sie — wie der Brief vom 23. October lehrt — ihren Willen äußerten, das Miethlocal zu verlassen. Beide Willenserklärungen der Kläger sind aber mit einem Einverständnisse derselben mit dem Umbau nicht wohl zu vereinbaren und folglich ist ein stillschweigender Verzicht der Kläger auf das ihnen wegen des Umbaues etwa zustehende Recht der Vertragsaufhebung auch nicht anzuerkennen.

Dieses Recht ist ihnen dagegen nicht abzusprechen, denn nach Art. 4123 a. a. O. darf der Miether vom Vertrage abgehen, sogar wenn Bauten nothwendig geworden sind und während des Baues ein beträchtlicher Theil der Wohnung unbrauchbar wird, umsomehr also, wenn der vom Vermiether unternommene Bau nicht nothwendig war. Die Nothwendigkeit des hier in Frage stehenden Baues ist — wie bereits bemerkt — nicht nachgewiesen, dagegen ist nach Angabe des Zeugen P. schon im Juni oder Juli die frühere Thür der klägerischen Wohnung vermauert worden; es ist ferner unbestritten, daß das eine der 3 Zimmer, aus denen die Wohnung bestand, behufs Vornahme der Arbeiten von den Klägern geräumt worden ist, daß diese Arbeiten mindestens vier Wochen gedauert haben und daß noch am 23. October, wo die Arbeiten „fast" beendet waren, noch Coaksöfen in das Zimmer hineingestellt werden mußten „um das Local rasch wieder bewohnbar zu machen", wonach es noch gestrichen und tapezirt werden sollte. Unzweifelhaft ist hiernach nicht nur ein bedeutender Theil der Wohnung während des Baues unbrauchbar geworden, sondern die Unbrauchbarkeit hat auch längere Zeit gedauert und Beklagte hat trotzdem einen Nachlaß am Miethzinse den Klägern ausdrücklich verweigert. Es liegen somit alle Voraussetzungen des im Art. 4123 a. a. O. normirten Rücktrittsrechts vor und Kläger waren deshalb zu dessen Ausübung befähigt."

II. „Nach Art. 4123 des Prov.-Rechts Thl. III ist der Miether befugt, einseitig die vorzeitige Auflösung des Miethvertrages zu fordern, wenn rücksichtlich des Hauses, in welchem die gemiethete Wohnung sich befindet, Bauten nothwendig geworden sind, so daß ein beträchtlicher Theil der Wohnung während des Baues unbrauchbar wird, oder sogar die Nothwendigkeit eintritt auf eine Zeit lang eine andere Wohnung zu beziehen. Wenn zwar hier nur von nothwendigen Bauten die Rede ist, so ist diese Bestimmung gemäß § XXI der Einleitung des Prov.-Rechts doch auch auf unnöthige Bauten zu beziehen, da bei beiden dieselbe ratio legis vorliegt, außerdem aber noch in letzterem Fall den Vermiether regelmäßig ein Verschulden trifft, mithin die Lage des Miethers eine noch günstigere ist. Dieses Recht wird jedoch nicht durch einen jeden, sondern nur durch einen derartigen Bau gewährt, bei welchem eine beträchtliche Störung der dem Miether zustehenden Befugnisse eintritt. Dieses sagt nicht nur das Gesetz ausdrücklich („beträchtlicher Theil der Wohnung"), sondern findet solches auch seine Bestätigung in den angezogenen Quellenstellen (l. 27. pr. D. XIX 2: . . . ut eam partem coenaculi dominus aperuisset, in quam magnam partem usus habitator haberet; — l. 60 pr. eodem: ita ut nec habitare quisquam, nec ostendere alicui posset). Als „beträchtlich" läßt sich aber eine Störung sowohl begrifflich, als auch im Sinne des Gesetzes nur dann auffassen, wenn sie nicht blos ihrem Umfange, sondern auch der Zeitdauer nach eine solche ist. Für letzteres Moment spricht ferner die Quellenstelle, welche zum Art. 4121 a. a. O., der über den Verzug als Auflösungsgrund handelt, angezogen ist (l. 24 § 4 eodem: . . . . nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet), sowie namentlich auch der Art. 4060 a. a. O., welcher bei kurzzeitigen Störungen durch nothwendige Reparaturen den Vermiether sogar von einem verhältnißmäßigen Erlaße des Miethzinses befreit. Außerdem ist auch nicht unberücksichtigt zu lassen, daß im Allgemeinen gemäß Art. 3209 und 3210 a. a. O. die Regel gilt, daß einmal eingegangene Verträge selbst dann aufrecht zu erhalten sind, wenn der Mitcontrahent seine Verbindlichkeit zu erfüllen nicht Willens ist, mithin die bezüglichen Bestimmungen über die einseitige Aufhebung, wie solches auch Art. 3211 a. a. O. ausdrücklich hervorhebt, Ausnahmen

und als solche in Anleitung des § XIX der Einleitung a. a. O. eng zu interpretiren sind. Ob nun eine derartige Störung vorliegt, läßt sich nicht im Allgemeinen, sondern nur unter Berücksichtigung der concreten Umstände jedes einzelnen Falles beantworten."
(Bescheid der I. Section des Landvogteigerichts vom 3. März 1882, № 87).

1384. Zur Anwendung des Art. 4124 des Prov.-Rechts Thl. III.

1. „Als einen Grund zur einseitigen Aufhebung des Miethvertrages erwähnt das Privatrecht unter anderen im Art. 4124 die ungesunde Beschaffenheit der vermietheten Localität. Dieses Moment, welches seinem Wesen nach gleichfalls in einem Mangel besteht, kann ebensowenig, wie jeder andere Mangel den Miether ohne weiteres zur einseitigen Auflösung des Miethvertrages berechtigen. Diese Befugniß ist ihm hier gleichfalls nur für den Fall zuzusprechen, daß er eine gesundere Localität mit Recht beanspruchen konnte. Hierfür sprechen nicht nur die bereis erwähnten Art. 4058 und 4047 a. a. O., sondern spricht auch der Umstand, daß andererseits eventuell, z. B. wenn wissentlich, mithin mit Zustimmung ein ungesundes Local gemiethet worden wäre, die Erfüllung dieses Vertrages völlig in die Willkür des Miethers gestellt sein würde, was rechtlich unzulässig (Art. 2923 a. a. O.) und somit gemäß § XX der Einleitung a. a. O. nicht anzunehmen ist. Die Ueberfluthung durch das Hochwasser und die hierdurch veranlaßte Gebrauchsstörung, sowie Feuchtigkeit ist bei einem Wohn- resp. Geschäftslocal an sich unzweifelhaft als ein beträchtlicher Mangel und die Gesundheit gefährdender Umstand anzusehen. Indessen kann dieses Moment, Obigem nach, nicht ohne weiteres in jedem einzelnen Falle als einseitiger Aufhebungsgrund des Miethvertrages geltend gemacht werden, sondern es kommt darauf an, ob das Nichtvorhandensein dieses Mangels nach dem Contracte und der Billigkeit zu erwarten war, oder nicht. Unstreitig hat Beklagter vom Kläger einen Keller resp. ein Souterrainlocal in einer niedrigen, dem Hochwasser im Frühjahr ausgesetzten Gegend gemiethet und muß demnach auch die hiermit zusammenhängenden gewöhnlichen Folgen tragen; es sei denn, daß dieser Uebelstand bei dem fraglichen Local in einem beträchtlich höheren Maße eingetreten ist, als er bei anderen, unter gleichen

oder wenigstens ähnlichen Verhältnissen befindlichen Räumlichkeiten stattzufinden pflegt. Dieses Mehr braucht er sich nicht gefallen zu lassen und würde ihm demnach das Recht zum einseitigen Rücktritt gewähren. Daß dieses in casu der Fall gewesen sei, hat der Beklagte beim negativen Verhalten des Klägers zu beweisen."

(Aus den Gründen eines rechtskräftigen Erkenntnisses der I. Section des Landvogteigerichts vom 20. April 1882, № 144).

II. „Durch Sachverständige, welche die Wohnung des Klägers besichtigt haben, ist constatirt, daß dieselbe in hohem Maße feucht ist und daß dadurch die Gesundheit der Bewohner gefährdet wird. Dieselben Sachverständigen haben indessen auch festgestellt, daß die hochgradige Feuchtigkeit der Mauerwände in der klägerischen Wohnung bei den, unter ganz gleichen Verhältnissen belegenen, Nachbarwohnungen nicht vorhanden ist; wofür eine Erklärung darin gefunden wird, daß es Kläger an zweckmäßiger Behandlung seiner Wohnung, namentlich an der in neuen Häusern richtigen Beseitigung der Feuchtigkeit dnrch genügendes Heizen und Lüften hat fehlen lassen . . . .

Nach Art. 4122 des Prov.-Rechts Thl. III kann der Miether wohl einseitig die Aufhebung eines Miethverhältnisses wegen solcher Fehler der Miethwohnung verlangen, welche sich im Laufe der Gebrauchszeit einstellen; dagegen muß nach Art. 4058 bzw. 4076 a. a. O. angenommen werden, daß der Miether auf die Geltendmachung derjenigen Fehler und Mängel, deren Vorhandensein ihm nicht hätte verborgen bleiben können, durch Abschluß des Miethvertrages verzichtet habe. Nun konnte es dem Kläger nicht unbekannt gewesen sein, daß das Haus, in welchem er von dem Beklagten eine Wohnung miethete, eben erst erbaut war; er konnte auf eine trockene Wohnung nicht rechnen, also wegen solcher Uebelstände, welche sich aus der Mauerfeuchtigkeit des neugebauten Hauses ergaben, auch nicht die Auflösung des Miethvertrages verlangen*).

*) Vgl. Band IV, № 590. Wenn übrigens die Feuchtigkeit in einem neuen Hause das gewöhnliche Maß überschreitet und eine der Gesundheit des Miethers nachtheilige Beschaffenheit der Miethwohnung erzeugt, kann letzterer nach der Meinung des Herausgebers auf Grund des

Die Wahrnehmungen der Experten, welche sich von den Ursachen der außerordentlichen Feuchtigkeit der Wohnung des Klägers zu überzeugen gesucht haben, führen noch dazu zu der Annahme, daß Kläger an der Sorgsamkeit, durch welche er die übermäßige Feuchtigkeit hätte vermeiden können, es hat fehlen lassen (vgl. 3441 a. a. O.). Daher ist die Abweisung seiner Klage durchaus gerechtfertigt."

(App.-Erk. des Raths vom 19. December 1884, № 8708).

1385. Begründung der Klage des vorzeitig verdrängten Miethers eines Budenlocales gegen den Vermiether auf Ersatz des entgangenen Gewinnes.

Der Getränkehändler A. war dadurch, daß der Vermiether seines Geschäftslocales das Haus verkauft hatte, vor Ablauf seiner Miethzeit genöthigt worden, das Miethlocal zu verlassen, und belangte den Vermiether nunmehr auf Ersatz des ihm entzogenen Reingewinnes, welchen er nach Abzug der Ausgaben von den Geschäftseinnahmen für die beiden letzten Jahre auf durchschnittlich 17 Rbl. 50 Kop. für den Monat berechnete. Die II. Section des LVG. wies am 8. Juni 1882, sub № 125 die Klage wegen mangelnder Substantiirung ab, auf klägerische Appellation wurde dagegen Kläger aus folgenden Gründen durch Appellationsurtheil vom 1. September 1882, № 5780 zum Beweise zugelassen:

„Das angefochtene Erkenntniß nimmt irrthümlich an, Kläger habe sich nicht auf die Anführung beschränken dürfen, daß ihm durch die vertragswidrige Entziehung des Miethlocales ein ihm dort zugefallener Reingewinn entgangen sei, sondern habe noch darlegen müssen, daß und weshalb er anderweitig dafür keinen Ersatz gefunden habe. Nach dem Princip, daß ein jeder allemal nur diejenigen Thatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, welche die Entste-

Art. 4124 vom Vertrage abgehen, auch wenn die Voraussetzungen des Art. 4122 nicht vorliegen. Anderenfalls hätte es keinen Sinn, daß das Gesetz neben dem Art. 4122 noch den Fall des Art. 4124 als besonderen Auflösungsgrund erwähnt. Insbesondere kommt es nicht darauf an, daß sich die gesundheitswidrige Beschaffenheit vielleicht im Laufe der Zeit beseitigen läßt, nur darf der Miether dieselbe nicht durch eigenes grobes Verschulden selbst hervorgerufen haben. Ob dazu das Unterlassen des Lüftens gehört, ist Thatfrage.

hung seines Anspruchs ergeben, nicht aber die rechtshindernden oder rechtsaufhebenden Thatsachen, hat der Schadenersatz Fordernde nicht mehr anzuführen und eventuell zu beweisen, als daß ihm durch die rechtswidrige Handlung des Beklagten ein Schaden geursacht worden ist. Daß er in Folge derselben Handlung einen Vortheil bzw. Gewinn erlangt habe, welcher den Schaden ganz oder zum Theil wieder ersetzt, — das vorzubringen ist Sache des Beklagten. Kläger hat nun behauptet, daß er in dem ihm vom Beklagten vermietheten Local nach Abzug der Ausgaben von den Einnahmen durchschnittlich im Monat 17 Rbl. 50 Kop. rein verdient habe, und das ist zur Begründung der Forderung auf Ersatz dieses Gewinnes für die Zeit, während welcher durch den behaupteten Vertragsbruch dem Kläger die Nutzung des Miethlocales entzogen worden war, ausreichend. Dagegen ist es eine Einredebehauptung, wenn Beklagter angiebt, Kläger erziele in einem Local, welches er in Folge seiner Nöthigung zum Verlassen des streitigen Miethlocales gemiethet habe, einen eben solchen oder noch größeren Reingewinn (vgl. Seuffert's Archiv Bd. 34, № 245. Bd. 35, № 256). Nicht minder ist es unrichtig, wenn Beklagter eine ausreichende Substantiirung der Ausgabeposten in der klägerischen Rechnung vermißt, denn die Behauptung größerer Ausgaben wäre abermals Sache des Beklagten. Die Unrichtigkeit der Auffassung des Beklagten endlich, als ob Kläger erst die zweijährige Frist [bis zum Ablaufe des mit Beklagtem geschlossenen Miethvertrages] abwarten müsse, ehe er einen Schadensstand aufstellen könne, erhellt schon aus dem Art. 4072 des Prov.-Rechts Thl. III. So wenig der Vermiether zu warten braucht, ob er die Miethsache nicht anderweitig verwerthen kann, sondern sofort die Miethzahlung für die gesammte Miethzeit fordern darf, so wenig kann dem Miether zugemuthet werden, mit der Entschädigungsforderung zu warten, bis sich herausstellt, daß er durch andere Umstände wegen des Vertragsbruches keinen Schaden erlitten hat. Hiernach erweist sich die Klage als ausreichend begründet."

1386. Zur Auslegung des Art. 4130 des Prov.-Rechts Thl. III.

„Der Art. 4130 des Privatrechts sagt keineswegs, daß der Miethvertrag durch den Concurs des Miethers erlösche, sondern

bestimmt nur, daß in diesem Falle weder die Gläubiger, noch der Vermiether zur Fortsetzung des Vertrages „gehalten sind" und daß sie beiderseits an eine Kündigungsfrist nicht gebunden sind. Damit kann nur gesagt sein, daß der Miethvertrag durch einfache Erklärung der Gläubiger oder des Vermiethers jederzeit aufgehoben werden kann, nicht aber daß er auch ohne eine solche Erklärung aufgehoben ist (vgl. auch Bayer, Concursproceß, § 31 am Ende). Denn „man ist zur Fortsetzung eines Vertrages nicht gehalten" heißt soviel als man hat das Recht, sich von dem Vertrage loszusagen. Dieses Recht, das dem Concurscurator als dem Vertreter der Gläubiger zustand, bedurfte, wenn es in Wirksamkeit treten sollte, einer Erklärung dem Vermiether gegenüber."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 17. Juli 1881, № 139).

1387. Rechtsfolgen einer unrechtfertigen Kündigung beim Pacht- oder Miethvertrage, bzw. beim Dienst- und Gesindevertrage. Sach- oder Dienstmiethe?

„Es fragt sich, welche Rechtsfolgen die unrechtfertige Kündigung, welcher Folge gegeben wird, nach sich zieht. Diese Frage ist verschieden zu beantworten, je nachdem es sich um einen Pacht- oder um einen Dienstvertrag handelt.

Beim Pacht- oder Miethvertrage hat eine vorzeitige Kündigung an sich gar keine rechtliche Wirkung (vgl. civilrechtliche Entscheidungen IV, Seite 215*). Der Pächter bzw. Miether braucht diese Kündigung nicht zu beachten und kann in dem Räumungsprocesse, ohne der Kündigung Folge zu geben, die richterliche Entscheidung abwarten. Räumt indessen der Pächter in Anlaß der Kündigung, ohne es auf einen Proceß ankommen zu lassen, so kann nur angenommen werden, daß er der vorzeitigen Kündigung zugestimmt hat, und dann ist er auch nicht weiter ersatzberechtigt. Ist nun der in Frage kommende Vertrag als ein Pachtvertrag anzusehen, so hätte Klägerin keinerlei Ersatzansprüche, weil sie sich der vorzeitigen Kündigung freiwillig und ohne Zwang unterworfen hätte.

Das vorliegende Vertragsverhältniß läßt sich jedoch besser in den Rahmen eines Dienst- oder Gesindevertrages, als in den eines

*) Siehe dagegen die Note auf Seite 321.

Pachtvertrages einfügen. Die Klägerin, die ihrerseits keine Pachtzahlung zu leisten hatte, war zur Führung der Oekonomie im beklagten Verein nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Außerdem hatte sie eine Reihe von Dienstleistungen übernommen, wie das Beleuchten und Bereinigen des Vereinslocals, das Bedienen der Gäste ꝛc. Für ihre Dienste erhielt sie den Erlös vom Verkaufe und freie Wohnung . . .

Für den Dienst- und Gesindevertrag gilt die von den städtischen Gerichten wiederholt anerkannte Regel, daß der Dienstverpflichtete die thatsächliche Fortdauer des Dienstes wider den ausgesprochenen Willen des Dienstherrn auch dann nicht zu erzwingen vermag, wenn letzterer den Vertrag vorzeitig und ohne rechtlichen Anlaß aufheben will. Die hiermit sehr wohl vereinbare rechtliche Fortdauer manifestirt sich nur darin, daß der Dienstverpflichtete den ihm für solchen Fall rechtlich zustehenden Lohn bzw. Schadensersatz beanspruchen kann (vgl. Art. 4224 des Prov.-Rechts Thl. III). Wenn daher Klägerin vom Vereinsvorstande plötzlich entlassen worden wäre oder ihre dienstliche Stellung *nach Ablauf* der Kündigunsfrist verlassen hätte, so wäre in Ermangelung gesetzlicher Entlassungsgründe ihre Schadensersatzforderung wegen vorzeitiger Dienstaufhebung begründet gewesen, weil sie ihrer Dienstherrschaft thatsächlichen Widerstand nicht entgegensetzen durfte. Nun steht aber . . . fest, daß Klägerin am 9. April eine Kündigung zum 23. April empfangen und daß sie bereits am 13. April, mithin zehn Tage *vor* Ablauf der Kündigungsfrist, den Dienst verlassen hat, wodurch der beklagte Vorstand in nicht geringe Verlegenheit gesetzt gewesen sein soll . . .

Die Klägerin war nach Empfang der vorzeitigen Kündigung am 9. April durchaus nicht berechtigt, sich an den Vertrag für nicht weiter gebunden zu halten, sondern sie hätte den Ablauf der Kündigungsfrist abwarten sollen. Dadurch, daß Klägerin aber am 13. April, mithin 10 Tage zu früh, ihre Dienstleistungen eingestellt und das Vereinslocal verlassen hat, hat sie sich ihrerseits einer Vertragsverletzung schuldig gemacht, während die angebliche gegnerische Vertragsverletzung noch garnicht eingetreten war. Im Widerspruch zur untergerichtlichen Entscheidung muß daher festgestellt werden, daß

Klägerin durch ihr eigenes vertragswidriges Verhalten ihrer Schadensersatzklage den Boden entzogen hat."

(App.-Erk. des Raths vom 10. August 1884, № 5480).

1388. a. Kann der ohne rechtlichen Grund entlassene Dienstverpflichtete von dem Dienstberechtigten die Fortsetzung des Dienstverhältnisses, oder nur Schadensersatz wegen vorzeitiger Entlassung fordern?

b. Kann das Retentionsrecht durch Cautionsleistung beseitigt werden?

Beklagter war seiner Stellung als Leichenbestatter des hebräischen Todtenbestattungsvereins von der Administration desselben enthoben worden, erklärte aber die Entlassung für unrechtfertig und verweigerte die Räumung der ihm zugewiesenen Dienstwohnung. Er wurde jedoch in beiden Instanzen zur Räumung verurtheilt. Die Gründe des Querelbescheides des Raths vom 16. Mai 1884, № 3403 lauten:

„Beklagter beruft sich darauf, daß er auf Lebenszeit engagirt worden und daher auch auf lebenslängliche Benutzung der in Frage kommenden Dienstwohnung Anspruch erheben dürfe. Da indessen nach Art. 4188 des III. Thls. des Prov.-Rechts der Dienstherr unter Umständen zum vorzeitigen Rücktritte vom Vertrage berechtigt ist, so fragt es sich nur noch, ob das Vorhandensein von Aufhebungsgründen den Dienstherrn zu einseitiger sofortiger Entlassung mit aufhebender Wirkung berechtigt oder ihm nur die Befugniß gewährt, die Auflösung des Dienstvertrages im Rechtswege zu beantragen, so daß dann bis zur Abgabe des Richterspruches das Dienstverhältniß unter allen Umständen fortzubestehen hätte. Der Art. 4188 des III. Theils des Prov.-Rechts, welcher von der Aufhebung des Dienstvertrages handelt und welchem der von der Aufhebung des Gesindevertrages handelnde Art. 4220 a. a. O. sich eng anschließt, besagt, daß vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit der Dienstvertrag von Seiten des Dienstberechtigten aus besonderen dort angeführten Gründen durch einseitige Kündigung aufgehoben werden

kann; er läßt daher einen Zweifel darüber nicht aufkommen, daß durch die einseitig erfolgte Erklärung des Dienstberechtigten, vom Vertrage zurückzutreten, letzterer ohne weiteres sein Ende erreicht. Ist aber mit der Rücktrittserklärung der Vertrag als solcher *aufgehoben*, so ist die Folge hiervon die, daß der Entlassene nur Ersatz wegen vorzeitiger Entlassung*), niemals aber Erfüllung begehren darf, und daß der nachträgliche Richterspruch das Verhältniß als gelöst voraussetzen muß, daher nur auf die *Ersatzansprüche* wegen unrechtfertiger Vertragshebung sich beziehen kann (vgl. *Endemann*, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts I, Seite 264. Fuchsberger, die Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Seite 94**). Es kann daher dem Unterrichter nur darin beigepflichtet werden, daß er dem Beklagten die Befugniß absprach, die *thatsächliche Fortdauer* des Dienstverhältnisses wider den Willen des Klägers zu erzwingen, und ihn mit seinen etwaigen Schadenersatzansprüchen zu besonderer Klage verwies. Ist aber das zwischen den streitenden Theilen bestandene Dienstverhältniß als gelöst zu betrachten, so ergiebt sich als weitere Rechtsconsequenz die Verpflichtung des Beklagten, die von ihm eingenommene Dienstwohnung, die doch nur für die Zeit des Dienstes ihm eingeräumt war, zu verlassen.

Es könnte allenfalls nur die Frage aufgeworfen werden, ob nicht etwa dem Beklagten wegen seiner mit dem Klageanspruche allerdings connexen Gegenforderungen bis zu deren Befriedigung ein *Retentionsrecht* an der Dienstwohnung zustehe? Allein nach Maßgabe der Klagebeantwortung kann nicht angenommen werden, daß Beklagter sich dieses Sicherungsmittels im vorliegenden Falle habe bedienen wollen; denn einmal hat er seine etwaigen Ersatzansprüche näher zu substantiiren unterlassen und andrerseits will er keineswegs die Nutznießung der Dienstwohnung aufgeben, während nach Art. 3384 des III. Theils des Prov.-Rechts der Retinirende sich gerade des Gebrauches der zurückgehaltenen Sache zu enthalten hat.

*) Vgl. Band III, Seite 278 und 279 und oben S. 339.

**) Die Entscheidungen VIII (№ 39), S. 153. XIII (№ 15), S. 221. XVII (48), S. 220, 221, welche dort citirt sind, beziehen sich nur auf das *preußische Particularrecht*, nicht auf das gemeine Recht.

Hierzu kommt, daß die Ersatzansprüche des Beklagten zur Zeit noch illiquid sind, bei illiquiden Gegenforderungen aber dem Kläger in der Regel unbenommen ist, das Retentionsrecht durch Cautionsleistung zu beseitigen*), da durch letztere der auf Sicherstellung des Anspruches gerichtete Zweck des Retentionsrechts ebenfalls vollständig erreicht werden kann (vgl. Goldschmidt, Handelsrecht I, Seite 987. Seufferts Archiv XVI, 94. XVII, 2). Nun hat aber Klägerin bereits in der Vorinstanz zur Sicherstellung der beklagtischen Ansprüche eine Caution von 200 Rbl. in Obligationen der II. Orientanleihe beigebracht, ohne daß Beklagter diese Caution für insufficient erklärt hat. Ja, Klägerin ist noch weitergegangen und hat im Verhandlungstermin vom 23. Februar 1884 eventuell zur Erhöhung der Caution sich erboten, ohne daß beklagterseits dieses Erbieten acceptirt worden ist. Zu einem weiteren Aufrechthalten des Retentionsrechtes, falls Beklagter überhaupt ein solches hat zur Geltung bringen wollen, wäre somit gar kein Anlaß vorhanden."

1389. Dienstvertrag. Haftung des Dienstherrn für die dem Dienstverpflichteten durch ein ihm zur Hütung anvertrautes Thier zugefügte Beschädigung.

W. war von dem Arrendator S. als Hüter des auf dem Pachtgute befindlichen Viehes angestellt und in der Folge von dem zur Heerde gehörigen Stier derart verletzt worden, daß er starb. Seine Wittwe verlangte von dem Arrendator S. eine lebenslängliche Unterstützung von 5 Rbl. monatlich, indem sie behauptete, Beklagter trage an der Verletzung ihres Mannes die Schuld, weil er auf die Bösartigkeit des Stieres aufmerksam gemacht worden sei, aber demselben die Hörner weder habe absägen, noch mit Kugeln versehen lassen. Die Klage wurde indessen sowohl von der I. Section des LWG., als auch vom Rathe durch Querelbescheid vom 23. Januar 1885, № 619 abgewiesen. In letzterem heißt es:

„Die Bösartigkeit des Stieres, von welcher Beklagter durch den Verstorbenen in Kenntniß gesetzt sein soll, hat doch offenbar der Verstorbene, welcher sich der Aufgabe, ihn zu hüten gewachsen

*) Vgl. oben № 1328 u.b 1376.

fühlte, besser als der Beklagte kennen müssen. Getraute sich der Verstorbene, mit dem Thier fertig zu werden, ohne daß besondere Maßnahmen dazu in Bereitschaft gesetzt wurden, so kann in der Unterlassung solcher Maßregeln ein Verschulden des Beklagten nicht gefunden werden.

Anders hätte sich die Sache verhalten, wenn sich der Verstorbene geweigert hätte, den Stier auf die Weide zu treiben, ehe zur Bewältigung desselben die nöthigen Vorbereitungen getroffen waren, und wenn der Verstorbene gezwungen worden wäre, den Stier zu hüten, obgleich er sich dieser Aufgabe nicht gewachsen erklärte (vgl. Art. 4397 des III. Thls. des Prov.-Rechts). Davon ist hier aber nicht die Rede. Die Thatsache allein, daß Beklagter von dem Verstorbenen und auch von anderen Personen auf die Bösartigkeit des Stieres aufmerksam gemacht worden, kann dagegen nicht ausreichen, um ihn gegenüber dem Verstorbenen, als dem Hüter des Thieres, wegen der von ihm nicht abgewehrten Bosheit desselben in Verschulden zu setzen (vgl. Art. 4185 a. a. O.)."

1390. Die sechsmonatliche Kündigungsfrist besteht im Verhältnisse zwischen dem Handlungspersonal und dem Principal nur für solche Personen, die im ausschließlichen Dienste des letzteren stehen.

Kläger war von Beklagtem zur Anfertigung von Translatarbeiten engagirt und ohne Kündigung entlassen worden, worauf er die Zahlung des Gehalts für ein halbes Jahr forderte. Beklagter behauptete, das Gehalt sei monatlich vereinbart und er deshalb auch höchstens zu einer einmonatlichen Kündigung verpflichtet gewesen. In dem Querelbescheide des Raths vom 17. November 1882, № 7574 wurde bemerkt:

„Dem Kläger ist darin beizupflichten, daß nicht blos bei Jahrescontracten, sondern auch bei Verträgen von unbestimmter Dauer, welche mit Comptoirbeamten abgeschlossen werden, gewohnheitsgemäß eine sechsmonatliche Kündigungsfrist besteht. In welchen Zeiträumen die Gagenzahlung erfolgt, ist gleichgiltig und kann es nicht gebilligt werden, wenn der Unterrichter — augenscheinlich

unter analoger Anwendung der für Miethverträge bestehenden Vorschrift des Art. 4106 des Privatrechts — aus der Art der Zahlung, d. h. aus der Verabfolgung von Monatsraten, eine Vermuthung dafür gewinnen will, daß Kläger nur im Monatsengagement gestanden habe. Der Eidesantrag des Klägers:

es ist nicht wahr, daß ich, als ich den Kläger engagirte, ihm gesagt habe, daß er an Gage 150 Rbl. jährlich erhalte,

wäre zu streichen, wenn Kläger im ausschließlichen Dienste des Beklagten gestanden hätte, das ist aber keineswegs der Fall. Die Arbeiten, welche Kläger zu leisten hatte, dienten ihm nur als Nebenbeschäftigung . . ., er bezeichnet sich auch selbst als einen „Bankbeamten". Bei einem so gearteten Verhältniß kann die Billigkeit, auf welcher das Ortsherkommen beruht, nicht die Einhaltung einer sechsmonatlichen Kündigungsfrist gebieten. Nebenarbeiten lassen sich vielleicht auf andere Dienstleistende übertragen und andererseits wird der Dienstpflichtige durch Entziehung solcher Arbeiten nicht in seinem Haupterwerbe gestört, d. h. brodlos gemacht. Die Entschädigung für einen Monat muß in solchen Fällen als hinreichend angesehen werden, wenn nicht etwa von den Contrahenten ein festes Jahresengagement vereinbart worden war. Der Eid ist hiernach allerdings für relevant zu erkennen."

II. Ein rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 3. März 1883, № 104 lautet:

„Nach örtlichem Gewohnheitsrecht besteht in dem Verhältniß zwischen Principal und Commis eine halbjährliche Kündigungsfrist, sofern eine bestimmte Vertragsdauer nicht vereinbart worden ist, und zwar ohne Unterschied ob ein jährliches oder ein monatliches Gehalt vereinbart war. Allein dieser Rechtssatz gilt nur für den regelmäßigen Fall, wo der Commis im alleinigen Dienste eines Principals steht, dagegen nicht für Dienstverträge über Nebenarbeiten, zu denen sich ein anderweitig fest engagirter Commis nebenher verpflichtet (civilrechtl. Entsch. V, № 840 sub II und Querelbescheid des Raths vom 17. November 1882, № 7574). Hier ist im Zweifel bei monatlicher Gehaltszahlung auch nur eine monatliche Kündigung einzuhalten. Da Kläger unbestritten vom Beklagten nur Nebenarbeiten übernommen, sein eigentliches, ihn ernährendes

Dienstverhältniß aber in einem anderen Geschäfte gehabt hat, so ist nach dem Vorstehenden als Kündigungsfrist zwischen den Parteien eine solche von einem Monate, nicht von sechs Monaten anzusehen.

Anders würde es sich verhalten, wenn Beklagter den Kläger von vorne herein auf ein Jahr angestellt hätte, indem nach Art. 4187 des Prov.-Rechts Thl. III, alsdann der Vertrag nach Ablauf des ersten Jahres auf je ein weiteres Jahr verlängert zu gelten hätte. Wenn aber Kläger auf des Beklagten Frage nach der Höhe der Vergütung einzig gesagt hat, er fordere 120 Rbl. jährlich, und Beklagter seinerseits, gleichfalls ohne sonst etwas zu äußern, diese Forderung acceptirt hat, so kann daraus schon an sich nicht gefolgert werden, daß die Parteien den Vertrag gerade auf ein Jahr haben schließen wollen; es ist vielmehr ebensowohl möglich, daß sie an eine bestimmte Zeitdauer garnicht gedacht, also das Verhältniß auf unbestimmte Zeit vereinbart haben. Denn die Bezeichnung „120 Rbl jährlich" kann auch nur den Maßstab oder die Höhe des Gehaltes festzustellen, bestimmt gewesen sein. Angenommen indessen, es sei ursprünglich in der That der Vertrag auf ein Jahr zwischen den Parteien geschlossen worden, so fehlt es doch an einem Nachweis dafür, daß er auch später auf ein Jahr verlängert sei. Denn der Art. 4187 a. a. O. geht davon aus, daß dasselbe Vertragsverhältniß stillschweigend fortgesetzt wird, im Fragefalle ist aber unstreitig das Gehalt später erhöht worden und die Veränderung des Gehaltes bedeutet nichts anderes als den Abschluß eines neuen Vertrages (civilrechtl. Entsch. IV, № 586). Da nun dafür, daß auch dieser neue Vertrag auf die bestimmte Zeit eines Jahres und nicht auf unbestimmte Zeit geschlossen sei, keinerlei Thatsachen vorliegen, so läßt sich für Beklagten eine Verpflichtung, dem Kläger 6 Monate vor dem 5. Februar 1882 zu kündigen, rechtlich nicht begründen. Dagegen war er allerdings zu einer einmonatlichen Kündigung verbunden, und hat, da er seine Behauptung, dem Kläger bereits im November 1881 gekündigt zu haben, nicht bewiesen hat, auf Grund der Art. 4184 und 4186 a. a. O. zur Zahlung des Gehaltes für einen Kündigungsmonat an den Kläger verurtheilt werden müssen".

1391. a. Endigung des auf eine bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstvertrages.
b. Beweislast darüber, ob ein Dienstvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen sei.

I. Der am 7. Mai 1882 von der beklagten Handlung als Commis angestellte und am 10. Januar 1883 entlassene Kläger verlangte bei dem Anführen, daß er auf unbestimmte Zeit angestellt und deshalb eine sechsmonatliche Kündigungsfrist einzuhalten gewesen sei, die Zahlung seines Gehalts für diese Kündigungsfrist. Beklagte behauptete, Kläger sei bis Anfang Januar 1883 für eine Probezeit angestellt und am 10. Januar deshalb entlassen worden, weil er sich verschiedener grober Pflichtversäumnisse schuldig gemacht habe.

Das Wettgericht erkannte am 15. März 1883 sub № 135 dahin, daß der Klageanspruch begründet sei, wofern nicht Beklagte die behauptete grobe Pflichtverletzung des Klägers beweisen sollte. Gründe:

„Nach Art. 4186 des Prov.-Rechts Thl. III. erlischt der auf bestimmte Zeit abgeschlossene Dienstvertrag durch den Ablauf der Zeit von selbst und nur, wenn er nach Ablauf derselben von beiden Theilen fortgesetzt wird, ist nach Art. 4187 anzunehmen, daß er auf wenigstens ein Jahr stillschweigend verlängert sei. Es besteht also gesetzlich in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen der Dienstmiethe und der Sachmiethe, welche letztere nach Art. 4105 auch in dem Falle, daß eine bestimmte Zeitdauer vereinbart war, mit deren Ablauf nicht von selbst, sondern nur insofern erlischt, als sechs Monate (bzw. ein Monat u. s. w.) vorher gekündigt wurde. Wenn nun der Dienstvertrag auf bestimmte Zeit mit dem Ablaufe dieser sein Ende erreicht, so folgt daraus, daß der Kläger, welcher seinerseits eine sechsmonatliche Kündigung beansprucht, behaupten muß, der Vertrag sei auf unbestimmte Zeit, bei der allein nach Art. 4186 die Einhaltung einer Kündigungsfrist geboten ist, geschlossen worden, und daß diese Behauptung die Grundlage des Anspruches auf Zahlung des Gehalts für sechs Monate nach der Entlassung bildet. Diese Behauptung ist daher auch vom Kläger zu beweisen, wenn der Beklagte einen anderen Vertragsinhalt, nämlich eine bestimmte Vertragszeit geltend macht. — Dagegen läßt sich nicht etwa einwenden, daß bezüglich der Sachmiethe die

Beweislast anders vertheilt worden sei (civilrechtl. Entscheid. II, № 234. III, № 393). Denn einestheils besteht zwischen beiden der bereits hervorgehobene Unterschied und anderentheils schlagen die dort in Betracht kommenden Zweckmäßigkeitsgründe (a. a. O. III, Seite 262) hier nicht durch.

Im Fragefalle hat Kläger indessen weiter behauptet, er sei erst am 10. Januar 1883 entlassen worden, und Beklagte hat dies zugegeben, wiewohl sie anführt, Kläger sei von ihr auf Probe bis Anfang Januar 1883 angestellt worden. Dadurch wird nun die Sachlage wesentlich verändert. Da nämlich Kläger nach Angabe der Beklagten am 8. Mai seinen Dienst angetreten hat, muß gegenüber der unbestimmten Ausdrucksweise: „Anfang Januar" auch angenommen werden, daß die Probezeit spätestens am 8. Januar endigen sollte. Da Beklagte aber nicht am 8. Januar, sondern erst am 10. Januar die Entlassung ausgesprochen hat, war das Dienstverhältniß bereits über die bestimmte Zeit hinaus fortgesetzt und folglich der Vertrag nach Art. 4187 a. a. O. als stillschweigend auf die frühere Dauer von 8 Monaten verlängert anzusehen. Gleichgiltig ist dabei, ob Kläger am 8. Januar Nachmittags im Comptoir der Beklagten war oder nicht, weil Beklagte am 8. Januar den Kläger ebensowohl brieflich hätte entlassen können, als sie es am 10. Januar gethan hat. Ebenso unerheblich erscheint es, ob Kläger wirklich bis zum 8. Jannar „auf Probe" angestellt war, weil mit dem Ablaufe der Probezeit Kläger jedenfalls sich als definitiv angestellt ansehen durfte, sofern Beklagte nicht vorher ihm etwas anderes kundgegeben hatte. Die bloße gelegentliche Aeußerung, sie sei mit ihm nicht zufrieden, ist aber nicht als Erklärung des Willens aufzufassen, den Kläger mit dem Ablaufe der Probezeit zu entlassen. Das Resultat dieser Erwägungen ist also, daß der Anspruch des Klägers auf Gehaltzahlung für 6 Monate nach der Entlassung schon durch die unstreitige Thatsache begründet ist, daß er erst am 10. Januar entlassen wurde, und daß es folglich eines Beweises dessen, daß Kläger auf unbestimmte Zeit angestellt sei, nicht mehr bedarf."

II. Auf Appellation der Beklagten wurde hingegen der Beklagten in erster Linie der Beweis auferlegt, daß der Dienstvertrag

mit dem Kläger auf die feste Dauer von Anfang Mai 1882 bis Anfang Januar 1883 geschlossen sei und nur eventuell die erstrichterliche Beweisauflage aufrecht erhalten.

„Der auf eine bestimmte Zeit abgeschlossene Dienstvertrag — besagt der Querelbescheid des Raths vom 19. August 1883, № 6569 — erreicht durch den Ablauf der Zeit von selbst sein Ende, ohne daß es einer Handlung oder Erklärung seitens einer Partei bedarf (Art. 4186 des Prov.-Rechts Thl. III). War daher im Fragefalle der Vertrag von Anfang Mai 1882 bis Anfang Januar 1883 oder — wie das Wettgericht mit Rücksicht auf den Beginn der Dienstzeit erklärt — vom 8. Mai bis zum 8. Januar geschlossen, so müßte das Vertragsverhältniß am Sonnabend, den 8. Jannar, auch ohne eine Erklärung seitens des Beklagten für beendet angesehen werden. Nur aus der thatsächlichen Fortsetzung des Dienstverhältnisses mit Wissen beider Theile über diesen Endtermin hinaus, konnte nach Art. 4187 a. a. O. auf die stillschweigende Vertragserneuerung geschlossen werden. Da aber der 9. Januar auf einen Sonntag fiel und Kläger am 10. Januar, nachdem er sich am Morgen im Comptoir gezeigt hatte, alsbald auch das ihn zum Fernbleiben auffordernde Schreiben der Beklagten empfing, so kann von einer Fortsetzung des Dienstverhältnisses mit Wissen beider Theile garnicht die Rede sein. Beklagte hat vielmehr deutlich und rechtzeitig, d. h. an dem ersten Tage, an welchem sie zur Verhinderung der ihr nachtheiligen Rechsfiction überhaupt hierzu eine Veranlassung hatte (am Montag den 10. Januar), durch jenen Brief zu erkennen gegeben, daß sie die Fortsetzung des Vertrages keineswegs wünsche. Es konnte mithin auch eine stillschweigende Vertragserneuerung seitens der Beklagten nicht angenommen werden. Die unterrichterliche Entscheidung muß demnach, soweit sie sich auf diese, für unrichtig erkannte Prämisse gründet, aufgehoben und durch eine neue Entscheidung des Obergerichts ersetzt werden (Proceßpräjudicate, № 295).

Hier kommt es darauf an festzustellen, wie die Beweispflicht hinsichtlich der Dienstdauer zu vertheilen ist, nachdem sich erwiesen hat, daß die Dienstdauer für die Entscheidung des Streites keineswegs gleichgiltig, sondern von erheblicher Bedeutung ist. Die unterrichterlichen Erwägungen hinsichtlich der Beweislast, bzw. der Umstand,

daß das Wettgericht, falls es nicht eine stillschweigende Vertragserneuerung angenommen hätte, in erster Reihe *den Kläger* zur Beweisführung über die unbestimmte Dienstzeit verpflichtet haben würde, sind jedoch für das Obergericht, welches über diese Beweisfrage selbständige Entscheidung zu treffen hat, selbstverständlicher Weise nicht maßgebend. Nach Lage der Sache ist nun nicht Kläger, sondern vielmehr *Beklagte* zur Beweisführung über die Dauer der Dienstzeit zu verpflichten.

Eine unbestimmte Dienstdauer, bei welcher in dem Vertragsverhältnisse zwischen Kaufleuten und Handlungscommis eine sechsmonatliche Kündigungsfrist gewohnheitsrechtlich besteht (civilrechtl. Entscheid. IV, № 656 Seite 415 ff. V, Seite 292), ist nicht nur dann vorhanden, wenn ein Dienstvertrag ausdrücklich auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, sondern auch dann anzunehmen, wenn gar keine Dauer verabredet war, oder wenn die behauptete bestimmte Dauer nicht hat nachgewiesen werden können. Die beiden letzten Fälle sind einander vollständig gleichzuachten, weil der processualische Nachtheil derjenigen Partei, welche die bestimmte Dauer nicht nachgewiesen hat, nur in der Fiction besteht, daß eine bestimmte Vertragszeit auch nicht verabredet war. Da nun Art. 4186 a. a. O. festsetzt, daß bei der Nichtverabredung einer Dauer die nach dem örtlichen Herkommen bestimmte Kündigungsfrist zu beobachten sei, so ist für alle eben angeführten Fälle der unbestimmten Dienstdauer, soweit wenigstens das Verhältniß zwischen Kaufleuten und Handlungscommis in Betracht kommt, die gewohnheitsrechtliche sechsmonatliche Kündigungsfrist maßgebend. Wenn aber sowohl die Nichtverabredung einer Dienstdauer, als auch der mißglückte Beweis der bestimmten Dauer immer zu demselben Schlusse führen, daß der Dienstvertrag auf *unbestimmte* Zeit abgeschlossen sei, so folgt hieraus, daß *die Dienstdauer auf unbestimmte Zeit als das Präsumtive und eines Beweises nicht Bedürftige angesehen werden muß*. Die Unbestimmtheit der Dienstdauer bildet mithin bei der Feststellung der Beweislast den Ausgangspunkt für die Entscheidung und kann nicht in dem Sinne als zum Klagegrunde gehörig bezeichnet werden, daß im Falle des Widerspruches der Kläger die Unbestimmtheit darzuthun hätte. Im Hinblick auf die eben festgestellte Präsumtion hat vielmehr *jede Proceßpartei diejenige*

von ihr behauptete bestimmte Dienstdauer darzuthun, welche sie in eine günstigere Lage versetzt, als wenn eine unbestimmte Dienstzeit angenommen werden müßte*) Wie der klagende Handlungscommis, falls er nach seiner Entlassung mehr beansprucht, als den Dienstlohn für die gewohnheitsrechtliche Kündigungsfrist von sechs Monaten, die längere bestimmte Dauer nachzuweisen hat, so muß auch der verklagte Dienstherr, wenn er weniger oder garnichts zu bewilligen gesonnen ist, den Nachweis führen, daß in Folge des Verstreichens der von ihm behaupteten bestimmten Dienstzeit Kläger garnichts oder doch weniger zu beanspruchen hat, als den Dienstlohn für sechs Monate. Weil nun im Fragefalle Kläger nicht mehr gefordert hat, als den Dienstlohn für sechs Monate vom 8. Januar 1883 ab und beklagte Handlung versichert, daß der Dienstvertrag nur bis zu Anfang Januar geschlossen worden sei, so hat auch letztere diese Behauptung darzuthun."

III. Ferner enthalten die Motive des App.-Erk. des Raths vom 20. April 1884, № 2758 Folgendes:

„Beklagter ist der Ansicht, daß Kläger, da dessen unmündige Tochter nur gegen Wochenlohn engagirt worden, höchstens eine Entschädigung im Betrage eines Wochenlohnes beanspruchen dürfe, zumal sie, da ihr unter anderem auch das Ordnen des Ladens und das Wischen des Staubes von den Nähmaschinen obgelegen habe, nicht in die Kategorie von Handlungsgehilfen eingereiht werden könne . . . Nach den Aussagen der im Dienste des Beklagten stehenden Zeugen ist des Klägers Tochter bei Beginn ihrer Dienstzeit nur mit schriftlichen Arbeiten (Buchführung, Controle ꝛc.) beschäftigt worden. Es steht ferner unbestritten fest, daß Beklagter vor ihrem Engagement davon Kenntniß gehabt hat, daß sie im photographischen Atelier von N. N. hieselbst conditionirt hatte, und aus diesen Umständen muß darauf geschlossen werden, daß Beklagter die klägerische Tochter nicht als einfache Arbeiterin habe engagiren, sondern ihr eine ihren Fähigkeiten entsprechende höhere Stellung in seinem Geschäfte habe geben wollen. Die Auffassung des ersten Richters,

*) So war auch im App.-Erk. vom 11. Mai 1883, № 3198 erkannt.

daß sie zu den Handlungsgehilfen des Beklagten zu rechnen sei, erscheint mithin vollkommen gerechtfertigt.

Nach hiesigem Ortsgebrauche ist aber eine sechsmonatliche Kündigungsfrist als die im Verhältniß eines Principals zu seinem höheren Dienstpersonal übliche anzunehmen (civilrechtl. Entscheid. VI, № 1142). Die Behauptung, daß im concreten Falle eine kurze Verdingungsfrist vereinbart sei, ist von demjenigen Contrahenten zu beweisen, der sie aufgestellt hat. Aus der Thatsache, daß wöchentliche Bezahlung ausbedungen ist, läßt sich nicht ohne weiteres schlußfolgern, daß die Parteien eine wöchentliche Kündigungsfrist vereinbart haben, ebensowenig daß des Klägers Tochter zunächst nur auf eine einzige Woche habe engagirt werden sollen (vgl. civilrechtl. Entsch. VI, S. 302). Da Beklagter den Beweis, daß er zur Einhaltung gar keiner Kündigungsfrist verpflichtet oder daß eine kürzere als sechsmonatliche Kündigungsfrist vereinbart gewesen sei, nicht geführt hat, da ferner das Erbieten des vorzeitig entlassenen Dienstpflichtigen zum Rücktritt in den Dienst keineswegs zur Begründung der auf Lohnentschädigung wegen vorzeitiger Entlassung gerichteten Klage gehört (vgl. Art. 4184 des Prov.-Rechts Thl. III), so muß die angestellte Klage auf Zahlung des Gehaltes für 6 Monate für begründet erachtet werden."

(App.-Erk. des Raths vom 20. April 1884, № 2758.)

IV. Kläger war von der Beklagten als Commis für ihr Materialwaarengeschäft gegen ein Gehalt von 15 Rbl. monatlich, freie Wohnung und Beköstigung angestellt und nach 10 Tagen entlassen worden. Auf seine Klage wegen Zahlung des Gehalts für eine sechsmonatliche Kündigungsfrist erklärte Beklagte, daß sie den Kläger nur auf Probe angenommen und, da er sich nicht brauchbar erwiesen, wieder fortgeschickt habe. Das Wettgericht nahm unter Bezugnahme auf obige Präjudicate an, daß Beklagte hinsichtlich ihres Einwandes beweispflichtig gewesen und, da sie den Beweis nicht erbracht, zu verurtheilen sei. Beklagte appellirte dagegen und der Rath fällte am 19. September 1884 sub № 6367 nachstehendes Appellationsurtheil:

„Die Entscheidung der Frage, ob das Vorgeben der Beklagten, daß sie den Kläger nur zur Probe in Dienst genommen, eine von der Beklagten zu beweisende selbstständige Behauptung enthalte,

oder ob in ihr die Bestreitung einer von dem Kläger zu beweisenden Thatsache liege, kann nur in Anlehnung an das allgemeine Princip der Beweislast gewonnen werden, wonach jeder Partei der Beweis derjenigen zweifelhaften Thatsachen obliegt, welche zunächst zur Begründung des geltendgemachten Anspruches nothwendig sind. (vgl. Bayer, Vorträge Seite 728 und Renaud, Civilproceß § 98.)

Nun gehört zu den wesentlichen Erfordernissen eines Dienstvertrages allerdings, daß sich ein Contrahent dem anderen für eine dafür zu entrichtende Gegenleistung zu Diensten verpflichtet habe (Art. 4172 des III. Thls. des Prov.-Rechts), aber der aus einem solchen Vertrage hergeleitete Anspruch auf einen Dienstlohn hat nicht zur Voraussetzung, daß auch über die Dauer der Dienstleistung Verabredung getroffen wäre (vgl. Art. 4186 a. a. O.). Bei dem Nichtvorhandensein hierauf sich beziehender Nebenbestimmungen ist, wenn nicht aus der Beschaffenheit und dem Zwecke der Dienstleistung sich deren Dauer ergiebt, anzunehmen, daß der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen war, und seine Aufhebung durch eine unter Beobachtung der ortsüblichen Kündigungsfrist erfolgte Kündigung herbeigeführt werden könne. Solche Nebenbestimmungen, welche sich auf die Dauer des Dienstverhältnisses und auf die Kündigung beziehen, gehören mithin zunächst nicht zur Begründung eines aus dem Dienstvertrage hergeleiteten Lohnanspruches. Im vorliegenden Falle brauchte sie Kläger nicht in seiner Klage auszuführen, nicht zu beweisen. Gründete dagegen Beklagte ihren Anspruch darauf, daß sie ohne Einhaltung der ortsüblichen Kündigungsfrist den Kläger aus ihrem Dienst entlassen durfte, auf eine Nebenbestimmung, wonach er zunächst nur auf Probe angestellt sein sollte, so negirte sie dadurch nicht eine von denjenigen Thatsachen, welche zur Begründung des Klageanspruches nothwendig sind, sondern sie nahm durch eine selbstständige Behauptung auch die Last des Beweises auf sich. Die Auffassung des ersten Richters, wonach das Vorbringen der Beklagten, daß Kläger nur auf Probe angestellt gewesen, wegen Mangels des Beweises nicht zu berücksichtigen ist, erscheint mithin vollkommen begründet.

Was aber die Dauer der Kündigungsfrist betrifft, so kann nicht, wie vom ersten Richter geschehen ist, angenommen werden, daß sie sich auf sechs Monate erstrecke.

Der III. Theil des Prov.-Rechts enthält für die Dauer der Kündigungsfrist bei Dienstverträgen keine Bestimmung, durch welche, ähnlich wie bei Miethverträgen, jeder Zweifel gehoben wäre. Das Gesetz verweist in dieser Beziehung auf das örtliche Herkommen und es muß daher festgestellt werden, welche gleichförmige Uebung sich hier am Orte aus der Ueberzeugung ihrer rechtlichen Nothwendigkeit ergeben hat.

Wiederholt hat der Rath in seinen Urtheilen anerkannt, daß alle nicht auf eine bestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverträge*) ohne Rücksicht auf die besondere Stellung der Vertragschließenden, nach örtlichem Herkommen einer sechsmonatlichen Kündigung unterworfen seien. Es läßt sich indessen nicht verkennen, daß in den verschiedenartigen Verhältnissen, welche durch Dienstverträge begründet werden können, die Entlassung der Dienstleistenden hier am Orte verschiedenartig geübt wird. Der Procurant eines Engroshändlers hat von Seiten seines Geschäftsherrn auf Rücksichten Anspruch, von denen in dem Verhältnisse eines Getränkehändlers oder Höckerhändlers zum Gehilfen nicht die Rede sein kann. Ist letzteres auch nach den Normen zu beurtheilen, welche das Gesetz für den Dienstvertrag vorschreibt, so unterscheidet es sich meistens doch nur wenig von dem Verhältnisse eines Dienstboten zum Dienstherrn. Daher erklärt es sich, daß eine rechtliche Nothwendigkeit, auch bei Entlassung eines Dienstleistenden der letztgenannten Kategorie die sechsmonatliche Kündigungsfrist einzuhalten, zur allgemeinen Ueberzeugung nicht durchgedrungen, es vielmehr zur Uebung geworden ist, die Beendigung solcher Dienstverträge, welche den Gesindeverträgen am nächsten verwandt sind, durch eine Monatskündigung herbeizuführen. Diese Wahrnehmung zwingt den Rath von seiner Auffassung, daß sämmtliche Dienstverträge, wenn die Dauer der Kündigungsfrist nicht vertragsmäßig festgestellt worden ist, einer sechsmonatlichen Kündigungsfrist unterliegen, abzugehen**). Seine Aufgabe ist hier, wo das Gesetz der örtlichen Gewohnheit freies Spiel

*) Vgl. Band V, № 840 Seite 291. VI, № 1142 Seite 300.

**) Es ist also die von der Appellationsinstanz früher (Band VI, Seite 300) verworfene Ansicht des Wettgerichts, daß die sechsmonatliche Kündigungsfrist nicht für die Commis in Getränkewirthschaften und Höckerläden gelte, gegenwärtig als gebilligt anzusehen.

gewährt, nicht Recht zu schaffen, sondern die sich durch gleichförmige Uebung bethätigende Rechtsüberzeugung der Ortseinwohnerschaft zu erforschen und festzustellen. Wenn nun aber anzunehmen ist, daß weder Beklagte, noch Kläger bei Abschluß des Dienstvertrages, welchen Beklagte ohne vorhergehende Kündigung aufgehoben hat, in Aussicht genommen haben konnte, daß seine Auflösung an eine längere als eine Monatskündigung gebunden sein werde, weil unter gleichartigen Verhältnissen auch sonst eine längere Kündigungsfrist nicht üblich ist, so darf bei Bestimmung der Entschädigung, welche Kläger der plötzlichen Entlassung wegen in Anspruch zu nehmen hat, auch nur den Lohnbezügen und sonstigen Emolumenten Rechnung getragen werden, welche Kläger im Dienste verbleibend, während eines Monats genossen haben würde."

1392. Rücktrittsrecht des Dienstherrn vom Dienstvertrage.

„Das wettgerichtliche Erkenntniß vom 17. September 1881, № 353 spricht sich dahin aus, daß bei der Entscheidung der Frage ob der Beklagte Grund genug zur Entlassung des Klägers gehabt habe, nicht ein einzelnes Moment, sondern die Summe der von den Zeugen wahrgehaltenen Thatsachen maßgebend sei, aus dieser aber der Schluß gezogen werden dürfe, daß der Kläger seinen Dienstobliegenheiten in mangelhafter Weise nachgekommen sei und daß der Beklagte deshalb im Sinne des Art. 4188 des Prov.-Rechts Thl. III wohl befugt war, den Kläger wegen Dienstvernachlässigung bzw. Dienstunfähigkeit zu entlassen, zumal in einem Handelsgeschäfte Sorgfalt, Pünktlichkeit, Fleiß und überhaupt Pflichttreue von Seiten aller Beamten geboten sei. Wohl mit Recht hebt Appellant dagegen hervor, daß diese Auffassung im Widerspruche zum Art. 4188 stehe, da nach demselben nicht die Summe einzelner kleiner Versehen oder Nachlässigkeiten das Recht zur plötzlichen Entlassung des Dienenden gebe, sondern nur grobes Verschulden, unsittliche Führung, Unfähigkeit zur Leistung der übernommenen Dienste. Um einen Dienstvertrag nicht nach vorhergegangener Kündigung, sondern einseitig gegen den Willen des anderen Contrahenten zu lösen, müssen daher solche Thatsachen dargethan werden, aus welchen sich einer

der von dem Gesetz gestatteten Entlassungsgründe deutlich und klar ergiebt."

(Aus den Motiven des App.-Erk. des Raths vom 20. Januar 1882, № 462).

1393. Einseitiger Rücktritt vom Dienstvertrage durch concludente Handlungen.

Der Schiffer J. hatte am 25. Mai 1883 zwei Matrosen unter Anwendung von Schimpfworten ausgescholten und dabei auch gesagt: „Fort, packt Euch, ich kann euch nicht brauchen." Es wurde in einer dieserhalb von den Matrosen anhängig gemachten Klagesache streitig, welche rechtliche Bedeutung die gedachten Aeußerungen des Beklagten für die Aufhebung des Vertrages hätten. Hierüber besagt das App.-Erk. des Raths vom 11. Januar 1884, № 263 Folgendes:

„Es giebt Dienstverhältnisse, in welchen der Dienstpflichtige dem Dienstberechtigten nicht seine physischen Kräfte vermiethet und nicht seine Person derart unterwirft, wie es namentlich in dem Verhältnisse eines Dienstboten zum Dienstherrn geschieht. Bei Dienstleistungen höherer Art, wie sie ein Hauslehrer, ein Handlungsgehilfe, ein Buchhalter dem Dienstherrn für entsprechende Gegenleistung zuwendet, kommt jenes Verhältniß der persönlichen Unterwerfung in Wegfall. Der Dienstpflichtige giebt hier durch seine Dienststellung nicht den Anspruch auf, daß seine allgemeine menschliche und bürgerliche Geltung nicht durch Beleidigung in Frage gestellt werde. Einem Privatlehrer und Handlungsgehilfen kann nicht zugemuthet werden, daß er einem Dienstherrn, der ihm ob mit oder ohne Veranlassung Schimpfworte entgegenwirft und ihm zuschreit, er möge sich packen, man könne ihn nicht brauchen, — daß er einem Dienstherrn, der sich in der Weise gegen ihn vergangen hat, noch ferner Dienste leiste. Unter den hier in Betracht kommenden Verhältnissen, wäre unbedingt eine so rohe und beleidigende Behandlung als eine Schuld des Dienstherrn anzusehen, welche den Dienstpflichtigen veranlassen müßte, seine Dienstleistung zu unterbrechen. Ihm kann nicht zugemuthet werden, auf die Gefahr hin, abermals so behandelt zu werden, seinen Dienst wieder aufzunehmen.

Anders aber sind die Ansprüche beschaffen, welche in Beziehung auf ehrerbietige Behandlung das niedere Schiffsvolk gegen seinen Capitän zu erheben berechtigt ist. Matrosen, Schiffsjungen und Heizer auf den Schiffen nehmen zu ihrem Capitän dieselbe Stellung ein, wie Dienstboten zur Dienstherrschaft; jeder von ihnen ist dem Capitän persönlich unterworfen, zum Gehorsam verpflichtet und an die Ordnung, wie sie einmal festgesetzt worden, strengstens gebunden. Erweist sich einer ungehorsam oder ungeschickt bei der Arbeit, so muß er sich eine Züchtigung in Worten gefallen lassen und hat kein Recht, wegen der vom Capitän gebrauchten harten Ausdrücke gegen denselben eine Injurienklage zu erheben (vgl. Art. 4192, 4200, 4203 a. a. O.). Die für sie gewiß kränkende Behandlung seitens ihres Capitäns als eine ihnen für ihre Entfernung vom Schiff widerfahrene Züchtigung mit Worten hinzunehmen ohne daraus eine Injurienklage herleiten zu können, waren die Kläger auf Grund ihres Dienstcontracts gehalten. Beklagter aber hatte das Recht, in der angedeuteten Weise Hauszucht zu üben, und wie anders sollte ein Schiffscapitän die für die Schiffsleitung unentbehrliche Ordnung bei der ihm unterworfenen Mannschaft aufrecht erhalten? Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, trifft den Capitän selbst im Falle roher Ausschreitung bei der Wahl der zur Züchtigung des Schiffsvolkes gebrauchten Ausdrücke noch nicht eine Schuld, welche seine Leute veranlassen dürfte, ihm fernerhin die Leistung vertragsmäßig übernommener Dienste zu versagen.

Es kann aber auch die vom Beklagten gebrauchte Redewendung „Fort, packt Euch, ich kann Euch nicht brauchen", nicht in dem Sinne aufgefaßt werden, als läge darin die Erklärung, daß Beklagter weiter keine Arbeit von den Klägern entgegennehmen werde. Die Zusicherung des Dienstberechtigten, daß er des Dienstpflichtigen Leistungen nicht annehmen werde, muß zwar einer Verhinderung an der Fortsetzung der Dienste gleich geachtet werden; denn gegen den Willen des Dienstberechtigten können ihm solche Dienste, wie sie von den Klägern übernommen waren, nicht geleistet werden. Aber jene vom Beklagten gebrauchten Worte haben nicht die Tragweite, daß darin mehr gefunden werden könnte, als der Ausdruck der Absicht einer Züchtigung und allenfalls der Entfernung der Kläger aus seiner unmittelbaren Nähe. Darüber, daß Beklag-

ter sie nicht vom Dienst gänzlich entfernt wissen wollte, konnten die Kläger nicht im Zweifel sein, da schon am 26. Mai, wie durch Gegenbeweiszeugen festgestellt worden ist, seitens des Beklagten wiederholte Aufforderungen an sie ergingen, die Arbeit aufzunehmen."

1394. Zur rechtsgiltigen Entlassung des Dienstpflichtigen genügt das Vorhandensein eines Entlassungsgrundes, auch wenn derselbe dem Dienstherrn damals noch nicht bekannt war.

Beklagter hatte den mit der Buchführung beauftragten Kläger entlassen, weil er die Bücher angeblich höchst unordentlich geführt hatte, und in der Duplik mehrere Posten namentlich bezeichnet, welche nicht oder nicht richtig gebucht seien, was er erst nach des Klägers Entlassung erfahren habe. Kläger entgegnete, wenn dies der Fall sei, wären die fraglichen Umstände irrelevant, da sie doch die Entlassung nicht veranlaßt haben könnten. Der rechtskräftige Bescheid des Wettgerichts vom 1. December 1883, № 686 bemerkte darüber:

„Ob die bezüglichen Thatsachen dem Beklagten bei seinem Rücktritte vom Vertrage bereits bekannt waren oder ihm erst später bekannt geworden sind, ist für die Rechtsgiltigkeit der Entlassung gleichgiltig, da letztere nach Art. 4188 des Prov.-Rechts Thl. III nur dadurch bedingt ist, daß ein rechtlicher Entlassungsgrund vorhanden war, nicht aber dadurch, daß dieser als Beweggrund zu der Entlassung genannt oder vom Principal angesehen wurde (civilrechtl. Entscheid. VI, № 1143). Uebrigens enthalten die bezüglichen vom Beklagten nach der Klagebeantwortung zur Sprache gebrachten Thatsachen nicht neue Entlassungsgründe, sondern thatsächliche Grundlagen für den einen bereits genannten Entlassungsgrund der incorrecten und mangelhaften Buchführung."

1395. Haftung des Gewerbeunternehmers für die durch Handlungen oder Unterlassungen seiner Vertreter bzw. Betriebsbeamten verursachten Beschädigungen der Arbeiter.

„Kläger verlangt von der beklagten Administration des Gas- und Wasserwerks die Gewährung einer Unterstützung von 50 Kop. per Arbeitstag oder 150 Rbl. jährlich für 10 Jahre und führt

zur Begründung dieses Anspruchs an, er habe durch die Schuld des im Dienste der Beklagten stehenden Gasmeisters L. sich einen Bruchschaden zugezogen, wegen dessen ihm die Anstellung in den Werkstätten der K. D. Eisenbahn verweigert worden sei. Er habe nämlich am 29. September 1882 an einer Gasleitung arbeiten und zu diesem Behufe in eine Grube hinabsteigen müssen. Obgleich er und noch zwei andere Arbeiter den Gasmeister darauf aufmerksam gemacht, daß die Grube abgestützt werden müsse, weil sie sonst leicht einstürzen könne, habe der Gasmeister solches für unnütz befunden und sie geheißen, in die Grube hinabzusteigen und dort zu arbeiten. Bald darauf habe A. verlangt, daß Kläger ihm einen Maßstock aus der Grube hinausreichen solle; er habe solches auch gethan und L. sich über die Grube gebeugt, um den Stock in Empfang zu nehmen. Durch das Gewicht des L. aber seien die Grubenwände ein- und über dem Kläger zusammengestürzt, wobei er mehrfache Quetschungen und als dauernden Schaden einen doppelseitigen Bruch davon getragen habe, in Folge dessen er nur noch zu leichter Arbeit verwendbar sei.

Die Beklagte hat die Schlüssigkeit der Klage bestritten, weil sie für fahrlässige Handlungen ihrer Beamten dritten Personen gegenüber an sich nicht hafte und weil Kläger keinen besonderen Rechtsgrund für solche Haftung im Fragefalle angeführt habe.

In der vorliegenden Querel beschwert sich Beklagte darüber, daß sie mit ihrer Einrede der unschlüssigen Klage zurückgewiesen und zur Einlassung auf den klägerischen Anspruch angewiesen worden ist.

Der angefochtene Bescheid des Vogteigerichts vom 22. September 1884 geht davon aus, der im Dienste eines Gewerbeunternehmers stehende Arbeiter, welcher durch eine dienstliche Anordnung eines Repräsentanten bzw. Bevollmächtigten des Unternehmers oder einer von letzterem zur Leitung oder Beaufsichtigung der Arbeiten angestellten Person eine Körperverletzung erlitten habe, brauche nicht die aquilische Klage zu ergreifen, sondern könne seine Entschädigungsansprüche mit der Contractsklage verfolgen. Denn der Gewerbeunternehmer habe vermöge der ihm obliegenden Diligenz für die Sicherheit von Leben und Gesundheit der von ihm beschäftigten Arbeiter in gleicher Weise zu sorgen, wie der Miether für die

Integrität der ihm anvertrauten Gegenstände*). Im Provinzialrecht sei der fragliche Fall zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, der obige Rechtssatz ergebe sich aber aus der durch Art. XXI der Einleitung gebotenen Analogie der von der Sachmiethe handelnden Artikel 4048 und 4084 des Privatrechts. Beklagte könne deshalb die Verantwortung für die nach der Klagedarstellung durch eine Anordnung ihres Gasmeisters entstandene Beschädigung des Klägers nicht auf jenen abwälzen, sondern habe für dessen Anordnungen und Handlungen selbst einzustehen.

Die Querelrechtfertigung behauptet dagegen, die Analogie sei mit Unrecht herangezogen, weil das provinzielle Privatrecht für Beschädigungen vorliegender Art nur die aquilische Klage gebe und diese — wie bereits in dem Präjudicate № 276 der civilrechtl. Entscheid. anerkannt worden — nach Art. 3447 gegen die Beklagte nur wegen eines Verschuldens in der Auswahl ihrer Beamten erhoben werden könne, die nicht behauptet sei. Wenn man aber auch mit dem ersten Richter die Analogie der Bestimmungen über die Sachmiethe (Art. 4049—51 a. a. O.) für auf den Fragefall anwendbar halte, so ergebe sich dennoch die Haftung der Beklagten nur, wenn die Beschädigung 1) durch ihre Unwissenheit oder Ungeschicklichkeit geursacht wäre, oder 2) Beklagte die Veranlassung der Möglichkeit des Nachtheils vertragswidrig gegeben, oder solchen hätte abwenden können, oder 3) wenn ihr eine Schuld in der Beaufsichtigung oder Auswahl ihrer Leute zur Last fiele. Nichts dergleichen sei aber in der Klage angeführt, vielmehr sei Kläger nach seiner Darstellung in die Grube gestiegen, wiewohl er sich der Gefährlichkeit der Situation bewußt war. Beklagte bitte daher, den Kläger unter Verurtheilung in die Kosten beider Instanzen mit seiner Klage abzuweisen.

Die Behauptung der Beklagten, es könne der Dienstverpflichtete gegen den Dienstberechtigten wegen einer bei Ausübung des Dienstes erlittenen Verletzung nur die aquilische Klage anstellen und zwar auch blos dann, wenn dem Arbeitgeber ein Verschulden in der Auswahl oder Beaufsichtigung seiner Untergebenen zur Last falle, findet in dem dafür bezogenen Präjudicate

*) Vgl. Seuffert's Archiv 38, № 310. Holzschuher, Theorie und Casuistik III, Seite 893 Note.

sub № 276 der civilrechtl. Entscheidungen keine Stütze. Das dort abgedruckte Erkenntniß zweiter Instanz hat die Schadenersatzklage lediglich wegen mangelnder thatsächlicher Begründung des Verschuldens abgewiesen und in der Entscheidung erster Instanz ist zwar die Haftung des Dienstherrn auf die Fälle des Verschuldens bei der Auswahl oder Beaufsichtigung der Dienstleute beschränkt, es wird aber zugleich hervorgehoben, daß dies von der Beschädigung dritter Personen gelte, und namentlich auf die Verschiedenheit der Haftung des conductor operis für das Verschulden seiner Gehilfen gegenüber dem Besteller und gegenüber dritten, außerhalb des Vertrages stehenden Personen hingewiesen. Ob dabei mit Recht oder mit Unrecht angenommen wurde, daß der damalige Kläger gegenüber dem damaligen Beklagten eine solche „dritte" Person sei, ist für den vorliegenden Fall gleichgiltig, da hier nur interessirt, ob der jetzt von dem Vogteigerichte vertretenen Auffassung, wonach die Haftung des Gewerbeunternehmers gegenüber seinen Dienstleuten im Falle deren Beschädigung eine andere ist, als gegenüber dritten Personen, die Ausführungen der früheren Entscheidungen entgegenstehen, was zu verneinen ist.

Im Einklange mit der Auffassung des Vogteigerichts ist schon in einem Erkenntnisse des Landvogteigerichts (a. a. O. IV, № 608) ausgesprochen, daß ein Fabrikherr die Einrichtung der Fabrik so zu treffen habe, daß für Gesundheit und Leben der Arbeiter keine Gefahr entstehe, widrigenfalls er zur Schadloshaltung der durch die gefährliche Anlage verletzten Arbeiter verpflichtet sei. Dieser Rechtssatz, welcher übrigens auf jeden Gewerbeunternehmer auszudehnen ist, folgt nicht nur aus der Analogie der für die Sachmiethe gegebenen Vorschriften des Art. 4048 a. a. O., sondern findet seine directe Bestätigung auch im Art. 4185, wonach der Dienstberechtigte für einen Schaden, den der Dienstleistende durch Zufall erleidet, zu keinem Ersatze verpflichtet ist, wobei die Haftung aus dem Verschulden als selbstverständlich bestehen bleibt. Den Dienstberechtigten trifft aber ein Verschulden, wenn er die nöthige Vorsicht bei der Einrichtung der Localitäten, in welchen der Dienstverpflichtete seine Arbeit zu verrichten hat, verabsäumt. Ob er dabei die Einrichtung selbst vornimmt oder sie durch Andere vornehmen läßt, ist gleichgiltig; denn seine Verpflichtung ist es, für die gefahrlose Einrichtung zu

sorgen und, und wenn er sich dabei anderer Personen bedient, so nimmt er zugleich die Verantwortlichkeit für deren Handlungen auf sich.

Im Fragefalle handelt es sich um eine Grube, in welche Kläger zur Legung von Gasröhren hinabsteigen mußte und welche insofern die Localität darstellte, in welcher er zu arbeiten hatte. Kläger behauptet, daß der Gasmeister L., der die Arbeiten leitete, auf die Nothwendigkeit einer Abstützung der Grubenwände aufmerksam gemacht sei, aber dieselbe für unnöthig erklärt habe und daß hinterher die Wände dennoch eingestürzt seien. Die Wahrheit dieser Angabe vorausgesetzt, hat Beklagte die gefahrlose Einrichtuug der Grube unterlassen und ist für die daraus entsprungene Beschädigung des Klägers haftbar, trotzdem daß nicht sie selbst die Einrichtung getroffen hat — was ja überhaupt nicht möglich war — sondern durch einen ihrer Beamten hat treffen lassen. Wenn Beklagte dagegen einwendet, Kläger sei nach seiner Darstellung ungeachtet der von ihm erkannten Gefährlichkeit der Situation dennoch in die Grube gestiegen, so wird ihre Haftung deswegen nicht ausgeschlossen, weil Kläger als Untergebener sich den Anordnungen seines Vorgesetzten fügen mußte, folglich nach dessen Erklärung, daß die Abstützung nicht nothwendig sei, das Hineinsteigen in die Grube nicht wohl verweigern konnte, ohne sich dem Vorwurfe der Widersetzlichkeit auszusetzen. Jedenfalls darf ihm Beklagte den Gehorsam gegen die Anordnung des Gasmeisters L. nicht zum Vorwurfe machen. Da nun Kläger unbestritten als ständiger Arbeiter im Dienste der Beklagten stand, so ist nach dem Obigen seine Ersatzklage schon durch sein Contractverhältniß zu der Beklagten rechtlich begründet und sind die für eine Entschädigungsforderung dritter Personen geltenden Rechtssätze hier überhaupt nicht anwendbar.

Die Entscheidung erster Instanz, welche die Klage für schlüssig erachtet und Beklagte zur Einlassung auf sie verpflichtet hat, war demnach zu bestätigen."

(Querelbescheid des Raths vom 12. December 1884, № 8506).

1396. Klage eines Beamten der Dünaburg-Witebsker Eisenbahn gegen die Direction auf Ertheilung eines Attestates über tadellose Führung, wie es nach §§ 16 und 17 der Statuten der vereinigten Pensions- und Unterstützungskasse zur Erhebung der Pension gefordert wird.

„Beklagte vertritt die Ansicht, daß sie zur Ausstellung eines Attestates überhaupt nicht verpflichtet werden könne, weil dafür weder ein Gesetz, noch eine vertragsmäßige Verbindlichkeit bestehe. Beklagte hat aber dadurch, daß sie den Kläger bei seiner Anstellung zum Eintritt in die Pensionskasse verpflichtete, allerdings auch ihrerseits die Verbindlichkeit übernommen, dasjenige zu leisten, was ihr nach den Statuten dieser Kasse obliegt, und da nach § 16 der Statuten die Pension nur auf ein Attestat der Direction über die tadellose Führung der Pensionsberechtigten ausgezahlt wird, so hat die Direction selbstredend auch die vertragsmäßige Pflicht, dieses Attestat zu ertheilen, sofern nicht gesetzliche Gründe sie davon befreien. Das Verneinen hieße nichts anderes als die Pensionsberechtigung von der Willkür der Direction abhängig machen, welche jede Pensionszahlung durch Vorenthaltung des Attestes einfach vereiteln könnte.

Ebenso hinfällig ist die weiter von der beklagten Direction aufgestellte Ansicht, daß den vereinigten Directionen der Dünaburg-Witebsker und Riga-Dünaburger Eisenbahn die letzte Entscheidung über Pensionsansprüche mit Ausschluß der Gerichte zustehe. Der § 6 der Statuten der Pensionskasse bestimmt zwar:

> Alle Beschwerden der an der Pensions- und Unterstützungskasse Betheiligten über unrechtfertiges Verfahren des Vorstandes entscheiden allendlich die Directionen beider Gesellschaften in gemeinsamer Conferenz,

diese Bestimmung ist aber jedenfalls unwirksam in allen den Fällen, wo das Verfahren des Vorstandes bedingt ist durch eine Handlung bzw. Anordnung einer Direction. Denn solchenfalls ist die Direction selbst Partei in der Sache und kann daher nicht darüber entscheiden, ob die das Privatrecht eines Pensionsberechtigten berührende Handlung bzw. Anordnung gerechtfertigt ist, weil das gegen den Fundamentalsatz aller Rechtspflege verstoßen würde, daß niemand

Richter sein kann in seiner eigenen Sache (Cod. III, 5 ne quis in sua causa judicet vel jus sibi dicat). Wo also darüber Streit besteht, ob die Direction das nach § 16 der Statuten erforderliche Attestat, von welchem die Erlangung der Pension abhängt, mit Recht verweigere, kann eine Entscheidung niemals nach § 6 der Statuten, sondern einzig durch die Gerichte erfolgen, wobei es selbstverständlich ist, daß die betheiligte Direction solche Umstände, welche sie zur Begründung ihrer Weigerung, das Attestat auszureichen, behauptet, welche von der Gegenpartei aber bestritten werden, gemäß den allgemeinen Proceßvorschriften zu beweisen hat und beim Mißlingen des Beweises nicht weiter geltend machen kann (vgl. das App.-Erk. vom 1. September 1878, № 5794). Demnach ist die Klage an sich rechtlich begründet und es handelt sich nur um die Beantwortung der Frage, ob die Verweigerung des Attestates im Fragefalle aus den von der Beklagten geltend gemachten Gründen in der That gerechtfertigt wird.

Hierbei bedarf es zunächst einer Feststellung dessen, was unter der „im Uebrigen attestirten tadellosen Führung" im Sinne des § 16 der Statuten der Pensionskasse zu verstehen ist. Die Vorinstanz hat der Ansicht Ausdruck gegeben, es wäre „durchaus unbillig", der Direction das Recht zur Verweigerung des Attestates über tadellose Führung auch dann zuzusprechen, wenn nur ganz unbedeutende Versehen des Klägers constatirt seien. In diesem Resultate muß dem Vogteigerichte auch vollkommen beigepflichtet werden, nur gelangt man dazu nicht erst durch Gründe der Billigkeit, sondern schon durch Gründe des Rechts. Der § 16 spricht nämlich die Pensionsberechtigung denjenigen Beamten zu, welche bei im Uebrigen attestirter tadelloser Führung in Folge einer Kündigung ohne Anführung irgend welcher im § 17 benannter Gründe entlassen werden; wogegen der § 17 sie wiederum denjenigen Beamten abspricht, welche in Folge einer Kündigung aus dem Grunde entlassen werden; weil sie 1) wegen Unverträglichkeit oder 2) wegen Mangels an Diensteifer im Dienste nicht weiter verwendbar sind oder 3) sich der namentlich aufgeführten Vergehen schuldig gemacht haben. Aus der Verbindung beider §§ folgt rechtsnothwendig, daß „tadellose" Führung im Sinne des § 16 eine jede ist, welche nicht mit den im § 17 genannten Mängeln behaftet erscheint; oder mit anderen

Worten: das Attestat über tadellose Führung hat ein jeder Beamter zu erhalten, dem — wenn er auch sonst Tadel verdient oder sich thatsächlich zugezogen hat — nicht Unverträglichkeit, Mangel an Diensteifer oder eines der im § 17 namentlich bezeichneten Vergehen zur Last fallen. Damit erledigt sich die Ausführung der Beklagten, daß man sie nicht zwingen könne, eine Führung als tadellos zu attestiren, die nach ihrer Meinung nicht frei von Tadel gewesen sei, da „tadellose Führung" nicht im absoluten, sondern im relativen Sinne der §§ 16 und 17 der Statuten zu nehmen ist und da andererseits die Entscheidung darüber, ob einer der im § 17 aufgeführten Verweigerungsgründe vorliegt, im Streitfalle dem Gericht zusteht.

Was nun den beklagterseits behaupteten Mangel an Diensteifer anbetrifft, so läßt sich unter diesem nur ein schuldvolles, andauerndes Vernachlässigen dienstlicher Pflichten begreifen, dagegen weder einzelne Versehen, welche schwerlich bei irgend einem Beamten ganz fehlen werden, noch auch der Mangel geistiger Eigenschaften, welche für die vollständige Ausfüllung des einzelnen Postens zwar erforderlich sind, deren Nichtvorhandensein aber nicht in einer Schuld des betreffenden Beamten, sondern in dessen natürlicher Begabung begründet ist. Diese Auffassung entspricht nicht nur der sprachlichen Bedeutung des Wortes, sondern sie ist auch insofern geboten, als sonst der Ausdruck „Mangel an Diensteifer" zu einem so unbestimmten Begriffe verschwimmen würde, daß die Direction jeden ihr aus irgend einem Grunde unliebsamen Beamten unter dem Titel eines „Mangels an Diensteifer" entlassen und ihm damit seine Pensionsansprüche entziehen könnte."

(App.-Erk. des Raths vom 22. Januar 1882, № 516.)

Uebereinstimmend ist erkannt in dem App.-Erk. vom 3. März 1882, № 1524.

1397. Rechtliche Natur des Lehrvertrages zwischen einer Schneiderin und ihren Lehrlingen.

„Das Amtsgericht hat das in Rede stehende Rechtsverhältniß sowohl nach den Bestimmungen des Dienstvertrages, als auch besonders des Verdingungsvertrages beurtheilen zu müssen geglaubt . . . . Ein Verdingungsvertrag liegt indessen keineswegs vor, weil hier von der Herstellung eines bestimmten Werkes

oder von dem Vollbringen eines Unternehmens garnicht die Rede sein kann. Ebensowenig finden die Bestimmungen des Lehrlingsschragens auf diesen Fall Anwendung, da alle Voraussetzungen für dieselbe und namentlich des § 20 der Schragen, nämlich das Vorhandensein eines Handwerksmeisters und eines Lehrburschen, die Probezeit, der Abschluß eines förmlichen Lehrcontracts 2c. mangeln. . . . Das hier in Rede stehende Vertragsverhältniß, auch wenn dasselbe als Lehrvertrag bezeichnet wird, kann nur nach den Bestimmungen des Dienstvertrages bzw. in Analogie desselben beurtheilt und behandelt werden. Die klägerische Tochter hatte sich ausdrücklich zu Dienstleistungen im Nähen verbindlich gemacht und die Gegenleistung der Beklagten bestand in der Unterweisung im Nähen, Zuschneiden 2c. Ihre Verpflichtung zu regelmäßigen Dienstleistungen nach Bestimmung der Dienstherrin kann umsoweniger bezweifelt werden, als ihr das ursprünglich stipulirte Lehrgeld im Hinblick auf die von ihr erwarteten und auch versprochenen regelmäßigen Dienste erlassen worden war. Wenn Beklagte nun behauptet, daß des Klägers Tochter nicht nur häufig zu spät zur Arbeit gekommen, sondern auch wiederholt ohne Erlaubniß der Dienstherrin ganze Tage fort geblieben sei, so kann hierin nur die Behauptung eines groben Verschuldens seitens der Dienstverpflichteten erblickt werden und die grobe Verschuldung bildet nach Art. 4188 des Prov.-Rechts Thl. III einen Grund für die einseitige Dienstaufhebung."

(App.-Erk. des Raths vom 15. Juni 1883, № 4126).

1398. a. Ueber den Umfang der von einem Dienstmädchen zu leistenden Dienste.

b. Schadenersatz wegen Vertragsbruches des Dienstboten.

In einem Falle, wo der Beklagte in Berlin die Klägerin als s. g. „feines Hausmädchen" in Dienst genommen hatte, wurde in dem Erk. der I. Section des Landvogteigerichts vom 22. Februar 1882, № 77 bemerkt:

„Da Klägerin nicht als „Mädchen für alles", oder „Mädchen für Küche und Stube", auch nicht als „Kindermädchen", sondern als „feines Hausmädchen" — was etwa dem in Riga üblichen Ausdrucke „Stubenmädchen" entspricht — angenommen worden ist, so

war sie allerdings zu der Annahme berechtigt, daß außer ihr eine oder mehrere andere Personen als Dienstboten beim Beklagten vorhanden sein würden. Desgleichen war sie nicht verpflichtet, die Küche aufzuwaschen und schmutzige Kinderwäsche zu waschen, wie Beklagter das von ihr verlangt hat, da das Arbeiten einer „Köchin" bzw. eines „Kindermädchens" sind. Wegen augenblicklicher dringender Umstände mußte Klägerin, wie überhaupt jedes Dienstmädchen, zeitweilig auch Arbeiten ausführen, zu denen sie sonst nicht verbunden war; Beklagter gesteht aber selbst zu, daß Klägerin sogar neun Tage lang alle ihr übertragenen Arbeiten gemacht und daß er, solange dieselbe ihren „Pflichten" nachgekommen sei, kein anderes Mädchen engagirt habe. Daraus erhellt, daß einerseits Klägerin sich nicht geweigert hat, zeitweilig oder aushilfsweise ihr nicht obliegende Arbeiten zu leisten, daß andererseits aber Beklagter rechtswidrig von der Klägerin ihr nicht obliegende Arbeiten verlangt und nicht eher Anstalten zur Annahme einer zweiten Dienstmagd gemacht hat, als bis Klägerin die fernere Leistung der groben Arbeiten, welche Beklagter fälschlich für ihre „Pflicht" ausgab, verweigerte. War Klägerin somit bei dieser Weigerung ihrerseits im Recht, so durfte sie dagegen doch deshalb, weil Beklagter ihr jene groben Arbeiten zumuthete, nicht den Dienst verlassen, mit anderen Worten auch die von ihr vertragsmäßig übernommenen Arbeiten verweigern, und dies umsoweniger, als Beklagter bereits ein zweites Dienstmädchen für die gröberen Arbeiten angestellt hatte. Der einseitige Rücktritt der Klägerin vom Vertrage ist vielmehr nur für den Fall als gerechtfertigt anzusehen, wenn sie beweisen sollte, daß ihr in der That ungenießbare Nahrungsmittel vorgesetzt sind (Art. 4219 des Prov.-Rechts Thl. III), oder daß Beklagter selbst darin gewilligt hat (Art. 3572 a. a. O.).

Wenn Klägerin diesen Beweis nicht erbringen sollte, ist Beklagter doch nichtsdestoweniger nicht berechtigt, die Herausgabe der klägerischen Sachen, an welchen ihm nach Art. 4217 in Verbindung mit Art. 3383 Pkt. 2 a. a. O. allerdings ein Zurückhaltungsrecht zusteht, von der Berichtigung der von ihm bezahlten Reisekosten abhängig zu machen. Denn nach Art. 4225 a. a. O. ist die Dienstherrschaft, wenn der Dienstbote vor Ablauf der verabredeten Zeit den Dienst ohne gesetzliche Ursache verläßt, nur berechtigt

denselben zur Fortsetzung des Dienstes für die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist zu zwingen, oder den Ersatz eines Monatslohnes zu fordern, wogegen ihm weitergehende Schadensersatzansprüche nicht zustehen (vgl. civilrechtl. Entsch. V, № 845). Das factische Erfüllen des Dienstvertrages durch den Dienstboten physisch zu erzwingen, erscheint aber praktisch unausführbar und ist, wohl eben deshalb, vom Beklagten auch nicht beantragt. Die Entschädigungsforderung in Geld kann aber nach dem angeführten Art. 4225 den Betrag des vereinbarten Monatslohnes, d. h. nach Angabe des Beklagten 5 Rbl., nicht übersteigen."

1399. Juristische Natur des Vertrages zwischen einem Buchhändler und einem Lithographen über die mechanische Vervielfältigung eines literarischen Erzeugnisses. Dispositionsrecht über die hergestellten Exemplare.

Der Buchhändler K. hatte dem Lithographen S. die lithographische Herstellung einer geographischen Karte nach Maßgabe der Originalzeichnung für den Preis von 750 Rbl. übertragen und dabei zugleich die Lieferung der zu der Arbeit erforderlichen Umdrucksteine übernommen. Nachdem ein Theil der Exemplare von S. hergestellt war, erklärte der Besteller dieselben für unbrauchbar, weil die Farben nicht gleichmäßig seien. Desgleichen rügte er, daß auf den von S. ihm übergebenen Umdrucksteinen ein Theil der Gebirgszüge fehle und sämmtliche Schraffirungen. Er erhob deshalb gegen S. Klage 1) auf Rückzahlung der bereits empfangenen 450 Rbl., 2) Ersatz des durch die mangelhafte und verspätete Lieferung entstandenen Schadens und 3) auf Einziehung bzw. Vernichtung sämmtlicher bereits hergestellter Exemplare.

Beklagter bestritt die Schlüssigkeit der Klage, weil in derselben nicht angegeben sei, auf Grund welcher Zusicherung Beklagter die absolute Farbengleichheit zu vertreten habe, und weil Beklagter über die vom Kläger zurückgewiesenen Karten jedenfalls selbst disponiren dürfe, indem es sich um einen Kauf der Karten durch den Kläger handle.

Der Bescheid des Vogteigerichts vom 7. Juli 1883, № 157 verwarf den Einwand und verpflichtete Beklagten zur Einlassung auf Grund nachstehender Erwägungen:

„Ein Vertrag, durch welchen der Buchdrucker oder Lithograph eine Vervielfältigung literarischen Eigenthums auf mechanischem Wege übernimmt, ist in der That ein Verdingungsvertrag, wenngleich die nöthigen Vorzeichnungen, die Farben, die Druckerschwärze und das Papier vom Unternehmer geliefert werden. Denn diese Materialien sind nur als Zuthaten zu dem ihm vom Besteller übergebenen Hauptstoffe, als welcher sich im Fragefalle das literarische Eigenthum charakterisirt, aufzufassen. Nach Art. 4230 des Prov. Rechts, Thl. III liegt mithin ein Verdingungsvertrag vor, während nach Art. 4229 nur für den hier garnicht eingetretenen Fall, daß der Unternehmer den Stoff überhaupt, mithin vornehmlich den Hauptstoff liefert, der Besteller dagegen für das bestellte Werk nur Zahlung in Geld leistet, der Vertrag als Kauf beurtheilt werden soll. Vorliegend kommt noch hinzu, daß die Umdrucksteine, welche das in Rede stehende literarische Erzeugniß für die Zukunft zu fixiren bestimmt waren, dem Beklagten vom Kläger zur erforderlichen Bearbeitung übergeben sind und vom Beklagten dem Kläger bearbeitet zurückgeliefert werden sollten. Dadurch war deutlich zu erkennen gegeben, daß Kläger die Disposition über das literarische Erzeugniß sich sichern und jedenfalls nicht dem Beklagten überlassen wollte. . . . Wenn dem Vorstehenden nach ein Zweifel darüber nicht obwalten kann, daß Kläger, als Verleger der Karte, mit dem Beklagten einen auf Vervielfältigung dieses literarischen Erzeugnisses gerichteten Verdingungsvertrag geschlossen hat, so erscheint auch die Klage aus diesem Vertrage genügend thatsächlich substantiirt.

Nach Art. 4235 a. a. O. ist der Unternehmer dem Besteller zum Schadensersatz verpflichtet unter anderem, wenn das, was geschehen sollte, schlecht und nicht nach der Vorschrift des Bestellers gemacht ist. Im Zweifel darf angenommen werden, daß der Unternehmer sich zur Herstellung einer guten Arbeit verpflichtet habe und daß mit Rücksicht auf den concreten Fall die Karte erst dann als gut bezeichnet werden kann, wenn sie sauber lithographirt worden ist und in jedem Einzelexemplar Farbengleichheit aufweist. Sache des Unternehmers dagegen wäre es, geltend zu machen und nöthigenfalls zu beweisen, daß unter den concreten Verhältnissen es unmöglich war, die Karte in absoluter Farbengleichheit herzustellen.

Mithin war zur Klagebegründung die Behauptung nicht nothwendig, daß eine saubere Ausführung der Karte und Farbengleichheit in derselben ausdrücklich vereinbart gewesen sei.

Endlich ist auch das auf Einziehung und Vernichtung der vertragswidrig angefertigten Karten gerichtete Petitum schlüssig. Der Mangel jeder Dispositionsberechtigung des Beklagten über die von ihm angefertigten Karten einerseits und die Haftpflicht des Beklagten für die Mängel der Arbeit andererseits bringen es mit sich, daß Beklagter nicht nur den durch sein Verschulden dem Kläger geursachten positiven Schaden zu ersetzen, sondern auch die Einbuße der von ihm selbst gelieferten Zuthaten an Papier, Farbe, Druckschwärze ꝛc. zu tragen hat. In keinem Falle darf Beklagter, wenn er die Karte nicht nach der Vorschrift des Bestellers angefertigt hat und letzterer zum Empfange derselben nicht genöthigt werden kann, aus dem ihm anvertrauten literarischen Eigenthum des Klägers wider dessen Willen einen Gewinn erzielen."

1400. Ueber die Fälligkeit des Werklohnes.

Die Kläger hatten für den Beklagten die Ausführung von Maurerarbeiten übernommen gegen den vereinbarten Lohn von 4 Rbl. für vermauerte 1000 Ziegel und 6 Rbl. für den vermauerten Cub.-Faden Bruchsteine. Als sie für von ihnen vermauerte 282 Tausend Ziegel und 5 Cub.-Faden Bruchsteine einen ihnen noch zukommenden Lohnrest forderten, erwiderte Beklagter, es sei vereinbart, daß er bis zur Beendigung aller Arbeiten die Hälfte des Lohnes einbehalten könne.

Das App.-Erk. des Raths vom 23. Februar 1883, № 1320 führte aus:

„Beklagter geht davon aus, daß nach Art. 4244 des Prov.-Rechts Thl. III. der Besteller erst dann verpflichtet sei, dem Uebernehmer den bedungenen Lohn zu bezahlen, wenn das Werk vollendet und gebilligt sei. Hieraus folgert er, daß die Kläger, um für die von ihnen bisher geleistete Arbeit Zahlung fordern zu können, entweder hätten nachweisen müssen, daß sie sämmtliche ihnen zur Ausführung überlassenen Arbeiten vollendet oder daß sich Beklagter verpflichtet habe, nach Beendigung einzelner Theile Zahlung zu leisten. Beklagter übersieht dabei, daß, wenn der Lohn nicht für das ganze

Werk (als Aversionalzahlung), sondern nach einzelnen Theilen des Werkes bedungen ist, der Uebernehmer auf Grund des Artikels 4245 a. a. O. den Empfang und die Bezahlung der einzelnen Theile je nach ihrer Vollendung verlangen kann, es sei denn, daß etwas Anderes verabredet wäre. Der Regel nach hat also der Uebernehmer, welcher den Lohn für herzustellendes Mauerwerk nach der Zahl der zu vermauernden Ziegel oder nach Cubikfuß vereinbart hat, einen gesetzlichen Anspruch auf Lohnzahlung schon vor Beendigung des ganzen von ihm übernommenen Baues und zwar nach Maßgabe der vollendeten einzelnen Theile. Damit diese Regel nicht zur Geltung komme, muß nachgewiesen sein, daß etwas Anderes verabredet war. Demnach ist es im vorliegenden Falle Sache des Beklagten, welcher die Zahlung für von den Klägern hergestelltes Mauerwerk ihnen zum Theil vorenthalten zu dürfen meint, den Beweis zu führen, daß er mit den Klägern eine ihn dazu ermächtigende besondere Verabredung getroffen habe."

1401. Streit über die Angemessenheit des Preises von Handwerksarbeiten. Unterschied zwischen arbitri und arbitratores.

Beklagter hatte, als er vom Tischlermeister B. auf Bezahlung des Preises für auf seine Bestellung ausgeführte Tischlerarbeiten belangt wurde, vor dem Amtsgericht erklärt: er wolle durch eine Besichtigung der beeidigten Sachverständigen des Tischleramts festgestellt wissen, ob die vom Kläger in Rechnung gestellten Preise der geleisteten Arbeit angemessen seien, und sich darnach dem Gutachten der Sachverständigen unterwerfen. Als Beklagter hinterher die von den Sachverständigen vorgenommene Preisfeststellung doch nicht gelten lassen wollte, vielmehr seinerseits Sachverständige producirte, welche niedrigere Preise ansetzten, behauptete Kläger, Beklagter sei an den von den ursprünglichen Sachverständigen abgegebenen Schiedsspruch gebunden. Das Amtsgericht bestimmte dagegen die Preise nach dem Durchschnitte beider Schätzungen und die vom Kläger dawider eingelegte Appellation wurde in dem App.-Erk. des Raths vom 19. Januar 1883, № 417 aus folgenden Gründen verworfen:

„Es liegt auf der Hand, daß durch die beiderseitige Erklärung ein Compromißvertrag nicht hat zu Stande kommen können. Mag

man auch davon absehen, daß eine förmliche Verreversirung, durch welche nach der hierorts geltenden Schiedsgerichtsordnung v. J. 1831 ein Schiedsgericht im engeren Sinne gebildet wird, nicht stattgefunden hat, so fehlt es doch auch an den charakteristischen Merkmalen des formlosen Schiedsvertrages, der freiwilligen Vergleichsstiftung im Sinne des § 1 a. a. O. Denn wesentliche Voraussetzung des Schiedsvertrages ist unter allen Umständen nicht nur das Uebereinkommen der Contrahenten, daß die zwischen ihnen schwebende Rechtsstreitigkeit durch eine oder mehrere Privatpersonen entschieden werden solle, sondern auch die Willenserklärung beider Theile, daß sie sich dem schiedsrichterlichen Spruche unterwerfen. . . . Keine der Parteien hat aber auch nur mit einer Silbe erwähnt, daß sie den Taxatoren des Tischleramtes die Competenz eines Schiedsgerichts habe zuweisen wollen. Ferner ist die Erklärung des Beklagten, er wolle sich dem Gutachten der Sachverständigen unterwerfen, nur eine einseitige geblieben: Kläger selbst hat eine gleiche Willenserklärung nicht verlautbart, er hat sich vielmehr nur in ganz beschränktem Maße dem Antrage des Beklagten angeschlossen, indem er erklärte, gegen die beantragte Besichtigung durch Sachverständige nichts einwenden zu können.

Wohl aber charakterisirt sich die Parteiverhandlung als die Einleitung eines Arbitrageverfahrens. Beklagter hatte nämlich beim Kläger Tischlerarbeiten bestellt und letzterer hatte sie geliefert, ohne daß ein Preis dafür vorgängig vereinbart war. Da für Erzeugnisse des Tischlergewerbes weder Marktpreise, noch obrigkeitlich normirte Taxen vorhanden sind, so muß angenommen werden, daß die Bestellung von der einen Seite gemacht und von der andern Seite acceptirt wurde unter der Voraussetzung, daß Kläger den Beklagten mit dem Preise nicht übernehmen werde. Hierin liegt die stillschweigende Unterstellung des im Vertrage unbestimmt Gebliebenen unter das arbitrium boni viri, das der Uebernehmer auszuüben hätte. Eine solche stillschweigende Vereinbarung beraubt aber der Natur der Sache nach den Besteller nicht des Rechts, auf eine Ermäßigung des Preises anzutragen, falls der andere Theil bei Bestimmung desselben die Grenzen billigen Ermessens überschritten haben sollte (Holzschuher, Theorie und Casuistik III, S. 19 und 20). Entsteht über die Preise für die bereits gelieferten Ar-

beiten unter den Contrahenten Streit, so ist ihnen die Vereinbarung unbenommen, die Bestimmung des Preises in das billige Ermessen (arbitrium boni viri) eines oder mehrerer Sachverständigen zu stellen. Sachverständige aber, die vereinbarungsgemäß zu einer Schätzung (Werth- oder Preisermittelung) berufen werden, sind nicht arbitri, d. h. Schiedsrichter, sondern arbitratores, d. h. Werth- und Preisermittler (Seuffert's Archiv XXVI, 29). Der Unterschied zwischen beiden ist bereits in den l. 76—79 Dig. pro socio XVII, 2 — der Quelle zu den Art. 4243 und 4308 bzw. 3855 des Prov.-Rechts Thl. III — dahin gekennzeichnet worden, daß dem Ausspruche des Schiedsrichters, welchem man sich durch ein Compromiß unterworfen hat, Folge geleistet werden muß, mag der Ausspruch billig oder unbillig sein; daß aber gegen einen unbilligen Ausspruch des Arbitrators noch die Zuflucht zum Richter offen steht, damit derselbe durch ein unparteiisches arbitrium die Billigkeit herstelle. Dieser Rechtssatz besteht nicht nur nach gemeinem Recht und ist durch die Natur der Sache, die eine unparteiische Schätzung erheischt, begründet (Holzschuher a. a. O.), sondern er hat auch im provinziellen Privatrecht Anerkennung gefunden, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Preisermittelung oder Schätzung den Gegenstand eines Kaufes oder eines Verdingungsvertrages oder den Gewinn- und Verlustantheil eines Gesellschafters betrifft (vgl. Art. 3855, 4175 verbunden mit 4227 und 4308 a. a. O.). Auch ist der Modus der Ausgleichung der Meinungsverschiedenheit unter den arbitri und den arbitratores kein gleicher, denn bei ersteren entscheidet regelmäßig die Majorität oder der Obmann, bei letzterem aber in der Regel der Durchschnitt ihrer Schätzungen.

Geht man, obige Erörterung im Auge behaltend, an die Prüfung der die Abschätzung der klägerischen Arbeiten betreffenden Parteiverhandlungen, so kann, da die charakteristischen Merkmale eines Schiedsvertrages in derselben nicht zu finden sind, andererseits aber Beklagter mit dem Kläger eine Vereinbarung über die Preisermittelung durch Sachverständige getroffen hat, — den letzteren nur die Stellung von Arbitratoren, Preisermittlern zuerkannt werden. Von einer Verpflichtung des Beklagten, dem Ausspruche der Sachverständigen unbedingte Folge zu leisten, kann daher nach Maßgabe der Parteiverhandlungen nicht die Rede sein . . . . Das

Ergebniß ist, daß den Unterrichter um deswillen kein Vorwurf treffen kann, weil er auf die Taxation der nachher vom Beklagten benannten Sachverständigen überhaupt Rücksicht genommen hat."

1402. Verdingungsvertrag. Klage des Unternehmers auf Bezahlung eines angemessenen Preises für bestimmte Arbeiten. Einwand des Bestellers, es sei ein niedrigerer Preis vereinbart, bzw. die von ihm verlangten Arbeiten seien zur Herstellung des vertragsmäßigen Werkes an sich nothwendig gewesen.

Der Klempner L. hatte die Ausführung der Klempnerarbeiten an einem Hause übernommen, welches der Zimmermeister W. für K. baute, und belangte den W. auf Bezahlung der in der Klagerechnung näher bezeichneten, angeblich von W. bestellten Arbeiten. Das Weitere ergiebt sich aus den Gründen des in dieser Sache von der I. Section des Landvogteigerichts am 9. November 1882 sub № 344 gefällten Erkenntnisses:

„Beklagter hat eingeräumt, daß Kläger sämmtliche in der Rechnung angegebenen Arbeiten mit seinem Material ausgeführt hat, sowie ferner, daß die angesetzten Preise für die angeblich und zwar ohne Preisberedung bestellten Arbeiten an sich nicht übertrieben sind. Dagegen sind die übrigen thatsächlichen Behauptungen der Parteien streitig. Namentlich hat dem Kläger vereinbarungsmäßig nach seiner Darstellung anfänglich nur obgelegen, das Verandadach ohne das Gesims mit Blech zu decken, und ist allein hierfür, nicht aber auch für die übrigen von ihm ausgeführten Arbeiten ein Preis von 10 Rbl. pro □-Faden abgemacht worden, während für die übrigen Arbeiten, von denen die in den drei letzten Posten erwähnten erst nachträglich bestellt worden, eine Festsetzung des Preises nicht erfolgt ist. Im Widerspruch hiermit hat Beklagter behauptet, daß Kläger sämmtliche zur ordnungsmäßigen Herstellung einer Blechbekleidung erforderlichen Arbeiten, somit nicht blos das Beschlagen des Daches mit Blech, sondern auch die Anfertigung der nöthigen Rinnen 2c. für den fraglichen Preis übernommen habe. Unter anderem ist ferner streitig, ob Kläger das Dach ordentlich gedeckt und ob Beklagter die drei letzten Posten der Rechnung bestellt, oder diese nur von dem Kläger gemacht worden

seien, um seine mangelhafte Arbeit auszubessern. Da Beklagter nicht den ihm durch die angeblich schlechte Dachdeckung geursachten Schaden in Verrechnung bringt, sondern die ordnungsmäßige Ausführung derselben verlangt, mithin nicht einen selbständigen Anspruch erhoben, sondern sich dilatorisch verhalten hat, so liegt im Hinblick auf den Art. 3213 des Prov.-Rechts Thl. III dem Kläger in dieser Beziehung der Beweis der gehörigen Vertragserfüllung ob (vgl. Zwingmann, civilrechtl. Entscheid. I, № 76 S. 159 flg. III, S. 442 und V, S. 155). Ebenso wird Kläger den Beweis dessen zu erbringen haben, daß Beklagter die in den drei letzten Posten der Rechnung erwähnten Arbeiten bestellt hat, weil dieses ein zur Begründung der erhobenen Klage aus dem Verdingungsvertrage gehöriges Moment bildet (Art. 4226 a. a. O.). Gelingt dem Kläger dieser Beweis, so sind diejenigen Voraussetzungen vorhanden, welche seinen Anspruch an sich begründet erscheinen lassen: die Bestellung der Arbeiten von der einen und die Ausführung derselben von der anderen Seite, sowie die Vereinbarung resp. Angemessenheit des geforderten Preises (Art. 4226, 4228, 4244 und 4175 a. a. O.).

Diesen Thatsachen gegenüber qualificiren sich die übrigen bezüglichen Behauptungen des Beklagten nicht als Streitverneinungen, sondern als selbständige Behauptungen, deren Beweis ihm obliegt. Hierzu gehört insbesondere der Einwand, daß Kläger sämmtliche bestellten Arbeiten für den Preis von 10 Rbl. per □-Faden auszuführen gehabt habe und daß die drei letzten Posten durch die mangelhafte Ausführung der bedungenen Arbeiten veranlaßt seien. Hinsichtlich des ersteren Einwandes ist es zwar streitig, ob derselbe nicht als eine negative Litiscontestation aufzufassen ist. Indessen scheint diese Ansicht nicht haltbar. Zur Begründung eines Anspruchs sind nur diejenigen Thatsachen zu behaupten und resp. zu beweisen, welche an sich regelmäßig geeignet sind, das vom Kläger behauptete Recht als in seiner Person, und zwar gegen den Beklagten entstanden erscheinen zu lassen. Dagegen hat letzterer dasjenige anzuführen, wodurch die Entstehung dieses Rechts im concreten Falle ausgeschlossen oder das bereits entstandene verändert oder aufgehoben worden ist. Diese Voraussetzungen treffen bei der Behauptung eines vereinbarten niedrigeren Preises zu. Dieselben Erwägungen müssen auch für den zweiten Einwand maßgebend sein, da bei demselben

die gleichen entscheidenden Momente vorliegen (Zwingmann, civilr. Entsch. I, № 147. V, № 849). Letzteres ist gerade dann von Bedeutung, wenn Kläger die Bestellung der streitigen drei letzten Posten nachweist. Eine Anweisung des Bestellers zur Vornahme nothwendiger Verbesserungen einer ungenügenden Arbeit erscheint an sich blos als das gesetzlich berechtigte Verlangen des Bestellers, daß der Uebernehmer die ihm übertragene Arbeit gut liefere resp. ihm den entstandenen Schaden ausgleiche (Art. 4228 und 4235 a. a. O.), und begründet demnach an sich keinen selbständigen Schuldgrund resp. einen besonderen Vertrag; es sei denn, daß die anfängliche unrichtige Anweisung des Bestellers die schlechte Ausführung verschuldet hat, sodaß derselbe von dem Unternehmer hierfür einen Ersatz nicht beanspruchen kann (Art. 4241 a. a. O.). Im letzteren Fall hat der Besteller selbst den Schaden zu tragen und somit auch dasjenige, was er zur Abwendung desselben von dem Unternehmer außerdem noch verlangt hat, selbstständig und gesondert zu vergüten. Kläger hat solches implicite behauptet, indem er angiebt, daß Beklagter ihm anfänglich nur die Deckung des Daches speciell ohne das Gesims übertragen habe und das Dach in Folge dessen anfänglich nicht wasserdicht gewesen sei. . . . Somit ist dem Beklagten der Beweis der beiden obenerwähnten Einreden und dem Kläger eventuell der Beweis der Replikbehauptung aufzuerlegen."

1403. Ueber das Tragen der Gefahr beim Verdingungsvertrage.

Beklagter hatte die Herstellung der Orgel für eine Kirche übernommen und war auf Erfüllung dieses Vertrages belangt.

„Beklagter behauptet nun — heißt es in dem Erkenntnisse der I. Section des Landvogteigerichts vom 17. Juli 1881, № 180 a. — die Orgel sei sonst fehlerfrei, könne aber nicht gespielt werden, weil die Bälge einer neuen Belederung bedürften, d. h. mit anderen Worten: er behauptet den Vertrag erfüllt zu haben, bis auf die erforderliche Neubelederung der Bälge, und er nimmt auch für diesen Mangel die Freiheit von der Haftung in Anspruch, weil derselbe durch unabwendbaren Zufall, nämlich die Feuchtigkeit der Kirche verursacht worden sei, welche die noch vorhandene Belederung zerstört habe. Da die letztere Thatsache nach Maßgabe der im Vorproceß ergangenen Entscheidung klägerischer-

seits nicht bestritten wird, handelt es sich nur noch um die Rechtsfrage, ob durch die zufällige Zerstörung des bereits angefertigten Lederwerks Beklagter gemäß Art. 3439 a. a. O. seinerseits von weiterer Verantwortlichkeit befreit und folglich berechtigt ist, die Vollendung der Orgel von der vorgängigen Bestreitung der Kosten der Belederung durch die klagende Administration abhängig zu machen. Diese Frage ist zu verneinen, denn der Art. 3439 spricht nur von dem Fall, daß der Schuldner durch Zufall an der vertragsmäßigen Leistung verhindert wird, im Fragefalle besteht die vertragsmäßige Leistung aber nicht in der Belederung der Bälge, sondern in der Herstellung einer der bedungenen Beschaffenheit entsprechenden spielbaren Orgel, und der Art. 3439 würde daher Beklagtem nur zu Statten kommen, wenn die Herstellung der ganzen Orgel durch Zufall unmöglich gemacht oder dieselbe nach der Herstellung durch einen solchen zerstört worden wäre. Damit steht auch die Bestimmung in den speciell vom Verdingungsvertrage handelnden Artikeln 4246 und 4248 a. a. O. völlig im Einklange. Daß aber einzelne Theile des Werkes durch Zufall untergehen, enthebt den Unternehmer noch nicht seiner Verbindlichkeit zur Vollendung des Ganzen und Beklagter darf deshalb wegen des Verderbens des Lederwerks die Vollendung des Werkes ebensowenig verweigern, als z. B. derjenige, welcher ein Haus für eine bestimmte Summe fertig zu stellen übernommen hat, seiner Verpflichtung ledig wird, wenn vor der Ablieferung die eingesetzten Fensterscheiben desselben durch einen Hagelschlag zertrümmert sind. Ist aber wegen der als Zufall anzusehenden Feuchtigkeit, welche das Lederwerk verdorben hat, der Vertrag noch nicht als vom Beklagten erfüllt anzusehen, so kann dieser selbstredend auch nicht verlangen, daß die klagende Administration ihm die erforderliche Neubelederung der Bälge besonders bezahle, sondern er hat diese Arbeit für den bedungenen Werklohn auszuführen.

Dagegen würde der Klage auf Erfüllung des Vertrages eine Einrede entgegenstehen, wenn die Feuchtigkeit noch gegenwärtig die Belederung hindern würde."

Diese Entscheidung erlangte Rechtskraft.

1404. Was gehört zur Begründung der Klage auf den vollen Werklohn im Falle des Art. 4247 des Prov.-Rechts Thl. III?

Die Kläger hatten das dreimalige Streichen der Thüren und Fenster eines vom Beklagten neuerbauten Hauses zu vereinbarten Einzelpreisen übernommen. Als der Anstrich zum Theil einmal, zum Theil zweimal ausgeführt war, entstanden unter den Parteien Streitigkeiten, die dazu führten, daß Beklagter den Klägern die Vollendung der Arbeit nicht gestattete. Letztere verlangten nunmehr klagend Zahlung des vereinbarten Lohnes. Das in dieser Sache vom Rathe am 19. October 1883, sub № 7113 erlassene Appellationsurtheil besagt:

„Die Klage auf Lohnzahlung, so wie sie angebracht ist, erweist sich als ungenügend begründet und hätte daher vom Untergericht angebrachtermaßen zurückgewiesen werden sollen.. Die Fassung des Art. 4247 des Prov.-Rechts Thl. III läßt nämlich keinen Zweifel darüber zu, daß unter dem vollständigen Lohn, welchen der die Ausführung verhindernde Besteller zu entrichten hat, nur der eigentliche Werklohn verstanden werden kann, d. h. das Aequivalent für die aufgewandte bzw. für die zur Disposition gestellte Arbeit und Mühe. Der zweite Satz des Artikels schreibt sogar vor, daß der Unternehmer sich einen Abzug gefallen lassen muß, wenn er die durch die unterbliebene Arbeit gewonnene Zeit zu seinem Vortheil hat benutzen können. Bilden daher bei einem Verdingungsvertrage die stipulirten Preise nicht nur eine Gegenleistung für die aufzuwendende Arbeit, sondern zugleich auch für das vom Unternehmer zu liefernde Material, wie im vorliegenden Falle, so muß der an der Ausführung oder Vollendung verhinderte Unternehmer von dem gemeinsamen Preise für Arbeit und Material den entsprechenden Werth des nicht verwandten Materials in Abzug bringen. Der Art. 4247 bezweckt lediglich den Schutz des im Stiche gelassenen Unternehmers, nicht aber seine Bereicherung auf Kosten des Bestellers; der Unternehmer kann daher nicht eine Entschädigung für das Material fordern, wenn und soweit er dasselbe garnicht aufgewendet hat. Daß der Art. 4247 nur den Werklohn im eigentlichen Sinne (d. h. nicht auch den Entgelt für das Material) im Auge hat, geht überdies daraus hervor, daß der Regel nach

(vgl. Art. 4229 und 4230) der Besteller und nicht der Unternehmer allen zu verarbeitenden Stoff zu liefern hat und daß nach Art. 4250 dem letzteren neben dem Lohn auch noch die Auslagen zu ersetzen sind, vorausgesetzt, daß sie nicht schon in dem bedungenen Lohn mit einbegriffen waren.

Die Kläger hätten mithin, da die vereinbarten Einzelpreise sowohl für die Arbeit, als auch für das Material festgestellt sind und da sie nicht etwa haben behaupten können, daß alles zur Vollendung der Arbeiten angeschaffte aber nicht verwandte Material verloren oder verdorben sei, den Werth des nicht verwandten Materials schätzen und von dem Gesammtpreise für Arbeit und Material in Abzug bringen sollen. Die Klage, so wie sie angebracht ist, ist ungenügend begründet (vgl. stadtgerichtl. Entscheid. IV, Seite 310. Seuffert's Archiv VII, 294. XII, 24.)"*)

1405. Rechtsverhältniß des Destinatärs zu dem Frachtführer, insbesondere bei erfolgter Contreordre des Absenders. Bedeutung des Ladescheines gegenüber dem Frachtbrief.

Der Kaufmann A. zu Nürnberg hatte an J. & S. in Riga einen Ballen Hopfen auf Credit mit 6 Monat Ziel verkauft und denselben durch den Spediteur L. in Wirballen nach Riga versandt. L. hatte seinerseits den Transport der Russischen Transportgesellschaft übergeben und die von letzterer ausgestellte Transportquittung den Destinatären J. & S. zugefertigt, welche ihrerseits dieselbe nebst

*) Die Entscheidung in Seuffert's Archiv VII, 294 spricht gegen die im Texte vertretene Ansicht, indem sie das Vorbringen des Beklagten ausdrücklich als Einrede bezeichnet. Die zweite Entscheidung (XII, 24) betrifft den — mit dem obigen nicht identischen — Fall, wo der Unternehmer Arbeitslohn für seine Gehilfen (nicht Auslagen für Material) erspart, und operirt von der unrichtigen Voraussetzung aus, als gehe die Klage des an der Ausführung des Werkes vom Besteller verhinderten Unternehmers auf das Interesse, während sie doch — gerade wie die Klage des Vermiethers im Falle des Art. 4074 des Privatrechts — die Erfüllung des Vertrages zum Gegenstande hat. Vergleiche darüber Band VI, № 148 und die Allegate auf Seite 312, ferner Seuffert's Archiv 36, № 28. Das Urtheil des Reichsgerichts bei Seuffert, Band 35, № 256 entscheidet übrigens auch dann für die Beweislast des Bestellers, wenn man die Klage des Unternehmers als Klage auf das Interesse construirt.

der Factura an F. cedirten. Als F. nun von der Rigaer Agentur der Russischen Transportgesellschaft die Herausgabe des Frachtgutes verlangte, wurde solche verweigert, weil der Spediteur L. als Absender wegen Unsicherheit von J. & S. die Auslieferung des Hopfens an diese Handlung untersagt habe. Es kam in Folge dessen zu einem Rechtsstreite zwischen F. und der Russischen Transportgesellschaft, in welchem insbesondere in Frage kam, ob die Beklagte dem durch die Transportquittung legitimirten Kläger gegenüber sich noch auf die Contreordre des Absenders berufen dürfe.

Das App.-Erk. des Raths vom 17. Juni 1883, № 4238 enthält darüber folgende Ausführungen:

„Das Wettgericht deducirt in seinem Erkenntniß vom 3. März 1883, № 106 wie folgt: Während des Transports sei der Frachtführer an die Weisungen des Absenders gebunden, namentlich habe er einem Auslieferungsverbot desselben Folge zu leisten. Das Verfügungsrecht des Absenders falle fort, 1) nach beendetem Transport, wenn entweder der Frachtführer durch Uebergabe des Frachtbriefes an den Adressaten sich diesem zur Auslieferung des Frachtgutes verpflichtet habe, oder wenn der Adressat auf Auslieferung des Gutes klage. Die bereits vor Beendigung des Transports erfolgte Uebergabe des Frachtbriefes an den Adressaten habe dagegen diese Wirkung nicht. 2) Schon während des Transports, wenn der Frachtführer in einer besonderen Urkunde oder durch einen bezüglichen Vermerk auf dem Frachtbriefe sich znr Auslieferung des Frachtgutes an den legitimirten Inhaber der Urkunde verpflichtet habe, indem er solchenfalls sich der Rückforderung des Absenders durch die Berufung auf die von ihm urkundlich übernommene Verpflichtung solange entziehen könne, als der Absender ihm nicht die Urkunde zurückgebe. Die von der Beklagten ausgestellte Transportquittung sei eine solche Urkunde nicht, es bleibe also zur Entkräftung der von der Beklagten behaupteten Contreordre des Absenders einzig die Klageanstellung übrig, sofern diese früher, als jene erfolgt sei. — Daraufhin läßt der Unterrichter die Beklagte zum Beweise dessen zu, daß die Contreordre von L. früher eingegangen sei, als am 20. December 1882, dem Tage der Arrestlegung seitens des Klägers. Die Erbringung des Beweises soll die Zurückweisung der Klage zur Folge haben.

Diese Darlegung geht von dem allenthalben regelmäßigen und speciell auch im Prov.-Recht Thl. III Art. 4256 als Regel hingestellten Fall aus, daß bei Abschluß des Frachtvertrages ein „Frachtbrief" ausgestellt wurde. Daß über den Transport des streitigen Ballens Hopfen ein Frachtbrief ausgestellt sei, ist von den Parteien nicht behauptet worden und konnte im Hinblick auf den Inhalt der fraglichen Urkunde nicht wohl behauptet werden. Diese Urkunde selbst ist aber kein Frachtbrief, sie ist ausgestellt von der Beklagten als Frachtführerin, von dem Agenten derselben unterschrieben und bezeichnet sich selbst als „Quittung", scil. über den Empfang der von L. abgeschickten Waare. Der Frachtbrief dagegen ist eine Urkunde, zu deren Aushändigung an den Frachtführer — auf dessen Verlangen — der Absender verpflichtet ist, sie wird daher in der Regel vom Absender unterzeichnet und trägt die Form eines offenen Begleitschreibens an den Empfänger (Frachtbrief). Vgl. Art. 4256 a. a. O. D. H. G. B. Art. 391 und 392. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, § 75 Note 5. Schon seiner Form nach giebt der Frachtbrief dem — für den regelmäßigen Fall auch nicht streitigen — Grundsatze Ausdruck, daß der Frachtführer für den Absender die Waare detinirt, solange der Transport dauert, und eine Folge dieses Grundsatzes ist das Recht des Absenders, während des Transports Contreordre zu ertheilen.

Dieses Rechtsverhältniß gestaltet sich jedoch wesentlich anders, wenn vom Frachtführer ein s. g. Ladeschein ausgestellt worden ist. Der Ladeschein ist — nach der, eine allgemeine handelsrechtliche Gewohnheit fixirenden Definition des D. H. G. B. Art. 413 — eine Urkunde, durch welche der Frachtführer sich verpflichtet zur Aushändigung des Gutes. Zweck der Ausstellung desselben ist beim Binnentransport, wie beim Seetransport, schon während desselben, dem Bedürfnisse des Handelsverkehrs entsprechend, den Güterumlauf zu ermöglichen. Die Wirkung der Ausstellung aber ist im wesentlichen die gleiche, wie die der Connossementszeichnung, daher der Urkunde auch der Name „Binnenconnossement" beigelegt worden ist; nämlich vor allem die, daß der Frachtführer das ihm übergebene Gut nicht mehr, auch nicht während der Transportdauer, für den Absender detinirt, sondern für den legitimirten Inhaber des Ladescheines (Thöl, Transportgewerbe, § 42 ff.). Aber auch in anderen Rich-

tungen treten Modificationen ein, so namentlich in Bezug auf die Verpflichtung des Frachtführers zur Anzeige an den Destinatär über die Ankunft des Gutes (Art. 4262 a. a. O. D. H. G. B. Art. 405), welche Verpflichtung beim Mangel eines Frachtbriefes nicht schlechthin dem Frachtführer zufällt und beispielsweise fortfallen muß, wenn ein Ladeschein an Ordre gezeichnet wurde.

Das D. H. G. B. hat für den Ladeschein nicht, wie für das Seeconnossement (Art. 649), die Bestimmung aufgenommen, daß die Uebertragung desselben rechtlich gleichstehe der Uebertragung der Güter. Dessenungeachtet hat die deutsche Handelsrechtstheorie stets daran festgehalten, daß der Uebertragung des Ladescheines eine solche Wirkung beiliege (vgl. Goldschmidt a. a. O. § 75 a. E. Endemann, Handbuch des deutschen Handels- See- und Wechselrechts II, § 170 Seite 37 und 38), und die neuerdings ergangene, dieser Auffassung der Theorie beitretende Entscheidung des Reichsgerichts (Band V, № 19) ist namentlich um deswillen auch an dieser Stelle bemerkenswerth, weil darin ausdrücklich hervorgehoben wird, der Art. 649 a. a. O. enthalte nicht eine lediglich positiv-rechtliche Bestimmung, sondern spreche einen Satz in Bezug auf das Connossement aus, welcher nach dem gemeinen Handelsrecht auch für den Ladeschein Geltung habe. Hiernach steht dem nichts im Wege, den Ladeschein auch nach hiesigem Handelsrecht als ein vollkommenes Waaren- oder Dispositionspapier gelten zu lassen. Aus der Cession des Rectaladescheines wird ferner die Absicht der Parteien, Eigenthum zu übertragen bzw. zu erwerben, folgen (vgl. Art. 805 des Prov.-Rechts Thl. III).

Der Absender, welcher den ihm vom Frachtführer ausgefertigten Ladeschein begeben hat, verliert damit freilich nicht sein Verfolgungsrecht (stoppage in transitu), soweit es aus seinem Rechtsverhältnisse zum Destinatär begründet ist; wohl aber kann er es nicht mehr durch eine einfache Weisung an den Frachtführer zur Geltung bringen, wofern er nicht dem letzteren gleichzeitig den Ladeschein zurückgiebt (Hahn, Commentar zum D. H. G. B. Art. 400. Thöl a. a. O. § 45).

Die Entscheidung darüber, ob im einzelnen Falle eine Frachturkunde als Ladeschein aufzufassen sei, hat sich zu richten nach deren

Form und Inhalt. Nothwendiges Erforderniß des Ladescheines wird zunächst dessen Unterzeichnung durch den Frachtführer sein (vgl. D. H. G. B. Art. 414), und zwar deshalb, weil die Ausstellung des Ladescheines die Verbindlichkeit des Frachtführers steigert und die Uebernahme so gesteigerter Verbindlichkeiten nicht zu vermuthen ist. Die Unterschrift des Frachtführers entscheidet jedoch noch nicht, sie findet sich vielmehr auch bei der einfachen Empfangsquittung. Wenn jedoch in der Empfangsquittung ausdrücklich die Verbindlichkeit des Frachtführers zur Aushändigung des Gutes ausgesprochen, oder erklärt ist, daß nur gegen Rückstellung der Quittung oder schlechthin nach Maßgabe derselben die Auslieferung zu erfolgen habe, so liegt ein wahrer Ladeschein vor (Goldschmidt, a. a. O. § 75 Note 86 ff.); zumal die Erklärung, daß die Auslieferung nur gegen Rückgabe der Urkunde erfolgen solle, bezeichnet das wesentliche äußere Merkmal des Rechtsverhältnisses zwischen Frachtführer und Ladescheininhaber.

Die vom Agenten der Beklagten unterzeichnete Transportquittung weist nun im Texte die Bestimmung auf: „Zum Erhalt der Waare muß diese Quittung im Rigaschen Comptoir (scil. der Transportgesellschaft) vorgewiesen werden." Diese Bestimmung wird noch dadurch besonders in den Vordergrund gestellt, daß sie sich im Texte der Urkunde befindet, obgleich sie auch in den auf der Rückseite abgedruckten Transportbedingungen sich findet, auf welche letztere der Quittungstext im Uebrigen nur allgemein Bezug nimmt. Wird schon hiernach die Annahme begründet, daß die fragliche Transportquittung ein richtiger Ladeschein sei, so findet sich eine augenfällige Bestätigung dessen in folgenden §§ der Transportbedingungen: § 4 verpflichtet den Absender, dem Adressaten die Quittung zuzustellen, weil die Waaren ohne dieselben nicht ausgehändigt werden könnten; nach § 6 hat im Falle des Verlustes der Quittung eine Publication stattzufinden; endlich kommt noch in Betracht, daß in den Transportbedingungen der Verpflichtung der frachtführenden Gesellschaft zur Bewerkstelligung der Anzeige an den Destinatär über die Ankunft des Gutes (vgl. Art. 4262 u. 4263 a. a. O.) keine Erwähnung geschieht. Der Mangel der Anzeigepflicht läßt sich aber gewiß nur daraus erklären, daß die übertragbare Transportquittung erst darüber entscheiden soll, wer zum Empfange des transportirten Gutes berechtigt

sei, m. a. W. daß mit der als Quittung bezeichneten Urkunde ein förmlicher Ladeschein hat ausgestellt werden sollen. . . .

Die vorstehende Erörterung führt zu dem Schlusse, daß die von der Beklagten ausgestellte Transportquittung ein Ladeschein ist, dessen legitimirter Inhaber den Einwand des Frachtführers, daß vor seiner Meldung der Absender Contreordre ertheilt habe, nicht gelten zu lassen braucht. Die Beweisauflage des wettgerichtlichen Erkenntnisses, daß nämlich Beklagte darzuthun habe, eine solche Contreordre sei vor der Stellung des Arrestantrages eingegangen, und die Festsetzung, daß im Falle der Erbringung dieses Beweises die Klage auf Herausgabe des Frachtgutes zurückzuweisen sei, sind also unrichtig und der Bitte des Klägers gemäß aufzuheben."

1406. Der Adressat wird durch vorbehaltlose Annahme des mit einer Nachnahme belasteten Frachtgutes verpflichtet, dem Frachtführer bzw. Spediteur den Nachnahmebetrag zu bezahlen.

Der Speditionsfirma M. in Riga waren von einem Tilsiter Hause zwei Kisten Manufacturwaaren mit dem Auftrage zugesandt worden, dieselben gegen Nachnahme von 321 und bzw. 235 Reichsmark dem Kaufmann A. auszuliefern. A. hatte nach bezüglicher Anzeige sich zum Empfange der Kisten bereit erklärt, auch die Kisten von einem Lehrlinge der Handlung M. unter Bescheinigung des Empfanges in gutem Zustande entgegengenommen, die Nachnahmebeträge aber nicht berichtigt. Dieserhalb von der Handlung M. belangt, machte er geltend, er habe garnicht alle in der Factur benannten Waaren empfangen, vielmehr hätten einzelne ganz gefehlt und anstatt anderer seien ihm fremde, von ihm nicht bestellte Waaren zugesandt worden. Beklagter wurde gleichwohl vom Vogteigerichte am 18. Juni 1883 sub № 142 zur Zahlung der Nachnahmebeträge verurtheilt. Gründe:

„Es muß zwar dahingestellt bleiben, ob Beklagter vor Entgegennahme der Waarencolli sich ausdrücklich zur Bezahlung der Nachnahmebeträge verpflichtet hat; allein das steht fest, daß Beklagter, nachdem ihm Klägerin als Spediteurin angezeigt hatte, daß sie von der Tilsiter Handlung S. M. Söhne beauftragt worden

ihm zwei Kisten mit Waaren gegen Nachnahme von 321 und resp. 235 M. 40 Pf. auszuliefern, sich zum Empfange bereit erklärt, die Kisten vorbehaltlos entgegengenommen, über die in den Kisten enthaltenen Waaren zum größten Theil disponirt hat und gegenwärtig nicht mehr im Stande ist, die beiden in Frage kommenden Kisten in dem Zustande, in welchem sie sich bei der Entgegennahme befanden, der Klägerin zu retradiren. Alle diese Handlungen des Beklagten aber lassen einen sicheren Schluß darauf zu, daß er seine Verbindlichkeit zur Zahlung der Nachnahmebeträge der Klägerin gegenüber bedingungslos anerkannt hat, und daher kann eine nachträgliche Bemängelung der Waare nicht mehr der klagenden Spediteurin, sondern allenfalls nur noch dem Absender gegenüber für statthaft erachtet werden. Der mit der Ablieferung des Transportgutes an den Destinatär, gegen Nachnahme des Kaufpreises oder der Transportkosten oder beider, vom Absender beauftragte Spediteur hat nämlich nur den durch die Nachnahmebedingung *beschränkten* Auftrag zur Ablieferung des Transportguts an den Destinatär. Das Wesen der Nachnahmebedingung besteht aber in der Berechtigung des Spediteurs, die Vorauszahlung des Nachnahmebetrages vom Destinatär zu beanspruchen. Der Spediteur ist daher seinem Vormanne oder dem Absender für die Erhebung der Nachnahme verantwortlich und er kann, falls der Destinatär sich zur Nachnahmezahlung nicht verstehen will, seinen Regreß gegen den Vormann oder Absender regelmäßig nur nehmen, wenn er im Stande ist, das Frachtgut unversehrt denselben zurückzuliefern. Diese Rechtslage durfte Beklagter, als er nach ihm gewordener Anzeige der Nachnahmebedingung die Waaren am 29. December 1882 vorbehaltlos der Klägerin abnahm, nicht außer Acht lassen. Durch die vorbehaltlose Abnahme der Waaren unter den angegebenen Umständen hat er zwar noch nicht sein Bemängelungsrecht dem *Verkäufer* gegenüber verwirkt, wohl aber seine Verpflichtung anerkannt, der *Klägerin* entweder die Nachnahmebeträge voll zu bezahlen oder, falls Klägerin im Vertrauen auf die Redlichkeit des Beklagten ihm unter Aufgabe ihres Retentionsrechts am Frachtgute dasselbe überlieferte, ihr das Frachtgut unversehrt wieder zu retradiren. Die durch die Natur der Sache bedingte Einheit des Transportgutes, die sog. objective Zusammengehörigkeit der einzelnen

desselben ausmachenden Objecte, durfte vom Beklagten nach der den Handelsverkehr beherrschenden bona fides in keinem Falle verletzt werden; eine partielle Dispositionsstellung war also vorliegend absolut ausgeschlossen.

Da Beklagter sich nicht in der Lage befindet, die beiden in Frage kommenden Kisten mit deren Inhalt der Klägerin zu retradiren, da er ferner der Nachnahmebedingung sich stillschweigend unterworfen hat, so erscheint einerseits der libellirte Anspruch durchaus berechtigt, andrerseits der Einwand theilweiser Mangelhaftigkeit der Waaren im vorliegenden Processe hinfällig."

Dieses Erkenntniß erlangte Rechtskraft.

1407. Frachtvertrag der Eisenbahnen. Zustellung des Eilgutes an den Adressaten durch den Rollfuhrmann. Bedeutung der „Versicherung" des Frachtgutes.

Die Verwaltung der Mitauer Eisenbahn hatte eine für den Kaufmann F. aus Wirballen nach Riga beförderte und für 300 Rbl. versicherte Kiste mit Spitzenkragen durch einen Rollfuhrmann dem F. in dessen Geschäftslocal zugeschickt. Bei der in Gegenwart des Rollfuhrmanns sofort vorgenommenen Oeffnung der Kiste ergab sich, daß sie nur 18 Spitzenkragen, im Uebrigen aber werthloses Gerümpel enthielt, was durch einen Notariatsact festgestellt wurde.

Auf die Klage des F. verweigerte die Bahnverwaltung trotzdem die Auszahlung der Versicherungssumme, weil Kläger die durch das Transportreglement vorgeschriebene Ordnung der Feststellung des Zustandes des Frachtgutes auf dem Bahnhofe nicht eingehalten habe. Indessen wurde in beiden Instanzen zu Gunsten des Klägers erkannt. Die Gründe des App.-Erk. des Raths vom 20. Januar 1884, № 567 besagen:

„Wenn Kläger die Berufung der Beklagten auf die Bestimmungen des Frachtbriefes dadurch beseitigen zu können vermeint, daß er behauptet, nicht aus dem Frachtvertrage, sondern aus dem Versicherungsvertrage geklagt zu haben, so ist dies allerdings verfehlt. Denn die s. g. „Versicherung" ist bei den Frachtverträgen der Eisenbahnen, wie Beklagte mit Recht betont, nichts weiter als eine vertragsmäßige Erweiterung der der Bahnverwaltung nach dem Transportreglement nur in sehr beschränktem Umfange obliegenden

Haftung für den Werth beschädigter oder verlorener Güter. Gegen ein größeres Aequivalent übernimmt die Bahnverwaltung ein weiter gehendes Risico (vgl. civilrechtl. Entscheid. VI, Seite 154) und die bezügliche Vereinbarung bildet dann einen Bestandtheil des Frachtvertrages, so daß die Einreden, welche gegen die Haftpflicht aus dem Frachtvertrage überhaupt bestehen, auch gegenüber versicherten Gütern ihre Wirkung äußern. Nichtsdestoweniger schlagen die von der Beklagten erhobenen Einreden nicht durch.

Wenn nämlich die Beklagte die schriftliche Reclamation und Aufnahme eines „Actes" vermißt, so ist letzterer in dem beigebrachten Notariatsinstrumente vorhanden und damit auch die schriftliche Reclamation nicht weiter erforderlich, da die Reclamation schon in dem Notariatsacte liegt und durch diesen schon die Vermuthung stillschweigender Billigung der Waare beseitigt wird. Es kann sich also nur noch fragen, ob die Reclamation unwirksam sei, weil sie nicht auf der Eisenbahnstation selbst erfolgte. Die Bestimmung der Transportbedingungen:

> Das Vorhandensein einer Beschädigung oder eines Verlustes, die Quantität und das Gewicht des beschädigten oder verlorenen Gutes, werden durch den auf der Station aufgenommenen Act bestimmt

geht nun offenbar davon aus, daß die Empfangnahme des Gutes auf dem Bahnhofe selbst stattfindet, wie es bei Frachtsendungen ja auch der Fall ist. Wenn die Bahnverwaltung aber, einerlei ob aus dem Motive der bloßen Gefälligkeit oder aus einem anderen Beweggrunde, das Gut dem Adressaten zustellt, was bei Eilgut regelmäßig geschieht, so ist diese Handlung nur unter den rechtlichen Gesichtspunkt entweder der Fortsetzung des Frachtvertrages oder der auftraglosen Geschäftsführung zu bringen. In dem einen, wie in dem anderen Falle ist aber eine Berufung darauf, daß die Feststellung des Zustandes des Gutes nothwendig auf der Station geschehen mußte, ausgeschlossen.

Geht man davon aus, daß die Bahnverwaltung im Interesse der Erleichterung des Frachtverkehrs die Ablieferung statt auf der Endstation erst im Geschäftslocale des Adressaten vollzieht, daß mit anderen Worten der Rollfuhrmann als ihr Unterfrachtführer im Sinne des Art. 4261 des Prov.-Rechts Thl. III handelt, so würde die Forderung, daß

der Zustand des Gutes auf der Station festgestellt werde, einen inneren Widerspruch in sich schließen. Denn soll der Adressat bei sich empfangen, so muß er auch bei sich die Beschaffenheit des Gutes prüfen, also nach Befinden auch die Emballage öffnen können, weil ohne dies eine Empfangnahme nicht möglich ist. Hat er aber die Oeffnung und Besichtigung vorgenommen, so kann er den dabei vorgefundenen Zustand nicht auf der Station feststellen lassen, weil dieser Zustand durch den Rücktransport zur Station verändert werden kann und er sich jedenfalls dem Einwande aussetzt, daß nicht mehr res integra vorhanden sei. Die von der Beklagten gestellte Zumuthung aber, daß der Adressat ein Manco oder eine Beschädigung ahnen und deshalb die Colli gleich uneröffnet zurückschicken solle, ist unhaltbar, weil der Adressat, um sicher zu gehen, dann niemals das Gut bei sich öffnen und besichtigen müßte, damit aber die ganze Einrichtung der Zustellung von Eilgütern ihren Zweck und Sinn verlieren würde. Es bleibt also für diesen Fall einzig der Ausweg übrig, daß in Abweichung von der Regel die Constatirung der Beschaffenheit des Gutes hier nicht auf der Station, sondern am Orte der Ablieferung, sowie in Gegenwart des Ueberbringenden zu erfolgen und sich daran die Aufnahme des betreffenden „Actes" oder Protokolls zu schließen hat, wie dies im Fragefalle geschehen ist. Wenn Beklagte noch geltend macht, Kläger habe aus dem Vermerk auf dem Frachtbriefe „при семъ актъ № 5" jedenfalls Grund zur Beanstandung des Empfanges entnehmen müssen, auch ohne das Colli zu öffnen, so ist das hinfällig, weil Kläger einerseits diesen Vermerk sehr leicht übersehen konnte und andrerseits sich um ihn, auch wenn er ihn bemerkte, nicht zu kümmern brauchte, weil die als Beilage bezeichnete Urkunde fehlte.

Nimmt man umgekehrt an, Beklagte habe im Interesse des Klägers die Zustellung der streitigen Kiste an ihn dem Rollfuhrmann übertragen, wiewohl sie dazu keinen Auftrag hatte und wiewohl sie den übernommenen Transport als bereits beendet ansah, so kann sie sich auf den Umstand, daß Kläger auf der Station das Manco habe constatiren lassen müssen, erst recht nicht berufen. Denn vermöge der auftraglosen Geschäftsführung übernahm sie die Verpflichtung, sich der äußersten Sorgfalt zu befleißigen und für jeden auch durch die geringste Nachlässigkeit dem Kläger zugefügten Schaden zu

haften. (Art. 4436 a. a. O.). Wenn sie nun nach ihrer eigenen Darstellung bereits wußte, daß das Gewicht der streitigen Kiste nicht stimmte und dieserhalb bei ihrer Uebernahme von der Libau-Romny Bahn bereits ein Protokoll aufgenommen sei, und wenn sie, ohne den Kläger davon zu benachrichtigen, die Kiste ihm durch einen Andern zustellen ließ, hinterher aber die Entgegennahme der Kiste von diesem Anderen, statt auf der Station, als einen Verzicht auf den Ersatzanspruch für sich ausbeuten will, so trifft sie nicht nur der Vorwurf eines groben Verschuldens bei der Uebernahme der Geschäftsbesorgung, sondern ihr Verfahren streift sogar an Arglist . . . In jedem Falle ist aber Beklagte nach Art. 4436 a. a. O. verpflichtet, dem Kläger dasjenige zu ersetzen, was er gehabt hätte, wenn die Kiste auf der Station selbst empfangen wäre, und das ist eben die Versicherungssumme."

1408. Haftung der Eisenbahnen für den Verlust unversicherter Güter. Vertragsmäßige Beschränkung der Haft für einen durch dolus oder culpa des Hilfspersonals geursachten Schaden.

Klägerin hatte eine Kiste, deren Inhalt als Manufacturwaaren im Frachtbriefe bezeichnet war, der Orel-Gräsi-Eisenbahn zum Transporte nach Riga übergeben, bei Oeffnung derselben auf dem Bahnhofe zu Riga wurde jedoch statt der declarirten Waaren werthlose Maculatur vorgefunden. Die auf Schadenersatz belangte Riga-Dünaburger Eisenbahn behauptete in erster Linie, dieselbe Kiste, die Klägerin in Jelez zum Transport übergeben, auch in Riga ausgeliefert zu haben, und berief sich eventuell darauf, daß sie nach dem Transportreglement höchstens 5 Rbl. per Pud, somit 16 Rbl. 25 Kop. zu vergüten verpflichtet sei. In erster Instanz wurde Klägerin durch Urtheil des Vogteigerichts vom 29. Januar 1883, № 19 mit der Ersatzforderung soweit sie 16 Rbl. 25 Kop. übersteige, abgewiesen, dagegen im Uebrigen der Beklagten der Beweis auferlegt, daß sie die in Jelez zum Transport von der Klägerin empfangene Kiste in demselben Zustande in Riga zur Empfangnahme offerirt habe. Beide Parteien appellirten, durch App.-Erk. des Raths vom 11. Mai 1884, № 3271 wurde jedoch das Urtheil bestätigt.

Gründe:

„Klägerin führt an, die Bestimmung des Transportreglements, wonach die Eisenbahn statt des vollen Werthes der verlorenen Waare nur 5 Rbl. pro Pud vergüte, sei ungiltig, weil die gesetzlichen Bestimmungen über den Frachtvertrag durch das Transportreglement nicht abgeändert werden könnten und namentlich nicht die wesentlichen Bestimmungen, zu welchen nach Art. 4254 und 4258 des Prov.-Rechts Thl. III die Ablieferung der zum Transport empfangenen Sache gehöre. Beklagte müsse also den vollen Werth des empfangenen, aber nicht abgelieferten Frachtgutes ersetzen; dies namentlich auch deshalb, weil der Umtausch der zum Versand übergebenen Waare gegen den Inhalt der Kiste nur durch Betrug oder grobes Verschulden des Dienstpersonals überhaupt möglich geworden sei.

Diese Ausführungen können jedoch in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter für zutreffend nicht erkannt werden. Durch das Transportreglement als solches können die gesetzlichen Bestimmungen über den Frachtvertrag in der That nicht abgeändert werden, wohl aber durch eine Vereinbarung der Contrahenten, daß die in dem Transportreglement angegebenen Bedingungen für das Rechtsverhältniß aus dem Vertrage maßgebend sein sollen. Dies folgt aus der Bestimmung des Art. 4256 a. a. O., daß die wechselseitigen Verpflichtungen zwischen den Contrahenten sich zunächst nach dem Inhalte des Frachtbriefes richten. Da nun der von dem Absender dem Frachtführer, das heißt hier der Eisenbahn, ausgestellte Frachtbrief ausdrücklich die Erklärung des Absenders, das ist der Agentur der klägerischen Gesellschaft Nadeshda selbst, enthält, daß er sich den Transportbedingungen der Eisenbahnen, welche das Frachtgut zu passiren habe, unterwerfe, so ist kein Zweifel daran möglich, daß die Bestimmungen des Transportreglements der Klägerin gegenüber die Bedeutung von Vertragsbestimmungen haben. Ein Gesetz, welches die Abänderung der gesetzlichen Vorschriften verböte, besteht dagegen nicht.

Es könnte noch die Frage entstehen, ob etwa die vertragsmäßige Beschränkung der Ersatzpflicht der Eisenbahn auf den Betrag von 5 Rbl. per Pud dem Gesetze widerspreche und deshalb ungiltig sei. Klägerin beruft sich in dieser Beziehung auf den Art. 3292 des Prov.-Rechts Thl. III, welcher besagt:

Eine Uebereinkunft darüber, daß der durch eine arglistige Handlung zugefügte Schade nicht ersetzt werde, ist ungiltig.

Diese Bestimmung ist hier aber unanwendbar, weil die Beklagte sich nicht ausbedungen hat, zum Ersatze des Schadens überhaupt nicht verpflichtet zu sein, sondern der § 99 des Transportreglements nur besagt, daß die Eisenbahnen für den Verlust von nicht versichertem Gute nicht mehr als 5 Rbl. pro Pud Waare zahlen, während die §§ 104 und ffg. angeben, daß und wie der Absender sich den vollen Werthersatz sichern könne, wenn er eine erhöhte Fracht unter dem Titel einer Versicherungsprämie entrichte. Hiernach ist es in das Belieben jedes Absenders gestellt, ob er die niedrigere Fracht bezahlen und selbst das Risico eines Werthersatzes, der dem wahren Werthe der Waare nicht gleichkommt, tragen oder gegen Zahlung eines höheren Frachtsatzes den Anspruch auf Ersatz des vollen Werthes erwerben will. Die bezüglichen Bestimmungen des Transportreglements laufen also weder dem Verbote des Art. 3292 a. a. O. zuwider, noch können sie als rechtswidrig angesehen werden*). Da nun Klägerin es vorgezogen hat, den als Versicherung bezeichneten Frachtzuschlag zu ersparen und das streitige Frachtgut unversichert zu befördern, hat sie auf einen höheren Werthersatz als 5 Rbl. pro Pud freiwillig Verzicht geleistet und ihre Beschwerde darüber, daß ihre diesen Maßstab übersteigenden Ersatzansprüche abgewiesen sind, ist deshalb ungerechtfertigt.

Ferner beschwert sich Klägerin darüber, daß der Beklagten der fragliche Beweis auferlegt sei, während sie doch einen dolus d. h. eine Vertauschung der Kiste garnicht behauptet habe.

Beklagte wiederum hält sich für beschwert, weil der Beweis, der ihr auferlegt worden, einmal überflüssig sei, da bei der Besichtigung des Frachtgutes sich die Verpackung als untadelhaft erwiesen habe, sodann aber auch unmöglich erbracht werden könne.

Diese Beschwerden sind, da sich beide auf denselben Punkt beziehen, auch gemeinsam zu erörtern. Nach Art. 4262 a. a. O. hat die Eisenbahn als Frachtführerin das Frachtgut am Bestimmungsorte dem Adressaten abzuliefern und darin besteht die ihr obliegende Erfüllung des Vertrages. Im Fragefalle besteht Streit darüber, ob das in Riga angelangte und dem Agenten der Klägerin angebotene Frachtgut

*) Vgl. Band VI, № 1049.

mit dem in Jelez aufgegebenen identisch sei, was Klägerin in Abrede stellt, weil sie Manufacturwaaren, aber nicht Maculatur nach Riga habe befördern lassen. Da somit streitig ist, was überhaupt den Gegenstand des Vertrages gebildet hat, würde an sich in erster Linie der Klägerin der Beweis obliegen, daß sie eine Kiste mit Manufacturwaaren der Bahnverwaltung in Jelez zum Transport übergeben habe. Der erste Richter hält jedoch diesen Beweis für bereits erbracht, weil der Frachtbrief das streitige Frachtgut als Manufacturwaaren bezeichnet und Beklagte, welche die Kiste ohne Widerspruch und ohne ihren Inhalt zu prüfen unter dieser Declaration entgegengenommen habe, sich gefallen lassen müsse, daß der Inhalt der Declaration als richtig angesehen werde. Dieser Ansicht ist auch beizupflichten, denn mit der widerspruchlosen Annahme des Frachtbriefes hat der Frachtführer dessen Inhalt genehmigt, sofern er sich dagegen nicht durch eine besondere Clausel, wie z. B. „Inhalt unbekannt" verwahrt, und muß denselben solange gegen sich als beweisend gelten lassen, als er ihn nicht durch einen bezüglichen Gegenbeweis widerlegt. Der der Beklagten auferlegte Beweis ist also nicht der Beweis einer behaupteten Arglist, als welchen ihn das angefochtene Erkenntniß qualificirt, sondern der Gegenbeweis gegen den Inhalt des Frachtbriefes. Damit sind die klägerischerseits gegen die Beweisauflage vorgebrachten Einwendungen erledigt ...

Im Uebrigen liegt der Beklagten nach Art. 3531 a. a. O. der Beweis der Vertragserfüllung, d. h. der Beweis dessen ob, daß sie bzw. die Anschlußbahnen dieselbe Kiste und denselben Inhalt der Kiste, die Klägerin zur Beförderung aufgegeben, auch hierher befördert bzw. der Klägerin angeboten haben, und nichts anders soll auch die der Beklagten gemachte Beweisauflage besagen. Daß dieser Beweis unmöglich sei, ist nicht zuzugeben, die Schwierigkeit eines Beweises ist aber für die Beweislast ganz bedeutungslos. Die Identität des Frachtgutes ist bei gehöriger Ordnung und Aufsicht während des Transportes jedenfalls nachzuweisen und, wenn es an diesen Voraussetzungen fehlt, so ist der daraus entspringende Nachtheil jedenfalls nicht von der Klägerin zu tragen. Demnach ist auch die Beschwerde der Beklagten darüber, daß ihr der fragliche Beweis auferlegt sei, abzuweisen."

1409. Bis zu welchem Moment dauert die Haftung der Eisenbahnverwaltung für Beschädigung des Frachtgutes, speciell nach § 134 des Transportreglements der Riga-Dünaburger Eisenbahn?

Mit der Riga-Dünaburger Bahn war für S. am 1. Juli 1881 eine Sendung Hanf bestehend aus 30 Ballen eingetroffen und in dem Güterwagen zu den Ambaren (Speichern) transportirt worden, wo S. das Frachtgut direct aus dem Güterwagen empfangen sollte. Nachdem bereits 13 Ballen Hanf am 2. Juli aus dem Güterwagen abgeladen waren, gerieth der 14. Ballen aus irgend einer nicht ermittelten Ursache plötzlich in Brand. Durch das Feuer und das zum Löschen desselben verwendete Wasser wurde ein Theil des Hanfes beschädigt und S. belangte die Bahnverwaltung auf Ersatz des betreffenden Schadens. Beklagte bestritt ihre Haftpflicht, weil die Beschädigung nicht während des Transports, sondern während der Lagerung des Hanfes eingetreten sei und der § 134 ihres Transportreglements laute:

> In keinem Falle verantwortet die Gesellschaft, wenn die Waaren *während der Lagerung* verderben oder überhaupt im Werthe verlieren oder durch Feuer oder ein Naturereigniß zerstört werden.

Die Bahnverwaltung wurde jedoch in beiden Instanzen für ersatzpflichtig erkannt. *In dem App.-Erk. des Raths* vom 21. April 1882, № 2692 heißt es:

„Nach Art. 4256 des Prov.-Rechts Thl. III richten sich die wechselseitigen Verpflichtungen der Contrahenten bei dem Frachtvertrage zunächst nach dem Inhalte des Frachtbriefes. Da der vorliegende Frachtbrief die Bestimmung enthält, daß sowohl der Absender, als auch der Empfänger des Frachtgutes sich dem Transportreglement der Eisenbahn unterwerfe, ist die Entscheidung des Processes in der Hauptsache durch die Auslegung des von der Beklagten bezogenen § 134 ihres Transportreglements bedingt. Der Auslegung, welche die Beklagte dieser Bestimmung giebt, kann indessen nicht beigetreten werden.

Zwar ist es unrichtig, wenn Kläger allein aus der Wortfassung des Paragraphen seine Unanwendbarkeit auf vorliegenden

Fall folgert. Das Transportreglement ist keineswegs in so präciser Weise redigirt, daß dies möglich wäre, und daß in demselben die Ausdrücke „Lagerung" und „Aufbewahrung" gleichbedeutend gebraucht werden, ergiebt sich am schlagendsten aus dem Vergleich der ursprünglichen mit der später ergänzten Fassung des § 62, welcher zuerst von dem „unentgeltlichen Aufbewahren" der angekommenen Güter während 24 bzw. 48 Stunden handelte, in der nachmaligen Redaction aber ausdrücklich die „miethfreie Lagerfrist" für Frachtgut von 48 auf 24 Stunden einschränkt (vgl. Transportreglement, Ergänzungen und Erläuterungen S. II unten).

Auch ist auf den vom Unterrichter hervorgehobenen Umstand, daß das Frachtgut in diesem Falle zu den Speichern transportirt worden war, kein Gewicht zu legen, denn Lagerung bzw. Aufbewahrung findet mit rechtlich gleicher Wirkung statt, ob nun die Gegenstände sich im Güterschuppen befinden, oder auf dem Bahnhofe außerhalb des Güterschuppens, oder endlich im Güterwagen.

Die Streitfrage entscheidet sich jedoch auf Grund folgender Erwägungen zu Gunsten des Klägers.

Die Verpflichtung eines jeden Frachtführers und so auch der Bahnverwaltungen beginnt mit der Annahme des zu transportirenden Guts und schließt mit der Ablieferung an den Adressaten, welche ganz ebenso wie der Transport selbst ein integrirender Bestandtheil der Leistung des Frachtführers ist (Art. 4254, 4258, 4262 a. a. O). Von der Empfangnahme bis zur Ablieferung haftet der Frachtführer für allen Schaden, es sei denn, daß höhere Gewalt, schlechte Beschaffenheit des Gutes oder mangelhafte Verpackung die Veranlassung des Schadens waren (Art. 4258). — Der Endpunkt dieser Haftpflicht bestimmt sich für den gewöhnlichen Frachtvertrag einfach, weil nach Art. 4262 der Frachtführer dem Adressaten das Gut abliefern muß. Durch das Transportreglement der Riga-Dünaburger Eisenbahngesellschaft ist für die Beklagte, als Frachtführerin, eine solche Verpflichtung zur ihrerseitigen Ablieferung des Guts an den Adressaten aufgehoben, der letztere hat sich vielmehr zu melden und erst auf die Meldung wird ihm das Frachtgut ausgeliefert (vgl. Transportreglement §§ 59 ff., speciell § 61. Abth. 2 und die Ergänzung a. a. O. S. II). — Es fragt sich hiernach, in welchem

Augenblicke nach Ankunft des Frachtguts am Bestimmungsorte jene Haftpflicht der Bahnverwaltung aufhört und von wann ab, in Folge des Empfangsverzuges, die Gefahr des Zufalls auf den Adressaten übergeht (Art. 3312, 3323). — Die Ansicht der Beklagten, daß diese Wirkung schon mit dem Moment eintrete, wo das Gut aufhöre im „Stadium des Transports oder des Rollens" zu sein, ist ganz unhaltbar, schon aus dem einfachen Grunde, weil nicht momentan, nach erfolgtem Stillstehen des Gutes auf der Endstation, die Möglichkeit der Empfangnahme seitens des Adressaten gegeben ist; die Lieferungsbereitschaft der Frachtführerin ist in diesem Moment noch gar nicht vorhanden (Art. 3313).

Das Transportreglement widerlegt auch ohne weiteres die Ansicht der Beklagten, denn nach § 60 verpflichtet sich letztere nur dazu, „nicht später als 3 Stunden nach Ankunft des Zuges" mit der Auslieferung zu beginnen und dieselbe nach der Reihenfolge der zur Abnahme sich meldenden Empfänger zu vollziehen. Diese Bestimmung giebt nicht nur der Beklagten ein Recht — die Hinausschiebung des Lieferungsverzuges —, sie legt ihr auch eine größere Verpflichtung auf, indem sie den Empfangsverzug des Adressaten ebenfalls hinausschiebt. — Unter solchen Umständen bedurfte es offenbar zur Klarlegung des Vertragsverhältnisses einer ausdrücklichen Festsetzung darüber, in welchem Zeitpunkte nach Ankunft des Frachtgutes der Verzug des Adressaten eintritt und die Haftung der Bahnverwaltung in dem Umfange, wie sie während der Fahrt bestand, aufhört. Die betreffende Festsetzung ist auch im § 62 des Transportreglements gegeben (vgl. Ergänzungen und Erläuterungen S. II). Es ist unrichtig, wenn der erste Richter diesen Paragraphen für unanwendbar auf vorliegenden Fall erklärt, weil nach der Fassung desselben (vgl. § 127) das Gewicht auf das Wort „unentgeltlich" falle, und es sich somit nur um die Begrenzung der miethfreien Anfbewahrungsfrist handele. Es hätte offenbar an sich kein Grund für die Bahnverwaltung vorgelegen eine Last ohne Entgelt zu übernehmen, wenn nicht nach der Natur des Geschäfts und in ihrem eigenen Interesse sie dazu gezwungen gewesen wäre. Der Zwang aber ergab sich aus der Unmöglichkeit der Ablieferung sofort nach Ankunft der Züge.

Uebrigens folgt aus anderen Bestimmungen des Transportreglements, daß der § 62 dem Adressaten das Recht giebt, während 24 Stunden nach Eintreffen des Zuges mit dem Empfang zu zögern, ohne dadurch sich einer mora schuldig zu machen. So setzen z. B. die §§ 84 und 85 beim Transport von Thieren eine andere, weit kürzere Empfangsfrist fest (sofort nach Ankunft, bzw. 3 Stunden später); und wenn der § 84, auf welchen der § 62 speciell Bezug nimmt, sagt, daß Thiere in dieser kürzeren Zeit abgenommen werden müssen, so folgt im Rückschlusse, daß im Allgemeinen der Adressat nicht früher, als nach 24 Stunden zu empfangen braucht, und wenn ihm wiederum zu einem früheren Empfange eine vertragsmäßige Verpflichtung nicht obliegt, so können ihn die Folgen des Verzuges nicht früher als nach Ablauf der Frist treffen, welche letztere auch in der Anmerkung zum § 60 (a. a. O. S. II) als reglementsmäßige Frist zur Abnahme bezeichnet wird.

Dies vorausgeschickt, ergiebt sich, daß der in Frage kommende § 134 die Haftpflicht der Bahnverwaltung nur für die Lagerungszeit nach Ablauf der Empfangsfrist einschränkt; während dieser Frist aber haftet die Frachtführerin für die von ihr aufbewahrten, bzw. bei ihr gelagerten Waaren ebenso, wie während des Transports selbst. — Diese Interpretation wird auch ausdrücklich bestätigt durch die Fassung des § 179 des Reglm. Abth. 2 („während der Fahrt und innerhalb 48 Stunden nach der Ankunft am Bestimmungsorte" haftet die Gesellschaft bei versichertem Frachtgute für den vollen Werth). Daß vorliegenden Falls die 24stündige Empfangsfrist verstrichen gewesen sei, hat die Beklagte nicht behauptet, ihr lag aber die Verpflichtung zur Hervorhebung dessen ob, da die Waare des Klägers am 1. Juli angelangt war und schon am 2. Juli die Abladung begann."

1410. Klage eines Gesellschafters aus dem von allen Gesellschaftern geschlossenen Vertrage auf das Ganze.

Das sub № 1150 im VI. Bande (Seite 314) abgedruckte App.-Erk. des Raths vom 19. Februar 1882, № 1204 wurde in Folge der vom Beklagten eingelegten Revision durch Ukas des Dirigirenden Senats (IV Departement) vom 14. Juni 1884, № 1546 mit folgender Begründung bestätigt:

„Was das Verlangen des Appellanten betrifft, daß im Falle der Anerkennung eines Gesellschaftsverhältnisses (scil. zwischen dem Kläger und R.) die Klage angebrachtermaßen abgewiesen, nicht aber dem Kläger — wie von den Vorinstanzen geschehen — ein Recht auf die Hälfte der Forderung zugesprochen werde, so muß anerkannt werden, daß die Entscheidung der Vorinstanzen sich als correct erweist. Das Gesetz besagt, daß wenn im Vertrage der Antheil jedes Gesellschafters am Gewinne nicht bestimmt ist, letzterer nach Maßgabe des Betrages ihrer Einlagen zu vertheilen sei, wenn der Betrag der Einlagen sich aber nicht näher ermitteln lasse, nach der Kopfzahl (Art. 4309 des III. Thls. des Prov.-Rechts). Durch Verträge, welche alle Gesellschafter zusammen mit Dritten abschließen, werden diese weder solidarisch berechtigt, noch verpflichtet, sondern jeder einzelne nach Maßgabe seines vertragsmäßigen Antheils am Gewinn und Verlust, es sei denn anders verabredet worden (Art. 4311 a. a. O.). Die Verbindung beider Artikel läßt keinen Zweifel darüber, daß 1) jeder Gesellschafter das Recht hat, gegen Dritte gesondert von den Mitgesellschaftern zu klagen und daß 2) beim mangelnden Nachweise des Umfanges seiner Theilnahme am Gewinne die Vermuthung des Art. 4309 Platz greift, wonach der Gewinn nach der Kopfzahl getheilt wird, so daß solchenfalls jeder Gesellschafter nur seinen Kopftheil an der allen Gesellschaftern zu zahlenden Summe einklagen darf*). Im vorliegenden Falle bestreitet nicht nur der Kläger die Existenz eines Gesellschaftsvertrages zwischen ihm und R., sondern auch R. selbst hat bei seiner Vernehmung als Zeuge einen solchen Vertrag nicht bestätigt. Angesichts dessen und weil der Mangel eines Nachweises für die Gewinnantheile der Gesellschafter, wie eben gezeigt, letztere nicht hindert, als Gesellschafter Klage zu erheben, kann der Kläger nicht für verpflichtet erachtet werden, den Beweis des Umfanges seiner Theilnahme an einem Gesellschaftsvertrage zu führen, dessen Existenz er bestreitet, und deshalb muß in Bezug auf ihn die gesetzliche Präsumtion für die Theilung des Gewinnes nach der Kopfzahl eintreten; wogegen dem Beklagten die Beweislast darüber obgelegen hätte, daß unter den Gesellschaftern andere Bedingungen vereinbart seien."

*) Vgl. auch oben № 1323.

1411. In Betreff des Verhältnisses der Mitglieder des Rigaer Zollartels zu letzterem bzw. zum Zollchef

ist in dem App.-Erk. des Raths vom 2. Mai 1884, № 3046 ausgeführt, daß die nach § 6 der vom Finanzminister bestätigten Statuten (siehe Rigaer Handelsarchiv Band VI, S. 258 ff.) vom Zollchef angeordnete Entfernung eines Artelarbeiters nicht dem privatrechtlichen Ausschluß desselben aus dem Artel gleichsteht, wenn nicht das Gegentheil vertragsmäßig festgesetzt ist.

Damit stimmt überein der Bescheid der I. Section des Landvogteigerichts vom 16. November 1883, № 322.

1412. Ueber die Berechtigung der Glieder eines Vereins, gegen Beschlüsse des Vorstandes oder der Generalversammlung Klage bei Gericht zu führen.

I. Der Dienstmann D. war von dem Vorstande des Rigaer Dienstmann-Artels zuerst mit Geldbußen von 50 Kop. und 1 Rbl. belegt, darnach aber durch Beschluß der Generalversammlung aus dem Artel ausgeschlossen worden. Er erhob dieserhalb Klage bei dem Vogteigericht auf Aufhebung der über ihn verhängten Geldstrafen und seine Wiederaufnahme in die Genossenschaft, worauf das Vogteigericht dem beklagten Vereinsvorstande den Beweis auflegte, 1) daß Kläger die Geldstrafen und seine Ausschließung aus dem Artel durch seine wiederholte Auflehnung gegen statutenmäßige Anordnungen des Vorstandes verwirkt habe, 2) daß die Ausschließung des Klägers durch ordnungsmäßigen Beschluß der Generalversammlung erfolgt sei.

In Folge der beklagterseits dagegen erhobenen Querel erging in zweiter Instanz am 12. October 1883 sub № 6922 folgender Querelbescheid:

„Der erste Richter ist zu seiner Beweisauflage von der Ansicht aus gelangt, daß jeder Genossenschafter, sofern er das Vorhandensein eines Ausschließungsgrundes bestreite, auf Aufhebung des seine Ausschließung betreffenden Beschlusses klagen dürfe und daß ihm ein gleiches Klagerecht im Zweifel auch zustehe, falls die über ihn verhängten Geldstrafen willkürliche gewesen seien. Da nun die vorliegenden Statuten eine entgegenstehende Bestimmung nicht enthielten,

sei das Klagerecht begründet und, da Kläger die Existenz eines Rechtsgrundes für seine Bestrafung bzw. für seinen Ausschluß bestreite, habe der beklagte Vorstand diese zu beweisen. — Die Querelrechtfertigung behauptet dagegen, es liege in der Natur der Sache, daß ein Verein über seine inneren Angelegenheiten selbst allendlich entscheide, daher sei das Gericht nicht berechtigt, „die Entscheidung der Generalversammlung des Artels zu corrigiren." Das Gegentheil müßte in den Statuten ausdrücklich gesagt sein. Nur das Recht, das statutenmäßige Zustandekommen der Vereinsbeschlüsse zu prüfen, gebühre dem Richter und es könne daher vor seinem Forum wohl in Streit gezogen werden, ob der Ausschluß des Klägers durch ordnungsmäßigen Beschluß der Generalversammlung erfolgt, nicht aber ob er materiell gerechtfertigt sei. Desgleichen sei die Verhängung von Disciplinarstrafen nach den Statuten dem Vorstande eingeräumt, über dessen Anordnungen nur bei der Generalversammlung Beschwerde geführt werden könne.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann wegen jeder Verletzung eines Privatrechs bei dem zuständigen Gericht eine Civilklage von dem Verletzten erhoben werden, ohne Unterschied ob die Rechtsverletzung von einer physischen Person, oder von einer Mehrheit solcher (z. B. einer Gesellschaft), oder endlich einer juristischen Person (z. B. einer Corporation, einem Verein u. s. w.) ausgegangen ist. Da eine Erwerbsgenossenschaft, wie sie der Dienstmann-Artel ist, was ihre inneren Rechtsverhältnissen anbetrifft, als Erwerbsgesellschaft im Sinne der Art. 4295 ff. des Prov.-Rechts Thl. III behandelt werden muß, so sind diese Rechtsverhältntsse der einzelnen Genossenschafter zu einander, so weit sie nicht in dem Gesellschaftsvertrage (den Statuten) geregelt sind, den allgemeinen privatrechtlichen Normen unterworfen und folglich kann jeder Genossenschafter, der durch einen Beschluß der übrigen sich in seinem Privatrechte beeinträchtigt sieht, allerdings deswegen Klage beim ordentlichen Gerichte erheben, — es sei denn, daß diese Befugniß durch eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, d. h. der Statuten, ausgeschlossen erscheint. Hiernach ist in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz anzuerkennen, daß eine „allendliche" Entscheidung der Generalversammlung in Vereinsangelegenheiten, soweit sie sich auf Privatrechte der Genossenschafter bezieht, nicht als selbstver-

ständlich anzusehen, sondern umgekehrt einzig unter der Voraussetzung anzuerkennen ist, daß die Statuten eine betreffende Bestimmung aufweisen. — Die Frage kann also nur die sein, steht dem Klagerechte des Klägers für den Fragefall der Inhalt der Statuten entgegen? Bei Beantwortung dieser Frage ist aber nicht allein in Betracht zu ziehen, was die Statuten mit ausdrücklichen Worten besagen, sondern auch, was aus ihren ausdrücklichen Bestimmungen sich als stillschweigende Willenserklärung der Betheiligten ergiebt (Art. 4272 und 2937 a. a. O.).

Was hier zunächst die Geldstrafen angeht, deren Aufhebung Kläger bezweckt, so heißt es im § 38 der Statuten in richtiger deutscher Uebertragung — die gedruckte deutsche Uebersetzung ist durchweg fehlerhaft und deshalb unbrauchbar — wie folgt:

> Ueber die Dienstleute hat das Comptoir eine Disciplinargewalt, welche sich in dem Rechte des Verwalters des Comptoirs äußert, einem sich vergangen habenden Dienstmann Geldstrafen bis zu 1 Rbl. aufzuerlegen. Dem Dienstmann, welcher mit der Anordnung des Comptoirs unzufrieden ist, steht es frei darüber bei dem Vorstande Beschwerde zu führen.

Der § 27 lautet ferner:

> Unter allen Dienstleuten, die den Rigaschen Dienstmannartel bilden, besteht eine solidarische Verantwortlichkeit, sowohl in Betreff der pünktlichen und accuraten Erfüllung ihrer Dienstpflichten, als auch in Betreff der Schäden, welche dritten Personen sei es durch Verschulden eines oder mehrerer Glieder, sei es durch das Comptoir oder den Vorstand des Artels zugefügt werden.

Faßt man ins Auge, daß die Statuten, welchen sich zu unterwerfen jeder Dienstmann bei seiner Aufnahme in die Genossenschaft erklären muß (§ 14 a. a. O.), einerseits jeden einzelnen Dienstmann solidarisch für das Verschulden der übrigen haftbar erklären und andererseits dem Verwalter des Comptoirs, welcher nach § 37 von dem Vorstande aus seiner Mitte gewählt wird, eine Disciplinargewalt über die Dienstleute einräumen, so läßt sich allerdings die Schlußfolgerung nicht abweisen, daß alle Glieder der Genossenschaft sich eben freiwillig dieser Disciplinargewalt unterworfen und auf eine Anfechtung derselben vor dem Richter verzichtet haben.

Die Disciplinargewalt soll offenbar ein Correctiv der solidarischen Haftung bilden, indem sie der Nachlässigkeit entgegenwirken und damit der Verantwortlichkeit des Einzelnen für fremdes Verschulden Schranken setzen will. Diesen Zweck kann sie aber unmöglich erreichen, wenn der mit einer Disciplinarstrafe belegte Dienstmann berechtigt wäre, über deren Rechtmäßigkeit ein gerichtliches Verfahren zu veranlassen, was doch praktisch nichts anderes hieße, als daß die Befugniß zur Verhängung von Strafen nicht dem selbstgewählten Vorstande, sondern dem Richter zustehe. Da somit die Zulässigkeit einer gerichtlichen Klage über die gemäß § 38 der Statuten auferlegte Geldstrafe den Zweck dieser illusorisch machen würde, also vernünftiger Weise von den Betheiligten nicht gewollt sein kann und da überdies die im § 38 erwähnte Disciplinargewalt auch als eine durch das Statut angeordnete Verwaltungsmaßregel, ihre Ausübuug also nicht als Verletzung eines Privatrechts aufgefaßt werden kann, so muß abweichend von der ersten Instanz eine Klage auf Aufhebung der über den Kläger von dem Vorstande verhängten Geldstrafe für unzulässig erachtet und folgerecht Kläger mit diesem Theile seiner Klage wegen mangelnder rechtlicher Grundlage gänzlich abgewiesen werden.

Der Ausschluß des Klägers aus der Genossenschaft berührt fraglos sein privatrechtliches Verhältniß zu dieser, sein Klagerecht deswegen kann daher an sich nicht bestritten werden. Auch der beklagte Vorstand verneint dasselbe nicht schlechthin, will es indessen auf den Fall beschränkt sehen, daß der die Ausschließung betreffende Beschluß nicht in der durch die Statuten vorgeschriebenen Ordnung gefaßt sei, während er die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit des Beschlusses der Generalversammlung ausschließlich vindicirt. In der That ist dieser Auffassung der Statuten der Vorzug zu geben vor derjenigen des angefochtenen Bescheides, wonach auch die materielle Rechtfertigkeit des Ausschlusses der richterlichen Entscheidung unterliegen soll. Die Anmerkung I zum Art. 34 der Statuten bestimmt nämlich:

> Außer den aufgezählten Gegenständen gehört zur Zuständigkeit der Generalversammlung, der ordentlichen wie der außerordentlichen, noch 1) die Aufnahme neuer Mitglieder und der Ausschluß alter auf Antrag des Vorstandes,

falls sie die Bestimmungen der Statuten des Artels verletzt haben. . . .

und die Anmerkung II besagt:

In den Fällen der §§ 19 und 20 dieser Statuten steht das Recht des Ausschlusses dem Vorstande zu.

Aus der Gegenüberstellung beider Sätze erhellt, daß die Generalversammlung den Ausschluß eines Mitgliedes beschließen kann nicht nur in bestimmten, in den Statuten vorhergesehenen Fällen, sondern ganz allgemein, sobald sie findet, daß das betreffende Mitglied die Vereinsstatuten verletzt habe. Auch diese Vorschrift erklärt sich leicht unter dem Gesichtspunkte eines Gegengewichts gegen die statutenmäßige solidarische Haftung aller Genossenschafter: der Pflicht, für die Handlungsweise jedes einzelnen Mitgliedes einzustehen, entspricht die Befugniß, solche Mitglieder zu entfernen, welche die Statuten, den Gesellschaftsvertrag, verletzen. Da die Statuten nun zwar die formellen Voraussetzungen des Ausschlusses — Anwesenheit von $^2/_3$ der anwesenden Stimmen — in den §§ 35 und 36 regeln, dagegen über die materiellen Voraussetzungen abgesehen von den §§ 19 und 20 nichts besonderes anordnen, also die Beurtheilung des Vorhandenseins einer Veranlassung zum Ausschlusse der Generalversammlung anheimgegeben, muß die Absicht der Betheiligten eben dahin gehen, die Würdigung der Ausschließungsgründe in das billige Ermessen der Generalversammlung selbst zu stellen, sich in diesem Punkte ihrem Schiedsspruche zu unterwerfen. Die gegentheilige Annahme würde Unzuträglichkeiten mit sich bringen, welche den Vereinszwecken hinderlich wären und die beabsichtigte Controle über die Vereinsglieder unausführbar machen würden. Denn soll über die materielle Rechtfertigkeit des Ausschlusses erst der Richter auf Grund des vor ihm zu führenden Beweises entscheiden, so würde der Verein häufig auf den Ausschluß eines Gliedes, von dessen Schädlichkeit er vollkommen überzeugt ist, verzichten müssen, weil er den juristischen Beweis des Ausschließungsgrundes nicht führen kann, und das würde der, durch die solidarische Verantwortlichkeit aller geleiteten Absicht der Vereinsglieder widerstreiten.

Muß hiernach davon ausgegangen werden, daß Kläger seinen Ausschluß nur wegen Mangels der statutenmäßigen formellen Erfordernisse desselben anfechten kann, und hat Kläger einen solchen

Mangel garnicht behauptet, vielmehr selbst angeführt, daß seine Beschwerde über den Ausschließungsantrag des Vorstandes von der Generalversammlung unberücksichtigt gelassen worden sei, so erscheint somit auch seine auf Aufhebung des Ausschlusses gerichtete Klagebitte in der vorliegenden Fassung nicht begründet und muß deshalb angebrachtermaßen abgewiesen werden."

II. „Auf einer am 1. September 1883 abgehaltenen Generalversammlung des Rigaschen Hypothekenvereins ist u. a. der Beschluß gefaßt worden, die Gagen der Directore des Vereins und ebenso der Vereinsbeamten zu erhöhen, — nach Angabe des Klägers um 2750 bzw. 2500 Rbl., im Ganzen also um 5250 Rbl. jährlich. — Kläger führt in der Klage an: er sei Vereinsmitglied, müsse als solches zu den Ausgaben des Vereins beitragen und werde; durch den erwähnten Beschluß der Generalversammlung mit belastet er beantrage daher die Annullirung dieses Beschlusses, welcher in statutenwidriger Weise zu Stande gekommen sei. Es werden nun verschiedene Behauptungen vorgebracht, aus welchen die Nichtigkeit des Beschlusses folgen soll: die Nichtzulassung der ohne Eintrittskarten erschienenen Vereinsglieder, die Abstimmung über die Gehalterhöhungen ohne vorherige Aufnahme dieses Gegenstandes in die publicirte Tagesordnung, die mangelnde Beschlußfähigkeit der Versammlung wegen Anwesenheit einer zu geringen Anzahl von Mitgliedern, die Nichtzulassung des Gebrauchs der lettischen Sprache in der Versammlung. — Das hieran sich schließende Klagepetitum ist wie folgt, formulirt: „das Vogteigericht wolle den obenerwähnten Beschluß der Generalversammlung des Rigaschen Hypothekenvereins für ungiltig erklären, der Direction jede Geldausgabe auf Grund jenes Beschlusses untersagen und den Kläger von jeder Haftung für diesen Beschluß resp. von jeder Beisteuer zu den durch denselben geursachten Ausgaben befreien." Der beklagte Verein hat, ohne sich auf die Klage einzulassen, zunächst die Incompetenzeinrede vorgeschützt unter Berufung darauf, daß er nach seinen Statuten in einer internen Angelegenheit, wie die vorliegende, communalen oder gerichtlichen Organen nicht unterstellt sei, vielmehr das Recht der Selbstverwaltung und Selbstcontrole genieße. Nach erfolgtem abermaligem Schriftwechsel der Parteien hat das Vogteigericht

durch Erkenntniß vom 24./29. März 1884, № 87 diese Einrede zwar verworfen, jedoch bei Compensation der Proceßkosten, die Klage als ungenügend substantiirt abgewiesen.

Die untergerichtlichen Motive führen aus, daß durch die Vereinsstatuten den Vereinsgliedern nicht verwehrt sei, gegen ihre Rechte verletzende Beschlüsse der Generalversammlung die Hilfe der Gerichte in Anspruch zu nehmen. Das Societätverhältniß, in welchem die Vereinsglieder zu einander ständen, werde durch die Statuten als lex contractus geregelt. An die Vereinsbeschlüsse sei das einzelne Mitglied nur gebunden, sofern bei der Fassung die Statuten beobachtet worden seien. Sei letzteres nicht der Fall, so dürfe nach allgemeinen Grundsätzen der einzelne Gesellschafter zur Wahrung seines Rechts sich an die ordentlichen Civilgerichte wenden. Die Klage sei aber dennoch schon jetzt zurückzuweisen, weil das petitum in rechtlich unzulässiger Weise gestellt sei. Zur Aufhebung des Beschlusses der Generalversammlung sei das Gericht nicht competent, weil dasselbe nur, soweit Beziehungen des Klägers zum Verein in Frage kämen, zu entscheiden habe. Kläger habe unterlassen anzugeben, daß er einen in Geld abschätzbaren Schaden erlitten habe, und der Causalzusammenhang zwischen dem ihm angeblich geursachten Schaden und jenem Generalversammlungsbeschlusse sei in keiner Weise dargelegt. Der beklagte Verein könne zur Einlassung auf eine solche Klage nicht verpflichtet werden.

Der Kläger, welcher diese Entscheidung im Appellationswege angreift, bittet um Anweisung der beklagten Partei zur Klagebeantwortung und zum Ersatz der Kosten des untergerichtlichen Zwischenverfahrens.

Wenn Appellant in der Rechtfertigungsschrift dem ersten Urtheil Inconsequenz zur Last legt, insofern dasselbe die Incompetenzeinrede verwerfe, trotzdem aber sich für incompetent zur Aufhebung des betreffenden Beschlusses der Generalversammlung erkläre — so beruhen diese Ausführungen auf einem augenfälligen Mißverständnisse.

Die zu Gunsten des Appellanten erfolgte und daher hier nicht weiter zu erörternde Verwerfung der Incompetenzeinrede ist gerichtet gegen die vom appellatischen Verein vertretene Auffassung, als ob er bezüglich eines Generalversammlungsbeschlusses überhaupt nicht

vor den Civilgerichten zur Verantwortung gezogen werden dürfe. Der Unterrichter hat ausgesprochen, daß, soweit privatrechtliche Ansprüche des Klägers wider den Verein — aus dem Gesellschaftsvertrage — in Betracht kämen, allerdings die Gerichte zuständig seien. Soweit solches zur Vermeidung einer privatrechtlichen Schädigung des Appellanten erforderlich wäre, würde danach den Gerichten die Befugniß zustehen, den betr. Beschluß der Generalversammlung dem Appellanten gegenüber für unwirksam und eventuell den Verein für ersatzpflichtig zu erklären. Die Annullirung des Vereinsbeschlusses schlechthin steht aber allerdings zweifellos nicht in der Macht des von einem Vereinsgliede angerufenen Richters. Man kann den Grund dessen als mangelnde Zuständigkeit bezeichnen, wie das Vogteigericht in den Motiven der angefochtenen Entscheidung thut; man kann aber ebensowohl auch in dieser Richtung von einer unschlüssigen Klage reden. — Die Competenz des Gerichts erstreckt sich immer nur auf das Rechtsverhältniß zwischen den streitenden Personen und ein über das Interesse des Klägers hinausgehendes Klagepetitum entbehrt der Schlüssigkeit. Wenn der streitige Beschluß in seiner privatrechtlichen Wirkung dem Appellanten gegenüber außer Kraft gesetzt wird, so ist damit dem aus dem Gesellschaftsvertrage allein zu verfolgenden vermögensrechtlichen Interesse des Appellanten (vgl. Prov. Recht Thl. III, Art. 2907) Genüge geschehen; für die zahlreichen übrigen Vereinsglieder kann offenbar nicht auf alleinigen Antrag des ohne Vollmacht agirenden Appellanten in diesem Processe jener Beschluß unverbindlich gemacht werden.

Der erste Theil der vom Appellanten formulirten, oben wörtlich wiedergegebenen Klagebitte bezweckt nun ganz allgemein die gerichtliche Constatirung der Ungiltigkeit des Generalversammlungsbeschlusses, wobei Appellant gleichzeitig gar beantragt, daß der Vereinsdirection jede Geldausgabe auf Grund des Beschlusses untersagt werde. Ein derartiges Petitum ist aus obigen Erwägungen zur Verhandlung im Civilprocesse nicht geeignet. Die vom Appellanten aufgeworfene Frage, bei welcher Autorität er unter solchen Umständen die — allgemeine — Annullirung des Beschlusses erreichen könne, ist nicht hier zu beantworten, da den Gerichten eben nur der Schutz verletzter oder gefährdeter Privatrechte der Proceßparteien obliegt.

Im zweiten Theile der Klagebitte geht Appellant allerdings direct auf *sein privatrechtliches* Verhältniß zum Vereine zurück, indem er beantragt von jeder Haftung für den Beschluß, bzw. von jeder Beisteuer zu den durch denselben geursachten Ausgaben befreit zu werden. Dieser Antrag muß jedoch mit dem Unterrichter für nicht genügend thatsächlich substantirt erklärt werden, denn es ist nicht ersichtlich, in welcher Weise Appellant für jenen Beschluß zu haften habe, und noch weniger ist behauptet worden, daß zur Bestreitung der Bewilligung eine Umlage auf die Vereinsglieder gemacht worden sei. Es läßt sich mithin aus dem Klagevortrage nicht erkennen, daß dem Appellanten in Folge des Beschlusses der Generalversammlung ein vermögensrechtlicher Schade drohe, geschweige denn, daß ihm ein solcher Schade bereits erwachsen sei und wieviel derselbe, in Geld geschätzt, betrage . . . . Die vom Appellanten herangezogene Analogie einer Anerkennungsklage (bzw. auf Annullirung eines Kaufvertrages) paßt vollends nicht, denn Appellant beabsichtigt durchaus nicht, etwa auf Grund jenes Beschlusses sein Verhältniß zur Societät zu lösen. Wenn aber letzteres nicht Klagezweck ist, dann fällt eben der Klageanspruch nur unter den Begriff einer Ersatzforderung wegen Rechtsverletzung bzw Nichteinhaltung contractlicher Verpflichtungen. Appellant erklärt zwar ausdrücklich, daß er einen Ersatzanspruch zur Zeit garnicht verfolge und aus diesem Grunde auch nicht verpflichtet sei, seinen Schaden zu substantiiren; dagegen sei er befugt, auf Grund des Art. 4274 a. a. O. auf Erfüllung des Gesellschaftsvertrages, also auf Einhaltung der Statuten zu klagen. Aber auch mit dieser Construction ist für den Appellanten nichts gewonnen, denn das Klagerecht auf *Erfüllung* eines Vertrages besteht nur, wenn und insoweit die Erfüllung für den Kläger ein vermögensrechtliches Interesse darstellt,*) welches im Falle der Nichterfüllung mit der

*) Vgl. das Erkenntniß des App.-Gerichts zu Leipzig im Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrgang 1868, № 4: „Es ist regelmäßig zu präsumiren, daß für denjenigen, welcher sich eine Leistung, bestehe diese in einer positiven Handlung oder in einem Nichtthun, versprechen läßt, auch ein pecuniäres Interesse an der Erfüllung dieses Versprechens existirt. Es bedurfte daher die Klage nach dieser Seite hin keiner speciellen Substantiirung; vielmehr wäre es Sache des Beklagten gewesen, ausflüchtweise den behaupteten Mangel jedes vermögensrechtlichen Interesses näher zu be-

Entschädigungsklage zur Geltung gebracht werden könnte; läßt sich die zweite Alternative, wie hier, nicht ohne weiteres suppliren, so ist auch die Erfüllungsklage unsubstantiirt. Zur Annullirungsklage im Interesse des ganzen Vereins, wie Appellant will, ist derselbe jedenfalls nicht legitimirt und der allgemeine Hinweis darauf, daß aus jenem für den Verein angeblich direct nachtheiligen Beschlusse mittelbar ein — wie Appellant selbst zugiebt — zur Zeit noch nicht bestimmbarer Nachtheil für den einzelnen Gesellschafter entstehen könne, reicht zur Substantiirung der Civilklage nicht aus.

Der Unterrichter hat also mit Recht die Klage, wie sie erhoben worden ist, zurückgewiesen."

(App.-Erk. des Raths vom 24. October 1884, № 7337.)

1413. Rückforderung eines über eine Spielschuld ausgestellten Wechsels.

Kläger forderte von Beklagtem die Rückgabe von 5 Wechseln, die er im Betrage von je 100 Rbl. über eine Schuld von 500 Rbl. ausgestellt und Beklagtem, an welchen er jene Summe im Dominospiel verloren, übergeben hatte. Beklagter wandte ein, das Dominospiel sei nicht verboten; worauf Kläger erwiderte, der fragliche Verlust übersteige jedenfalls weit seine Vermögensverhältnisse.

Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte am 21. April 1881, sub № 93:

„Das gewöhnliche Dominospiel, welches in dem von den Spielenden in bestimmter Reihenfolge stattfindenden Aneinandersetzen gleichzahliger durch Zufall erhaltener Steine besteht, ist als ein Hazardspiel nach dem Art. 4339 des Prov.-Rechts Bd. III nicht aufzufassen, da es nicht blos vom Zufall abhängt, sondern nebenbei eine gewisse, wenn auch geringfügige Berechnung erfordert. Ob von den Parteien dieses Spiel, oder ein anderes unter dem Namen Domino gespielt worden, ist zwar aus ihren Angaben nicht zu entnehmen, jedoch bei dem vorliegenden Falle irrelevant.

gründen und für die Unklagbarkeit der dem Klageanspruche zu Grunde liegenden Stipulation in der angegebenen Beziehung die nöthige Unterlage beizubringen." Uebrigens ist das im Art. 2907 des Privatrechts aufrechterhaltene Erforderniß des „Vermögenswerthes" der obligatorischen Leistung neuerdings sehr bestritten. Vgl. Windscheid, Pandekten II, § 251, Note 3: Hasenöhrl, österreich Obligationenrecht, § 1 sub 5, Seite 21—23.

Ebensowenig bedarf es einer Entscheidung dessen, ob eine unzulässige Klageänderung in der Replik stattgefunden hat oder nicht. Es genügen die in der Klage bereits angeführten und vom Beklagten zugestandenen Thatsachen zur Entscheidung, selbst angenommen, daß es sich um ein erlaubtes Spiel gehandelt hat und der Verlust nicht für unverhältnißmäßig zu erachten ist. Nach Art. 4343 a. a. O. darf der Verlust in einem erlaubten Spiele nicht zurückgefordert werden, wenn er wirklich bezahlt ist; dagegen sind Schuldforderungen, die aus einem solchen Spiele herrühren, weder klagbar, noch können sie als Gegenforderung zur Compensation gebracht werden. Nach dem Wortlaute dieser gesetzlichen Bestimmung muß eine „wirkliche Bezahlung" stattgefunden haben, mit anderen Worten: es muß ein Vermögensobject aus dem Vermögen des Schuldners in dasjenige des Gläubigers übergegangen sein. Als ein solches kann nun aber ein Eigenwechsel des Schuldners nicht angesehen werden, da derselbe seinem Wesen nach nur eine Schuldverschreibung des Ausstellers, d. h. eine Verpflichtung zu einer zukünftigen Leistung aus seinem Vermögen, nicht aber letztere selbst ist. Ebensowenig durchschlagend ist die Behauptung des Beklagten, daß durch die Ausstellung der Wechsel hinsichtlich des Schuldnexus eine Novation erfolgt sei. Abgesehen davon, daß Novationen gemäß Art. 3586 a. a. O. nicht vermuthet werden und keinerlei Thatsachen angeführt sind, aus welchen strict auf einen Neuerungsvertrag zu schließen ist, so konnte, selbst wenn eine Novation stattgefunden hätte, dadurch ein materiell klagbares Rechtsverhältniß nicht entstehen. Nach Art. 3580 a. a. O. ist zur Novation erforderlich, daß das Forderungsrecht, welches aufgehoben wird, rechtsbeständig sei und Art. 3585 a. a. O., bestimmt ferner daß, falls die frühere Forderung keine wirksam bestehende war, die mit ihr vorgenommene Novation ungiltig sei. Da nun, wenn auch Art. 4338 a. a. O. allgemein den Spielvertrag hinsichtlich eines erlaubten Spieles als gestattet und rechtsverbindlich bezeichnet, aus dem bereits oben erwähnten Art. 4343 a. a. O. zu entnehmen ist, daß derartige Forderungen weder klagbar, noch selbst compensabel sind, sondern blos das „wirklich Bezahlte" nicht zurückgefordert werden darf, so kann eine solche Forderung nicht als „rechtsbeständig" oder „wirksam bestehend" angesehen werden und ist demnach die mit

derselben vorgenommene Novation ungiltig. Vielmehr erscheint, da durch die Hingabe von Eigenwechseln der Spielgläubiger in den Stand gesetzt werden soll, ein ihm gesetzlich untersagtes Recht, nämlich das Klagerecht für die Spielforderung auszuüben, diese Hingabe als um eines unsittlichen Zweckes willen resp. wenigstens ohne Grund geschehen, so daß die Rückforderung der Wechsel gemäß Art. 3719 und 3720 resp. 3727 und 3729 a. a. O. für zulässig zu erachten ist. Demnach ist Beklagter der Klage gewäß schon auf Grund der in derselben angeführten Momente zu verurtheilen."

Diese Entscheidung ging in Rechtskraft über.

1414. Ungiltigkeit eines Spielvertrages wegen übermäßigen Einsatzes.

Kläger hatte mit dem Beklagten Billard gespielt, dabei an einem Nachmittage in Einsätzen bis zu 20 Rbl. im Ganzen 160 Rbl. verloren und über die verlorene Summe dem Beklagten einen Wechsel ausgestellt. Die von ihm auf Rückgabe des Wechsels angestellte Klage wurde von der II. Section des Landvogteigerichts auf Grund des Art. 4340 und 4341 des Privatrechts als begründet anerkannt und die dagegen eingelegte Appellation des Beklagten durch App.-Erk. des Raths vom 15. Juni 1884, № 4125 aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Nach Art. 4341 a. a. O. erhält das erlaubte Spiel dieselbe Wirkung, wie das verbotene, wenn hinsichtlich des auf das Spiel gesetzten Quantums ein gewisses Maß überschritten und um Geldsummen gespielt wird, welche die Vermögensverhältnisse der Spieler übersteigen. Die in Frage kommende Wirkung besteht aber nach Art. 4340 a. a. O. darin, daß, was im Spiel gewonnen worden ist, nicht nur nicht gefordert, sondern auch, wenn es schon bezahlt ist, zurückgefordert werden kann. Demnächst enthält der Art. 4341 a. a. O. noch die Bestimmung, daß die Entscheidung darüber, ob die Spielsumme die Vermögensverhältnisse der Spieler überbiete, in jedem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen anheimgegeben sei.

Der Angriff des appellirenden Beklagten richtet sich nun gegen das Ermessen des ersten Richters, welcher ungeachtet dessen, daß Kläger nach Aussage der Zeugen das Geschäft eines Billardpächters betreibe und daß Kläger keinen Maßstab für die Beurthei-

lung seiner Vermögensverhältnisse dargeboten habe, von der Annahme ausgegangen sei, daß ein Gesammtverlust von 160 Rbl. die Vermögensverhältnisse Klägers übersteige. Beklagter ist der Ansicht, daß das Gesetz nicht die nachtheiligen Folgen des Leichtsinns beim Spiel vollständig aufzuheben bezwecke, sondern dem freien Willen des Spielers nur in den äußersten Fällen verhältnißmäßig übertriebenen großer Spielverluste eine Schranke setze. Beklagter hebt demnächst hervor, daß Kläger sich mit dem Billardspiel gewerbsmäßig befasse; er hält die Gewerbsmäßigkeit des Spielens nicht für verboten, er faßt Spielverluste eines gewerbsmäßigen Spielers als dessen Geschäftsunkosten auf und glaubt daher, daß für die Frage, welcher Spielverlust als ein die Vermögensverhältnisse überbietender anzusehen sei, die Gewerbsmäßigkeit des Spielers von großer Bedeutung sei.

Kläger hat sich selbst als Diener aufgegeben; den Zeugen ist es bekannt, daß er im Winter 1882 im Hotel de Russie 5 Billarde in Pacht genommen gehabt hat; das Spiel, bei welchem er im Laufe eines Nachmittags diejenige Summe verloren hat, über welche er zu des Beklagten Gunsten einen Wechsel ausstellte, hat in einer anderen Restauration stattgefunden. Hierbei wurden die Einsätze pro Partie zunächst auf 1 Rbl. festgesetzt und später auf 10 und 20 Rbl. erhöht. Nachdem Kläger etwas über 10 Rbl. an Beklagten verspielt gehabt, hat es ihm zur Fortsetzung des Spiels an baarem Gelde gefehlt, er hat daher dem Beklagten zunächst seine Uhr versetzt und das Pfand, nach Beendigung des Spiels gegen den Wechsel eingelöst. Er hat auf die Zeugen den Eindruck eines ungewandten Billardspielers gemacht.

Die angeführten Thatsachen genügen, um erkennen zu lassen, daß es sich im vorliegenden Falle nicht um Wirkungen eines gesetzlich erlaubten Spiels handeln kann. Eine Spielsumme von 10—20 Rbl. für die einzelne Billardpartie erscheint an und für sich schon übermäßig. Ein Spielverlust im Billardspiel von 160 Rbl., welcher auf das Spiel eines Nachmittags entfällt, ist aber so groß, daß nur sehr wohlhabende Personen sich demselben zum Zwecke ihrer geselligen Unterhaltung aussetzen können.

Das Gewerbe, welches Kläger als Diener oder Billardpächter betreibt, spricht dagegen, daß er über ein großes Vermögen zu verfügen habe; er hätte sich sonst nicht den angegebenen Beruf erwählt. Es muß daher, wie vom ersten Richter geschehen ist, angenommen

werden, daß jener Spielverlust seine Vermögensverhältnisse übersteigt. Ob er gewerbsmäßig mit dem Billardspiele sich befaßt, kommt weiter nicht in Betracht; denn das lediglich in gewinnsüchtiger Absicht (also zum Erwerbe von Geld) eingegangene Spiel ist nach Art. 4339 des III. Thls. des Prov.-Rechts kein erlaubtes Spiel.

Demnach muß Kläger für berechtigt angesehen werden, zurückzufordern, was er an den Beklagten verloren hat, bzw. den Wechsel zurückzuverlangen, welchen Beklagter von ihm an Zahlungsstatt entgegengenommen hat."

1415. Klage aus einer Wette. Erforderniß der Ernstlichkeit. Uebermäßige Wettsumme.

Die beim Zechtische sitzenden Parteien hatten gewettet, weil Beklagter behauptete, eine Person, welche durch das Schenkzimmer gegangen war und mit Beklagtem gesprochen hatte, sei der Sohn des Kaufmanns A., während Kläger dies bestritt und sagte, daß er diesen Sohn sehr gut kenne. Beklagter hatte die über 1000 Rbl. abgeschlossene Wette verloren, indem sich herausstellte, jene Person sei nicht der Sohn, sondern Schwiegersohn des Kaufmannes A. Die auf Zahlung der Wettsumme erhobene Klage wurde durch Querelbescheid des Raths vom 18. November 1883, № 7829 abgewiesen. Gründe:

„Zwar muß im Gegensatze zur Ansicht des Beklagten, welcher den Vertrag als Spiel auffaßt, anerkannt werden, daß der vom Kläger behauptete Vertrag die äußeren Merkmale einer Wette — wenigstens im Sinne des baltischen Privatrechts — an sich trägt. Auf die juristische Construction des libellirten Vertrages kommt es aber um deswillen namentlich an, weil nach provinziellem Rechte der Spielvertrag klaglos, der Wettvertrag dagegen klagbar ist (vgl. Art. 4340, 4343 und 4354 des III. Thls. des Prov.-Rechts). Spiel und Wette sind einzelne Arten des Glücksvertrages, d. h. eines Schuldvertrages, dessen Inhalt so beschaffen ist, daß es von ungewissen oder doch wenigstens dem einen oder dem andern Contrahenten nicht genau bekannten Umständen abhängt, ob er im Erfolg einem Contrahenten Verlust oder Vortheil bringt (vgl. Arndts, Pandekten, § 236). In der Theorie des gemeinen Rechts herrscht über die Abgrenzung von Spiel und Wette gegen einander vielfache

Meinungsverschiedenheit; selbstverständlich ist man aber in Anbetracht dessen, daß unter dem Namen der Wette sich sehr wol ein Spiel verbergen kann, darüber einig, daß man es bei der von den Interessenten gebrauchten Vertragsbezeichnung nicht einfach bewenden lassen dürfe, sondern daß in jedem einzelnen Falle die juristische Natur des in Betracht kommenden Vertrages zu ermitteln sei (vgl. Windscheid, Pandekten II, § 420; Vangerow, Pandekten III, § 673, Anmerkung 3. 3).

Abgesehen von untergeordneten Abweichungen stehen sich bezüglich der Definition von Spiel und Wette vornehmlich zwei Meinungen gegenüber. Während die Einen das Charakteristische des Spiels darin sehen, daß der Ausgang des Vertrages, der entscheidende Thatumstand, durch eine verabredetermaßen vorzunehmende Thätigkeit herbeigeführt werde, wogegen die Wette eine solche Thätigkeit nicht voraussetze (vgl. Thöl, Handelsrecht § 102. Gerber, deutsches Privatrecht § 193. Holzschuher, Theorie und Casuistik III, § 310, Punkt 6. Stobbe, deutsches Privatrecht III, § 193), setzen Andere — und ihre Ansicht ist die herrschende und verdient, weil sie am besten die große juristische Verschiedenheit beider Geschäfte erklärt, den Vorzug — das unterscheidende Kriterium in die Absicht der Parteien, welche beim Spiel auf Gewinn, sei es als Selbstzweck, sei es als Mittel zur Unterhaltung, beim Wettvertrage aber darauf gerichtet ist, dem Sieger in einem Meinungskampfe eine Art von Genugthuung zu verschaffen (vgl. Vangerow, a. a. O. Bluntschli, deutsches Privatrecht, § 126. Windscheid, a. a. O. § 419 und 420, Note 1). Nach der Lehre der ersten Gruppe soll also mehr die äußere Form des Vertrages und seiner Erfüllung, nach derjenigen der zweiten Gruppe aber sollen die inneren Beweggründe der Contrahenten, je nachdem sie mehr frivol als löblich sind oder umgekehrt, über die Frage, ob klagloses Spiel oder klagbare Wette vorliege, entscheiden.

Der gegenwärtig zur Entscheidung gestellte Rechtsfall eignet sich ganz besonders dazu, den durchgreifenden Gegensatz der beiden Auffassungen an einem Beispiel zu veranschaulichen. Folgt man der Ansicht der ersten Gruppe, so wird hier das Vorhandensein eines Wettvertrages anzunehmen, ein Spielvertrag aber ausgeschlossen sein, denn Gegenstand des Vertrages ist die Hingehörigkeit einer bestimmt

bezeichneten Person bzw. das verwandtschaftliche Verhältniß derselben zu einer anderen, mithin eine objectiv gewisse Thatsache, auf welche die Thätigkeit der Contrahenten oder Dritter keinen Einfluß zu üben vermag. Forscht man andererseits mit den in zweiter Reihe genannten Rechtslehrern nach dem zum Vertrage Anlaß gebenden Motiv, so wird anerkannt werden müssen, daß dasselbe ein durchaus frivoles und keineswegs das natürliche Ergebniß eines vorausgegangenen Meinungsstreites gewesen ist. — Für die Annahme eines Meinungsstreites oder Meinungskampfes wäre erforderlich, daß selbständige Behauptungen sich einander gegenüber standen und daß sie beiderseits begründet wurden. Nach der Sachdarstellung des Klägers aber hatte nur Beklagter eine Behauptung aufgestellt, nämlich die, daß die in Frage kommende Person der Sohn des Kaufmanns A. sei, während Kläger sich auf die Negation dieser Behauptung, die ihm überdies vollständig gleichgiltig sein mußte, beschränkt hatte; auch hat es an einer äußeren Begründung jener Behauptung durchaus gefehlt. Die Ueberzeugung drängt sich hiernach von selbst auf, daß im Fragefalle nicht gewettet wurde, weil gestritten war, sondern die aufgestellte Behauptung nur bestritten und andauernd bestritten wurde, um wetten zu können. In einem solchen Falle ist aber nach Ansicht Vangerow's und der mit ihm übereinstimmenden Rechtslehrer ungeachtet des Scheines einer Wette in Wirklichkeit ein Spiel vorhanden, auf welches denn auch die Rechtsgrundsätze über das Spiel Anwendung finden müßten. Nach der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts würde mithin die Klage in vorliegendem Falle als eine rechtlich unbegründete zurückzuweisen sein.

Im Geltungsgebiete des Provinzialrechts indessen läßt sich der zur Klage gebrauchte Vertrag nicht als Spielvertrag juristisch construiren. Nach Art. 4337 des Prov.-Rechts ist nämlich unter einem Spielvertrage derjenige Vertrag zu verstehen, durch welchen für einen Theil ein Gewinn, für den anderen ein Verlust von einem ungewissen künftigen Ereignisse abhängig gemacht wird. Im vorliegenden Falle aber ist der Gegenstand des Vertrages keineswegs ein ungewisses künftiges Ereigniß, sondern eine zur Zeit des Vertragsschlusses bereits objectiv gewisse Thatsache gewesen. Andererseits erheischt der Art. 4353 a. a. O. für den Begriff der Wette

keineswegs das Vorausgehen eines Meinungsstreites oder Meinungskampfes, sondern es genügt, daß eine aufgestellte Behauptung von der andern Seite bestritten wurde, um von ihrer Richtigkeit oder Unrichtigkeit Gewinn oder Verlust in rechtswirksamer Weise abhängig zu machen. Dies geht auch daraus hervor, daß der Art. 4355 a. a. O. die Klagbarkeit der s. g. Spielwette unter der Voraussetzung, daß sie sich auf ein erlaubtes Spiel bezieht — zuspricht, obwohl die Spielwette, welche von der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts als eigentlicher und daher klagloser Spielvertrag aufgefaßt wird (vgl. Bluntschli a. a. O. Vangerow a. a. O., Z. 3 a. E. Stobbe a. a. O., Seite 329 sub 3. Windscheid, § 420, Note 1), einen wahren Meinungsstreit nicht voraussetzt. Da im Fragefalle der Umstand, daß die beklagterseits aufgestellte Behauptung vom Kläger bestritten wurde, den Anlaß zum Abschluß eines Glücksvertrages, der jedenfalls nicht unter den Begriff des Spielvertrages im Sinne des Art. 4337 a. a. O. gebracht werden kann, gegeben hat, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die äußeren Merkmale einer Wette, wie sie das Provinzialrecht auffaßt, auf den zur Klage gebrachten Vertrag, der nach Angabe des Klägers auch von den Contrahenten als Wette bezeichnet wurde, zutreffen.

Nach Art. 4354 a. a. O. ist aber die Wette nur dann ein giltiger und klagbarer Vertrag, wenn sie im Ernst angestellt, ihr Gegenstand nicht unerlaubt und die eingesetzte Summe nicht unmäßig, vielmehr den Vermögensverhältnissen der Wettenden angemessen ist. Ob letzteres der Fall, darüber soll der Richter nach Maßgabe der vorliegenden Verhältnisse in jedem einzelnen Falle entscheiden, ohne daß ihm ein Moderationsrecht, welches auch gemeinrechtlich für unzulässig erklärt wird, zugesprochen wird.

Daß für die Wette ausdrücklich das Erforderniß der Ernstlichkeit der Willenserklärungen aufgestellt worden, obwol doch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Ernstlichkeit eines Vertragsschlusses bis zum Beweise des Gegentheils zu präsumiren ist,*) hat seinen Grund in dem Erfahrungssatze, daß eine Wettofferte sehr häufig nur im Sinne der Bekräftigung einer Ueberzeugung, nicht in der Absicht bindender Verpflichtung gemacht und angenommen wird. (Vgl. Seuffert's Archiv, Band 27, № 181.) Ueber-

*) Vgl. Band V, № 863, Seite 325.

dies soll durch jene Bestimmung offenbar auch angedeutet werden, daß die Wette, ebenso wie der Spielvertrag nicht einem Bedürfnisse des ökonomischen Verkehrs entspringe und die luxuriöse Natur dieser Art Geschäfte eine vorsichtige Beachtung in der Rechtsordnung nöthig mache. (Vgl. Bluntschli, a. a. O. § 125.) Die moderne Rechtsanschauung geht unzweifelhaft dahin, Wette und Spiel aus dem Rechtsleben zu verbannen und neuere Gesetzbücher sprechen der Wette, gleichwie dem Spiele die Klagbarkeit ab (vgl. Stobbe a. a. O., Seite 329, Note 20). Wenn auch das baltische Provinzialrecht diese letztere Consequenz der allgemeinen Rechtsüberzeugung nicht zieht, so ist doch durch den allegirten Art. 4354 für die Beurtheilung dessen, ob im concreten Falle die Wette klagbar sei oder nicht, dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum geöffnet. Als besondere Umstände, welche hierbei gegen die Klagbarkeit des Wettvertrages ins Gewicht fallen können, sind die gewinnsüchtige Absicht der Contrahenten, die Höhe der Wettsumme, wenn sie nach den Personen und vorliegenden Verhältnissen als unmäßig erscheint, und vor Allem die mangelnde Absicht der Contrahenten, sich in aller Form Rechtens einander zu verpflichten, m. a. W. solche Umstände anzusehen, welche das Motiv zu einem unerlaubten Spiele abgeben. Wollte man bei der Beurtheilung des Wettvertrages die oben erwähnten Umstände nicht in Erwägung ziehen, so würde man eben nur die Umgehung des gesetzlichen Spielverbotes fördern, da dann den Contrahenten freistände, ihre gewinnsüchtige Absicht, welche das Charakteristische des unerlaubten Spiels ist, in der Form eines Wettvertrages über Sein oder Nichtsein einer in der Vergangenheit liegenden, objectiv gewissen Thatsache zu erreichen.

Bei Anwendung obiger Grundsätze auf den vorliegenden Fall, wie er vom Kläger dargestellt wird, kann nicht verkannt werden, daß Kläger einzig in gewinnsüchtiger Absicht gehandelt hat, wenn er ohne auch nur den Versuch einer Ermäßigung der proponirten, enormen Wettsumme zu machen, die Wettofferte des Gegners acceptirte. Andrerseits spricht gegen die Ernstlichkeit des Willens des Beklagten, sich dem Kläger gegenüber zu einer bestimmten Leistung zu verpflichten, das an sich nichtige und gleichgiltige Motiv des Streites und der in keinem Verhältnisse zu diesem Motiv stehende Einsatz von 1000 Rbl. Die Unterhaltung, welche sich in Folge der

vom Beklagten aufgestellten Behauptung, daß er soeben mit dem Sohne des Kaufmanns A. gesprochen, entspann, charakterisirt sich als ein der beiderseitigen Rechthaberei entsprungenes Wirthshausgespräch und, wenn in Anbetracht der Unnachgiebigkeit des Klägers Beklagter sich zum Angebot einer Wette auf 1000 Rbl. hinreißen ließ, so hat er offenbar nur seiner rechthaberischen Behauptung besonders kräftigen Nachdruck verleihen, nicht aber unter allen Umständen zur Leistung des übermäßigen Wettpreises sich verbindlich machen wollen. (Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 32, № 231.)

Wenn also auf Seiten des Klägers reine Gewinnsucht bzw. die Absicht, sich einzig und allein auf Kosten des Gegners zu bereichern — was nach der herrschenden Rechtsanschauung für unerlaubt gilt — das Motiv zur Eingehung des Wettvertrages gewesen ist, wenn andrerseits es dem Beklagten an dem ernsten Willen fehlte, eine bindende Verpflichtung einzugehen, so kann nach Art. 4354 des III. Thls. des Prov.-Rechts im vorliegenden Falle das Vorhandensein eines giltigen und klagbaren Vertrages nicht angenommen werden. Es muß daher die Klage zurückgewiesen werden, ganz abgesehen davon, daß in dem in Frage kommenden Streit von keiner Partei ein entscheidender Sieg, der zur Erhebung des Gewinnes berechtigte, errungen war, da es sich herausgestellt hat, daß die in Streit gezogene Person, die vom Beklagten als der Sohn des Kaufmanns A. bezeichnet worden, wenn auch nicht der leibliche Sohn so doch der Schwiegersohn desselben gewesen ist, im gesellschaftlichen Verkehr aber die Abkürzung „Sohn" als Bezeichnung des Tochtermannes nicht selten vorkommt."

1416. Inwiefern kann der Versicherte den Einwand der Versicherungsgesellschaft, daß er die statutenmäßige schriftliche, Anzeige von Veränderungen an der versicherten Sache unterlassen habe, durch die Berufung darauf zurückschlagen, die Gesellschaft habe von der anzuzeigenden Thatsache bereits Kenntniß erlangt gehabt?

A. hatte sein Waarenlager bei der Baltischen Feuerversicherungsgesellschaft versichert, später aber dasselbe verlegt und einen — nicht versicherten — Vorrath von Revolverpatronen und Pistons, welche bisher in einem Zimmer des I. Stockes gelagert hatten,

gleich den übrigen Waaren in seinem Verkaufslocale zu ebener Erde untergebracht. Als eine Explosion erfolgte und durch sie die übrigen Waaren zum größten Theile beschädigt wurden, berief sich die Gesellschaft gegenüber der Versicherungsforderung des N. auf den § 20 ihrer Versicherungsbedingungen, wonach der Versicherte bei Verlust des Rechts auf die Brandentschädigung verpflichtet ist, bei Vergrößerung der Feuersgefahr in Folge eingetretener Veränderungen an dem versicherten Gegenstande, wie z. B. durch Errichtung eines Lagers leicht entzündlicher Stoffe, der Direction oder örtlichen Agentur unverzüglich schriftliche Anzeige zu machen. Kläger N. replicirte, der Versicherungsagent T. bzw. dessen Commis S. habe von der stattgehabten Translocation der Zündstoffe aus eigener Wahrnehmung Kenntniß erhalten und gleichwohl die Versicherung erneuert.

Das Beweisinterlocut des Vogteigerichts vom 24. Mai 1884 № 116 verstellte diese Replik zum Beweise, auf Appellation der Beklagten wurde dagegen der Versicherungsanspruch des Klägers durch App.-Erk. vom 12. October 1884, № 7042 aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Daß die Uebertragung der bisher in dem oberen Stocke aufbewahrten Revolverpatronen und s. g. Amorces (Papierpistons) in das zu ebener Erde gelegene Verkaufslocal die Feuersgefahr für die in letzterem befindlichen Waaren vergrößerte, das ist ohne allen Beweis von selbst einleuchtend. Denn wenn durch ein entstandenes Feuer eine Explosion hervorgerufen wurde, mußte diese selbstverständlich eher eintreten und leichter die versicherten Waaren betreffen, wenn letztere sich in nächster Nähe der Zündkörper befanden, als wenn sie einen Stock niedriger lagen. Ebenso zweifellos ist es, daß Kläger oder sein Rechtsvorgänger M. von dieser Veränderung gemäß der obigen Vertragsbestimmung der Beklagten Anzeige zu machen hatte und das umsomehr, als unbestritten beim Abschlusse der Versicherung vereinbart war:

> die in der ersten Etage befindlichen Zündstoffwaaren sind von der Versicherung ausgeschlossen. Desgleichen soll die Baltische Gesellschaft für keinen durch etwaige Explosion entstehenden Brandschaden verhaftet sein,

so daß die Translocation der Zündstoffwaaren selbst abgesehen von der Vorschrift des § 20 sich als eine Verletzung des Versicherungs-

vertrages darstellte. Da aber ausdrücklich eine schriftliche Anzeige bedungen war, konnte eine solche nicht dadurch überflüssig werden, daß Beklagte oder bzw. ihr örtlicher Agent anderweitig von der Translocation der Zündwaaren Kenntniß erhalten hatte. Dagegen spricht zunächst die Regel des Art. 3209 des Privatrechts, daß jeder Vertrag die Verbindlichkeit erzeugt, das Versprochene genau zu erfüllen, daneben aber auch die Erwägung, daß es der Beklagten allerdings daran gelegen sein mußte, von den bezüglichen Veränderungen der Sachlage gerade schriftlich benachrichtigt zu werden. Denn die Schrift bekundet nicht nur bleibend, daß die Anzeige gemacht ist, sondern auch, welchen Inhalt sie gehabt hat; sie bietet überdies der Beklagten die Möglichkeit einer vollständigen Controle ihrer Platzagenten und kann deshalb nicht als eine wesenlose Formalität angesehen werden. Da eine schriftliche Anzeige vom Kläger aber nicht geschehen ist, erscheint schon aus diesem Grunde sein Anspruch auf die Versicherungssumme nach dem bezogenen § 20 der Versicherungsbedingungen verwirkt.

Wollte man aber auch von dem Erfordernisse der Schriftlichkeit absehen, so muß doch unbedingt an der Verpflichtung zur Anzeige festgehalten werden. Erst auf Grund einer solchen hatte die Beklagte überhaupt rechtliche Veranlassung, gegen den Kläger Schritte zu ergreifen bzw. von der Versicherung zurückzutreten. Am wenigsten aber kann die Anzeige deshalb für überflüssig gehalten werden, weil ein Agent der Beklagten oder gar nur ein Commis dieses Agenten zufällig die stattgehabte Translocation wahrgenommen hatte. Mehr ist aber aus der ganz unbestimmten Angabe des Klägers, welche keinerlei Thatsachen nennt, aus denen hervorginge, wer eigentlich, ob T. oder S., wann und wie die betreffende Wahrnehmung gemacht hat, nicht zu entnehmen. Die Ansicht des Unterrichters hätte allenfalls eine gewisse Berechtigung, wenn Umstände vorlägen, welche ergäben, daß bei der Erneuerung des Versicherungsvertrages der Agent T. sich der stattgehabten Translocation der Zündwaaren in das klägerische Verkaufslocal und der dergestalt eingetretenen Veränderung der Sachlage bewußt war; in diesem Falle könnte in dem Vertragsabschlusse trotz der mangelnden Anzeige ein Verzicht auf diese oder ein dolоses Verhalten je nach Umständen erblickt werden. Das hat aber Kläger nirgend behauptet, geschweige

denn durch Anführung von Thatsachen begründet. Falls hingegen T. oder S. wirklich einmal die Aufbewahrung von Zündwaaren in dem klägerischen Laden zufällig wahrgenommen, dies aber bei Erneuerung der Versicherung nicht mehr im Gedächtniß hatte, so kann höchstens von einem dolus des Klägers und nicht der Beklagten bei dieser Erneuerung die Rede sein. Etwas anderes folgt auch keineswegs aus der vom Kläger bezogenen Entscheidung des R.O.G.H. VI, № 95, deren thatsächliche Grundlagen ganz andere sind, als die vorliegenden.

Demnach muß abweichend von der Entscheidung erster Instanz anerkannt werden, daß M. bzw. Kläger wegen unterlassener Anzeige von der vertragswidrig vorgenommenen Uebertragung der Zündwaaren in das Verkaufslocal ihren Anspruch auf die Versicherungssumme gemäß § 20 der Versicherungsbedingungen verloren haben."

1417. a. Cession der Forderung aus dem Versicherungsvertrage. b. Auslegung des § 59 der Statuten der St. Petersburger Versicherungs-Gesellschaft.

In dem App.-Erk. des Raths vom 2. Juni 1882, № 3769 ist bemerkt:

Zu a. „Es ist unrichtig, daß der Anspruch des Klägers auf Auskehrung der Versicherungssumme nur auf einen von ihm mit der beklagten Gesellschaft abgeschlossenen bzw. novirten Versicherungsvertrag habe gestützt und daß die Rechte aus diesem Vertrage nicht einseitig durch Cession haben übertragen werden können. . . . Der vom Untergericht angezogene Art. 3468 des Prov.-Rechts Thl. III schließt nur diejenigen Forderungsrechte von der Cession aus, welche durch Uebereinkunft oder durch gesetzliche Vorschrift an die Person des Gläubigers geknüpft sind. Der auf eine Geldzahlung gerichtete Anspruch des Versicherten — wohl zu unterscheiden vom Versicherungsvertrage — ist aber vorliegenden Falls weder durch Uebereinkunft, noch durch gesetzliche Vorschrift von der Cession ausgenommen worden.

Kläger hat nächst der Cession geltend gemacht, daß er als rechtlicher Eigenthümer des betreffenden Grundstücks zum Empfange der Versicherungssumme berechtigt sei. Diese Rechtsanschauung ist

indessen eine irrige. Durch die bloße Thatsache, daß er Eigenthümer desjenigen Immobils geworden ist, hinsichtlich dessen der Rechtsvorgänger K. einen Versicherungsvertrag abgeschlossen hat, konnte Kläger keinerlei Rechte gegen die Versicherungsgesellschaft erwerben. Die letztere wurde durch den Verkauf des Immobils und den darauf folgenden Eigenthumswechsel in keiner Weise berührt und konnte nur von dem Contrahenten des Versicherungsvertrages in Anspruch genommen werden."

Zu b. „Kläger ist der Meinung, daß nach § 59, Pkt. d der Statuten die Anzeigefrist erst von dem Augenblick zu berechnen sei, in welchem das Eigenthumsrecht auf ihn übergegangen war. Eine solche Interpretation des allerdings nicht sehr geschickt redigirten § 59, Pkt. d ist indessen vollständig zu verwerfen. Unter dem Worte „Eigenthum" ist in dem gegebenen Zusammenhange nicht das Eigenthumsrecht im juristischen Wortsinne, sondern vielmehr das versicherte Eigenthum, die versicherte Habe zu verstehen. Auch in dem die Thätigkeit der Gesellschaft festsetzenden § 3 der Statuten bedeutet das unbewegliche und bewegliche Eigenthum nichts anderes, als den Gegenstand der Versicherung, das versicherte Habe und Gut. Zum Gebrauche des Wortes Eigenthum, welches im § 59 gegenwärtig die mißverständliche Auffassung hervorgerufen, hatten die Statuten insofern Anlaß, als nach § 64 niemand fremdes Eigenthum versichern darf und demnach die zu versichernde Habe im Eigenthum des Versicherten stehen soll. Der Hauptnachdruck im § 59, Pkt. d ist . . . auf das Wort Besitz zu legen. Es liegt auf der Hand, daß eine Versicherungsgesellschaft ein viel geringeres Interesse daran hat, auf wessen Namen ein Immobil in den Gerichtsbüchern verzeichnet steht, als daran, wer es besitzt, behütet und verwaltet. Die Gefahr, welcher ein Immobil ausgesetzt ist, richtet sich zumeist nach den moralischen Eigenschaften und der wirthschaftlichen Lage des Besitzers und Verwalters, nicht des Eigenthümers, wenngleich bei Wohngebäuden Besitz und Eigenthum der Regel nach zusammentreffen."

1418. Die statutenmäßige Frist, binnen welcher der Versicherte über einen Brandschaden der Versicherungsgesellschaft Anzeige zu machen hat, läuft vom Tage des Brandes. Entschuldbare Unkenntniß des Brandes ist jedoch dem Versicherten unschädlich.

Die Statuten der Assecuranzgesellschaft „Nadeshda" besagen im § 25:

> Ueber einen stattgehabten Brand an versichertem Eigenthum ist sofort und nicht später als in 6 Tagen Anzeige zu machen: zu St. Petersburg der Verwaltung und in den Gouvernements den Agenten der Compagnie, durch deren Vermittelung die Versicherung geschlossen war. Die Compagnie ist berechtigt, sich von der Zahlung des Schadens loszusagen, wenn die Anzeige vom Brande nach Ablauf der erwähnten Frist gemacht wird.

In einem Streitfalle zwischen einem Versicherten und der Gesellschaft hatte das Vogteigericht (Bescheid vom 27. Mai 1882, № 132) ausgesprochen, die sechstägige Frist sei erst vom Tage der Wissenschaft des Klägers um den Brand zu berechnen. Auf Beschwerde des Beklagten wurde dagegen im Querelbescheide des Raths vom 16. Juli 1882, № 4760 ausgeführt:

„Gegen diese Interpretation spricht schon die Erwägung, daß die in allen Statuten der russischen Feuerversicherungsgesellschaften wiederkehrende Bestimmung über die Pflicht des Versicherten zur Meldung des stattgehabten Brandes offenbar zu Gunsten der Gesellschaft erlassen ist. Ueber die Nothwendigkeit einer solchen Bestimmung läßt sich auch kaum streiten: sie verdankt ihren Ursprung dem Gedanken, daß die Gesellschaft in die Lage versetzt werden muß, rechtzeitig auch ihrerseits Maßnahmen zur Constatirung des thatsächlich geursachten Schadens, eventuell der Entstehungsursache des Brandes u. s. w. treffen zu können. Dies kann nur erreicht werden, wenn der Beginn der Frist vom Brande ab gerechnet wird. In den meisten Versicherungsstatuten ist dies denn auch speciell ausgesprochen und der § 25 der Policebedingungen . . . kann auch unbefangen nicht anders aufgefaßt werden, als daß die Frist vom Tage des Brandes ab läuft, zumal im § 26 die Frist zur Einrei-

chung der Berechnung über den entstandenen Schaden ausdrücklich als vom Tage des Brandes ab laufend bezeichnet wird. Zur Unterstützung der gegentheiligen Auffassung beruft sich Kläger auf das tempus utile bzw. utile ratione initii bei der allgemeinen Klageverjährung (Art. 3623 bzw. 3629 ff. des Prov.-Rechts Thl. III) und bei der Verjährung der Näherrechts- bzw. Erbschaftsklage (Art. 1649 und 2620 a. a. O.). — Dies ist jedoch schon deshalb unzulässig, weil die Berechnung einer Frist als utile tempus immer nur die Ausnahme bildet (Windscheid, Pandekten I, § 104) und weil demgemäß die erwähnten Specialbestimmungen nicht ausdehnend interpretirt bzw. analog angewendet werden dürfen. Als utile tempus werden überdies nur Fristen berechnet, innerhalb deren eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden soll, was hier nicht der Fall ist (Savigny, System IV, S. 424 Pkt. 1). Daß endlich im gegebenen Falle eine Analogie der Klagenverjährung nicht vorliegt, dürfte unzweifelhaft sein. Die Anzeige seitens des Versicherten innerhalb der sechstägigen Frist ist nichts anderes als eine ihm vertragsmäßig obliegende Leistung, deren Nichterfüllung als auflösende Bedingung wirkt, wofern die Versicherungsgesellschaft dies geltend macht (§ 25 der Bedingungen).

Widerlegt sich aus dieser rechtlichen Natur der fraglichen Bestimmung ohne weiteres die Annahme, als habe der Versicherte die sechstägige Frist, gerechnet von der erlangten Kenntniß über den Brandschaden zu genießen, so findet sich doch auch andererseits in der gegebenen Construction die Handhabe, um in den Grenzen des allgemeinen Gesetzes eine für den Versicherten unbillige Härte zu beseitigen. Die auflösende Bedingung ist — wie die negative aufschiebende Bedingung — wofern sie unmöglich wird, nach Art. 3178 a. a. O. wirkungslos, der Vertrag wird zum unbedingten; auf Grund des Art. 3311 darf ferner der Richter den zu einer Leistung Verpflichteten, wofern demselben ein Mangel an Voraussicht und überhaupt Leichtsinn und Nachlässigkeit nicht vorgeworfen werden kann, von den nachtheiligen Folgen des Verzuges befreien. Endlich ist auch dem Versicherten ein bedeutsamer Schutz gegen eine zu rigorose Interpretation des betr. Statutenpunktes gegeben in der Festsetzung des Art. 2958, daß factischer Irrthum dem Handelnden nicht schadet, wenn dieser ihn nicht durch Nachlässigkeit selbst verschuldet;

factischer Irrthum ist aber nach Art. 2954 sowohl die unvollkommene, als auch die gänzlich mangelnde Kenntniß gewisser Thatumstände. Faßt man das Vorstehende zusammen, so ergiebt sich, daß der Versicherte zwar bei Verlust seines Anspruches binnen der statutenmäßigen Frist vom Tage des Brandes ab die Anzeige zu machen hat, daß er aber von dem angedrohten Rechtsnachtheil nicht betroffen wird, wofern es ihm ohne seinerseitiges Verschulden unmöglich geworden war, während des Laufes der Frist die Anzeige zu machen, und wofern er später, sobald es ihm möglich wurde, ungesäumt die ihm obliegende Anzeige nachholte."

1419. Dem Versicherten, welcher von dem Criminalgericht der Brandstiftung für verdächtig erklärt bzw. dieserhalb von der Instanz absolvirt ist, darf die Versicherungssumme vorenthalten werden.

Die Commerz-Feuer-Versicherungsgesellschaft verweigerte dem Kläger K. die Auszahlung der Versicherungssumme für sein durch ein Schadenfeuer zerstörtes Haus, weil derselbe der Brandstiftung für dringend verdächtig erklärt sei, unter Bezugnahme auf den § 113 ihrer Statuten, wonach der Versicherte vor Auszahlung der Entschädigung ein gesetzliches Zeugniß darüber beizubringen habe, daß der Brand ohne seinerseitige böswillige Absicht entstanden sei.

I. In dem App.-Erk. des Raths vom 16. März 1883, № 1839 *) wurde ausgeführt:

„Daß eine Verpflichtung zur Entschädigung nur für solche Brandschäden die Versicherungsgesellschaft trifft, welche nicht durch böswillige Absicht des Versicherten entstanden sind, ergiebt sich nicht allein aus der Bestimmung des Statutenparagraphen 109, sondern auch aus den §§ 90 und 91, wonach nur durch nicht vorsätzlichen Brand entstandene Verluste von der Versicherungsgesellschaft zu bezahlen sind und in keinem Falle die Versicherung als Mittel zum Gewinn dienen darf. Die wiederholte Hervorhebung dieses Gesichtspunktes hat ihren Grund darin, daß das Wesen des Versicherungs-

*) Ebenso ist erkannt in den App.-Erk. vom 17. Juni 1883, № 4241 und vom 10. August 1883, № 5458, welches letztere sich auf die correspondirenden §§ 58, Pkt. b und 112 der Statuten der Russischen Assecuranzgesellschaft von 1827 bezieht.

vertrages eben in der Haftung des einen Theils für den ohne Verschulden des anderen Theils diesen treffenden Schaden besteht (vgl. Art. 4359 des III. Thls. des Prov.-Rechts). Versicherungsverträge sind also unmöglich, wenn nicht der die Versicherung übernehmende Theil dagegen geschützt wird, auch für Brandschäden, welche durch gewinnsüchtige böswillige Absicht des Versicherten herbeigeführt werden, Zahlung leisten zu müssen.

Der allgemeine Grundsatz, daß der dolus von demjenigen nachzuweisen ist, der einen Anderen desselben beschuldigt, ist zwar durch den bezogenen Art. 4359 nicht alterirt; wenn man jedoch diesen Grundsatz anzuwenden hat auf den auch hier vorliegenden Fall, daß der Versicherer dem die Entschädigung fordernden Versicherten dolus vorwirft, so kann man sich dem nicht verschließen, daß nach der Fassung des Art. 4359 als allgemeine, die Zahlungspflicht des Versicherers bedingende Vermuthung die Schuldlosigkeit des Versicherten am schädigenden Ereigniß vorausgesetzt wird. Diese allgemeine Vermuthung wird zerstört, wenn — wie hier — der zuständige Strafrichter im speciellen Falle auf Grund des Untersuchungsmaterials durch förmliches Erkenntniß erklärt hat: der Belastungsbeweis, obgleich zur Verurtheilung noch nicht vollständig genügend, überwiege so sehr, daß die Freisprechung des der dolosen Herbeiführung des schädigenden Ereignisses angeschuldigten Versicherten nicht erfolgen könne. — Die Belassung des Versicherten im Verdachte der dolosen Brandstiftung enthebt den Versicherer des Beweises der ihn liberirenden Schuld des Gegners; der Versicherte hat vielmehr nur noch die Möglichkeit, unter Berufung auf seinerseitige neue Entlastungsbeweise die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, wie eine solche bei der absolutio ab instantia ja stets offen bleibt, herbeizuführen. Erfolgt dann nachträglich die Freisprechung, so ist der Einwand der Arglist widerlegt, bis zu einer solchen Freisprechung, also freilich nicht definitiv, vermag aber der Versicherer den gegnerischen Ersatzanspruch zurückzuweisen unter der Berufung auf das den Versicherten nur von der Instanz entbindende strafgerichtliche Erkenntniß. Dieses der allgemeinen Natur des Versicherungsvertrages und den bezüglichen Vorschriften des hiesigen Provinzialrechts entnommene Ergebniß wird durch die Fassung der Statuten der appellantischen Versicherungsgesellschaft, welche nach

der Anmerkung zum Art. 4362 a. a. O. als nähere Ausführung der im Gesetze aufgestellten Grundzüge speciell für vorliegenden Fall in Betracht kommen, nur noch ausdrücklich bestätigt.

Wenn die Statuten in den oben angezogenen Paragraphen einmal die Gesellschaft von der Zahlungspflicht befreien im Falle bewiesener böswilliger Absicht des Versicherten (§ 109 b) und andrerseits die Verwaltung berechtigen, die Zahlung zurückzuhalten bis zur Vorstellung eines gesetzlichen Zeugnisses darüber, daß der Brand *ohne* böswillige Absicht des Versicherten entstanden sei, so kann hierin bei näherer Prüfung ein Widerspruch keineswegs gefunden werden. — Das Vogteigericht vermag einen solchen auch nur zu construiren, indem es mit Unrecht zum Wortlaut des § 109 ein im Text nicht vorhandenes „nur" hinzufügt, d. h. von der Annahme ausgeht, es sei der Zweck dieses Paragraphen, mit ausschließender Vollständigkeit alle Befreiungsgründe, welche die Gesellschaft dem Versicherten gegenüber geltend machen darf, aufzuzählen. Eine derart erschöpfende Aufzählung soll aber nach dem Wortlaute des Paragraphen keineswegs gegeben werden, es handelt sich hier vielmehr offenbar nur um solche einzelne Fälle, in welchen die Befreiung der Gesellschaft von der Zahlung *definitiv* und für alle Zeit ausgesprochen werden kann. Dahin gehört selbstverständlich schon nach der Natur des Versicherungsvertrages (vgl. oben) die böswillige Absicht des Versicherten, als deren unmittelbare Folge sich die definitive Zerstörung seines Entschädigungsanspruches ergiebt.

Der § 113 unterscheidet sich nun von dem, das *materielle Rechtsverhältniß* berührenden § 109 schon insofern, als er sich seinem ganzen Inhalte nach auf das *Verfahren* bei der Auseinandersetzung zwischen den Contrahenten bezieht. In diesem Sinne ist es auch correct, wenn der § 109 von der *Gesellschaft* einerseits und dem Versicherten andererseits handelt, während im § 113, und zwar gerade an der hier in Frage kommenden Stelle, dem Versicherten die *Verwaltung* gegenübergestellt wird. Wenn es nun im § 113 mit garnicht mißzuverstehender Deutlichkeit heißt: „außerdem hat die Verwaltung das Recht, vor Auszahlung der Entschädigungssumme die Vorstellung eines gesetzlichen Zeugnisses darüber zu verlangen, daß der Brand *ohne* böswillige Absicht des Versicherers entstanden ist," so ist damit im Gegensatze zu den im

§ 109 aufgezählten definitiven Befreiungsgründen anerkannt, daß die Versicherungsgesellschaft zeitweilig die Auszahlung der Entschädigungssumme verweigern darf, bis ihr ein gesetzliches Zeugniß für die Unschuld des Versicherten am Brande vorgewiesen wird."

II. Auf die vom Kläger eingelegte Revision erging von dem IV. Departement des Dirig. Senats am 27. März 1884, № 799 folgender Ukas:

„Im XI. Abschnitte der Statuten der Commerz-Feuerversicherungsgesellschaft, der von der Entschädigung für Feuerschäden handelt, sind in den Art. 103—111 die Bestimmungen über den Betrag der Entschädigung und über die Fälle enthalten, in denen die Gesellschaft von der Entschädigungspflicht ganz oder theilweise befreit wird; in den Art. 112 und 113 aber ist das Verfahren bei Auszahlung der Assecuranzsumme durch die Direction der Gesellschaft geregelt. Demgemäß enthält der Art. 109 Punkt b den Satz, daß die Gesellschaft von der Entschädigungspflicht befreit sei, wenn der Versicherte der böswilligen Brandstiftung überwiesen ist, und die rechtliche Bedeutung dieses Satzes besteht darin, daß beim Vorhandensein dieser Voraussetzung die Verpflichtung der Gesellschaft zur Entschädigung für immer wegfällt. Dagegen bezeichnet der Art. 113 blos die Voraussetzungen, unter denen die Direction der Gesellschaft die Versicherungssumme auszuzahlen verpflichtet ist. Die Nichterfüllung dieser Voraussetzungen, wie z. B. die unterlassene Beibringung der Police oder eines Zeugnisses darüber, daß ein Feuerschaden wirklich stattgefunden hat 2c., hebt die Entschädigungspflicht der Gesellschaft nicht auf, sondern suspendirt nur die Auszahlung der Entschädigung bis dahin, wo die gesetzlich geforderten Documente beigebracht sind.

Aus dem Vorstehenden erhellt, daß in Folge der Verschiedenheit der Bedeutung und des Zweckes der Artikel 109 und 113 es auch einer Uebereinstimmung ihres Inhaltes nicht bedarf. So könnte z. B. während der Untersuchung in Betreff der Entstehung des Feuers die Gesellschaft zur Entledigung von ihrer Entschädigungspflicht sich auf den Art. 109 Pkt. b nicht berufen; wohl aber kann sie die Auszahlung der Entschädigungssumme auf Grund des Art. 113 beanstanden, kraft dessen die Direction vor der Zahlung ein

Zeugniß darüber zu fordern befugt ist, daß der Brand ohne böswillige Absicht des Versicherten entstanden sei. In diesem Sinne hat der Rigasche Rath in dem angefochtenen Erkenntnisse den Anspruch des Klägers nicht vollständig, sondern nur zur Zeit und aus dem Grunde abgewiesen, weil gegenwärtig vom Kläger die Documente, welche die Direction zur Auszahlung der Versicherungssumme verpflichten, nicht beigebracht sind. Was die Frage anbetrifft, ob das vom Kläger beigebrachte Strafurtheil des Raths vom 1. Juli 1880 dem Erfordernisse des Art. 113, nämlich der Beibringung eines Zeugnisses darüber genügt, daß der Brand ohne böswillige Absicht des Versicherten entstanden sei, so ersieht der Dirig. Senat aus jenem Urtheil, daß Kläger der Anstiftung zur Brandlegung seines Hauses zwar nicht für überwiesen und schuldig, wohl aber bis zur Erbringung besserer Beweise für dringend verdächtig erklärt worden ist. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Inhalt dieses Urtheils dem Erfordernisse des Art. 113 nicht Genüge leistet. Denn wenn man auch dem Appellanten darin beipflichten muß, daß der Art. 113 nicht nur die Beibringung eines freisprechenden Urtheils im Auge hat, sondern auch die Fälle, wo die Entstehungsursache des Brandes nicht ermittelt und die Anschuldigung einer Brandstiftung überhaupt nicht erhoben ist, so ist doch auf der anderen Seite anzuerkennen, daß die Direction der Gesellschaft, falls der Versicherte der Brandstiftung beschuldigt, unter Gericht gestellt und von letzterem die Frage seiner Schuld unentschieden gelassen worden ist, auf Grund des Art. 113 das Recht hat, die Auszahlung der Entschädigung bis zur Vorlage eines freisprechenden Urtheils zu beanstanden.'

Im Hinblicke darauf, daß durch das Strafurtheil des Raths vom 1. Juli 1880 die Brandstiftungsfrage nicht definitiv entschieden ist, sondern im Falle der Ermittelung von Entlastungsbeweisen wieder aufgenommen und zu Gunsten des Angeschuldigten entschieden werden kann, und daß somit die Klage nicht vollständig, sondern nur in der angebrachten Art, d. i. wegen Beibringung eines dem Kläger von der Instanz absolvirenden Urtheils, abzuweisen ist, verfügt der Dirigirende Senat, das Erkenntniß des Rigaschen Raths vom 16. März 1883 zu bestätigen und die Appellation dagegen zurückzuweisen."

Gleichlautend hiermit ist der Ukas des IV. Departements des Dirig. Senats vom 23. October 1884, № 2351 in Sachen des Jahn E . . . gegen die Commerz-Feuer-Versicherungsgesellschaft.

1420. Rechtsfolgen der von dem Bevollmächtigten in eigenem Namen vorgenommenen widerrechtlichen Veräußerung dem Vollmachtgeber gehöriger Waaren. Verhältniß des Mandanten zu Dritten. „Hand muß Hand wahren."

Der Weinhändler M. zu Mainz hatte an die Handlung J. H. Wolpe zu Riga 32 Fässer Wein und ein Faß Arrac nebst bezüglichem Connossement übersandt. Gregor W. verkaufte die Waaren auf Grund der ihm von dem Inhaber der Firma J. H. Wolpe ausgestellten Vollmacht an K. und indossirte auch das Connossement an diesen. Acht Tage darauf ging beim Rigaschen Zollamte, unter dessen Verschluß die Waare lagerte, eine Anzeige des Iwan W. (des Inhabers der Firma) ein, daß die von seinem Sohne und Bevollmächtigten Gregor W. vorgenommene Veräußerung unrechtfertig und die Waare dem Absender M. auszureichen sei. Da das Zollamt in Folge dessen die Auslieferung der Fässer an K. verweigerte, erhob letzterer Klage, während M. intervenirte und die Herausgabe der streitigen Fässer an ihn forderte.

In dieser Sache erließ das Vogteigericht am 20. November 1882, sub № 300 nachstehendes Erkenntniß:

„Wenngleich Intervenient seine Behauptung, daß er der Handlung J. H. Wolpe die in Rede stehenden 33 Fässer Wein und resp. Arrac nur zur Weiterbeförderung an dritte Personen übersandt habe, zur Hälfte erwiesen hat, so ist doch auf diese Beweisführung hier weiter keine Rücksicht zu nehmen und zwar aus folgenden Gründen:

Durch die im Hauptprocesse und im Interventionsprocesse vom Rigaschen Zollamte und bzw. vom Interventen K. beigebrachten Urkunden, sowie durch das stillschweigende Zugeständniß des Intervenienten M. ist constatirt worden, daß die in Rede stehenden 33 Fässer Wein und Arrac auf den Namen der Handlung J. H. Wolpe beim hiesigen Zollamte lagerten; es muß daher die Handlung J. H. Wolpe als Connossementsinhaberin sich beim Zollamte

legitimirt haben und angenommen werden, daß das Zollamt die qu. Waare für keinen Anderen detinirt, als die Handlung J. H. Wolpe, welche also thatsächlich über die fragliche Waare zu verfügen die Möglichkeit hatte. Andrerseits ist vom Intervenienten nicht behauptet worden, daß das Mandatsverhältniß, in welchem die Handlung J. H. Wolpe zum Intervenienten angeblich gestanden hat, dem Zollamte als einer dritten Person äußerlich erkennbar gewesen sei. Mithin durfte letzteres auch präsumiren, daß die Handlung J. H. Wolpe über die Weine zu disponiren berechtigt sei.

Ferner ist in gleicher Weise constatirt worden, daß ein dazu legitimirter Vertreter der Handlung J. H. Wolpe die Waare an den Interventen K. verkauft und in der Weise tradirt hat, daß das Zollamt, welches die Waare detinirt, sich bereit erklärte, dieselbe nicht mehr für Wolpe, sondern für K. zu detiniren (vgl. Art. 645 des III. Thls. des Prov. Rechts). Durch dieses auf Eigenthumsübertragung gerichtete Rechtsgeschäft war K. Eigenthümer der 33 Fässer Wein und Arrac geworden (vgl. Art. 799 a. a. O. Der einseitige Rücktritt vom Vertrage, wie ihn der Principal der Handlung J. H. Wolpe nachträglich erklärte, hat aber nach Art. 3209 a. a. O. gar keinen Rechtseffect.

Nun kann es allerdings möglich sein und durch die Aussagen des Zeugen K. wird auch die Wahrscheinlichkeit dafür begründet, daß der Vertreter der Handlung J. H. Wolpe fremdes Eigenthum ohne Wissen und Willen des Eigenthümers, damals an K. verkauft und tradirt habe. Allein, da es sich im vorliegenden Falle um bewegliche Sachen handelt und für solche der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" in Anwendung zu kommen hat, so ist nach Art. 3839 a. a. O. dennoch der Kaufcontract über die fremde Sache als giltig anzuerkennen und dem Eigenthümer nur anheim zu geben, sich an den Verkäufer zu halten. Die Eigenthumsklage kann in solchem Falle nach Art. 923 a. a. O. gegen den dritten Besitzer (und als solcher gilt hier K.) nur dann erhoben werden, wenn derselbe die Sache in böse m Glauben erworben, mit a. W. gewußt hat, daß der Verkäufer zum Verkaufe und zur Tradition nicht berechtigt war. Die Unredlichkeit des Besitzes ist aber dem Intervenienten vom Intervenienten garnicht vorgeworfen worden; es kann daher die Klage des Intervenienten, so wie sie vorgebracht worden,

nicht als eine rechtlich begründete Eigenthumsklage aufgefaßt werden.

Die Interventionsklage war aber auch nicht durch die Behauptung eines zwischen dem Intervenienten und der Handlung J. H. Wolpe angeblich bestehenden Mandatsverhältnisses genügend substantiirt. Denn nach Art. 4401 a. a. O. ist das Rechtsverhältniß der den Vollmachtsvertrag schließenden Contrahenten zu dritten Personen nach den für die Stellvertretung überhaupt geltenden Regeln zu beurtheilen. Nach Art. 3110 und 3111 a. a. O. entsteht aber ein directes Vertragsverhältniß zwischen dem Principal (Mandanten) und dem Dritten nur dann, wenn der Stellvertreter (Mandatar) ein offener gewesen ist, d. h. den Vertrag direct im Namen des Principals abgeschlossen hat, oder aber, wenn nachträglich eine besondere Uebertragung des Vertrages auf den Principal stattgefunden hat, was beides Intervenient nicht behauptet hat.

Der von ihm angezogene Art. 4386 ist daher selbstverständlich nur dann anzuwenden, wenn der Mandatar ausdrücklich sich für den Mandanten gerirt, mit a. W. die Stellvertreterschaft eine offene ist, wodurch der dritte Contrahent auch die Möglichkeit gehabt hat, den Umfang der dem Mandatar des anderen Contrahenten ertheilten Vollmacht zu prüfen; wogegen das Zuwiderhandeln wider die etwa neben der offenen Vollmacht dem Mandatar ertheilte geheime Instruction keine Modification des zwischen dem Mandatar und dem Dritten geschlossenen Vertrages zu bewirken vermag. (Vgl. Art. 4402 a. a. O.)

Da im vorliegenden Falle die Handlung J. H. Wolpe in eigenem Namen die Waare dem Interventen verkauft hat, aus den vom Intervenienten M. der Handlung J. H. Wolpe übersandten Connossementen aber zweifelsohne das Mandatsverhältniß zwischen Wolpe und dem Intervenienten nicht ersichtlich gewesen ist, so fehlen im vorliegenden Falle die thatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des allegirten Art. 4386.

Dem Allen nach hat als rechtmäßiger Eigenthümer der in Frage kommenden Fässer Wein und Arrac zur Zeit einzig K. zu gelten und kann dem Intervenienten M. nur offen gelassen werden, die Eigenthumsklage gegen K., wenn er dieselbe genügend zu substantiiren vermag, zu erheben."

Vorstehendes Erkenntniß wurde auf klägerische Appellation durch App.-Erk. des Raths vom 11. Februar 1883, № 1039 vollständig bestätigt.

1421. Kündigung des Mandats durch den Mandatar.

Klägerin hatte dem Advocaten N. N. eine Obligation zur Ausklage übergeben und letzterer auch die Verurtheilung des Schuldners bewirkt. Nachher entstanden zwischen beiden Differenzen und Klägerin beantragte bei dem Vogteigericht, Beklagten zur Durchführung der von ihm übernommenen Beitreibung anzuhalten, wogegen Beklagter erklärte, daß er sein Mandat niederlegen wolle.

In dem App.-Erk. des Raths vom 16. September 1882, № 6280 wurde hierüber bemerkt:

„Dem ersten Richter ist darin beizustimmen, daß dem Beklagten die Niederlegung des Mandates nicht verwehrt werden kann. Denn nach Art. 4407 des Prov.-Rechts Thl. III ist der Mandatar befugt die Vollmacht zu kündigen, wofern dies nicht arglistig oder unzeitig geschieht, und wenn ihm ein rechtmäßiger Entschuldigungsgrund zur Seite steht, ist er auch an letztere Beschränkung nicht gebunden, sondern darf das Mandat zu jeder Zeit kündigen. Nach Lage des vorliegenden Falles ist weder eine arglistige Kündigung des Mandates durch den Beklagten irgendwie angezeigt, noch ist sie „unzeitig" geschehen, so daß Klägerin an der Ergreifung anderer Maßregeln zur Durchführung der Beitreibung verhindert wäre. Denn die Einleitung und Durchführung der Execution ist an keine Frist geknüpft, kann daher zu jeder beliebigen Zeit von der Klägerin selbst oder für sie von einem anderen Bevollmächtigten in's Werk gesetzt werden. Die Kündigung ist daher zulässig und folgerecht das Verlangen der Klägerin, Beklagten zur Durchführung der Beitreibung zu zwingen, zurückzuweisen, ohne daß hier ein besonderer Entschuldigungsgrund auf Seiten des Beklagten vorzuliegen braucht."

1422. Die Vollmacht erlischt nicht durch eintretende Geisteskrankheit des Vollmachtgebers.

Der Kaufmann P. hatte dem Advocaten X. eine Generalvollmacht ertheilt und demselben darin auch die Befugniß einge-

räumt, sich auf Klagen einzulassen und die Entscheidung Schiedsrichtern zu übertragen. Als in der Folge B. wegen eines Anspruches aus dem Gesellschaftsverhältnisse zu P. auf Einsetzung eines Schiedsgerichtes antrug, erklärte der Bevollmächtigte des P., letzterer sei geisteskrank geworden und dieserhalb bereits die Einsetzung einer Curatel beantragt; in Folge dessen sehe er seine Vollmacht als erloschen und sich zur Einwilligung in die Einsetzung eines Schiedsgerichtes namens des P. für nicht befugt an. Das Wettgericht verwarf diesen Einwand und gab den Parteien auf, zur Wahl der Schiedsrichter zu schreiten. Die dagegen von dem Mandatar des P. erhobene Querel wurde durch den Querelbescheid des Raths vom 21. März 1884, № 2082 unter folgender Begründung zurückgewiesen:

„Der Vollmachtsvertrag hört nach Art. 4403 des Prov.-Rechts Thl. III auf: durch gegenseitige Uebereinkunft, durch Beendigung des aufgetragenen Geschäfts, durch Widerruf, durch Kündigung, durch Ablauf der Zeit, für welchen er geschlossen war, und endlich durch den Tod des einen oder anderen Theiles. Der Umstand, daß jemand durch Geisteskrankheit die Fähigkeit verloren hat, sich selbst und dem Seinigen vorzustehen, übt keinen Einfluß auf den Fortbestand solcher Rechtsverhältnisse, welche vor Ausbruch der Geisteskrankheit begründet worden sind (Art. 502 ff. a. a. O.). Das vor Ausbruch der Geisteskrankheit ertheilte Mandat macht in dieser Beziehung keine Ausnahme. Der Geisteskranke hat zwar keinen rechtlichen Willen, er muß — wie der Unmündige — in gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften durch einen Curator vertreten werden; soweit aber vor Ausbruch der Geisteskrankheit dieser Wille vorhanden gewesen und durch Verträge gebunden worden ist, ist er als in den letzteren fortwirkend zu denken, bis eine der gesetzlichen Ursachen für die Auflösung der bezüglichen Verträge eingetreten ist. Sogar bei einer Auflösung eines Mandates durch den Tod des Mandanten ist der Mandatar verpflichtet, sich die Besorgung begonnener Geschäfte solange angelegen sein zu lassen, bis darüber seitens der Erben Anordnung getroffen wird (Art. 4411 a. a. O.). Umsomehr muß angenommen werden, daß ein Mandatar aus dem Grunde, weil sein Mandant nach Ertheilung des Mandats geisteskrank geworden, nicht befugt ist, sich von der Be-

sorgung aufgetragener Geschäfte, deren Ausführung er bereits begonnen hat, loszusagen; daß er vielmehr die Verpflichtung hat, sich die Geschäftsbesorgniß angelegen sein zu lassen, bis seitens derjenigen, welche für seinen Mandanten und an dessen Stelle zu handeln berufen sind, Anordnungen getroffen werden. Das Mandat, welches der Kaufmann P. seinem Sachwalter unter anderem auch zur Uebertragung der Entscheidung der fraglichen Angelegenheit auf ein Schiedsgericht ertheilt hat, ist also wegen der später eingetretenen Geisteskrankheit des P. nicht erloschen."

1423. Ersatzanspruch desjenigen, der eine fremde Schuld bezahlte, gegen den Schuldner.

Beklagter hatte dem Kläger sein Immobil verkauft und Kläger in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld des Beklagten an S. im Betrage von 750 Rbl. übernommen. Vor Corroboration des Kaufcontractes ließ S. wegen seiner Forderung von 750 Rbl. sammt 55 Rbl. 71 Kop. an Proceßkosten ein Verbot auf das Immobil notiren, zu dessen Hebung Kläger auch die Proceßkosten mit 55 Rbl. 71 Kop. zu bezahlen sich gemüßigt sah. Der von ihm gegen den Verkäufer zur Klage gebrachte Anspruch auf Ersatz der mit 55 Rbl. 71 Kop. bezahlten Proceßkosten wurde sowohl von der II. Section des Landvogteigerichts, als auch in dem App.-Erk. des Raths vom 13. Januar 1884, № 334 für begründet erkannt. Dem letzteren ist Folgendes zu entnehmen:

„Kläger hatte behufs Liquidation des Kaufschillings die F.'sche Obligation von 750 Rbl. als eigene Schuld übernommen und war dadurch nicht in die Verpflichtung getreten, auch die Proceßkosten zu bezahlen, welche aus dem wegen dieser Obligationsschuld zwischen S. und dem Beklagten geführten Rechtsstreite für Beklagten erwuchsen . . . Wenn Kläger genöthigt war, sie für den Beklagten zu tilgen, so trat in Folge dessen für den Beklagten eine Bereicherung ein, in deren Umfange er dem Kläger, als seinem nicht beauftragten Geschäftsführer, für die daran gewendete Ausgabe ersatzpflichtig wurde*) (vgl. Art. 3734 und 4449 ff. des Prov.-Rechts Thl. III)."

*) Vgl. Band I, Seite 326 ff. Band IV, Seite 24 und 27 Seuffert's Archiv Band 35, № 75 und 76. Band 37, № 112.

1424. Wesen der Verpflichtung zur Rechnungslegung und Verfahren bei derselben.

Der Beklagte, welcher mit der Klägerin zusammen einen Kramladen geführt hatte, war angewiesen worden, über die von ihr empfangene Einlage von 600 Rbl. binnen 8 Tagen Rechnung wie gehörig zu legen, widrigenfalls er zur Rückerstattung der Einlage verurtheilt werden würde. Er hatte darauf eine Rechenschaft abgelegt, in der die Einnahmen und Ausgaben nur in allgemeinen Summen ausgeworfen waren, Klägerin bezeichnete dieselbe jedoch als mangelhaft und bat, da Beklagter nicht „gehörig" Rechnung gelegt habe, ihn zur Auskehrung der Einlage zu verurtheilen. Bei diesem Antrage verblieb Klägerin auch, als Beklagter eine genaue Specification der Einnahmen und Ausgaben zur Vervollständigung der gelegten Rechnung übergab.

Die II. Section des L.V.G. entschied dahin, daß auf die verspätete Ergänzung der gelegten Rechnung nicht einzugehen, sondern Beklagter der gestellten Androhung gemäß schuldig sei, der Klägerin deren Einlage zurückzuerstatten. Auf Appellation des Beklagten wurde dagegen Klägerin durch App.-Erk. des Raths vom 4. März 1883, № 1488 mit ihrem Präclusionsantrage zurückgewiesen und ihr aufgegeben, ihre Einwendungen gegen die Vollständigkeit der ergänzten Rechnungslegung vorzubringen.

„Wenn die Rechnungslegung — heißt es in den Gründen — wie der erste Richter mit Bezugnahme auf die Ausführungen Bähr's in den Jahrb. für Dogmatik XIII, S. 251 ff. zutreffend hervorhebt, bezweckt den Rechnungspflichtigen zur Darlegung der Thatsachen zu nöthigen, nach welchen seine eigene Verpflichtung bemessen werden kann, und wenn sie dem entsprechend derart beschaffen sein muß, daß sie die von dem Rechnungssteller zu erwartenden Auskünfte auch vollständig und mit der nöthigen thatsächlichen Begründung enthält (vgl. Art. 4459 des Prov.-Rechts Thl. III), so ist doch andererseits wiederum daran festzuhalten, daß es sich bei der Rechnungslegung immer nur um Auskünfte handelt, welche dem Gegner ertheilt werden sollen, nicht um die Erledigung der ihm aus der Geschäftsführung erwachsenen materiellen Ansprüche. Folgerecht kann eine Unvollständigkeit oder sonstige Mangelhaftigkeit

der gelegten Rechnung nach der richtigen und namentlich von Bähr a. a. O. überzeugend entwickelten Ansicht nicht eine Verurtheilung des Rechnungspflichtigen zur Befriedigung der angeblichen klägerischen Ansprüche nach sich ziehen. Sie berechtigt den Kläger vielmehr einzig, auf weitere bzw. bessere Auskünfte durch seinerseitige Monituren gegen die vorgelegte Rechnung zu dringen, bis solche nach den vom Richter zu beurtheilenden concreten Umständen mit Recht nicht weiter verlangt werden können. Soweit es sich dann um Ausgabeposten handelt, welche Ansprüche des Beklagten an den Kläger darstellen, kann letzterer, indem er denselben seine Anerkennung versagt, den Beklagten zum processualischen Beweise nöthigen, während er bezüglich der streitigen Einnahmeposten selbst den Beweis zu übernehmen hat. Niemals aber darf wegen der mangelhaften Beschaffenheit der gelegten Rechnung dem Rechnungssteller der Beweis der behaupteten Ausgaben oder die Geltendmachung von Einreden gegen die klägerische Forderung abgeschnitten werden*), weil dies dem Zwecke und der rechtlichen Natur der Rechenschaftspflicht strict zuwiderlaufen würde. Ebensowenig kann dem Rechnungspflichtigen für den Fall nicht gehöriger Rechnungslegung schon die Verurtheilung in die vom Kläger erhobene Forderung angedroht werden, weil damit eben das Defecturverfahren, welches dem Beweise der beiderseitigen Ansprüche dienen soll, bereits ausgeschlossen sein würde.

Prüft man von diesem Rechtsstandpunkte aus den vorliegenden Fall, so ergiebt sich, daß an sich Beklagter aus dem Grunde, weil seine am 12. Januar 1878 gelegte Rechnung nicht gehörig substantiirt, sondern unvollständig ist, jedenfalls nicht mit der Ertheilung weiterer Auskünfte ausgeschlossen und zur Zahlung der von der Klägerin geforderten Summen verurtheilt werden durfte, sondern daß Klägerin nicht mehr fordern konnte, als daß Beklagter die mangelhafte Rechnung verbessere und ergänze, wie er das selbst freiwillig gethan hat. Es fragt sich nur, ob der klägerische Präclusionsantrag und das demselben stattgebende erstrichterliche Er-

*) Vgl. Band IV, № 618. Förster, preußisches Privatrecht 4. Aufl. II, § 141 Note 99 und v. Kraewel, in Busch's Archiv XXXVIII, S. 121—124.

kenntniß nicht etwa durch die Vorentscheidung vom 17. December 1877 gerechtfertigt sind, in welcher Beklagter verpflichtet wurde, binnen 8 Tagen über die von ihm empfangene Einlage von 600 Rbl. gehörig Rechnung zu legen, widrigenfalls er zur Rückerstattung der letzteren angehalten werden würde. Diese Frage ist aber zu verneinen. Einestheils ist die Auflage „gehörig" Rechnung zu legen, für welche eine besondere Motivirung sich in dem Erkenntnisse nicht findet, . . . wegen des Fehlens einer solchen Motivirung im Zweifel zu des Beklagten Gunsten, d. h. dahin auszulegen, daß mit dem Worte „gehörig", Beklagter nur darauf hingewiesen werden sollte, seiner Verbindlichkeit in der gesetzlichen Weise nachzukommen. Anderentheils muß diese Auslegung deshalb Platz greifen, weil nach der obigen Erörterung dem Beklagten, wenn er zwar eine Rechnung vorlegte, aber eine mangelhafte, die Befugniß zur Zurechtstellung derselben, insbesondere aber zur Vorbringung seiner Einreden und zum Beweise der behaupteten Ausgaben nicht entzogen werden durfte, somit die Auflage vom 17. December 1877, wenn man sie dahin verstehen wollte, daß die Vorlage einer unzureichenden Rechnung der Verweigerung der Rechenschaft gleichstehe, an sich eine den Beklagten unstatthafter Weise in seiner Vertheidigung verkürzende und somit rechtswidrige gewesen wäre. Demnach war das angefochtene Erkenntniß, welches den Beklagten ohne Rücksicht auf die Vervollständigung seiner Rechnung, ja sogar ohne Einleitung des s. g. Defecturverfahrens einfach gemäß dem klägerischen Antrage zur Rückerstattung der Einlage verurtheilt hat, aufzuheben und Klägerin mit ihrem s. g. Präclusionsantrage zurückzuweisen.

Behufs der Regelung des weiteren Verfahrens ist der Klägerin aufzugeben, ihren etwaigen weiteren Monita gegen die Vollständigkeit der vom Beklagten gelegten und am 8. Juni 1882 ergänzten Rechnung binnen 14 Tagen vorzubringen, widrigenfalls angenommen werden muß, daß sie gegen die Vollständigkeit der Rechnung nichts weiter zu erinnern habe. Sollte das Moniturverfahren damit seinen Abschluß noch nicht finden, so wird in dieser Beziehung von der ersten Instanz das Weitere zu verfügen sein. Was dagegen die Richtigkeit der Rechnung des Beklagten betrifft, so ist der Klägerin die Aeußerung darüber, sowie auch auf die vom Beklagten vorgeschützten Einreden, welche erst in das

Defecturverfahren gehören und daher nicht „verspätet" vorgebracht sind, vorzubehalten gewesen und werden je nach Maßgabe derselben die Parteien dann den Beweis der streitig gebliebenen Posten zu erbringen haben."

1425. Anfechtung eines Kaufes mit dem Paulianischen Rechtsmittel.

„Zwar steht nach den über die actio Pauliana geltenden gemeinrechtlichen Grundsätzen, welche in Ermangelung anderer Normen auch in den Ostseeprovinzen zur Geltung gelangen, unbestritten fest, daß auch der Käufer mit der actio Pauliana belangt werden kann, ja daß er selbst das gezahlte Kaufgeld nur dann zurückerhält, wenn es noch im Vermögen des Schuldners vorhanden ist (l. 8 Dig. 42,8. Windscheid, Pandekten II, § 463 Anm. 8 a. Arndts, Pandekten, § 228); allein es ist dabei selbstverständlich, daß auch in diesem Falle die allgemeinen Voraussetzungen der actio Pauliana vorliegen müssen, also namentlich eine Verminderung des überschuldeten Vermögens durch die angefochtene Veräußerung, die Absicht auf Seiten des Cridars, seine Gläubiger zu verkürzen, und endlich die conscientia fraudis auf Seiten desjenigen, an welchen die Veräußerung geschah (Zwingmann, civilrechtl. Entsch. IV, № 622. Windscheid, Pandekten, § 463). Sieht man nun auch für festgestellt an, daß durch den Verkauf der in der Klage näher bezeichneten Mobiliareffecten an den Kläger das überschuldete Vermögen zu Ungunsten der Gläubiger verringert worden sei und daß der Cridar die Veräußerung (wie durch die unmittelbar nachher erfolgte Flucht fast zur Gewißheit erhoben ist) in betrügerischer Absicht vorgenommen habe; so ist doch durch nichts erwiesen, daß Kläger um diese betrügerische Absicht gewußt hat, ja der Beweis dieses Umstandes kann dem beklagten Concurscurator auch nicht offengelassen werden, da er eine bezügliche Behauptung garnicht aufgestellt hat. Die Behauptung aber, daß der Erwerber, um die fraudulente Absicht des Veräußerers gewußt, ist zur Substantiirung der actio Pauliana gegen ihn unbedingt erforderlich, es sei denn, daß es sich um einen rein lucrativen, d. h. ohne Gegenleistung von Seiten des Erwerbers stattgehabten, Erwerb handelt (Zwingmann IV, S. 337). In dieser Beziehung hat aber der Concurscurator

bei der Anfechtung der bezüglichen Rechtsgeschäfte nur angegeben, es sei nicht anzunehmen, daß Kläger in die Vermögenslage des Cridars nicht eingeweiht gewesen, — eine zur Begründung der actio Pauliana ganz ungenügende Behauptung, da selbst die positiv behauptete Kenntniß der Insolvenz des Cridars auf Seiten des Klägers nicht genügen würde, um die conscientia fraudis desselben zu substantiiren (Zwingmann II, № 259 und IV, S. 337; l. 10 § 2 und 4 Dig. 42,8). Der Concurscurator hätte vielmehr direct behaupten müssen, daß Kläger die betrügerische Absicht des Cridars gekannt habe, wenn er zum Beweise zugelassen werden wollte.

Die Behauptung des Concurscurators, die Uebertragung des Eigenthumsrechts an den Mobiliareffecten, habe dem Kläger einen „lucrativen" Vortheil gebracht, ist nicht geeignet, ihn von der Behauptung und dem Nachweise der conscientia fraudis auf Seiten des Klägers zu befreien; denn es handelt sich in dem vorliegenden Falle nicht um einen lucrativen Erwerb, welcher von dem Erwerber auch dann herauszugeben ist, wenn er die betrügerische Absicht der Vermögensveräußerung nicht gekannt hat, sondern um eine gegen eine Gegenleistung erfolgte Entäußerung, da der Concurscurator nicht bestritten hat, daß der Kaufpreis von 943 Rbl. dem Cridar vom Kläger ausgezahlt worden ist. In wieweit Kläger ein vortheilhaftes Kaufgeschäft gemacht hat, kommt nicht in Betracht, da Kaufgeschäfte in der Regel überhaupt nur abgeschlossen zu werden pflegen, wenn jeder Theil dabei seinen Vortheil findet; auch geht aus dem Umstande, daß Kläger für die in der Klage aufgeführten Mobilien 943 Rbl. gezahlt hat, schon hervor, daß das Geschäft nicht etwa unter der Form eines onerosen Geschäfts einen für den Kläger entschieden lucrativen Character trug.

Die vom Concurscurator gegen den klägerischen Vindicationsanspruch geltend gemachte exceptio Pauliana kann demnach durch die in der Klageerklärung vom 23. April c. enthaltenen Angaben nicht für genügend substantiirt erachtet werden, um den durch notariell attestirte Urkunden liquid gestellten Eigenthumsanspruch des Klägers in seiner Wirksamkeit zu hindern."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 6. October 1881, № 191.)

1426. Die Anfechtung eines Kaufes durch das Paulianische Rechtsmittel ist deswegen noch nicht ausgeschlossen, weil der Käufer den Kaufpreis voll bezahlt hat.

Die Handlung P. hatte behufs Sicherstellung einer Kaufpreisforderung an Selig F. einen Arrest auf dessen Waarenlager erwirkt, worauf Hermann F. im Wege der Intervention die Herausgabe der arrestirten Waaren verlangte, weil er das Waarenlager von seinem Bruder Selig F. gekauft, baar bezahlt und übergeben erhalten habe. Die Arrestimpetrantin replicirte, Selig F. — der mittlerweile Schulden halber flüchtig geworden war — habe den Kauf in fraudem creditorum abgeschlossen und Intervenient darum gewußt.

In dem Erkenntnisse des Wettgerichts vom 13. December 1883, № 726 wurde letztere Thatsache als feststehend angenommen und im Uebrigen bemerkt:

„Intervenient macht geltend, daß er den Kaufgegenstand baar bezahlt und dabei angenommen habe, sein Bruder werde mit dem Gelde seine Gläubiger befriedigen, während derselbe ohne seine Zustimmung das Weite gesucht habe. Allein dies ist, nach Lage der Sache durchaus unwahrscheinlich und die Bezahlung des Kaufpreises insonderheit nicht bewiesen. . . . . Selbst wenn die Zahlung des Kaufpreises feststände, wäre die Anfechtung des Kaufes durch das Paulianische Rechtsmittel nicht ausgeschlossen, da einmal keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß derselbe ein angemessenes Aequivalent für die erworbenen Sachen bildete und andrerseits nach Lage des Falles anzunehmen ist, Selig F. habe das Geld von vorn herein seinen Gläubigern entziehen wollen, während Intervenient selbst zugiebt, daß es ihnen auch thatsächlich entzogen worden ist (Sintenis, Civilrecht II, § 124 bei Note 30. Holzschuher, Theorie und Casuistik III, Seite 1066 Note. Seuffert's Archiv XII, № 113. XXI, 184.)"

1427. Beweis der Zahlungsunfähigkeit.

„Der Protest mangels Zahlung erschüttert nothwendig den Credit des Kaufmanns und eine gewöhnliche Folge des Protestes ist, daß der säumige Wechselschuldner den Wechselcredit bei den Banken verwirkt. In Anbetracht der so einschneidenden Folgen des

Wechselprotestes wird ein jeder Kaufmann, der irgend disponible Mittel zu Gebote hat, es vermeiden, die gegen ihn laufenden Wechsel zum Protest kommen zu lassen. Die Erhebung des Protestes wird daher regelmäßig die Unmöglichkeit der Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeit bekunden. Noch mehr aber wird sein Unvermögen dargethan, wenn der Schuldner die Wechsel nach erfolgtem Protest nicht bezahlt, sondern durch seine Entfernung der Wechselhaft zu entgehen sucht. Denn der mit der Wechselklage in Anspruch genommene zahlungsfähige Wechselschuldner, der das Forderungsrecht des Wechselgläubigers bestreitet, hat es nicht nöthig zu dem Mittel der Flucht zu greifen, um das im Wechselprocesse errungene Executionsrecht des Wechselgläubigers zu paralysiren. Er kann durch gerichtliche Deposition der judicatmäßigen Wechselschuld und durch Erwirkung eines Arrestes auf letztere der Wechselexecution entgehen und im Wege der Nachklage das dem Wechselgläubiger gerichtlich Zugesprochene wieder abringen.

Vorstehendem nach kann aus den zum Eide gestellten Thatsachen, daß Kläger nicht nur zum Protest es hat kommen lassen, sondern auch, um der Wechselhaft zu entgehen, Riga heimlich verlassen hat, mit Recht der Schluß auf seine Zahlungsunfähigkeit gezogen werden."

(Querelbescheid des Raths vom 12. October 1883, № 6921.)

1428. Rückforderung einer seitens des insolventen Schuldners geleisteten Zahlung mittelst der Paulianischen Klage.

„Nach der Darstellung der klagenden Concurscuratoren hat die beklagte Berliner Handelsgesellschaft, welche vor Ausbruch des Concurses und zwar bis zum 20. November 1882 Forderungen im Betrage von mehr als 2.000,000 Rbl. an den Cridar gehabt, um eine theilweise Tilgung dieser Forderungen herbeizuführen, den Cridar bewogen, einen in seinem Vermögen befindlichen, vom Vater des Cridars A. K. senior zu dessen Gunsten ausgestellten, jederzeit zahlbaren Bon über 5000 Rbl. dem K. sen. zu kündigen. Hierauf habe der Vertreter der beklagten Gesellschaft dem A. K. sen., welcher die qu. 5000 Rbl. weder sogleich, noch auf einmal zahlen konnte, gegen eine jährlich mit 1000 Rbl. zu tilgende Obligation 5000 Rbl. gegeben, welche Summe dann von K. sen. an seinen Gläubiger,

den Cridar, und von diesem wiederum an die beklagte Gesellschaft gezahlt worden sei und zwar sei dies Alles vor dem 30. November 1882 geschehen. Auf Grund dieses Sachverhalts und mit Rücksicht darauf, daß nicht nur der Cridar, sondern auch die beklagte Gesellschaft zur angegebenen Zeit um die Insolvenz des ersteren gewußt und daß im Grunde nur eine Cession des Bons, wenngleich in veränderter Gestalt, an Beklagte in fraudem creditorum stattgehabt, haben Kläger gebeten, die Beklagte zur Rückgabe und Rückcession des qu. Schuldscheins an die Concursmasse zur Vermeidung der Zahlung von 5000 Rbl. anzuhalten.

Der beklagterseits vorgebrachte Einwand der Unsubstantiirtheit und Dunkelheit der Klage muß allerdings als begründet erachtet werden.

Von einem dem Kaufmann A. K. sen. gegenüber verübten Betruge kann nicht die Rede sein, weil derselbe zur Zahlung der fraglichen 5000 Rbl. verpflichtet gewesen und er durch die erwähnten Manipulationen, welche ihm eine Stundung der Zahlung verschafft haben, günstiger gestellt worden ist, als er es früher war.

Ebensowenig kann aber auch behauptet werden, daß Beklagte durch dasjenige, was ihr von den Klägern zum Vorwurf gemacht wird, den übrigen Gläubigern des Cridars gegenüber sich eines Betruges schuldig gemacht habe, welcher sie zur Rückgabe des Empfangenen verpflichten würde. Selbst nach der Sachdarstellung der Kläger hat Beklagte nichts anderes bezweckt und erreicht, als die theilweise Tilgung ihrer, wie es scheint bereits fällig gewordenen, Forderung vor Ausbruch des Concurses über das Vermögen ihres Schuldners. Sie hat nicht etwa sich ein Pfand für ihre Forderung bestellen lassen, nicht eine Sache an Zahlungsstatt entgegengenommen, sondern Baarzahlung zu ihrer theilweisen Befriedigung erhalten und zwar zu einer Zeit, als der Cridar noch dispositionsfähig war. Es ist aber ein ganz allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß der Gläubiger, welcher das ihm Zukommende (und im Fragefalle war es die Zahlung) annimmt, nicht dolos handelt (l. 129 Dig. de R. J. 50, 17: nihil dolo creditor facit, qui suum recipit; vgl. auch l. 6 § 6 D. 42,8). Selbst dann kann von einem arglistigen Verfahren nicht die Rede sein, wenn der Gläubiger zur Zeit der Annahme der ihm zukommenden Zahlung von der Insolvenz

seines Schuldners Kenntniß hatte und ihm auch bekannt war, daß er für den Fall des Concursausbruches garnicht oder nicht vollständig zur Befriedigung gelangen würde, denn wie Vangerow (Pandekten III, § 697 Anmerkung) treffend bemerkt, kann es verständiger Weise Niemandem zugemuthet werden, sich freiwillig einem Verluste zu unterziehen, oder auf die Ausübung eines wohlbegründeten Rechts zu verzichten, blos um Andere vor einem Verluste zu schützen (vgl. l. 7 eod.). Auch nicht einmal das gereicht dem Gläubiger zum Vorwurf, daß er, den Ausbruch des Concurses früher oder später voraussehend, den Schuldner zur Zahlung ungestüm drängte, oder sich für das Zustandekommen der Zahlung durch Rathschläge, wie die dazu erforderlichen Geldmittel flüssig zu machen seien, überhaupt interessirte, denn es heißt in der l. 24 a. a. O.: sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci, jus civile vigilantibus scriptum est, ideo quoque non revocatur id, quod percepi. Nur dann würden vor Ausbruch des Concurses geleistete Zahlungen der Rückforderung unterliegen, wenn entweder die Forderung selbst fingirt ist, oder die Zahlungen nur zum Schein vorgenommen wurden, indem beispielsweise der Gläubiger die Zahlungen nicht zu seiner eigenen Befriedigung zu verwenden die Absicht hat, sondern dem Cridar verspricht, das erhaltene Geld ihm nach Eröffnung oder Beendigung des Concurses zu restituiren. In den letzteren Fällen würde allerdings die mala fides des Gläubigers, welche eine der wesentlichen Voraussetzungen der actio Pauliana bildet, juristisch construirt werden können. Sonst aber gilt die Regel, daß der Gläubiger, welcher die ihm rechtmäßig zukommende Zahlung vor Eröffnung des Concurses entgegennimmt, dadurch sich nicht eines dolus oder einer fraus schuldig macht. (Vgl. Windscheid, Pandektenrecht II, § 463, Abs. 6. Holzschuher, Theorie und Casuistik III, § 330 Abs. 6 a.)

Im vorliegenden Falle geht aus der Sachdarstellung der Kläger nur hervor, daß die Zahlung von 5000 Rbl. an den Vertreter der Beklagten behufs theilweiser Tilgung der Forderung der letzteren erfolgt war. Die Klage, so wie sie vorgebracht worden, ist also ungenügend substantiirt, insofern sie die mala fides der Beklagten nicht darlegt; sie ist überdies auch unschlüssig insofern, als nicht ersichtlich ist, warum die Kläger gerade die Herausgabe der von

A. K. sen. zu Gunsten der Beklagten ausgestellten Obligation fordern, die nach den Angaben der Kläger selbst niemals zum Vermögen des Cridars gehört hat."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 15 October 1883, № 231.

1429. Darf der Gläubiger vom zahlungsunfähigen Schuldner Sicherung seiner nicht fälligen Forderung durch Bestellung eines Pfandrechtes fordern, bzw. unterliegt das solchenfalls bestellte Pfandrecht der Anfechtung mit der Paulianischen Klage?

I. „Die klägerische Ansicht, als sei die fragliche Forderung trotz der gewährten Stundung in Folge der Zahlungsunfähigkeit des Beklagten fällig geworden, ist unrichtig, weil nicht die Zahlungsunfähigkeit, sondern erst die förmliche Concurseröffnung die Fälligkeit sämmtlicher Forderungen an den Schuldner herbeiführt. Ebensowenig hat ein Gläubiger wegen Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners ein Recht auf Bestellung eines Pfandrechts, zumal dieses Recht nicht sowohl gegen den Schuldner, als vielmehr gegen die anderen Gläubiger sich richten würde, welche dasselbe mit der Paulianischen Klage anfechten könnten. Daraus folgt, daß zur Zeit Klägerin weder Zahlung, noch Bestellung eines Faustpfandes für ihre Forderung an Beklagten verlangen darf. Sicherstellung durch Arrest kann dagegen auch wegen solcher Forderungen, welche noch nicht fällig sind, beantragt werden, sofern ihre Befriedigung gefährdet erscheint, und das ist bezüglich der klägerischen Forderung der Fall, weil Beklagter sich selbst als zahlungsunfähig bezeichnet hat."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 30. December 1882, № 141).

II. Der Uhrmacher M. hatte am 2. März 1881 dem H. für Wechsel, welche erst später fällig wurden, sein gesammtes Vermögen bis zum Betrage von 6000 Rbl. verpfändet. Er war dann am 6. März flüchtig geworden und am 12. März wurde der Concurs über sein Vermögen eröffnet. Im Concursverfahren wurde das dem H. bestellte Pfandrecht mit dem Paulianischen Rechtsmittel angefochten, wogegen H. einwandte, er habe nach Art. 3436 des

Prov.-Rechts Thl. III wegen des aus dem Vermögensverfall des Cridars ihm in Betreff der noch nicht fälligen Wechselforderungen drohenden Schadens einen Anspruch auf Sicherstellung gehabt. Zur gerichtlichen Geltendmachung dieses Anspruchs habe er im Streitfalle die Insolvenz des M. beweisen müssen, jetzt, wo er ohne gerichtliche Hilfe von M. eine Pfandverschreibung erlangt habe, solle ihm aber die Kenntniß von dessen Insolvenz zum Schaden gereichen.

Im Querelbescheide des Raths vom 10. September, 1882 № 5991 wurde gleichwohl die Paulianische Klage für statthaft erklärt.

„Aus dem Art. 3436 cit. folgt zunächst nicht, daß schlechthin jeder Gläubiger bei vorhandenem Vermögensverfall seines Schuldners eine Sicherstellung seiner Forderung beanspruchen kann, noch weniger aber folgt daraus, daß ein Anspruch auf Sicherstellung durch Einräumung eines Pfandrechts besteht. Das Mittel zur Sicherstellung gefährdeter und noch nicht fälliger Forderungen ist der bei dem zuständigen Gericht nachzusuchende Arrest; ein Recht auf Pfandbestellung aber hat der Gläubiger gegen den Schuldner aus diesem Grunde niemals. Wäre das der Fall, dann wäre die Anfechtung eines von dem insolventen Schuldner für eine alte Schuld bestellten Pfandrechts allerdings ein für allemal ausgeschlossen, weil die Erfüllung einer Rechtspflicht durch das Paulianische Rechtsmittel überhaupt nicht angefochten werden kann. Wenn aber nach klaren Gesetzesstellen (l. 22 Dig. quae in fraudem 42, 8; vgl. civilrechtl. Entscheid. IV, Seite 341. V, Seite 357) die Anfechtung eines Pfandrechts, welches der zahlungsunfähige Schuldner dem Gläubiger zur Benachtheiligung seiner sonstigen Gläubiger einräumt, nicht nur einen Hauptanwendungsfall der actio Pauliana bildet, sondern diese Anfechtung dort, wo die Pfandbestellung für eine alte Schuld ohne Gegenleistung des Gläubigers geschah, selbst ohne Rücksicht auf die Kenntniß des letzteren von der fraudulenten Absicht des Schuldners gestattet ist (l. 6 § 11 Dig. 42, 8. Vgl. civilrechtl. Entscheid. IV, S. 341. V, S. 341 und 358*), so ist es klar, daß die Pfandbestellung für eine ursprünglich

*) Auch Band VI, Seite 333 und die Erkenntnisse der I. Section des Landvogteigerichts vom 26. Januar 1883, № 29 und 19. December 1883, № 367.

pfandlose Forderung nicht nur keine Pflicht des in Vermögensverfall gerathenen Schuldners, sondern sogar eine widerrechtliche Handlungsweise gegenüber seinen anderen Gläubigern bildet . . . .

Nach der vom Rathe bereits mehrfach ausgesprochenen Ansicht (vgl. die obengenannten Präjudicate) enthält die Pfandbestellung einen lucrativen Erwerb für den Gläubiger, wenn dieselbe für eine alte Schuld freiwillig und ohne Gegenleistung geschah, und das ist bei dem Querulanten H. der Fall, da er zur Zeit der Pfandbestellung unbestritten keine fällige Wechselforderung gegen M. hatte, letzterer ohne gerichtlichen Zwang dem H. das Pfandrecht eingeräumt und H. ausweislich der von ihm beigebrachten Pfandverschreibung keinerlei Gegenleistung gemacht, auch keine Stundung gewährt, sondern die Wechsel bei Verfall und nach Ablauf der Respittage sofort zum Protest gebracht hat. Im Hinblick auf diese Sachlage erscheint es nicht gerechtfertigt, daß der angefochtene Bescheid, wiewohl er die betrügerische Absicht des M. rechtskräftig als vorhanden festgestellt hat . . ., doch noch dem Concurscurator den Beweis der Wissenschaft des Querulanten um diese Absicht auferlegt, da nach dem Obigen die Pfandbestellung ohne Rücksicht darauf anfechtbar war."

1430. Der Beklagte, welcher zur Einlösung und Auslieferung eines Wechsels an den Kläger verurtheilt wird, kann zugleich für den Fall der Unterlassung angewiesen werden, dem Kläger den Betrag des Wechsels zu bezahlen.

Beklagter war auf Grund einer zwischen ihm und dem Kläger geschlossenen Vereinbarung für verpflichtet erachtet worden, gewisse vom Kläger an des Beklagten Ordre ausgestellte und nach vollzogenem Blancogiro von letzterem discontirte Wechsel über 5000 Rbl. einzulösen und dem Kläger auszuhändigen, widrigenfalls aber ihm die Wechselsumme mit 5000 Rbl. sammt Zinsen zu ersetzen. Er legte dagegen Appellation ein und führte zu deren Rechtfertigung an, er habe nicht zur Zahlung von 5000 Rbl., sondern nur allgemein zum Ersatze des Interesse verurtheilt werden dürfen, da Kläger wegen der Nichteinlösung der Wechsel zur Zeit noch keinen Schaden habe, sondern einen solchen nur möglicher Weise haben könne, wenn die Wechsel gegen ihn ausgeklagt würden. Die Appellation wurde

durch App.-Erk des Raths vom 28. März 1884, № 2275 mit folgender Motivirung verworfen:

Beklagter ist zu einem positiven Handeln, nämlich zur Befreiung des Klägers von der übernommenen Wechselverbindlichkeit durch Einlösung und Auslieferung der Wechsel verurtheilt. Bei der Verurtheilung zu einem Thun hat der Proceßrichter — wie bereits in dem Appellations-Erkenntnisse des Raths vom 19. März 1882, № 1974 (civilrechtl. Entscheidungen VI, Seite 331) ausgesprochen — weil die Anwendung eines directen Zwanges des Beklagten zur Vornahme der Handlung unthunlich ist, nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die nach seinem Ermessen geeignetsten Maßregeln zur Sicherstellung der Urtheilserfüllung zu treffen und dieser Zweck läßt sich nur erreichen, wenn die eventuelle Anwendung des angedrohten Zwanges den Verurtheilten härter treffen, würde als die urtheilsmäßige Leistung. Die Leistung des Interesse oder der Schadensersatz in abstracto sind also keineswegs der einzige Rechtsnachtheil, welchen der Richter dem ungehorsamen Beklagten in Aussicht stellen darf. Außerdem besteht im Fragefalle das Interesse des Klägers aber auch vornehmlich in der Beschaffung der Mittel, welche ihn in den Stand setzen, die vom Beklagten verweigerte Einlösung und Auslieferung der Wechsel selbst herbeizuführen, weil er nur dadurch seine Befreiung von der Wechselschuld zu bewirken vermag. Die Fortdauer dieser Schuld, von welcher Beklagter ihn zu befreien verbunden ist, enthält einen bereits gegenwärtigen, keinen zukünftigen Schaden, denn das Vermögen des Klägers ist schon jetzt um diese Schuld ärmer, abgesehen davon, daß derselbe, weil Kläger ja, nach seiner Erklärung, die Wechsel nicht einlösen kann, jeden Augenblick auf Grund der Wechsel verklagt und der Wechselhaft unterzogen werden kann. Erscheint hiernach die vom ersten Richter eventuell ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der Wechselsumme sammt Zinsen sowohl aus dem Gesichtspunkte der richterlichen Androhung behufs Herbeiführung der principalen Leistung, als auch aus dem Gesichtspunkte der Enschädigung rechtlich begründet, so erübrigt nur noch darauf hinzuweisen, daß sie andrerseits den Beklagten keineswegs unrechtfertigt belästigt. — Zunächst hat dieser ja die Wechsel einzulösen und zurückzugeben und nur, wenn und soweit er dies nicht thut, tritt die Verpflichtung

zur Zahlung ein. Hat er also z. B. die Wechsel bereits theilweise bezahlt, so hat er nur die Quittirung des bezahlten Betrages auf dem Wechsel nachzuweisen und dann nur den fehlenden Rest zu bezahlen. Dieser Fall ist aber praktisch nicht denkbar, weil Beklagter ja selbstredend ebensogut an den Wechselgläubiger, wie an den Kläger zahlen kann; womit sich denn auch die Frage danach erledigt, was geschehen müßte, wenn Beklagter die 5000 Rbl. an den Kläger zahlen und hinterher die Wechsel selbst einlösen sollte. — Hat er dagegen sich mit dem Wechselgläubiger sonst verständigt, ohne baar zu zahlen, so ist er selbstredend auch in der Lage, den Gläubiger durch Ausstellung neuer Wechsel oder sonst zur Rückgabe der jetzt streitigen Wechsel an den Kläger zu veranlassen. Ist Beklagter aber endlich auch zu einem Arrangement mit seinen Gläubigern außer Stande, so erscheint er in abstracto umsomehr verpflichtet, den Kläger von der diesen treffenden Wechselverbindlichkeit zu entlasten."

1431. Klage eines Eisenbahnbeamten auf Ertheilung des zur Erlangung einer Pension aus der Pensionskasse erforderlichen Attestates. Verwarnung für den Fall, daß die beklagte Direction das Urtheil nicht erfüllen sollte.*)

„Beklagte Direction hebt hervor, daß der Pensionsanspruch an die Pensionkasse nur in einem Rechtsstreite mit dieser festgestellt und deshalb auch das Interesse des Klägers an der Erlangung des Attestates nicht ohne weiteres dem behaupteten Anspruche auf die Pension gleichgesetzt werden könne.

Bei dieser Argumentation kommen zwei Momente in Betracht, die wohl auseinander zu halten sind. Wenn Beklagte das Attestat, obwohl sie durch rechtskräftiges Urtheil zu dessen Ausstellung angewiesen ist, nicht ertheilt, so besteht das Interesse des Klägers fraglos in der Zahlung des Pensionsbetrages, welchen er nach den Bestimmungen der Statuten erhalten müßte, wenn ihm das Attestat ertheilt wäre, und daher hat die beklagte Direction solchenfalls gemäß Art. 3444 und 3437 des Prov.-Rechts Thl. III die betreffende Pension aus eigenen Mitteln zu zahlen, wobei es für ihre Verbindlichkeit gegegenüber dem Kläger ganz gleichgiltig ist, ob und inwieweit sie etwa einen Regreß an die Pensionskasse hat.

*) Vgl. oben № 1396, Seite 362.

Ertheilt Beklagte umgekehrt das Attestat, nachdem sie dazu gerichtlich angewiesen ist, so hat sie die ihr obliegende Leistung erfüllt und damit fällt natürlich ihre — nur eventuelle — Verpflichtung, die Pension als das Interesse zu bezahlen, von selbst hinweg. Falls dann etwa die Pensionskasse trotzdem die Pension nicht zahlen sollte, würde der Pensionsberechtigte seinen Anspruch gegen sie im Wege der Klage zu verfolgen und einer etwaigen Berufung darauf, daß das beigebrachte Attestat nicht genüge, in rechtsgeeigneter Weise zu begegnen haben.

Jedenfalls aber ist hiernach die eventuelle Verpflichtung der Beklagten dazu, daß sie dem Kläger die zuständige Pension zahle, falls sie das Attestat nicht ertheile, keineswegs durch einen vorgängigen Proceß mit der Pensionskasse bedingt. Dagegen setzt die Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Pensionsbetrages allerdings voraus, daß zuvor festgestellt ist, Kläger habe diesen Betrag zu erhalten, und folglich sind in der Klage, welche auf einen bestimmten Pensionsbetrag geht, die zur Berechnung desselben erforderlichen Anhaltspunkte anzugeben."

(Aus den Motiven des App.-Erk. des Raths vom 3. März 1882, № 1524).

1432. Ueber die Rechtskraft der Entscheidungsgründe wird in dem App.-Erk. des Raths vom 2. Mai 1884, № 3051 bemerkt:

I. „Es ist unrichtig, wenn Beklagter behauptet, daß rechtskräftig und verbindlich einzig die Entscheidungsworte des Beweisinterlocutes seien, nicht aber die etwa davon abweichenden Entscheidungsgründe. Rechtskraft erlangen allerdings nur Entscheidungen und nicht Entscheidungsgründe, die Bedeutung und die Tragweite der Entscheidung wird aber durch die ihr beigegebenen Gründe bestimmt und folglich wird die Entscheidung rechtskräftig eben in dem aus den Gründen ersichtlichen Sinne, nicht von ihnen unabhängig und selbständig (vgl. civilrechtl. Entscheid. III, № 477, sub I und Band V, № 878). Sobald also über den Sinn und den Umfang der Entscheidung Zweifel entsteht, ist dieser aus den Entscheidungsgründen zu beantworten, welche dazu berufen sind, darüber die authentische Interpretation zu geben, und welche in dieser Hinsicht

einen wesentlichen Bestandtheil des Urtheils selbst, eine Ergänzung seines Inhaltes bilden."

II. Klägerin hatte von der Beklagten die Herausgabe verschiedener Waaren beansprucht, welche der Klägerin verpfändet waren, von der Beklagten aber wegen einer Miethschuld des Verpfänders zurückgehalten wurden. Zugleich hatte sie sich wegen des aus der verweigerten Herausgabe der Sachen entstehenden Schadens alles Recht vorbehalten. Die Klage wurde in beiden Instanzen angebrachtermaßen abgewiesen und Klägerin meldete gegen die Entscheidung des Raths das Rechtsmittel der Revision an, wogegen Beklagte einwandte, die Sache sei durch die mittlerweile erfolgte Freigebung der Waaren bereits erledigt, wegen der Proceßkosten allein könne die Revision aber nicht verfolgt werden. Klägerin gab dies als richtig zu, bestand aber gleichwohl auf der Nachgabe des Rechtsmittels, weil der Schaden, wegen dessen sie sich die Ersatzforderung vorbehalten habe, weit mehr als 600 Rbl. betrage und dem Ersatzanspruche durch die Motive der Klageabweisung bereits präjudicirt sei.

In dem Revisionsbescheide vom 27. April 1884, № 2965 wurde die Revision denegirt:

da der erwähnte Schadensersatzanspruch in das Klagepetitum nicht aufgenommen, sondern nur zur späteren Geltendmachung vorbehalten ist und wegen des allein erhobenen Klageanspruchs auf Freigebung der betreffenden Waaren, nachdem derselbe mittlerweile thatsächlich Erledigung gefunden hat, die Fortsetzung des Processes ausgeschlossen ist;

da die Rechtskraft eines Urtheils sich nur auf den erhobenen Anspruch bezieht, nicht aber auf die Rechtsgründe, welche im concreten Falle zur Bestätigung oder Verwerfung des Anspruches führten;

da hiernach einer Erhebung der Schadensersatzklage, wenngleich dieselbe materiell auf derselben Grundlage ruhen würde, wie der im vorliegenden Processe verworfene Anspruch, formell nichts entgegenstände,*) die Klägerin auch zur Ausnutzung des Instanzenzuges befugt wäre, wofern die in Aussicht genommene Ersatzklage

*) Vgl. die entgegenstehende Entscheidung in № 493 der Präjudicate, betreffend den Civilproceß II, Seite 43.

aus den in den bisher ergangenen Decreten ausgesprochenen Rechtsansichten ebenfalls verworfen werden sollte."

1433. Wieweit steht die rechtskräftige Verurtheilung auf die Klage aus dem Anerkennungsvertrage bzw. dem abstracten Zahlungsversprechen dem Anspruche des Beklagten aus dem materiellen Schuldverhältniß entgegen?

Beklagte hatte im Vorprocesse die Verurtheilung des Klägers zur Bezahlung eines von letzterem über 425 Rbl. ausgestellten, präjudicirten Wechsels erwirkt, welcher die Clausel enthielt: „Werth in Superphosphat erhalten." Kläger behauptete nunmehr, er habe 100 Sack Superphosphat zu 4 Rbl. 25 Kop. per Sack gekauft und den Wechsel über den ganzen Kaufpreis gezeichnet, von der beklagten Handlung aber nur 40 Sack zugeschickt erhalten, so daß letztere 255 Rbl. mehr gefordert habe, als ihr zukomme. Kläger beanspruchte Rückgabe des Wechsels gegen Zahlung von 170 Rbl. und Verurtheilung der Beklagten zum Ersatze des durch die Nichtlieferung ihm erwachsenen Schadens.

Auf die von der Beklagten vorgeschützten Einrede der bereits entschiedenen Sache wurde in zweiter Instanz mittelst App.-Erk. vom 10. August 1883, № 5451 folgendermaßen erkannt:

„Der erste Richter geht davon aus: die Parteien, welche einen Anerkennungsvertrag schließen, geben ihren Willen dahin kund, daß alles gerade so gehalten werden solle, als ob die von ihnen im Anerkennungsvertrage bezeichneten, möglicherweise nur fingirten Thatsachen wirklich vorhanden wären, sie verzichten somit auf alle Ansprüche, welche etwa daraus resultiren könnten, daß sich die bezeichneten Thatsachen in Wirklichkeit anders verhalten. Im Fragefall habe Kläger anerkannt, daß er für 425 Rbl. Superphosphat erhalten habe, und demgemäß auf alle Ansprüche aus der etwaigen Nichtlieferung verzichtet.

Diese Rechtsauffassung ist in doppelter Beziehung unhaltbar. Einerseits tritt regelmäßig der Anspruch aus dem Anerkennungsvertrage nicht an die Stelle des Anspruchs aus dem ursprünglichen Vertrage, hebt letzteren nicht auf, sondern tritt accessorisch zu demselben hinzu. Wie hiernach der Gläubiger nicht das Recht verliert, den ersten Verpflichtungsgrund geltend zu machen, so wird

auch der Schuldner durch den Anerkennungsvertrag nicht behindert, die ihm aus dem ursprünglichen Vertragsverhältniß zustehenden Rechte auszuüben, sofern dadurch die Erfüllung der anerkannten Schuld nicht beeinträchtigt wird. Handelt es sich speciell um die Anerkennung der Schuld aus einem Kaufvertrage, so darf der Käufer zwar der Klage aus der Anerkennung gegenüber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht gebrauchen, dagegen ist es ihm nicht verwehrt, unabhängig davon seinerseits auf Erfüllung zu klagen. Anders liegt die Sache nur, wenn die Anerkennung den Charakter eines Vergleiches oder einer Novation trägt, wodurch das ursprüngliche Verhältniß allerdings vollständig aufgehoben und damit eben jeder Anspruch aus demselben ausgeschlossen wird (Bähr, Anerkennung, 2. Aufl. S. 241 und 242. Civilrechtl. Entscheid. III, Seite 426 und 430). Da solches für den Fragefall aber nicht behauptet und an sich nicht zu vermuthen ist, läßt sich nicht sagen, daß wegen der angeblichen Anerkennung Kläger das Recht auf Erfüllung des Vertrages verloren habe.

Andererseits enthält der vom Kläger ausgestellte, wegen seiner Wechselunfähigkeit aber als solcher ungiltige Wechsel garnicht eine „Anerkennung" der Schuld aus einem Kaufvertrage, sondern ein von der materiellen causa losgelöstes, abstractes Zahlungsversprechen. Als solches ist der ungiltige oder präjudicirte Wechsel bereits behandelt in dem Präjudicate des Raths vom 27. August 1871, № 5745 und er läßt sich auch nicht anders auffassen, wenn man nicht zu widersinnigen Resultaten gelangen will. Daß der giltige Wechsel ein abstractes Summenversprechen und die demselben eingefügte Valutaclausel eine civilrechtliche Verpflichtung nicht begründet, ist bereits anerkannt in dem Querelbescheide vom 12. Januar 1883, № 248*). Kann bei dem giltigen Wechsel aber nicht aus der Valutaclausel ein civilrechtlicher Anspruch hergeleitet werden, so kann dies auch nicht bei dem ungiltigen geschehen, weil durch die Ungiltigkeit nach Wechselrecht die Urkunde nicht eine weitergehende Wirksamkeit erlangen kann, als sie sonst hätte. Gerade dies wäre aber das Ergebniß der Auffassung des ersten Richters. Denn während der Aussteller eines giltigen Wechsels im Wege der Nachklage das der Wechselausstellung zu Grunde liegende

*) Vgl. № 1366 dieses Bandes, oben Seite 296.

Rechtsverhältniß bloslegen und vermittelst der daraus für ihn sich ergebenden Einreden die Verurtheilung im Wechselprocesse rückgängig machen kann, soll nach dem angefochtenen Erkenntniß durch die auf Grund des ungiltigen Wechsels dem Beklagten auferlegte Zahlungsverpflichtung jedes Zurückgreifen auf den dem Wechselversprechen zu Grunde liegenden Kauf einfach ausgeschlossen sein, weil in ersterem ein unanfechtbares Anerkenntniß der Vertragserfüllung liegen soll. — Endlich kann weder die Verurtheilung auf Grund der Anerkennung, noch diejenige auf Grund des abstracten Zahlungsversprechens die exc. rei judicatae gegenüber dem materiellen Rechtsverhältniß begründen, weil beide Forderungen auf verschiedenen Schuldgründen beruhen (civilrechtl. Entscheid. IV, № 536) und die Verschiedenheit des Schuldgrundes auch eine Verschiedenheit der Forderungen bewirkt, welche die Einrede der Rechtskraft wegen mangelnder Voraussetzung der eadem quaestio nach l. 3 und l. 7 § 4. Dig. 44,2 nicht zur Entstehung gelangen läßt (a. a. O. V, № 879).

Hiernach muß im Gegensatz zu dem angefochtenen Erkenntniß anerkannt werden, daß der auf Grund des, in dem ungiltigen Wechsel liegenden abstracten Zahlungsversprechens verurtheilte Beklagte durch solche Verurtheilung nicht das Recht verloren hat, seinerseits aus dem zwischen ihm und der Klägerin abgeschlossenen Kaufe Erfüllung bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, und daß dieses Recht auch durch die Clausel der Urkunde „Werth in Superphosphat erhalten" nicht beeinträchtigt wird. Der frühere Beklagte und gegenwärtige Kläger geht in seiner Appellationsschrift jedoch weiter, indem er ausführt, seine Einrede der nicht erfüllten Voraussetzung sei nur gegenüber der Klage aus dem Anerkennungsvertrage verworfen worden und könne daher jetzt von ihm selbständig als Condiction verfolgt werden. Diese Ausführung geht zu weit nnd verstößt allerdings gegen die Grundsätze von der Rechtskraft. Beklagter S. ist im Vorprocesse zur Zahlung verurtheilt worden trotz seines Einwandes, er habe den ungiltigen Wechsel nur unter einer, später nicht eingetretenen Voraussetzung ausgestellt. Ob die Nichtberücksichtigung dieses Einwandes gerechtfertigt war, ist nicht zu erörtern, weil S. die Verurtheilung hat rechts-

kräftig werden lassen. — Die rechtskräftig erfolgte Verurtheilung zur Erfüllung des urkundlichen Zahlungsversprechens kann indessen nicht hinterher dadurch in Frage gestellt bzw. unwirksam gemacht werden, daß der frühere Beklagte seine verworfene Einrede jetzt zum Gegenstand einer Klage macht, weil dann gerade das eintreten würde, was durch die exc. rei judicatae verhindert werden soll, daß nämlich dieselbe Sache unter denselben Personen abermals zum Gegenstande des Streites gemacht wird. Hier trifft auch die vom Kläger angerufene Analogie der Nachklage im Wechselprocesse nicht zu. Denn processualisch besteht zwischen der Klage aus dem Wechsel und der Klage aus dem, ein Zahlungsversprechen enthaltenden Schuldschein der wesentliche und gerade hier durchgreifende Unterschied, daß bei jener ein, die materielle Vertheidigung beschränkendes, summarisches Verfahren stattfindet und das Urtheil deshalb eine provisorische Natur hat, während die Klage aus dem Schuldschein im ordentlichen Processe verhandelt worden ist und daher dem ergangenen Erkenntnisse auch nicht blos eine interimistische Wirksamkeit beiwohnt. Der im Vorprocesse verurtheilte gegenwärtige Kläger hat daher das wider ihn erlassene Urtheil zu erfüllen und die Sachlage wird, sofern er seinerseits Erfüllung des Kaufes bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung von der Handlung L. & Co. fordert, so zu beurtheilen sein, wie wenn er den Kaufpreis seinerseits vorausbezahlt hätte, — natürlich vorbehältlich des Unterschiedes, welcher daraus entspringt, daß die Zahlung nicht freiwillig, sondern erst in Folge des Urtheils und nach demselben geleistet ist. Das Resultat vorstehender Erörterungen ist, daß Kläger nicht berechtigt ist, die erfolgte Verurtheilung anzufechten bzw. rückgängig zu machen, die Klage also, soweit sie hierauf abzielt, mit Recht unter Bestätigung der exc. rei judicatae von der ersten Instanz abgewiesen worden ist; daß der Klage hingegen jene Einrede nicht entgegensteht, sofern sie die Erfüllung des Kaufvertrages bzw. Schadenersatz wegen der Nichterfüllung zum Gegenstande hat."

1434. Nachträgliche Geltendmachung einer versäumten Einrede im Wege einer selbständigen Klage.

Durch Erkenntniß des Vogteigerichts war die Wittwe S. verurtheilt worden, dem A. für den Fall der Leistung eines ihm auferlegten bezüglichen Erfüllungseides einen abrechnungsmäßig festgestellten Darlehnsrestbetrag von 252 Rbl. 50 Kop. zu bezahlen. Nach erfolgter Eidesleistung hinterlegte die Wittwe S. die Urtheilssumme bei der II. Section des Landvogteigerichts, erwirkte einen Arrest darauf und beantragte die Verurtheilung des A. zur Erstattung der fraglichen 252 Rbl. 50 Kop., weil dieser Betrag Wucherzinsen darstelle, welche Beklagter A. sich über die, vorweg abgezogenen, gesetzlichen Zinsen für das Darlehen berechnet habe. Das rechtskräftige Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 2. November 1881, № 309 wies die Klage ab, indem es die exc. rei judicatae des Beklagten auf Grund folgender Erwägungen bestätigte:

„Indem die Klägerin gegenwärtig geltend macht, daß der in Rede stehenden Abrechnung ein Wuchergeschäft als causa antecedens zu Grunde liege, sucht sie die Rechtswirksamkeit der Abrechnung anzufechten, welche für das sie verurtheilende Erkenntniß den Klagegrund bildete. Die Klägerin hat nun, wie aus der Entscheidung des Vogteigerichts ersichtlich, im Vorprocesse keineswegs den Versuch gemacht, die Abrechnung im Wege einer Einrede als ungiltig anzufechten; sie hat vielmehr lediglich in Abrede gestellt, daß die von ihrem Gegner behauptete Abrechnung überhaupt stattgefunden und daß sich der ausgeklagte Saldo zu seinen Gunsten ergeben bzw. daß sie denselben anerkannt habe. Die Einrede der rechtskräftigen Erledigung steht aber einer Klage entgegen, wenn sie einen Anspruch geltend macht, der in einem früheren Processe derselben Parteien, in welchem der jetzige Kläger verurtheilt worden war, wegen Connexität mit der damaligen Klage als Einrede hätte geltend gemacht werden müssen, jedoch nicht geltend gemacht worden ist (Erkenntniß dieses Gerichts vom 27. August 1874, № 176. Civilrechtl. Entscheid. IV, № 627. Seuffert's Archiv V, 236. XXXII, 360). Nur dann kann das der versäumten Einrede zu Grunde liegende Recht von dem im ersten Processe Verurtheilten gegen den Kläger

im neuen Processe verfolgt werden, wenn es ein selbständiges, zu dem früheren Streitgegenstande in keiner Beziehung stehendes ist*). Das von der Klägerin in Anspruch genommene Recht ist jedoch nicht von dieser letzteren Art."

1435. Beweis durch Handelsbücher. Erfordernisse des Bucheintrages. Bedeutung des Bucheides.

„Der auf Bezahlung des Kaufpreises für ihm verkauften und gelieferten Kalk mit 568 Rbl. 75 Kop. belangte Beklagte hat behauptet, dem Kläger außer den von diesem zugestandenen zwei, am 12. October und 22. November 1879 gezahlten Posten von zusammen 362 Rbl. 50 Kop. noch am 19. Mai 1879 206 Rbl. 25 Kop. gezahlt zu haben, und zum Beweise dieser Einrede sich auf die mit der Kassenkladde übereinstimmende Eintragung seines Kassabuches berufen, welche unter der Ueberschrift „Spesenconto" außer anderen Posten unter dem 19. Mai 1879 aufführt:

37½ Last Kalk an S. Kurtenhof . . . 206 Rbl. 25 Kop.

Die Beweiskraft dieser, die Behauptung des Beklagten bestätigenden Bucheintragung hat Kläger aus zwei Gründen bemängelt.

Erstlich wendet er ein, die Beweiskraft der Handelsbücher beschränke sich auf Handelssachen, Beklagter habe den Kalk aber nicht zur Weiterveräußerung, sondern zum eigenen Verbrauche gekauft. Nun ist es zwar richtig, daß nach Lib. II Cap. XXIV § 4 der Stadtrechte, wie nach gemeinem Rechte die Beweiskraft der Handelsbücher sich auf Handelssachen beschränkt (civilrechtl. Entsch. IV, № 636 und App.-Erkenntniß des Raths vom 16. Januar 1880, № 359**), jedoch wird die Bedeutung dieser Vorschrift dadurch wiederum abgeschwächt, daß nach § 5 daselbst auch den Büchern von Nichtkaufleuten eine gewisse Beweiskraft beiwohnt. Der Umstand, daß die Voraussetzungen eines Handelskaufes für den Fragefall actenmäßig nicht vorliegen, hebt also die Beweiskraft des Bucheintrages zu Gunsten des Beklagten wenigstens nicht gänzlich auf.

Zweitens hat Kläger aber noch hervorgehoben, daß in dem Bucheintrage keine Andeutung darüber enthalten sei, wie die betreffende Summe dem Kläger ausgezahlt worden. Sofern dieser Einwand

*) Vergleiche Band VI, № 977 und 1090.

**) Abgedruckt in den Präjudicaten, betreffend den Civilproceß, № 225.

bedeuten soll, daß in einem Kassabuche außer der Notirung des betreffenden Postens noch der Zusatz „gezahlt" sich befinden müsse, um die Eintragung überhaupt auf eine „Zahlung" beziehen zu können, hat Beklagter ihm mit Recht entgegengehalten, daß die Posten des Kassabuches sich eben auf nichts anderes beziehen, als auf geleistete und empfangene „Zahlungen". Dagegen ist der klägerische Einwand begründet, sofern er die fehlende Angabe der Modalitäten der Zahlung rügt. Wie nämlich der Eintrag einer Forderung die Ursache der Schuld angeben und daneben die Ablieferung der Waare und die Legitimation des Empfängers noch besonders bewiesen werden muß (civilr. Entsch. II, S. 211—13), so muß der Bucheintrag, durch den eine streitige Zahlung bewiesen werden soll, auch angeben, an welche Person namentlich gezahlt worden sei, weil die bloße Buchung auf das Conto desjenigen, dessen Forderung durch sie getilgt werden soll, ebensowohl bedeuten kann, daß sie diesem persönlich behändigt, als daß sie seinem Stellvertreter oder einem Boten oder auch einer Postexpedition 2c. geleistet ist, in der Absicht und Voraussetzung, daß sie ihm zugehen werde. Da eine solche Angabe im Fragefalle ganz fehlt, kann eine Zulassung des Beklagten zum Ergänzungseide — und ein solcher ist nach der, von der Appellationsinstanz noch neuerdings in dem Appellationserkenntnisse vom 14. Mai 1880, № 3154 gebilligten, Auffassung der Mehrzahl der städtischen Gerichte (a. a. O. II, № 270. V, № 892) auch der Bucheid, zu dem Beklagte sich erboten hat — umsoweniger erfolgen, als keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß Beklagter die Zahlung persönlich geleistet hat und hinsichtlich ihrer einen Wahrheitseid zu schwören vermag."

(Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 15. Januar 1881, № 4).

1435a. Beweiskraft der Handelsbücher gegen dritte Personen.

Im Gegensatze zu dem Band VI sub № 636 abgedruckten Präjudicat heißt es in dem Bescheide der I. Section des Landvogteigerichts vom 20. Juni 1883, № 161:

„Klägerin hat Beweis dergestalt angetreten, daß sie zwei Zeugen benannt und sich auf das Kassabuch des einen Zeugen L. berufen, sowie um die Anberaumung eines Productionstermines gebeten

hat . . . . . Was Beklagter gegen die Production des L.'schen Handlungsbuches vorgebracht hat, ist nicht berechtigt. Handelsbücher haben das ihnen processualisch gewährte Beweisprivilegium nicht blos zu Gunsten des Geschäftsinhabers, sondern auch unter Dritten (Wetzell, System 3. Aufl. § 24 Seite 227)."

Gleichlautend erkannte das genannte Gericht am 2. November 1883 sub № 303).

1436. Beweis durch Handelsbücher. Einfluß der Unglaubwürdigkeit des Buchführers auf die Beweiskraft der Bücher. Objective Voraussetzungen dieser Beweiskraft.

Die klagende Bank beruft sich auf ihre Handlungsbücher, gegen welche der Beklagte einwandte, daß der Buchhalter L. wegen Fälschung der Bücher strafrechtlich verurtheilt sei und die Bücher der Klägerin deshalb keine Beweiskraft haben könnten. Hierauf erging folgender Bescheid des Vogteigerichts vom 19. November 1882, № 302:

„Die Proceßregel: scriptura pro scribente non probat erleidet eine Ausnahme zu Gunsten der Handelsbücher, welche unter gewissen Voraussetzungen Beweis pro scribente gegen Dritte erbringen. Diese den Handelsbüchern eingeräumte privilegirte Stellung wird motivirt einmal durch die subjective Glaubwürdigkeit der Person, welche das kaufmännische Buch führt, andererseits durch die Erwägung, daß die kaufmännische ordnungsmäßige Buchführung in sich selbst eine gewisse Garantie dafür enthält, daß das, was sie constatirt, der Wirklichkeit entspricht (v. Völderndorff, in Endemann's Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts I, § 60). Das Stadtrecht Lib. II. Cap. XXIV § 3 fordert von dem durch sein Handelsbuch Beweis führenden Kaufmann (und zwar ist es selbstverständlich, daß hier nicht einzig der Principal, sondern ebenso auch der Buchhalter und Factor gemeint wird; vgl. Bunge, in den theoretisch-practischen Erörterungen aus dem in Liv-, Est- und Kurland geltenden Rechte, Bd. IV, S. 179 zu Note 29) Unbescholtenheit des Lebenswandels und redliche Gesinnung; jede Handlungsweise, welche von Unredlichkeit zeugt und dadurch den Thäter des allgemeinen Zutrauens und der Glaubwürdigkeit beraubt, genügt, seinem Handelsbuche das singuläre Privi-

legium der halben oder vollen Beweiskraft zu nehmen (vgl. Bunge a. a. O. S. 175 und 176 zu Note 14). Was ferner das Requisit der Ordnungsmäßigkeit der Buchführung anlangt, so müssen die Handlungsbücher, um auf Beweiskraft Anspruch machen zu können, sowohl ihrer äußeren Form, als dem Inhalte nach so beschaffen sein, daß sie Glauben verdienen und daß jeder Verdacht einer Unrichtigkeit und vollends einer Fälschung ausgeschlossen sei (vgl. Bunge, a. a. O. SS. 179 und 180). In Betreff der äußeren Form muß das Handelsbuch die Erfordernisse haben, welche für die Beweiskraft aller Urkunden überhaupt verlangt werden; in Bezug anf seinen Inhalt aber muß vor allem bei seiner Eintragung die causa debendi vermerkt sein, m. a. W. es müssen die Thatsachen angegeben sein, aus denen der Anspruch sich folgern läßt; nicht genügt die bloße Behauptung des nur ein Urtheil ausdrückenden Anspruchs (vgl. Bunge a. a. O., S. 182. Langenbeck, „Beweisführung", S. 674. Seuffert's Archiv I, 374). Nach v. Völderndorff a. a. O., S. 237 sind Bücher, in denen nur der Buchführer selbst sich auskennt, die ein Dritter nicht versteht oder nicht zu beurtheilen vermag, keine ordnungsmäßigen. Der Mangel subjectiver Glaubwürdigkeit des Buchführers (d. h. des Principals oder des Buchhalters oder des Factors) raubt der gesammten in Frage kommenden Buchführung die sonst ihr zukommende Beweiskraft; die Wirkung einzelner Ordnungswidrigkeiten in der Buchführung dagegen ist je nach den Umständen des concreten Falles verschieden; sie können die Beweiskraft nur einzelner Eintragungen aufheben, sie können aber auch einen Rückschluß auf die gesammte Buchführnng zulassen und dann der letzteren überhaupt die Beweiskraft nehmen. Fehlt aber in dem concreten Falle das eine oder andere gesetzliche Requisit, so geht das Privilegium der Handelsbücher, welches in der mindestens halben Beweiskraft der Eintragungen besteht, verloren; es tritt dann wieder die Rechtsregel „scriptura pro scribente non probat" in ihre Rechte. Für die Zuerkennung eines weniger als halben Beweises solchenfalls, welcher durch andere Beweismittel supplirt werden könnte, — wie Klägerin beansprucht — fehlt die gesetzliche Basis.

Nun hat aber Klägerin in ihrer Klage selbst eingeräumt, daß L. sich grober Vergehen in der Führung seiner Geschäfte schuldig

gemacht habe; ferner steht actenmäßig fest, daß L. wegen der von ihm bei der klagenden Bank verübten Gesetzwidrigkeiten, namentlich wegen Fälschung in Untersuchung gezogen ist; mithin kann L. keinen Anspruch auf persönliche Gewissenhaftigkeit und Glaubwürdigkeit erheben und nach der obigen Rechtserörterung verdienen daher auch alle auf seine Anordnung stattgehabten Bucheinträge keinen Glauben.

Auch läßt das klägerische Rescontro — so weit es hier in Betracht kommt — nach Maßgabe der beigebrachten Auszüge es an den objectiven Erfordernissen für seine Ordnungsmäßigkeit fehlen. Abgesehen von den meist kleineren Posten für Provision, Courtage, Porto, Versicherung und Baarzahlung, enthalten die einzelnen Einträge nicht die Angabe der causa debendi oder des Rechtstitels; die Buchführung macht den Eindruck eines nur für die eigenen Zwecke der Klägerin, nicht aber auch zur Wirkung nach außen hin bestimmten Memorandums; sie wäre ohne die Erläuterungen, die Klägerin während des Processes gegeben hat, für Dritte nicht verständlich. Hierzu kommt, daß wiederholt sog. „Differenzen" gebucht wurden, welche doch nur das aus einer Berechnung sich ergebende Resultat darstellen können und offenbar einzig den Anspruch, nicht aber das demselben zu Grunde liegende Geschäft wiedergeben; was unzulässig ist, da nur Thatsachen, nicht aber Forderungen, welche erst aus den Thatsachen zu folgern sind, den Gegenstand des Beweises durch Handelsbücher bilden können (vgl. Seuffert's Archiv I, 374)."

1437. Stillschweigende Ertheilung einer Handelsvollmacht durch wiederholte Zulassung des betreffenden Commis zu Geschäftsabschlüssen.

In dem sub № 1443 mitgetheilten Rechtsfalle war ferner unter den Parteien streitig, ob D. zu dem von ihm namens des Beklagten H. geschlossenen Kaufe ermächtigt gewesen sei. Darüber besagt das Appellationsurtheil des Raths vom 21. März 1884, № 2083 Folgendes:

„Es muß dem Wettgerichte vollkommen beigepflichtet werden, wenn es annimmt, daß D. als zum fraglichen Kaufabschlusse bevollmächtigt zu gelten habe. Zuerst ist es fraglos, daß — abgese-

hen hier von der im Handelsregister anzumeldenden Procura — die Bevollmächtigung in Handelssachen, wie überhaupt die Bevollmächtigung (vgl. Art. 4364 des Prov.-Rechts, Thl. III), stillschweigend erfolgen kann. Im concreten Falle aber, wenn es sich fragt, ob concludente Handlungen für eine Bevollmächtigung vorliegen, wird, wofern eine Bevollmächtigung zu Handelsgeschäften in Betracht kommt, eher zu Gunsten des Handlungsherrn zu interpretiren sein. Denn der Handelsverkehr verlangt, wie einerseits eine sichere, so andererseits eine rasche Abwickelung der Geschäfte und sieht aus letzterem Grunde vielfach von Formalitäten ab, deren Beobachtung das strenge Recht fordert. Gegenüber dem Vertrauen, welches hiernach vom Geschäftsfreunde bzw. Publicum beansprucht wird, kann letzteres vom Contrahenten die höchste Sorgfalt erwarten und es ist daher ein allerorten anerkannter Grundsatz, daß namentlich in Handelssachen die wiederholte Zulassung von Geschäftsabschlüssen durch einen zum Handlungspersonal gehörigen Dritten als Bevollmächtigung auch für eine weitere Vertretung in derselben Art gilt. Der Principal ist nicht in der Lage, sich darauf zu berufen, daß nur einzelne Geschäfte in Frage kämen, welche er jedesmal speciell ratihabirt habe. Wie das Publicum nicht verpflichtet ist, bei vorliegender Handelsbevollmächtigung sich darüber zu vergewissern, ob nicht eine specielle Einschränkung der Bevollmächtigung vorgenommen sei, so hat es auch nicht die Pflicht, bei wiederholt erfolgter Ratihabition der Geschäftsabschlüsse des Handlungsgehilfen sich darnach zu erkundigen, ob nicht nachträglich vom Principal die Bevollmächtigung widerrufen worden sei, welche sich aus der wiederholten Ratihabition ergiebt, wofern eine solche vorbehaltlos erfolgt ist. Vielmehr ist es eventuell Sache des Principals, es seinerseits den Geschäftsfreunden und dem Publicum in genügender Weise kund zu machen, daß er nur die einzelnen Geschäfte nachträglich gebilligt habe, dies aber nicht als Bevollmächtigung gelten lassen wolle (vgl. unter anderen Wendt, in Endemann's Handbuch des D. Handels-, See- und Wechselrechts, Band I, S. 290, 291. Entscheid. des Reichsgerichts I, № 4. Seuffert's Archiv Bd. 36, № 56). . . .

Es ist irrelevant, daß ein früherer Geschäftsabschluß zwischen den Parteien durch Vermittelung von D. nicht stattgefunden hat,

bzw. nicht nachgewiesen ist. Die stillschweigende Bevollmächtigung durch Zulassung von Geschäftsabschlüssen durch den Handlungsgehilfen ist wirksam nicht etwa nur rücksichtlich derjenigen Contrahenten, welche bereits einmal mit dem Principal unter dessen Ratihabition in dieser Weise in Geschäftsverbindung traten, sondern auch rücksichtlich aller derjenigen, welche von diesen für eine Bevollmächtigung concludenten Handlungen Kenntniß erhielten bzw. erhalten konnten. Galt also — wie nach den Zeugenaussagen nicht bezweifelt werden kann — D. zur betreffenden Zeit am hiesigen Platze mit Grund für den Handlungsbevollmächtigten des Beklagten, so brauchte Kläger kein Bedenken zu tragen, selbst wenn er früher gelegentlich mit dem Beklagten selbst, oder auch nur mit diesem contrahirt hatte, den im Namen des Beklagten ergangenen Auftrag von D. zu effectuiren.

Ist somit die Handlungsbevollmächtigung D.'s erwiesen, so gilt rücksichtlich des Umfanges derselben das allgemeine Princip, daß die Vollmacht auf alle diejenigen Handlungen sich erstreckt, welche der Betrieb oder die Ausführung des Geschäfts gewöhnlich mit sich bringt (vgl. civilrechtl. Entscheid. IV, № 637. D. H. G. B. Art. 47 und dazu v. Hahn's Commentar. Wendt a. a. O.). Daß aber der Ankauf von 3 Säcken Kaffee und die Abfertigung der Waare mit der Bahn in den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes des Beklagten fällt, bedarf keiner Erörterung."

1438. Ist der Agent zum Empfange der Zahlung des Kaufpreises aus dem von ihm vermittelten Kaufe legitimirt?

„Der vom Kläger auf Bezahlung des Kaufpreises für von ihm durch Vermittelung des A. als Agenten bezogene Waaren mit 457 Rm. 3 Pf. belangte Beklagte hat behauptet, daß er diesen Betrag . . . bereits an den klägerischen Agenten bezahlt habe . . . Unter den Parteien ist streitig, ob Beklagter dem Agenten des auswärtigen Klägers, durch den unbestritten die Factura ihm übergeben war, giltig habe Zahlung leisten dürfen. Daß diese Frage allgemein auf Grund einer hiesigen Usance zu bejahen sei, wird von den kaufmännischen Gliedern des Weltgerichts nicht nur nicht bestätigt, sondern sie erklären vielmehr, daß darüber nur die concreten Umstände entscheiden können. Ganz ebenso beantwortet sich die Frage nach den Grundsätzen des Handelsrechts, welches den Agenten

keineswegs schlechthin als zum Empfange von Zahlungen für die durch ihn verkauften Waaren berechtigt hinstellt. Im Fragefalle ist aber nicht nur nichts dargethan worden, woraus zu folgern wäre, daß Kläger seinen Agenten A., welcher nach dem Inhalte der vom Kläger direct an den Beklagten gestellten Factura anscheinend nur Vermittler, in dem für Beklagten günstigsten Falle aber offener Stellvertreter des Klägers war, zum Empfange von Zahlungen für ihn ermächtigt hätte; im Gegentheil man muß aus A.'s Briefen an den Kläger schließen, daß er sich selbst zum Empfange der Zahlung für letzteren nicht für berechtigt gehalten hat, und entscheidend dafür, daß Beklagter seinerseits A. nicht als zum Zahlungsempfange ermächtigt ansehen durfte, ist der Brief, welchen Kläger ihm geschrieben hatte und welcher ausdrücklich besagt, daß Beklagter „ihm eine Remesse machen" oder eventuell an seine — nicht an A.'s — Ordre gestellte Tratten honoriren solle."
(Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 25. Januar 1883, № 28).

1439. Klage des Handlungsgehilfen auf Dienstlohn. Einrede der mangelnden Rechnungslegung.

S. war Geschäftsführer der Handelsfrau B. gewesen und verlangte klagend die Auszahlung des rückständigen Gehalts, wogegen die Beklagte einwandte, Kläger habe die ihm über seine Geschäftsführung obliegende Rechenschaft noch nicht gelegt, insbesondere die von ihm geführten Handelsbücher nicht vorgelegt. Die Klage wurde hierauf vom Wettgericht abgewiesen und diese Entscheidung durch App.-Erk. des Raths vom 25. Mai 1884, № 3636 aus folgenden Gründen bestätigt:

„Wenn Appellant hervorhebt, daß die Einrede der mangelnden Rechnungslegung einerseits unsubstantiirt sei, weil nicht gesagt worden, über welche Geschäfte und über welche Zeit sich die Rechnungslegung erstrecken solle, und wenn ferner getrennt hiervon die gegnerische Forderung auf Vorlegung der Bücher als processualisch unstatthaft bezeichnet wird, so erweist sich diese Scheidung als unzutreffend und am wenigsten läßt sie sich aufrecht erhalten gegenüber den Motiven des wettgerichtlichen Erkenntnisses, wo selbst ausdrücklich darauf hingewiesen wird, daß die Verpflichtung zur Rechnungs-

legung für den Appellanten gegenüber der Beklagten sich „natürlich in erster Reihe auf die Vorlegung der Bücher beziehe". In der That ist auf die Frage, ob die Einrede der Beklagten die Forderung einer detaillirten Rechnungslegung im Sinne des Art. 4459 des Prov.-Rechts Thl. III enthalte und in dieser Richtung substantiirt sei, vorliegenden Falls garnicht einzugehen, weil die Einrede des nicht erfüllten Contracts schon durch die Nichtvorlegung der Bücher begründet erscheint. Einmal war nämlich Beklagte, wenn sie das Mehr — die ausführliche Rechnungslegung — verlangen durfte, auch befugt zunächst das Minder — die Büchervorlage — zu beanspruchen, welche eventuell genügen konnte, um die ihr erforderlichen Nachweise zu schaffen, und andererseits war auch aus dem Mandat bzw. Dienstverhältnisse — ganz abgesehen von der Rechnungslegung — für den Appellanten die Pflicht begründet, bei Auflösung des Vertrages der Beklagten die ihr bzw. zu ihrem Geschäfte gehörigen Bücher zurückzuerstatten, widrigenfalls ihm die Einrede aus dem Art. 3213 entgegenstand (vgl. Art. 4179, 4390 und 4447 a. a. O.).

Daß Appellant in seiner geschäftlichen Stellung als Handlungsbediensteter bzw. Bevollmächtigter der Beklagten für diese Geschäftsbücher geführt und mindestens zum Theil in Verwahrung gehabt habe, wird von ihm zugestanden. Da die Einrede des nicht erfüllten Vertrages dem Kläger den Beweis zuwälzt, so wäre es Sache des Appellanten gewesen, in der Replik anzugeben, welche Bücher er geführt bzw. aufbewahrt habe, und die Rücklieferung derselben zu behaupten. Der Vorwurf, daß der Einwand der Beklagten unsubstantiirt gewesen sei, ist also unbegründet, ganz abgesehen davon, daß Beklagte in der Duplik die Bücher ihrer Art nach bezeichnet hatte. Wenn Appellant hierauf abermals einfach ablehnend antwortete, ohne auch jetzt anzugeben, welche Bücher er geführt und zurückgeliefert habe, so liegt darin ein processualisch unstatthafter Versuch, die Parteirolle zu verschieben; denn daß er überhaupt geschäftlich in den Besitz von Büchern der Beklagten gelangt sei und habe gelangen müssen, kann Appellant, wie erwähnt, nicht bestreiten. Die Folge dieser Vertheidigung des Appellanten ist aber nothwendig das Unschlüssigwerden der Klage."

1440. Haftung desjenigen, welcher ein Handelsgeschäft mit den Activen und Passiven übernimmt, gegenüber den Geschäftsgläubigern.

„Klägerin, welche von dem Kaufmanne D. einen Kaufpreisrest für verkaufte Waaren zu fordern hat, verlangt Zahlung von dem Beklagten, indem sie behauptet, daß Beklagter das Geschäft des D. mit allen Activen und Passiven übernommen habe. . . .

Die angestellte Klage ist schon an sich nicht rechtlich begründet. Denn nach der richtigen, wenngleich bestrittenen*) Ansicht begründet die Uebernahme eines Handelsgeschäfts mit allen Activen und Passiven nicht schon an sich für die Geschäftsgläubiger einen Anspruch gegen den Uebernehmenden, sondern erst dann, wenn er die erfolgte Uebernahme durch Circulär oder sonst öffentlich bekannt macht. Da nun Klägerin nicht behauptet hat, daß Beklagter eine solche Bekanntmachung erlassen habe und ebensowenig auf einen Vertrag sich berufen hat, wonach speciell ihre Forderung vom Beklagten übernommen wäre, so erscheint das Klagebegehren, daß Beklagter die Schuld des D. bezahle, nicht schlüssig.

Wollte man aber auch die Streitfrage, inwiefern der Uebernehmer eines Handelsgeschäfts für die Geschäftsschulden hafte, zu Gunsten der Klägerin dahin beantworten, daß schon die Uebernahme mit den Schulden den Uebernehmer den Gläubigern gegenüber ver-

*) Siehe darüber Simon, über die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden, in Goldschmidt's Zeitschrift, Band XXIV.

Für die im Texte zuerst erwähnte Ansicht: Simon a. a. O., die Praxis des OAG. zu Lübeck und die Rechtsprechung des vormaligen ROHG. (s. dessen Entscheid. XII, Seite 159 und die dortigen Allegate XVI, S. 271. Abweichend XXI, № 73). Ferner Kraewell, in Busch's Archiv Band 33, S. 275 und 276. Siehe auch Band II, № 260 dieser Entscheidungen.

Gegen das Erforderniß einer öffentlichen Erklärung der Uebernahme der Passiva: Ladenburg, in Busch's Archiv, Band 34, S. 25—64. Band 36, Seite 81—95. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 93. Dieser Ansicht hat sich auch das vormalige preußische Obertribunal angeschlossen und jetzt das deutsche Reichsgericht wenigstens für den Fall, wo der Uebernehmer das Geschäft unter der bisherigen Firma fortsetzt. Siehe die Entscheid. in Civilsachen II, № 16; vergleiche auch VIII, Seite 64 und X, S. 47.

pflichte, so wäre die Klage gleichwohl abzuweisen, weil nicht bewiesen ist, daß Beklagter alle Schulden des D. übernommen habe." (Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 14. Juli 1883, № 391.)

1441. Haftung des aus der Handelsgesellschaft ausgetretenen offenen Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden.

I. „Die zufolge Art. 4313 des Prov.-Rechts Thl. III, nach bürgerlichem Rechte nur ausnahmsweise eintretende solidarische Verhaftung sämmtlicher Gesellschafter aus den namens der Gesellschaft geschlossenen Verträgen bildet nach dem Handelsrecht die Regel, und zwar kommt den Theilhabern einer offenen Handelsgesellschaft die Rechtswohlthat der Theilung nicht zu statten*), da im Zweifel jedes Mitglied der offenen Handelsgesellschaft als von den anderen Socii ermächtigt gilt, mit Dritten für Rechnung der Gesellschaft Verträge zu schließen. Der Vertrag, den das einzelne Mitglied der offenen Gesellschaft, wenn es nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder spätere Vereinbarung von der Vertretung ausgeschlossen oder darin beschränkt worden ist und diese Abweichungen von der Regel gehörig bekannt gemacht worden sind, mit Dritten für Rechnung der Gemeinwirthschaft eingeht, macht also alle Gesellschafter dem Dritten direct, solidarisch illimitirt haftbar (Endemann, Handbuch des Handels-, Wechsel- und Seerechts I, S. 384 und 385). Dieses Princip bringt es mit sich, daß der Dritte, welcher sein Recht aus dem für Rechnung der Gesellschaft giltig geschlossenen Vertrage zur Geltung bringen will, nicht daran gebunden ist, seine Klage gegen alle Gesellschafter, die er dann mit der Gesellschaftsfirma zu bezeichnen hätte, zu richten; vielmehr steht es ihm auch frei, jeden der Gesellschafter einzeln zu belangen und zwar auch denjenigen, welcher zur Zeit der Vertragserrichtung Gesellschafter war, aber zur Zeit der Einforderung bzw. der Klage bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Welchen dieser Wege der Dritte für seine Klage wählt, steht vollständig in seinem Belieben, denn die gegenseitige persönliche Haft der Gesellschafter ist keine blos subsidiäre (Endemann a. a. O., S. 396).

*) Vergleiche Band I, Seite 209 und 346. IV, Seite 372. V, Seite 380.

Im vorliegenden Fall war Beklagter seit dem Schlusse des Jahres 1880 nicht mehr offener Theilnehmer der Handlung K. & S., welche als solche mit der Klägerin contrahirt hat, allein ebenso unbestritten ist, daß die in der Klage erwähnten Maschinen 2c. in der Zeit seiner Geschäftszugehörigkeit bestellt sind. Dieser Umstand ist eben für die persönliche Verhaftung des Beklagten entscheidend, denn er hat in Gemeinschaft mit den anderen Gesellschaftern unter der Gesellschaftsfirma die Maschinen bestellt und hat als Besteller für die Zahlung des Kaufpreises nach erfolgter Lieferung an die Firma K. & S. einzustehen und zwar uneingeschränkt bzw. solidarisch, wobei es gleichgiltig ist, ob die Lieferung noch in der Zeit seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft oder erst nach seinem Ausscheiden stattfand, da die Bestellung unstreitig sofort von der Klägerin acceptirt, mithin sämmtliche hier in Frage kommende Lieferungsverträge vor dem Ausscheiden des Beklagten perfect geworden waren, worauf es ankommt.

Endlich kommt auch der Umstand dem Beklagten nicht zu statten, daß bei seinem Ausscheiden aus der Societät die im Geschäftsverbande unter derselben Firma K. & S. verbliebenen Gesellschafter und später auch die Handlung K. & Co. als Rechtsnachfolgerin jener ersten Firma alle Passiva aus früherer Zeit übernommen haben. Denn in solchem Falle bedurfte es, um den Beklagten von seinen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin zu liberiren, nach Art. 3588 a. a. O. der Zustimmung der letzteren, welche überall nicht behauptet ist."

(App.-Erk. des Raths vom 7. Januar 1883, № 107*).

II. Ferner heißt es in dem Erkenntnisse der I. Section des Landvogteigerichts vom 3. Juli 1882, № 221:

„Während nach dem Privatrechte (Art. 4311) die einzelnen Gesellschafter regelmäßig nicht solidarisch verpflichtet werden, so ist solches nach den sowohl in der Theorie, als auch in der hiesigen Praxis anerkannten Grundsätzen des Handelsrechts allerdings der Fall, indem für sämmtliche befugtermaßen unter der Firma eingegangenen Verbindlichkeiten alle offenen Gesellschafter und zwar

*) Durch dasselbe wurden die übereinstimmenden Ausführungen des Erk. der I. Section des LVG. vom 26. Juli 1882, № 263 bestätigt.

nicht nur solidarisch, sondern auch, weil jede Firmenschuld zugleich als eine persönliche Schuld jedes Gesellschafters anzusehen ist, mit ihrem ganzen Vermögen einzustehen haben. Hieran wird durch den Austritt eines Gesellschafters aus der Handelsgesellschaft für die bis dahin contrahirten Schulden rechtlich nichts geändert, selbst wenn derjenige, welcher etwa die Handlung fortführt, die Verbindlichkeit als eigene übernommen, dies dem Gläubiger bekannt gemacht und letzterer dazu geschwiegen hat. Denn durch den Austritt wird an sich die persönliche Verbindlichkeit überhaupt nicht alterirt und andererseits involvirt die Schuldübernahme weder eine Erfüllung (Art. 3483 ff.), noch wird sie, als eine mit einem Dritten abgeschlossene Vereinbarung, ohne den Hinzutritt des Gläubigers für diesen verbindlich (Art. 3115). Eine Novation aber ist nicht zu vermuthen (Art. 3586 und 3588) und das bloße Schweigen, da gesetzlich eine Verpflichtung dasselbe zu brechen nicht vorliegt, gleichgiltig, namentlich nicht als Zustimmung aufzufassen (Art. 2941)."

1442. Das Stillschweigen auf eine Vertragsofferte gilt als solches auch im Handelsverkehr noch nicht als Einwilligung.

In dem App.-Erk. des Raths vom 22. Juni 1884, № 4340 wurde bemerkt:

„Es kann nicht zweifelhaft sein, daß das Schreiben des Beklagten vom 21. October 1881 einen Antrag auf Abänderung des bestehenden Vertrages enthält. Ebenso zweifellos stellt die darauf erfolgte Antwort der Klägerin vom 24. October eine Ablehnung des Antrages und eine neue Offerte zur Vertragsänderung dar. .. Die den Empfang dieses Schreibens bestätigende Erwiderung des Beklagten vom 10. November enthält nichts über die vorgeschlagene Vertragsänderung. Die zu entscheidende Frage ist nun die, ob in dem Stillschweigen des Beklagten eine Annahme der klägerischen Offerte liege; das Wettgericht hat diese Frage zu Ungunsten der Klägerin verneint und dem kann auch oberrichterlicherseits nur vollständig beigetreten werden.

Die Regel, daß Stillschweigen nicht als Einwilligung zu gelten hat (Prov.-Recht Thl. III, Art. 2941), erleidet im Handelsrecht allerdings vielfache Ausnahmen, unrichtig aber ist es, wenn Appel-

lantin anscheinend den umgekehrten Satz, daß das Schweigen auf eine Vertragsofferte als Annahme zu gelten habe, für das Handelsrecht zur Regel erheben will. Dieser Satz ist nur mit wesentlichen Einschränkungen im deutschen Handelsrechte, bzw. in der hiesigen Handels- und Gerichtspraxis in Uebung. Danach wird das Stillschweigen als Genehmigung aufgefaßt gegenüber einem an einen Geschäftsfreund gerichteten Auftrage, oder wenn nach der Sachlage das Nichtantworten ungeachtet des Entschlusses, auf den Antrag nicht einzugehen, eine Verletzung der im Verkehr herrschenden Redlichkeit enthalten würde (vgl. Zwingmann, Bd. IV, № 641; Bd. III, № 434. v. Hahn, Commentar ad Art. 323, § 1, Note 2. Regelsberger, in Endemanns Handbuch des H. S. und W. R., Bd. II, § 247, Seite 451).

Um einen Auftrag der Klägerin, dem gegenüber Beklagter geschwiegen hätte, handelt es sich vorliegenden Falls nicht. — Ob nach der Sachlage eine Antwort des Beklagten, bzw. eine sofortige Antwort für den Fall der Nichtannahme erwartet werden durfte, ist eine Thatfrage, welche verneinend zu beantworten sein wird, wenn man Folgendes erwägt . . . . . .

Die Differenz würde anders zu entscheiden sein, wenn etwa der Brief der Appellantin vom 24. October zugleich die Aufforderung enthalten hätte, nunmehr unter den vorgeschlagenen Bedingungen eine Sendung abzufertigen und wenn alsdann Beklagter, ohne auf die Abänderungsvorschläge der Klägerin speciell einzugehen, die gewünschte Sendung expedirt hätte. — Keine dieser beiden Voraussetzungen trifft indessen zu, — ein specieller Auftrag ist im Briefe der Klägerin vom 24. October nicht ergangen und eine Waarensendung ist nach Empfang dieses Briefes vom Beklagten überhaupt nicht mehr abgefertigt worden.

Beklagter war hiernach in der That berechtigt, den bisherigen Contract, zu dessen Abänderung im Sinne der Vorschläge der Klägerin er seine Einwilligung nicht gegeben hatte, als fortbestehend anzusehen."

1443. Haftet der Unterzeichner eines Briefes im kaufmännischen Verkehr auch für den Inhalt der demselben angeschlossenen, nicht unterzeichneten Beilagen?

Der Kaufmann H. in Riga verwaltete für den Kaufmann V. in Orel ein Engroslager von Kaffee. Sein Commis D. hatte verschiedene Säcke Kaffee aus dem Lager entwandt, zur Deckung des Abganges aber unter anderem 3 Säcke Kaffee Namens des H. von W. gekauft und per Bahn an V. nach Orel gesandt. Der Frachtbrief war in einem Briefe, den H. unterzeichnet hatte, ohne den Frachtbrief gelesen zu haben, dem Kaufmann V. zugeschickt worden. Später belangte W. den H. auf Bezahlung der von dessen Commis D. bei ersterem gekauften 3 Säcke Kaffee und machte namentlich geltend, daß der Beklagte H. durch Absendung des Frachtbriefes, in welchem die 3 Säcke Kaffee als vom Kläger W. abgesandt bezeichnet waren, den Kauf seines Commis D. genehmigt habe. Beklagter erwiderte, er habe wohl den Brief an V. unterzeichnet, den Frachtbrief aber nicht gesehen und geglaubt, daß die im Briefe erwähnten 3 Säcke Kaffee aus dem Lager des V. entnommen seien. Der Streit der Parteien darüber, ob der Beklagte wegen der Absendung des Frachtbriefes an V. zur Erfüllung des von seinem Commis D. geschlossenen Kaufes verpflichtet sei, wurde in dem Appellationsurtheil des Raths vom 21. März 1884, № 2083 folgendermaßen entschieden:

„Eine stillschweigende Ratihabition folgert Kläger aus dem Umstande, daß Appellant (Beklagter H.) den Brief an V. in Orel unterzeichnet habe, bei welchem der auf den Namen des Appellanten, als Absender, gestellte Frachtbrief als Beilage abgeschickt worden ist. Hierin liege eine Genehmigung, insofern jeder Kaufmann verpflichtet sei, die von ihm unterzeichneten Briefe genau durchzulesen; die Beilagen aber bildeten einen integrirenden Theil der durch den Brief beabsichtigten Mittheilung. Dem gegenüber beruft sich Appellant darauf, daß er die Beilage garnicht zu Gesicht bekommen und bei Unterzeichnung des Briefes nicht anders gemeint habe, als daß es sich um eine Sendung vom V.'schen Lager handele.

Es ist auch nicht erwiesen, daß Appellant den Frachtbrief gelesen habe, der Beweis dessen aber hätte dem Kläger obgelegen.

Wenn letzterer nämlich eine stillschweigende Ratihabition behauptet, so waren Handlungen des Appellanten zu bezeichnen und eventuell zu beweisen, von denen auf das Dasein des Genehmigungswillens sicher geschlossen werden konnte (Prov.-Recht Thl. III, Art. 2939). Als eine solche Handlung stellt sich jedoch nicht schon die Unterzeichnung des Briefes dar und zwar deshalb nicht, weil dieser Brief des Frachtscheines über eine (sc. vom V.'schen Lager) „beorderte Partie Kaffee" Erwähnung thut. Daß die V.'sche Ordre dahin gegangen sei, Appellant solle 3 Sack Kaffee ankaufen und nach Orel aussenden, ist vom Kläger nicht einmal behauptet worden und aus diesem Grunde folgt aus der Unterzeichnung des Briefes vielmehr ein Schluß dagegen, daß Appellant den beim Kläger gekauften Kaffee habe übermitteln wollen. Auf die Frage, inwieweit der Principal, welcher den Geschäftsbrief unterzeichnete, ohne sich die Beilagen vorlegen zu lassen, für den Inhalt der letzteren hafte, kommt hierbei nichts an. Kläger meint offenbar, daß ein solches Verhalten die Rechtsvermuthung begründe, der Principal sei mit dem Inhalte der Beilagen einverstanden gewesen; allein aus dem eng zu interpretirenden Satze: subscriptio tenet subscribentem ergiebt sich eine solche Rechtsvermuthung nicht (Art. 2941 und 2942) und eine entsprechende thatsächliche Vermuthung genügt nicht — vollends nicht unter den hier obwaltenden Umständen — zum Beweise des Vorhandenseins des Genehmigungswillens. Man müßte im Gegentheil (im Anschlusse an den Art. 2944) deduciren, daß die aus der Unterzeichnung des Briefes folgende Genehmigung zur Absendung des Kaffees deshalb wirkungslos sei, weil die Absendung nicht auf die Art, wie vorausgesetzt wurde, erfolgte, d. h. weil nicht Kaffee vom V.'schen Lager, sondern aus dem Geschäft der Appellatin abgesandt wurde. Daß dem Appellanten ein unentschuldbarer Irrthum über eine eigene Handlung (Art. 2959) zur Last falle, läßt sich nicht sagen, da die Expedition und das Schließen der Briefe nicht Sache des Principals selbst ist. Endlich wird wohl nicht allgemein, sondern nur nach den concreten Umständen der vom Appellaten aufgestellte Satz sich billigen lassen, daß die Nichtprüfung der Beilagen seitens des den Brief unterzeichnenden Principals eine Fahrlässigkeit darstelle. Jedenfalls würde sich aus der Fahrlässigkeit kein Schluß *für* und aus dem Irrthum nur ein Schluß *gegen* das Vorhan-

denſein des Genehmigungswillens ergeben. Die Schadenserſatzpflicht aber als Rechtsfolge eines etwaigen Verſchuldens des Appellanten, iſt hier nicht zur Entſcheidung geſtellt, denn die Klage iſt gerichtet auf Anerkennung und Erfüllung eines vom Commis des Appellanten geſchloſſenen Vertrages, nicht auf Erſatzleiſtung wegen des durch mangelhafte Beaufſichtigung des Commis geurſachten Schadens."

1444. Erliſcht nach Handelsrecht das Recht zur Kündigung eines Vertrages, wenn der Kündigungsberechtigte trotz des vorliegenden Kündigungsgrundes das Geſchäftsverhältniß fortſetzt?

Kläger war Verkaufscommiſſionär des Beklagten und hatte mit ihm eine Vertragsdauer von 5 Jahren vereinbart, wonächſt im Vertrage beſtimmt war:

> Sollte der Eine oder Andere von uns den Beſtimmungen dieſer Vereinbarung nicht in allen Punkten nachkommen und dadurch dem anderen Theile Grund zur Unzufriedenheit geben, ſo iſt eine Aufhebung dieſer Vereinbarung zuläſſig, jedoch erſt nach vorhergegangener dreimonatlicher Kündigung. Außerdem iſt der ſchuldige Theil verpflichtet, eine Strafe von 1000 Rbl. jährlich vom Datum des Contractbruches bis zum Ablaufe der Contractzeit zu entrichten..

Beklagter hatte am 24. November 1881 wegen angeblich erfolgter vertragswidriger Handlungen des Klägers letzterem das Verhältniß auf 3 Monate gekündigt und das Wettgericht die Kündigung als gerechtfertigt anerkannt. Auf Appellation des Klägers, welcher Zahlung der Conventionalpön beanſpruchte, wurde dagegen im App.-Erk. des Raths vom 22. Juni 1884, № 4341 ausgeſprochen:

„Das Vorhandenſein einer zur Kündigung berechtigenden Vertragsverletzung iſt noch nicht allein maßgebend, der kündigungsberechtigte Contrahent muß ſein Recht auch geltend machen; er verliert daſſelbe, wenn er nach erlangter Kenntniß von der Entſtehung des Kündigungsgrundes durch concludente Handlungen ſeinen Willen zur Aufrechterhaltung des Vertrages trotz des vorhandenen Kündigungsgrundes darthut. Gilt das ſchon allgemein für das bürgerliche Recht,*) ſo greift vollends für das Handelsrecht der Grundſatz

*) Die Richtigkeit dieſes Satzes dürfte zu beſtreiten ſein, wenn ſchon in dem Unterlaſſen der Kündigung ſelbſt die concludente Handlung liegen ſoll.

Platz, daß in der Regel die Geschäfte ungesäumt zu erledigen sind, und ein Verstoß gegen die im Handelsverkehr zu beobachtende Treue dem Geschäftsfreunde gegenüber liegt vor, wenn der eine Contrahent nicht alsbald von seiner Absicht, die Vertragverletzung des anderen zur Vertraghebung zu verwerthen, Kenntniß giebt, das Geschäftsverhältniß fortsetzt und späterhin zu ihm gelegener Zeit auf den Kündigungsgrund zurückgreift. — Dies ist wiederholt vom Rathe und auch vom Wettgerichte bereits erkannt worden (vgl. Zwingmann Bd. I, № 122. Bd. V, № 643. Bd. VI, № 1189), freilich speciell soweit der Rücktritt vom Vertrage auf Grund gegnerischen Verzuges in Betracht kommt, allein die Sachlage ist zweifellos ganz dieselbe, wenn es sich um Geltendmachung eines besonders vorgesehenen Kündigungsgrundes handelt.

Wie erwähnt, datirt der letzte Brief aus der Correspondenz der Parteien, in welchem vom Abzuge der S.'schen Schuld die Rede ist, vom 11. August 1882. — In den darauf folgenden drei Monaten wird das Geschäftsverhältniß, wie die Correspondenz ausweist, auf bisheriger Grundlage fortgesetzt, Beklagter sendet seine Waaren und empfängt Accepte des Klägers. Kläger war danach gewiß berechtigt, den etwa von ihm verschuldeten Kündigungsgrund als vom Beklagten nicht in Anspruch genommen zu betrachten, und wenn Beklagter nun am 24. November, nach 3½ Monaten, durch Rückgriff auf die Vorfälle im August, die von ihm beliebte Vertraglösung zu motiviren versuchte, so entspricht diese Handlungsweise nicht der bona fides, auf welche sein Geschäftsfreund bei ihm rechnen durfte. — Mag man auch mit dem Wettgerichte dahin entscheiden, daß die von dem Kläger vorgenommene Kürzung der Forderung des Beklagten durch das Stillschweigen des letzteren noch nicht gebilligt erscheine, so daß eventuell Appellat den Betrag von 155 Rbl. 75 Kop. von der Gegnerin zurückfordern bzw. seinerseits verrechnen durfte, — soviel steht jedenfalls fest, daß Beklagter durch sein geschildertes Verhalten des Kündigungsrechts wegen jenes Abzuges verlustig gegangen ist."

1445. Die Schuldanerkennung als Handelsgeschäft. Klage aus dem Anerkennungsvertrage beim Wettgericht.

„Nach der neuerdings constatirten Praxis des Raths sind die Art. 564 ff. des I. Thls. des Prov.-Rechts dahin zu interpretiren, daß dem Wettgerichte nicht nur die Entscheidung von Streitigkeiten aus einigen speciellen Handelsverträgen competirt, sondern daß vor dasselbe, als „Handelsgericht" sämmtliche Handelssachen gehören (vgl. Proceßpräjud. des Raths, №№ 20, 21, 456—58). Daß die im vorliegenden Processe zum Austrage zu bringende Differenz sich als Handelssache qualificirt, ist fraglos, da eben die Auseinandersetzung zwischen zwei Kaufleuten bezüglich der Bezahlung einer gelieferten Waarenpartie vollzogen werden soll. — Die Construction des Querulanten, daß der formale Vertrag, auch wenn er seine materielle Basis in einem Handelsgeschäft habe, im Differenzfalle nur von den ordentlichen Civilgerichten zu beurtheilen sei, ist ganz unhaltbar, denn nicht sowohl die juristische Natur des einzelnen Vertrages ist entscheidend für die Qualification desselben als Handelssache, vielmehr kommt es in dieser Richtung gerade darauf an, ob nach der materiellen causa und nach der Person der Contrahenten der betreffende Vertrag die Constituirung oder Erfüllung von Handelsgeschäften bezweckt, bzw. damit in directer Verbindung steht. — Wie wenig die Construction des Querulanten auch in unserem geschriebenen Gesetze Stütze findet, ergiebt sich am Besten aus dem Art. 545, P. 4 des I. Thls. des Prov.-Rechts, nach welchem (in Verbindung mit dem Art. 567) gerade der formale Wechselvertrag, wenn er eine Handelssache betrifft, vor dem Wettgerichte zum Austrage zu bringen ist (vgl. a. a. O. № 456)."

Aus vorstehenden Gründen wurde in dem Querelbescheide vom 22. Juni 1884, № 4339 die Zuständigkeit des Wettgerichts zur Verhandlung einer Klage aus einem Anerkennungsvertrage anerkannt, welcher zwischen zwei Kaufleuten in Veranlassung eines vorausgegangenen Kaufes abgeschlossen war."

1446. Ueber die Substantiirung der Klage bei laufender Geschäftsverbindung außerhalb des Contocorrentverhältnisses.

„Beklagter ist der Ansicht, daß die vom Kläger beigebrachte Rechnung zur Substantiirung der Klage nicht ausreiche, weil sie

nicht eine Notirung von einzelnen, für sich abgeschlossen dastehenden Geschäften aufweise, sondern eine Reihe ganz allgemein geleisteter Zahlungen, bei denen nicht näher bestimmt sei, mit Rücksicht auf welche Gegenleistung sie erfolgt seien, und ebenso eine Reihe von Gegenleistungen des Beklagten ohne Auseinanderhaltung der einzelnen Geschäfte, welche der Kläger mit dem Beklagten gehabt. Nur bei dem Contocorrentverhältniß, nicht aber auch bei einer einfachen fortgesetzten Rechnung könne man den Saldo, ohne auf die einzelnen Geschäfte zurückzugreifen, zum Gegenstande der Klage machen. . . . .

Im Contocorrentverhältnisse sind allerdings alle Zahlungen von der einen Seite und alle Leistungen von der anderen Seite nichts als Werthübertragungen, aus denen erst durch Feststellung des Saldo ein Forderungsrecht des einen Theils an den anderen gefolgert werden kann. Deshalb ist aber nicht ausgeschlossen, daß auch zwischen Geschäftsleuten, die nicht zu einander im Contocorrentverhältnisse stehen, von der einen Seite eine Reihe solcher Leistungen und von der anderen Seite eine Reihe solcher Gegenleistungen stattfinden sollte, welche sich einzeln gegen einander nicht ausgleichen ließen. Auch ohne besondere Vereinbarung sind heutzutage innerhalb des Handelsverkehrs Zahlungen üblich, bei denen es ganz unangezeigt bleibt, ob sie zur Tilgung einer Schuld oder zur Creditbegründung erfolgt sind; Zahlungen dieser Art werden von dem Empfänger als auf Rechnung (a conto) erfolgt ohne Beziehung auf einen einzelnen Posten demjenigen, von welchem oder für welchen sie geleistet sind, gutgeschrieben, während von anderer Seite der Empfänger für dieselben belastet wird, sodaß erst die Schlußrechnung über Schuld und Guthaben des Rechnungsführers ergeben kann, wer unter den Betheiligten des anderen Schuldner oder Gläubiger ist.

Im vorliegenden Falle hat Kläger in seiner Klage ausdrücklich geltend gemacht, daß er zufolge specieller Vereinbarung schuldig gewesen sei, dem Beklagten, mit welchem er in Geschäftsverbindung gestanden, Zahlungen a conto zu leisten, während ihm Beklagter Holzlieferungen habe machen müssen. Nach Maßgabe der Klage sind also die dem Beklagten zur Last geschriebenen Zahlungen als auf Rechnung geleistet anzusehen. Wenn aber das der Fall ist, so kann an den Kläger nicht der Anspruch erhoben werden, daß er aus-

führe, in Beziehung auf welches einzelne Geschäft er jede Zahlung geleistet habe. Jede von ihnen ist vielmehr auf alle Geschäfte zusammen zu beziehen, welche bis zum Rechnungsschlusse zwischen den Litiganten in Ausführung gekommen waren. In Berücksichtigung dessen, daß ein Contocorrentvertrag zwischen den Litiganten nicht bestanden hat, war es dem Beklagten nicht versagt, einen einzelnen Posten auszuklagen, daraus folgt indessen noch keineswegs, daß Klägers Zahlungen als a conto geleistet nicht zu betrachten seien. Demnach kann von dem Kläger, welcher alle angeblich von seiner Seite geleisteten Zahlungen und anderweitigen von ihm ausgegangenen Leistungen in dem Debet der für Beklagten ausgestellten Rechnung in chronologischer Reihenfolge aufgeführt hat, nicht verlangt werden, daß er genauere Angaben über den Zweck jeder einzelnen Zahlung oder Leistung mache. Was aber die auf der anderen Seite der Rechnung aufgezählten Leistungen des Beklagten betrifft, welche ebensoviele von dem Kläger anerkannte Gegenforderungen des Beklagten darstellen, so ist es Sache des Beklagten, diese Darstellung, wenn es ihm beliebt, zu vervollständigen und zu ergänzen, weil nach allgemeinen Proceßregeln jeder proceßführende Theil diejenigen Thatsachen anzuführen hat, welche zur Begründung seiner Forderung führen sollen."

Aus vorstehenden Gründen wurde der von Beklagtem gegen die Klage erhobene Einwand der Dunkelheit durch den Querelbescheid des Raths vom 12. Januar 1883, № 251 zurückgewiesen.

Uebereinstimmend ist erkannt in dem Querelbescheide vom 9. Februar 1883, № 979.

1447. Klage aus einem einzelnen Geschäfte; Berufung des Beklagten auf das Bestehen einer laufenden Rechnung.

„Es handelt sich zunächst um den Einwand des Beklagten, daß wegen des bestehenden Contocorrentverhältnisses Kläger nicht einen einzelnen Posten gesondert ausklagen dürfe . . . Aus den beiderseitigen Angaben und insbesondere aus den beigebrachten Contocorrenten ergiebt sich nun in der That, daß unter den Parteien ein Contocorrentverhältniß, wenn auch nicht im engeren und eigentlichen, so doch im weiteren Sinne, einer s. g. laufenden Rech-

nung bestanden hat. Beide Rechtsverhältnisse haben trotz sonstiger Verschiedenheit — zu denen namentlich gehört, daß das eigentliche „Contocorrent" stets von beiden Seiten selbständige Leistungen credendi causa voraussetzt, während eine „laufende Rechnung" umgekehrt regelmäßig derart stattfindet, daß nur auf einer Seite ein Creditgeben, auf der anderen hingegen Zahlungen zur Deckung des gewährten Credits erfolgen, — aber das gemeinsam, daß das Herausgreifen eines einzelnen Geschäfts und dessen Geltendmachung mittelst besonderer Klage regelmäßig und ohne besondere Gründe unstatthaft ist (Entscheidungen des R.O.H.G. XII, S. 153. XIV S. 70. Vgl. III S. 149. VI S. 257), vielmehr nur das nach Abrechnung der Gegegenleistungen des anderen Theiles — bestehen diese nun in selbstständigen Forderungen oder blos in geleisteten Zahlungen zum Zwecke der Schuldtilgung — sich ergebende Saldo gefordert werden darf. Hat demnach Kläger in laufender Rechnung mit Beklagtem gestanden und dem entsprechend vom letzteren außergerichtlich die Zahlung eines Rechnungssaldo von 1258 Rbl. 79 Kop. gefordert, so ist es unzulässig, daß er jetzt die Rechnungsaufstellung einfach ignorirt und den Kaufpreis aus einem einzelnen Geschäfte einklagt. Freilich ist letzteres in dem klägerischen Contocorrent nicht enthalten, es fehlt aber andererseits auch an jeder Angabe eines Grundes, weshalb gerade dieses Geschäft aus der laufenden Rechnung ausgeschieden wurde. Die vorliegende Klage ist also nicht schlüssig begründet."
(Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 23. August 1883, № 452).

1448. Unterschied zwischen dem eigentlichen Contocorrentverhältnisse und der s. g. „laufenden Rechnung".

„Klägerin giebt selbst an, daß die zur Klage gebrachte Forderung diversen Waarenlieferungen, welche in laufender Rechnung geschahen, ihren Ursprung verdanke, substantiirt diese Klage jedoch nicht durch die Uebergabe einer Rechnung, in welcher die bezüglichen Waaren ihrer Art und Qualität nach bezeichnet wären, wie solches für die Klage aus Waarenverkäufen in laufender Rechnung erforderlich gewesen wäre, sondern übergiebt nur ein von ihr sogenanntes Contocorrent, in welchem auf der einen

Seite diverse dem Beklagten für „Waaren" creditirte Summen, auf der anderen Seite die in baarem Gelde und in Wechseln erfolgten Abzahlungen aufgeführt sind. Dieses „Contocorrent" will Klägerin ihrer Klage zu Grunde legen, übersieht aber dabei, daß allerdings ein Contocorrentverhältniß nur denkbar ist, wenn von beiden Seiten selbständige Leistungen erfolgen, die — für sich selber genommen — zur Begründung von Gläubigeransprüchen geeignet sind. Das Contocorrentverhältniß ist daher streng zu unterscheiden von der Creditgewährung in laufender Rechnung, bei der nur auf einer Seite an sich selbständige Forderungen vorhanden sind, während die Leistungen der anderen Seite nur in deren successiver Tilgung bestehen. (Zwingmann, civilrechtl. Entsch. III, № 437, Anm.) Von einem Contocorrentverhältnisse kann nur da die Rede sein, wo der Rechnungssteller in gewissem Umfange sowohl Credit leistet, als auch dadurch, daß er Werthe eines Anderen in Händen hat, Credit genießt; die einzelnen Forderungen werden nicht durch die entsprechenden Beträge der Zahlungen compensirt, sondern es werden die Forderungen des Einen und die Gegenforderungen des Anderen zusammengerechnet und „der Gesammtbetrag der beiderseitigen Forderungen, das ganze Soll und das ganze Haben einander gegenübergestellt" (Seufferts Archiv XXVI, № 155. XXXIV, № 230. Endemann, deutsches Handelsrecht, 2. Aufl. S. 698; Grünhut, Recht des Commissionshandels, S. 291). Im Falle der laufenden Rechnung dagegen bezwecken die Leistungen gegen die Regel des Contocorrentverkehrs, „gerade die Solution einzelner, nicht als Leistungen aus einem Vertragsverhältniß cohärirender, sondern nur durch fortgeführte Rechnung äußerlich verbundener Posten."

In casu handelt es sich demnach, wie Klägerin in der Klage auch richtig angiebt, um Waarenverkäufe in laufender Rechnung, nicht um ein Contocorrentverhältniß. Es kann demnach auch nicht lediglich das Saldo gefordert werden, sondern es muß auf die einzelnen Rechnungsposten zurückgegangen werden und diese erscheinen durch Angaben, wie „4 Jan. Waaren 24 Rbl. 35 Cop." nicht gehörig substantiirt."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 8. Juni 1881, № 115.)

II. „Wenn auch anzuerkennen ist, daß bei bestehendem Contocorrent nicht die einzelnen Rechnungsposten desselben, sondern nur das sich aus dem gesammten Verhältnisse ergebende Schlußresultat, das Saldo klagbar ist (civilrechtl. Entsch. III, S. 357, 364. IV, S. 412 ff.; Seuffert's Archiv XXIX, 156 und 173), so ist doch aus dem Vorbringen des Beklagten nicht zu ersehen, daß die Parteien überhaupt in einem Contocorrentverhältnisse im eigentlichen Sinne des Wortes gestanden haben, obgleich beide den qu. Ausdruck gebrauchen. Sodann aber ist namentlich der Schluß des Beklagten unrichtig, daß beim Bestehen eines Contocorrents zwischen den Parteien nunmehr ohne weiteres sämmtliche geschäftlichen Beziehungen derselben diesem Verhältniß unterzuordnen seien. Vielmehr werden von demselben diejenigen Rechtsgeschäfte nicht berührt, auf welche nach ihrer Natur oder den Abreden der Contrahenten die Absicht nicht bezogen werden kann, daß nur das Saldo der beiderseitigen Leistungen darüber entscheiden solle, welchem von den Contrahenten die Stellung des Gläubigers oder die des Schuldners zukomme (vgl. Seuffert's Archiv XXVI, № 160).

Nach der Darstellung des Beklagten bilden die rechtliche Grundlage der zwischen den Parteien erwähnten Contocorrente die beiden von ihm zur Acte gebrachten schriftlich vollzogenen Verträge. Diese enthalten indessen keineswegs die nothwendigen Voraussetzungen eines Contocorrents im eigentlichen Sinne, d. h. die Festsetzung, daß sämmtliche oder eine gewisse Art von gegenseitig entstehenden, an sich selbstständigen Forderungen eine rechtlich untrennbare Verbindung von Rechnungsfactoren für ein Gesammtergebniß bilden sollen, sondern erwähnen nur gewisse Leistungen des Beklagten hinsichtlich des Transports, der Aufbewahrung, der Zersägung ꝛc., welche er gegen ein bestimmtes, in Geld zu entrichtendes Aequivalent vorzunehmen hat. Die Contracte bieten mithin die Basis zur Annahme eines resp. mehrerer Verdingungsverträge, nicht aber eines Contocorrentvertrages. Selbst wenn man aber auch annehmen wollte, daß auf Grundlage dieser Verträge in der von ihnen vorgesehenen Beziehung ein contocorrentähnliches Verhältniß zwischen den Parteien entstanden sei, so kann doch dieses nicht auf alle übrigen zwischen denselben vollzogenen Rechtsgeschäfte ohne weiteres ausgedehnt werden.

Da nun einerseits Klägerin ihren aus diversen Kaufverträgen herrührenden Anspruch an sich genügend thatsächlich ausgeführt und andererseits Beklagter anderweitige Thatsachen außer den erwähnten zur Begründung seines Vorbringens, daß Klägerin nicht das gesammte Contocorrentverhältniß dargelegt habe und demnach ihr Antrag unsubstantiirt sei, nicht geltend gemacht hat, so ist dasselbe nicht für berechtigt zu erachten.

Es fragt sich nun ferner, ob Beklagter mit den aus seiner Rechnung, welche im Uebrigen mit der klägerischen Rechnung übereinstimmt, ersichtlichen Gegenforderungen, sofern sie von der Klägerin bestritten worden, in diesem Rechtsstreite überhaupt zu hören und mit denselben zu einer etwaigen Compensation zuzulassen ist. Diese Frage ist im Hinblick auf die Art. 3546 und 3552 des Prov.-Rechts Thl. III. zu verneinen, da die Forderung der Klägerin an sich unstreitig ist, dagegen die qu. Forderungen des Beklagten, weil angestritten, noch eines weitschichtigen Beweises bedürfen, mithin nicht liquid und somit nicht wider den Willen der Klägerin compensabel sind."

(Rechtskräftiges Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 28. August 1882, № 281.)*)

1449. Begriff des Handelskaufes. Competenz des Wettgerichts.

I. „Es kann der Ansicht des Klägers nicht beigepflichtet werden, daß diese Streitsache nicht nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen sei, weil es sich hier nicht um einen Handelskauf, sondern um einen Kauf von Roßhaaren behufs ihrer Verarbeitung handle. Wird eine Waare zur Weiterveräußerung mit Gewinn gekauft, so ist der Kauf ein Handelskauf ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer oder Verkäufer dem Kaufmannsstande angehören und ob die Waare in unveränderter Gestalt oder erst nach vorgängiger Verarbeitung veräußert werden soll. Da Kläger zugestanden hat, daß er die Roßhaare zum Wiederverkaufe

*) Uebereinstimmend hatte das genannte Gericht auch am 3. März 1882, sub № 88 erkannt.

nach geschehener Verarbeitung angeschafft habe, so ist nicht zu bestreiten, daß es sich hier um einen Handelskauf handelt."

(Erkenntniß des Wettgerichts vom 17. September 1881, № 352).

II. „Es ist von den städtischen Gerichten und namentlich auch vom Rathe neuerdings anerkannt, daß der Verkauf einer Waare bzw. ein Handelskauf nur dort vorliegt, wo eine Waaare verkauft ist, d. h. eine Sache, welcher der Käufer zum Zwecke der Weiterveräußerung, nicht zum eigenen Gebrauche anschafft (civilrechtl. Entscheid. V, № 894. VI, № 1177). Da Beklagter Kaufmann ist, würde allerdings die Vermuthung dafür sprechen, daß er einen von ihm abgeschlossenen Kauf eben in seinem Handelsbetriebe abgeschlossen habe, und diese Vermuthung würde auch nicht wegfallen, weil im Firmenregister sich die Notiz findet, Beklagter handle mit Gold- und Silbersachen, weil diese Notiz dem Handel mit jedem beliebigen anderen Gegenstande nicht entgegensteht. Wohl aber ist die gedachte Vermuthung deshalb ausgeschlossen, weil Kläger selbst anführt, Beklagter habe die gekauften Treppenstufen bereits im Gebrauche bzw. verwende sie zu einem Bau; indem diese Thatsachen den Schluß auf eine beabsichtigte Weiterveräußerung derselben unstatthaft erscheinen lassen."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 31. Mai 1883, № 292).

1450. Begriff des „Marktpreises." Ist derselbe anwendbar auf den Preis eines bestimmten Fabrikats?

Beklagter hatte von dem Kaufmann H. in Hamburg 300 Groß Clark'scher Rollgarne gekauft und wollte von dem geklagten Kaufpreise einen Abzug von 270 Rbl. machen, weil die Waaren statt im Laufe des Mai erst am 21. Juni geliefert und der Marktpreis für Clark'sche Rollgarne in Riga von ultimo Mai bis zum 21. Juni auf 90 Kop. per Groß heruntergegangen sei. Nachdem über diese Thatsache Sachverständige abgehört waren, erkannte das Wettgericht am 1. Juni 1882, sub № 271:

„Es erscheint von vorn herein nicht unbedenklich, bei einer bestimmten Waarensorte, die nur von einem Fabrikanten produ-

cirt wird, von einem „Marktpreise" zu reden, da dieser ein regelmäßiges Aufeinanderwirken eines beträchtlichen Angebotes und einer beträchtlichen Nachfrage voraussetzt (Goldschmidt, Handelsrecht § 64, Note 12), während der Preis für ein bestimmtes Fabrikerzeugniß sich doch vorwiegend nach den persönlichen Verhältnissen des Fabrikanten richtet. Auch darf der Rechtssatz, daß von dem säumigen Contrahenten im Handelsverkehr schlechthin die Differenz gegen den Marktpreis gefordert werden kann, ohne daß es des Nachweises eines bezüglichen Schadens bedürfte, nicht zur Erlangung blos möglichen, durch keinerlei objective Momente unterstützten Gewinnes ausgebeutet werden (Seuffert's Archiv XXV, 268); es muß vielmehr, wo eine Entschädigungsforderung sich einfach auf eine Differenz in dem Preise zur Zeit der bedungenen und der thatsächlich vollzogenen Lieferung stützt, feststehen, daß wirklich eine zur Gewinnung der im Art. 3853 des Prov.-Rechts Thl. III sogenannten „mittleren Preistaxe" ausreichende Zahl von Verkäufen der betreffenden Waare stattfindet, bzw. daß die Waare am Orte jederzeit zu einem gewissen, nicht von rein persönlichen Verhältnissen des Käufers oder Verkäufers abhängigen Durchschnittspreise gehandelt wird. Für einen solchen hat Beklagter keinen Nachweis geliefert. Die Aussagen seiner Zeugen sind so allgemein gehalten und jeder Motivirung baar, daß sie eine Ueberzeugung des Gerichts schon an sich nicht begründen können. Dazu kommt aber noch, daß ihre Preisangaben mit denen des Beklagten nicht stimmen und daß andere Kaufleute — die Gegenbeweiszeugen — zu ganz anderen Preisen verkauft haben und die Existenz eines „Marktpreises" überhaupt in Abrede stellen."

Diese Entscheidung erlangte Rechtskraft.

1451. Ist die Behauptung des vereinbarten Rabatts gegenüber der Kaufpreisforderung eine Einrede?

„Beklagter gesteht den Kauf zu, macht jedoch geltend, Kläger habe ihm einen Rabatt von 5% des Kaufpreises gewährt, der 57 Rbl. 50 Kop. ausmache . . . In seinem Schlußverfahren hat er die Ansicht ausgesprochen, Kläger habe beweisen müssen, daß er den Rabatt nur unter der behaupteten Bedingung, daß Beklagter das Zahlungsziel von 3 Monaten einhalte, gewährt habe. Dem

ist nicht beizutreten. Allerdings ist es streitig, ob die Behauptung des Käufers, ihm sei von dem eingeklagten Kaufpreise ein Rabatt oder Discont bewilligt worden, ein Leugnen des Klagegrundes enthalte, oder eine vom Beklagten zu beweisende Einrede (vgl. Seuffert's Archiv XV, 163 und Entscheid. des R.O.H.G. I, Seite 58 mit Entscheid. XII, Seite 84 daselbst). Entscheidend für die letztere Annahme ist jedoch die Erwägung, daß erfahrungsmäßig der Kaufpreis bei Ausstellung der Facturen, auch wo ein Rabatt bewilligt worden ist, vom Verkäufer stets im vollen Betrage angesetzt und dann der Rabatt besonders berechnet wird. Diese Uebung des Handelsverkehrs deutet darauf hin, daß man die Rabattgewährung als den Gegenstand einer besonderen Abmachung, eines Nebenvertrages auffaßt, nicht als Bestandtheil des Kaufinhaltes, und das erscheint auch juristisch gerechtfertigt, weil der Rabatt eine besondere — wenngleich, genau betrachtet, nur scheinbare — Vergünstigung des Käufers darstellt, die meist Wiederverkäufern von Großhändlern eingeräumt wird.

Findet man in der Behauptung der Rabattbewilligung aber die Behauptung eines Nebenvertrages, so fällt der Beweis derselben nach allgemeinen Grundsätzen dem beklagten Käufer zur Last (vgl. auch das Erk. der II. Section des Landvogteigerichts vom 20. April 1876, № 78) und, wenn der klagende Verkäufer dann erklärt, den Rabatt nur bedingungsweise bewilligt zu haben, so leugnet er damit das Fundament der Einrede, womit die Nothwendigkeit der Beweisführung für den Beklagten gegeben ist (civilrechtl. Entscheid. VI, № 1037)."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 10. November 1883, № 625).

1452. Bedeutung der Clausel „bei Empfang zu bezahlen."

Beklagter hatte dem Kläger Splittholz in bestimmten Dimensionen mit Abnahme im Laufe eines Monats und Zahlung „bei Empfang" verkauft, wobei besonders bedungen war, daß das Holz der Wrake des Klägers unterliege. Bei Abwickelung des Geschäftes entstand unter den Contrahenten Streit, ob Kläger den Preis von 4 Rbl. 70 Kop. per Fuß schon bei der Wrake oder erst bei der Abfuhr des Holzes zu erlegen habe. Dieser Streit wurde

durch Erkenntniß des Wettgerichts vom 8. Juni 1882, № 280 rechtskräftig, wie folgt, entschieden:

„Wiewohl „Empfang" und „Uebergabe" oder „Abnahme" der Waare begrifflich verschiedene Thatsachen sind, welche räumlich und zeitlich auseinanderfallen können, so besagt doch nach dem kaufmännischen Sprachgebrauche die Bestimmung, daß Zahlung bei Empfang zu leisten sei, nichts weiter als daß sie geschehen solle, wenn die Waare dem Käufer übergeben oder abgeliefert wird, wie es schon der Art. 3881 des Prov.-Rechts Thl. III als Regel vorschreibt (vgl. civilrechtl. Entscheid. IV, № 642). Beklagter kann hiernach, wenn ihm auch darin beizupflichten ist, daß die Wrake und der Empfang, sofern es sich nicht um die ausgewrakten Stücke handelt, zusammenfallen, Zahlung des Kaufpreises nicht schon bei der Wrake, sondern erst bei der Auslieferung oder Uebergabe jedes einzelnen Fadens an den Kläger fordern und seine Meinung, daß schon bei der Wrake die Zahlung erfolgen müsse, ist demnach zu verwerfen."

1453. a. Unterschied zwischen dem Erfüllungsorte und dem Bestimmungsorte. Durch die Clausel, daß die Waare cif an einem bestimmten Orte zu liefern sei, ist ein Erfüllungsort vertragsmäßig nicht bestimmt.

b. Uebergang der Gefahr durch Ausscheiden der in genere verkauften Waare.

Beklagte hatte dem Kläger 600—700 Tons Oreler Hafer zum Preise von 17 Frcs. 75 Cts. per 100 Kilo cif Rouen verkauft, darauf in einen Dampfer laut dem Kläger übersandter Factur 606,800 Kilo Hafer verladen und dafür den Facturabetrag durch eine Tratte entnommen. Bei Auslieferung des Hafers in Rouen wurden nur 559,580 Kilo vorgefunden und Kläger verlangte nunmehr Rückzahlung des zuviel bezahlten Kaufpreises.

Dem rechtskräftigen Beweisinterlocute des Wettgerichts vom 1. Juli 1882, № 302 ist zu entnehmen:

„Bezüglich der Haftung des Beklagten für das unstreitige Mindergewicht von 23,795 Kilo ist zunächst hervorzuheben, daß die Gefahr des verladenen Hafers während des Transportes von dem Kläger zu tragen war und demnach als entscheidend nicht das

Gewicht des ausgeladenen, sondern des eingeladenen Hafers anzusehen ist. Denn nach Art. 3863 und 3865 des Prov.-Rechts Thl. III geht die Gefahr generell nach Gewicht verkaufter Sachen mit der Zuwägung auf den Käufer über und nach dem Handelsrecht wird dem Zuwägen die Ausscheidung und Uebergabe der Waare zum Transporte in der Wirkung gleichgestellt, sofern der Verkäufer die abgesandte Waare gleichzeitig dem Käufer genau bezeichnet und zur Disposition gestellt hat (civilrechtl. Entscheid. I, Seite 261), womit das französische Recht übereinstimmt. Da Beklagte alsbald nach Verladung des verkauften Hafers dem Kläger das Connossement, die Police und die Factura zugestellt hat, ist somit die Gefahr der Verschlechterung, wie des Unterganges auf den Kläger übergegangen. Diese Rechtsfolge ist auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil die Waare „cif Rouen" verkauft war, denn diese Clausel ist an sich nicht dazu angethan, Rouen zum Erfüllungsorte für Beklagte zu machen*) (Entscheid. des ROHG. XIII, № 141; Seuffert's Archiv XXX, 169; XXXV, 235; XXXII, 33) und anderweitige Thatsachen, welche zu der Annahme führten, daß Rouen mehr als bloßer Destinationsort habe sein sollen, liegen nicht vor.

Der Beweis, daß effectiv 606,800 Kilo in Riga in den Dampfer „Norden" verladen sind, ist der Beweis der Vertragserfüllung und deshalb gemäß Art. 3213 und 3531 a. a. O. von der Beklagten zu führen."

II. „Es handelt sich um die Feststellung dessen, ob Beklagter die von ihm an den Kläger verkaufte Leinsaat in Nowosselje abzuliefern, also dort den Vertrag zu erfüllen hatte, oder in Riga. Die thatsächlichen Angaben des Klägers hierüber sind durchaus schwankender Natur. In seinem Arrestantrage heißt es: Kläger habe die Waare mit der Abmachung gekauft, daß Beklagter sie nach Nowosselje zu liefern habe; in der Klage wiederum: Beklagter habe sich verpflichtet, die Waare für seine Rechnung nach Nowosselje zu transportiren und alsdann unter Nachnahme per Bahn nach Riga zu schicken. Aus diesen Angaben kann keineswegs gefolgert werden, daß Riga der Erfüllungsort gewesen sei; es ist vielmehr anzu-

*) So hatte das Wettgericht schon am 23. April 1881, sub № 154 erkannt.

nehmen, daß Beklagter, wenn er die Waare für seine Rechnung nur nach Nowosselje zu transportiren und alsdann lediglich per Bahn nach Riga weiter zu befördern hatte, den Vertrag eben in Nowosselje erfüllen sollte und die Weiterbeförderung nach Riga (als den Bestimmungsort) für Rechnung und Gefahr des Beklagten erfolgte. Daß die Sendung per Bahn unter Nachnahme geschah und Beklagter die Waare hier nicht anders als gegen Berichtigung der Nachnahme an Kaufpreis und Fracht ausgeliefert erhalten konnte, spricht nur noch mehr für diese Auslegung des Vertrages, weil Beklagter, wenn er erst in Riga zu erfüllen hatte, die Auslieferung der Waare behufs ihrer Untersuchung und, durch die vertragsmäßige Beschaffenheit bedingten, Empfangnahme nicht von der vorgängigen Bezahlung des Kaufpreises abhängig machen konnte."
(Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 31. Mai 1883, № 291.)

1454. a. Kauf mit der Clausel „wie besehen".
b. Haftung des Verkäufers für Quantitätsangaben beim Kaufe nach Maß, Zahl ꝛc. Bedeutung der Clausel „circa".

Die Parteien hatte einen Kaufvertrag folgenden Inhalts abgeschlossen:

H. verkauft hierdurch an K. sein ihm gehöriges auf Lutzausholm belegenes Splittholz und zwar

circa 296 Fuß à 4 Fuß
„ 348 „ à 6 „
„ 606 „ à 8 „

laut besehener Partie zum Preise von drei Rbl. per Fuß ꝛc.

Der Käufer K. behauptete, H. habe den Vertrag nicht erfüllt, indem er von den verkauften Hölzern

24 Fuß Splittholz à 4 Fuß
60 „ do. à 6 „
222 „ do. à 8 „

zu wenig geliefert habe, und klagte deshalb auf Lieferung dieser Quantitäten, eventuell Schadensersatz. Beklagter H. erklärte, Kläger habe die Hölzer „wie besehen" gekauft, Beklagter dagegen in unverbindlicher Weise nur ungefähr das vorhandene Quantum bezeichnet.

Kläger dürfe deshalb nicht verlangen, daß ihm gerade die angegebenen Dimensionen geliefert würden, sondern müsse die Waare empfangen, wie sie liege.

Das Wettgericht erließ in dieser Sache am 15. April 1882 sub № 176 folgendes Erkenntniß:

„Der Verkäufer hat dasjenige zu leisten, was er dem Käufer ausdrücklich zusichert. In der Doctrin herrscht zwar in Bezug auf den Fall, wo bei einem Kaufe in Bausch und Bogen, d. h. gegen einen Aversionalpreis, beiläufig noch die verkauften Quantitäten angegeben werden, darüber Streit, ob dann auch diese Quantitäten speciell gewährt werden müssen, oder ob die Eigenschaft des in Bausch und Bogen abgeschlossenen Geschäfts als nicht geändert anzusehen sei. Die mit den Gesetzen (vgl. l. 6 pr. l. 38 pr. Dig. XIX, 1) übereinstimmende, herrschende Meinung erklärt aber eine solche Enunciation der Quantitäten ohne Unterschied für verbindend (vgl. Holzschuher, Theorie und Casuistik III, § 243 sub 1). Umsomehr muß die Verbindlichkeit des Verkäufers, die angegebenen Quantitäten zu gewähren, dann angenommen werden, wenn — wie im vorliegenden Falle — gar kein Kauf in Bausch und Bogen geschlossen, sondern nach Zahl, Maß oder Gewicht contrahirt worden ist.

Was den Passus der Vertragsaufzeichnung „laut besehener Partie" anlangt, so kommt in dieser Beziehung Folgendes in Betracht. Es handelt sich hier um den Kauf einer bestimmten Quantität von Sachen, welcher unter der Bedingung abgeschlossen ist, daß die Zumessung den Preis bestimme. In solchem Falle trägt der Käufer bis zur Feststellung des Kaufpreises die Gefahr der Verschlechterung (Art. 3866 des Prov.-Rechts Thl. III. Windscheid, Pandekten II, § 390 sub c. Thöl, Handelsrecht, § 75). Um nun jeden künftigen Streit darüber auszuschließen, ob etwaige Fehler der Waare während schwebender Bedingung eingetreten seien, oder bereits zur Zeit des Kaufabschlusses bestanden haben, haben sich offenbar die Contrahenten jener Vertragsclausel „laut besehener Partie" bedient. Sie bezieht sich daher ebenso, wie die Clausel „wie besehen", auf die Qualität der Waare bzw. jeder einzelnen Sorte derselben (Brinckmann, Handelsrecht, §§ 86 und und 74 Note 11, verbunden mit Thöl a. a. O. § 82 Note 23 a).

Daß nach der Intention der Contrahenten der nach der Clausel stattgehabte oder zu fingirende Besicht der Waare durch den Käufer auch auf die vom Verkäufer zugesicherten Quantitäten (Dimensionen) zu beziehen sei, kann nicht angenommen werden, weil eine Untersuchung nach dieser Richtung in einem Zählen und Messen aller Hölzer hätte bestehen müssen, in letzterem Falle aber die Differenz zwischen den zugesicherten und den thatsächlich vorhandenen Quantitäten sofort zu Tage getreten wäre und Kläger dann auch wider sein eigenes Interesse den Durchschnittspreis von 3 Rbl. per Fuß, der doch nothwendig das zugesicherte Verhältniß der Sorten zu einander zur Voraussetzung hatte, nicht bewilligt hätte.

Abgesehen von dem concreten Falle haben überdies die Clausel „wie besehen" oder derselben ähnliche Clauseln, wie „Besicht erklärt," „Empfang erklärt" u. s. w., keineswegs die Wirkung, daß sie den Verkäufer der Verpflichtung für die ausdrücklich zugesicherte Beschaffenheit der Waare einzustehen, entheben. Denn soweit die Zusicherungen reichen, darf der Käufer sich auf den Verkäufer, der ihm Treu und Glauben schuldig ist, verlassen (vgl. Thöl a. a. O. § 82, Note 23 a). Wollte man daher auch annehmen, daß im vorliegenden Falle die Clausel „laut besehener Partie" nicht nur auf die Qualität, sondern auch auf die Quantität der einzelnen Sorten sich beziehe, so hat nichtsdestoweniger Beklagter dafür einzustehen, daß die von ihm zugesicherten Quantitäten vorhanden seien.

Der in der Vertragsurkunde in Verbindung mit der Anzahl der einzelnen Sorten gebrauchte Ausdruck „circa" macht andererseits die Erklärung nicht zu einer unbestimmten dahin, daß die Vertragserfüllung lediglich in die Willkür des einen oder des anderen Contrahenten gesetzt wäre; vielmehr besagt jenes Wort, daß eine verhältnißmäßig unbedeutende Abweichung von der als Grundlage des Vertragswillens zu betrachtenden Zahl gestattet sein soll und daß die Grenze des Mehr oder Minder nach örtlicher Usance, eventuell nach dem billigen Ermessen des Richters zu bestimmen sei.*) Darüber aber herrscht unter den Parteien Einverständniß, daß nach hiesiger Platzusance, falls bei Lieferungsverkäufen über Splittholz

*) Vgl. Entsch. des ROHG. VIII, Seite 209; IX, Seite 119; XI, Seite 285; XIII, Seite 75; XV, Seite 334.

oder andere Holzwaaren dem laut Contract zu liefernden Holzquantum das Wort „circa" vorgesetzt worden ist, dem Verkäufer dadurch ein Spielraum von höchstens 10% mehr oder weniger, als im Contrakt stipulirt, eingeräumt wird (vgl. Rigaer Börsen-Usancen Cap. IV, § 20 und Cap. V, § 22). . . . Beklagter hatte daher dem Kläger gegenüber dafür einzustehen, daß die ihm verkaufte Partie Splittholz 296 Fuß à 4, 348 Fuß à 6 und 608 Fuß à 8 Fuß, abzüglich höchstens 10% der stipulirten Quantität auf jede der drei Sorten enthielt, und war daher zur Uebergabe von mindestens 267 Fuß à 4, 314 Fuß à 6 und 546 Fuß à 8 Fuß verpflichtet."

Diese Entscheidung erlangte Rechtskraft.

1455. Haftung des Verkäufers für das Vorhandensein der angegebenen Quantität beim Aversionalkauf.

Kläger hatte vom Beklagten das zu dessen Brauerei gehörige Inventar für 4000 Rbl. gekauft und verlangte bei der Behauptung, daß statt der als vorhanden von Beklagtem angegebenen 170 Biertonnen sich davon nur 126 vorgefunden hätten, Nachlieferung der fehlenden 44 Tonnen, eventuell Ersatz ihres Werthes. Beklagter erklärte, das Inventar, wie es im Augenblicke bestand, verkauft und keine bestimmte Anzahl Tonnen garantirt zu haben. Die I. Section des Landvogteigerichts erkannte am 23. März 1881 sub № 77 rechtskräftig, wie folgt:

„Es liegt nicht ein Kauf nach Zahl vor (Art. 3858 des Prov.-Rechts Thl. III), wie Kläger annimmt, da in diesem Falle eine specielle Inventaraufnahme und Preisvereinbarung über jedes einzelne Inventarstück hätte stattfinden müssen, was nicht geschehen ist. Wie beide Parteien übereinstimmend angeben, hat Beklagter das ganze Inventar zum Gesammtpreise von 4000 Rbl. erstanden; es ist also ein sog. Aversionskauf geschlossen worden (Art. 3857 a. a. O.); dessen ungeachtet erstreckt sich die Gewährleistungsverbindlichkeit des Veräußerers selbst bei Sachengesammtheiten auf die einzelnen Bestandtheile, wenn dieselben ausdrücklich namhaft gemacht wurden (Art. 3219). Der Veräußerer muß dafür haften, daß das Kaufobject diejenigen Eigenschaften und Vorzüge habe, welche er bei dem Handel zugesichert hat (Art. 3254 und 3879);

denn wenn er nicht sicher war, daß die Sache wirklich die versprochene Beschaffenheit habe, so durfte er dieselbe ohne einen an Arglist grenzenden Leichtsinn dem Käufer nicht zusichern. Namentlich kann der Käufer, sofern beim Handel von dem Verkäufer eine gewisse, nachher nicht vorgefundene Quantität der gekauften Sachen angegeben war, eine Reduction des Kaufpreises verlangen nicht blos, wenn der Kaufpreis nach Zahl, Maß oder Gewicht, sondern auch wenn ein solcher in einer Summe festgesetzt ist; ferner nicht blos, wenn der Verkäufer jene Quantität besonders garantirt, sondern auch wenn er dieselbe einfach angegeben hat (Art. 2962 a. a. O. und die Quellen dazu l. 57 pr. l. 58 Dig. de contr. emtione XVIII, 1. Seuffert, Pandektenrecht II, § 258 Note 10. Treitschke, Kaufcontract 2. Aufl. § 16 bei Note 1; § 31 Seite 93)*)

Würde also Kläger bewiesen haben, daß ihm vom Beklagten beim Verkaufe des Inventars zugesichert sei, daß 170 Biertonnen zu demselben gehörten, so müßte Beklagter, da er zugiebt dem Kläger nur 126 Tonnen ausgeliefert zu haben, den Werth von 44 Tonnen ersetzen."

1456. Verkauf nach Gewicht oder in Bausch und Bogen? Uebergang der Gefahr. Usance beim Salzhandel.

Beklagter hatte dem Kläger am 17. September 1883 folgende Verkaufsbescheinigung ausgereicht:

> Hiermit bestätige ich, Ihnen verkauft zu haben eine im N.'schen Speicher № 4 lagernde Partie Salz, laut endstehendem Auszuge aus dem Zoll-Niederlagsbuche, bestehend in 12250 Pud Terravecchia-Rothsalz zum Preise von 5 Rbl. 45 Kop. pro 10 Pud franco Speicher, exclusive Fuhrlohn — betragend in Summa 6676 Rbl. 25 Kop., welche successive vor jedesmaligem Empfang baar zu bezahlen sind. Der Empfang obigen Quantums kann successive in Partieen von nicht weniger als 1000 Pud geschehen, muß aber spätestens bis Ende dieses Jahres beendigt sein. Das von Ihnen empfangene Handgeld von 1000 Rbl wird bei Empfang des Restes verrechnet.

*) Vergleiche ferner Seuffert's Archiv XXXI, 24 und die dortigen Allegate.

Kläger hatte bis zum 15. November 1883 dem Beklagten 6676 Rbl. 25 Kop. bezahlt, dagegen nach seiner Behauptung nur 11922 Pud Salz empfangen und beanspruchte deshalb klagend Lieferung der fehlenden 328 Pud Salz, eventuell Rückerstattung des Betrages von 178 Rbl. 76 Kop. Beklagter bestritt das Manco und berief sich vornehmlich darauf, daß die Gefahr der verkauften Species auf den Kläger übergegangen sei.

I. Das Wettgericht verurtheilte mittelst Erkenntnisses vom 8. März 1884, № 173 den Beklagten zur Zahlung von 178 Rbl. 76 Kop. sammt Zinsen und Kosten und begründete dies, wie folgt:

„Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites hängt davon ab, ob der Kaufpreis als für die Gewichtseinheit (pro Pud 5 Rbl. 45 Kop.) oder als in runder Summe (auf 6676 Rbl. 25 Kop.) festgesetzt anzusehen ist.

Nimmt man das letztere an, so läge ein reiner Speciskauf für einen Aversionalpreis vor und Kläger hätte den vereinbarten Preis von 6676 Rbl. 25 Kop. zu zahlen, bzw. wäre zu weiter keinem Anspruche an den Beklagten berechtigt, trotz dessen, daß er 328 Pud weniger Salz erhalten hat, als er beim Kaufabschlusse erwartete (Art. 3857 des Prov.-Rechts Thl. III). Die Klage müßte also solchenfalls abgewiesen werden, wiewohl auch das nicht zweifellos ist. Denn falls bei dem Aversionalkaufe der Verkäufer ein bestimmtes Quantum als vorhanden bezeichnet, sei es auch ohne dessen Vorhandensein zu garantiren, so wird er von vielen Rechtslehrern aus jener Zusage für verhaftet erklärt, sofern das bezeichnete Quantum sich als nicht vorhanden erweist (Gruchot, in der Zeitschrift für Handelsrecht III, Seite 496. Seuffert, prakt. Pandektenrecht II, § 258, Note 10. Treitschke, Kaufcontract, 2. Aufl., § 16 Note und § 31 Note b. Seuffert's Archiv X, 147) Diese Ansicht ist durch den Wortlaut des Art. 3857 nicht schlechthin ausgeschlossen, wenn man ihn mit dem Art. 3254 a. a. O. verbindet. Da nun Beklagter das Quantum von 12250 Pud in jedem Falle wenigstens „enuntiativ" als vorhanden angegeben hat, so wäre er nach der vorbezeichneten Auffassung selbst dann von der Rückerstattung des Preises für die nicht gelieferten 328 Pud Salz

nicht befreit, wenn man von der Vereinbarung eines Aversionalpreises ausgeht.

Geht man umgekehrt davon aus, daß die Parteien den Kaufpreis nach Gewicht vereinbart haben, so braucht Kläger nach Art. 3858 a. a. O. nur für soviel Pud den Preis zu zahlen, als ihm thatsächlich geliefert worden sind, und die Gefahr des Salzes ist beim Beklagten verblieben, wiewohl dieser eine speciell bestimmte Partie Salz, nicht eine Quantität Salz als Genus verkauft hat. Der Art. 3858, wie der Art. 3863 sind nämlich zweifellos auch auf den Fall zu beziehen, wo eine individuell bestimmte Partie Sachen nach Gewicht verkauft ist (civilrechtl. Entsch. I, S. 259 und die dortigen Allegate. Thöl, Handelsrecht 5, Aufl. II, § 265), wobei die Frage, ob der Verkäufer nicht wenigstens dann unter Umständen befreit wird, wenn die ganze individuell bestimmte Quantität untergeht, und ob er auch die Gefahr der Verschlechterung zu tragen hat, nicht zu erörtern ist, weil dieser Fall nicht vorliegt.

Die Subsumirung des streitigen Kaufes unter die eine oder andere der beiden genannten Kategorieen erscheint auf den ersten Blick insofern schwierig, als in der Vertragsurkunde zuerst die Preisbestimmung nach der Gewichtseinheit und sodann die Angabe eines Gesammtpreises sich vorfindet. Bei genauerer Erwägung kann man sich indessen der Ueberzeugung nicht verschließen, daß der erste Satz: „zum Preise von 5 Rbl. 45 Kop. pro 10 Pud franco Speicher N. exclusive Fuhrlohn" eigentlich den Vertragspreis normirt, der daran anschließende Satz: „betragend in Summa 6676 Rbl. 25 Kop." aber nur das Resultat einer Rechnungsoperation darstellt. Würde diese Auslegung aber noch zweifelhaft sein können, so würde doch nach Art. 3275 a. a. O. um deswillen für dieselbe und gegen die vom Beklagten vertheidigte Annahme der Festsetzung eines Pauschalpreises von 6676 Rbl. 25 Kop. zu entscheiden sein, weil Beklagter hinsichtlich der Kaufpreisforderung der Gläubiger ist und sich daher deutlicher und bestimmter hätte ausdrücken sollen, wenn er sich ausbedingen wollte, daß Kläger den Kaufpreis jedenfalls für alle 12250 Pud zahlen müsse, obgleich Beklagter beim Kaufabschlusse selbst annahm, daß dieses Quantum Salz effectiv nicht mehr vorhanden sei."

II. Auf Appellation des Beklagten wurde hingegen die Klage unter nachstehender Motivirung angebrachtermaßen abgewiesen:

„Dem Unterrichter ist zwar darin vollkommen beizupflichten, daß es im vorliegenden Falle sich nicht — wie Kläger meint — um einen Genus-, sondern daß es sich um einen Species kauf handelt, denn beide Parteien hatten beim Vertragsschlusse eine in einem bestimmten Speicher befindliche Partie Salz ins Auge gefaßt und diese war als ein bestimmtes Sachenindividuum Gegenstand des Kaufes. Ferner hat der erste Richter in dem Resultate seiner Erwägungen die Sachlage ganz richtig dahin aufgefaßt, daß Beklagter nicht die Garantie dafür übernommen habe, daß in dem fraglichen Speicher genau 12250 Pud Terravechia-Rothsalz enthalten seien, daß m. a. W. Beklagter sich nicht zur Lieferung von 12250 Pud Salz vertragsmäßig verbunden habe, weshalb der Kläger mit seiner principalen Bitte auf Verurtheilung des Beklagten zur Nachlieferung der fehlenden 328 Pud vom Unterrichter zurückgewiesen worden ist. Von einer Zusicherung eines bestimmten Gewichtquantums konnte unter den concreten Verhältnissen auch kaum die Rede sein, denn es ist eine feststehende Thatsache, daß das Salz vermöge seines Bestrebens und seiner außerordentlichen Fähigkeit, Feuchtigkeit aus der Luft oder der festen Umgebung aufzusaugen, beständigem Schmelzen unterworfen ist, weshalb denn nur für den Augenblick des Abwägens Gewichtsfeststellungen hinsichtlich einer Partie Salz Geltung haben. Daß im vorliegenden Falle der Kaufabschluß an demselben Tage stattgehabt habe, an welchem das verkaufte Rothsalz in dem R.'schen Immobil nach Gewicht gespeichert worden, ist weder von der einen oder der anderen Partei behauptet worden, noch auch aus den concreten Umständen zu folgern. Vielmehr ist der durch die Verkaufsbescheinigung constatirte Umstand, daß ursprünglich 14195 Pud daselbst gespeichert waren, sodaß vor dem Kaufabschlusse 1945 Pud abgenommen worden sein müssen, ein Beleg dafür, daß das fragliche Salzlager schon längere Zeit unter Zollverschluß sich befunden hatte, als der Rest an den Kläger verkauft wurde.

Die Berufung der beiden Contrahenten auf das im Zollniederlagebuche verzeichnete Gewichtsquantum hatte daher zweifellos nur den Zweck, die Grundlage für die Preiscalculirung abzugeben,

Behält man aber dieses im Auge, so gelangt man unschwer zu dem richtigen Verständnisse der auf den ersten Blick unklaren schriftlichen Vertragsstipulation.

Die Frage, ob hier ein Kauf in Bausch und Bogen oder ein Kauf nach Maß vorliege, hat auch dem Unterrichter zu Zweifeln Anlaß gegeben. Unter seinen Entscheidungsgründen ist derjenige als ausschlaggebend anzusehen, daß Beklagter, welcher hinsichtlich der Kaufpreisforderung der Gläubiger ist, sich deutlicher und bestimmter hätte ausdrücken sollen, wenn er sich einen Pauschalpreis von 6676 Rbl. 25 Kop. ausbedingen wollte, und daß — wenn er dies unterlassen, nach Art. 3275 des III. Thls. des Prov.-Rechts gegen die von ihm vertheidigte Annahme der Feststellung dieses Pauschalpreises zu interpretiren und mithin anzuerkennen sei, daß der erste Satz zum Preise von 5 Rbl. 45 Kop. per 10 Pud den Vertragspreis normire, der daran anschließende Satz „betragend in Summa 6676 Rbl. 25 Kop." aber nur das Resultat einer Rechnungsoperation darstelle. Hiergegen macht Beklagter in seiner Appellationsschrift geltend, daß im Rigaschen Salzhandel auch im Falle eines Kaufes in Bausch und Bogen der Gebrauch herrsche, den Gesammtpreis für die verkaufte Partie Salz nach einer, für das ideale Gewichtsquantum festgesetzten Preiseinheit zu berechnen, daß namentlich, wenn es sich um unter Zollverschluß lagerndes Salz handele, den Maßstab für die Preiscalculation der Gewichtsausweis des Zollniederlagebuches bilde, weil es unmöglich oder doch übermäßig lästig wäre, einen anderen Maßstab zu gewinnen. Die Interpretation des Wettgerichts weiche von dem ab, was in dem fraglichen Verhältnisse gewöhnlich sei (Art 3097 a. a. O.), seine Auslegung schließe sich nicht dem bestehenden Gebrauche an (Art. 3101 a. a. O.), folglich sei der Auslegung des Beklagten der Vorzug zu geben. Der vom Wettgericht angezogene Art. 3275 a. a. O. könne hier nicht angewandt werden, weil die Berücksichtigung des bestehenden Gebrauches die im Art. 3275 vorgeschriebene Interpretations-Auskunft überflüssig mache. Es mag dahin gestellt bleiben, ob der beklagterseits angeführte Preisbestimmungsmodus im hiesigen Salzhandel — selbstverständlich, wenn es sich um einen Kauf in Bausch und Bogen handelt — regelmäßig beobachtet wird; jedenfalls erscheint er dann nicht nur zweckmäßig, sondern

auch nothwendig, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Käufer das gekaufte Salz in Partieen von bestimmten Gewichtsquantitäten zu empfangen wünscht und den entsprechenden Werth der einzelnen Partie sofort bei deren Empfang zu bezahlen sich verpflichtet. Ohne Festsetzung eines idealen Quantitätspreises wäre letzteres nicht möglich. Die vorläufige Preisbestimmung nach Gewichtstheilen läßt daher im vorliegenden Falle nicht nothwendig auf den Willen der Parteien schließen, daß der Gesammtpreis für das verkaufte Sachindividuum der Summe der auszuliefernden Gewichtstheile entsprechen solle. Die zur Acte gelangte Correspondenz der Parteien bietet überdies einen directen Beleg dafür, daß der Gesammtkaufpreis von 6672 Rbl. 25 Kop. nicht nur als bloße Addition von Einzelpreisen, sondern als Aversionalpreis für das den Gegenstand des Kaufes bildende Salzlager von den Contrahenten aufgefaßt worden ist. In Uebereinstimmung mit dem Eingangs wiedergegebenen Schreiben des Beklagten an den Kläger heißt es nämlich im Schreiben des letzteren an den Beklagten vom 17. September 1883:

— betragend in Summa SRbl. 6676. 25 Kop., welche successive vor jedesmaligem Empfang baar zahlen werde.

In diesem Passus, welcher, obgleich von entscheidender Bedeutung, vom Unterrichter ganz unberücksichtigt geblieben ist, liegt ein ausdrückliches Versprechen des Klägers vor, für das gekaufte Salzlager die Summe von 6676 Rbl. 25 Kop. zu zahlen, denn das vor dem Worte „betragend" stehende Trennungszeichen läßt darüber keinen Zweifel aufkommen, daß der Nachsatz „welche zahlen werde" sich auf die Summe von 6676 Rbl. 25 Kop. bezieht.

Das Resultat vorstehender Erörterungen ist dahin zusammenzufassen, daß Beklagter das Quantum von 12250 Pud nicht zugesichert hat, die ausdrückliche Bezugnahme auf das Zollniederlagebuch vielmehr eine solche Zusicherung ausschließt, daß der Gewichtsausweis des Zollniederlagebuches nach Intention der Parteien nur den idealen Maßstab für die Calculation des Gesammtpreises bieten sollte, daß die Preisfestsetzung nach Rechnungstheilen sowohl diesem letzteren Zwecke, als auch der künftigen Berechnung der Theilzahlungen hat dienen sollen und daß die Zahlung des angesetzten Gesammtpreises unter allen Umständen gewollt gewesen ist.

Unter solchen Umständen scheint die Anwendbarkeit des Art. 3275 des III. Thl. des Prov.-Rechts auf vorliegenden Fall ausgeschlossen. Der schriftlich fixirte Vertragsinhalt läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß es sich hier um einen nicht suspensiv bedingten Specieskauf mit verabredetem Einheitspreise handele; in solchem Falle trägt nach Art. 3863 a. a. O. der Käufer die Gefahr des Unterganges der Sache und der Verschlechterung resp. des Substanzverlustes; es liegt enger gefaßt ein s. g. Kauf in Bausch und Bogen vor, bei welchem nach Art. 3857 a. a. O. der Käufer zur Erlegung des verabredeten Aversionalpreises verpflichtet ist, mag das Ganze mehr oder weniger enthalten als er erwartete.

An diesem Resultate kann auch der vom Kläger hervorgehobene Umstand nichts ändern, daß stipulirt worden, daß das beim Vertragsschlusse gezahlte Handgeld beim Empfange des Restes der verkauften Sachengesammtheit zu verrechnen sei. Die Ansicht des Klägers, die Consequenz dieser Bestimmung sei, daß das Handgeld bei eventuellem Manco habe zurückgezahlt werden sollen, ist nicht stichhaltig. Nach Art. 3359 a. a. O. soll das Handgeld nicht nur als Zeichen oder Beweis des wirklich abgeschlossenen Vertrages, sondern auch nebenher als Pfand für die Erfüllung desselben dienen. Dieser letzteren Zweckbestimmung wird bei einer successiven Vertragserfüllung das Handgeld nur dann entsprechen, wenn es erst auf die letzte Ratenzahlung verrechnet wird; aus diesem Grunde und keinem andern ist denn auch offenbar in vorliegendem Falle, in welchem dem Kläger Theilzahlungen gestattet waren, die erwähnte Stipulation getroffen worden.

Der Umstand ferner, daß in der Mehrzahl der dem Kläger ertheilten Quittungen Beklagter bescheinigt hat, daß er für je 100 SPfd. 545 Rbl. erhalten habe, kann gleichfalls nicht zu Gunsten des Klägers herangezogen werden, da — wie eben gezeigt worden — die Ansetzung des Einzelpreises per SPfd. mehr demonstrationis als taxationis gratia geschah (vgl. Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. II, Seite 607, Note 24) und nebenher gerade den Zweck hatte, den Maßstab für die Berechnung der Theilzahlungen abzugeben, die von vorn herein nicht ziffermäßig festgestellt worden waren, aber dem approximativen

Werthe der jeweilig auszuliefernden Quantität, die 1000 und mehr Pud betragen konnte, entsprechen sollte.

Vorstehendem nach erweist sich der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung von 178 Rbl. 76 Kop. schon nach Maßgabe der schriftlichen Vertragsstipulation als vollkommen unrechtfertig, sodaß es auf den beklagterseits durch Eidesdelation introducirten Beweis nicht weiter ankommt. Die Klage ist daher abzuweisen, jedoch nur angebrachtermaßen, weil Kläger sich in seiner Replik dahin ausgesprochen hat, daß in casu das Gewichtsmanco nicht etwa nur der gewöhnliche Substanzverlust, sondern offenbar durch Entwendung einer entsprechenden Partie Salz geursacht worden sei, und weil für den Fall, daß er diese Ansicht näher ausführen und durch Beweise unterstützen könnte (im vorliegenden Processe hat Kläger in dieser Beziehung keinen Beweis angetreten), ihm die Anstellung einer neuen Klage auf anderer Grundlage nicht verwehrt werden kann."

(App.-Erk. des Raths vom 8. August 1884, № 5401.)

1457. a. Anspruch auf Preisminderung beim Genuskaufe. b. Rechtzeitigkeit der Untersuchung der übersandten Waaren durch den Käufer. c. Erfordernisse der Mängelanzeige.

I. In einem Falle, wo Beklagter vom Kläger einen Waggon Zwiebeln im Gesammtgewichte von 596 Pud gekauft und die per Bahn versandte Waare am Freitag, den 16. October, Nachmittags erhalten hatte, sprach das Erkenntniß des Wettgerichts vom 27. April 1882, № 209 aus:

„Ein Anspruch auf Preisminderung steht auch bei dem Gattungskaufe, wie er hier vorliegt, dem Käufer hinsichtlich der empfangenen, aber nicht vertragsmäßigen Waare zu, sofern er die allgemeinen Vorschriften hinsichtlich der Geltendmachung von Mängeln beobachtet*) (civilrechtl. Entscheidungen III, № 352. V, № 908). Dazu gehört, daß er die Waare rechtzeitig untersucht und über die bei der Untersuchung wahrgenommenen Mängel rechtzeitig dem Verkäufer Anzeige macht. Da die streitigen Zwiebeln nicht am Platze gekauft, sondern per Bahn dem Beklagten übersandt

*) So auch das Erkenntniß des Wettgerichts vom 3. November 1883, № 601.

sind, hatte dieser ihre Untersuchung nach dem Eintreffen vorzunehmen, sobald der ordnungsmäßige Geschäftsgang es gestattete*). Dabei ist es selbstverständlich, daß 596 Pud Zwiebeln nicht von dem Beklagten allein und auch nicht am Abend der Ablieferung selbst geprüft werden konnten. Die am Montag vollzogene Untersuchung muß daher mit Rücksicht darauf, daß der Sonnabend der jüdische Sabath, der nächste Tag aber ein Sonntag war, als rechtzeitig geschehen gelten, so daß es nur noch darauf ankommt, daß Beklagter von der damals seinerseits bemerkten Mangelhaftigkeit der Zwiebeln dem Kläger ohne Verzug Kenntniß gegeben hat. Dies behauptet Beklagter und er muß diese Behauptung, daß er nämlich am Montage wegen Mangelhaftigkeit der Zwiebeln deren Empfang verweigert habe, gegenüber dem Leugnen des Klägers beweisen. Dagegen kommt es nicht darauf an, daß Beklagter bei der Entgegennahme der Zwiebeln am Freitag (den 16. October) einen Vorbehalt verlautbart hat, weil die bloße Entgegennahme noch nicht die Rüge der Mängel ausschließt, sondern erst die Verabsäumung der rechtzeitigen Untersuchung, welche nach dem Obigen unter den obwaltenden Umständen nicht anzuerkennen ist (civilrechtl. Entscheid. I, Seite 263. V, Seite 405). Ebensowenig ist von Bedeutung, ob Kläger ausdrücklich gesagt hat, er wolle wegen des Preises sich mit Beklagtem schon einigen; sondern diese Thatsache kann höchstens zur Schlußfolgerung auf die Ablehnung des Empfanges berechtigen."

Diese Entscheidung ging in Rechtskraft über.

II. In einem anderen Falle hatte der Kaufmann S. in Wien dem Beklagten auf dessen Bestellung verschiedene Schuhwaaren mit Factur vom 18. Februar 1881 durch den Spediteur M. zu Riga übersandt. Beklagter verweigerte die Zahlung des Kaufpreises, weil die Waare Mängel gehabt und er diese am 16. April 1881 dem Kläger angezeigt habe, nachdem ihm die Waare am 15. April nach Erlegung des Zolles ausgeliefert worden. Das Wettgericht erkannte am 8. December 1881 sub № 451 bezüglich dieses Einwandes:

*) Vgl. Band VI, № 1185 Seite 363.

„Im Handelsverkehr gilt für den Adressaten die Verpflichtung, die ihm zugesandte Waare ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich ist, zu untersuchen und für den Fall, daß sich hierbei die Waare als mangelhaft herausstellen sollte, den Absender davon unverweilt in Kenntniß zu setzen. Unter „Ablieferung" ist aber nicht nur die thatsächliche Uebergabe zu verstehen; vielmehr ist auch schon dann die Ablieferung für vollzogen zu erachten, wenn der Käufer thatsächlich in den Stand gesetzt wird, die Waare ordnungsmäßig zu prüfen bzw. über sie zu disponiren (vgl. Entscheid. des ROHG. XIII, № 116). Handelt es sich namentlich — wie im vorliegenden Falle — um auf Bestellung zugesandte Waaren, so erfordert es das Bedürfniß des Verkäufers, daß der Adressat die am Bestimmungsorte angelangte Waare, sobald er davon Kenntniß erhält, abnehme, und solchenfalls geräth der Adressat durch Verweigerung oder Aufschub der Abnahme nicht nur in Empfangsverzug (vgl. Gareis, das Stellen zur Disposition, S. 102), sondern folgeweise, wo im concreten Falle die Abnahme die nothwendige Vorbedingung für eine ordnungsmäßige Untersuchung ist, auch mit der Dispositionsstellung in Verzug, wodurch die rechtliche Präsumtion für die Billigung der Waare begründet wird.

Vorliegend hatte Beklagter die Waare für den Februar 1881 bestellt, er war ferner zur Erlegung der Transportkosten und Zollgebühren verpflichtet, folglich hing es nur von ihm ab, die Waare sofort abzunehmen und zu untersuchen, als die Handlung M. ihn von dem Eintreffen derselben avisirte. Beklagter war also bereits Ende Februar thatsächlich in den Stand gesetzt, die bestellte Waare in seinen Besitz zu nehmen; es darf sogar präsumirt werden, daß — da die Handlung M. den Zoll auslageweise berichtigt hatte — eine Untersuchung der Waare damals selbst vor Aushändigung derselben an den Käufer möglich war (vgl. Seuffert's Archiv XXX, 51). Demnach kann die erst im April 1881 erfolgte Mängelanzeige nicht als eine rechtzeitig erfolgte gelten; vielmehr hat Beklagter durch seinen Verzug die Befugniß, die Mangelhaftigkeit der Waare zu rügen, eingebüßt."

III. Beklagte Handlung hatte von dem Fabrikanten A. zu Admont 8500 Stück steyerische Sensen von verschiedenen Dimensionen bestellt, welche im Mai 1880 in Riga eintrafen. Am 5./17. Juli zeigte Beklagte dem Verkäufer an, daß circa 2500 Stück vertragswidrig, namentlich zu schwach seien, und verweigerte deswegen auch die Zahlung des Kaufpreises für diese 2500 Stück. Ihre Einrede der Mangelhaftigkeit wurde in dem Erkenntnisse des Wettgerichts vom 4. November 1882, № 484 aus folgenden Gründen verworfen:

„Es . . . ergiebt sich die Rechtfertigkeit der klägerischen Replik, daß eine Rüge der den streitigen Sensen angeblich anhaftenden Mängel nicht rechtzeitig und auch nicht gehörig erfolgt, die Einrede der Mangelhaftigkeit der Waare also einzig insofern noch zulässig ist, als sie sich auf eine spätere Vereinbarung gründet. Denn Beklagte hat keinen Grund dafür anzuführen vermocht, weshalb sie die bereits im Mai hieselbst eingetroffenen Sensen erst Ende Juni vom Zoll befreien bzw. untersuchen konnte. Die erst am 5./17. Juli erfolgte Bemängelung der Waare war deshalb verspätet und für den Kläger nicht mehr verbindlich. Außerdem fehlte es der Mängelanzeige auch an der erforderlichen Bestimmtheit, weil ausweislich der Factura die Preise für die verkauften Sensen für die verschiedenen Sorten ganz verschieden angesetzt waren, in solchem Falle aber die Ausstellungen der Beklagten nach den einzelnen Sorten specificirt werden mußten, so daß Kläger zu erkennen vermochte, welchen Theil der Waare beklagte Handlung als vertragsmäßig behalten und welchen sie beanstanden wolle, und demgemäß seinen Entschluß fassen konnte (Entsch. des ROHG. X, № 58). Dies war auch schon deshalb nothwendig, weil die Waare generell verkauft war und beim Genuskaufe wegen Mangelhaftigkeit eines Theiles nur dieser Theil, nicht aber das ganze gekaufte Quantum beanstandet werden darf (a. a. O. XIII Seite 355)."

IV. In dem dieselbe Sache betreffenden App.-Erk. des Raths vom 4. März 1883, № 1486 ist gesagt:

„Durchgreifend ist der handelsrechtliche Grundsatz, daß beim Empfange von auswärts bestellter Waaren der Besteller, wenn we

der eine Arglist des Liefernden, noch verborgene Mängel in Frage kommen, sofort nach Empfang der Sendung die Mängelanzeige an den Mitcontrahenten abzufertigen hat, widrigenfalls die Lieferung als genehmigt gilt und sowohl der Redhibitions- als auch der Preisminderungsanspruch bzw. die Forderung auf Ersatz des Interesse wegfällt. Dieser Pflicht zur umgehenden Benachrichtigung über die bemerkte Fehlerhaftigkeit der empfangenen Waare hat Appellantin offenbar nicht Genüge gethan. Die Sensensendung ist im Mai 1880 bereits in Riga eingetroffen und Beklagte hat ihren Brief mit der Mängelanzeige erst im Juli abgesandt. Es genügt mit dem Unterrichter darauf hinzuweisen, daß die beiläufige Bemerkung in der Klagebeantwortung, Beklagte habe die Sendung erst Ende Juni 1880 vom Zollamt abnehmen können, völlig unsubstanziirt und deshalb nicht geeignet erscheint, den Verzug der Beklagten zu entschuldigen. Das Ergebniß ist, daß wegen verspäteter Mängelanzeige Beklagte das Recht zur Verweigerung der Kaufpreiszahlung verloren hatte."

1458. a. Beweislast bezüglich der Vertragsmäßigkeit der Waare bzw. der Probemäßigkeit bei dem Kaufe nach Probe.

b. Zeitpunkt der Prüfung der Waare bzw. der Mängelanzeige beim Platzgeschäfte.

I. Beklagter hatte von der Klägerin Kleesaat nach einer vorgewiesenen Probe gekauft und, nachdem ihm dieselbe am 2. Februar 1884 geliefert war, am 7. Februar der Klägerin angezeigt, daß die abgelieferten 613 Pud 4 Pfd. Kleesamen — wie sich bei ihrer Reinigung herausgestellt — im Ganzen 120 Pud Schmutz enthielten; d. i. circa 20 %, während die Verkaufsprobe nur 5% Schmutz gezeigt habe. Auf die Klage wegen Bezahlung des Kaufpreises für 613 Pud 4 Pfd. wiederholte Beklagter die Einrede der Mangelhaftigkeit der Waare und wollte sich zur Bezahlung des Preises für nicht mehr als 523 Pud 30 Pfd. verstehen, weil nur dieses Quantum der Probe gemäß geliefert sei. Klägerin replicirte, die Saat sei am 2. Februar widerspruchlos empfangen worden und die erst am 7. Februar erfolgte Rüge der mangelnden Probehaltigkeit sei

jedenfalls verspätet. Uebrigens leugne Klägerin, daß die Saat nicht probemäßig gewesen sei oder gar 20% Schmutz enthalten habe.

In dem wettgerichtlichen Erkenntnisse vom 24. Mai 1884, № 366 wurde die Replik der Klägerin verworfen, dagegen die Einrede der Mangelhaftigkeit für begründet erachtet.

„Klägerin führt aus — heißt es dort — im Platzgeschäfte müße der Käufer die Empfangbarkeit der Waare vor deren Annahme prüfen und sie bei gefundener Mangelhaftigkeit sogleich zur Disposition stellen, widrigenfalls sie als genehmigt gelte. Allerdings ist dieser Satz in der hiesigen Rechtsprechung wiederholt aufgestellt worden; zweifelhaft bleibt dabei jedoch, was unter „Platzgeschäft" zu verstehen sei. Die Rechtsfolge der fingirten Genehmigung der Waare erscheint nur in den Fällen gerechtfertigt, wo der Käufer vor oder bei der Annahme der Waare bereits die Möglichkeit hatte, deren Vertragsmäßigkeit zu untersuchen, wo die Unterlassung der Prüfung also als Verzicht auf sie anzusehen ist. Hat umgekehrt der Käufer diese Möglichkeit bei Ablieferung der Waare nicht, sei es weil die Ablieferung in seiner Abwesenheit in seinem Geschäftslocal erfolgt, sei es weil die Untersuchung erst die Vornahme von Untersuchungshandlungen erfordert und dergl., so kann die bloße Annahme der Waare nicht dem Empfange gleichgestellt, nicht wegen der Unterlassung der sofortigen Zurückweisung eine Genehmigung der Waare fingirt werden. Dem Käufer ist vielmehr — gerade wie beim Distancekauf — eine angemessene Frist für die Prüfung der abgelieferten Waare zu gewähren*) und erst das Unterlassen der Bemängelung binnen dieser Frist kann — abgesehen von anderen Umständen, wie z. B. der Verbrauch u. s. w. — zur Schlußfolgerung berechtigen, daß die Waare gebilligt sei (Seuffert's Archiv XXV, 266. XXIX, 97 und 98. Vgl. Thöl, Handelsrecht 5. Aufl., § 278). Für den Fragefall ist nun nicht festgestellt, ob ein Platzgeschäft vorliegt, da Beklagter einen „Waggon" Kleesaat gekauft haben will, der erst am 2. Februar hier eingetroffen sei.

*) Noch weiter geht Hanausek, die Haftung des Verkäufers II, 1 (1884), Seite 80—89, indem er den Käufer überhaupt nicht zur Untersuchung der Waare, sondern nur zur ungesäumten Anzeige von den an ihr wahrgenommenen Mängeln für verpflichtet hält, und auch dies nur, wenn er Kaufmann ist.

Will man nach der Aussage des Zeugen, welcher angiebt, er habe die Kleesaat im Auftrage der Verkäuferin von der Eisenbahn abgeholt und dem Beklagten zugeführt, ein Platzgeschäft annehmen, so ergiebt doch dieses Zeugniß auch, daß bei Abnahme der Waare eine Billigung derselben durch Beklagten nicht erklärt worden ist... Es fragt sich weiter, ob etwa diese Billigung deshalb anzunehmen sei, weil Beklagter die Bemängelung zu spät erklärt hat. Diese Frage ist nach dem oben Erörterten zu verneinen, denn einestheils ist es selbstverständlich, daß die Probemäßigkeit der Saat in Bezug auf ihren Schmutzgehalt nicht anders als durch einen Reinigungsproceß festgestellt werden konnte, der eine gewisse Zeit erfordert; anderentheils ist weder an sich einleuchtend, noch von der Klägerin dargelegt, daß die Reinigung von 613 Pud Saat bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange in kürzerer Frist als in drei Tagen habe geschehen müssen."

Das bestätigende App.-Erk. des Raths vom 9. November 1884, № 7735 lautet:

„Im vorliegenden Falle handelt es sich um einen Genuskauf und, wenn die Lieferung auf Grund eines solchen erfolgte, so gilt die Regel, daß der Verkäufer die dem Vertrage entsprechende Lieferung seinerseits zu beweisen hat, so namentlich beim Verkaufe nach Probe auch die Probemäßigkeit der gelieferten Waare (vgl. Gareis, das Stellen zur Disposition, § 56; Fuchsberger, Entscheid. des ROHG. S. 593). Solchen Beweises ist der Verkäufer entbunden, wenn er den Beweis erbringt, daß der Käufer die gelieferte Waare gebilligt habe.

Den erstgedachten Beweis hat Klägerin garnicht angetreten, wohl aber hat sie in ihrer Appellationsschrift gegen die Annahme dessen Verwahrung eingelegt, daß sie die Behauptung der Beklagten, die Verkaufsprobe habe nicht mehr als 5% Schmutz enthalten, zugestanden habe. Dieser Protest beruht offenbar auf der irrigen Ansicht, daß Beklagter der beweispflichtige Theil sei. Jene Behauptung des Beklagten ist aber, zumal Klägerin auf den Beweis der Probemäßigkeit der gelieferten Waare verzichtet hat, vollständig irrelevant. Der Kauf nach Probe ist nämlich ein Kaufvertrag, in welchem die vertragsmäßig gewollte Beschaffenheit der Waare ganz oder theilweise, anstatt durch Beschreibung in Worten,

durch ausdrückliche Verweisung auf eine bestimmte Sache bezeichnet wird. (Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts II, S. 597). Nicht auf die Beschreibung, welche Beklagter von der beim Vertragsschlusse vorliegenden Probe gegeben hat, kam es wesentlich an, sondern auf den Umstand, daß Beklagter die Uebereinstimmung der gelieferten Waare und der Probe bestritten hat. Hierin lag eine negative Litiscontestation, welche die Klägerin zum Beweise der Probemäßigkeit der gelieferten Waare verpflichtete.*) Dieser Beweis begreift zugleich in sich den Beweis der Echtheit der von der Klägerin behaupteten Probe, folgeweise den Beweis der Unechtheit der vom beklagten Käufer vorgelegten oder beschriebenen Probe (Endemann, a. a. O. S. 598 Note 49). Nun aber hat Klägerin den Abschluß des Kaufes nach Probe zwar zugegeben, aber ihrerseits eine selbständige Beschreibung der Probe garnicht gegeben. Darnach hätte sie den ihr obliegenden Beweis der Probemäßigkeit der gelieferten Waare mindestens in erster Reihe durch Beantragung der Vorlage der dem Beklagten beim Kaufabschlusse übergebenen Probe und der sachverständigen Prüfung derselben auf ihren Schmutzgehalt antreten sollen, was sie alles unterlassen hat. Ihr ganzes Verhalten während des Processes giebt zu erkennen, daß sie ihren Anspruch nicht durch den Nachweis gehöriger Vertragserfüllung, sondern durch den Nachweis der Billigung der gelieferten Waare seitens den Beklagten liquid stellen wollte. Die Angaben des Beklagten bezüglich des Schmutzgehaltes der Probe und der gelieferten Waare haben somit nur die Bedeutung näherer Motivirung der negativen Litiscontestation.

Was ferner die Frage anlangt, ob Beklagter die ihm gelieferte Waare gebilligt habe, so kann der Ansicht der Klägerin, daß eine solche Billigung schon auf Grund der processualischen Zugeständnisse des Beklagten zu präsumiren sei, nicht beigepflichtet werden, Klägerin weist in ihrer Appellationsschrift darauf hin, daß Beklagter zugegebenermaßen die Waare am 3. Februar widerspruchslos empfangen und erst am 7. Februar die Qualität derselben bemängelt habe. Nach den Grundsätzen des Handelsrechts, meint sie habe der Käufer die Empfangbarkeit der Waare vor deren An-

*) Vgl. Band V, № 918, Seite 425.

nahme zu prüfen und eventuell dem Verkäufer sofort zur Disposition zu stellen; wenn letztere unterbleibe, werde die Billigung der Waare vermuthet (vgl. civilrechtl. Entscheid. V, 906, I und VI, 1183). Die am 7. Februar erfolgte Bemängelung der Saat sei demnach bei der Entscheidung der Rechtsfrage, ob das qu. Verkaufsgeschäft von der Klägerin erfüllt worden, nicht zu berücksichtigen. Wenn Beklagter etwa außer Stande gewesen sei, sich die Gewißheit darüber zu verschaffen, ob die Waare probehaltig, hätte er sie doch wohl nur unter Vorbehalt empfangen sollen. Außerdem erscheine es aber fraglos, daß zu einer unzweifelhaften Feststellung der Qualität der verkauften Waare, resp. des Unterschiedes der letzteren und der Verkaufsprobe, Klägerin hätte hinzugezogen werden sollen und daß die einseitige bezügliche Feststellung seitens des Beklagten nicht Anspruch auf Zuverlässigkeit erheben könne. Ueberdies lasse sich beim Kleesaatankauf durch Abnahme einer Probe von allen gelieferten Säcken mit Leichtigkeit sofort in einigen Minuten constatiren, von welcher Qualität die gelieferte Saat sei, und bedürfe es hierzu keineswegs der Reinigung der ganzen gelieferten Partie.

Bei Platzgeschäften (und ein solches liegt hier vor, weil der Verkäufer selbst die Waare dem Käufer zugebracht hat) gilt die vorbehaltlose Abnahme und Bezahlung der Waare nicht unter allen Umständen als Billigung derselben (vgl. Fuchsberger a. a. O. S. 600). Wenn in der hiesigen Rechtsprechung in der vorbehaltlosen Abnahme des Kaufobjects ein Verzicht auf Geltendmachung von Mängeln desselben gefunden worden ist, so galt das selbstverständlich nur von solchen Mängeln, welche offenkundig, d. h. sofort bei der Abnahme ohne besondere Untersuchung wahrnehmbar sind. Wegen der in die Augen fallenden Fehler der Waare, mit deren Rüge der Käufer säumen würde, ist allerdings regelmäßig eine auf diese Fehler nachträglich zu gründende Beanstandung ausgeschlossen (Endemann a. a. O. S. 663). Daß aber die Fehler im concreten Falle offenkundig seien, hat nach allgemeinen processualischen Grundsätzen der die Genehmigung behauptende Verkäufer zu beweisen.

Es liegt auf der Hand, daß der größere oder geringere Schmutzgehalt von Kleesaat nicht durch den bloßen Augenschein bestimmt werden kann. Klägerin selbst hat in dem vorbereitenden Verfahren

stillschweigend zugestanden, daß es hierzu eines besonderen Reinigungsprocesses bedurft habe. Wenn sie gegenwärtig behauptet, daß der Schmutzgehalt schon durch Abnahme einer Probe von jedem Sacke in wenigen Minuten ermittelt werden könne, so liegt hierin nicht nur ein unzulässiges Novum, sondern die Behauptung ist auch an sich unglaubwürdig. Denn auch jeder Nichtfachmann muß leicht erkennen, daß die aus dem Sacke von oben genommene Probe keinen sicheren Schluß darauf zuläßt, daß der Inhalt des Sackes den nämlichen resp. keinen höheren Procentsatz Schmutz aufweise, als die Probe. Jedenfalls ist Klägerin den Beweis dessen schuldig geblieben, daß der vom Beklagten gerügte Fehler offenkundig gewesen sei.

Ferner kommt zu Gunsten des Beklagten in Betracht, daß Klägerin garnicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen hat, daß Beklagter die Möglichkeit, sich Kenntniß vom Zustande der Waare *vor* der Abnahme zu verschaffen, gehabt habe. Vielmehr hat nach der Feststellung des Unterrichters Klägerin die Saat direct aus einem nach dem Kaufabschlusse mittlerweile in Riga eingetroffenen Waggon dem Beklagten zugeführt, dessen Vertreter ausdrücklich erklärt haben soll, daß die Waare wohl in einem Speicher abgestellt, aber wegen der vorgerückten Tageszeit nicht empfangen werden könne. Die Frage, ob der Käufer von dem Zustande der Waare sich zu überzeugen Gelegenheit hatte, ehe der Verkäufer sie aus der Hand läßt, ist aber von Wichtigkeit, selbst wenn es sich um sog. offenkundige Mängel handelt. Denn die Regel vom Ausschlusse der Geltendmachung sichtbarer Mängel cessirt usancemäßig da, wo nach der Lage besonderer Umstände gar keine Besichtigung resp. Untersuchung möglich war (*Gareis* a. a. O., S. 29).

Sodann ist die Frage, ob etwa wegen zu später Mängelanzeige eine Billigung der Waare im vorliegenden Falle angenommen werden müsse, gleichfalls mit dem Unterrichter zu verneinen, da von der Klägerin in keiner Weise dargelegt worden ist, daß die Reinigung von 615 Pud bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange in kürzerer Frist als in drei Tagen habe geschehen müssen. Folglich kann daraus, daß Beklagter erst am 7. Februar zur Mängelanzeige schritt, keineswegs ein Verzicht auf Geltendmachung der Mängel und folgeweise die Genehmigung der Waare selbst gefolgert werden."

II. Die Handlung R. & K. hatte von der Beklagten 25 Faß englischen 35% Chlorkalk zum Preise von 1 Rbl. 45 Kop. per Pud gekauft und nach der Lieferung den Kaufpreis bezahlt. Hinterher klagte sie auf Minderung des Kaufpreises, weil der gelieferte Kalk statt 35 nur 27% Chlor enthalten habe. In dem Erkenntnisse des Wettgerichts vom 4. März 1882, № 101 heißt es:

„Beklagte hat den klägerischen Anspruch durch Vorschützen der Einrede der stattgehabten Billigung des Kaufobjectes zu entkräften gesucht, indem sie geltend macht, daß Kläger eine rechtzeitige Mängelanzeige nicht gemacht habe und daher anzunehmen sei, er habe die Waare gebilligt. Dieser Einwand ist indessen nicht berechtigt, weil die Waare vom Verkäufer hier am Orte geliefert und auch vom Käufer hier am Orte angenommen worden ist, mithin ein Platzgeschäft in Frage kommt, bei welchem regelmäßig eine Untersuchungs- und Anzeigepflicht in der für Distancegeschäfte geltenden Bedeutung nicht besteht, vielmehr die Grundsätze des gemeinen bzw. des Provinzialrechts entscheiden, nach welchen (vgl. Art. 3272 des III. Theils) der Anspruch auf Preisminderung erst durch Ablauf eines Jahres, von dem Vertragsschlusse oder der besonderen Zusicherung an gerechnet, erlischt; es sei denn, daß aus anderen Umständen eine frühere Billigung der Waare gefolgert werden könnte (Fuchsberger, Entscheid. des ROHG., S. 538). Bei Platzgeschäften gilt aber die vorbehaltlose Empfangnahme und Bezahlung der Waare nicht unter allen Umständen als Billigung derselben (vgl. Fuchsberger a. a. O., S. 600), der Käufer hat vielmehr in Folge des Umstandes, daß er nach Empfang die Waare bezahlte, im Zweifel nur eine Präsumtion der gehörigen Beschaffenheit der Waare gegen sich; er hat daher, wenn er nachher den Kaufpreis wegen Mangelhaftigkeit der Waare ganz oder zum Theil zurückfordert, den Beweis der Mangelhaftigkeit zu liefern (vgl. Gareis, das Stellen zur Disposition, S. 160) . . . Der Klägerin lag mithin in Anbetracht dessen, daß Beklagte nicht zu wissen erklärt, ob die Waare beim Verkaufe 35 oder 27% chlorhaltig gewesen sei, der Beweis ob, daß sämmtliche ihr gelieferten Fässer Waare von geringerer als der ausbedungenen Qualität enthalten haben."

Dieses Erkenntniß ging in Rechtskraft über.

1459. Alternative Befugnisse des Verkäufers beim Verzuge des Käufers mit der Abnahme der Waare. Verbindlichkeit der getroffenen Wahl.

„Nach der übereinstimmenden Darstellung in der Klage und deren Beantwortung durch den Beklagten hat Beklagter am 29. April 1883 vom Kläger c. 3000 Pud Hanfsaat zum Preise von 1 Rbl. 83 Kop. per Pud mit der Abmachung gekauft, daß die Waare binnen 14 Tagen zu empfangen sei. Ebenso unbestritten ist, daß Beklagter nach Zahlung von 2000 Rbl. am 13. und 14. Mai nur 797 Pud empfangen hat und darauf Kläger am 27. Mai durch einen öffentlichen Notar den Beklagten aufgefordert hat: „binnen 24 Stunden den Kaufpreis für den Rest der obigen Partie Hanfsaat zu reguliren und den Rest zu empfangen, widrigenfalls Kläger denselben für des Beklagten Rechnung und Gefahr anderweitig bestmöglich verkaufen werde."

Unter Berufung auf die unterstrichenen Worte der klägerischen Interpellation wendet Beklagter gegen die auf Bezahlung und Empfang der restirenden 2002 Pud 20 Pfd. Hanfsaat gerichtete Klage ein, Kläger habe kein Recht mehr Erfüllung des Vertrages zu fordern, nachdem er sein Wahlrecht angezeigtermaßen bereits vor der Klage dahin ausgeübt habe, daß er die Waare anderweitig für des Beklagten Rechnung verkaufen werde.

Einzig über die Berechtigung dieses Einwandes ist hier zu entscheiden, wogegen die in zweiter Reihe vom Beklagten geltend gemachte Behauptung, Kläger habe die Lieferung verweigert, schon deshalb hinfällig ist, weil weder eine bestimmte Lieferungsfrist vom Beklagten behauptet, noch sonst ein Lieferungsverzug des Klägers genügend thatsächlich substanziirt ist, noch Beklagter seine Absicht vom Vertrage seinerseits abzugehen, dem Kläger vor der Klage überhaupt angezeigt hat.

Nach dem obigen Referate, befand sich Beklagter seit dem 14. Mai, wo die vertragsmäßig bestimmte Empfangszeit abgelaufen war, im Zahlungs- wie im Empfangsverzuge. Nach der Praxis des Wettgerichts, wie des Raths hat der Ablauf der vertragsmäßigen Frist, welche nach Art. 3306 Ziffer 3 des Privat-

rechts den Verzug bewirkt, auch von selbst für den Gläubiger die Befugniß zur Folge, statt der Erfüllung vom Schuldner Zahlung der Differenz zu beanspruchen, oder auch vom Vertrage abzugehen, als ob er nicht geschlossen wäre, ohne daß dabei zwischen Fixgeschäften und Nichtfixgeschäften ein Unterschied gemacht wird. Zwischen den genannten drei Rechten hat jedoch der Gläubiger die Wahl, so daß das eine die beiden anderen ausschließt (civilrechtl. Entsch. III, S. 337), und dieses Wahlrecht kann er nach dem für alternative Befugnisse überhaupt geltenden Grundsatze des Art. 2928 a. a. O. nur einmal ausüben, wobei die getroffene Wahl unabänderlich ist, — wie das auch in dem deutschen Handelsrecht feststeht. Eine bestimmte Zeit für die Ausübung der Wahl gilt dagegen nur insofern, als der Verzug bei ihrer Geltendmachung bereits vorliegen muß, wiewohl es nicht unstatthaft erscheint, die Interpellation mit der Anzeige der Wahl zu verbinden (Entsch. des ROHG. VII, S. 389. VIII. S. 82). Im Fragefalle hat eine solche Verbindung unzweideutig stattgefunden, indem Kläger einer Aufforderung an den Beklagten, binnen allenblicher Frist von 24 Stunden den Rest der verkauften Waare gegen Zahlung zu empfangen, die Erklärung hinzufügte, daß er bei Nichterfüllung seiner Forderung die Waare für des Beklagten Rechnung anderweitig verkaufen, daß heißt also statt der Erfüllung die Differenz fordern werde.*) Daß Kläger an die dergestalt, erklärte Wahl gebunden ist, unterliegt umsoweniger einem Zweifel, als zur Zeit der Erklärung (27. Mai) die Empfangsfrist bereits verstrichen und damit der Empfangsverzug bereits eingetreten war.

Der im Widerspruche zu des Klägers Erklärung, wegen des Verzuges von Beklagtem die Differenz fordern zu wollen, in der Klage erhobene Anspruch auf Erfüllung ist somit rechtlich nicht begründet."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Wettgerichts vom 7. Juli 1883, № 378.)

*) Hierzu ist zu vergleichen Seite 511.

1460. Der Verkäufer darf beim Verzuge des Käufers nicht schlechthin die Preisdifferenz fordern.

I. „Nach der Klagedarstellung ist Beklagter seiner Verpflichtung, eine von der Klägerin ihm fest verkaufte Partie Superphosphat von 1000 Sack zum Preise von 3 Rbl. 75 Kop. im Laufe der Saison 1884 bis spätestens zum 15. September der Verkäuferin abzunehmen, nicht nachgekommen. Die Klagebitte ist gerichtet auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der sich aus der Differenzberechnung ergebenden Schadenersatzsumme von 3000 Rbl. sammt Proceßzinsen und Kosten. Zur Begründung dieses Umfanges der Forderung wird angeführt: Die Handelssaison schließe thatsächlich mit dem 15. September, die alsdann unverkauft gebliebene Waare könne erst im nächsten Frühjahr realisirt werden, der Preis sinke daher um 30—50 Kop. pro Sack, da die Kosten der Speicherung und Versicherung wenigstens soviel betrügen. Der der Klägerin geursachte Schaden beziffere sich somit auf die Differenz zwischen dem stipulirten Kaufpreise und dem Marktpreise von Superphosphat in der Zeit nach dem 15. September, mithin auf mindestens 3000 Rbl.

Mit dieser Klage ist die Klägerin durch Erkenntniß des Wettgerichts vom 17./23. November 1884, № 185/791 angebrachtermaßen abgewiesen worden. Das Untergericht weist darauf hin, daß ein Recht des Verkäufers die Preisdifferenz zu fordern, ohne daß er thatsächlich die Waare verkauft hätte, weder nach den hiesigen Börsenusancen, noch nach dem deutschen Handelsrechte, noch nach dem provinziellen Privatrecht bestehe. Die Klage auf die Differenz sei also unschlüssig, da Klägerin nicht behaupte, daß sie die Waare für Rechnung des Beklagten unter Beobachtung der bezüglichen Rechtsvorschriften habe verkaufen lassen.

Die Klägerin, welche die Sache mit der Appellation an den Rath gebracht hat, ist bemüht in der Rechtfertigungsschrift diese Auseinandersetzung zu widerlegen; der Angriff gegen die erste Entscheidung ist indessen völlig unbegründet.

Handelsrechtlich kann, wenn die Lieferung noch nicht erfolgt und der Käufer mit Empfang und Zahlung im Verzuge ist, der Verkäufer entweder auf Erfüllung des Vertrages und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung klagen, oder zum Selbsthilfeverkaufe

schreiten und dazu Schadensersatz (die Differenz zwischen dem Mindererlös und dem Kaufpreise) fordern, oder endlich vom Vertrage zurücktreten. Der vom Verzuge des Käufers beim Lieferungskaufe handelnde § 21 des Cap. V der hiesigen Börsenusancen setzt nichts Abweichendes fest, denn er erwähnt nur, daß nach erhobenem Proteste des Lieferanten gegen den Käufer, wenn dieser nicht innerhalb sieben Tagen empfangen habe, alle und jede Gefahr, welcher der Waare in den Strusen, wo sie lagert, zustoßen könnte, auf den Käufer übergehe.

Die obigen drei Alternativen erschöpfen aber auch nach den Vorschriften unseres Gesetzbuches das Recht des Verkäufers beim Verzuge des Käufers, denn wenn Appellantin sich auf die allgemeinen Artikel 3440 ff. und 3451 des III. Thls. des Prov.-Rechts und den daselbst ausgesprochenen Satz beruft, daß dem Beschädigten jeder nicht zufällige Schade in der Regel ersetzt werden müsse, so wird dabei übersehen, daß nach Art. 3450 ebds., wenn die Verbindlichkeit zum Schadensersatz durch Verletzung einer vertragsmäßig übernommenen Obliegenheit begründet ist, — über den Umfang dieser Verbindlichkeit der Inhalt des Vertrages entscheidet. Kommen, wie hier, besondere Vertragsbestimmungen über die Ersatzpflicht nicht in Frage, so entscheidet das Gesetz. Die gesetzlichen Folgen aber der unrechtfertigen Verzögerung der Zahlung und bzw. der Annahme des Gegenstandes des Forderungsrechts (Art. 3305), d. h. hier des Käuferverzuges, welcher die Grundlage des Klageanspruchs der Appellantin bildet, sind gekennzeichnet:

1. in den Art. 3320, 3861 und 3209, 3210, 3889, welche den morosen Käufer zum Ersatz des Interesse verpflichten, jedoch bei Aufrechthaltung der Verbindlichkeit des Verkäufers zur seiner seitigen Vertragserfüllung; diese Bestimmungen greifen nicht Platz weil Appellantin gegenwärtig die Erfüllung des Lieferungsvertrages nicht anbietet; 2. in den Art. 3524 und 3886, welche ohne den Schadensersatzanspruch des Verkäufers zu berühren, dem letzteren das Recht zur Veräußerung der Waare für Gefahr des Verkäufers geben; dieses Rechtes hat sich die Appellantin nicht bedient; 3. in den Art. 3321 uud 3890, P. 5, welche das Rücktrittsrecht des Verkäufers vom Vertrage für den — nach Handelsrecht bei abgelaufener Empfangsfrist schlechthin zu präsumirenden —

Fall anerkennen, daß der beim Vertragschlusse beabsichtigte Zweck durch den Verzug vereitelt worden sei; hierauf beruft sich Appellantin nicht, sie erhebt ihre Ersatzforderung vielmehr auf Grund des Vertrages.

Es ist also richtig, daß der Selbsthilfeverkauf, wie Appellantin hervorhebt, nicht eine Pflicht, sondern nur ein dem Verkäufer beim Verzuge des Gegners zustehendes Recht ist; unrichtig ist aber die Folgerung der Appellantin, daß der säumige Käufer zum Schadenersatz verpflichtet sei, wenn der Verkäufer weder zum Selbsthilfeverkauf schreitet, noch auch Vertragserfüllung anbietet. — Die Wahl einer dieser Alternativen ist allerdings Pflicht des das Interesse fordernden Verkäufers. An ihre überall unzutreffenden theoretischen Erörterungen schließt Appellantin noch die praktische Erwägung, daß der dem Verkäufer auferlegte Zwang zur Veräußerung der nicht empfangenen Waare vorliegenden Falls beide Parteien schädigen würde: den Appellaten, sofern der sofortige Verkauf zu seinen Ungunsten eine viel größere Differenz ergeben würde, als die in der Klage geforderte Summe; die Appellantin aber insofern, als sie einen solchen größeren Betrag vom Gegner muthmaßlich nicht würde beitreiben können.

Hierauf genügt es zu bemerken, daß ein Zwang zur Veräußerung nicht vorliegt und beim Angebote der Lieferung seitens der Appellantin sich die Sache eventuell anders gestalten würde, ferner daß Appellantin bei der Verfolgung ihres Rechts nicht das Interesse des Gegners zu vertreten braucht und endlich, daß Appellantin es sich selbst zuzuschreiben hätte, wenn sie beim Vertragschlusse, sich über die ihr gesetzlich aus dem Vertrage erwachsenden Pflichten, bzw. Rechte täuschte. — Appellantin will augenscheinlich das System des fingirten Deckungskaufes (Berechnung der Differenz zwischen Kauf- und Marktpreis), welches nach Handelsrecht unter Umständen beim Verzuge des Verkäufers zur Anwendung kommt, analog für den Fall der mora des Käufers zur Geltung bringen; dieser Gebrauch entbehrt aber, wie bereits die erste Instanz hervorgehoben hat, jeder Rechtsgrundlage.

Auf den Einwand des Appellaten, die Klage habe auch wegen unterbliebener Anzeige der Appellantin darüber, daß sie Schadens-

ersatz fordern wolle, als unschlüssig zu gelten, braucht hiernach nicht weiter eingegangen zu werden."

(App.-Erk. des Raths vom 3. April 1885, № 2488.)

II. „Klägerin hat Thatsachen, aus welchen hervorginge, daß, wann und wie sie die vom Kläger nicht abgenommenen Zuckerlieferungen für dessen Rechnung anderweitig verkauft habe, überhaupt nicht angeführt. Dagegen hat sie erklärt, daß sie sich für befugt halte, vom Beklagten die Differenz des Vertragspreises gegen die an der Moskauer Börse officiell notirten Zuckerpreise zur bedungenen Lieferungszeit zu fordern. Sie legt ihrer Schadensersatzforderung somit nicht das Ergebniß eines, garnicht behaupteten, Selbsthilfeverkaufes zu Grunde — und solchenfalls wäre die Klage auch nicht auf Schadensersatz gerichtet, sondern auf Erfüllung, indem Klägerin anstatt der Waare deren bei dem Verkaufe erzielten Preis dem beklagten Käufer herauszugeben hätte (vgl. Seuffert's Archiv XIV, 122 und die Entscheid. d. ROHG. IX, S. 82. XVI, S. 315. XXIII, S. 193. Entsch. des Reichsgerichts V, S. 65), sondern sie verlangt schlechthin die Differenz des Vertragspreises gegen den Börsenpreis. Die Frage, von welcher die rechtliche Schlüssigkeit der vorliegenden Klage abhängt, ist also: kann der Verkäufer von dem Käufer, welcher mit der Abnahme der Waare im Verzuge ist und auch den Kaufpreis nicht bezahlt hat, einfach die Preisdifferenz beanspruchen, oder muß er, um letztere fordern zu können, die Waare thatsächlich in der dafür vorgeschriebenen Weise verkauft haben?

Diese Frage ist in der Doctrin und auch in der Praxis auswärtiger Gerichte häufig im ersteren Sinne beantwortet worden, indem man das dem Käufer zustehende Recht, im Falle des Lieferungsverzuges vom Verkäufer die Differenz des Vertragspreises gegen den Marktpreis zur Zeit und am Orte der Lieferung zu beanspruchen, ohne daß er den thatsächlichen Ankauf der Waare darzuthun hätte, auch dem Verkäufer gegenüber dem Käufer vindicirt hat (vgl. Thöl, Handelsrecht 5. Aufl., § 281 sub C und 282 sub B 2. Brinckmann, Handelsrecht, § 100 S. 377. Lamprecht, Verzug beim Kaufe (1872), S. 78 und 79). Das deutsche Handelsgesetzbuch hat dagegen — und zwar ohne

Unterschied zwischen Fixgeschäften und Nichtfixgeschäften — in den Art. 354 und 357 die Ansicht sanctionirt, daß der Verkäufer nicht schlechthin die Preisdifferenz in Anspruch nehmen, sondern nur statt der ihm obliegenden Erfüllung die Waare für des Käufers Rechnung unter gewissen Formalitäten verkaufen und, insofern dabei ein Minderpreis erzielt wird, „Schadenersatz" fordern darf (Seuffert's Archiv XX, 247. Lamprecht a. a. O. S. 78. Puchelt, Commentar zum DHGB., bei den obigen Artikeln). Daß der Verkäufer aber, ohne von dem Selbstverkauf Gebrauch zu machen, schlechthin die Preisdifferenz von dem Käufer verlangen dürfe dafür liegt weder in den Bestimmungen des Provinzialrechts, noch, in dem hierorts geltenden Handelsrechte ein Rechtssatz vor, noch auch ein praktisches Bedürfniß. Das Interesse des Verkäufers ist, falls er nicht vorzieht den Kauf überhaupt rückgängig zu machen, ausreichend geschützt, wenn es ihm freisteht seine Waare, welche der Käufer nicht bezahlt oder nicht abnimmt, für dessen Rechnung zum Verkauf zu bringen und sich wegen des Ausfalles am Preise an den Käufer zu halten. Ihm ohne Rücksicht auf die thatsächliche Vornahme des Verkaufes ein Klagerecht schlechthin auf die Preisdifferenz zu gewähren, hieße nur das Börsenspiel und die verbotenen Differenzgeschäfte begünstigen, und der Mangel eines praktischen Bedürfnisses der Handelswelt an einem solchen Klagerechte ergiebt sich wohl schon aus den Usancen der Rigaer Börse, welche nirgend eine Forderung des Verkäufers auf die Preisdifferenz wegen Verzuges des Käufers statuiren, sondern im Cap. I, § 4 nur die Befugniß des Verkaufscommissärs aussprechen, die von dem auswärtigen Käufer nicht abgenommene bzw. nicht bezahlte Waare entweder für dessen Rechnung auf Lager zu nehmen, oder sofort wiederum zu verkaufen. Ein Recht des Verkäufers schlechthin auf die Preisdifferenz, wie es Klägerin in der von ihr vorgebrachten Klage verfolgt, ist somit nach dem hiesigen Rechte nicht anzuerkennen.

Daß nach dem in Moskau geltenden Rechte, welches für den Fragefall, wo Lieferung, wie Abnahme der ausdrücklich per comptant verkauften Waare zufolge der beigebrachten Maklernotiz in Moskau stattfinden sollte, gemäß Art. XXXV der Einleitung des Provinzialrechts Thl. III zunächst entscheidend wäre (vgl. Entsch.

des ROHG. XI, Seite 86), andere Grundsätze beständen, hat Klägerin nicht behauptet oder gar nachgewiesen. Die erfolgte Abweisung der erhobenen unschlüssigen Klage ist daher zu bestätigen.

(App.-Erk. des Raths vom 10. Mai 1885, № 3444.)

1461. Bedeutung und Wirkungen des Selbsthilfeverkaufes.

I. „Der Selbsthilfeverkauf ist ein Kaufvertrag, welchen der Verkäufer, um sowohl sich, als nach Umständen auch den säumigen Käufer (des ersten Kaufvertrages) vor weiterem Schaden zu bewahren, zwar in eigenem Namen, aber für Rechnung des säumigen Käufers*) abschließt (Endemann, Handbuch II, S. 619 und Art. 3524 des Privatrechts). Die Verkaufsselbsthilfe bezweckt lediglich die Beschaffung eines Erfüllungssurrogats. Der von ihr Gebrauch machende Verkäufer tritt nicht vom Vertrage zurück, er verlangt auch nicht an Stelle der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung; sondern er besteht auf Erfüllung mit der Modification, daß an die Stelle der contractlichen eine andere Art der Erfüllung tritt (Entscheid. des ROHG. IX, S. 118. VII, S. 407). Hieraus folgt, daß, wenn der durch den Selbsthilfeverkauf erzielte Preis hinter dem Vertragspreise zurückbleibt, der säumige Käufer die Differenz dem Verkäufer nachzuzahlen hat. Andererseits ist es aber auch nur eine Consequenz des Grundsatzes, daß der Selbsthilfeverkauf für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt, daß der durch den Selbsthilfeverkauf etwa erzielte Ueberschuß über den Vertragspreis dem säumigen Käufer zu Gute kommen muß. Letzteres trifft im vorliegenden Falle zu und es darf daher der klagende Käufer zweifellos auf diesen Ueberschuß Anspruch erheben.

Es hat der zum Verkaufe für Rechnung des Käufers schreitende Verkäufer ferner die aus der Natur der Sache sich ergebende Verpflichtung, die Waare zu einem möglichst hohen Preise zu verkaufen. Wenn er nicht die öffentliche Versteigerung, bei welcher der säumige Käufer mitzubieten vermag, sondern den Verkauf unter der Hand vorzieht, so darf er die Waare nicht unter dem laufenden Preise, d. h. demjenigen, welcher als der gemeine Durchschnittspreis zu der betreffenden Zeit und an dem betreffenden Orte dargelegt wird, verkaufen. Der Verkauf unter diesem Preise geschieht auf

*) Vgl. Band VI, № 1192, Seite 374 und Seite 511 dieses Bandes.

Risico und Rechnung des Verkäufers und es darf dann der säumige Käufer den laufenden Preis dem Verkäufer in Anrechnung bringen (Endemann a. a. O., S. 727 und Fuchsberger, Entscheid. des ROHG., S. 517). Da im vorliegender Falle . . . der laufende Preis für Petroleum zur Zeit der Verkaufsselbsthilfe hier den Verkaufspreis bedeutend überstieg, so ist Beklagter, selbst wenn man den . . . Selbsthilfeverkauf als berechtigt gelten lassen will, immerhin zum Ersatze der Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem laufenden Preise dem Kläger gegenüber verpflichtet."

(Aus den Motiven des App.-Erk. des Raths vom 23. November 1884, № 8019.)

II. Die Handlung R. zu Bayonne hatte der Handlung H. & Co. zu Riga 666 Fässer Harz verkauft und, als letztere die Abnahme der Waare verweigerte, zuerst auf Zahlung des Kaufpreises geklagt, darnach aber die Waare nach bezüglicher Ankündigung an die Beklagte öffentlich versteigern lassen und nunmehr Zahlung der Differenz des Versteigerungserlöses (abzüglich der gehabten Unkosten) gegen den facturirten Kaufpreis gefordert.

In dem Bescheide des Wettgerichts vom 29. September 1883, № 519 wurde auf den Einwand der Beklagten, daß eine neue Klage angestellt sei, bemerkt:

„Der Ansicht der Beklagten, als sei die gegenwärtige Klage mit der früheren nicht mehr identisch, ist zwar nicht beizutreten. Denn wie die ursprüngliche Klage auf den Vertrag gegründet und auf dessen Erfüllung gerichtet war, so ist es auch die erweiterte Klage, indem bei obwaltendem Zahlungsverzuge der Verkäufer nach Art. 3886 des Prov.-Recht Thl. III, wie nach dem Handelsrecht befugt ist, die noch nicht übergebene Waare für des Käufers Gefahr und Rechnung versteigern zu lassen, dergestalt, daß für ihn die Erfüllung des Kaufes statt in der Uebergabe der Waare nunmehr in der Herausgabe des Versteigerungspreises abzüglich der dadurch erwachsenden Kosten besteht, sein Anspruch aber die Zahlung des Kaufpreises zum Gegenstande behält (Seuffert's Archiv XIV, 122. Entscheid. des ROHG. IX, Seite 82. XVI, S. 315. XXIII, S. 193). Bleibt hiernach die Klage nach wie vor die

Vertragsklage auf Erfüllung und steht insoweit der veränderten Klagebitte processualisch nichts entgegen ꝛc."

Aus Zweckmäßigkeitsgründen wurde Beklagte von der Einlassung auf die veränderte Klagebitte bis zur rechtskräftigen Erledigung der ursprünglichen Klage befreit.

Dieser Bescheid wurde rechtskräftig.

1462. Rechte des Käufers beim Lieferungsverzuge des Verkäufers. Unterscheidung zwischen Fixgeschäften und Nichtfixgeschäften? Anzeige über die getroffene Wahl.

I. „Kläger hat von der Beklagten Ersatz des Schadens verlangt, welcher ihm dadurch entstanden sei, daß Beklagte ihm drei Schiffsladungen Korkholz, enthaltend je 1000 Ballen, verkauft und dieselben Anfang April, Anfang Juli und Anfang October 1882 in Riga zu liefern sich verpflichtet, jedoch nicht geliefert habe. Beklagte behauptet, die Klage sei unschlüssig, weil in ihr nicht angeführt sei, daß Kläger, nachdem Beklagte zum Termin nicht geliefert, ihr Anzeige von seinem Entschlusse, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, gemacht und ihr damit die Möglichkeit, noch um eine Nachfrist zur Lieferung nachzusuchen, entzogen habe.

Das deutsche Handelsgesetzbuch unterscheidet bei der Feststellung der Wirkungen des Verzuges allerdings zwischen s. g. Fixgeschäften und Nichtfixgeschäften und verpflichtet bei den letzteren den Käufer, dem mit der Lieferung säumigen Verkäufer Anzeige davon zu machen, daß er Schadensersatz wegen der Nichterfüllung verlange, so wie demselben auf Verlangen noch eine Nachfrist zur Lieferung zu gewähren. Wie jedoch das DHGB. keine Rechtsquelle für das hiesige Handelsrecht ist, so hat auch die obige Unterscheidung zwischen Fixgeschäften und Nichtfixgeschäften in die hiesige Praxis keinen Eingang gefunden,*) sondern man hat dem Käufer bei vorhandenem Lieferungsverzuge des Verkäufers auf Grund des gemeinen Handelsrechts, das jene Formvorschriften nicht kennt (Thöl, Handelsrecht 5. Aufl. §§ 181 und 182), stets schlechthin die Wahl zwischen den drei Befugnissen eingeräumt, Erfüllung nebst Schadensersatz wegen der Verspätung, oder Schadensersatz wegen der Nichterfüllung zu fordern, oder endlich vom

*) Vgl. oben № 1459.

Vertrage abzugehen, als ob dieser nicht geschlossen wäre (siehe civilrechtl, Entsch. I, № 126; III, № 430; IV, № 643; V, № 914 u. s. w.), wobei die Möglichkeit einer Purgation des Verzuges sich nach den Art. 3326 und 3327 des Prov.-Rechts Th. III richtet. Eine Anzeige des Käufers, daß er die verspätete Lieferung nicht mehr annehmen wolle, wie sie das DHGB. für Nichtfixgeschäfte vorschreibt, konnte beim Mangel einer bezüglichen Unterscheidung zwischen Fix- und Nichtfixgeschäften hier schon an sich nicht für wesentlich erachtet werden und ist nur dort verlangt worden, wo der Verkäufer nach Eintritt des Verzuges noch geliefert oder wenigstens Lieferung angeboten, also mit anderen Worten Purgation des Verzuges versucht hatte (a. a. O. III, № 431; IV, № 643). In der That hat wohl der Käufer an der Anzeige ein Interesse, um dadurch die Purgation des Verzuges abzuschneiden, der Verkäufer aber hat an ihr kein wesentliches Interesse, weil er eine spätere Lieferung auch unabhängig von jener Anzeige anbieten oder um Gewährung einer Nachfrist nachsuchen kann. Zur Gewährung einer solchen ist aber der Käufer nach gemeinem Handelsrecht nur insoweit verpflichtet, als eine purgatio morae stattfindet und zulässig ist.

Da nun die Anzeige als wesentliche Voraussetzung des Schadensersatzanspruches somit nicht gelten kann, sondern nur gegenüber einem späteren Angebote der Lieferung in Betracht kommen würde, so ist die Klage wegen Mangels der betreffenden Behauptung nicht unschlüssig und das umsoweniger, als nach dem örtlichen Proceßrechte dem nichts entgegensteht, daß die Anzeige seitens des Käufers noch in der Klage erfolgt, was im Fragefalle dadurch geschehen ist, daß Kläger eben Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert hat."

(Rechtskräftiger Bescheid des Wettgerichts vom 8. März 1883, № 127.)

II. „Beklagte macht dem Untergerichte (Erk. des Wettgerichts vom 3. November 1883, № 602) zum Vorwurf, daß dasselbe die handelsrechtlichen Grundsätze über die Anzeigepflicht außer Acht gelassen habe. Ein sog. Fixgeschäft, bei welchem die Zeitbestimmung als wesentliche Bedingung der Vertragserfüllung gelte, könne

hier nicht angenommen werden, Klägerin sei daher auch der — nur bei Fixgeschäften nicht erforderlichen — Anzeige über Ausübung ihres Wahlrechtes nicht überhoben gewesen. Weil aber Klägerin vor Vollziehung des Deckungskaufes ihrer Anzeigepflicht nicht gerecht geworden sei, so ermangele die Klage auf Ersatz der Differenz der rechtlichen Begründung. Zur Unterstützung dieser Anschauung hat sich Beklagte unter anderem auf eine Entscheidung des RHG. V, № 100 berufen, nach welcher die vorgängige Anzeige Bedingung der wirksamen gerichtlichen Verfolgung des Schadenersatzanspruches sei.

Beim Verzuge des Verkäufers hat der Käufer nach Handelsrecht die Wahl, ob er 1) die Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung oder 2) statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder 3) vom Vertrage abgehen will, als ob er nicht geschlossen wäre. Von den beiden letztgenannten Rechten kann der Käufer nicht ohne weiteres Gebrauch machen sondern er muß die von ihm getroffene Wahl dem Verkäufer anzeigen und, wenn die Natur des Geschäfts es gestattet, dem Verkäufer noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachlieferung der Waare gewähren (Endemann Handbuch des Handels-, See- und Wechselrechts II, § 275, S. 732. DHGB. Art. 356). Nur bei sog. Fixgeschäften ist der Käufer, wenn er nicht gerade auf der Nachlieferung besteht, von der Anzeigepflicht entbunden (Endemann a. a. O. S. 734. DHGB. Art. 357). Als Fixgeschäfte können nicht ohne weiteres alle gelten, bei welchen ein bestimmter Erfüllungstag oder eine bestimmte Erfüllungsfrist festgesetzt ist; ein Fixgeschäft wird vielmehr nur dann angenommen, wenn die verabredete Erfüllungszeit entweder nach der ausdrücklich und mit unzweideutigen Worten ausgesprochenen oder sich aus den vorliegenden Umständen zweifellos ergebenden Intention der Parteien etwas dergestalt Wesentliches sein soll, daß die spätere Erfüllung überhaupt nicht als Erfüllung angesehen werden kann (DHGB. 357 und v. Hahn's Commentar dazu S. 357). Klägerin hat im vorliegenden Falle eine Anzeige nicht gemacht (der Windprotest kann als solche nicht angesehen werden), auch weist die von der Klägerin behauptete Zeitbestimmung nicht durchaus auf ein Fixgegeschäft hin. Die Frage aber, ob im vorliegenden Falle aus den be-

gleitenden Umständen auf ein beabsichtigtes Fixgeschäft zu schließen sei, kann unerörtert bleiben, weil selbst in dem Falle, wenn ein Fixgeschäft nicht anzunehmen ist, die Schlußfolgerung der Beklagten nicht gebilligt werden kann.

Die vorgängige Anzeige über die getroffene Wahl bildet nämlich keineswegs eine unerläßliche Voraussetzung und Bedingung der Klage auf Leistung des Interesse, wie Beklagte annimmt. Auch ist diese Meinung in der von der Beklagten angezogenen Entscheidung des ROHG. V, № 104 keineswegs ausgesprochen. Die Anzeige kann vielmehr auch bei Einleitung des Processes und während desselben erfolgen (vgl. v. Hahn's Commentar zu § 356, S. 365). Die Nachtheile dieser späteren Anzeige können für den Käufer, welcher bereits zum Deckungskaufe geschritten ist, nur darin bestehen, daß sich der verklagte Verkäufer zur Nachlieferung erbietet bzw. Nachlieferung leistet und dadurch die Klage auf das Interesse zurückschlägt. Ein solches Erbieten zur Nachlieferung ist aber seitens der Beklagten nicht nur nicht erfolgt, sondern sie hat während des 3—4 Jahre andauernden Processes den Abschluß des behaupteten Kaufvertrages und implicite ihre Verpflichtung zur Lieferung bestritten."

(App.-Erk. des Raths vom 31. October 1884, № 7513.)

1463. Voraussetzungen des Rücktrittes des Käufers vom Vertrage wegen Lieferungsverzuges.

Der auf Erfüllung des Kaufes belangte Käufer wendete unter anderem ein, Kläger habe sich im Lieferungsverzuge befunden, weil schon am 12. October festgestanden habe, daß derselbe das zu liefernde Quantum Hölzer bis zum 15. October — wo die Lieferungsfrist ablief — nicht liefern könne. Beklagter sei daher schon am 12. October berechtigt gewesen, wegen Vereitelung des Vertragszweckes den Vertrag aufzuheben.

Das App.-Erk. des Raths vom 18. April 1884, № 2693 bemerkte hierzu:

„Wenn auf Grund des Lieferungsverzuges des Gegners dem Beklagten das Recht zur Aufhebung des Vertrages zustand, so hatte er eben nur die Wahl, dieses Recht auszuüben bzw. das Interesse zu beanspruchen (vgl. Art. 3320 und 3321 des Prov.-Rechts Thl.

III), oder unter Verzicht auf die Hebung des Vertrages die Erfüllung desselben zu fordern. Nach Handelsrecht war überdies Beklagter, wenn er auf den Lieferungsverzug einen Anspruch gründen wollte, verpflichtet, hiervon sogleich den Gegner in Kenntniß zu setzen*) (vgl. civilrechtl. Entscheid. IV, № 643. VI, № 1189). Letzteres ist aber weder am 12. October, noch während der bis zum 15. October laufenden Lieferungszeit geschehen, sondern erst zwei Tage nach Ablauf der Frist, am 16. October. Ein Verzug des Verkäufers war also in der Zeit vom 12. bis zum 15. October noch nicht begründet. Wäre der Lieferungsverzug aber auch mit dem 12. October begründet gewesen, so könnte Beklagter daraus doch keine Ansprüche erheben, weil er in der Zeit vom 12. October ab, und zwar noch am Tage nach Ablauf der Lieferungsfrist — am 16. October — successive verschiedene Quantitäten Hölzer vom Kläger vorbehaltlos empfangen hat, obgleich diese Leistungen verspätet waren (vgl. Art. 3330 a. a. O.), insofern sie zur Erreichung des — nach Angabe des Beklagten schon vereitelten — Vertragszweckes nicht mehr dienen konnten. Es ist hiernach klar, daß Beklagter in der Zeit vom 12. bis zum 17. October den Vertrag nicht aufgehoben hatte, vielmehr die Erfüllung desselben erstrebte und folgerecht auch seinerseits, bei Vermeidung der Nachtheile eigenen Verzuges, die ihm nach dem Vertrage obliegenden Verpflichtungen erfüllen mußte. Beklagter hat das aber keineswegs gethan, gesteht vielmehr selbst zu, daß er vom 12. October ab nicht mehr contractmäßig die empfangene Waare bezahlt und andererseits das erst bei der letzten Lieferung zu verrechnende Handgeld wieder in Abzug gebracht habe. Durch dieses Verhalten gerieth Beklagter, welcher nach dem Vertrage das Handgeld vorauszubezahlen, im Uebrigen aber Zug um Zug zu erfüllen hatte, in mora solvendi und Kläger war nach Art. 3881 zur weiteren Lieferung ohne vorherige Zahlung

*) Zu einer solchen Anzeige ist der vertragstreue Contrahent nicht verpflichtet, denn die Anzeige ist nicht eine Voraussetzung des Rücktrittsrechts oder des Schadensersatzanspruches, welche durch die bloße Thatsache des eingetretenen Verzuges allein schon begründet sind (Art. 3320 bzw. 3321 des Privatrechts). Durch die Anzeige wird vielmehr nur die sonst mögliche Purgation des Verzuges (Art. 3327) abgeschnitten und aus diesem Grunde ist der vertragstreue Contrahent dazu in seinem Interesse berechtigt.

nicht verpflichtet. Lag aber eine Lieferungspflicht des Verkäufers nicht mehr vor, so konnte auch ein Lieferungsverzug nicht mehr entstanden sein bzw. bestehen. Der den Verkäufer wegen Verzuges verantwortlich machende Notariatsprotest vom 17. October erweist sich also als wirkungslos und der aus dem Lieferungsverzuge abgeleitete Ersatzanspruch des Beklagten wegen des Liegegeldes und der Preisdifferenz muß — wie das Wettgericht gethan hat — als unschlüssig verworfen werden."

1464. Berechnung des Interesse des Käufers beim Lieferungsverzuge des Verkäufers. Deckungskauf.

Klägerin hatte von der Beklagten 6000 Pud Roggen bis Ende September 1880 zu liefern, zum Preise von 2 Kop. über das Pfd. gekauft und, als Beklagte nur einen Theil der Waare lieferte, am 30. September Protest erhoben, am 1. October aber durch den Börsenmakler B. die fehlenden 2662 Pud 15 Pfd. zum Preise von 35 Kop. übers Pfd. für der Beklagten Rechnung angekauft. Auf den von der Beklagten gegen die Preisdifferenzforderung erhobenen Einwand, Klägerin habe nicht mehr als den Marktpreis, der 32 Kop. über's Pfd. betragen habe, beim Deckungskaufe zahlen dürfen, wurde in dem App.-Erk. des Raths vom 31. October 1884, № 7513 erkannt:

„Aus der Schlußnotiz und der eidlichen Aussage des Börsenmaklers B. ist freilich zu ersehen, daß derselbe im Auftrage der klägerischen Handlung am 1. October 1880 2267 Pud Roggen zum Preise von 35 Kop. über das Pfd. für die Klägerin angekauft hat. Nach feststehenden handelsrechtlichen Grundsätzen, welche auch vom Rathe bereits wiederholt ausgesprochen worden sind (civilrechtl. Entscheid. V, № 914. VI, № 1191), besteht indessen das dem Käufer vom säumigen Verkäufer zu ersetzende Interesse bei solchen Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- oder Börsenpreise am Orte und zur Zeit der geschuldeten Lieferung (Endemann, Handelsrecht § 113, S. 558).*) Zwar ist es nicht ausgeschlossen, daß das Interesse des Käufers unter besonderen Umständen über diese Differenz hinausreichen kann, in

*) Vgl. Band VI, № 1191.

solchem Falle ist es aber Sache des Käufers diejenigen besonderen Umstände darzulegen, welche eine Erhöhung seines Interesse hervorriefen. Klägerische Handlung hätte mithin in dem vorliegenden Falle klarstellen sollen, daß und inwiefern sie die nicht gelieferte Quantität und Qualität Roggen nicht für den, von ihr gleichfalls nachzuweisenden, Marktpreis habe erlangen können, sondern einen höheren Preis, von 35 Kop über's Pfd. habe zahlen müssen.*)

Die Aussagen des Börsenmaklers B. über den Marktpreis, welche schon deshalb mit Vorsicht entgegenzunehmen sind, weil er den Ankauf besorgt hat, sind ungenügend, da er nur bestätigt, daß der Marktpreis im Anfang October 35 Kop. über's Pfd. betragen habe. . . . Der Preis von 32 Kop. ist mithin als Marktpreis für den 30. September anzuerkennen. . . . Ein höherer Preis als der Marktpreis hat aber der Berechnung des klägerischen Interesse nicht zu Grunde gelegt werden können, weil Klägerin solche besondere Umstände nicht hat anführen können, welche es herbeigeführt haben, daß sie zu ihrer Deckung 35 Kop. über's Pfd. hat zahlen müssen."

1465. Der Eintritt des mit dem Kaufabschlusse beauftragten Agenten als Selbstkäufer hebt seine aus dem Agenturverhältnisse bestehenden Verpflichtungen nicht auf.

Der Kaufmann B. in London war Agent für den mit Holz handelnden Kaufmann S. in Riga und hatte eine von letzterem aufgegebene Verkaufsofferte in eigenem Namen acceptirt, sowie darauf den Kauf mit S. abgeschlossen, hinterher aber letzteren angewiesen, die Lieferung an R. in Riga zu bewerkstelligen. Als er wegen nicht bewerkstelligter Lieferung S. auf Schadenersatz belangte, wandte

*) Die Ansicht, daß der Käufer, wenn er zum Deckungskaufe schreite und sich dabei der Vermittelung eines Börsenmaklers bediene, noch besonders beweisen müsse, daß der gezahlte Preis dem Marktpreise entspreche, ist unhaltbar, weil der Käufer beim Deckungskaufe kraft eigenen Rechtes, nicht als Geschäftsführer des Verkäufers handelt, und dabei nur einzuhalten braucht, was die Geschäftssitte erfordert. Das ist geschehen, wenn er durch einen Börsenmakler die Waare anschafft, und es ist dann Sache des Verkäufers, zu behaupten bzw. nachzuweisen, daß der vom Makler bewilligte Preis den Marktpreis übersteige. Vgl. Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen XI, № 40, Seite 197.

dieser ein, Kläger B. habe zuwider den ihm ertheilten Instructionen den Kauf statt für ein englisches Haus, für Rechnung von R. in Riga abgeschlossen und dadurch des Beklagten Interessen arglistig verletzt. Ueber die zur Substantiirung dieser Einrede angeführten Thatsachen schob Beklagter dem Kläger Eide zu, welche Kläger als irrelevant bezeichnete, weil er den Kauf in eigenem Namen mit Beklagtem abgeschlossen und in Folge dessen nunmehr auch nur *seine* Interessen als Käufer, nicht aber diejenigen des Beklagten wahrzunehmen gehabt habe. Die Eide wurden in beiden Instanzen für erheblich erachtet, in dem *Querelbescheide des Raths* vom 7. November 1884, № 7676 aus folgenden Gründen:

„Die in Frage gestellte Relevanz der dem Kläger angetragenen Eide hängt davon ab, ob Kläger wirklich nur als *Käufer* gegenüber dem Beklagten (als Verkäufer) in Betracht kommt, oder ob er nicht vielmehr durch ein zwischen ihnen bestandenes Vertragsverhältniß gebunden gewesen ist, nicht dem Interesse des Beklagten zuwider, oder ohne dessen Vorwissen, von dem Beklagten für ein hiesiges Handlungshaus Waaren zu kaufen oder seinen bezüglichen Kaufcontract an eine hiesige Handlung zu transferiren.

Nach der im Handelsverkehr herrschenden Rechtsauffassung ist es indessen möglich, daß eine und dieselbe Person zugleich als provisionsberechtigter Agent und als Käufer sich gerire. Dem Kaufmanne, welcher seine Verkäufe an einem auswärtigen Punkte continuirlich durch einen selbständigen Beauftragten ausführen läßt, ist es nicht um die Person des Käufers, sondern um den Verkauf in der von ihm bestimmten Weise zu thun. Sein Interesse wird, wenn letzteres geschieht, nicht dadurch berührt, daß der mit der Verkaufsausführung Beauftragte selbst als Käufer die Waare übernimmt. Die Befugniß des Commissionärs, das ihm aufgetragene Verkaufsgeschäft in ein eigenes Unternehmen überzuleiten und sich selbst als Käufer der Waare darzustellen, gilt im Handelsverkehr, sowenig sie sich auch nach den Grundsätzen des Mandates rechtfertigen läßt, als die Regel. Es wird hierbei davon ausgegangen, daß der Commissionär, welcher die Interessen seines Committenten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes wahrzunehmen hat und dafür in der Provision eine Vergütung erhält, sich zu diesen Interessen nicht in Conflict setzt, wenn er nur den Vortheil, welchen

ein Dritter aus dem von dem Commissionär auszuführenden Geschäfte ziehen würde, sich selbst zuwendet. Nach dieser im Handelsrechte zur Geltung kommenden Auffassung kann mithin aus dem Umstande, daß jemand eine Waare gekauft hat, nicht der Schluß gezogen werden, daß er bei demselben Kaufgeschäfte nicht auch dem Verkäufer der Waare gegenüber die Verbindlichkeiten eines zum Verkaufe Beauftragten gehabt habe, sofern es sich um sorgsame Wahrnehmung der Interessen des Verkäufers handelt.

Welches Verhältniß im Uebrigen zwischen dem Kläger als Agenten und dem Beklagten als Auftraggeber bestanden hat, ist durch das künftige Erkenntniß festzustellen. Zur Zeit handelt es sich nur darum, ob Kläger schon aus dem Grunde, weil er in eigenem Namen von dem Beklagten Waaren gekauft hat, in Beziehung auf dieses Kaufgeschäft von den Verpflichtungen befreit gewesen sei, welche er als beauftragter provisionsberechtigter Agent übernommen hatte. Diese Frage aber muß allem Angeführten nach verneint werden."

1466. Was gehört zu den Forderungen „aus dem Commissionsvertrage", derentwegen dem Commissionär ein Pfandrecht bzw. Retentionsrecht an dem Commissionsgute zusteht?

I. Der Kaufmann L. besorgte als Commissionär des Fabrikanten S. den Vertrieb der von letzterem angefertigten Tuchwaaren. Nachdem S. in Concurs gerathen war, verlangten seine Concurscuratoren von L. die Herausgabe einer in seinen Händen befindlichen Partie Tuche, wogegen L. einwendete, er übe daran ein Retentionsrecht, weil er die fraglichen Tuche, welche von S. bei einer Bank verpfändet waren, gegen Zahlung der Pfandschuld von 800 und bzw. 2700 Rbl. erst habe auslösen müssen, um sie verkaufen zu können. Die klagenden Curatoren erwiderten darauf, die Auslösung der Waare stehe mit dem Commissionsvertrage in keinem Zusammenhange und deshalb könne Beklagter wegen dieser Forderungen auch ein Retentionsrecht nicht geltend machen.

Das Vogteigericht erkannte mittelst Bescheides vom 7. September 1883, № 201 auf den Beweis darüber, daß die Forderun-

gen von 800 und bzw. 2700 Rbl. aus dem Commissionsvertrage herrühren.

Auf klägerische Appellation wurde dagegen Beklagter zur Herausgabe der streitigen Tuche verurtheilt und dies im App.-Erk. des Raths vom 13. Juni 1884, № 4058, folgendermaßen motivirt:

„Die Beweisauflage des Vogteigerichts kann nicht gebilligt werden. Es muß bemerkt werden, daß, während nach bekanntem Processgrundsatze nur wirkliche Thatsachen zum Beweise gestellt werden können, der Beweissatz des Vogteigerichts nicht sowohl eine Thatsache, als eine rechtliche Schlußfolgerung enthält, daß nämlich die Forderungsbeträge sub 1 und 2 aus dem Commissionsvertrage herrühren. — Daher muß die Frage entstehen, welches die vom Beklagten vorgebrachten Thatsachen sind bzw. ob er überhaupt solche Thatsachen vorgebracht hat, die jene Schlußfolgerung (daß die Forderungen aus dem Commissionsvertrage herrühren) rechtfertigen. Wenn solche Thatsachen sich als streitige erweisen, so hätte die Beweisauflage auf die Thatsachen, nicht aber auf die rechtliche Schlußfolgerung gerichtet werden sollen.

Beklagter hat nun mit derjenigen Thatsache, aus welcher er die Connexität herleitet, keineswegs zurückgehalten. Er führt nämlich aus, wenngleich erst in seinem Duplikverfahren, daß die beiden ersten Posten von 800 und 2700 Rbl. Beträge darstellten, die er für den Cridar bei der Handlungskasse entrichtet habe, um damit eine Partie von Tuchwaaren, die der Cridar daselbst versetzt hatte, auszulösen.

Aus dieser thatsächlichen Anführung ergiebt sich indessen, daß die Schlußfolgerung des Beklagten, welche das Vogteigericht zum Beweise zugelassen hat, eine irrige ist. Denn wenn die Gegenforderung des Beklagten darin ihren Grund findet, daß Beklagter (sei es in Folge einer seinerseitigen Bürgschaftsübernahme, sei es in Folge eines Auftrages des Cridars) bei der Handlungskasse eine Schuld des Cridars, für welche dieser Tuchwaaren verpfändet hatte, bezahlt hat, so kann doch nur gefolgert werden, daß diese Gegenforderung mit dem Commissionsvertrage selbst nichts zu thun hat, daß mithin die Gegenforderung auch nicht aus dem Commissionsvertrage entstanden sein kann.

Die bei der Handlungskasse versetzten Waaren mußten freilich ausgelöst werden, bevor Beklagter sie in Verkaufscommission nehmen konnte, daraus folgt jedoch keineswegs, daß diejenigen etwaigen Forderungen des Beklagten, welche aus vorbereitenden, den Commissionsvertrag erst ermöglichenden Handlungen oder Verträgen entstanden sind, den Gegenforderungen aus dem Commissionsvertrage selbst gleichzuachten seien.

Wenn Beklagter die Waaren im Auftrage des Cridars ausgelöst haben sollte (was übrigens weder in der Klageerklärung noch auch in der Duplik ausdrücklich behauptet worden ist; — in der letzteren Schrift heißt es „mit Wissen des Cridars"), so wäre neben dem Commissionsvertrage ein besonderes, dem Commissionsvertrage voraufgehendes Mandat anzunehmen.

Aus diesen Erwägungen ergiebt sich, daß der Beweis, dessen Inhalt sich zu den eigenen thatsächlichen Anführungen des Beklagten in Widerspruch setzt, dem letzteren allerdings nicht hat nachgelassen werden dürfen. . . . Dem Beklagten kann daher wegen seiner Forderungen von 800 Rbl. und 2700 Rbl. ein Retentionsrecht an den Tuchwaaren überhaupt nicht eingeräumt werden."

II. Der Kaufmann J. hatte für K. 97 Kisten Tabak beim Zollamte ausclarirt und dafür an Zoll und Spesen 3448 Rbl. von K. zu fordern. K. verkaufte die Kisten an die Handlung V. & L. zu Bremen und zwischen dieser und J. wurde streitig, ob Beklagter an den noch nicht ausgelieferten 9 Kisten ein Retentionsrecht wegen der auf die Clarirung der übrigen Kisten gemachten Auslagen habe. Diese Frage wurde in dem Erkenntnisse des Vogteigerichts vom 3. Mai 1883, № 99 unter folgender Motivirung bejaht:

„Was die Frage anbetrifft, wegen welcher Forderungen der Commissionär ein Retentionsrecht an dem Commissionsgut hat, so würde es zu eng sein, wollte man demselben ein Retentionsrecht nur wegen derjenigen Spesen und Kosten zugestehen, welche auf die im speciellen Fall retinirte Waare sich beziehen. Andrerseits geht wieder Beklagter zu weit, wenn er ein Retentionsrecht wegen aller aus einem Contocorrentverhältnisse mit seinen Committenten herrührenden Forderungen, ja auch wegen seiner mit

jenem Vertragsverhältniß in gar keinem Zusammenhange stehenden Wechselforderungen beansprucht. Nach der hiesigen Rechtsprechung (civilrechtl Entsch. B. I, № 45. B. II, № 205. B. VI, № 1193 ꝛc.) bedarf es zur Geltendmachung des Retentionsrechts der Connexität der retentionsweise geltend gemachten Forderung mit dem Retentionsobjecte. Dem Commissionär steht somit ein Retentionsrecht wegen aller aus dem Commissionsvertrage herrührenden Forderungen zu und er ist — wie dies in dem oben angeführten Erkenntnisse des Vogteigerichts vom 10. December 1871, № 119, des Näheren ausgeführt wird (a. a. O. II, № 205) — demgemäß berechtigt, die zur Zeit in seinen Händen befindliche Waare auch wegen der auf die Clarirung ꝛc. früher bereits ausgelieferter Waaren verwandten Kosten zu retiniren, sofern nur der ursprüngliche Auftrag des Committenten sich auf die Clarirung einer Gesammtpartie bzw. einer Reihe auf einander folgender Sendungen von Waaren sich bezogen hat.

In casu würde sonach dem Beklagten ein Retentionsrecht an den noch restirenden 9 Kisten auch wegen der früher im Auftrage der Klägerin auf die qu. Waare verwandten Kosten an sich unbedingt zuzugestehen sein."

1467. Das Pfandrecht des Commissionärs erlischt durch Auslieferung des Gutes bzw. der Dispositionspapiere.

In dem bereits in № 1281 sub II (oben S. 117) mitgetheilten Falle sprach das Erkenntniß der I. Section des Landvogteigerichts vom 1. April 1881, № 83 ferner aus:

„Wegen der im Auftrage L.'s auf die Maschinen gemachten Auslagen, sowie der ihr zustehenden Provision hat Beklagte allerdings ein stillschweigendes Pfandrecht daran erworben, weil das Handelsrecht an dem Commissionsgute dem Commissionär ein solches wegen aller Forderungen gewährt, die aus dem Commissionsvertrage herrühren. Dieses Pfandrecht hat jedoch — in gleicher Weise wie dasjenige des Vermiethers an den Invecten und Illaten — das Eigenthümliche, daß es erlischt, wenn der Commissionär der thatsächlichen Herrschaft über das Gut sich entäußert, sei es durch Weggeben der Sache selbst, oder der die Disposition darüber gewährenden Papiere. Da nun im Fragefalle Beklagte den Zolljarlyk,

auf Grund dessen die Maschine allein ausgeliefert wird, zwar in Händen gehabt, aber freiwillig weggegeben hat, so kann sie sich dem Kläger gegenüber auf ihr Pfandrecht nicht mehr berufen."

1468. Befugniß des Verkaufscommissionärs zur Creditgewährung.

„Das Rechtsverhältniß des Beklagten zum Kläger stellt sich als dasjenige eines Verkaufscommissionärs dar. Geht man hiervon aus, so gehört die klägerische Behauptung, Beklagter habe die selbstschuldnerische Haftung für den Eingang des Kaufpreises übernommen, nicht zur Begründung der Klage auf Auskehrung des rückständigen Kaufpreises. Denn im Zweifel ist nicht anzunehmen, daß der Committent von der gesetzlichen Regel, wonach der Kaufpreis bei Uebergabe der Waare zu zahlen ist, habe abgehen wollen, und der Commissionär ist hiernach zum Creditgeben nur befugt, wenn entweder der Handelsbrauch für das fragliche Geschäft es mit sich bringt oder der Committent darin willigt. Hat der Commissionär aber unbefugt creditirt, so hat er schon deswegen und ohne Rücksicht darauf, ob er das del credere übernommen hat, als Selbstschuldner für den Kaufpreis einzustehen. Kläger hatte hiernach zur Begründung seines Anspruches nicht anzuführen, daß er das Creditiren dem Beklagten untersagt habe, sondern Beklagter hatte im Wege der Einrede vorzubringen, daß ihm das Creditgeben vermöge besonderer Bewilligung oder bestehenden Handelsgebrauches freigestanden habe."

(Aus den Motiven eines rechtskräftigen Erkenntnisses des Wettgerichts vom 14. Juni 1884, № 326.)

1469. Ein Wechsel ist deswegen, weil er nicht auf Stempelpapier geschrieben ist, nicht ungiltig.

„Der Einwand der Beklagten, als entbehre der Klagewechsel der Giltigkeit, weil er nicht auf Stempelpapier geschrieben sei, ist in Uebereinstimmung mit dem Vogteigerichte (Erk. vom 14./16. März 1885, № 71) zu verwerfen. Die W. O. von 1832 nennt im § 2 unter den wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels an letzter Stelle allerdings auch „das von der Regierung verordnete Stempelpapier"; daß beim Mangel dieses Erfordernisses der Wechsel ungiltig sei, ist aber in der W. O. nicht gesagt, vielmehr kann

nach § 4 ein Wechsel, in welchem eines oder mehrere der wesentlichen Erfordernisse ausgelassen sind, nichtsdestoweniger durch Entscheidung des Gerichts für giltig erkannt werden. Dem entsprechend liegen auch bereits Entscheidungen der städtischen Gerichte vor, welche auf gewöhnlichem Papier, bzw. auf anderem als dem vorgeschriebenen Stempelpapier ausgestellte Wechsel als rechtsgiltig angesehen haben (civilrechtl. Enscheid. III, S. 372; VI, № 1198. Erk. der I. Section des LWG. vom 13. Januar 1883, № 144). Beklagte hat sich dagegen auf eine Resolution des Raths vom 20. August 1876 (a. a. O. IV, № 662) berufen, welche seiner Ansicht, wonach der Mangel des Stempelpapiers die Wechselqualität der betreffenden Urkunde vollkommen und unbedingt aufhebt, in Allem beipflichtet. Die dort ausgesprochene Rechtsauffassung kann jedoch bei nochmaliger Prüfung nicht aufrechterhalten werden.

Denn zu den gegen sie schon aus dem § 4 der W. O. (in Verbindung mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß Steuervorschriften, auch wenn sie sich in einem Civilgesetzbuche vorfinden, nicht Bestimmungen des Privatrechts sind) sich ergebenden Bedenken tritt das entscheidende Moment hinzu, daß durch das Gesetz über die Stempelsteuer vom 17. April 1874, Artikel 108 als Rechtsfolge der Ausstellung von Wechseln ohne Bezahlung der Stempelsteuer einzig eine Geldstrafe, aber kein privatrechtlicher Nachtheil angedroht ist und daß in dem dazu gehörigen Reichsrathsgutachten Art. III, Pkt. 1 alle mit den Regeln des gegenwärtigen Stempelsteuergesetzes nicht übereinstimmenden Bestimmungen ausdrücklich aufgehoben sind. Wenn also nach der W. O. von 1832 ein nicht auf Stempelpapier geschriebener Wechsel für ungiltig zu erachten wäre, so würde dieser, für die Umgehung der Stempelsteuer festgesetzte Rechtsnachtheil doch gegenwärtig als aufgehoben in Wegfall kommen müssen.

Beklagte meint jedoch, die W. O. sei ein Specialgesetz und überdies in Livland nur gewohnheitsrechtlich recipirt; ihre Vorschriften könnten also durch ein späteres allgemeines Gesetz nicht aufgehoben sein. Gerade deshalb, weil die W. O. nicht in allen ihren Theilen hieselbst Gesetzeskraft erlangt hat, sondern nur insoweit, als sie durch den Gerichtsgebrauch recipirt ist, läßt sich aber nicht behaupten, daß eine in ihr sich vorfindende Bestimmung, welche der Steuergesetzgebung des Reichs angehört, ein Theil des hiesigen

Privatrechts, speciell des Wechselrechts geworden sei, mit dem sie an sich durchaus nichts zu thun hat.

Daß andererseits die Bestimmung des § 2, Ziffer 9 der W. O. keineswegs eine besondere Solennität gerade für Wechselurkunden hat schaffen wollen, sondern einzig eine allgemeine Bestimmung der Vorschriften über die Stempelsteuer auch auf die Wechsel erstreckt hat, das ergiebt sich zweifellos aus dem Gange, welchen die Gesetzgebung des Reichs in der Frage nach den Folgen der Nichtbezahlung der Stempelsteuer für Urkunden überhaupt genommen hat. Es ist hier auf das in den Motiven zum Art. 2 des Regierungsentwurfes einer russischen Wechselordnung vom Jahre 1869 gegebene Referat (abgedruckt in den civilrechtl. Entscheid. IV, Seite 431) zu verweisen und demselben noch hinzuzufügen, daß einestheils die Folgen der Nichtbeobachtung der Vorschriften über die Stempelsteuer für Wechsel, wie für alle übrigen privatrechtlichen Urkunden, im V. Bande der Reichsgesetze (Verordnung über die indirecten Steuern, Art. 195 ff.) aufgeführt sind, womit bereits gekennzeichnet wird, daß sie eine Strafe der Steuerumgehung, nicht Normen des Privatrechts darstellen, und daß anderentheils der Art. 198 a. a. O. in der Ausgabe von 1857 nicht blos den Wechseln, sondern überhaupt allen Schuldurkunden die Rechtsgiltigkeit absprach, wenn sie mit Außerachtlassung der Vorschriften über die Stempelsteuer abgefaßt waren. Da nun die Art. 195 ff., namentlich aber die im Art. 198 angedrohte Ungiltigkeit einer nicht auf Stempelpapier geschriebenen Urkunde, zuerst durch das RRG. vom 22. December 1858 (vgl. Art. 3045 und 3046 des Prov.-Rechts Thl. III), darauf durch das RRG. vom 18. Juni 1868 (Patent der Livl. Gouv.-Verwaltung, № 126) abgeändert worden sind und da weiter der Gebrauch des Wechselstempelpapiers in letzterem RRG. schon für alle kaufmännischen Verpflichtungsscheine über eine Geldzahlung vorgeschrieben ist, während durch das Gesetz vom 17. April 1874 die Verwendung gestempelter Wechselblankets überhaupt bei allen Schuldverschreibungen, die nicht zugleich eine Pfandbestellung enthalten, gefordert wird, so ist es klar, daß die Bezeichnung des Gebrauches von Stempelpapier als „wesentliches Erforderniß" eines Wechsels nicht einen Satz des Privatrechts, sondern der Steuergesetzgebung enthält, welcher durch die neuere

Gesetzgebung, insbesondere durch das Gesetz vom 17. April 1874 aufgehoben ist, und ebenso, daß schon seit dem Jahre 1868, noch mehr aber seit dem Jahre 1875 der Gebrauch gestempelter Blankets keineswegs mehr eine Besonderheit der Wechselurkunden bildete, daher auch unmöglich als eine Formalität speciell der Wechselausstellung betrachtet werden kann. Die Beschwerde der Beklagten darüber, daß die zur Klage gebrachte Urkunde überhaupt als ein Wechsel anerkannt sei, war deshalb zurückzuweisen."
(Querelbescheid des Raths vom 12. Juni 1885, № 4265.)

1470. Wechselfähigkeit der Bauergemeindeglieder, die in der Stadt domiciliren.

„Nach Art. VIII der Einleitung zum III. Theil des Prov.-Rechts (vgl. Art. XXVIII, Absatz 1 a. a. O.) sind dem Livländischen Stadtrecht unterworfen alle Personen, welche unter der Gerichtsbarkeit der bezüglichen städtischen Gerichte Livlands leben und in diesen Städten ihr Domicil haben. Nach Art. 457, Abs. 1 des I. Theiles ferner sind der Gerichtsbarkeit des Rigaschen Raths und bzw. seiner Untergerichte unterstellt alle Einwohner der Stadt mit speciell bezeichneten Ausnahmen, bzw. der Edelleute. Unter diesen Ausnahmen sind aber nicht aufgezählt die Personen bäuerlichen Standes. Hieraus folgt, daß der Wechselbeklagte, obgleich er zu einer Landgemeinde verzeichnet ist, sich der Beurtheilung nach dem Stadtrecht zu unterwerfen hat, weil er hieselbst domicilirt. Das Stadtrecht kennt aber keine Beschränkung der Stadteinwohner bäuerlichen Standes in Hinsicht auf die Wechselfähigkeit. Beklagter muß daher als wechselfähig gelten. . . *) Dieser Auslegung steht auch nicht entgegen der Art. XII a. a. O., denn derselbe spricht eben nur aus, daß die privatrechtlichen Verhältnisse der Bauern, sofern letztere der Jurisdiction der Bauergerichte unterliegen, nach den Bauerverordnungen u. s. w. zu beurtheilen sind. Beklagter ist aber, als hier domicilirend, persönlich der Stadtgerichtsbarkeit unterworfen und, daß seine Zugehörigkeit zu einer Landgemeinde nicht etwa für sein Domicil im gerichtlichen Sinne entscheidet, ergiebt sich unter anderem auch aus der Anmerkung zum Art. 3068 des III. Theils des Prov.-Rechts. Allerdings

*) Vgl. Band V, № 922, Seite 431—435.

spricht das Patent der Livl. Gouvernements-Verwaltung vom 28. Januar 1863, № 11 aus, daß das Recht sich durch Wechsel zu verpflichten fehle: „Bauern, die kein unbewegliches Vermögen besitzen, wenn sie keine Handelsscheine gelöst haben", es handelt sich aber hier um eine allgemeine Bestimmung, welche den speciellen oben dargelegten Grundsätzen des hiesigen Particularrechts nicht derogirt und welche — mag man sie nun als ein Privilegium oder als eine Beschränkung der Bauern auffassen — jedenfalls nicht ausdehnend interpretirt werden darf, weil einerseits Privilegien immer einschränkend auszulegen sind und weil andererseits die Vermuthung immer für die volle Rechtsfähigkeit einer Person streitet."

Aus vorstehenden Gründen wurde die von dem Wechselbeklagten gegen seine Verurtheilung im Wechselprocesse erhobene Nichtigkeitsbeschwerde durch Resolution des Rig. Raths vom 15. Juni 1883, № 4128 zurückgewiesen.

1471. Sind die Prediger der Baptisten gemeinden als zum „geistlichen Stande" gehörig anzusehen und deshalb nicht wechselfähig?

Diese Frage wurde in dem Bescheide der II. Section des LVG. vom 26. Januar 1884, № 35 und übereinstimmend in dem Querelbescheide des Raths vom 7. März 1884, № 1706 aus folgenden Gründen verneint:

„Wie in dem angefochtenen Erkenntnisse ausgeführt ist, so folgt aus dem Umstande, daß den Baptisten zufolge Patents der Livländischen Gouvernementsverwaltung vom 2. November 1879, № 123 die Ausübung ihrer Glaubenslehre und die Erwählung vom Gouverneur zu bestätigender geistlicher Vorsteher (Aeltester, Lehrer und Prediger) gestattet ist, noch keineswegs, daß diesen zur Vollziehung religiöser Amtshandlungen und zum Halten von Predigten berufenen geistlichen Vorstehern auch die geistlichen Standesrechte zustehen. Denn der Genuß besonderer mit der Verwaltung eines Lehrer-, Aeltesten- oder Predigeramts verbundener Standesrechte hat vor Allem zur Voraussetzung, daß denjenigen Personen, welche zu den gedachten Aemtern erwählt und in ihnen bestätigt sein würden, entsprechende Standesrechte gesetzlich zugesichert wären.

Die Rechte und die Vorzüge der rechtgläubigen russischen Geistlichkeit in den Ostseegouvernements werden durch die im IX. Bande des Swod der Reichsgesetze enthaltenen Vorschriften bestimmt; die Geistlichkeit der römisch-katholischen Confession genießt in den Ostseegouvernements die ihr auf Grund der allgemeinen Reichsgesetze zustehenden Rechte. Besondere im II. Theil des Prov.-Rechts enthaltene Vorschriften, sowie das Allerhöchst bestätigte Gesetz für die evangelisch-lutherische Kirche in Rußland bestimmen den Umfang und die Erwerbung der geistlichen Standesrechte der nach Erwählung zu einem Predigeramt darin bestätigten und nach gesetzlicher Vorschrift ordinirten Personen.

Die Standesprivilegien der Geistlichen aller Confessionen beruhen also auf besonderer gesetzlicher Verleihung und sind nicht das selbstverständliche Ergebniß staatlicher Concessionirung einer Religionssecte und der ihr vom Staat gewährten Berechtigung, durch selbsterwählte geistliche Vorsteher Amtshandlungen vollziehen zu lassen (vgl. Prov.-Recht Thl. II, Art. 897 ff.). — Insbesondere sind es aber zwei Umstände, welche, wie in dem angefochtenen Erkenntnisse hervorgehoben worden ist, erkennen lassen, daß durch Concessionirung der Baptistengemeinden ihren Predigern die Rechte des geistlichen Standes nicht haben verliehen werden sollen.

Zunächst kommt in Betracht, daß in dem Patent der Livländischen Gouvernements-Verwaltung v. 2. November 1879, № 123, mittelst dessen den von den Baptisten erwählten geistlichen Vorstehern die Vollziehung religiöser Amtshandlungen und das Halten von Predigten gestattet wird, als geistliche Vorsteher nicht allein die Prediger, sondern auch die Lehrer und die Aeltesten bezeichnet werden. Wenn nun angenommen werden sollte, daß die Prediger der Baptistengemeinde zur „Geistlichkeit" gehören und geistliche Standesrechte genießen, so müßte Gleiches auch von den Lehrern und von den Aeltesten der Baptisten gelten. Die Ausdehnung des Begriffs der „Geistlichkeit" auf alle diese Personen erscheint aber schon deshalb nicht denkbar, weil innerhalb der protestantischen Kirche nur die ordinirten Prediger zum geistlichen Stande gehören (vgl. Art. 902 und 903 des II. Thl. des Prov.-Rechts), innerhalb einer protestantischen Secte aber dieser Begriff nicht wohl weiter gefaßt werden könnte.

Es kommt ferner in Betracht, daß in dem Patent vom 2. November 1879 das Wort „Geistlichkeit" ganz vermieden wird, und daß daselbst von Ausländern, welche zu geistlichen Vorstehern der Baptistengemeinde erwählt sein würden, nur verlangt wird daß sie für die Zeit ihres Aufenthalts in Rußlands den Eid der Diensttreue leisten. Zieht man dagegen in Erwägung, daß bei Anstellung eines Ausländers in einem evangelisch-lutherischen Predigtamte, nach Art. 204 des Gesetzes für die evangelisch-luth. Kirche in Rußland, vor allem sein Eintritt in die russische Unterthanenschaft erforderlich ist, also die Rechte des geistlichen Standes den nicht zum russ. Unterthanenverbande gehörigen Predigern evangelisch-luth. Confession nicht gewährt sind, so kann nicht angenommen werden, daß innerhalb der Baptistensecte der Eid der Diensttreue den Eintritt in den Unterthanenverband zu ersetzen hätte und zur Erwerbung von Rechten führen könnte, welche in der evangelisch-lutherischen Kirche nur russischen Unterthanen zugänglich sind. Hieraus aber ergiebt sich, daß die geistlichen Vorsteher der Baptisten nicht zu denjenigen Personen gerechnet werden können, welche zur „Geistlichkeit" gehören und die geistlichen Standesrechte genießen. Wenn aus dem angegebenen Grunde der von einem Baptistenprediger vorgeschützte Einwand der Wechselunfähigkeit in erster Instanz zurückgewiesen worden ist, so hat solche Entscheidung und die damit zusammenhängende Verurtheilung des Beklagten für durchaus gerechtfertigt erachtet werden müssen."

1472. Unterzeichnung eines Wechsels mit dem Familiennamen und dem Anfangsbuchstaben des Vornamens.

Der als Indossant des Klagewechsels in Anspruch genommene Beklagte wandte ein, durch die Unterschrift „M. Stern" sei der Wechselaussteller nicht genügend gekennzeichnet und die Identität des Ausstellers mit derjenigen Person, gegen die Protest erhoben worden, sei umsoweniger zweifellos als die Wohnung des Protestaten im Proteste nicht angegeben sei. Die II. Section des Landvogteigerichts verwarf am 4. März 1882, sub № 40 den Einwand mit der Begründung:

„Die Wechselordnung schreibt im § 2 allerdings als wesentliches Erforderniß eines Wechsels vor, daß derselbe vom Aussteller mit dem Vor- und Familiennamen zu unterzeichnen sei. Da diese Vorschrift aber nur den Zweck verfolgt, die Person des Ausstellers möglichst genau zu individualisiren, und da in den überaus meisten Fällen die Person des Ausstellers durch den Anfangsbuchstaben des Vornamens und den Familiennamen genügend gekennzeichnet erscheint, so hat eine tagtägliche Praxis an der Bezeichnung des Vornamens blos mit dem Anfangsbuchstaben auch in dem Falle keinen Anstand genommen, wo keine Handlungsfirma in Betracht kommt. Beklagter hat auch nicht zu behaupten vermocht, daß sich an diesem Orte zwei oder mehr Personen aufhielten, welche den Namen „M. Stern" tragen oder sich einer solchen Unterschrift bedienen, welche mit derjenigen des Wechselausstellers hätte verwechselt werden können.

Was den Inhalt der Protesturkunde anbetrifft, so sind die öffentlichen Notare zur Angabe der Wohnung desjenigen, gegen welchen der Protest erhoben wird, gesetzlich nicht verpflichtet. Wenn, wie im vorliegenden Falle, der öffentliche Notar hinsichtlich der Identität der in Frage kommenden Person in der Protesturkunde keinem Zweifel Ausdruck gegeben hat, so hat auch das Gericht keine Veranlassung, die Richtigkeit und Wirksamkeit des Wechselprotestes in Zweifel zu ziehen."

1473. Behauptung des Wechselausstellers, er habe seine Unterschrift auf einem Blanket und nicht dem im Wechsel genannten Gläubiger, sondern einer dritten Person gegeben.

„Die Kläger (welche im Wechselprocesse zur Zahlung des streitigen Wechsels an den gegenwärtigen Beklagten verurtheilt waren) wollen zum Beklagten niemals in einem Obligationsverhältniß gestanden haben, welches sie veranlaßt haben könnte, sich demselben wechselmäßig zu verpflichten. Hat also Beklagter ohne oder gegen den Willen der Kläger den Besitz des Wechselblankets, sei es durch eine unerlaubte Handlung oder durch einen Zufall erlangt und dasselbe mit seinem Namen ausgefüllt oder ausfüllen lassen, so erwarb er dadurch keinen Wechselanspruch an die Kläger. Bleibt dagegen die Behauptung der Kläger, daß B. das Wechsel-

blanket verloren und Beklagter dasselbe gefunden habe unerwiesen, so muß die Annahme Platz greifen, daß beide Kläger' oder einer von ihnen — mit oder ohne Einwilligung des anderen — jenes Blanket einem Dritten ausgehändigt haben. Wer ein Wechselblanket mit seiner anerkannten Unterschrift, sei es ganz oder in einzelnen Theilen unausgefüllt, aus der Hand giebt, kann dabei nur die Absicht haben, eine Wechselverpflichtung zu übernehmen und den Nehmer in den Stand zu setzen, das Blanket entweder der getroffenen Verabredung gemäß oder in Ermangelung einer solchen nach der dem Nehmer ausdrücklich oder stillschweigend überlassenen Disposition auszufüllen.*) Hat aber derjenige, der das Wechselblanket abgiebt, seinem Abnehmer die Befugniß ertheilt, dasselbe an einen weiteren Nehmer zur Ausfüllung auszuhändigen und hat er ihm dabei eine bestimmte Art der Ausführung nicht vorgeschrieben, bzw. nicht verlangt, daß die Eintragung des Namens des Gläubigers mit seinem Willen geschehen oder doch wenigstens zu seiner Kenntniß gelangen müsse, so haftet er jedem, welcher das Blanket behufs Ausfüllung der bei der Unterschrift noch offen gebliebenen Stellen von dem Nehmer erhalten und auf das Blanket seinen eigenen Namen als Gläubiger gesetzt hat. Der Umstand allein, daß die Ausfüllung des Wechsels ohne Zuziehung und Genehmigung des Ausstellers erfolgt, bzw. daß in dem Wechsel nicht der erste, sondern ein weiterer Nehmer als derjenige genannt ist, an dessen Ordre gezahlt werden soll, thut daher der Giltigkeit eines Wechsels keinen Eintrag."**)

(Rechtskräftiges Erkenntniß der II. Section des Landvogteigerichts vom 3. September 1883, № 195.)

1474. Bedeutung der Wechselclausel „Valuta empfangen."

„Nach der W. O. vom Jahre 1832, deren Bestimmungen zur Zeit in Beziehung auf die Form des Wechsels als maßgebend anzusehen sind, muß im Wechsel auch eine Angabe dessen enthalten sein, daß der Aussteller das Geld oder die Valuta, d. h. den Ge-

*) So ist auch entschieden in den Erkenntnissen des Vogteigerichts vom 16. März 1881, № 42 und vom 20. October 1883, № 239; der I. Section des Landvogteigerichts vom 26. October 1881, № 270.

**) Vergleiche Band VI, № 1197.

genstand der Schuld, worin er auch begriffen sein möge, empfangen habe (§ 2 a. a. O.). Wenn hiernach das Valutenempfangsbekenntniß zu den wesentlichen Bestandtheilen des Wechsels zu rechnen ist, so handelt es sich dabei doch nur um ein bloßes Formrequisit, bei dessen Mangel in Frage gestellt werden kann, ob die bezügliche Urkunde als Wechsel zu gelten habe (§ 4 a. a. O.). Daß aber die Unrichtigkeit dieser in die Wechselurkunde aufzunehmenden Angabe dem Wechsel die Giltigkeit benehmen sollte, ist nirgend in der Wechselordnung angedeutet*) und es würde die Annahme, daß Wechselverbindlichkeiten nicht durch eine Urkunde vermittelt werden könnten, in welcher einzelne von den wesentlichen Angaben auf einer Fiction beruhen, den Wechselverkehr unmöglich machen. Vielmehr wird eine Urkunde, welche den für den Wechsel vorgeschriebenen Formrequisiten entspricht, ohne Rücksicht darauf, ob die in ihr enthaltenen Angaben richtig oder fingirt oder gefälscht sind, für jeden, der eine wechselmäßige Erklärung oder Unterschrift auf sie setzt, zur Trägerin einer Wechselverbindlichkeit."

Aus vorstehenden Gründen wurde die Einrede des beklagten Indossanten, daß sein Indossament unverbindlich sei, weil im Wechsel stehe „Valuta baar erhalten", während nachgewiesenermaßen keine Baarzahlung erfolgt war, in dem Querelbescheide des Raths vom 7. Januar 1883, № 111 verworfen.

1475. Wechselklage aus einem zerrissenen Wechsel.

„Kläger hat am 16. August 1880 den Beklagten als letzten Indossanten eines von E. R. an die Ordre von Fr. R. über 7000 Rubel ausgestellten und am 17. Juli 1880 mangels Zahlung protestirten Eigenwechsels im Wechselprocesse auf die Wechselsumme belangt, ist jedoch mit dieser Klage angebrachtermaßen abgewiesen worden, weil der Wechsel zerrissen war und Kläger seine Behauptung, daß das Einreißen desselben lediglich aus Versehen erfolgt sei, nicht liquid gestellt hatte.

Gegenwärtig hat Kläger dieselbe Forderung im ordentlichen Processe erhoben und wiederholt behauptet, das Einreißen der Wechselurkunde sei nur durch ein Versehen des P. geschehen, welcher

*) Ueber die civilrechtliche Bedeutungslosigkeit der Valutaclausel siehe oben № 1366, Seite 296 und 1433, Seite 450.

den Wechsel beim Kläger discontirt habe. Beklagter hat diese Klage als unschlüssig bezeichnet und dafür angeführt, durch das Zerreißen sei der Wechsel als solcher ungiltig geworden, Beklagter könne daher aus seinem Indossament ebensowenig belangt werden, wie wenn der Wechsel aus einem anderen Grunde präjudicirt wäre; einen materiellen Schuldgrund habe Kläger aber weder angeführt, noch anführen können, da Beklagter sein Blancogiro nur aus Gefälligkeit gegeben habe.

In der Theorie des Wechselrechts wird allerdings von Mehreren die Ansicht vertreten, daß ein zerrissener Wechsel kein Wechsel sei, gleichviel aus welchem Grunde er zerrissen wurde (Hartmann, Wechselrecht S. 180. Thöl, Wechselrecht § 173 a. E.) Dieses Gericht hat sich indessen dadurch, daß es die Klage nur angebrachtermaßen abwies, zu der entgegengesetzten Ansicht bekannt und muß bei derselben auch gegenwärtig aus folgenden Gründen verbleiben. Beim Mangel einer Bestimmung über die Rechtsfolge des Einreißens oder Zerreißens von Wechseln in der Wechselordnung selbst müssen in dieser Hinsicht die allgemeinen Grundsätze des Civilrechts zur Anwendung kommen und nach dem Art. 3539 des Prov.-Rechts Thl. III macht das Einreißen oder Zerreißen der Schuldurkunde dieselbe nicht ungiltig, sondern begründet nur eine Vermuthung für die Tilgung der Schuld. Steht nun auch die Beschädigung der Wechselurkunde der Einleitung des Wechselprocesses insofern entgegen, als dieser einen fehlerfreien Wechsel voraussetzt (Entsch. des ROHG. XII, № 62), so schließt sie doch die Klageanstellung im ordentlichen Processe nicht aus, weil sie eben den Wechsel nicht schlechthin ungiltig macht, sondern nur die Präsumtion erweckt, daß er getilgt sei. Kann der Kläger diese Präsumtion durch den Nachweis dessen beseitigen, daß der Wechsel nur durch Zufall, Versehen oder eine rechtswidrige Handlung zerrissen wurde, so ist der Klage aus der Wechselobligation stattzugegeben und beim Mangel dem entgegenstehender Einreden die Verurtheilung nach Wechselrecht auszusprechen (vgl. Renaud, Wechselrecht § 16 bei Note 5*) und Seuffert's Archiv XV, 238). Das Zerreißen des Wechsels steht also einer Präjudicirung desselben in

*) Auch O. Wächter, Wechselrecht des deutschen Reiches, § 48 bei Note 22.

der Rechtswirkung nicht gleich und deshalb erscheint auch der vom Beklagten daraus, daß Kläger keinen materiellen Schuldgrund behauptet habe, entnommene Einwand gegen die Schlüssigkeit der Klage nicht berechtigt."

(Rechtskräftiger Bescheid der I. Section des Landvogteigerichts vom 1. April 1881, № 82.)

1476. Ort der Protestaufnahme nach der russischen Wechselordnung, wenn ein Zahlungsort im Wechsel nicht angegeben ist.

Der Klagewechsel war von dem „Smolenskischen Kaufmann B." in Riga am 16. December ausgestellt, am 20. Juli 1883 zahlbar und am 1. August 1883 in Riga protestirt. Der Aussteller B. wurde vor dem Rig. Vogteigerichte auf Zahlung der Wechselsumme belangt und wendete ein, der Protest sei weder am rechten Orte, noch zur rechten Zeit, daher nicht rechtsgiltig erhoben, folglich der Wechsel präjudicirt. Dieser Einwand wurde in Uebereinstimmung mit dem Bescheide des Vogteigerichts vom 30. September 1883, № 220 durch den Querelbescheid des Raths vom 22. Februar 1884, № 1371 auf Grund folgender Erwägungen verworfen:

„Querulant hält den Wechselanspruch aus dem Grunde für präjudicirt, weil der Wechsel nicht am Zahlungsorte (als welcher beim Mangel eines anderen vereinbarten Zahlungsortes nur der Wohnsitz des Wechselausstellers — angeblich Witebsk — angesehen werden könne), sondern in Riga protestirt worden sei. Die angebliche Fehlerhaftigkeit des Protestes läßt sich indessen weder aus der Wechsel-, noch aus der Protesturkunde entnehmen. Im Wechsel selbst ist als Ausstellungsort Riga bezeichnet, während ein Zahlungsort darin überhaupt nicht angeführt ist. Der Wechselaussteller hat sich als Smolenskischer Kaufmann erster Gilde unterzeichnet, woraus indessen noch keineswegs folgt, daß er in Smolensk wohnhaft sei; wie denn auch Querulant gerade geltend macht, daß der Wechselausssteller in Witebsk domicilire. Dagegen muß aus der Protesturkunde entnommen werden, daß der öffentliche Notar gerade Riga als den, wenn auch nur zeitweiligen Wohnort des Wechselausstellers ermittelt hat. Auch ist der Wechselprotest sonst,

bei Abwesenheit des Ausstellers von seiner Wohnung im Hotel Stadt Wien, in der vorschriftsmäßigen Weise erhoben worden (vgl. Formular № 17, Anmerkung 2). Da nun dem Erfordernisse der Wechselpräsentation Genüge geschehen ist und die russische Wechselordnung nicht einmal eine unzweideutige Vorschrift darüber enthält, daß der Wechselprotest nur am beständigen Domicil des Wechselausstellers erhoben werden kann, so kann auch der hier vorliegende Protest nicht aus dem angeführten Grunde für fehlerhaft erklärt werden."

1477. Voraussetzungen des Protestes bei dem Sichtwechsel. Bedeutung der Clausel „zahlbar aller Orten".

Der vom Beklagten am 22. Mai 1881 in Riga mit der Clausel „zahlbar aller Orten" ausgestellte Sichtwechsel war am 21. Mai 1882 in Riga gegen den Aussteller protestirt, darnach die Wechselklage gegen ihn beim Vogteigerichte erhoben und ihm durch die Polizei in Dubbeln zugestellt worden. Auf seine Einreden, des nicht competenten Gerichts und der wegen unrichtigen Protestes eingetretenen Wechselpräjudicirung erkannte das Vogteigericht am 24. October 1883, sub № 242 rechtskräftig, wie folgt:

„Die vom Beklagten geltend gemachte Auslegung der Clausel „zahlbar aller Orten", welche nur besage, daß Kläger den Beklagten überall dort, wo er ihn betreffe oder wo letzterer seinen Gerichtsstand habe, belangen könne, ist allerdings in der Theorie und Praxis des deutschen Wechselrechts vielfach üblich; die hiesige Praxis dagegen, sowohl der Unterbehörden, als auch des Raths, hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Wortlaut der Clausel maßgebend sein soll (vgl. Zwingmann B. III, S. 382. B. IV, S. 423. B. VI, S. 10). Und in der That, wenn man auf die präsumtive Absicht der Parteien zurückgeht, muß angenommen werden, daß Kläger überall dort Zahlung beanspruchen darf, wo dies irgend in seinem Interesse liegt. Letztere Einschränkung erscheint deshalb angebracht, weil zwecklose chicanöse Schädigungen des Gegners (etwa durch Wahl eines weit entlegenen Erfüllungsortes) nicht zugelassen werden können. In casu beansprucht Kläger die Zahlung am Ausstellungsorte des Wechsels und an seinem

Wohnorte; somit ist gewiß zu präsumiren, daß Kläger ein Interesse hat, den Wechsel am hiesigen Orte auszuklagen.

Die weitere Einrede des präjudicirten Wechsels bzw. des unrichtigen Protestes ist dagegen wohl begründet. Zwar ist es nicht richtig, wenn Beklagter unter Berufung auf den Art. 57 der Wechselordnung behauptet, daß ein Sichtwechsel unter keinen Umständen anders, als nach erfolgter Präsentation gegenüber dem Wechselschuldner protestirt werden könne. Wenn eine dem einen Contrahenten obliegende Handlung, durch welche der Bestand seiner Forderung bedingt ist, seitens des Gegners selbst bzw. durch mit dessen Person zusammenhängende Umstände unmöglich gemacht wird, so kann unter Umständen, sofern dies dem muthmaßlichen Willen der Parteien entspricht, die Fiction der Erfüllung der Bedingung eintreten (Arndts, Pandekten § 69, 2 und 3). Nun verliert ein Sichtwechsel nach § 94 der Wechselordnung seine Wechselkraft, wenn er nicht binnen 12 Monaten nach seiner Ausstellung zur Zahlung präsentirt worden ist. Wenn aber die Nichtpräsentation ihren Grund darin hat, daß der Wechselschuldner während dieser Zeit nicht aufgefunden war, dann wäre es doch offenbar höchst unbillig, wenn der Gläubiger gleichwohl ohne seine Verschulden sein Recht einbüßen würde. Dies würde dem muthmaßlichen Willen der Parteien schwerlich entsprechen. Indem die Parteien in der Wechselurkunde den Ausdruck „nach Sicht" brauchten, haben sie gewiß nicht den Fortbestand der Wechselkraft von dem zufälligen Umstande, ob es dem Kläger gelingen würde, den Beklagten innerhalb eines Jahres zu treffen, abhängig machen wollen; sondern der Ausdruck „nach Sicht" hat einzig den Charakter einer Zeitbestimmung, die für die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung des Wechsels maßgebend sein soll (vgl. civilrechtl. Entsch. B. VI, № 1206). Zu einer gleichen Auffassung leitet auch eine weitere Analogie aus dem Gebiete des Wechselrechts. Ein protestirter Wechsel verliert die Wechselkraft, wenn er nicht binnen 2 Jahren (im Forum des Schuldners) zur Beitreibung gebracht wird. Ist aber das Domicil des Schuldners unbekannt, so wird es zur Wahrung der Wechselkraft allgemein für genügend erachtet, wenn der Gläubiger die Klage etwa bei dem Gerichte seines Wohnorts verschreiben läßt.

Hiernach erscheint ein Protest trotz mangelnder Präsentation des Wechsels, im Falle der Wechselschuldner nicht aufzufinden ist, allerdings zulässig, ja es ließe sich die Frage aufwerfen, ob nicht der Schuldner bei vertragsmäßig bestimmtem Erfüllungsorte verpflichtet ist, sich an dem Tage, wo er *später* Zahlung leisten müßte, am vertragsmäßigen Erfüllungsorte antreffen zu lassen. Diese Frage ist indessen verneinend zu beantworten. Wenn der Schuldner sich verpflichtet, nach Sicht an einem bestimmten Orte Zahlung zu leisten, so besagt diese Erklärung nicht mehr, als daß er sich verpflichtet, nachdem ihm an seinem jeweiligen Aufenthaltsorte der Wechsel präsentirt worden, binnen einer angemessenen Frist an dem vertragsmäßig bestimmten Erfüllungsorte Zahlung zu leisten. In casu, wo der vertragsmäßige Erfüllungsort völlig unbestimmt ist, wo Beklagter sonach gar nicht in der Lage war, an dem vom Kläger etwa gewählten Erfüllungsorte sich rechtzeitig einzufinden, kann gewiß nicht davon die Rede sein, daß Beklagter am letzten Tage der laufenden einjährigen Verjährungsfrist in Riga sein mußte.

Wenn nun aber Beklagter am 21. Mai 1883 nicht in Riga sein mußte, so konnte er doch möglicherweise an genanntem Tage daselbst angetroffen werden und bedarf es zur Giltigkeit des Protestes unter den vorstehenden abnormen Verhältnissen jedenfalls einer förmlichen Constatirung dessen, daß Beklagter am Orte der Protesterhebung nicht anzutreffen und daß sein sonstiger Aufenthaltsort unbekannt war. Beklagter behauptet sogar ausdrücklich, daß dem Kläger bzw. dem Requirenten G. sein Domicil sehr wohl bekannt war — welche Behauptung, wenn sie richtig wäre, die Zulässigkeit eines Windprotestes im vorliegenden Falle unbedingt ausschließen würde. Diese Behauptung kann jedoch, als vom Kläger bestritten und nicht sofort liquid gestellt, im vorliegenden Wechselprocesse nicht in Betracht kommen. Dagegen ergiebt sich aus dem Proteste selbst in keiner Weise, ob und welche Schritte der protestirende Notarius publicus gethan hat, *um die Abwesenheit des Beklagten zu constatiren*. Derselbe hat vielmehr lediglich auf die Aussage des Requirenten hin, daß Beklagter nicht in Riga anwesend sei, den Protest erhoben. In dieser Form aber ist ein Windprotest, wie dies in dem Bescheide des Vogteige-

richts vom 23. März 1879 (civilrechtl. Entsch. B. VI, № 1205) des Nähern ausgeführt, unzulässig, da die Protesterhebung, welche ja den Zweck hat, den Schuldner von der Fälligkeit des Wechsels in Kenntniß zu setzen, bzw. dessen Abwesenheit amtlich zu constatiren, solchenfalls zur leeren Förmlichkeit herabsinken würde. Es bedarf vielmehr zur Giltigkeit des Protestes in jedem Falle einer Angabe des Notars, daß eine Nachfrage nach dem Schuldner bei der örtlichen Polizeibehörde fruchtlos gewesen; mindestens aber einer Angabe, daß er, der Notar, den Schuldner nicht anzutreffen vermocht habe. Da nun im vorliegenden Falle nicht einmal anderweitig feststeht, daß Beklagter an genanntem Tage thatsächlich nicht in Riga gewesen ist, mithin nicht behauptet werden kann, daß etwaige Nachforschungen des Notars in jedem Falle resultatlos geblieben wären, so muß in Folge des in Rede stehenden Mangels der Protest in der That für ungiltig erklärt werden."

1478. Wirkung des Blancoindossaments nach der russischen Wechselordnung.

„Beklagter hat die Legitimation des Klägers zur Wechselklage bestritten. Er argumentirt folgendermaßen: auf das Blancoindosso des Beklagten folge noch ein zweites, nicht durchstrichenes Blancoindosso eines gewissen C. L. Kläger, als Inhaber des Wechsels, sei nun durch den Besitz desselben allerdings zur Klage gegen C. L. legitimirt, der Aussteller und die Vorindossanten dagegen seien dem Kläger gegenüber nicht wechselmäßig verpflichtet, da sie als dritte unbetheiligte Personen das Blancoindosso des C. L., auf Grund dessen Kläger den Wechsel besitze, wegen des Mangels einer Clausel über den Valutaempfang nicht anzuerkennen brauchten. Beklagter bezieht sich hierbei auf die § 19, 21 und 24 der russischen Wechselordnung, sowie auf verschiedene Präjudicate der hiesigen Gerichte sowohl, als des Dirigirenden Senats (vgl. civilrechtl. Entscheid. II, № 262).

Der Rechtsanschauung des Beklagten ist indeß nicht beizupflichten. Die russische Wechselordnung schließt Blancoindossamente nicht vollständig aus, gestattet dieselben vielmehr für Gefahr der Betheiligten. Ueber die Wirkungen eines Blancoindossos enthält

dagegen die Wechselordnung nichts. Zwar läßt der Passus „für eigene Gefahr der betheiligten Personen" darauf schließen, daß die Wirkungen eines Blancoindossaments beschränktere sein sollen, als die eines vollkommenen Indossaments; allein worin diese beschränkteren Wirkungen bestehen, läßt sich aus der Wechselordnung nicht entnehmen. Bei dieser Sachlage muß die Wirkung des Blancoindossaments nach den Grundsätzen der Theorie und nach der Praxis des kaufmännischen Verkehrs beurtheilt werden, da im Zweifel angenommen werden muß, daß die Parteien bei der Auslegung der von ihnen durch ein Blancoindosso übernommene Wechselverpflichtung sich der im Handelsverkehr allgemein üblichen Interpretation haben unterwerfen wollen.

In dieser Beziehung erscheint es nun zweifellos, daß derjenige, welcher ein Blancoindosso giebt, damit eine selbständige Wechselverpflichtung auf sich nimmt, nicht etwa blos einem etwaigen Nachindossanten, sondern jedem Inhaber des Wechsels gegenüber. Nicht also das möglicherweise seitens des Beklagten anfechtbare Blancoindosso C. L. legitimirt den Kläger zur Anstellung der Wechselklage, sondern die bloße Thatsache des Besitzes der Wechselurkunde macht ihn zum Wechselgläubiger auch gegenüber dem Beklagten, welcher durch das Blancoindosso erklärt hat, Schuldner des jeweiligen Inhaber des Wechsels sein zu wollen. . . . Die Präjudicate, auf die Beklagter sich beruft, gehören nicht hierher. Der Fall, der ihnen zu Grunde liegt, handelt garnicht von einem Blancoindosso, sondern von einem Cessionsindossament, welches letztere nach russischem Wechselrechte allerdings einer Clausel über den Empfang der Valuta bedarf (§ 19 der W. O.).*) Die Einrede der ungenügenden Sachlegitimation ist sonach zu verwerfen."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 10. November 1883, № 249.)

1479. Ueber die Begründung der Wechselregreßklage des Indossanten

heißt es in dem Bescheide des Vogteigerichts vom 31. October 1883, № 246:

*) Vgl. Band IV, № 675, Seite 462; aber auch oben № 1474, S. 536.

„Es handelt sich um die Frage, ob die Behauptung des regreßnehmenden Indossanten, daß er den Wechsel eingelöst habe, zum Klagegrunde gehöre, welchen er eventuell zu beweisen hatte. Diese Frage muß verneint werden, denn sowohl nach gemeinem Rechte, als nach der stadtrechtlichen Praxis*) ist der Indossant durch den bloßen Besitz des nothleidenden Wechsels und des Protestes zur Regreßklage legitimirt (Renaud, Wechselrecht, § 89)."

1480. Nach welchem Rechte ist die Notificationspflicht des Wechselgläubigers gegenüber den Indossanten zu beurtheilen?

„Klägerin hat gegen den Beklagten als Indossanten zweier, von dem Revaler Kaufmann N. in Reval ausgestellter, seitens der Klägerin bei dem dortigen Magistrate rechtzeitig gegen den Aussteller protestirter Wechsel — die Wechselklage auf Zahlung von 171 Rbl. 25 Kop. resp. 222 Rbl. 12 Kop. nebst Renten und Kosten angestrengt. Beklagter hat gegen die Klage eingewandt, seine Wechselverpflichtung sei gemäß § 74 der russischen Wechselordnung aus dem Grunde erloschen, weil ihm der am 20. resp. 21. October 1883 in Reval gegen den Wechselaussteller N. erhobene Protest nicht — wie der genannte § vorschreibt — mit umgehender Post, sondern erst mehrere Tage später notificirt worden sei. Dem gegenüber macht die Klägerin geltend, daß in Reval nicht die russische, sondern die lübische Wechselordnung von 1662 Geltung habe und letztere eine Notificationspflicht des Protestanten garnicht kenne. Nach der Regel locus regit actum sei nun aber im Fragefalle einzig das letztere Recht maßgebend. Beklagter blieb indeß dabei, daß er als in Riga wohnhaft jedenfalls das russische Wechselrecht für sich in Anspruch nehmen könne und daß ihm die Notification des Protestes zu spät zugegangen sei.

Die Ansicht der Klägerin, daß die Regel locus regit actum auf den vorliegenden Fall anwendbar sei, erscheint in der That begründet. Gehen zwei Parteien mit einander ein Rechtsgeschäft ein, so ist für die materielle Seite des Rechtsverhältnisses nach Art. XXXV der Einl. des Prov.-Rechts, Thl. III allerdings dasjenige Recht maßgebend, welches an dem Orte, wo der Verpflichtete zu erfüllen hat, in Geltung ist; sofern nicht etwa, wie in casu, die

*) Vgl. Band IV, Seite 469. V, Seite 445.

Parteien beim Vertragsschluß sich ausdrücklich einem bestimmten Rechte, dem russischen Wechselrechte, unterworfen haben. Soweit dagegen Erfordernisse formeller Natur in Frage kommen, von denen das seitens der Parteien festgesetzte Recht die Entstehung oder die Fortdauer des beabsichtigten Rechtseffects abhängig macht, braucht (nach Art. XXXVI a. a. O.) nicht nothwendig dieses Recht der Beurtheilung der in Frage kommenden Verhältnisse zu Grunde gelegt zu werden; vielmehr genügt es, wenn hinsichtlich dieser Formalitäten die Gesetze desjenigen Ortes beobachtet werden, an welchem die betreffende Handlung vorgenommen wird, resp. der Lage der Sache nach vorgenommen werden kann und muß. Der Grund dieser Bestimmung ist wohl darin zu suchen, daß es unbillig wäre, von jemandem genaue Kenntniß der durch fremde Gesetze vorgeschriebenen Formalitäten zu verlangen, und daß in sehr vielen Fällen sogar eine Beobachtung derselben wegen mangelnder thatsächlicher Voraussetzungen den Interessenten trotz des besten Willens nicht möglich sein würde. Die nach § 74 der russischen Wechselordnung dem Protestanten vorgeschriebenen Absendung der Protestnotification mit umgehender Post kann nun selbstverständlich nur an demjenigen Orte erfolgen, wo der Protest erhoben wurde, und hinsichtlich dieses mit der Protesterhebung eng verbundenen formellen Erfordernisses der Wechselgiltigkeit kann gleichfalls nur dasjenige Recht gelten, welches am Orte, wo der Wechsel rite protestirt wurde, zu Kraft besteht. Daß aber in Reval thatsächlich die lübische Wechselordnung Geltung hat und daß diese die Notificationsverbindlichkeit des russischen Rechts nicht kennt, wird durch das von der Klägerin producirte, amtlich beglaubigte Rechtsgutachten namhafter Revaler Rechtsgelehrten in Erweis gestellt und ist seitens des Beklagten überdies die Behauptung der Klägerin niemals ausdrücklich in Abrede gestellt worden.

Erscheint solchem nach die Einrede des Beklagten nicht begründet, so ist derselbe, da er Weiteres gegen die Klage nicht eingewandt hat, zur Bezahlung der beiden qu. Wechsel zu verurtheilen."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 15. December 1883, № 282.)

1481. Aus der präjudicirten oder verjährten Tratte findet ein Regreß gegen den Traffanten nicht statt.

„Ein von Beklagtem über 1700 Reichsmark auf K. in Hamburg gezogener und am 2./14. April 1876 zahlbar gewesener Wechsel ist von dem Remittenten L. am 10./22. Januar 1876 an den Kläger mit der Clausel „Werth empfangen" indossirt und darnach auf die Requisition des Klägers mangels Accepts protestirt worden. Auf Grund dieser Tratte, welche im Laufe von zwei Jahren gegen Beklagten nicht ausgeklagt ist und deshalb nach § 95 (Art. 637) der W. O. ihre Wechselkraft verloren hat, beansprucht Kläger vom Beklagten Zahlung des Betrages von 1700 Rm. sammt Zinsen vom 2./14. April 1876 bzw. des entsprechenden Werthes in russischem Gelde, indem er sich darauf beruft, daß die verjährte Tratte gleichwohl den Charakter einer civilrechtlichen Schuldverschreibung habe.

Das Vogteigericht hat die Klage angebrachtermaßen abgewiesen. Die dagegen vom Kläger eingelegte Appellation ist nicht begründet.

Der erste Richter geht mit Recht davon aus, daß der präjudicirte oder verjährte Wechsel nur dann als selbständiges Klagefundament dienen kann, wenn er die Merkmale eines civilrechtlichen Schuldvertrages, d. h. eines abstracten Zahlungsversprechens bzw. eines Anerkennungsvertrages, enthält. Denn, wenn die §§ 80 und 94, 95 der russischen Wechselordnung besagen, daß der Wechselinhaber, welcher den Protest versäumt hat, die Zahlung nicht anders als „in der gewöhnlichen gerichtlichen Ordnung" fordern könne, bzw. daß der verjährte Wechsel „die Giltigkeit einer Schuldverschreibung" behalte, so kann das nur so verstanden werden, daß hinsichtlich der Wirksamkeit und Klagbarkeit des Wechsels fortan die Grundsätze des Civilrechts und nicht mehr des Wechselrechts entscheiden. Wenn und soweit der Wechsel civilrechtlich einen rechtsverbindlichen Schuldschein darstellt, ist er auch nach der Wechselverjährung oder Präjudicirung klagbar, aber nicht weiter; diese Auslegung ist nicht allein von der hiesigen Praxis (civilrechtl. Entsch. II, Seite 124 und 128. IV, Seite 461. VI, Seite 400) angenommen, sondern wird auch von dem Dirig. Senate eingehalten. Dem entsprechend gewährt der präjudicirte Wechsel aus dem

in ihm enthaltenen abstracten Zahlungsversprechen wohl einen Klagegrund gegen den Aussteller des Eigenwechsels bzw. Acceptanten, aber nicht gegen den Indossanten, welcher letztere vielmehr durch die Präjudicirung des Wechsels von jeder Verhaftung aus diesem befreit ist (a. a. O. IV, Seite 461 und die Entscheidungen des IV. Departements des Dirig. Senats, in der Sammlung von Nossenko I, № 76, 78, 80 und 84). Was von dem Indossanten gilt, muß aber auch in gleicher Weise von dem Trassanten gelten, weil dieser ebenso wie jener nur nach dem Wechselrecht, nicht nach dem Civilrecht, aus dem Wechsel haftbar ist.

Die Tratte fällt civilrechtlich unter den Gesichtspunkt der Anweisung oder des Zahlungsauftrages und daraus ergiebt sich von selbst, daß in Bezug auf den Trassanten mit dem Begriffe des abstracten Zahlungsversprechens nicht operirt werden kann; denn er hat in der Tratte nicht ein Versprechen, Zahlung zu leisten gegeben, sondern den Bezogenen beauftragt, an den Remittenten zu zahlen. Letzterer kann daher, wenn der Auftrag seitens des Bezogenen nicht erfüllt wird, gegen den Trassanten aus dem „Zahlungsversprechen" einen Anspruch nicht erheben. — Einen Regreß gegen ihn hat solchenfalls der Remittent wohl vermöge der Vorschriften des Wechselrechts, das bürgerliche Recht gestattet dagegen einen Regreßanspruch des Assignatars gegen den Anweisenden nicht schon auf Grund der Anweisung, sondern nur nach Maßgabe des unter diesen Personen bestehenden materiellen Rechtsverhältnisses (Seufferts Archiv XXIX, 260. Thoel, Handelsrecht 5. Auflage, II, § 328 Note 7).

Da hiernach die beigebrachte Tratte die Verbindlichkeit des Beklagten zur Zahlung der vom Kläger angewiesenen Summe nicht begründet, ein materieller Rechtsgrund, aus welchem Beklagter dem Kläger, welcher die Tratte überdies nicht von ihm, sondern von L. & Co. erhalten hatte, regreßpflichtig wäre, aber vom Kläger nicht angeführt ist, so hat die von der ersten Instanz ausgesprochene Abweisung der Klage angebrachtermaßen nur bestätigt werden können."

(App.-Erk. des Raths vom 25. April 1884, № 2873.)

1482. Exceptio SCti Vellejani gegenüber der Klage aus der Wechselbürgschaft.

„Auf Bezahlung eines von ihrem Ehemanne zu Gunsten des Klägers über 200 Rbl. ausgestellten, von der Beklagten als expromissorischer Caventin unterzeichneten Eigenwechsels belangt, machte Beklagte die exceptio SCti Vellejani geltend. . . .

Nach dem Art. 4506 des Prov.-Rechts Thl. III sind Bürgschaften der Frauenspersonen nur giltig, wenn letztere bei Leistung derselben ausdrücklich erklären, daß sie von der rechtlichen Wirkung der übernommenen Verbindlichkeit vollkommen unterrichtet gewesen sind und auf die ihnen in dieser Beziehung zustehenden Rechte verzichten. Dadurch ist die Geltung der gemeinrechtlichen exceptio SCti Vellejani in den Ostseeprovinzen unzweideutig anerkannt (civilrechtl. Entscheid. I, № 159. III, № 416). Daß eine der vielfachen gemeinrechtlichen Beschränkungen dieser Einrede (Windscheid, Pandekten II, § 486) in casu zur Anwendung gelangen müsse, ist von dem Kläger nicht behauptet worden, und daß die Unterzeichnung des Ehemannes als des Hauptschuldners die Bürgschaft der Ehefrau rechtsverbindlich mache, ist eine unhaltbare Anschauung, da nach Art. 30 a. a. O. in Fällen, wo die Interessen beider Ehegatten collidiren, die Frau sich für den betreffenden Act einen besonderen Beirath zu wählen hat. Bei einer Bürgschaft der Frau für den Ehemann wäre demnach die Hinzuziehung eines solchen Beirathes unbedingt erforderlich gewesen. Endlich beruft Kläger sich auch vergeblich auf den § 6 der russischen Wechselordnung, nach welchem Ehefrauen mit Erlaubniß ihrer Männer Wechsel ausstellen dürfen. Es handelt sich eben im vorliegenden Falle nicht um eine von der Beklagten mit Erlaubniß ihres Ehemannes eingegangene Wechselverbindlichkeit, sondern um eine für den Ehemann übernommene Wechselbürgschaft und die Erlaubniß des Hauptschuldners, eine Bürgschaft für ihn zu übernehmen, kann selbstverständlich von keiner rechtlichen Bedeutung sein.

Der gegen die beklagte Ehefrau aus der Wechselbürgschaft erhobene Anspruch muß daher unter Bestätigung der exc. SCti Vellejani abgewiesen werden."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 8. December 1881, № 243.)

1483. Kann die condictio sine causa auf Rückzahlung der Wechselsumme von dem Wechselaussteller auch dann angestellt werden, wenn er die Wechselsumme bezahlt hat, ohne es auf den Proceß ankommen zu lassen?

Kläger behauptete, er habe von der Beklagten verschiedene Maschinen gekauft und ihr zur Sicherstellung des gestundeten Kaufpreises von ihm unterzeichnete Blancowechsel gegeben. Letztere habe Beklagte auf größere Summen ausgefüllt, als sie zu fordern gehabt, indem sie namentlich für eine Spinnmaschine nebst Zubehör statt des vereinbarten Preises von 800 Rbl. einen Kaufpreis von 1510 Rbl. berechnet habe. Kläger habe die ihm zur Zahlung präsentirten Wechsel bezahlt, um die Kosten eines Wechselprocesses, in welchem er seine illiquide Einrede nicht hätte zur Geltung bringen können, zu ersparen, habe sich aber die Rückforderung vorbehalten und wolle jetzt die von ihm ohne Grund gezahlten 710 Rbl. zurückfordern.

Nachdem Beklagte die rechtliche Begründung des erhobenen Anspruches bestritten hatte, wurde in dem Bescheide des Vogteigerichts vom 22. August 1881, № 162 ausgeführt:

„Es steht fest, daß Kläger der beklagten Handlung zur Sicherung des ihm gestundeten Kaufpreises für gelieferte Maschinen mit seinem Namen unterzeichnete Wechselblankette übergeben hat. Diese Blankette durfte Beklagte der Vereinbarung gemäß in den bezüglichen Fälligkeitsterminen bis zum Betrage des schuldigen Kaufpreises ausfüllen. Gegenwärtig behauptet Kläger, daß Beklagte mit dieser Berechtigung insofern Mißbrauch getrieben, als sie die Blankette mit höheren Beträgen als den vereinbarten Kaufpreisen ausgefüllt habe. Die Wechsel sind nachher vom Kläger bezahlt worden und es entspricht daher der Sachlage nicht, wenn Beklagte behauptet, der Kaufschilling sei freiwillig vom Kläger bezahlt worden, während er doch nur die Wechsel, gegen welche er liquide Einwendungen nicht geltend machen konnte, eingelöst hat. Die angestellte Klage entbehrt daher ebensowenig des rechtlichen Grundes, wie jede andere Nachforderungsklage des im Wechselprocesse wegen Illiquidität seiner Einreden verurtheilten Schuldners, da der Umstand, daß der Kläger in casu nicht gerichtlich zur Bezahlung der Wechsel angewiesen worden war, die rechtliche Begründung des als

condictio sine causa aufzufassenden Anspruchs in keiner Weise aufhebt (Swingmann civilr. Entsch. V, S. 214 und 452 ff.).

Allein selbst dann, wenn Kläger statt des vereinbarten Kaufpreises von 800 Rbl. sofort 1510 Rbl. freiwillig bezahlt hätte, ohne daß die Bezahlung der Wechsel überhaupt gefordert wäre, würde die condictio sine causa dennoch begründet erscheinen, falls die vorherige Normirung des Preises auf 800 Rbl. nur in Erweis gestellt werden würde. Die Berufung der Beklagten auf das von diesem Gerichte in Sachen P. wider G. ergangene Erkenntniß vom 8. Januar 1881, № 227 und das bestätigende Appellationserkenntniß des Raths vom 22. Mai 1881, № 3476*) ist aus dem Grunde nicht stichhaltig, weil es sich in dem angezogenen Falle um Rückforderung eines auf Grund der übergebenen Rechnung für gelieferte Handwerkerarbeiten gezahlten Betrages handelt, über welchen eine Vereinbarung vorher nicht stattgefunden hatte. Analog würde der vorliegende Fall nur dann sein, wenn Kläger die 710 Rbl. zurückfordern würde, obgleich vorher der Kaufpreis von 1510 Rbl. vereinbart worden, weil die gekauften Gegenstände nur 800 Rbl. werth seien. Eine solche Klage würde allerdings der rechtlichen Begründung entbehren, weil der vereinbarte Preis auch bezahlt werden muß und nach erfolgter Zahlung (abgesehen von der laesio enormis) nicht mehr zurückgefordert werden kann. Nach erfolgter Zahlung der Rechnung war aber auch im Falle P. wider G., wie in den bezüglichen Entscheidungsgründen ausgeführt worden, in Ermangelung einer vorhergehenden Vereinbarung der bezahlte Preis als vereinbart anzusehen. Das über den vorher vereinbarten Preis hinaus Bezahlte würde Beklagte ohne allen Grund auf Kosten des Vermögens des Klägers haben, weshalb sie auch, da eine Schenkung von ihr nicht behauptet worden, auf Herausgabe desselben belangt werden kann (Art. 3727 des III. Thls. des Prov.-Rechts)."

Dieser Bescheid ging in Rechtskraft über.

*) Abgedruckt in Band VI, № 1106 dieser Entscheidungen.

1484. Verpflichtung des Rhéders durch Rechtsgeschäfte des Schiffers und Legitimation des letzteren zur Vertretung des Rhéders.

„Mikkel D. ist Führer des Schiffes Bethlehem geworden und als solcher war er nach Seerecht befugt, als das Schiff sich hier in Riga, mithin außerhalb des Heimathshafens Haynasch, befand, für die Rhéderei alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Ausrüstung und Erhaltung des Schiffes mit sich brachten. Durch ein vom Schiffer in seiner Eigenschaft als Führer des Schiffes innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse geschlossenes Rechtsgeschäft wird aber nicht nur der Rhéder dem Dritten gegenüber verpflichtet, sondern auch die Haftung des Rhéders mit Schiff und Fracht begründet (vgl. Rigasches Stadtrecht, Lib. V Tit. 6 § 3. Russisches Handelsgesetzbuch, Art. 893. A.D.H.G.B. Art. 496 und 502).

(Aus den Motiven des App.-Erk. des Raths vom 26. Januar 1883, № 631).

1485. Legitimation des Schiffers als Vertreter des Rhéders innerhalb und bzw. außerhalb des Heimathshafens.

I. „Daß der Schiffer außerhalb des Heimathshafens*) kraft seiner Anstellung befugt ist, für die Rhéderei verschiedene Rechtshandlungen vorzunehmen und namentlich Klagen anzustellen, welche sich auf den Wirkungskreis des Schiffes beziehen, unterliegt nach Handelsrecht keinem Zweifel. Als den Dampfer „Bremen" führender Schiffer ist demnach Kläger ipso jure legitimirt in Riga woselbst der genannte Dampfer nicht zu Hause ist, aus den von der Rhéderei oder für dieselbe von ihren Bevollmächtigten abgeschlossenen Verträgen über Verfrachtung des Dampfers Klage zu erheben."

(Bescheid des Vogteigerichts vom 15. April 1881, № 66).

II. „Es ist allerdings richtig, daß nach allgemeinen seerechtlichen Grundsätzen, wie nach hiesiger Praxis Rechtsgeschäfte, welche der Schiffer im Heimathshafen bzw. am Wohnorte des Schiffsrheders als dessen bevollmächtigter Correspondent eingeht,

*) Vgl. Band V, Seite 479 und andererseits VI, Seite 404.

für den Rheder nur dann verbindlich sind, wenn der Schiffer auf Grund einer besonderen Vollmacht gehandelt hat, oder wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorhanden ist (vgl. civilrechtl. Entsch. VI, S. 404). Allein ebensowenig ist zweifelhaft, daß der Schiffer in Bezug auf die von ihm im Heimathshafen im Interesse des Rhebers vorgenommenen Rechtshandlungen nicht ungünstiger gestellt ist, als der nach Civilrecht zu beurtheilende Stellvertreter; daher ist der Vollmacht, auf Grund welcher der Schiffer auch während seines Aufenthaltes im Heimathshafen den Rheder durch Verträge oder andere Rechtshandlungen verpflichten kann, die negotiorum gestio und die in rem versio für das Schiff gleichzustellen (vgl. Lewis „das deutsche Seerecht" zum Art. 495). Es liegt aber auf der Hand, daß die gerichtliche Beitreibung von Schiffsforderungen im Interesse des Rhebers erfolgt und daß letzterer nach den Grundsätzen über die auftraglose Geschäftsführung zu einer Billigung der zum Behufe der Beitreibung vom Schiffer vorgenommenen Maßregeln sich herbeilassen muß, selbst wenn die Geschäftsbesorgung ihm keinen Vortheil bringen sollte (vgl. Art. 4451 des III. Thls. des Provinzialrechts). Hierzu kommt im vorliegenden Falle, daß die Ansegelung des klägerischen Schiffes in der Fremde erfolgt und daß hier die Vertretungsbefugniß des Schiffers sich zweifellos auch auf Anstellung von Klagen, welche sich auf seinen Wirkungskreis beziehen, erstreckt; zum Wirkungskreise des Schiffes gehören aber alle Rechtsacte, durch welche ein drohender Schaden vom Schiff abgewendet, oder ein bereits demselben geursachter Schaden ausgeglichen werden soll. Letzteres Ziel verfolgt die gegenwärtig erhobene Klage; war aber nach dem Angeführten Kläger zur Anstellung dieser Klage auch ohne besondere Vollmacht des Schiffseigenthümers berechtigt, so erscheint derjenige Ort, an welchem er zur Anbringung der Klage durch Ausstellung einer Vollmacht einen Proceßvertreter legitimirte, vollkommen gleichgiltig.

Die zweite Einrede*) erweist sich aus folgendem Grunde als hinfällig. Wenn das Seerecht von der Befugniß oder Legitimation des Schiffers zur Vertretung redet, so geschieht das nicht in dem

*) Diese war darauf gegründet, daß die vom Schiffer im Heimathshafen (Newcastle) dem Sachwalter ertheilte Proceßvollmacht letzteren nicht legitimire.

formalen Sinne, daß der Schiffer bei Vornahme irgend welcher Rechtshandlungen in Interesse des Rheders stets das Moment der Stellvertreterschaft zu betonen und alle Rechtsacte nur ausdrücklich im Namen des Rheders zu vollziehen habe. Diese formale Behandlung der Sache ist dem Seerechtsverkehr fremd; regelmäßig gerirt sich der Schiffer als stiller Stellvertreter des Schiffseigenthümers und dennoch behindert dieser Umstand den dritten Contrahenten keineswegs, aus den mit dem Schiffer innerhalb dessen Zuständigkeit geschlossenen Verträgen direct und ohne weiteres den Schiffseigenthümer zu belangen. Es kann daher nicht für durchaus nothwendig gehalten werden, daß der Schiffer, welcher im Interesse seines Rheders Klage erheben will, persönlich aber vor Gericht zu erscheinen gehindert ist, den von ihm gewählten Proceßvertreter ausdrücklich zur Wahrnehmung der Interessen des Schiffsrheders bevollmächtige, vielmehr muß die Autorisation zur Vertretung der Person und zur Wahrnehmung des Interesses des Schiffers, welches Interesse im gegebenen Fall ja mit dem des Rheders identisch ist, vollkommen genügen. Solchem nach ist Beklagter mit seinen Einreden der mangelnden Legitimation zur Sache und der fehlenden Proceßlegitimation zurückzuweisen."

(Rechtskräftiger Bescheid des Vogteigerichts vom 9. December 1883, № 279.)

1486. Ueber den Eigenthumserwerb an Schiffen und Schiffsparten

wird in dem App.-Erk. des Raths vom 26. Januar 1883, № 631 ausgeführt:

„Nach den mit den einschlägigen Vorschriften des russischen Handelsgesetzbuches übereinstimmenden Bestimmungen des hiesigen Gewohnheitsrechts ist in allen Fällen der Eigenthumsübertragung an Schiffen und Schiffsparten nicht nur Schriftlichkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts, sondern auch (abgesehen von der den russ. Consulaten im Auslande zustehenden Beglaubigung) dessen Vollziehung oder Bestätigung seitens der zuständigen Gerichte oder Personen unerläßlich. Die Nothwendigkeit der gerichtlichen Corroboration von Kaufverträgen über Seeschiffe, welche 10 oder mehr Lasten halten (Art. 834, 835 des Handelsustaws) ergiebt sich aus

der Vorschrift der Art. 803 bis 806 a. a. O., wonach die zur Ausstellung, Vollziehung und Beglaubigung von Schiffsreposten competenten Autoritäten nicht nur die Dokumentenposchlin von 3 Rbl. zu erheben, sondern behufs gewisser Wahrnehmungen eine Prüfung des Rechtsgeschäfts vorzunehmen haben. In allen Fällen aber, in welchen das Rechtsgeschäft der Corroboration oder gerichtlichen Bestätigung bedarf, ist nach provinziellem Recht (vgl. Thl. III, Art. 3026 und 3030) die schriftliche Form erforderlich. Was speciell das Verhältniß mehrerer Mitrheder zu einander betrifft, so kann dasselbe nach einheimischem Rechte nur durch einen schriftlichen Vertrag begründet werden, in welchem angegeben werden muß, wieviel jeder der Compagnons zum Bau- oder Kaufgeld hergegeben hat und wie der Gewinn und Verlust während der Dauer der Compagnie zu theilen ist (vgl. Art. 819 und 820 des Handelsustaws). Es ist nur eine rechtliche und logische Consequenz dieser Grundsätze, wenn auch die Rechtswirksamkeit jeder Veränderung in dem Personalbestande der Rhederei oder in dem Antheilverhältnisse der Mitrheder von der schriftlichen Beurkundung abhängig gemacht wird. Ueberdies darf die Veräußerung einer Schiffspart, wie ebenfalls nach hergebrachter Observanz feststeht, nur mit Zustimmung der Mitrheder stattfinden, welche, wenn ihnen der dritte Erwerber als Schiffspartner nicht konvenirt, ein gesetzliches Vorkaufsrecht auf Grund vorzunehmender Taxation ausüben dürfen (vgl. Art. 825 und 826 des Handelsustaws).

Jedenfalls bedarf nach den allgemeinen Bestimmungen über die Veräußerung von Seeschiffen auch das auf den Verkauf einer Schiffspart an einen Dritten gerichtete Rechtsgeschäft der gerichtlichen Corroboration, weshalb denn für dieses Rechtsgeschäft unter allen Umständen die schriftliche Form gefordert werden muß. Die Corroboration aber ist auf Grund des Art. 3002 des Prov.-Rechts Thl. III nach reichsgesetzlichen Vorschriften zu handhaben. Für den vorliegenden Fall kommt der Handelsustaw in Betracht, nach welchem (Art. 794 und 805) zur Corroboration und Beglaubigung von Eigenthumsurkunden über Seeschiffe zuständig sind:

1. die Magistrate und Rathhäuser, wo solche noch bestehen,
2. die Kreisgerichte der neuen Justizverfassung,
3. die Makler auf Grund der neuen Notariatsordnung,

4. die russischen Consulate und Gesandschaften im Auslande, falls ein russischer Unterthan ein russisches oder ein ausländisches Schiff im Auslande kauft.

Speciell in Riga ist die vorerwähnte Competenz dem Kämmereigerichte übertragen, den öffentlichen Notaren aber die Corroboration und Beglaubigung der in Frage kommenden Urkunden versagt, wie solches vom Rathe in seinem Protokoll vom 11. September 1878 anerkannt worden ist.

Im vorliegenden Falle haben die Impetraten nicht behaupten können, daß bei dem von ihnen geltend gemachten Austritt des einen oder des anderen der ursprünglichen vier Gesellschafter aus der Rhederei des Schiffes „Bethlehem" die oben dargelegten Vorschriften des hierorts geltenden Seerechts beobachtet worden sind. Ausweislich einer bezüglichen Aufschrift auf dem Beilbriefe vom 21. Juli 1876 hat J. W. seine Schiffspart dem zur Orrenhoffschen Gemeinde verzeichneten A. D. abgetreten. Diese Aufschrift ist nicht wie erforderlich von dem Rigaschen Kämmereigerichte, sondern vom Substituten des öffentlichen Notars corroborirt worden. Nach Art. 3007 des III. Thls. des Prov.-Rechts ist aber die von einer incompetenten Autorität vollzogene Corroboration ohne alle Wirkung und als nicht geschehen anzusehen."

1487. Anfechtung eines nicht vom Schiffer selbst gezeichneten Connossements durch den Schiffer, nachdem er auf Grund desselben die Ladung ausgeliefert hat.

„Das von dem Kläger geführte Schiff ist im August 1881 von der Eisen- und Kohlengesellschaft in Newcastle zum Transporte einer Ladung von 159 Tons Coaks von Newcastle am Tyne nach Riga befrachtet worden. Diese Ladung hat Kläger nach seiner Ankunft in Riga dem Beklagten auf Grund eines von diesem vorgewiesenen, für den Capitain von einer anderen Person, deren Handschrift sich nicht entziffern läßt, gezeichneten, an Ordre ausgestellten und durch Blanco-Indosso an den Beklagten gediehenen Connossements ausgeliefert und von dem letzteren auch bereits 200 Rbl. auf die Fracht empfangen. Gegenwärtig fordert Kläger auf Grund eines anderen, in seinen Händen befindlichen, gleichfalls an Ordre ausgestellten und von dem Kläger selbst gezeichneten Con-

nossements den Rest des Frachtlohns mit 361 Rbl. 57 Kop., während Beklagter sich nur zur Bezahlung von 263 Rbl. 46 Kop. bereit erklärt, da sich nach dem in seinen Händen befindlichen Connossement, welches in mehreren Punkten von dem klägerischen abweicht, nur ein solcher Betrag für den Frachtlohnrest ergiebt. Die Richtigkeit der auf Grund des beklagtischen Connossements aufgemachten Abrechnung wird vom Kläger nicht bestritten; dagegen bezeichnet derselbe das Connossement des Beklagten als unecht und behauptet, daß allein das von ihm selbst gezeichnete Connossement als maßgebend anzusehen sei.

Die klägerische Auffassung muß als ungerechtfertigt angesehen werden.

Durch das von dem Kläger exhibirte, von ihm selbst ausgestellte Connossement lassen sich überhaupt gar keine rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten begründen, da das Connossement an Ordre ausgestellt ist und die Auslieferung der Waaren an den Beklagten garnicht auf dieses Connossement oder auf ein Duplicat desselben, sondern auf ein anderes Connossement erfolgt ist. Ob Kläger berechtigt gewesen ist, die Ladung dem Beklagten gegen das nunmehr von ihm als unecht bezeichnete Connossement auszuliefern, kann gegenwärtig dahingestellt bleiben, soviel aber steht fest, daß allein das von dem Beklagten übergebene, durch Indosso an ihn gediehene Connossement und die auf dieses Connossement erfolgte Auslieferung der Ladung einem Frachtanspruche des Klägers gegen den Beklagten zu Grunde gelegt werden kann. Das klägerische Connossement legitimirt den Beklagten nicht als den Destinatär der Ladung, da es an Ordre lautet, und auch die Auslieferung der Waaren ist nicht gegen dieses Connossement erfolgt, dasselbe steht also zu dem Beklagten in gar keiner Beziehung. Wenn in der Rechtsprechung der hiesigen Gerichte (Zwingmann, civilr. Entsch. II, № 248. IV, № 679 und 683. V, № 945) und in dem deutschen Handelsrecht (Handelsgesetzbuch Art. 653; Lewis, deutsches Seerecht II, S. 307 ff.) übereinstimmend anerkannt wird, daß die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Befrachter und dem Empfänger der Ladung ihren Ausdruck lediglich im Connossemente finden, so ist es bei einem Connossement, welches an Ordre ausgestellt ist und den Namen des Empfängers gar-

nicht nennt, selbstverständlich, daß es für die rechtlichen Beziehungen zwischen Schiffer und Destinatär erst dann maßgebend werden kann, wenn letzterer sich durch Vorweisung des durch Indosso in seine Hände gelangten Ordre-Connossements als Empfänger der Waare zu legitimiren vermag und wenn der Schiffer das Connossement als richtig anerkennt. Das letztere kann unzweideutiger als durch Auslieferung der Waare an den Inhaber des Connossements garnicht geschehen. Kläger muß daher, ebenso wie Beklagter das Connossement, auf welches die Auslieferung der Ladung erfolgt ist, als maßgebend für die rechtlichen Beziehungen zum Empfänger anerkennen und vermag ebenso, wie seine Verbindlichkeiten, so auch seine Rechte nur aus diesem Connossement herzuleiten.

Daß das Connossement nicht vom Schiffer selbst, sondern von einer anderen Person gezeichnet worden ist, würde dem Kläger nur das Recht geben, die Auslieferung der Ladung auf dieses Connossement hin zu verweigern, da das Connossement in der Regel vom Schiffer selbst gezeichnet werden muß, Schiffsmakler und Agenten aber als solche (d. h. wenn sie nicht vom Schiffer dazu bevollmächtigt sind) zur Zeichnung von Connossementen nicht befugt sind (Lewis a. a. O. II, S. 291 und 292.) Nach Auslieferung der Ladung muß es jedoch so angesehen werden, als sei der Unterzeichner vom Schiffer selbst zu diesem Acte bevollmächtigt worden.

Es ist dem Kläger daher lediglich offen zu lassen, alle Ansprüche wegen des angeblich ohne seine Zustimmung gezeichneten und vom Ablader widerrechtlich ohne seine Zustimmung begebenen Connossements gegen den Ablader geltend zu machen; während er mit den gegen den Beklagten erhobenen Ansprüchen, soweit letzterer dieselben nicht anerkannt hat, ab und zur Ruhe verwiesen werden mußte."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 30. Januar 1882, № 22.)

1488. a. Berechnung der nach Gewicht vereinbarten Fracht bei vorhandenem Gewichtsmanco.

b. Bedeutung der Clausel „frei von Bruch."

Beklagte wollte von dem vertragsmäßig mit 15 Schilling per Ton bedungenen Frachtlohn für 2200 Thonröhren, welche mit dem

klägerischen Dampfer für sie von Newcastle nach Riga gebracht waren, den Werth von 504 Stück zerbrochener Röhren, im angeblichen Gewichte von 10 Tons abziehen. In dem deswegen vom Vogteigerichte am 7. Juli 1883, sub № 155 erlassenen Erkenntnisse wird gesagt:

„Die Clausel „frei von Bruch", welche sich auf dem Connossemente vorfindet, ist in der handelsrechtlichen Praxis stets dahin ausgelegt worden, daß in Folge derselben die Beweislast bezüglich eines Verschuldens des Frachtführers, im Gegensatze zu den gewöhnlichen Bestimmungen des Frachtvertrages: dem Empfänger der Waare obliegen solle. Die Behauptung, daß der Schade auf die schlechte Verpackung der Röhren im Schiffe zurückzuführen sei, findet sich allerdings in der Duplik der Beklagten vor, allein der Beweis derselben ist nicht einmal versucht worden und der Seeprotest und die Verklarung des Schiffers über einen während der Fahrt stattgehabten starken Sturm weisen auf das Gegentheil hin. . . . . Kann hiernach Beklagte von der Klägerin Ersatz für die angeblich zerbrochenen 504 Röhren nicht verlangen, so fragt sich nur noch, ob die Klägerin nicht mit Rücksicht darauf, daß sie nicht die volle Zahl der ihr übergebenen Röhren abgeliefert hat, verpflichtet ist, sich einen entsprechenden Abzug vom Frachtlohn gefallen zu lassen. Nach handelsrechtlichen Grundsätzen (vgl. Art. 621 des DHGB.) wird nun allerdings, falls die Fracht nach Maß, Gewicht oder Menge der Güter bedungen ist, im Zweifel angenommen, daß das Maß, Gewicht oder die Menge der wirklich abgelieferten Güter für die Höhe der zu zahlenden Fracht entscheidend sein soll*) und, da im vorliegenden Falle das Connossement besagt, daß die Fracht der 2200 Stück Thonröhren im Gesammtgewichte von 44 Tons nach dem Maßstabe von 15 Schilling per Ton berechnet werden solle, so wäre die Fracht auch nur von dem von der Beklagten wirklich empfangenen Gewichtsbetrage der Ladung zu zahlen. Daß die 504 zerbrochenen Thonröhren ein Gewicht von mindestens 10 Tons gehabt haben, ist von der Beklagten zwar behauptet, aber in keiner Weise zu beweisen**) versucht worden. Da ferner die

*) Vergleiche Band VI, Seite 423.

**) Wenn Klägerin vertragsmäßig die Fracht nur für die abgelieferten Thonröhren fordern durfte, so war die Erklärung der Beklag-

Röhren von durchaus verschiedenen Dimensionen waren, das Gewicht der zerbrochenen Röhren sich somit aus den Angaben über das Gesammtgewicht der Ladung und die Stückzahl derselben keineswegs berechnen läßt, so ist Beklagte zur Zahlung der vollen Fracht anzuhalten."

1489. Erlischt der Anspruch wegen Beschädigung des Frachtgutes gegen den Frachtführer oder Schiffer durch widerspruchlosen Empfang, auch wenn der Frachtlohn nicht bezahlt ist?

Der Kaufmann W. wurde von der Rhederei des Dampfers „Kolga", mit welchem 262 Kisten Pflaumen für ihn nach Riga gebracht waren, auf Zahlung der Fracht belangt und wollte gegen die Frachtforderung einen Entschädigungsanspruch aufrechnen, weil 5 Kisten Pflaumen gefehlt hätten, bzw. wegen gänzlicher Zertrümmerung der Emballage nicht zu brauchen gewesen seien. Die Klägerin replicirte, Beklagter sei seiner Ersatzforderung verlustig gegangen, weil er von der Beschädigung des Gutes dem Schiffer nicht rechtzeitig Anzeige gemacht habe. Das Vogteigericht hielt diese Replik für begründet und verurtheilte demnächst Beklagten zur Zahlung des gesammten Betrages der geklagten Fracht. Beklagter legte dagegen Appellation ein und führte aus, daß nach Art. 4265 des Prov.-Rechts Thl. III und mehrfachen Präjudicaten die Annahme des Frachtgutes nicht allein, sondern nur in Verbindung mit der Zahlung der Fracht den Anspruch gegen den Schiffer ausschließe.

Durch App.-Erk. des Raths vom 24. Februar 1884, № 1468 wurde jedoch nach dem Beschlusse der Majorität des Collegiums das Erkenntniß erster Instanz aus folgenden Gründen bestätigt:

„Bei Beurtheilung der Rechtsverhältnisse aus dem Seefrachtvertrage kommen für das hiesige Recht neben den gemeinrechtlichen Normen analog (nicht direct, vgl. die Anm. zum Art. 4254) zur Anwendung die vom Binnenfrachtvertrage handelnden Art.

---

ten, daß ihr statt 2200 Stück = 44 Tons, nur 1696 Stück = 30 Tons abgeliefert seien, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und folglich hatte nicht Beklagte das Mindergewicht zu beweisen, sondern Klägerin hätte zur Entkräftung der Einrede anführen und beweisen müssen, daß die abgelieferten 1696 Thonröhren ein Gewicht von mehr als 30 Tons hatten.

4254 ff. des III. Thls. des Prov.-Rechts, soweit nicht die eigenartige Natur des Seefrachtgeschäfts solches verbietet. Speciell der vom Erlöschen der Ansprüche des Destinatärs gegen den Frachtführer handelnde Art. 4265 ist unbedenklich auch bei Differenzen aus dem Seefrachtvertrage von der hiesigen Spruchpraxis analog angewendet worden (vgl. Zwingmann Entsch. Band V, № 941. Band VI, № 1222). Es kann daher dem Vogteigerichte nicht beigetreten werden, wenn dasselbe die bezüglichen Bestimmungen, als dem Privatrechte angehörig, für einflußlos bei Beurtheilung des handelsrechtlichen Seefrachtvertrages erklärt und rücksichtlich der Empfangnahme des Frachtguts von Seiten des Destinatärs auf die Analogie des Kaufes nach Handelsrecht bzw. auf den Art. 347 des DHGB. (Mängelanzeige beim Distanzkauf) verweist. Die analoge Anwendung von Rechtssätzen auf ein anderes Rechtsinstitut setzt nach Art. XXI der Einleitung zum III. Thl. des Prov.-Rechts die innerliche Verwandschaft beider Institute durch Gleichheit des Grundes voraus und dies Moment trifft offenbar besser zu, wenn man den Binnenfrachtvertrag bzw. den Verdingungsvertrag, als wenn man den Kaufvertrag mit dem Seefrachtvertrage zusammenstellt.

Die Anwendung der Art. 609 und 610 des DHGB., handelnd von der bei Verlust des Reclamationsanspruches binnen 48 Stunden nach der Uebernahme zu erwirkenden Besichtigung des Guts durch die betr. Amtsstelle, — ist für das hiesige Rechtsgebiet ausgeschlossen; denn jene Bestimmungen fixiren nicht einen gemeinrechtlichen Satz, sondern schaffen neues Recht und eine Rechtsgewohnheit, wonach auch hier eine Besichtigung, wenn auch nicht durch amtliche Sachverständige, Voraussetzung für die Bewahrung des Reclamationsanspruchs wäre, läßt sich nicht nachweisen.

Appellant beruft sich nun zur Unterstützung seiner Interpretation des Art. 4265, daß nämlich nur „durch Empfang des Gutes und Bezahlung des Frachtlohns" der Anspruch an den Frachtführer (abgesehen von den hier in Frage kommenden verborgenen Mängeln) erlösche, auf drei in der Zwingmannschen Sammlung abgedruckte Entscheidungen hiesiger Gerichte. Die eine dieser Entscheidungen (V, 950) ist jedoch insofern nicht präjudicirlich, weil sie trotz gleichzeitig vorhandener Annahme und Bezahlung die Appro-

bation des Transports nicht statuirt, weil die Fracht voraus bezahlt war. Das zweite angezogene Erkenntniß (VI, № 1222) läßt es nach dem Wortlaute zweifelhaft, ob Annahme und Bezahlung die einzige Art des Erlöschens der Reclamationsansprüche bilden. — Das dritte Präjudicat (Appellationserkenntniß des Raths vom 18. Mai 1879, № 3615 a. a. O. V, № 941) enthält freilich den Satz, daß nur durch Empfang und Bezahlung des Frachtlohnes regelmäßig der Anspruch an den Frachtführer erlischt, doch ist einerseits das „nur" zum Beginn des Satzes durch das später hinzugefügte „regelmäßig" bedeutend abgeschwächt und andrerseits ergiebt sich aus dem betreffenden Erkenntnisse, daß im Fragefalle das thatsächliche Material anders lag, als hier. Es folgt nämlich auf die sub № 941 abgedruckten Motive noch der Satz: „Ueberdies hat Beklagter aber auch Sachverständige hinzugezogen und damit jedenfalls der Annahme vorgebeugt, als ob er mit dem Zustande des ihm ausgelieferten Frachtgutes vollkommen zufrieden sei" — und erst hieran schließt sich der Ausspruch, „daß auch die gegnerische Replik sich als haltlos erweise."

Die Interpretation, welche Appellant dem Art. 4265 gegeben wissen will, läßt sich in der That auch in keiner Weise rechtfertigen. Die Bestimmung lautet wie folgt:

> Durch Empfang des Gutes und Bezahlung des Frachtlohnes erlischt jeder Anspruch an den Frachtführer, es sei denn, daß der Empfänger, durch den äußerlich guten und trockenen Zustand des Frachtgutes getäuscht, erst später, nach Eröffnung der Colli, die erlittene Beschädigung entdeckt und den Beweis führt, daß die Beschädigung in der Zeit zwischen der Empfangnahme und der Ablieferung stattgefunden hat."

Zunächst ist nicht zweifelhaft, daß die Bezeichnung „Empfang" an dieser Stelle nur bedeutet „Abnahme", d. h. den thatsächlichen, der Ablieferung seitens des Frachtführers entsprechenden Act des Destinatärs. Die „Empfangnahme", die Erklärung des Destinatärs, daß der Frachtführer seinerseits den Vertrag erfüllt habe, kann aus dem Grunde garnicht vom Gesetze gemeint sein, weil, wenn eine solche vorliegen müßte, das Moment der hinzugetretenen „Bezahlung des Frachtlohns" überhaupt nicht ver-

ständlich wäre, indem nach allgemeinem Rechtsgrundsatze die erklärte Billigung jede Reclamation ausschließen würde. Die deutschrechtliche Theorie ist über diesen Punkt bei Interpretation des gleichlautenden Art. 408 des DHGB. denn auch nicht streitig (vgl. Endemann, Handelsrecht § 156 Note 10 und § 114 Schott, das Transportgeschäft, in Endemanns Handbuch Bd. III, § 343, Seite 369 sub 4 a; auch Thöl, das Transportgewerbe § 17.)

Wenn aber das Wort „Empfang" an dieser Stelle nur „Abnahme" bedeutet, so stellt sich der Eingangssatz des Art. 4265 (die Verbindung von Empfang und Bezahlung des Frachtlohns) dar als eine gesetzliche Vermuthung für die „Empfangnahme" und zwar als eine praesumtio juris et de jure oder, wie Hahn in seinem Commentar (Art. 408, § 1) es ausdrückt: „Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht erscheinen als zweifellose Billigung des Transports, aus denselben ist nicht blos eine Vermuthung des Verzichts zu entnehmen."

Es ist nun absolut kein Grund gegeben zu der Construction, als sei Annahme und Bezahlung die einzige Art, in welcher der Transport vom Destinatär gebilligt werden könne.

Daß eine Transportbilligung durch ausdrückliche Erklärung nicht hat ausgeschlossen werden sollen, bedarf keiner Darlegung; aber auch die Interpretation, daß das Gesetz als concludente Handlung für die Transportbilligung beim Frachtvertrage einzig und allein die Annahme, verbunden mit der Bezahlung habe hinstellen wollen, läßt sich nicht begründen, — denn, wenn dies beabsichtigt worden wäre, so hätte doch das Wort „nur" zum Beginn des Art. 4265 (bzw. Art. 408 im DHGB.) nicht fehlen können. Als Beispiel für die Anschauung der deutschen Doctrin in dieser Richtung mag dienen, daß Endemann in der Fortsetzung von Brinckmann's Lehrbuch des Handelsrechts den allgemeinen Satz giebt: „durch die ohne Vorbehalt geschehene Annahme der Waaren von Seiten des Destinatärs wird der Frachtführer von aller Haftpflicht befreit" und dabei neben verschiedenen deutschrechtlichen Lehrbüchern auch den Art. 105 des Code de commerce allegirt, woselbst sich genau dieselbe Bestimmung findet, wie in den Art. 4265 bzw. 408 a. a. O.

Die hier widerlegte Interpretation würde ohnehin zu Gunsten des Destinatärs ein Ausnahmerecht schaffen, für welches der Grund mangelt. — Der Einwand, der Destinatär sei eben anders, als der Käufer beim Distanzgeschäft, zur Abnahme verpflichtet (Art. 4262 des III. Thls. des Prov.-Rechts), aus der Erfüllung einer Pflicht könne nicht zu seinem Nachtheil ein Verzicht gefolgert werden (vgl. Zwingmann V, № 859), dieser Einwand trifft nur scheinbar zu; es wird hierbei nicht unterschieden zwischen „Abnahme" und kaufmännischer „Empfangnahme". Nur die Abnahme ist Pflicht des Destinatärs, dieselbe kann auch nie die Grundlage zu einer für ihn nachtheiligen Schlußfolgerung bieten, es handelt sich aber bei der hier besprochenen Streitfrage auch garnicht um die Abnahme, sondern um die Billigung, d. h. um die Entscheidung dessen, ob nicht auch beim Hinzutritt anderer Momente, als der Bezahlung des Frachtlohns, zu der Thatsache der Abnahme des Gutes — die Billigung, die „Empfangnahme" gefolgert werden könne und bzw. müsse.

Diese Frage muß nach dem Obigen schlechthin bejaht werden. Welcher Art die, für eine den Frachtführer befreiende Empfangnahme seitens des Destinatärs concludenten Handlungen sein müssen, läßt sich selbstredend nicht in bestimmte Sätze kleiden, weil es sich um eine quaestio facti handelt. Durchgreifend wird aber stets wirken müssen der allgemeine Grundsatz, daß der Handelsverkehr einer schleunigen, unzweideutigen Geschäftserledigung bedarf und daß unbegründete Verzögerung in der Mängelanzeige und Dispositionsstellung zu Ungunsten des Säumigen für Annahme einer Transportbilligung spricht. Ein bestimmtes Zeitmaß läßt sich für das hiesige Rechtsgebiet, dem die Codification des Handelsrechts mangelt, nicht normiren; die bezüglichen Vorschriften des DHGB. kommen als neues Gesetzesrecht nicht in Betracht.

Was schließlich noch den etwa zu erhebenden Einwand anlangt, daß ein praktisches Bedürfniß zur Construction einer stillschweigenden Billigung des Transports auch bei mangelnder Bezahlung der Fracht nicht vorhanden sei, indem der Frachtführer selbst durch sofortige, nach der Ablieferung ihm zustehende Klageerhebung sich vor Weiterungen schützen könne, — so ist hiergegen zu bemerken, daß jdem Handelsverkehr mit der sofortigen Verweisung auf die gerichtliche Auseinandersetzung eben nicht gedient ist. Im hiesigen Rechts-

gebiete, wo für die Klagen gegen den Frachtführer die zehnjährige Verjährungsfrist gilt, ist doppeltes Bedürfniß nach Anwendung der Grundsätze über den Empfang durch Säumigkeit in der Reclamationserhebung vorhanden.

Daß aber auch das deutsche Recht, trotzdem es die Ansprüche gegen den Frachtführer binnen Jahresfrist verjähren läßt (DHGB. 408,386), dem Destinatär nicht das Recht giebt, nach Abnahme des Gutes sich passiv zu verhalten, bis die Klage auf Bezahlung der Fracht erfolgt, erhellt eben aus dem zweiten Absatze des Art. 408 des DHGB., welcher die Reclamation wegen verborgener Mängel nur zuläßt, wenn die Feststellung des Verlustes ohne Verzug nach der Entdeckung nachgesucht worden ist. Dieser Passus fehlt allerdings in dem, übrigens fast wörtlich gleichlautenden Art. 4265 des III. Thls. des Prov.-Rechts und der Grund der Auslassung liegt auf der Hand, insofern, als das Institut der obligatorischen Besichtigung durch Sachverständige dem hiesigen Rechte nicht bekannt ist. Daraus aber, daß die weitergehende Verpflichtung der Herbeiführung einer amtlichen Besichtigung dem Destinatär hierselbst nicht obliegt, darf offenbar nicht gefolgert werden, daß er auch der geringeren, allgemeinen handelsrechtlichen Pflicht zur baldmöglichen Geltendmachung seiner Rügen enthoben sei. — Für den Seefrachtvertrag vollends ist durch den Art. 610 des DHGB. in der fraglichen Richtung eine 48-stündige Frist zur Herbeiführung der Besichtigung angesetzt worden und daß diese Frist praktisch als Verjährungsfrist wirken solle und werde, darüber gerade hat bei den Berathungen über den Entwurf kein Zweifel bestanden (vgl. Lewis, d. Seerecht ad Art. 610—1 a. f.)

Wenn nun Beklagter mehr als ein halbes Jahr verstreichen ließ, ohne jede seinerseitige Mängelanzeige bzw. ohne irgend einen Act vorzunehmen, aus welchem seine Absicht, den Transport nicht zu billigen, erkennbar wäre, so ist allerdings nach handelsrechtlichen Grundsätzen unbedenklich in dieser Säumigkeit eine den Frachtführer befreiende Empfangnahme durch concludente Handlungen zu erblicken."

1490. a. Bedeutung der Connossementsclausel „quality unknown."

b. Verschiebung der Beweislast über die Beschaffenheit des Frachtgutes wegen unterlassener Feststellung seines Zustandes vor der Empfangnahme durch den Destinatär.

Der Kaufmann B. begegnete der Frachtforderung des Schiffers, welcher eine Partie Rothsalz für Beklagten von Hamburg nach Riga gebracht hatte, mit der Einrede, daß 4410 Pud Salz vermischt mit Sand, Staub und Farbestücken abgeliefert und deshalb unter Protest empfangen seien, der dadurch entstandene Schaden aber den Betrag der Frachtforderung übersteige. In dem Bescheide des Vogteigerichts vom 20. December 1883, № 291 wurde bemerkt:

„Es ist unrichtig, daß Beklagter mit Rücksicht auf die zu spät erfolgte Besichtigung der Waare des Rechtes, Ausstellungen an derselben zu machen, verlustig gegangen sei. Die Art. 609 und 610 des DHGB., in denen allerdings eine Besichtigung im Laufe von 48 Stunden nach Empfang der Waare verlangt wird, wenn dem Empfänger die Entschädigungsansprüche wegen etwaniger mangelhafter Beschaffenheit der Waare gewahrt bleiben sollen, haben hier keine gesetzliche Geltung. Nach hiesigem Recht erscheint eine solche Besichtigung der Waare durch Sachverständige immer nur als ein Recht, nicht als eine Pflicht der Betheiligten, wie dies in der Praxis dieses Gerichts bereits mehrfach anerkannt worden ist. Unterläßt der Empfänger die sofortige Besichtigung der Waare, so thut er dies freilich auch nach hiesigem Rechte auf eigene Gefahr und trifft nunmehr ihn der Beweis, daß die behauptete Beschädigung der Waare während des Transportes derselben eingetreten sei. Eine Präsumtion für die Billigung der Waare kann im vorliegenden Falle jedoch aus der Unterlassung der Besichtigung nicht entnommen werden, weil Beklagter die Waare ausdrücklich nur unter Protest empfangen hat. . . .

Beklagter muß in Folge des Widerspruchs des Klägers beweisen, daß die Beschädigung des Salzes während des Transportes eingetreten sei. Dagegen braucht er, wenn die Beschädigung während des Transportes constatirt ist, nicht auch zu beweisen, daß dieselbe durch ein Verschulden des Klägers herbeigeführt sei; vielmehr liegt nach be-

kannten seerechtlichen Grundsätzen solchenfalls dem Schiffer der Beweis ob, daß der Schaden durch vis major geursacht worden."

Als in der Folge der dem Beklagten B. auferlegte Beweis für erbracht erklärt wurde, legte Beklagter Appellation ein und es erging in dieser Veranlassung am 1. März 1885 sub № 1690 folgendes Appellationsurtheil des Raths:

„Das Connossement über die streitige Ladung enthält die Erklärung des Appellanten (Schiffers), daß derselbe das Salz „gut und wohlbeschaffen" empfangen habe. In den Motiven des vogteigerichtlichen Erkenntnisses vom 25. Septbr. 1884, № 240 wird bemerkt, daß hiermit der vom Beklagten unternommene Beweis (d. i. in der Richtung auf die Unversehrtheit der Waare bei der Verladung) voll erbracht sei; ein solcher Beweis sei überdies garnicht erforderlich gewesen, weil die Präsumtion ohnehin dafür spreche, daß der Schiffer das Transportgut in gutem Zustande empfangen habe. — Die am Rande des Connossements u. A. befindliche Clausel „quality unknown" wird als hier bedeutungslos bezeichnet, weil bei Waaren, welche — wie das streitige Salz — offen verladen würden, deren äußere Beschaffenheit also sofort ersichtlich sei, der Schiffer sich von der Verhaftung nur befreien könne durch ausdrückliche Erwähnung der schlechten Beschaffenheit der Waare im Connossement.

Appellant hält nun die Geltendmachung dieser unstreitigen seerechtlichen Grundsätze (vgl. Zwingmann B. VI, № 1214) im vorliegenden Falle für ausgeschlossen, weil danach dem Appellaten nur der Beweis dessen obgelegen hätte, daß das Salz beschädigt abgeliefert worden sei; der Unterrichter habe aber im rechtskräftigen Bescheide nicht diesen Beweis dem Appellaten auferlegt, sondern einen weitergehenden, nämlich den Beweis, daß die Beschädigung auf der Fahrt oder während des Löschens stattgefunden habe.

Dieser Angriff beruht auf einer vollständigen Verkennung der Sachlage. — Dem Appellaten mußte trotz des vom Appellanten gezeichneten reinen Connossements, abweichend von der Regel, die Beweislast zufallen, weil er die Besichtigung der Waare gleich beim Empfang unterlassen hatte. In Folge dieser Unterlassung war die Annahme nicht ausgeschlossen, daß der Verderb der Waare erst

nach dem Empfang, bzw. durch nachlässige Speicherung eingetreten sei. Um diese Annahme zu widerlegen, konnte Appellant directen oder künstlichen Beweis führen. — Der directe Beweis — und dieser ist vom Vogteigerichte im Beweisbescheide formulirt worden — umfaßte den Nachweis der Schadenentstehung während der Dauer der Haftbarkeit des Schiffers, also von der Einnahme der Waare in Hamburg bis zur Ablieferung derselben hier, wobei es selbstverständlich gleichgiltig war, ob der Schade während des ersten Theiles der Haftzeit, d. i. während des Transportes, oder während des zweiten Theiles, also während der Löschung zur Entstehung gelangte; diese Alternative ist denn auch in den Beweisbescheid aufgenommen worden. Directen Beweis hat Appellat nicht geführt, der künstliche Beweis war aber bereits erbracht, wenn Appellat nachwies, daß diese Beschädigung vor der seinerseitigen Empfangnahme des Salzes bestanden habe; denn dieser Umstand schließt mit Nothwendigkeit die oben erwähnte, zu Ungunsten des Appellaten wirkende Annahme aus und führt in Verbindung mit der Connossementsclausel, bzw. der für den guten Zustand der Waare bei der Abladung sprechenden Präsumtion zur Consequenz, daß der Schade zu einer Zeit eingetreten sei, als noch der Schiffer haftete. Das Thema des künstlichen Beweises war also augenscheinlich leichter zu erschöpfen, als dasjenige des directen Beweises."

1491. a. Haftung des Verfrachters für Beschädigung der Ladung. b. Einfluß der Clausel „frei von Beschädigung." c. Erforderniß der Feststellung und Anzeige der vom Ladungsempfänger gerügten Mängel.

Die Rhederei des Dampfers „Riga" hatte mit demselben 200 Bünde Eisenblech von Stettin nach Riga transportirt und dieselben gemäß dem Connossement an die Handlung M. abgeliefert. Von letzterer auf Ersatz der Beschädigung belangt, welche dem Eisenblech bei dem Ausladen zugefügt sei, wendete die Rhederei ein, das Connossement sei mit der Clausel „frei von Beschädigung" gezeichnet und überdies habe Klägerin erst 4 Tage nach der am 3. und 4. Mai erfolgten Löschung der Beklagten Anzeige von den Mängeln gemacht, sowie letztere nur durch private, anstatt durch öffentlich autorisirte Sachverständige besichtigen bzw. feststellen lassen.

Das Vogteigericht erkannte am 30. März 1883, sub № 63 in dieser Sache, wie folgt:

„Die Clausel „frei von Beschädigung", auf welche sich Beklagte in erster Linie beruft, hat in der That nicht den Sinn, daß dieselbe dadurch von jeder Haftung für ein ihr im speciellen Falle nachgewiesenes Verschulden frei sein solle. Diese und ähnliche Clauseln enthalten vielmehr eine Beschränkung der Haftpflicht nur insofern, als der Schiffer nicht mehr nach den weitergehenden Grundsätzen des Frachtvertrages haftet, sondern für einen Schaden nur dann einzustehen hat, wenn ihm nachgewiesen wird, daß derselbe durch seine Schuld entstanden sei. Die Clausel bringt somit im Wesentlichen nur eine Verschiebung der Beweislast zu Wege (civilrechtl. Entsch. IV, 683. Lewis, Seerecht zu Art. 607, Abschn. 7).

Die fernere Clausel, daß Klägerin gehalten sein solle, die Waare unverzüglich nach Ankunft des Dampfschiffes abzunehmen, kann gleichfalls nicht in Betracht kommen, da darüber, daß die Waare rechtzeitig abgenommen worden, in casu kein Zweifel herrschen kann. Die Abnahme erfolgte schon dadurch, daß der Schiffer in die Lage versetzt wurde, seine Ladung rechtzeitig zu löschen und an das Zollamt abzuliefern, welches als Vertreter der Klägerin von derselben Besitz nahm. Diese in casu durch das Zollamt vermittelte Entgegennahme der Waare ist aber keineswegs identisch mit dem Empfang im juristischen Sinne, welche die Erklärung in sich schließt, die empfangene Waare als die zu liefernde gelten lassen zu wollen, und nur auf die erstere, nicht auf die letztere bezieht sich die erwähnte Clausel. Wollte man aber dennoch jene Verpflichtungen in dem Sinne auslegen, daß der Destinatär zum sofortigen Empfange bzw. zur sofortigen Zurückweisung der Waare gehalten sein solle, so würde die Clausel gleichwohl bedeutungslos bleiben, da diese Verpflichtung zur sofortigen Empfangnahme bzw. Refüsirung der Waare schon durch einen allgemeinen Handelsrechtssatz gegeben ist — und die Auslegung jener Parteivereinbarung offenbar keine andere sein könnte, als die des ihr zu Grunde liegenden Rechtssatzes selbst.

Die eigentliche Empfangnahme der Waare erfolgte nun in casu am 8. Mai, also 4 Tage nach der factischen Entgegennahme,

durch die mit der Anzeige von der Mangelhaftigkeit derselben indirect verbundene Erklärung, die Waare vorbehaltlich der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gleichwohl behalten zu wollen. Zunächst fragt es sich, ob überhaupt eine derartige Empfangnahme unter Vorbehalt zulässig erscheint, ob nicht vielmehr der Empfänger die Waare nur einfach acceptiren oder aber völlig refüsiren kann und im letzteren Falle sie sofort zur Disposition des Tradenten stellen muß. Die Praxis der hiesigen Gerichte spricht nun aber allerdings nach den Grundsätzen des aedilitischen Edicts dem Empfänger das Recht zu, die Waare auch im Falle vertragswidriger Beschaffenheit derselben zu acceptiren und wegen des Minderwerthes Entschädigung zu verlangen (civilrechtl. Entscheid. III, № 352. Bd. IV, № 647, III. Band V, № 908), und sonach wird auch in casu in diesem Sinne zu entscheiden sein. Weiter ist Beklagte der Ansicht, daß nach seerechtlichen Grundsätzen eine bloße Anzeige über Mängel der Waare zur Wahrung des Reclamationsrechts nicht genüge, daß es vielmehr hierzu einer Constatirung des Schadens durch amtliche Sachverständige in Gegenwart der haftpflichtigen Partei bedürfe. Allein mit Recht weist die Klägerin darauf hin, daß diese in den Art. 609 und 610 des deutschen Handelsgesetzbuches ausgesprochenen Grundsätze hier zu Lande keine gesetzliche Kraft haben. Zwar meint Beklagte, daß jene Bestimmungen auf gemeinem Recht beruhen und in Folge dessen in Ermangelung specieller provinzialrechtlicher Rechtsquellen auch hier herangezogen werden müßten; allein a priori erscheint es recht unwahrscheinlich, daß derartige specielle Vorschriften, welche das Reclamationsrecht des Empfängers von einer Reihe formeller Erfordernisse abhängig machen, auf allgemein giltigen seerechtlichen Principien beruhen sollen. Und selbst wenn ein dahin gehender allgemeiner rechtlicher Grundsatz constatirt würde, der im internationalen Verkehr sonst Geltung hätte, müßte immer noch erst nachgewiesen werden, daß derselbe auch hierorts durch stete Rechtsübung recipirt sei. Ein rechtlicher Gebrauch aber, demzufolge der Empfänger bei Verlust des Schadensersatzanspruches verpflichtet wäre, den Schaden durch amtliche Sachverständige unter Hinzuziehung der Gegenpartei zu constatiren, besteht hier keineswegs, vielmehr ist eine derartige Besichtigung durch Sachverständige stets nur als ein Recht, niemals

als eine Pflicht der Parteien aufgefaßt worden (a. a. O. V, № 911). Sonach ist auch dieser Einwand der Beklagten gegen eine Beweisnachgabe nicht stichhaltig.

Endlich würde es nur noch darauf ankommen, ob nicht in der Verzögerung der Anzeige um 4 Tage unbedingt bereits ein Verzug der klägerischen Handlung in der Empfangnahme gesehen werden könnte, welcher die Fiction einer Billigung der übergebenen Waare zur Folge haben würde. Der Empfänger ist gehalten, ohne Verzug nach Ablieferung der Waare, soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich erscheint, dieselbe zu untersuchen und etwaige Mängel zur Anzeige zu bringen. Ein bestimmtes Zeitmaß für die Ausübung dieser Verpflichtung läßt sich nicht ein für allemal feststellen, sondern wird vielmehr je nach den Umständen des speciellen Falles dem Empfänger zur Beprüfung der Waare ein längerer oder kürzerer Zeitraum zuzubilligen sein. In casu hat die Klägerin behauptet, daß sie die Anzeige an die Beklagte so schnell abgestattet habe, als solches nach Lage der Sache möglich gewesen und diese Behauptung ist keineswegs ohne weiteres von der Hand zu weisen, wenn man berücksichtigt, daß ein Kaufmann nicht eben alle Zeit einem Geschäfte widmen kann, sondern gleichzeitig nach verschiedenen Seiten in Anspruch genommen wird (a. a. O. Bd. VI, № 1185.)"

1492. Beweislast hinsichtlich des Verschuldens im Falle der Schiffscollision.

I. Ueber diese Frage findet sich in dem App.-Erk. des Raths vom 21. December 1883, № 8677, welches einen Fall betraf, wo das Dampfboot „Adler" auf der Aa unweit Dünamünde ein mit Steinen beladenes Boot beschädigt hatte, Folgendes bemerkt:

„Dem durch die Schiffscollision geschädigten und deswegen Ersatz fordernden Theile liegt allerdings nach allgemeinen processualischen Grundsätzen der Beweis dessen ob, daß die Collision durch das Verschulden des Schiffes der anderen Partei, bzw. einer Person der Besatzung desselben herbeigeführt sei. Ein Verschulden kann aber der Natur der Sache nicht nur durch ein positives Handeln, sondern auch durch ein Unterlassen, namentlich durch Vernachlässi-

gung irgend einer, von der gewöhnlichen seemännischen Praxis oder durch die Umstände des concreten Falles gebotenen Vorsicht, also auch durch die Unterlassung der Ausführung derjenigen Manöver begründet werden, welche zur Vermeidung von Schäden geeignet erscheinen (vgl. Entscheid. des ROHG. III, S. 37 ff.). Andererseits ergiebt sich aber auch aus der Natur des dem beschädigten Theile obliegenden Beweises, daß dieser nicht zu fordern ist, wenn aus der Art der Collision bereits eine ordnungswidrige Handlung des anderen Theiles ersichtlich wird. Das ist nach Seerecht der Fall nicht nur, wenn ein befestigt liegendes Schiff von einem fahrenden oder treibenden Schiffe angerannt wird, sondern auch wenn ein Dampfschiff ein Segelschiff angerannt hat. Eine ordnungswidrige Handlung liegt nämlich schon in dem Anrennen und ferner in dem Umstande, daß das Dampfschiff dem Segelschiffe nicht aus dem Wege gegangen ist (vgl. Lewis, das deutsche Seerecht II, S. 85).

Diese, zunächst für den Seeverkehr gegebenen, Bestimmungen finden wegen Gleichheit des Rechtsgrundes auf den vorliegenden Fall analoge Anwendung. Denn vor dem schwerfälligen, circa 3240 Pud Gypssteine enthaltenden Keckauer Boote des Klägers hatte das beklagtische Dampfboot unzweifelhaft den Vorzug größerer Lenksamkeit und es hätte der Führer des Dampfbootes daher dem klägerischen Boote ausweichen oder, wenn das Fahrwasser in der That zu schmal gewesen sein sollte, das Dampfboot rechtzeitig anhalten sollen, um jede Collision zu vermeiden. Wenn nun aber in Gewißheit gebracht worden ist, daß der „Adler" das klägerische Boot überfahren bzw. mit einem seiner Räder das Hintertheil des Bootes eingedrückt hat, während der „Adler" selbst vollständig unbeschädigt geblieben ist, so hat damit Kläger seiner Beweispflicht Genüge geleistet, indem aus der Art der Collision seine ordnungswidrige Handlung oder Rechtsverletzung seitens des Führers des „Adlers" ersichtlich ist, und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vgl. Art. 3304 des Prov.-Rechts Thl. III) liegt solchenfalls der Beweis, daß die Rechtsverletzung ohne die Schuld oder das Versehen des Beklagten bzw. seines Stellvertreters, für welchen er zu verantworten hat, herbeigeführt sei, dem letzteren ob."

II. „Das Erk. der I. Section des LVG. vom 17. März 1882, № 103 geht davon aus,*) daß nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast zur Begründung des Schadenersatzanspruchs gegen eine Person, welche in einem Vertragsverhältnisse zum Kläger nicht steht, überhaupt und so auch bei der Anfegelung, die Behauptung und der Beweis derjenigen Thatsachen gehöre, welche ergeben, daß der betreffende Schade durch das Verschulden des Beklagten verursacht worden sei. Es genüge indessen der Nachweis eines rechtswidrigen Verhaltens des Beklagten, indem solchenfalls nach Art. 3304 des III. Thls. des Prov.-Rechts der letztere seinerseits den Exculpationsbeweis zu führen habe. Im Fragefalle habe der Beklagte in doppelter Weise gegen bestehende Rechtsvorschriften verstoßen, indem er ein Mal keinen Lootsen an Bord gehabt habe und ferner nach links, statt nach rechts ausgebogen sei. Bis zum Beweise des Gegentheils sei damit constatirt, daß Beklagter die Verantwortung für den Zusammenstoß trage. Die unterrichterliche Auslegung des Art. 3304 a. a. O. ist insofern zum Mindesten mißverständlich, als sie das für jede aquilische Klage nothwendige Moment des Causalzusammenhangs zwischen der Schädigung des Klägers und einer bestimmten Handlung des Beklagten nicht hervorhebt. — Das Wort „Rechtsverletzung" in der bezogenen, von der s. g. aquilischen culpa handelnden Stelle unseres Gesetzbuches hat nicht sowohl den Zweck die in Frage kommende Handlung des Beklagten zu kennzeichnen, es bezieht sich vielmehr auf den schädigenden Erfolg, welcher die Handlung als eine Verletzung des Rechts des Klägers erscheinen läßt. M. a. W. die Verpflichtung aus dem damnum injuria datum ist nicht etwa nur dann existent, wenn die betr. Handlung „gegen eine bestehende Rechtsvorschrift verstößt" (wie der Unterrichter anscheinend deducirt), sondern überall dort, wo der Causalnexus zwischen der vorhandenen Beschädigung und dem Thun des Beklagten erwiesen ist. „Die im Wesen des Eigenthums liegende Regel der Ausschließlichkeit und Unverletzbarkeit" entbindet in solchem Falle den Kläger von dem Beweise dessen, daß keine Ausnahme vorliege (Seuffert's Archiv Bd. 16 № 113), und dem Beklagten liegt

*) Dabei war Bezug genommen auf Band V, № 957 und VI, № 772 sub IV. Vgl. Entsch. des Reichsgerichts X, S. 14 u. Seuffert's Archiv XXXI, 169.

der Beweis ob, daß die Schädigung (d. i. eben die Rechtsverletzung) ohne seine Schuld oder ohne sein Verschen herbeigeführt sei (vgl. civilrechtl. Entscheidungen Bd. V, № 772 sub IV).

Dies vorausgeschickt muß allerdings anerkannt werden, daß der Ausgangspunkt des ersten Richters ein falscher ist. — Die Nichthinzuziehung eines Lootsen seitens des Beklagten ist zwar eine Uebertretnng der im §§ 30 bzw. 39 der „Verhaltungsregeln" gegebenen Vorschrift, allein es liegt auf der Hand, daß ein Causalnexus zwischen dieser Uebertretung und der Collision nicht erwiesen ist und auch kaum erwiesen werden könnte; nur eine Vermuthung spricht dafür, daß der Lootse vielleicht die Collision verhindert hätte, eine solche Vermuthung genügt aber selbstverständlich nicht zur Klagebegründung.

Das zweite vom Unterrichter hervorgehobene Moment — die plötzliche Wendung des „Hermes" nach links — entscheidet aber allerdings zu Gunsten der Kläger, wenn auch nicht schon deshalb, weil es ein Zuwiderhandeln gegen den § 38 der Verhaltungsmaßregeln darstellt, sondern vielmehr aus dem Grunde, weil nach der ganzen Sachlage als erwiesen zu gelten hat, daß die Bewegung, bzw. die Lage der Fahrzeuge „Hermes" und „Gazelle" die Ursache des Zusammenstoßes gewesen sind."

(App.-Erk. des Raths vom 20. October 1882, № 6941.)

III. „Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört zur Begründung einer Schadenersatzforderung gegen eine Person, welche zu dem Kläger nicht in einem Vertragsverhältnisse steht, allerdings die Behauptung und bzw. der Beweis, daß einmal der Schaden durch eine Handlung des Beklagten verursacht ist und daß zweitens diese Handlung dem Beklagten zur Schuld zuzurechnen ist (civilrechtl. Entsch. II, № 276. V, № 957). Von dieser Regel tritt indessen auf Grund des Art. 3304 des Prov.-Rechts Thl. III eine Ausnahme insofern ein, als dem Beklagten, wenn bereits unstreitig oder bewiesen ist, daß die in der Klage bezeichnete Beschädigung durch sein Thun verursacht wurde, der Beweis obliegt, daß die Rechtsverletzung (d. h. hier der beschädigende Erfolg) ohne seine Schuld herbeigeführt sei (App.-Erk. des Raths vom 20. October 1882, № 6941). Die Behauptung des Beklagten, daß der Art.

3304 nicht auf die aquilische Klage, sondern einzig auf Klagen aus einem Vertragsverhältnisse anwendbar sei, findet in dem Wortlaute desselben keine Stütze. Dagegen ist allerdings anzuerkennen, daß gerade bei dem Zusammenstoße von Fahrzeugen der Art. 3304 meistens nicht geeignet sein wird, die Beweislast zu vertheilen, weil er eben als bereits feststehend voraussetzt, daß die Beschädigung durch eine Handlung des Beklagten, also durch eine Bewegung des von ihm geführten Fahrzeuges, veranlaßt worden ist, während dies aus der bloßen Thatsache des Zusammenstoßes, welcher ebensowohl durch die Bewegung des klägerischen Fahrzeuges herbeigeführt sein kann, sich noch keineswegs folgern läßt. Vielmehr kann bei der Vertheilung der Beweislast in der Beweisauflage nur dann mit dem Art. 3304 operirt werden, wenn außer der Thatsache des Zusammenstoßes bereits im ersten Verfahren Thatsachen außer Streit gesetzt sind, aus denen hervorgeht, daß die Bewegung des Fahrzeuges des Beklagten die äußere Ursache des Zusammenstoßes war, wie z. B., wenn das Fahrzeug des Klägers vertaut gelegen hat u. s. w. (vgl. a. a. O. V, № 946). Im vorliegenden Falle ist nun unstreitig, daß das Boot des Klägers vor der Struse des Beklagten und in derselben Richtung wie diese, nämlich stromab, gefahren ist; es ist weiter vom Beklagten selbst angeführt, daß die Besatzung der Struse das vor ihr fahrende klägerische Boot auch gesehen hat, gleichwohl aber auf dasselbe aufgefahren ist, weil sie angeblich nur die Wahl gehabt hat, entweder selbst auf einen Stein aufzurennen und zu zerschellen, oder aber das Boot des Klägers zu überfahren. Bei dieser Sachlage ist in der That bereits zweifellos, daß die Ursache der Beschädigung des klägerischen Bootes die Bewegung der Struse des Beklagten, bzw. ihr Aufrennen auf das Boot des Klägers war, und deshalb hat nicht der durch die Rechtsverletzung geschädigte Kläger den Beweis der Verschuldung des Beklagten zu führen, sondern es ist nach Art. 3304 a. a. O. Sache des auf Schadenersatz in Anspruch genommenen Beklagten, die Verpflichtung zum Schadenersatz durch den Beweis von sich abzuwälzen, daß die Beschädigung des klägerischen Bootes ohne seine Schuld herbeigeführt sei."

(Querelbescheid des Raths vom 17. November 1882, № 7576.)

IV. „Appellant weist darauf hin, daß sein Schiff nur langsam getrieben habe, um vor Anker zu gehen, als der Zusammenstoß mit dem in voller Fahrt befindlichen „Donner" erfolgt sei. Nach bekanntem, auch hier recipirten seerechtlichen Grundsatze sei aber bei Collisionen zwischen einem fahrenden und einem vertaut liegenden oder nur langsam treibenden Schiffe dem fahrenden die Schuld zu geben.

Allein der erwähnte seerechtliche Grundsatz, welcher auch durch die Praxis der hiesigen städtischen Gerichte anerkannt worden ist, betrifft nur Collisionen zwischen einem ruhig vertaut bzw. vor Anker liegenden und einem fahrenden Schiffe. Die weiter gehende, in diesem Fall ohnehin nicht zutreffende Bestimmung des russischen Seerechts (Reichsgesetzb. Band XI, Handelsustaw Art. 1112) hat für das Geltungsgebiet des Provinzialrechts keine gesetzliche Kraft und ist hierselbst auch nicht recipirt."

(Aus den Motiven eines App.-Erk. des Raths vom 20. October 1882, № 6941.)

1493. a. Voraussetzungen der Bergung, insbesondere über den Begriff des „Verlassens" des Schiffes.

b. Bestimmung der Höhe des Hilfslohnes.

„Am 23. November 1880, nachmittags 3 Uhr gerieth die mit Petroleum nach Riga beladene Bark „Aurora", als sie von dem Dampfer „Hermes", auf welchem sich der Lootsencommandeur befand, zum Einlaufen in die Düna geschleppt wurde, an der Westseite des Seegatts auf Sand. Der „Hermes" konnte das Schiff nicht flott machen und kehrte zurück. Der Lootsencommandeur fuhr am selben Abend nochmals mit dem Dampfer „Wöhrmann" hinaus, stellte dem Capitän vor, daß das Verbleiben auf der „Aurora" zur Zeit mit Lebensgefahr verbunden sei, und brachte darauf Ch. mit der ganzen Besatzung des Schiffes an das Land, wo im „Hotel Winterhafen" von Ch. mit den Capitänen der drei Schlepper „Wöhrmann", „Düna" und „Unity" vereinbart wurde, daß letztere gegen die gesetzliche Belohnung die „Aurora" retten sollten. Noch in derselben Nacht gingen die Schlepper mit zwei Lichterfahrzeugen und einer Mannschaft von 70 Personen in See. Die „Aurora" wurde, nachdem ein Theil der Petroleumfässer in die Lich-

ter entlöscht worden war, vom Strandungsplatze abgebracht. Am Morgen des 25. November gelangte sie in den Hafen, am Nachmittag, nachdem einige Auseisungsarbeiten vollzogen waren, nach Hafendamm.

Die Kläger fassen nun ihre der „Aurora" geleistete Hilfe als Bergung auf und beanspruchen gemäß der bezüglichen Gesetzesbestimmung den vierten Theil von Schiff und Ladung, weil der Strandungsplatz etwa 2 Werst vom Lande entfernt gewesen sei. Als die Arbeit begonnen wurde, in der Nacht vom 23. auf den 24. November, befand sich auf der „Aurora" niemand von der Besatzung; erst am Morgen des 24. November kam Ch. auf einem Dampfer wieder auf das Schiff, welches er jedoch später abermals verließ. Bis zur Einbringung des Schiffes nach Hafendamm waren jedoch verschiedene Personen der Besatzung an Bord, wohin sie sich vom Lande aus begeben hatten. — Während die Beklagten sich hierauf stützen und namentlich hervorheben, daß die Abfahrt der Dampfer in der Nacht ohne Ch. gegen des letzteren Willen und heimlich erfolgt sei und daß nach der ganzen Sachlage den Klägern nur ein Anspruch auf Hilfslohn zustehe; — betonen die Kläger in der Hauptsache, daß thatsächlich das Schiff in höchster Noth von der Mannschaft verlassen worden sei, in welchem Umstande das gesetzliche Kriterium für einen Bergungsfall liege.

Die gesetzliche Vorschrift, deren Anwendung zu ihren Gunsten die Kläger beanspruchen, findet sich im Patent der livländischen Gouvernements-Regierung vom 12. Oktober 1836, № 124 (vgl. den Allerh. Namentlichen Ukas vom 21. Mai desselben Jahres) und lautet daselbst, (wörtlich übereinstimmend mit dem Art. 1168 des Reichsgesetzbuches Bd. XI, Handelsustaw, Ausg. v. 1857) folgendermaßen:

> § 49. „Wenn die Schiffs-Dienenden aus irgend einem Umstande ein Schiff verlassen haben, alles aufgebend [все покинувъ, Art. 1168], so hat der, welcher ein solches Schiff findet und nach einer Stadt, einem Hafen oder Ladungsplatz führt, ein Recht auf Empfang einer Belohnung für Rettung und Bergung in Grundlage der in den vorhergehenden Artikeln enthaltenen Regeln."

In den hier bezogenen vorhergehenden Artikeln wird der Betrag der Belohnung für Rettung und Bergung festgesetzt: „wenn ein Schiff oder eine Waare Schiffbruch gelitten hat, oder gescheitert ist, in einer Entfernung von einer Werst oder weiter von dem Ufer" auf den vierten Theil, „und wenn näher als eine Werst oder auf dem Ufer selbst", auf den sechsten Theil des Geretteten (§ 43). Es finden sich sodann nähere Bestimmungen über die Vertheilung des Bergelohns (§§ 44 ff.), der § 1 ebds. aber enthält folgende Difinition:

„Unter Schiffbruch oder Scheiterung eines Schiffes oder überhaupt eines jeden Fahrzeuges wird verstanden, wenn dasselbe durch Sturm, Unvorsichtigkeit, oder aus irgend einer anderen Ursache untersinkt oder auf einen Felsen, eine seichte Stelle, oder auf den Strand geräth, oder zerschellt, oder sich in ihm ein Leck zeigt, so daß es nicht möglich ist, dasselbe von der Stelle zu bringen, das Wasser auszuschöpfen oder es zu repariren."

Als Regel stellen die bezüglichen Vorschriften des Patents und des Handelsustaws für Bergungsfälle hin, daß das Schiffsunglück vom Ufer aus bemerkt wurde; die betreffende Person ist dann verpflichtet, der örtlichen Polizei Anzeige zu machen, letztere hat einzuschreiten und nimmt ebenso, wie die Grenzwache, an der Belohnung Theil. In einem gewissen Gegensatze hierzu steht der in § 49 erwähnte Fall der Auffindung eines von der Mannschaft verlassenen Schiffes. Auf die hieraus resultirende Interpretation des § 49 ist weiter unten zurückzukommen.

Der Hauptdifferenzpunkt zwischen den Parteien bezieht sich auf die Interpretation des vom „Verlassen" des Schiffes seitens der Mannschaft handelnden Satzes des § 49. Von hier aus erledigt auch die angefochtene Entscheidung der I. Section des Landvogteigerichts vom 2. Juni 1882, № 196 den Streit. Der erste Richter weist darauf hin, daß die Thatsache des Verlassenseins des Fahrzeuges von der Mannschaft allein noch nicht ein Kriterium für einen Bergungsfall abgebe, der Zusatz „alles aufgebend" (все покинувъ) beweise, daß das Verlassen erfolgt sein müsse in der Absicht, das Schiff preiszugeben, es zu derelinquiren. Die zeitweilige Entfernung der Mannschaft vom Schiff komme nicht

in Betracht, wenn nicht ein Aufgeben der Disposition über das Schiff damit verbunden sei; — wie das sich auch aus der ganz analogen Bestimmung des Art. 742 des deutschen Handelsgesetzbuchs klar ergebe. Die von den Klägern zu beweisende Thatsache, daß die „Aurora" von der Mannschaft preisgegeben sei, verneinend, kommt der Unterrichter dann zu dem Ergebnisse, daß hier nur Hilfeleistung in Seenoth, nicht Bergung, vorliege.

In ihrer Appellationsrechtfertigung deduciren nun dem gegenüber die Kläger wie folgt: Der Unterrichter scheide nicht gehörig beim Gebrauch des Wortes „verfügen" zwischen dem körperlichen Verfügen, also der physischen Herrschaft über die Sache, und dem Verfügungsrechte, welches letztere mit dem Eigenthum zusammenfalle. Dies ergebe sich auch aus der wiederholten Anwendung des Wortes „Dereliction" in den Motiven der ersten Entscheidung, denn Dereliction sei Aufgeben des Eigenthums (Art. 730 ff. d. Prov.-Rechts Thl. III). Daß die Besatzung eines Schiffs, wenn sie letzteres in Seenoth verlasse, das Eigenthum nicht aufgebe, sei klar, weil anderenfalls der Berger oder Finder des Schiffes nicht nur eine Quote, sondern als Aequivalent das ganze Schiff erwerben müßte. Daraus folge, daß mit der Wendung „alles aufgebend" einzig und allein der Wille, die körperliche Herrschaft oder den Gewahrsam aufzugeben, gemeint sein könne. Es frage sich also, ob Ch., als er mit der Mannschaft die „Aurora" verließ, die physische Herrschaft über das Schiff habe aufgeben *wollen*, oder doch thatsächlich aufgegeben habe. Die Frage wird dann von den Appellanten bejaht. Zunächst ist der von den Appellanten erhobene Einwand, im untergerichtlichen Erkenntniß sei das Wort Dereliction mißdeutig gebraucht, vollkommen unbegründet; vielmehr findet sich in den unterrichterlichen Motiven an der Stelle, wo zuerst das Wort derelinquiren aufgeführt wird, der specielle Zusatz: „scil. nicht das Eigenthum, sondern den Besitz und die Disposition," so daß ein Mißverständniß über die Bedeutung des Wortes garnicht möglich war. Sodann aber leidet die Interpretation der Wendung „alles aufgebend", welche die Appellanten vorbringen, an einer ganz auffälligen Unklarheit. Dem Rechtsbegriffe des Eigenthums (Verfügungsrecht) setzen die Appellanten nämlich entgegen die „physische Herrschaft," den „Gewahrsam" — Ausdrücke, die an und für sich

nur eine Thatsache bezeichnen. Versteht man unter dem „alles aufgeben" strict und allein das Aufgeben physischer Herrschaft, dann ist allerdings fraglos mit dem Verlassen des Schiffes seitens der Mannschaft „alles aufgegeben", denn wenn die Mannschaft nicht mehr auf dem Schiffe ist, so hat sie eben auch keine physische Herrschaft über dasselbe, zum mindesten nicht mehr physische Herrschaft, als jeder Andere, der ebenso wie die Mannschaft demnächst zum Schiffe gelangen könnte. Wenn aber der Beisatz „alles aufgebend" nichts weiter besagte als das „Verlassen" des Schiffes, dann wäre wieder dieser erläuternde Beisatz offenbar absolut zwecklos und unverständlich.

Dies fühlen auch die Appellanten selbst, sie sprechen daher von dem „Willen", die körperliche Herrschaft „aufzugeben", welcher vorhanden sein müsse, wenn „alles aufgegeben" sein solle. Durch die Hineinziehung des Willensmomentes wird nun die Thatsache des Aufgebens der physischen Herrschaft zweifellos (Prov.-Recht Thl. III, Art. 659 ff.) zum Rechtsbegriff des Besitzverlustes mit Willen des Besitzers. Allein so naheliegend es auch gewesen wäre, dem von den Appellanten selbst betonten Verluste des Eigenthums, den Verlust des juristischen Besitzes — das Aufgeben desselben — entgegenzustellen, so wird doch von den Appellanten diese Construction sorgfältig vermieden und stets nur von „Gewahrsam", „körperlicher Herrschaft", niemals von Besitz gesprochen.

Die soeben behandelte Interpretation der Worte „alles aufgebend" im § 49 a. a. O. ist also unschlüssig und deshalb unbrauchbar. Es ist ein Streit darüber kaum möglich, daß die Worte nur das bewußte Aufgeben des juristischen Besitzes bedeuten können. Das Verlassen des Schiffes ist das, mindestens zeitweilige Aufgeben der physischen Herrschaft über das Schiff. Diese Thatsache allein soll nicht entscheiden, es muß hinzutreten das Aufgeben der Absicht, die Sache wie seine eigene zu besitzen (Prov.-Recht Thl. III, Art. 659), das Aufgeben der Disposition über die Sache, wie der Unterrichter sich ausdrückt. Dies ist gemeint in dem zur Erläuterung im § 49 a. a. O. dem Verlassen des Schiffes hinzugefügten Satze: „alles aufgebend."

Es ist nun freilich eine Thatfrage, ob die Entfernung der Mannschaft vom Schiffe zugleich einen sicheren Schluß gebe auf die Absicht, den Besitz am Schiffe, die Disposition darüber aufzugeben,

und die Entscheidung kann, wo es sich um das Verlassen des Schiffes während der Seenoth handelt, unter Umständen Schwierigkeiten bieten. Die scheidende Mannschaft, bzw. der Führer, befinden sich in einer Zwangslage, sie haben, so könnte argumentirt werden, garnicht den „Willen" der Besitzaufgabe. Allein es kommt hierbei ein Doppeltes in Betracht: einmal wird es beim Verlassen eines Schiffes in Seenoth der Besatzung, bzw. dem Führer nicht zweifelhaft sein, daß trotz des Willens, den Besitz aufrecht zu erhalten, etwa alsbald wiederzukehren, der Besitz thatsächlich ihnen verloren gehen kann, entweder mit dem Eigenthum durch Untergang des Fahrzeuges, oder durch die später eintretende Unmöglichkeit, wieder zum Schiffe zu gelangen. Dieses Bewußtsein des zeitweilig das Schiff verlassenden Führers deckt sich mit der Absicht, eventuell auch den juristischen Besitz am Schiff aufzugeben. Zum andern aber kommt der von den Appellanten selbst hervorgehobene Satz in Betracht, daß der Wille mit dem Naturlauf und der Gewalt der Thatsachen rechnen muß und sich über sie nicht hinwegsetzen kann. Je nachdem beim Verlassen des Schiffes für die Mannschaft wenig oder gar keine Wahrscheinlichkeit bzw. Möglichkeit vorliegt, daß es ihr glücken werde, wieder zurückzugelangen und die physische Herrschaft über das Fahrzeug damit wieder aufzunehmen, wird im einzelnen Falle zu beurtheilen sein, ob in dem Verlassen des Schiffes auch die definitive Besitzaufgabe lag, d. h. ob vernünftiger Weise dabei das Bewußtsein des Besitzverlustes vorliegen mußte. . . . . .

Nur scheinbar steht mit dieser Construction in Widerspruch die an den Art. 742 des deutschen Handelsgesetzb. sich anschließende deutsche Rechtsprechung. Die bei Lewis, Commentar Bd. II, S. 114 aufgeführten Entscheidungen gehen allerdings davon aus, daß Mannschaft und Capitän noch an Bord gewesen seien. Speciell hieraus wird dann gefolgert, daß das Schiff „der Verfügung der Besatzung" noch nicht entzogen gewesen sei, daß mithin ein Bergungsfall nicht vorliege. Das Vorhandensein der Mannschaft an Bord ist aber augenscheinlich nur ein Merkmal der noch existirenden Dispositionsmöglichkeit. Der auf Seite 114 speciell erwähnte, mit verschiedenen deutschen Entscheidungen übereinstimmende Ausspruch eines französischen Juristen, beweist es klar, indem er die „Verfügung der Besatzung über das Schiff" auch dann noch vor-

handen sein läßt, wenn der Capitän z. B. nur noch im Stande ist, „ou d'appeler des secours, ou de faire des signaux de détresse".*) Der Führer des aufgerannten Schiffes aber, der zur Rettung des Schiffes nichts mehr beitragen kann (a. a. O. S. 115) und nur noch vom Bord aus Hilfe herbeizurufen und Nothsignale zu geben vermag, hat doch offenbar nicht mehr thatsächliche Verfügungsgewalt über das Schiff, als im vorliegenden Falle Ch., welcher in der nächsten Nähe der Lootsenstation mit dem herbeigekommenen „Wöhrmann" die „Aurora" verließ, um gleich nach der Ankunft auf dem Lande über die Rettung des verlassenen Fahrzeuges zu verhandeln, und zwar u. A. mit dem Capitain desselben „Wöhrmann", der ihn soeben an's Land gebracht hatte. Wäre letztere Verhandlung vom Bord der „Aurora" aus mit dem „Wöhrmann" geführt worden, so könnte an dem Nichtvorhandensein eines Bergungsfalles nach den erwähnten Präjudicaten kaum gezweifelt werden. Eine vernünftige Rechtsprechung wird sich jedenfalls nicht entschließen können, den Fall anders zu behandeln, wo der thatsächlich machtlose Schiffer aus Rücksicht auf sein eigenes und der ihm unterstellten Mannschaft Leben das gestrandete Fahrzeug zeitweilig verließ, um alsbald am Lande das Nöthige zur Rettung desselben zu vereinbaren. Daß aber speciell nach dem hiesigen Gesetze in dem Verlassen der „Aurora" seitens der Schiffsmannschaft noch durchaus nicht ein Kriterium für einen Bergungsfall vorliegt, ergiebt sich unzweifelhaft, wenn man den ganzen Inhalt des entscheidenden § 49 des Patents a. a. O. in's Auge faßt. Darnach muß nämlich das Schiff von der „alles aufgebenden" Mannschaft verlassen, und von demjenigen, welcher es gerettet, gefunden worden sein. Es wäre müssig zu untersuchen, in welchen Fällen vom „Finden" eines Schiffes zu sprechen wäre, ob z. B. eine Beschreibung des den Rettungsdampfer dingenden Capitäns über den Strandungsplatz das „Finden" im Sinne des Gesetzes ausschließt und dergl. mehr. Das kann eben nur nach den jedesmaligen Thatumständen entschieden werden. Hier aber ist die Sachlage überaus einfach. Wenn zur Charakterisirung eines Bergungsfalles nach dem Gesetze auch das Finden des Schiffes erforderlich ist, so ist die „Aurora" von den Klägern eben nicht „geborgen" worden. . . . .

*) Vgl. Entscheid. des Reichsgerichts V, S. 92 und 93.

Das Ergebniß der bisherigen Erörterung läßt sich dahin zusammenfassen, daß die Rettungsarbeiten der drei klägerischen Dampfer bei der gestrandeten „Aurora" nicht als Bergung, sondern als Hilfeleistung in Seenoth zu kennzeichnen sind und daß demgemäß den Appellanten nicht ein in einer Quote von Schiff und Ladung zu bestimmender Bergelohn, sondern nur ein nach den speciellen Umständen auf Grund richterlichen Ermessens festzustellender Hilfslohn zugesprochen werden darf.

In Bezug auf die wesentlichste principielle Streitfrage erweist sich die Appellation der Kläger somit als unbegründet. Aber auch für den Fall, daß ihnen nur ein Hilfslohn zugesprochen werden sollte, glauben die Kläger auf einen höheren Betrag, als den ihnen vom Unterrichter zugebilligten, bzw. wenn auch unter anderem Titel auf die gleiche Summe wie im Bergungsfalle rechnen zu müssen. Diese Forderung suchen sie zu begründen. — Daß der so erhobene Anspruch der Kläger übermäßig ist, liegt auf der Hand, weil der Hilfslohn nach seerechtlichen Grundsätzen (vgl. DHGB, Art. 749. Zwingmann, Entsch. Bd. V, № 953) stets niedriger festzusetzen ist als der Betrag, welchen unter sonst gleichen Umständen der Bergelohn erreicht hätte. — Daß die Bestimmung des Hilfslohnes nach richterlichen Ermessen auf Grund der ganzen Sachlage zu erfolgen hat, ist nicht streitig. Die Beklagten meinen, daß die Kläger mit im Ganzen 2500 Rbl. entschädigt sein würden; den Klägern genügt nicht der Betrag von 7500 Rbl., welchen der Unterrichter ihnen zugesprochen hat, nach Erwägung dessen, 1) daß in der That der „Aurora" mindestens zeitweilig ernstliche Gefahr gedroht hat, von der Brandung zerschlagen zu werden, 2) daß in der Nacht vom 24. auf den 25. November die Rettungs- (Entlöschungs-) Arbeiten mit Lebensgefahr verbunden waren, 3) daß die Arbeit etwa 30, mit Hinzurechnung der Aufeisung der Düna etwa 40 Stunden gedauert hat, daß 70 Arbeiter gegen hohen Lohn angemiethet waren, daß 3 Schlepper und 2 Lichter, welche letztere auch beschädigt worden sind, bei der Arbeit benutzt wurden und endlich 4) daß der Werth des Schiffes auf etwa 6000 Rbl., der der Ladung auf 69,588 Rbl. festgestellt worden ist.

Will man hiernach eine Schätzung des den Appellanten zukommenden Lohnes vornehmen, so hat den Ausgangspunkt zu bilden

die thatsächlich auf die Rettung verwandte Arbeit (Pkt. 3), demnächst kommt in Betracht die Gefahr, welche dem Schiffe bzw. den Rettenden drohte (Pkt. 1 und 2) und in letzter Reihe (vgl. die Entscheidung des Raths, Zwingmann Bd. V, № 953) ist zu berücksichtigen der Werth von Schiff und Ladung.

Die Ablohnung der 70 Arbeiter findet einen Maßstab in den Aussagen verschiedener bei der Arbeit betheiligt gewesener Zeugen. Einer derselben (der Stauer R.) hat 25 Rbl. erhalten, die anderen: 10 Rbl. 50 Cop., 8 Rbl., 7 Rbl. bzw. 3 Rbl für die Nacht und 2 für den Tag. Einigen der Zeugen (so auch dem Capitän des einen Dampfers, welcher zunächst 25 Rbl. erhalten hat) sind Extravergütungen zugesichert worden für den Fall, daß den Klägern bzw. den Capitänen noch eine größere Summe, bzw. der beanspruchte Bergelohn zugebilligt werden sollte. Mit 15 Rbl. als Durchschnittssumme dürfte hiernach, da die Kläger anderes Beweismaterial nicht erbracht haben, der Lohn des einzelnen Arbeiters reichlich veranschlagt sein. Eine reichliche Veranschlagung ist aber, da es sich um außerordentliche Leistungen handelt, gewiß billig und in derartigen Fällen auch stets üblich gewesen. Auf diesen Posten würden somit 1000 Rbl. entfallen. — Nimmt man hierzu an außergewöhnlichen Auslagen und für — offenbar leichte — Beschädigung der Lichter und dgl. 500 Rbl. an weiteren Gratificationen aber zusammen 1500 Rbl. (z. B. für die bisher ihrer Angabe nach nicht oder nicht vollständig abgelohnten Capitaine), so wäre mit der Summe von 3000 Rbl. unbedingt alles gedeckt, was die Kläger an Kosten bei der Arbeit gehabt haben können. Weist man dann mit Rücksicht auf das Risico und den Werth von Schiff und Ladung einerseits und mit Rücksicht auf die Gefahr auch für die klägerischen Dampfer andererseits jedem der drei Kläger einen Nettogewinn von 1000 Rbl zu, so dürfte damit — zumal die Auslagen thatsächlich wahrscheinlich niedriger gewesen sind — ein hoher Hilfslohn bewilligt sein, namentlich wenn man die deutsche Rechtsprechung in derartigen Fällen zu Rathe zieht (vgl. Lewis, S. 121). Der so gefundene Betrag von 6000 Rbl. erscheint aber auch deshalb angemessen, weil in einem ähnlichen Falle von Hilfeleistung in Seenoth, in welchem Schiff und Ladung von höherem Werthe gerettet wurden und 3 Schleppdampfer 3 Tage gearbeitet hatten,

erst neuerdings ein Hilfslohn von 7180 Rbl. festgesetzt worden ist. (Querelbescheid des Raths vom 10. December 1876, № 8020, bestätigt durch Entsch. Es. Dir. Senats v. 19. April 1878, № 890. Zwingmann, Bd. IV, № 682. Bd. V, № 952)."
(Appellationsurtheil des Raths vom 26. Januar 1883, № 629).

1494. Klage des Rheders gegen den Befrachter auf theilweisen Ersatz der durch große Havarie geursachten Kosten.

„Kläger hat von Beklagtem den Transport einer Partie Brennholz von Parkometz auf Oesel nach Riga mit dem Schiff „Takerort" übernommen; auf der Reise hat Kläger mit seinem genannten Schiffe Sturm und Unwetter erlebt, Segel verloren, sich genöthigt gesehen, in Kürbis (Livland) einzulaufen und, um von dort den Rigaschen Hafen zu erreichen, einen Schleppdampfer anmiethen müssen. Nach Ankunft des Schiffes in Mühlgraben erwies sich dasselbe leck und mußte ausgepumpt werden. Den auf diese Weise erlittenen Schaden bezeichnet Kläger als große Havarie und, den Gesammtbetrag des Schadens auf 1400 Rbl. veranschlagend, fordert er von Beklagtem bei Uebergabe einer in Riga aufgemachten Dispache die Erstattung des nach dem Verhältnisse von Schiff, Fracht und Ladung auf den Eigenthümer der Ladung entfallenden Theils solchen Schadens mit 250 Rbl. 20 Kop. Zugleich macht Kläger geltend, daß ihm Beklagter außergerichtlich versprochen habe, soviel auf seinen Theil komme, zu bezahlen.

Der Anspruch des Klägers, welcher darauf gerichtet ist, daß Beklagter einen durch Dispache festgestellten Theil des Schadens und der Kosten trage, welche durch Errettung des klägerischen Schiffes und der Ladung aus gemeinsamer Gefahr erwachsen sind, kann für begründet nicht erachtet werden, wenn die Gefahr, aus welcher Schiff und Ladung gerettet wurden, durch eigenes Verschulden des Klägers herbeigeführt wurde. Die Behauptung des Beklagten, daß Kläger sein Schiff nicht seetüchtig gemacht, dasselbe nicht genügend kalfatert und es überladen gehabt, schließt den Vorwurf eines klägerischen Verschuldens in sich, ohne welches die in Rede stehende Gefahr nach menschlicher Voraussicht hätte vermieden werden können. Die angeblich von dem Beklagten außergerichtlich er-

theilte Zusage, dem Kläger zu zahlen, soviel auf seinen des Beklagten Theil komme, ändert nichts an diesem Verhältnisse und ist daher irrelevant. Für den Fall, daß Beklagter nachweisen sollte, daß dem Kläger eine entsprechendes Verschulden zur Last fällt, muß nach seerechtlichen Grundsätzen von der Schadensvertheilung Abstand genommen, und die Klage zurückgewiesen werden. . . . .

Vorausgesetzt, daß Beklagter diesen Beweis nicht herstellen würde, muß ungeachtet der von seiner Seite erhobenen Einwendungen ein Fall der sog. großen Havarie angenommen werden. Es ist durchaus nicht zur großen Havarie erforderlich, daß das Schiff behufs seiner Errettung in einen Nothhafen eingelaufen wäre; nur darauf kommt es an, daß die Schäden und Kosten, welche dem Schiff oder der Ladung zugefügt, bzw. auf das Schiff und die Ladung verwendet wurden, den Zweck hatten, das Schiff und die Ladung aus gemeinsamer Gefahr zu retten. Das Schlippen eines Ankers, durch welchen ein in gefahrvoller Lage an den Meeresgrund gefesseltes Schiff am Fortbringen behindert wird, dient aber zur Errettung des Schiffes und muß als große Havarie aufgefaßt werden. Nicht minder fällt unter diesen Gesichtspunkt die Aufwendung der Kosten für einen Schleppdampfer, ohne dessen Hilfe ein voll Wasser gelaufenes Schiff nicht den Hafen zu erreichen vermag. Auch das nachfolgende Auspumpen eines solchen vollgelaufenen Schiffes geschieht zur Errettung von Schiff und Ladung, woher nach örtlicher Auffassung kein Zweifel darüber besteht, daß auch das Auspumpen eines Schiffes unter Umständen, wie sie in casu vorliegen, als große Havarie in Rechnung zu bringen ist. Die Einwendungen, welche Beklagter dagegen erhoben hat, daß in casu überhaupt ein Fall der großen Havarie vorliege, sind mithin zurückzuweisen."

(Rechtskräftiges Erkenntniß des Vogteigerichts vom 11. Juni 1881, № 120).

1495. Rechtliche Natur der Dispache. Anfechtbarkeit derselben und Verfahren dabei. Begründung der Klage auf Zahlung des durch die Dispache festgestellten Havariebeitrages.

Die Rhederei eines havarirten Dampfers verlangte von der Beklagten Zahlung des ihr, als Ladungsempfängerin von 244 Kisten Waagen im deklarirten Werthe von 20,416 Rbl. 47 Kop., durch die Dispache auferlegten Havariebeitrages im Restbetrage von 2573 Rbl. 45 Kop. Beklagte erklärte, sie sei nicht Ladungsempfängerin der fraglichen 244 Kisten, sondern nur Spediteurin der Handlung B. in Moskau, welche Ladungsempfängerin gewesen. Ferner habe Klägerin ihren Anspruch jedenfalls dadurch eingebüßt, daß sie die Kisten ohne Zahlung des Havariebeitrages und ohne sich in Betreff der künftigen Zahlung ein Reversal ausstellen zu lassen, ausgeliefert habe. Endlich sei der Werth der 244 Kisten zu hoch angegeben worden, denn sie seien beschädigt und deshalb um 6000 Rbl. entwerthet gewesen. Klägerin erwiderte, Beklagte könne weder ihre Beitragspflicht, noch die Werthangabe der Güter mehr abstreiten, weil sie auf dem von dem Dispacheur ihr zugefertigten Blanket, wodurch sie zur Angabe des Werthes ihrer Güter behufs Aufmachung der Dispache aufgefordert worden, sich als Ladungsempfängerin unterzeichnet und den Werth der fraglichen 244 Kisten auf 20,416 Rbl. 47 Kop. beziffert habe. Sei Beklagte Stellvertreterin gewesen, so habe sie doch als stille Stellvertreterin gehandelt.

In erster Instanz wurde Beklagte durch Erkenntniß des Vogteigerichts vom 14. Juni 1883, № 119 verurtheilt.

Die von der Beklagten eingelegte Appellation wurde durch Appellationsurtheil des Raths vom 18. November 1883, № 7828 aus folgenden Gründen verworfen:

„Zur Rechtfertigung der Appellation ist angeführt:

1) Die Klage gründe sich darauf, daß Beklagte Ladungsempfängerin sei; in der Replik sei statt dessen ein neuer Klagegrund angeführt, nämlich daß Beklagte in der beigebrachten Declaration sich als Ladungsempfängerin selbst bekannt habe. Während das angefochtene Erkenntniß den ursprünglichen Klagegrund selbst als nicht vorhanden bezeichne, habe es doch auf Grund der Replikbehauptung der Anerkennung Beklagte zur Zahlung verurtheilt.

Diese Klageänderung sei unstatthaft und deshalb die Klage wenigstens angebrachtermaßen abzuweisen.

2) Nach Art. 983 des Handelsgesetzb. Band XI, Thl. II der Reichsgesetze sei die Havariesache *vor* Auslieferung der Waaren zu erledigen; Klägerin dürfe, nachdem sie die streitigen Kisten ausgeliefert, also nur noch den Russischen Lloyd als Empfänger in Anspruch nehmen, nicht die Beklagte.

3) Aus der Unterzeichnung der Declaration sei die Uebernahme einer Verpflichtung durch Beklagte gegenüber der *Klägerin* nicht herzuleiten; dieselbe enthalte nur eine Angabe gegenüber dem Dispacheur, zumal das Blanket nicht an Beklagte, sondern an die Riga-Dünaburger Eisenbahn gerichtet sei.

4) Die Dispache enthalte nur eine vorläufige Auseinandersetzung, welche von den Betheiligten angefochten werden könne. Da eine besondere Frist dazu gesetzlich nicht bestehe, dürfe Beklagte während der zehnjährigen Verjährungsfrist ihre irrthümliche Schätzung des Werthes der 244 Kisten anfechten, was sie thun wolle, falls sie auch oberrichterlich für zahlungspflichtig erkannt werden sollte.

Bei der Entscheidung über die eingelegte Appellation ist vor allem die rechtliche Natur der Dispache in's Auge zu fassen, weil diese für die Beantwortung der oben sub 1, 3 und 4 berührten Fragen maßgebend ist.

Die Dispache ist nun auf der einen Seite, wiewohl sie von einem vereidigten Beamten angefertigt wird, nicht als ein Urtheil aufzufassen, das die Verpflichtungen der bei der großen Havarie Betheiligten endgiltig regelt; vielmehr steht es jedem derselben frei, dieselbe anzufechten und über seine Pflicht zur Leistung der ihm auferlegten Zahlung ein gerichtliches Urtheil herbeizuführen. Dazu führt aber nach den — in Ermangelung bezüglicher provinzieller Rechtsnormen nach Lib. II. Cap. IV der Stadtrechte anzuwendenden — Grundsätzen des gemeinen Rechts nicht ein besonderer, auf Anfechtung der Dispache gerichteter Proceß, sondern jeder der Betheiligten hat entweder auf Zahlung des, nach seiner Meinung einem Anderen obliegenden, Beitrages zu den Havariekosten gegen diesen zu klagen, oder einer solchen gegen ihn angestellten Klage einredeweise seine Ausstellungen gegen die ihm in der Dispache gemachte Auflage entgegenzusetzen (*Heise*, Handelsrecht, Seite 391.

Lewis, Seerecht II, Seite 73. Entscheid. des Reichsgerichts III, № 9). Auf der andern Seite kann die einmal ausgefertigte Dispache von dem Dispacheur nicht mehr einseitig abgeändert werden und gilt insolange, als nicht ein ihre Bestimmungen umstoßendes rechtskräftiges Urtheil vorliegt, als eine für alle Betheiligten vorläufig feststehende Auseinandersetzung in Betreff der Schadensvertheilung und Berechnung.

Aus dieser rechtlichen Bedeutung der Dispache folgt einmal, daß es wirkungslos ist, wenn Beklagte sich für den Fall, daß sie auch in dieser Instanz für zahlungspflichtig erkannt werden sollte, die Anfechtung der Dispache vorbehalten will. Die Anfechtung liegt vielmehr bereits darin, daß Beklagte ihre Verbindlichkeit zur Zahlung des ihr in der Dispache auferlegten und jetzt von der klagenden Rhederei geforderten Beitrages bestreitet, und wenn sie ungeachtet solchen Bestreitens zur Zahlung rechtskräftig verurtheilt werden sollte, so kann von einer künftigen Anfechtung der Dispache in dieser Richtung nicht mehr die Rede sein. Zweitens folgt daraus aber, daß derjenige, welcher auf Zahlung eines durch die Dispache festgestellten Beitrages Klage erhebt, zu deren Begründung sich mit der Bezugnahme auf die Feststellung der Dispache begnügen und nicht genöthigt werden kann, auch noch darzulegen, aus welchem Rechtsgrunde der Beklagte beitragspflichtig sei, daß es hingegen Sache des letzteren ist, die Gründe, welche die ihm zugemuthete Beitragspflicht ausschließen, seinerseits anzuführen, sowie zu beweisen, wenn sie nicht bereits aus der Dispache selbst sich ergeben.

Dies vorausgeschickt ist im Einzelnen zu den oben sub 1—4 erwähnten Angriffen der Appellationsschrift Folgendes zu bemerken.

Zu 1. Da zur Begründung der Klage die darin enthaltene Bezugnahme auf die betreffende Bestimmung der beigebrachten Dispache ausreichte, gehörte die Behauptung, Beklagte sei Ladungsempfängerin hinsichtlich der streitigen 244 Kisten Waagen, nicht zum Klagegrunde. Somit war es auch keine Klageänderung, wenn Klägerin gegenüber dem Bestreiten der Beklagten, daß sie Ladungsempfängerin sei, in der Replik anführte, Beklagte habe in der dem Dispacheur gegenüber abgegebenen Declaration sich selbst als Ladungsempfängerin bekannt. Selbst wenn die Behauptung, daß Beklagte Ladungsempfängerin sei, einen Bestandtheil des Klagegrun-

des gebildet hätte, wäre das erwähnte Vorbringen der Replik processualisch doch nicht als Substitution eines neuen Klagegrundes zu qualificiren, sondern als eine wahre Replik, welche sich darauf stützt, daß Beklagte, was sie jetzt bestreite, bereits anerkannt habe und deswegen nicht mehr bestreiten dürfe. Die Ausführung der Appellation, als sei die Klage verändert und die Verurtheilung auf die veränderte Klage basirt, erweist sich hiernach als nicht zutreffend.

Zu 2. Der von der Beklagten bezogene Art. 1092 (nicht 983) des Handelsgesetzbuches Band XI Thl. II der Reichsgesetze enthält lediglich eine Anweisung an das Zollamt, auf Ansuchen des Schiffers oder Rhebers das Frachtgut nicht früher den Adressaten auszuliefern, als bis die Dispache beendigt sei. Abgesehen davon, daß die Bestimmungen des reichsrechtlichen Handelsgesetzbuches hierselbst keine absolute Geltung haben, sondern nur soweit sie für einzelne Rechtsinstitute hierselbst durch Gewohnheit recipirt sind, ist der Art. 1092 also auch deshalb nicht entscheidend, weil er nur das Retentionsrecht des Schiffers, welches letzterem nach allgemeinen seerechtlichen Grundsätzen an dem Frachtgute zusteht, zum Ausdrucke bringt. Schon die erste Instanz hat aber darauf hingewiesen, daß der Verzicht auf das Retentions- oder bzw. Pfandrecht noch nicht den Verzicht auf die Forderung in sich schließt, welche durch jene Rechte gesichert werden soll (Art. 3385 und Anmerkung zum Art. 3571 des Prov.-Rechts Thl. III). Klägerin hat also durch die Auslieferung der streitigen 244 Kisten den Anspruch auf Entrichtung des auf letztere entfallenden Havariebeitrages nicht verloren und ebensowenig deshalb, weil sie sich nicht das zwar übliche, aber keineswegs nothwendige Reversal von dem Empfänger ausstellen ließ.

Zu 3. Die Auffassung der Vorinstanz, als habe Beklagte durch Ausfüllung des ihr von dem Dispacheur zugesandten Blankets mit ihrem Namen und mit der Angabe des Werthes der fraglichen Kisten die unbedingte Verpflichtung übernommen, eine ihrer Declaration entsprechende Beitragszahlung zu den Havariekosten zu leisten, welche Verbindlichkeit nur wegen eines — nicht behaupteten — entschuldbaren Irrthums angefochten werden könne, ist in dieser Gestalt nicht zu billigen. Der Dispacheur ist nicht Ladungsinteressent, noch Vertreter der Ladungsinteressenten, sondern Beamter;

seine Aufforderung an die Beklagte zur Aufgabe des Werthes ihrer anzugebenden Güter behufs Aufmachung der Dispache war daher keine Vertragsofferte, sondern das amtliche Ersuchen um Beschaffung des Materials für die Havarieberechnung. Indem Beklagte diesem Ersuchen entsprach, hat sie weder eine Vertragsofferte acceptirt, denn eine solche lag nicht vor, noch hat sie durch solche eine Schuldverbindlichkeit übernommen, weil es an einem Contrahenten mangelt, der ihre bezügliche Erklärung, wenn man sie so ansehen wollte, acceptirt hätte. Es gebricht demnach an den Erfordernissen eines Schuldvertrages (Art. 3106 und 3276 a. a. O.) und eben deshalb ist die von der Beklagten abgegebene Declaration nicht als eine lediglich nach den Grundsätzen der Condictionen anfechtbare Schuldanerkennung zu behandeln (vgl. Entsch. des ROHG. XXIII, № 61), sondern sie fällt, soweit das Verhältniß zum Dispacheur in Betracht kommt, unter dem Gesichtspunkt einer einem Beamten gegenüber gemachten Aussage, was das Verhältniß zu den übrigen Ladungsinteressenten angeht, aber unter den Begriff des außergerichtlichen Geständnisses. Hiernach ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht zu bezweifeln, daß die dem Dispacheur gegenüber von der Beklagten abgegebene Declaration zurechtgestellt bzw. das in ihr liegende Zugeständniß beseitigt werden kann, sofern nachgewiesen wird, daß dieselbe eine irrthümliche und den Thatsachen nicht entsprechende war.

Eine andere Rechtsauffassung hat sich jedoch in der hiesigen Handelswelt herausgebildet, wie von den kaufmännischen Gliedern des Raths bezeugt wird. Unter dem Einflusse des (von dem Dispacheur in seiner Aufforderung zur bezüglichen Declaration angezogenen) Art. 1093 des Handelsgesetzbuches Band XI Thl. II, welcher vorschreibt, daß im Falle einer von einem Betheiligten gemachten zu niedrigen Werthangabe, es den anderen freistehen soll die betreffenden Güter zu dem angegebenen Preise mit 3% Zuschlag (ohne Zoll, Fracht und Spesen) zu erwerben, hat sich bei den hiesigen Kaufleuten die Rechtsüberzeugung entwickelt, daß jeder Interessent an der großen Havarie wenigstens dann an seine Declaration bei dem Dispacheur gebunden sei, wenn die Dispache bereits vollständig abgeschlossen und den übrigen Interessenten mitgetheilt ist. Diese Rechtsüberzeugung hat sich auch darin manifestirt, daß

eine Anfechtung der bereits ausgefertigten Dispache fast nie vorgekommen ist.

Wenn nach dieser Rechtsanschauung der Handelswelt die jetzt von der Beklagten versuchte Anfechtung der dem Dispacheur gemachten Werthangabe unzulässig erscheint, so ist ihre Vertheidigung gegen die Klage auch noch aus einem andern Grunde nicht geeignet, ihre Verurtheilung abzuwenden.

Zu 4. Wie schon bemerkt, hat die von dem vereidigten Dispacheur aufgemachte Dispache die Vermuthung der Richtigkeit für sich. Desgleichen ist das von der Beklagten in ihrer Declaration gemachte außergerichtliche Geständniß bis zum Nachweise des Gegentheils für sie verbindlich. Beklagte mußte also, um die Dispache und bzw. ihre eigene Declaration umzustoßen, vor allen Dingen auseinandersetzen, weshalb sie die Declaration in eigenem Namen unterzeichnet, während sie doch nur Vertreterin von J. B. in Moskau gewesen sein will und letztere als Ladungsempfängerin bezeichnet, ebenso weshalb sie den Werth der streitigen Kisten auf 20,410 Rbl. 47 Kop. aufgab, während er doch niedriger gewesen sein soll, endlich daß und weshalb J. B. Ladungsempfängerin war, sowie daß und weshalb 244 Kisten 6000 Rbl. weniger werth waren, als angegeben. Beklagte hat aber jede nähere thatsächliche Begründung dessen für überflüssig gehalten, sich auf die nackte Behauptung beschränkt, die 244 Kisten seien wegen Beschädigung 6000 Rbl. weniger werth, und es nach ihrem Vorbringen sogar zweifelhaft gelassen, wer eigentlich nach ihrer Ansicht Ladungsempfänger ist, ob der Lloyd oder J. B. Demnach ist das zur Anfechtung der Dispache von ihr Vorgebrachte an sich thatsächlich nicht genügend begründet und deshalb zur Einleitung eines Beweisverfahrens nicht geeignet."

1496. Nachtrag zu № 1278. Die Anzeige des Gläubigers von dem beabsichtigten Pfandverkaufe braucht dem Antrage auf gerichtliche Versteigerung der Pfandsache nicht vorauszugehen.

„Der oberrichterlichen Entscheidung unterliegt die Frage, ob Kläger, bevor er seinen Verkaufstellungsantrag stellte, nach Art. 1453 des Privatrechts verpflichtet war, seinen Gegnern die Absicht des

Verkaufes noch besonders zur Anzeige zu bringen, oder ob nicht Kläger seiner Verpflichtung zur Anzeige schon dadurch Genüge geleistet hat, daß er die mit dem Versteigerungsantrage verbundene Klage auf Anerkennung seines Pfandrechts nach vorgängiger Ladung gerichtlich gegen die Beklagten erhoben hat.

Die I. Section des Landvogteigerichts hat in dem Bescheide vom 8. März 1884 eine besondere außergerichtliche, also der Klage voraufgehende Anzeige über die Absicht des Verkaufes für durch das Gesetz nicht gefordert und deshalb für entbehrlich erklärt. Die untergerichtliche Interpretation verdient in der That den Vorzug vor derjenigen der Beklagten. Es wird mit Recht darauf hingewiesen, daß das Gesetz eine außergerichtliche Anzeige ebensowenig vorschreibt, wie die Beobachtung einer bestimmten Frist vom Augenblicke der Anzeige bis zur Verkaufsstellung, und daß es demnach an jedem inneren Grunde dazu fehlt, dem Gläubiger die Verbindung der Anzeige über den Verkauf mit dem gerichtlichen Verkaufsstellungsantrage zu verbieten. Der allegirte Art. 1453 hat nicht nur den Fall der öffentlichen Versteigerung, sondern auch den des privaten Pfandverkaufes im Auge (vgl. Art. 1443); die Unentbehrlichkeit der (privaten, außergerichtlichen) Anzeige ist daher richtiger auf den letzteren Fall zu beschränken, während im Falle der öffentlichen Versteigerung die geforderte Anzeige durch den gerichtlichen Antrag auf Verkaufsstellung ersetzt wird. Daß neben der gerichtlichen Vorladung und Kundgebung nicht noch eine außergerichtliche Anzeige gefordert werden kann, ergiebt sich auch aus der stadtrechtlichen Quelle zum Art. 1453 (Lib. III Tit. IX, § 4), in welcher es heißt, daß der Pfandhaber bei nicht rechtzeitiger Einlösung des Pfandes es dem Pfandgeber andeuten und gerichtlich durch eine Vorladung kundmachen, das Pfand aufbieten soll ꝛc."

(App.-Erk. des Raths vom 14. August 1885, № 5647.)

1497. Nachtrag zu № 1250. Legitimation der Mutter zur Vertretung des minderjährigen Kindes in Rechtsstreitigkeiten des letzteren gegen den Vater.

Der Kaufmann S. hatte seinem Sohne anfänglich das Studium auf der Universität gestattet, nach Ablauf eines Jahres aber ihm die Gewährung der dazu erforderlichen Mittel verweigert und

verlangt, daß der Sohn in sein kaufmännisches Geschäft eintrete. Die Mutter klagte darauf gegen den Vater auf Hergabe der zur Fortsetzung des Studiums für den Sohn erforderlichen Gelder. Der Beklagte wandte ein, die Klägerin sei zur Vertretung ihres Sohnes nicht legitimirt, und das Waisengericht trat dieser Auffassung in dem Bescheide vom 15. December 1884, № 1397 bei. Auf klägerische Appellation sprach jedoch der Rath mittelst App.-Erk. vom 1. Mai 1885, № 3258 aus:

„Der Ansicht des Unterrichters, daß die Klägerin in der vorliegenden Streitsache zur Klageerhebung nicht legitimirt sei, kann nicht beigepflichtet werden.

Es giebt zwar einzelne Rechtsgebiete, welche nach dem Vorgange des römischen Rechts die vermögensrechtliche Vertretung minderjähriger Hauskinder nur dem Vater zuweisen und im Falle der Behinderung desselben die gerichtliche Bestellung eines Vormundes oder Specialcurators für dieselben fordern (vgl. Roth, System des deutschen Privatrechts II, §§ 163 ff. und 206). Auf anderen Rechtsgebieten aber hat sich eine, der väterlichen analoge mütterliche Gewalt ausgebildet und gilt der Grundsatz, daß während der Ehe die elterliche Gewalt beiden Eltern zusteht, daß aber die Stellung des Ehemannes als Hausherrn es mit sich bringt, daß sie während der Ehe regelmäßig von ihm geübt wird und nur im Falle seiner Verhinderung die Ausübung auf die Mutter übergeht (Roth a. a. O. § 169). Wesentlich diesen letzteren Standpunkt nimmt das provinzielle Privatrecht ein.

Nach Art. 197 stehen die Rechte der elterlichen Gewalt über ihre ehelichen oder diesen gleichgestellten Kinder in persönlicher Beziehung sowohl dem Vater, als auch der Mutter gemeinschaftlich zu. Sind sie beide verschiedener Meinung, so geht der Wille des Vaters dem der Mutter vor. Was insbesondere die Vertretungsbefugniß anlangt, so sind beide Eltern gesetzlich dazu berufen Nach Art. 273 sind nämlich Vater und Mutter schon vermöge der elterlichen Gewalt die natürlichen Vormünder ihrer minderjährigen Kinder und bedürfen daher keiner gerichtlichen Bestätigung. Eine Beschränkung hinsichtlich der Mutter ist nach der Anmerkung zum Art. 273 und nach Art. 286 nur für den, hier nicht vorliegenden Fall des Ablebens des Vaters stadtrechtlich statuirt worden. Zu

den Pflichten und Rechten eines Vormundes aber gehört es nach Art. 353, die Pupillen in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsgeschäften zu vertreten, und daß nach provinziellem Privatrechte Vater und Mutter in dieser Beziehung concurriren, giebt der Art. 207 durch die Bestimmung zu erkennen, daß die Eltern (nicht nur der Vater) befugt seien, vorkommenden Falls ihre minderjährigen Kinder in deren persönlichen und Vermögensrechten zu vertreten. Auch in Bezug auf die Verwaltung des Vermögens der Hauskinder concurrirt die Mutter mit dem Vater, denn nach Art. 215 geht die Verwaltung des Sondergutes der Kinder im Falle der Behinderung des Vaters auf die Mutter über.

Namentlich bei der Collision der Interessen des Vaters und des Kindes wird die Vertretungsbefugniß der Mutter zur Geltung kommen müssen, denn in solchem Falle ist nothwendig der Vater an der Wahrnehmung der Interessen des Kindes verhindert. Daher bestimmt der Art. 198, daß die Mutter, wenn sie die Ueberzeugung hat, daß des Vaters Wille den Kindern nachtheilig sei, den Richter um etwanige Zurechtstellung ansprechen dürfe. Handelt es sich insbesondere, wie im vorliegenden Falle, um die Alimentations- oder die Erziehungsmittel für das Kind, deren Hergabe der Vater zum Schaden des Kindes verweigert, so nimmt die Mutter bei Beschreitung des Rechtsweges nicht allein das Interesse des Kindes, sondern auch ihr selbständiges vermögensrechtliches Interesse wahr, damit ihr — welche in zweiter Reihe alimentationspflichtig ist — die Last der Verpflegung und Erziehung des Kindes vom Vater, dem die Alimentationspflicht primär obliegt, abgenommen werde. Daher ist es nicht unumgänglich nothwendig, daß die Mutter, wenn sie in dieser Beziehung die richterliche Hilfe anruft, den Alimentationsanspruch ausdrücklich im Namen des minderjährigen Kindes geltend mache.

Dem Vorstehenden nach kann an der Legitimation der Mutter zur Vertretung der Interessen ihres Kindes in Bezug auf seine Alimentation und Erziehung auch dem Vater gegenüber nicht gezweifelt werden."

1498. Geht der Antheil des überlebenden Parens an dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögen durch Intestaterbfolge auf seine gesetzlichen Erben über, oder fällt er durch Consolidation den übrigen die Gütergemeinschaft fortsetzenden Interessenten zu?

„R. hatte die Wittwe Louise S. geheirathet. Diese hatte aus ihrer ersten Ehe zwei Kinder Hugo und Nelly, die bei der Wiederverehelichung ihrer Mutter weder erbabgetheilt, noch von ihrem Stiefvater R. in die Einkindschaft aufgenommen sind. Aus der Ehe des letzteren stammen zwei Kinder: Johann und Ida. Bei seinem, am 15. März 1866 erfolgten Tode hinterließ R. ein Immobil, welches ihm und seinen beiden Schwestern aufgetragen ist. Die in der fortgesetzten Gütergemeinschaft lebende Wittwe Louise R. hat eine Theilung mit den Schwestern ihres Mannes nicht herbeigeführt. Am 29. October 1867 ist ihre und des verstorbenen R. Tochter Ida, am 21. October 1880 sie selbst gestorben.

Gegenwärtig handelt es sich um die Theilung des dem verstorbenen R. zuständig gewesenen ideellen Antheils an dem vorerwähnten Immobil zwischen seinem Sohne Johann einerseits und seinen Stiefkindern Hugo und Nelly andererseits, wobei zu bemerken ist, daß jenes Immobil inzwischen verkauft ist und demnach thatsächlich der Kaufpreis zur Theilung kommt.

Während der Nachlaßcurator annimmt, von dem Drittheil des R. an dem Immobil sei die eine Hälfte seinem Sohne, die andere Hälfte seiner Wittwe zugefallen und das dergestalt von der letzteren im Wege der Intestaterbfolge erworbene Sechstheil sei wiederum unter ihre Kinder zu theilen, so daß sowohl dem Johann R. als auch dem Hugo S. und der Nelly B. je $^1/_{18}$ des Immobils bzw. des Kaufpreises dafür gebühre (welchen Erbtheilungsvorschlag die letztgenannten beiden Erben zu dem ihrigen gemacht haben), meint Johann R., daß das Sechstheil seiner Mutter, da sie zu einer Abtheilung mit ihm nicht geschritten, von ihr überhaupt nicht durch Erbfolge erworben, daher auch nicht von ihr auf ihre Kinder erster Ehe weiter vererbt, sondern ipso jure durch Consolidation an ihn gefallen sei. Demgemäß bittet er anzuerkennen, daß das Drittheil seines verstorbenen Vaters nach dem Tode seiner Mutter und seiner Schwester ihm allein

zugefallen sei und daß ihm somit unter Ausschluß der Geschwister S. das Drittheil des von S. geschuldeten Kaufpreises sammt Zinsen zukomme.

Da dieser Antrag gegenüber dem Theilungsvorschlage des Nachlaßcurators, dem die beiden anderen Erbprätendenten sich angeschlossen haben, als Klage erscheint, welcher die Geschwister S. als Beklagte gegenüberstehen, so sollen forthin Johann R. als Kläger und die Geschwister S. als Beklagte bezeichnet werden.

Die vom Kläger vertretene Auffassung, daß beim Wegfall eines der in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Genossen dessen ideeller Antheil nicht im Wege der Erbfolge bzw. des Anwachsungsrechts, sondern im Wege der Consolidation auf die übrigen Genossen übergehe, kann als gesetzlich begründet nicht anerkannt werden. Wenn der Art. 1826 des Privatrechts besagt: Stirbt während fortgesetzter Gütergemeinschaft eines der Kinder ohne Hinterlassung von Leibeserben, so fällt dessen ideeller Antheil der Gesammtmasse zu, so daß bei der nachmaligen Theilung nur die Zahl der zur Zeit derselben lebenden Kinder, nicht aber diejenige Zahl, welche bei der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten bestand, in Berücksichtigung kommt, so läßt sich hieraus für die Geltung des „Princips" der Consolidation kein Argument entnehmen. Denn einmal folgt aus den unterstrichenen Worten, daß beim Vorhandensein von Leibeserben eines vor der Abschichtung verstorbenen Kindes dessen Antheil nicht schlechtweg zur Gesammtmasse geschlagen wird, sondern auf seine Erben übergeht, und andererseits kann das Recht dieser Erben nicht als selbständiges — wie Kläger will — aufgefaßt werden, weil nach Artikel 1938 und 1885 bzw. 1939 a. a. O. die Enkel bei Beerbung eines Ascendenten gerade vermöge des Repräsentationsrechts an die Stelle ihres verstorbenen Parens treten und somit zwar kraft eigenen Rechtes (Art. 1887) aber doch nur in demselben Verhältnisse, wie der Repräsentirte, erben. Eine Consolidation wäre also nicht als durchgreifendes Princip beim Wegfall eines der bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft Betheiligten, sondern höchstens dort anzunehmen möglich, wo der Wegfallende keine Leibeserben, denen ein Repräsentationsrecht zusteht, hinterläßt. Allein auch in diesem Falle liegt es näher, mit dem Begriffe eines besonders gestal-

teten Anwachsungsrechtes zu operiren, und daher bildet der Art. 1826 jedenfalls keine Stütze für die klägerische Schlußfolgerung, daß beim Tode des überlebenden Parens auf dessen ideellen Antheil an der Gesammtmasse nur die in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen, nicht aber seine übrigen Kinder einen Anspruch hätten. Dieser Anspruch fällt nach Art. 1947 ff. zwar für diejenigen Kinder hinweg, welche bei Lebzeiten eines oder beider Eltern aus dem väterlichen und mütterlichen Gute vollständig abgesondert worden waren, indem alsdann auch das Anwachsungsrecht nur zu Gunsten der nicht abgetheilten Kinder besteht (Art. 1951). Auch hier liegt aber keine Nöthigung vor, den Rechtsgrund für die Ausschließung der abgesonderten Kinder von dem Nachlasse des letztlebenden Parens in dem Consolidationsprincip zu finden, da der Gesichtspunkt der vertragsmäßigen Erbabfindung — des Erbverzichtes gegenüber den nicht abgetheilten Kindern — sich als der natürlichere darstellt.

Zur Widerlegung der klägerischen Argumentation, daß dem überlebenden Gatten überhaupt nur für den Fall der Theilung mit den Kindern, nicht aber für den Todesfall gesetzlich eine bestimmte Quote des in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögens zugesprochen sei, ist endlich noch anzuführen, daß die hiesige Praxis dem überlebenden Gatten bezüglich seines ideellen Antheils in dem Umfange, wie er ihm bei der Theilung zufallen würde, sogar das Recht der letztwilligen Verfügung eingeräumt hat (siehe das Erkenntniß des Raths vom 18. November 1881 in den civilrechtl. Entscheid. VI, № 1010), somit von einer der klägerischen Ansicht entgegengesetzten Rechtsauffassung ausgeht. Wenn der überlebende Parens aber über seine Quote auch ohne vorausgegangene Theilung mit den Kindern rechtsgiltig testiren kann, so kann umsoweniger bezweifelt werden, daß diese Quote beim Mangel eines Testamentes im Wege der gesetzlichen Erbfolge auf seine Intestaterben übergeht.

Wenn Kläger endlich sich noch darauf beruft, daß das fragliche Immobil Erbgut sei und deshalb ihm als Leibeserben seines Vaters der Vorzug gegeben werden müsse, so ist dagegen zu bemerken, daß einerseits das Privatrecht (Art. 966, 1995, 2795) der Erbgutseigenschaft eines Immobils nur dort rechtliche Bedeu-

tung beilegt, wo es sich um Dispositionen über dasselbe unter Lebenden oder auf den Todesfall handelt, nicht aber bei der Intestaterbfolge, und daß andererseits weder das Privatrecht bei der Vermögenstheilung zwischen dem überlebenden Parens und den Kindern einen Unterschied zwischen ererbtem und wohlerworbenem Vermögen macht, noch die hiesige Rechtsprechung bisher einen solchen anerkannt hat, — was sich daraus erklärt, daß der überlebende Gatte ja nicht blos das Vermögen des Verstorbenen erbt, sondern zugleich Erstattung des eigenen Vermögens durch die Theilung erhalten soll.

Nach Art. 1884 a. a. O. sind aber die Beklagten als Kinder erster Ehe der Louise R., verwittweten S. gleich ihrem klagenden Sohne zweiter Ehe zur Erbfolge in ihren Nachlaß berufen und demnach ist der klägerische Anspruch, daß das ihrer gemeinsamen Mutter zugefallene Sechstheil an dem Immobil mit Ausschluß der Beklagten allein dem Kläger zuerkannt werde, als nicht gerechtfertigt zurückzuweisen und festzustellen, daß dem Kläger $^1/_6 + {}^1/_{18} = {}^2/_9$, den Beklagten aber jedem $^1/_{18}$ des dem weil. Johann G. R. und seinen beiden Schwestern aufgetragenen Immobils bzw. von dem dafür zu entrichtenden Kaufpreise zukommt."

(Urtheil des Raths vom 8. Mai 1885, № 3383.)

Uebereinstimmend ist in dem Erkenntnisse des Raths vom 21. August 1885, № 5798 entschieden.

1499. a. Bedeutung der Verkaufsbedingung „Zahlung per Bank".
b. Voraussetzungen des Zahlungsverzuges.
c. Purgation des Verzuges. Fixgeschäft?

Beklagter hatte am 6. October 1883 dem Kläger einen Waggon russisches Petroleum im Gewicht von 600 Pud brutto, aber mindestens 500 Pud netto zum Preise von 1 Rbl. 42 Kop. per Pud mit der Abmachung: „Zahlung per Bank" verkauft. Am 15. October erhob Kläger wegen der bisher unterbliebenen Lieferung notariellen Protest, worauf unter den Parteien noch weitere Verhandlungen über eine Zulage zum Kaufpreise stattfanden. Am 7. November forderte Beklagter den Kläger auf, bis spätestens 10 Uhr Vormittags des folgenden Tages den in seinen Händen befindlichen

Frachtbrief einzulösen und verkaufte, da dies nicht geschah, am 8. November das Petroleum anderweitig.

Auf die Klage wegen Ersatzes der Preisdifferenz wandte der Beklagte (Verkäufer) ein, er habe bereits am 3. November dem Kläger die Factur nebst Frachtbrief vorgewiesen und von ihm vergeblich Zahlung gefordert, auch diese Forderung, nachdem der Waggon am 6. November eingetroffen gewesen, am 6. November wiederholt. Da Kläger auch trotz der am 7. November erfolgten Aufforderung durch den Notar den Frachtbrief nicht eingelöst habe, sei Beklagter berechtigt gewesen, vom Vertrage abzugehen. Kläger replicirte, es sei „Zahlung per Bank" bedungen gewesen und er habe bis 10 Uhr nicht zahlen können, da die Bank erst von 10 Uhr ab Zahlungen entgegennehme. Er habe aber noch am Nachmittage des 8. November dem Beklagten angezeigt, daß er gegen Behändigung des Frachtbriefes zum Empfange des Petroleums bereit sei.

Das Erkenntniß des Wettgerichts vom 5. Juni 1884, № 393 hielt die Einrede, daß Beklagter wegen des klägerischen Zahlungsverzuges vom Vertrage habe abgehen können, für begründet und wies die Klage ab.

Auf klägerische Appellation wurde dagegen durch App.-Erk. des Raths vom 23. November 1884, № 8019 diese Entscheidung mit folgender Motivirung aufgehoben:

„Die vom Kläger erhobene Appellation erscheint begründet. Zwar ist die Kritik, welche Kläger an dem ersten Theile der untergerichtlichen Motive übt, hinfällig. Es muß nach Lage der Sache mit dem Unterrichter anerkannt werden, daß Kläger noch bis zum 8. November zur Entgegennahme der ihm offerirten Waare verpflichtet gewesen sei, denn erstens liegt keineswegs, wie Kläger behauptet, ein Fixgeschäft vor. Die Vereinbarung einer festen Erfüllungszeit macht den Lieferungsvertrag noch nicht ohne weiteres zum Fixgeschäft, vielmehr gehört zum Begriffe des Fixgeschäftes die Absicht der Contrahenten, die Zeitbestimmung für so wesentlich zu halten, daß mit dem Ablaufe der Erfüllungszeit der Vertrag stehen oder fallen und eine spätere Leistung nicht mehr, wenigstens nicht ohne nachträgliche Genehmigung des Nichtsäumigen, als Vertragserfüllung angesehen werden solle (Fuchsberger, Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts, S. 660). Im vorliegenden Falle aber

haben die Parteien die Erfüllungszeit für so nebensächlich gehalten, daß sie hierüber in den ausgewechselten Verkaufs- und resp. Kaufsbescheinigungen garnichts statuirt haben. Die Klage selbst läßt keineswegs deutlich erkennen, daß zwischen den Parteien ein Fixgeschäft in dem oben erläuterten Sinne geschlossen worden ist, und das ganze Verhalten des Klägers nach dem Vertragschlusse, sowie die im October und Anfang November an den Beklagten wiederholt ergangenen Mahnungen an die Vertragserfüllung bedeuten, daß es ihm weniger darum, daß der Vertrag in einem bestimmten Zeitpunkt, als daß er überhaupt vom Beklagten erfüllt werde, zu thun gewesen sei.

Zweitens hat Kläger, nachdem unbestrittenermaßen der Lieferungsverzug des Beklagten mit dem 20. October eingetreten war, seinen Entschluß, die Lieferung nicht mehr anzunehmen, dem Beklagten nicht kundgegeben, der Notariatsact vom 15. October enthält keine eventuelle Anzeige hiervon, sondern, wie der Unterrichter richtig hervorhebt, eine Wahrung alles Rechts, also auch desjenigen auf Erfüllung. Solange aber Kläger seinen Entschluß dem Beklagten nicht mitgetheilt hatte, war dieser berechtigt, durch das Anbieten der vertragsmäßigen Lieferung die Folgen des Verzuges für die Zukunft abzuwenden und Kläger verpflichtet, die vertragsmäßige Erfüllung unbeschadet des Ersatzanspruches wegen der durch den Verzug bereits eingetretenen Schäden entgegenzunehmen. Das Angebot der vertragsmäßigen Lieferung am 7. November konnte somit durchaus rechtswirksam erfolgen, zumal Kläger selbst noch am 8. November zum Empfange der angebotenen Lieferung sich bereit erklärt hat.

Die erhobene Schadensersatzklage gründet sich aber darauf, daß Beklagter mit der Lieferungsofferte am 7. November Abends die, nach Ansicht des Klägers unrechtfertige und unbillige, Aufforderung verbunden hat, den Kaufpreis von 1 Rbl. 42 Kop. per Pud nebst 15 Rbl. an Extravergütung bis zum folgenden Tage 10 Uhr Vormittags zu bezahlen und den in des Beklagten Händen befindlichen bezüglichen Frachtbrief bis dahin einzulösen, widrigenfalls Beklagter — wie im Proteste vom 7. November ausdrücklich zu lesen ist — die Waare für des Klägers Gefahr und Rechnung anderweitig bestmöglich verkaufen würde.

Der Unterrichter hält diese Aufforderung für durchaus berechtigt, indem er der Ansicht ist, daß Kläger den Kaufpreis vorauszuzahlen verpflichtet gewesen sei. Ihm entstehen an der klägerischen Zahlungsbereitschaft ernstliche Bedenken, da Kläger die Zahlung weder binnen der ihm vom Beklagten gesetzten Frist, noch auch später bei dem seinerseits am Nachmittage des 8. November veranlaßten Notariatsacte dem Beklagten realiter offerirt hat. Wegen des klägerischen Zahlungsverzuges, der den etwa vorher eingetretenen Lieferungsverzug nach Art. 3329 des III. Thls. des Prov.-Rechts für die Folgezeit aufhob, sei aber Beklagter nach den unstreitigen Grundsätzen des Handelsrechts befugt gewesen, vom Vertrage abzugehen und sich damit der Verantwortlichkeit für alle ferneren Folgen des etwaigen Verzuges, namentlich einer weiteren Preissteigerung zu entledigen.

Dieser Argumentation kann nicht beigetreten werden. Von einer Verpflichtung des Klägers zur Vorauszahlung des Kaufpreises ist bei der Kaufberedung überall nicht die Rede gewesen, sie ergiebt sich auch nicht aus der Natur der Sache. Bei einem Baarverkauf, welcher hier unzweifelhaft vorliegt, hat keiner der Contrahenten das Recht zu verlangen, daß der andere mit der Erfüllung den Anfang mache, und für den Fall gegenseitigen Mißtrauens müssen sie im strengsten Sinne Zug um Zug verfahren, wo dies aber nicht thunlich ist, die Waare (resp. das die Disposition über dieselbe einräumende Verladungspapier, Connossement, Frachtbrief) und den Preis bei einem Dritten deponiren, von welchem der Käufer dann jene, der Verkäufer diesen abzuholen hat (vgl. Thöl, Handelsrecht, § 68). In solchem Falle begründet nicht die einfache Mahnung den Zahlungsverzug des Käufers, sondern bedarf es, da die Zahlung erst mit der Leistung des Verkäufers fällig wird, nach Art. 3309 des III. Thls. des Prov.-Rechts außer der Mahnung der Realoblation der Waare bzw. des betr. Dispositionspapiers, oder der Deposition der Waare oder dieses Papiers bei einem Dritten, um den Käufer in Zahlungsverzug zu versetzen. Im vorliegenden Falle war zwar die dem Kläger verkaufte Waggonladung in Riga angelangt, das Kaufobject befand sich bis zum 8. November 1883 aber nicht in der Detention des Beklagten. Letzterer hätte daher, um den Kläger in Zahlungsverzug zu versetzen, abgesehen von der

Mahnung, ihm mindestens den über die Waggonladung ausgestellten Frachtbrief realiter offeriren oder, da Zahlung per Bank abgemacht worden war, den Frachtbrief bei einer Bank deponiren müssen. Keines von beiden ist geschehen, es kann daher dem Kläger ein Zahlungsverzug nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Ebensowenig läßt sich eine mora accipiendi auf Seiten des Klägers, welche nach Art. 3522 und 3524 des III. Thls. des Prov.-Rechts eine der rechtlichen Voraussetzungen der Verkaufsselbsthilfe ist, nachweisen. Denn die Erfüllung war nicht, wie nach Art. 3312 daselbst erforderlich, in gehöriger Weise und zur rechten Zeit vom Beklagten angeboten worden. Von der vor der Erhebung des notariellen Protestes vom 7. November 1883 geschehenen Offerte muß schon um deswillen abgesehen werden, weil Beklagter nach der Behauptung des Klägers damals die Tradition der Waare von einer vertragswidrigen Mehrzahlung abhängig gemacht und auch nicht bewiesen hat, daß er damals in vertragsmäßiger Weise die Erfüllung angeboten habe. — Aber auch das im Notariatsacte vom 7. November erfolgte Erbieten zur Lieferung entspricht nicht den gesetzlichen Erfordernissen. Einerseits hat auch diesmal weder eine Realoblation des Frachtbriefes, noch Deposition desselben bei einem Dritten stattgefunden; andrerseits kommt in Betracht, daß „Zahlung per Bank" vereinbart war, und mit Recht macht Kläger geltend, daß darnach die vom Beklagten gesetzte Frist — „bis 10 Uhr Vormittags" des nächsten Tages — zu kurz gewesen sei, weil die Bank erst nach 10 Uhr Zahlungen entgegennehme. Der Unterrichter hält zwar diesen Einwand um deswillen für unerheblich, weil nach seiner Ansicht die Vertragsbestimmung „Zahlung per Bank" die Bedeutung habe, daß dem Käufer die Pflicht auferlegt werde, die vom Verkäufer bei einer Bank versetzten Verladungspapiere, welche ihm die Disposition über die Waaren gewähren, zuvor bei der Bank auszulösen, ehe ihm die Waare thatsächlich übergeben werde. Sie sei also nicht im Interesse des Käufers, sondern des Verkäufers hinzugefügt und daher könne nicht von einer unstatthaften einseitigen Aenderung des Vertrages gesprochen werden, wenn der Verkäufer die Bank bei Seite lasse und die Verladungspapiere selbst dem Käufer gegen Zahlung offerire, wie es umgekehrt dem Käufer gleichgiltig sein müsse, ob er die Zahlung

an die Bank für des Verkäufers Rechnung oder an diesen direct leiste. Diese Interpretation der erwähnten Vertragsclausel ist jedenfalls eine zu enge. Im Zweifel muß angenommen werden, daß jede allgemeine Vertragsbestimmung, deren Wirksamkeit nicht auf die Person eines der Contrahenten beschränkt worden, im Interesse beider Parteien getroffen worden sei. Die Clausel „Zahlung per Bank" kann zunächst bedeuten, daß Zahlung durch Vermittelung der Bank zu leisten sei, in diesem Sinne ist sie aber gerade mehr im Interesse des zahlungspflichtigen Käufers und dieser kann verlangen, daß ihm soviel Zeit zur Beschaffung des Kaufpreises gewährt werde, als die Inanspruchnahme der Bank zu diesem Zwecke erfordert. Wenn also im vorliegenden Falle die Mahnung seitens des Beklagten am Abend des 7. November erging (und daß sie früher und zwar zur Zeit, als die Banken noch offen waren, erfolgte, ist beklagterseits in keiner Weise nachgewiesen worden), so war die dem Kläger gestellte Frist bis 10 Uhr Vormittags des 8. November unter allen Umständen eine zu kurze, da die Kassen der hiesigen Banken erst um 10 Uhr geöffnet werden. Die erwähnte Vertragsclausel läßt ferner noch die Auffassung zu, sie sei vereinbart worden, um dem Käufer eine größere Sicherheit dafür zu gewähren, daß er ein wirklich ordentliches Document, das ihn zum Empfang der Waggonladung berechtigt, gegen die Zahlung erhalte. Eine solche Vereinbarung ist beim Kaufe Zug um Zug nicht ungewöhnlich, wenngleich — wie oben bereits bemerkt — die Berechtigung des Käufers in solchem Falle, wenn der Käufer mit seiner Leistung nicht den Anfang machen will, den Kaufpreis bei einem Dritten zu deponiren, schon aus der Natur der Sache sich ergiebt. Juristisch qualificirt sich jene Vereinbarung als eine solutionis causa adjectio, es unterliegt aber keinem Zweifel, daß, solange der Gläubiger die Forderung nicht ausgeklagt hat, der Debitor an den Adjectus selbst wider den Willen des Gläubigers zu zahlen berechtigt ist, daß letzterer mithin ihm diese Befugniß einseitig garnicht entziehen darf (vgl. Art. 3491 des III. Thls. des Prov.-Rechts und Vangerow, Pandektenrecht III, § 582 Anmerkung 2). Beklagter war somit durchaus im Unrecht, wenn er vom Kläger Zahlung mit Umgehung der Bank forderte; er mußte vielmehr dem Kläger die Wahl lassen, nach seinem Belieben entwe-

der an eine hiesige Bank, oder an den Beklagten selbst Zahlung zu leisten. Die an den Kläger gestellte Zumuthung, den Kaufpreis vor der nächsten Oeffnung der Banken zu verlangen, war unrechtfertig und die im Notariatsacte vom 7. November 1883 implicite enthaltene Androhung, daß widrigenfalls die Annahme der Lieferung als vom Kläger verweigert angesehen werden würde, entbehrt somit der rechtlichen Grundlage. Ueberdies kennzeichnet eine solche Androhung auch den Dolus des Beklagten, da ihm bekannt war, daß seit dem Vertragsschluß die Petroleumpreise bedeutend gestiegen waren, der Kläger daher gar keine Interesse an der Verweigerung der Annahme der Lieferung haben konnte. Dem Kläger dagegen kann es nicht zur Last gelegt werden, wenn er seinerseits im Laufe des 8. November den Kaufpreis nicht erlegte, da Beklagter selbst nicht den Frachtbrief ihm realiter offerirt oder bei der Bank depo-a nirt, vielmehr anderweitig verkauft hatte. Beklagter hat daher, d er thatsächlich nicht geliefert hat und den Contractbruch auch nicht durch triftige Argumente zu entschuldigen vermag, dem Kläger das Interesse wegen der nicht geschehenen Leistung zu ersetzen. Als Interesse kann aber nach handelsrechtlichen Grundsätzen der Kaufmann die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem höheren Marktpreise oder laufenden Preise der Lieferungszeit fordern (vgl. Thöl, Handelsrecht, § 87), denn er hätte, zu Geld die Waare angeschlagen, diesen Werth in seinem Vermögen gehabt und das genügt, damit er diesen fordern darf.

„Aber selbst vom Standpunkte des Unterrichters, nach dessen Meinung Beklagter wegen Zahlungsverzuges des Klägers zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt gewesen ist, erscheint die angestellte Klage nicht unrechtfertig. Es hat nämlich Beklagter keineswegs — wie der Unterrichter annimmt — im Notariatsacte vom 7. November 1883 seinen Rücktritt vom Vertrage für den Fall angekündigt, daß Kläger den Kaufpreis bis 10 Uhr Morgens des nächsten Tages nicht berichtigen würde; sondern Beklagter hat ausdrücklich erklärt, daß er widrigenfalls die Waare für Gefahr und Rechnung des Klägers anderweitig bestmöglichst verkaufen werde und daß er sich wegen Schäden und Kosten alles Recht wider den Kläger vorbehalte. Es liegt hier also nur eine Androhung vor, nach einer

bestimmten, vom Kläger nicht benutzten Frist zur Verkaufs-selbsthilfe schreiten zu wollen."

1500. Kann der ausgetretene stille Gesellschafter schlechthin auf Auskehrung seiner Einlage klagen, oder gehört zur Begründung der Klage eine Angabe über den derzeitigen Betrag seines Antheils am Gesellschaftsvermögen, bzw. die Forderung bezüglicher Rechnungsablage?

„Kläger participirt zu $^1/_6$ an den Lasten und Kosten einerseits und dem Gewinne andererseits aus dem dem Beklagten gehörigen Barkschiffe „Hercules". Das Schiff ist auf den Werth von 12,000 Rbl. geschätzt und Kläger hat dem Beklagten als Einlage 2000 Rbl. gezahlt. In der erhobenen Klage bittet Kläger, welcher das Gesellschaftsverhältniß zu lösen wünscht und sich alles Recht wegen seines Gewinnantheils vorbehält, den Beklagten zur Auskehrung des Schiffsantheils von 2000 Rbl. anzuweisen.

Der Beklagte hält diesen Anspruch nicht für genügend substantiirt; er ist der Ansicht, daß der Gegner nur auf eine Gesammtberechnung bzw. auf Theilung habe klagen dürfen. Der Geschäftsantheil des Gesellschafters sei in das Gesellschaftsvermögen, welches ein selbständiges Ganze bilde, übergegangen, die Rückforderung allein der Einlage sei unstatthaft.

Diese Rechtsauffassung ist allerdings vielfach, speciell auch in der deutschen Spruchpraxis, vertreten (vgl. Puchelt, Commentar zu Art. 265, Seite 541 und Entscheid. des ROHG. VIII, Seite 274, 275); ebenso hat sich der Rath in einer im Jahre 1874 ergangenen Entscheidung (vgl. Zwingmann Band III, № 433, S. 349) derselben angeschlossen. Allein die Frage ist controvers, namentlich hat auch das ROHG. (vgl. Band XXIII, № 44, S. 130, 131) in einem speciellen Falle (vgl. auch Band XII, № 107, S. 367) anders entschieden und bei abermaliger Erwägung muß gegenwärtig der Rath zum Mindesten unter Verhältnissen, wie sie hier gegeben sind, die auf Rückzahlung der Einlage gerichtete Klage des ausgetretenen Gesellschafters für schlüssig erklären.

Nach der Vertragsurkunde hat der Beklagte trotz Betheiligung des Klägers am Geschäfte „unumschränkter Herr" des „Hercules" bleiben sollen; der Beklagte allein war somit zur Geschäftsführung

befugt. Der bezogene Passus der Vertragsurkunde deutet auch darauf hin, daß Beklagter alleiniger Eigenthümer des „Hercules" habe bleiben sollen, so daß nach Maßgabe des Art. 4296 des III. Thls. des Prov.-Rechts der Kläger wider den Beklagten als Schiffseigenthümer nur ein Forderungsrecht geltendmachen konnte. Gegenstand des Anspruches des socius nach Auflösung der Gesellschaft ist im Allgemeinen sein Antheil am Gesellschaftsvermögen und der Antheil berechnet sich nach der Höhe der Einlage unter Hinzurechnung des Gewinnes und eventueller Abrechnung des Verlustes (Art. 4310 a. a. O. Windscheid, Pandekten II, § 406 Note 14). Dies ist auch weiter nicht streitig. Die Differenz bezieht sich allein darauf, wie die Klage zu formuliren sei, wenn — wie hier — der stille Gesellschafter dem socius gerens als Beklagtem gegenübersteht: ob präparatorisch auf Rechnungslegung geklagt werden müsse und je nach Ausgang des Processes auf Herausgabe des Antheils bzw. auf Theilung, oder ob die Klage gerichtet werden könne auf Auszahlung der Geldeinlage.

Man kommt zu dem Ergebnisse, daß die Formulirung der Klage in das Belieben des Klägers gestellt ist, wenn man sich vergegenwärtigt, daß dem Beklagten in jedem Falle die gleiche Vertheidigung offen steht, derselbe mithin durch die Art der Klageanstellung in keiner Weise beeinträchtigt erscheint. Gegenüber der Forderung auf Rechnungslegung hat der Beklagte (vgl. Art. 4458 ff.) eine Uebersicht über den Geschäftsgang beizubringen, wonächst es Sache des Klägers ist, die einzelnen Posten zu bemängeln. Unzweifelhaft hat ferner der Kläger, wenn er genaue Kenntniß von der Geschäftsbewegung erlangt hat, seinerseits die Befugniß, auf Grund detaillirter Angaben seinen Anspruch zu erheben. Die Vertheidigung des Beklagten ist dann formell vielleicht vereinfacht; materiell bleibt sie die gleiche, indem rücksichtlich der streitigen Posten der Beklagte, soweit es sich um Differenzen bezüglich des vom Kläger mit zu tragenden Verlustes handelt, Einreden vorbringen muß auf Grund seinerseits zu producirender Belege.

Ebenso steht es, wenn Rückforderung des eingelegten Capitals gefordert wird, wie hier, unter Vorbehalt der Forderung auf verhältnißmäßige Auskehrung des Gewinnes. Beide Forderungen zusammen bilden das Recht des Gesellschafters, derselbe ist aber nicht behindert, zunächst das Weniger zu beanspruchen und die Ausein-

anderſetzung bezüglich des Mehr zu verſchieben. Der Kläger braucht nicht noch beſonders anzugeben, daß ſeine Einlage nicht durch einen erlittenen Verluſt gekürzt ſei, ſondern er darf eine bezügliche Einrede des Beklagten abwarten (vgl. die wettgerichtliche Entſcheidung bei Zwingmann Band III, S. 345). Eventuell läge auch eine ſolche Behauptung — richtiger eine anticipirte Negation der künftigen Einrede — in dem Vorbehalte der Gewinnforderung. Die Einrede aber wird geltendgemacht abermals durch Vorlegung einer bezüglichen Abrechnung ſeitens des Beklagten. Die Einlaſſung auf eine ſolche, die Verringerung oder Abſorbirung der Einlage nachweiſende Abrechnung kann der Kläger ſelbſtverſtändlich nicht verweigern, wie denn auch eine ſolche Weigerung im vorliegenden Proceſſe vom Kläger nirgend in Ausſicht geſtellt worden iſt.

Während alſo im präparatoriſchen Proceſſe zunächſt nur die einzelnen Abrechnungspoſten feſtgeſtellt werden, hat bei der Klageerhebung, wie ſie hier gewählt iſt, der Beklagte das Facit ſeiner Abrechnung einredeweiſe dem Anſpruch entgegenzuſtellen. Eine Complicirung des Proceſſes wird dadurch nicht herbeigeführt, es laſſen ſich im Gegentheil bei dieſer Conſtruction Proceßhäufungen zweckmäßig vermeiden. Die Klage muß unter ſolchen Umſtänden mit dem Unterrichter (Erk. des Vogteigerichts vom 9./19. Februar 1885, № 41) als ſchlüſſig anerkannt werden."

(Querelbeſcheid des Raths vom 26. April 1885, № 3113.)

1501. Widerruf einer als Rimeſſe eingeſandten Tratte und deſſen Einfluß auf das Rechtsverhältniß zwiſchen dem Traſſanten und Remittenten.

„Beklagte hat eine von ihr über den Betrag von 25,000 Reichsmark zu Gunſten der Klägerin auf J. T. Goldberger in Berlin gezogene Tratte mittelſt Briefes vom. 10./22. Juli der Klägerin (Handlung S. zu Berlin) überſandt. Der Brief lautet:

> Wir haben die Ehre, Ihnen in der Anlage zu überreichen M. 25,000 p. 3 Mt. dato à Berlin, deren Sie ſich unter gefälliger Anzeige an uns zu Gunſten der Gebrüder F. in Kiew zu bedienen belieben.

Noch am selben Tage, wo dieser Brief der Klägerin zuging, d. h. am 12./24. Juli, erhielt sie auch ein von der Beklagten am 12./24. Juli in Riga aufgegebenes Telegramm:

Zurückziehen Fünfundzwanzigtausend Goldberger Berlin. Retournirt Tratte.

Klägerin schrieb indessen sofort der Beklagten, daß sie die telegraphisch geforderte Rückgabe der Tratte nur gegen Einsendung ihres vollen Geldwerthes ausführen werde, dagegen sich den Wechsel zu Gunsten der Gebrüder F. dienen lasse und ihn bereits mangels Annahme zum Protest gebracht habe. Sie hat denn auch den Wechsel am 12./24. Juli Nachmittags zwischen 3 und 4 Uhr mangels Annahme und, nach Verfall, am 10./22. October mangels Zahlung protestiren lassen, am 16./28. October aber von der Beklagten im Wechselprocesse Zahlung der Wechselsumme sammt Zinsen und Protestkosten gefordert. Beklagte hat dagegen eingewendet, die Klage sei unrechtfertig, da Beklagte den der Klägerin brieflich ertheilten Auftrag, die Tratte zu Gunsten der Gebrüder F. zu verwenden, telegraphisch widerrufen habe und dieses Telegramm gleichzeitig mit dem Briefe der Klägerin zugekommen sein müsse, während die Tratte erst nach 3 Monaten zahlbar gewesen und die Anzeige von der geschehenen Verwendung derselben der Beklagten erst nach dem Widerrufe des Auftrages gemacht sei. . . .

Klägerin hat erwidert, die streitige Tratte sei ihr schon am Morgen des 12./24. Juli durch die Post zugegangen, das Telegramm der Beklagten aber erst um 5 Minuten vor 12 Uhr Mittags, nachdem die Tratte bereits um 10 Uhr dem Bezogenen zur Annahme vorgelegt war. Der telegraphische Widerruf sei nach erfolgter Begebung der Tratte an sich unstatthaft, aber auch verspätet gewesen, nachdem Klägerin der brieflichen Weisung gemäß sich der Tratte zu Gunsten der Gebrüder F., von denen sie den Betrag zu fordern gehabt, bedient und letztere Handlung dafür creditirt habe. Auch habe sie den Wechsel keineswegs mit einem *Auftrage* der Beklagten, sondern als *Zahlung* für die Gebrüder F. erhalten, in deren Auftrage er von der Beklagten ausgestellt worden sei.

Das Erkenntniß des Vogteigerichts vom 14./16. März 1885, № 71 führt nun aus, das beigebrachte Begleitschreiben lasse sowohl die Deutung der Beklagten zu, wonach die Verwendung der Tratte

in ihrem Auftrage geschehen sollte, als auch die Darstellung der Klägerin, daß die Uebersendung der Tratte gemäß einer Vereinbarung zwischen der Beklagten und den Gebrüdern F. erfolgte, um eine Schuld der letzteren an die Klägerin zu tilgen bzw. sicher zu stellen. Bei Zugrundelegung der klägerischen Sachdarstellung habe aber die zwischen der Beklagten und den Gebrüdern F. getroffene Vereinbarung dadurch, daß Klägerin derselben beitrat, ein Schuldverhältniß zwischen letzterer und der Beklagten begründet, welches durch den einseitigen Widerruf der Beklagten nicht mehr habe aufgehoben werden können. Da somit das beklagterseits behauptete Auftragsverhältniß nicht liquid gestellt sei, sei die Einrede der Beklagten nicht zu berücksichtigen, sondern der Wechselklage gemäß zu erkennen.

Diese Beurtheilung der actenmäßigen Sachlage erscheint allerdings nicht zutreffend. Denn nach dem Briefe, mit welchem die Tratte der Klägerin zugefertigt wurde, liegt ein Auftrag der Beklagten vor, nach welchem Klägerin sich der Tratte „zu Gunsten der Gebrüder F. bedienen", d. h. selbige als Werthobject zu ihrem Nutzen verwenden, und für den dergestalt erhobenen Betrag die Gebrüder F. entlasten sollte. Dieser Fall bildet zu demjenigen, daß die Verwendung der Tratte „im Auftrage der Klägerin" geschehen sollte, insofern keinen Gegensatz, als es sich beidemal um einen Auftrag handelt und nur dessen Gegenstand verschieden ist. Ob und welcher Vertrag zwischen der Beklagten und den Gebrüdern F. bestand, ist dagegen aus dem die Tratte begleitenden Schreiben nicht zu entnehmen und folglich kann auch von einem „Beitritte" der Klägerin zu diesem Vertrage, welcher nothwendig Kenntniß von letzterem voraussetzt, nicht die Rede sein.

Die zu entscheidende Frage ist die, ob Beklagte den der Klägerin brieflich ertheilten Auftrag, die übersandte Tratte zu ihrem Nutzen — unter entsprechender Entlastung der Gebrüder F. — zu verwenden, noch widerrufen durfte.

Die Antwort müßte bejahend ausfallen, wenn der Widerruf mit oder noch vor dem Auftrage der Klägerin zugegangen wäre, wie Beklagter es behauptet, indem solchenfalls ein rechtswirksamer Auftrag nach Art. 3135 und 3138 des Privatrechts garnicht vorliegen würde, somit Klägerin auf einen solchen sich auch nicht

berufen könnte, vielmehr rechtswidrig verfahren wäre und sich dadurch ersatzpflichtig gemacht hätte, wenn sie die von der Beklagten ohne rechtlichen Verpflichtungsgrund ihr zugesandte Tratte wider den Willen des Uebersenders erhoben, bzw. zum Proteste gebracht hätte. Die bezügliche Behauptung der Beklagten ist aber urkundlich nicht bewiesen, da das Telegramm, das den Widerruf des brieflichen Auftrages enthielt, um 11 Uhr ausgefertigt und die Angabe der Klägerin, den Brief mit der Tratte schon um 9 Uhr empfangen zu haben, durch keinerlei Thatsachen widerlegt ist. Nicht minder wäre die Statthaftigkeit des Widerrufes des der Klägerin ertheilten Mandates nach Art. 4404 a. a. O. anzunehmen, wenn dieses dahin gegangen wäre, daß Klägerin die Tratte für Rechnung der Beklagten einkassiren solle, m. a. W. wenn es ein Incassomandat gewesen wäre; wobei nur Beklagte die Klägerin für die von der letzteren zur Ausführung des Auftrages bereits gethanen Schritte schadlos halten müßte.

Anders verhält es sich dagegen in dem hier vorliegenden Falle, wo die Tratte der Klägerin als eine zu ihrem Nutzen und für ihre Rechnung zu verwendende Rimesse von der Beklagten überwiesen ist. Hier fehlt es an der dem Mandate eigenen Verpflichtung des Beauftragten (Art. 4389 a. a. O.) das durch dasselbe Erworbene dem Auftraggeber herauszugeben; das Geschäft erfährt dadurch eine wesentliche Modification und diese hat zur Folge, daß auch der sonst statthafte einseitige Widerruf des Auftrages solchenfalls ausgeschlossen ist, weil er dem Zwecke des Geschäfts zuwiderlaufen würde. Die Theorie des Handelsrechts lehrt daher übereinstimmend, daß ein Widerruf einer im kaufmännischen Verkehr als Rimesse eingesandten Tratte oder Anweisung unzulässig ist, wenn der Remittent dieselbe nach der vom Aussteller erhaltenen Ordre für sich selbst einkassiren sollte,

Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II, Seite 395. Endemann, das deutsche Handelsrecht, § 130 bei Note 9. Thöl, Handelsrecht 5. Aufl. II, § 323 sub III. Vgl. Seuffert, prakt. Pandektenrecht II, § 341 bei Note 6

und damit stimmt die Anschauung der kaufmännischen Kreise vollkommen überein. Die Einrede der Beklagten, daß durch den

telegraphisch vollzogenen Widerruf sie der Protestpflicht aus der von ihr der Klägerin begebenen Tratte enthoben worden sei, ist demnach auf Grund der actenmäßigen Thatsachen als begründet nicht anzuerkennen und kann daher die Verurtheilung der Beklagten nicht aufhalten, wenngleich ihr die gesonderte Ausführung der beregten Einrede mit Rücksicht darauf, daß sie den Eingang des telegraphischen Widerrufes vor oder zugleich mit der Tratte behauptet, offen zu lassen ist."

(Querelbescheid des Raths vom 12. Juni 1885, № 4265).

Alphabetisches Sachregister
zu Band 7 der civilrechtlichen Entscheidungen.

(Die Zahlen bezeichnen die Seite.)

Ablieferung der Waare an den Käufer 482. 497. 501. 504.
Absender: dessen Verfolgungsrecht 381.
Absolutio ab instantia des Versicherten wegen der ihm vorgeworfenen Brandstiftung 422 ff.
Absonderung der Kinder aus dem elterlichen Vermögen 41. 597.
Abstracter Schuldvertrag 159. 164. 296. 450. 546.
Abtretung s. Cession.
Accessionen der Klageforderung 223. 227.
Accrescenzrecht bei der Erbfolge 596. 597.
Actio communi dividundo 80.
— de in rem verso 16. 17. 552.
— doli 251.
— finium regundorum 82.
— hypothecaria 85 ff. 111.
— legis Aquiliae 228. 231. 328. 359 570—575.
— negotiorum gestorum 23. 31. 188. 292. 387. 432. 552.
— Pauliana 7. 103. 436—444.
— pigne raticia in personam 107 ff.
— pro socio 605.
— quanti minoris 188. 495. 505.
— redhibitoria 182 - 188.
— spolii 47—55.
— im Uebrigen siehe Klage und bei den einzelnen Verträgen.
Activa und Passiva: deren Uebernahme als Grund der Haftung gegenüber den Gläubigern 463.
Adressat beim Frachtvertrage s. Frachtvertrag.
Ädilitische Rechtsmittel beim Kaufe s. Minderungsklage und Wandelungsklage.
Agent: dessen Befugniß zum Empfange des Kaufpreises aus den von ihm vermittelten Geschäften 460.
— Einfluß seines Eintritts als Selbstkäufer auf sein Vertragsverhältniß zu seinem Committenten 521.
Alimentation der Frau durch den Mann 9—12. 14. 17.
— provisorische Feststellung des Alimentenbetrages während des Processes 18. 19.
— des unehelichen Kindes durch den Vater 25. 28.
— des ehelichen Kindes 30—34. 594; nach der Ehescheidung 34 ff.
Alternative Befugnisse des Verkäufers beim Handelskaufe wegen Verzuges des Käufers 506—512; desgleichen des Käufers beim Lieferungsverzuge des Verkäufers 515—520.
Analphabeten; Berufung auf Unkenntniß des Lesens als Grund entschuldbaren Irrthums 90.
Anerkennung einer Schuld, mündliche 155.
— Klage auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses 149.
— ohne Zahlungsversprechen 159—166.
— mit der condictio indebiti angefochten 290.
— Ansprüche aus dem materiellen Schuldverhältnisse gegenüber der Verurtheilung auf Grund der Anerkennung 449.
— einer Schuld als Handelsgeschäft 472.
— Klage aus dem materiellen Schuldverhältnisse, Berufung auf die Aner-

kennung in der Replik 586. 588. 589.
Angemessenheit des Preises 371. 373. 520. 521.
Anmeldung im Concurse, deren Unterlassung 219.
Anfegelung, Beweis des Verschuldens 570—575.
Antrag zum Vertragsschlusse inter absentes, Widerruf desselben 609.
Anweisung: aus der Anweisung als solcher hat der Assignatar gegen den Assignanten keinen Regreß 547.
— Widerruf einer als Rimesse eingesandten Anweisung 610.
Anzeige: des Pfandgläubigers von dem beabsichtigten Pfandverkaufe 111. 591.
— des Vergleiches über anhängige Rechtssachen 29. 280.
— der erfolgten Cession einer Forderung 255.
— des Versicherten über den Eintritt eines Brandschadens 420; über Veränderungen bezüglich der versicherten Sache 415; über die Veräußerung der Sache 419.
— des Käufers betreffs der Mängel der Waare 495. 498.
— des Rücktritts vom Vertrage bzw. der Absicht, Schadenersatz zu fordern, an den im Verzuge befindlichen Contrahenten 515. 518. 519. 600.
— des Ladungsempfängers über die Beschädigung des Gutes 559. 563. 570.
— siehe auch Notification.
Appellationssumme, deren Berechnung 448.
Arbitri und arbitratores 372.
Argliſt ſ. Dolus.
Arrest kann durch Cautionsleistung beseitigt werden 210.
— Collision des Arrestimpetranten mit einem Cessionar 255.
— behufs Sicherstellung einer nicht fälligen Forderung 442.
Assecuranz ſ. Versicherung.
Aufhebung eines Vertrages wegen dolus 234.
Aufrechnung ſ. Compensation.
Auftrag als Rechtsgrund des Eigenthums an Immobilien 71. 299. 302.
Auftrag siehe Mandat.
Auftragloſe Geſchäftsführung ſ. Negotiorum gestio.
Auslegung von Verträgen 490. 492.
Ausſpruchsgelder der Kinder 41. 44.
Aversionalkauf: Haftung für Quantitätsangaben 485. 488. 489.
Baptiſtenprediger: deren Wechſelfähigkeit 531.
Bauen auf fremdem Grunde 58. 62.
Bauergemeindeglieder, die in den Städten wohnen, deren Wechſelfähigkeit 530.
Bedingung: Beweislast bei der Suspensivbedingung 173. 481.
„Bei Empfang zu bezahlen" 481.
Beilagen eines Briefes, Haftung für deren Inhalt 468.
Beleidigung seitens des Dienstherrn als Grund zur Vertragsaufhebung seitens des Dienstpflichtigen 355.
Benachrichtigung ſ. Anzeige.
Beneficium competentiae des Cribars 264. 271.
— divisionis steht den offenen Handelsgesellschaftern nicht zu 464.
Bereicherung des Erwerbers bei der Paulianiſchen Klage 438. 444.
— im Uebrigen ſ. condictio.
Bergung: Begriff derselben nach russ. Handelsrecht 575 ff.
Beſchädigung ſ. Schadenersatz.
Beſchlag ſ. Arrest.
Beſichtigung des Frachtgutes durch Sachverständige ist keine Pflicht des Ladungsempfängers 560. 564. 565. 569.
Beſitz: Verlust desſelben animo bzw. corpore 579.
— Verlust desſelben durch Gewalt, Spolienklage 47—55.
— redlicher, des Eigenthumsbeklagten 77. 89.
— deſſen Uebertragung bei Bestellung eines Faustpfandes 116.
— deſſen Uebertragung an den Invecten und Illaten ohne Vorwiſſen des Vermiethers 95.
— keine Vermuthung für die Fortdauer des Beſitzes 19.
Beſtimmungsort beim Kaufe im Gegensatz zum Erfüllungsort 482.
Beweis der Zahlungsunfähigkeit 438.
— durch Handelsbücher 454—458.

Beweis ist über Thatsachen, nicht über Schlußfolgerungen aufzulegen 524.
Beweislast über die Fortdauer des Besitzes 19.
— bezüglich der Altersprioritat bei der Collision von Hypotheken 126.
— über die Vertragserfüllung 153. 174
— über die Existenz mündlicher Abreden neben der Vertragsurkunde 154.
— über die Nichtexistenz einer Schuld bei der cautio indiscreta 161.
— bei der Behauptung des Beklagten, als offener Stellvertreter eines Dritten contrahirt zu haben 166. 168.
— bei der Behauptung unter einer Suspensivbedingung contrahirt zu haben 173. 481.
— über den Umfang der dem Kläger obliegenden Leistung bei der exc. non adimpl. contr. 178.
— darüber, ob der Gebrauchswerth des Thieres die Fütterungskosten übersteige 187.
— hinsichtlich des Verschuldens 230. 231. 233. 571. 572. 573.
— über die Echtheit der Cession eines Rectapapieres im Processe zwischen dem Vorzeiger des Papiers und dem früheren Gläubiger, der ein Mortificationsproclam erwirkt hat 245—248. 250.
— bezüglich der Vermögensverbesserung bei der Nachforderung gegen den früheren Cridar 266.
— über die Veranlassung zur Rückgabe des Schuldscheines 276.
— bezüglich der Zahlung, wenn mehrere Forderungen behauptet sind 277.
— über die Existenz der Schuld beim Ableugnen der Zahlung 292.
— über die Dauer eines Miethvertrages 319.
— darüber, ob der Schadenersatzkläger durch die schadenbringende Handlung zugleich einen Vortheil erzielt habe 337.
— über die Bestimmung einer Zeitdauer beim Dienstvertrage 346. 349.
— darüber, daß der Dienstleistende nur „auf Probe" angenommen sei 351.
Beweislast bei der Behauptung, es sei ein geringerer als der geforderte Preis vereinbart 374. 480.
— bei dem Einwande, die geklagten Arbeiten seien zur Herstellung des bedungenen Werthes nothwendig gewesen 375.
— über die Identität des dem Frachtführer übergebenen mit dem von ihm ausgelieferten Frachtgut 390.
— bezüglich der Einnahmen und Ausgaben im Rechnungsprocesse 434
— bezüglich des Verlustes beim Gesellschaftsvertrage 607.
— bei der Behauptung eines Rabatts vom Kaufpreise 480.
— bezüglich der Probemäßigkeit beim Kauf nach Probe 501. 502.
— über die Offenkundigkeit von Mängeln der Waare 503.
— bezüglich der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Waare 501. 505.
— darüber, ob der beim Deckungskaufe gezahlte Preis dem Marktpreise entsprach 521.
— darüber, wieviel der Schiffer, welchem die Fracht nach Gewicht zu zahlen ist, ausgeliefert hat 558.
— hinsichtlich der Entstehung von Mängeln des Frachtgutes 565. 566. 568.
— hinsichtlich des Verschuldens bei der Schiffscollision 570—575.
Billigung der Waare durch den Käufer 497. 501. 504.
— des Transports durch den Abrefaten bzw. Ladungsempfänger 562. 568.
Blancocession: kann von dem zahlenden Schuldner der Obligation nicht verlangt werden 271.
— legitimirt den Inhaber präsumtiv als Gläubiger 253. 254.
— Zahlungspflicht des Schuldners, wenn der Schuldschein in blanco cedirt ist 194.
Blancoindossament eines Wechsels 542.
Blanket: Einrede des Wechselbeklagten, ein Blanket unterschrieben zu haben 534.
— Ausfüllung des von dem Dispacheur behufs Feststellung des Werthes der Ladung dem Empfänger zugestellten Blankets 589.

Bona fides s. Glaube.
Börsennuancen 487. 509.
Brief: nicht unterzeichnete Beilagen desselben 468.
Bürgschaft von Frauenzimmern, exc. SCti. Vellejani 548.
Bucheid ist Ergänzungseid 455.

Causa debendi: Angabe derselben als Erforderniß eines Vertrages 164; eines Schuldscheines 156 ff.
Causalnexus bei dem Schadensersatzanspruch 228. 231. 261. 572. 573.
Cautio indiscreta: Klagbarkeit derselben 156—166.
Caution zur Beseitigung des Retentionsrechts bzw. Arrestes 210. 212. 318. 342.
Cession in blanco 253. 271; Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners 192.
— von Rectapapieren, rechtliche Natur und Wirkung, wenn die Cessionsaufschrift gefälscht ist 227.
— Befreiung des Cedenten von der Haftung für veritas nominis 243.
— Bedeutung der Eintragung der Cession in die Bücher der Kasse, die das Papier ausgegeben hat 249.
— einer Schuldurkunde ist wegen mangelnder Schriftlichkeit nicht unwirksam 251.
— Kenntniß des Schuldners von der Cession 254.
— Collision zwischen dem Arrestimpetranten und dem Cessionar 255.
— der Forderung kann bei der Zahlung nicht erzwungen werden 271. 274.
— der Forderung aus dem Versicherungsvertrage 418.
Cif-Clausel beim Kaufe 483.
Circa bei der Bestimmung des Waarenquantums 486.
Collision der Statuten: Recht des Erfüllungsortes beim Kaufe 512.
— bezüglich der Wechselfähigkeit 530.
— bezüglich der Notificationspflicht des Indossatars 544.
— locus regit actum 544. 545.
Collision der Näherrechte 129.
Collision der Pfandrechte 99—107. 114—127.
— zwischen Arrestimpetranten und Cessionar 255.
— zweier Käufer desselben Immobils 303.
— zwischen Schiffen 570—575.
Commission: Eintritt des Verkaufscommissionärs als Selbstkäufer 521.
— Voraussetzungen des Retentionsrechts am Commissionsgute 523.
— Pfandrecht des Commissionärs 526.
— Befugniß des Verkaufscommissionärs zur Creditgewährung 527.
Commodat: Haftung der Erben des Commodatars für die Rückgabe der Sache 297.
— Erfüllungsort für den Commodatar 298.
Communalverwaltung s. Stadtverwaltung.
Compensation von Gegenforderungen ex eadem causa 279.
— Erforderniß der Liquidität 478.
Competenzeinrede des vormaligen Cridars 266—271.
Concurs: Einfluß auf die Alimentationspflicht gegenüber der Frau 14.
— rechtliche Stellung der Concurscuratoren 126.
— Verpflichtung des Faustpfandgläubigers, wie des Retentionsberechtigten, die Sache behufs ihrer Versteigerung der Concursverwaltung zu übergeben 216–219.
— Retentionsrecht wegen zur Concursmasse nicht angemeldeter Forderungen 219.
— der während des Concurses vom Cridar gemachte Erwerb gehört nicht ohne weiteres zur Concursmasse 263.
— Nachforderungsklage gegen den früheren Cridar 266–271.
— des Miethers, Einfluß auf den Bestand des Miethvertrages 336.
Condictio indebiti: Beweislast bei der cautio indiscreta 161.
— wegen Irrthums bei der Preisberechnung 289.
— gegenüber der Schuldanerkennung 290.
— Verschiebung der Beweislast wegen Ableugnens der Zahlung 292.

Condictio ob causam datorum wegen nicht gezahlter Wechselvaluta 295.
Condictio ob turpem causam wegen Entgegennahme von Geld für das Aufgeben eines Protestes gegen eine Fabrikanlage 293.
— wegen eines über eine Spielschuld ausgestellten Wechsels 406. 408.
Condictio sine causa wegen einer für einen Dritten geleisteten, vom Beklagten aber auf dessen Schuld nicht abgerechneten Zahlung 291.
— deren Anwendungsfälle 295.
— des Wechselschuldners, der ohne es auf den Wechselproceß ankommen zu lassen, gezahlt hat 549.
— des verurtheilten Wechselschuldners 295.
Confessio geminata bei der Darlehnsurkunde 287. 288.
Connexität als Voraussetzung des Retentionsrechts 523—526.
Connossement: dessen Uebergabe als symbolische Tradition 116.
— ist entscheidend für das Rechtsverhältniß zwischen dem Schiffer und Ladungsempfänger 556.
— von einer anderen Person als dem Schiffer gezeichnet 557.
— Bedeutung der Clausel „frei von Bruch" 558; „frei von Beschädigung" 568.
— Bedeutung der Clausel „quality unknown" 566.
Conscientia fraudis s. Paulianische Klage.
Consolidation bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft 595.
Contocorrent: im Gegensatze zur bloßen laufenden Rechnung 473. 475. 476.
— Berufung des Beklagten auf ein bestehendes Contocorrentverhältniß 474. 477.
— Substantiirung der Klage aus einem Contocorrent 473. 475.
Contrahiren in fremdem Namen, Beweislast 166. 168.
Conventionalpön zur Bestärkung eines Verlöbnisses 201.
— ob sie zu zahlen ist, wenn die Erfüllung ohne Verschulden des Debitors unmöglich wird 202—209.
Corroboration: Erforderniß derselben bei Verträgen über Immobilien 147.
— des Erwerbstitels als Erforderniß des Eigenthums an Immobilien 71.
— Anfechtung des Auftrages eines Immobils wegen falscher Angabe des Erwerbsgrundes 301.
— des Eigenthumserwerbes an Schiffen oder Schiffsparten 553.
Creditiren: Befugniß des Verkaufscommissionärs dazu 527.
Culpa in eligendo 229. 233. 359.
— sine effectu 262.
— im Uebrigen s. Verschulden.

Darlehen siehe querela non num. pec.
Datum in einer dispositiven Urkunde 126.
Defecturverfahren bei der Rechnungslegung 434. 436.
Deckungskauf: Beweislast hinsichtlich der Angemessenheit des gezahlten Preises 519.
— Erforderniß der Anzeige an den säumigen Verkäufer 515. 517.
Denuncination der Cession 249. 254. 255.
Deposition der Schuldsumme durch einen concurrirenden Pfandgläubiger 93.
— ist ein Recht, keine Pflicht des Schuldners 193.
Dereliction des Schiffes durch den Schiffer 578.
Destinatär: dessen Verhältniß zum Frachtführer, namentlich beim Widerrufe des Absenders 378.
— seine Verpflichtung zur Zahlung der Nachnahme 383.
— Voraussetzungen seines Anspruchs wegen Beschädigung der Waare 559.
Destinationsort im Gegensatze zum Erfüllungsort 482.
Detention im Gegensatze zum juristischen Besitz 579.
Dienstlohn hat ein Privilegium nur im Concurse 115.
Dienstvertrag oder Sachmiethe? 310. 338.
— kann der Dienstleistende wegen Rücktrittes des Dienstgebers Erfüllung des Vertrages oder nur Schadensersatz fordern? 339. 341.

Dienstvertrag: Haftung des Dienstherrn für die Beschädigung des Dienstleistenden bei der Dienstverrichtung 342. 357—361.
— Kündigungsfrist 343—354.
— Endigung bei bestimmter Dienstzeit 346.
— Beweislast über die Vereinbarung einer bestimmten Dauer 346. 349. 352.
— Beweislast darüber, daß der Dienstleistende „auf Probe" angenommen sei 351.
— Rücktrittsrecht des Dienstherrn 354. 357.
— Rücktritt des Dienstherrn durch concludente Handlungen 355.
— Haftung des Dienstherrn für durch seine Untergebenen zugefügte Beschädigungen gegenüber seinen Dienstleuten 359; gegenüber dritten Personen 228—233.
— zwischen den Directionen der Riga-Dünaburger bzw. Dünaburg-Witebsker Eisenbahn und ihren Beamten 362.
Differenz: Klage auf die Preisdifferenz seitens des Verkäufers ist ohne effectiven Verkauf der Waare unstatthaft 508.
— des Vertragspreises gegen den Marktpreis 480. 510. 511. 520. 604.
— des Vertragspreises gegen den bei der Verkaufsselbsthilfe erzielten Preis 513. 514.
— des Vertragspreises gegen den Anschaffungspreis beim Deckungskaufe 521.
Dispache: ihre rechtliche Natur und Anfechtbarkeit 586 ff.
Dispositionsbefugniß der Frau über das Ehevermögen 16.
— des Kindes über sein Sondergut 44.
— Minderjähriger 78.
Dispositionsstellung einer Waare beim Handelskauf 495. 497. ff. 569.
Dolus: Verzicht auf Ansprüche aus dem Dolus 191.
— replica doli gegenüber dem Retentionsrecht 210. 212.
— actio doli des Obligationsgläubigers wegen Erschleichung eines Mortificationsproclams 251.
Dolus: Vertrag über Beschränkung der Haftung für dolus des Hilfspersonals 388.
— des Versicherten beim Assecuranzvertrage 423.
— des Erwerbers bei der actio Pauliana 436. 440.
Domicil des Schuldners als Erfüllungsort 257. 258. 538.

Ehe zwischen Sectirern (Raskolniken) 13.
— Trennung der Ehegatten 10. 12. 31.
— neue Ehe des geschiedenen Mannes vor Herausgabe des Vermögens an die geschiedene Frau 23.
— Scheidung derselben s. Ehescheidung.
Ehefrau: Sondergut derselben 1. 5. 7.
— deren Alimentationsanspruch gegen den Mann 9—12; insbesondere im Falle des Concurses 14; während des Scheidungsprocesses 17.
— deren Haftung für Schulden des Mannes wegen in rem versio 15—17.
— Anspruch auf Vermögenstheilung nach der Ehescheidung 19 ff.
— Verbindlichkeit derselben zum Ersatze der von dem Manne auf ihre Immobilien gemachten Verwendungen 20 ff.
— kann eine neue Ehe des geschiedenen Mannes wegen ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche nicht hindern 23.
— ihre Befugnisse zur Testamenterrichtung bzw. zur Bestellung von Vormündern für die Kinder 133.
— rechtliche Stellung derselben nach dem Tode des Mannes 130—132. 137.
— Schadenersatzklage wegen Pfändung ihres Sondergutes 189.
— Wechselbürgschaft derselben, exc. SCti. Vellejani 548.
Eheverträge: Erforderniß der Publication 7; speciell bei Verträgen über einzelne bewegliche Sachen 1 ff.
Ehescheidung: Alimentation der Frau während des Scheidungsprocesses 17—19.

Ehescheidung: Klage der Frau auf Vermögenstheilung 19.
— Ersatzanspruch des Mannes wegen Impensen auf die Immobilien der Frau 20 ff.
— Wiederverehelichung des Mannes vor der Vermögenstheilung 23.
— Alimentation und Erziehung der Kinder 34—37.
— vermögensrechtliche Ansprüche der Kinder bei Wiederverehelichung des Vaters nach der Scheidung 40—42.
Eigenthum an einer von einer Privatperson in dem öffentlichen Straßenkörper angelegten Wasserleitung 58. 62.
— an Immobilien wird durch die Eintragung in das Grundbuch bestimmt 71. 299.
— Anfechtung des buchmäßigen Eigenthums wegen falscher Angabe des Erwerbsgrundes 301.
— dessen Erwerb durch Tradition 95. 116. 381. 428.
— dessen Verlust durch Dereliction 578
— an Schiffen oder Schiffsparten erfordert Corroboration des Erwerbstitels 553.
Eigenthumsklage: nominatio auctoris 77.
— Berufung des Beklagten auf gutgläubigen Erwerb 77. 89. 428.
— wegen Herausgabe eines Rectapapiers 89. 246—248.
Einkindschaft kann von den Kindern bei Wiederverehelichung des Vaters nach der Ehescheidung nicht gefordert werden 41.
Einlage des Gesellschafters: ob direct auf ihre Auskehrung geklagt werden kann 605.
Einlösungsrecht im Gegensatze zum Näherrecht 136. 137; insbesondere der „nächsten Erben" des Schuldners bei der Zwangsversteigerung 307.
— die Einlösung durch den Schuldner läßt die Hypotheken bestehen 306
Einrede des nicht erfüllten Vertrages 151. 175—178. 199.
— des Retentionsrechts, replica doli 210. 212.
— aus dem materiellen Schuldverhältniß gegenüber der Klage auf Rechnungslegung 434.
Einrede nach Versäumung derselben als selbständige Klage geltend gemacht 453.
— der mangelnden Rechnungslegung 461.
— Nachklage des verurtheilten Wechselschuldners wegen illiquider Einreden 549.
— siehe auch exceptio.
Eisenbahn: deren Frachtgeschäft 385—395.
— Pensionskasse der Riga-Dünaburger und Dünaburg-Witebsker Eisenbahn 362. 446.
Elterliche Gewalt: deren Aufhebung 26. 42—44.
— Verzicht der unehelichen Mutter darauf 27.
— deren Ausübung bei Collision der Interessen zwischen dem Vater und dem Kinde 32. 38. 40. 593.
Empfang zu unterscheiden von der Uebergabe der Waare 482. 497. 501. 504. 561.
— Zahlung „bei Empfang" 481.
— fingirt wegen Verabsäumung rechtzeitiger Untersuchung bzw. Mängelanzeige 495. 497. 498. 500. 503. 505.
— Clausel „Empfang erklärt" 486.
— des Frachtgutes durch den Adressaten 561.
Empfangsverzug des Käufers, Rechte des Verkäufers 506—512.
Entscheidungsgründe: Rechtskraft derselben 447.
Entschuldbarkeit des Irrthums s. Irrthum.
Entwährung s. Eviction.
Erbabtheilung der Kinder aus dem elterlichen Vermögen 597.
Erben: Einlösungsrecht derselben nach livl. Stadtrecht 307.
— des Commodatars, deren Haftung 297.
— deren Näherrecht an versteigerten Nachlaßimmobilien 135.
— Verhältniß der Interessenten bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft 595.
Erbgut macht bei der Intestaterbfolge keinen Unterschied 597. 598.
Erblosung 129. 135. 308.

Erbtheilung: Bedeutung und Anfechtbarkeit der gerichtlich vollzogenen Erbtheilung 139.
— in Immobilien 136. 137. 595.
— unter den Interessenten bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft 595.
Erfüllung: Klage auf Erfüllung eines formlosen Kaufes über Immobilien 147.
— Zug um Zug beim Kaufe 601.
— Einrede des nicht erfüllten Vertrages 150. 175—178. 199.
— Beweislast bezüglich der Vertragserfüllung bei der Klage auf Schadenersatz 174.
— unverschuldete Unmöglichkeit derselben 202 ff.
— Unmöglichkeit der Erfüllung nach eingetretenem Verzuge 195.
— Ort derselben bei zweiseitigen Verträgen 256; beim Commodat 289; beim Sichtwechsel 540. 541.
— Unterschied zwischen dem Erfüllungs- und Bestimmungsort 482.
— Klage auf Erfüllung seitens des Verkäufers, welcher dem Käufer anzeigte, daß er die Waare bestmöglich verkaufen werde 506; bzw. nach vollzogener Verkaufsselbsthilfe 511. 513. 514.
— Recht des Erfüllungsortes 512. 544.
Ernstlichkeit der Willenserklärung, namentlich der Wette 413.
Ersitzung auf Grund eines mündlichen Kaufes 74.
Erwerb des Eigenthums bzw. Pfandrechts in gutem Glauben 77. 89.
— des Cridars während des Concurses 263.
Erziehung der Kinder 25. 26. 32. 35. 36.
Eviction: Erforderniß der Streitverkündigung 178.
— ist begrifflich ausgeschlossen beim Verkaufe von Rectapapieren 239.
— pactum de non praestanda evictione 243.
Exceptio doli 212. 253.
— excussionis bei der Pfandklage 113.
— non adimpleti contractus 151. 175—178. 199.
— plurium constupratorum 24.
— rei judicatae 448. 451. 453.
Exceptio rei venditae et traditae 76.
— retentionis, replica doli 212—214.
— SCti Vellejani 548.
Executionsverfahren: Schadenersatz wegen unrechtfertiger Pfändung 190.
Executivproceß bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen, exc. non adimpl. contractus 175.

Fabrikanlagen: Einspruchsrecht der Nachbarn 293.
Factura: Auswerfen des bewilligten Rabatts darin 481.
Fälligkeit des nicht in Bausch und Bogen bedungenen Werklohnes 369.
— Vernichtung der Pfandsache vor Fälligkeit der Forderung 107.
— Sicherstellung nicht fälliger Forderungen 442.
Fälschung: Haftung des Cedenten für die Fälschung einer der seinigen vorausgehenden Cession; Beweislast über die Fälschung 244—250.
Faustpfand steht dem Vermiether an den Illaten nicht zu 93. 96. 97.
— genügt dazu die symbolische Tradition der Sache? 116—118.
— Verpflichtung des Faustpfandgläubigers, das Pfand behufs der Versteigerung der Concursverwaltung auszuliefern 216—219.
Fehler s. Mängel.
Fenster an der nachbarlichen Grenze 83.
Finderlohn: dessen Berechnung bei Wechseln, namentlich Blancowechseln 55.
Fixgeschäft beim Handelskaufe 507. 515. 517. 599.
Forderung: Bestimmung des Werthes derselben zur Berechnung des Finderlohnes 55.
— quasi ex contractu und quasi ex delicto 65.
— setzt ein vermögensrechtliches Interesse voraus 405.
— Verkauf einer Forderung 238.
— Sicherstellung der nicht fälligen Forderung 442.
— Anspruch auf Befriedigung der nicht fälligen Forderung aus der

Versicherungssumme für die untergegangene Pfandsache 107.
Forderung: Verität derselben 238. ff.
Form: der Eheverträge 1. 3. 7.
— eines Rechtsgeschäfts, locus regit actum 544. 545.
— der Veräußerung von Schiffen oder Schiffsparten 553.
— bei Verträgen über Immobilien 74. 147. ff.
Fortgesetzte Gütergemeinschaft 130—132. 137. 595—598.
Forum contractus 256. 298.
Frachtvertrag zu Lande: Contreordre des Absenders, Bedeutung des Ladescheines im Gegensatze zum Frachtbrief 378.
— Verpflichtung des Adressaten zur Bezahlung der Nachnahme 383.
— Zustellung des Gutes seitens der Eisenbahnverwaltung durch den Rollfuhrmann 386.
— Bedeutung der „Versicherung" der Waare bei der Bahnverwaltung 385. 390.
— Haftung der Bahnverwaltung für unversichertes Frachtgut 388.
— Beweislast über die Identität des dem Frachtführer übergebenen Frachtgutes mit dem von ihm ausgelieferten 390.
— mit welchem Zeitpunkt erlischt die Haftung der Bahnverwaltung für Beschädigung des Frachtgutes? 392
— Anspruch des Empfängers wegen Beschädigung des Frachtgutes, Art. 4265 das Privatrechts 559.
Frachtvertrag zur See: Anfechtung eines nicht vom Schiffer selbst gezeichneten Connossements nach Auslieferung der Ladung 555.
— Berechnung der nach Gewicht vereinbarten Fracht bei vorhandenem Gewichtsmanco 558.
— Bedeutung der Clauseln „frei von Bruch" 558; „frei von Beschädigung" 568; „quality unknown" 566.
— Begründung und Erlöschen des Anspruchs wegen Beschädigung des Frachtgutes 559 ff.
— Erforderniß der sofortigen Besichtigung des Gutes durch Sachverständige für den Empfänger 560. 564. 565. 569.
Frachtvertrag zur See: Erforderniß der ungesäumten Mängelanzeige 564. 570.
— Beweislast hinsichtlich der Entstehung von Mängeln bzw. Beschädigungen des Frachtgutes 565. 566. 568.
— Klage des Rhebers auf Zahlung des Havariebeitrages, Einwand des Ladungsempfängers, daß Kläger die Havarie verschuldet habe 584.
Früchte der redhibirten Sache 186.
Fütterungskosten beim Kauf 186.
Gattungskauf: theilweise Redhibition der Waare 183.
— Uebergang der Gefahr durch Ausscheiden der Waare 483.
— Preisminderungsanspruch dabei 188. 495. 505. 569.
Gebäude: Wasserleitung als Pertinenz des Gebäudes 58. 64.
Gefahr: Uebergang der Gefahr wegen Verzuges beim Kaufe 195.
— beim Verdingsvertrage 375.
— beim Frachtvertrage, speciell während der Lagerung des Frachtgutes auf dem Bahnhofe 392.
— bei dem Genuskaufe 483; beim Speciescaufe nach Gewicht 490. 494.
Gegenforderungs. Compensation.
Geisteskrankheit: Anfechtung eines gerichtlichen Testaments wegen solcher 143.
— des Mandanten hebt die Vollmacht nicht auf 430.
Geistliche der Baptistengemeinden 531.
Gericht: dessen Mitwirkung beim Abschlusse von Rechtsgeschäften 140. 141.
— dessen Competenz zur Entscheidung von Klagen gegen Beschlüsse der Generalversammlung eines Vereins 397 ff.
— nemo judex in propria causa 362.
Gesammtschuld ohne solidarische Berechtigung bei einem zweiseitigen Vertrage 195.
— der offenen Handelsgesellschafter 464.
Geschäftsführung ohne Auftrag s. negotiorum gestio.

Gesellschafter haben im Zweifel gleiche Gewinnantheile 197. 396.
— Klage eines Gesellschafters auf das Ganze 195. 395.
— deren Klagerecht gegen Beschlüsse der Generalversammlung 397 ff.
— kann ein Gesellschafter auf Auskehrung seiner Einlage oder nur auf Zahlung seines Antheils klagen? 605.
Gesetz: Widerspruch zwischen Text und Quelle 185.
Gesindevertrag: Umfang der von einem Dienstmädchen zu leistenden Dienste und Schadensersatzpflicht des vertragsbrüchigen Dienstboten 365.
Geständniß: außergerichtliches, dessen Anfechtbarkeit 590. 591.
Gewalt s. elterliche Gewalt.
Gewerbeunternehmer: dessen Haftung für das Verschulden seiner Dienstleute gegenüber Dritten 231; gegenüber den eigenen Arbeitern 357—361.
Gewicht: Kauf nach Gewicht 488.
— Berechnung der Schiffsfracht nach Gewicht, Gewichtsmanco 558.
Gewinn: Beweislast darüber, daß der Schadensersatz Fordernde zugleich einen Gewinn gemacht habe 337.
Giro s. Indossament.
Glaube: böser bei der Eintragung von Rechten in das Grundbuch 73. 74.
— guter bei der Eigenthumsklage 78.
— guter des Erwerbers, als Grund der Erlöschung des Pfandrechts 85. 97.
— Zahlung in gutem Glauben an eine zum Empfang nicht berechtigte Person 258.
Grenze: Klage auf Berichtigung verwirrter Grenzen 82.
— Fenster an der Nachbargrenze 82.
— Beschaffenheit von Grenzzäunen 83.
Große Havarie: Begriff 585.
— Klage auf Zahlung des durch Dispache festgestellten Beitrages 584. 588.
Grund: Bauen auf fremdem Grunde 58. 62.
Grundbücher sind maßgebend für das Eigenthum an Immobilien 71. 299.
Güterabtretung s. beneficium competentiae.
Gütergemeinschaft nach livl. Stadtrecht bewirkt kein Miteigenthum 21.
— deren Ausschließung durch Vertrag 4. 8.
— Testirfähigkeit der Ehefrau und Befugniß derselben zur Ernennung von Vormündern 133.
— fortgesetzte 130—132. 137. 595—597.

Handelsbücher: Erfordernisse des Bucheintrages 455. 457. 458.
— Beweiskraft gegen Dritte 455; gegen Nichtkaufleute 454.
— Einfluß der Unglaubwürdigkeit des Buchführers auf die Beweiskraft 456.
— Bedeutung des Bucheides 455.
Handelsgeschäft: Uebernahme desselben mit den Activen und Passiven, Haftung gegenüber den Gläubigern 463.
— im subjectiven Sinne 472.
Handelsgesellschaft: Haftung des ausgetretenen Gesellschafters 464.
— solidarische Haftung der Gesellschafter ohne Rechtswohlthat der Theilung 464.
— siehe auch Gesellschaft.
Handelskauf: Begriff 478.
— im Uebrigen s. Kaufvertrag.
Handelsrecht: dessen Anwendung neben den Bestimmungen des III. Thls. des Prov.-Rechts 466. 467. 470. 483. 497. 498. 511. 563.
Handgeld: dessen Bedeutung für die Vertragsperfection 197. 494.
— Begründung der Contractsklage auf das doppelte Handgeld 198.
— dessen Rückgabe bei freiwilligem Rücktritte der Contrahenten 200.
Handlungscommis: stillschweigende Bevollmächtigung desselben 458.
— Dienstvertrag derselben 346. ff. 461.
„Hand muß Hand wahren" 77—80. 89. 94. 97. 105. 248. 428

Hauptmängel beim Pferdehandel 184.
Havarie, große: Begriff derselben 585.
— Klage auf Zahlung des Havariebeitrages 584. 588 ff.
— Einwand des beklagten Ladungsempfängers, daß der Schiffer die Havarie verschuldet habe 584.
Hilfeleistung in Seenoth im Gegensatze zur Bergung 578. 582.
— Maßstab für die Feststellung des Hilfslohnes 582. 583.
Hinterlegung s. Depositon.
Hypothek an einer Sachengesammtheit 85.
— im Gegensatze zum Faustpfande 93.
— Uebergang derselben auf die Versicherungssumme der untergegangenen Sache 105. 118.
— Berücksichtigung öffentlicher Hypotheken von Amtswegen 120.
— öffentliche Hypotheken werden durch Veräußerung der Sache nicht berührt 105.
— wird bei Einlösung des versteigerten Immobils durch den Schuldner nicht getilgt 306.

Jahresgehalt beim Dienstvertrage 344. 345.
Ideeller Antheil des überlebenden Parens an dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögen 595.
Immobilien der Frau; Ersatzanspruch des Mannes wegen Impensen 20.
— die sich in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befinden 595 ff.
— Wasserleitung als Pertinenz eines Immobils 58. 63. 64.
— Eintragung eines Verbotes zwischen dem Verkaufe und der Umschreibung im Grundbuch 71.
— Ersitzung derselben auf Grund mündlichen Kaufes 74.
— öffentliche Hypothek an Immobilien 105. 118. 120.
— als Gegenstand eines mündlichen bzw. formlosen Kaufes 147.
— Verkauf eines Immobils, das im Eigenthum eines Dritten steht 299.
Immobilien: zweifacher Verkauf desselben Immobils, Vorzugsrecht zum Besitze 303.
— Anfechtung des Bucheigenthums 301.
— Tausch von Immobilien 306.
— Einlösungsrecht an versteigerten Immobilien 306.
Impensen s. Verwendungen.
Incassomandat 610.
Indossament: Giltigkeit des Blancoindossaments 542.
— Erforderniß der Valutaclausel 543.
— Begründung der Regreßklage des Indossanten 543.
— nach welchem Rechte die Notificationspflicht zu beurtheilen ist 544.
— nach Präjudicirung des Wechsels sind die Indossanten nicht mehr verhaftet 547.
Inhaber im Gegensatze zum juristischen Besitzer 579.
Inhaberpapier: Mortification derselben, namentlich der dazu gehörigen Zinscoupons und Talons 169—173.
Injurien des Dienstherrn gegen den Dienstleistenden 355.
Insolvenz des Schuldners, ob sie die Verpflichtung desselben aufhebt 208.
Interesse: Begriff des negativen Vertragsinteresse 234.
— Klage auf das Interesse, Beweislast über die Vertragserfüllung 174.
— Handlung ohne rechtliches Interesse für den Handelnden 210.
— Klage auf das Interesse wegen Unechtheit eines verkauften Rectapapiers 238—240.
— tritt an die Stelle der Erfüllung 282.
— vermögensrechtliches Interesse als Voraussetzung des Klageanspruchs 405.
— Ersatz des Interesse als Verwarnung bei Verurtheilung zu einer positiven Handlung 150. 445. 446.
Interpellation: Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit 144.
Interpretation von Verträgen 490. 492.

Intervention im Executionsverfahren, Ersatzanspruch des obsiegenden Intervenienten gegen den Executionsimpetranten 189—191.
Intestaterbfolge nach livl. Stadtrecht findet ohne Unterschied zwischen Erbgut und wohlerworbenem Vermögen statt 597.
— in den Antheil des überlebenden Parens an dem zur fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Vermögen 595.
Invecten und Illaten: das Pfandrecht daran kann auch wegen des noch nicht fälligen Miethzinses geltend gemacht werden 90.
— das Pfandrecht des Vermiethers ist kein Faustpfand 93.
— inwieweit das Pfandrecht daran durch Veräußerung erlischt 94 ff.
Irrthum über die Person des Verkäufers 145.
— entschuldbarer Rechtsirrthum 193.
— bei der Preisberechnung, condictio indebiti 289.
— entschuldbarer factischer Irrthum 90. 421. 469.
Jus tollendi bei Verwendungen auf die Miethsache 313—316.

Kauf: Gegensatz zum Tausch 304; zum Verdingungsvertrage 368.
— mündlicher, über Immobilien als Ersitzungstitel 74.
— über ein Immobil, Wirkung eines später eingetragenen Verbotes 71.
— einer verbrieften Forderung 238.
— Irrthum über die Person des Verkäufers 145.
— Klage aus einem mündlichen bzw. formlosen Kauf über Immobilien 147—153.
— was gehört zur Kenntniß des „Mangels" auf Seiten des Käufers 182.
— Bedeutung einer vom Verkäufer geleisteten „Garantie" 183.
— theilweise Redhibition 183.
— vom Verkäufer zu vertretende Mängel beim Pferdehandel 184.
— Anspruch des Verkäufers auf die Früchte der Sache bei deren Redhibition 186.
— Wandelungsklage auf Schadensersatz gerichtet 187.
Kauf: rechtliche Natur des Preisminderungs-Anspruchs 188.
— über ein Immobil, das im Eigenthum eines Dritten steht 299.
— Verkauf desselben Immobils an zwei verschiedene Käufer 301.
— doppelseitiger Kauf über Immobilien oder Tausch? 304.
— dessen Anfechtung mit dem Paulianischen Rechtsmittel 436. 438.
— Zahlung des Kaufpreises an den Agenten des Verkäufers 460.
— Begriff des Handelskaufes 478.
— Beweislast bei der Behauptung, daß ein Rabatt vom Kaufpreise gewährt sei 480.
— mit der Clausel „Zahlung per Bank" 602. 603.
— mit der Clausel „bei Empfang zu bezahlen" 481.
— Erfüllung Zug um Zug 601.
— Uebergang der Gefahr beim Genuskauf 483.
— Bedeutung der Clausel „cif" 483.
— Bezeichnung des Waarenquantums mit „circa" 486.
— mit der Clausel „wie besehen" 485.
— in Bausch und Bogen, Haftung des Verkäufers für Quantitätsangaben 485. 488. 489.
— nach Gewicht oder in Bausch und Bogen? Uebergang der Gefahr 488.
— Anspruch auf Preisminderung beim Genuskauf 188. 495. 569.
— Beweislast über die vertragsmäßige Beschaffenheit der Waare 501. 505.
— Geltendmachung der Mängel beim Distancekauf 495. 497. 498; beim Platzgeschäft 500. 503—505.
— Erfordernisse der Mängelanzeige 495. 498.
— nach Probe, Beweislast bezüglich der Probemäßigkeit 501. 502.
— alternative Befugnisse des Verkäufers beim Empfangsverzuge des Käufers 506—512; speciell Wahlrecht 507.
— der Verkäufer darf nur zum Selbsthilfeverkauf schreiten, aber nicht ohne diesen die Preisdifferenz beanspruchen 508. 512.
— Wesen und Wirkungen der Verkaufsselbsthilfe 511. 513. 514.

Kauf: alternative Befugnisse des Käufers beim Lieferungsverzuge des Verkäufers 515—520. 604; Unterschied zwischen Fixgeschäften und Nichtfixgeschäften 507. 515. 517. 599.
— Erforderniß der Anzeige der getroffenen Wahl an den säumigen Contrahenten 515—519. 600.
— Deckungskauf. Beweislast über die Angemessenheit des gezahlten Preises 520.
— Verkauf von Schiffen oder Schiffsparten 533.
Kinder: Anerkennung der unehelichen Vaterschaft 24.
— Klage der Mutter gegen den unehelichen Vater auf Herausgabe des Kindes 25.
— Folgen der elterlichen Gewalt 26. 27.
— Alimentation unehelicher Kinder 25. 28.
— Alimentation ehelicher Kinder 30, 31—37. 594.
— Ersatzanspruch gegen die Eltern wegen des für das Kind von einem Dritten gemachten Aufwandes 30.
— Erziehung der Kinder fällt nicht zusammen mit der Alimentation 25. 26. 32. 35. 36.
— Vertretung des minderjährigen Kindes durch die Mutter in Vermögensstreitigkeiten zwischen jenem und dem Vater 37 (vgl. 29). 593.
— Ansprüche des Kindes gegen den nach der Scheidung zu einer neuen Ehe schreitenden Vater 40—42.
— Verwaltungsrecht des großjährigen Kindes an seinem Sondergute 44.
— deren Stellung in der fortgesetzten Gütergemeinschaft 131. 132.
— deren Erbfolge in den dem überlebenden Parens zuständigen Antheil an dem zur fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Vermögen 595.
— deren Absonderung aus dem elterlichen Vermögen 41. 597.
Klage der geschiedenen Frau auf Vermögenstheilung 19. 22.
— des geschiedenen Mannes wegen der von ihm auf die Immobilien der Frau gemachte Verwendungen 20. 22.
Klage der unehelichen Mutter auf Alimentation des Kindes 28.
— auf Erfüllung eines mündlichen bzw. formlosen Kaufes über Immobilien findet nicht statt 147.
— auf Vollziehung eines mündlichen Kaufes erfordert Vorlage des Contractsentwurfes 149.
— auf Regulirung des Besitztitels des Verkäufers 299.
— auf Vertragsvollziehung, exc. non adimpl. contr. 150.
— auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses 149.
— aus dem Anerkennungsvertrage 155; vgl. 588. 589.
— aus einem schriftlichen Zahlungsversprechen 156.
— aus einem präjudicirten Wechsel 297. 546.
— aus einer cautio indiscreta 159.
— auf Schadensersatz wegen nicht erfüllten Vertrages 174. 281. 378.
— Nachforderung in der Klage nicht geforderter Proceßzinsen oder Proceßkosten 223. 227.
— Nativität derselben bei Forderungsrechten 283. 284.
— des beschädigten Arbeiters gegen den Gewerbeunternehmer auf Schadensersatz 358.
— auf einen angemessenen Preis, Einwand, daß ein geringerer Preis vereinbart sei 373.
— auf den vollen Werklohn im Falle des Art. 4247 des Privatrechts 377.
— der Vereinsglieder gegen Beschlüsse des Vorstandes oder der General-Versammlung 397 ff.
— vermögensrechtliches Interesse als Voraussetzung der Klage 405.
— gegen die einzelnen Gesellschafter bei der Handelsgesellschaft 464.
— aus einem Contocorrent, deren Substantiirung 472. 475.
— des Verkäufers, der im Wege der Selbsthilfe verkauft hat, auf Schadensersatz oder auf Erfüllung? 507. 511. 513. 514.
— auf Zahlung eines Havariebeitrages 584. 588 ff.
— aus einem zerrissenen Wechsel 536.

Klagenverjährung s. Verjährung.
Kosten: Nachforderung von Proceßkosten 227.
— der großen Havarie 585.
Kündigung eines Vertrages, betreffend Vermiethung einer Wohnung nebst Bedienung und Beköstigung 310.
— stillschweigende durch Fortziehen des Miethers 319. 322.
— auf eine kürzere als die gesetzliche Frist 321. 338.
— rechtliche Wirkungen einer unrechtfertigen Kündigung 339.
— Frist dafür beim Dienstvertrage 343—354.
— beim Mandat 430.
— Verlust des Kündigungsrechts durch Fortsetzen des Verhältnisses trotz des Kündigungsgrundes 470.

Ladeschein im Gegensatze zum Frachtbrief 380. 381.
Ladungsempfänger s. Frachtvertrag.
Laudatio auctoris 77.
Laufende Rechnung im Gegensatze zum eigentlichen Contocorrentverhältniß 473. 475—478.
Lehrvertrag zwischen einer Schneiderin und ihren Lehrlingen 364.
Leihvertrag: Haftung der Erben des Leihers für die Rückgabe der Sache 297.
— Erfüllungsort für den Commodatar 298.
Leinpfad, wozu er benutzt werden darf 84.
Lieferungsverzug: alternative Befugnisse des Käufers 515—520 604.
Liquidität der Repliken im Executivprocesse 176.
— der Compensationseinrede ex eadem causa 279. 478.
— der Einreden im Wechselprocesse 549.
— der Forderung wird zum Retentionsrechte nicht gefordert 318. 342.
Litisdenunciation kann außergerichtlich erfolgen 178.
— im Evictionsprocesse, Erforderniß der Rechtzeitigkeit 240.
Locatio conductio: rerum s. Miethvertrag.
— operarum s. Dienstvertrag.
— operis s. Verdingungsvertrag.
Locus regit actum 544. 545.
Lohn der Dienstboten im Concurse 115.
— s. auch Dienstvertrag.
Lucrum cessans s. Gewinn.

Mandat: Verhältniß des Mandanten zu Dritten, namentlich bei Veräußerungen seitens des Mandatars 427.
— Kündigung seitens des Mandatars 430.
— Geisteskrankheit des Mandanten hebt die Vollmacht nicht auf 430.
— Widerruf des Mandanten 610.
Mahnung: deren Erfordernisse 144.
Mängel der Leistung beim Verdingungsvertrage 177.
— der verkauften Sache 182 ff. 495 ff.
— welche zur Wandelung des Pferdehandels berechtigen 184.
— der vermietheten Sache 329. 330. 335.
— Erfordernisse der Mängelanzeige beim Handelskauf 495. 498.
— des Gutes beim Frachtvertrage, deren Geltendmachung 560 ff.
— der Wechselurkunde schließen den Wechselproceß aus 537.
Marktpreis: Begriff und Anwendbarkeit auf den Preis eines bestimmten Fabrikats 479.
— bei der Berechnung des Schadensersatzes wegen Verzuges 511. 520. 604.
Miethvertrag: Pfandrecht des Vermiethers an den Illaten 90—98. 320.
— unter einer Conventionalpön, Insolvenz des Miethers 208. 209.
— über eine Wohnung, verbunden mit Bedienung und Beköstigung 310.
— Ansprüche des Miethers wegen der Verwendungen auf die Miethsache 311.
— Einwand des Miethers gegen die Miethforderung, der Vermiether habe die Sache selbst genutzt 316.
— Retentionsrecht des Miethers wegen der Verwendungen 318.

Miethvertrag: Beweislast über die Dauer des Miethvertrages 319.
— stillschweigende Kündigung des Miethers durch Ausziehen 319 ff.
— Verpflichtung des ausziehenden Miethers zur Rückgabe der Schlüssel 323.
— Rücktritt des Vermiethers wegen unterlassener Miethzahlung 323.
— Rücktritt des Vermiethers wegen nothwendigen eigenen Gebrauches der Sache 326.
— Rücktritt des Miethers, weil der Vermiether im selben Hause öffentliche Dirnen beherbergt 328.
— Rücktritt des Miethers wegen Unerheizbarkeit der Wohnung 330.
— Befugniß des Miethers, wegen eines vom Vermiether vorgenommenen Baues Schadenersatz zu fordern bzw. vom Vertrage abzugehen 331.
— Rücktrittsrecht des Miethers wegen ungesunder Beschaffenheit des Miethlocales 334.
— Anspruch des vorzeitig verdrängten Miethers auf Schadenersatz 336.
— Aufhebung des Miethvertrages wegen Concurses des Miethers 337.
Minderjährige: Veräußerungen derselben 78.
Minderungsklage beim Kaufe 188. 495. 505. 569.
Miteigenthum: Theilungsklage gerichtet auf Realtheilung der Mietheinkünfte 80.
— wird durch die stadtrechtliche Gütergemeinschaft nicht bewirkt 21.
— Näherrecht des Miteigenthümers 129. 137.
— an Schiffen 554.
Miterben, Rechtsverhältniß derselben, namentlich ihr Näherrecht an Nachlaßimmobilien 135 ff.
— Theilung unter ihnen 136. 141. 595.
— ihre Haftung für Wechselschulden des Erblassers 132.
Moniturverfahren bei der Rechnungslegung 435.
Mora s. Verzug.
Morgengabe nach provinziellem Recht 5. 6.
Mortification von Zinscoupons und Talons 169.
Mortification: inwiefern kann sich der Cedent gegenüber dem Cessionar darauf berufen, daß letzterer sich während des von einem Dritten erwirkten Mortificationsproclams nicht gemeldet habe? 244 ff.
— actio doli wegen Erschleichung eines Mortificationsproclams 251.
Mündlicher Kauf als Ersitzungstitel 74.
— Kauf über Immobilien 74. 147; über Schiffe 553.
— Abreden neben der Vertragsurkunde 153.
— Anerkennungsvertrag 155.
— Cession einer Schuldurkunde 251.
Mutter: Vertretung des Kindes durch die Mutter 28. 39. 40. 592.
— elterliche Gewalt von der Mutter ausgeübt 32. 38. 40. 593.
— Aufhebung ihrer elterlichen Gewalt 26. 42—44.
— Erziehung der Kinder bei der Mutter 32.

Nachforderung der Concursgläubiger gegen den früheren Cridar 266 ff.
Nachklage des im Wechselprocesse verurtheilten Schuldners 295; vgl. 549.
Nachnahme muß vom Adressaten, der das Frachtgut ohne Vorbehalt angenommen hat, bezahlt werden 383.
— Sendung der Waare unter Nachnahme, Erfüllungsort 484.
Näherrecht fällt weg, wenn nach der Bewahrung, aber vor der Ausübung der Verkauf rückgängig wird 127.
— des Miteigenthümers findet anderen Miteigenthümern gegenüber nicht statt 129.
— kann auch durch Einrede geltend gemacht werden 129.
— der Erben im Falle des Art. 2703 des Privatrechts 135.
— oder Einlösungsrecht der „nächsten Erben" des Schuldners 307.
Namenpapiere s. Rectapapiere.
Nativität der Klage auf Schadenersatz wegen nichterfüllten Verdingungsvertrages 281 ff.
Negatives Vertragsinteresse 234.

Negotiorum gestio durch Zahlung einer fremden Schuld 31. 292. 432.
— des Mannes durch Impenſen auf das Frauengut 23.
— der Bahnverwaltung durch Zuſtellung des Frachtgutes an den Adreſſaten 387.
— des Schiffers im Verhältniſſe zum Rheder 552.
Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet 105.
Nichtſchuld ſ. condictio.
Nominatio auctoris 77.
Notification der Ceſſion an den Schuldner 255. 249.
— des Wechſelproteſtes an die Indoſſanten 544.
Novation: Fortbeſtand des für die alte Schuld beſtellten Pfandrechts 101. 102.
— als Mittel der Schuldübernahme 101; vgl. 113. 114. 465. 466.
— liegt eine ſolche in der Verſchreibung der Ceſſion eines Rectapapiers bei der dasſelbe ausgebenden Kaſſe? 249.
— liegt nicht in der Annahme eines Wechſels in Zahlung 279.
— einer Spielſchuld 407.

Oblation der Leiſtung beim Kaufe 601.
Offenbare Mängel der Waare 503. 504.
Offene Handelsgeſellſchaft ſ. Handelsgeſellſchaft.
Offene Stellvertretung ſ. Stellvertretung.
Oeffentliche Bekanntmachung der Uebernahme der Paſſiva 463.
Oeffentliche Hypothek ſ. Hypothek.
Offerte zum Vertragsſchluſſe, deren Widerruf 609.
Ort der Erfüllung bei zweiſeitigen Verträgen 256; beim Commodat 298.
— Unterſchied zwiſchen Erfüllungs- und Beſtimmungsort 482.
— Platz- und Diſtancegeſchäft beim Handelskauf 495 ff. 500 ff.
Ort: Recht des Erfüllungsortes bei Beurtheilung des Vertrages 512. 544.
— locus regit actum 544. 545.

Pachtvertrag über öffentliche Gefälle; wie kann der Pächter den Zahlungsverzug purgiren? 323.
Parteianträge: deren rechtliche Beurtheilung 241.
— deren thatſächliche Begründung 474. 262.
Paſſiva: deren Uebernahme bei Erwerbung eines Handelsgeſchäfts 463.
Paternität ſ. Vater.
Pauliniſche Klage zur Anfechtung eines Ehevertrages 7.
— Erforderniß der Verminderung des Vermögens 103. 436.
— zur Anfechtung eines Kaufes 436. 438.
— Erforderniß der conscientia fraudis 437. 438.
— wegen einer von dem inſolventen Schuldner geleiſteten Zahlung 439.
— wegen einer Pfandbeſtellung, die auf Drängen des Gläubigers erfolgte 443.
Penſionskaſſe der Riga-Dünaburger und Dünaburg-Witebsker Eiſenbahn 362. 446.
Perfection des Vertrages 41. 197. 590. 609.
Pertinenzen: Röhren und Lampen der Gasleitung als Pertinenz des Hauſes 45.
— eine Waſſerleitung als Pertinenz eines Immobils 58. 63. 64.
— der Talon als Pertinenz des Inhaberpapiers 172.
Pfandrecht an einem Waarenlager, inwiefern es durch Veräußerung desſelben erliſcht 85. 103. 104.
— an einem dem Verpfänder nicht gehörigen Immobil 151.
— erfordert keine ausdrückliche Willenserklärung des Beſtellers 88.
— deſſen gutgläubiger Erwerb an Rectapapieren 89.
— deſſen Verluſt durch gutgläubigen Eigenthumserwerb 85. 94. 96. 103.
— des Vermiethers an den Invecten und Illaten 90—98.

Pfandrecht: dessen Fortbestand im Falle der Schuldübernahme 99; im Falle der Novation 102.
— stillschweigender Verzicht auf dasselbe durch Geschehenlassen der Veräußerung der Pfandsache 104.
— Uebergang desselben auf die Versicherungssumme bei Untergang der Pfandsache 105—110. 118—120.
— kann der Pfandgläubiger nach Untergang der Pfandsache Befriedigung aus der Versicherungssumme fordern, auch wenn seine Forderung noch nicht fällig ist? 107.
— Erlöschen des Pfandrechts durch Besitzverlust 98. 526.
— Anzeige des beabsichtigten Pfandverkaufes 111. 591.
— Voraussetzungen der Pfandklage gegen den dritten Besitzer der Pfandsache 111 ff.
— Befugniß des vorgehenden Pfandgläubigers, den Verkauf der verpfändeten Sache zu hindern 114.
— wird ein Faustpfand durch symbolische Tradition begründet? 116.
— öffentliche Hypotheken sind auch bei Vertheilung der Versicherungssumme von Amtswegen zu berücksichtigen 120.
— Einfluß des Abbrennens eines Hauses auf die ingrossirten Hypotheken 118.
— an Mobilien wegen versio in rem 121 ff.
— Beweislast bezüglich der Alterspriorität bei der Collision von Pfandrechten 125.
— Versteigerung des Faustpfandes durch die Concursverwaltung 216 ff.
— an einer von dem Verpfänder ausgestellten und in blanco cedirten Obligation 253.
— erlischt nicht, wenn das versteigerte Immobil vom Schuldner eingelöst wird 306.
— dessen Anfechtung mit der Paulianischen Klage 443.
— der Gläubiger hat kein Recht auf Pfandbestellung für seine gefährdete Forderung 442.
— des Commissionärs am Commissionsgute 526.

Pferdehandel: Hauptmängel 184
— im Uebrigen s. Wandelungsklage.
Platzgeschäft beim Handelskauf 500. 503—505.
Pönalvertrag: dessen rechtliche Natur 202 ff.
— neben einem Verlöbnisse 201.
Präjudicirung des Wechsels 297. 450. 540. 546.
Präsentation des Sichtwechsels 540. 541.
Präsumtion für die Fortdauer des Besitzes besteht nicht 19.
— für vollständige Wiedergabe des Vertrages in der Vertragsurkunde 154.
— dafür, daß der Gebrauch eines Thieres dessen Unterhaltung aufwiegt 186.
— gegen die Sondergutseigenschaft 189.
— für die Echtheit einer Cessionsaufschrift besteht nicht 250.
— für die Gläubigerqualität des Blancocessionars 254.
— für Tilgung der Schuld wegen Rückgabe des Schuldscheins, aber nicht umgekehrt 276. 277.
— für die Ernstlichkeit einer Willenserklärung 413.
— für die Genehmigung der vorbehaltlos angenommenen und bezahlten Waare 500. 505.
— für den guten Zustand des vom Schiffer empfangenen Gutes 566.
— für die Billigung des Transports wegen unterlassener Besichtigung des Frachtgutes oder Mängelanzeige 560 ff.
— für das Verschulden des ansegelnden Schiffes 571. 572. 574. 575.
— für die Richtigkeit des durch die Dispache festgestellten Havariebeitrages 588. 591.
Preis: Anspruch auf Preisminderung 188; beim Genuskauf 495. 505. 569.
— Irrthum bei der Preisberechnung, Anfechtung der Zahlung deswegen 289. 550.
— als Kriterium des Kaufes 304.
— Feststellung des nicht vereinbarten Preises für Handwerksarbeiten 371. 550.

Preis: Beweislast bei der Behauptung, daß ein niederer, als der geforderte Preis vereinbart sei 373.
— Begriff des Marktpreises 480.
— dessen Bestimmung nach Gewicht oder in Bausch und Bogen? 488.
— Preisdifferenz als Schadensersatz beim Handelskaufe 480. 510. 520. 604.
— kann vom Verkäufer ohne effectiven Verkauf der Waare nicht gefordert werden 508. 512.
— bei der Verkaufsselbsthilfe 513. 514.
— Beweislast darüber, ob der beim Deckungskaufe gezahlte Preis dem Marktpreise entspreche 520. 521.
Privilegium des Dienstlohnes gilt nur im Concurse 115.
— des Pfandrechts wegen in rem versio an Mobilien 121.
Probe: Beweislast über Annahme des Dienstleistenden „auf Probe" 351.
— Kauf nach Probe, Beweislast bezüglich der Probemäßigkeit 501.
Proceßkosten sind nur auf Antrag zuzusprechen, der aber bis zum Schlusse der Sache gestellt werden kann 227.
Proceßzinsen sind unabhängig vom Verzuge und können bis zum Schlusse der Sache nachgefordert werden 221—228.
Proclam zur Mortification von Schuldurkunden 169. 244. 251.
Protest s. Wechselprotest.
Pseudostellvertreter: dessen Haftung 169.
Publication der Eheverträge 1. ff. 7.
Pupillen s. Minderjährige.
Purgation des Verzuges: beim Pachtvertrage über öffentliche Gefälle 323.
— beim Handelskaufe 516. 600.

„Qualität unbekannt" als Connossementsclausel 566.
Quasicontract und Quasidelict 65.
Quellen des Gesetzes, die dem Texte widersprechen 185.
Querela non num. pec. wenn die Urkunde die Auszahlung des Darlehens „vor einigen Tagen" bescheinigt 287.
Querela gegenüber ingrossirten Obligationen 288.
— gegenüber einer Wechselurkunde 296
Quittung bei der Zahlung 271. 274.
— über drei Terminzahlungen 275.

Rabatt: ist die Berufung auf die Gewährung eines Rabatts eine Einrede? 480.
Ratihabition: wiederholte Ratihabition von Geschäften gilt als stillschweigende Bevollmächtigung des Geschäftsführers 458.
Realoblation als Voraussetzung des Empfangsverzuges 601. 602.
Rechnungslegung: Wesen derselben und Verfahren dabei 433, 606.
— Einrede der mangelnden Rechnungslegung gegenüber der Klage auf Lohnzahlung 461.
Rechtliche Beurtheilung des Parteivorbringens 241.
Rechtskraft tritt bei Verfügungen in Sachen der unstreitigen Gerichtsbarkeit nicht ein 140. 142.
— der Entscheidungsgründe 447.
— der Verurtheilung auf die Klage aus dem Anerkennungsvertrage gegenüber Ansprüchen aus dem materiellen Schuldverhältnisse 449.
— des Urtheils gegenüber versäumten Einreden 453.
Rechtsmittel: Berechnung der Appellationssumme, wenn nur auf einen Theil geklagt, aber über das ganze Rechtsverhältniß entschieden ist 448.
— s. auch querela non num. pec.
Rechtswohlthat s. beneficium.
Rectapapiere: Vindication derselben 89. 246—248.
— Pfandrecht an solchen 89. 253.
— Berechnung des Finderlohnes im Falle des Verlustes 55.
— deren rechtliche Natur 239. ff. 258.
— Beweis über die Echtheit der Cessionsaufschriften 250.
— Cession derselben 237. ff. 252.
Redhibition beim Kaufe 182—188. 499.
Regreß des Käufers wegen Eviction 178. 238. 240. 243.

Regreß: Erforderniß der Streitverkündigung 240.
— des Cedenten gegen den Cessionar wegen mangelnder veritas nominis 238. ff.
— gegen den Trassanten aus der präjudicirten Tratte 546; aus der widerrufenen Tratte 607.
— gegen den Indossanten 543. 544. 547.
— des Assignatars gegen den Assignanten 547.
Rei vindicatio s. Eigenthumsklage
Reluition bei der Versteigerung im Gegensatze zum Näherrecht 136. 137. 306. 307.
Repräsentationsrecht bei der Intestaterbfolge 596.
Retentionsrecht erlischt durch anderweitige Sicherstellung des Anspruchs 209. 212. 318. 341.
— Replik der Arglist gegenüber der Retentionseinrede 212—214.
— setzt einen Verzug in der Zahlung nicht voraus 211.
— der Retinent hat regelmäßig keinen Anspruch auf Kostenersatz 215.
— dessen Wirkung im Concurse 215 ff.
— im Concurse, wegen Forderungen, die zur Concursmasse nicht angemeldet sind 219.
— des Commissionärs am Commissionsgute, Erforderniß der Connexität 523—526.
— dessen Aufgabe ist nicht präjudicirlich für die Forderung 589.
Rheder: dessen Vertretung und bzw. Verpflichtung durch den Schiffer 551—553.
— Begründung des Rechtsverhältnisses unter Mitrhedern 554.
Rimesse: Widerruf einer als Rimesse eingesandten Tratte oder Anweisung 607.
Röhrenleitung als Pertinenz eines Immobils 45. 58. 63. 64.
Rollfuhrmann beim Frachtgeschäft der Eisenbahnen 385.
Rücktritt vom Vertrage wegen Verzuges: bei dem Pachtvertrage 323; beim Handelskauf 507. 509. 512. 516. 517. 600. 604.

Sachengesammtheit: ob das Pfandrecht daran durch Veräußerung erlischt 85 ff. 97. 103. 104.
Sachverständige: Gutachten über Angemessenheit des Preises 372.
— deren Hinzuziehung bei Entgegennahme des Frachtgutes 560. 564. 565. 569.
Schadensersatz mit der Wandelungsklage gefordert 187.
— wegen nicht erfüllten Vertrages, Begründung der Klage 174. 337.
— wegen eines Quasidelicts 65.
— wegen unrechtfertiger Pfändung im Executionsverfahren 189—191.
— Begründung der Schadensersatzklage wegen Sachbeschädigung hinsichtlich des Verschuldens, Haftung für fremde culpa 228 ff. 570 ff.
— wegen Unechtheit eines verkauften Rectapapiers 238—240.
— tritt an die Stelle der Erfüllung 282.
— wegen eines vom Vermiether vorgenommenen Baues 331.
— wegen vorzeitiger Verdrängung des Miethers 336.
— Beweislast darüber, ob der Schadensersatzkläger zugleich einen Gewinn gemacht habe 337.
— wegen Rücktritts vom Dienstvertrage 339. 341.
— wegen Beschädigung des Dienstleistenden bei der Dienstverrichtung ob vom Dienstgeber zu leisten? 342. 357—361.
— beim Gesindevertrage wegen Vertragsbruches 366. 367.
— wegen Rücktritts vom Verdingungsvertrage 377.
— als Verwarnung bei Verurtheilung zu einer Handlung 150. 445. 446.
— wegen Verzuges beim Handelskaufe 480. 508. 511. 520. 604.
— wegen Ansegelung 570 ff.
— wegen Beschädigung des Frachtgutes 559. 565. 567.
Schätzungseid: dessen Voraussetzungen 335.
Schiedsgericht: Unterschied zwischen arbitri und arbitratores 370.
Schiffe: Eigenthumserwerb an solchen 553.
— Collision derselben, Beweis des Verschuldens 570.

Schiffbruch, Verlassen des Schiffes durch die Mannschaft 577.
Schiffer als Vertreter des Rhebers 551 ff.
— muß das Connossement selbst zeichnen 557.
Schiffscollision: Beweis des Verschuldens 570 ff.
Schrift: Unkunde derselben 90.
— als Formalität des Vertrages 74. 147 ff. 553.
Schuld (debitum): Singularsuccession in dieselbe 99—101.
— deren Uebergang auf einen anderen Schuldner durch Novation 101. 113. 114. 465. 466.
— Bedeutung der persönlichen Schuld bei der dinglichen Pfandklage 111 ff.
— des ersten Erwerbers (Art. 1658 des Privatrechts) 136.
— Ausstellung eines Wechsels und Verpfändung einer Schuldverschreibung des Ausstellers dafür 253.
— Rechtsvermuthungen für die Tilgung der Schuld 275. 276.
— Ersatzanspruch wegen Bezahlung einer fremden Schuld 31. 292. 432.
— (culpa) s. Verschulden.
Schuldschein ohne Angabe der causa debendi 156—166.
— Beweislast bei der Klage auf Rückgabe des Schuldscheines 161.
— Cession ohne Vermerk auf der Urkunde 251.
— dessen rechtliche Natur 237 ff.
— Rückgabe des Schuldscheines, Beweislast über die Veranlassung dazu 276.
— rechtliche Bedeutung der präjudicirten Tratte 546.
Sectirer: Eintragung der Ehe derselben in die Standesregister kann nicht erzwungen werden 13.
Seenoth: Hilfeleistung in Seenoth, verschieden von der Bergung 518. 582.
— Maßstab für die Festsetzung des Hilfslohnes 582. 583.
Selbsthilfeverkauf der Waare durch den Verkäufer beim Verzuge des Käufers 506. 511. 513. 514.
Sicherstellung vermögensrechtlicher Ansprüche 24. 92.
— des Anspruchs zur Beseitigung des Retentionsrechts bzw. Arrestes 210. 212. 318.
— der gefährdeten Forderung durch Bestellung eines Pfandrechts kann der Gläubiger nicht beanspruchen 442.
Sichtwechsel: Erforderniß der Präsentation 540. 541.
Societät s. Gesellschaft.
Solidarische Haftung ohne solidarische Berechtigung 195.
— der offenen Handelsgesellschafter 464.
Solo cedit, quod inaedificatur 58. 62.
Solutionis causa adjectio 601.
Sondergut der Ehefrau: Taschen- oder Nagelgeld 5.
— begründet durch Ehevertrag 4. 7.
— dazu gehören die für sie bestimmten, in die Ehe gebrachten Kleidungsstücke 14.
— letztwillige Verfügung darüber 113.
— widerrechtliche Pfändung desselben für Schulden des Mannes 189.
Sondergut des großjährigen Kindes 44.
Spielvertrag: Wechsel über eine Spielschuld 406. 408.
— im Gegensatze zur Wette 410.
— Ungiltigkeit wegen übermäßigen Einsatzes 408.
Spielwette, deren Klagbarkeit 413
Spolienklage bei beweglichen Sachen 47—53.
— Begriff der Gewalt 47. 51.
— wenn die Besitzentsetzung unter Mitwirkung eines Polizeibeamten geschah 54.
Stadtverwaltung: privatrechtliche Wirkung eines von dem höheren Verwaltungsorgane aufgehobenen Beschlusses der Communal-Verwaltungsorgane 57. 60. 69.
Statutencollision s. Collision der Statuten.
Stellvertretung: mala fides des Stellvertreters 73.
— Einwand des Beklagten, als offener Stellvertreter eines Dritten contrahirt zu haben 166. 168.
— Voraussetzungen der offenen Stellvertretung 167.

Stellvertretung: die Grundsätze über die St. gelten auch im Verhältnisse des Mandanten zu Dritten, mit denen der Mandatar contrahirt 429.
— des Schiffers bei Eingehung von Rechtsgeschäften für den Rheder 551. 553.
Stempelpapier: dessen Mangel macht den Wechsel nicht ungiltig 527.
Stillschweigen gilt nicht als Einwilligung 145. 466. 471; auch nicht gegenüber einer Aufforderung durch den öffentlichen Notar 145; regelmäßig auch nicht nach Handelsrecht 466.
Stillschweigende Willenserklärung 8. 321. 331. 356. 399. 469. 470.
Stoppage in transitu 381.
Streitverkündigung kann außergerichtlich geschehen 178.
— im Evictionsprocesse, Erforderniß der Rechtzeitigkeit 240.
Stundung: Substantiirung der Stundungseinrede 262.
Subscriptio tenet subscribentem 469. 534. 589—591.
Superficies solo cedit 58. 62.
Suspensivbedingung: Beweislast 173. 481.
Symbolische Tradition 116. 117. 381.

Talon ist Pertinenz des Inhaberpapiers 172.
Tauschvertrag über Immobilien 304. 306.
Testament der Ehefrau nach livl. Stadtrecht 133.
— Anfechtung eines gerichtlichen Testaments wegen Geisteskrankheit 143.
— des überlebenden Parens über seinen Antheil an dem in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögen 597.
Theilung des Vermögens geschiedener Ehegatten 19. 21. 23.
— zwischen Miteigenthümern 80.
— unter Miterben 136. 139. 595.
— unter Gesellschaftern 605.
Theilung des überlebenden Parens mit den Kindern bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft 598.
Tradition durch Uebergabe des Connossements oder sonstiger Dispositionspapiere 116. 117. 381.
— der Invecten und Illaten ohne Vorwissen des Vermiethers 95.
Transport: Gefahr der Waare während des Transports 482.
— im Uebrigen s. Frachtvertrag.
Tratte: rechtliche Natur der präjudicirten Tratte 546.
— Widerruf einer als Rimesse eingesandten Tratte 607.

Uneheliche Kinder s. Kinder.
Ungiltigkeit eines Vertrages Minderjähriger 78.
— eines Vertrages zur Beseitigung der Concurrenz bei einem abzuschließenden Geschäft 179.
Unmöglichkeit der Erfüllung 195. 202 ff.
Unsittlichkeit eines Vertrages 36. 179.
Untergang der versicherten Pfandsache 105. 118.
— der Sache beim Verzuge des Schuldners 394.
Unterschrift: haftet der Unterzeichner eines Briefes auch für den Inhalt der demselben angeschlossenen, nicht unterzeichneten Beilagen? 468.
— eines Wechsels mit dem Anfangsbuchstaben des Vornamens und dem Familiennamen 533.
— auf einem Wechselblanket 534.
Urkunde: Beweis des Datums derselben 126.
— Urkundenbeweis im Executivprocesse 176.
— subscriptio tenet subscribentem 469. 534. 589—591.
Urtheil: Commination bei der Verurtheilung zur Vornahme einer Handlung 150. 445. 446.
— Rechtskraft der Entscheidungsgründe 447.
— steht die Verurtheilung auf die Klage aus dem Anerkennungsvertrage dem Anspruche des Beklagten aus dem materiellen Schuldverhältnisse entgegen? 449.

Urtheil: nachträgliche Geltendmachung einer versäumten Einrede 453
Usancen der Rigaer Börse 487. 509.
Utile tempus bei der Klagenverjährung 421.

Valutaclausel im Wechsel, deren Bedeutung 296. 450. 535. 542.
Vater: Anerkennung der unehelichen Vaterschaft schließt die exc. plurium constupratorum aus 24.
— Rechtsverhältniß zu dem unehelichen Kinde 25
— Vergleich des Vaters und der Mutter über die Alimentation und Erziehung des Kindes 27. 28.
— bei Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Vater und dem Kinde kann die Mutter dieses vertreten 40. 594.
Veräußerung von Sachen durch einen Minderjährigen 78.
— eines Immobils, Einfluß eines Verbotes nach dem Verkaufe 71.
— einer Sachengesammtheit, Wirkung auf die daran bestellten Hypotheken 85.
— der Invecten und Illaten ohne Fortschaffung aus dem Miethlocal 94.
— der mit Hypotheken belasteten Sache 104.
Verborgene Mängel s. Mängel.
Verbot auf ein Immobil zwischen dessen Verkaufe und der Umschreibung des Besitztitels im Grundbuche 71.
Verdingungsvertrag: Verweigerung des Lohnes wegen mangelhafter Erfüllung 177.
— Verjährung des Anspruches auf Schadensersatz gegen den Unternehmer 281 ff.
— oder Kauf? Vertrag zwischen Buchhändler und Lithographen über die mechanische Vervielfältigung eines literarischen Erzeugnisses 367.
— Fälligkeit des nach Maßeinheiten bedungenen Werklohnes 369.
— Streit über die Angemessenheit des Preises, Feststellung desselben durch Sachverständige 370.
— Klage auf einen angemessenen Preis; Einwand; es sei ein geringerer Preis vereinbart 373.
Verdingungsvertrag: Einwand des beklagten Bestellers, die geklagten Arbeiten seien zur Herstellung des bedungenen Werkes nothwendig gewesen 375.
— Tragen der Gefahr dabei 375.
— Begründung der Klage auf den vollen Werklohn im Falle des Art. 4247 des Privatrechts 377.
Verein: Klagerecht der Mitglieder gegen Beschlüsse des Vorstandes bzw. der Generalversammlung 397.
Vergleich über anhängige Rechtssachen 29. 280.
— zwischen Vater und Mutter über die Alimentation des Kindes 27. 29. 36.
Verjährung ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen 281.
— der Vertragsklage auf Schadensersatz, wann sie beginnt 281 ff.
— tempus utile ratione initii 421.
— Unterbrechung der Wechselverjährung, wenn der Wohnort des Ausstellers unbekannt ist 540.
Veritas nominis 238 ff.
Verlöbniß: Conventionalpön bei demselben 201.
Vermögen: Begriff desselben 3.
— Theilung des Ehevermögens nach der Scheidung 19—24.
— Abtheilung der Kinder aus dem Vermögen der Eltern 41. 597.
— vermögensrechtliches Interesse 405.
Verschulden: als Grund der Schadensersatzpflicht 189. 191.
— ob Voraussetzung der Verbindlichkeit zur Erlegung der Conventionalpön 202 ff.
— Haftung für fremde culpa, Begründung der Schadensersatzforderung dieserhalb 228—233. 357—361.
— Beweis des Verschuldens 230. 231. 233. 565. 568; insbesondere bei der Schiffscollision 570—575.
Versicherung: Uebergang der ingrossirten Hypotheken auf die Versicherungssumme 105. 118.
— Anspruch des Pfandgläubigers auf die Versicherungssumme bei mangelnder Fälligkeit der Forderung 107.

Versicherung als nützlicher Aufwand beim Kaufe 188.
— des Frachtgutes beim Frachtgeschäft der Eisenbahnen 385. 390.
— statutenmäßige Verpflichtung des Versicherten, mit der Sache vorfallende Veränderungen dem Versicherer anzuzeigen 415.
— Frist zur Anzeige der Veräußerung der Sache bzw. des Brandschadens an den Versicherer 419. 420.
— Vorenthaltung der Versicherungssumme, wenn der Versicherte im Verdacht der Brandstiftung belassen ist 422 ff.
Versio in remals Verpflichtungsgrund 16. 17. 552.
— privilegirtes Pfandrecht deswegen 121.
Versteigerung von Immobilien zur Ermittelung des wahren Werthes und Näherrecht in solchem Falle 135—138.
— Schulden halber, Folgen der Einlösung 306.
— der verpfändeten Sache und Erforderniß der vorgängigen Anzeige davon an den Pfandschuldner 111. 591.
— beim Selbsthilfeverkaufe 513.
— des Faustpfandes bzw. der retinirten Sache durch die Concursverwaltung 216 ff.
Vertrag erfordert eine übereinstimmende Willenserklärung 41. 590; aber nicht die Angabe der causa debendi 159. 164.
— unter Abwesenden, Widerruf des Antrages 609.
— zwischen Ehegatten 1—8.
— zwischen den Eltern über die Alimentation bzw. Erziehung der Kinder 27. 28. 36.
— zu Gunsten eines Dritten 101.
— mündlicher über Immobilien 74. 147 ff.
— mündliche Abreden neben der Vertragsurkunde 153.
— Einrede des nicht erfüllten Vertrages 150. 175—178.
— Ungiltigkeit wegen Verstoßes gegen die gute Sitte 36. 179.
— Bedeutung des Handgeldes für die Perfection 197.
Vertrag: Aufhebung desselben wegen dolus 233.
— Verlust des Kündigungsrechts durch Fortsetzen des Vertragsverhältnisses trotz des vorliegenden Kündigungsgrundes 470.
— ist im Zweifel zu Gunsten des Verpflichteten auszulegen 490.
Verwendungen des Mannes auf die Immobilien der Frau 20.
— des Käufers auf die redhibirte Sache 186—188.
— des Miethers auf die gemiethete Sache 311—316. 318.
Verzicht der Mutter auf die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind 27. 28.
— der unehelichen Mutter auf die Ansprüche wegen Alimentation des unehelichen Kindes 28.
— auf das Pfandrecht durch Geschehenlassen der Veräußerung der Pfandsache 104.
— auf Ansprüche aus dem dolus 191. 390.
— auf das jus tollendi schließt den Verzicht auf den Ersatzanspruch ein 315.
Verzug des Gläubigers: Erforderniß der gehörigen Oblation 602.
— Einfluß auf das Tragen des Zufalls 394.
— alternative Befugnisse des Verkäufers beim Empfangsverzuge des Käufers 506—512.
— Wesen und Wirkungen der Verkaufsselbsthilfe 511. 513. 514.
Verzug des Schuldners durch Unterlassung der Zinszahlung auf die in blanco cedirte Obligation 193
— Einfluß auf die Haftung für casus 195.
— Unterschied zwischen Verzugszinsen und Proceßzinsen 221.
— beim Pachtvertrage über öffentliche Gefälle 323.
— setzt eine culpa voraus 193. 421.
— Befugnisse des Verkäufers beim Verzuge des Käufers 506—512. 600. 604.
— alternative Befugnisse des Käufers beim Lieferungsverzuge des Verkäufers 515—520.

Verzug des Schuldners: Unterschied zwischen Fix- und Nichtfixgeschäften 515. 517. 599.
— beim Kaufe, wenn Zug um Zug zu erfüllen ist 601.
— Purgation desselben 323. 516. 600.
Vindication s. Eigenthumsklage.
Vollmacht erlischt nicht wegen Geisteskrankheit des Vollmachtgebers 430.
— stillschweigend ertheilt durch wiederholte Zulassung eines Handlungsgehilfen zu Geschäftsabschlüssen 458.
— präsumtiver Umfang der Handelsvollmacht 460.
Vorausklage: Einrede der Vorausklage gegenüber der actio hypothecaria in rem 113.
Voraus (praecipuum) der Kinder 41. 44.
Vorkaufsrecht der Mitrheder bei der Veräußerung von Schiffsparten 554.
Vormundschaft der Eltern über die minderjährigen Kinder 38. 40. 593.
— von der Mutter testamentarisch bestellt 133.

Waare: Begriff derselben 579.
Wahlrecht des Verkäufers beim Verzuge des Käufers 506—512.
— des Käufers beim Verzuge des Verkäufers 517. 518.
Wandelungsklage ausgeschlossen durch Kenntniß des Mangels 182.
— auf Grund einer vom Verkäufer geleisteten Garantie 183.
— beim Genuskaufe 184.
— beim Pferdehandel nur wegen bestimmter Hauptmängel 184.
— Anspruch des Verkäufers auf die vom Käufer gezogenen Früchte 186.
— wieweit mit ihr Schadensersatz verlangt werden kann 187.
Wasserleitung in einer öffentlichen Straße von einer Privatperson angelegt 57 ff.
Wechsel: Hingabe von Wechseln in Zahlung 280. 407. 607.
— Bedeutung der Clausel „Valuta baar empfangen" 296. 450. 535.
— über eine Spielschuld 406. 408.
Wechsel: Verurtheilung zur Rückgabe eines Wechsels, Commination für den Fall der Unterlassung 444.
— rechtliche Bedeutung des ungiltigen bzw. präjudicirten Wechsels 297. 450. 546.
— auf einfachem Papier ist nicht ungiltig 527.
— mit dem Familiennamen und dem Anfangsbuchstaben des Vornamens unterzeichnet 533
— zerrissener, kann nicht im Wechselprocesse, wohl aber im ordentlichen Processe ausgeklagt werden 536.
— zahlbar „nach Sicht" 540.
— Unterschrift auf einem bloßen Blanket 534.
— Haftung der Erben des Wechselschuldners 132.
— nach erfolgter Präjudicirung der Tratte findet gegen den Trassanten kein Regreß statt 546.
Wechselbürgschaft: exc. SCti Vellejani 548.
Wechselfähigkeit der Bauergemeindeglieder, die in den Städten domiciliren 530.
— der Prediger der Baptistengemeinden 531.
Wechselproceß, wenn der Wechsel zerrissen ist 537.
— condictio sine causa wegen nicht liquider Einreden 549.
Wechselprotest: wenn der Zahlungsort nicht angegeben ist 538; insbesondere beim Sichtwechsel 539.
— Voraussetzungen des Windprotestes 541.
Wechselverjährung: Unterbrechung derselben, wenn der Wohnort des Schuldners unbekannt ist 540.
Werkverdingung s. Verdingungsvertrag.
Wesentliche Punkte beim Vertragsschlusse 198.
Wette: Gegensatz zum Spiel. Ernstlichkeit. Uebermäßige Wettsumme 410.
Wettgericht: dessen Competenz 472. 478.
Widerruf eines gegen einen Abwesenden brieflich verlautbarten Antrages 609.

Widerruf des Mandats 610.
— einer als Nimesse eingesandten Tratte oder Anweisung 607.
Willenserklärung durch Stillschweigen 8. 145. 321. 331. 356. 399.
— Ernstlichkeit derselben 413.
Windprotest 541.
Wittwe: deren Befugniß zur Vertretung des in der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindlichen Vermögens in Processen 130.
— deren Näherrecht an den vom Manne hinterlassenen Immobilien 135—137.
Wohnort des Schuldners als Erfüllungsort 257. 258. 538.
Würderungseid s. Schätzungseid

„Zahlbar aller Orten" als Wechselclausel 539.
Zahlung einer fremden Schuld, actio neg. gest. 31. 292. 432.
— durch einen concurrirenden Pfandgläubiger 93.
— wenn die Obligation in blanco cedirt ist 192.
— Ort derselben 257; beim Wechsel 538. 539.
— an eine zum Empfange nicht legitimirte Person in gutem Glauben 258.
— an den Agenten des Verkäufers 460.
— der Zahlende darf die Blancocession der Schuldurkunde nicht beanspruchen 271.
— a conto 473.
— Beweislast über die Zahlung, wenn Kläger behauptet, es sei auf eine andere Forderung gezahlt 277.
Zahlung durch Wechsel ist aufgeschobene Zahlung 279.
— durch einen Dritten 291.
— deren Anfechtung mit der Paulianischen Klage 439.
— „bei Empfang" 481; „per Bank" 602. 603.
— und Lieferung Zug um Zug 601.
— an den solutionis causa adjectus 603.
Zahlungsunfähigkeit: bei der actio Pauliana 432.
— Beweis derselben 438.
Zahlungsversprechen als Klagegrund 156. 163. 165. 290. 450. 546
— Verurtheilung auf Grund des Zahlungsversprechens steht Ansprüchen aus dem materiellen Schuldverhältnisse nicht entgegen 449.
Zahlungsverzug, wenn Zug um Zug zu erfüllen ist 601.
Zaun: Beschaffenheit von Grenzzäunen 85.
Zerrissener Wechsel 536.
Zinsen: Zulässigkeit der Mortification von Zinscoupons 169.
— Unterschied zwischen Proceßzinsen und Verzugszinsen 321—328.
Zollartel in Riga: Ausschluß der Mitglieder durch den Zollchef 397.
Zubehörung s. Pertinenz.
Zufall bei eingetretenem Verzuge des Schuldners 195.
— beim Verdingungsvertrage 375.
— bei eingetretenem Empfangsverzuge 394.
Zurückhaltungsrecht s. Retentionsrecht.
Zwangsversteigerung s. Versteigerung.

Uebersicht

der im VII. Bande der civilrechtlichen Entscheidungen angezogenen und bzw. besprochenen Artikel des Prov.-Rechts Th. 3.

Die Nummern, in welchen der nebenstehende Artikel besprochen ist, sind mit einem Stern und diejenigen, in welchen sich eine eingehende Erörterung des nebenstehenden Artikels findet, mit zwei Sternen bezeichnet.

Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entscheidungen.
Einleitung.	
VIII	№ 1470.
XII	= 1470.
XVI	= 1290.
XIX	= 1383.
XX	= 1299, 1384.
XXI	= 1240, 1299, 1383 1489.
XXVIII	= 1470.
XXXV	= 1460, 1480.
XXXVI	= 1480.
Familienrecht.	
5	№ 1233.
7	= 1233.
8	= 1233.
9	= 1233,* 1238.*
13	= 1318.
14	= 1231.
27	= 1232, 1235.
27 Pkt. 2	= 1231*.
27 Pkt. 4	= 1231,* 1288.
28	= 1231.
29	№ 1250.
30	= 1288, 1482.
32	= 1231.
33	= 1232.
36	= 1231.
38	= 1231,** 1232.*
56	= 1237.
63	= 1240.
79	= 1240, 1318.
80	= 1231, 1232, 1288, 1318.
81	= 1231, 1235, 1240, 1318.
82	= 1240.
84	= 1231, 1239, 1240, 1288.
85	= 1231, 1240, 1288, 1318.
86	= 1231, 1288.
94	= 1231.
115	= 1231, 1288.
116	= 1231.
119	= 1233.

Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.
124	№ 1233, 1238.*	353	№ 1262, 1497.
126	= 1240*.	354	= 1262.
128	= 1233.	355	= 1262.
165	= 1242, 1251.	356	= 1262.
167	= 1243,1244,1245.	363	= 1250.
168	= 1243.	364	= 1250.
172	= 1243,* 1244,* 1247 1251.	381	= 1262, 1290.
		382	= 1290.
197	= 1247,* 1250,* 1497.	386	= 1290.
		495	= 1290.
198	= 1247, 1250, 1247, 1497.	502	= 1422.
		507	= 1252.
199	= 1247,1246,1247.		
200	= 1248,** 1249, 1247.	**Sachenrecht.**	
201	= 1249.	529	№ 1257.
202	= 1249.	530	= 1269.
203	= 1249.	535	= 1257 1258.
207	= 1497.	538	= 1258.
213	= 1250.	540	= 1269.
215	= 1497.	548	= 1333.
227	= 1251.	549	= 1258.
228	= 1243, 1244, 1251.*	554	= 1315, 1333.
		557	= 1258.
229	= 1244.	577	= 1240.
231	= 1246.	578	= 1332, 1374.
232	= 1246.	579	= 1332, 1374.
236	= 1252.	580	= 1240.
273	= 1250, 1288.	581	= 1374.
276	= 1288.	582	= 1374.
278	= 1250, 1497.	583	= 1374.
280	= 1288.	590	= 1258.
283	= 1250.	594	= 1258.
286	= 1250, 1287,* 1288, 1497.	625	= 1374.
		626	= 1261.
287	= 1250.	634	= 1281.
290	= 1288.*	645	= 1420.
291	= 1288.	659	= 1493.
305	= 1250.	671	= 1255

Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entscheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entscheidungen.
680	№ 1271, 1262, 1374.	912	№ 1259.
		919	= 1261.*
682	= 1255.	920	= 1240,1332,1374.
684	= 1255.	923	= 1262,* 1263,*
690	= 1255.		1338, 1420.
691	= 1255,** 1256,*	930	= 1260.
	1254	935	= 1264.
693	= 1255,** 1254.*	938	= 1260, 1289.
695	= 1254.	939	= 1286.
696	= 1255, 1254.	940	= 1264.
697	= 1256.	941	= 1264.
698	= 1255.	947	= 1265.
699	= 1255.*	954	= 1262.
730	= 1493.	987	= 1364.
737	= 1257.	992	= 1266.
771	= 1258.*	993	= 1267.
772	= 1258.*	1028	= 1268.*
799	= 1274, 1420.	1147	= 1258.
800	= 1283.	1194	= 1258.
805	= 1281, 1405.	1335	= 1269.
809	= 1259, 1370.	1336	= 1273.
812	= 1369.	1338	= 1272.
818	= 1259.	1348	= 1272.
829	= 1260.	1350	= 1296.
830 Pkt. 2	= 1260.*	1357	= 1257.
832	= 1260.	1363	= 1340.
833	= 1260.	1368	= 1296.
839	= 1260, 1262.	1369	= 1296.
840	= 1262.	1377	= 1231, 1269,*
841	= 1262.		1274,* 1275.
863	= 1260.	1379	= 1275.
869	= 1289.	1381	= 1274.
871	= 1267.	1382	= 1283.
873	= 1267.	1384	= 1273.
874	= 1267.	1389	= 1270, 1281.
877	= 1267.	1403	= 1273.
880	= 1267.	1404	= 1272,* 1273,
899	= 1261.*		1274,** 1318,
900	= 1261.		1378.

Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.
1411	№ 1272.
1414	= 1272.
1416	= 1275.**
1419	= 1276, 1277,* 1282.
1425	= 1269.
1430	= 1275.
1434	= 1275.
1436 P. b.	= 1269,* 1274,* 1275.
1441	= 1278, 1279, 1331, 1340.
1443	= 1496.
1444	= 1331.
1445	= 1279.
1448	= 1331.
1449	= 1280, 1331.**
1450	= 1280.
1453	= 1278, 1279,** 1496.**
1456	= 1331.
1457	= 1340.
1470	= 1281.*
1490	= 1340.
1580	= 1259.
1595	= 1275.
1612	= 1275, 1280, 1283, 1284.
1613	= 1285, 1289.
1623	= 1285.
1642	= 1285.
1643	= 1285.
1646	= 1285.
1649	= 1418.
1654	= 1289.
1656	= 1289.
1658	= 1289.
1661	= 1289.
1677	№ 1286.* 1289.
1685	= 1286.
	Erbrecht.
1691	№ 1367.
1692	= 1367.
1693	= 1289, 1367.
1707	= 1289.
1744	= 1231.
1819	= 1288.
1820	= 1231.
1821	= 1231.
1823	= 1250.
1825	= 1287.*
1826	= 1498.**
1884	= 1498.
1885	= 1498.
1887	= 1498.
1938	= 1498.
1939	= 1498.
1947	= 1498.
1951	= 1498.
1984	= 1291.
1988	= 1291.
1991	= 1288.*
1993	= 1288.
1995	= 1498.
1998	= 1290.
2022	= 1288.
2023	= 1288.
2032	= 1291.
2053	= 1288.
2057	= 1291.
2499	= 1231.
2518	= 1252.
2519	= 1252.
2520	= 1250.
2615	= 1250.
2620	= 1418.

Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.
2622	№ 1289.	3001	№ 1290.
2695	= 1290.	3007	= 1486.
2703	= 1289.**	3008	= 1290.
2738	= 1290.	3014	= 1259, 1294,
2741	= 1290.**		1296.
2742	= 1290.	3015	= 1259, 1294.**
2789	= 1291.	3016	= 1290, 1370.
2795	= 1498.	3027	= 1339.
		3028	= 1339.
Obligationenrecht.		3029	= 1339.
2907	№ 1299, 1412.*	3030	= 1260, 1294,**
2908	= 1258.		1486.
2912	= 1291, 1335.	3031	= 1294.
2913	= 1335.	3045	= 1469.
2914	= 1291.	3046	= 1469.
2922	= 1370.	3058	= 1486.
2923	= 1384.	3068	= 1470.
2928	= 1459.	3097	= 1456.
2937	= 1412, 1378.	3101	= 1456.
2939	= 1378.	3105	= 1250, 1299,
2941	= 1292, 1441, 1442.		1300.
2942	= 1442.	3106	= 1298, 1299,
2944	= 1442.		1300,* 1495.
2952	= 1361, 1371.	3110	= 1301,* 1302,
2953	= 1364.		1420.
2954	= 1418.	3111	= 1301, 1420.
2956	= 1321.	3113	= 1302.
2958	= 1418.	3115	= 1261, 1441.
2959	= 1361, 1442.	3116	= 1275.
2960	= 1293.	3117	= 1275.
2961	= 1293.	3123	= 1340.
2962	= 1455.	3124	= 1338.
2966	= 1293.	3128	= 1303.*
2979	= 1293, 1336.*	3129	= 1338.
2986	= 1364.	3131	= 1324.
2991	= 1379.	3132	= 1324.
2993	= 1231.	3135	= 1501.
2995	= 1290.	3138	= 1501.
2996	= 1290.	3144	= 1369.

Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.
3175	№ 1370.	3292	№ 1320, 1408.*
3178	= 1418.	3293	= 1280.
3209	= 1299, 1300, 1383, 1416, 1420, 1460.	3296	= 1271.
		3304	= 1334,** 1335, 1492.**
3210	= 1383, 1460.	3305	= 1329, 1460.
3211	= 1383.	3306	= 1321, 1459.
3212	= 1294, 1299, 1300, 1321.	3307	= 1322, 1329.
		3309	= 1499.
3213	= 1296, 1306,* 1354, 1402, 1375, 1439.	3310	= 1321.
		3311	= 1321, 1418.
		3312	= 1272, 1409, 1499.*
3214	= 1248, 1310,* 1453.	3313	= 1409.
3219	= 1275,1313,1455.	3316	= 1333.
3221	= 1338.*	3318	= 1322,* 1329.
3224	= 1309,* 1338.	3320	= 1333,1460,1463.
3225	= 1309.	3321	= 1336, 1460, 1463.
3232	= 1388.		
3244	= 1311.*	3322	= 1327.
3251	= 1311, 1312.	3323	= 1272, 1409.
3252	= 1314.**	3326	= 1462.
3254	= 1455, 1456.	3327	= 1462. 1463.
3257	= 1316, 1371.	3329	= 1499.
3260	= 1312, 1371.	3330	= 1463.
3261	= 1315,* 1316.*	3332	= 1323.
3262	= 1315.	3336	= 1323.
3263	= 1317.*	3359	= 1456.
3269	= 1313.	3362	= 1324.*
3271	= 1312.	3365	= 1325.*
3272	= 1458.	3366	= 1325.*
3275	= 1456.	3367	= 1324.
3276	= 1495.	3368	= 1324.
3282	= 1338.	3370	= 1326.
3284	= 1318, 1319, 1334, 1335.	3374	= 1327, 1341.
		3379	= 1329.
3285	= 1318.	3380	= 1328, 1329.
3286	= 1335.	3381	= 1255, 1328, 1329, 1332.
3288	= 1334,** 1335.**		

Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entscheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entscheidungen.
3382	№ 1255, 1329, 1330.	3481	№ 1338.**
3383	= 1257, 1329, 1332, 1354.	3483	= 1349, 1441.
3384	= 1328, 1331, 1388.	3487	= 1349,* 1362.*
3385	= 1330, 1331, 1495.	3488	= 1344.*
3408	= 1333.	3489	= 1344.
3416	= 1333.*	3491	= 1499.
3417	= 1333.	3494	1343.
3418	= 1333.	3495	= 1368.
3419	= 1333.	3522	= 1272, 1321,** 1499.
3420	= 1333.	3524	= 1460, 1461,* 1499.
3421	= 1333.**	3525	= 1348.
3432	= 1333.	3526 P. 8	= 1346,** 1347,* 1348.*
3436	= 1429.	3527	= 1348.*
3437	= 1431.	3528	= 1348.
3439	= 1322, 1403, 1460.	3531	= 1349, 1408, 1453.
3441	= 1329, 1330, 1338,* 1344,* 1384.	3532	= 1349.
3443	= 1334.	3536	= 1350.*
3444	= 1259, 1328, 1329,* 1334,* 1335, 1344, 1431.	3538	= 1338, 1344, 1349,* 1352.
		3539	= 1338, 1351, 1352.
3446	= 1259.	3540	= 1338.
3447	= 1334, 1335.*	3543	= 1353.
3450	= 1460.	3546	= 1354, 1448.
3451	= 1460.	3552	= 1354,* 1448.
3456	= 1337.	3560	= 1260.
3457	= 1337.	3571 Anm.	= 1495.
3461	= 1342.	3572	= 1398.
3466	= 1349,** 1362.	3579	= 1275.
3467	= 1342.	3580	= 1413.
3468	= 1417.	3585	= 1413.
3472	= 1338, 1339.*	3586	= 1355, 1413, 1441.
3473	= 1321, 1338, 1340.		
3474	= 1338, 1341.	3588	= 1275, 1279, 1441.
3475	= 1342.		

Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.
3591	№ 1338.	3833	№ 1257.
3594	= 1245.	3838	= 1260, 1369.**
3598	= 1245,* 1356.	3839	= 1369.
3620	= 1358.	3840	= 1369.
3623	= 1358,** 1418.	3841	= 1372.
3629	= 1418.	3853	= 1450.
3634	= 1358.*	3855	= 1401.
3641	= 1300.	3857	= 1275, 1455, 1456.*
3671	= 1338.		
3672	= 1280, 1360.	3858	= 1455, 1456.
3676	= 1360.	3859	= 1260.
3679	= 1366.	3861	= 1460.
3686	= 1361.	3863	= 1456.
3690	= 1362.*	3866	= 1454.
3696	= 1300.	3872	= 1322.
3700	= 1300.	3873	= 1322.
3701 P. 1	= 1363.*	3878	= 1370.**
3701 P. 3	= 1299,** 1300.**	3879	= 1455.
3719	= 1413.	3881	= 1452, 1463.
3720	= 1413.	3885	= 1259.
3721	= 1364.	3886	= 1460 1461.*
3725	= 1366.	3889	= 1460.
3727	= 1365, 1413, 1483.	3890	= 1460.
		3959	= 1310.*
3729	= 1293, 1413, 1365.*	3964	= 1372.
		3965	= 1285, 1372.**
3732	= 1366.	3966	= 1372.
3734	= 1423.	3967	= 1372.*
3737	= 1368.	3971	= 1371.
3743	= 1367.	3973	= 1371.
3744	=	4021	= 1373.
3745	=	4047	= 1384.
3746	=	4048	= 1375, 1381, 1391.
3751	= 1367.*		
3752	= 1367, 1368.	4051	= 1334.
3764	= 1332.	4053	= 1261.
3792	= 1342.	4054	= 1375, 1381, 1383.
3831	= 1372.		
3832	= 1372.	4055	= 1375, 1383.

Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.
4058	№ 1375, 1382, 1384.	4217	№ 1398.
4059	= 1382.	4219	= 1398.
4060	= 1383.	4220	= 1388.
4066	= 1374.**	4224	= 1387, 1402.
4072	= 1385.	4225	= 1398.
4074	= 1405, 1375,* 1378.	4226	= 1402.
		4227	= 1401.
		4228	= 1358, 1402.
4076	= 1384.	4229	= 1404, 1399.
4078	= 1376.*	4230	= 1404, 1399.
4082	= 1374.	4235	= 1305, 1358, 1399, 1402.
4083	= 1374.		
4084	= 1374.	4236	= 1335.
4104	= 1380.	4241	= 1402.
4105	= 1377, 1391.	4243	= 1401.
4106	= 1390.	4244	= 1400.
4116	= 1379.**	4245	= 1400.
4117	= 1380.**	4246	= 1403.
4118	= 1381.	4247	= 1404.*
4119	= 1375.	4248	= 1403.
4121	= 1381, 1383.	4250	= 1404.
4122	= 1381,* 1382.	4254	= 1408, 1409, 1489.
4123	= 1383.*		
4124	= 1384.**	4254 Anm.	= 1489.
4125	= 1380.	4256	= 1404, 1408,* 1409.
4126	= 1380.		
4129	= 1332.	4258	= 1408, 1409.
4130	= 1327, 1386.*	4260	= 1335.
4172	= 1391.	4261	= 1407.
4175	= 1401, 1402.	4262	= 1405, 1408, 1409, 1489.
4179	= 1439.		
4183	= 1373.	4263	= 1405.
4184	= 1373, 1390, 1391.	4265	= 1489.**
		4272	= 1412.
4185	= 1334, 1389, 1391.	4274	= 1412.
4186	= 1390, 1391.	4295	= 1323, 1412.
4187	= 1390, 1391.	4296	= 1500.
4188	= 1388,* 1397.	4308	= 1401.
4212	= 1334, 1335.	4309	= 1323, 1410.

Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.	Artikel des Prov.-Rechts.	Nummer der Entſcheidungen.
4310	№ 1500.	4401	№ 1420.
4311	= 1323,* 1410,* 1441.	4402	= 1420.
		4403	= 1422, 1379.
4313	= 1441.	4404	= 1501.
4337	= 1415.*	4407	= 1421.
4338	= 1413.	4411	= 1422.
4339	= 1413, 1414.	4423	= 1246, 1316.
4340	= 1414, 1415.	4429	= 1332.
4341	= 1414.	4432	= 1332.
4343	= 1413,* 1415.	4436	= 1407.
4353	= 1415.*	4447	= 1439.
4354	= 1415.*	4449	= 1240, 1246, 1316, 1423.
4355	= 1415.		
4359	= 1419.*	4451	= 1485.
4362	= 1419.	4454	= 1246.
4364	= 1437.	4458	= 1239, 1500.
4386	= 1420.	4459	= 1424,* 1439.
4389	= 1501.	4566	= 1259.
4390	= 1439.	4577	= 1335.
4393	= 1240.		
4397	= 1389.		

Berichtigungen.

Seite 195 Zeile 15 von unten lies 3439 ſtatt 3419.
„ 208 „ 8 „ „ „ 3374 „ 3379
„ 225 „ 13 „ „ „ 3408 „ 3400.
„ 246 „ 2 „ „ „ 3472 „ 3462.
„ 272 „ 1 „ oben „ 3538 „ 3528.
„ 289 „ 1 „ unten „ Kaufpreis.
„ 289 „ 16 „ „ „ 3686 „ 3181.