

21. 1. Setzt die Anwendung des Art. 171 **Ö. z. B. G. B.** voraus, daß die Kündigung beiden Vertragsteilen in gleicher Weise zustand?

2. Über den vertraglichen Ausschluß der Obhutspflicht des Entleiher's (Mieters, Pächters).

Ö. z. B. G. B. Art. 170, 171. **B. G. B.** §§ 278, 549 Abs. 2, § 603.

IV. Zivilsenat. Ur. v. 16. Januar 1939 i. S. Bezirksverband N. (Bekl.) w. Bisium L. (kl.). IV 168/38.

I. Landgericht Wiesbaden.

II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Durch einen mit dem Oberpräsidenten (Verwaltung des Bezirksverbandes N.) zu W. am 28. Februar/6. März 1936 abgeschlossenen Vertrag übernahm das Bischöfliche Ordinariat zu L. die katholische Seelsorge in den Landesheilanstalten E., Ga., He. und W. gegen eine vom Bezirksverband zu zahlende Vergütung von jährlich 4000 RM. Mit der Klage fordert der Kläger die Zahlung der für das Rechnungsjahr 1937 zu entrichtenden Vergütung nebst 4 v. H. Zinsen seit Klagezustellung. Der Beklagte bittet um Klageabweisung. Er erhebt gegen die Klageforderung selbst keine Einwendungen, rechnet aber gegen sie mit einer Gegenforderung auf, der folgender Sachverhalt zugrundeliegt:

Durch Vertrag vom 6./9. Oktober 1857 gestattete Clemens Fürst von M. als Besitzer des Allodialgutes Ma. dem Bischof von L. sowie dessen Nachfolgern im Bistum, auf seinem Grund und Boden in Ma. zum Zwecke der Gründung einer Priesterstation eine Kirche samt

Zubehörungen und ein Priesterhaus samt Nebengebäuden auf eigene Kosten zu bauen, und überwies ihm ferner die Nutznießung von 21 Morgen 135 $\frac{1}{2}$ Ruten Acker und von 6 Morgen 72 $\frac{1}{2}$ Ruten Wiesen so lange in Pacht, als die Priesterstation währe oder bis der Bischof das Pachtverhältnis behoben wissen wolle. Der Bischof verpflichtete sich für sich und seine Nachfolger im Bistum, für die Pachtung der „Bau- und Wirtschaftsgründe“ jährlich einen Pachtzins von 154 Gulden an den jeweiligen Eigentümer des Allodialgutes Ma. abzuführen. Der Fürst widmete für sich und seine Nachfolger den gleichen Betrag von 154 Gulden als jährlichen Sustentationsbeitrag für die Priesterstation. Der Fürst und seine Nachfolger sollten während der Dauer des „Pachtzinsverhältnisses“ unbestrittene Eigentümer der zum Bau der Kirche und der Priesterstation sowie zu deren Sustentation in die pachtweise Fruchtnießung übergebenen Grundstücke sein und bleiben. Andererseits sollten im Falle der Auflösung der Priesterstation nicht nur die überlassenen Gründe des Gutes Ma., sondern auch die auf ihnen aufgeführten Gebäude aller Art „ohne allen Entgelt für allenfällige Baumaterialien und Kosten“ in die freie Verfügung und Benutzung des Fürsten oder seiner Besitznachfolger übergehen, jedoch mit der Ausnahme, daß die Kirche und die ebenfalls zu errichtende Kreuzweganlage für ewige Zeiten nach Maßgabe der Kirchengesetze unter der Jurisdiktion des Diözesanbischofs der gottesdienstlichen Benutzung auch nach Auflösung der Priesterstation gewidmet bleiben sollten. Durch einen am 25./28. April 1873 mit dem Vater Custos der Custodie zu F. abgeschlossenen Vertrag überließ der Bischof dem Orden des hl. Franziskus von der strengen Observanz die Wallfahrtskirche zu Ma. zur Vernehmung des Wallfahrtsgottesdienstes, überwies ihm das Nutznießungsrecht an den bei der Wallfahrtskirche befindlichen Gebäuden und gestattete ihm, von den zum Fürstlich von M.ischen Allodialgute gehörigen Ländereien so viel unentgeltlich in Benutzung zu nehmen, als dem Oberen des Franziskanerordens zweckmäßig erscheine. Der Orden übernahm u. a. die Kosten für die Unterhaltung der Gebäude, soweit die Mittel des Klosters es gestatteten, und verpflichtete sich, die sämtlichen ihm zur Benutzung überwiesenen Realitäten mit der von jedem Fräquilinen zu beanspruchenden Schonung und Fürsorge zu behandeln. Der Vertrag sollte so lange dauern, als der Franziskanerorden kanonisch bestehende und nicht durch die weltliche Macht gehindert werde, in Ma.

ein Kloster zu unterhalten und die Wallfahrtsgottesdienste zu besorgen.

Am 30. März 1937 brannten vom Kloster Ma. Dachstuhl, Mansardenstock, Speicher und Bäckerei ab. Der Brand war dadurch entstanden, daß der als Viehwärter beschäftigte Laienbruder B. in einem neben seiner Zelle unter dem Dache gelegenen Hohlraum auf Pappschachteln eine brennende Kerze aufgestellt und vergessen hatte, sie auszulöschen, als er wegging, um, wie ihm oblag, die Schweine zu füttern. In diesem Hohlraum, zu dem er dadurch Zugang erlangt hatte, daß er von seiner Zelle aus ein Loch durch die Wand brach, hatte er sich ein Versteck für Geld, das er aus dem Opferstock gestohlen hatte, und für solche Sachen angelegt, die er nach der Ordensregel nicht haben durfte. Der Bruder B. wurde u. a. wegen fahrlässiger Brandstiftung rechtskräftig bestraft.

Wegen dieses Brandschadens hat die N.sche Brandversicherungsanstalt nach der Behauptung des Beklagten dem jetzigen Eigentümer der Gebäude, P. A. Fürst von M. in F., eine Entschädigung von über 30000 RM. gezahlt. Sie hat von den auf sie übergegangenen Erfahansprüchen des Fürsten gegen den Kläger einen Teilbetrag von 4000 RM. an den Beklagten abgetreten. Mit dieser Forderung rechnet der Beklagte gegen die Klageforderung auf. Der Kläger bestreitet, daß dem Fürsten von M. ihm gegenüber ein Erfahanspruch wegen des Brandes entstanden sei. Das Landgericht hat den Beklagten nach dem Klageantrage verurteilt. Dieser hat Berufung eingelegt und im zweiten Rechtszuge unter der Behauptung, daß ihm die N.sche Brandversicherungsanstalt einen weiteren Betrag von 2100 RM. abgetreten habe, Widerklage mit dem Antrage erhoben, den Kläger zur Zahlung von 2100 RM. zu verurteilen. Das Oberlandesgericht hat unter Abweisung der Widerklage die Berufung zurückgewiesen. Die Revision des Beklagten blieb erfolglos.

Gründe:

Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Entscheidung des Rechtsstreits gemäß dem Grundsätze des Art. 170 EG. z. BGG. nicht das Recht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern das alte Recht, mithin das in N. in Geltung gewesene Gemeine Recht zugrunde zu legen sei. Die Ausnahnevorschrift des Art. 171 EG. z. BGG. könne, selbst wenn das Rechtsverhältnis als Pachtverhältnis anzusehen

sei, nicht Maß greifen. Diese Vorschrift setze voraus, daß das Recht zur Kündigung des Vertrages beiden Vertragsteilen zustehe. Im vorliegenden Falle stehe zwar dem Bischof das Recht zu, den Vertrag jederzeit, auch vor Aufhebung der Priesterstation, zu kündigen. Dagegen sei der Fürst von M. an das Schuldverhältnis so lange gebunden, als die Priesterstation bestehe. Da dies heute noch der Fall sei, habe für die Rechtsnachfolger des Fürsten seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Möglichkeit bestanden, das Vertragsverhältnis zur Auflösung zu bringen.

Was die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses anlange, jo gehöre nach Gemeinem Recht zu einem Pachtvertrage als einer Unterart der sog. Sachmiete das Versprechen eines wirklichen Pachtzinses, d. h. eines Preises in Geld oder in Früchten, für die zeitweilige Überlassung des Pachtgegenstandes. Mit Rücksicht darauf, daß der Fürst einen gleich hohen Betrag wie den Pachtzins von 154 Gulden als jährlichen Sustentationsbeitrag für die Priesterstation gemeldet habe, könne es schon für das zur Fruchtziehung überlassene Gelände zweifelhaft sein, ob nach dem Vertrage nicht in Wahrheit eine Überlassung ohne Gegenleistung gemeint gewesen sei. Jedenfalls beziehe sich aber der im Vertrage bestimmte „Pachtzins“ nicht auf die Überlassung von Grund und Boden zum Bau der Priesterstation und der Kirche und zum Gebrauch für deren Zwecke. Diese Gebrauchsüberlassung sei, wie aus der stiftungsmäßigen Art des ganzen Rechtsgeschäfts hervorgehe, offenbar als unentgeltliche Gebrauchsüberlassung gedacht gewesen. Das darauf bezügliche Rechtsverhältnis sei also nach den Grundsätzen der gemeinrechtlichen Leihe (*commodatum*) und nicht nach denen der gemeinrechtlichen Sachmiete zu beurteilen. Zwar habe auch der Entleiher nach Gemeinem Recht die Obhutspflicht für die entlehene Sache. Im vorliegenden Falle sei aber anzunehmen, daß die Vertragsparteien die nicht auf Kosten des Grundherren, sondern auf Kosten des Klägers errichteten Gebäude von der den Entleiher in der Regel belastenden Obhutspflicht hätten ausnehmen wollen. Das ganze Rechtsverhältnis habe eine unverkennbare Ähnlichkeit mit dem Rechtsverhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem gemeinrechtlichen *Superficiar*, freilich ohne daß die nach § 8 des Nassauischen Stodbuchgesetzes vom 15. Mai 1851 erforderliche Eintragung des Rechts im Stodbuch hinzugekommen wäre. Gerade bei der gemeinrechtlichen *Superficies* habe

aber die Regel gegolten, daß die Erhaltung oder Wiederherstellung des Gebäudes dem Superficiar nicht oblag, wenn sie ihm nicht besonders auferlegt worden war. Aus der Vertragsbestimmung, daß bei Beendigung des Vertragsverhältnisses auch die auf dem Grund und Boden errichteten Klostergebäude ohne Vergütung für die dafür aufgewendeten Kosten „in die freie Verfügung und Benutzung“ des Fürsten oder seines Rechtsnachfolgers übergehen sollten, könne eine Obhutspflicht des Klägers nicht gefolgert werden. Denn diese Bestimmung erkläre sich aus dem gemeinrechtlichen Grundsatz „superficies solo cedit“ und bedeute an und für sich nur, daß dem Kläger das Wegnahmerecht, daß er für die Gebäude im Falle der Rückforderung der Grundstücke ohne gleichzeitigen Erfaß seiner Verwendungen gehabt haben würde, nicht zustehen sollte. Dies sei in Anbetracht der Freigebigkeit, die der Fürst durch den Abschluß des auf lange Sicht geschlossenen Vertrages bewiesen habe, sowie der Kosten, die der etwaige Abbruch der Gebäude dem Kläger verursacht haben würde, mehr oder weniger natürlich gewesen. — Selbst wenn aber angenommen werde, daß der Kläger nach dem Vertrage von der Obhutspflicht nicht befreit gewesen sei, müsse seine Haftung für den hier in Rede stehenden Schaden verneint werden. Die Überlassung der Klostergebäude an den Franziskanerorden habe keinen vertragswidrigen Gebrauch seitens des Klägers dargestellt. Nach Gemeinem Recht habe aber der Entleiher (übrigens auch der Mieter) für Verschulden eines Dritten, dem er den Gebrauch der anvertrauten (oder gemieteten) Sache überlassen habe, nur dann einzustehen, wenn ihm die Überlassung an den Dritten nicht gestattet gewesen oder wenn ihm (z. B. in der Auswahl des Dritten) ein eigenes Verschulden zur Last gefallen sei. Eine Vorschrift, wie die für alle Schuldverhältnisse geltende des § 278 BGB. oder wie die für Mietverhältnisse besonders aufgestellte des § 549 Abs. 2 BGB., sei dem Gemeinen Recht unbekannt gewesen. Auch die vorliegendensfalls noch in Betracht kommenden Partikularrechte (Mainzer Landrecht und Nassauisches Privatrecht) hätten keine entsprechenden Bestimmungen enthalten. Den Kläger treffe keine Schuld an der vom Klosterbruder B. begangenen fahrlässigen Brandstiftung, auch kein Vorwurf wegen der Auswahl oder Beaufsichtigung des Franziskanerordens. Er sei daher nicht verpflichtet, selbst den Brandschaden zu ersetzen.

Die Revision greift die Auffassung des Berufungsgerichts als

rechtsirrig an, daß Art. 171 *EG. z. BGB.* nur dann zur Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs führe, wenn ein für beide Teile in Betracht kommender Kündigungsstermin unausgenutzt verstrichen sei. Sie verweist darauf, schon früher seien sehr beachtliche Gründe für die Auslegung angeführt worden, daß Art. 171 auch für den Fall eine Überleitung anordne, wenn nur ein Teil kündigungsbererechtigt sei. Jetzt aber habe sich die Lage durch Zeitablauf noch wesentlich geändert. Daß noch heute Miet- oder Pachtverhältnisse nach altem Recht beurteilt würden, müsse als ein unerwünschter Zustand bezeichnet werden, schon weil die abweichende Norm des früheren Rechts den heute noch lebenden Beteiligten nicht bekannt und nur mit Schwierigkeiten zu ermitteln sei. Hinzu komme, daß die Auslegung des Art. 171 in dem bisher herrschenden Sinne weitgehend zur Anwendung römischen Rechts führe, die gerade vom Standpunkte des nationalsozialistischen Rechtsdenkens aus einzuschränken sei. Die sich aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber denen des römischen Rechts ergebenden Fortschritte könnten jedenfalls von dem jetzt herrschenden Standpunkt aus den Vertragsparteien, die unter der Herrschaft des früheren Rechts ein Rechtsverhältnis eingegangen seien, nicht auf die Dauer vorenthalten bleiben.

Nach dem Grundsatz des Art. 170 *EG. z. BGB.* bleiben für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden ist, die bisherigen Gesetze maßgebend. Nur für die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse sieht Art. 171 eine Ausnahme vor. Diese Ausnahmevorschrift wäre mithin von vornherein unanwendbar, wenn das durch den Vertrag vom 6./9. Oktober 1857 begründete Rechtsverhältnis nach dem Willen der Vertragsschließenden eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung zum Gegenstande haben sollte, was nach den Darlegungen des Berufungsgerichts nahe liegt. Auch wenn aber Art. 171 *EG. z. BGB.* an sich für anwendbar erachtet wird, kann den die Rechtsprechung des Reichsgerichts bekämpfenden Ausführungen der Revision nicht gefolgt werden. Nach dieser Rechtsprechung, die mit der im Schrifttum durchaus vorherrschenden Ansicht übereinstimmt, setzt die Anwendung der Ausnahmevorschrift des Art. 171 voraus, daß die Kündigung beider Vertragsteile in gleicher Weise zustand (*RGZ. Bd. 53 S. 170*,

Bd. 95 S. 110). Die in den Artikeln 170 flg. *EG. z. BGB.* getroffene Übergangsregelung beruht auf dem Gedanken, daß die Beteiligten sich die Rechtsform nach dem Rechte ausgewählt haben, wie es zur Zeit der Begründung des Rechtsverhältnisses bestand (*Motive zum EG. S. 255/256; RGZ. Bd. 66 S. 220/221; RG. in JW. 1932 S. 2983 Nr. 10*). Für Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse hat der Gesetzgeber zwar mit Rücksicht auf deren große Zahl und Bedeutung im öffentlichen Interesse eine baldige Unterstellung unter die Vorschriften des neuen Rechts für wünschenswert erachtet, diese Unterstellung aber von dem Unterbleiben einer nach den Vorschriften des bisherigen Rechts zulässigen Kündigung abhängig gemacht. Er ist hierbei von der Erwägung ausgegangen, daß die Vertragsparteien das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis stillschweigend dem neuen Recht unterwerfen, wenn sie es unter dessen Herrschaft fortsetzen, obwohl sie Gelegenheit hatten, es aufzulösen (*Protokolle Bd. VI S. 499 bis 501*). Ein solcher übereinstimmender Vertragswille kann aber nur angenommen werden, wenn beiden Teilen die Auflösung des Vertragsverhältnisses gestattet war. An der Maßgeblichkeit dieser Erwägungen hat sich inzwischen durch den Zeitablauf nichts geändert. Daher besteht keine Veranlassung, von der Auslegung, die Art. 171 *EG. z. BGB.* bisher in der Rechtsprechung des Reichsgerichts gefunden hat, abzugehen. Wenn die Revision es als unerwünscht bezeichnet, daß noch heute Miet- oder Pachtverhältnisse nach dem vor dem 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen Recht beurteilt werden, so ist dem entgegenzuhalten, daß es sich hierbei nur noch um eine verhältnismäßig geringe Zahl von Rechtsverhältnissen handeln wird, und zwar um solche, die, wie das vorliegende, ein besonderes Gepräge tragen und für die daher die Erwägungen des Gesetzgebers, die zur Anordnung der grundsätzlichen Weitergeltung der Vorschriften des alten Rechts geführt haben, in erhöhtem Maße zutreffen. Schon aus diesen Gründen kann der Revision auch der Hinweis nicht zum Erfolg verhelfen, daß die Anwendung römischen (richtiger: Gemeinen) Rechts vom Standpunkte des nationalsozialistischen Rechtsdenkens aus einzuschränken sei. Daß die Anwendung des Gemeinen Rechts im vorliegenden Falle zu einem mit nationalsozialistischem Rechtsdenken nicht zu vereinbarenden Ergebnis führte, behauptet auch die Revision nicht. Unberwertbar ist ferner der Gesichtspunkt, daß den Vertragsparteien die sich aus

den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber denen des Gemeinen Rechts ergebenden Fortschritte nicht auf die Dauer vor-enthalten bleiben könnten. In Wirklichkeit bedeutet die Hervorhebung dieses Gesichtspunktes nur, daß der Beklagte nach der für ihn gegebenen Interessenlage die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber denen des Gemeinen Rechts als für ihn vorteilhafter ansieht. Das kann aber nicht ausschlaggebend sein.

Auch sonst ist im Berufungsurteil kein dem Beklagten nachteiliger Rechtsirrtum sachlich-rechtlicher Art erkennbar. Wenn das Berufungsgericht angenommen hat, daß für die Gebäude, die der Kläger auf dem ihm überlassenen Grund und Boden errichtet hatte, eine Obhutspflicht gegenüber dem Fürsten von M. vertraglich abgeschlossen gewesen sei, so beruht dies auf der rechtlich nicht zu beanstandenden und daher für das Revisionsgericht maßgebenden Auslegung der vertraglichen Bestimmungen. Rechtlich zutreffend ist es aber auch, daß nach dem in Nassau in Geltung gewesenen Gemeinen Recht (vgl. Sahn Das Nassauische Privatrecht S. VI, S. 13/14) selbst bei Bestehen einer Obhutspflicht sowohl der Entleiher wie auch der Mieter oder Pächter im Falle befugter Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten für eine der Sache durch den Dritten zugefügte Beschädigung nur dann einzustehen hat, wenn ihm selbst, z. B. bei der Auswahl des Dritten, ein Verschulden zur Last fällt (Puchta Pandekten 12. Aufl. S. 487, 542 in Verb. mit S. 408; Windscheid-Kipp Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Aufl., 2. Bd. S. 594/595, 739). Daß dem Kläger selbst keinerlei Verschulden an der Entstehung des Schadens zur Last zu legen ist, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen.

Wie die Rechtslage auf Grund der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, insbesondere der §§ 278 und 549 Abs. 2, zu beurteilen wäre, braucht hiernach nicht erörtert zu werden. Insbesondere kann es dahinstehen, ob nicht auch nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Inanspruchnahme des Klägers wegen des entstandenen Brandschadens schon daran scheitern müßte, daß ihm für die Gebäude eine Obhutspflicht dem Fürsten von M. gegenüber vertraglich nicht oblag.