

# BAUWIRTSCHAFT UND BAURECHT

AUSSTELLUNGEN · MESSEN  
WOCHENBEILAGE ZUR DEUTSCHEN BAUZEITUNG

NR.

43 BERLIN 1929  
20. NOV.

HERAUSGEBER: REGIERUNGS-BAUMEISTER FRITZ EISELEN ■ ■ ■  
ALLE RECHTE VORBEHALTEN / FÜR NICHT VERLANGTE BEITRÄGE KEINE GEWÄHR

## JURISTISCHE RANDBEMERKUNGEN ZUM BAUVERTRAGE

AUS DER PRAXIS ZUM BAURECHT

Von Dr. Oscar Schwartz, Syndikus, Berlin

(Schluß aus Nr. 42)

### II. Verpflichtungen des Bestellers.

#### 1. Abnahmepflicht.

Der Besteller ist nach § 640 BGB. verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Hier greifen dann wieder die Bestimmungen über die Verpflichtung des Unternehmers zur Beseitigung von Mängeln ein. Soweit der Unternehmer zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist, braucht der Besteller das Werk nicht abzunehmen. An und für sich kann der Besteller die Abnahme bei jedem Mangel verweigern (OLG. Jena 25. Dezember 1909, Soergel 1910 zu § 640 BGB.). Aber wenn im einzelnen Falle die Umstände derart liegen, daß die Zurückweisung des Werkes wegen geringfügiger Mängel gegen Treu und Glauben verstoßen oder sogar als Schikane erscheinen würde, kann der Unternehmer trotz des Mangels Abnahme und Bezahlung fordern (RG. 24. Januar 1911, Soergel 1911 zu § 655 BGB. Nr. 5).

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obwohl er den Mangel kennt, so kann er die ihm wegen der Mängel zustehenden Rechte nur geltend machen, wenn er sich seine Rechte ausdrücklich vorbehält. Diese Bestimmung bewirkt eine Umkehrung der Beweislast. Hat nämlich der Besteller das Werk abgenommen und weist der Unternehmer nach, daß der Besteller den Mangel bei der Abnahme kannte, so muß dieser beweisen, daß er sich seine Rechte bei der Abnahme ausdrücklich vorbehalten hat. Hat der Besteller das Werk trotz Kenntnis des Mangels bzw. trotz Kenntnis des Umstandes der nicht rechtzeitigen Herstellung abgenommen, so wird mangels eines besonderen Vorbehaltes aus der Abnahme ein Verzicht des Bestellers auf seine Rechte wegen Mangelhaftigkeit oder nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes geschlossen werden müssen.

Die Abnahme ist also ein sehr wesentliches Moment. Sie ist ein tatsächlicher Vorgang, der der Übernahme des gekauften Gegenstandes beim Kauf entspricht (OLG. Breslau 28. September 1905, Soergel 1905 zu § 658 BGB.). Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Urteil vom 10. März/7. April 1908, Soergel 1908 zu § 658 Nr. 1 und § 640 Nr. 1) ist unter Abnahme die Annahme als Erfüllung anzusehen, d. h. die Erklärung, daß man das Werk als der Hauptsache nach dem Vertrag entsprechend annahme. Die Abnahme braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sie kann auch stillschweigend aus dem Inhalt der Handlung entnommen werden. Da dies in der Praxis meistens so sein wird, denn sehr selten wird der Besteller wörtlich erklären, daß er das Werk nunmehr abnimmt, kann es leicht zu Differenzen darüber kommen, ob ein bestimmter Vorgang als stillschweigende Abnahme anzusehen ist oder nicht. Die Umstände des Einzelfalles werden herangezogen werden müssen, um diese Frage zu entscheiden.

Sehr häufig, aber nicht immer wird aus der Benutzung des Werkes die Annahme zu entnehmen sein, nach Ansicht des Reichsgerichts werden die Umstände des Einzelfalles den Maßstab dafür geben, ob die Benutzung als Abnahme anzusehen ist (RG. 17. März 1908, Soergel 1908 zu § 640 Nr. 4). In einer in der Zeitschrift „Das Recht“ 1916 Nr. 225 abgedruckten Entscheidung vom 5. Dezember 1915 hat das höchste Gericht entschieden, daß in dem Einzug des Bauherrn selbst und in dem Vermieten der anderen Wohnungen die Ab-

nahme zu erblicken ist, auch wenn noch kleine Nachbesserungen vorkommen. Es ist zu berücksichtigen, daß bei Bauten nach Fertigstellung immer noch kleine Nachbesserungen vorkommen werden, aus diesem Umstande allein wird man also fast nie eine Nichtabnahme konstruieren dürfen. Ist der Bau aber im allgemeinen noch als unfertig anzusehen, hat der Besteller jedoch in der Annahme, daß die noch vorhandene Unfertigkeit vom Unternehmer beseitigt werden wird, das Werk inzwischen doch in Benutzung genommen, so kann in einem solchen Falle möglicherweise noch keine Abnahme gefunden werden (RG. 2. Dezember 1924, Soergel 1925 zu § 658 BGB. Nr. 1).

Die Bezahlung des Werklohnes gilt im allgemeinen als Abnahme (KG. 15. Dezember 1914, Rechtsprechung der OLG. 55, 59), nur dann wird man aus der Restzahlung des Preises nach Lieferung keine Abnahme entnehmen können, wenn die Zahlung in bestimmten Raten ohne Rücksicht auf die Abnahme zu erfolgen hatte (RG. 1. November 1911, Soergel 1911 zu § 641 BGB. Nr. 5). In der Eintragung einer Hypothek für die Forderungen des Unternehmers erblickte das Kammergericht in seinem Urteil vom 6. Januar 1912 (Rechtsprechung der OLG. 24, 585) mit Recht eine Abnahme.

Wenn der Besteller einen Mangel erst nach der Abnahme merkt, dann kann natürlich die Beseitigung erst nach der Abnahme verlangt werden. Wann er sie verlangt, ist an und für sich belanglos, nur muß sie vor Ablauf der Verjährung (siehe unten unter Nr. III) verlangt worden sein, wobei aber zu beachten ist, daß unter Umständen ein Verzicht des Bestellers angenommen werden kann, wenn er geraume Zeit verstreichen ließ, ehe er die Beseitigung des ihm bekannt gewordenen Mangels vom Unternehmer verlangte.

#### 2. Verpflichtung des Bestellers zur Zahlung der Vergütung.

Im allgemeinen werden im Bauvertrage ganz genaue Bestimmungen darüber enthalten sein, wann die Vergütung zu zahlen ist. Ist nichts darüber gesagt, so ist die Vergütung bei der Abnahme zu entrichten. Kommt der Besteller seiner Abnahmeverpflichtung nicht nach, obwohl das Werk vertragsgemäß ist, dann kann natürlich der Unternehmer seinen Lohn auch ohne Abnahme verlangen. Die festgesetzte Vergütung hat der Besteller ohne besondere Vereinbarung von der Abnahme oder vom Annahmeverzug an zu verzinsen, es sei denn, daß sie gestundet ist. Andererseits darf der Besteller, wenn noch Mängel vorhanden sind, ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, der zurückbehaltene Betrag muß aber im Verhältnis zu den noch bestehenden Mängeln stehen. Der Besteller darf z. B. nicht wegen geringfügiger Mängel die Vergütung für den ganzen Bau einbehalten.

Trotz genauer Vereinbarung des Preises ergeben sich oft Unstimmigkeiten über die Höhe der Vergütung in den Fällen, in denen der Bau zwar zu einem Pauschalbetrag übernommen wird, sich aber später Mehr- oder Minderleistungen zeigen. Zur Entscheidung solcher Fälle wird man genau prüfen müssen, ob es sich wirklich um Mehrleistungen, die über das Notwendige bzw. Gewollte hinausgehen, oder um Minderleistungen, die hinter dem Vereinbarten zurückbleiben, handelt oder ob Mehr- oder Minderarbeit vorliegt, die infolge Irrtümern oder rationeller Ersparnisweise entstanden ist. In einem vom OLG. Hamburg am

22. Oktober 1915 (Soergel 1916 zu § 650) entschiedenen Fall lag die Sache so, daß bei der Preisverhandlung von einem bestimmten Satz für das Kubikmeter umbauten Raumes ausgegangen war, daß von dieser Annahme ausgehend für den Bau ein bestimmter Pauschalpreis vereinbart wurde und sich schließlich nach Fertigstellung herausstellte, daß die Zeichnung zu große Maße aufgewiesen hatte und daher der Ausgangspunkt der Berechnung irrig war. Die Forderung des Bestellers auf Preisherabsetzung wurde abgewiesen, da das Gericht mit Recht sagte, daß die Zeichnung nur das Motiv für die Berechnung war und die Vereinbarung der Pauschale gar keinen Sinn gehabt hätte, wenn die Preisherabsetzung in diesem Falle möglich sein sollte; dann hätte man von vornherein einen Preis für das Kubikmeter umbauten Raumes festsetzen können. Das OLG. Dresden hat am 11. Juni 1906 (ROLG. 17, 427) entschieden, daß der zugrunde liegende Kostenanschlag nur die Bedeutung hat, dem Besteller einen vorläufigen Überblick über die wahrscheinlichen Kosten zu verschaffen und daß sich der Unternehmer trotz planmäßiger Herstellung des Baues nicht schlechthin alles kürzen lassen darf, was er dabei am Anschlag erspart hat. Ebenso wie nach den Ausführungen des OLG. Dresden der Unternehmer keinen Mehrpreis für Arbeiten berechnen darf, die in dem von ihm gemachten Anschlag nicht vorgesehen, die aber zur planmäßigen Herstellung des vom Unternehmer übernommenen Baues von vornherein unbedingt notwendig waren, kann der Unternehmer für solche Arbeiten, die nicht notwendig waren und über den Anschlag hinausgingen, eine über den Pauschalsatz hinausgehende Vergütung beanspruchen. In einem vom Reichsgericht durch Urteil vom 15. Januar 1909 (Soergel 1909 zu § 638 Nr. 14) entschiedenen Fall war der Tatbestand der, daß im Anschlag Holzkonstruktion vorgesehen und ausdrücklich vereinbart war, daß eine bestimmte Anschlagsumme nicht überschritten werden darf. Als dann auf Wunsch des Bestellers Eisen- statt Holzkonstruktion gewählt wurde, wurde dem Unternehmer mit Recht zugebilligt, daß für diese neue Ausführungsart die veranschlagten Beträge nicht mehr maßgebend sind.

Ein häufiger Fall ist der, daß die Ausführung des Baues zu einem Pauschalbetrage übernommen und daß dem Vertrage ein Leistungsverzeichnis beigefügt wird, aus dem hervorgeht, welche einzelne Leistungen der Unternehmer ausführen muß. Stellt sich dann heraus, daß der Unternehmer mehr oder weniger geleistet hat als im Leistungsverzeichnis vorgesehen, so entsteht die Frage nach Preisabschlag oder Preiserhöhung. Da das Leistungsverzeichnis meist wesentlicher Bestandteil des Vertrages ist, wird man ohne weiteres sagen müssen, daß für die Nichtausführung bestimmter Positionen des Leistungsverzeichnisses ein Abzug vom Pauschalpreis gestattet ist. Die Kürzung darf aber vom Besteller nicht in der Weise vorgenommen werden, daß er soviel abzieht als der Unternehmer die fehlenden Leistungen bewertet hat, denn in dieser Bewertung steckt der Unternehmervergütung, der bei der Kürzung nicht berücksichtigt werden darf. Der Besteller darf nur das absetzen, was der Unternehmer durch die Nichtausführung erspart hat, also seine Selbstkosten (OLG. Hamburg 11. Dezember 1916, „Hanseatische Gerichtszeitung“ 1917, 84). Andererseits hat der Unternehmer das Recht, wenn er über das Leistungsverzeichnis hinaus Arbeiten ausgeführt hat, für diese Arbeiten über den Pauschalbetrag hinaus eine Vergütung zu verlangen; in bezug auf die Höhe dieser Vergütung gilt hier analog, daß der Unternehmer nicht auf den Bereicherungsanspruch gegen den Besteller angewiesen ist, d. h. daß er nicht nur den Ersatz seiner Selbstkosten beanspruchen, sondern eine angemessene Vergütung, d. h. Selbstkosten zuzüglich Gewinnquote verlangen darf (RG. 1. Mai 1917, Soergel 1907 zu § 632 Nr. 3).

### III. Verjährung.

#### Ansprüche des Bestellers.

Die Ansprüche des Bestellers auf Beseitigung von Mängeln sowie die dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Minderung, Wandlung oder Schadenersatz verjähren, sofern der Unternehmer den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat, bei Bauwerken in 5 Jahren (§ 638 BGB.), bei arglistigem Verschweigen in 30 Jahren. Hier hat sich nun die Streitfrage ergeben, ob die Ansprüche der Unterunternehmer (Glaser, Maler usw.), die doch das Bauwerk als solches nicht liefern, auch

dieser Verjährung unterliegen. Das Reichsgericht hat diese Frage bejaht mit der Begründung, daß die Leistungen der einzelnen Handwerker Bestandteile der Gesamtarbeitsleistung darstellen (Bd. 57, 377). Die fünfjährige Verjährungsfrist kann durch Vertrag verkürzt oder verlängert werden; sie beginnt mit der Abnahme des Werks, wenn jedoch die Abnahme wegen Mangelhaftigkeit ausgeschlossen ist, mit seiner Vollendung (§§ 638, 646 BGB). Im übrigen gelten für die Verjährung die allgemeinen Verjährungsbestimmungen mit einem wichtigen Unterschiede. § 639 Abs. 2 BGB. bestimmt nämlich, daß, falls sich der Unternehmer im Einvernehmen mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins oder Beseitigung des Mangels unterzieht, die Verjährung so lange gehemmt ist, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert.

Sehr häufig finden wir in den Bauverträgen die Übernahme einer Garantie für gewisse Eigenschaften und für eine bestimmte Zeit. Es fragt sich dann, wie diese Garantie sich zur gesetzlichen Verjährung verhält. Eine allgemeine Regel wird auch hier nicht aufzustellen sein, vielmehr wird man nur nach den Umständen des Einzelfalles beurteilen können, wie das Wort „Garantie“ im Zusammenhang aufzufassen ist. Findet sich z. B. im Vertrage nur der Satz, daß „der Unternehmer die gesetzliche Garantie für den Bau für die Dauer von zwei Jahren übernimmt, so ergibt die Zufügung des Wortes „gesetzliche“, daß damit nur die gesetzliche Haftung auf die Dauer von zwei Jahren gemeint sein soll. M. a. W. die Verjährungsfrist für die nach dem Gesetz begründeten Ansprüche des Bestellers soll auf zwei Jahre verkürzt werden. Zur Vermeidung von Mißverständnissen wird es sich aber empfehlen, in einem solchen Falle das Wort „Garantie“ überhaupt zu vermeiden.

Wird für eine bestimmte Zeit eine wirkliche Garantie für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften bzw. das Fehlen bestimmter Mängel übernommen, so hat das den Sinn, daß die fraglichen Mängel innerhalb der Garantiefrist hervorgetreten sein müssen, wenn der Besteller Ansprüche daraus herleiten will, eine Verkürzung der Verjährung liegt darin nicht (OLG. Hamburg 14. März 1908, Soergel 1908 zu § 638 Nr. 2). Von dem Hervortreten des Mangels ab läuft dann die Verjährung (RG. 18. September 1908, „Juristische Wochenschrift“ 1908, S. 637). Die Garantieübernahme hat die Bedeutung, daß die besonderen Rechte, welche dem Besteller durch die Garantie gewährt werden, mit dem Ablauf der Garantiefrist erlöschen (OLG. Stuttgart 29. Januar 1909, „Das Recht“ 1913 Nr. 2796).

### IV. Sicherungshypothek.

Eine Besonderheit des Bauvertrages — nicht der sonstigen Werkverträge — ist die Bestimmung des § 648 BGB. über die Einräumung einer Sicherungshypothek. Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerks kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht begriffenen Auslagen verlangen. Die Sicherungshypothek kann nur der Unternehmer des Bauwerks verlangen, also nicht der Architekt, der die Zeichnung usw. geliefert hat, für seine Forderungen (RG. 14. August 1906, Soergel 1906 zu § 648 Nr. 5 b), ebenso nicht der Unterlieferant, der dem Unternehmer die Baumaterialien liefert. Auch der Unternehmer von Ausschachtungen kann die Einräumung einer Sicherungshypothek nicht verlangen, da er nicht Unternehmer eines Bauwerks ist. Hat der Unternehmer seinen Anspruch aus dem Bauvertrag an einen Dritten abgetreten, so hat dieser Dritte dann den Anspruch auf die Bestellung der Sicherungshypothek (OLG. Köln 7. März 1907, „Das Recht“ 1911 Nr. 2274). Sehr wichtig ist das Urteil des Kammergerichts vom 15. November 1911, Rechtsprechung der OLG. 24, 385, wonach der Unternehmer auch für den Betrag eine Sicherungshypothek verlangen kann, den er vereinbarungsgemäß für etwaige Mängel als Sicherheit stehen lassen muß. Durch die Annahme von Wechseln wird der Anspruch auf die Sicherungshypothek nicht ausgeschlossen; denn

Wechsel tilgen die Forderung in der Regel erst in dem Augenblick, in dem sie eingelöst werden. Es ist darauf zu achten, daß die Hypothek nur an dem Baugrundstück des Bestellers verlangt werden kann. Ist also das Baugrundstück vorher in den Besitz eines anderen übergegangen, dann kann eine Sicherungshypothek nicht mehr beansprucht werden. Nach einer interessanten Entscheidung des OLG. München vom 6. Juli 1915, Rechtsprechung der OLG. 54, 47) kann für Ansprüche des Unternehmers gegen eine offene Handelsgesellschaft die Bestellung einer Sicherungshypothek an einem Grundstück eines der Inhaber verlangt werden.

Neben der Bestimmung des § 648 BGB. ist noch das Gesetz zur Sicherung der Bauforderungen vom

1. Juni 1909 zu erwähnen. Dieses Gesetz bezweckt eine noch weitergehende Sicherung des Unternehmers. Während der § 648 BGB. das Recht auf die Sicherungshypothek erst gibt, sobald Forderungen des Unternehmers entstanden sind, gewährt das eben genannte Gesetz die Möglichkeit, schon bei Beginn des Baues einen persönlichen Anspruch auf die Sicherungshypothek zu erwerben, und zwar durch Eintragung eines sog. Bauvermerks vor Anfang der Arbeiten. Ein näheres Eingehen auf diese Bestimmungen dürfte sich aber hier erübrigen, da dieser Teil des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen durch landesrechtliche Bestimmung in Wirksamkeit gesetzt wird, solche landesrechtlichen Bestimmungen aber noch nicht erlangt sind. —

## PUBLIKUM IM SINNE DES BAUPOLIZEIRECHTS

Von Architekt Max Jahn, Dortmund

**Allgemeines.** Für das Publikum im volkstümlichen Sinne ist es äußerst schwierig, sich in die Fragen der Befugnisse der Polizei hineinzudenken. Aus der Unkenntnis der Rechte und Pflichten entstehen dann häufig Verärgerungen, weil der eine Teil sich entweder benachteiligt fühlt, oder der andere glaubt, schikaniert zu werden. Aber auch in Kreisen der Sachbearbeiter fehlt es oft an der feineren Unterscheidung der Zuständigkeitsfragen und der Begriffsauslegungen in diesem Sinne.

Wenn schon die Befugnisse der Polizei allgemein nach § 10 II 17 ALR. festgelegt sind, indem es heißt:

„Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publika (Publikum) oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei“, so bleibt immer noch die Frage offen: Wer ist Publikum im Sinne des Polizeirechts. Schilling sagt:

„Unter Publikum ist eine unbestimmte Anzahl von Privatpersonen zu verstehen.“ (Verw. Arch. Bd. 2 S. 515. — Rosin, Begriff der Polizei S. 59.)

Nach Koehne ist für Publikum Öffentlichkeit zu setzen, d. h.:

„Die Menschen, wie sie auf dem Markte des öffentlichen Lebens in die Erscheinung treten, dann Gruppierungen nach den verschiedenen Richtungen hin in öffentlichen Lebensverhältnissen und ferner als kleinste Teile des Publikums das Individuum eben als solches Teilstück betrachtet; letzteres erwähnt ja das Gesetz selbst.“

Eine andere Umschreibung besagt:

„Publikum ist der belebte zu schützende Teil des Gemeinwesens und als Faktor, der die öffentliche Ordnung stören kann usw.“

Das wäre gewissermaßen im groben der Begriff für „Publikum“. Die rechtliche Bedeutung wird von Koehne weiter ausgelegt:

„In Frage kann nur kommen, ob es für das Verwaltungspolizeirecht auch ein sozusagen „Privatpublikum“ gibt — das Individuum für sich — ohne öffentliche Beziehungen, betrachtet in seinem Sichzusammenfinden zu Gruppen individuellen privaten Charakters, d. h., ob auch diese in ihrer Eigenschaft verwaltungspolizeilichen Schutz genießen.“

Die Antwort läßt sich durch die weitere Frage finden: Wann genießt das Publikum polizeilichen Schutz?

Rosin gibt folgende Antwort: „Die Polizei darf nur einschreiten, wenn Selbsthilfe und Justiz nicht schützen können. Aus dieser Befugnis folgt umgekehrt auch die Pflicht zum Einschreiten gegen den Störer der Ordnung. Publikum ist also stets nur der Teil der Öffentlichkeit oder Gesellschaft im Sinne des Staatserhaltenden, Staatsbildenden — als der „belebte Teil des Gemeinwesens“ —, nicht der die öffentliche Ordnung störende Teil.“ Koehne gibt hierzu folgende Erklärung: „Publikum muß das bleiben, als was es der Polizei gegenüber allein in Betracht kommen darf — das Mittel für die Förderung des Gemeinwohls, das Wohl des Einzelnen, eine Erscheinungsform vom Wohle der Gesamtheit.“

Man kann vielleicht noch deutlicher diese Umschreibung geben:

„Publikum ist der die sozialen Bestrebungen des Staates unterstützende und ihm — seiner selbst

willen — dienende Teil der Menschen, zum Unterschied von den asozialen Elementen und solchen, die nicht auf die öffentliche Hilfe oder den Schutz angewiesen sind. Den allgemeinen menschlichen Bestrebungen entgegenwirkende Personen — Störer der Ordnung usw. — gelten demnach nicht als Publikum im Sinne des Polizeirechts, wenigstens solange nicht, als keine von außen widerrechtlich an sie herantretende Gefahr (oder auch ihre freie Handlung beeinträchtigende Ursachen) besteht.“

Das Verhältnis der Polizei zu jenen (Störern der Ordnung) wird sofort ein anderes, wenn aus ihnen ein zu schützendes Einzelwesen (oder Publikum) wird. Es ist also durchaus verständlich, wenn einmal die Polizei gegen den einzelnen regressiv vorgeht und im nächsten Augenblick sich schützend vor ihn stellt.

Gerade aus diesem letzten Satz kann leicht eine Verkennung der Begriffsbedeutung entstehen. Wenn auch als Publikum sowohl der Mensch in dem öffentlichen Leben (in der Öffentlichkeit) als auch ein eng begrenzter Kreis von Personen, z. B. eine Versammlung, Gesellschaft, Mieter mit Familie u. a. Gruppen, ferner auch die einzelne Person anzusprechen ist, so ist diese Umschreibung allein nicht ausreichend, um einen Schutz seitens der Polizei zu bedingen.

Außer den Gruppen von Menschen kann also auch der „Einzelne“ als Publikum in Betracht kommen. Es braucht sich nicht um eine selbständige Person zu handeln, sondern auch das einzelne unmündige Kind kann hierzu gerechnet werden. Allerdings nur in seiner Stellung zur Öffentlichkeit. Ein spielendes Kind auf der Straße gilt als Publikum und ist vor Verkehrsunfällen usw. zu schützen.

Wie allgemein Sicherungen gegen Herabstürzen durch Luken und Öffnungen getroffen werden müssen, so sind auch die Kinder gegen ein Hindurchfallen durch Treppengeländer und Brüstungen, Balkongitter usw. — soweit erreichbar — zu schützen. Daher besteht die Vorschrift, daß die Geländerstäbe so eng gestellt werden müssen, daß der Kinderkopf nicht hindurchgezwängt werden kann. Fenster müssen im allgemeinen eine Brüstung oder ein Gitter bis 80 cm Höhe über Fußboden haben. Das Hinaufklettern an Feuerleitern soll im allgemeinen dadurch verhindert werden, daß diese bis 1,50 m über dem Boden endigen. Gerüstleitern an der Straße sind gegen ein unbefugtes Besteigen ebenfalls zu sperren. Das Hinaufklettern an Brüstungen und Balkongittern usw. kann beispielsweise seitens der Polizei nicht verhindert werden. Der Schutz des Publikums — hier des Kindes — reicht also nicht über gewisse Grenzen hinaus. Hier muß die Polizei ihre Aufgabe anderen — Familienangehörigen, Aufsichtspersonen usw. — abgeben. Das Publikum hat eben in den angegebenen Fällen keine „öffentlichen Beziehungen“.

Es wäre wohl möglich, allgemeine Richtlinien zu geben, wodurch der Schutz der kleinsten Einheit des Publikums noch weiter wahrgenommen werden würde. Zum Beispiel Gitter und Geländerstäbe dürften nur senkrecht angeordnet werden, um das Hinaufklettern zu verhindern; ferner Bügel oder Knöpfe an Treppenhändläufen, um das Herabrutschen auszuschließen usw. Es bleiben dies aber doch nur halbe Maßregeln. Auf keinen Fall darf soweit gegangen werden, das bei bestehenden Anlagen — weil zufällig ein Kind den Balkon benutzen kann —

polizeiliche Forderungen zu Änderungen erhoben werden.

In diesem Fall wie auch sonst ist es Amt der Polizei, die nötige Anstalt zu treffen. Es ist stets zu erwägen, ob durch entsprechende Beaufsichtigung (Abschließen der Balkontür, bessere Beaufsichtigung durch Familienangehörige usw.) der Gefahr nicht etwa zweckmäßiger vorgebeugt werden kann.

Rosin gibt noch eine sehr bedeutungsvolle Erklärung, die hier wie allgemein zur Umschreibung des Begriffes Publikum paßt:

Es darf das Einzelinteresse nicht zum Sonderinteresse werden, indem es ohne Rücksicht auf sein Verhältnis zum Gemeinwohl als letzter und ausschließlicher Endzweck der polizeilichen Maßregel auftritt. (Pr. Verw. Bl. 26 S. 77.)

Treffend ist ferner noch ein Ausspruch von Koehne:

Das individuelle Rechtsverhältnis ist überall mehr Gegenstand als Zweck der polizeilichen Einwirkung.

Dem einzelnen uneingeschränkt und immer Schutz und Beistand zu gewähren, ist gewagt und nicht Aufgabe der Polizei. Deswegen ist es um so notwendiger, um die ungemein schwierige Stellung der Polizei dem Publikum gegenüber zu kennzeichnen, eine genaue Unterscheidung zu geben. Den nicht polizeilich Eingestellten wird es immer schwer werden, die richtige

Grenze zu finden. Die Polizei ist auch nicht dazu da, um Jeden oder den Einzelnen etwa gegen wirtschaftliche Schäden zu schützen. Deswegen kann auch nicht die Wohlfahrtspflege als öffentliche Aufgabe Sache der Polizei sein. In dieser Beziehung gilt der Begriff Publikum also nicht.

Es wäre nun falsch, statt des Begriffes Publikum der „Einzelne“ zu setzen. Wie aus den Ausführungen hervorgeht, besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden. Das ALR. spricht wiederholt von „Jemand“ (z. B. § 74) oder „Niemand“ (§§ 35, 74, 79). Auch hier bleibt immer bestimmend das Verhältnis des „Einzelnen“ oder „Jemands“ zur Öffentlichkeit. Die Unterscheidung wird zwar oft nicht deutlich erkennbar, vielfach kann sie aber doch sehr wesentlich für die Frage sein, ob Publikum gemeint ist oder nicht.

Man kann also folgende Übersicht geben:

Kennzeichnung: a) Publikum als Massenbegriff für Öffentlichkeit; b) als Gruppe bis zur Familie; c) als Individuum (Einzelner, Jemand, das Kind).

Unterscheidung: a) Publikum im öffentlichen Verhältnis; b) im privaten Verhältnis.

Verhältnis der Polizei zum Publikum: Schutz vor Gefahren usw.; wechselweises Verhältnis; als Störer der Ordnung und gleichzeitig schutzbedürftig als Individuum. —

## RECHTSAUSKÜNFT

Stadtbaramt N. (Zäunerecht.)

Anfrage: In „Wirtschaftsbeilage“ Nr. 30 wird vom „Zäunerecht“ gesprochen. In welcher Gesetzessammlung ist dieses zu finden, gilt es im ganzen Reich? Mit der Errichtung „fester Grenzzzeichen“ nach § 919 BGB. können doch kaum Zäune und Mauern gemeint sein, da auch ausdrücklich von einer „Abmarkung“ und „Vermessungskosten“ die Rede ist?

Antwort: Das „Zäunerecht“ ist nicht reichsgesetzlich geregelt, vielmehr den Landesgesetzen vorbehalten. Für die früher preuß. Staaten gelten die durch Art. 89 Preuß. Ausf.-Ges. zum BGB. aufrechterhaltenen Bestimmungen des Allgem. Landrechts Teil I Titel 8 §§ 162 ff. § 162 lautet: „Bei Zäunen oder Wellerwänden ist in der Regel jeder Besitzer städt. Grundstücke und Gärten den Zaun rechter vom Eintritt in den Haupteingang zu bauen und zu unterhalten schuldig.“ Während das Obertribunal zunächst ausgesprochen hatte, daß der Besitzer nicht bloß den vorhandenen Zaun rechter Hand zu unterhalten, sondern auch, falls bisher noch gar kein Zaun daselbst vorhanden war, den Bau desselben zu bewerkstelligen habe (Entsch. vom 3. Dezember 1848/Bd. 17 S. 506, Präjudiz Nr. 2081), ist dies Präjudiz durch eine spätere Plenarentscheidung des Obertribunals vom 4. 6. 1860 (Entsch. Bd. 43 S. 1 Präjudiz 2713) aufgehoben worden, wonach die Verpflichtung, den Zaun zu bauen, dem Eigentümer nur unter der Voraussetzung auferlegt wird, daß sein Grundstück bereits früher durch einen Zaun vom Nachbargrundstück getrennt gewesen und nur die Notwendigkeit der Erneuerung des Zaunes hervorgetreten ist.

Abweichende Gewohnheiten oder Observanzen können sich gegen den Grundsatz des § 162 bilden (Entsch. des Obertribunals Bd. 58 S. 47).

Als „festes Grenzzzeichen“, deren Errichtung nach § 919 BGB. jeder Grundstückseigentümer vom Nachbarn verlangen kann, kann sehr wohl auch ein Zaun in Betracht kommen. Die Art der Abmarkung bestimmt sich nach den Landesgesetzen; enthalten diese keine Vorschriften, so entscheidet die Ortsüblichkeit.

Das ALR. Teil I Titel 17 §§ 362—371 legt die Art der Abmarkung nicht auf bestimmte Grenzzzeichen fest, es sagt nur (§ 365): „Diese Auszeichnung, sie mag durch Grenzraine, Graben, Steine, Pfähle, Bäume oder Grenzhügel bestimmt werden, muß so beschaffen sein, daß sie nicht leicht verrückt oder verdunkelt werden könne.“ Da ein Zaun seiner Natur und Beschaffenheit nach sehr wohl die örtliche Scheidung zweier Grundstücke, einen natürlichen erkennbaren unzweideutigen Grenzzug bilden kann, so steht, wenn beide Nachbarn über diese Art der Grenzabmarkung einig sind, der Grenzabmarkung durch Errichtung eines Zaunes nichts im Wege.

Wenn Einigkeit hierüber nicht besteht, ist der Ortsgebrauch maßgebend. —

Rechtsanwalt Dr. Paul Glass, Berlin.

Baugeschäft B. in G. (Anspruch des Unternehmers auf besondere Vergütung für Lohnerhöhungen?)

Tatbestand und Frage. Unternehmer hat im November 1924 ein Angebot für einen größeren Bau gemacht und im Sommer 1925 den Auftrag erhalten. Die Löhne waren inzwischen um 50 v. H. gestiegen. Trotz Erklärung des Unternehmers, daß die Kostensumme nicht mehr einzuhalten sei, verlangte der Bauherr Ausführung zum veranschlagten Preis. Der Unternehmer nahm die Arbeit auf mit

dem Bemerkten, das versuchen zu wollen. Das gelang aber nicht, vielmehr wurde der Kostenanschlag nicht unerheblich überschritten. Der Bauherr verweigerte Zahlung, versprach aber mündlich einen neuen Auftrag, bei dem der Unternehmer seine Nachforderung einkalkulieren könne. Voraussetzung sei, daß der Unternehmer sich für den Bauherrn um Gewährung eines erheblichen Betrages durch das Reich auf eine anerkannte Schadenersatzforderung des Bauherrn erfolgreich bemühe, so daß der Bauherr in der Lage sei, weiter zu bauen. Trotzdem darauf tatsächlich ein größerer Betrag an den Bauherrn ausgezahlt worden ist, kam es nicht zu einem Auftrag. Unternehmer will nun seine Forderung einklagen und glaubt, sich auf höchstgerichtliche Entscheidungen stützen zu können, daß die Preissteigerung durch Lohnerhöhung vom Bauherrn zu tragen sei. Welche Aussichten auf Erfolg der Klage bestehen?

Antwort: An die Ausführungssumme Ihres Kostenanschlages vom Nov. 1924 waren Sie, als der Bauherr im Sommer 1925 über die Erteilung des Auftrags mit Ihnen verhandelte, nicht mehr gebunden, zumal die Verhältnisse sich hinsichtlich der Lohnbeträge geändert hatten und die Endsumme also auf einer anderen Grundlage beruhte, als sie im Sommer 1925 bestand. Sie hätten demnach die Arbeiten nicht ohne Zusicherung eines entsprechenden Aufschlages zu übernehmen brauchen. Wenn Sie trotzdem, da der Bauherr erklärte, daß der Bau nicht mehr kosten dürfe, die Arbeitsausführung im Sommer 1925 zu den Preisen des früheren Kostenanschlages übernommen haben, so sind Sie trotz der vorher und etwa späterhin eingetretenen Lohnerhöhungen an die festgelegte Summe bzw. die in Ansatz gebrachten Lohnsätze gebunden.

Rechtsgerichtsentscheidungen, wonach das Risiko einer Lohnerhöhung oder Preissteigerung ohne weiteres vom Bauherrn zu tragen ist, liegen nicht vor. In der Kriegs- und Inflationszeit sind lediglich Entscheidungen dahin ergangen, daß Verträge wegen erheblicher veränderter Umstände modifiziert werden können. Doch muß es sich dabei immer um unvorhergesehene Umstände (Ausbruch des Krieges, Erschütterung der Währung u. a.) handeln. Zur Zeit des Angebots und des Vertragsabschlusses waren jedoch Lohnerhöhungen keine außergewöhnlichen Ereignisse und es mußte sich deshalb ein Unternehmer, wenn er selbst das Risiko solcher Lohnerhöhungen nicht tragen wollte, durch entsprechende Klausel ausdrücklich dagegen sichern. Da dies nicht geschehen ist, erscheint Ihr Anspruch auf Nachzahlung der Lohndifferenz bzw. Bewilligung eines höheren Preises nicht begründet. Eine „ungeredtfertigte“ Bereicherung des Bauherrn liegt nicht vor, da er ja berechtigt ist, auf Grund des Vertrages mit Ihnen die Bauausführung zu den geringeren Lohnsätzen zu verlangen.

Auf Grund der Unterredung mit dem Bauherrn erscheint die Möglichkeit, die den Kostenanschlag überschreitenden „einwandfrei festgestellten und rechtlichen“ Beträge nachzuliquidieren, noch nicht vorzuliegen. Denn die Übertragung der Kellerbauarbeiten, bei deren Ausführung Sie den Mehrpreis einkalkulieren sollten, ist bisher jedenfalls nicht erfolgt; es ist auch bei der Unbestimmtheit der Abrede zweifelhaft, ob die Voraussetzungen für die Übertragung der Arbeiten — Zahlung eines „größeren“ Betrages durch die Behörde auf die Forderung des Bauherrn zufolge Ihrer Bemühungen — eingetreten sind und ob überhaupt der Bauherr eine rechtlich bindende Verpflichtung zur Arbeitsübertragung für den Fall des Eintritts dieser Voraussetzungen übernommen hat. —

Rechtsanwalt Dr. Paul Glass, Berlin.

Wochenbeilage zur Deutschen Bauzeitung Nr. 95. Inhalt: Juristische Randbemerkungen zum Bauvertrage (Schluß aus Nr. 41) — Publikum im Sinne des Polizeirechts — Rechtsauskünfte —

Verlag Deutsche Bauzeitung G. m. b. H., Berlin — Für die Redaktion verantw.: Fritz Eiselen, Berlin — Druck: W. Büxenstein, Berlin SW 48