

§. 706.
Bürgschaft.
Form;

XXVII. Zu §. 706 waren folgende Anträge gestellt:

1. dem Entw. hinzuzufügen:

Der Bürgschaftsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form.

2. den §. 706 dahin zu ändern:

Durch Uebernahme der Bürgschaft verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Die Uebernahme der Bürgschaft bedarf zur Gültigkeit der Aushändigung einer schriftlichen Urkunde des Bürgen.

(Der Antrag hat dasselbe Ziel wie der Antrag 1; er will nur die schwerere Form des schriftlichen Vertrages vermeiden. Neuerdings hat sich auch der 22. Juristentag für die Nothwendigkeit der Schriftform ausgesprochen.)

3. für den Fall, daß nach den Anträgen 1 und 2 Schriftlichkeit der Bürgschaft beschlossen wird, den §. 706 Abs. 1 wie folgt zu fassen:

Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch welchen gegenüber dem Gläubiger eines Dritten versprochen wird, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (Bürgschaftsvertrag), ist schriftliche Ertheilung des Versprechens erforderlich.

Die Komm. lehnte die Wiederaufnahme der Verathung mit acht gegen acht Stimmen ab.

417. (C. 8487 bis 8502.)

§. 708.
Haftung des
Bürgen für
Kosten;

I. Zu §. 708 war beantragt, dem Abs. 2 hinzuzufügen:

wenn er von dem Gläubiger vor diesen Schritten gegen den Hauptschuldner vergeblich zur kostenlosen Befriedigung aufgefordert worden war.

Gegen den Antrag, welchen der Antragsteller im Laufe der Verathung auf die Kosten der Rechtsverfolgung einschränkte, wurde geltend gemacht, daß der Gedanke nicht zu dem Gesichtspunkte der Einrede der Vorausklage passe, da das Gesetz davon ausgehe, daß der Bürge nicht eher in Anspruch genommen werden wolle, als bis der Gläubiger sein Recht gegen den Schuldner vergeblich verfolgt habe.

Diese Auffassung fand Widerspruch. Man hielt ihr entgegen, daß durch die Einrede der Vorausklage dem Bürgen nur das Recht gegeben werde, die Befriedigung des Gläubigers bis auf Weiteres zu verweigern, daß es aber von dem Bürgen abhängе, ob er von diesem Rechte Gebrauch machen wolle, und daß er es nicht thun werde, wenn sich die Ergebnislosigkeit eines Vorgehens gegen den Hauptschuldner voraussehen lasse.

Die Mehrheit erklärte sich gegen den Antrag; sie war der Ansicht:

Der Antrag lege dem Gläubiger eine zu große Last auf. Hasten der Bürge für die Erweiterung der Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners, also für alles, was aus dem gewöhnlichen Gange der Dinge folge, so sei es folgewidrig, ihn für die Kosten der Rechtsverfolgung

gegen den Hauptschuldner nicht unbedingt eintreten zu lassen. Der Gedanke des Antrags würde dazu führen, daß der Bürge auch die Verzugszinsen nicht zu zahlen hätte, wenn sich der Gläubiger nicht zunächst an ihn wendete. Anders stehe es mit der Verpflichtung des Bürgen zur Kostentragung, wenn sich der Bürge vor Anstellung der Klage gegen den Hauptschuldner zur Zahlung erbielte; das aber brauche wohl nicht ausgesprochen zu werden.

II. Auf den §. 711 Abs. 2 bezogen sich die Anträge:

§. 711.
Vorausfrage;

1. in dem ersten Satz statt der Worte „Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen“ zu setzen „Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte seine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung“;

2. den zweiten Satz zu fassen:

Hat der Gläubiger ein Pfandrecht oder ein (kaufmännisches) Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen; besteht das Pfandrecht oder das Zurückbehaltungsrecht zugleich für eine andere Forderung des Gläubigers, so findet diese Vorschrift nur Anwendung, wenn auch die andere Forderung durch die Sache gedeckt ist. (Vergl. die Ann. zu §. 1135.)

Beide Anträge gelangten zur Annahme, der Antrag 2 jedoch unter Weglassung des Wortes „kaufmännisches.“

Bezüglich des Antrags 1 wurde auf die Beschlüsse zu §§. 225, 226 (oben S. 154) verwiesen.

Bei der Berathung des Antrags 2 erhob sich gegen die Aufnahme eines der C.P.D. §. 692a entsprechenden Zusatzes für den Fall, daß das Pfandrecht zugleich für eine andere Forderung des Gläubigers besteht, kein Widerspruch. Dagegen bestand anfänglich Meinungsverschiedenheit darüber, ob neben dem Pfandrechte das Zurückbehaltungsrecht erwähnt und wie dieses Recht bezeichnet werden soll. Gegen den Zusatz „kaufmännisches“ wurde erinnert, daß es auch noch in anderen Fällen, z. B. nach §. 914, ein Zurückbehaltungsrecht gebe, mit dem die Befugniß, sich aus dem Gegenstande zu befriedigen, verbunden sei. Alsdann aber schloß sich die Komm. der von einer Seite vertretenen Auffassung an, daß in der hier fraglichen Beziehung jedes Zurückbehaltungsrecht, auch das gewöhnliche des §. 230, dem Pfandrechte gleichgestellt werden müsse. Denn, wie der Zusammenhang der Sätze 1 und 2 ergebe, komme es darauf an, ob dem Gläubiger Vermögensgegenstände des Hauptschuldners bereit stehen, aus welchen er sich ohne langes Suchen und ohne ein weitläufiges Zwangsvollstreckungsverfahren befriedigen könne. Diese Voraussetzung aber treffe, gleichwie bei den am Wohnsitz des Schuldners befindlichen beweglichen Sachen, auch bei den Sachen zu, die der Gläubiger kraft eines Zurückbehaltungsrechts in Händen habe, da er in der Lage sei die Zwangsvollstreckung in diese Sache sofort zu bewirken, indem er sie dem Gerichtsvollzieher zur Pfändung herausgebe. Es komme nicht darauf an, ob er sich aus der Sache auch ohne einen vollstreckbaren Titel befriedigen und eventuell abgeforderte Befriedigung aus dem Erlöse verlangen

könne. Daß es dem Gläubiger nicht erlaubt sei, die zurückbehaltene Sache dem Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Pfändung wegen seiner Befriedigung zu überantworten, werde aus dem Schuldverhältnis in der Regel nicht zu folgern sein.

§. 716.
Bürgschaft
auf Zeit.

III. Zu §. 716 wurde ein Antrag, im Abs. 1 Satz 1 die Worte „und das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt“ durch die Worte zu ersetzen „oder wenn der Gläubiger das Verfahren nicht ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt“, der Red. Komm. überwiesen.

§. 718.
Vergleich.

IV. Zu §. 718 war beantragt, den Abs. 1 am Schlusse zu fassen:
... entspricht und anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntniß der Sachlage den Vergleich nicht geschlossen haben würden.

Der Antragsteller suchte darzulegen, daß die jetzige Fassung der Schlusssätze, wie auch in der Kritik hervorgehoben worden, nicht das Richtige treffe. Wenn z. B. ein Nachlaßgläubiger, der mit dem vermeintlichen Erben streite, mit diesem sich vergleiche, später aber sich herausstelle, daß ein Anderer der Erbe sei, so würde der Vergleich nach dem Entw. wirksam sein, weil der Streit auch bei Kenntniß der Sachlage, nämlich zwischen dem Gläubiger und dem wahren Erben, entstanden sein würde. Nach dem Sinne der Vorschrift solle der Vergleich unwirksam sein, wenn dabei fälschlicherweise ein wesentlicher Umstand vorausgesetzt worden sei; die Wesentlichkeit aber werde zweckmäßig hier ebenso ausgedrückt wie beim Irrthume (§. 94).

Von anderer Seite wurde unter Bestreitung der Richtigkeit des gewählten Beispiels darauf hingewiesen, daß die Komm. die Zurückführung der Unwirksamkeit des Vergleichs auf den wesentlichen Irrthum bei der ersten Verathung (vergl. insbesondere Bd. II S. 526) ausdrücklich abgelehnt habe.

Die Unwirksamkeit beruhe vielmehr darauf, daß der Vergleich für den Sachverhalt, der sich später herausstelle, überhaupt nicht geschlossen sei. Bei jedem Vertrage sei es möglich, daß eine gewisse Thatfache derart zum Bestandtheile des Rechtsgeschäfts gemacht werde, daß ohne sie der Vertrag als nicht geschlossen gelten müsse; beim Vergleiche werde dies bezüglich des demselben zu Grunde gelegten unstreitigen Sachverhalts vom Gesetz als feststehend vorausgesetzt. Durch die beantragte abweichende Fassung würde die Vorschrift auf eine völlig veränderte Grundlage gestellt; es würden insbesondere bei der Prüfung, ob die Parteien den Vergleich bei Kenntniß der Sachlage geschlossen hätten, subjektive Momente berücksichtigt werden müssen. Die bisherige Fassung gebe den Gedanken zutreffend wieder, und dieser sei richtig.

Der Antrag wurde abgelehnt.

§. 736.
Legiti-
mations-
papiere.

V. Bei §. 736 gelangte der Antrag zur Verathung,
a) im Abs. 2 Satz 2 hinter den Worten „unterliegt sie“ die Worte „in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung“ einzuschalten;
b) dem nach der Anm. zu §. 736 in die C. P. O. einzustellenden §. 850a² folgenden Abs. 2 anzuschließen:

Die Landesgesetze können über die Veröffentlichung des Aufgebots und der in den §§. 850a, 850a¹ vorgeschriebenen Bekannt-

machungen sowie über die Aufgebotsfrist abweichende Vorschriften erlassen.

Der Antrag wurde in seinem ersten Theile (a) der Red.Komm. überwiesen, in seinem zweiten Theile (b) angenommen.

Er enthält unter b nur die Ausführung eines früher (Bd. II S. 565) für die Berathung des E.G. gemachten Vorbehalts. Der Antragsteller beschränkte sich hierzu auf die Bemerkung, daß der Vorbehalt sich nicht bloß auf die Erlassung neuer, sondern auch auf das Fortgelten bestehender landesgesetzlicher Vorschriften beziehen solle.

Der Vorschlag unter a ist nur redaktioneller Natur. Denn bereits bei der ersten Berathung ist die Komm. davon ausgegangen, daß die Zulässigkeit des Aufgebots von Legitimationspapieren nur als dispositives Recht hat vorgeschrieben werden sollen (Bd. II S. 564, 565). Gegenüber einem aus §. 728 Abs. 1 vielleicht zu entnehmenden *argumentum e contrario* soll dies im Gesetze zum Ausdruck gebracht werden. Dabei wird, abweichend von §. 728, nicht gefordert, daß die Unzulässigkeit der Kraftloserklärung in der Urkunde bestimmt sein müsse. Der Antragsteller begründete dies damit, daß bei Legitimationspapieren die Urkunde überhaupt nicht die Bedeutung habe wie bei Inhaberpapieren. Uebrigens pflege bei den praktisch wichtigsten Legitimationspapieren, den Sparkassenbüchern, ein etwaiger Vorbehalt der in Rede stehenden Art nicht auf das Papier gesetzt, sondern in das Reglement aufgenommen zu werden. Andere als auf Grund eines allgemeinen Reglements ausgegebene Papiere aber kommen kaum in Betracht. Habe das Aufgebotsgericht einen Zweifel, so könne es nach der C.P.D. S. 829 Abs. 2, §. 840 Nr. 3 von dem Antragsteller eine eidliche Versicherung verlangen; schlimmstenfalls würde ein in Unkenntniß der Unstatthaftigkeit des Aufgebotsverfahrens erlassenes Ausschlußurtheil wirkungslos sein.

VI. Zu §. 737 wurde eine Anregung, im Abs. 1 Satz 2 das Wort „insbesondere“ zu streichen, der Red.Komm. überwiesen.

§. 737.
Bereicherung.

VII. Zur Ergänzung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, zugleich zum Ersatze der §§. 812, 850, 2232, war beantragt, als §. 740 a folgende Bestimmungen aufzunehmen:

§§. 812,
850, 2232.
Verfüg. eines
Nicht-
Berechtigten.

Ist eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand getroffen hat, oder eine an einen Nichtberechtigten erfolgte Leistung dem Berechtigten gegenüber wirksam, so kann der Berechtigte von demjenigen, welcher unbefugt verfügt oder die Leistung empfangen hat, die Herausgabe des dadurch Erlangten fordern. Hat der Nichtberechtigte unentgeltlich verfügt, so steht dem Berechtigten der gleiche Anspruch gegen denjenigen zu, welcher durch die Verfügung einen rechtlichen Vortheil erlangt hat.

(Der den §§. 812, 850, 2232 zu Grunde liegende Gedanke gilt allgemein; er gilt insbesondere auch für Verfügungen, die der bisherige Gläubiger oder ein vermeintlicher Cessionar nach den §§. 350, 351 mit Wirksamkeit gegenüber dem nunmehrigen Gläubiger vorgenommen hat,

und für die Leistung an den Besizer, durch die der Schuldner nach §. 774 von der Verbindlichkeit gegenüber dem Eigenthümer frei geworden ist.)

Der Antrag wurde angenommen.

Man erwog, daß es in der Konsequenz der §§. 812, 850, 2232 liegen würde, auch an den in der Motivirung des Antrags bezeichneten anderen Stellen eine entsprechende Vorschrift aufzunehmen, da deren Fehlen namentlich bei der Cession, für welche die beiden Sätze zuträfen, auffallend erscheinen müßte, daß es aber zweifellos richtiger sei, anstatt mehrerer gleichartiger, unter die verschiedensten Materien zerstreuter Bestimmungen eine allgemeine Vorschrift da einzustellen, wo die ungerechtfertigte Bereicherung im Zusammenhange behandelt werde.

§§. 745, 776.
Grumblos
bezw. rechts-
widrig er-
langte Ford.

VIII. Zu den §§. 745, 776 war der Antrag gestellt, die Vorschriften zu fassen:

§. 745. Ist Jemand ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingegangen, so kann er die Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Der Anspruch ist unverjährbar.

§. 776. Hat Jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten erlangt, so kann der Verletzte die Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Der Anspruch ist unverjährbar.

(Vergl. Strohal in Jherings Jahrbüchern 34 S. 366, 367.)

Von anderer Seite wurde beantragt, als §. 189a oder §. 248a einzuschalten:

Ist der Schuldner berechtigt, von dem Gläubiger die Aufhebung des Schuldverhältnisses zu fordern, so wird die Verjährung dieses Anspruchs nicht vollendet, solange nicht der Anspruch des Gläubigers aus dem aufzuhebenden Schuldverhältnisse verjährt ist.

(Vergl. §. 813 Abs. 3, §. 1076; Jacubeky, Bemerkungen S. 39, 40.)

Die Komm. lehnte die Wiederaufnahme der Berathung über die Anträge, die in ähnlicher Form bereits bei der früheren Berathung des Allg. Theiles (Bd. I S. 236 bis 238) gestellt worden waren, ab.

§§. 746, 747.
Unerlaubte
Handlungen.

IX. Zu §. 746 kamen unter Aussetzung anderer Anträge zunächst nur die beiden folgenden Vorschläge zur Berathung:

1. den Eingang des §. 746 unter Streichung des §. 747 zu fassen:

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines Anderen . . .

2. im Abs. 1 hinter den Worten „ein Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt“ die Worte einzufügen „oder durch eine Handlung, die gegen Treu und Glauben verstößt, einem Anderen Schaden zufügt“.

Der Antrag 1 wurde gebilligt.

Der Antragsteller führte aus, daß sein Vorschlag in der Hauptsache redaktioneller Natur sei. Bei der früheren Berathung habe man den lehrhaften Schlußsatz des Entw. I §. 704, daß als Verletzung eines Rechtes „im Sinne der vorstehenden Vorschrift“ auch die Verletzung eines der einzeln auf-

geführten immateriellen Rechtsgüter anzusehen sei, mit Recht gestrichen, da die heutige Wissenschaft ein persönliches Recht im weiteren Sinne annehme. Danach aber finde sich im Entw. II nirgends unmittelbar ausgesprochen, daß die Verletzung dieser Güter sich civilrechtlich als Delikt darstelle.

Dem Antrage wurde entgegengehalten, daß es nach seiner Fassung fraglich erscheine, ob alle Rechtsgüter gedeckt seien; die Schlußklausel, „oder ein sonstiges Recht“ schließe sich an „Eigenthum“ an und könne daher enger verstanden werden.

Ferner wurde eingewendet, es könnten dadurch, daß im ersten Halbsatz einzelne Rechtsgüter besonders genannt würden, Zweifel entstehen bezüglich der Tragweite der im zweiten Halbsatz erwähnten Gesetze. Verfehlungen gegen Gesetze, die zunächst den Schutz der Allgemeinheit bezwecken, können zugleich ein Delikt gegen den Einzelnen enthalten, wie die Vorschrift des St. G. B. §. 158 beweise. Letztere Auffassung wurde vom Antragsteller bekämpft.

Den Antrag 2 nahm der Antragsteller, der mit dem Vorschlage den Bestrebungen gegen den unlauteren Wettbewerb dienen zu wollen erklärte, zurück, nachdem darauf hingewiesen worden war, daß von Treu und Glauben im Entw. nur bei bestehenden Schuldverhältnissen gesprochen werde.

X. Ein Antrag, den Eingang des §. 748 zu fassen:

Wer der Wahrheit zuwider eine Behauptung aufstellt oder verbreitet . . . ,

§. 748.
Gefährdung
des
Kredits etc.

wurde der Red. Komm. überwiesen. Auf die der Kritik entnommene Erinnerung gegen den Text des Entw., daß eine „Thatfache“ immer war sei, wurde entgegnet, daß auch das St. G. B. §. 187 von einer „unwahren Thatfache“ spreche und daß bei der Beziehung des §. 748 auf nur Thatächliches zur Wahrung des richtigen Sinnes wenigstens gesagt werden müsse „eine auf eine Thatfache bezügliche Behauptung“.

XI. Zu §. 749 war beantragt:

1. die Bestimmung des Entw. dahin zu erweitern:

Wer durch arglistige Täuschung oder durch widerrechtliche Drohung oder wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt, einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist ihm zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

2. der Bestimmung nachstehende Fassung zu geben:

Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt, einem Andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Andern zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Die Anträge wurden abgelehnt.

§. 749.
Illegale
Handlungen.

Für den Antrag 1 machte der Antragsteller geltend, daß es aus Zweckmäßigkeitsgründen angezeigt erscheine, die Delikte des Betrugs und der Nöthigung bezw. Erpressung besonders zu erwähnen und nicht hinter dem Verstoß gegen die guten Sitten zu verstecken. Dieser Auffassung wurde jedoch entgegengehalten, das Strafgesetz bezwecke, indem es den Betrüger und Erpresser mit Strafe bedrohe,

auch den Schutz des Einzelnen. Wollte man jener Delikte hier besonders Erwähnung thun, so würde der Sinn des §. 746 verdunkelt werden.

Bei der Berathung des Antrags 2 wurde festgestellt, daß das Wort „vorsätzlich“ in Uebereinstimmung mit dem in der neueren Rechtswissenschaft feststehenden Sprachgebrauche dahin zu verstehen ist, daß Vorsatz bei der Handlung mit dem Bewußtsein der Schädigung genügt. Andererseits verstand man unter einem dem Thäter zustehenden Rechte nur ein spezielles subjektives Recht, nicht eine nur als Ausfluß der allgemeinen Freiheit bestehende Befugniß. Hieraus wurde gefolgert, daß eine vorsätzliche, einen Anderen schädigende, nicht in Ausübung eines Rechtes vorgenommene Handlung ihren Urheber doch nicht schlechthin, sondern nur dann zum Schadenersatze verpflichten dürfe, wenn mit derselben gegen die guten Sitten verstoßen werde, da das Gesetz andernfalls die persönliche Freiheit aufheben würde. Jene Worte, in welchen der Antragsteller eine Abschwächung des Gedankens erblickte, enthalten also im Gegentheil einen nothwendigen Bestandtheil des Rechtsatzes.

Im Anschlusse hieran wurde von einer Seite zur Sprache gebracht, ob es nicht mit Rücksicht auf die Beweislast richtiger sein würde, die Worte „durch eine Handlung vornimmt“ an ihrer jetzigen Stelle zu streichen und die darin enthaltene Modifikation am Schlusse mit den Worten „es sei denn, daß“ anzuschließen. Der Kläger habe nicht als Voraussetzung seines Schadenersatzanspruches den Mangel eines Rechtes beim Beklagten, vielmehr habe dieser als befreienden Umstand das Vorhandensein eines solchen zu beweisen. Die sachliche Richtigkeit dieser Bemerkung wurde anerkannt.

§. 756.
Verletzung der
Haftung.

XII. Zu §. 756 war der Antrag wiederholt¹⁾ worden, im zweiten Satze die Worte „der Schaden durch ein Hausthier entstanden ist und“ zu streichen.

Der Antragsteller bemerkte begründend, daß kein Anlaß bestehe, für das Halten eines Thieres, das nicht zu den Hausthieren gehöre, die für alle ähnlichen Fälle abgelehnte Garantiepflicht aufzustellen.

Die Wiederaufnahme der Berathung wurde abgelehnt.

§. 762.
Verletzung der
Amtspflicht.

XIII. Zu §. 762 Abs. 1 war beantragt, den zweiten Satz dahin zu ändern:

Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Dritte den Schaden durch Gebrauch der zulässigen Rechtsmittel hätte abwenden können oder auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Der Antrag enthält eine theilweise Wiederaufnahme eines bereits bei der ersten Berathung gestellten Antrags (Bd. II S. 659), der insofern weiter ging, als er den Ausschluß der Haftung des Beamten bei Versäumung von Rechtsmitteln auch auf die Haftung für vorsätzliches Verschulden erstrecken wollte. Für den jetzigen beschränkteren Vorschlag machte der Antragsteller, nachdem die Komm. die Wiederaufnahme der Berathung beschlossen hatte, Folgendes geltend:

Die Regelung des §. 762 sei für den Beamten hart und im dienstlichen Interesse nicht wünschenswerth. Die Entschlossenheit und Thatkraft des Beamten

¹⁾ Vergl. Bd. II S. 646 (Antrag 2).

werde gelähmt, wenn er gewärtig sein müsse, für jedes Versehen, auch das geringste, mit seinem Vermögen einstehen zu müssen. Die Mehrheit, welche die Vorschrift beschloffen, habe seinerzeit selbst anerkannt, daß die Regelung des Entw. eine unerwünschte Mengflichkeit in der Amtsführung zur Folge haben könne, die gleichbedeutend sei mit einer Schwächung der staatlichen Vollzugsgewalt. Es müsse als ein Vorzug gegenüber dem Entw. I anerkannt werden, daß die Haftung des Beamten wenigstens dahin gemildert worden sei, daß sie bei fahrlässigem Verschulden erst dann eintrete, wenn der Beschädigte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermöge. Es sei aber, was von mehreren Bundesregierungen vertreten werde, noch die weitere Abschwächung geboten, daß der Beamte für Fahrlässigkeit nur dann hafte, wenn der Schaden nicht durch den Gebrauch der zulässigen Rechtsmittel habe abgewendet werden können. Das Nächstliegende und Natürlichste sei, daß derjenige, der sich durch eine amtliche Verfügung geschädigt glaube, Abhülfe durch Einlegung des gesetzlich geordneten Rechtsmittels suche. Der Instanzenzug sei gerade dazu da, diese Abhülfe in der einfachsten, sichersten und schnellsten Weise zu erzielen. Der Beamte könne überdies billigerweise verlangen, daß seine Handlungsweise zunächst der Prüfung der vorgesetzten Behörde unterstellt werde, die mit den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen, mit den Eigenthümlichkeiten und den besonderen Anforderungen seines Amtes am besten vertraut sei. Der Gesetzgeber sei daher vollberechtigt, aus der Gewährung des Instanzenzugs die Folgerung abzuleiten, daß der Beamte nicht hafte, soweit der Schaden durch Beschreitung des Instanzenwegs hätte abgewendet werden können.

Zur Rechtfertigung des abweichenden Standpunkts des Entw. sei bei der früheren Berathung auf solche Geschädigte hingewiesen worden, die im guten Glauben an die Richtigkeit und Unanfechtbarkeit des ihnen zu Theil gewordenen Bescheids ohne Verschulden die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels versäumen. Man habe dabei Fälle seltener Art im Auge. Heutzutage finde man nicht mehr, namentlich auch nicht in den unteren Schichten der Bevölkerung den guten Glauben an die Unanfechtbarkeit der Entscheidung einer Unterinstanz; ebensowenig sei es heute die Gepflogenheit der Leute, eine ihnen nicht genehme behördliche Entscheidung ohne Weiteres für richtig zu halten. Erhebliches Gewicht könne sodann auch dem Hinweise darauf nicht beigelegt werden, daß, wenn der Nichtgebrauch der Rechtsmittel sich als ein verschuldeter darstelle, die Anwendung des §. 217 zu einer Entlastung des Beamten führen werde. Ob die Praxis in der unterlassenen Einlegung von Rechtsmitteln ein mitwirkendes Verschulden des Beschädigten erblicken werde, sei nicht ganz zweifellos, da namhafte Rechtslehrer z. B. Windscheid, Pand. Bd. II §. 470 Note 1, annehmen, daß die Nichteinlegung des zulässigen Rechtsmittels den Ersatzanspruch überhaupt nicht berühre. Möge man aber auch unter Umständen in der Versäumung des Rechtsmittels ein unter den §. 217 fallendes Verschulden erblicken können, so sei die Lage des Beamten doch mißlich. Er müsse dem Geschädigten das Verschulden beweisen und werde, selbst wenn ihm dies gelinge, selten eine völlige Abweisung des Klägers erzielen, da der in seinem Ermessen nicht beschränkte Richter in Ermangelung genügender Anhaltspunkte vielfach zu einer Vertheilung des Schadens zwischen dem Beamten und dem Geschädigten seine Zuflucht nehmen werde.

Selbst im günstigsten Falle bleibe bestehen, daß der Beamte den Prozeß ohne Noth über sich ergehen lassen müsse. Ein gewisser Schutz gegen die Behelligung mit ungerechtfertigten Ersatzansprüchen bestehe allerdings für die Beamten in den Gebieten, in denen wie im §. 11 des E.G. zum G.B.G. vorgesehen sei, die gerichtliche Verfolgung der Beamten von der Vorentscheidung einer besonderen Behörde darüber abhängig gemacht sei, ob sich der Beamte einer Ueberschreitung seiner Befugnisse bezw. der pflichtwidrigen Unterlassung einer Amtshandlung schuldig gemacht habe. Es erscheine jedoch fraglich, ob diejenigen Bundesstaaten, welchen diese Einrichtung fremd sei, in der Lage sein werden, sie einzuführen. Einmal werde, wenngleich die herrschende Meinung jetzt auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehe, von einzelnen Schriftstellern fortgesetzt in Zweifel gezogen, ob überhaupt der erwähnte §. 11 den Staaten, die beim Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes die Vorentscheidung nicht gekannt haben, die Einführung einer solchen noch gestatte (vergl. z. B. Struckmann und Koch, Kommentar 6. Aufl. Anm. 6 zu §. 11 des E.G. 3 G.B.G.). Sodann aber sei keineswegs sicher, ob es den betreffenden Regierungen gelingen werde, die Zustimmung der übrigen gesetzgebenden Faktoren zu einem Vorgehen nach der fraglichen Richtung zu gewinnen. Zudem werde das, was durch die Vorentscheidung nur mittelbar erzielt werde, durch den Antrag unmittelbar und in vollkommener Weise erreicht. Wenn endlich gegen den Antrag eingewendet worden sei, daß danach Jeder, um völlig sicher zu gehen, genöthigt sein würde, allemal die zulässigen Rechtsmittel einzulegen, und daß sich daraus eine übermäßige Belastung der oberen Instanzen und eine Schwächung des Ansehens der Unterinstanzen ergeben könnte, so dürfe auf die entgegenstehenden Erfahrungen in Sachsen verwiesen werden. Man habe zwar diesen Hinweis bei früherer Gelegenheit mit dem Bemerken zurückgewiesen, daß in Sachsen der Staat hafte; dabei sei aber übersehen worden, daß der Staat dort nur insoweit hafte, als der Beamte selbst haftbar sei. Im Uebrigen könne der erwähnte Einwand mit ungleich mehr Recht gegen die jetzige Regelung erhoben werden. Bleibe es bei dieser, so sei zu besorgen, daß der erstinstanzliche Beamte durch die weitgehende Verantwortlichkeit sich veranlaßt sehen werde, sobald ihm irgend ein Zweifel bekomme, zu seiner Entlastung eine ablehnende Entscheidung zu geben, und daß dadurch die Betheiligten in zahlreichen Fällen zur Ergreifung von Rechtsmitteln genöthigt sein würden.

Der Kernpunkt der Frage sei, ob man bei einem Gegenstande, bei dem das Staatswohl und das Privatinteresse sich kreuzen, das entscheidende Gewicht auf das letztere zu legen habe oder ob die thunlichste Berücksichtigung beider Interessen anzustreben sei. Indem der Antrag sich der zweiten Alternative zuneige, befinde er sich zugleich mit den neueren Gesetzgebungsarbeiten auf diesem Gebiete im Einklange. Denn außer dem sächf. Gesetzbuch (§§. 1506, 1507) und den schon bei der früheren Berathung (Bd. II S. 661) angezogenen Entwürfen stehen auch das Züricher Gesetzbuch (§§. 1852, 1854) und das österreichische Gesetz v. 12. Juli 1872 (§. 1) auf dem Standpunkte des Antrags. Für das preuß. Recht liege ein Urtheil des Oberlandesgerichts zu Cassel und des Reichsgerichts vor (Seuff. Arch. Bd. 41 Nr. 18), das nicht wohl anders als im Sinne des Antrags verstanden werden könne.

Die Komm. lehnte den Antrag mit allen gegen zwei Stimmen ab. Man

hielt die Ausführungen des Antragstellers gegen die Begründung des früheren Beschlusses nicht für überzeugend, diese Begründung vielmehr auch jetzt noch für zutreffend. Es wurde insbesondere erwogen, daß im Falle eines noch offenen stehenden Rechtsmittels schon die Fassung des Entw. der Absicht des Antrags genüge, daß daher nur die Fälle in Betracht kommen, in welchen der Geschädigte es unterlassen habe, von dem zulässigen Rechtsmittel rechtzeitig Gebrauch zu machen. In diesen Fällen aber, so wurde angenommen, ergebe sich aus dem §. 217 eine sachgemäße Entscheidung. Dieses Ergebnis entspreche auch der in Preußen bei dem Mangel einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift durch die Jurisprudenz ausgebildeten Meinung, wie sie insbesondere in der Rechtsprechung des vormaligen Ober-Tribunals und in der Wissenschaft durch Dernburg, Privatr. II §. 298 Note 24, Vertretung gefunden habe, während die vom Antragsteller in Bezug genommene Entscheidung des Reichsgerichts nicht als Ausdruck der allgemeinen Rechtsüberzeugung anerkannt werden könne. Die Vorschriften des sächs. B.G.B. §§. 1506, 1507 stehen in innerem Zusammenhange mit dem dort nach §. 781 allgemein geltenden Satze, daß ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten den Beschädiger außer im Fall absichtlicher Verschuldung von der Haftung für Schadenersatz befreie. Da der Entw. §. 217 in dieser Beziehung einen anderen Standpunkt einnehme, so erscheine es richtig, die hier getroffene Entscheidung auch der Beantwortung der vorliegenden besonderen Frage zu Grunde zu legen.

XIV. Zu §. 775 lag der Antrag vor, den Abs. 2 zu fassen:

Hat der Erfazpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so bleibt seine Verpflichtung zur Rück-
erstattung nach den für die Herausgabe einer ungerechtfertigten
Bereicherung geltenden Vorschriften bestehen, auch wenn der Anspruch
auf Schadenersatz verjährt ist.

(Vergl. Strohal in Jhering's Jahrbüchern 34 S. 363 und die
Deklaration des A.L.R. I. 6 §. 54 v. 31. März 1838.)

Der Antrag wurde der Red.Komm. überwiesen, um zu prüfen, ob das
von der Fassung des Entw. in der Kritik befürchtete Mißverständniß möglich ist.

418. (§. 8503 bis 8514.)

I. Mit Rücksicht auf die für die nächste Zeit bevorstehende Behinderung
eines Mitglieds wurde zunächst ein dem Sachenrecht angehörender Antrag er-
ledigt, der dahin ging,

die systematische Anordnung des materiellen Inhalts der §§. 1022 bis
1099 wie im Entw. I vorzunehmen, also voranzustellen:

- I. Buchhypothek (Hypothek ohne Hypothekenbrief)
und an diese anzuschließen:
- II. Briefhypothek (Hypothek mit Hypothekenbrief).

Dem Antrage war nachstehende schriftliche Begründung beigegeben:

„In einem großen Theile des Reichs, insbesondere in Bayern, bestehen
ernste Bedenken gegen die Einführung der Briefhypothek. In anderen Bundes-
staaten werden Bedenken laut gegen andere dort bisher unbekannte Belastungs-

§. 775.
Verjährung
des Erfaz-
anspruchs.

Hypothek.
§§. 1022
bis 1099.
Systematische
Anordnung.