

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche

Ehrenzweig, Armin

Wien, 1908

II. Die Sozialpolitik des Entwurfes

II. Die Sozialpolitik des Entwurfes.

§ 5. Die Frauen.

Die Société de législation comparée hat sich am 26. Februar l. J. mit der vermögensrechtlichen Stellung der Ehefrau in Oesterreich sehr eingehend beschäftigt. Der Bericht-erstatte Marcel Savagnac¹⁾ bemerkt: „Le code autrichien crée à la femme la liberté la plus étendue et une capacité entière d'acquérir, d'administrer, de disposer de ses biens“. Professor Thaller²⁾ findet in unserem Güterrechte quelque chose de légèrement outrecedant. Es ist freilich merkwürdig, daß bei uns der Mann den standesmäßigen Unterhalt einer reichen Frau aufbringen und allein die gemeinsamen Kinder erhalten und versorgen muß, während es der Frau freisteht, ihr Einkommen nach Gutdünken zu verwenden oder anzusammeln; nicht einmal die selbstverständliche Pflicht³⁾, den erwerbsunfähigen Mann zu erhalten, hat unser Gesetzbuch der Frau auferlegen wollen. Dennoch sind die Frauen bei uns nicht besser daran als anderwärts. Denn für die große Masse kommt das gesetzliche Güterrecht kaum in Betracht. Die Frau, weit entfernt, die gleichberechtigte Genossin des Mannes zu sein, ist nicht selten seine Sklavin. Was sie erwirbt, erwirbt sie ihm, zufrieden, wenn er ihr gestattet, das Erworbene für den gemeinsamen Haushalt zu verwenden.

¹⁾ Bulletin mensuel, p. 203 bis 232.

²⁾ Ebenda, S. 233.

³⁾ Krausz, System, 4. Aufl. § 440 bei Note 8. Savagnac a. a. D., S. 206.

Das Kreisgericht Suczawa hat eine Frau von einem Verbrechen losgesprochen, daß sie auf Geheiß ihres Mannes begangen hatte¹⁾. „Für die Freisprechung war die Erwägung maßgebend, daß die bäuerliche Landbevölkerung der Bukowina die Herrschaft des Mannes in weit ausgeprägterer Form anerkennt als die städtische. Auf dem Lande gelte die patria potestas in ihrer potenziertesten Strenge und der Wille des Hausherrn dulde keinen Widerspruch, am wenigsten von Seite des ihm in sklavischer Ergebenheit unterwürfigen Weibes, das in den Händen des Ehemannes zum Werkzeuge wird, beraubt des letzten Restes eigenen Willens.“ Auch bei den Bauern der westlichen Länder unserer Monarchie ist nach der richtigen Bemerkung Wellspacher's²⁾ der Mann „ein völlig autokratischer Herrscher“ und auch darin hat Wellspacher Recht, daß es nicht die Aufgabe des Gesetzes ist, den Bauern modern zu machen³⁾.

Die „paritätische Ehe“ läßt sich nicht durchsetzen. Aber gegenüber dem Mißbrauche der Gewalt darf die Gesetzgebung nicht gleichgiltig bleiben. Sie darf ihr Ohr nicht dem Jammer all der unglücklichen Weiber verschließen, die gezwungen sind, in harter Arbeit und unter Vernachlässigung ihrer Mutterpflichten arbeitschwere Trunkenbolde zu erhalten.

Viel kann freilich das bürgerliche Recht zum Schutze der mißhandelten und ausgebeuteten Frauen nicht beitragen. Den ärgsten Mißbräuchen könnte immerhin eine Änderung des § 93 a. b. G. B. steuern. Das Gesetz sollte der Frau gestatten, die eheliche Gemeinschaft eigenmächtig aufzuheben, wenn der Mann ihre körperliche Sicherheit oder ihr wirtschaftliches Auskommen gefährdet. Vgl. schweizer. G. B., § 170, Abs. 1, dtsh. G. B., § 1353⁴⁾.

¹⁾ Entscheidungen des Kassationshofes, N. F., IX, Nr. 3377 (21. Oktober 1907!).

²⁾ Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 260.

³⁾ N. a. O., Note 7.

⁴⁾ Vgl. Wegel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, Archiv f. bürg. Recht, Bd. 26, S. 54 ff.

Der Entwurf weiß von dieser Not nichts. Dafür erfüllt er in reichem Maße die Wünsche der „Frauen“, d. h. der Vereinsdamen¹⁾; die Vereinsdame ist ihm zugleich das Musterbild heutiger Weiblichkeit. In den erläuternden Bemerkungen zu § 5 (Zeugnisfähigkeit der Frauen) wird uns die veränderte Stellung der Frau zu Gemüte geführt: „Frauen beteiligen sich am Vereinsleben und immer mehr tritt das Streben zutage, den jungen Mädchen eine umfassende und gründliche Ausbildung zu gewähren.“ Also die Mädchengymnasien und Lyzeen sind auch nicht vergessen! Vergessen ist nur das Volk, die große Masse.

Man wird gleichwohl die Zulassung der Frauen zum Formzeugnisse und zur Vormundschaft billigen können. Schon das b. G. B. hat sie — aus zwingenden Gründen — zu beidem, wenn auch nur ausnahmsweise, berufen. Will man nun, statt die Ausnahmen zu vermehren, gleich die ganze Regel umstoßen, so wird doch das Leben selbst diese Regel stillschweigend wieder herstellen. So ist es ja auch im Deutschen Reiche. Die Vormünderinnen haben sich dort bisher trefflich bewährt²⁾, sie sind aber auch nicht allzu häufig. Das verraten die preußischen Ministerialverfügungen von 1906³⁾, indem sie eine ausgedehntere Heranziehung der Frauen und zugleich die Belehrung der Waisenräte empfehlen, denen anscheinend die Möglichkeit, geeignete Frauen zur Vormundschaft heranzuziehen, vielfach noch nicht recht zum Bewußtsein gekommen sei.

Allerdings kann nach dem deutschen B. G. B. die uneheliche Mutter nicht gegen ihren Willen zur Vormünderin des Kindes bestellt werden, während unser Entwurf sie ebenso wie das französische Gesetz vom 2. Juli 1907 zur Übernahme der Vormundschaft zwingt. Es kann ihr also die erbetene Unter-

¹⁾ Die erläuternden Bemerkungen berufen sich auf Eingaben des Allgemeinen österr. Frauenvereines, des Bundes der österr. Frauenvereine und des Vereines Frauenbund in Brünn.

²⁾ Das ergibt sich aus literarischen Äußerungen; auch ist es mir auf Anfrage von deutschen Praktikern bestätigt worden.

³⁾ Bei Endemann, Lehrbuch, § 219, N. 6.

stützung durch einen Vormund verjagt werden¹⁾. Damit wäre der Schwierigkeit, geeignete Vormünder aufzutreiben, gründlich abgeholfen — aber doch nur auf dem Papier²⁾. Selbst ein lässiger Vormund ist besser als gar keiner.

Der dritte Titel — Berufung von Frauen zur Vormundschaft — entspricht übrigens nicht einmal dem doktrinären Standpunkte der Frauenvereine. Er enthält nämlich Bestimmungen über die Mitvormundschaft (§ 15), die den Geschlechtsunterschied aus ganz unerfindlichen Gründen stark betonen. Nur einer Frau muß in gewissen Fällen ein Mitvormund beigegeben werden und der Mitvormund muß durchaus ein Mann sein. Einer Vormünderin wird also entweder ein männlicher Mitvormund zur Seite gestellt oder gar niemand. Das deutsche Gesetzbuch (§ 1792) ist an dieser Wunderlichkeit unschuldig.

Helle Willkür ist es, daß der Vater im letzten Willen zwar seiner Frau, dagegen nicht z. B. seiner Schwester einen Mitvormund beigegeben kann (§ 15, Z. 1). Und was sagen denn die einflußreichen Vereine dazu, daß im § 198 a. b. G. B. nur die Worte „männlichen Geschlechtes“ wegfallen sollen (Entw. § 12), daß die Vormundschaft also auch in Zukunft zuerst dem väterlichen Großvater und dann erst der Mutter anvertraut werden soll³⁾, obwohl die Sorge für Unterhalt und Erziehung des Mündels nach dem Vater, also noch vor dem Großvater der Mutter obliegt (§ 143 a. b. G. B.)?

§ 6. Die Kinder.

Über den Vormundschaftsrat (8. Titel) und über den amtlichen Vormund (11. Titel) kann man sich vorläufig kein

¹⁾ Auf Beigegeben eines Mitvormundes hat sie — aber nur im Nothfalle — Anspruch nach § 15, Z. 4 Entwurf.

²⁾ Vgl. Schauer in den Schriften des Kinderrechtskongresses II, S. 55.

³⁾ Der Vorzug des Großvaters, der uns so sonderbar anmutet, hängt mit einer längst aufgehobenen Anordnung des Ehepatentes von 1788 (§ 3) und mittelbar mit römischrechtlicher Überlieferung zusammen. Vgl. v. Harraßowski, Entw. Hortens, S. 79, N. 9.

Urteil bilden. Der Entwurf verbreitet sich weitläufig über allerlei Nebensachen, die besser einem Dienstunterrichte hätten vorbehalten werden sollen, überweist aber die Lösung wichtigerer Fragen ausdrücklich dem Verordnungswege. Der Grund kann entweder darin liegen, daß die Regierung nicht recht weiß, was sie will, oder — wahrscheinlicher — darin, daß sie um gewisse autonomistische Bestrebungen herumzukommen sucht, die dem Lande und der Gemeinde einen angemessenen Einfluß auf den Kinderschutz wahren wollen¹⁾. So bleibt es der Verordnung vorbehalten (§ 43), die zur Ernennung des Vormundschaftsrates berufene Stelle (§ 40, letzter Abj.) zu bezeichnen. Eine Verordnung wird vielleicht dem Vormundschaftsrate die Zuweisung von Ziehkindern an Privatpersonen übertragen²⁾; es sind aber — merkwürdig genug³⁾ — „anderweitige gesetzliche Anordnungen“ ausdrücklich vorbehalten. Denn „allenfalls könnte auch ein anderes Organ (Gemeinde) mit der Erteilung der Konzession betraut werden“⁴⁾.

Von der „Bestellung eines amtlichen Vormundes“ erfahren wir im § 49 so gut wie nichts. Hier ist alles dem Verordnungswege vorbehalten. Vielleicht haben wir uns unter dem amtlichen Vormunde ein „besonderes staatliches Organ“ zu denken. Vielleicht wird ein „zur Führung der Vormundschaft geeignetes Organ der öffentlichen Verwaltung“ dazu berufen; unbestimmter kann man sich nicht mehr ausdrücken⁵⁾. Aber vielleicht wird die amtliche Vormundschaft einfach dem Vormundschaftsrate übertragen werden. Alles das ist nach § 49 möglich. Sicher ist nur, daß die Regierung die Entscheidung der Gesetzgebung nicht anvertrauen will.

¹⁾ Vgl. Schriften des Ersten österr. Kinderschutzkongresses, I, S. 5 (Miether), S. 75 (Weiskirchner).

²⁾ Entwurf § 40, vgl. Schriften des Kinderschutzkongresses, II, S. 13 (Miether), S. 136 (Schauer).

³⁾ Krasnopolski, S. 9

⁴⁾ Erl. Bem., S. 81.

⁵⁾ Im zweiten Abiakte des § 49 ist schlechtweg von „staatlichen oder öffentlichen Organen“ die Rede. Sind denn die staatlichen Organe nicht auch öffentliche Organe?

Besonderer Erörterung bedürfen die Verhältnisse der Pflegekinder. Auf die entgeltliche Pflege bezieht sich außer dem leeren § 34 noch die recht bedenkliche Verjährungsvorschrift des § 194, Z. 5. Die Motive zum dtsh. B. G. B. (I, S. 301) bezeichnen sie als einen heilsamen Schutz „vor unberechtigten, oft alles Maß übersteigenden Ansprüchen, mit denen Pfleger namentlich dann hervortreten mögen, wenn die hinsichtlich der Beerbung oder sonstiger besonderer Vergütungen gehegten Erwartungen sich nicht erfüllt haben“. Wie steht es aber mit berechtigten Ansprüchen? Übrigens läßt sich die Bestimmung leicht umgehen; die Verjährung beginnt ja erst mit der Fälligkeit und der Pfleger hat eben eine Entlohnung erst bei Beendigung der Pflege erwartet.

Auf die unentgeltliche Pflege bezieht sich § 11 des Entwurfes:

„Wenn eine dem Kinderschutz oder der Kinderfürsorge gewidmete Anstalt oder ein solcher Verein ohne Entgelt die Pflege und Erziehung eines vernachlässigten oder verwahrlosten oder eines Kindes übernommen hat, dem die Eltern die notwendige Aufsicht und Erziehung nicht gewähren können, kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag der Leitung der Anstalt oder des Vereines nach Untersuchung des Falles und nach Anhörung der Eltern des Kindes aussprechen, daß das Kind vor Beendigung seiner Erziehung nur mit Zustimmung des Gerichtes der Anstalt oder dem Verein gegen ihren Willen abgenommen werden kann.“

Die erläuternden Bemerkungen (S. 68) berufen sich mit einer ihnen eigentümlichen Wendung¹⁾ auf die französische und englische Gesetzgebung. Tatsächlich liegt unserem § 11 der § 38 eines von Reichher dem Ersten österreichischen Kinderschutzkongresse vorgelegten Entwurfes²⁾ zugrunde, und Reichher ist es, der

¹⁾ „Dieses Begehren ist, wie das Vorbild der französischen und englischen Gesetzgebung zeigt, begründet.“ Als verstände es sich bei einem ausländischen Gesetze von selbst, daß es allen Anforderungen entspreche!

²⁾ Schriften, II, S. 223 f.

in seinem „Motivenbericht“ auf das französische Gesetz vom 24. Juli 1889, Titel II, §§ 17 und 19 und auf die englische Custody of children Act 1891 verweist¹⁾. Hier wird es als Zweck des französischen Gesetzes bezeichnet, zu ermöglichen, „daß Eltern, welche unfähig sind, ihren Kindern ein Mindestmaß von Aufsicht und Erziehung zuteil werden zu lassen und welche insolgedessen im Interesse der Kinder deren Pflege und Erziehung der privaten Wohltätigkeit, also (!) Privatanstalten oder Vereinen übertragen haben, über Antrag der nunmehrigen Erzieher diesen vor Gericht auch die Ausübung ihrer Erzieherrechte bis zur Vollendung des Erziehungswerkes übertragen, so zwar, daß diese Erziehung gegen die Störung durch unzeitgemäße Rückforderung der Kinder durch die Eltern geschützt wird.“ „Den gleichen Zweck verfolgt die englische Custody of children Act 1891.“ Nun beschränkt sich aber weder das französische noch das englische Gesetz auf den Fall der unentgeltlichen Pflege durch Vereine oder Anstalten. Nach dem französischen Gesetze²⁾ können die Eltern auch einer Privatperson, die sich im Vollgenusse der bürgerlichen Rechte befindet, ihre Befugnisse übertragen. Und ganz ebenso verhält es sich auch — was Reichler übersieht — nach dem geltenden österreichischen Rechte. Es ist nicht wahr, daß die elterliche Gewalt unverzichtbar ist. Sie ist freilich „wie Recht so auch Pflicht“³⁾. Aber von der Pflicht können die Eltern durch das Gericht im Namen des Kindes entbunden werden, soferne dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist⁴⁾. Dafür spricht auch § 186 a. b. G. B.: der Pflegevertrag kann die Rechte des Pflegekindes schmälern, nur bedarf er, wenn dies der Fall

¹⁾ Schriften II, S. 264, vgl. auch Reichler ebenda S. 101 f. und Fürsorge für die verwahrloste Jugend I, 2, S. 204, 3, S. 30, III, 1, S. 28.

²⁾ Nur dieses, nicht das wesentlich verschiedene englische Gesetz ist als Vorbild des Reichlerschen Entwurfes und mittelbar unserer Regierungsvorlage anzusehen.

³⁾ Dernburg, Bürg. R. IV, § 81.

⁴⁾ Krainz, System, 4. Aufl., § 462 bei Note 22.

sein soll, der gerichtlichen Genehmigung. Dies ist denn auch der Standpunkt unserer Praxis. Entscheidung vom 7. Oktober 1903, Slg. VI, Nr. 2458 genehmigt den Verzicht des Vaters auf die väterliche Gewalt. Eine Entscheidung des Wiener Oberlandesgerichtes vom 24. April 1889, Z. 5831¹⁾ genehmigt einen Pflegschaftsvertrag, in welchem die Mutter auf die Rückforderung ihres Kindes verzichtet. Also was in Frankreich 1889 eingeführt worden ist, das ist bei uns schon lange rechtens und der Entwurf mit seiner sonderbaren Einschränkung des Rechtssatzes auf Anstalten und Vereine bedeutet nichts anderes als einen Rückschritt.

Eines aber hätte der Entwurf den Pflegekindern gewähren sollen: das gesetzliche Erbrecht — nicht neben, aber doch nach den ehelichen Kindern oder zum mindesten beim Abgange aller Verwandten und des Ehegatten. Die Pflegekinder gehören ja doch zu den nahen Angehörigen; nicht nur § 152 St. B. O. und § 20 Zur. N., auch § 53 unseres Entwurfes zählt sie zur Familie. Ist es nicht unerträglich, wenn der Nachlaß des verwandtenlosen Mannes, des Mannes, der keine andere Angehörigen als die geliebte, im Wohlstande erzogene Pflege-tochter hinterlassen hat, ihr genommen und dem Fiskus zugewiesen wird, während sie selbst sich fortan als Diensthote fortbringen muß? Hinausgestoßen aus dem Hause, das ihr zum Vaterhause geworden ist, bloß weil der Unselige sich nicht rechtzeitig entschlossen hat zu testieren!²⁾

Und ist es gerecht, daß wir beim früheren Tode des verwandtenlosen Pflegekinds lieber dem Fiskus als dem Pflegevater ein Vermögen überlassen, das vom Pflegevater selbst geschenkt oder doch durch seine Opferwilligkeit geschont und zusammengehalten worden ist?³⁾ Se engherziger unsere Vor-

¹⁾ Mitgeteilt in der G. Z. 1892, Nr. 10.

²⁾ Ich habe einen solchen Fall erlebt. Vgl. meine Abh. über die „österreich. Erbfolgeordnung“ in der Ztschr. f. Notariat 1903. Zustimmung Touaillon, Die erbrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes, ebenda 1908, Nr. 27.

³⁾ Vgl. dagegen den Vorschlag Zeillers bei Dfner, Prot. I, 170; v. Vittorelli in den Schriften des Kinderschutzkongresses, II, S. 27.

schriften über die Annahme an Kindesstatt sind¹⁾, je mehr sie dieses Geschäft auf gewisse seltene und nicht immer einwandfreie Fälle beschränken, desto notwendiger ist eine verständige, dem Volksempfinden entsprechende Behandlung des Pflegeverhältnisses.

§ 7. Die Arbeiter.

Den Arbeiterschutz hätte der Entwurf so weit als möglich den Sondergesetzen (der Gewerbeordnung uff.) anvertrauen sollen. Ein „Dienstvertrag“, der im schweren Panzer des zwingenden Rechtes einherhinkt, kann mit dem freien Werkvertrage nicht Schritt halten. Hier wird einmal der irdene Topf den eisernen zerbrechen. Die Grenze zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag ist ja unsicher genug²⁾. Wird sich nun herausstellen, daß die zwingenden Sätze des Entwurfes auf dieses oder jenes Arbeitsverhältnis nicht passen, dann wird man sich deshalb allein schon für die Marke „Werkvertrag“ entscheiden. „Soll es nichtig sein“, fragt Wellspacher (S. 26) angesichts des § 158, „wenn ich mit meinem Hausarzte vereinbare, daß das Entgelt von 1000 Kronen am Schlusse des Jahres zu entrichten sei?“ und ein Praktiker antwortet darauf schon jetzt: das Pauschale fließe nicht aus „einem Dienstvertrag im Sinne der Novelle“³⁾. Zwingendes Recht fordert scharfe Abgrenzung!

Wie wunderbar doch dieser Panzer des Zwangsrechtes gearbeitet ist: an den Gelenken hemmt das Eisen jede Bewegung und dort, wo der Schutz am notwendigsten ist, hat der Panzer ein Loch! Gerade § 172 Entwurf soll nicht zwingen⁴⁾, während z. B. § 162 dem Dienstgeber zwingend vorschreibt, die zum Schutze des Dienstnehmers erforderlichen Gerätschaften auf eigene Kosten herzustellen. Der Bergsteiger

¹⁾ Vgl. Albert Ehrenzweig, Das Verbot der Adoption des eigenen unehelichen Kindes, in der G. Z. 1908, Nr. 19. Zu bedauern ist auch, daß die Alterserfordernisse nicht nachgesehen werden können. Vgl. dagegen dtsh. B. G. B., § 1745 und schon A. L. R. II, 2, § 669.

²⁾ Vgl. Wellspacher, S. 24.

³⁾ Grünberg, Der Dienstvertrag, S. 36, Nr. 57.

⁴⁾ E. Adler, Der Arbeitsvertrag, S. 51; Wellspacher, S. 27.

muß also dem Führer Bergstock, Steigeisen, Rettungsseil, wohl auch die Nägel für das Schuhwerk, wenn nicht gar — bei Gletscherfahrten — warme Kleider auf eigene Kosten liefern. Aber nicht doch, wird man sagen, der Vertrag mit dem Bergführer ist ja ein Werkvertrag¹⁾, er ist zum mindesten kein „Dienstvertrag im Sinne der Novelle“!

Auch das Beispiel Wellspachers, der Vertrag mit dem Dachdecker (S. 26), betrifft einen Werkvertrag. Bleibt also nur die Frage, ob der zwingende § 162 wenigstens im Verhältnis zwischen dem Dachdeckermeister und seinem Gehilfen gelte; aber mit dieser Frage geraten wir in das tiefe Dunkel des § 180²⁾.

Sehr merkwürdig wird der Vertragsbruch des Dienstnehmers behandelt. Der Schauspieler, der den Bühnenleiter mitten in der Spielzeit im Stiche läßt, ersetzt nicht den vollen Schaden, zahlt auch nicht die bedungene Vertragsstrafe, sondern findet den Bühnenleiter mit dem Gehalte ab, den er selbst bis zum Ablaufe der Vertragsdauer hätte verdienen können (§ 173). Ist er also anderwärts mit erheblich höherem Gehalte angestellt worden, so wird er die Folgen des Vertragsbruches sehr leicht ertragen können. Allein dem Bühnenleiter bleibt ein Trost: neben dem übersozialen materiellen Rechte steht ja das barbarische Prozeßrecht, das im § 354 E. O. — von den sozialistischen Doktrinären übersehen — noch einen Rest der Sklaverei gerettet hat³⁾; dem Schauspieler droht Haft, er wird sich daher, um dieser zu entgehen, zu ausreichender Entschädigung verstehen. Und noch ein zweiter Trost: die Gerichte werden ja voraussichtlich auch den Schauspielervertrag nicht als „Dienstvertrag im Sinne der Novelle“ gelten lassen.

Weiter soll auf die von Wellspacher, Adler und Grünberg überzeugend nachgewiesenen Mißgriffe im Rechte

¹⁾ Dagegen — für das deutsche Recht — Martins, Der Bergführervertrag. 1906.

²⁾ Vgl. Adler, S. 10 f.

³⁾ Vgl. dagegen dtsh. Z. P. O. § 888, Abs. 2, Code civil, Art. 1142.

des Dienstvertrages nicht eingegangen werden. Nur einer Bestimmung sei gedacht, die in einem anderen — dem letzten — Abschnitte des Entwurfes vorkommt. Diensteszübe sollen nach § 194, Z. 7 des Entwurfes in drei Jahren verjähren. Das gilt — der Entwurf sagt es ausdrücklich — auch für den Lohn der Dienstboten. Gegenwärtig tritt nach drei Jahren nur die Vermutung der Zahlung ein. Kann der Dienstbote beweisen, daß er seinen Lohn nicht empfangen hat, so kann er bis zum Ablaufe der ordentlichen Verjährungszeit wann immer seine Forderung geltend machen (Hofkanzleidret vom 10. April 1839, Nr. 355). In Zukunft wird er trotz dieses Nachweises mit seinem Ansprüche abgewiesen werden. Das ist das einzige Neue, das der Entwurf den Dienstboten beschert.

§ 8. Die Agentenfrage.

Zur Ausbeutung der Massen dient das Massengeschäft. Hier ist der unmittelbare Verkehr zwischen Unternehmer und Kundschaft ausgeschlossen. Zwischen beide schiebt sich das provisionshungrige Heer der Agenten und deckt den Geschäftsherrn. Der Agent kann mit den unlautersten Mitteln arbeiten, durch verbrecherischen Betrug kann er die Unterschrift des Bestellscheines erschleichen — der Unternehmer weiß davon nichts, er will davon nichts wissen; das ist sein Vorteil. So ist „sein Wüten gleichwie das Wüten einer Schlange, wie eine taube Otter, die ihr Ohr zustopft“.

Die Agentenfrage ist eine Frage von ungeheurer Bedeutung. Daß unserer Gesetzgebung, die so gerne das Modewort „sozial“ für sich in Anspruch nimmt, das Verständnis für diese Frage noch immer nicht aufgegangen ist, gereicht ihr nicht zur Ehre. Nur gegenüber den Ratengeschäften hat sie sich einmal zu einer allerdings unklaren Bestimmung (§ 8, Ratengesetz) aufgerafft. Dafür bemüht sie sich jetzt im Entwurfe eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag der bestehenden gerechten Praxis¹⁾ ein Ende zu machen, um die Versicherten dem Agentenbetrug schutzlos preiszugeben.

¹⁾ Entsch. Sg. Nr. 10402, 13188, I 109, III 870, VII 2652, VIII 3056. Übereinstimmend die englische Praxis; vgl. den lehrreichen

Gegen diese Neuerung und gegen die Verschlechterung unseres trefflichen Irrtumsrechtes überhaupt habe ich mich in einer besonderen Abhandlung¹⁾ ausgesprochen. Ich muß mich deshalb auf den Wunsch beschränken, das dort Gesagte möge das Gewissen unserer Gesetzgeber aufrütteln und wenigstens eine Verschlechterung des heutigen Rechtszustandes von uns abwenden.

Auch die neue Bestimmung über den Wucher (§ 128, Z. 4) wird an den Agenten scheitern. Der Vertrag ist nichtig, „wenn jemand den Leichtsinn oder die ihm bekannte Notlage, Verstandeschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung Gegenleistungen versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistungen²⁾ in auffälligem Mißverhältnisse steht“.

Dem Agenten ist die Notlage bekannt, aber er läßt nicht „sich oder einem Dritten“ etwas versprechen, da er den Vertrag überhaupt nicht abschließt; er übernimmt nur den unterschriebenen Antrag (Bestellschein usw.) zur Beförderung. Der Geschäftsherr aber weiß zwar im allgemeinen, daß seine Agenten fremde Notlage, Unerfahrenheit usw. gerne ausnützen, daß dies aber im einzelnen Falle geschehen sei, weiß er nicht. Danach wäre also gerade dem mit Hilfe von Agenten im großen betriebenen Sachwucher nicht beizukommen.

Ich schlage vor, den Beisatz „ihm bekannte“ wegzulassen, der sich auf den Leichtsinn ohnehin nicht bezieht. Dann wird die Praxis in der Lage sein, das Wissen des Agenten dem Wissen des Geschäftsherrn gleichzustellen, wie dies ja auch im Deutschen Reiche, unbeirrt durch die Einsprüche der Theoretiker, einsichtige Richter tun. In einem Urteile des Oberlandesgerichtes Hamburg vom 9. Dezember 1903³⁾ heißt Fall bei Anson-Prochownik, Grundzüge des englischen Vertragsrechtes, S. 406.

¹⁾ Grünhuts Ztschr. 1908. S. 613 ff., insbesondere über Irreführung durch Agenten: S. 627 ff.

²⁾ Zuerst „Leistung“, nun „Leistungen“!

³⁾ Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung, VIII, 1, 422.

es: „Die Ansicht, daß der § 138² eine bewußte Ausbeutung der Unerfahrenheit zc. des anderen voraussetze (Düringer-Hachenburg, 2, S. 43; Hachenburg, Vorträge, S. 16; Dernburg, 1, S. 382; Planck, § 138, N. 3), führt gerade auf dem regelmäßigen Anwendungsgebiet des § 138² zu befremdlichen Ergebnissen¹⁾. Die Bestimmung würde danach versagen, wenn eine Partei sich bei der Herbeiführung eines Geschäftsabchlusses eines Gehilfen bedient, dieser die Gegenpartei bewußt bewuchert, der Geschäftsherr hiervon nichts weiß und das Geschäft selbst abschließt. Tene Ansicht findet denn auch im Gesetze keine Stütze. Nach dem Wuchergesetze war die Ungiltigkeit die Folge eines strafrechtlichen Verbotes. Der § 138² steht mit einem solchen in keinem Zusammenhang. Was für die Auslegung des Wuchergesetzes galt, kann daher nicht ohne weiteres für die Auslegung der geltenden Vorschrift verwertet werden. Diese besagt, daß jemand sich die näher bezeichneten Vermögensvorteile unter „Ausbeutung“ der Gegenpartei versprechen oder gewähren lassen müsse. Das trifft zu, sobald die eine Partei aus der Unerfahrenheit zc. der anderen ihren — vom Gesetze mißbilligten — Nutzen zieht, ihre Beute gewinnt. Daß das bewußt, absichtlich oder vorsätzlich geschehen müßte, wird nicht angedeutet. Der § 59 Str. G. B.²⁾ gilt im Bereiche des B. G. B. nicht. Auch sonst ist im Zivilrecht keine Bestimmung zu finden, nach der Bewußtsein oder der Vorsatz zu erfordern wäre. Es erscheint auch richtig, daß das Strafrecht ein Rechtsgeschäft nur dann für strafbar erklärt, wenn

¹⁾ Dtsch. G. B. § 138, Abs. 2: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung bergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen.“

²⁾ „Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.“

der verbrecherische Voratz vorliegt, daß das Zivilrecht ihm aber die Wirksamkeit versagt, wenn der objektive Sachverhalt es des Rechtshutes unwürdig erscheinen läßt."

So muß der § 138 des dtich. B. G. B. ausgelegt werden, wenn er eine ernste Waffe gegen den Sachwucher, nicht ein bloßer Theaterdolch sein soll; wäre diese Auslegung wirklich „unrichtig“¹⁾, dann müßte eben das Gesetz entsprechend geändert werden. Die ärgste Verkehrtheit aber wäre eine Fassung (Entwurf § 128), die jene Auslegung und damit auch die Möglichkeit geradezu ausschliesse, dem Massen-Wuchergeschäfte beizukommen.

Auch von diesem wichtigsten Punkte abgesehen, kann die Fassung des § 128, Z. 4 nicht befriedigen. Statt „Gegenleistungen versprechen oder gewähren“ sollte es etwa heißen: „Zugeständnisse machen“. Ferner wären neben Leichtsinns, Notlage uff. auch Abhängigkeit und Zutrauen zu nennen. Dadurch würde die Aufzählung freilich noch länger, ohne doch alle erdenklichen Angriffspunkte des Wuchers mit Sicherheit zu umfassen. Vielleicht gelingt es, die ganze Aufzählung durch eine allgemeine Regel zu ersetzen, die den Grundgedanken ausspricht: Verbot der übermäßigen Ausbeutung persönlicher Verhältnisse, die dem einzelnen beim Vertragschlusse die Wahrung des eigenen Vorteiles unmöglich machen.

§ 9. Die Formvorschriften.

Zwei Feinde hat das Rechtsgeschäft: die Fiktion und den Formalismus. Jene behandelt das Schweigen, als ob es ein Reden wäre, und dieser das Reden, als ob es ein Schweigen wäre. Beide Feinde sehen wir im Entwurfe an der Arbeit.

1. Nach der ungeheuerlichen Vorschrift des § 119 soll in Zukunft das Stillschweigen als Annahme gelten, wenn der Antragsteller auf eine Annahmeerklärung verzichtet hat. Danach werden sich „geschäftsgierige Händler gewiß beeilen, die rechtsunkundige Bevölkerung mit Anträgen auf Lieferung unnützer Waren zu überschwemmen und den Abschluß durch aus-

¹⁾ Kohler, Bürg. Recht, II, S. 101.

drücklichen Verzicht auf die Ausnahmeerklärung zu erleichtern. Gilt infolge dieses Verzichtes das Schweigen als Annahme, so werden zweifellos mindestens neunzig Prozent der Überfallenen in der Schlinge hängen bleiben und die Ware beziehen und bezahlen müssen¹⁾. Wird man hier durch Stillschweigen zum Schuldner, so kann man nach §§ 143, 144 durch Stillschweigen aufhören Gläubiger zu sein²⁾ und nach § 190 wieder durch bloßes Stillschweigen statt des alten Schuldners einen neuen bekommen³⁾.

2. Derselbe Entwurf, der an das Schweigen so wichtige Wirkungen knüpft, hält es für unerlässlich, neue Formvorschriften und damit eine neue Gefahr für vertrauensselige oder rechtsunkundige Leute zu schaffen. Die schlimmste Neuerung ist die aus dem dtsh. B. G. B. (§ 766) herübergenommene Schriftlichkeit der Bürgschaft⁴⁾. Mit beredten Worten hat Dove in seinem Gutachten für den 22. Juristentag⁵⁾ vor dieser Formvorschrift gewarnt und die Erfahrung hat ihm Recht gegeben. Die Frage, ob die mündliche Gutsetzungserklärung, mit welcher der Gläubiger sich begnügt hat, als ungiltige Bürgschaft oder als eine andere — formfreie und darum gültige — Art der Interzession (Beitritt als Mitschuldner, Kreditauftrag) aufzufassen sei, birgt den Keim ärgerlicher Rechtsstreitigkeiten. „Kommt dann noch die Frage der Anwendbarkeit des Handelsrechtes dazu⁶⁾, so wird zum mindesten

1) Der Entwurf einer Novelle usf. in d. Ztschr. f. Handelsrecht, Bb. 62, S. 217. Vgl. auch v. Mayr in d. Jur. Bl. 1908, Nr. 35.

2) Vgl. dagegen Wellpacher, S. 19 f.

3) Es ist schon oben § 3 erwähnt worden, daß das dtsh. B. G. B. hier eine Rechtsbelehrung vorschreibt, auf die unser Entwurf verzichtet.

4) Entwurf, § 130. Warum wird diese Formvorschrift nicht wie die anderen „im Gesetze bestimmten Fälle“ (§ 883 a. b. G. B.) an ihren Ort gestellt, etwa als Ersatz für den gegenstandslosen § 1354 a. b. G. B.? Zu dem ersten, verweisenden Absatz will der neue zweite Absatz des § 883 nicht recht passen.

5) Verhandlungen, I, S. 326 ff.

6) Die handelsrechtliche Bürgschaft bleibt gemäß Art. 317 H. G. B. formfrei.

der Laie — das kann getrost behauptet werden — niemals wissen, ob er sich mit der mündlichen Erklärung zufrieden geben könne oder nicht¹⁾.

Dove geht allerdings in seiner Abneigung gegen die Schriftlichkeit zu weit. Ihm sind Tinte und Feder „die Werkzeuge der Bürokratie und nicht des Volkes“²⁾. Das ist längst nicht mehr wahr. Tinte und Feder sind ein wahrer Segen für das Rechtsleben und die Gesetzgebung sollte darum die Schriftlichkeit nach Kräften fördern; vor allem also sollte der Staat nicht durch unverhältnismäßige Gebührensätze die Parteien von der Beurkundung ihrer Geschäfte abhalten. Sind doch die Gebühren gewöhnlich der einzige Grund, der die Beteiligten auch bei wichtigeren Geschäften veranlaßt, schweren Herzens auf die Beurkundung zu verzichten.

Auch das ist gewiß wünschenswert, daß an die Schriftlichkeit besondere Vorteile hinsichtlich der Sicherung und der Geltendmachung des Rechtes geknüpft werden. Nur zum äußersten Mittel sollte der Gesetzgeber nicht greifen ohne die äußerste Not: zur Richtigerklärung des formlosen Geschäftes. Ich kann daher auch dem Vorschlage Wellspachers³⁾ nicht beitreten, für die Veräußerung von Grundstücken — bei sonstiger Wichtigkeit — die Schriftform festzusetzen. Es ist wahr: „derartige Rechtsgeschäfte werden häufig von Bauern in angeheiteter Stimmung am Bierische abgeschlossen“. Aber wenn das mündlich verkaufte Grundstück wirklich übergeben und bezahlt wird, soll dann der Veräußerer noch nach Jahren — etwa gelegentlich des Auftrages zur Herstellung der Grundbuchordnung — das Grundstück zurückverlangen dürfen? Auch wenn er nicht imstande ist, den Preis zurückzuzahlen? Viel

1) Der Entwurf iif. (oben S. 40 N. 1), S. 219. Vgl. auch Tilk, Der Entwurf einer österreichischen Zivilgesetznovelle, S. 30: Warum sollte „z. B. eine telephonische Erklärung nicht hinreichen, um die Haftung für einige Kronen zu begründen?“

2) Verhandlungen, S. 347.

3) Kritische Bemerkungen, S. 15.

eher dürfte der Gedanke Erwägung verdienen, bei mündlichen Grundstücksveräußerungen ein gesetzliches, unverzichtbares Neurecht, etwa für einen Zeitraum von 24 Stunden zu gewähren. Damit wäre das am Viertische geschlossene Geschäft seiner Gefahr entkleidet; 24 Stunden werden ja zur Ernüchterung genügen. Eine solche Vorschrift könnte volkstümlich werden; sie würde an altes Recht anknüpfen¹⁾, das noch heute nicht ganz abgestorben ist²⁾.

Die sonderbare Formvorschrift des § 50 — Urkundenübergabe vor zwei Zeugen — haben Lill (S. 7) und Wellspacher (S. 34) nach Gebühr gewürdigt³⁾. Gegen die erbrechtlichen Formvorschriften habe ich mich in den Juristischen Blättern, 1908, Nr. 5 und 8 ausgesprochen⁴⁾. Wenn Krasonopolski (S. 23) hinsichtlich der mündlichen Testamente eine Übereinstimmung mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche herstellen, d. h. also wohl das ordentliche mündliche Privat testament beseitigen will und wenn Touailon⁵⁾ das fremdhändige Privat testament bekämpft, so hoffe ich, daß diese Anregungen erfolglos bleiben werden. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch ist allerdings hinsichtlich der Testamentsformen strenger als das unsere; dafür verlangt z. B. das schwedische Recht noch weniger als das österreichische (nur zwei Zeugen). Und wenn zugunsten der Formstrenge geltend gemacht wird, daß der Erblasser der Verfälschung oder Mißdeutung seiner Erklärung nicht entgentreten kann, so darf man andererseits nicht übersehen, daß er den Formmangel nicht mehr gut-

¹⁾ Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 26 ff., dazu Grabil, Ingolstädter rechtshistorische Miscellen, S. 5 ff. Einen eigenen Weg hat das böhmische Stadtrecht G. 40 eingeschlagen (Ungültigkeit der zur Nachtzeit vorgenommenen Grundstücksveräußerung).

²⁾ Mauczka, Altes Recht im Volksbewußtsein, S. 4.

³⁾ Vgl. auch Kafka, S. 6.

⁴⁾ Hinsichtlich des Erbschaftskaufes zustimmend Wellspacher, S. 15, Note 12 und Schiffner, Erbrechtsreform, S. 86.

⁵⁾ Ztschr. für Notariat, 1908, Nr. 27.

machen kann¹⁾. Das mündliche Testament ist unentbehrlich und wenn gelegentlich ein mißglücktes schriftliches Testament als mündliches aufrecht gehalten werden kann, so ist das ein Segen, auf den wir nicht verzichten wollen.

¹⁾ Vgl. auch Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 234.