

kommt dem berechtigten Schonungsbedürfnis des Beklagten und Revisionsklägers in weitem Masse entgegen; diese Fassung bezeichnet die äusserste Grenze, bis zu der der Beklagte eine Herabsetzung der im Vertrag von den Parteien als unabänderlich gedachten Unterhaltsrente aus Billigkeitsgründen erwarten darf.

Bei der Entscheidung darüber, welches Einkommen dem Beklagten hiernach zu belassen ist, ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte zur Zeit zwar ein hohes Gehalt, aber keinerlei Versorgungsansprüche für sein Alter oder für seine Hinterbliebenen hat. Ihm muss daher von seinem Gehalt nicht nur der Betrag für seinen und seiner Ehefrau gegenwärtigen Lebensbedarf, sondern auch ein weiterer Betrag belassen werden, den er braucht, um etwas

für sein Alter und die Zeit seiner Erwerbsunfähigkeit zurückzulegen und um auch für die Zukunft seiner jetzigen Ehefrau durch Eingehung einer Lebensversicherung in angemessener Höhe zu sorgen.

Die Tatsache, dass die Klägerin ihrerseits sich ein kleines Vermögen erspart haben soll, erachtet der erkennende Senat in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht für unerheblich. Der Grund, der zur Herabsetzung der als unabänderlich vereinbarten Unterhaltsrente führen kann, kann nach dem vorher Angeführten immer nur der Gesichtspunkt der Existenzschonung des Beklagten, nicht dagegen eine möglicherweise eingetretene Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Klägerin sein.

ANMERKUNG. — Die « *clausula rebus sic stantibus* » in Unterhaltsverträgen. — Im allgemeinen kann auf die Anmerkungen zu den beiden vorgehenden Entscheidungen verwiesen werden. Unterhaltsverträge werden häufig abgeschlossen, wenn eine gesetzliche Unterhaltspflicht vorliegt. Geschiedene oder getrennt lebende Ehegatten zum Beispiel einigen sich häufig innerhalb oder ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens über die Höhe der Unterhaltsrente, die der Ehemann der Ehefrau zu gewähren hat. Wenn sich die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten später senkt, so wäre es unbillig, ihn weiter mit der Unterhaltsrente in unverminderter Höhe zu belasten. Eine Neufestsetzung seiner Verpflichtung durch Richterspruch muss möglich sein. Das Gesetz enthält nur eine Verfahrensvorschrift für solche Fälle: § 323 Absatz 4 der Zivilprozessordnung lässt eine Abänderungsklage zu. Eine materiell-rechtliche Bestimmung über die Herabsetzung der Unterhaltsrente ist nicht vorhanden. Das Reichsgericht geht nun in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass solchen Unterhaltsverträgen stillschweigend die *clausula rebus sic stantibus* innewohnt. (RGZ 146 Seite 395; *Höchstrichterliche Rechtsprechung*, 1936, Nr. 435, 1937 Nr. 1309). Die Rente soll die Existenz des Berechtigten sichern, sie soll aber nicht die Existenz des Verpflichteten vernichten. Sie muss daher bei einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Kraft des Verpflichteten entsprechend vermindert werden.

Besonders hervorzuheben ist aus der vorliegenden Entscheidung, dass einem vertraglichen Ausschluss der späteren Veränderung die Wirkung versagt wird. Man wird auch diesem Satz zustimmen müssen.

MASSIMARIO

166). RG 22. 1. 1938; JW 1938, 1023.

— VIZIO DI FORMA — INVOCAZIONE ABUSIVA — PERSONA GIURIDICA PUBBLICA.
— FORMMÄNGEL — RECHTSMISSBRÄUCHLICHE GELTENDMACHUNG — OEFFENTLICH — RECHTLICHE KÖRPERSCHAFT.
— FLAW OF FORM — ABUSIVE INVOCATION — PUBLIC CORPORATION.
— VICE DE FORME — INVOCATION ABUSIVE — POUVOIR PUBLIC.

L'invocazione di un vizio di forma può rappresentare — avuto riguardo alle precedenti relazioni fra le parti — un esercizio abusivo del proprio diritto da parte di chi lo invoca anche nel caso che il requisito di forma non osservato sia stato disposto a tutela di una persona giuridica pubblica.

Die Berufung einer Partei auf Formmängel kann angesichts des früheren Verhaltens der Partei auch dann eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, wenn die nicht beachtete Formvorschrift zum Schutze einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen ist.

ANMERKUNG. — Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Formmängeln. — Wegen der allgemeinen Bedeutung des § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann ich auf die Anmerkung zu dem vollständig abgedruckten Urteil des Reichsgerichts vom 3. 8. 1938 (oben Nr. 163) verweisen.

Wird ein formbedürftiges Rechtsgeschäft formlos abgeschlossen, zum Beispiel ein der Schriftform bedürftiger Vertrag nur mündlich vollzogen, so kann im allgemeinen kein Vertragsteil von dem anderen Erfüllung des Vertrages verlangen, und zwar auch nicht mit der Begründung, dass die Vereinbarung nach Treu und Glauben gehalten werden müsse; denn eine derartig weitgehende Berufung auf Treu und Glauben würde die vom Gesetzgeber erlassenen Formvorschriften völlig entwerten. Die Rechtsprechung hat jedoch gegenüber demjenigen, der sich auf die Nichtbeachtung der Formvorschrift beruft, die Einrede der Arglist gewährt, wenn dieser durch eigene Handlung arglistig bewirkt hat, dass die Formvorschrift nicht innegehalten wurde. Später hat die Rechtsprechung dies noch dahin erweitert, dass sich eine Partei nicht auf die Nichtinnehaltung der Formvorschrift berufen kann, wenn das mit ihrem früheren Verhalten im Widerspruch steht (*venire contra factum proprium*).

Im vorliegenden Falle hatte eine Stadtgemeinde eine Bürgerschaft übernommen und zunächst längere Zeit im Rechtsverkehr mit dem Gläubiger diese Bürgerschaft auch als rechtswirksam behandelt. Später berief sie sich darauf, dass die Formvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Gemeinderechts nicht gewahrt seien. Diesem geänderten Rechtsstandpunkt steht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (oder die Einrede der Arglist) auf Grund des § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entgegen. Die Formvorschriften waren teilweise zum Schutze von Stadtgemeinden erlassen. Es führt jedoch zu keinem anderen Ergebnis, jedenfalls nicht im vorliegenden Falle, in dem nämlich den Belangen dieser Stadtgemeinde die Belange einer anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaft gegenüberstanden.

ALTRE OSSERVAZIONI. — In tema di nullità del negozio giuridico. — La decisione del RG 22. 1. 1938 non deve, a mio avviso, approvarsi. Trattasi di un altro esempio della applicazione troppo intensiva e veramente esagerata del § 242 BGB, cui si abbandona la giurisprudenza tedesca (1).

(1) La dottrina tedesca non approva, tuttavia, questo indirizzo giurisprudenziale: v. H. LOR., *Ueber die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben bei Formmängeln, in Giurisprudenza comparata di diritto civile*, III (Roma, 1939), p. 215. V. tuttavia, in senso conforme al Reichsgericht, ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*² (Marburg, 1931), § 202, III, sub 2.

Mi basti rimandare, per la critica di quel che credo di poter definire addirittura un eccesso, alle Osservazioni apposte alla sentenza RG 3. 3. 1938 (riportata *retro* al n. 163).

Tentiamo ora di precisare la fattispecie esaminata dal Reichsgericht. Una persona giuridica pubblica (Comune) stipula con altra persona giuridica pubblica un contratto (fideiussione) senza osservare le prescrizioni di forma, richieste *ad substantiam* per quel contratto dalla legge civile e volute, per fini di tutela, dalla legge comunale. Dopo alcun tempo dalla stipula, il comune si decide ad invocare la nullità del contratto per vizio di forma. Portata la causa davanti al Reichsgericht, questo decide che il comportamento del comune - nell'intervallo fra la conclusione del negozio e l'esperimento dell'azione di nullità - è stato in contrasto col principio del *Treu und Glauben* di cui al § 242 BGB: sì che il comune deve subire le conseguenze del suo agire doloso ed il contratto ha da considerarsi pienamente valido.

Chi, come noi, è convinto di ciò, che la « buona fede », di cui parlano il § 242 BGB e l'art. 1124 cod. civ., ha i suoi strettissimi e invalicabili confini, vedrà subito come alla decisione del Reichsgericht manchi del tutto ogni base positiva. Se il requisito di forma era richiesto (come pare) *ad substantiam*, la sua mancanza aveva importato sin dal primo momento la piena nullità del negozio, né il comportamento del comune posteriormente alla stipula poteva essere tale da giustificare (fosse o non fosse doloso) il superamento del principio fondamentale *quod nullum est, nullum producit effectum*. Il fatto che la legge amministrativa si aggiungeva a quella civile nel richiedere l'adempimento degli stessi requisiti di forma non può che rafforzare, se pur di ciò hanno bisogno, queste nostre conclusioni [Prof. A. Guarino].

167). OLG Breslau 15. 2. 1938; *Recht des Reichnährstandes* 1938, n. 169.

- CONSORZI ECONOMICI DI DIRITTO PUBBLICO - ATTI DI IMPERIO - RICORSO AVANTI I TRIBUNALI ORDINARI - INAMMISSIBILITÀ.
- HOHEITLICHE MASSNAHMEN ÖFFENTLICH-RECHTLICHER WIRTSCHAFTSVERBÄNDE - KLAGE BEI ORDENTLICHEM GERICHT - UNZULÄSSIGKEIT.
- ACTS OF STATE BY PUBLIC ECONOMIC SYNDICATES - ACTION BROUGHT IN ORDINARY COURT - INADMISSIBLE.
- MESURES PRISES PAR DES ORGANES PUBLICS DE L'ÉCONOMIE - RECOURS AUPRÈS DES TRIBUNAUX - IRRECEVABILITÉ.

Non è possibile ottenere, mediante ricorso ai tribunali civili ordinari, l'annullamento di atti di impero compiuti da consorzi economici (*Wirtschaftsverbände*) di diritto pubblico.

Hoheitliche Massnahmen der öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsverbände können nicht durch Urteil eines Zivilgerichts beseitigt werden.

ANMERKUNG. - Verwaltungsakte staatlicher Behörden können in der Regel nicht durch Klage vor den ordentlichen Gerichten angefochten werden. Eine Ausnahme besteht im Falle der Amtshaftung. Hat ein Beamter seine Amtspflicht gegenüber irgendeiner Person verletzt und ist dadurch ein Schaden eingetreten, so haftet der Staat dem Geschädigten auf Ersatz des Schadens und kann sich seinerseits dann wieder an dem schuldigen Beamten schadlos halten (§ 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Artikel 131 der Weimarer Reichsverfassung, § 23 des Deutschen Beamten-Gesetzes). Für diese Rechtsstreitigkeiten sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Da es sich um eine Schadensersatzleistung handelt, würde an sich die Vorschrift des § 249 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten, wonach in erster Linie der frühere Zustand wiederherzustellen ist (Natural-Restitution). Diese Bestimmung kann jedoch nicht angewandt werden, weil dies einen unmittelbaren Eingriff der ordentlichen Gerichte in die Verwaltungstätigkeit bedeuten würde. Die Gerichte würden genötigt sein, einen fehlerhaften Verwaltungsakt aufzuheben oder die Verwaltungsbehörde anzuweisen, einen bisher unterlassenen Verwaltungsakt vorzunehmen. Die Gerichte können daher nur Schadensersatz in Geld festsetzen (RGZ, Band 156, Seite 40).

Dieselben Grundsätze gelten für die Wirtschaftsverbände, die zur Durchführung der landwirtschaftlichen Marktordnung geschaffen sind. Im vorliegenden Falle hatte ein Brau-Wirtschafts-

verband einer Brauerei verboten, einen Gastwirt zu beliefern. Der Gastwirt beantragte beim ordentlichen Gericht, durch einstweilige Verfügung die Anordnung des Brau-Wirtschaftsverbandes aufzuheben und den Erlass derartiger Anordnungen für die Zukunft zu verbieten. Dies ist nicht möglich, da das Gericht sich damit in die hoheitlichen Befugnisse des Brau-Wirtschaftsverbandes einmischen würde.

ALTRE OSSERVAZIONI. - Sui limiti della competenza giudiziaria in materia di giustizia amministrativa. - I. - Giova appena ricordare che l'ordinamento della giustizia amministrativa in Italia è sensibilmente diverso da quello germanico (v. in proposito PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano* [Messina, 1933], III, p. 80; VITTA, *Diritto amministrativo* [Torino, 1933], p. 408; D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano* [Torino, 1934], II, p. 265; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II [Milano, 1937], p. 13).

Il sistema germanico di organizzazione della giustizia amministrativa è consistito, fondamentalmente, nella creazione di speciali « tribunali amministrativi », distinti sia dai tribunali ordinari che dagli organi amministrativi, e nella devoluzione a questi collegi giudicanti della cognizione di tutte le controversie a carattere amministrativo. Circa la natura di queste ultime, va notato - per quel che qui ci interessa - che le controversie fra privati e pubbliche amministrazioni rimesse alle giurisdizioni speciali amministrative sono, fondamentalmente, « quelle di diritto pubblico, corrispondenti all'esercizio del potere di impero e alla gestione dei servizi pubblici » (ZANOBINI, *op. cit.*, p. 29). Va aggiunto ancora che il sistema tedesco, anzi che ricorrere alla indicazione di criteri più o meno esatti per stabilire il carattere amministrativo delle singole controversie, preferisce far capo, di volta in volta, alla enumerazione tassativa delle materie di competenza di ciascun tribunale amministrativo.

Di fronte al sistema germanico il nostro sistema si delinea con ben altre caratteristiche. Anche esso è informato al principio della doppia giurisdizione, ma non contempla, tuttavia, tribunali amministrativi indipendenti, preferendo affidare (analogamente a quanto avviene in Francia) le materie del contenzioso amministrativo alla cognizione del Consiglio di Stato e di altri organi locali in sede giurisdizionale. Quanto alla competenza circa le controversie amministrative, i criteri seguiti in Italia si diversificano sia da quelli adottati nel sistema francese, che da quelli del sistema tedesco: 1) perchè le controversie amministrative non vengono deferite esclusivamente alla cognizione delle giurisdizioni amministrative, ma anche a quella dei tribunali ordinari; 2) perchè il riparto della competenza fra tribunali amministrativi e tribunali ordinari vien fatto (salvo i casi di competenza esclusiva, tassativamente disposti) mediante l'indicazione di alcune direttive generali (v. principalmente l. 20. 3. 1865, all.E., art. 2), ampiamente elaborate e specificate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

2. - Date queste premesse, è chiara la difficoltà di tracciare analogie più o meno esatte fra il caso risolto dall'*Oberlandesgericht* di Breslau e casi occorsi in Italia. In linea generale, tuttavia, può dirsi che la decisione della Corte tedesca ripete uno stadio corrispondente, ma ormai superato, della nostra giurisprudenza in tema di giustizia amministrativa. Basterebbe qualche cenno per dimostrarlo.

La legge 20 marzo 1865, all. E, fa rientrare - come è ben noto - nella competenza della giurisdizione ordinaria « tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa » (art. 2). Ma la nostra giurisprudenza si è ben presto affrettata - come è altrettanto noto - a restringere alquanto la sfera di competenza determinata dalla legge, soprattutto in ordine alle questioni relative a diritti civili o politici. Ed anzitutto essa ha distinto - fortemente appoggiata dalla dottrina del secolo scorso (citata in CAMMERO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa* [Milano, 1910], p. 770) - fra atti di impero ed atti di gestione della P. A., escludendo la competenza del giudice ordinario riguardo alla prima categoria (che è costituita dagli atti amministrativi unilaterali: concessioni, autorizzazioni, comandi e divieti). Senonchè la distinzione è stata vigorosamente osteggiata, in questi ultimi decenni, dalla più corretta dottrina (v., da ultimo, ZANOBINI, *op. cit.*, p. 149 seg.) ed essa non è più adottata, di massima, già da molti anni nelle decisioni