

Anno V - pubbl. il 15-4-1940-XVIII

RIVISTA QUADRIMESTRALE - Spedis. in abbonam. postale (3° Gruppo)

ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

GIURISPRUDENZA COMPARATA DI DIRITTO CIVILE

(Con Corsi di Legislazione Internazionale)

A CURA DEL SEGRETARIO GENERALE DELL'ISTITUTO
PROF. SALVATORE GALGANO
ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

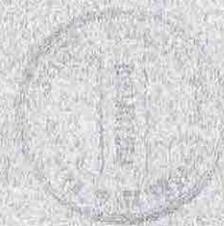
VOLUME V

RASSEGNE DI GIURISPRUDENZA: Italia, Francia, Germania, Belgio.

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS
ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN
MATIÈRE DE DROIT CIVIL

RECHTSPRÜCHUNG ZUM BÜRGERLICHEN RECHT IN VERGLEICHENDE
DARSTELLUNG



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI

ROMA - PALAZZO DI GIUSTIZIA, 1940-XVIII

sono legati dall'obbligo della reciproca fedeltà (STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen* e la recensione di SERGIO FERRARINI in RDCo 1938, I, p. 444; LORENZO MOSSA, *Il rinnovamento del diritto civile tedesco*, in RDCo 1938, I, p. 523). Si comprende che con questa fedeltà è incompatibile il comportamento di chi, dopo aver per anni dato esecuzione ad un contratto, si richiama ad un vizio di forma per sottrarsi agli obblighi da lui assunti, divenuti nel frattempo molesti. È un contegno, questo, soprattutto in evidente contrasto con il sentimento di persone di coscienza e di onore, delle quali si concepisce formata la *Volksgemeinschaft*, la comunità nazionale tedesca.

È da rilevare come è, in fondo, uno strumento della dottrina romanistica (*l'exceptio doli generalis*) che serve da mezzo al RG per far penetrare nelle sue decisioni e, quindi, nell'attuazione pratica del diritto, le nuove correnti politico-giuridiche. In Italia, dove prevalgono le opinioni più aderenti alla tradizione (BETTI, *Il quarto libro nel progetto del codice civile italiano*, RDCo., 1938, I, p. 562 e s.; CALOGERO, *La teoria politica del diritto e la metodologia giuridica*, in RDCo. 1939, I, p. 277 e s.; CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione* in RDProcC 1939, I, 22 e s.; CARNELUTTI, *Metodi e risultati degli studi del processo in Italia*, in FI, 1939, IV, p. 83), la soluzione non potrebbe essere che quella della nullità del negozio carente della forma prescritta ad *substantiam*: le forme essenziali sono condizioni di validità imposte dalla legge a tutela non del solo creditore o del debitore, ma, ben anche, dei terzi, nonché del pubblico intero (GIORGI, *La teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1884, I, p. 324): la validità del negozio non si potrebbe, pertanto, far dipendere dal contegno delle parti successivo alla sua conclusione.

Aggiungeremo che l'esigenza dell'insufficienza della norma di fronte alle particolarità del caso concreto non è avvertita soltanto in Germania, ma anche, sebbene sotto l'impulso di fattori sociali e di correnti di pensiero del tutto differenti, in una nazione, come la Francia, con indirizzo politico completamente opposto (v., per quanto riguarda la tendenza ad estendere la nozione e la portata dell'abuso del diritto, le decisioni Req. 7. 3. 1933; 16. 5. 1933; Cass. Civ. 15. 11. 1933 in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, seconda serie, XIII, parte II, p. 256 e 258 con le osservazioni di RONDÈRE, *In tema di abuso del diritto* p. 256 e *Ancora sull'abuso del diritto*, p. 258; RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne* p. 1, e *passim*; BETTI, *op. cit.*, I, cit., p. 549).

ANNO 1938 (*)

204). RG. 29. 9. 1938; JW. 1939, 153, Nr. 12.

- TUTELA DEL DIRITTO AL NOME — AZIONE PER USURPAZIONE DEL NOME — PERSONAGGIO DI UN ROMANZO.
- PROTECTION OF NAME — INJUNCTION — PERSONAGE OF A ROMANCE.
- PROTECTION DU NOM — SIGNIFICATION DU MOT « EMPLOI » — PERSONNAGE D'UN ROMAN.
- NAMENSCHUTZ — BEDEUTUNG DES WORTES « GEBRAUCH » — ROMANFIGUR.

La tutela del diritto al nome, accordata dal § 12 BGB, non si esercita soltanto contro colui il quale usi indebitamente del nome altrui per designare la propria personalità, ma anche contro lo scrittore che adoperi il nome altrui per indicare un personaggio di un suo romanzo (1).

(*) Questa parte della *Rassegna* è stata redatta dal Dr. HANS SCHMIDT (*Amtsgerichtsrat*, Hamburg).

(1) Il diritto al nome nella nuova legislazione italiana.

1. L'esistenza, la natura e la protezione del diritto della persona fisica sul proprio nome non discendevano, in Italia, sino a qualche tempo fa, da una esplicita norma legislativa (come il § 13 BGB, o l'art. 29 cod. svizzero, o la Novella 19. 3. 1916, art. 1, modificante l'art. 43 cod. civ. austriaco), ma erano dominio esclusivo, o quasi, della dottrina e della giurisprudenza. Alla

Der Schutz des Namens gemäss § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs greift nicht nur gegenüber demjenigen ein, der den fremden Namen unbefugt zur Bezeichnung seiner eigenen Person benutzt, sondern auch gegenüber demjenigen, der als Schriftsteller den fremden Namen zur Bezeichnung einer Romanfigur verwendet.

Das Berufungsgericht hat den Klagsanspruch aus zwei Gründen für berechtigt angesehen: auf Grund des § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und auf Grund unerlaubter Handlung (§ 823 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 185 des Strafgesetzbuchs).

Das Berufungsgericht hält die Voraussetzungen des § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für erfüllt: unbefugten Gebrauch des Namens des Klägers dadurch, dass der Beklagte zu 2 den Namen einer Romanfigur beigelegt und der Beklagte zu 1 das Buch verlegt und vertrieben hat, und die Verletzung des Interesses des Klägers, weil ausser der wesentlichen Gleichheit

des Namens noch weitere Tatsachen vorliegen, die in Zusammenhang mit dem Namen auf den Kläger hinweisen, so dass wenigstens kein kleiner Teil der Leser von sich aus mit seinen Gedanken auf den Kläger hingeleitet werden müsse und dann in ihm die üblen Charakterzüge der Romanfigur suche. Dass Wesensart der Romanfigur und des Klägers in Wirklichkeit keinswegs sich gleichen, hält das Berufungsgericht für unerheblich, weil nur wenige Leser den Charakter des Klägers wirklich kennen und deshalb den Unterschied bemerken könnten.

Die Angriffe der Revision können zu einer

nostra dottrina e alla nostra giurisprudenza va, in particolare, il merito di aver coniato, sulla sola base dei principi generali, le due ben note azioni, « di reclamo del nome » e « per usurpazione del nome » (cfr. FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, I [Roma, 1921], p. 573 s.; FORTI L., *Sull'usurpazione del nome*, in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, III [Roma, 1939], p. 170 s.).

Il libro I del Codice Civile, entrato in vigore dal 1° luglio 1939, è venuto ora a colmare questa lacuna della nostra legislazione, mediante un regolamento ampio ed esauriente della materia del diritto al nome. Il nome (nel quale si comprendono il prenome e il cognome) è diritto assoluto e inalienabile di ciascun soggetto giuridico (art. 6, comma 1 e 2). Non sono ammessi cambiamenti, aggiunte o rettifiche al nome, se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati (art. 6, comma 3). Gli artt. 7 e 8 prevedono una completa tutela del diritto al nome, verso chiunque lo contesti o indebitamente lo usi. Ed infine è stato provvidamente disposto che lo pseudonimo, usato da una persona in modo che abbia acquistato l'importanza del nome, può essere tutelato ai sensi dell'art. 7 (art. 9).

2. Qualche cenno specifico merita in questa sede la materia della protezione del diritto al nome: materia che è venuta a rassomigliarsi molto alla regolamentazione posta dal § 12 BGB, ma che è — come vedremo (*infra* n. 3) — forse anche meglio precisata ed ordinata.

L'art. 7, intitolato alla « tutela del diritto al nome », dice: « La persona, alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento del danno. L'autorità giudiziaria può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali ». E a ciò l'art. 8 aggiunge che « l'azione può essere promossa anche da chi, pur non portando il nome contestato o indebitamente usato, abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne d'esser protette ».

Vengono per tal modo ad avere una solida base normativa le due azioni coniate dalla giurisprudenza a tutela del diritto al nome.

4) Si ha l'azione di reclamo del nome quando taluno contesti ad una persona il diritto all'uso del proprio nome. In tal caso il titolare del diritto al nome (o anche chi abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne di esser protette) può agire in giudizio per ottenere l'accertamento del suo diritto e contemporaneamente la cessazione del fatto lesivo; il che significa che l'azione di reclamo del nome non può limitarsi ad essere un'azione di mero accertamento, ma è concepita dalla legge come una azione di condanna. Il risarcimento del danno dipenderà poi, se-

Aufhebung des Urteils nicht führen. Der Namensschutz des § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erstreckt sich zwar in erster Linie auf den Fall, dass eine Person unbefugt sich selbst den Namen eines anderen zulegt und für sich führt. Aber auf diesen Tatbestand hat nach dem Willen des Gesetzgebers der Schutz nicht beschränkt sein sollen. Das ergibt sich aus dem umfassenden Wortlaut des § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB.), der allgemein von einem unbefugten Gebrauch spricht, nicht nur von einer Führung eines fremden Namens seitens einer anderen Person. Die Vorarbeiten zum BGB. lassen über diesen Sinn der Gesetzesbestimmung keinen Zweifel. Aus den Protokollen der zweiten Lesung Band 6, 113 erhellt das Einverständnis der Kommission mit einem zu § 12 gestellten Antrag, der die Voraussetzung für den Namensschutz dahin gefasst wissen wollte, dass ein anderer unbefugterweise den gleichen Namen führt oder gebraucht, um damit klarzustellen, dass auch die Fälle unter dem Recht des Namensschutzes stehen, in welchen jemand einen fremden Namen nicht nur zur Kennzeichnung seiner Person, sondern zu Reklamezwecken, zur Bezeichnung von Waren, auf Schildern usw. missbraucht.

condo le regole generali, dalla circostanza che colui, il quale ha contestato il diritto al nome, sia o meno in colpa.

B) Più degna di nota è la genesi legislativa dell'azione per usurpazione del nome. Il progetto preliminare della Commissione Reale per la riforma dei Codici (1931) portava, accanto ad un art. 9 molto somigliante nella forma all'attuale art. 7, un art. 11, assai interessante, relativo all'abuso del nome o dell'immagine altrui, che, nel primo suo comma, stabiliva quanto segue: « Qualora il nome di una persona sia stato usato in una pubblicazione in modo da arrecare pregiudizio al suo decoro o alla sua reputazione, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salva sempre l'azione per il risarcimento dei danni ».

Da ciò conseguiva che le azioni per usurpazione del nome erano propriamente due: la prima, relativa alla usurpazione del nome altrui da parte di un terzo per indicazione della sua propria persona, e la seconda, relativa all'abuso del nome altrui a fine di designazione di personaggi letterari. La relazione MAROI (p. 36) poteva pertanto fissare, in ordine all'azione di usurpazione del nome in senso stretto, i seguenti tre requisiti: 1) l'uso indebito del nome da parte di un terzo; 2) l'uso del nome come indicazione della personalità altrui; 3) il pregiudizio, anche soltanto morale, arrecato al titolare del nome per effetto dell'uso illegittimo.

Il sistema adottato dalla Commissione Reale circa l'azione di usurpazione del nome non parve perspicuo al Guardasigilli SOLMI, redigendo il Progetto definitivo del I libro del Codice Civile (1936). Egli abolì pertanto l'art. 11 con la seguente motivazione (Relaz. Guardasigilli, n. 29): « Mi è sembrato che queste disposizioni non trovassero sede adatta in questo titolo e potessero senza inconvenienti sopprimersi, sia perchè gli interessi presi in considerazione trovano adeguata tutela nelle norme che reprimono gli atti illeciti, sia perchè, in particolare, la disciplina del diritto all'immagine è già contenuta nell'art. 11 della legge sui diritti di autore (R. D. 7 novembre 1925, n. 1980) ». Senonchè la Commissione Parlamentare, cui fu devoluto l'esame del Progetto definitivo, insistè perchè l'art. 11, almeno riguardo al diritto all'immagine, fosse ripristinato e fu così che il

In der Denkschrift Seite 10 wird ganz allgemein hervorgehoben, dass zu schützende Interesse könne darin bestehen, dass dem Berechtigten nicht infolge Missbrauchs des Namens und einer dadurch herbeigeführten Verwechslung der Person das Verhalten, die Handlungen und Leistungen eines anderen zugerechnet werden. Auch hier ist die Fassung so allgemein, dass nicht nur der Gebrauch des fremden Namens durch Führung für die eigene Person getroffen wird.

Die gegenteilige Auffassung der Revision, dass nur das Führen des Namens seitens eines Unbefugten für seine Person dem § 12 BGB. unterfalle, findet somit im Gesetz keine Stütze und ist nicht vereinbar mit den angeführten Erörterungen, die bei Erlass des Gesetzes stattgefunden haben. Dementsprechend ist in der Rechtsprechung der Schutz des § 12 BGB. nicht nur dann gewährt worden, wenn der fremde Name für die eigene Person benutzt worden ist, sondern auch dann, wenn er unbefugt für geschäftliche Zwecke, etwa als Titel einer Zeitschrift (J. W. 1927, 1584²⁰ - WARNEYER, Rechtsprechung 1927 Nr. 9) oder als Warenbezeichnung (J. W. 1911, 26 - RGZ. 108, 231) verwendet

worden ist. Diese Auffassung herrscht allgemein auch im Schrifttum. Fällt also nicht nur die Führung fremden Namens für die eigene Person unter die Vorschrift des § 12 BGB., sondern auch schon ein anderer Gebrauch des fremden Namens für eigene Zwecke, so trifft dies grundsätzlich auch den Fall, dass der fremde Name einer Romanfigur beigelegt wird. Auch hier handelt es sich um einen Gebrauch für eigene Zwecke. Zwar wird in den Protokollen am angeführten Ort nur von unbefugtem Gebrauch zu Reklamezwecken, zur Bezeichnung von Waren, auf Schildern usw., und in den Protokollen Band 1, 44-45 von der Verletzung von Vermögensinteressen oder Interessen des gewerblichen Verkehrs gesprochen, und daher ist im Schrifttum vielfach der unbefugte Gebrauch für geschäftliche Zwecke zwar noch dem Schutz des § 12 BGB. unterstellt worden, wenn es sich um die Beeinträchtigung von Vermögensinter-

essen handeln konnte, während andererseits nach vielfacher Auffassung der Gebrauch des Namens für eine Romanfigur nicht mehr in den Bereich des Schutzes des § 12 BGB. fallen, sondern nur noch unter dem Gesichtspunkt unerlaubter Handlung beurteilt werden soll. Ein solcher Schutz aus unerlaubter Handlung ist, was Unterlassung in Zukunft anbelangt, nach herrschender Ansicht auch bei bloss sachlicher Rechtsverletzung (Beleidigung) schon gegeben, ist aber für den Anspruch auf Beseitigung schon eingetretenen Schadens nur begründet, wenn auch die persönlichen Tatbestandsmerkmale vorliegen. Der Schutz geht also nicht so weit, wie der des § 12 BGB., der auf quasi-negatorischer Grundlage das Bewusstsein des Täters, dass er einen fremden Namen gebrauchte, oder eine andere Schuld nicht unmittelbar verlangt. Die Lücke sollte gerade durch § 12 BGB. ausgefüllt werden (vergleiche die Protokolle am angeführ-

testo della legge si ebbe, a completamento del titolo sulle persone fisiche, un art. 10 (corrispondente al comma 2 dell'art. 11 Progetto preliminare) del seguente tenore: « Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli in età minore sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni ».

Potrebbe qui sorgere il problema, se l'azione di usurpazione del nome sia sempre non comprensiva dell'azione per abuso del nome e se veramente quest'ultima debba farsi discendere (come invita a ritenere il Guardasigilli) dalle « norme che reprimono gli atti illeciti ». Ma il dubbio è di breve durata. Fallito il tentativo di differenziare un'azione per abuso del nome da quella per usurpazione del nome, scomparsa altresì nella legge la menzione della prima azione, è chiaro che essa deve farsi rientrare - siccome *species* nel *genus proximum* - entro il concetto di azione per usurpazione del nome, di cui all'art. 7 Libro I cod. civ. La relazione del Guardasigilli non diceva cosa inesatta in sé, facendo dipendere l'azione per abuso del nome dal principio generico della repressione degli atti illeciti, ma dimenticava di mettere in rilievo che vi era nella legge un'altra fonte più vicina di detta azione, e che questa fonte era l'articolo dedicato alla tutela del diritto al nome (per le conseguenze pratiche di questa precisazione, v. *infra* n. 3).

Noi dobbiamo ritenere, in conclusione, che l'azione per usurpazione del nome si abbia: a) quando un terzo usi indebitamente del nome della persona al fine di designare la propria personalità (azione per usurpazione in senso stretto); b) quando un terzo usi indebitamente in una pubblicazione il nome di una persona, (azione per usurpazione in senso lato, o per abuso del nome). A questo primo requisito (*uso indebito*) se ne aggiunge un altro: *che dall'uso del nome da parte di un terzo derivi un pregiudizio, materiale o morale, per il titolare del diritto*. Non basta cioè l'uso illegittimo per dar fondamento all'azione: il che è conforme alla migliore tradizione della nostra dottrina e della nostra giurisprudenza.

Anche l'azione per usurpazione del nome è un'azione di condanna: il titolare del diritto (o chi abbia alla tutela del nome un interesse fondato su ragioni familiari degne di essere protette) agisce per ottenere la cessazione del fatto lesivo, della quale è presupposto eventuale l'accertamento del diritto. Anche in tal caso, infine, il difetto di colpa da parte dell'usurpatore non esclude la proponibilità dell'azione, ma unicamente la richiesta del risarcimento del danno.

3. Venendo ora brevemente ad esaminare la decisione del RG. 29. 9. 1938, dobbiamo dire che

ten Ort). Die Anwendung des § 12 BGB. beim Gebrauch des Namens für eine Romanfigur zu versagen, weil ein Schutz aus unerlaubter Handlung genüge, geht daher nicht an. Es läge auch kein sachlich zu rechtfertigender Grund vor, höhere ideale Güter, wie die Ehre, weniger zu schützen als Geldinteressen. So wird denn auch in Schrifttum und Rechtsprechung anerkannt, dass Belange jeder Art, nicht nur Vermögensinteressen, den Schutz des § 12 BGB. geniessen.

In späteren Entscheidungen hat das Reichsgericht anerkannt, dass grundsätzlich auch bei missbräuchlicher Benutzung eines Namens für schriftstellerische Erzeugnisse der Schutz des § 12 BGB. gewährt sein kann (*Reichsgerichtsentcheidungen in Zivilsachen* 108, 231 - J. W. 1924, 1355; J. W. 1924, 1711). In früheren Entscheidungen hatte es diese Frage offengelassen DJZ. 1906, 543; RGZ. 91, 350 - J. W. 1918, 167). In dem erstgenannten Falle war festgestellt worden, dass die Figur des Witzblattes unmöglich mit der Person des Klägers in Verbindung zu bringen sei und daher ein Interesse des Klägers am Namensschutz nicht vorliege, das nur anzuerkennen sei, wenn die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr bestehe (vergleiche WARNEYER, *Rechtsprechung* 1930, 48).

essa è - almeno in linea di massima - non solo giustificatissima in ordine al diritto germanico, ma anche in ordine al nostro diritto, da noi dianzi analizzato. Non solo non è dubitabile, infatti, che la protezione del nome, di cui al § 13 BGB, si estenda anche contro chi usi del nome stesso per indicare un personaggio di romanzo, ma è ancor meno dubitabile - come abbiamo visto - che nell'azione per usurpazione del nome dell'art. 7 Libro I cod. civ. rientri quale per abuso del nome.

Piuttosto l'esame del caso deciso dal Reichsgericht invita a porsi un ulteriore problema: l'azione per abuso del nome può esperirsi sempre che il nome del titolare sia usato in una pubblicazione o deve esperirsi soltanto in casi determinati, ed in specie allorchè sorga un pregiudizio al decoro o alla reputazione del titolare? Anche questo dubbio è di breve vita. L'art. 7 Libro I cod. civ. richiede esplicitamente, per l'azione di usurpazione, il requisito di un « pregiudizio » (morale o materiale): di conseguenza sarebbe inammissibile che il portatore di un nome qualsiasi (anche se poco comune) agisse contro lo scrittore, il quale avesse, volontariamente o non, affibbiato il suo nome ad un personaggio (di romanzo o di novella) assolutamente impeccabile e tale da non recare alcuna ombra, causa la omonimia, alla reputazione del soggetto reale. In ogni caso, essendo tutta questa materia rimessa al prudente arbitrio del magistrato, sarà questi a giudicare, se necessario, ove il pregiudizio in effetti vi sia ed ove non vi sia.

È qui che si rivela il progresso, dianzi accennato, del nostro art. 7 rispetto all'art. 12 BGB: mentre questo concede la tutela del titolare del diritto al nome ogni qual volta l'usurpatore « usi illegittimamente lo stesso nome », il nostro art. 7 richiede ulteriormente che dall'uso del medesimo nome derivi un pregiudizio. Conseguentemente la nostra giurisprudenza, diversamente da quella tedesca, non dovrà fare sforzo alcuno per regolarsi nella variata casistica dell'abuso di nome altrui, ma ha già a sua disposizione, come sicura traccia direttiva per le sue decisioni, il criterio del pregiudizio del titolare, che manca invece nella legge germanica.

Prof. A. GUARINO

Auf eine solche Gefahr der Verwechslung mag es häufig ankommen, wenn auch nicht immer (vergleiche J.W. 1933, 2897¹). Bei mangelndem Interesse des Klägers ist jedenfalls der Namensschutz nicht zu gewähren. Es wird auch nur darauf ankommen können, dass für den gewöhnlichen Verkehr im Regelfall mit der Wahrnehmbarkeit des Unterschiedes zwischen dem Berechtigten und dem anderen Namensträger nicht gerechnet werden kann (WARNEYER, *Rechtsprechung* 1930, 48). Daher darf auch hier nicht darauf abgestellt werden, dass eine verhältnismässig geringe Zahl von Personen, die den Kläger persönlich genauer kennt und daher weiss, dass die Züge der Romanfigur auf den Kläger nicht zutreffen, einem Irrtum nicht verfallen kann. Entscheidend ist vielmehr, ob bei der Mehrzahl der Leser, die den Kläger persönlich nicht kennen wird, der Eindruck erweckt werden wird, dass die Person des Klägers, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in den Grundzügen der Romanfigur zum Vorbild gedient hat. Diese Gefahr bejaht das Berufungsgericht aus tatsächlichen, in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbaren Gründen ohne ersichtlichen Rechtsirrtum (wird ausgeführt).

Ob ein Interesse gemäss § 12 BGB. anzuer-

kennen ist, dafür kann nicht allein entscheidend sein, ob die Romanfigur mehr oder weniger die Charakterzüge der berechtigten Person aufweist, was die Revision als einzigen Grund anerkennen will. Eine Grenze wäre hierbei kaum zu finden. Massgebend für das Interesse ist vielmehr die Gleichsetzungsgefahr: dass in dem Berechtigten die Züge der Romanfigur gesucht werden. Diese Gefahr der Gleichsetzung kann durch das Charakterbild begründet sein, kann sich aber auch aus anderen Umständen ergeben. Hier liegen nach Überzeugung des Berufungsgerichts neben äusseren Merkmalen der Person solche Umstände gerade in der Eigenart der Stoffbehandlung durch den Schriftsteller.

Die Gründe, aus denen das Berufungsgericht der kammergerichtlichen Rechtsprechung nicht gefolgt ist (J. W. 1921, 1551 - LZ. 1914, 1674), sind im Urteil klargestellt, indem darauf hingewiesen ist, dass es im Rahmen des § 12 BGB. nicht darauf ankommt, ob durch den Schriftsteller Romanfigur und berechtigter Namensträger bewusst zusammengeschlossen sind.

An das Tatbestandsmerkmal der Verletzung des Interesses des berechtigten Namensträgers ist allerdings die Anforderung zu stellen, dass das Interesse schutzwürdig ist. Ein Recht, das über ein verständiges Mass hinausgeht, ist nicht anzuerkennen. Der Tatbestand des § 12 BGB. wird durch diese Einschränkung begrenzt. Dieses Mass kann nur richtig beurteilt werden, wenn auch entgegengesetzte Belange berücksichtigt werden und beim Widerstreit verschiedener Interessen abgewogen wird, welches Interesse grössere Berechtigung hat und daher vorgehen muss. Der freien Entfaltung eines Schriftstellers wären nicht zu rechtfertigende Fesseln auferlegt, wenn er genötigt wäre, ein mit grossen Kosten hergestelltes Werk nur um deswillen zu vernichten, weil zufällig ein Unbekannter den Namen führt, der einer Romanfigur beige-

legt ist. Ein solcher Tatbestand allein ist sicherlich dann nicht ausreichend, wenn nach verständigem Ermessen der berechtigte Namensträger mit der Romanfigur nicht in Verbindung zu bringen ist. Hier aber hat das Berufungsgericht das Gegenteil festgestellt. Hier handelt es sich darum, ob das grosse Interesse des Klägers an der Reinhaltung seines Rufs und seines Namens zurücktreten muss hinter das Interesse des Schriftstellers, vorausgesetzt, dass dieser den Namen nicht bewusst missbraucht hat. Dafür muss entscheidend sein, ob der Schriftsteller Veranlassung hatte, damit zu rechnen, dass ein Unbeteiligter getroffen werden könnte und ob er Wege hätte finden können und müssen, um einen solchen Erfolg zu vermeiden. Diese Frage aber ist zu bejahen (wird ausgeführt). Unter solchen Umständen muss von einem Schriftsteller erwartet werden, dass er sich um tut und dafür Sorge trägt, dass durch den Namen der Romanfigur in Verbindung mit Titeln nicht die Ehre eines Unbeteiligten durch Gebrauch seines Namens getroffen wird. Nur eine bekannte Person war einer solchen Gefahr ausgesetzt. Von dem Beklagten zu 2 hätte daher erwartet werden müssen, dass er wenigstens in der Gegend, in welcher mit einer solchen Gleichsetzungsgefahr besonders zu rechnen war, Umschau hielt, damit kein Schaden angerichtet würde. Das Berufungsgericht stellt fest, dass der Name des Klägers weit bekannt war. Dem Beklagten zu 2 wäre er schwerlich entgangen.

Bei solcher Sachlage kann ein Rechtsirrtum nicht darin gefunden werden, dass das Berufungsgericht das Interesse des Klägers anerkannt, ihm den Vorzug vor den Belangen der Beklagten gegeben hat. Die Entscheidung wird daher durch die Bestimmung des § 12 BGB. getragen, ohne dass es auf die weitere Feststellung noch ankommen könnte, dass der Beklagte zu 2 sogar bewusst den Namen des Klägers gebraucht hat.

ANMERKUNG. - Ueber die Grenzen des Namensschutzes. - § 12 BGB. lautet:

« Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen ».

Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung tritt der Namensschutz zunächst dann ein, wenn jemand einen ihm nicht zustehenden Namen zur Kennzeichnung seiner eigenen Person verwendet. Die Rechtsprechung haftet jedoch nicht an dem Wortlaut. Der Na-

GIURISPRUDENZA COMPARATA DI DIRITTO CIVILE

(Con Cenni di Legislazione Internazionale)

A CURA DEL SEGRETARIO GENERALE DELL'ISTITUTO
PROF. SALVATORE GALGANO
ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

VOLUME V

RASSEGNE DI GIURISPRUDENZA: Italia, Francia, Germania, Belgio.

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS
ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN
MATIÈRE DE DROIT CIVIL

RECHTSPRECHUNG ZUM BÜRGERLICHEN RECHT IN VERGLEICHENDER
DARSTELLUNG



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI
ROMA - PALAZZO DI GIUSTIZIA, 1940-XVIII

mensschutz wird zum Beispiel auch der Ehefrau zugebilligt, wenn der Ehemann eine andere Frau als seine angebliche Ehefrau ins Gästebuch eines Hotels einträgt (RGZ. Band 108 Seite 230). In diesem Falle hatte der Ehemann den Namen seiner Frau naturgemäss nicht zur Bezeichnung seiner eigenen Person gebraucht. Trotzdem lag eine missbräuchliche Verwendung des Namens der Ehefrau vor, der die Ehefrau auf dem Wege des § 12 BGB. begegnen konnte.

Wenn ein Schriftsteller eine Romanfigur oder die Person eines Dramas mit einem Namen bezeichnet, der im Leben wirklich vorkommt, so gebraucht der Schriftsteller den fremden Namen nicht zur Bezeichnung seiner eigenen Person, sondern zur Bezeichnung einer nur gedachten Phantasiefigur. Die Frage, ob auch in diesem Fall der Namensschutz des § 12 BGB. Platz greift, ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur bestritten. Noch heute wird sie gelegentlich verneint (PALANDT, Anmerkung 4 zu § 12). Wenn man die Frage verneint, so kann sich der Namensträger gegenüber dem Schriftsteller nur auf unerlaubte Handlung berufen (§§ 823, 824, 826 BGB). Dies setzt jedoch ein schuldhaftes Handeln des Schriftstellers voraus. In vielen Fällen besteht aber das Bedürfnis, dem berechtigten Namensträger einen Schutz gegen die Verwendung seines Namens auf der Bühne oder im Roman auch dann zu verleihen, wenn der Schriftsteller ohne Verschulden diesen Namen verwandt hat. Wenn zum Beispiel bei einer Lustspiel-Aufführung in Berlin der betrogene Ehemann mit dem Namen eines Schriftstellers bezeichnet wird, der in Berlin lebt, so muss sich dieser Schriftsteller auch bei einer schuldlosen Verwendung seines Namens dagegen wehren können ROLG, (Band 30, Seite 312). Die Rechtsprechung hat sich daher dafür entschieden, auch in solchen Fällen den Namensschutz des § 12 BGB. zu gewähren.

Der Namensschutz greift nur dann Platz, wenn ein berechtigtes Interesse des Namensträgers verletzt wird. Träger von Sammelnamen, das heisst von Namen, die sehr oft vorkommen, wie Meyer, Müller, Schmidt, Schulz, haben regelmässig kein berechtigtes Interesse daran, zu verhindern, dass eine Romanfigur oder eine Person eines Schauspiels oder Kinostücks mit ihrem Namen bezeichnet wird. Es ist in solchen Fällen in der Regel ausgeschlossen, dass von dem Leser oder Hörer eine Beziehung zwischen der dargestellten Figur und dem Namensträger hergestellt wird. Ferner muss sich der Träger eines Namens, der im allgemeinen Sprachgebrauch zur Bezeichnung von typischen Figuren verwandt wird, gefallen lassen, dass sein Name auch in Schriftwerken zur Bezeichnung dieser typischen Figuren verwandt wird (zum Beispiel « Professor Biedermann »; siehe DJZ 1906 Seite 543). Diese Einschränkungen des Namensschutzes sichern den Schriftsteller vor allzustarken Eingriffen in seine Gestaltungsfreiheit.

Zur Klarstellung sei noch bemerkt, dass der Namensschutz des § 12 BGB. nicht in Frage kommt, wenn in einem Roman oder Theaterstück mit dem fremden Namen eine historische Persönlichkeit bezeichnet wird, also eine Person, die wirklich lebt oder gelebt hat (Bismarck-Drama, Goethe-Roman usw.). Wenn der Namensträger oder seine Erben die Darstellung der betroffenen Figur in dem Roman oder Theaterstück wegen historischer Fehler oder aus sonstigen Gründen beanstanden wollen, so müssen sie sich auf andere Vorschriften, zum Beispiel auf unerlaubte Handlung des Autors berufen (RGZ., Band 91, Seite 350). Es handelt sich dann um Fragen des Ehrenschatzes und Urheberrechtsschatzes, jedoch nicht um einen Namensmissbrauch. [Dr. H. Schmidt].

MASSIMARIO

205). RG. 12. I. 1933; JW. 1933, 858.

- TUTELA DEL DIRITTO AL NOME — RAGIONE SOCIALE — MARCHIO DI FABBRICA.
- PROTECTION OF NAME — FIRM — TRADE MARKS.
- PROTECTION DU NOM — RAISON SOCIALE — MARQUE DE FABRIQUE.
- NAMENSCHUTZ — FIRMA — WARENEICHEN.

Il legittimo titolare di un nome può agire contro il terzo che usi del nome per designare la propria ragione sociale od un proprio marchio di fabbrica.

Der berechtigte Träger eines Namens braucht nicht zu dulden, dass ein anderer seinen Namen für seine Firma oder zur Warenbezeichnung gebraucht (§ 12 BGB).

ANMERKUNG. — Nochmal über die Anwendungsfälle des § 12 BGB. — Wie in dem oben vollständig abgedruckten Urteil des Reichsgerichts vom 29. 9. 1938 und der Anmerkung dazu ausgeführt ist, beschränkt sich der Namensschutz gemäss § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht auf die Befugnis, andere am unberechtigten Führen des Namens zur Bezeichnung ihrer eigenen Person zu verhindern, der berechtigte Namensträger kann vielmehr auch verhindern, dass sein Name zum Beispiel zur Bezeichnung einer Romanfigur verwandt wird. Ebenso kann er verhindern, dass der Name im geschäftlichen Leben für eine kaufmännische Firma oder ein Warenzeichen verwandt wird. Dies wird in der vorliegenden Entscheidung ausgeführt. [Dr. H. Schmidt].

ALTRE OSSERVAZIONI. — In tema di uso illegittimo del nome altrui. — Il Reichsgericht fa dipendere la sua decisione, per cui non è lecito a terzi di adoperare il nome di una persona a fine di designazione della propria ragione sociale o di un proprio marchio di fabbrica, dal § 12 BGB, relativo alla tutela del diritto al nome. Che l'art. 7 Libro I cod. civ. (corrispondente al § 12 BGB) ammetta anch'esso, sotto il concetto di azione per usurpazione del nome, quella particolare azione che abbiamo chiamato « azione per abuso del nome », è cosa sufficientemente dimostrata altrove (v. le nostre Osservazioni alla sentenza RG. 29. 9. 1938, riportata dianzi al n. 204). Pertanto se la questione si limitasse a decidere se il § 12 BGB (o l'art. 7 Libro I cod. civ.) conceda la sua protezione anche nel caso che il nome di una persona sia indebitamente adoperato da un terzo per designare un'attività od un prodotto commerciale, la conclusione ovvia sarebbe quella affermativa, sia in Germania che in Italia.

Senonchè l'art. 7 Libro I cod. civ. richiede, per la tutela del diritto al nome, un ulteriore requisito (oltre l'uso indebito del nome stesso), che è il pregiudizio materiale o morale derivante al portatore del nome. Ed allora, dato che l'azione per abuso del nome è una sottospecie di quella per usurpazione del nome, dato che per questa azione si richiede l'accennato requisito del pregiudizio, se ne deve inferire — in ordine alla fattispecie esaminata dal Reichsgericht — che il titolare del diritto al nome non è tutelato incondizionatamente rispetto a chi illegittimamente usi del suo nome per designare un'attività od un prodotto commerciale, ma che egli è tutelato solo condizionatamente alla circostanza del pregiudizio materiale o morale che abbia avuto a soffrire.

Al giudice italiano non potrà bastare, in conclusione, di dichiarare che anche in casi simili a quello esaminato dal Reichsgericht nella sentenza che qui si commenta, si ha la possibilità di esperire un'azione per usurpazione del nome: il fatto che le azioni a tutela del nome sono azioni di condanna dovrà portarlo a completare il suo accertamento, acclarando se e quale pregiudizio sia derivato all'attore, e a condannare di conseguenza il convenuto alla cessazione del fatto lesivo, nonchè (in caso di accertata sua colpa) al risarcimento del danno [Prof. A. Guarino].

GIURISPRUDENZA COMPARATA DI DIRITTO CIVILE

(Con Cenni di Legislazione Internazionale)

A CURA DEL SEGRETARIO GENERALE DELL'ISTITUTO
PROF. SALVATORE GALGANO
ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

VOLUME V

RASSEGNE DI GIURISPRUDENZA: Italia, Francia, Germania, Belgio.

COMPARATIVE JUDICIAL DECISIONS
ON CIVIL LAW

JURISPRUDENCE COMPARÉE EN
MATIÈRE DE DROIT CIVIL

RECHTSPRECHUNG ZUM BÜRGERLICHEN RECHT IN VERGLEICHENDER
DARSTELLUNG



EDIZIONE DELL'ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI
ROMA - PALAZZO DI GIUSTIZIA, 1940-XVIII

mensschutz wird zum Beispiel auch der Ehefrau zugebilligt, wenn der Ehemann eine andere Frau als seine angebliche Ehefrau ins Gästebuch eines Hotels einträgt (RGZ. Band 108 Seite 230). In diesem Falle hatte der Ehemann den Namen seiner Frau naturgemäss nicht zur Bezeichnung seiner eigenen Person gebraucht. Trotzdem lag eine missbräuchliche Verwendung des Namens der Ehefrau vor, der die Ehefrau auf dem Wege des § 12 BGB. begegnen konnte.

Wenn ein Schriftsteller eine Romanfigur oder die Person eines Dramas mit einem Namen bezeichnet, der im Leben wirklich vorkommt, so gebraucht der Schriftsteller den fremden Namen nicht zur Bezeichnung seiner eigenen Person, sondern zur Bezeichnung einer nur gedachten Phantasiefigur. Die Frage, ob auch in diesem Fall der Namensschutz des § 12 BGB. Platz greift, ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur bestritten. Noch heute wird sie gelegentlich verneint (PALANDT, Anmerkung 4 zu § 12). Wenn man die Frage verneint, so kann sich der Namensträger gegenüber dem Schriftsteller nur auf unerlaubte Handlung berufen (§§ 823, 824, 826 BGB). Dies setzt jedoch ein schuldhaftes Handeln des Schriftstellers voraus. In vielen Fällen besteht aber das Bedürfnis, dem berechtigten Namensträger einen Schutz gegen die Verwendung seines Namens auf der Bühne oder im Roman auch dann zu verleihen, wenn der Schriftsteller ohne Verschulden diesen Namen verwandt hat. Wenn zum Beispiel bei einer Lustspiel-Aufführung in Berlin der betrogene Ehemann mit dem Namen eines Schriftstellers bezeichnet wird, der in Berlin lebt, so muss sich dieser Schriftsteller auch bei einer schuldlosen Verwendung seines Namens dagegen wehren können ROLG. (Band 30, Seite 312). Die Rechtsprechung hat sich daher dafür entschieden, auch in solchen Fällen den Namensschutz des § 12 BGB. zu gewähren.

Der Namensschutz greift nur dann Platz, wenn ein berechtigtes Interesse des Namensträgers verletzt wird. Träger von Sammelnamen, das heisst von Namen, die sehr oft vorkommen, wie Meyer, Müller, Schmidt, Schulz, haben regelmässig kein berechtigtes Interesse daran, zu verhindern, dass eine Romanfigur oder eine Person eines Schauspiels oder Kinostücks mit ihrem Namen bezeichnet wird. Es ist in solchen Fällen in der Regel ausgeschlossen, dass von dem Leser oder Hörer eine Beziehung zwischen der dargestellten Figur und dem Namensträger hergestellt wird. Ferner muss sich der Träger eines Namens, der im allgemeinen Sprachgebrauch zur Bezeichnung von typischen Figuren verwandt wird, gefallen lassen, dass sein Name auch in Schriftwerken zur Bezeichnung dieser typischen Figuren verwandt wird (zum Beispiel « Professor Biedermann »; siehe DJZ 1906 Seite 543). Diese Einschränkungen des Namensschutzes sichern den Schriftsteller vor allzustarken Eingriffen in seine Gestaltungsfreiheit.

Zur Klarstellung sei noch bemerkt, dass der Namensschutz des § 12 BGB. nicht in Frage kommt, wenn in einem Roman oder Theaterstück mit dem fremden Namen eine historische Persönlichkeit bezeichnet wird, also eine Person, die wirklich lebt oder gelebt hat (Bismarck-Drama, Goethe-Roman usw.). Wenn der Namensträger oder seine Erben die Darstellung der betroffenen Figur in dem Roman oder Theaterstück wegen historischer Fehler oder aus sonstigen Gründen beanstanden wollen, so müssen sie sich auf andere Vorschriften, zum Beispiel auf unerlaubte Handlung des Autors berufen (RGZ., Band 91, Seite 350). Es handelt sich dann um Fragen des Ehrenschatzes und Urheberrechtsschutzes, jedoch nicht um einen Namensmissbrauch. [Dr. H. Schmidt].

MASSIMARIO

205). RG. 12. I. 1938; JW. 1938, 858.

- TUTELA DEL DIRITTO AL NOME — RAGIONE SOCIALE — MARCHIO DI FABBRICA.
- PROTECTION OF NAME — FIRM — TRADE MARKS.
- PROTECTION DU NOM — RAISON SOCIALE — MARQUE DE FABRIQUE.
- NAMENSCHUTZ — FIRMA — WARENZEICHEN.

Il legittimo titolare di un nome può agire contro il terzo che usi del nome per designare la propria ragione sociale od un proprio marchio di fabbrica.

Der berechtigte Träger eines Namens braucht nicht zu dulden, dass ein anderer seinen Namen für seine Firma oder zur Warenbezeichnung gebraucht (§ 12 BGB).

ANMERKUNG. — Nochmal über die Anwendungsfälle des § 12 BGB. — Wie in dem oben vollständig abgedruckten Urteil des Reichsgerichts vom 29. 9. 1938 und der Anmerkung dazu ausgeführt ist, beschränkt sich der Namensschutz gemäss § 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht auf die Befugnis, andere am unberechtigten Führen des Namens zur Bezeichnung ihrer eigenen Person zu verhindern, der berechtigte Namensträger kann vielmehr auch verhindern, dass sein Name zum Beispiel zur Bezeichnung einer Romanfigur verwandt wird. Ebenso kann er verhindern, dass der Name im geschäftlichen Leben für eine kaufmännische Firma oder ein Warenzeichen verwandt wird. Dies wird in der vorliegenden Entscheidung ausgeführt. [Dr. H. Schmidt].

ALTRE OSSERVAZIONI. — In tema di uso illegittimo del nome altrui. — Il Reichsgericht fa dipendere la sua decisione, per cui non è lecito a terzi di adoperare il nome di una persona a fine di designazione della propria ragione sociale o di un proprio marchio di fabbrica, dal § 12 BGB, relativo alla tutela del diritto al nome. Che l'art. 7 Libro I cod. civ. (corrispondente al § 12 BGB) ammetta anch'esso, sotto il concetto di azione per usurpazione del nome, quella particolare azione che abbiamo chiamato « azione per abuso del nome », è cosa sufficientemente dimostrata altrove (v. le nostre Osservazioni alla sentenza RG. 29. 9. 1938, riportata dianzi al n. 204). Pertanto se la questione si limitasse a decidere se il § 12 BGB (o l'art. 7 Libro I cod. civ.) conceda la sua protezione anche nel caso che il nome di una persona sia indebitamente adoperato da un terzo per designare un'attività od un prodotto commerciale, la conclusione ovvia sarebbe quella affermativa, sia in Germania che in Italia.

Senonchè l'art. 7 Libro I cod. civ. richiede, per la tutela del diritto al nome, un ulteriore requisito (oltre l'uso indebito del nome stesso), che è il pregiudizio materiale o morale derivante al portatore del nome. Ed allora, dato che l'azione per abuso del nome è una sottospecie di quella per usurpazione del nome, dato che per questa azione si richiede l'accennato requisito del pregiudizio, se ne deve inferire — in ordine alla fattispecie esaminata dal Reichsgericht — che il titolare del diritto al nome non è tutelato incondizionatamente rispetto a chi illegittimamente usi del suo nome per designare un'attività od un prodotto commerciale, ma che egli è tutelato solo condizionatamente alla circostanza del pregiudizio materiale o morale che abbia avuto a soffrire.

Al giudice italiano non potrà bastare, in conclusione, di dichiarare che anche in casi simili a quello esaminato dal Reichsgericht nella sentenza che qui si commenta, si ha la possibilità di esperire un'azione per usurpazione del nome: il fatto che le azioni a tutela del nome sono azioni di condanna dovrà portarlo a completare il suo accertamento, acclarando se e quale pregiudizio sia derivato all'attore, e a condannare di conseguenza il convenuto alla cessazione del fatto lesivo, nonchè (in caso di accertata sua colpa) al risarcimento del danno [Prof. A. Guarino].

206). RG. 10. 3. 1938; JW. 1938, 1329; DJ. 1938, 727.

- ASSOCIAZIONE — PRINCIPIO DELL'EGUAGLIANZA DI TUTTI I MEMBRI — DIVERSE CATEGORIE — CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ.
 — ASSOCIATION — PRINCIPLE OF EQUALITY OF ALL MEMBERS — DIFFERENT CATEGORIES — ADMISSIBILITY — REQUISITES.
 — ASSOCIATION — PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DE TOUS LES MEMBRES — DIFFÉRENTES CATEGORIES — CONDITIONS D'ADMISSIBILITÉ.
 — VEREIN — GRUNDSATZ DER GLEICHHEIT ALLER MITGLIEDER — VERSCHIEDENE GRUPPEN — VORAUSSETZUNGEN DER ZULÄSSIGKEIT.

Lo statuto di un'associazione iscritta, o pure una deliberazione posteriore dell'organo sociale competente, può configurare in maniera ineguale i diritti di vari gruppi di membri dell'associazione. Questa diversità di trattamento deve tuttavia riposare su fondati presupposti di fatto.

Die Satzung eines eingetragenen Vereins oder eine spätere Anordnung des zuständigen Vereinsorgans kann die Rechte von verschiedenen Gruppen der Mitglieder des Vereins verschieden gestalten. Die verschiedene Behandlung muss jedoch auf sachlichen Voraussetzungen beruhen (§ 35 BGB.)

ANMERKUNG. — Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Mitglieder eines Vereins. — Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Mitglieder ist von der Rechtsprechung besonders für das Gebiet des Aktienrechts entwickelt und allmählich auf alle Arten von Körperschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht und eingetragene Vereine erstreckt worden. Man kann diesen Grundsatz heute als einen allgemeinen Satz des Körperschaftsrechts betrachten. In der neueren Gesetzgebung kommt dieser Grundsatz zum Beispiel im § 11 des Aktiengesetzes vom 30.1.1937 zum Ausdruck. Diese Bestimmung gestattet, einzelnen Gattungen von Aktien verschiedene Rechte beizulegen, namentlich bei der Verteilung des Gewinns und des Gesellschaftsvermögens. Die Bestimmung stellt sich als eine Ausnahme dar. Ohne diese Ausnahmebestimmung würde die Schaffung von verschiedenen Aktiengruppen an dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre scheitern, der auch dem Aktiengesetz zugrunde liegt.

Ebenso wie das Aktiengesetz ausdrücklich eine Ausnahme von dem Grundsatz der Gleichbehandlung aufstellt, kann sich bei anderen Körperschaften aus der Sachlage ein zwingender Grund für eine Ausnahme von dem Grundsatz ergeben. Das Reichsgericht hatte sich mit einem Verein zu befassen, der die Händler eines bestimmten Wirtschaftszweiges zusammenschloss und die Marktverhältnisse dieses Zweiges regelte. Dazu gehörten auch die Rabatte, welche die einzelnen Mitglieder des Vereins einander zu gewähren hatten. Der Grundsatz der Gleichbehandlung führt dazu, dass die Rabattsätze für alle Mitglieder dieselben sein müssen. Ausnahmsweise sind jedoch Unterschiede gestattet, wenn sachliche Gründe dafür vorliegen. Eine willkürliche unterschiedliche Behandlung der Mitglieder bei der Festsetzung der Rabatthöhe ist jedoch unzulässig. Der Verein macht sich durch eine solche sachlich nicht gerechtfertigte Behandlung dem betroffenen Mitglieder gegenüber schadensersatzpflichtig. [Dr. H. Schmidt].

ALTRE OSSERVAZIONI. — Sul principio dell'eguaglianza fra i membri di un'associazione. — Il principio affermato dalla annotata sentenza del Reichsgericht — essere, per regola generale, assolutamente eguali i diritti dei membri di una corporazione — è pacifico anche nella dottrina e nella giurisprudenza italiane: v. per tutti FERRARA F., *Le persone giuridiche* (Torino, 1938), in *Trattato di diritto civile italiano* diretto dal VASSALLI, II, 2, p. 210. La distinzione maggiormente addegnata dagli statuti è quella fra soci fondatori, ordinari ed effettivi.

Il corpo organico di norme, dedicato dal Libro I del Codice Civile (in vigore dal 19 luglio 1939) alla materia delle persone giuridiche (art. 11-40), conferma l'esistenza e la universalità (del resto, mai contestata) della regola circa la parità dei diritti dei soci. [Prof. A. Guarino].

207). RG. 8. 4. 1938; RGZ. 157, 244; JW. 1938, 1590; DJ. 1938, 1279.

- PARTI INTEGRANTI DI UNA COSA — MACCHINA — UNIONE TEMPORANEA.
 — INTEGRANT PARTS OF A THING — MACHINE — TEMPORARY CONNECTION.

- PARTIES INTÉGRANTES D'UNE CHOSE — MACHINE — UNION PASSAGÈRE.
 — BESTANDTEILE EINER SACHE — MASCHINE — VORÜBERGEHENDE VERBINDUNG.

Se talune cose sono collegate con una macchina soltanto in via transitoria, in modo che è prevista a priori la loro sostituzione con altre parti complementari, esse non vanno considerate come parti integranti della macchina, ma come cose autonome.

Es handelt sich um selbständige Sachen und nicht um Bestandteile einer Maschine, wenn die Verbindung dieser Sachen mit der Maschine nur vorübergehend ist und von vornherein ihre Auswechslung mit Ergänzungsachen vorgesehen ist (§ 99, 93 BGB.)

ANMERKUNG. — Bestandteil oder selbständige Sache? — § 93 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt: « Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein ». Es ist für das Wirtschaftsleben, insbesondere für das Kreditwesen, häufig von grosser Bedeutung, ob eine Sache wesentlicher Bestandteil einer anderen Sache geworden ist. Aus § 93 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt sich, dass die Sache, die zum wesentlichen Bestandteil einer anderen Sache geworden ist, nicht mehr Gegenstand eines besonderen Rechtes sein kann, also auch nicht mehr im Alleineigentum ihres bisherigen Eigentümers stehen kann. § 947 Absatz I des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt, dass die früheren Eigentümer der einzelnen Sachen Miteigentümer der durch die Verbindung entstandenen neuen Sache sind. Wenn eine der Sachen als Hauptsache anzusehen ist, so erwirbt jedoch nach § 947 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihr Eigentümer das Alleineigentum an der neuen Sache. Der frühere Eigentümer der Nebensache hat nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe der ungerichtfertigen Bereicherung des anderen (§ 951 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Im Konkurs des Eigentümers der Hauptsache kann er daher die von ihm beigesteuerten Sachen nicht aussondern und auch nicht ihren vollen Sachwert verlangen, sondern er ist wegen seines schuldrechtlichen Bereicherungsanspruchs auf die Konkursdividende beschränkt.

Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Bestandteil oder eine selbständige Sache vorliegt, ferner, gegebenenfalls, ob ein wesentlicher Bestandteil vorliegt, richtet sich die Rechtsprechung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, insbesondere nach der Auffassung des Verkehrs. Im vorliegenden Falle hat das Reichsgericht daher festgestellt, dass die Düsen einer Spinnmaschine kein Bestandteil der Maschine sind. Freilich kann die Maschine ohne Düsen nicht spinnen. Die Düsen werden jedoch nur eingesetzt, um ein Garn von bestimmter Stärke und Beschaffenheit herzustellen. Für den nächsten Fabrikationsprozess werden wieder andere Düsen eingesetzt. Die Düsen der Spinnmaschine sind daher ebensowenig wie die verschiedenen Bohrer einer Bohrmaschine Bestandteil der Maschine [Dr. H. Schmidt].

ALTRE OSSERVAZIONI. — Sul criteri di classificazione delle cose composte. — Alla nostra legge positiva manca una disciplina della teoria delle cose, la quale sia paragonabile, per precisione e completezza, a quella disposta dai §§ 90-103 BGB. Sebbene il libro secondo del nostro codice civile si apra con un titolo I denominato « della distinzione dei beni », l'esame degli art. 406-435 chiarisce che il regolamento del legislatore si è limitato alla *summa divisio* fra cose immobili e cose mobili, nonchè ad un breve capo riguardante la distinzione dei beni secondo le persone cui appartengono.

La tradizione romanistica — che è anche stata la fonte dei §§ 90-103 BGB — supplisce, da noi, vantaggiosamente alla deficienza della regolamentazione legislativa. In particolare, è ancor oggi da ritenere dominante la dottrina che distingue fra cose semplici e cose composte, per quanto ad una vigorose critiche siano state mosse principalmente dal MAIORCA (*La cosa in senso giuridico, contributo alla critica di un dogma*, in *Memorie dell'Istituto giuridico della R. Università di Torino*, Serie II, 24, p. 35 s.) e discussioni innumeri suscitò ancora, in Italia come altrove, la categoria delle *universitates* (sulle quali v. BARBERO, *Le universalità patrimoniali* [Milano, 1936]). Un'altra distinzione romana, che tuttora pare resistere bravamente a critiche recentissime (v. MAIORCA, *op. cit.*, p. 110 s.), è quella fra cose principali e cose accessorie, pur presentandosi ancora estremamente delicato l'argomento relativo a quella categoria di cose accessorie che è data dalle pertinenze (v. ANDREOLI G., *Le pertinenze* [Milano, 1936]).

La fattispecie risolta dal Reichsgericht tocca, ad un tempo, il capitolo delle cose composte e quello delle cose accessorie. Si trattava di decidere se gli ugelli di una filatrice dovessero essere considerati parti integranti della medesima, oppure cose a sè stanti e quindi giuridicamente autonome. La Corte, argomentando dal fatto che alla filatrice servono quei determinati ugelli soltanto per la manifattura di un determinato tipo di tessuto, mentre che all'approntamento di altri tipi occorrono ugelli diversi, ha concluso trattarsi di cose a sè stanti, perchè non avvinte da un durevole legame economico con la macchina filatrice.

In verità non sapremmo aderire a questa soluzione specifica, pur apprezzando appieno le considerazioni di principio che l'hanno determinata. Indubbiamente il criterio per la decisione del Reichsgericht doveva essere quello della destinazione economica durevole, ma male ha fatto il Reichsgericht — mi sembra — ad affermare che, nella fattispecie in esame, questo essenziale requisito faceva difetto: che una filatrice abbia bisogno di parecchie serie di ugelli per poter compiere il suo lavoro, non implica affatto l'autonomia giuridica di quest'ultime cose. Tutte le serie si devono, al contrario, considerare cose accessorie rispetto alla filatrice, cosa principale, o meglio ancora pertinenze di quella: e ciò per la semplice considerazione che gli ugelli sono legati alla macchina filatrice da un vincolo strettissimo, rappresentato dalla durevole (anche se non permanente) finalità economica comune. [Prof. A. Guarino].

208). OLG. Celle, 22. 3. 1938; JW. 1938, 1591.

— PERSONA INTERPOSTA — MANDATO — « NEGOTIORUM GESTIO » — DIRITTI VERSO IL « DOMINUS NEGOTII ».

— MAN OF STRAW — AGENCY — « NEGOTIORUM GESTIO » — RIGHTS TOWARDS THE « DOMINUS NEGOTII ».

— PERSONNE INTERPOSÉE — MANDAT — GESTION D'AFFAIRES — DROITS ENVERS LE MAÎTRE.

— VORGESCHOBENE PERSON — AUFTRAG — GESCHÄFTSFÜHRUNG — ANSPRÜCHE GEGEN DEN GESCHÄFTSHERRN.

Colui il quale gerisce un affare di commercio soltanto in qualità di interposta persona (prestanome) di un altro, ha diritto nei confronti del vero « dominus negotii » ad essere liberato da tutte le obbligazioni contratte nella sua qualità di prestanome.

Wer nur als vorgeschobene Person eines andern ein Handelsgeschäft führt (Strohmann), hat einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den eigentlichen Geschäftsherrn auf Befreiung von Schulden, die er in seiner Eigenschaft als Strohmann gemacht hat (§ 117 BGB).

ANMERKUNG. — Ueber die Ansprüche des Strohmannes gegen den Geschäftsherrn. — Ein Kaufmann kann sich in verschiedener Art anderer Personen bedienen. Er kann seine Angestellten oder auch selbständige andere Personen zu seinen unmittelbaren Vertretern bestellen. Sie geben dann in seinem Namen Erklärungen ab, die unmittelbar für und gegen ihn wirken (§ 164 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Es ist aber auch möglich, dass der Kaufmann einen anderen nur wirtschaftlich auf seine Rechnung handeln lässt, dass er ihn aber nach aussen im eigenen Namen auftreten lässt. Der Kommissionär kauft oder verkauft zum Beispiel Waren oder Wertpapiere im eigenen Namen, aber für Rechnung eines anderen (§ 383 des Handelsgesetzbuchs). Man hat dies auch als « mittelbare Stellvertretung » bezeichnet. Diese Rechtsform dient häufig zur Erreichung berechtigter wirtschaftlicher Ziele. Zuweilen betreibt ein Kaufmann aber nach seinem wirtschaftlichen Zusammenbruch seine Geschäfte unter dem Namen einer anderen vorgeschobenen Persönlichkeit (Strohmann) weiter, um sich dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Man könnte daran denken, dass der Geschäftsherr und der Strohmann ihre Vereinbarungen nur zum Schein getroffen hätten und dass sie daher nichtig seien (§ 117 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). So liegt es jedoch regelmässig nicht. Die beiden Beteiligten wollen das Vereinbarte ernsthaft. Sie übertragen zum Beispiel die kaufmännische Firma und ihr Grundstück rechtsgültig auf den Strohmann. Dieser wird im Handelsregister und Grundbuch als neuer Berechtigter eingetragen. Man muss diese Massnahme in der Regel als rechtswirksam ansehen. Die Gläubiger sind demgegenüber nicht wehrlos. Sie können häufig die Übertragung von Vermögenswerten nach dem Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens

rens vom 21.7.1879 anfechten, weil die Übertragung in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen ist. Auf diese Weise können die Gläubiger Rückgewähr der übertragenen Werte zu ihrer Befriedigung verlangen.

Die vorliegende Entscheidung zeigt noch einen anderen Weg für die Sicherung der Gläubiger. Das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Strohmann ist in der Regel ein Auftrag (§§ 662 folgende des Bürgerlichen Gesetzbuchs) oder ein Geschäftsbesorgungsvortrag (§ 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Der Strohmann kann daher von dem Geschäftsherrn Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 670 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Wenn der Strohmann Verbindlichkeiten gegenüber Dritten einget, so kann er von dem eigentlichen Geschäftsherrn verlangen, dass dieser ihn von diesen Verbindlichkeiten befreit (§ 257 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Der Gläubiger des Strohmanns hat einen unmittelbaren Anspruch nur gegen den Strohmann. Häufig wird es ihm aber wegen Mittellosigkeit des Strohmanns oder aus sonstigen wirtschaftlichen Gründen darauf ankommen, gegen den eigentlichen Geschäftsherrn vorgehen zu können. Dies kann er auf einem Umwege. Wenn er einen Vollstreckungstitel gegen den Strohmann erlangt hat, kann er im Wege der Zwangsvollstreckung den oben erwähnten Schuldbefreiungsanspruch des Strohmanns gegen den eigentlichen Geschäftsherrn pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen (§§ 828 folgende der Zivilprozessordnung). Nunmehr kann er diese Forderung gegen den eigentlichen Geschäftsherrn geltend machen. Sie verwandelt sich in der Hand des Gläubigers in eine unmittelbare Geldforderung. [Dr. H. Schmidt].

ALTRE OSSERVAZIONI. — In tema di affari compiuti a mezzo di prestanome. — L'istituto del « prestanome » (Strohmann) è tutt'altro che ignoto alla prassi commerciale in Italia. Si dà frequentissimamente il caso, presso di noi, che taluno agisca, per uno o più affari, in nome proprio, ma per conto di altri, che rimane nell'ombra.

Il prestanome non è rappresentante di colui per conto del quale agisce. Per conseguenza, non ha rilevanza giuridica alcuna, per i terzi con cui viene in rapporto, la circostanza che egli esorbiti dai limiti del suo mandato. Anche se i terzi siano a conoscenza del fatto che il loro contraente è prestanome di un Tizio, che non ama venire alla luce, è non pertanto sempre e solo il prestanome che acquista diritti od obblighi ne' loro riguardi. Il « dominus negotii » può essere tenuto ad assumere in proprio una responsabilità verso i terzi soltanto quando sia provato che il suo intendimento di far figurare esclusivamente il prestanome aveva uno scopo illegittimo (v. *amplius* VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*¹, I [Milano, 1922], p. 286 s.).

È controverso il punto se il prestanome, che compia atti di commercio per conto altrui, sia egli stesso commerciante. Molti ritengono di sì, in quanto che sostengono essere decisiva per la qualifica di commerciante soltanto la *spendita del nome*, il fatto cioè che si assumano in nome proprio di fronte ai terzi i diritti e gli obblighi derivanti dall'affare (v. per tutti VIVANTE, *op. cit.*, I, p. 132 s.). Ma altri obiettano che il prestanome, essendo un contraente fittizio, non esercita professionalmente il commercio, anche se lo eserciti in nome proprio (v. BOLAFFIO, *Codice di commercio commentato*², I [Torino, 1935], p. 603 s.). Senonchè a noi non pare che il prestanome sia un contraente fittizio, e ciò proprio perchè egli agisce in nome proprio e impegna in ciascun affare unicamente la propria responsabilità (v. tuttavia, in contrario avviso, FERRARA F., *Della simulazione nei negozi giuridici*³ [Milano, 1909], p. 237): il così detto « dominus negotii », è, in fondo, assolutamente estraneo al negozio che si contrae, di modo che il prestanome, compiendo per professione abituale e in nome proprio atti di commercio, deve essere ritenuto commerciante, anche se riversi ogni suo profitto nelle tasche di colui che muove dalle quinte i suoi fili.

La conclusione è che, essendo di regola nettamente da differenziare i rapporti fra prestanome e terzi contraenti, da un lato, ed i rapporti tra prestanome e « dominus negotii », dall'altro, non possono i terzi agire contro il « dominus negotii » per le obbligazioni contratte dal prestanome (tanto meno, quindi, chiederne il fallimento), nè può il prestanome sgravarsi senz'altro di ogni responsabilità, addossandola al « dominus negotii ». Come il prestanome acquista ogni diritto in proprio e solo in un secondo momento ne riversa il profitto al « dominus », così egli deve affrontare di persona ogni responsabilità patrimoniale, salvo a farsi risarcire dal « dominus » in un secondo tempo. In questo senso (*Befreiung* — *liberazione*, nel senso di *risarcimento*) è pienamente da approvarsi la massima della decisione dell'Oberlandesgericht Celle, qui sopra riportata [Prof. A. Guarino].

La fattispecie risolta dal Reichsgericht tocca, ad un tempo, il capitolo delle cose composte e quello delle cose accessorie. Si trattava di decidere se gli ugelli di una filatrice dovessero essere considerati parti integranti della medesima, oppure cose a sè stanti e quindi giuridicamente autonome. La Corte, argomentando dal fatto che alla filatrice servono quei determinati ugelli soltanto per la manifattura di un determinato tipo di tessuto, mentre che all'approntamento di altri tipi occorrono ugelli diversi, ha concluso trattarsi di cose a sè stanti, perchè non avvinte da un durevole legame economico con la macchina filatrice.

In verità non sapremmo aderire a questa soluzione specifica, pur apprezzando appieno le considerazioni di principio che l'hanno determinata. Indubbiamente il criterio per la decisione del Reichsgericht doveva essere quello della destinazione economica durevole, ma male ha fatto il Reichsgericht - mi sembra - ad affermare che, nella fattispecie in esame, questo essenziale requisito faceva difetto: che una filatrice abbia bisogno di parecchie serie di ugelli per poter compiere il suo lavoro, non implica affatto l'autonomia giuridica di quest'ultime cose. Tutte le serie si devono, al contrario, considerare cose accessorie rispetto alla filatrice, cosa principale, o meglio ancora pertinenze di quella: e ciò per la semplice considerazione che gli ugelli sono legati alla macchina filatrice da un vincolo strettissimo, rappresentato dalla durevole (anche se non permanente) finalità economica comune. [Prof. A. Guarino].

208), OLG. Celle, 22. 3. 1938; JW. 1938, 1591.

- PERSONA INTERPOSTA - MANDATO - « NEGOTIORUM GESTIO » - DIRITTI VERSO IL « DOMINUS NEGOTII ».
- MAN OF STRAW - AGENCY - « NEGOTIORUM GESTIO » - RIGHTS TOWARDS THE « DOMINUS NEGOTII ».
- PERSONNE INTERPOSÉE - MANDAT - GESTION D'AFFAIRES - DROITS ENVERS LE MAÎTRE.
- VORGESCHOBENE PERSON - AUFTRAG - GESCHÄFTSFÜHRUNG - ANSPRÜCHE GEGEN DEN GESCHÄFTSHERRN.

Colui il quale gerisce un affare di commercio soltanto in qualità di interposta persona (prestanome) di un altro, ha diritto nei confronti del vero « dominus negotii » ad essere liberato da tutte le obbligazioni contratte nella sua qualità di prestanome.

Wer nur als vorgeschobene Person eines andern ein Handelsgeschäft führt (Strohmann), hat einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den eigentlichen Geschäftsherrn auf Befreiung von Schulden, die er in seiner Eigenschaft als Strohmann gemacht hat (§ 117 BGB).

ANMERKUNG. - Ueber die Ansprüche des Strohmannes gegen den Geschäftsherrn. - Ein Kaufmann kann sich in verschiedener Art anderer Personen bedienen. Er kann seine Angestellten oder auch selbständige andere Personen zu seinen unmittelbaren Vertretern bestellen. Sie gehen dann in seinem Namen Erklärungen ab, die unmittelbar für und gegen ihn wirken (§ 164 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Es ist aber auch möglich, dass der Kaufmann einen anderen nur wirtschaftlich auf seine Rechnung handeln lässt, dass er ihn aber nach aussen im eigenen Namen auftreten lässt. Der Kommissionär kauft oder verkauft zum Beispiel Waren oder Wertpapiere im eigenen Namen, aber für Rechnung eines anderen (§ 383 des Handelsgesetzbuchs). Man hat dies auch als « mittelbare Stellvertretung » bezeichnet. Diese Rechtsform dient häufig zur Erreichung berechtigter wirtschaftlicher Ziele. Zuweilen betreibt ein Kaufmann aber nach seinem wirtschaftlichen Zusammenbruch seine Geschäfte unter dem Namen einer anderen vorgeschobenen Persönlichkeit (Strohmann) weiter, um sich dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Man könnte daran denken, dass der Geschäftsherr und der Strohmann ihre Vereinbarungen nur zum Schein getroffen hätten und dass sie daher nichtig seien (§ 117 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). So liegt es jedoch regelmässig nicht. Die beiden Beteiligten wollen das Vereinbarte ernsthaft. Sie übertragen zum Beispiel die kaufmännische Firma und ihr Grundstück rechtsgültig auf den Strohmann. Dieser wird im Handelsregister und Grundbuch als neuer Berechtigter eingetragen. Man muss diese Massnahme in der Regel als rechtswirksam ansehen. Die Gläubiger sind demgegenüber nicht wehrlos. Sie können häufig die Übertragung von Vermögenswerten nach dem Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfah-

rens vom 21.7.1879 anfechten, weil die Übertragung in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen ist. Auf diese Weise können die Gläubiger Rückgewähr der übertragenen Werte zu ihrer Befriedigung verlangen.

Die vorliegende Entscheidung zeigt noch einen anderen Weg für die Sicherung der Gläubiger. Das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Strohmann ist in der Regel ein Auftrag (§§ 662 folgende des Bürgerlichen Gesetzbuchs) oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Der Strohmann kann daher von dem Geschäftsherrn Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 670 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Wenn der Strohmann Verbindlichkeiten gegenüber Dritten eingeht, so kann er von dem eigentlichen Geschäftsherrn verlangen, dass dieser ihn von diesen Verbindlichkeiten befreit (§ 257 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Der Gläubiger des Strohmanns hat einen unmittelbaren Anspruch nur gegen den Strohmann. Häufig wird es ihm aber wegen Mittellosigkeit des Strohmanns oder aus sonstigen wirtschaftlichen Gründen darauf ankommen, gegen den eigentlichen Geschäftsherrn vorgehen zu können. Dies kann er auf einem Umwege. Wenn er einen Vollstreckungstitel gegen den Strohmann erlangt hat, kann er im Wege der Zwangsvollstreckung den oben erwähnten Schuldbefreiungsanspruch des Strohmanns gegen den eigentlichen Geschäftsherrn pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen (§§ 828 folgende der Zivilprozessordnung). Nuanehr kann er diese Forderung gegen den eigentlichen Geschäftsherrn geltend machen. Sie verwandelt sich in der Hand des Gläubigers in eine unmittelbare Geldforderung. [Dr. H. Schmidt].

ALTRE OSSERVAZIONI. - In tema di affari compiuti a mezzo di prestanome. - L'istituto del « prestanome » (Strohmann) è tutt'altro che ignoto alla prassi commerciale in Italia. Si dà frequentissimamente il caso, presso di noi, che taluno agisca, per uno o più affari, in nome proprio, ma per conto di altri, che rimane nell'ombra.

Il prestanome non è rappresentante di colui per conto del quale agisce. Per conseguenza, non ha rilevanza giuridica alcuna, per i terzi con cui viene in rapporto, la circostanza che egli esorbiti dai limiti del suo mandato. Anche se i terzi siano a conoscenza del fatto che il loro contraente è prestanome di un Tizio, che non ama venire alla luce, è non pertanto sempre e solo il prestanome che acquista diritti od obblighi nei loro riguardi. Il « dominus negotii » può essere tenuto ad assumere in proprio una responsabilità verso i terzi soltanto quando sia provato che il suo intendimento di far figurare esclusivamente il prestanome aveva uno scopo illegittimo (v. *amplius* VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*², I [Milano, 1922], p. 286 s.).

È controverso il punto se il prestanome, che compia atti di commercio per conto altrui, sia egli stesso commerciante. Molti ritengono di sì, in quanto che sostengono essere decisiva per la qualifica di commerciante soltanto la *spendita del nome*, il fatto cioè che si assumano in nome proprio di fronte ai terzi i diritti e gli obblighi derivanti dall'affare (v. per tutti VIVANTE, *op. cit.*, I, p. 132 s.). Ma altri obiettano che il prestanome, essendo un contraente fittizio, non esercita professionalmente il commercio, anche se lo eserciti in nome proprio (v. BOLAFFIO, *Codice di commercio commentato*³, I [Torino, 1935], p. 603 s.). Senonchè a noi non pare che il prestanome sia un contraente fittizio, e ciò proprio perchè egli agisce in nome proprio e impegna in ciascun affare unicamente la propria responsabilità (v. tuttavia, in contrario avviso, FERRARA F., *Della simulazione nei negozi giuridici*⁴ [Milano, 1909], p. 237): il così detto « dominus negotii », è, in fondo, assolutamente estraneo al negozio che si contrae, di modo che il prestanome, compiendo per professione abituale e in nome proprio atti di commercio, deve essere ritenuto commerciante, anche se riversi ogni suo profitto nelle tasche di colui che muove dalle quinte i suoi fili.

La conclusione è che, essendo di regola nettamente da differenziare i rapporti fra prestanome e terzi contraenti, da un lato, ed i rapporti tra prestanome e « dominus negotii », dall'altro, non possono i terzi agire contro il « dominus negotii » per le obbligazioni contratte dal prestanome (tanto meno, quindi, chiederne il fallimento), nè può il prestanome sgravarsi senz'altro di ogni responsabilità, addossandola al « dominus negotii ». Come il prestanome acquista ogni diritto in proprio e solo in un secondo momento ne riversa il profitto al « dominus », così egli deve affrontare di persona ogni responsabilità patrimoniale, salvo a farsi risarcire dal « dominus » in un secondo tempo. In questo senso (*Befreiung* = *liberazione*, nel senso di *risarcimento*) è pienamente da approvarsi la massima della decisione dell'Oberlandesgericht Celle, qui sopra riportata [Prof. A. Guarino].

209), LG. Nürnberg-Fürth, 21. 3. 1938; DJ. 1938, 905.

- FIDEISSIONE - CREDITORE EBREO - FIDEIUSSORE MEMBRO DEL PARTITO NAZIONAL-SOCIALISTA - ANNULLABILITÀ.
- GUARANTY - JEW CREDITOR - GUARANTOR MEMBER OF NATIONAL-SOCIALIST PARTY - AVOIDABLE.
- CAUTIONNEMENT - CRÉANCIER JUIF - CAUTION MEMBRE DU PARTI NATIONAL-SOCIALISTE - ANNULLABILITÉ.
- BÜRGSCHAFT - GLÄUBIGER JUDE - BÜRGE MITGLIEDER DER N.S.D.A.P. - ANFECHTBARKEIT DER BÜRGSCHAFT.

Un membro del partito nazionalsocialista, ed in specie un gerarca delle formazioni SS (*Schutz-Staffeln*: squadre di sicurezza), può chiedere l'annullamento della garanzia prestata, se il creditore sia ebreo e gli abbia dolosamente dissimulato la propria appartenenza alla razza semita.

Ein Nationalsozialist, insbesondere ein hauptamtlicher SS-Mann, kann seine Bürgerschaftserklärung anfechten, wenn der Gläubiger Jude ist und den Bürgen über seine Rassezugehörigkeit arglistig getäuscht hat (§ 123 BGB).

ANMERKUNG. - Einfluss der Rassezugehörigkeit auf die Gültigkeit einer Bürgerschaft. - § 123 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt: « Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung... bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten ». Die arglistige Täuschung kann nicht nur durch positives Handeln, sondern auch durch Unterlassung begangen werden, und zwar dann, wenn nach Treu und Glauben ein Handeln geboten gewesen wäre. Beim Vertragsabschluss braucht kein Vertragspartner seine sämtlichen Ziele und Motive rückhaltlos zu offenbaren. Er muss jedoch diejenigen Umstände angeben, die für die Entscheidung der Gegenseite erkennen wesentlich waren. Wenn ein Jude mit einem Nationalsozialisten irgendwelche Verhandlungen führt, so weiss er, dass dem Nationalsozialisten nach den Grundsätzen der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei jede persönliche und geschäftliche Verbindung mit Juden verboten ist. Die Rassezugehörigkeit des Vertragspartners ist also für das Zustandekommen jedes Geschäfts von ausschlaggebender Bedeutung. Wenn der Jude seine Rassezugehörigkeit verschweigt, so liegt hierin eine arglistige Täuschung. Der Nationalsozialist ist zur Anfechtung seiner Erklärung berechtigt. Im vorliegenden Falle hatte der Jude die Täuschung noch dadurch besonders wirkungsvoll gestaltet, dass er statt seiner Vornamen Chaim Irak unbefugterweise den Vornamen Ignatz führte. [Dr. H. Schmidt].

ALTRE OSSERVAZIONI. - Su di un caso dubbio di annullabilità del negozio giuridico. - La questione portata al giudizio del Landgericht di Nürnberg è anche per noi di una certa importanza, dato che anche in Italia - come è noto (v. *Legislazione internazionale*, VII, 2, p. 602 segg.) - esiste un principio ed una conseguente legislazione razziale, in virtù dei quali si differenziano nettamente, specie per quanto attiene ai rapporti personali, gli appartenenti alla razza ariana dagli appartenenti a razze diverse, fra cui la semita. Ma - diciamo subito - la decisione della Corte tedesca, almeno così come è formulata in massima, deve ritenersi inaccettabile, sia in ordine al diritto germanico sia, e soprattutto, in ordine al diritto italiano.

Alla radice della sentenza del Landgericht di Nürnberg vi è sempre quella grande elasticità che nella odierna Germania viene riconosciuta ai poteri del Giudice, il quale tende ad essere non tanto l'interprete della legge, quanto il realizzatore della generica *Rechtsanschauung* del nazionalsocialismo. Concezione, per vero dire, unanimemente ripudiata presso di noi, a causa degli arbitri veri e propri, cui essa può di leggieri trascinare (v. in proposito, da ultimo, CALAMANDREI, *Rassegna di letteratura e legislazioni straniere: Germania*, RDPIC 1939. 1. 293 s.). La concezione romana, con la sua nozione rigorosamente tecnica del diritto e del fenomeno giuridico, è, presso di noi, ancora, fortunatamente, troppo ben radicata, perchè tendenze, in astratto così suggestive ma in pratica così pericolose, possano allignare in Italia.

Che lo « stile » del Nazionalsocialismo impedisca ad un *Parteigenosse*, ed a maggior ragione ad un *SS-Mann*, di aver comunque a che fare con un israelita, è indiscutibile. Ma basare l'annul-

lamento del negozio sul richiamo di questa norma di stile è, per verità, insufficiente; mentre che l'aggiungere il motivo del comportamento doloso della parte ebrea rende la decisione - per così dire - prolissa, pur senza ancora giustificarla.

Noi riteniamo, in sostanza, che il primo motivo addotto dal Landgericht di Nürnberg non abbia alcun valore giuridico e che sia da riprovare la pronuncia di nullità che su di esso comunque si basi. L'annullamento del negozio è invece pienamente ammissibile per causa di dolo: il contraente ebreo, inducendo maliziosamente in errore circa la sua razza la controparte, ha fatto sì che questa si sia decisa a stipulare un negozio che altrimenti non avrebbe stipulato. Ma allora non basta che la motivazione sia basata sulla circostanza che lo stile nazionalsocialista vieta ai membri del partito di entrare in rapporti con gli ebrei: occorre invece andare più a fondo e vedere se, nel caso concreto, quel determinato contraente, in omaggio alla sua fede nazionalsocialista, avrebbe veramente evitato di prestar garanzia, sia pure per un ariano, ad un creditore di razza semita. Non dubitiamo menomamente che tale sia il caso dell'attore e che quindi dopo di ciò la sentenza della Corte tedesca sarebbe giunta allo stesso dispositivo: ma dubitiamo forte che essa, motivata come è ora, possa anche in Germania approvarsi. [Prof. A. Guarino].

210), KG. 30. 6. 1938; JW. 1938, 2349; ZAKDR. 1938, 601.

- VENDITA DI IMMOBILE - VIOLAZIONE DI UNA NORMA DI POLIZIA EDILIZIA - VALIDITÀ DEL NEGOZIO.
- SALE OF REAL PROPERTY - INFRINGEMENT OF A RULE OF BUILDINGS' POLICY - SALE VALID.
- VENTE D'IMMEUBLE - VIOLATION D'UNE DISPOSITION DE POLICE ÉDILICIEUNE - VENTE VALABLE.
- GRUNDSTÜCKSVERKAUF - VERLETZUNG BAUPOLIZEIHER VORSCHRIFTEN - VERKAUF GÜLTIG.

L'alienazione di un immobile non deve considerarsi nulla per il semplice fatto che essa è in contrasto con le norme di polizia edilizia sulla costruzione e sull'impiego edilizio dell'immobile stesso.

Die Veräußerung eines Grundstücks ist nicht deswegen nichtig, weil sie gegen die baupolizeilichen Bestimmungen über die Bebauung und bauliche Ausnutzung des Grundstücks verstösst (§ 134 BGB).

ANMERKUNG. - Ueber die Nichtigkeitsgründe des Rechtsgeschäfts. - § 134 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt: « Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt ». Das gesetzliche Verbot kann sich aus dem bürgerlichen Recht, dem Strafrecht oder dem sonstigen öffentlichen Recht ergeben. § 134 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verhindert also die bürgerlichrechtliche Wirksamkeit von Rechtsgeschäften auf Grund von Verböten, die sich aus allen verschiedenen Rechtsgebieten, nicht nur dem bürgerlichen Recht, ergeben. In vielen Fällen ist eine so starke Wirkung des Verbots aber nicht am Platze. Die Nichtigkeit tritt daher nicht ein, wenn sich aus dem Gesetz im einzelnen Fall etwas anderes ergibt. In jedem einzelnen Fall eines gesetzlichen Verbots muss daher durch Auslegung ermittelt werden, wie stark die bürgerlichrechtliche Wirkung des Verbots sein soll. Dabei hilft vielfach schon die sprachliche Fassung der Verbotsbestimmung. Viele Verbotsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ordnen ausdrücklich die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des verbotenen Geschäfts an (zum Beispiel §§ 248, 310, 312, 443, 925 Absatz 2, 1136, 2040, 2302 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). In anderen Fällen muss man aus dem Zweck oder der Bedeutung der Verbotsvorschrift ermitteln, wie weit ihre Wirkung gehen soll. Wenn zum Beispiel Höchstpreise vorgeschrieben werden, so verstösst der Verkauf zu einem höheren Preis gegen ein gesetzliches Verbot. Der Verkauf ist jedoch nach dem Sinne der Höchstpreisanordnung nicht etwa nichtig, sondern bleibt wirksam. Es wird lediglich der vereinbarte Preis auf den Höchstpreis herabgesetzt (siehe STAUDINGER, Anmerkung 21 zu § 134).

Im vorliegenden Falle hat das Kammergericht zutreffend entschieden, dass der Verstoß ge-

gen baupolizeiliche Bestimmungen nicht zur Nichtigkeit eines Grundstücks-Veräußerungsvertrages führt. Die verbotswidrige Benutzung eines Grundstücks kann von der Baupolizeibehörde mit polizeilichen Mitteln verhindert werden, ihre Zwangsmassnahme richtet sich aber nur gegen den Täter. Sie berührt dagegen nicht dessen bürgerlichrechtliche Beziehungen zu seinem Vertragsgegner. [Dr. H. Schmidt].

211). RG. 4. 4. 1938; JW. 1938, 1892; DJ. 1938, 1127.

- MANDATO — MORTE DEL MANDANTE — PLURALITÀ DI EREDI — REVOCA DA PARTE DI UN EREDE — EFFICACIA.
- AGENCY — DEATH OF PRINCIPAL — PLURALITY OF HEIRS — REVOCATION BY A COHEIR — EFFICACY.
- MANDAT — MORT DU MANDANT — PLURALITÉ D'HÉRITIERS — RÉVOCATION PAR UN DES COHÉRITIERS — EFFETS.
- VOLLMACHT — TOD DES VOLLMACHTGEBERS — MEHRHEIT VON ERBEN — WIDERRUF DURCH EINEN MITERBEN — WIRKUNG.

Se l'ereditando ha conferito un mandato con efficacia protratta anche per il tempo dopo la sua morte e se uno dei suoi eredi revoca, lui morto, il mandato, questo rimane efficace nei riguardi degli altri coeredi. Il mandatario non è tenuto a restituire la procura.

Wenn der Erblasser eine Vollmacht mit zeitlicher Wirkung über seinen Tod hinaus ausstellt und einer von mehreren Miterben nach seinem Tode die Vollmacht widerruft, so bleibt die Vollmacht für die anderen Miterben bestehen. Der Bevollmächtigte braucht die Vollmachtsurkunde nicht herauszugeben (§§ 168, 175 BGB).

ANMERKUNG. — Widerruf der Vollmacht seitens eines von mehreren Miterben des Vollmachtgebers. — Wenn jemand einem anderen Vollmacht zur Erledigung irgendwelcher Rechtsangelegenheiten erteilt, so pflegt dem irgendein Rechtsverhältnis zwischen den beiden zugrundeliegen. Wenn der Bevollmächtigte unentgeltlich für den Vollmachtgeber tätig wird, so liegt ein Auftrag vor (§§ 662 folgende des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Erhält der Bevollmächtigte dagegen für seine Tätigkeit eine Vergütung, so liegt in der Regel ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) vor. Die Vollmacht ist von diesem zugrundeliegenden Geschäft zu unterscheiden. Sie stellt eine davon losgelöste Vertretungsmacht dar. Naturgemäss ergeben sich aber zwischen diesem zugrundeliegenden Geschäft und der davon losgelösten Vollmacht Wechselbeziehungen. Insbesondere bestimmt sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis (§ 168 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). In der Regel ergibt sich also aus dem zugrundeliegenden Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag, wann die Vollmacht endigt. Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag endigen nicht mit dem Tode des Auftraggebers (§§ 672, 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Die auf Grund dieser Rechtsverhältnisse erteilten Vollmachten endigen daher ebenfalls nicht mit dem Tode des Vollmachtgebers, wenn dies nicht von dem Vollmachtgeber ausdrücklich bestimmt ist. Häufig bestimmt der Vollmachtgeber sogar ausdrücklich, dass die Vollmacht über seinen Tod hinaus wirken soll. Die Abwicklung grösserer Nachlässe wird zuweilen dadurch erleichtert, dass ein Miterbe oder eine andere Person eine Vollmacht des Erblassers besitzt, auf Grund derer sie über Bestandteile des Nachlasses, zum Beispiel über das Bankkonto des Erblassers, verfügen kann.

Die Vollmacht ist regelmässig jederzeit widerruflich (§ 168 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Nach dem Tode des Vollmachtgebers können seine Erben regelmässig die Vollmacht widerrufen. Wenn alle Erben gemeinsam die Vollmacht widerrufen, so ist sie damit hinfällig. Der Bevollmächtigte muss dann die Vollmachtsurkunde zurückgeben (§ 175 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Wenn dagegen nur einer von mehreren Miterben die Vollmacht widerruft, so wirkt das nur für diesen einen. Gegenüber den anderen Miterben bleibt der Bevollmächtigte berechtigt, sie in Angelegenheiten des Nachlasses zu vertreten. Der Bevollmächtigte darf dann auch die Vollmachtsurkunde behalten. [Dr. H. Schmidt].

ALTRE OSSERVAZIONI. — In tema di trasmissibilità ereditaria del mandato. — La sentenza del Reichsgericht trova sostanzialmente conforme la giurisprudenza italiana.

Alla base del nostro sistema legislativo è il principio tradizionale della intrasmissibilità ereditaria del mandato, negozio tipicamente legato alle relazioni personali intercorrenti fra mandante e mandatario. Stabilisce infatti l'art. 1757 cod. civ. che il negozio di mandato si estingue, fra l'altro, per la morte, per l'interdizione e pel fallimento sia del mandante che del mandatario.

La dottrina e la giurisprudenza italiane e francesi hanno tuttavia sempre attribuito un carattere meramente dispositivo alla norma della intrasmissibilità ed hanno da lunga pezza ammesso che l'obbligazione scaturente dal mandato si trasmette agli eredi, quando la volontà del mandante si sia riferita anche a costoro: v. Cass. 25. 7. 1937 in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, IV, (Roma, 1939), p. 386 e DE MARTINO, *Osservazioni alla predetta sentenza*, *cod.* p. 386 s. (*adde*, alle citazioni di dottrina quivi contenute ANDREOTTI e DOMINÈDÒ, *Mandato civile*, n. 50, in *Nuovo Dig. italiano*). [Prof. A. Guarino].