

# Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Julius Magnus, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Leipzig  
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13.

Sernsprecher-Sammel-Nr. 72666 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postcheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdiens ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

**Anzeigen** die 6spaltene Millimeterhöhe 25 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf.,  $\frac{1}{2}$  Seite M. 325.—,  $\frac{1}{2}$  Seite M. 170.—,  $\frac{1}{4}$  Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungstrich zu Trennungstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postcheckkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Altschplatz 3, Zahlungen auf Postcheckkonto Leipzig 10102 zu richten.

## 50 Jahre deutsche Justiz.

Festvortrag auf dem Deutschen Anwaltstage zu Hamburg 1929.

Gehalten von Rechtsanwalt Professor Dr. Walther Fischer, Hamburg.

Als vor 50 Jahren die Aufgabe zu lösen war, die beiden gerichtlichen Verfahren, Strafprozeß und Zivilprozeß, für das Reich einheitlich zu gestalten, da spiegelten sich schon all die gleichen Probleme, die auch heute noch Gegenstand des Meinungsstreites sind, spiegelten sich all ihre Lösungen in den unzähligen Prozeßordnungen wieder, die in den Ländern und Ländchen Geltung erlangt hatten.

Aus ihnen galt es die Auswahl zu treffen. Wenn es gelang, die große Aufgabe so zu lösen, daß damalige Bedürfnisse der Rechtspflege ihre Erfüllung fanden, so stand doch das Ziel, Einheit zu schaffen, so sehr im Vordergrund, daß ihm gegenüber die Frage nach den leitenden Gedanken, die die Gesamtgestalt der Verfahren bestimmen mußten, zurücktrat. Aus dem Gegebenen für den neuen Bau die besten Steine zu wählen, erschien wichtiger als zu prüfen, ob Grundriß und Plan dem Zwecke völlig entsprachen.

Galt es, das Vorhandene zu sichten, so ließ es sich nur werten aus der Erfahrung engerer jeweils geschlossener Kreise heraus, in denen das überall verschiedene Recht an seiner Stelle organisch erwachsen war. Hierin lag damals die Schwierigkeit. Es war nicht nur Gegebenes zu verbessern oder Schutz hinwegzuräumen, sondern von oben her einzugreifen in eingewurzelter oder doch neu aus den Bedürfnissen des betreffenden Landes heraus geschaffenes Recht. Kaum vermögen wir heut uns noch das Durcheinander zu denken, und wenn wir jetzt so glücklich sind, uns nur mit einem Gesetz befassen zu müssen, wollen wir nicht vergessen, wieviel Dank wir denen schulden, die aus der Vielfältigkeit die Einheit schufen, — auch wenn heute manches aus jener Zeit überwunden worden und noch zu überwinden ist.

50 Jahre haben in der Geschichte stets völlige Umwälzung mit sich gebracht. Vielleicht ist auch unser Gefühl nichts Neues, das Gefühl, daß so gründlich, so umstürzend wie diesmal die Änderung noch nicht gewesen sein könne. Änderungen in der politischen Struktur des Staates, Wandel der Anschauungen, wirtschaftlichen Umschwung und technischen Fortschritt gab es auch früher. In diesem Abschnitt aber, auf den wir heute zurückschauen, schrumpfte die Welt zusammen. Nicht nur die Wandlung zum Industriestaat ist es, nicht nur Verschiebung politischer Macht; sondern jetzt überstürzen sich von allen Seiten her Fragen, lebt man täglich mitten in allen Ereignissen des Erdens, tauchen ständig frische Probleme empor. Rasend ist das Tempo des Lebens geworden. Und dies alles will vom Rechte gemindert sein.

In diese Zeit hinein haben uns die Justizgesetze begleitet. Blicke wir auf den Anfang zurück, so dürfen wir sagen: Mancherlei hat sich geändert, vielleicht auch gebessert, das Wesen des deutschen Rechtsganges blieb fast unberührt.

Gibt doch das Gerichtsverfassungsgesetz, — dessen fragmentarischen Charakter die Begründung des Regierungsentwurfes betont, — anstatt Rückgrat der Reichsjustizverfassung zu werden auch heute noch nur, was eben nötig ist, um die Verfahrensordnungen einheitlich zu gestalten. Die Justizhoheit der Länder, damals durch die Verfassung geschützt, ist auch heute noch verfassungsgemäß unberührt. Und wir werden mit dieser Tatsache wohl noch auf lange Zeiten hinaus rechnen müssen; denn wie damals die Hand des Meisters die einzelnen Elemente nicht einschnürte, sondern nur soweit verband, daß sie zusammenwachsen konnten, so wäre es auch heut noch verfrüht, in Ungebuld zu zwingen, was zu voller und gesunder Kraft nur durch gemeinsames Werden zu führen ist. Am allerwenigsten kann Rechtspflege gedeihen auf einem von gefühlsmäßig tief wurzelndem Widerstand zerrissenen Boden. Reichseinheit muß werden — und wird werden, von selbst. Unsere Generation schon kennt kaum noch die Zerrissenheit des materiellen Rechts; für die kommende Generation wird die Einheitlichkeit immer mehr Selbstverständlichkeit werden. Sie dahin zu leiten und im übrigen da, wo es jetzt schon möglich ist, die innere Verschmelzung zu fördern, kann allein die Aufgabe der Gegenwart sein. Ist Deutschland erst in sich eins, so fällt die volle Einheit der Reichsjustiz ihm als reife Frucht in den Schoß.

Undenkbar ist es, all die Probleme, die über die Entstehung der Reichsjustizgesetze hinaus ihre weitere Entwicklung begleitet und bestimmt haben, auch nur zu erwähnen. Schmer, einzelnes auszuwählen, um die Grundzüge der Entwicklung aufzuzeigen; denn unmöglich ist es, die Zusammenhänge zu zerreißen, die zwischen den Verfahrensord-

nungen und der Gerichtsorganisation, zwischen ihnen beiden und dem materiellen Recht bestehen. Ein überzeugendes Beispiel hierfür ist die Heranziehung des Laienelementes in der Rechtspflege. Seinerzeit beschränkt auf die Kammern für Handelsfachen und die Strafgerichte höchster und niederster Ordnung, hat sie inzwischen große Ausdehnung gewonnen. Dabei ist ihre Funktion eine verschiedene, eben je nach dem Zusammenhang mit dem Prozeß und nach der Verbundenheit mit dem materiellen Recht, deren Pflege sie übernimmt. Überall freilich bedeutet sie Teilnahme des Volkes an der Rechtspflege. Aber während in der Kammer für Handelsfachen der Sachverstand des Kaufmannes vor allem gewonnen werden sollte, sibt im Strafgericht der Schöffe als Gegengewicht gegen den Juristen. Und im Verfahren des Miet- und des Arbeitsrechts erscheint der Laie gar als interessvertretender Richter; an sich ein Widerspruch zum richterlichen Amte, wohlbegründet aber durch die Tatsache, daß hier die Bildung neuen Rechts vom Gesetzgeber in weitem Maße in die Hand des Richters gelegt wurde, daher die Mitwirkung der an dieser Rechtsbildung beteiligten Volksgruppen nicht zu entbehren war.

So schöpft die Beteiligung des Laien an der Rechtspflege ihre Rechtfertigung aus den verschiedensten Bedürfnissen. Wer sie damit bekämpft, daß sie nicht nütze und durch Unverstand nur störe, dem ist zu erwidern, daß Rechtspflege nicht ein industrielles Rädergetriebe ist, das die Hand des Unkundigen verwirren könnte, sondern ein Organismus, der des lebendigen Blutes bedarf. Lebensblut aber für die Rechtspflege ist: Vertrauen. So wird, dies Vertrauen zu erringen und zu bewahren, Aufgabe der Rechtspflege selbst. Deshalb hat die Entwicklung der deutschen Justiz recht, wenn sie diesen Gedanken da, wo das Bedürfnis gegeben war, stärkte, mochte auch im einzelnen Falle der Laie am Richterlich fast wie ein Fremdkörper wirken. Anders urteilen, heißt die Macht der Imponderabilien verkennen.

Suchen wir nun der Entwicklung zu folgen, so dürfen wir eines nicht vergessen: Änderungen im Gesetze sind oft nur äußere Kennzeichen eines in Wissenschaft und Praxis sich vollziehenden Wandels der grundsätzlichen wissenschaftlichen Einstellung. Ja, solcher Wandel kann sich vollziehen, ohne überhaupt eine erkennbare Auswirkung auf die Verfahrensgestaltung zu haben. Der Geist des Strafprozesses hat sich völlig geändert; nicht mehr die Tat ist es, sondern der Täter, der im Mittelpunkt der Strafrechtspflege steht. In der Struktur des Verfahrens änderte sich deshalb doch nichts. Der Einbau der Gerichtshilfe ist noch nicht vollzogen; nur das Jugendgerichtsgesetz trägt der Veränderung Rechnung. Und doch — an einer Stelle finden wir einen Ansatz völliger Umgestaltung: beim Strafvollzug. Freilich hat das Reich, ebgleich die neue Verfassung ihm volle Macht gab, erst Entwürfe geschaffen; aber die Länder folgten der Entwicklung des Grundgedankens: Alte Zeit sah den Strafvollzug als Zwangsvollstreckung; neuer Geist weiß, daß hier ein Teil der Strafrechtspflege selbst liegt, der mindestens ebenso wichtig ist, wie das Entscheidungsverfahren, und für den die Tat selbst nur noch ein Indiz für die Behandlung des Täters sein kann. Wenn es noch nicht gelingen will, dies Gebiet ganz dem Reiche zu übertragen, so liegen die Gründe nicht bei den Juristen.

Wie dort, vollzog sich auch für den Zivilprozeß ein grundsätzlicher Wandel der Anschauung. Es ist die Loslösung von der materiell-rechtlichen Anspruchskonstruktion. Hier brach die Wissenschaft die Bahn zur Erkenntnis. Damit konnten alle jene Fallstricke der Prozeßtechnik beseitigt werden, die der raschen und gründlichen Erledigung eines entbrannten Streitens im Wege standen, wie die Einreden der Klageänderung oder der Unzuständigkeit. In welchem Maße Schritt für Schritt die Prozeßordnung hier sich angepaßt hat, ist in jeder Novelle zu erkennen. Nur grundsätzlich und gründlich ist noch nicht aufgeräumt. Auch heute ist es noch denkbar, daß um dieselbe Streitsache mehrere Prozesse geführt werden. Damit ist das Wesentliche verkannt: es muß ein Weg gefunden werden, der jeden Streitfall vor den Richter führt, der ihn vollständig ausschöpfen und von allen rechtlichen Gesichtspunkten aus behandeln kann. Denn nicht diesen oder jenen Anspruch zu erheben, ist das Recht der Partei, sondern ihr Rechtsschutzanspruch geht dahin, mit Hilfe des Staates in Verwirrung geratene Rechtsbeziehungen zu ändern wieder geordnet zu sehen, sei es durch Klärung und Schlichtung, sei es durch autoritative Entscheidung.

Ein Weiteres noch gab die Entwicklung. Saß früher das hohe Gericht hinter der Barre und ließ sich von den rechtskundigen Vertretern der Parteien, ja, sogar von der unkundigen Partei selbst den Fall vortragen, um dann zu sagen, was seine Meinung war, so vollzog sich hier, zuerst in der Amtsgerichtsnovelle, ein Wandel: Der Richter hatte von nun an das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien zu erörtern. Wie dies zu verstehen sei, wurde 1924 klargestellt: Es umfaßt auch die Erörterung der rechtlichen Seite des Streitens. Man hat gesagt, hierin liege die Erfüllung des Zieles dieser Novelle, die richterliche Prozeßleitung wesentlich zu stärken. Mag die Vorschrift dem auch dienen, ihr wesentlicher Gehalt liegt umgekehrt doch darin, daß der Richter, dem ja so aus dem Fragerecht eine Erörterungspflicht erwächst, in ein anderes Verhältnis zu den Parteien tritt. Er ist — bei aller Würde — nicht mehr der Herr, der über dem Volke thront und aus dessen Händen die Partei ihr Recht empfängt, sondern der Mann, der mit den Parteien den Fall prüft und dann, wenn es nicht gelingt, den Fehler zu beheben, — der durchaus nicht immer ein Fehler des Rechts sein muß, — ihnen die Lösung gibt.

Für die veränderte Auffassung von der Stellung des Staates ist dies der einzig richtige Weg, die Gemeinsamkeit der Arbeit mit einem gemeinamen Ziel zu schaffen. Tritt der Richter, wenn auch immer als Leitender, Führer und als der Entscheidende in diese Arbeitsgemeinschaft ein, so findet auch die Partei sich zu wahrer Mitarbeit bereit. Wie sehr dies psychologisch richtig ist, vermag jeder zu bestätigen, der im Amtsgericht einer Großstadt die Verschiedenheit in der Handhabung des Prozesses zu beobachten Gelegenheit hat.

Es ist etwas Ähnliches, was die gegenwärtige Stellung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung des Strafverfahrens als fast unerträglich erscheinen läßt, wenn dies schwere Amt nicht mit äußerstem Takt gehandhabt wird. Ich denke an das inquisitorische Element seiner Tätigkeit. Darüber, daß es verschwinden muß, kann eigentlich nur eine Stimme sein. Alles, was geschehen kann, den Richter, der die Verantwortung der Entscheidung tragen soll, der Partei so gegenüberzustellen, daß sie bereit ist, die Entscheidung von ihm entgegenzunehmen, das muß geschehen, je eher desto besser. Alles, was ihn fremd macht, alles, was das Bild der vollendeten richterlichen Objektivität zu trüben geeignet ist, muß fallen. Damit auch die Führung der Voruntersuchung durch den Richter.

Klar aber ist gerade wieder an diesem Beispiel, daß eine solche Umwandlung sich nicht vollziehen kann, ohne nach allen Seiten hin Wirkungen auf die Gestaltung des Prozesses auszustrahlen. Wir wären in der Vergangenheit längst weitergekommen, — Ansätze hat es in den 50 Jahren ja genug gegeben, — hätte nicht jeder Schritt Folgerungen nach sich gezogen, denen wiederum unendliche Bedenken entgegengestellt werden konnten. So ergab sich, wollte man den Richter von jeder inquisitorischen Aufgabe befreien, daß die Stellung der Staatsanwaltschaft von Grund auf zu ändern war, und man stand vor der Frage, ob auch sie eine unabhängige werden mußte. Das aber berührte die wichtigsten politischen Fragen. Dies Problem erneute sich mit der Novelle, die die Entscheidung darüber, ob Übertretungen überhaupt und vor welchen Gerichten die übrigen Sachen verhandelt werden sollten, und damit die Entscheidung über den Instanzenzug in die Hand der Staatsanwaltschaft legte. Diese Machtvollkommenheit unterliegt den schwersten Bedenken; sie bedeutet die Möglichkeit eines Eingriffs der Justizverwaltungen

in die sachliche Zuständigkeit und damit eine Verletzung eines der obersten Grundsätze aller Verfahrensregelung. Aber schlechthin kann man die Lösung doch nicht verdammen. Ihr Grundgedanke, jeder Sache das Verfahren zu geben, das ihr nach ihrer Bedeutung und dem zu erwartenden Umfange gebührt, führt uns auf die Grundprinzipien für die Gestaltung von Verfahren überhaupt.

Während im allgemeinen die Jahrzehnte Kämpfe um Teilfragen brachten, tritt in der gesetzgeberischen Reformarbeit der letzten Jahre eine bewußte Fortentwicklung in bestimmter Richtung hervor.

Dies gilt vor allem für den Zivilprozeß. Dessen jüngste Novellengesetzgebung beruft sich unter Anlehnung an das österreichische Vorbild darauf, daß nach neuerer, richtiger Anschauung dem sozialen Charakter des Prozesses Rechnung getragen werden müsse. Es fragt sich, was hierunter zu verstehen ist. Die Äußerungen der maßgebenden Stellen und die Art, wie man unter diesem Gesichtspunkt reformiert hat, lassen erkennen, daß man in der als überwunden betrachteten liberalen Anschauung diejenige erblickt, welche den Zivilprozeß als lediglich für die Parteien geschaffenes Rechtsinstitut ansieht. Heute gilt die Erkenntnis, daß er eine Einrichtung des Staates und den Zwecken des Staates zu dienen bestimmt sei. Die Folgerung, die man hieraus zog, war die Einschränkung der sogenannten Parteiherrschaft über den Prozeß. Großer Erfolg war der Novelle nicht beschieden. Sie selbst blieb Stückwerk, mußte es bleiben. Die Praxis ging faum mit. Wohl machten die Gerichte von der Befugnis, die Parteien zu treiben, hie und da Gebrauch; das eigene Aktivwerden aber, zu dem schon die Amtsgerichtsnovelle anregte, trat selten in die Erscheinung.

Dies alles traf den Prozeßbetrieb. Hier wird zwar nicht zu leugnen sein, daß er den praktischen Bedürfnissen Rechnung tragen muß; im übrigen aber steht es beim Staate, dem Verfahren, das er den Parteien zur Erledigung ihrer Streitigkeiten bietet, die ihm genehmste Form zu geben, solange nur gewährleistet bleibt, daß in ihm eine objektive und gründliche Durcharbeitung erfolgen kann, wenn die Partei das ihrige dazu tut. Die eigentliche Herrschaft der Partei über den Prozeß liegt darin, daß sie durch ihre Anträge und Erklärungen den Streit- und Beweisstoff bestimmt, und ein der Gegenpartei günstiges Ergebnis ohne jede Rücksicht darauf herbeiführen kann, ob ein Rechtsanspruch derselben gegeben ist. Hieran hat keine Novelle gerührt, und es wird erst eine Frage zukünftiger Reform sein, ob daran gerüttelt werden darf. Ansätze dazu sind vorhanden. Die Ansichten, die in der Wechselrede über den Arbeitsgerichtsprozeß geäußert werden, wollen die Rücksicht auf die einzelne Partei um des kollektivistischen Interesses willen beiseite schieben. Verfolgt man diese Gedanken weiter, so steht man vor dem Problem, ob der einzelne überhaupt einen Rechtsanspruch gegen den Staat darauf hat, daß ihm zur Verfolgung seiner privaten Interessen in dem ihm genehmen Sinne eine staatliche Einrichtung zur Verfügung gestellt wird.

Soll nicht jeder mehr die Befugnis haben, auf den Verlauf des Rechtsstreits nach Gutdünken einzuwirken, ist der Prozeß nicht mehr Mittel für die Zwecke des einzelnen, sondern soziale Einrichtung des Staates, dann erhebt sich auch die Frage nach der Wahrheit im Prozeß, und zwar der Parteiwahrheit. Niemand ist heute gezwungen, die Wahrheit zu sagen, weder im Straf- noch im Zivilprozeß. Im Gegenteil, im Strafprozeß wird es als ein Recht des Angeklagten betrachtet und für die Zukunft ausdrücklich proklamiert, sich der inquisitorischen Befragung in jedem Stadium des Prozesses zu entziehen, ohne deswegen Nachteile befürchten zu müssen (daß im Gegensatz zu diesem Grundsatz das Strafmaß von solchem Verhalten beeinflusst wird, erschien mir immer als Ungerechtigkeit, von den Methoden des Ermittlungsverfahrens und der Voruntersuchung, ein Bekenntnis von dem Angeklagten zu erreichen, ganz zu schweigen). Aber auch im Zivilprozeß trifft keine Folge denjenigen, der wider besseres Wissen bestritt. Ist das richtig? Hat nicht, wenn wir überhaupt einmal von dem sozialen Charakter des Prozesses in dem erwähnten Sinne sprechen wollen, der Staat einen Anspruch darauf, daß jeder, der beteiligt ist, zur Klärung des Falles beiträgt? Besteht nicht auch — imponderabile! — ein ethischer Anspruch, daß jeder die Wahrheit sage, auch wenn es zum Nachteil gereichen könnte? Welches staatliche Interesse könnte es geben, einen Übeltäter der Strafe entziehen zu lassen, einen zu Unrecht erhobenen Anspruch mit der Kraft staatlicher Zwangsgewalt zu umkleiden?

Andererseits brachte die Novellengesetzgebung des Zivilprozesses eine Auflockerung im Verfahren selbst: mit der anscheinenden Durchlöcherung des Grundsatzes der Mündlichkeit wurde ein Wesentliches erreicht: der Bruch mit der Starrheit des Prinzips, das doch in Wahrheit in Geltung blieb, — denn ohne Zustimmung aller Beteiligten läßt sich die Mündlichkeit, von geringen Ausnahmen abgesehen, nicht ausschalten, — gab die Möglichkeit, jede Sache so zu behandeln, wie sie es verdient.

Damit aber treffen wir auf den zweiten Grundgedanken der Prozeßgestaltung, das Prinzip der Ökonomie der Rechtspflege. Das ist die Aufgabe, unter Wahrung aller nötigen Garantien nicht mehr an Arbeit und Apparat zur Verfügung zu stellen, als dem jeweils zu entscheidenden Falle gegeben werden muß und das Verfahren als Ganzes von allem Überflüssigen zu befreien.

Dieser Grundsatz hat in der Entwicklung der 50 Jahre eine ganz andere, ja überhaupt erst wirklich eine Bedeutung gewonnen. Das braucht nicht näher begründet zu werden; es liegt für jeden, der auch nur ein wenig Gefühl für den Puls des Lebens hat, auf der Hand. Es ist versucht worden, dem Rechnung zu tragen, einmal durch die gezeigte Diversifizierung der Verfahrensmöglichkeiten, andererseits dadurch, daß man alle minderwichtigen Prozeßvorgänge für den Kollegialprozeß in ein Vorverfahren beim Einzelrichter zu legen versuchte, dafür aber, wo die wahre mündliche Verhandlung sich als nötig erwies, alles auf sie so konzentrierte, daß sie nach genügender Vorbereitung, dann aber in einheitlicher und zur Erschöpfung des Streitfalles führender Zusammenfassung verlief. Doch wurde dieser Plan nur in Umrissen gezeigt. Die Ausführung stand beim Gericht.

Hier nun zeigt sich, daß Gedanken für die Gestaltung des einen Verfahrens fast überall auch für das andere nutzbar zu machen sind. Dies auszuwerten, ist den Reformarbeiten der Vergangenheit noch nicht geglückt. Konzentration auf die mündliche Verhandlung: typisches Kennzeichen des Strafprozesses. Ergibt sich da nicht auch die Parallele: Vorverfahren — Hauptverhandlung? Freilich wäre dann im Zivilprozeß immer noch zu klären, ob eine mündliche Verhandlung in diesem gewichtigen Sinne der Sache auch gerecht wird; entsprechend der jetzt bestehenden Diversifizierung muß es die Möglichkeit anderer Lösung geben. Gleichzeitig wäre so ein Weg gegeben, die für den Zivilprozeß im Laufe der Zeit in der Praxis zum größten Schaden der Sache fast ganz verschwundene Unmittelbarkeit da wieder herzustellen, wo das für die Bedeutung der Sache nötig ist. Der Ehebruchzeuge mit Ja oder Nein braucht nicht vor das besetzte Gericht, auch nicht im Strafprozeß. Wo aber es für die Beweiswürdigung ankommt auf den persönlichen Eindruck, den der Zeuge macht, kann nur die Vernehmung vor dem besetzten Gericht das rechte sein. Sollte selbst der Apparat dabei zu groß erscheinen, so wird doch darin eine Gewähr für die Wichtigkeit der Entscheidung liegen. Denn Tatbestandsfeststellung ist wichtiger als alles andere.

Wenn es so möglich wäre, die erste Instanz mit den Garantien für eine wirklich gute Entscheidung zu umgeben, dann ließe sich auch die andere Frage übertragen: Ob denn in allen Fällen, ob überhaupt die Berufung notwendig sei. Im Strafprozeß, in dem von Anfang an diese Frage so heiß umstritten war, ist die Entwicklung nicht dahin gediehen, die Berufung gegen die Entscheidung der Schwurgerichte einzuführen. Gerade die schwersten Fälle werden in einer Tatsachen-

instanz erledigt. Weshalb läßt sich ähnliches nicht anderweit, nicht grundsätzlich erreichen? Durch Umbildung der Revision, der man im Laufe der Zeit das Wichtigste, — die Nachprüfung des Beweises, — nahm, durch Wiederaufnahme in leichter Form kann man, wie für den Strafprozeß schon vorgeschlagen worden ist, auch im Zivilprozeß die Tatsachenverhandlung auf eine Instanz zusammendrängen.

Das setzt freilich voraus, daß der so erforderliche Apparat nur da beansprucht wird, wo es gerechtfertigt erscheint. Hierzu muß ein dritter Gesichtspunkt, der Grundsatz der Siebung am Anfang, noch schärfer herausgearbeitet werden. Er klingt in der Gesetzesänderung des Zivilprozesses längst an, ist aber auch dem Strafrecht nicht fremd geblieben. Diesem ökonomischen Gedanken des Ausliebens derjenigen Fälle, die einer streitigen Austragung im ordentlichen Rechtsgange in Wahrheit gar nicht bedürfen, öffnete sich der Weg erst dadurch, daß die innere Einstellung zur Gesamtaufgabe des Prozesses sich von dem Gedanken zu lösen vermochte, daß die Rechtspflege der Erfüllung von Ansprüchen, der actio hier, des Strafanspruchs dort diene, und sie begriff als die Aufgabe, Störungen zu beheben, — wo nötig, durch Entscheidung nach Kampf und dann sicherlich nach dem Gesetz und mit dem Mittel von Anspruchslogik und Begriff; aber durchaus nicht immer und nie notwendig so.

Mit dem Gedanken, den wirklich ersten Streit von all den Sachen abzutrennen, die nur irgendeiner Erledigung bedürfen, wird sich die von der Novellengesetzgebung eingeleitete Herausstellung des Einzelrichters verbinden müssen, wie es im Arbeitsgerichtsgesetz geschehen ist. Ob das der Amtsrichter, ob es ein Mitglied des Kollegialgerichts ist, könnte an sich gleichgültig sein. Wenn aber der Gedanke der Siebung folgerecht durchgeführt werden soll, wird jede Sache zunächst durch die Hand eines besonderen Einzelrichters laufen müssen, der nicht nur den Versuch der Güte unternimmt, sondern auch alle nichtstreitigen Prozeßhandlungen einschließlich der Endentscheidung über sie auszuführen hat. Dies alles ist heute schon in seiner Bedeutung erkannt, teilweise erreicht. Wagt man es weiter aus, so wird an dieser Stelle alles zu erledigen sein, was nicht zur Streitaustragung selbst gehört; dann kann von hier aus, falls die Sache streitig werden muß, bindende Zuweisung an das Gericht erfolgen, das das berufenste ist, die Sache für den Streit zu übernehmen. So schält sich aus der Entwicklung der Vergangenheit der Gedanke des Erstrichters heraus, der die an ihn gebrachte Sache nur dann weitergibt, wenn eine andere Lösung als sachliche Austragung in wahren Streite sich nicht finden läßt.

Inwieweit der gleiche Gedanke für den Strafprozeß fruchtbar gemacht werden kann, etwa nach dem Vorschlage eines Vortermins vor der Eröffnung des Hauptverfahrens, inwieweit es möglich ist, den Gedanken des Unterwerfungsverfahrens — zur Zeit teilweise verschleiert im Strafbefehl — auszunutzen, sind Fragen, die hier nicht weiter erörtert werden dürfen. Zu zeigen war, daß die Entwicklung, die die Rechtspflege nahm, Fingerzeige genug für eine Weiterentwicklung im Sinne einer vollendeten Ökonomie bietet.

So entstand im Umbau streckenweise schon, als Anfang kaum erkennbar für die Außenwelt, ein neuer Prozeß. Wieviel hier zielbewußt geschieht nach überlegtem Plan, das werden wir erkennen können, wenn von der großen Arbeit der Reformkommission der Schleier fällt. Deshalb ist heute auch noch Entscheidendes zum Ganzen nicht zu sagen. Eines aber darf wohl vorgeschlagen werden: wenn möglich, führe man die ganze Neuerung in einer Handlung durch. Gesamtreform allein verbürgt Einheitlichkeit, verbürgt Abwägung der ineinander greifenden Bedürfnisse des Rechtsstreites selbst, der Rechtspflege und aller, die von ihr betroffen werden. Dann sehen wir, wohin wir gehen und was wir gestalten. Die Teilreform verschleierte das. Sie treibt die Dinge weiter, vielleicht zu einem von ihren Schöpfern klar gewollten Ziel, sie treibt sie aber fest. Arbeitet nicht die Allgemeinheit mit, so kann ein Bau entstehen, der seinem Meister wohlgefällt, nicht aber denen, die darin wohnen sollen.

Die darin wohnen sollen!

Das ist zunächst unser Volk, dem die Rechtspflege dient. Aber die Bedürfnisse der Wirtschaft ist manches Wort gefallen, und sicherlich muß der Aufbau der Rechtspflege den Ansprüchen derer, um deren Wohl es sich handelt, Rechnung tragen. Nur darf darüber nicht vergessen werden, daß auch die Rechtspflege ihre eigenen Grundsätze hat, die nicht geopfert werden können. Dantbar ist zu begrüßen, daß dies jetzt bei ruhigerer sachlicher Prüfung auch in der deutschen Wirtschaft Anerkennung gefunden hat.

Eigentlich zu Hause im Recht aber sind die Juristen. Das bedeutete vor fünf Jahrzehnten den Gesetzeskundigen und nur ihn. Richter, Staatsanwalt, Rechtsanwalt, sie verband Kenntnis und Pflege des Rechts, wie es im Gesetz, in seiner Gestaltung durch Lehre und Anwendung sich verkörperte.

Vom Richter haben wir schon gesprochen. Bei der Vergrößerung des Apparates entlastete man ihn, legte mehr und mehr auf die Schultern seiner Helfer. Sicherlich ist dies ein richtiger Weg. Nur muß man sich der Grenzen bewußt sein, und wer die neuesten Vorschläge und Entwürfe verfolgt, kann sich der Sorge nicht erwehren, daß die Bewegung zu weit geht. Handhabung des Apparates und alles was dazu gehört, bleibe dem Richter fern. Einzugreifen aber in die Beziehungen der Menschen, ordnend, schlichtend, entscheidend, das ist des Richters Amt und nur das seine!

Deshalb gebe man auch dem Staatsanwalt, was ihm gebührt. Sein Amt ist die Verfolgung, die Ermittlung, die Überführung, sein Amt ist Anklage — und Einstellung, in der seine höchste Entscheidung liegt.

Und der Rechtsanwalt — lassen Sie mich nur wenig sagen, da in diesen Tagen aus anderem Munde vieles hierüber gesagt werden wird.

Auf dem Gebiete des Strafprozesses wird immer klarer erkannt, wie dringend der unerfahrene Täter der Unterstützung durch den Verteidiger bedarf, wie die Hilfe nicht frühzeitig genug einsetzen kann. Auf dem Gebiete des Zivilprozesses scheint es, als beginne man hier und da den Anwalt für entbehrlich zu halten. Ihn ausschalten, heißt, dem Prozesse nicht nur den kundigen Streiter, nein, ihm eine der wesentlichsten geistigen Kräfte rauben. Der Anwalt ist durch seinen Beruf benötigt, neue Wege des Rechts zu suchen. Indem er das tut, trägt er zur Entwicklung des Rechts in hervorragendem Maße bei. Den Gerichten darf das Verdienst, neue Gesichtspunkte für die Anwendung der Gesetze, neue Gedanken des Rechts gefunden zu haben, nicht bestritten werden. Aber sie werden dies Verdienst mit der Anwaltschaft teilen, die im Verfahren die Gedanken an sie herangebracht hat.

Daß darüber hinaus nun noch ein anderes weites Feld vom Anwalt bearbeitet wird, von dem die Gerichte ausgeschlossen sind, wer könnte es leugnen! Die ausbauende Rechtspflege und die ganze Hygiene des Rechts, sie liegen heute noch zum wesentlichen in der Hand der Rechtsanwaltschaft.

Freilich finden sich auch schon Ansätze dafür, daß der Gesetzgeber Rechtswohlfahrt in diesem Sinne als Aufgabe des Staates erkennt. Hier erwächst in ersten Anfängen ein neues Problem. Die Justizgesetze kennen es nicht oder nur neuerdings so weit, als die Sichtung der Krankheitsfälle hierher gehört. Aber die Gesetze des Staates kennen ja auch den Rechtsanwalt nur als den Gerichtsanwalt.

Wenn wir am Schlusse des Zeitabschnitts die Erkenntnis erwachsen sehen, daß sich im streitigen Prozeß Rechtspflege nicht erschöpft, dann heißt es auch Klarheit gewinnen über die Stellung der Anwaltschaft.

Und da gilt eines zunächst: festzuhalten an der für den Strafprozeß gewonnenen Erkenntnis, daß nicht früh genug der Anwalt gerufen werden kann. Freilich: wir reden nicht viel, wir reden zu wenig von dem, was die deutsche Anwaltschaft in der Stille leistet, von der Bedeutung der Rechtsauskunft und Beratung. Tausende und aber Tausende von Fällen berühren das Gericht nicht, weil es der Anwaltschaft vorher gelingt, sie zu heilen. Tausende und aber Tausende von Fällen beweisen, daß zu helfen, daß der Prozeß mit all seiner Last zu meiden gewesen wäre, hätte man rechtzeitig richtigen Rat gehabt. Deshalb ist nichts falscher, — gerade auch im Sinne einer wohlüberlegten Ökonomie der Rechtspflege — als die Einschaltung des Anwalts so weit wie möglich hinauszuschieben.

Eine andere Frage ist, ob die Verschiedenheit der Aufgaben, die Besonderheit, die in der Teilnahme am engeren Rechtspflegegetriebe in der Durchführung des ordentlichen Prozesses liegt und hier zu besonderen Pflichten führt, nicht eine Zweiteilung der Anwaltschaft zur Folge haben muß. Dies ist unser jüngstes Problem. Gerade vor kurzem sind uns neue Anregungen hierzu, — formulierte Entwürfe, — gegeben worden, die ich begrüße. Ihre Durchführung fügt sich ein in den Plan einer Gesamterneuerung der deutschen Justiz.

Alle Gesehe aber sind Stückwerk ohne die Menschen, die sie handhaben.

Man sagt, die Rechtspflege habe das Vertrauen verloren. Das richtet sich gegen die Art und Weise, wie die Gesehe angewendet werden. Sicherlich sind wir darüber einig, daß die bewußte Rechtsverletzung oder Vernachlässigung nicht in Frage kommt; Einzelfälle, von denen dies behauptet wird, stehen außerhalb unserer Diskussion. Nein, die Schwierigkeit lag in der Notwendigkeit, in fremde Gedanken sich einzufühlen, in neue Verhältnisse sich einzuleben. Ich denke dabei weniger an die politische Einstellung oder die Weltanschauung; ich brauche nur die Entwicklung Deutschlands in den letzten zwanzig Jahren vor Augen zu haben, um mir zu sagen, daß ihr Tempo zu stark war, als daß jedermann dieses alles in sich hätte aufnehmen können. Nicht so sehr unrichtige Rechtsanwendung oder Schwerefälligkeit des Verfahrens, so unerträglich sie zeitweise wurde, als die Unmöglichkeit, den Tatbestand zu erfassen, dazu veraltetes Recht, das ist es, worunter das Vertrauen zur Rechtspflege in Deutschland litt.

Deshalb ist es so wichtig, dem Nachwuchs eine Erziehung zu geben, die ihm nicht nur die Rechtskenntnisse übermittelt, deren er bedarf, um die Sirenefälle richtig zu schlichten, sondern vor allem auch das Rüstzeug für den Sachverhalt. Hierin ist der Strafprozeß dem Zivilprozeß weit voraus; denn dort werden dem Juristen wenigstens die technischen Mittel zur Ermittlung des Falles gegeben; hier geschieht in dieser Richtung so gut wie nichts. Darüber hinaus aber muß dem jungen Juristen der Blick geweitet werden für die Verhältnisse des modernen Lebens. Er muß gezwungen werden, sich theoretisch und praktisch mit Fragen zu beschäftigen, die ihn in die wirtschaftlichen, politischen, gesellschaftlichen Beziehungen der Gegenwart einbringen lassen. Freilich darf er darüber den Sinn für das Gesetz nicht verlieren, und wer ihn der strengen Arbeit an Wissenschaft und Praxis des Rechts entwöhnen wollte, täte der Rechtspflege den schlechtesten Dienst.

Vor allem aber muß in ihm geweckt werden der göttliche Funken der Liebe zum Beruf. Es gibt keine gute Rechtspflege, sie sei denn in Händen von Männern, die ihr Herz an sie hingeben. So war es immer und so wird es bleiben. Deshalb möge uns allen der Wahlspruch leuchten:

justitiae in serviendo consumor:  
im Dienste der Rechtspflege, in der Liebe zum Recht  
zehrt unser Leben sich auf.

## Der Anteil der Rechtsanwaltschaft an den Reichsjustizgesetzen. \*)

Von Geh. Justizrat Professor Dr. Kisch, München.

I. Daß die Vertreter der Rechtsanwaltschaft zur Mitwirkung bei der Rechtsbildung besonders berufen sind, wird kein unbefangener Beurteiler bezweifeln können. Dies entspricht schon der ganzen Stellung der Anwaltschaft im Rechtsleben. Wenn auch verhältnismäßig später als auswärts, so haben wir doch auch in Deutschland längst die Vorstellung verlassen, als ob der Anwalt lediglich Sachwalter der Parteiinteressen wäre; wir wissen vielmehr, daß er ein unentbehrliches Organ der Rechtspflege ist, welches als solches auf die Mitwirkung bei der Rechtsbildung grundsätzlich den gleichen Anspruch hat, wie sonstige Organe der Rechtsanwendung. Ja, der Anwalt wird vielfach als solcher eine besondere Eignung zum Berufe des Gesetzgebers mitbringen. Denn wenn die Kunst der Gesetzgebung darin besteht, Mißstände des bisherigen Rechtszustandes kritisch zu erfassen, auf Grund möglichst reichen Materials an Rechtsstatsachen die Bedürfnisse der Wirtschaft und des rechtstuchenden Publikums zu erkennen und die zur Befriedigung dieser Bedürfnisse geeigneten Rechtsformen auszugestalten, so ist klar, daß für diese Aufgaben gerade der Rechtsanwalt am deswillen gute Vorbedingungen mitbringt, weil er etwaige Unzulänglichkeiten des Rechts an seinem und seiner Mandanten Leib tagtäglich erfahren kann, weil er mit den verschiedensten Volkskreisen in ständigem unmittelbarem Verkehr steht, weil er bei der streitigen und

namentlich auch bei der Kautelarrechtspflege immer wieder Gelegenheit hat, eine Fülle von soziologischen Erkenntnissen zu sammeln und auf deren möglichst zweckmäßige Verwertung bedacht zu sein. So ist er der geborene Vertreter einer Rechtsbetrachtung, welche die bestehenden oder zu schaffenden Normen aus dem Gesichtswinkel des von ihnen betroffenen Rechtsunterworfenen beurteilt und so den erwünschten Ausgleich gegenüber beamteten Organen schafft, die in erster Linie den Standpunkt der staatlichen Gewalt wahrnehmen werden).

Wenn trotzdem in Deutschland die Rechtsanwaltschaft den ihr gebührenden Einfluß auf die Gesetzgebung verhältnismäßig spät gewonnen hat, so hat dies verschiedene Gründe. Einmal den hemmenden Einfluß der Bürokratie; bei dem Gesetzgebungsvorgang ist die Aufstellung des Gesetzentwurfes bekanntlich Sache ministerieller oder sonstiger behördlicher Instanzen, welche zu etwaigen Kollegialberatungen zunächst beamtete Mitglieder beizuziehen geneigt sein werden. Ein weiterer Grund ist das Verhältnis der Anwaltschaft zum parlamentarischen Leben. Zwar waren von jeher Anwälte in nicht unbeträchtlicher Anzahl Mitglieder gesetzgebender Körperschaften (man hat die Nationalversammlung des Jahres 1848 mit ihren 90 Anwälten geradezu als Advokatenparlament bezeichnet). Auch hat die Anwaltschaft gerade in der zweiten

\*) Durch weitgehende Unterstützung in der Beschaffung des Materials zu dieser Abhandlung hat Herr Rechtsanwalt Kohnstamm, München, dem Verfasser die wesentlichsten Dienste geleistet, für welche ihm auch an dieser Stelle bestens gedankt sei.

1) Sehr zutreffende Bemerkungen über das Verhältnis der Rechtsanwaltschaft zur Gesetzgebung bei Feuchtwanger, Die freien Berufe, München 1922, S. 41, 308, 386 f., namentlich aber 404, 414 f., 546.

Hälfte des 19. Jahrhunderts eine Reihe glänzender Vertreter dem Staatsganzen dienstbar gemacht, wie etwa Hermann Schulze-Delitsch, den Schöpfer des deutschen Genossenschaftswesens; den Reichstagspräsidenten May v. Forckenbeck, die späteren Minister Leonhard, Miquel, Windthorst u. a. m. Dem deutschen Reichstag haben zu allen Zeiten hervorragende Parlamentarier aus dem Anwaltsstande angehört, wie z. B. Adermann, Bachem, Basser mann, Beck, Braun, Büsing, Eysoldt, Frankenburg, Hausmann, Horowitz, Kaufmann, Lasker, Lenzmann, Lingen, Payer, Porsch, Trimborn, Völk, Wolffson u. v. a. Und in der für die Justizgesetze bedeutsamen Zeit 1874—1879 zählte der Reichstag immerhin unter seinen Mitgliedern noch 35 Rechtsanwälte. Es ist aber zu beachten, daß sich dieselben auf die verschiedensten Parteien verteilten und nur als — vielfach glanzvolle — Einzelpersonlichkeiten, nicht aber als Repräsentanten des Standes fühlten und verhielten, zum Unterschied von manchen anderen parlamentarischen Vertretern interessierter Kreise, und daß die Beteiligung der Anwälte am politischen Leben in Deutschland bei weitem noch nicht den Grad erreicht hat, wie in anderen, namentlich romanischen und angelsächsischen Ländern.

Eine weitere Hemmung lag in der verhältnismäßig späten Organisation der gesamtdeutschen Rechtsanwaltschaft, die erst mit Gründung des Deutschen Reiches vollzogen wurde. Der erste, von Württemberg ausgehende Versuch zur Berufung eines deutschen Anwaltstages nach Mainz in den vierziger Jahren mit dem Zweck der Vorbereitung einer einheitlichen deutschen Gesetzgebung scheiterte an den von Preußen und Bayern ausgehenden Teilnahmeverboten<sup>2)</sup>. Erst in den Jahren 1846/48 kamen drei Anwaltstage zustande, die sich teils mit Standesfragen, teils aber auch schon mit gesetzgeberischen Problemen (namentlich solchen des Strafverfahrens) beschäftigten; der dritte (27./29. Aug. 1848) stellte in einer an die Nationalversammlung gerichteten Adresse die Forderung eines einheitlichen Rechtes und eines einheitlichen Verfahrens als Grundrecht des deutschen Volkes auf.

Ein stärkerer Impuls ergab sich nach Gründung des Deutschen Reiches vornehmlich aus drei Umständen. Der erste und wichtigste ist die Gründung des Deutschen Anwaltvereins, als dessen Zweck, außer der Erhaltung der Ehre und Würde des gemeinsamen Standes, „die Bervollkommnung des Rechtszustandes in Deutschland“ bezeichnet wird. Damit hing zusammen die regelmäßige Veranstaltung von Anwaltstagen, auf denen nicht nur Fragen des Standes, sondern auch vielfach solche der allgemeinen Gesetzgebung verhandelt wurden; in diesem Zusammenhang muß auch darauf hingewiesen werden, daß an den Arbeiten deutscher Juristentage Vertreter der Anwaltschaft einen hervorragenden Anteil nehmen und ein besonders starkes Kontingent der Tagungsbesucher zu stellen pflegen<sup>3)</sup>. Endlich ist als sehr bedeutsam zu nennen die Gründung eines besonderen Publikationsorgans der deutschen Anwaltschaft, der Juristischen Wochenschrift, die namentlich den Standesangehörigen Gelegenheit bot, durch wissenschaftliche Beiträge dogmatischen wie kritischen Inhalts an der Fortbildung des Rechtes mitzuarbeiten und die schon nach der programmatischen Erklärung eines ihrer ersten Herausgeber (Haenle: JW. 1872, 1) wesentlich den Bestrebungen dienen sollte, „die gesetzgeberischen Tendenzen der neuen Zeit zu fördern, insbes. diejenigen, die bereits in dem Prozeßentwurf aufgestellt und verwickelt worden sind“.

Zu den wichtigsten gesetzgeberischen Aufgaben nun, zu denen die Anwaltschaft im ersten Jahrzehnt nach der Reichsgründung Stellung zu nehmen hatte, gehörten naturgemäß einerseits die Regelung der Gerichtsverfassung sowie die Ordnung der Verhältnisse der Rechtsanwaltschaft selbst, andererseits die Gestaltung des Verfahrens in Zivil- und Strafsachen. So ist es nicht verwunderlich, daß die in diesem Zeitraum beratenen Entwürfe der sog. Reichsjustizgesetze das Interesse der deutschen Rechtsanwaltschaft in besonderem Maße be-

anspruchten. So schwierig es auch ist, ihren Anteil an dem Zustandekommen und Inhalt dieser großen Gesetzeswerke im einzelnen genau zu bestimmen, so soll im folgenden versucht werden, zur Würdigung dieses Anteils einiges beizutragen. Hierbei wird es sich empfehlen, bezüglich jedes einzelnen Gesetzes die parlamentarische und die literarische Mitarbeit aus dem Kreise der Anwaltschaft zu betrachten.

In der ersteren Beziehung ist allgemein vor auszuschicken, daß zu den Mitgliedern der vom Reichskanzler zwecks Vorberatung des sog. zweiten deutschen Entwurfes einer ZPO. und eines GG. berufenen Kommission außer den Rechtsanwälten Abeken und Dorn auch der bekannte spätere Kommentator der ZPO. Dr. v. Wilmo wski gehörte, daß ferner zu der vom Reichstag zwecks Beratung der Reichsjustizgesetze gebildeten sog. Reichsjustizkommission (deren Funktion mehrfach verlängert wurde) mehrere Rechtsanwälte zählten, Grimm, Völk, Eysoldt und als besonders hervorragende und eifrige Mitglieder Lasker und Wolffson.

II. 1. Wenden wir uns zunächst der Gerichtsverfassung zu, so haben Anwälte an ihrer parlamentarischen Beratung lebhaften Anteil genommen. Schon in der Generaldebatte stoßen wir auf eine großzügige Stellungnahme Laskers, die uns in vielfacher Hinsicht ganz modern anmutet und die u. a. folgende Forderungen vertritt: Schaffung einer einheitlichen Reichsjustizverwaltung, Beseitigung der Obersten Landesgerichte, staatsrechtliche Garantien der richterlichen Unabhängigkeit; wirtschaftliche Besserstellung der Richter unter Verminderung ihrer Anzahl (daher Beseitigung des Fünfmännerkollegiums); Freizügigkeit der Richter; für die Anwaltschaft insbes. wird vertreten die gleiche Vorbildung wie für Richter, straffe Standesdisziplin, Freizügigkeit, auffallenderweise aber auch Beseitigung des Anwaltzwan ges. Ähnliche Gedankengänge vertritt Windthorst (der seinerzeit aus der Anwaltschaft hervorgegangen war), wenn er auch in der Vereinheitlichung der Gerichtsverfassung angesichts der bundesstaatlichen Struktur des Reiches nicht so weit gehen will; auch er verlangt reichsrechtliche Normativbestimmungen für die Anwaltschaft wie auch für die Vorbildung und Ernennung der Richter.

Bei den Kommissionsberatungen sind es vornehmlich folgende Fragen, an denen die anwaltlichen Mitglieder, unter ihnen namentlich Lasker und Wolffson, stärkeres Interesse zeigen: größere oder kleinere Gerichtssprengel, Bildung gesonderter Handelsgerichte oder doch spezieller Handelskammern oder Verwendung von „Fachberätern“, Stellung des Richters, Freizügigkeit im Vorbereitungsdienst, Einschränkung des Hilfsrichtertums, zugleich aber auch möglichste Garantie seiner Unabhängigkeit. Bei der Schlußabstimmung über das Gesetz votierten von den anwesenden 21 Anwälten nur 2 mit Nein.

Die aus Anwaltskreisen stammende kritische Stellungnahme zu dem Entwurf eines GG. bezog sich, abgesehen von spezielleren Fragen<sup>4)</sup>, vornehmlich auf drei Punkte: einmal die später noch zu berührende Organisation der Strafgerichte, sodann die Bildung besonderer Handelsgerichte oder Handelskammern<sup>5)</sup>; schließlich begreiflicherweise die Regelung des Anwaltswesens. In einer Stellungnahme zum Gesetzentwurf (JW. 1873, 384) wird die Notwendigkeit einer reichsgesetzlichen Regelung der Anwaltsverfassung auf der Grundlage der Freizügigkeit, der Bildung von Anwaltskammern, der Schaffung einer besonderen Standesdisziplin, der Festsetzung einer Gebührenordnung usw. vertreten, wenngleich damals noch bezeichnenderweise eine solche gesetzgeberische Regelung (von der Anwaltschaft beim RG. abgesehen) mit reichlicher Skepsis beurteilt wurde.

2. Bezüglich des Anwaltsrechtes als solchen ist folgende Entwicklung zu verzeichnen.

a) Schon seit Jahrzehnten beschäftigte das Problem der Stellung des Anwaltes, namentlich auf Grund eindruck-

<sup>4)</sup> Wie etwa dem für das RG. zu wählenden Siege; für Berlin JW. 1877, 41, für Leipzig ebendort S. 49.

<sup>5)</sup> In dieser Hinsicht ist beachtenswert die Kritik von Haenle: JW. 1874, 153; 1875, 74; ferner die Tatsache, daß der fünfte deutsche Anwaltstag (JW. 1876, 105) sich gegen technische Handelsgerichte erklärte, obgleich sich eine Reihe von Anwälten, namentlich aus den Hansestädten, für die Beiziehung von Laien in Handelsjachen lebhaft eingesetzt hatten.

<sup>2)</sup> Vgl. Weisler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, Leipzig 1905. Die geplante Versammlung wurde von den staatlichen Behörden als verfassungswidrig, ja sogar als strafbar hingestellt.

<sup>3)</sup> Über die besondere Funktion der Anwaltschaft innerhalb des Juristentages vgl. die Äußerung Haenles beim Anwaltstag: JW. 1873, 300.

voller Publikationen von Beschorner (Dresden), Steinacher (Braunschweig), v. Seybold (München) die beteiligten Kreise mit immer steigender Lebhaftigkeit. Als Hauptziele schwebten schon seit der Mitte des 19. Jahrhunderts vor: die Organisation des Standes durch Bildung von Kammern; die Trennung der Anwaltschaft von dem Notariat, vor allem die freie Advokatur, für welche sich Ende der sechziger Jahre die glänzende Schrift des Berliner Professors Gneist energisch einsetzte. Im Jahre 1863 hatte sich der deutsche Juristentag, an dessen Verhandlungen naturgemäß als Gutachter und Diskussionsredner vornehmlich Anwälte beteiligt waren, für die Trennung von Advokatur und Notariat ausgesprochen, ferner dafür, daß die Ausübung der Advokatur ohne Unterschied zwischen den Gerichten und ohne Unterschied der Rechtsfachen jedem geprüften Sachverständigen freigestellt werden sollte. Bedeutsam war ferner die Frage des Anwaltszwanges, deren Zusammenhang mit dem Prinzip der Mündlichkeit durchaus zutreffend schon früh erkannt worden ist (erster und zweiter Juristentag!). Der Anwaltszwang fand sich schon im hannoverschen Entwurf 1864 (allerdings mit Zulassung landesrechtlicher Ausnahmen), ebenso im norddeutschen Entwurf von 1869 (allerdings mit Ausnahme der Amts- und Handelsgerichte), endlich mit größter Entschiedenheit im preußischen Entwurf.

Entgegen der Erwartung enthielten nun die Entwürfe der Reichsjustizgesetze keine Ordnung des Anwaltswesens. Der Bundesrat wollte damals die Verhältnisse der Anwaltschaft nur für das RG. reichsrechtlich geregelt wissen, im übrigen die Angelegenheit den Einzelstaaten überlassen. Hier war es nun wesentlich das Verdienst der anwaltlichen Mitglieder der Reichsjustizkommission, daß sie, unter Aufrechterhaltung der landesrechtlichen Zuständigkeit im übrigen, wenigstens die Grundzüge einer Ordnung des Anwaltswesens in das GG. aufgenommen wissen wollten, insbes. die Freigabe der Anwaltschaft, die Lokalisierung derselben, die Befähigung des Anwalts zum Richteramt, sowie die Anwaltskammerverfassung — eine Regelung, wie sie übrigens auch einem anderen, von M. Wolffson der Kommission vorgelegten Entwurf zugrunde lag. Bei den Beratungen spielten naturgemäß die vorhin genannten Probleme eine bedeutende Rolle, außerdem die Frage der Reichsgerichts-anwaltschaft und der Zulassung zu derselben. Bezüglich der meisten Punkte (nicht aller) bestand Einigkeit unter den anwaltlichen Mitgliedern der Kommission. Trotzdem wurden keineswegs alle von ihnen aufgestellten Forderungen durch die Kommission übernommen, insbes. nicht diejenige nach der Freizügigkeit der Anwaltschaft. Das Ergebnis der Beratungen war, daß die auf das Anwaltswesen bezüglichen Vorschriften aus dem GG. herauszunehmen seien, daß aber eine besondere Rechtsanwaltsordnung geschaffen werden sollte, und zwar gemäß Zusage des Staatssekretärs wesentlich aufgebaut auf den von der Kommission anerkannten Grundsätzen — ein Ergebnis, welches bei weitem nicht den Beifall der Rechtsanwaltschaft erwarten durfte.

Neben den geschilderten Beratungen ging begreiflicherweise eine lebhafteste kritische Wirksamkeit aus den Kreisen der Anwaltschaft einher. In der ZW. wurden natürlich die Leser durch fortlaufende Berichte über den jeweiligen Stand der gesetzgeberischen Arbeiten unterrichtet<sup>6)</sup>. Aus den verschiedensten Rechtsgebieten liefen bei dem Vereinsorgan Meinungsäußerungen ein, z. B. aus Hessen-Darmstadt, aus Bayern, aus Baden, aus Württemberg<sup>7)</sup>. Provinzielle Anwaltsorganisationen gaben Boten ab, z. B. die Anwälte Württembergs, diejenigen des preußischen Obertribunals<sup>8)</sup>, wie auch der Bayerische Anwaltsstag (für zweijährige Nachpraxis, Simultanzulassung, Bezahlung der Armenrechtsfachen). Daneben meldeten sich in der ZW. zahlreiche Einzelstimmen zum Worte. Während bezüglich mancher Fragen Meinungsverschiedenheiten unter den Anwälten selbst bestanden, z. B. bezüglich der Lokalisierung<sup>9)</sup>, der Stellung der reichsgerichtlichen Anwaltschaft<sup>10)</sup>, des amtlichen oder des freien Charakters des

Anwaltsberufes<sup>11)</sup>, bestand Einigkeit in der Forderung nach einer einheitlichen Regelung des Anwaltswesens durch das Reich. In diesem Sinne sprachen sich auch mehrere Anwaltsstage aus, z. B. diejenigen zu Würzburg und Köln<sup>12)</sup>. In fachlicher Hinsicht forderte der Würzburger Anwaltsstag Befähigung des Anwalts zum Richteramt, Freizügigkeit, Ausschluß privilegierter Anwaltskategorien bei einzelnen Gerichten, Ehrenräte, Trennung von Notariat und Advokatur. Der Kölner Anwaltsstag sprach sich gegen die Eidesleistung und gegen die Nachpraxis aus, dagegen nach lebhaftester Debatte mit ganz knapper Mehrheit (99 gegen 92 Stimmen) für die Lokalisierung.

Ebenso fand der Entwurf einer selbständigen Rechtsanwaltsordnung die deutschen Anwälte auf dem Posten. Zahlreiche kritische Äußerungen, namentlich in der ZW., nahmen teils zu Einzelpunkten, teils zu den Grundgedanken des Entwurfs Stellung<sup>13)</sup>, mit besonderer Gründlichkeit und Entschiedenheit ein Artikel von Haenle (ZW. 1878, 129). Die Anwaltsvereine Berlin, Düsseldorf, Frankfurt gaben Kollektivverklärungen ab<sup>14)</sup>. In Bayern wurde zur Beratung des Entwurfs einer ANO. eine besondere Kommission eingesetzt, zu welcher vier Anwälte gehörten. Eine Entschließung faßte auch der Mecklenburgische Anwaltsstag<sup>15)</sup>. Vor allem war es der Deutsche Anwaltsstag in Frankfurt, dessen Beschlüsse an die zuständigen Organe der Gesetzgebung weitergeleitet wurden.

Bei der Generaldebatte über den Entwurf im Reichstag waren es naturgemäß gegenwärtige oder frühere Rechtsanwälte, die das Wort ergriffen, u. a. in besonders scharfer Weise Windthorst, der in der Advokatur des Entwurfs keine freie Advokatur, sondern das Zerrbild einer solchen verwirklicht sah, aber auch in wirksamer Weise Wolffson.

Ebenso waren es Anwälte, welche in der zur Beratung des Entwurfs eingesetzten Reichstagskommission (21 Mitglieder) die Hauptkosten der Debatte bestritten. Die hauptsächlichsten Gegenstände der Diskussion waren natürlich vor allem die großen Gesichtspunkte: freie Advokatur, Lokalisierung, Konzeptionsystem, Standesorganisation und Standesdisziplin, Verhältnis zur Beamtenchaft, namentlich zu Gericht, Staatsanwaltschaft und Notariat. Besondere Beschwerdepunkte waren der Sperrparagraph, der denn auch schließlich gestrichen wurde, die Überlegungsfrist für das Zulassungsgesuch, der Ausschluß der Zulassung nach früherer Bekleidung einer Beamtenstelle (ein Punkt von ungemainer Bedeutung für die Selbständigkeit der Beamtenstellung!), die Gestaltung des Disziplinarverfahrens, namentlich bezüglich des Instanzenzuges, die Notwendigkeit der Urlaubseinkholung und manche weiteren Einzelheiten.

Überblickt man den Anteil der Anwaltschaft an der ANO., so gebührt ihr zweifellos das Hauptverdienst daran, daß die Materie schon im Zusammenhang mit der Reichsjustizgesetzgebung, und zwar auch ihrerseits reichsrechtlich, geregelt worden ist. Sie hat aber auch auf den Inhalt des Gesetzes sowohl durch die aus ihren Kreisen geübte vielseitige Kritik als auch durch die Arbeit ihrer parlamentarisch tätigen Angehörigen maßgebenden Einfluß gewonnen, und zwar, wie man bei unbefangener Betrachtung zugeben muß, durchweg im Sinne einer Verbesserung. Interessant ist, daß schon zur Zeit der Schaffung der ANO. die meisten Einzelvertreter wie auch zahlreiche Organisationen der Anwaltschaft für die Freizügigkeit eintraten, die erst in der Jetztzeit allem Anscheine nach der Verwirklichung entgegengeht. Wer heute die Verhandlungen jener Tage wieder liest, muß anerkennen, daß sie in vornehmer und großzügiger Weise geführt wurden, und kann der Rechtsanwaltschaft das Zeugnis nicht verjagen, daß sie sich zwar mit größter Energie für die Würde und Unabhängigkeit des Standes als solchen eingesetzt, daß sie aber andererseits ihre besonderen Interessen, namentlich solche wirtschaftlicher Art, hinter diejenigen der Rechtspflege und der Allgemeinheit, wo sich ein Konflikt ergab, unbedenklich hat zurücktreten lassen.

<sup>6)</sup> So z. B. ZW. 1873, 393; 1874, 81; 1875, 79, 201; 1876, 33, 42, 115, 132, 145.

<sup>7)</sup> Vgl. ZW. 1875, 115; 1876, 57, 64, 83, 84, 163.

<sup>8)</sup> Vgl. ZW. 1876, 55, 65, 73.

<sup>9)</sup> Vgl. ZW. 1876, 61, 84.

<sup>10)</sup> Vgl. ZW. 1873, 393; 1874, 81.

<sup>11)</sup> Vgl. ZW. 1874, 180; 1875, 140.

<sup>12)</sup> Vgl. ZW. 1874, 174; 1876, 105.

<sup>13)</sup> Vgl. ZW. 1878, 17, 121, 135, 142, 145.

<sup>14)</sup> Vgl. ZW. 1878, 8, 149, 151.

<sup>15)</sup> Vgl. ZW. 1878, 148.

b) Auch die Gebührenordnung für Rechtsanwälte, die so stark an die wirtschaftlichen Grundlagen des Berufs greift, hat bei ihrem Zustandekommen die lebhafteste Teilnahme der Anwaltschaft hervorgerufen. Schon in den Jahren 1873/74 hatte der Gegenstand mehrere Anwaltsstage beschäftigt. Der dritte lehnte in einer Resolution interessanterweise noch die freie Honorarvereinbarung ab<sup>16)</sup>. Auch der vierte Anwaltsstag faßte nach einem gründlichen Referat (Grundgedanken: Selbsttaxierung, Vereinbarungsrecht mit subsidiärem Tarif, Pauschsystem, jedoch mit verschiedenen Normierungen nach Einzelgruppen von Prozeßhandlungen, richterliche Zuständigkeit bei Derservitenstreitigkeiten) eine Resolution, nach welcher kein Bedürfnis bestehe, die Tätigkeit des Anwalts von einer Gebührenordnung abhängig zu machen, und nur für die Erstattungspflicht die Sätze einer Taxe maßgebend sein sollten<sup>17)</sup>. Auf dem bayerischen Anwaltsstag 1874 erklärte sich der Referent für freie Vereinbarung unter Ergänzung durch eine Taxe, für einheitliche Gebühren bezüglich bestimmter Prozeßstadien mit der Möglichkeit der Erhöhung bei weitaufwändiger oder schwieriger Prozeßführung; als Maßstab sollte außer dem Streitwert die Art des Gerichts und des Verfahrens entscheidend sein; die Officialvertretung sollte unentgeltlich, die Pflichtverteidigung dagegen vergütet werden<sup>18)</sup>. Auch ein weiterer bayerischer Anwaltsstag (1876) vertritt grundsätzlich die freie Honorarvereinbarung, allerdings unter subsidiärer Geltung der Taxordnung, die aber aus besonderen Gründen soll überschritten werden können.

Die erste Anregung zu einer reichsrechtlichen Regelung wurde in der Reichsjustizkommission durch R. A. Ehsoldt gegeben; an der dadurch ausgelösten Debatte nahm R. A. Wolfson besonderen Anteil<sup>19)</sup>. Zu der Vorbereitung des Entwurfs im Reichsjustizministerium wurden acht Anwälte zugezogen, aus Berlin Wilnowski, aus dem Rheinland Lingmann, aus Hannover Voers, aus Bayern Reitmair, aus Sachsen Richter, aus Württemberg Götz, aus Elsaß-Lothringen Schneegans<sup>20)</sup>. Bei Vorlegung des Entwurfs forderte der Staatssekretär Friedberg die Anwaltschaft förmlich zur Mitarbeit auf<sup>21)</sup>. Der Inhalt des Entwurfs wurde jedoch von den beteiligten Kreisen nichts weniger als beifällig aufgenommen. Der nach Berlin einberufene 7. Anwaltsstag, auf welchem die Debatte, die sich durch ein besonders hohes Niveau auszeichnete, von den hervorragendsten Vertretern des Standes bestritten wurde, übte an dem Entwurf die schärfste Kritik<sup>22)</sup>. Außer einer Reihe von Einzelpunkten (Beweisgebühr für jeden Tag der Beweisaufnahme, Erhebung der Gebühr für jede weitere mündliche Verhandlung, Erhöhung der Rechtsmittelgebühr, volle Gebühr für den Wechselprozeß usw.) wurde vor allem das Prinzip zulässiger Vereinbarung eines höheren als des taxmäßigen Honorars vertreten; Festsetzung einer geringeren Vergütung sollte nur bei Generalvertretungen und bei Führung eines Inbegriffs von Geschäften zulässig sein.

Daß die Gebührenfrage auch in den Fachzeitschriften eifrige Erörterung fand, ist selbstverständlich. Schon 1874 war zur Gewinnung von Material für eine Denkschrift ein Fragebogen aufgestellt worden, namentlich über das Prinzip der freien Vereinbarung und über den Maßstab der Berechnung (Streitwert oder Mühewaltung?)<sup>23)</sup>. Die meisten Äußerungen betreffen das grundlegende Problem „feste Taxe oder freie Vereinbarung“, und es wurden im wesentlichen fünf Standpunkte vertreten, teils vollkommen freie Vereinbarung<sup>24)</sup>, teils der genau entgegengesetzte Standpunkt fester Taxe<sup>25)</sup>, teils wiederum prinzipiell freie Vereinbarung unter Ergänzung durch eine Taxordnung<sup>26)</sup>, teils umgekehrt grundsätzlich feste Taxe unter Möglichkeit vertragsmäßiger Abwei-

chung<sup>27)</sup>; endlich erklärte sich Bachem für eine Conventionaltaxe der deutschen Anwälte, aber vorbehaltlich anderer Abmachungen mit der Partei<sup>28)</sup>. Als der Entwurf der Öffentlichkeit unterbreitet wurde, erhoben sich ihm gegenüber, und zwar sowohl in Ansehung der Grundgedanken als auch hinsichtlich mancher Einzelpunkte, zahlreiche Stimmen. Man übte Kritik an dieser oder jener speziellen Bestimmung<sup>29)</sup>. Man verglich die neuen Gebührensätze mit den bisherigen<sup>30)</sup>. Hinsichtlich der Honorarvereinbarung machte sich namentlich gegen die vorgängige Schriftform<sup>31)</sup> und gegen das Ermäßigungsrecht der Rechtskammer<sup>32)</sup> Opposition bemerkbar.

Die Reichstagskommission, die zur Beratung des Entwurfs eingesetzt war, umfaßte neun aktive Anwälte und einen gewesenen Anwalt<sup>33)</sup>; zum Teil waren es solche, die bereits Mitglieder der Reichsjustizkommission gewesen waren. Obgleich dieselben die Wünsche der Anwaltschaft mit Energie und Geschick vertraten, blieb eine Reihe dieser Wünsche unberücksichtigt. Und daran konnte auch trotz des aus Königsberg erklingenden „Notrufes in letzter Stunde“<sup>34)</sup> die Debatte im Plenum nichts mehr ändern, in welcher sich sogar der Abg. Dr. Bähr für seine gegen die „Begehrlichkeit des Advokatenstandes“ gerichtete Angriffssrede die sehr energische Zurückweisung zuzog, daß ihn hierzu „weder allgemeine Lebenserfahrung noch seine spärliche richterliche Tätigkeit berechtige“. Und als das Gesetz in Kraft trat, stand wohl die große Mehrheit der deutschen Anwälte unter dem Eindruck, daß dieses Gesetz weniger für als gegen die deutsche Anwaltschaft gemacht worden sei<sup>35)</sup>.

III. Es kann nicht wunder nehmen, daß die im Werden begriffene Zivilprozeßordnung die deutschen Rechtsanwälte, zu deren täglichem Brot das bürgerliche Verfahren gehört, wenn es auch nicht so unmittelbar die Standesinteressen berührt, auf den Plan gerufen hat. So finden wir denn, daß schon diejenigen deutschen Juristentage, welche sich in der maßgebenden Zeitperiode mit den Entwürfen des genannten Gesetzes befaßten, besonders reich von Anwälten besucht wurden, die sich lebhaft an den bezüglichen Debatten beteiligten; so befanden sich z. B. unter den 620 Teilnehmern des 10. Juristentages, welcher über das Verhältnis des RG. zum Landesrecht verhandelte, 270 Anwälte, unter den 396 Besuchern des 13. Juristentages, der sich u. a. mit der Klageänderung befaßte, 169 Anwälte, also hier wie dort fast die Hälfte aller Anwesenden.

Aber auch die Anwaltsstage beschäftigten sich mit den Entwürfen. Schon der 2. deutsche Anwaltsstag (Berlin 1871) hatte auf seine Tagesordnung eine Reihe von Fragen gesetzt, über welche wertvolle Gutachten erstattet wurden. Es ist nicht uninteressant, die Gegenstände festzustellen, für welche sich die Anwaltschaft vornehmlich interessierte. Referate wurden erstattet auf dem Gebiete des Verfahrens im allgemeinen: über das Prinzip der Mündlichkeit, über die Eventualmaxime, über die Beweisverbindung und über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme; aus der Lehre von den Rechtsmitteln: über die Berufung, die Revision und die Beschwerde; aus der Zwangsvollstreckung: über den selbständigen Vollstreckungsbeamten (Gerichtsvollzieher), über vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile, über die außer dem Urteil zulassenden Vollstreckungstitel, über die Vollstreckung in Forderungen und andere Rechte, über die Erzwingung von Handlungen. Weitere Fragen betrafen die Fristen und ihre Dauer, insbes. die Wiedereinsetzung gegen versäumte Notfristen. Schließlich waren Gegenstände der Begutachtung die Prorogation des Gerichtsstandes, die Amtsgerichte, die Han-

<sup>27)</sup> Vgl. JW. 1873, 95; 1875, 3.

<sup>28)</sup> Vgl. JW. 1879, 87.

<sup>29)</sup> Vgl. etwa JW. 1878, 209, 210, 224, 233, 241, 249, 256.

<sup>30)</sup> Vgl. JW. 1879, 36, 43, 57.

<sup>31)</sup> Vgl. JW. 1878, 235; 1879, 80.

<sup>32)</sup> Vgl. JW. 1879, 86.

<sup>33)</sup> Vgl. JW. 1879, 41.

<sup>34)</sup> Vgl. JW. 1879, 193.

<sup>35)</sup> Feuchtwanger a. a. O. bezeichnet die RWGed. als ein typisches Werk der damaligen Justizbürokratie und faßt sein Urteil S. 208 dahin zusammen: „Der Wille des Reichsjustizamtes und der im Bundesrat vertretenen Landesjustizverwaltungen setzte 1879 den von der gesamten Anwaltschaft eifrig bekämpften Regierungsentwurf durch; alle Abänderungsvorschläge fielen durch.“

<sup>16)</sup> Vgl. JW. 1873, 319, 321, 388.

<sup>17)</sup> Vgl. JW. 1874, 171.

<sup>18)</sup> Vgl. JW. 1874, 105.

<sup>19)</sup> Bericht in JW. 1875, 129.

<sup>20)</sup> Vgl. JW. 1878, 215.

<sup>21)</sup> Vgl. JW. 1878, 163.

<sup>22)</sup> Vgl. Weißler a. a. O. S. 605.

<sup>23)</sup> Vgl. JW. 1874, 7, 19; über die Antworten ebendort S. 97.

<sup>24)</sup> Vgl. JW. 1873, 273; 1874, 155.

<sup>25)</sup> Mit besonderer Nachdrücklichkeit von dem Mitherausgeber

Daenle, vgl. JW. 1874, 124, 150; 1878, 217.

<sup>26)</sup> Vgl. JW. 1874, 66, 113, 161.



deßgerichte sowie das schiedsrichterliche Verfahren. Von den Ergebnissen ist beachtenswert die Forderung der Einführung einer Berufung und der Zulässigkeit der Revision auch bei *duae conformes*<sup>36)</sup>.

Mit besonderer Gründlichkeit behandelte der 3. deutsche Anwaltstag (Eisenach 1873) das Gerichtsvollzieherwesen im größeren Zusammenhang des Vollstreckungsverfahrens. Hierbei berichteten die rheinischen Anwälte über günstige Erfahrungen mit dem Gerichtsvollzieher französischen Modells, während die bayerischen Kollegen dem gemeinrechtlichen Botensystem zuneigten. Der Anwaltstag erklärte sich für die Vollstreckung des Gerichtsvollziehers in der durch den Entwurf vorgesehenen Art, d. h. durch ein ohne Leitung des Gerichtes, aber in Beamtenstellung und unter staatlicher Haftung tätiges Organ, welches nicht als Bevollmächtigter des Gläubigers anzusehen sei, und welches namentlich nicht zu Anträgen und sonstigen Eingaben an das Gericht im Namen der Partei befugt sein solle. Durch die Normen über Ausbildung, Einkünfte, behördliche Kontrolle und Disziplinarbefugnisse soll für den Schutz der Partei Vorkehrung getroffen werden. Wie man sieht, eine ganz moderne, mit den Erkenntnissen der neuesten Theorie und Rechtsprechung durchaus übereinstimmende Auffassung der Stellung des Gerichtsvollziehers.

Auch die parlamentarische Behandlung der ZPO. zeigt uns eine eifrige Beteiligung der Anwaltschaft. In der Generaldebatte erster Lesung äußerte sich Klöppel im allgemeinen beifällig zum Entwurf, allerdings mit Ausnahme der Zulassung der Berufung gegen kollegialgerichtliche Urteile; in der Schlussdebatte trat namentlich Windthorst als Redner auf. In der Reichsjustizkommission interessierten sich die anwaltlichen Mitglieder vornehmlich für folgende Gegenstände. Bezüglich der Handelsgerichte debattierte man über Einsetzung oder Nichteinsetzung derselben (dafür Wolffson, dagegen Bölk), Zuweisung von Bagatellsachen und Wechseln an diese Gerichte, Zuständigkeitsverhältnis zu den Zivilgerichten und Anwaltszwang<sup>37)</sup>. Bei der Lehre von der Zuständigkeit äußern sich Anwälte namentlich über die automatische Bestimmung der Kompetenz, über den Gerichtsstand der Unterwerfung (namentlich im Verfallnisfall), über den Hinweis auf die Unzuständigkeit des Amtsgerichtes<sup>38)</sup>. An der Debatte über die Eventualmaxime (Sahn S. 589) beteiligten sich namentlich Wolffson und Bölk. Auch zum Punkte des richterlichen Fragerechts und des persönlichen Erscheinsens der Parteien im allgemeinen und bei Ehesachen insbesondere nahmen Anwälte das Wort<sup>39)</sup>. Ebenso zum Institut der Klagerhebung (Aufforderung zur Anwaltsbestellung, Änderung der Klage)<sup>40)</sup>. Aus dem Beweisrechte zu erwähnen: Bindung des Zivilrichters an das Strafurteil, Vernehmung des Rechtsvorgängers der Partei als Zeuge, Zeugenverhör durch einen ersuchten Richter<sup>41)</sup>, Urkundenbeweis (Wolffson) für Erweiterung der freien Beweiswürdigung<sup>42)</sup>; vor allem Behandlung des Eides; beachtenswert in diesem Zusammenhang die Ausführungen Ehsoldts zugunsten des Nacheides, Grimms zugunsten der Verminderung des Sachverständigenedes, ferner die Debatte über den zugegebenen Eid und die eidliche Parteivernehmung, der Antrag Wolffson über die Fassung des Editionseides, die Äußerungen Lasfers und Wolffsons über die Wiberufflichkeit der Eideserklärung<sup>43)</sup>. — Begreiflicherweise nahmen Anwälte lebhaften Anteil an der Gestaltung des Rechtsmittelsystems, vor allem an der Frage der Zulassung einer Berufung gegen landgerichtliche Urteile (dagegen Wolffson „aus vollster Überzeugung“, dafür mit der gleichen Entschiedenheit Bölk), an der Dauer der Berufungsfrist, an dem stillschweigenden Verzicht, und mancher sonstigen Einzelheit<sup>44)</sup>; aber auch an der Behandlung der Revision, vornehmlich Statthaftigkeit derselben bei *duae conformes*, Umfang des revidierten Rechtes,

Revisionssumme<sup>45)</sup>; für Anfechtbarkeit reiner Kostenentscheidungen erklärt sich Grimm, für Erweiterung der Nichtigkeitsklage Wolffson<sup>46)</sup>. — Aus dem Bereiche der besonderen Prozessarten finden wir gelegentlich Debatten der Anwälte über das Sühne- und Aufgebotsverfahren<sup>47)</sup>, das Mahnverfahren (gegen die Beschränkung auf amtsgerichtliche Sachen, gegen die beschränkte Zuständigkeit, gegen die kurze Wiberpruchfrist, Einspruch oder Wiberereinsetzung?)<sup>48)</sup>; über das Entmündigungsverfahren (Ehsoldt gegen die Regelung desselben vor Vereinhaltung des bürgerlichen Rechtes, Bölk für Offizialprinzip; zu der eingeleiteten Unterkommision, welche im wesentlichen die heute geltende Regelung beschloß, gehörte auch Bölk; interessant ist, daß sich Ehsoldt für Beseitigung der Entmündigung wegen Verschwendung als nicht mehr zeitgemäß erklärte)<sup>49)</sup>. — Am ausgiebigsten äußern sich die anwaltlichen Mitglieder über das Eheverfahren; namentlich erheben sie Einwände gegen die Mitwirkung des Staatsanwaltes und (mit Erfolg) gegen diejenige des Seelsorgers, gegen die Zuständigkeit des Amtsrichters zu dem Sühneveruch, gegen die Ausschließung sicher nicht geltend gemachter Klage- oder Wiberlagegründe in einem späteren Verfahren und gegen die Aussetzung des Rechtsstreites<sup>50)</sup>. — Innerhalb des Vollstreckungsverfahrens betreffen die Äußerungen vornehmlich die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, die Pfändungsbeschränkungen bei Landwirten, die Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlös, die Vollstreckung des Anspruchs auf Jungbilien, die Wirksamkeit der Pfändung unpfändbarer Gegenstände, die vorläufige Vollstreckbarkeit, die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden; ein besonders lebhafter Meinungsaustausch, bei welchem die Anwälte unter sich nicht einig werden, betraf die Statuierung eines Pfändungspfandrechtes, gegen welches Lasfer und Grimm wegen des Eingriffs in das bürgerliche Recht Einwände erhoben<sup>51)</sup>. Die gleiche Frage kehrt beim Arrest wieder<sup>52)</sup>. — Nimmt man noch vereinzelte Anträge oder Äußerungen hinzu über das Zustellungsverfahren (Zustellung von Anwalt zu Anwalt auch im Parteiprozess), Fristenlauf während der Ferien, Form der Nebenintervention, Kostenbehandlung bei sofortigem Auerkenntnis<sup>53)</sup>, so ergibt sich das Bild einer fleißigen Mitwirkung, durch welche die Anwälte namentlich dem Interesse der rechtlich suchenden Parteien und der Erweiterung des Rechtsschutzes, vielfach allerdings ohne praktischen Erfolg, zu dienen bestrebt waren.

Selbstverständlich ist, daß die ZW. die deutschen Anwälte über den Inhalt des Entwurfes<sup>54)</sup> wie auch über den Fortgang der gesetzgeberischen Arbeiten auf dem laufenden hielt. In letzterer Hinsicht beachtenswert eine Darstellung von Levy über Prozesskosten, Sicherheitsleistung und Armenrecht<sup>55)</sup>, Struckmann (selbst kein Anwalt) über die Verhandlungen der deutschen Reichsjustizkommission<sup>56)</sup>, der sich auf eine Reihe für den Anwalt besonders wichtiger Materien bezog, z. B. vorbereitende Schriftsätze, richterliches Fragerecht, persönliches Erscheinen der Parteien, Abschaffung der Eventualmaxime, Ablehnung der eidlichen Vernehmung der Partei,

<sup>36)</sup> Lasfer, Grimm, Bölk, Wolffson bei Sahn S. 721, 1057, 1073, 1143, 1180.

<sup>37)</sup> Vgl. Sahn S. 984, 742.

<sup>38)</sup> Wolffson bei Sahn S. 1014, 1041.

<sup>39)</sup> Vgl. Grimm und Ehsoldt bei Sahn S. 780

<sup>40)</sup> Vgl. Sahn S. 764, 891.

<sup>41)</sup> Vgl. Sahn S. 748, 1047, 1158.

<sup>42)</sup> Vgl. Sahn S. 825, 837, 839, 842, 1022 f., 1026 f., 1090, 1160.

<sup>43)</sup> Gegen das Pfandrecht Wolffson und Lasfer bei Sahn S. 873, 1036, 1165.

<sup>44)</sup> Vgl. Sahn S. 991, 996, 978, 983.

<sup>45)</sup> Vgl. die Artikelserie des späteren Kommentators Levy: ZW. 1872, 57, 65, 89, 108, 119 usw. — Schon zu den früheren Entwürfen hatten sich vielfach Anwälte literarisch geäußert. Vgl. etwa zum Hannoverschen Entwurf die Abhandlungen von Wilimowski und Levy: Wehrends Ztschr. f. Gesetzgeb. V. 3 ff.; ferner zu den deutschen Entwürfen I u. II Levy in einer selbständigen Monographie über die zweite Instanz in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Berlin 1871; Beschorner: Ztschr. f. Rechtspf. u. Verw. Nf. 37 (1872) S. 109 ff.

<sup>46)</sup> Vgl. ZW. 1872, 15.

<sup>47)</sup> Vgl. ZW. 1875, 153, 161.

<sup>36)</sup> Vgl. ZW. 1872, 3.

<sup>37)</sup> Vgl. Sahn, Materialien zur ZPO. S. 527, 945 ff.

<sup>38)</sup> Vgl. Sahn S. 531, 548, 613, 658, 1013.

<sup>39)</sup> Vgl. Sahn S. 564, 1052 ff.

<sup>40)</sup> Vgl. Sahn S. 998, 1001.

<sup>41)</sup> Vgl. Sahn S. 1073, 1007, 1115.

<sup>42)</sup> Vgl. Sahn S. 649, f. auch 1012.

<sup>43)</sup> Vgl. Sahn S. 629, 1126, 642, 652, 858, 1131 (Lasfer

und Wolffson.

<sup>44)</sup> Vgl. Sahn S. 695/700, 1015, 1160.

Abstandnahme von besonderen Handelsgerichten, Berufung, Revision, vorläufige Vollstreckbarkeit, Stellung und Aufgaben des Gerichtsvollziehers usw. Und der Einführung in die Grundgedanken des neuen Rechtes galten die anschaulichen und gediegenen Vorträge von Wilnowski und Levy im Jahrgang 1879 der *JW.* über den Prozeßbetrieb, die Mündlichkeit und Schriftlichkeit in der *JPD.*, den Gang des Verfahrens erster Instanz, Termine und Fristen sowie Veräumnis, Beweisverfahren im Zivilprozeß, Rechtsmittel, besondere Verfahrensarten, Zwangsvollstreckung, Arrest und einstweilige Verfügung.

Selbstverständlich öffneten sich die Spalten des Vereinsorganes nicht nur für referierende, sondern auch für kritische Stimmen über den Entwurf aus dem Kreise der Anwaltschaft, — Äußerungen, die zum Teil für die Gestaltung des im Werden begriffenen Gesetzes nutzbar gemacht worden sind. Es ist nicht uninteressant, sich die Institute zu vergegenwärtigen, denen die Anwaltschaft ihre Aufmerksamkeit vornehmlich zuwandte.

Im Vordergrund stand — erklärlich genug — das Prinzip der Mündlichkeit<sup>57)</sup>. Weiterhin die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze<sup>58)</sup>. Ferner das richterliche Fragerecht und die damit zusammenhängende Erzwingung des persönlichen Erscheinens der Parteien<sup>59)</sup>. Weiterhin finden wir Bemerkungen über die Gerichtsorganisation im ganzen<sup>60)</sup>, über das Gerichtsvollzieherwesen<sup>61)</sup>, wobei namentlich an der bayerischen Art der Regelung des Institutes, an dem Sportelwesen, an der Trennung vom Gericht lebhaft Kritik geübt wurde. Mehrere Äußerungen beziehen sich auf die Klage, ihre Erhebung<sup>62)</sup>, den Anteil des Gerichtes bei derselben<sup>63)</sup>, ihre Substanziierung<sup>64)</sup>, namentlich ihre Änderung<sup>65)</sup>. Aus der Beweislehre steht im Vordergrund die Eidesfrage<sup>66)</sup>. Auch das Rechtsmittelsystem wird eifrig behandelt. Ein recht gebiegender Artikel<sup>67)</sup> erhebt beachtenswerte Einwände gegen die Gestaltung der Berufung als Revision, gegen die Trennung von Tat- und Rechtsfrage in letzter Instanz, vor allem gegen den Ausschluß der Revision bei duae conformes. Spezieller auf die Berufung bezieht sich ein Artikel von Rau<sup>68)</sup>, der sich energisch für ihre Einführung einsetzt. Das größte Interesse aber begegnete der Revision. Eine eindringliche Betrachtung von Mittelstaedt (*JW.* 1872, 129) erkennt die Notwendigkeit eines höchsten Gerichtes des Reiches an, tadelt aber die zu weitgehende Tendenz des Entwurfes nach einer Entlastung dieses Gerichtes, wie sie z. B. in dem Ausschluß der Berufung, in dem Erfordernis der duae conformes zum Ausdruck komme, und verlangt namentlich die Möglichkeit des Rechtsmittels bei Verletzung des Landesrechtes. Die letztere Forderung erhebt auch ein Anonymus<sup>69)</sup>, sowie der Herausgeber der *JW.*, Haenle<sup>70)</sup>, unter Hinweis auf das der Landesjustizhoheit im Interesse der Rechtseinheit zuzumutende Opfer, während er gegen einen Auslegungsgeschichtshof Bedenken erhebt, die gerade gegenüber neuesten Tendenzen noch heute volle Beachtung verdienen. Andere Artikel betreffen Einzelheiten, z. B. die Auslegung von Urkunden durch das Revisionsgericht<sup>71)</sup>, die geplante Umgestaltung der Revision (oder wie sie damals hieß, Oberrevision)<sup>72)</sup>, sowie die Frage der revidiblen Rechtsnormen<sup>73)</sup>.

<sup>57)</sup> Hierüber etwa die Beiträge von Mittelstaedt, Haenle und Roeser: *JW.* 1872, 11, 25, 17, 268.

<sup>58)</sup> Vgl. Lippold: *JW.* 1872, 312.

<sup>59)</sup> Vgl. Haenle: *JW.* 1875, 29.

<sup>60)</sup> Vgl. Gerlach: *JW.* 1873, 190.

<sup>61)</sup> Vgl. *JW.* 1873, 33, 213.

<sup>62)</sup> Vgl. Lippold: *JW.* 1872, 133.

<sup>63)</sup> Vgl. Levy: *JW.* 1872, 158.

<sup>64)</sup> Vgl. *JW.* 1872, 185.

<sup>65)</sup> Vgl. die scharfsinnige Kritik von Lippold: *JW.* 1872, 79.

<sup>66)</sup> So tritt Haenle schon *JW.* 1873, 1 zwar nicht für völlige Beseitigung, wohl aber für Verminderung des Eides ein.

<sup>67)</sup> Vgl. *JW.* 1873, 233.

<sup>68)</sup> Vgl. *JW.* 1872, 73.

<sup>69)</sup> *JW.* 1872, 389, der übrigens auch *JW.* 1873, 145 eine von hoher Warte blickende Apologie eines höchsten deutschen Gerichtes bringt.

<sup>70)</sup> Vgl. *JW.* 1873, 49.

<sup>71)</sup> Vgl. *JW.* 1872, 198.

<sup>72)</sup> Vgl. *JW.* 1873, 51.

<sup>73)</sup> Vgl. *JW.* 1880, 49.

— Nimmt man noch hinzu eine Reihe von Beiträgen zu den speziellen Verfahrensarten, wie dem Veräumnisverfahren<sup>74)</sup>, dem Exekutiv- und Arrestprozeß<sup>75)</sup>, sowie (besonders gründlich) dem Eheprozeß<sup>76)</sup>, für welchen schon damals die Einsetzung besonderer, über mehrere Gerichtsbezirke sich erstreckender Kollegialgerichte empfohlen wird, so ergibt sich das Bild einer lebhaften Anteilnahme der Anwaltskreise an dem großen Prozeßgesetzgebungswork.

Fragen wir schließlich nach der Aufnahme dieses Gesetzes durch die deutsche Anwaltschaft, so war der Eindruck — wie dies nicht anders erwartet werden kann — kein durchaus einheitlicher. Während etwa eine Erklärung Darmstädter Anwälte<sup>77)</sup> in den Reichsjustizgesetzen den wichtigsten rechtswissenschaftlichen, politischen und nationalen Fortschritt seit Herstellung des Deutschen Reiches und der Reichsverfassung erblickte, und dieses Urteil in einer Reihe von Einzelpunkten begründete, während ferner in der ersten Generaldebatte der Reichsjustizgesetze im Reichstag<sup>78)</sup> der *RA.* Erhardt den Entwurf einer *JPD.* als ein im wesentlichen gelungenes Werk bezeichnete, und während Lasker<sup>79)</sup> diesen Entwurf für „ein nahezu vollendetes Meisterwerk“ erklärte, welches „den Stempel der Reife im Ausdruck wie im Inhalt an sich trägt“, äußert sich eine von der Schriftleitung ausgehende Neujahrsbetrachtung in der *JW.* 1877, 1 mit einiger Skepsis und bemerkt, unter Anerkennung des erzielten Fortschrittes in der deutschen Rechtseinheit, daß vom Standpunkt der Anwälte kein Grund zum Jubel gegeben sei, daß man sich vielmehr die Sache anders gedacht habe. Und eine gewisse Resignation spricht auch aus dem Neujahrsartikel des Jahrganges 1880, in welchem hervorgehoben wird, daß in den gesetzgebenden Versammlungen des Reiches und der Einzelstaaten, auf Anwaltsagen die Anwälte die Interessen der Rechtspflege höher gehalten hätten als die eigenen, daß sie immer an der Ansicht festgehalten hätten, die Interessen der Rechtspflege seien untrennbar verbunden mit den wahren Interessen der Advokatur. Eine rückschauende unbefangene Betrachtung kann dieses Gesamturteil nur vollauf bestätigen.

2. Der Entwurf einer Gemeinschuldordnung (später Konkursordnung) hat dank der Durchdringung seiner Form und seines Inhaltes die parlamentarischen Instanzen nicht sehr stark in Anspruch genommen. Zu den Mitgliedern der Bundesratskommission gehörte R. A. Makower. Bei der ersten Plenarberatung äußerten sich namentlich Frankfurter und Schulze-Delitzsch (früher Anwalt). Bei der zweiten Plenarberatung erfolgte auf Antrag Laskers die Annahme im ganzen.

Der Reichstagskommission gehörten an die Rechtsanwälte Frankfurter, Wölfel, und der besonders eifrige v. Wahl, der auch den Kommissionsbericht erstattete. Auch der Vorsitzende v. Sarweh, der spätere Kommentator der *NO.*, ist aus der Anwaltschaft hervorgegangen. Zu den Gegenständen, welche bei den Kommissionsberatungen das Interesse der Anwälte fanden, gehören vornehmlich die folgenden. Aus dem Verfahren im allgemeinen: die Zustellungen von Amts wegen und die Form der öffentlichen Befanntmachungen, die Dauer der Anmeldefrist, die Aufnahme des durch Konkursöffnung unterbrochenen Prozesses und die Erleichterung des Konkursantrages des Gemeinschuldners selbst<sup>80)</sup>. — Hinsichtlich der Konkursorgane wird die Frage der Vergütung und der Aufgaben der Gläubigerausschuhmittglieder besprochen<sup>81)</sup>. — Weitere Anträge betreffen die Konkursmasse, namentlich die Einbeziehung des Neuverwäts in dieselbe (mit Ausnahme des Arbeitsverdienstes), die Aussonderung bei Inkassowechseln, die Vorrechte der Ehefrau, des Vermieters und Verpächters sowie die Statthaftigkeit der Anfechtung auch gegenüber Voll-

<sup>74)</sup> Vgl. *JW.* 1874, 84.

<sup>75)</sup> Vgl. Roeser: *JW.* 1872, 276.

<sup>76)</sup> Vgl. die Artikelserie von Haenle: *JW.* 1872, 20, 53, 81, 135.

<sup>77)</sup> Vgl. *JW.* 1877, 7.

<sup>78)</sup> Vgl. Sahn S. 188 ff.

<sup>79)</sup> Vgl. Sahn S. 235, 198.

<sup>80)</sup> Vgl. Sahn, Anträge Wahl S. 554, 666, 594, 596, 576.

<sup>81)</sup> Vgl. Sahn, Antrag Wahl S. 570, der auf die prinzipielle Bedeutung der Frage für den Schutz der Minderheiten verweist.

streckungsakten und auch durch einen Konkursgläubiger<sup>82)</sup>. — Betreffs der Konkursgläubiger werden u. a. aus dem Kreise der Anwälte angeregt oder erörtert Bestimmungen über ein Vergeltungsrecht gegenüber ausländischen Gläubigern, über Arrestlegung in das freie Vermögen des Gemeinschuldners, über Konkursprivilegien der öffentlichen Versicherungsanstalten, Bevorzugung öffentlicher Kassen wegen bestimmter gegen sie gerichteter Schädigungen, Regelung des Hypothekenausfalls und des Ausfalls eines Gesellschaftsgläubigers, erweiterte Wirkung des Forderungsfeststellungsprozesses<sup>83)</sup>.

3. Hinsichtlich des Gläubigeranfechtungsgesetzes, welches ebenfalls nur geringe Abweichungen gegenüber dem Entwurf aufweist, ist nur zu bemerken, daß der Kommissionsbericht von R. A. Wolffson erstattet wurde, der sich auch in der ersten Plenarberatung für die reichsrechtliche Regelung der Materie eingesetzt hatte, während eine andere Seite im Hinblick auf die bayerische und württembergische Regelung den entgegengesetzten Standpunkt vertrat<sup>84)</sup>.

IV. Wenden wir uns endlich der Verfassung unserer Strafgerichte und dem Verfahren in Strafsachen zu, so haben wir es offensichtlich auch hier mit Angelegenheiten zu tun, welche den Rechtsanwalt als den geborenen Verteidiger unmittelbar angehen mußten. So haben denn auch schon an der parlamentarischen Behandlung der Entwürfe die Anwälte lebhaften Anteil genommen.

1. Bezüglich der Verfassung der Strafgerichte sind es teils Einzelpunkte, die im Plenum, namentlich aber in der Reichsjustizkommission die Aufmerksamkeit der Anwälte auf sich zogen: Stellung des Staatsanwaltes (Windthorst nennt sie „mit der Freiheit absolut unvereinbar“), Einsetzung gemeinschaftlicher Strafgerichte in Ländern mit mehreren Oberlandesgerichten, Auswahl der Schöffen (sollen Rechtsanwälte ausgeschlossen sein?). In besonders lebhafter Weise wurde auch die Bildung detachierter Strafkammern von Anwälten erörtert; während sie von Windthorst in der Generaldebatte abgelehnt wurden, setzte sich Lasker in der Kommission mit Entschiedenheit für sie ein, indem er die Frage als sehr ernst für die gesamte Gerichtsorganisation und das Prinzip der Mündlichkeit bezeichnete.

Im Vordergrund standen begreiflicherweise die großen Probleme jeder Strafrechtsverfassung, einerseits die Zulassung einer Berufung in Strafsachen, für die sich in der Generaldebatte mit Entschiedenheit einsetzten Windthorst („die Berufung können wir nach meiner festen Überzeugung nicht entbehren, weder in Zivilsachen, noch in Strafsachen; für mich ist jede Kriminalprozessordnung unannehmbar, in der die Berufung nicht enthalten ist“), ebenso Erhardt (während Mayer in der Wiederaufnahme des Verfahrens einen genügenden Ersatz für die fehlende Berufung erblickte), in der Reichsjustizkommission Wolffson, andererseits die Teilnahme der Laien an der Strafrechtspflege. Hier drehte sich die Debatte vornehmlich um die fundamentale Frage: Schöffengericht oder Schwurgericht? (für ersteres Lasker, — dagegen Windthorst und Ehsoldt), vor allem aber um die Zuständigkeit der Schwurgerichte für Pressevergehen, zu deren Gunsten die meisten anwaltlichen Mitglieder der Reichsjustizkommission eintraten und für welche im Plenum R. A. Frankensburger in leidenschaftlicher Weise plädierte, ebenso Böll („ich habe einiges dazu beigetragen, daß das Wort Schwurgericht überhaupt noch in unserem Prozesse steht“). Daß jedoch in dieser höchst unruhigen Frage die Meinung der Anwaltschaft keineswegs eine einheitliche war, zeigt die Abstimmung im Plenum, bei welcher sich 16 Anwälte für, 10 Anwälte gegen jene Erweiterung der schwurgerichtlichen Zuständigkeit erklärten. Die in der Reichsjustizkommission von R. A. Ehsoldt beantwortete, von Lasker bekämpfte Einsetzung eines Reichsschwurgerichtes wurde abgelehnt. — Mit diesem Fragenkomplex hängt aufs engste zusammen das Problem der Teilnahme von Laien an der mittleren Strafinstanz; sie wurde in der Generaldebatte vielfach besürwortet, von Windthorst

entschieden abgelehnt und bildete auch den Gegenstand der Besprechungen in der Justizkommission.

Aus den mitgeteilten Einzelheiten ergibt sich jedenfalls die klare Tatsache, daß die Rechtsanwälte zu den entschiedensten Anhängern des Schwurgerichtssystems gehörten, welches ja von jeher zu den programmatischen Forderungen der Anwaltschaft gehörte. Weiß doch Weißler (a. a. O. S. 458) zu berichten, daß diese Forderung schon im Vormärz von einer Reihe örtlicher Anwaltsvereine mit Lebhaftigkeit erwogen wurde.

2. Bezüglich der legislativen Anteilnahme der Anwaltschaft an der Strafprozessordnung wären etwa folgende Daten von Interesse.

Die Bundesratskommission zur Vorbereitung der StPD. zählte einen Anwalt zu ihren Mitgliedern, nämlich Wiener. Bei der ersten Plenardebatte im R. nahmen Lasker und Windthorst in groß angelegten Reden zu dem Entwurfe Stellung. Der erstere gab, ausgehend von dem Grundsatz, daß die StPD. auf der Idee der Sicherung persönlicher Freiheit aufgebaut werden müsse, seine Meinung dahin kund, daß von allen Entwürfen gerade der vorliegende die umfassendste sachliche und juristische Prüfung erheische. An Postulaten vertrat er: eine Besserung der bisher unwürdigen Stellung der Verteidigung, eine andere Gestaltung der Voruntersuchung, eine einfachere und weniger schematische Regelung der Zuständigkeit (Beseitigung der Verweisungsmöglichkeiten!), die Ermöglichung eines Kreuzverhörs, die Unstatthaftigkeit der Verhaftung vor Anhörung des Beschuldigten. Windthorst seinerseits stellte dem Entwurf ein sehr ungünstiges Zeugnis aus („die jetzige Vorlage ist als neues deutsches Kriminalverfahren absolut unannehmbar“); er tadelte die überragende Stellung des Staatsanwaltes bei der Voruntersuchung, die zu leichte Möglichkeit der Beschlagnahme, Hausdurchsuchung, Festnahme ohne richterliche Mitwirkung; die ungenügende Begrenzung der Zeugnispflicht und den Vorbehalt. Während die beiden berühmten Parlamentarier interessanterweise bezüglich der Berufung verschiedene Meinungen vertraten (Lasker dagegen, Windthorst mit größter Entschiedenheit dafür), stellten beide eine Forderung auf, die erst jetzt ihrer Verwirklichung entgegengeht, nämlich reichsrechtliche Regelung der Strafvollstreckung.

In der Reichsjustizkommission beteiligten sich Anwälte mit größtem Eifer an der Antragstellung und an der Diskussion. Namentlich richteten sie ihre Aufmerksamkeit auf folgende Gegenstände. Hinsichtlich der Zuständigkeit vertraten sie den einheitlichen (im Gegensatz zum sogenannten fliegenden) Gerichtsstand für Pressevergehen und die Möglichkeit, bis zur Anklagerede die Unzuständigkeitseinrede zu erheben<sup>85)</sup>. — Mehrere Anträge bekämpften die Ersetzung der Zustellung der Anklageschrift durch deren Verlesung sowie die Zustellung durch die Staatsanwaltschaft<sup>86)</sup>.

Weitgehendes Interesse wandte sich naturgemäß der Materie des Vorverfahrens zu. Hier waren es vornehmlich Anwälte, welche sich einsetzten für Unstatthaftigkeit der Zeugenvernehmung vor dem Hauptverfahren oder der Voruntersuchung aus dem Gesichtspunkt der Verhinderung einer Vereitelung des Zeugnisweigerungsrechtes; für Benennung des Beschuldigten gegenüber dem zu vernehmenden Zeugen; für die Wahl des Richters zwischen Vor- oder Nacheid; für die Beschränkung der Vernehmung im Vorverfahren<sup>87)</sup>; für das Recht des Angeschuldigten zur Ladung von Zeugen und Sachverständigen<sup>88)</sup>; für Kautelen bei der Anstaltsbeobachtung (Sahn 1233); für die Beschränkung der Beschlagnahme und für deren sofortige Mitteilung an den Angeschuldigten<sup>89)</sup>; für die Unstatthaftigkeit einer Durchsuchung bei bloßen Übertretungen<sup>90)</sup>; für die Erschwerung der Verhängung der Untersuchungshaft (Voraussetzung soll sein nach Ehsoldt aktenkundig feststehende Verdunkelungsgefahr, während Böll den

<sup>85)</sup> Vgl. Sahn, Materialien zur StPD. S. 558—564, 1189, 1607.

<sup>86)</sup> Vgl. Sahn S. 573, 575.

<sup>87)</sup> Vgl. Sahn S. 581, 610, 597, 601, 1225.

<sup>88)</sup> Vgl. Sahn S. 613 ff.

<sup>89)</sup> Vgl. Sahn S. 624, 637, 1249, 1614; hinsichtlich der Beschlagnahme und der Durchsicht von Papieren S. 1247, 1253.

<sup>90)</sup> Vgl. Sahn S. 636, 649, 1609.

<sup>82)</sup> Vgl. Sahn, Ausführungen Wahl und Böll S. 519, 643, 662, 546, 548, 533.

<sup>83)</sup> Vgl. Sahn S. 524, 528, 557, 649, 674, 682, 669.

<sup>84)</sup> Vgl. Sahn S. 767, 655.

ganzen Abschnitt umgearbeitet und die Kollisionshaft überhaupt beseitigt wissen will, und sich gegen die „Verwahrung“ erklärt; auch sprechen Wolffson und Grimm gegen die obligatorische Verhaftung; mehrere Anwälte für Belehrung über die Haftbeschwerde, andere, allerdings unter Widerspruch einzelner Kollegen, für Unterlassung der Verhaftung bei eidlichem Angelohnis, für Zurückdrängung des Einflusses der Staatsanwaltschaft auf die Verhaftung und gegen Erlaß staatsanwaltlicher Steckbriefe<sup>91)</sup>. Interessant auch die von Grimm verteidigte Schadensersatzpflicht bei widerrechtlich verlängelter Gefangenschaft<sup>92)</sup>, und die vorgeschlagenen Kautelen in Ansehung der persönlichen Vernehmung des Beschuldigten, namentlich die bloß fakultative Vorführungsandrohung, Mitteilung der zur Last gelegten Tat, Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht<sup>93)</sup>.

Zu der Frage der Erzwingung der Klagerhebung durch den Staatsanwalt nehmen die Rechtsanwälte eine verschiedene Stellung ein<sup>94)</sup>.

Zum Kapitel Voruntersuchung setzen sich Anwälte in mehr oder minder weitem Umfang ein für die Erweiterung ihrer Notwendigkeit (zurückhaltend Bölk, besonders weitgehend Grimm, für Zwischenlösungen Eysoldt und Wolffson)<sup>95)</sup>. Andere Äußerungen haben es zu tun mit der Form der Durchführung der Voruntersuchung (Bölk), mit ihrem Umfang, mit der Anwesenheit oder Ausschließung des Angeeschuldigten (Eysoldt, Wolffson), mit der Ladung von Sachverständigen auf Antrag des Beschuldigten (Wolffson, Grimm), mit der Bestellung des Amtsrichters als Untersuchungsrichter<sup>96)</sup>.

Bezüglich der Hauptverhandlung beteiligten sich mehrere Anwälte an der Debatte betreffs Einleitung der Verhandlung<sup>97)</sup>, Umfang der Beweisaufnahme<sup>98)</sup> und möglichst weitgehende Berücksichtigung der Beweisangebote des Angeklagten<sup>99)</sup>, Inhalt des Sitzungsprotokolls<sup>100)</sup>, Behandlung verbündener Sachen<sup>101)</sup>, Aussetzung der Verhandlung<sup>102)</sup>, Urteilsverkündung (Vertagung, obligatorische Verlesung der Entscheidungsgründe<sup>103)</sup>, Bindung des Strafrichters an eine Zivilentscheidung<sup>104)</sup>, Mitteilung der Freisprechung wegen Geisteskrankheit an die Polizeibehörde<sup>105)</sup>, einstimmige Bejahung der Schulfrage beim Schöffengericht<sup>106)</sup>. Eine lebhafteste Debatte wurde geführt über den Beweis durch Zeugen, namentlich über deren Ladung während der Hauptverhandlung<sup>107)</sup>, ihre Entschädigung auch bei unmittelbarer Ladung<sup>108)</sup>, ihre kommissarische Vernehmung<sup>109)</sup>, ihre Beeidigung<sup>110)</sup>, über das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte, Redakteure, Drucker, Verleger<sup>111)</sup>, Zulassung oder Nichtzulassung des Kreuzverhörs<sup>112)</sup>, Unstatthaftigkeit der Verlesung einer

früheren Zeugenaussage zum Zweck der Unterstützung des Gedächtnisses<sup>113)</sup> oder bei nachträglicher Verweigerung des Zeugnisses in der Hauptverhandlung<sup>114)</sup>. In den gleichen Zusammenhang gehört die Nichtverlesung der Aussage eines außer Verfolgung gesetzten, freigesprochenen oder verstorbenen Mitbeschuldigten<sup>115)</sup> oder des Gutachtens einer Behörde<sup>116)</sup>.

Besonders eingehend äußerten sich naturgemäß die Anwälte zur Frage der Verteidigung. Erörtert wurden namentlich: die Fälle der notwendigen Verteidigung, wobei für Erweiterung derselben eingetreten wurde<sup>117)</sup>; die Verteidigung durch andere Personen als Rechtsanwälte, wobei gerade die anwaltlichen Kommissionsmitglieder einen ziemlich liberalen Standpunkt vertraten<sup>118)</sup>; die Älteneinsicht auch schon in der Voruntersuchung<sup>119)</sup>; der Verkehr des Verteidigers mit dem verhafteten Angeklagten<sup>120)</sup>; staatliche Vergütung für den bestellten und sogar (bei notwendiger Verteidigung) für den gewählten Verteidiger<sup>121)</sup>; Bestellung des Verteidigers durch Verwandte des Angeeschuldigten bei dessen Abwesenheit<sup>122)</sup>.

Auch hinsichtlich des Institutes des Schwurgerichtes hatten die Anwälte manche Wünsche vorzubringen: betreffend die Bildung der Geschworenenbank<sup>123)</sup>, Entscheidung über mildernde Umstände und die obligatorische Stellung einer auf sie bezüglichen Frage<sup>124)</sup>, Rechtsbelehrung des Vorsitzenden<sup>125)</sup>, Nebenfragen über Strafausschließungsgründe<sup>126)</sup>, Beratung der Geschworenen<sup>127)</sup>, Stimmenverhältnis (Angabe desselben im Wahrspruch, nötige Mehrheit hinsichtlich der mildernden Umstände<sup>128)</sup>, Folgen eines nach einstimmiger Meinung der Richterbank vorgekommenen Irrtums der Geschworenen zum Nachteil des Angeklagten<sup>129)</sup>.

Bei der Rechtsmittellehre wandte sich — auffallenderweise — Wolffson gegen das Recht des Staatsanwaltes, zugunsten des Angeklagten ein höheres Gericht anzurufen<sup>130)</sup>. Bei der grundlegenden Frage der Zulassung der Berufung gegen Urteile der Strafkammer gingen die Stimmen auseinander<sup>131)</sup>. — Hinsichtlich der Revision setzten sich Anwälte ein für die Vernehmung der absoluten Revisionsgründe, für den Ausschluß einer Revision des Staatsanwaltes zuungunsten des Angeklagten oder wegen bloßer Verfahrensverstöße, für die Zurückweisung an ein anderes als das früher entscheidende Gericht, für die Nichtbindung an die Rechtsauffassung des Revisionsgerichtes, für obligatorische Revision bei Todesstrafe<sup>132)</sup>. — Auch äußerten sich einige Anwälte zur Frage der Beschwerde und der Wiederaufnahme des Verfahrens<sup>133)</sup>.

Verhaftetes Interesse bestand auch für die Privatklage; hier stellte Wolffson (allerdings ohne Erfolg) einige grundsätzliche wichtige Forderungen auf, insbesondere allgemeine Zulassung der Privatklage bei verweigerter Erhebung der öffent-

<sup>91)</sup> Vgl. Hahn S. 654, 657, 659, 662, 666, 674, 680, 684, 694, 1267.

<sup>92)</sup> Vgl. Hahn S. 697.

<sup>93)</sup> Vgl. Hahn S. 702, 703 ff.

<sup>94)</sup> Vgl. Hahn S. 728, 730, 731, 732, 734, 1630, 1655.

<sup>95)</sup> Vgl. Hahn S. 736, 739, 740, 744, 750, 1289.

<sup>96)</sup> Vgl. Hahn S. 752, 776, 780, 784, 792, 770, 1314.

<sup>97)</sup> Verlesung des Eröffnungsbeschlusses (statt der Anklageschrift), Vernehmung des Angeklagten durch den Vorsitzenden, vgl. Hahn S. 846.

<sup>98)</sup> Für möglichst weitgehenden Umfang Bölk, vgl. Hahn S. 852, 1335, 1633.

<sup>99)</sup> Vgl. Antrag Eysoldt bei Hahn S. 823.

<sup>100)</sup> Für möglichst vollständigen Inhalt Wolffson, Eysoldt bei Hahn S. 891.

<sup>101)</sup> Vgl. Eysoldt bei Hahn S. 116.

<sup>102)</sup> Eina bei Ermittlung höherer Strafbarkeit (Hahn S. 878) und namentlich bei Niederlegung der Verteidigung; vgl. Hahn S. 969 und die lebhafteste Meinungsverschiedenheit von Lasker und Wolffson mit Miquel S. 1274.

<sup>103)</sup> Vgl. Hahn S. 883, 1358; über Urteilsunterschrift beim Schöffengericht ebendort S. 893.

<sup>104)</sup> Vgl. Hahn S. 895.

<sup>105)</sup> Vgl. Hahn S. 887.

<sup>106)</sup> Antrag Lasker bei Hahn S. 1161.

<sup>107)</sup> Beachtenswerte Ausführungen von Bölk bei Hahn S. 850.

<sup>108)</sup> Vgl. Anträge Wolffson und Bölk bei Hahn S. 825.

<sup>109)</sup> Vgl. Antrag Eysoldt bei Hahn S. 831.

<sup>110)</sup> Vgl. namentlich Wolffson bei der Generaldebatte (Hahn S. 1363).

<sup>111)</sup> Vgl. Hahn S. 1213 (Lasker).

<sup>112)</sup> Interessante Debatte bei Hahn S. 837 ff.; dafür Wolffson und in beschränkterem Maße Eysoldt, dagegen Bölk.

<sup>113)</sup> Besonders energisch Eysoldt, Bölk, Wolffson bei Hahn S. 863, anders Lasker S. 1343.

<sup>114)</sup> Antrag Grimm bei Hahn S. 861; s. auch Eysoldt S. 1634.

<sup>115)</sup> Dazu Grimm, Eysoldt, Lasker bei Hahn S. 861, 1220, 1366.

<sup>116)</sup> Vgl. Hahn S. 871.

<sup>117)</sup> So z. B. bei Tauben, Stummen, Jugendlichen, auf Antrag des Angeklagten auch bei Verbrechen mit angedrohter schwerer Strafe, vgl. Hahn S. 957; für Verteidigung vor Eröffnung des Hauptverfahrens Wolffson bei Hahn S. 959; s. auch S. 1270.

<sup>118)</sup> Vgl. Hahn S. 952, 957; hinsichtlich der Zulassung von Referendaren gingen die Meinungen der Anwälte auseinander.

<sup>119)</sup> Auch hierüber waren sich die Anwälte nicht einig; vgl. Hahn S. 970, 1276.

<sup>120)</sup> Vgl. Hahn S. 975, 1278.

<sup>121)</sup> Hierfür sämtliche Anwälte der Kommission; vgl. Hahn S. 1278.

<sup>122)</sup> Vgl. Eysoldt und Wolffson bei Hahn S. 983.

<sup>123)</sup> Vgl. Hahn S. 899.

<sup>124)</sup> Vgl. Hahn S. 922 (Grimm S. 923: „gemeines deutsches Recht!“), 1375.

<sup>125)</sup> Eysoldt: keine Würdigung der Beweise; vgl. Hahn S. 930; s. auch S. 1393 f.

<sup>126)</sup> Dagegen Bölk bei Hahn S. 927.

<sup>127)</sup> Vgl. Hahn S. 935.

<sup>128)</sup> Vgl. Hahn S. 942, 1168, 1170.

<sup>129)</sup> Vgl. Hahn S. 945, 1379.

<sup>130)</sup> Vgl. Hahn S. 984, 1393.

<sup>131)</sup> Dafür Bölk; dagegen Wolffson und Grimm; vgl. Hahn S. 991, 998, 1019 ff.

<sup>132)</sup> Vgl. Hahn S. 1027, 1037, 1042, 1049, 1403, 1404, 1406.

<sup>133)</sup> Vgl. Hahn S. 1061, 989.

lichen Klage<sup>134</sup>); beachtenswert auch die Stellungnahme mehrerer Anwälte zu der auf bestimmte Delikte beschränkten Privatklage, namentlich hinsichtlich des Erlasses der Anwaltskosten<sup>135</sup>). Weitere Anträge oder Äußerungen betrafen die Erweiterung der Nebenklage<sup>136</sup>), das summarische Verfahren ohne Schöffen<sup>137</sup>), die polizeiliche Strafverfügung<sup>138</sup>), das Verfahren gegen Abwesende, namentlich Deserteure<sup>139</sup>), Ladungsfrist und Wiedereinsetzungsfrist<sup>140</sup>), Strafverfolgung gegen Beamte<sup>141</sup>), endlich einige Fragen des Strafaufschubs und der Strafvollstreckung (Zuständigkeit des Amtsrichters oder Untersuchungsrichters?)<sup>142</sup>).

In der zweiten und dritten Lesung des Plenums bewahrheitete sich die Ankündigung Lascher's von der Umstrittenheit des ganzen Rechtsgebietes. Die Hauptgegenstände der Debatte waren natürlich solche mit politischem Beigeschmack, insbesondere der fliegende Gerichtsstand der Presse<sup>143</sup>), die Zugehörigkeit des Eröffnungsrichters zum erkennenden Gerichte<sup>144</sup>), die Zeugenvernehmung von Bundesratsmitgliedern und Ministern<sup>145</sup>), das Zeugnisweigerungsrecht des Redakteurs<sup>146</sup>), die Beschlagnahme (Benachrichtigung des Angeklagten, Zurückgabe der Gegenstände, Haftung des Staates)<sup>147</sup>), Strafvollstreckung gegen Abgeordnete während der Sitzungszeit<sup>148</sup>), Beschwerde gegen Strafvollstreckung<sup>149</sup>). Besonders lebhaft umstritten war die Frage der Berufung gegen Urteile der Str.R.; es erneuerte sich die große Redeschlacht zwischen Lascher (gegen die Berufung) und Windthorst („ich kann das Schicksal des Menschen nicht auf einen Wurf stellen... Man kann keinen Versuch machen, wo es sich um die Freiheit, das Vermögen, die Ehre meiner Mitbürger handelt!“)<sup>150</sup>).

Als nach der Abstimmung zweiter Lesung der Bundesrat diejenigen Beschlüsse des R.R. bekanntgab, die für die Regierung unannehmbar seien, schien das Zustandekommen der St.P.D. ernstlich gefährdet. Ihre Durchbringung verdankte sie dem bekannten Kompromiß zwischen der Regierung und den Nationalliberalen unter Führung Miquels (dem sich 12 Anwälte angeschlossen hatten). Aber gerade dieses Kompromiß löste wiederum in der Schlußdebatte die leidenschaftlichsten Proteste aus. Hier waren es namentlich der fliegende Gerichtsstand der Presse<sup>151</sup>), das Klageprüfungsverfahren (Hahn, S. 2076), der Verkehr zwischen dem Verteidiger und dem Angekl. <sup>152</sup>), das Zeugnisweigerungsrecht des Redakteurs<sup>153</sup>) und das Briefgeheimnis<sup>154</sup>), welche die Gemüter erregten. Vor allem aber machte sich lebhaftere Entrüstung darüber geltend, daß die Beschlüsse des R.R. zugunsten der bürgerlichen Freiheit einem politischen Handel zum Opfer

gebracht worden seien. Als aber dennoch der Entwurf zum Gesetz erhoben war, durfte sich die Anwaltschaft das Zeugnis ausstellen, daß sie um die Verteidigung der Rechte des Angeklagten, wenn auch nicht überall mit Erfolg, so doch mit großer Begeisterung und Energie einen guten Kampf gekämpft hatte.

Die literarischen Stimmen zur Kritik des Entwurfs und zu den gesetzgeberischen Problemen der Strafgerichtsverfassung und des strafgerichtlichen Verfahrens sind beziehungsweise weniger zahlreich, als für das Gebiet des Zivilprozeßrechtes. Sehen wir ab von den Aufsätzen, welche die Anwälte über den Gang des Gesetzgebungsaktes lediglich informieren wollten<sup>155</sup>), so finden wir nur eine umfassende kritische Stellungnahme zu dem Entwurf, nämlich diejenige von Wagner<sup>156</sup>), welche sich im allgemeinen zu den Grundsätzen des Entwurfs bekennt, aber sich kritisch verhält zu den Vorschriften über die Eröffnung des Hauptverfahrens (gegen welche Beschwerdemöglichkeit gegeben sein sollte), zu der notdürftigen Stellung der Privatklage, zu der Möglichkeit der Beeidigung des Privatklägers und des nachträglichen Eintritts des Staatsanwaltes in das Verfahren, zu dem Beweiswert des Protokolls (bei dessen Zustandekommen die Beteiligten sollten mitwirken dürfen), zu den Beschränkungen der Verteidigung, zu dem ungenügenden Kostenersatz bei Freisprechung, zu der unklaren Regelung des Verhältnisses zwischen Staatsanwalt und Gerichtsvorsitzenden usw. Gelegentlich wird auch die Frage der Zeugenvernehmung des Rechtsanwaltes erörtert, und das Zeugnisweigerungsrecht teils für Rechtsanwälte überhaupt, teils wenigstens für Verteidiger vertreten<sup>157</sup>). Im allgemeinen aber beschränkt sich das Interesse auch hier auf die beiden Fragen der Berufung gegen Urteile der Strafkammer<sup>158</sup>) (die auch gelegentlich nach Inkrafttreten der St.P.D. auf Grund der inzwischen gemachten Erfahrungen als notwendig vertreten wird)<sup>159</sup>), sowie der Schöffens- oder Schwurgerichtsverfassung. Während die Mehrzahl der literarischen Äußerungen sich für das Schwurgericht erklärt<sup>160</sup>), geben andere dem Schöffengericht den Vorzug<sup>161</sup>); nur ganz vereinzelt wird auch für Strafsachen die bessere Eignung des Berufsrichters verteidigt<sup>162</sup>).

V. Die bisherigen Ausführungen beschränkten sich auf den Anteil der Anwaltschaft an den Reichsjustizgesetzen in ihrer ursprünglichen Gestalt. Naturgemäß hat die Anwaltschaft auch auf die spätere Novellengesetzgebung parlamentarisch und kritisch — und zwar mit wachsendem Erfolg — einzuwirken versucht. Dies gilt für jedes einzelne der oben betrachteten Gesetzeswerke, für die Gerichtsverfassung (hier namentlich zu erwähnen der leider fruchtlos gebliebene Kampf gegen die unerhörte Ausschließung der Anwaltschaft vor Gewerbe- und Kaufmannsgerichten sowie vor den neuerdings eingeführten Arbeitsgerichten), für die Änderungen in der Verfassung der Strafgerichte, für das Strafverfahren, für die Gebührenordnungen, endlich für die Neuerungen im Gebiete des Zivilprozesses, namentlich soweit dieselben (wie im Jahre 1909 und 1924) auf Verstärkung der richterlichen Befugnisse gegenüber den Prozeßbeteiligten gerichtet sind, ferner für die neue Vergleichsordnung zwecks Abwendung des Konkurses und, um ein Beispiel aus neuester Zeit zu erwähnen, für das geplante Gesetz über die Freizügigkeit der Rechtsanwälte. Es würde zu weit führen, die Entwicklung im einzelnen zu verfolgen; hier genüge die Feststellung, daß die Anwaltschaft, entsprechend ihrer immer wachsenden qualitativen und quantitativen Beteiligung am öffentlichen Leben und an der Rechtspflege, mit steigendem Erfolg ihren Einfluß in die Wagschale hat werfen können.

Allein mit der bloßen formellen Inkraftsetzung eines Gesetzes ist, wie uns die Soziologie immer deutlicher gezeigt hat, für die geregelte Materie die Rechtsbildung keineswegs erschöpft. Vielmehr werden durch die Entwicklung immer weitere

<sup>134</sup>) Vgl. Hahn S. 1066 ff., 1416.  
<sup>135</sup>) Vgl. Hahn S. 1090, 1148.  
<sup>136</sup>) Vgl. Hahn S. 1105, 1423 (Lascher).  
<sup>137</sup>) Bedenken von Bölk, Grimm, auch Lascher bei Hahn S. 1323.  
<sup>138</sup>) Vgl. Hahn S. 1123, 1425.  
<sup>139</sup>) Die Anwälte waren teils für Beseitigung überhaupt, teils für Beschränkung auf schwerere Fälle, waren sich aber über die Vermögensbeschlagnahme unter sich nicht einig. Vgl. Hahn S. 1127, 1443.  
<sup>140</sup>) Vgl. Hahn S. 1326, 1613.  
<sup>141</sup>) Vgl. Hahn S. 1173, 1466.  
<sup>142</sup>) Vgl. Hahn S. 1130, 1136.  
<sup>143</sup>) Vgl. Hahn S. 1678, 1680.  
<sup>144</sup>) Vgl. Hahn S. 1693; Windthorst: „eine der allerernstesten Fragen, eine wahre Kardinalfrage“. Bei der Abstimmung erklärten sich für die Unvereinbarkeit beider Funktionen nur 6 Anwälte, dagegen 17.  
<sup>145</sup>) Vgl. Hahn S. 1721, 1723; Windthorst beschwört die Abgeordneten, diese Bestimmung abzulehnen.  
<sup>146</sup>) Vgl. Hahn S. 1760; in namentlicher Abstimmung erklärten sich dafür 22 Anwälte, dagegen 3.  
<sup>147</sup>) Vgl. Hahn S. 1776, 1781, 1782, 1784, 1790, 1816.  
<sup>148</sup>) Vgl. Hahn S. 1974.  
<sup>149</sup>) Vgl. Hahn S. 1981.  
<sup>150</sup>) In der namentlichen Abstimmung erklärten sich für die Berufung 8 Anwälte, gegen sie 16.  
<sup>151</sup>) Energische Rede gegen denselben von Frankenburg bei Hahn S. 2025.  
<sup>152</sup>) Vgl. Hahn S. 2071.  
<sup>153</sup>) Vgl. Hahn S. 2037, 2044, 2038 (Erhardt: „Sie opfern die Garantien der Pressefreiheit und die Sicherheit der Rechtspflege“).  
<sup>154</sup>) Windthorst bei Hahn S. 2057: „Ich bin erstaunt, daß man so etwas der deutschen Nation zu bieten wagt!“

<sup>155</sup>) So z. B. JW. 1873, 57, 73.

<sup>156</sup>) Vgl. JW. 1873, 326.

<sup>157</sup>) Vgl. JW. 1873, 358; 1874, 76.

<sup>158</sup>) Dafür z. B. JW. 1873, 180.

<sup>159</sup>) Vgl. JW. 1881, 17.

<sup>160</sup>) So z. B. Simon, Haenle, Liebig und einige ungenannte Verfasser in JW. 1873, 81, 113, 249, 400; 1874, 29.

<sup>161</sup>) So z. B. Gerlach: JW. 1873, 83; f. auch U. S. 1873, 204.

<sup>162</sup>) Vgl. Plato: JW. 1873, 29 und Poffelb.: JW. 1875, 81.

Rechtshalte erschlossen oder geschaffen; daran haben Anteil einerseits die Rechtswissenschaft, andererseits in besonderem Maße die Rechtspraxis. Auf beiden Gebieten kann die Anwaltschaft ein beträchtliches Verdienst für sich in Anspruch nehmen. Einmal treffen wir in der systematischen und kritischen Literatur zu den Reichsjustizgesetzen eine immer größere Anzahl von Autoren aus dem Kreise der Anwälte. Es gibt kaum eines der besprochenen Gesetze, zu dem nicht aus der Anwaltschaft zahlreiche und vielfach hervorragende wissenschaftliche Beiträge geliefert worden wären; eine Reihe führender Kommentare (z. B. zur ZPO., zur RW., zur RW., zu den Gebühren- und Kostengesetzen) tragen Namen von Anwälten. Weniger leicht zu erfassen, aber an Umfang und Tiefe zweifellos noch viel eindringlicher ist die Auslegung und Fortbildung des Verfahrensrechts durch die tägliche Praxis, deren Hauptträger neben den Gerichten die Angehörigen der Rechtsanwaltschaft sind (welche übrigens, wie nicht vergessen werden darf, nicht bloß als Parteivertreter und Verteidiger wirken, sondern vielfach auch durch Befugung von Schiedsgerichten unmittelbare Rechtspflegefunktionen ausüben). Diese Mitwirkung bei der Fortentwicklung des Rechtes läßt sich natürlich nicht mit konkreter Bestimmtheit nachweislich abmessen;

daß sie aber in der Wirklichkeit der Dinge besteht und daß sie eine beträchtliche Gesamtleistung darstellt, bedarf für den Kundigen keiner weiteren Darlegung.

Und wenn wir zum Schluß die großen Tendenzen zusammenzufassen suchen, von denen die Mitwirkung der Anwaltschaft bei der Rechtspflegegesetzgebung getragen ist, so läßt sich aus der hier in großen Zügen dargestellten Geschichte dieser Mitwirkung entnehmen, daß die Angehörigen des Anwaltschaftes durchweg mit Eifer und vielfach auch mit Erfolg eingetreten sind für die Vereinheitlichung des deutschen Rechtes und die Aufräumung partikulärer Einzelbildungen, für eine möglichst breite und volkstümliche Basis der Rechtspflege unter weitgehender Heranziehung des Laienelementes, für die moderne Ausgestaltung des Verfahrens, namentlich die folgerichtige Durchführung der großen Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit, für die Wahrung der individuellen Freiheit und für die Verteidigung der Privatrechtspfähre im bürgerlichen wie auch namentlich im Strafverfahren gegen allzu weit reichende Eingriffe der staatlichen Macht. Auf diese Leistungen darf die deutsche Rechtsanwaltschaft bei der Halbjahrhundertfeier der Justizgesetze mit berechtigtem Stolz zurückblicken.

## Das rechtsvergleichende Handwörterbuch<sup>1)</sup>.

Von Geh. Hofrat Prof. Dr. A. Mendelssohn Bartholdy, Hamburg.

Die beiden ersten Bände dieses großen Hilfswerks zur Werdung und Förderung der Anteilnahme aller Juristen und sonstigen Rechtsbesessenen im deutschen Sprachbereich an dem immer gewaltiger über uns hereinbrechenden Problem der Uniersalrechtsforschung geben rühmlich Zeugnis von der neugesammelten Kraft, mit der sich die deutsche Jurisprudenz an die Arbeit begibt, um das in gleichgültigerer Vorkriegszeit und in der beengten und bedrückten Nachkriegszeit Versäumte nachzuholen. Die Erkenntnis von der Notwendigkeit klaren Erfassens der Verschiedenheiten als einer ersten Voraussetzung ihrer möglichen Überwindung ist uns im Krieg selbst eingeschärft worden; wir haben in Deutschland früher als in den Ländern der gegnerischen Allianz erkannt — ich erinnere aus den Arbeiten unserer Vorkämpfergruppe besonders an die Abhandlungen des verstorbenen Josef Partsch —, wie großen und unheilvollen Anteil die gegenseitige Unkenntnis des Kriegerrechtsbegriffes in den angelsächsischen Ländern und in Mitteleuropa an der Verschärfung der hin und her geschleuderten Vorwürfe über Verletzung des Völkerrechts und barbarische Kriegführung gehabt hat. Dann haben die Gemischten Schiedsgerichtshöfe einer Anzahl führender Juristen der vorher friedlichen Länder Gelegenheit gegeben, praktische Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung vorzunehmen; jeder Kenner des Recueil weiß, wie wenig hier mit der hergebrachten Zuständigkeitserteilung des Internationalen Privatrechts zu arbeiten war und wie oft ein Billigkeitsrecht der mittleren Linie zwischen den positiven Vorschriften der nationalen Rechte gefunden werden mußte. Aber auch jetzt bleibt noch fast alles zu tun. Ich möchte nachdrücklich auf das außerordentlich wertvolle Material zur Rechtsvergleichung hinweisen, das in der kritischen Ausgabe der Schiedsverhandlungen und Schiedsprüche des Haager Auslegungsschiedsgerichts zum Dawes-Plan von M. Schoch (Politische Wissenschaft Heft 2, 3, 4 und 9, Berlin 1927 bis

1929) enthalten ist und diesen Schiedsprüchen weit über den Bereich ihres unmittelbaren Gegenstandes hinaus rechtliche Bedeutung gibt. Hier war, um nur zwei Fragen herauszugreifen, in der ersten Session unter anderem zwischen den deutschen und den englisch-französischen Staatsvertretungen höchst umstritten, ob Ansprüche aus dem Gebiet der Sozialversicherung (insbes. soweit es sich um die Anwendung der Grundsätze über wohlverordnete Rechte im Zusammenhang mit Staatenzufession handelte) dem bürgerlichen Recht oder dem öffentlichen Recht zuzurechnen seien, eine ausgezeichnete Illustration zu einem der trefflichsten Stichwortaufsätze des hier angezeigten zweiten Bandes, dem Aufsatz von Riezler über „Bürgerliches Recht im Gegensatz zum öffentlichen Recht“ (S. 609 ff.); in der letzten Session aber war die Meinungsverschiedenheit zwischen der deutschen und der anglo-französischen Auffassung fast noch merkwürdiger, da hier der Zentralrechtsbegriff des Eigentums selbst im Zusammenhang mit den „Liquidationen“ des feindlichen Privateigentums auf die Probe gestellt war und es sich um nichts weniger als darum handelte, ob nuda proprietas im englischen Recht überhaupt anzuerkennen sei. Darüber, in welchem Zeitpunkt zwischen der ersten Kriegsbeschlagnahme eines Vermögensstücks und der endlichen Verrechnung seines Erlöses nun das Eigentum — entweder auf den liquidierenden Staat selbst oder auf einen Käufer oder Ersteigerer aus der Hand des verfügenden Staates übergehe, wagten selbst die erfahrensten Juristen in diesem internationalen Streitfall kaum eine bestimmte Behauptung aufzustellen, geschweige denn ein festes Urteil abzugeben, und die gleiche Unklarheit herrscht ja auch in bezug auf die Rechtsnatur einer „Freigabe“ beschlagnehmten Eigentums. Weder die Begriffe des Konkursrechts noch die Analogie des Pfandgläubigerrechts konnten da helfen. Auch hier ist in dem besprochenen Band eine vortreffliche Darstellung gegeben (Eigentum von L. Kaiser, S. 772 ff.), bei der freilich das oben zitierte Heft 9 der Entscheidungen des Dawes-Schiedsgerichts noch nicht benützlich war; nur möchte für die folgenden Bände aus Anlaß gerade dieses Beitrags zu erwägen sein, ob nicht die Stichworte zu sachlich eng zusammenhängenden Gegenständen von demselben Verfasser zu bearbeiten wären, sofern es nicht möglich ist, eines von ihnen als das wichtigste die anderen in sich aufnehmen zu lassen. Hier ist vom Artikel Eigentum der Artikel Eigentumsvorbehalt abgespalten und auch für diese Sonderfrage noch eine Teilung in den Eigentumsvorbehalt im Allgemeinen und den Eigentumsvorbehalt an Maschinen vorgenommen. Läßt sich das aus dem Wunsch erklären gerade die für Handel und Industrie praktisch wesentlichsten Fragen von den sachverständigsten Kennern ausführlich behandeln zu lassen, so trifft dieser Grund nicht für die Behandlung so allgemeiner und dabei so durchaus korrespondierender Rechtsbegriffe wie des Eigen-

<sup>1)</sup> Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes in Verbindung mit Dr. Carl Henrici, Staatssek. z. D.; Dr. Julius Magnus, Justizrat; Dr. Oscar Mügel, Wirkl. Geh. Rat, Staatssekretär i. R.; Dr. Dr. Walter Simons, Präsident des Reichsgerichts i. R., Honorarprofessor der Rechte an der Universität Leipzig; Dr. Heinrich Tixe, ord. Professor der Rechte an der Universität Berlin; Dr. Martin Wolff, ord. Professor der Rechte an der Universität Berlin. Herausgegeben von Dr. Dr. Franz Schlegelberger, Ministerialdirektor im Reichsjustizministerium, Honorarprofessor der Rechte an der Universität Berlin. 1. Band. Länderberichte: Europa, Asien, Afrika, Amerika, Australien und Ozeanien. VI und 1008 S. Preis geh. 77 M., geb. (Halbleder) 84 M. 2. Band. Stichwortartikel: Wandon bis Einrede. 836 S. Preis geh. 63 M., geb. (Halbleder) 70 M. Berlin 1929. Verlag von Franz Vahlen.

Siehe hierzu Stresemann: JW. 1927, 2257.

tums und des Besitzes durch verschiedene Bearbeiter zu. Um nur zweierlei zu erwähnen: Die sowjetrussische Gesetzgebung, die natürlich als radikal gedachte Lösung hier besonders interessant ist, kann in ihrer teilweisen Aufhebung des Privateigentums (am ländlichen Grundstück) und in ihrer teilweisen Beibehaltung dieses selben Privateigentums (besonders an Mobilien) nur verstanden werden, wenn man den Begriff des Nutz- und Arbeitsbesitzes daneben hält (Bd. 2 S. 780 Sp. 1); andererseits sind bekanntlich die so komplizierten Grundeigentumsformen des englischen Rechts nicht nur durch lehrenrechtliche Vorstellungen beherrscht, sondern auch mit der eigentümlichen Entwicklung der Besitzansprüche im englischen Prozeß eng verbunden. Hier sind bei Bearbeitungen der verwandten Begriffe durch verschiedene Verfasser weder Wiederholungen noch Widersprüche ganz zu vermeiden; es hieße die Kraft selbst eines so energischen General-Herausgebers, wie es Schlegelberger ist, überschätzen,

wenn man von ihm erwartete, daß er die einzelnen Beiträge im Inhalt völlig auf einander abstimmen könne. In der Auswahl der Stichworte zeigt der zweite Band eine glückliche Mischung zahlreicher interessanter Einzelercheinungen (wie etwa Abandon, Abonnementversicherung, Akkreditivgeschäft, Angestelltenversicherung, Bahneinheit, Binnenrecht, Cirkulsel, Dreißigster) mit den allgemeinsten Begriffen und Einrichtungen: Aktiengesellschaft, Anfechtung, Arbeitsrecht, Banken, Besitz, Börse, Dienstvertrag, Ehe, Eigentum sind Beispiele davon. Nur gelegentlich wird in der alphabetischen Reihenfolge etwas Willkürliches zu finden sein: man wird schwerlich die Abhängigkeit von Patenten unter dem Buchstaben A, eher schon die Berichtigung des Grundbuchs unter B statt unter G suchen. Vielleicht empfähle sich nach dem Muster der englischen Enzyklopädien doch die Beifügung von Hinweisen auf verwandte Stichworte bei jedem Artikel. Die Literaturverzeichnisse sind sehr reichhaltig.

## Hamburgisches Privatrecht vor 30 Jahren.

Von Rechtsanwält Dr. Robinow, Hamburg.

Anlässlich des Hamburger Anwaltstages möge es erlaubt sein, einige Besonderheiten des früheren h a m b u r g i s c h e n Rechts hervorzuheben.

Den Bedürfnissen einer Handelsstadt und eines Stadtstaates entsprach es, lieber den Gläubiger als den Schuldner zu schützen, lieber den Unredlichen scharf zu bekämpfen, klare, durchgreifende, als fein abwägende Vorschriften zu erlassen, lieber kurze als lange Gesetze zu machen. Ausführliche Gesetze sind ein Ausfluß des Bestrebens, für alle denkbaren Fälle vorsorgliche Vorschriften zu treffen. Die Erfahrung der letzten Jahrzehnte zeigt, daß selbst bei der größten Ausführlichkeit doch nicht alle Fälle getroffen werden können. Der ungeheure Umfang unserer Kommentare erweist, daß alle Bemühungen, durch Gesetzesvorschriften Streitfragen aus der Welt zu schaffen, vergeblich sind.

Die Hamburgische Handelsgerichtsordnung vom 15. Dez. 1815, die für Handelsfachen das mündliche Verfahren einführte, enthielt 36 Artikel, von denen sich 8 auf die Gerichtsverfassung bezogen. Der Prozeß war also in 24 Artikeln geregelt. Es soll nicht verkannt werden, daß gewisse Vorschriften des gemeinen Zivilprozeßrechtes vorausgesetzt wurden. Immerhin war der Umfang weit von dem der deutschen Zivilprozeßordnung mit ihren 1048 Paragraphen entfernt.

Das Gesetz über Grundeigentum und Hypotheken enthielt 77 Paragraphen. Die betreffenden Bestimmungen des BGB. und der ZPO. weit über 200.

Dabei legten die alten Gesetze Wert auf Gemeinverständlichkeit, anders als auf Grund der neueren preußischen Gesetzgebung, die Reichsgesetze mit ihrer viel gelobten und viel getadelten, überreichen und spiken Begriffsfreudigkeit. Im Hamburger Statut fand sich dazu eine, jetzt vergessene drastisch volkstümliche Ausdrucksweise. So hieß es: „welcher Mann etwas kauft, der soll sich vorsehen und eigentlich wahrnehmen, was und von wem er kauft“.

Also die durchschlagende Kraft des guten Glaubens und der Ausschluß jeglicher Einwendung des Käufers nach Empfang der Ware. Mängleinreden gab es hinterher nicht, geschweige denn nach Monaten.

Das Mietrecht gab zwar dem Wohnungsvermieter erhebliche Rechte, aber es war klar und schloß Unredlichkeiten ohne weiteres aus. Trat der Mieter nicht an, so hatte der Vermieter die Wahl zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und dem auf Vertragsstrafe, nämlich auf Zahlung einer Mietrate. Weder hatte der Vermieter Schaden nachzuweisen, noch konnte der Mieter sich auf andere Vermietung berufen. Die von dem Mieter eingebrachten Sachen hafteten in vollem Umfang für die Ansprüche des Vermieters. Der gute Glaube schlug auch hier durch. Mit der Einwendung, daß die eingebrachten Sachen der Frau, den Kindern oder sonst dritten Personen gehörten, wurde man nicht gehört. Im Gegenteil, wenn die eingebrachten Sachen zur Deckung der demnächst fällig werdenden Mietansprüche nicht genügten, war der Vermieter befugt, auf Hinterlegung der Miete, allenfalls Räu-

mung zu klagen. Einen Räumungsanspruch gab es gegen den „der ärgerlich in Schande und Laster darin hausieret“. Dem Vermieter hafteten die Mitbewohner und Angestellten des Mieters für Verschulden, ohne Prüfung der Erfüllungsgelhilfeneigenschaft.

Der Mietprozeß war überaus vereinfacht. Wollte der alte Mieter nicht ausziehen, wenn ein neuer Mieter vor der Tür stand, gab es Termin nach wenigen Stunden mit sofortiger Beweisaufnahme. Sogenannte Stichtagsräumungsprozesse an den gesetzlichen Mieteterminen wurden regelmäßig am gleichen Tage erledigt.

Versuchte ein Mieter die dem Pfandrecht unterliegenden eingebrachten Sachen zur Umgehung des Mietepfandrechts zu entfernen, leistete die Polizei 24 Stunden Hilfe, bis es gelungen war, eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Also auch hier ein das Eigentum sicherndes, scharfes Recht.

Ebenso wie das Mietrecht, war das Grundeigentums- und Hypothekenrecht energischer und einfacher als das jetzige. Die Eintragung in das Grundbuch erfolgte auf Grund einer Konsenserklärung, ohne den Zwischenakt einer Verfügung des Richters. Die Eintragung selbst war von der einfachsten Art. Es wurde lediglich der Name des betreffenden Gläubigers oder Grundeigentümers eingetragen, alles andere verstand sich von selbst. Nicht eingetragene Abreden zur Beschränkung der gesetzlichen Rechte des Gläubigers waren nichtig. Eine Anfechtung der erfolgten Eintragung war ausgeschlossen. Insbesondere schloß die Eintragung, die mit größtmöglicher Beschleunigung nach der Konsenserklärung, vielfach am gleichen Tage erfolgte, den Gegenbeweis mangelnder Legitimation und mangelnder Verfügungsfähigkeit aus. Der gute Glaube des Dritterwerbers wurde bedingungslos geschützt, und eine Anfechtung der Eintragung gegen den Dritten gab es nur dann, wenn ihm ein Zusammenwirken mit unerlaubter Handlung des Ersterwerbers nachweisbar war. Daher hatte der Verfehr sich daran gewöhnt, gegen Konsenserklärung zu zahlen. Jetzt ist das nur unter Gefahr möglich, oder es müssen Gelder bis zur erfolgten Eintragung unter Verlust für die Volkswirtschaft ungenutzt bleiben.

Es gab nicht die dreifache Form der Buchhypothek, der Briefhypothek und der Grundschuld, sondern lediglich die einfache Form der Buchgrundschuld. Nicht auf Rechtsslogik, sondern auf praktische Verwertbarkeit legte man Wert, daher haftete der Grundeigentümer, obwohl es nur Grundschulden gab, persönlich, allerdings erst nach erfolgloser Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Auch der frühere Grundeigentümer haftete für die Schulden des Grundstücks, aber nur so lange, bis der Gläubiger den neuen Grundeigentümer anerkannt hatte. Die Anerkennung hatte nicht die sonderbar formalistische Voraussetzung des BGB. Es genügte beispielsweise die vorbehaltlose Erteilung einer Zinsquittung. Auch die Einrichtung der Eigentümergrundschuld war bekannt, bot aber nicht die heute häufig bei der Zwangsvollstreckung auftretenden Schwierigkeiten, da es ja einen Grundschuldbrief nicht gab.

Der erteilte Konsens verpflichtete bedingungslos. Die Einwendung, beispielsweise der Aufrechnung, war unzulässig. Andererseits war die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse eigener Art im Grundbuch festzulegen, sehr viel weitherziger geregelt als jetzt. Die nach § 137 BGB. unzulässige Verfügungsbeschränkung konnte durch sogenannte Klausel im Grundbuch dinglich gesichert werden.

Offenbar von dem Gesichtspunkt einer Sicherung des kaufmännischen Kredites hatte das hamburgische Recht die Bestimmung, daß in allen Ehen, soweit die Ehegatten ihren Wohnsitz in Hamburg hatten, Gütergemeinschaft galt. Die Vereinbarung eines anderen Güterstandes war unzulässig. Die Möglichkeit, daß der Ehemann im Kraftwagen seiner Ehefrau beim AG. vorkährt, um den Offenbarungseid zu leisten, war in Hamburg unbekannt.

Das hamburgische Recht kannte keine *exceptio plurium*. Der außereheliche Vater hatte der Mutter eine Aussteuer zu geben, einer zum zweitenmal außerehelich Gebärenden nur Unterhalt auf sechs Wochen. „Da dann dieselbe Weibsperson sich zum dritten Mal in den Dreck legen und geschwängert würde, so soll der Beschläfer der Geschwängerten nichts, sondern alleine dem Kinde die *alimenta* zu reichen schuldig sein.“

Aus dem Erbrecht mag vor allem die Belegung auf Testamenten erwähnt werden. Die rechtliche Bedeutung dieses Instituts war zweifelhaft. Sicherlich war mit der Belegung auf Testamenten ein Rechtsinstitut geschaffen, das in den meisten Beziehungen einer juristischen Person ähnlich sah und eine vereinfachte Verwaltung hinterlassenen Vermögens durch Testamentvollstrecker auf mehrere Generationen hinaus zuließ und die Erben gegen sich selbst schützte.

„Stirbt einem Manne seine Ehefrau und er hat mit derselben Kinder gezeugt, die noch im Leben sind; bleibt der Mann Wittwer und steht seinen Dingen recht vor, so mag er nicht genöthigt werden, bey Leben die Güter mit seinen Kindern zu theilen.“ Der § 5 ErbschStG. wäre in Hamburg undenkbar gewesen.

Das Aufgebotsverfahren war gegenüber dem heute geltenden Recht durchgreifender. In manchen Fällen, in denen es nach jetzigem Recht nur eine Vermutung schafft, brachte das Aufgebot den Ausschluß von Rechten mit sich. Dem kaufmännischen Bedürfnis entsprechend bestand die Möglichkeit, die Firma eines Einzelkaufmannes zu liquidieren und die unbekanntenen Gläubiger durch Aufgebot auszuschließen.

Aus dem Prozeßrecht mag die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen hervorgehoben werden. Das Grundeigentum, also auch die Vollstreckung, umfaßte ohne weiteres die Erträge, Früchte und Versicherungsgelder und

dergleichen, ohne daß es erst eines besonderen Verfahrens wie nach § 1124 BGB. bedurfte. Nicht viel anders als jetzt wurde auf Grund eines Urteils vom Vollstreckungsgericht der öffentliche Verkauf des notleidenden Grundstücks angeordnet. Die Anordnung schloß ohne weiteres das Verbot einer weiteren Belastung in sich. Beantragte ein nicht dinglich berechtigter Gläubiger den öffentlichen Verkauf eines Grundstücks, erhielt er durch die Verkaufsverfügung Pfandrecht. Es bedurfte also nicht des doppelten Zwangsvollstreckungsverfahrens wie nach geltendem Recht.

Die Zwangsvollstreckung in Miete- und Pachtforderungen bedurfte nicht der umständlichen und teuren Zwangsverwaltung, Einzelpfändung und Abtretung, auch die Vorauszahlung der letzten Mieten war unzulässig. Die Zwangsvollstreckung in die Mieten erfolgte durch sogenannten Mietebeschlagnahme, der vom Vollstreckungsgericht sofort nach Vorlage eines Titels erlassen wurde. Die Zustellung an die Mieter war dem Gläubiger überlassen, deren Feststellung mit Hilfe der Grundsteuerverwaltung keine Schwierigkeit bot. Der zugestellte Mietebeschlagnahme bewirkte die Pflicht der Mieter, zu hinterlegen, ferner für andere dingliche Gläubiger die Möglichkeit, sich dem Mietebeschlagnahme auch ohne Titel nur bei Glaubhaftmachung des Rechtes anzuschließen; weiter die Befugnis jedes Beschlagnahmehabenden, auf Hinterlegung zu klagen, und endlich nach Abschluß des Verfahrens die Verteilung der bei der Hinterlegungsstelle angeammelten Mieten nach der eingetragenen Reihenfolge durch das Gericht. Charakteristisch wiederum für die Strenge des hamburgischen Rechtes war es, daß anmeldepflichtige, aber nicht angemeldete Rechte nicht nur im Vollstreckungsverfahren nicht berücksichtigt wurden, sondern ohne weiteres erloschen; also auch hier der Schutz des gutgläubigen Erwerbers.

Begreiflich, daß mancher ältere hamburgische Jurist sich nach dem einfachen und männlichen Recht der alten Zeit zurücksehnte, begreiflich, daß man im Wege der Praxis versucht hat, auch in neuerer Zeit durch Vereinbarungen zwischen Anwälten, Richtern und der Justizverwaltung das gerichtliche Verfahren so einfach wie möglich zu gestalten. Eine hübsche Darstellung solcher Versuche möge man im Artikel von Meilicke über den Hamburger Gerichtsbetrieb im Berliner Anwaltsblatt 1929, S. 152, nachlesen. Hätte man im Wege der Praxis sich anderswo den Hamburger Gerichtsgang zu eigen gemacht, hätten manche Bestimmungen der Zivilprozessnovelle v. 13. Febr. 1924 unterbleiben können. Unser jetziges fein ziseliertes Recht hat die Fülle moderner Unredlichkeit nicht hindern können, ja das Suchen nach noch eben erlaubten zivilrechtlichen Auswegen hat das Gefühl für Moral herabgedrückt. Ein strenges Zivilrecht, nicht ein strenges Strafrecht, ist geeignet das sittliche Empfinden wieder zu heben.

## Die sogenannte Nach-Inkassoprovision des Versicherungs-Generalagenten.

Von Rechtsanwält Dr. Franz Westefeld, Hamburg.

Der Handlungsagent ist selbständiger Kaufmann. Daß er ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen (§ 84 HGB.), gibt ihm einerseits eine gewisse Stetigkeit seiner wirtschaftlichen Lebensgrundlage, andererseits eine Abhängigkeit von dem Geschäftsherrn, die in mancher Beziehung der Rechtsstellung des Handlungsgehilfen ähnelt. Aus diesem Abhängigkeitsgefühl heraus wird es zu erklären sein, daß die Organisationen der Versicherungsvertreter den Grundsatz der Selbständigkeit ihres Berufes vernachlässigen und eine Versorgung für die Zeit nach Beendigung des Agenturverhältnisses erstreben, die zur Zeit für die Provisionsagenten in der Forderung der „Nachinkassoprovision“ gipfelt.

Das Wort „Nachinkassoprovision“ ist weder begrifflich klar noch sprachlich schön. Es soll die Ansprüche des Agenten auf Zahlung einer Inkassoprovision von solchen Geschäftsabschlüssen bezeichnen, bei denen zwar der Abschluß zur Zeit des Bestehens des Agenturverhältnisses erfolgt ist, das In-

kasso der Prämie aber erst nach seiner Beendigung vorgenommen wird.

Die Frage der Berechtigung des Nachinkassoprovisionsanspruches ist streitig. Allgemeingültige Grundsätze darüber aufzustellen ist schwierig, weil die tatsächlichen Verhältnisse in den verschiedenen Zweigen des Versicherungsgewerbes infolge wirtschaftlicher Notwendigkeiten völlig voneinander abweichen und die Bewertung der in der Judikatur behandelten Einzelfälle durch Verallgemeinerung leicht zu unrichtigen Ergebnissen führt. Die Fülle des Materials über die Streitfrage zwingt zu einer Beschränkung im Anschluß an die Arbeiten von Gerhard: *JW.* 1929, 2035, Müller: *VerfWes.* 1929 Nr. 32. Behandelt werden soll nur der Nachinkassoprovisionsanspruch des Generalagenten, der ausschließlich oder doch überwiegend als Entgelt für seine Tätigkeit Provision bezieht.

Der Agenturvertrag ist ein Dienstvertrag. Gemäß § 612



BOB. hat der Agent Anspruch auf Vergütung für seine Tätigkeit. Eine Auslegungsregel, die aber der vertraglichen Regelung zu weichen hat, gibt § 88 BGB. Danach besteht die Vergütung des Agenten in einer Provision für jedes Geschäft, das durch seine Tätigkeit zustande gekommen ist und zur Ausführung gelangt. Das Gesetz behandelt also nur die Abschlußprovision. Rechtsprechung und Schrifttum sind darüber einig, daß der Provisionsanspruch durch den Abschluß bereits entsteht, bedingt durch die Ausführung des Geschäfts. Die Beendigung des Agenturverhältnisses in der Zeit zwischen Abschluß und Ausführung des Geschäfts kann daher den Anspruch des Agenten auf die Abschlußprovision nicht beeinflussen.

Im Versicherungsgewerbe hat von jeher die Übung bestanden, daß der Agent nicht nur Geschäfte vermittelt oder abschließt, sondern daß er darüber hinaus die Prämien von dem Versicherungsnehmer einzieht, mit ihm in ständiger Fühlung bleibt, ihn nach Ablauf des Vertrages festzuhalten sucht, bei Schadenfeststellungen mitwirkt usw., kurz die Kundschaft hegt und pflegt. Diese Tätigkeit übt der Agent zum Teil in seinem ureigensten Interesse aus, weil er dadurch die Beziehungen zur Kundschaft aufrechterhält und zukünftige, neue Geschäftsabschlüsse vorbereitet, zum Teil im Interesse des Geschäftsherrn, der eigene Angestellte für diese notwendige Tätigkeit nicht zu beschäftigen braucht. Der Agent erhält für diese Tätigkeit eine Vergütung, die als Inkassoprovision bezeichnet wird. Sie ist keine Vergütung für den Abschluß eines Geschäfts, sondern für eine besondere, aus der Eigenart des Versicherungsgeschäftes zu erklärende Tätigkeit des Agenten, deren wesentlicher Bestandteil — das Inkasso der Prämien — der Provision den Namen gegeben hat. Da es sich hiernach nicht um eine Abschlußprovision handelt, kann aus der Bestimmung des § 88 BGB. nichts für die Entscheidung der Frage entnommen werden, ob die Inkassoprovision dem Agenten nach Beendigung des Agenturverhältnisses weiterzuzahlen ist. Entscheidend kann vielmehr nur der aus der Sachlage sich ergebende Gedanke sein, daß die Inkassoprovision die Vergütung für eine ganz bestimmte Tätigkeit des Agenten darstellt und daher ohne weiteres fortfällt, wenn die Tätigkeit des Agenten nicht mehr geleistet wird.

Müller a. a. D., beeinflusst durch ein Ur. des RG. v. 13. Juni 1925 (JurAbshPrVerf. 1927, 161), kommt zu dem entgegengesetzten Ergebnis. Er stützt seine Ansicht, daß der Nachinkassoprovisionsanspruch gegeben sei, auf das Argument, daß die Prämienzahlung lediglich zur Ausführung des Geschäfts gehöre und daher die Inkassoprovision auch für die später fällig werdende Prämie bereits mit dem Abschluß des Versicherungsvertrages verdient sei, bedingt durch den Eingang der Prämie. Dabei verkennet er aber m. E. die tatsächlichen Verhältnisse. Wenn der Agent beim Abschluß des Geschäfts keinerlei Provision als Vergütung für den Abschluß erhalten würde, sondern nur eine gleichmäßig auf die einzelnen Prämienzahlungen verteilte Inkassoprovision — Müller denkt offenbar nur an Dauerverträge mit verteilten Prämienzahlungen —, könnte Müllers Gedankengang unter Umständen berechtigt sein. Das kommt aber m. W. niemals oder doch nur in so seltenen Ausnahmefällen vor, daß ihre grundsätzliche Erfassung nicht möglich, die Entscheidung vielmehr der Würdigung des Einzelfalles zu überlassen ist. Auch Müller verkennet nicht, daß der Agent nach Beendigung des Agenturverhältnisses niemals Anspruch auf Nachinkassoprovision in Höhe der vollen Inkassoprovision erheben könnte, weil er für das Inkasso und die Pflege der Kundschaft eine Tätigkeit nicht mehr ausübt. Auch er muß also zugeben, daß die Inkassoprovision eine Vergütung für eine besondere Tätigkeit des Agenten darstellt, die mit der Beendigung der Tätigkeit grundsätzlich aufhört.

Die gerichtlichen Entscheidungen, die mir bekannt geworden sind, teilen nicht den Standpunkt von Müller, daß dem Agenten ein Anspruch auf Nachinkassoprovision grundsätzlich zustehe. Das ergibt sich ohne weiteres daraus, daß sie sich größtenteils mit der Frage beschäftigen, ob die Nachinkassoprovision verkehrszüblich gewährt werde. Diese Frage kann nur gestellt werden, wenn der hier vertretene Standpunkt als richtig anerkannt wird, daß der Nachinkassoprovisionsanspruch aus der gesetzlichen Bestimmung des § 88 BGB. sich nicht ergibt, vielmehr aber auf Grund § 612 BGB.

als verkehrszübliche Vergütung für die Tätigkeit des Agenten zuzubilligen ist. Eine Verfehrsübung in der Richtung, daß die Nachinkassoprovision bewilligt wird, hat auf Grund zahlreicher Gutachten jedoch nicht festgestellt werden können. Die Verkehrszüblichkeit der Nachinkassoprovision wird vielmehr ausdrücklich verneint (vgl. Jonas a. a. O. und JurAbsh. 1928, 353 und dortige Zitate).

Ein Einwand gegen die hier vertretene Ansicht wird daraus hergeleitet, daß die Inkassoprovision „meistens“ nicht ausschließlich eine Vergütung für die Inkassotätigkeit des Agenten darstelle, sondern jedenfalls einen Teil der Vergütung für den Abschluß des Vertrages enthalte, und aus diesem Grunde durch den Abschluß bereits verdient sei (Müller und Gerhard a. a. O.). Ob das tatsächlich in irgendwie beachtlichem Umfange der Fall ist, muß bezweifelt werden. Gerhard selbst macht für das große und wichtige Gebiet der Lebensversicherung eine Ausnahme und gibt zu, daß hier eine Nachinkassoprovision nicht in Frage kommen kann. Die Gründe, die für die gegnerische Auffassung angeführt werden, wirken keineswegs überzeugend. So soll (Gerhard a. a. O. S. 2036) nach Ansicht der Gegner für die Verteilung der Abschlußprovision auf die später fällig werdenden Inkassoprovisionen und die dadurch eintretende Erhöhung der Inkassoprovision bei langfristigen Versicherungen mitsprechen, daß eine weitere Tätigkeit des Agenten als die bloße Inkassierung der Prämien wünschenswert erscheine, nämlich die Mitwirkung des Generalagenten bei eintretenden Schäden, bei Aufrechterhalten der Beziehungen zu den Versicherten, bei Neuwerbung von Kunden usw. Aus diesen von den Gegnern selbst angeführten Beispielen ergibt sich aber gerade das beste Argument gegen ihre Ansicht. Wenn die Inkassoprovision erhöht wird mit Rücksicht auf die weitere, nach dem Abschluß liegende Tätigkeit des Agenten, die über den Rahmen der eigentlichen Inkassotätigkeit hinausgeht und ihr an Bedeutung mindestens gleichwertig ist, so kann das doch nur den Sinn haben, daß eine Vergütung für diese besondere Tätigkeit gewährt werden sollte, nicht aber für die bereits beendete Tätigkeit des Agenten beim Geschäftsabschluß. Ähnlich verhält es sich mit den übrigen Argumenten, die von den Gegnern für die Ansicht angeführt werden, daß der Generalagent „meistens“ nicht die volle Abschlußprovision beim Abschluß des Vertrages erhalte, sondern daß die Abschlußprovision auf die spätere Inkassoprovision verteilt werde. Statistisches Material wird nicht angeführt, so daß eine Nachprüfung nicht möglich ist. Es muß, um klare Grundlagen der Beurteilung zu gewinnen und zu erhalten, daran festgehalten werden, daß der Generalagent grundsätzlich einen Anspruch auf Nachinkassoprovision nicht hat — wie oben ausgeführt —, daß er also seinerseits den Beweis eines Ausnahmefalles zu führen hat. An diesen Beweis werden strenge Anforderungen zu stellen sein, zumal der Ausdruck „Inkassoprovision“, der wohl ausnahmslos gebräuchlich ist, in völliger Evidenz die gegen die von dem Agenten zu beweisende Behauptung spricht, daß es sich tatsächlich nicht um eine Vergütung für die Inkassotätigkeit handle, sondern um eine Vergütung für den Abschluß.

Selbst wenn aber in einem Einzelfalle dem Generalagenten dieser Beweis gelingen sollte, ist die Frage des Nachinkassoprovisionsanspruches damit noch nicht endgültig entschieden. Die Versicherungsgesellschaft muß nach Aufhebung des Vertragsverhältnisses mit dem Generalagenten einen Nachfolger ernennen und bezahlen. Sie muß diesem Nachfolger dieselben Provisionsätze für die Inkassotätigkeit in dem oben dargestellten Sinne bewilligen, die der bisherige Generalagent erhielt. Für das Versicherungsgeschäft ist aber eine doppelte Provisionszahlung nicht tragbar, das Geschäft vielmehr dann verlustbringend. Es fragt sich daher, ob die doppelte Provisionszahlung nach Treu und Glauben der Versicherungsgesellschaft zugemutet werden kann, oder ob nicht vielmehr der Generalagent als selbständiger Kaufmann die besonderen Verhältnisse seines Berufes kennen und es sich gefallen lassen muß, daß seine Bezüge aus dem Agenturverhältnis mit dessen Beendigung aufhören, wie das bei allen anderen selbständigen Gewerbetreibenden in der Regel ebenso der Fall ist. Dieser Gesichtspunkt mag hier nur angedeutet werden. Regelmäßig wird nach Treu und Glauben

verneint werden müssen, daß der Versicherungsgesellschaft die verlustbringende Zahlung der Nachinkassoprovision bei der besonderen Lage des Versicherungsgeschäftes zugemutet werden kann. Im übrigen sind die tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalles entscheidend.

Wie Müller berichtet, haben die Versicherungsgesellschaften in erheblichem Umfange in die Agenturverträge die Vereinbarung des Ausschusses jeder Nachinkassoprovision aufgenommen. Müller — und ihm in vorsichtiger Form folgend Gerhard — sucht diese Vertragsklausel mit dem Gesichtspunkt zu bekämpfen, daß sie unter Umständen wegen Sittenwidrigkeit (§§ 138, 139 BGB.) nichtig sei.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus kann diese Frage überhaupt nicht aufgeworfen werden. Wenn dem Generalagenten rechtlich ein Anspruch auf Nachinkassoprovision nicht zusteht, ist es unmöglich, eine Sittenwidrigkeit darin zu sehen, daß der Anspruch zur völligen Klärung der Rechtslage ausdrücklich im Vertrage ausgeschlossen wird.

Aber auch vom Standpunkt des Gegners dieser grundsätzlichen Einstellung aus läßt sich die Sittenwidrigkeit des vertraglichen Ausschusses der Nachinkassoprovision m. E. nicht konstruieren. Müller selbst leitet seine Ausführungen zu diesem Punkte mit dem richtigen Satz ein, daß das Vertragsverhältnis der Agenten von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht werde und daß deshalb die Vorenthaltung der Nachinkassoprovision im allgemeinen nicht ohne weiteres einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalte. Er sucht dann aber darzulegen, daß die Vorenthaltung der Nachinkassoprovision in Verbindung mit anderen Bestimmungen des Agenturvertrages die Sittenwidrigkeit des Abkommens begründen könne. Damit gibt er also selbst zu, daß nicht der Ausschluß der Inkassoprovision, sondern andere Momente den Ausschlag für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit abgeben. Gewiß sind Fälle theoretisch denkbar, in denen z. B. scharfe Bestimmungen über das Konkurrenzverbot einen Agenturvertrag als unsittlich erscheinen lassen können. Dann spielt aber der etwa gleichzeitig vereinbarte Ausschluß der Inkassoprovision nur eine unselbständige Nebenrolle.

Für den in diesem Zusammenhange von ihm behandelten Hauptfall geht Müller von einem m. E. unrichtigen Gesichtspunkt aus. Er führt aus, daß die Gesellschaft mit der Sperrung der Nachinkassoprovision den Zweck verfolge, einen bewährten Agenten derartig an sich zu fetten, daß er wirtschaftlich unfrei werde, weil er nach Beendigung des Agenturverhältnisses ohne jede Einnahmen sei und sich einen neuen Kundenkreis nicht verschaffen könne. Darin liege eine unzulässige Anebelung des Agenten. Verfolgt aber wirklich die Gesellschaft den Zweck, den Generalagenten wirtschaftlich unfrei zu machen, indem sie die Nachinkassoprovision ausschließt? Liegt die Annahme nicht viel näher, daß die Nach-

inkassoprovision ausgeschlossen wird, weil die Gesellschaft die Nachinkassoprovision nicht doppelt bezahlen kann und will — einmal als Nachinkassoprovision an den ausgeschiedenen Generalagenten und zum zweitenmal an seinen Nachfolger? Ganz abgesehen davon, daß die doppelte Provisionszahlung für die Gesellschaft wirtschaftlich nicht tragbar ist und unter Umständen zur Existenzfrage werden kann, ist die doppelte Zahlung mit technischen Schwierigkeiten verbunden (Kontrolle usw.), deren Überwindung den Gesellschaften nicht zugemutet werden kann. Das dürften die wahren und kaufmännisch gerechtfertigten Gründe sein, die den vertraglichen Ausschluß der Nachinkassoprovision für die Gesellschaft erforderlich machen. Wenn sie diesen wirtschaftlich berechtigten Zweck bei den Vertragsverhandlungen mit dem Generalagenten verfolgt und durchsetzt, handelt sie gewiß nicht sittenwidrig.

Es ist aber ferner keineswegs richtig, daß durch den Ausschluß der Nachinkassoprovision überhaupt eine Anebelung des Generalagenten eintritt, die nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung Nichtigkeit des Vertrages herbeiführt. Die Rechtsprechung erkennt durchaus an, daß die Ausnutzung der eigenen wirtschaftlichen Stärke im Konkurrenzkampf grundsätzlich zulässig ist. Unzulässig kann sie werden, wenn sie dem Gegner Verpflichtungen auferlegt, die ihn der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit derartig berauben, daß er zum Existenzkampf unfähig wird. Wo werden aber hier dem Generalagenten Verpflichtungen auferlegt, die ihn unfrei machen? Der Ausschluß der Nachinkassoprovision legt dem Generalagenten keine Verpflichtung irgendwelcher Art auf. Er bleibt rechtlich und wirtschaftlich völlig frei, muß allerdings eine Rente aus seiner bisherigen Tätigkeit aufgeben, auf die er aber nach der hier vertretenen Auffassung nicht einmal einen Rechtsanspruch hat.

Eine Möglichkeit, die Nichtigkeit des vertraglichen Ausschusses der Nachinkassoprovision wegen Sittenwidrigkeit zu begründen, besteht hiernach m. E. nicht. Wenn die Nichtigkeit angenommen werden sollte, bleibt weiter zu prüfen, ob sie nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich zieht. Für die Gesellschaft wird der vertragliche Ausschluß der Nachinkassoprovision häufig eine so große Bedeutung haben, daß sie den Agenturvertrag ohne ihn überhaupt nicht eingegangen wäre. Wenn das zutrifft, wird der ganze Agenturvertrag von der Nichtigkeit der Abrede über den Ausschluß der Nachinkassoprovision ergriffen. Der Einwand der Nichtigkeit dieser Vertragsabrede bedeutet mithin für den Generalagenten eine Gefahr.

In allen hier behandelten Fragen kommt Jonas (ZVerfWes. 1929, 865 ff.) im wesentlichen zu den gleichen Ergebnissen. Auf seine eingehenden, von gründlicher Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse zeugenden Ausführungen sei zur Unterfützung dieser grundsätzlichen Betrachtungen ausdrücklich verwiesen.

## Aus hamburgischer Steuer-Praxis.

Von Rechtsanwalt Dr. Carl August Paulh, Hamburg.

Hamburg hat nicht nur — neben seinen beiden Schwesterstädten — als „aristokratische Republik“ im Staatenbund der Monarchien des alten Reiches politisch eine einzigartige Sonderstellung eingenommen. Die Eigenart seines Wirtschaftslebens als größter Hafen- und bedeutendster Handelsstadt des Kontinents mußte naturgemäß auch dem Rechtsleben dieses freien Stadtstaates ein besonderes Gepräge verleihen. Das Hanseatische Oberlandesgericht hat daher neben sämtlichen anderen OLG. des Deutschen Reiches — auch neben dem RG. — stets eine besonders hervorragende Stellung eingenommen, und zwar nicht nur innerhalb Deutschlands. Konnte man vor dem Kriege doch z. B. in der Bibliothek des British Museum in London die Sammlungen seiner Entscheidungen einsehen, während Entscheidungssammlungen anderer hoher Gerichte fehlten. Die durch die eigene Art des hanseatischen Wirtschaftslebens bedingte Besonderheit ihres Rechtslebens hat in entsprechender Weise Probleme des Steuer-

rechts aufgeworfen, die oft nirgendwo sonst im Reiches Lösung erheischen, auch auf dem Gebiet des Einkommensteuerrechts, obwohl das erste Reichseinkommensteuergesetz im wesentlichen eine Übernahme des letzten hamburgischen Landeseinkommensteuergesetzes darstellte. Ich komme gern dem Wunsche nach, in der Hamburg-Nummer der JW. auf einige markante Beispiele, die den Lesern der JW. noch nicht bekannt sein dürften, hinzuweisen.

### 1. Pauschalbesteuerung.

§ 47 EinkStG. bestimmt, daß bei Steuerpflichtigen, die durch Zugang aus dem Ausland in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig werden, für die Dauer von fünf Jahren seit dem Zugang von der Besteuerung bestimmter Einkünfte, insbesondere des ausländischen Einkommens, ganz oder teilweise abgesehen, oder der inländische Verbrauch als Besteuerungsgrundlage festgesetzt werden und im Einvernehmen mit dem

Steuerpflichtigen die Einkommensteuer in einem Pauschbetrage, welcher zur Abgeltung jährlich zu entrichten ist, geregelt werden kann. Entsprechendes bestimmt § 20 VermStG. für die Vermögensteuer. Diese aus dem alten hamburgischen Landeseinkommensteuergesetz für das Reich übernommene Bestimmung hat im wesentlichen praktische Bedeutung im Reich für den Bezirk Groß-Hamburg. Eine Verwaltungspraxis hat sich bezüglich der Anwendung dieser Vorschrift allmählich dahin ausgebildet, daß die zur Abgeltung von Einkommensteuern und Vermögensteuern zugebilligte Pauschalsteuer etwa der Hälfte der Steuer entspricht, welche schätzungsweise bei regulärer Besteuerung nach den gesetzlichen Bestimmungen von dem zuziehenden Steuerpflichtigen für deren „ausländisches Einkommen“ zu entrichten wäre, während ihr inländisches Einkommen voll versteuert wird. Das Aufbringungs-gesetz enthält eine entsprechende Vorschrift nicht. Es ist daher eine ganz neue Tendenz in der Verwaltungspraxis aufgetreten dahingehend, daß solche Steuerpflichtige trotz pauschaler Regelung ihrer Einkommen- und Vermögensteuerverhältnisse spezielle Steuererklärungen über ihr ausländisches Betriebsvermögen zwecks besonderer Veranlagung zur Aufbringungs-last beibringen sollen. Diese Verwaltungspraxis widerspricht aber nicht nur dem Sinn und Zweck von § 47 EinkStG. bzw. § 20 VermStG., sondern ist auch aus dem Grunde unberechtigt, weil insbes. D.G. und Kommanditgesellschaften — nicht die an solchen beteiligten Inhaber — sowohl i. S. des VermStG. wie auch i. S. des AufbringG. als „rechtsfähig“ gelten und daher inländische Gesellschafter von ausländischen Gesellschaften als solche nicht aufbringungspflichtig sein können. Auf diese Bedenken hat bereits das Urteil des R.F.H. 24, 91 hingewiesen. Auch der Referent in Aufbringungs-sachen beim R.F.H., Reichsfinanzrat Semeloh betont in seinem neuen Kommentar zum AufbringG. 1929, zu § 2 Anm. 8, daß eine Aufbringungspflicht in solchen Fällen zu verneinen sei. Anderenfalls würde sich ja auch die mit der Konstruktion der Gesetze unvereinbare Eigenart ergeben, daß, wenn eine ausländische Gesellschaft z. B. wegen einer Niederlassung im Inlande in Deutschland beschränkt vermögenssteuerpflichtig und damit aufbringungspflichtig wäre, die ausländische Gesellschaft als solche wegen des inländischen Betriebsvermögens zur Vermögensteuer und Aufbringungs-last heranzuziehen wäre und daneben noch einmal der inländische Gesellschafter mit seinem Anteil.

## 2. Besteuerung von Beteiligungen an ausländischen offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften.

a) Für die Vermögensteuer und Aufbringungs-pflicht ist — abgesehen von den mehr formalen und in der Konstruktion der Gesetze beruhenden vorstehend angeführten Gesichtspunkten — ferner von entscheidender Bedeutung, ob die in Frage kommenden ausländischen D.G. und Kommanditgesellschaften nicht nach dem maßgebenden ausländischen Recht als „Körperschaften“ — abweichend vom deutschen Recht — i. S. des Steuerrechts aufgefaßt und deren inländische Gesellschafter daher steuerrechtlich in entsprechender Weise zu behandeln sind, wie Gesellschafter einer AktG. oder GmbH. In einem Urteil des Finanzgerichts Hamburg v. 17. Okt. 1927 ist z. B. festgestellt, daß für einige südamerikanische Staaten, wie im allgemeinen in den Ländern romanischen Rechts, zivilrechtlich Kommanditgesellschaften und D.G. die Eigenschaft einer juristischen Person haben und daß daher auch nach deutschem Steuerrecht solche Gesellschaften als „Körperschaften“ i. S. des RörpStG. anerkannt werden müssen, wie solches auch bezüglich des Prozeßrechts vom R.G. (R.G. 83, 367 ff.) und auch für das deutsche Körperschaftssteuerrecht von dem Referenten im Reichsministerium, MinR. Rennerrecht, in dessen Kommentar Anm. 5 und 6 zu § 3, anerkannt wird. In solchen Fällen unterliegt daher die Beteiligung des inländischen Steuerpflichtigen an der ausländischen D.G. bzw. Kommanditgesellschaft als dessen „Kapitalvermögen“ der inländischen Vermögensteuer, aber nicht der Aufbringungs-last, da letztere sich nur auf „gewerbliches Betriebsvermögen“ erstreckt.

b) Von noch größerer Bedeutung sind solche Umstände bezüglich der Einkommensteuerpflicht des inländischen

Gesellschafters, da es sich bei diesem dann um Einkommen aus Kapitalvermögen handelt, das nur insoweit der Einkommensteuerpflicht unterliegen würde, als es dem inländischen Gesellschafter „zugeflossen“ ist, nicht aber insoweit, als es bei der ausländischen D.G. oder Kommanditgesellschaft „gebunden“ verbleibt und nicht zur Ausschüttung gelangt. Werden also bei einer solchen ausländischen D.G. bzw. Kommanditgesellschaft in der für die Gewinnberechnung der Gesellschaft maßgebenden Handelsbilanz Rückstellungen vorgenommen, die wirtschaftlich und handelsrechtlich zulässig sind, bei deutschen D.G. und Kommanditgesellschaften aber „steuerrechtlich“ nicht anerkannt würden, und würde sich der dem inländischen Gesellschafter zustehende Gewinnanteil an den Erträgen der ausländischen Gesellschaft entsprechend verringern, und nicht zu seiner freien Verfügung ausgeschüttet oder gutgebracht werden, dann würde der inländische Gesellschafter solche Gewinne seiner ausländischen Gesellschaft — anders als ein inländischer Gesellschafter einer deutschen D.G. oder Kommanditgesellschaft — nicht als gewerbliches Einkommen als Mitinhaber der ausländischen Gesellschaft im Inlande zu versteuern haben. Entsprechend wie bei anderen Körperschaften würde vielmehr eine Einkommensteuerpflicht für ihn erst dann eintreten, wenn solche Reserven aufgelöst zur Verteilung unter die Gesellschafter gelangen würden. Wegen der mannigfachen Beziehungen Hamburgs nach Übersee und der vielfachen Beteiligungen inländischer Steuerpflichtiger an solchen ausländischen D.G. und Kommanditgesellschaften ist diese Steuerrechtsfrage für Hamburg von größter Bedeutung, während sie für das übrige Reich geringere praktische Bedeutung haben dürfte. Eine Entscheidung des R.F.H. hierüber liegt noch nicht vor. Ein diese Frage betreffender Steuerprozeß aus 1926 liegt zur Entscheidung zur Zeit beim R.F.H. Es handelt sich hier um eine Beteiligung eines inländischen Steuerpflichtigen als Kommanditist an einer Kommanditgesellschaft in Venezuela. Es steht fest, daß nach Art. 207 Abs. 3 des Código de Comercio von Venezuela die Kommanditgesellschaft eine juristische Person, also eine Körperschaft im Sinne des deutschen Körperschaftssteuergesetzes ist. Infolge geschäftlicher Verluste ist das Kommanditkapital des Kommanditisten angegriffen. Nach dem Zivilrecht von Venezuela darf dem Kommanditisten kein Gewinnanteil zur Verfügung gestellt werden, bevor nicht sein Kommanditkapital aus Gewinnen der Gesellschaft wieder aufgefüllt ist. Entsprechend ist Gewinn der Gesellschaft in Venezuela in späteren Jahren zur Auffüllung des registrierten Gesellschaftskapitals verwandt und daher nicht anteilig den Gesellschaftern zur Verfügung gestellt. Nach vorstehenden Ausführungen dürften solche Gewinne — ebensowenig wie bei AktG. und GmbH. Gesellschaftsgewinne, die zur Auffüllung und Wiederherstellung verlorenen Stammkapitals verwandt werden, „Einkommen“ der einzelnen beteiligten Gesellschafter sind — bei dem inländischen Beteiligten nicht zur Einkommensteuer herangezogen werden. Die Konsequenz dieser Rechtsauffassung ist natürlich die, daß, wenn eine ausländische Gesellschaft Verluste erleidet, solche Verluste vom inländischen Gesellschafter nicht bei seinem Einkommen als „gewerbliche Verluste“ gefürzt werden dürfen, da seine Beteiligung an der Gesellschaft als „Kapitalbeteiligung“, nicht als „gewerbliche Beteiligung“ steuerrechtlich zu behandeln ist.

c) Auch für die Frage der „Gewerbesteuerpflicht“ des inländischen Gesellschafters bezüglich seiner Gewinnanteile an solchen ausländischen D.G. und Kommanditgesellschaften hat die vorerwähnte Rechtsfrage große Bedeutung, da Einkommen aus Kapitalvermögen und Kapitalbeteiligungen — anders als gewerbliches Einkommen von Inhabern deutscher D.G. und Kommanditgesellschaften — einer Gewerbesteuer nicht unterliegt.

Würde in den vorstehend geschilderten Fällen die ausländische D.G. bzw. Kommanditgesellschaft durch eine inländische Niederlassung beschränkt steuerpflichtig sein, dann würde, entsprechend der Begründung zum RörpStG. (§. 12), nach welcher die nach ausländischem Rechte begründete Rechtsfähigkeit einer Personenvereinigung auch für die Frage ihrer subjektiven Körperschaftssteuerpflicht im Inlande ohne weiteres anzuerkennen ist, die venezuelanische Kommanditgesellschaft als solche wegen des Gewinnes ihrer deutschen Nieder-

lassung zur Körperschaftsteuer herangezogen werden müssen (§ 3). Würde daneben der Anteil des im Inlande unbeschränkt steuerpflichtigen Kommanditisten an diesem Gewinn noch einmal als dessen gewerbliches Einkommen der Einkommensteuer und Gewerbesteuer unterworfen werden, dann würde eine — dem Sinn des EinkStG. bzw. KörpersStG. sicher widersprechende — unerträgliche Doppelbesteuerung vorliegen.

Wie wichtig die Beachtung ausländischen Rechts ist, beweist auch die Entscheidung des RfH. v. 31. Juli 1928 (StW. Nr. 741), die den Grundsatz aufstellt, daß, wenn ein Steuerpflichtiger in seiner Vermögenssteuererklärung seine Beteiligung an ausländischen OHG. oder Kommanditgesellschaften als gewerbliche Beteiligung, mithin als „gewerbliches Betriebsvermögen“ aufgegeben hat und rechtskräftig veranlagt ist, er insoweit auch der Ausbringungspflicht ohne Rücksicht darauf unterliegt, ob tatsächlich nur eine Kapitalbeteiligung (Kapitalvermögen), oder wirklich „gewerbliches Betriebsvermögen“, das nur aufbringungspflichtig sein soll, vorliegt, während andererseits, wenn eine solche Beteiligung in der Vermögenssteuererklärung als „Kapitalvermögen“ deklariert und rechtskräftig bei der Vermögenssteuer veranlagt ist, auch dann keine Heranziehung zur Ausbringungspflicht erfolgen kann, wenn sich später herausstellt, daß die Beteiligung des Steuerpflichtigen an einer ausländischen OHG. bzw. Kommanditgesellschaft nicht als „Kapitalvermögen“, sondern als „gewerbliches Betriebsvermögen“ hätte erfolgen müssen.

### 3. Erbschaftsteuer für Anteile an stillen Reserven einer offenen Handelsgesellschaft bei Versterben eines Gesellschafters.

Dem Hamburger Kaufmann ist wegen seiner vielfachen Überseebeziehungen mehr als inländischen Geschäftsinhabern der Grundsatz: „Kaufmannsgut: Ebbe und Flut“ geläufig. Durch vorsichtige Bewertungen der Aktiven seiner Firma trägt er dem Rechnung. Anders als der binnenländische Kaufmann identifiziert der Hanseat sein persönliches Interesse nicht mit dem seiner Firma, an welcher er beteiligt ist; Ansehen und Kapitalkraft seiner Firma sind ihm oft wichtiger als persönliche Interessen. So erklärt es sich, daß vielfach in Gesellschaftsverträgen hamburgischer Firmen für den Fall des Versterbens eines Mitgesellschafters vorgesehen wird, daß dessen Erben an stillen Reserven, welche bei dessen Ableben in der Firma etwa vorhanden sein sollten, nicht beteiligt werden, vielmehr im Interesse der Firma bei dieser verbleiben und damit den gegenwärtigen und künftigen Teilhabern zugute kommen. Bei Auflösung solcher Reserven werden sie als Einkommen der dann Beteiligten steuerlich erfaßt. Als ein Teilhaber einer Hamburger OHG. verstarb, nahm der Fiskus einen derartigen Gesellschaftsvertrag zum Anlaß, um die Firmenbilanz auf Vorhandensein „stillen Reserven“ hin zu prüfen, solche in sehr namhafter Höhe zu schätzen, und den Anteil der einzelnen Gesellschafter an solchen stillen Reserven für den Fall, daß kein Gesellschaftsvertrag mit entsprechender Regelung vorlag, nach den gesetzlichen, für die Liquidation geltenden Bestimmungen zu errechnen. Die den verstorbenen Gesellschafter überlebenden Inhaber der Firma, welche diese unverändert fortsetzten, wurden wegen solcher Anteile an stillen Reserven, welche infolge des Versterbens ihres Mitgesellschafters auf sie übergingen, zur Erbschaftsteuer herangezogen, indem die Vorchrift des Gesellschaftsvertrags, nach welcher bei Versterben eines Gesellschafters die Geschäftsbilanz für die Auseinandersetzung mit den Erben — ohne Auflösung von Reserven — maßgebend sein sollten, als Vermächtnis des verstorbenen Gesellschafters zugunsten seiner Mitgesellschafters steuerlich behandelt wurde. Dem Rechtsbeschwerdeverfahren beim RfH. trat der Reichsminister der Finanzen bei und stützte den Steueranspruch des Fiskus auch auf Schenkung oder freigebige Zuwendung unter Lebenden. Obwohl bei ähnlicher Sachlage in einer früheren Entscheidung — wo allerdings besondere Verhältnisse vorlagen — vom RfH. eine Erbschaftsteuerpflicht bejaht war, hat der RfH. in der für hamburgische Verhältnisse sehr wichtigen Entscheidung (VbA 339/27) grundsätzlich sowohl Erbschaftsteuerpflicht wie Schenkungssteuerpflicht in derartigen Fällen verneint. Aus der Begründung verdienen folgende Ausführun-

gen hervorgehoben zu werden: Scheidet ein Gesellschafter aus einer OHG. aus, so wächst sein Anteil den übrigen zu; der Ausscheidende erhält lediglich einen Abfindungsanspruch in Geld, der sich im wesentlichen mit dem Werte seines Anteils beim Ausscheiden deckt. Ob das Ausscheiden durch den Tod eines Gesellschafters bewirkt wird, oder aus einem anderen Grunde, ist rechtlich gleichgültig, sofern, wie hier, das Fortbestehen des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens vereinbart ist. Durch den Tod eines Gesellschafters werden die überlebenden Mitinhaber der Firma Alleininhaber des Gesellschaftsvermögens; die Erben sind auf den Nachlaß des Erblassers angewiesen, zu dem — soweit die Beteiligung an der Gesellschaft in Betracht kommt — nur der Abfindungsanspruch gehört. Dessen Höhe ergibt sich, da es sich um nachgiebiges Recht handelt, nicht aus dem Geleze, sondern aus dem Vertrage. Danach soll er hier bestehen aus dem buchmäßigen Kapitalanteile des Erblassers. Bei einer Regelung dieser Art haben die Erben an den stillen Reserven keinen Anteil, diese Mehrwerte der Substanz verbleiben vielmehr ebenso wie der innere Wert des Unternehmens (Firma, Kundenschaft usw.) den das Geschäft übernehmenden Teilhabern. Es handelt sich dabei um eine durchaus übliche Regelung der Fortsetzung des Unternehmens durch die bisherigen Gesellschafter. Ihr Zweck besteht vornehmlich darin, die Überlebenden zur Fortführung des Unternehmens zu bewegen, die bei der gesetzlichen Regelung infolge des Wegfalls eines Teils der stillen Reserven häufig unmöglich oder doch bedenklich erscheinen könnte. Hiernach liegt keine Schenkung vor, sondern ein gegenseitiger Vertrag, wobei der eine Teil gibt, um den anderen zu einer Gegenleistung — der Fortführung des Geschäfts — zu veranlassen. („do ut facias“) Gegenseitig ist der Vertrag auch ein gewagtes Geschäft. Denn bei seinem Abschluß war nicht vorauszu sehen, welcher Gesellschafter überleben und dadurch den Zuwachs erwerben würde. Schließlich nahmen die Vertragsparteien gegenseitig auch das weitere Wagnis auf sich, daß beim Tode des Erstverstorbenen sein buchmäßiges Kapitalkonto, das den Erben zufiel, vielleicht höher sein konnte als das gesetzliche Abfindungsguthaben. Aus diesen Gründen ergibt sich, daß es sich bei dem Vertrag um keine Zuwendung ohne entsprechende Gegenleistung, also um keine Schenkung des Verstorbenen an die Überlebenden handelte, gleichviel, ob die Beteiligung der Gesellschafter gleich oder, wie hier, wesentlich verschieden war. Von einer verschleierte Schenkung kann deshalb keine Rede sein, weil die Gesellschaft nicht im Hinblick auf die damals noch nicht voraussehbaren Besteuerungen errichtet worden ist, der Gesellschaftsvertrag vielmehr in seinen verschiedenen, durch den Wechsel im Bestande der Gesellschafter bedingten Neufassungen bereits seit vielen Jahrzehnten die streitige Klausel enthält und weil seitdem alle Ausscheidenden in gleicher Weise tatsächlich auf ihr Kapitalkonto beschränkt worden sind. Typisch für die von der Rechtsprechung in Zivilsachen völlig abweichende Einstellung des RfH. in der Rechtsprechung in Steuersachen sind die Ausführungen des 5. Senats am Schluß des vorerwähnten Urteils, in welchem gegen die vom Fiskus allgemein erhobenen Bedenken Stellung genommen wird, daß den verbleibenden Gesellschaftern in Fällen der vorliegenden Art ein Vermögenszuwachs ohne Besteuerung zufließen würde, wenn eine Erbschafts- bzw. Schenkungssteuerpflicht verneint werde. Der RfH. führt hier aus, daß eine Ergänzung einer Lücke im ErbschaftStG. auf Grund von § 4 ABGD. dann in Erwägung gezogen werden könne, wenn zuvor feststände, daß es sich bei dem Erwerbe nicht um einen Gewinn handele, der beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen wenigstens in Zukunft nach dem EinkStG. 1925 steuerpflichtig sein würde (§ 6 Abs. 3, § 30 Abs. 1 Nr. 2). Eine Entscheidung dieser Frage sei indessen gerade in diesem vereinnenden Sinne vom RfH. nicht erfolgt (vgl. Urteil v. 13. Juni 1928). Würde also vom RfH. eine steuerliche Erfassung der Bereicherung der Mitgesellschafters des verstorbenen Gesellschafters infolge einer Lücke des Einkommensteuergesetzes grundsätzlich zu verneinen sein, dann würde der Erbschaftsteuer Senat des RfH. eventuell durch entsprechende Ergänzung des geltenden ErbschaftStG. entgegengesetzt entschieden haben. Rein juristische Erwägungen sind eben im Steuerrecht keineswegs allein ausschlaggebend.

#### 4. Einkommensteuerpflicht beim Ausscheiden eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft.

Das in dem äußerst wichtigen vorhergehenden Urteil des R.F.H. am Schluß erwähnte R.F.H.Urt. v. 13. Juni 1928 ist ebenfalls in einer Hamburger Sache ergangen. In einem Gesellschaftsvertrage einer O.G. war zwischen den Gesellschaftern vereinbart, daß, wenn ein Gesellschafter stirbt, dessen Erben neben ihren Ansprüchen auf Auszahlung des Kapitalkontos bzw. der Guthaben des Verstorbenen an Stelle einer Beteiligung am geschäftlichen Gewinn als Gewinnerlös für das Sterbejahr 30 000 M und für das unmittelbar diesem folgende Kalenderjahr ebensolche 30 000 M auszubehalten erhalten sollten. Das Finanzgericht Hamburg betrachtete die Auszahlung der 30 000 M, welche an die Erben des verstorbenen Gesellschafters, nämlich dessen Witwe, erfolgte, als Entschädigung für entgehende Einnahmen (§ 44 Ziff. 1). In der Rechtsbeschwerde wurde hiergegen eingewandt, daß die Witwe niemals am Geschäft ihres verstorbenen Ehemannes gewinnbeteiligt gewesen sei, daher die Auszahlung der 30 000 M nicht als Entschädigung aufgefaßt werden könne, welche für ihr entgehende Einnahmen gezahlt werde. Auch der R.F.H. verneint die Zulässigkeit der Hinzurechnung der fraglichen 30 000 M zum steuerpflichtigen Einkommen der Witwe. Er begründet diesen Standpunkt aber damit, daß die fragliche Vereinbarung über den von der Gesellschaft bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses an den ausscheidenden Gesellschafter bzw. dessen Erben zu zahlenden Gewinn, nicht für sich, sondern nur als Teil der gesamten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Auseinandersetzung zu betrachten sei, und der Gewinn daher nur einen Teil der Leistungen bilde, die von dem nichtverstorbenen Vertragssteile an die Erben des Verstorbenen für die bisherige Beteiligung des Verstorbenen an dem Unternehmen zu zahlen sei. Es handele sich hierbei um ein bedingtes Geschäft des Verstorbenen mit seinen Mitgesellschaftern betreffend Veräußerung seiner Beteiligung an dem Unternehmen, und zwar im vorliegenden Fall bedingt durch sein Ausscheiden infolge Versterbens, indem durch den Tod eines Gesellschafters das Gesellschaftsverhältnis nicht berührt, vielmehr von den Überlebenden unverändert übernommen und fortgesetzt werden solle. Mit Eintritt der Bedingung, also mit dem Tode des Ehemanns der Beschwerdeführerin, sei die Bedingung des Veräußerungsgeschäfts eingetreten, dieses wirksam geworden. Damit sei mit dem Tode des Verstorbenen die Voraussetzung des § 30 Abs. 1 EinkStG. gegeben, nach welchem als Einkünfte aus Gewerbebetrieb auch die Gewinne gelten, die bei Veräußerung eines Gewerbebetriebs als ganzen oder eines Teiles eines solchen erzielt werden. Die fraglichen 30 000 M seien daher als Gewinn aus einem Veräußerungsgeschäft gemäß § 30, und zwar als gewerbliches Einkommen aus dem mit dem Tode des Verstorbenen endenden Wirtschaftsjahre, nicht aber als Gewinn oder Einkommen der Erben, bzw. im vorliegenden Falle der Witwe, zu behandeln.

Die Konsequenz dieses Urteils des R.F.H. ist weitergehend, daß in Fällen, wo ein Gesellschafter verstirbt und an dessen Erben ein Auseinandersetzungsguthaben auszus zahlen ist, welches das Kapitalkonto des Verstorbenen übersteigt, die Differenz als Veräußerungsgewinn für Veräußerung eines Teiles eines Gewerbebetriebes gemäß § 30 Abs. 1 EinkStG. auch der Einkommensteuer — allerdings gemäß § 58 zu dem ermäßigten Steuersatz von 10—20% — unterliegt.

Eine weitere Konsequenz der im übrigen vom Einkommensteuerferrat des R.F.H. vertretenen Auffassungen über Steuerbilanzen ist die, daß in der Bilanz der O.G. bzw. Kommanditgesellschaft, welche die überlebenden Gesellschafter fortsetzen, der das Kapitalkonto des Verstorbenen übersteigende Betrag als Erwerbpreis für den Anteil des Verstorbenen am „Goodwill“ zu betrachten und in der Steuerbilanz der Firma zu aktivieren ist.

Eine besondere Komplikation tritt dann ein, wenn nicht die Gesellschaft selbst bzw. die überlebenden Gesellschafter im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligungen, sondern ein Gesellschafter den Geschäftsanteil des Ausgeschiedenen allein entgeltlich übernimmt und die übrigen Gesellschafter neben ihm unverändert beteiligt bleiben. Dann kann der von einem

Gesellschafter hinzuerworbene Geschäftsanteil nicht in der Firmenbilanz der Gesellschaft aktiviert und eventuell abgeschrieben werden. Nach den Bilanzauffassungen des R.F.H. bleibt dann nur die Möglichkeit, daß der Gesellschafter, der den Geschäftsanteil des Ausscheidenden übernommen hat, die Aktivierung in einer besonderen Privatbilanz hierfür vornimmt und eventuell hier allmählich abschreibt.

Es ergeben sich steuerlich Konstruktionen und Maßnahmen, mit denen in der Praxis nicht gerechnet wurde.

#### 5. Zulässigkeit von Abschreibungen auf ein „Goodwill-Konto“.

Wie steuerrechtlich ein „Goodwill-Konto“, das in Steuerbilanzen aufgenommen werden mußte, zu behandeln sei, ist eine Frage, welche in der Rechtsprechung noch der Klärung bedarf. Der R.F.H. hat in seiner Entsch. v. 27. März 1928 (S.W. 7. Jahrg. Nr. 417) den Grundsatz ausgesprochen, daß Abschreibung auf einen aktivierten Geschäftswert, auf ein „Goodwill-Konto“ für entgeltlich erworbene Geschäftsbeteiligung nur dann und nur in dem Umfange zulässig sei, wenn und insoweit der Geschäftswert in einem bestimmten Steuerabschnitt zurückgegangen sei. Auch Präsident Becker vom R.F.H. hat in seinem Komm. z. EinkStG. S. 370 die Zulässigkeit einer Abschreibung auf ein solches Geschäftswert-Goodwill-Konto, insoweit eine Verminderung des Geschäftswertes nicht nachgewiesen werde, verneint. Dieser radikalen — dem kaufmännischen Empfinden und der kaufmännischen Praxis völlig widersprechenden — Auffassung ist bereits Reichsfinanzrat Mirre in „Zeitgemäße Steuer- und Finanzfragen“ 1929, 122 entgegengetreten. Entscheidend muß sein, daß diese Frage nicht nach Schema F, sondern unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen ist. Der vorerwähnte Grundsatz der Unzulässigkeit von Abschreibungen auf Geschäftswertkonto, wenn der Geschäftswert unverändert bleibt, ist m. E. nur zu vertreten, wenn der Geschäftswert tatsächlich, wie es aber nur in wenigen Fällen der Fall sein wird, allein auf Geschäftsbeziehungen und ideellen Werten beruht, die ausschließlich am Namen der Firma hängen und unabhängig von den hinter der Firma stehenden geschäftsführenden Gesellschaftern sind, z. B. dann, wenn eine Firma bestimmte Patente verwertet, oder im Besitz von Warenzeichen ist, welchen die geschäftlichen Erfolge zu verdanken sind. Ganz anders ist aber, gerade auf Grund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, welche für das ganze Steuerrecht gilt, die Sachlage zu beurteilen, wenn es sich um eine Firma handelt, deren Erträge auf Grund der Arbeit und Tüchtigkeit der jeweiligen Firmeninhaber beruht. Das Finanzgericht Hamburg hat daher auch in einer neuen Entsch. v. 17. Juli 1929 den kaufmännischen Grundsatz anerkannt, daß ein Goodwill-Konto, auf welchem ein erworbenener Geschäftsanteil aktiviert worden ist, allmählich abgeschrieben werden müsse. Die alte übernommene Firma verliert — wie das Finanzgericht Hamburg ausführt — mehr und mehr an Bedeutung im gleichen Verhältnis, wie das Geschäft infolge der Persönlichkeit der das Geschäft fortführenden Inhaber das Vertrauen des Publikums gewinnt. Der Ruf der alten Firma, für den die Aufwendung gemacht ist, wird nur eine gewisse Spanne Zeit nachwirken; sobald diese Nachwirkung aufhört, hängt das Schicksal der Firma von der Tätigkeit des Firmenerwerbers ab. Ist dieser Zeitpunkt eingetreten, so ist der für den Firmenwert gezahlte Betrag verloren. Bis dahin muß der Aktivposten durch angemessene jährliche Abschreibungen getilgt sein. In welcher Zeitspanne dies geschieht, ist abhängig von der Bedeutung, die die alte Firma gehabt hat, und von der Fähigkeit der Erwerber, durch persönliche Tüchtigkeit die Bedeutung der alten Firma hochzuhalten.

In dem zur Entscheidung stehenden Fall handelte es sich darum, daß ein Kaufmann sich von seinem Teilhaber trennte und diesem als Abfindung 200 000 M für die Übernahme der Firma bezahlte. Mit den Finanzbeamten wurde vereinbart, daß der für die Überlassung des Geschäftswertes gezahlte Preis von 200 000 M als Goodwill-Konto zu aktivieren und in fünf Jahren mit je 40 000 M abzuschreiben sei. Für zwei Jahre ist diese Abschreibung vom Geschäftswertkonto auch bei der Veranlagung vom Finanzamt an-

erkannt worden; sie wurde alsdann aber plötzlich verweigert mit dem Hinweis, daß ein Nachweis für ein weiteres Sinken des Geschäftswertes nicht erbracht und wegen der Erträge des Geschäfts auch nicht anzunehmen sei. Das Finanzgericht Hamburg erkannte dagegen eine Tilgung des Goodwill-Kontos im Laufe von zehn Jahren an. Auch der RFG. wird sich in seiner weiteren Rechtsprechung der Zulässigkeit solcher Tilgung eines Goodwill-Kontos im Laufe einiger Jahre nicht verschließen können, insbes. dann nicht, wenn es sich um eine Agentur-, Makler- oder Kommissionsfirma handelt, bei welcher der Geschäftserfolg von der persönlichen Tätigkeit und Tüchtigkeit des jeweiligen Inhabers in erster Linie abhängig ist, und daher der alte Ruf und die erworbene Kundenschaft durch die Tüchtigkeit des Firmenerwerbers erhalten bzw. durch Erwerb neuer Geschäftsbeziehungen gefördert werden muß. Der RFG. hat in einer neuen Entsch. v. 30. Jan. 1929 (Mozek, Nr. 16, zu § 12 Abs. 1 und 2 EinkStG.) diesen Grundsatz auch bereits für den Fall der Übernahme einer Anwaltspraxis anerkannt und gebilligt, daß der zu aktivierende Goodwill verhältnismäßig schnell abzuschreiben sei, da sich die alten Beziehungen des seine Praxis veräußernden Anwalts schnell verflüchtigen und für den Erwerber alles davon abhängt, daß sich zwischen ihm und seinen Klienten in seiner Anwaltspraxis von neuem ein Vertrauensverhältnis bildet. Dieser Grundsatz darf nicht auf freie Berufe beschränkt, sondern muß vielmehr auf kaufmännische Unternehmen entsprechend angewandt werden.

### 6. Fob-Klausel und Umsatzsteuer.

Die Erfahrung, daß richtige Gedanken und Beurteilungen oft geraumer Zeit bedürfen, um zur Geltung zu gelangen, bestätigt sich auch bei der Beurteilung der Fob-Klauseln für die Umsatzsteuer. Die Frage ist hier, ob Verkäufe und Lieferungen von deutschen Unternehmen in das Ausland als umsatzsteuerfreie Ausfuhr dann gelten, wenn Lieferung free on board eines Schiffes im deutschen Hafen einbart ist, das die Ware ins Ausland bringt, oder ob hier wegen der Lieferung an Bord des im inländischen Hafen liegenden Schiffes umsatzsteuerpflichtige Inlands-Lieferungen vorliegen. Diese Frage spielt insbes. in der Zuckerindustrie eine große Rolle. Die Geschäfte wickeln sich hier wie folgt ab: Der ausländische Käufer finanziert den Betrieb der Zuckerrfabrik durch Kredite. Zur Sicherheit dieser Kredite werden Zuckermengen in entsprechendem Werte dem Kreditgeber verpfändet bzw. übereignet. Der vom ausländischen Käufer und Kreditgeber bestellte und in Auftrag gegebene Zucker wird alsdann raffiniert, und der gewonnene Weißzucker wird an Bord eines Schiffes in einem inländischen Hafen geliefert, welches den Zucker ins Ausland bringt. Die Zuckerrfabrik erhält gegen Lieferung des Weißzuckers an Bord des Schiffes Konnossemente. Diese werden nach London gesandt, um dem dortigen Käufer gegen Zahlung präsentiert zu werden. Die Zahlung des Käufers erfolgt durch teilweise Verrechnung mit dem vorher zur Finanzierung des Unternehmens gegebenen Kredit und Begleichung der Spizenbeträge. Der dem Käufer als Kreditgeber zur Sicherheit übereignete Zucker, der natürlich nicht identisch ist mit dem auf Grund des Kaufvertrags gelieferten Zucker, wird freigegeben und von der Zuckerrfabrik anderweitig verwertet. Ehe der Käufer in London die Konnossemente erhält und damit die Verfügungsmacht über die Ware bekommt, hat das Schiff den inländischen Hafen mit dem verkauften Zucker längst verlassen und befindet sich im Auslande bzw. auf hoher See, um den verkauften Zucker an den ausländischen Bestimmungsort zu bringen. Zuerst ist vom Fiskus versucht worden, die Lieferungsübereignung von Zucker für die vom Ausländer gewährten Kredite als inländische Warenlieferung der Umsatzsteuer zu unterwerfen. Dies hat der RFG. in seiner Entsch. v. 16. Juli 1926 (VA 475/26) für unzulässig erklärt. Ein zweiter Gesichtspunkt, die Umsatzsteuer zu rechtfertigen, war der, daß allein aus der „Fob-Klausel“ in den Abschlüssen ein umsatzsteuerpflichtiges Inlandsgeschäft erwiesen sei, ohne im Einzelfall zu untersuchen, ob nicht trotz der Fob-Klausel effektive Ausfuhr ins Ausland vorlag. Jahrelang hat die Verwaltungspraxis und die maßgebende Literatur an dieser schematischen Beurteilung der Fob-Klausel in Kaufabschlüssen mit dem Auslande festgehalten. Im wohlverstandenen Inter-

esse der beteiligten Kreise mußte jahrelang die Herbeiführung einer Entscheidung über diese Frage durch den RFG. vorsichtig vermieden werden, weil sie zweifellos zuungunsten der Steuerpflichtigen ausgefallen wäre, zumal auch das für Hamburg zuständige Landesfinanzamt den gleichen Standpunkt einnahm, daß bei Kaufverträgen mit dem Auslande mit Fob-Klausel stets umsatzsteuerpflichtige Inlandslieferung vorliege. Erst in neuester Zeit hat die Finanzverwaltung und auch die Hamburger Verwaltungspraxis sich davon überzeugt, daß die Aufnahme der Fob-Klausel in Kaufverträgen mit dem Auslande keineswegs für die Frage, ob umsatzsteuerfreie Ausfuhr oder umsatzsteuerpflichtige Inlandslieferung vorliegt, entscheidende Bedeutung habe. Andere Finanzbehörden haben sich dieser Praxis noch nicht angeschlossen, und es wird daher demnächst auch über diese Frage der RFG. zu entscheiden haben. Es darf aber erwartet werden, daß der RFG. sich der allmählich auch vom Reichsfinanzministerium geteilten Beurteilung der Fob-Klausel anschließen wird, und zwar um so mehr, als er auf Grund der für das Steuerrecht maßgebenden wirtschaftlichen Betrachtung sogar in seiner Entsch. vom 20. Mai 1927, VA 294/27 (RStBl. 1927, 159 Nr. 290) den Standpunkt eingenommen hat, daß die Umsatzsteuerfreiheit der Ausfuhr dadurch nicht beeinträchtigt werde, daß „der Lieferer der Ware auf Anweisung des ausländischen Erwerbers die Ware zur Verfügung eines inländischen Vertreters des Ausländers zu dem Zwecke zuzende, damit dieser Bestimmungen über die Beförderung ins Ausland und die Beförderungsweise treffe“. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Falle genügte dem RFG. die hohe Wahrscheinlichkeit für die effektive Ausfuhr bei Lieferung der Ware auf das inländische Lager des Spediteurs des Ausländers, während in dem oben geschilderten Fall nach Lieferung der Ware auf das ins Ausland fahrende Schiff und Empfang der Konnossemente absolute Gewißheit für die Ausfuhr gegeben und ein Umbisponieren unmöglich geworden ist.

### 7. Einkommenbesteuerung von Konsortialgewinnen.

Die steuerl. Behandlung von Konsortien, Metageschäften und dgl., bei welchen erst nach mehrjährigem Bestehen Abwicklung und Abrechnung mit den Konsorten bzw. Beteiligten erfolgt, bietet vielfach Schwierigkeiten. Der RFG. hat sich mit diesen Fragen bisher noch nicht zu befassen gehabt. Um so interessanter ist ein rechtskräftig gewordenes finanzgerichtliches Ur. v. 14. März 1929. Interessenten hatten sich zu einem Konsortium zusammengeschlossen, um Aktien eines bestimmten Unternehmens zu erwerben und mehrere Jahre zu halten und unter einheitliche Verwaltung zu stellen mit der Maßgabe, daß die Verwaltung neue Aktien hinzukaufen und alte Aktien verkaufen konnte, auch die eingehenden Dividenden für den Aktienbesitz zum Neuankauf von Aktien verwenden sollte, und daß Abrechnung mit den einzelnen Konsorten erst nach Ablauf der mehrjährigen Frist mit der Abwicklung des Konsortiums zu erfolgen habe. Nach rund dreijährigem Bestehen wurde das Konsortium aufgelöst. Ein beteiligter Konsorte erhielt rund 30 000 M als seinen Gewinnanteil, welcher sich teilweise aus Veräußerungsgewinnen bei Verkauf von Aktien, teilweise aus Dividenden während des Bestehens des Konsortiums zusammensetzte. Zur Frage stand, ob eine Hinzurechnung dieses Gewinns des Konsortiums zum steuerpflichtigen Einkommen des Konsorten für das Jahr 1926 berechtigt sei. Da der Konsorte gleichzeitig Mitglied des Aufsichtsrats der fraglichen AktG. war, wurde — obwohl andere Konsorten dem Aufsichtsrat nicht angehörten — versucht, den Gewinnanteil des Konsorten als verschleierte Aufsichtsratsantenne zur Einkommensteuer bei dem Konsorten und folglich auch als Körperschaftsteuerpflichtigen Gewinn der AktG. — § 17 Nr. 4 KörperStG. — heranzuziehen. Diese Begründung hat das Finanzgericht ohne weiteres abgelehnt, weil der Gewinnanteil des Konsorten gar nicht von der AktG. selbst, sondern vom Konsortium unmittelbar bei dessen Auflösung zu zahlen war und gezahlt wurde. Das Finanzgericht hat aber ferner zutreffend festgestellt, daß der Konsortialgewinn des Beteiligten, insoweit er aus Aktienverkäufen sich ergab, nicht zu den in § 6 EinkStG. aufgezählten Einkommen gehöre und daher — zumal feststand, daß die Aktienveräußerungen nicht als Spekulations-

geschäfte angesehen werden konnten (§ 42) — keiner Einkommensbesteuerung unterliegt. Andererseits bejahte das Finanzgericht zutreffend die Einkommensteuerpflicht des Konsortialgewinns, insoweit er sich aus Dividenden, welche das Konsortium einfasste hatte, zusammensetzte; es entschied aber die Frage, ob die Dividenden anteilig in den einzelnen drei Jahren, in welchen sie bei dem Konsortium eingegangen waren, oder erst bei Abwicklung des Konsortiums im letzten Jahr insgesamt auf einmal steuerpflichtiges Dividendeneinkommen der Konsorten darstelle, im letzteren Sinne. M. E. ist die letztere Entscheidung nicht zutreffend. Es hätten vielmehr für die einzelnen Jahre, d. h. für jeden einzelnen Steuerabschnitt die vom Konsortium bezogenen Dividenden anteilig unter die

Konsorten verteilt und in den einzelnen Jahren den steuerpflichtigen Einkünften der Konsorten hinzugerechnet werden müssen, und diese hätten in den einzelnen Steuerabschnitten die von der AktG. in Abzug gebrachte Kapitalertragsteuer anteilig in Anrechnung bringen können.

Der zur Verfügung stehende Raum gebietet Beschränkung auf vorstehende Hinweise und Verzicht auf weitere Beispiele interessanter steuerrechtlicher Probleme, die das hamburgische Wirtschaftsleben, insbes. auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes, der Interessengemeinschaften und Konsortien, der Fusionen, insbes. unter Einbeziehung des Steuermildergesetzes, des wichtigen Bilanzrechtes usw. in reicher Fülle bietet.

## Kleinere Aufsätze.

### Die Besteuerung von Wahlkonsuln.

Die Besteuerung von Wahlkonsuln spielt für Hamburg, als größten Hafen des europäischen Kontinents, eine wichtige Rolle. Die meisten Handelsverträge gewähren den Konsuln wichtige Steuerprivilegien, wobei gewöhnlich auf die Privilegien der meistbegünstigten Staaten Bezug genommen wird. Als Standardvertrag für einen meistbegünstigten Staat wurde früher der bulgarische Handelsvertrag von 1913 (RWB. 435, gekündigt 23. Sept. 1926) angesehen; gem. Art. 6 Abs. 2 dieses Vertrages genossen die bulgarischen Konsuln Steuerfreiheit von allen direkten persönlichen Abgaben, wenn sie „Berufskonsuln“ und Staatsangehörige des Entsendestaates waren und wenn sie keine private Erwerbstätigkeit ausübten. Diese Bestimmung war für die Wahlkonsuln ungünstig. Heute wird als Standardvertrag das Handelsabkommen mit den United States von 1925 (RWB. I, 805) angesehen; gem. Art. 19 (ähnliche Bestimmungen über Zollfreiheit vgl. Art. 27) sind „Consular Beamte“ (Consular Officers), die Staatsangehörige des Entsendestaates sind und die keine Erwerbstätigkeit privater Art ausüben, befreit von Steuern auf ihre Person und auf ihr Eigentum, mit Ausnahme für Steuern auf Besitz oder Eigentum an unbeweglichem Vermögen, das innerhalb Deutschlands liegt, und mit weiterer Ausnahme für Steuern auf Einkünfte aus Vermögen irgendwelcher Art, das innerhalb Deutschlands liegt oder nach Deutschland gehört.

Hierdurch sind die Wahlkonsuln in den Kreis der Bevorzugten aufgenommen worden; außerdem kommt es nicht mehr darauf an, daß der Betreffende „Nichtdeutscher“ ist, sondern nur darauf, daß er die Nationalität seines Konsulates teilt, denn es ist nicht davon die Rede, daß es schadet, wenn der betreffende Konsul außer seiner ausländischen Staatsangehörigkeit etwa noch die deutsche besitzt.

Daß der Wahlkonsul als „Konsularbeamter“ (Consular Officer) i. S. Art. 19 anzusehen ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Das deutsche KonsulatsG. v. 8. Nov. 1867 spricht ausdrücklich von „Ehrenbeamten“, ebenso fällt gem. §§ 16 u. 21 RWB. i. d. Fass. v. 18. Mai 1907 (RWB. 245) der deutsche Wahlkonsul unter den Begriff des Reichsbeamten; deshalb vertritt auch das Wörterb. des Deutschen Staats- u. Verwaltungsrechts (2. Aufl., S. 619) den Standpunkt, daß auch die Wahlkonsuln den staatsrechtlichen Charakter von Beamten haben.

Diese günstigere Regelung der Steuerverhältnisse von Wahlkonsuln setzt sich in der Praxis erst allmählich durch. So spricht z. B. der RM. in § 40 Abs. 3 Ausf. Best. z. KraftStG. v. 13. Juli 1928 noch von „konsularischen Vertretern, die Berufsbeamte sind“. Allerdings ist schon häufiger im Billigkeitswege den ausländischen Wahlkonsuln Befreiung von der KraftSt. gewährt worden, insbes. weil der Entsendestaat die Gegenseitigkeit gewährte. Es wäre allerdings sehr zu wünschen, daß die vom Deutschen Reich völkerrechtlich vereinbarte Befreiung der Wahlkonsuln auch ausdrücklich in die betreffenden RechtsW. aufgenommen würden, wie es seinerzeit die Gesetzgebung (§ 5 EinkStG. und § 4 Abs. 1 Nr. 10 VermögensStG.) getan hat. Auf jeden Fall sind die steuerlichen Rechtsnormen derart auszulegen, daß sie mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen des Deutschen Reiches übereinstimmen; insbes. steht auch der RM. (Urt. v. 28. Mai 1927: StW. 1927 Nr. 400 und Becker: StW. 1927, 1038) auf dem Standpunkt, daß die SteuerMsr. gem. Art. 4 RWB. die allgemein anerkannten Grundsätze des Völkerrechts zu beachten hat. Um so mehr muß dies für diejenigen Völkerrechtsnormen gelten, die ausdrücklich vom Deutschen Reich anerkannt worden sind.

RA. Dr. Albrecht D. Dieckhoff, Hamburg, of  
The Inner Temple, London.

### Ein eigenartiger Fall des Totalverlustes in der Seeverversicherung.

Auf den verschiedensten Rechtsgebieten ergibt es sich immer wieder, daß das Leben erfindungsreicher ist, als die kühnste Vorstellung. Das zeigte sich bei einem kürzlich vorgekommenen Fall aus dem Gebiet der Seeverversicherung, in dem der Begriff des „Totalverlustes“ mit Bezug auf ein aufgelaufenes Schiff in Frage stand.

Wenn man in Ritters Werk über die Seeverversicherung die Ausführungen über den Totalverlust eines Schiffes liest, so findet man (Anm. 6 zu § 71) eine Erörterung darüber, wann das Schiff dem Versicherungsnehmer ohne Aussicht auf Wiedererlangung entzogen ist und aus diesem Grunde auch ohne Vernichtung der Substanz „total verloren“ ist. Ritter geht hier mit dem ihm eigenen, schließlich nicht zu überbietenden logischen Scharfsinn die verschiedenen Fälle durch und spricht aus, daß versicherungsrechtlich ein erheblicher Unterschied zwischen dem Falle bestehe, wo ein Schiff aufbrenne, und dem, wo es auflaufe und zunächst nicht abgebracht werden könne. Die angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen dabei, daß bei dem Auflaufen an Fülle gedacht ist, wo das Schiff auf ein Riff oder eine Sandbank geraten ist und dort der Verfügung des Versicherungsnehmers entzogen ist und es sich nun darum handelt, wie, um es kurz auszudrücken, die Möglichkeit des Wiedererlangens versicherungsrechtlich einzuschätzen ist.

Der Fall, der den Anlaß zu diesen Zeilen gegeben hat, beweist nun, daß es eine Sachlage geben kann, wo das Schiff weder in seiner körperlichen Beschaffenheit zerstört ist, noch dem Versicherungsnehmer die Verfügung entzogen ist, und wo doch ein Sachverhalt vorliegt, der wirtschaftlich einem Totalverlust gleichsteht.

Der Fall lag, soweit mir der Sachverhalt bekannt geworden ist, wie folgt: ein nach den WSBV. versicherter deutscher Dampfer wurde im Oktober 1928 durch eine Sturmflut in Holland aufs Land gemossen. Dort lag er; vielleicht hatte er kleinere Beschädigungen erlitten, im wesentlichen aber war er wohl unverletzt. Nur in sein heimatliches Element konnte er nicht wieder zurückgelangen; dazu mußte entweder wieder eine gleich hohe Sturmflut kommen, die im Laufe der Jahre wohl einmal einzutreten pflegt, oder es mußte ein Schiffsfahrtskanal gegraben werden, der dem Dampfer das Herauskommen ermöglichte. So lag das Schiff, aus dem die Ladung allmählich herausgebracht wurde, mit einer Wache besetzt auf dem flachen Land. Dem Reeder wurde sogar schon vorgeschlagen, er solle doch ein Kino aus ihm machen. Die Frage war nun, wie der Fall versicherungsrechtlich zu behandeln war. Die Versicherer bezahlten nichts, nicht einmal die den Reeder schwer belastenden Kosten der laufenden Unterhaltung und Bewachung. Sie schlossen aber einen „Vergütungsvertrag“ nach dem Grundsatz „no cure no pay“ mit einer Vergütungsgesellschaft, und diese suchte tatsächlich mit Erlaubnis der Regierung durch Kanalbauten das Schiff herauszubekommen, aber bis jetzt vergeblich — wenigstens war es Mitte Juli 1929 noch nicht befreit<sup>1)</sup>. Der Reeder forderte die volle Versicherungssumme; die Versicherer lehnten Monate hindurch eine Zahlung ab, schließlich aber, bevor es zum Prozeß kam, wurde ein Vergleich erzielt, nach dem die Versicherer den größten Teil der Forderung bezahlten. Das deutet darauf hin, daß sie innerlich wohl nicht so ganz davon überzeugt waren, mit ihrem Standpunkt durchzubringen. Bei der Beurteilung vom rein menschlichen Standpunkt aus wird man auch geneigt sein, ohne weiteres die Forderung anzuerkennen, und auch juristisch ist sie m. E. berechtigt. Ganz einfach zu begründen ist dies Ergebnis aber vom Boden des geltenden Rechts aus nicht.

<sup>1)</sup> Inzwischen ist die Hebung des Dampfers nach Berichten der Presse schließlich geglückt. An den Ausführungen dieses Aufsatzes ändert sich dadurch nichts. Welchen Einfluß die Hebung auf die Vergleichszahlung hat, muß sich in erster Linie nach den Bestimmungen des Vergleichs richten.

Die folgenden Ausführungen setzen es sich nicht zum Ziel, eine wissenschaftlich erschöpfende und eindringende Behandlung des Problems zu geben; sie sollen nur ohne großen Apparat einen Weg zeigen, wie vielleicht zum Ziele zu kommen ist; — Hauptsache ist dem Verf. aber, den Fall selbst als Stoff und Anregung für künftige Untersuchung mitgeteilt zu haben.

Die *MSW.* enthalten eigentümlicherweise eine allgemeine Begriffsbestimmung des Totalverlustes nicht, sie sagen nur, daß das Schiff auch dann als total verloren „gilt“ (§ 71), wenn es dem Versicherungsnehmer ohne Aussicht auf Wiedererlangung entzogen, insbes. unrettbar gesunken ist, oder wenn es in seiner ursprünglichen Beschaffenheit zerstört ist. Ferner kann der Versicherungsnehmer die Verschollensfrist verlangen, wenn das Schiff verschollen ist; nach Ablauf der Verschollensfrist kann er die Abandonerklärung abgeben und erlangt damit seinen Anspruch.

Bei dem hier gegebenen Tatbestand liegt, wörtlich genommen, keiner dieser Fälle vor. Das Schiff ist nicht in seiner ursprünglichen Beschaffenheit zerstört, denn es ist als ein im wesentlichen unbeschädigtes Bauwerk da. Es ist auch dem Reeder nicht ohne Aussicht auf Wiedererlangung entzogen, denn es steht auf dem Lande zu seiner Verfügung, es ist von einer Wache besetzt, er hat den Besitz an ihm und könnte, wenn er wollte, ein Kino oder sonst irgend etwas anderes aus ihm machen. Darin liegt der Unterschied von anderen Fällen aufgelaufener Schiffe. Ebenso wenig ist der Fall der Verschollenheit gegeben, dessen Voraussetzung ist, daß das Schiff seinen Bestimmungsort nicht erreicht hat und daß keine Nachricht von ihm eingegangen ist. Es ist so wenig verschollen, daß man genau weiß, wo es ist. Auch der gegenüber dem deutschen Recht weitergehende englische Begriff des konstruktiven Totalverlustes würde nicht passen, denn ein Verlust durch gänzliche Entziehung des Wertes (W o i g t, *SeewR.* S. 635) liegt nicht vor, da das Schiff als keineswegs wertloses Bauwerk auf dem Lande steht.

Was weggefallen ist, ist die Benutzbarkeit als Schiff. Nehmen wir einmal, um den Fall in Reinkultur zu betrachten, die Sache so, als stehe sofort und endgültig fest, daß eine Wiederbenutzung des Schiffes zum Erwerb durch Seefahrt ausgeschlossen sei. Es ist etwa, gleich der Arche Noah auf dem Berge Ararat, bei einer Elementarkatastrophe an einer Stelle gelandet, von wo ein Wegbringen endgültig ausgeschlossen ist. Dann muß der erwähnte Gesichtspunkt entscheiden, daß die wirtschaftliche Benutzung als Schiff, insbes. als Kaufschiffe, ausgeschlossen ist. Für den Reeder ist es unerheblich, daß das Schiff auf dem Lande noch als ein in seinen Teilen verbundenes Bauwerk steht. Für ihn ist es nicht anders, als läge dort ein Haufen Holz oder Eisen, die man auch noch verwerten kann, oder ein Wrack (s. die bei Ritter, *Ann.* 5 zu § 71 angeführte Stelle aus *Emerigon*: „les débris du navire naufrage existent, mais le navire n'existe plus“). So gut, wie dann Totalverlust vorliegt, so gut ist es m. E. auch der Fall, wenn das Schiff nicht körperlich, aber in seiner wirtschaftlichen Bedeutung als Schiff zerstört ist. Es ist eine zulässige Ausfüllung einer Lücke, wenn man den Begriff auf diesen im Gesetz und in den Bedingungen nicht geregelten Fall entsprechend ausdehnt. Dem Eigentümer bleibt die Wahl. Will er dieses „Schiff“ anderweit verwenden, also, um bei unserem Beispiel zu bleiben, ein Kino einbauen, so steht es bei ihm, die Versicherungssumme nicht zu verlangen. Verlangt er sie, so muß er sich die geretteten Sachen, hier also das Bauwerk Schiff, in seinem jetzigen, nötigenfalls durch öffentliche Versteigerung festzusetzenden Wert, anrechnen lassen (§ 71 Abs. 1 Satz 2). Grundlage der Forderung bleibt aber die Versicherungssumme.

Das Besondere des vorliegenden Falles liegt nun darin, daß nicht die absolute Unmöglichkeit besteht, daß das Schiff einmal weggebracht werden kann. Vielmehr ist es sogar wahrscheinlich, daß im Laufe der Jahre einmal wieder eine solche Flut einsetzt oder daß, wenn nur ein genügender Kanal oder vielleicht ein künstlicher See gegraben wird, das Schiff befreit werden kann — das ist vermutlich nur Kostenfrage und für die heutige Technik sicherlich möglich. Es ist die Frage, ob der in dem Verlust der Schiffseigenschaft liegende Totalverlust ebenso zu behandeln ist wie die Entziehung „ohne Aussicht auf Wiedererlangung“. Das würde dann heißen: „Verlust der Schiffseigenschaft ohne Aussicht auf Wiederverwandlung.“

Der Begriff der Aussicht auf Wiedererlangung ist allerdings in einem in gewissem Umfange verwandten Fall — dem des Dampfers „Emil Berenz“ — streng aufgefaßt worden (*HansGZ.* Hauptbl. 1904 Nr. 113). Der Dampfer war im Januar 1902 bei Joppot auf den Strand geraten; die hinzugezogenen Berger gaben im Mai 1902 die Versuche auf; nunmehr erklärte aber der Versicherte, der Dampfer sei jetzt als unrettbar gesunken zu erachten, und forderte die gezeichneten Versicherungssummen als Totalverlust. Die Versicherung war zum Teil bei Londoner, zum Teil bei deutschen Gesellschaften geschlossen; die Londoner vergüteten den Totalverlust; die deutschen aber schlossen im Juni mit einer größeren Vergütungsgesellschaft einen neuen Vergütungsvertrag, der, wie sie erklärten, in wenigen Wochen zum Ziele gelangen werde, und ließen es zum Prozeß kommen. Die Hebung glückte auch im September, und am 5. Jan. 1904 wies das *HansGZ.* gegen sie, soweit sie nicht vertraglich an die Entscheidung der Londoner gebunden waren, die Klage ab. Die Kosten der Vergütung sollen nach dem *DVG.* nur die Bedeutung eines „in hohem Grade beachtenswerten Indiziums“

dadür haben, ob die Wiedererlangung möglich ist. Der Versicherte könne in einem einzelnen Augenblick sehr wohl die subjektive Auffassung haben, daß die Hebung unwahrscheinlich sei; das bürde aber keine für die Entscheidung maßgebende Tatsache. Ein Totalverlust liege „schlechterdings“ nicht vor.

Man kann es verstehen, wenn ein Gericht Bedenken dagegen empfand, die Aussicht auf Wiedererlangung zu verneinen, wenn der versicherte Gegenstand wiedererlangt ist. Deshalb darf man meiner Meinung nun aber nicht die Zeit der Wiedererlangung für gleichgültig halten. Man nehme wieder, wie es zur scharfen Ausprägung von Rechtsfragen nützlich ist, die Sache in Reinkultur: es sei in einem solchen Fall sicher, daß die Wiedererlangung erfolgen wird, ebenso sicher aber auch, daß es noch jahrelang bis dahin dauert. Soll denn wirklich der Versicherte, der sich gegen Elementarereignisse der Seefahrt hat decken wollen, schuplos sein? Gewiß, es wäre ein Ausnahmefall, aber gerade auf einem so den Grundfragen praktischer Vernunft angepaßten Gebiet wie das Versicherungswesen muß man für einen Ausnahmefall, für den die gewöhnlichen Sätze nicht ausreichen, unter vernünftiger Erwägung der Interessen ein der „*uberrima fides*“ des Versicherungsrechts angepaßtes Ergebnis finden.

Das muß schon dann gelten, wenn es sich wie beim „*Emil Berenz*“ darum handelt, ob ein Schiff „ohne Aussicht auf Wiedererlangung“ entzogen ist. Es muß aber erst recht dann gelten, wenn es sich wie bei unserem Dampfer nicht unmittelbar um diesen Begriff handelt, sondern nur um die Frage einer entsprechenden Anwendung. Der Verlust der Eigenschaft als Seeschiff tritt nicht schon ein, wenn er lediglich vorübergehend ist, aber es braucht auch nicht die Aussicht auf Wiedererwerb jener Eigenschaft nach dem voraussetzlichen Verlauf der Ereignisse „ausgeschlossen“ zu sein. Das ist etwas, was für den Fall der „Entziehung“ positiv bestimmt ist, aber in dieser Schärfe nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt und deshalb der entsprechenden Anwendung nicht fähig ist.

Deshalb muß hier, wie man auch über Fälle nach dem Vorbild des „*Emil Berenz*“ denken mag, der Umstand entscheiden, ob der Versicherungsnehmer eine nach den Grundfragen des Verkehrs angemessene Zeit gewartet hat. Die Schwierigkeit ist, diese Frist zu bestimmen. Vielleicht bieten dafür die Verschollensfristen einen gewissen Anhalt. Wenn es für ihre Bemessung auch nicht der entscheidende Grund war, wie lange man dem Versicherungsnehmer zumuten könne, zu warten, so geben sie doch auch dafür ein gewisses Maß. Die Fristen sind (jedenfalls so, wie sie in den *MSW.*, nicht wie sie in § 362 *DVG.* enthalten sind) auch für beide Teile angemessen. Zwar kommt die grundsätzliche Frist nicht in Betracht — das Dreifache der Zeit, die das Schiff vom Orte der letzten Nachricht bis zum nächsten Bestimmungshafen gebraucht haben würde. Das paßt hier nicht. Wohl aber ist die Mindestfrist von zwei Monaten für Dampfer, drei Monaten für Segelschiffe im allgemeinen angemessen. So lange Zeit muß man dem Versicherer geben, um die Entwicklung abzuwarten und den Fall zu erforschen; so lange zu warten wird man auch dem Versicherten zumuten können.

Dabei ist die Frist aber nicht etwa, wie bei der Verschollenheit selbst, eine ein für allemal festbestimmte, sie soll vielmehr nach der hier entwickelten Ansicht nur einen Anhalt für das geben, was angemessen ist. Ebenso kommen auch die sonstigen Regeln der Verschollenheit nicht in Betracht; es ist keine Abandonerklärung abzugeben, sondern es steht nach vorgelegtem Abwarten der Frist fest, daß ein Totalverlust vorliegt und vorgelegen hat.

Allerdings würde der Grundgedanke des nach Ablauf einer bestimmten Frist zu erklärenden Abandons durchaus geeignet sein, um über den Fall der Verschollenheit hinaus angewandt zu werden. Er würde eine brauchbare Lösung für Fälle nach Art des „*Emil Berenz*“ bieten und ebenso für den Fall unferes gestrandeten deutschen Dampfers. Die Einfügung einer derartigen Bestimmung wäre bei einer etwaigen Revision der Bedingungen und Aufmachung der Policen durchaus zu erwägen. Das positive Recht kennt aber Fristen und Abandon bislang nur für den Fall der Verschollenheit; diese Regeln lassen sich beim Schweigen von Gesetz und Bedingungen nicht auf die „Entziehung ohne Aussicht auf Wiedererlangung“ anwenden und m. M. folgerichtig auch nicht auf unseren Fall.

Zweifel können sich ergeben, wenn das Schiff zwar nicht binnen einer zumutbaren Frist, aber später wieder flottgemacht wird. An sich wird dadurch der einmal gegebene Totalverlust nicht wieder beseitigt. Übrigens mag noch erwähnt werden, daß auch Prof. *Bruck* diesen Ausführungen im wesentlichen Ergebnis beipflichtet.

*RA.* Prof. Dr. M. Leo, Hamburg.

## Entgegnung.

### Die Kraftfahrerhaftpflicht im Lichte des Internationalen Privat- und Prozeßrechts.

In dem Aufsatz von *Volkmann*: *JW.* 1929, 90 ff., findet sich ein Satz, der m. E. nicht unwiderprochen bleiben darf. *Volkmann* schreibt:



„denn so objektiv ein Gericht auch urteilen mag, so spielt doch erfahrungsgemäß bei internationalen Rechtsstreitigkeiten unbewußt die Rücksichtnahme auf den eigenen Volksgenossen eine Rolle“.

Ich kann und will natürlich mit Volkmann nicht darüber rechten, welche Erfahrungen er in dieser Hinsicht gemacht hat. Im Interesse des Ansehens und des Vertrauens aber, dessen sich die deutsche Rechtspflege im Auslande erfreut, halte ich mich zu der Erklärung verpflichtet, daß ich im Laufe meiner fast 42jährigen Anwaltschaft bei den hamburgischen Zivilgerichten — (nur in bezug auf diese vermag ich aus eigener Erfahrung zu sprechen!) — noch nicht einen einzigen Fall erlebt habe, in dem sich die von

Volkmann erwähnte unbewußte Rücksichtnahme auf den eigenen Volksgenossen in irgendeiner Weise bemerkbar gemacht hätte. Im Gegenteil: Die hamburgischen Gerichte haben es stets als eine besondere Ehrenpflicht empfunden, die ausländische Partei mit genau demselben Maße zu messen wie die deutsche. Das weiß man auch im Auslande sehr wohl. Ich kann mich nicht eines einzigen Falles erinnern, in dem meine ausländischen Klienten — (und die Vertretung von Ausländern macht einen recht erheblichen Teil meiner Berufstätigkeit aus) — auch nur die Beforgnis geäußert hätten, daß sie mit einer unbewußten Rücksichtnahme der Richter auf die eigenen Volksgenossen zu rechnen haben könnten.

RA. Dr. Oscar Horwik, Hamburg.

## Vereinigungen.

### Internationale Vereinigung für Versicherungsrecht.

Um einem Weltversicherungsrecht die Wege zu ebnen, haben sich im vergangenen Jahre deutsche, österreichische, tschechoslowakische, französische, schweizerische und japanische Fachgelehrte zu einer internationalen Vereinigung zwanglos zusammengeschlossen. Vertreter anderer Länder sind dieser Vereinigung bereits beigetreten, weitere Beitrittserklärungen sind mit größter Wahrscheinlichkeit zu erwarten, so daß berechtigte Hoffnung besteht, daß im Laufe der Zeit die Vereinigung sich über die ganze Welt erstrecken wird.

Zur Durchführung der Organisation wird in jedem Lande eine

Landesgruppe errichtet, der es obliegt, Gutachten zu erteilen über Gegenstände, die auf internationalen Versicherungsjuristen-Tagen zur Verhandlung gestellt werden.

Vorkläufiger Vorsitzender der deutschen Landesgruppe ist Prof. Dr. E. Bruck, Seminar für Versicherungswissenschaft, Hamburg 13, Universität, der Beitrittserklärungen entgegennimmt.

Nach Zusammenritt der ersten Vollversammlung, die für das Jahr 1931 in Zürich in Aussicht genommen ist, wird die endgültige Konstituierung der deutschen Landesgruppe erfolgen.

Prof. Dr. E. Bruck, Hamburg.

## Schrifttum.

### Christian Meisner, Würzburg: Anwalts-Brevier. Verlag Voegler.

Ich war bis Ende August in Bad Gastein. Wunderbar! Von Kur und Naturgenuß voll ausgefüllt. Da wird mir ein im Erscheinen begriffenes Buch zugeandt. Unmöglich! Ich habe keine Zeit, zu lesen. Vollends nicht ein Buch, das vom Anwalt handelt. Ich will nichts von der Kunst hören. So kam es, daß das Buch zunächst geruhig auf dem Tisch meines Zimmers liegen blieb. Dann gelüftete es mich aber doch, wenigstens einen Blick in das Buch zu werfen und ich las — und vergaß — die Zeit. Ein prächtiges Buch; schade nur für mich, daß es erst zu einer Zeit erscheint, da ich im Begriff stehe, aufzuhören, Anwalt zu sein.

Aber — ha — welche Lust, Anwalt zu sein, wenn man das Buch vorher gelesen und seine Verusausübung, sein Leben und Wirken als Anwalt danach hat einrichten können.

Nicht im trockenen Lehrton spricht der Verf. zu uns; er zeigt uns den Anwalt, wie er in Wirklichkeit ist — vorsichtiger gesagt — sein soll. Plastik, offenbar aus eigener, großer praktischer Erfahrung heraus, werden uns Situationen vorgeführt, in die der Anwalt gerät, und es wird uns der Weg gezeigt, wie der Anwalt sich ihnen gegenüber zu verhalten hat.

Es wird unterschieden zwischen den Fällen, in denen sich absolut von Unzulässigkeit des Benehmens, Standeswidrigkeit, sprechen läßt und den Fällen, in denen man schwanken kann, ob dieser oder jener Weg der richtigere ist. Hier muß je nach den Umständen das Taktgefühl den Ausschlag geben.

Im einzelnen die Ausführungen des Verf. unter die kritische Lupe zu nehmen, mag einer berufeneren, zünftigen Feder überlassen bleiben. Mir lag nur daran, im allgemeinen den Eindruck wiederzugeben, den ich beim Lesen des Buches, richtiger des Auszuges davon, der mir vorgelegen, erhalten. Ich bin überzeugt, jeder Anwalt, der das Buch zur Hand nimmt, wird an seinem reichen und gediegenden Inhalt seine Freude haben und großen Nutzen daraus ziehen. Insofern bedeutet das Buch einen wertvollen Gewinn für unseren ganzen Stand.

Sollten etwa alle Kollegen, welche die löbliche Absicht haben, den diesjährigen Anwaltstag in Hamburg zu besuchen, noch vorher Gelegenheit nehmen können, sich mit dem Buche vertraut zu machen, so dürfte sich über der Tagung eine Atmosphäre sozusagen anwaltlich-knigge'schen Geistes ausbreiten — zu Nutz und Frommen der Anwaltschaft. RA. Dr. Joh. Behn, Hamburg.

### Friedlaender: Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung.

Berlin 1929. Verlag S. W. Müller.

Fast dreißig Jahre waren seit Verabschiedung der Rechtsanwaltsordnung verfloßen, bis die erste erschöpfende Bearbeitung des Gesetzes erschien. Aber das Werk der Brüder Adolf und Max Friedlaender schrieb damals Eduard Bloch (JW. 1908, 87): „Außerlich dem bewährten Staubischen Vorbilde folgend, ist das Werk auch innerlich von Staubischem Geiste erfüllt, dem scharfen juristischen kritischen Geiste; und von hervorragender Klarheit in der Diktion, die sich wiederum als eine Folge vollkommener Beherrschung des umfangreichen und schwierigen Stoffes darstellt... Ein stolzes Buch,

auf das unser Stand stolz sein kann.“ Diese Kritik möge heute wiederholt werden.

Gerade rechtzeitig zu dem Anwaltstage, der dem deutschen Volke den festen Zusammenhang mit seinen Sachwaltern zeigen soll, erscheint von der dritten Auflage des grundlegenden Werkes die erste Bieferung. Die beiden früheren Auflagen waren jedem, der sich mit Anwaltsrecht befassen mußte oder wollte, notwendiges Rüstzeug. Der Kommentar gibt nicht nur eine erschöpfende Verarbeitung des weit in Gesetzen, Verordnungen, Entscheidungssammlungen, Zeitschriften, Einzelschriften und Berichten verstreuten Stoffes, sondern die Verf. entwickeln als ihres Geistes Frucht alle nur denkbaren Rechts- und Standesfragen. Bei anderer Anordnung des Stoffes könnte man aus ihm ein lückenloses Handbuch des Standesrechts entwickeln.

Da immerhin neun Jahre seit der zweiten Auflage verfloßen sind, empfand der Benutzer nicht selten Lücken, fühlte sich auch wohl hier und da zu einem Widerspruch gegen die Meinung der Verf. angeleitet. Geht man mit solch kritischem Auge an die neue Auflage, ist man wieder und wieder erstaunt, wie erschöpfend alle inzwischen aufgetretenen Fragen behandelt und wie in zweifelhaften Fällen die Verf. ihre Meinung überprüft und berichtigt haben. Alle Wünsche sind erfüllt.

Eine volle Würdigung wird erst nach Drucklegung des ganzen Werkes möglich sein. Schon jetzt möge einiges, namentlich Veränderungen gegenüber den früheren Auflagen, hervorgehoben werden. In der Einleitung setzen sich die Verf. mit Sigbert Feuchtwangers Arbeit über das Wesen der freien Berufe auseinander und prüfen, ob und inwieweit der Betrieb der Anwaltschaft als Gewerbe anzusehen ist. Bedeutam und ganz neu ist die Darlegung, inwieweit die Vergütung für gewisse Berufsgeschäfte nicht nach den Gebührenordnungen, sondern nach Spezialnormen zu bestimmen ist. Für die nächste Auflage bittet der Verichterstatter die Verf., zu prüfen, ob die Verfassung der Zulassung (§ 4 Anm. 5) nicht auch im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens angefochten werden kann.

Die Frage der Zulässigkeit der Begnadigung (§ 5 Anm. 8 und 45) wird nur gestreift; ihrer weiteren Erörterung sieht man mit Spannung entgegen. Dem Staat liegt es ob, Gnade walten zu lassen, wenn seine eigenen Gerichte geurteilt haben. Man wird aber eine Begnadigung durch den Staat für unzulässig halten, wenn er die Bestrafung sich nicht selbst vorbehalten, sondern den Standesorganen übertragen hat.

Zu § 5 Anm. 20 ff. behandeln die Verf. eingehend das Syndikatsproblem, das seit der zweiten Auflage eine vermehrte Bedeutung gewonnen hat. Auch hier darf man die klare und erschöpfende Darstellung bewundern, die über den heftigen Meinungskampf von hoher Warte berichtet, aber nicht de lege ferenda Stellung nimmt. Ich fürchte, daß am gleichen Orte der Unterschied zwischen Beruf und Würde der Rechtsanwaltschaft zu sehr verwischt wird (vgl. auch § 16 Anm. 20). Der Begriff des Berufs ist nach den Aufgaben des Standes objektiv feststellbar, während der Begriff der Würde je nach Entwicklung der Standesanschauungen und der wirtschaftlichen Einrichtungen in hohem Maße subjektiv wandelbar ist.

Zu § 5 Anm. 37 ff. werden die Fälle erörtert, in denen gewisse Beschäftigungen als mit der Würde eines Rechtsanwalts unvereinbar anzusehen sind. Ich glaube, daß weder eine Vermittlung von Versicherungen, noch von Grundstücksgeäften, noch von Finanz-

geschäften, beispielsweise bei Gründung von juristischen Personen als grundsätzlich unvereinbar mit der Würde des Anwalts anzusehen ist, daß vielmehr jeder einzelne Fall darauf zu prüfen ist, ob die Art der Tätigkeit, etwa die Art des Herantretens an die beteiligten Personen, die Unwürdigkeit, namentlich nach außen hin, herbeiführt.

An dieser Stelle vermißt man eine Erörterung der Aufgaben des internationalen Anwalts. Hat doch die deutsche Anwaltschaft, wohl auch wegen ihrer übergroßen Gebundenheit an überlebte Gebührenvorschriften, zu ihrem Schaden die Bearbeitung weiter Gebiete von rechtlichen Nachkriegsgeschäften ausländischen Rechtsanwälten überlassen müssen.

Die Verf. erwähnen als Grundgedanken der Vorchrift des § 6 Ziff. 1: „wenn der Antragsteller während eines längeren Zeitraums keine Tätigkeit ausgeübt hat, die in irgendeinem Zusammenhang mit der Rechtswissenschaft oder Rechtspraxis steht“. Leider entspricht der Wortlaut des Gesetzes diesem Gedanken nicht. Denn sonst würden nicht so viele Synbizi das Bedürfnis nach Zulassung zur Vermeidung der Klippe des § 6 Ziff. 1 haben.

Zu § 9 findet man die Simultanzulassung der Amtsgerichtsanwälte bei den Landgerichten, und zu § 18 die Residenzpflicht bei der Simultanzulassung in gewohnter erschöpfender Vollständigkeit erörtert. Die abgekürzte Darstellung läßt kaum etwas von der Hitze vergangener Kämpfe erkennen.

Trotz der Berufung auf Urteile des Ehrengerichtshofs halte ich die zu § 16 Anm. 13 ff. eingehend begründete Ansicht, daß nur die dem Gutachten zugrunde liegenden Tatsachen im ehrengerichtlichen Zulassungsverfahren erörtert werden dürfen, nicht für richtig. Das Gesetz spricht nur vom „Grund der Verfassung“, nicht von den Tatsachen, die den Grund der Verfassung geschaffen haben, und Friedländer selbst hält es für zulässig, daß der Verfassungsbescheid nur den Grund der Verfassung, nicht die unterliegenden Tatsachen enthält (§ 16 Anm. 2). Die hier bekämpfte Meinung führt unter Umständen zu einer für alle Beteiligten höchst unerwünschten Häufung von ehrengerichtlichen Verfahren.

Zu § 16 Anm. 26 und 29 habe ich gegen die Zulässigkeit der von den Verf. befürworteten Einstellung des ehrengerichtlichen Verfahrens Bedenken. Es darf dem Antragsteller die mündliche Verhandlung und die Berufung nicht verweigert werden.

Die wenigen Fälle, in denen ich glaubte, den Verf. entgegenzutreten zu sollen, fallen gegenüber der Bedeutung des Werkes nicht ins Gewicht. Hervorzuheben sind noch einige bedeutende Verbesserungen in der Gesamtanlage. Die Vorschriften für das Saargebiet sind fortlaufend berücksichtigt und erläutert, auf ihre teilweise mangelhafte Fassung wird hingewiesen. Vielfach wird den Anmerkungen eine Übersicht vorangestellt, und der Text ist dadurch übersichtlicher geworden, daß die Nachweise in Fußnoten verbannt sind.

Zusammenfassend darf gesagt werden: Das Friedländer'sche Buch wird wie die früheren Auflagen wiederum unentbehrlich sein. Es ist ein Ruhm für die deutsche Anwaltschaft, daß ihr solch ein Werk gehört. Dem Deutschen Anwaltverein gereicht es zu besonderer Ehre, daß das Buch ihm gewidmet ist. Seine Mitglieder werden sich des hohen Standpunkts sittlicher Pflicht, der fortlaufend aus ihm zu erkennen ist, würdig zeigen wollen. *N. Dr. R. Robinow, Hamburg.*

**Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes** in Verbindung mit Dr. Carl Heinrich, Staatssekretär z. D.; Dr. Julius Magnus, Justizrat, Dr. Oscar Mügel, Wirkl. Geh. Rat, Staatssekretär i. R.; Dr. Dr. Walter Simons, Präsident des Reichsgerichts i. R., Honorarprofessor der Rechte an der Universität Leipzig; Dr. Heinrich Tige, ord. Professor der Rechte an der Universität Berlin; Dr. Martin Wolff, ord. Professor der Rechte an der Universität Berlin. Herausgegeben von Dr. Dr. Franz Schlegelberger, Ministerialdirektor im Reichsjustizministerium, Honorarprofessor der Rechte an der Universität Berlin. 1. Band: Länderberichte / Europa, Asien, Afrika, Amerika, Australien und Ozeanien. VI und 1008 S. Preis geh. 77 *M.*, geb. (Halbleder) 84 *M.* 2. Band: Stichwortartikel / Abandon bis Einrede. 836 S. Preis geh. 63 *M.*, geb. (Halbleder) 70 *M.* Berlin 1929. Verlag von Franz Vahlen. Siehe oben S. 2566 Aufsatz Mendelssohn Bartholdy.

**Justizreform vom Standpunkt der Wirtschaft aus betrachtet.** Vortrag von Rechtsanwalt Dr. Rudolf Dix, Berlin. Wiedergegeben in der Ruhr und Rhein, Wirtschaftszeitung vom 3. Mai 1929.

Einen Vortrag zu besprechen, ohne ihn gehört zu haben, ist eine widersinnige Aufgabe. Von dem Wichtigsten, dem Eindruck der Persönlichkeit, dem Schwung der Überzeugungskraft der Worte, kann nichts gesagt werden. Dem Geiste, den selbst die geschriebenen Zeilen atmen, glaube ich aber am besten zu folgen, wenn ich sage:

Nicht auf die Stellungnahme zu den einzelnen vom Redner behandelten Fragen kommt es an, sondern darauf, daß diese großen Fragen einmal von einem Anwalt einem solchen Gremium von Wirtschaftlern und Juristen vorgetragen werden, einem Anwalt, der imstande ist, diese Frage vom hohen Niveau aus zu überlegen und nicht am Berufsstandpunkt klebt.

Die spricht unserer Zeit, wie jeder kulturell und weltanschaulich zerrissenen Periode, den Beruf zur Gesetzgebung ab. Richtige Erziehung, Ausbildung und Auswahl derjenigen, welche das Gesetz handhaben sollen, ist uns heute nötiger und heilsamer. Eine nur auf dem Wege des Gesetzes mögliche, grundsätzliche Änderung des allgemeinen Vertragsrechts möchte er aber doch mit Schiffer halbmöglichst durchgeleitet wissen.

Die obligatorische Einführung des Urkundprinzips im Geschäftsverkehr. Dafür ist ihm der Unterzeichnete, der dies Steckenpferd seit Jahren reitet, besonders dankbar. Es gibt tatsächlich kaum ein Gebiet — einschließlich des Cherechts — das mit so viel falscher Ethik behandelt worden ist, wie das vom „gegebenen Wort“.

Wer Dix je gehört hat, wird ihn auch gerne lesen und kann sich dann durch Erinnerung und Vorstellung das Geschriebene noch lebendiger machen. Wenn auch dem Titel nach die Betrachtung vom „Standpunkt der Wirtschaft“ ausgeht, so ist in Wahrheit ein höherer Standpunkt gewahrt, nämlich der des nationalen Zusammenlebens, in dem Wirtschaft und Justiz wichtige Funktionen ausüben.

*N. Dr. H. W. Hoek, Hamburg.*

**Walter Nord, Rechtsanwalt in Hamburg: Das Wesen des schiedsrichterlichen Amtes und des Schiedsspruches.**

Berlin 1929. Franz Vahlen. Preis 2,40 *M.*

Das Schiedsgerichtswesen befindet sich in einer Krise, deren Ausgang noch nicht vorauszu sehen ist, einer Krise doppelter Art. Die tatsächliche Entwicklung, die das Schiedsgerichtswesen, mindestens in Deutschland, eingeschlagen hat, wird in politischer, sozialpolitischer und wirtschaftlicher Hinsicht bemängelt und die Zweckmäßigkeit und innere Berechtigung der zur Zeit geltenden gesetzlichen Regelung wird bezweifelt. Eine völlige Beseitigung der Schiedsgerichtsbarkeit erscheint, zumal bei der Entwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, nicht erreichbar. Um so mehr ist es erforderlich, die „Rechtstatsachen“ und den Sinn der Rechtsätze zu prüfen.

Die vorliegende Schrift ist ein außerordentlich wertvoller sehr interessanter Beitrag zu diesen Untersuchungen und durchaus geeignet, eine Revision der bisherigen Rechtsprechung herbeizuführen.

Nord geht von der Rechtsprechung, auch derjenigen des RG, aus, nach welcher die deutsche Aufhebungsklage gegen einen ausländischen Schiedsspruch nicht gegeben ist, eine Rechtsprechung, gegen die sich neben dem Verfasser auch Leo bereits gewandt hat und die für die deutschen Schiedsparteien außerordentlich unerwünschte Folgen hat. Er weist mit Recht darauf hin, daß die der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zugrunde liegende Auffassung, der Schiedsspruch sei ein Akt ausländischer Gerichtsbarkeit, auf dem Gedanken der „Urteilstheorie“ beruht und verweist auf die „Rechtstatsachen“, welche ergeben, daß die Einstellung der Schiedsrichter im geraden Gegensatz zur richtigen richterlichen Einstellung steht, daß das Verfahren der Schiedsrichter ein ganz anderes ist, als das der Richter, auch bei den institutionellen Schiedsgerichten. Es sind diese Tatsachen, welche schon vielfach beklagt worden sind.

Verfasser meint nun mit Recht, daß das Schiedsrichteramtsamt mit dem richterlichen Amt nicht auf eine Stufe gestellt werden kann und untersucht die von ihm als grundlegend bezeichnete Frage, ob diese Gleichstellung durch das Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit gerechtfertigt wird. Die Ernennung des Schiedsrichters sei ein reiner Privatakt, ebenso die Tätigkeit des Schiedsgerichts bis zum Erlaß des Schiedsspruches, nicht minder aber der Schiedsspruch selbst. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die schiedsrichterliche Tätigkeit „die zu eigenem Recht übertragene Befugnis sei, auf ein Rechtsverhältnis durch Gestaltung, Bestimmung oder Feststellung seines Inhalts unter der Leitidee der Gerechtigkeit oder Billigkeit einzuwirken“. Daraus ergebe sich, daß die Schiedsrichter auf das Rechtsverhältnis grundsätzlich und unbedingt keinerlei Einwirkung vornehmen könnten, die nicht auch die Parteien selbst hätten vornehmen können, daß sie daher an zwingendes Recht gebunden seien und das Verfahren unzulässig sei, nicht nur wenn sich die Schiedsrichter subjektiv über zwingendes Recht hinwegsetzen (§ 1042 Abs. 2 ZPO.), sondern schon dann, wenn ein objektiver Verstoß gegen zwingendes Recht vorliegt.

Im Zusammenhang damit untersucht Verfasser die Frage, ob die Schiedsrichter an das nachgiebige Recht gebunden sind, welches Recht auf das Schiedsverfahren anzuwenden ist und wie es mit der viel behandelten Frage der stillschweigenden Unterwerfung unter das Schiedsgericht stehe.

Daß alle diese Fragen auch für das internationale Schiedsgerichtswesen, für dieses sogar vielleicht am meisten, erheblich sind, bedarf keiner Ausführung.

Man wird nicht allen vom Verfasser im einzelnen vertretenen Anschauungen beipflichten; aber seine grundsätzliche Anschauung, daß für die Beurteilung der Bedeutung und des Wesens des Schiedsspruches das Wesen des Schiedsvertrages als eines privaten

Vertrages entscheidend, daß die Gleichstellung des Schiedsrichters mit dem ordentlichen Richter nicht anzuerkennen sei, wird die Rechtsprechung nachdenklich machen müssen.

Auf der Urteilstheorie, auf der Anschauung, daß der Schiedsrichter dem ordentlichen Richter gleichgestellt, wenn nicht übergeordnet sei, beruht die gesamte bisherige Rechtsprechung, beruht aber auch die nach der Ansicht des Unterzeichneten durchaus unerwünschte und rechtspolitisch verfehlte Art der bisherigen Entwicklung des deutschen Schiedsgerichtswezens. Fällt diese Anschauung, so wird manche der bisher streitigen Fragen, vor allem auch die Frage der Bindung des Schiedsgerichts an das materielle Recht, sich lösen, manche Unzulänglichkeiten der bisherigen Entwicklung sich beseitigen lassen.

Die Schrift des Verfassers ist daher nicht nur für den Theoretiker und Praktiker interessant, sondern auch außerordentlich verdienstvoll und ein neuer Beleg für die Notwendigkeit, zivilprozessuale Fragen nicht losgelöst von der allgemeinen Rechtstheorie „routinemäßig“ zu behandeln.

Eine Außerlichkeit nebenher: Die Angabe des Verfassers (S. 36) die deutsche *RPD.* spreche in ihrer ursprünglichen Fassung nicht von Schiedsgerichten, sondern nur von Schiedsrichtern, ist irrtümlich. Schon die alte Fassung der *RPD.* kennt den Ausdruck Schiedsgericht (Fassung v. 30. Jan. 1877, § 872; v. 17. Mai 1898, § 871 b).

Ob sie damit einen bestimmten Begriff verbunden hat, ist eine andere Frage. Geh. RA. Dr. Heilberg, Breslau.

**Jakob Gerle u. Max Metzner: Neue Beiträge zum Kartellproblem.** Berlin 1929. Reimar Hobbing. 120 S. Preis 6 M.

In einer Zeit, wo Staat und Wirtschaft sich mehr noch als bisher über die grundsätzliche Einstellung zum Kartellproblem klar werden müssen, können Veröffentlichungen, wie die vorliegende, auf starkes Interesse in breiten Kreisen rechnen, zumal da die Verf. als Leiter der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie seit Jahren selbst im Kartelleben stehen und daher die verwickelte Materie aus eigener Anschauung kennen. Sie haben für ihre Veröffentlichung die Form kurzer Einzelaufsätze über grundlegende wie Spezialfragen der Kartellpolitik wie des Kartellrechts gewählt und verzichtet, wie sie im Vorwort ausdrücklich betonen, auf die Einordnung der einzelnen Beiträge in eine allgemeine Kartelltheorie.

Die Verf. sind grundsätzlich positiv zu den Kartellen eingestellt. Man wird heute die Kartelle als unentbehrliche Organisationsformen weiter Gebiete der deutschen wie der internationalen Wirtschaft, speziell der Industrie, ansehen können, wenn man auch hinsichtlich der Vorteile der Kartellbildung für die Gesamtwirtschaft wohl etwas weniger optimistisch sein dürfte als die Verf.

Die Verf. behandeln in vier Kapiteln die wichtigsten Gegenwartsfragen der Kartellorganisation und -politik. Das erste Kapitel: „Grundlegende Kartellfragen“, bringt einen gedrängten Überblick über die Kartellentwicklung in den letzten Jahren. Wenn hier u. a. auch ein gewisses Vordringen der Kartellidee im Einzelhandel konstatiert wird, so scheint mir hier eine Verwechslung von Einkaufs- und Verkaufsorganisationen vorzuliegen. Ein Vordringen dieser letzteren, die man allein Kartelle im strengen Sinne nennen kann, ist weder im Einzelhandel überhaupt, noch in der besonderen Form des Warenhauses festzustellen. M. E. überschätzen die Verf. auch das Maß der positiven Einstellung wichtiger anderer Wirtschaftszweige, wie des Handwerks, des Großhandels und weiter Teile der verarbeitenden Industrie, zu den Kartellen. Nicht ganz beipflichten kann ich auch den Verf. in ihrem starken Optimismus hinsichtlich einer fortschreitenden Einstellung der Kartelle auf die Förderung der Produktion durch Rationalisierungsmaßnahmen. Von kartellfreundlicher Seite werden die Möglichkeiten für eine Rationalisierung (Kostenenkung) durch die Kartelle noch immer überschätzt, wenn man auch nicht in den entgegengesetzten Fehler der grundsätzlichen Kartellgegner verfallen darf, die in den Kartellen auch heute noch reine Monopolorganisationen sehen, welche Rationalisierungsmaßnahmen in nennenswertem Umfange überhaupt nicht durchführen können. Der Streit um das Wesen des Kartells, der in den letzten Jahren zwischen Vertretern der Wirtschaftswissenschaft wie der Wirtschaftspraxis geführt worden ist, hat m. E. doch die alte Auffassung des Kartells als einer Organisation mit dem Ziele einer möglichst vollständigen Marktbeherrschung nicht erschüttern können — trotz aller bei einer Reihe von Kartellen vorliegenden Ansätze zu einer Ergänzung dieser rein marktorganisatorischen Funktionen durch andere. Über den, wenigstens intentionalen, Monopolcharakter des Kartells läßt sich gar nicht streiten; denn der ist notwendig mit seinem Begriff wie auch mit aller praktischen Kartellpolitik verknüpft. Das kann man betonen, ohne in den Fehler zu verfallen, jedes Monopol als solches zu verwerfen. In dieser Hinsicht bin ich durchaus einig mit den Verf., wenn sie meinen, daß „Marktstellung auch weitsehend und rückwärtsvoll gehandhabt werden könne und nicht notwendig zu Mißbrauch führen müsse“. Wenn man schon in den Kartellen Markt-

organisationen sieht, die für die heutige Wirtschaft auf vielen Gebieten unentbehrlich sind, dann muß man sich eben auch mit ihrer Monopol- oder Quasimonopolstellung abfinden, welche überhaupt erst die Voraussetzung für ihr Wirken schafft.

In dem dritten Abschnitt des ersten Kapitels tritt bei der Behandlung der Zusammenhänge zwischen der Höhe der binnenländischen Kartellpreise und der Exportpreise das Fehlen einer theoretischen Orientierung hervor, ohne welche diese Zusammenhänge nicht hinreichend verständlich erscheinen. Es wäre z. B. ganz interessant zu untersuchen, warum die „bisherige Zoll- und Handelspolitik“ nicht imstande war, die Anarchie des Weltmarktes zu beheben, welche sich vor allem als eine Folge der Vergrößerung des europäischen Produktionsapparates darstellt. Diese Überlegung des Produktionsapparates ist ja zum großen Teil selbst ein Ergebnis jener Zoll- und Handelspolitik.

Das zweite Kapitel behandelt Sonderfragen des Kartellproblems, zunächst die Zahlungsbedingungen der Kartelle. Die Verf. sind hier m. E. zu optimistisch hinsichtlich der Auswirkungen der in den letzten Jahren sehr verschärften Kartellzahlungsbedingungen. In dem Aufsatz über Abnehmerbedingungen scheint mir das Urteil der Verf. über die Abwehrorganisationen gegen die Kartelle, den Zusammenschluß der Abnehmer in Einkaufsgenossenschaften und Abnehmerkonzernen, nicht hinreichend zu berücksichtigen, daß hier eine trotz aller Auswüchse immerhin berechtigte Interessenwahrnehmung gegenüber den Marktorganisationen der kartellierten Industrie vorliegt.

Die von den Verf. im vierten Abschnitt des zweiten Kapitels vorgenommene Unterscheidung zwischen „echten“ und „unechten“ Außenleitern scheint mir weder theoretisch, noch praktisch haltbar; es läßt sich eine Grenze zwischen beiden wohl kaum ziehen. Auch scheint die Wertbetonung, welche die sog. „unechten“ Außenleiter gegenüber den „echten“ mit einem Makel belegt, in der heutigen Wirtschaftsorganisation nicht begründet.

Den Kern des Buches, zugleich den wertvollsten Teil desselben, stellt das dritte Kapitel, „Fragen der Kartellaufsicht“, dar. Was hier über Auskunftspflicht und Publizität, über den Organisationszwang der Kartelle und seine rechtliche Bedeutung gesagt wird, ist sehr beachtlich. Die Verf. weisen nachdrücklich auf die Tatsache hin, daß mit fortschreitender Organisation der Wirtschaft wie auch anderer Gebiete des öffentlichen und privaten Lebens der äußere und der innere Organisationszwang auf den verschiedensten Gebieten in steigendem Umfange in Erscheinung tritt, wenn auch die Verf. in der Aufstellung von Parallelen des Organisationszwanges zwischen dem rein wirtschaftlichen Gebiet und anderen Gebieten des gesellschaftlichen Lebens hier etwas zu weit gehen dürften. Durchaus beipflichten muß man den Verf. darin, daß, wenn man schon Kartelle als notwendige Formen wirtschaftlicher Organisationsmacht anerkennt, man dann auch die Berechtigung eines von den Kartellen ausgehenden Organisationszwanges kaum wird leugnen können — allerdings unter der Kontrolle des Staates, der eine Überspannung dieses Zwanges im Interesse der Gesamtheit bzw. der zunächst Betroffenen verhindern müßte. Auf die Gefahr einer Überspannung des Organisationszwanges weisen die Verf. ausdrücklich hin. Die Frage einer Oberaufsicht des Staates über die Kartelle ergibt sich daraus als notwendige Konsequenz, und so haben die Verf. denn auch einen besonderen Abschnitt den Grundfragen der Kartellaufsicht gewidmet. Die von ihnen hier aufgestellten Leitätze zeigen die Verf. als Vertreter einer gemäßigt liberalen Wirtschaftsauffassung, die einen natürlichen Ausgleich der Marktendenzen und eine automatische Beseitigung einer evtl. durch Kartelle und andere Monopole hervorgerufenen Störung dieses Ausgleichs als gegeben erachten. Angesichts der Tatsache, daß durch die Bildung von Kartellen doch in vielen Fällen eine ungleiche Verteilung der Marktstellung am Markte herbeigeführt wird, wird man den Verf. in ihrem Optimismus nicht zustimmen können, und ebensowenig ihrer grundsätzlichen Ablehnung jeder Kartellsonderaufsichtsgesetzgebung. Die Verf. bekennen sich allerdings schließlich doch zu einer Anerkennung der Kartellaufsicht des Staates, die ihnen angesichts der realen politischen Machtverteilung eben unvermeidbar erscheint.

Aus den bisher in Deutschland und im Auslande gemachten Erfahrungen bei der Durchführung einer staatlichen Kartellaufsicht suchen die Verf. die Folgerung abzuleiten, daß man eine „ideale Form“ einer Kartellaufsichtsgesetzgebung nicht finden könne. Man mag das zugeben, das befagt jedoch keineswegs etwas gegen eine staatliche Kartellgesetzgebung überhaupt, deren auch grundsätzliche Berechtigung heute wohl kaum mehr ernstlich bestritten werden kann. Unbedingt Recht zu geben ist den Verf. aber in der Verwerfung jeder internationalen Kartellkontrolle und der Vereinheitlichung der Kartellgesetzgebung der verschiedenen Länder. Dagegen scheinen mir wieder Bedenken zu bestehen gegen die von den Verf. geforderte Unterstellung auch der öffentlichen Unternehmungen unter die staatliche Kartellkontrolle. Selbst wenn es sich hierbei um öffentliche Unternehmungen mit Monopolcharakter handelt, wie etwa bei gewissen öffentlichen Versorgungsbetrieben, so erscheint hier doch keine staatliche Kontrolle nötig, weil die Kontrolle

grundsätzlich von den betr. lokalen oder regionalen bzw. staatlichen Verwaltungsinstanzen durchzuführen, die Träger jener Unternehmungen sind. Die Parallele zwischen einer Kontrolle der Kartelle und derjenigen einer öffentlichen Unternehmung ist m. E. nicht haltbar. Auch die staatlichen Eingriffe in die Lohnpolitik sind, so sehr die materiellen Einwände der Verf. dagegen berechtigt sein mögen, doch nicht mit einer staatlichen Kartellaufsicht in Parallele zu stellen. Zustimmung wird man den Verf. dann aber in der Ablehnung staatlicher Zwangskartelle; denn diese stellen, wie die Entwicklung der Zwangskartelle des Kohlen- und des Kalibergbaus zur Genüge zeigt, nur schwerfällige, bürokratische Gebilde dar, denen die Möglichkeit zu einer wirklichen Einflußnahme auf eine rationelle Gestaltung der betr. Wirtschaftszweige fehlt. Zustimmung muß man auch hinsichtlich der Forderung der Trennung der privaten und der öffentlich-rechtlichen Seite der Kartellaufsicht, in der Ablehnung der bisher für Kartelle üblichen Sonderjurisprudenz in der bisherigen Form wie auch in der Forderung einer Loslösung der Kartellfrage aus der Politik und Betrachtung derselben unter in erster Linie wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Auch die Forderung des Ausbaus der Einigungsmöglichkeiten in Kartellsachen erscheint durchaus berechtigt.

Im ganzen bietet das vorliegende Buch viel Interessantes und Anregendes zur Kartellfrage. Bei einer eventuellen Neuauflage würde es m. E. viel gewinnen, wenn eine größere Einheitlichkeit des Gesichtspunktes und eine schärfere Formulierung des Wesentlichen durchgeführt würde. Dafür wäre aber eine gewisse „theoretische“ Fundierung auch dieses „praktischen“ Buches empfehlenswert.

N.N. Dr. P. Berkenkopf, Hamburg.

**Das Recht der Reklame.** Von Rechtsanwält Dr. Felix Wolff und Dr. Carl August Crisoff. Berlin 1929. Walter de Gruyter & Co. Preis geh. 20 M., geb. 22 M.

Die Reklame wurde bislang in Deutschland von Handel und Industrie vernachlässigt. Dem „ehrbaren Kaufmann“ aus Vorkriegszeiten erschien es unwürdig, für Geschäft und Waren „Reklame zu machen“. Diese Beobachtung konnte man namentlich bei den hanseatischen Großkaufleuten machen; Einzelhändler und einige Zweige der Industrie hatten schon früher die Bedeutung der Reklame erkannt und dementsprechend ausgebehntere Werbetätigkeit entfaltet.

In der Zwischenzeit hat sich die Reklame, insbesondere unter amerikanischem Einfluß, auf dem Weltmarkt zu einer Macht herausgebildet. Dadurch werden Handel und Industrie auch in Deutschland gezwungen, mit Werbemitteln zu arbeiten, wenn sie konkurrenzfähig bleiben wollen. Der Standpunkt, daß die gute Ware sich selber anpreist und daß Reklame nur für minderwertige Waren gemacht würde, ist in Deutschland heute überwunden. Die Bedeutung, die die Reklame für die ganze Welt gewonnen hat, trat klar auf dem Berliner Weltreklamekongreß zutage. Inwiefern das Wirtschaftsleben eines einzelnen Landes, die Handelsbeziehungen zwischen mehreren Ländern, die Steigerung des Absatzes auf dem Weltmarkt und damit die Produktion in den einzelnen Industrien durch die Reklame beeinflusst wird, legten die berufendsten Vertreter aller Länder klar. Wünschenswert ist, daß der Ausbau der Reklame wissenschaftlich erfolgt, und daß erfahrene Reklamesachleute beim Ausbau hinzugezogen werden.

Ein Gebiet, das auf der ganzen Berliner Tagung nicht mit einem einzigen Wort berührt wurde, ist das Recht der Reklame. Es handelt sich hierbei um keine Unterlassungszwänge, sondern um eine ganz verständliche Erscheinung; denn ein Recht der Reklame oder, wie Elster es erst kürzlich in seinen Ausführungen über den Schutz von Inseraten, Reklamevorlagen und Reklameschlagworten in GenRSch. 1929, 443 nannte, ein „Werberecht“ gibt es nicht. Ein verwandtes Problem, das den Reklamesachmann beschäftigt, auch in Berlin viel beschäftigte, ist die Ethik der Reklame. Leitsätze der Reklameethik, wie das Erfordernis der Wahrheit und Lauterkeit in der Reklame, mögen hier und da ihren Niederschlag in gesetzlichen Bestimmungen gefunden haben. Von einem Recht der Reklame kann man schon aus dem Grunde nicht sprechen, weil es positive juristische Grundsätze über die Werbung nicht gibt.

Nur einige wenige Vorschriften beschäftigen sich mit der Reklame unmittelbar, auch diese nur in negativem Sinne, d. h. nicht mit der gefunden lauterer Reklame, sondern mit der unlauteren Reklame, die sie in einer ganz bestimmten Richtung tatbestandsmäßig erfassen und unterjagen (z. B. §§ 3, 4 UnWb. und in gewisser Beziehung auch § 18 Abs. 2 SGB.). Daneben gibt es Bestimmungen, die in Beziehung zur Reklame gebracht werden können. So kann z. B. der Werbende mit seiner Reklametätigkeit gegen Bestimmungen des Privatrechts oder öffentlichen Rechts verstoßen. Ferner sind die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Personen, die durch Werbetätigkeit entstehen, oder die begründet werden, um Werbetätigkeit auszuüben, nach den allgemeinen Vorschriften des Privatrechts (Vertrag, Kauf, Miete usw.) zu beurteilen. Ein Zusammenhang zwischen den einzelnen Bestimmungen, der uns berechtigt, von einem einheitlichen Werberrecht zu sprechen, besteht nicht.

In dem vorliegenden Buch haben sich die Verfasser die Auf-

gabe gestellt, alle irgendwie mit der Reklame oder der Reklametätigkeit in Beziehung zu bringenden Vorschriften zusammenzustellen und sie durch zahlreiche, fast durchweg der Judikatur entnommene Beispiele zu erläutern. Das Beispiel vom „Erzbischoff Cohn“ dürfte nicht der Rechtspredigung entnommen sein. Jedenfalls fehlt die Fundstelle.

Die Verfasser haben den Stoff geliebert, indem sie zuerst die auf das Objekt der Reklame Bezug habenden Bestimmungen dargestellt und dann in einem zweiten, naturgemäß sehr viel umfangreicheren Teil die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Beschränkungen der Reklamekundgebung geschildert haben. Hieran schließen sich Ausführungen über die rechtliche Natur der Werbekundgebungen und den Reklamevertrag. Im ersten Teil, der das Reklameobjekt behandelt, wird das Recht des Namens (bürgerlicher Name und Firma) und der Bezeichnung (Schlagwort, Marke, Etablissementsbezeichnung) geschildert. Diese Vorschriften finden dann nochmals Erwähnung im zweiten Hauptteil unter den privatrechtlichen Beschränkungen. Sie stehen hier zusammen mit einzelnen Vorschriften aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und den mit der Reklame in Verbindung zu bringenden Bestimmungen des Warenzeichens-, Patent- und Urheberrechts.

Diese Systematik halte ich nicht für glücklich. Es werden, ohne daß nach außen hin eine Unterscheidung hervortritt, Bestimmungen zusammengefaßt, die ihrem ganzen Wesen nach auf vollkommen verschiedenen Grundsätzen aufgebaut sind. Die Bestimmungen über das Namensrecht und damit über Firmenschutz nach § 12 BGB., über Bezeichnungsschutz nach § 16 UnWb., sind Schutzvorschriften, die in der Hauptsache zum Schutze einer bestimmten Person getroffen sind. Es sind weniger Beschränkungen der Reklame, vielmehr handelt es sich um einen Schutz desjenigen, der lautere Reklame macht und der nicht durch verwechslungsfähige Reklame eines Dritten gestört oder geschädigt werden soll. Wenn man schon von Beschränkungen reden will, so handelt es sich lediglich um relative Beschränkungen, d. h. nur gegenüber demjenigen, die als Namens-träger, als Firmeninhaber, als Urheber, als Zeichen- oder Patent-inhaber einen Schutzanspruch gegenüber Eingriffen in ihre Rechtssphäre haben. Als äußerliches Merkmal tritt in Erscheinung, daß aktiv legitimiert in all diesen Fällen nur der Verletzte ist.

Andererseits die Bestimmungen, die eine absolute Beschränkung für die lautere Reklame festsetzen. In ihnen wird bestimmt, daß eine tatbestandsmäßig ersafte Reklametätigkeit nicht ausgeübt werden darf. Diese Beschränkung ist allgemein. Ihre Übertretung kann von jedem, der irgendwie an der Verfolgung der unlauteren Reklame wirtschaftlich interessiert ist, bekämpft werden. Hier ist, m. E. zu Unrecht, unter den Bestimmungen des § 18 Abs. 2 SGB. unerwähnt geblieben, der zwar im ersten, nicht aber im zweiten Teil genannt ist.

Auf die Bemerkungen zu den einzelnen Vorschriften hat diese etwas schiefe Einteilung kaum Einfluß, weil die Ausführungen sich im wesentlichen stets nur auf den einzelnen Paragraphen beziehen. Das Buch will aber nach seiner ganzen Ausmachung nicht lediglich eine Kommentierung der einzelnen in Betracht kommenden Bestimmungen geben, sondern eine Darstellung des Rechtes der Reklame sein; die Verfasser führen im Vorwort ausdrücklich aus, daß es nicht zu beanstanden sein dürfte, die Reklame als ein besonderes Gebiet der Rechtsbetrachtung zu behandeln, also systematisch. Das System soll, da es nach ihrer eigenen Ansicht eine Systematik der Reklame, d. h. ein nach bestimmten Grundsätzen geordnetes Rechtsgebiet der Reklame nicht gäbe, darin liegen, daß die Materie nach bestimmten Grundsätzen geordnet betrachtet wird. Dann müssen ihrem inneren Wesen nach ungleichartige Vorschriften genügend getrennt werden. In diesem Falle müßte also Art und Grund der Beschränkung berücksichtigt werden.

Der Hauptwert des Buches liegt in der umfassenden Darstellung aller in Betracht kommenden Vorschriften. Jeder, der sich mit den gesetzlichen Schranken und den gesetzlichen Grundlagen der Reklame und der durch die Reklame geschaffenen Beziehungen befassen will, wird, wenn er dieses Buch um Auskunft fragt, eine Antwort oder jedenfalls eine grundsätzliche Auseinandersetzung finden, die es ihm ermöglicht, den Einzelfall zu entscheiden. Das Buch wird daher sich viele Freunde erwerben und in gleicher Weise Bedeutung gewinnen für Reklameberater, Kaufleute, Rechtsanwält und Richter.

Es möge mir erlaubt sein, zum Schluß noch einige Sonderwünsche vorzutragen, die vielleicht bei einer späteren Neuauflage Berücksichtigung finden könnten.

Die Zitierweise der Entscheidungen ist nicht einheitlich. Während ein großer Teil der Entscheidungen mit Zitaten aufgeführt ist, ist an vielen anderen Stellen nur vermerkt, daß Urteile eines bestimmten Inhalts ergangen sind, ohne daß angegeben ist, um welchen Fall es sich im besonderen handelt und wo dieses Urteil abgedruckt ist. Da Entscheidungen fast stets auf den Einzelfallbestand zugeschnitten sind, ist es für den, der sich mit einer Einzelfrage genauer beschäftigen muß, unbedingt notwendig, die vollständigen Gründe zur Lösung heranzuziehen. Ferner sei darauf hingewiesen, daß es auf Seite 263 anstatt „eine“ richtiger „die Deutsche Grammophon-A.-G.“ heißt. Es handelt sich um die Firma der

klagenden Aktiengesellschaft und nicht um eine Gattungsbezeichnung. Auf Seite 225 muß es heißen: „Das Firmenrecht ist stärker als das Namensrecht“ und nicht umgekehrt.

N.N. Dr. Kurt Bußmann, Hamburg.

### Dr. Emanuel Adler: Rechtsfälle aus dem Arbeitsrecht.

Verlag Perles, Wien.

Diese in der Sammlung von Petschek erschienenen 75 Rechtsfälle aus dem Arbeitsrecht sind bestimmt für „Studenten und Anwärter juristischer Berufe“. Mit Rücksicht auf den beschränkten Rahmen sind im wesentlichen Fälle aus dem allgemeinen Vertragsrecht gegeben, wenn auch eine Reihe von Sondergesetzen Beachtung finden muß, wie das AchtstundentagG., das BetrRG., die RD. usw. Die Gebiete der Sozialversicherung und des technischen Arbeiterschutzes sind mit Vorbedacht ausgeschlossen.

Die Fälle sind, wie das Vorwort ankündigt, durchweg dem Leben entnommen. Darin liegt ihr besonderer Wert. Der angehende Jurist sieht hier in eine Welt, wie sie ist, und macht sich nicht auf Grund theoretischer Fälle Vorstellungen von Dingen, deren Wirklichkeit er dann vergeblich sucht.

Eine Reihe der Beispiele eignet sich auch für mündliche Behandlung, wie z. B. 39, 44, 61, 63, 70, 71, 74. So wird das Büchlein dem Rechtslehrer eine willkommene Unterstützung bieten. Zum Selbststudium für den reichsdeutschen Studenten ist es weniger geeignet, da vielfach österr. Gesetzesbestimmungen zitiert werden, deren entsprechende deutsche dem Studenten nicht immer geläufig sein werden oder die eine Parallele in reichsdeutschen Gesetzen nicht haben. Würde der Verf. bei einer zweiten Auflage des Büchleins die entsprechenden deutschen Bestimmungen ebenfalls zitieren, so würde seine zu wünschende Verbreitung sicherlich gefördert werden.

N.N. Dr. Heinz Harnsen, Hamburg.

### Dr. Albert Ehrenzweig: Rechtsfälle aus dem Recht der Vertragsversicherung. Wien. Verlag Perles. 144 S.

Die Sammlung legt von neuem das schönste Zeugnis ab für das ehrliche Streben des auch in Deutschland zu den bekanntesten Versicherungsrechtlern gehörenden Wiener Gelehrten um Vertiefung des Versicherungsrechts und um Verbreitung seiner Kenntnis. Der Verf. meint zwar, daß die Sammlung als „akademischer Lehr- und Lernbehelf“ keine Verwendung finden wird, weil in Österreich niemand Versicherungsrecht studiert, trotzdem hofft er den Anwärtern der Justizberufe und der Versicherungsbeamten dienstlich zu sein. Ich halte diese Beurteilung der Verwendungsmöglichkeit des Buchs weder nach ihrer pessimistischen, noch nach ihrer optimistischen Seite hin für richtig. Wie auch die Verhältnisse in Österreich liegen mögen, bei der großen Ähnlichkeit zwischen dem österreichischen und dem deutschen Versicherungsrecht wird die Sammlung jedenfalls in dem Lehrbetrieb der deutschen Universitäten gern benutzt werden. Wenn auch nur an der Hamburgischen Universität ein besonderer Lehrstuhl für Versicherungsrecht besteht, so wird an der Mehrzahl der deutschen Universitäten Privatversicherungsrecht gelesen und in seminaristischen Abungen gepflegt, in Hamburg in besonders starkem Umfange. Dagegen bezweifle ich, ob Versicherungsbeamte nach des Tages Lasten und Mühen noch Zeit zu der Beschäftigung mit anderen „Fällen“ als mit denen, die sie berufsmäßig bearbeiten müssen, finden werden.

Die Sammlung ist entsprechend der hohen wissenschaftlichen Einstellung und den praktischen Erfahrungen des Verf. sehr geschickt ausgewählt. Alles in allem sind die gestellten Fragen nicht besonders schwer zu entscheiden, so daß sie mehr für Anfänger als für Vorkandidaten in Betracht kommen. Die Transportversicherung ist stiefmütterlich, die Seeversicherung ist gar nicht berücksichtigt, obgleich beide Versicherungszweige eine Fülle interessanter Probleme aufweisen, die auch in den übrigen Interesserversicherungszweigen allerdings oftmals verändert eine Rolle spielen. Es ist aber vom Standpunkt des österreichischen Verf. verständlich, wenn er zunächst seine Aufmerksamkeit der Lebensversicherung und der Interesserversicherung, abgesehen von Transport- und Seeversicherung, zugewendet hat. Vielleicht füllt er die Lücke in der zweiten Auflage, die dem Buche baldigt zu wünschen ist, aus.

Prof. Dr. Bruck, Hamburg.

### Dr. Rudolf Callmann, Rechtsanwalt am Landgericht in Köln:

Der unlautere Wettbewerb, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und zu den materielle rechtlichen Vorschriften des Gesetzes zum Schutze der Warenzeichnungen. Mannheim 1929. J. Bensheimer. XV und 501 S. Preis brosch. 22 M., geb. 26 M.

#### I.

Es ist erstaunlich und bewundernswert, welche überreiche Fülle von Material in dem jetzt vorliegenden Kommentar von Callmann bearbeitet ist. Rspr. und Schrifttum werden ausgiebig und wie mir scheint vollständig berücksichtigt. Das später abgeschlossene, bei Otto Siebmann erschienene Werk von Baumbach konnte naturgemäß nicht verwertet werden. Eine einigermaßen aus-

führliche Besprechung der umfangreichen Arbeit ist nicht möglich, weil hierzu zu vielfaches des zur Verfügung stehenden Raumes erforderlich wäre. Die nachfolgende Besprechung darf sich deshalb darauf beschränken, einige besonders wesentliche Probleme zu behandeln, die in dem Kommentar von Callmann erörtert sind:

1. Der Verf. steht auf dem Standpunkt, daß das geschützte Rechtsgut kein Persönlichkeitsrecht ist. Er bezeichnet (§. 27) das Recht am Unternehmen als Schutzgegenstand und kommt damit zu demselben Ergebnis wie Baumbach (§. 126, 128). Es ist zuzugeben, daß diese neuere Lehre sehr vieles für sich hat, und daß sie dazu beitragen kann, die Lösung manchen Problems zu erleichtern.

2. Callmann hat in seinem Aufsatz in MuW. XXVI, 379 f., mit Recht darauf hingewiesen, daß eine systematische Gliederung der unter § 1 UnWb. fallenden Tatbestände nicht mehr zu entbehren sei. Der Vortrag von Jsay v. 19. Jan. 1928 (vgl. GewREch. 1928, 71) beweist die Dringlichkeit der Problemlösung. Wenn diese weder in dem ganz ausgezeichneten Werk von Baumbach, noch in der hier vorliegenden, besonders sorgfältigen und umfassenden Arbeit von Callmann zu finden ist, so beweist dies die ungeheure Schwierigkeit der Aufgabe. Ich habe an anderer Stelle (GewREch. 1927, 86) auf die Einteilung von Kohler verwiesen, der die Merkmale unlauteren Wettbewerbs in der Irreführung oder in der Vergewaltigung (Feindseligkeit) erblickt. Diese Einteilung halte ich, auch vom Standpunkt der Rechtsentwicklung aus betrachtet, für die jetzt noch zutreffende. Die Anerkennung dieser Einteilung würde mit einem Schlag jene Phrasologie beseitigen, die Callmann schon GewREch. 1928, 251 treffend gegeißelt hat und die er in seinem Kommentar (§. 115 f.) in gleichem Sinne behandelt. Dort hebt Callmann mit Recht hervor, daß der Begriff „Ausbeutung fremder Arbeit“ sich zum rechtswissenschaftlichen Kunstausdruck nicht eignet. Daß dieser verfehlt Ausdruck unvermeidbar ist, kann ich nicht zugeben. Wie gefährlich er ist, beweisen gerade die weiteren Ausführungen von Callmann, in denen davon gesprochen wird, daß fremde Arbeit nicht ausgebeutet werden dürfe. Wie mir scheint, verfällt hier der Verf. doch etwas in den Fehler, den er selbst gerügt hat. Will man der dort behandelten Frage objektiv näher kommen, so muß man zunächst einen Ausdruck ausscheiden, der gefühlsmäßig die Verantwortung vorwegnimmt. Das Wort „Ausbeutung“ trägt schon in sich eine Verurteilung und bedeutet für den, der in der sog. Ausbeutung noch nichts an sich Sittenwidriges erblickt, eine Hemmung bei der Urteilsfindung. Die Frage ist nüchtern dahin zu stellen, ob eine nach Spezialgesetzen nicht verbotene Benützung fremder Arbeitsleistung oder fremden Arbeitsergebnisses sittenwidrig ist. Die Beantwortung kann nur dahin lauten, daß diese Frage nach den gleichen Gesichtspunkten zu behandeln ist wie die nach der Sittenwidrigkeit irgendeiner Wettbewerbsbehandlung. Die Benützung kann, was freilich die Ausnahme bilden dürfte, eine Feindseligkeit im Kohler'schen Sinne darstellen. Sie kann — das ist die Regel — auf eine Irreführung des Verkehrs hinauslaufen. Trifft eines dieser Merkmale zu, dann und nur dann ist die an sich nicht verbotene Benützung fremder Arbeitsleistung oder fremder Arbeitsergebnisse sittenwidrig.

Einen wesentlichen Fortschritt in der Systematik des Wettbewerbsrechtes bringt die Arbeit von Callmann insofern, als sie, im Gegensatz zu der Rspr., betont, daß die Unlauterkeit der Wettbewerbsbehandlung nicht in ihrem Ziel, sondern nur in ihrem Mittel liegt (§. 36; vgl. auch Baumbach, §. 122 und meine Abhandlung; GewREch. 1927, 85).

3. Von besonderem Interesse sind die Ausführungen auf §. 55 über die Rechtsanwendung. Callmann beschäftigt sich mit der von Jsay (GewREch. 1928, 71 f.) erhobenen Forderung bezüglich der Aufstellung von Normen. Callmann schließt sich dieser Ansicht nicht an. Ob er aber diese Auffassung beibehält, wenn er das nach Abschluß seiner Arbeit erschienene Werk von Jsay „Rechtsnorm und Entscheidung“ berücksichtigt, ist eine andere Frage. Die tiefgründige Untersuchung von Jsay hat m. E. eine so überwältigende Überzeugungskraft, daß man sich ihr nicht entziehen kann.

4. Neben dem § 1 bildet der § 16 UnWb. das Schmerzenskind der Rspr. und wohl auch aller derer, die sich hiermit befassen. Callmann behandelt die hierbei auftauchenden Probleme mit einer Sorgfalt und Gründlichkeit, die es dem kritischen Betrachter schwer machen, den gefundenen Ergebnissen nicht allenthalben zuzustimmen. In dem Meinungsstreit über die Benützung des eigenen Namens als Firma stimmt Callmann im wesentlichen der Rspr. des RG. zu. Doch ist er mit dem Wagner-Urteil, das auch sonst von Anhängern der Rspr. des RG. bekämpft wird, nicht einverstanden. Gegenüber den Ausführungen von Callmann möchte ich, von meinem Standpunkt aus gesehen, auf die zwar in der Form scharfe, im Ergebnis aber zutreffende Kritik verweisen, die der Rspr. des RG. in dem Kommentar von Baumbach, §. 323 f., zuteil geworden ist. Nur auf zwei Einzelfragen möchte ich kurz eingehen:

Callmann fordert wegen der Entsch. des Falles Stoll-

werk die Abänderung des § 18 HGB. dahin, daß dem Einzelkaufmann bei Vorliegen triftiger Gründe die Wahl einer mit dem Familiennamen nicht übereinstimmenden Firma gestattet sein müsse (§. 373). Sowohl dem englischen Recht, als auch dem französischen Recht ist der für den deutschen Einzelkaufmann geltende Benutzungszwang des eigenen Namens unbekannt. Dennoch ist bisher keine rechtskräftige Entsch. bekanntgeworden, in welcher — vom Falle des Betrugs abgesehen — die englische oder französische Npr. dem Einzelkaufmann die Benutzung seines Namens zur Firmenbildung untersagt hätte. Das freilich ist nicht bestreitbar, daß der Respekt vor dem firmenrechtlichen Zwang nach § 18 HGB. weniger imponierend ist als die beispielsweise dem englischen, besonders aber auch dem französischen Recht eigentümliche Achtung vor dem Recht zum Gebrauch des Familiennamens.

Über die warenzeichenrechtliche Seite der Frage handelt sehr ausführlich die Ausführungen von Callmann auf S. 370 f. Auch hier stimme ich mit dem Verf. nicht überein, möchte mich aber an dieser Stelle damit begnügen, auf die Bemerkungen bei Baumbach S. 119 und 316 zu verweisen.

Diese hier angedeuteten Meinungsverschiedenheiten sollen und dürfen nicht in Frage stellen, daß das Werk von Callmann auf dem Gebiete des Wettbewerbsrechtes im weitesten Sinne eine Bearbeitung darstellt, die eine vollkommene Durchdringung einer fast uferlos gewordenen Rechtsmaterie bedeutet. Es gibt keine Frage, mit der sich der Verf. nicht auseinandersetzt und für die er nicht die Belege aus der Npr. und dem Schrifttum sorgfältig würdigt. Wer sich an der Hand dieses umfassenden Kommentars mit den verschiedenen Problemen des Wettbewerbsrechtes beschäftigt, erkennt, gleichgültig, welche Stellung er zu den Einzelheiten einnimmt, wie ungeheuer groß die Rechtsunsicherheit gerade auf diesem Gebiete geworden ist. Wenn deshalb, namentlich von dem Schriftleiter dieser Zeitschrift, wiederholt (vgl. z. B. Gew.-Rech. 1928, 211) das Verlangen nach größerer Rechtsicherheit gestellt worden ist, so kann dem nur zugestimmt werden. Jede gründliche Bearbeitung der Materie rückt dieses Ziel näher; der vorliegende Kommentar bedeutet auf diesem Gebiet eine wichtige Etappe.

RA. Dr. Hans Kirchberger, Leipzig.

## II.

Dem umfangreichen Baumbachschen Werk ist in wenigen Wochen eine gleich umfangreiche Schrift gefolgt. Ihr Verf. ist zwar durch wiederholte kleinere Aufsätze bekannt. Die vorliegende Schrift rückt ihn mit einem Schläge in das helle Licht der breiten Öffentlichkeit, in die vordere Reihe wissenschaftlicher Frontkämpfer. Die Überschrift entspricht nicht vollständig dem Inhalt; er ist reicher, als der Titel angibt. Das Werk ist nicht nur ein Kommentar, sondern die Verbindung eines Kommentars mit einem Lehrbuch. Die als „Einleitung“ bezeichnete 70 eng bedruckte Seiten Darstellung wäre eine geeignete Unterlage für ein Kolleg über Wettbewerbsrecht; sie enthält weit mehr, als an den meisten Hochschulen über diesen Gegenstand gelehrt zu werden pflegt. Sie ist eine hervorragende Leistung; ausgezeichnet in ihrer Anordnung; übersichtlich in ihrer Einteilung; klar in ihrer Ausdrucksweise. Besonders gelungen erscheinen mir die Abschnitte „Die Persönlichkeit“ und „Das Unternehmen“. Mit Gründlichkeit und Liebe ist auch „Der Unterlassungsanspruch“ behandelt. Die Ausführungen über das „Wesen des Wettbewerbsrechtes“ verraten ein tiefes Eindringen in die wirtschaftlichen und rechtspolitischen Grundgedanken. Überhaupt begnügt sich der Verf. niemals mit den Erscheinungen, wie sie an der Oberfläche zutage treten, sondern überall sucht er das eigentliche Wesen der Dinge zu erfassen. Sein Werk zeigt, wie wenige, den engen Zusammenhang zwischen dem eigentlichen Wettbewerbsrecht und den übrigen Rechtsgebieten und die untölpliche Verbundenheit zwischen Recht und Wirtschaft. Auf die wirtschaftliche Seite weist der Verf. häufig und offenbar gern hin, und er bestärkt damit die Erfahrungen, die ich in meinen Vorlesungen über Wettbewerbsrecht häufig gemacht habe: Das heutige Geschlecht, welches nicht mehr das A und O aller Rechtsweisheit in den allein selig machenden Pandekten sucht, bringt dem engen Zusammenhang zwischen Recht und Wirtschaft ein Verständnis entgegen, welches noch vor einem Menschenalter kaum ein Rechtsgelehrter besaß — außer Josef Kohler.

Der Hauptteil des Werkes (S. 91—458) ist den „Erläuterungen“ gewidmet. Die Generalklausel des § 1 ist selbstverständlich im Zusammenhang mit § 826 BGB. behandelt, der Begriff der „guten Sitten“ glücklich herausgearbeitet. Der Verf., der in seiner Kritik der höchst richterlichen Rechtsprechung sich einer großen Zurückhaltung befleißigt, bewilligt sogar dem allgemein verurteilten „Anstandesgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ mildernde Umstände und beauftragt sich hierfür auf eine Bemerkung von Fuchs: JW. 1917, 633, der eine buchstäbliche Auslegung der reichsgerichtlichen Worte für einen Verstoß gegen § 133 BGB. erklärt hat. So sehr man sich über die temperamentvollen Worte freuen darf, mit denen der alte erfahrene Richter Baumbach obigen Ausdruck bekämpft, so angenehm wird es berühren, daß der noch jugendliche Anwalt Callmann in seinem ersten großen Werk dem höchsten deutschen Gericht gegenüber eine bescheidenere Sprache führen zu sollen glaubt. Die

Bescheidenheit wirkt besonders wohlthuend auf einem Gebiete, wo die Ansichten oft hart aneinanderprallen, und die Kritik nicht immer die Grenze strenger Sachlichkeit einzuhalten pflegt.

Musterhaft ist die Behandlung des „Mißbrauchs gewerblicher Kennzeichnungsmittel“ (§ 16 UnWbG. i. Verb. m. § 12 BGB., § 37 Abs. 2 HGB. und § 14 WbzG.). In 154 Anmerkungen, von denen manche wiederum in mehrere Unterabteilungen zerfallen, wird der umfangreiche Stoff erläutert (S. 262—386). Die „Inhaltsübersicht“, die allein ein und eine halbe Seite einnimmt, erleichtert es sehr, schnell das zu finden, was man sucht. Besonders gelungen sind die Teile „Namens- und Firmenschutz“, „Schlagwort und Schlagbild“ und die gedrängte, aber inhaltsvolle Darstellung des „Schutzes des eingetragenen Warenzeichens“.

Auf weitere Einzelheiten des Werkes einzugehen, erscheint mir in dieser Ankündigung nicht der richtige Ort. Hervorzuheben ist der außergewöhnliche Reichtum an Fundstellen. Derartig viele Entscheidungen habe ich noch in keinem einzigen Buche gefunden. Der Verf. hat offenbar vorausgesehen, daß ihm dies von der Kritik vorgehalten werden könnte, und hat sich gegen etwaige Vorwürfe schon in seinem „Vorwort“ verteidigt, und zwar so erfolgreich, daß er mich überzeugt hat. Er sagt nämlich:

„Rechtsprechung und Schrifttum habe ich trotz der heute vielfach bestehenden Scheu, Bücher mit Zitaten zu belasten, mit möglichster Vollständigkeit zu bearbeiten versucht (berücksichtigt bis 1. Febr. 1929). Wahllose Vollständigkeit war jedoch nicht mein Ziel. Der Kenner der Materie vermag von den ihm vertrauten Grundrissen ausgehend die Prüfung des Einzelfalles vorzunehmen. Der weniger Kundige wird gern die Mannigfaltigkeit möglichst vieler Tatbestände auf sich wirken lassen, um selbst in der Fülle der Kasuistik das Grundfällige zu gewinnen. Je größer das ihm gebotene Material, um so stärker die Eindrücke, die ihm vermittelt werden können. Hinzu kommt ein praktischer Gesichtspunkt: Die Spezialzeitschriften des gewerblichen Rechtsschutzes sind nicht jedem zugänglich; die Wahrscheinlichkeit, daß von dem Leser, dem nicht eine umfangreiche Rechtsprechung geboten wird, die angeführten Zitate nicht nachgeprüft werden können, ist sehr groß.“

Mein Streben war, den Leser dieses Buches des Geistes einen Hauch verspüren zu lassen, der die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die lebensvolle Arbeit der Männer erfüllt, die sich in den letzten Jahrzehnten der Fortentwicklung des gewerblichen Rechtsschutzes gewidmet haben.“

Obwohl man ein derartiges Werk erst allmählich richtig kennenlernt, glaube ich doch, auf Grund einer langjährigen Erfahrung voraussetzen zu dürfen, daß Callmanns „Wettbewerb“ den Wettbewerb mit den bekanntesten großen Werken über Wettbewerb erfolgreich bestehen wird. In dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum hat man oft beobachtet, daß Angebot Nachfrage hervorruft, und das gilt auf einem Sondergebiete in verstärktem Maße. Der neue „Callmann“ wird auch von denjenigen begrüßt werden, die sich erst eben den „Baumbach“ angeeignet haben; er wird das bisherige Schrifttum nicht verdrängen, aber es ergänzen. Das Wettbewerbsrecht steht erst am Beginn seiner Entwicklung; jeder, der an seiner Vertiefung mitarbeitet, ist willkommen; er dient der Wissenschaft, der Wirtschaft und mehr das Ansehen des Vaterlandes.

RA. Prof. Dr. Martin Wassermann, Hamburg.

## Dr. Arthur Rußbaum: Die Bilanz der Aufwertungstheorie.

Tübingen 1929. J. C. B. Mohr. Preis 1,50 M.

Der Verfasser hält sich an die Überschrift, die er seiner kurzen Schrift auf den Weg mitgegeben hat: Eine klare Bilanz, die auf alles schmückende Beiwerk verzichtet. Und jedem lesbar und verständlich ist der Saldo auf Gewinn- und Verlustkonto hervorgehoben: Die über das Aufwertungsrecht hinausgehende Erschütterung des grundsätzlichen Verhältnisses zwischen Richter und Gesetzgeber.

Man braucht auch kein Bücherrevisor zu sein, um zu erkennen, daß dieser Saldo ein Verlustsaldo ist, daß der Einbruch der Npr. in den Bereich des Gesetzgebers nicht als Gewinn gebucht wird. Hier wird der Streit einjagen, während die Kritik Rußbaums an der Art, wie das RG. das von ihm selbst aufgegriffene und heute sanktionierte Problem der Aufwertung an sich behandelt hat, kaum ernsthafte Gegner finden dürfte.

Die Schrift ist ein Vorstoß in der Richtung, die Ordnungsfunktion des Rechts wieder dem allgemeinen Interesse näher zu bringen, in erster Linie wohl auch dem Interesse desjenigen Gerichts, welches nur auf dieser Funktion willen geschaffen worden ist.

Nur wer Stoff und Form souverän beherrscht, konnte in so knappem Rahmen den Vorstoß so wichtig gestalten.

RA. Dr. H. W. Hoek, Hamburg.

**Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.** Herausgegeben von Prof. Dr. Egger, Prof. Dr. Escher, Prof. Dr. Robert Haab und Bundesrichter Dr. S. Djer. 4. Bd. Das Sachenrecht v. Prof. Dr. Robert Haab. 2. Aufl. 1. Lieferung. Zürich 1929. Verlag Schulthess & Co. Preis 4 M.

Die 1. Aufl. dieses Komm. erschien 1909 — vor Kraftbeginn des ZGB. — aus der Feder von Carl Wieland. Die Aufgabe,

der Einführung in das neue Recht zu dienen, hat sie voll erfüllt. Daß sie im Laufe der Jahre veralten mußte, ist selbstverständlich. Leemann's Rechtsflügel Komm. (I 1920, II 1925) lief ihr den Rang ab. Zu einer Neubearbeitung konnte sich Wieland selbst leider nicht entschließen. Prof. Haab, dem sie übertragen wurde, hat, soviel die vorliegende 1. Lieferung erkennen läßt, nach Form und Sache ein neues Werk verfaßt. Seiner Fertigstellung darf man mit vertrauensvoller Erwartung entgegensehen.

Prof. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

**Das europäische Expeditorenrecht.** Sammlung von Darstellungen des Expeditoren- und Privatlagerrechts. Mit einem Geleitwort von Senatspräsident Dr. Siegmund Grünberg, Professor an der Hochschule für Welthandel in Wien. Deutschland, England, Frankreich (und Belgien), Italien, Österreich, Rußland, Schweiz, Ungarn. Bearbeitet von den Syndizi und Rechtsanwälten Dr. Karl Schweinburg, Wien, Dr. Josef Mangold, Budapest, und Dr. Paul Dumont, Bern, ferner von Oberlandesgerichtsrat Dr. Otto Weinberger, Wien, und russ. Rechtsanwalt M. J. Rabinowitsch, derzeit in Berlin. Wien 1929. Zoll-, Expeditoren- und Schiffszeitung.

Dieses Buch enthält eine dankenswerte Sammlung von Aufsätzen, die die als Verlag zeichnende Zeitschrift veröffentlicht hatte. Es ist zwar noch nicht das europäische Expeditorenrecht in vollem Umfang, aber doch die Wiedergabe dieses Rechts für einen erheblichen Teil Europas. Die Aufsätze haben in erster Linie die Bedürfnisse des Expeditors im Auge, aber der Expeditur muß ja im Bereich seines Faches auch ein halber Jurist sein, und so geben denn auch diese von hervorragenden Sachkennern geschriebenen, guten, z. T. ausgezeichneten Abhandlungen auch für den Juristen eine vorzügliche Übersicht. Für Fragen wie die des Rechtscharakters der Expedition, die Haftung, die Haftungsbeschränkungen ist die Gegenüberstellung der verschiedenen Rechtssysteme außerordentlich aufschlußreich, auch wenn manche juristisch interessante Einzelfrage nicht eingehender behandelt werden konnte. Fürs deutsche Recht nennen wir dafür z. B. den Gegensatz von Zwischenexpedition und Unterexpedition, ferner die Haftung bei Abweichungen von den Weisungen des Auftraggebers, — hier kann man zweifeln, ob bei dem auf S. 39 fürs ungarische Recht gekennzeichneten Gegensatz von Recht des deutschen Handelsgesetzbuchs aus diesem die richtigen Folgerungen gezogen werden. Allerdings hat der Verfasser dieses Aufsatzes hier das österreichische Recht, also das allg. deutsche Handelsgesetzbuch und nicht das jetzige HGB. vor Augen; ob sich aus dem Gesetz selbst aber ein Unterschied ergibt, muß wohl bezweifelt werden.

Die Reihenfolge der einzelnen Länder ist eine andere, als auf dem Titelblatt angegeben: Österreich steht am Beginn und schon vermöge der Persönlichkeit der meisten Verfasser im Mittelpunkt; dann folgen Deutschland, Ungarn und darauf erst, auch in z. T. anderer Reihenfolge, die übrigen Länder.

Noch ein Punkt, der ebenfalls zunächst als bloße Außerlichkeit erscheint: nicht nur in juristischen Büchern, aber in diesen besonders, sollte man auf richtige Wiedergabe von Namen achten. Das hat schon Goethe gelehrt. Es heißt Schlegelberger, Prochownik, nicht, wie ständig geschrieben steht, Schlegelsberger, Prochownik.

Möge das Buch bald eine Ergänzung durch die wichtigsten der noch fehlenden Staaten finden, zu denen namentlich die skandinavischen Länder zu rechnen sein dürften.

RA. Prof. Dr. M. Leo, Hamburg.

**Die deutsche Reichsgesetzgebung.** Sammlung von Textausgaben mit Einleitung, Paragraphenüberschriften und Sachregister. Herausgeber: Professor Dr. Max Apt, Berlin. Berlin 1929. Sieben-Stäbe-Verlag.

Die Sammlung will durch ausführliche Einleitungen aus der Feder erster Fachjuristen das Verständnis für Sinn, Zweck und Gebrauch des Gesetzes auch den Nichtjuristen möglich machen.

Ich bezweifle, daß sich dieses Ziel bei der Kompliziertheit heutigen Rechts auf diesem Wege, also ohne Kommentierung, erreichen läßt.

Paragraphenüberschriften wollen die Übersicht des Gesetzes erleichtern. Das ist nicht ungefährlich. Durch die Überschrift soll nicht nur der Inhalt der Vorschrift, sondern auch ihre Systematik ausgedrückt werden. Ob das immer möglich ist, erscheint mir zweifelhaft. Ungenau oder falsche Überschriften schaden mehr, als Mißverständnisse, die nur durch falsches Verständnis des Textes entstehen. Nicht von Vorteil sind die Überschriften sicherlich bei Gesetzen, welche der Gesetzgeber schon mit einer ähnlichen Einteilung versehen hat (z. B. AufwG.).

Die äußere Aufmachung der Bände gefällt, dagegen ist die Güte des Druckes zu beanstanden.

Dem Referenten liegen die folgenden Bände zur Besprechung vor:

**Handelsgesetzbuch mit Seehandel und Wechsel- und Scheckrecht.** Eingeleitet von Professor Dr. Max Apt. Textrevision mit Paragraphenüberschriften und Sachregister von Gerichtsassessor Dr. Hans Fischer.

Die Sammlung bringt das HGB., im Anhang WD., WechselG., ScheckG., PostcheckG. nebst den einschlägigen Nebengesetzen.

In der Einleitung gibt Apt eine Einführung in das HGB., welche sich ziemlich eng an den Gesetzestext anlehnt. Auf die Spr. zum HGB. — ich denke dabei z. B. u. a. an die Lehre vom Scheckkaufmann — geht Apt nicht ein, ebenso fehlt z. B. beim Aktienrecht ein Hinweis auf die Reformbestrebungen, wie man überhaupt ein Eingehen darauf, inwiefern die einzelnen Abschnitte des Gesetzes den Anforderungen des heutigen Handels entsprechen und auf dem Wege der Selbsthilfe ausgeschaltet sind, vermißt. Praktisch ist doch z. B. das von Apt ziemlich ausführlich behandelte Bodmerereigenschaft kaum noch von Bedeutung. Dagegen sagt Apt über die Seeverversicherung nur: „über die Versicherung gegen die Gefahren der Seeschifffahrt enthalten die §§ 778—905 eingehende Vorschriften.“ Das ist nicht befriedigend, es hätte unbedingt darauf hingewiesen werden müssen, daß das Seeverversicherungsrecht des HGB. durch die VDS. v. J. 1919 ausgeschaltet ist und diese allen maßgebenden Policen zugrunde liegen. Im Literaturverzeichnis hätte demgemäß auch der Kommentar von Ritter zu den VDS. erwähnt werden müssen.

Der von Ger. Ass. Dr. Hans Fischer besorgte Gesetzestext weist Fehler auf. So ist übersehen worden, daß die §§ 553 ff. durch Art. 3 KrankSecVerfG. v. 16. Dez. 1927 (RGBl. I, 337) eine andere Fassung erhalten haben; bei § 68 fehlt ein Hinweis auf die WD. zur Neuregelung der im HGB. und in der GewD. vorgesehenen Gehaltsgrenzen v. 23. Okt. 1923 (RGBl. I, 990), welche bisher noch nicht außer Kraft gesetzt ist (vgl. Staub-Bondy, Einl. zu § 68). Soweit Vorschriften abgeändert sind, hätte es ferner jeweils eines besonderen Hinweises auf die Abänderungsgesetze bedurft.

Für die Paragraphenüberschriften gilt das in der Einleitung Gesagte. Die Überschriften geben auch hier oft den Inhalt der einzelnen Vorschrift nicht erschöpfend wieder: In der Überschrift zu § 17 fehlt ein Hinweis auf die Prozeßlegitimation der Firma (Abs. 2). § 25 behandelt nicht die „Haftung für die Geschäftsschulden“ schlechthin, sondern nur bei Fortführung des unter Lebenden veräußerten Geschäfts; § 27 nicht die „Erfüllung“ schlechthin, sondern diese nur bei Fortführung des Geschäfts; § 38 schreibt nicht nur die „Verpflichtung zur Durchführung“, sondern auch zur Aufbewahrung der kaufmännischen Korrespondenz vor. Diese Beispiele lassen sich leider leicht vermehren.

Störend ist ferner das für HGB. und Anhang (WD. usw.) getrennt behandelte Sachregister.

Alles in allem kann dieser Band der Sammlung nicht als befriedigend angesehen werden.

**Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz.** Eingeleitet von Professor Dr. Max Pagenstecher. Textrevision, Paragraphenüberschriften und Sachregister von Gerichtsassessor Dr. Hans Fischer.

Die Einleitung von Pagenstecher hat sich zum Ziel gesetzt, dem Leser das eigene Studium, und zwar namentlich das Studium der Quellen, selbst zu erleichtern, „durch eine möglichst vollständige Aufzählung aller gesetzgeberischen Arbeiten mit genauer Bezeichnung der Werke, wo sie abgedruckt sind“. Der Verf. führt ferner in sorgfältiger Auswahl weiter noch Schriften an, die besonders geeignet sind, Anfänger über Inhalt und Bedeutung der einzelnen Gesetze und Gesetzentwürfe zu informieren. Diese in Anbetracht der heutigen Unübersichtlichkeit des Rechtsschutzverfahrens schwierige Aufgabe ist dem Verf. im vollen Maße gelungen. Der Leser erhält durch die Einleitung einen sicheren und zuverlässigen Führer durch die zahlreichen Klippen der verfahrenrechtlichen Gesetzgebung und eine klare Übersicht über den gewaltigen Stoff. In der Schilderung des heutigen Rechtszustandes weist der Verf. mit Recht auf die schweren, durch die Notgesetzgebung der letzten Jahre hervorgerufenen Mißstände hin. Das deutsche Rechtsschutzverfahren ist in der Tat in seiner früheren folgerichtigen Systematik durch die zahlreichen Änderungen gefährdet.

Die von Ger. Ass. Dr. Hans Fischer verfaßten Paragraphenüberschriften geben nicht immer den Inhalt der einzelnen Vorschriften erschöpfend wieder. Es ist zunächst nicht zweckmäßig, einzelne Vorschriften nicht mit Überschriften zu versehen, auch wenn der Verf. der Meinung sein sollte, die Vorschrift fiele begrifflich unter die Überschrift des vorhergehenden Paragraphen. Das stimmt z. B. in den folgenden Fällen nicht: §§ 279, 279 a und 280; §§ 323, 324; §§ 333, 334 (§ 334 Ausnahme von §§ 330 ff.); §§ 411, 412; §§ 659, 660 usw. Ungenau sind folgende Überschriften: § 19 ZPO. „Mehrere Gerichtsbezirke“. Es handelt sich aber nicht um mehrere Gerichtsbezirke, sondern um den Sitz einer Behörde in mehreren Gerichtsbezirken; § 105 „Form des Kosten-

festsetzungsbeschlusses". § 105 behandelt nicht die Form des Kostenfestsetzungsbeschlusses, sondern eine Ausnahmeform desselben. § 393 ZPO. „Nicht zu beeidigende Zeugen“. Die Beeidigung der Zeugen unter Riff. 3 und 4 zit. kann aber vom Prozeßgericht angeordnet werden.

Es ist ferner in einigen Fällen übersehen, die im zweiten Absatz enthaltene Vorschrift in die Überschrift aufzunehmen: so bei §§ 241, 251, 271 usw.

### **Aufwertungsgesetzgebung.** Eingeleitet von Dr. Bruno Apt. Textrevision, Sachverzeichnis und Paragraphenüberschriften von Gerichtsassessor Dr. Hans Fischer.

Die Sammlung enthält das AufwG. nebst DurchfW. und die sonstigen das AufwG. berührenden Bestimmungen. Nicht aufgenommen ist das AnWblöfG., obwohl der Titel eine Sammlung des gesamten Aufwertungsrechts verspricht. Auch eine Aufnahme der III. ErMotW. mit DurchfBest. wäre zum besseren Verständnis, insbes. auch der §§ 67, 68 AufwG. wünschenswert gewesen.

In der Einleitung versucht Dr. Bruno Apt eine Einführung in das Aufwertungsrecht zu geben. Es gehört sicherlich mit zu den schwierigsten Aufgaben, einen solchen Überblick auf 29 Seiten erschöpfend zu verschaffen. Eine solche Aufgabe erfordert in sachlicher Beziehung in erster Linie eine besonders sorgfältig durchzuführende Systematik. Das ist dem Verf. nicht immer gelungen. Es hätte wohl einer schärferen Zusammenfassung bedurft, vor allem einer mehr ins Auge fallenden Hervorhebung, welche Materien das AufwG. regelt, in welches das AufwG. nur mit einzelnen Bestimmungen eingreift und welche Rechtsgebiete durch das AufwG. unberührt bleiben.

Bei der Erwähnung der Aufwertungsgrundsätze außerhalb des AufwG. (Aufwertung gem. § 242 BGB. Ausgleichspflicht) wäre eine Zitierung der grundsätzlichen Entsch. des RG. von Nutzen gewesen. Nicht berührt sind in diesem Abschnitt die zahlreichen Zweifelsfragen, welche mit der Feststellung, wer als persönliche Schuldner im Falle der Veräußerung des Grundstückes anzusehen ist, zusammenhängen. Der Inhalt der DurchfW. und der Novelle wäre wohl besser nicht gesondert, sondern jeweils bei Erwähnung der Vorschriften des AufwG. behandelt worden. Man merkt im übrigen, daß der Verf. bei aller berechtigten Kritik des AufwG. zu den Aufwertungsgegnern gehört. Bei dieser Einstellung bedarf es zur Lösung der Aufgabe einer besonders großen Objektivität und Sorgfalt, die zum Nachteil der wissenschaftlichen Bearbeitung nicht immer gewahrt ist.

In sachlicher Beziehung wird man dem Verf. in einigen Punkten nicht zustimmen können. Auf S. XVI sagte der Verf., daß nur die Aufwertung von Vermögensanlagen nach oben begrenzt ist. Das ist nicht richtig. Auch die (dingliche) Aufwertung der Hypothek und sonstige dingliche Rechte ist mit 25% begrenzt.

Bei Behandlung der Frage der Rückwirkung (Abschn. VI) hätte es einer Erörterung über die Berücksichtigung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gem. §§ 20, 22 AufwG. bedurft. Es entsteht auf S. XVIII der fälschliche Eindruck, daß eine kraft Rückwirkung aufgewertete Hypothek unter allen Umständen mit dem bisherigen Rang wieder eingetragen wird.

Der Abschn. VI (Rückwirkung, Vorbehalt, Anmeldung) wäre wohl besser als Unterabschnitt des Abschn. VII (Aufwertung von Hypotheken) behandelt worden. Der scharfen Kritik des Verf. über die Regelung durch Art. IV § 17 der Nov. sowie überhaupt über die Frage der Wirksamkeit von Vergleichen und rechtskräftigen Entsch. vermag ich nicht zuzustimmen. Der Verf. übersieht m. E. bei der Novelle, daß ein dringendes Bedürfnis zu einer gesetzlichen Regelung der im § 17 der Nov. aufgeführten Materien bestand. Es wäre unbillig gewesen, Vergleiche, welche lediglich diese streitigen Fragen betreffen, von der gesetzlichen Regelung unberührt zu lassen. Dann wäre die Hilfe des Gesetzgebers in vielen Fällen für die verarmten Gläubiger zu spät gekommen.

Im Inhaltsverzeichnis wäre die Beifügung der Daten der einzelnen DurchfW. notwendig gewesen. Im Literaturverzeichnis vermissen ich die Aufführung des ausgezeichneten Werkes von Nadler u. Hirschwald, Grundbuch- und Aufwertungsfragen; erwähnt ist nur der dritte Nachtrag zu diesem Werk.

Für die Paragraphenüberschriften, die von GerRf. Dr. Hans Fischer verfaßt sind, gilt das in der Einleitung Gesagte.

### **Börsen-Gesetzgebung.** Eingeleitet von Geh. Regierungsrat Dr. Lippert.

Die Sammlung enthält das BörG., die hierauf bezüglichen Bekanntmachungen und berücksichtigt besonders die preuß. Landesrechtlichen Vorschriften, indem sie den Erlaß des preuß. Min. für Handel und Gewerbe betr. Börsenaufsicht v. 7. März 1897, den Erlaß betr. Kursmakler v. 14. Nov. 1896, die Börsenordnung für Berlin sowie die Maklerordnung für die Kursmakler in der Berliner Börse bringt.

Die Einleitung bringt in klarer übersichtlicher Weise eine Einführung in das BörG. Der Verf. hat es verstanden, auf wenigen Seiten eine erschöpfende Übersicht über das umfangreiche Gebiet zu geben.

Die Paragraphenüberschriften können als geglückt bezeichnet werden.

### **GmbH.-Gesetz.** Eingeleitet von Professor Dr. Friedrich Klaußing. Textrevision mit Artikelüberschriften und Sachregister von Referendar Dr. Lisch.

Die Sammlung enthält das GmbHG. sowie die wichtigsten die GmbHG. berührenden Nebengesetze und W., letztere zum Teil im Auszug, zum Teil durch einen Hinweis erwähnt.

Die Einleitung von Klaußing gibt in lebendiger und sehr glücklicher Form eine Übersicht über die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der GmbHG. Es ist dem Verf. vor allem auch gelungen, die vielen volkswirtschaftlichen Probleme der GmbHG. aufzuzeigen. Ohne die Nachteile der GmbHG., insbes. die in der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen liegenden Gefahren für die Gläubiger, zu unterschätzen, kommt der Verf. zu einer Bejahung der Notwendigkeit dieses Rechtsinstituts und befindet sich damit sicherlich im Einklang mit der herrschenden Meinung.

Besonderer Hervorhebung bedarf der Standpunkt des Verf. zur Frage des „Ersparens“ von Steuern mittels oder bei Errichtung einer GmbHG. Seiner Ansicht, daß der steuerlich billigste Weg für das Gesamtunternehmen durchaus nicht immer die ökonomisch beste Gestaltung der Organisation der Geschäftsführung zu bedeuten braucht und eine allzu weitgehende Komplizierung der Organisation den ganzen Apparat nicht nur schwerfällig und kostspielig macht, sondern namentlich bei Streitigkeiten der Beteiligten juristisch unübersichtbare und wirtschaftlich höchst nachteilige Konsequenzen nach sich ziehen kann, wird man rückhaltlos beistimmen können, und es ist zu hoffen, daß das Publikum seine Mahnung, aus vorgenannten Gründen sich nur solcher Rechtsberater zu bedienen, die sich nicht nur einseitig in der praktischen Handhabung der Steuererlasse auskennen, sondern das Sonderrecht der GmbHG. wie auch das gesamte bürgerliche und Handelsrecht beherrschend, befolgt.

Die Paragraphenüberschriften und das Sachregister, bearbeitet von Ref. Dr. Lisch, können als geglückt bezeichnet werden.

### **Bank- und Münzgesetzgebung.** Eingeleitet von Professor Dr. W. Frion, Berlin. Textrevision, Paragraphenüberschriften und Sachregister von Diplomvolkswirt Dr. Wolfgang Hoffmann.

Die Sammlung enthält die Gesetze über das Münzwesen, zum besseren Verständnis auch das alte MünzG. v. 9. Juli 1873. Ferner sind ausgenommen die für die Privatnotenbanken, die Deutsche Golddiskontbank, und die Deutsche Rentenbank maßgebenden Gesetze, W. und Satzungen. Der Leser erhält auf diese Weise eine erschöpfende Zusammenstellung der für die deutsche Währung und ihre Träger maßgebenden Vorschriften.

Ohne Kenntnis der währungsrechtlichen und volkswirtschaftlichen Zusammenhänge ist ein Verständnis dieser Gesetze nicht möglich. Die Aufgabe einer Einführung erfüllt die Einleitung in vollem Maße. In dieser gibt Frion in sehr klarer und übersichtlicher Weise einen geschichtlichen Überblick über das deutsche Münzwesen seit 1871, das Werden und Vergehen der alten Mark sowie den Aufbau der neuen Währung. Der Verf. versteht vor allem die Bedeutung der Reichsbank in der Geschichte der Währung hervorzuheben und zu zeigen, wie es — nach Verlangen der Reichsbank während der Inflation — teilweise unter bewußter Ausschaltung derselben gelungen ist, das Vertrauen des Volkes und des Auslandes in die neue Währung zu gewinnen.

Wenn der Verf. bei Erörterung der Ursachen des Währungszusammenbruchs i. J. 1923 nicht mit seiner Ansicht zurückhält und meint, daß es zu der Währungskatastrophe nicht hätte zu kommen brauchen, wenn die Leitung der Reichsfinanzen sowie die Leitung der Reichsbank etwas mehr an ihre eigenen Aufgaben gedacht hätten, so wird man ihm hierin nicht unbedingt beistimmen können. Frion unterschätzt, glaube ich, bei dieser Frage wohl nicht nur die Folgen des verlorenen Krieges, die außenpolitischen Verwicklungen und die innerpolitischen Schwierigkeiten Deutschlands, sondern auch die hierdurch hervorgerufene Mentalität des deutschen Volkes und seiner verantwortlichen Männer. Es liegt zudem zu kurze Zeit zwischen den jetzigen Zeiten und den damaligen Wirren, um die Frage nach Schuld und Ursachen des Zusammenbruchs der alten Währung eindeutig beantworten zu können.

Die Paragraphenüberschriften des Gesetzeswertes geben den Inhalt der einzelnen Bestimmungen erschöpfend wieder. Ebenfalls ist das Sachregister sorgfältig bearbeitet.

Al. Dr. Adolph Heinichen, Hamburg.



# Rechtssprechung.

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

## A. Ordentliche Gerichte.

### Reichsgericht.

#### a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwältinnen beim Reichsgericht  
Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Kurlbaum und  
Justizrat Dr. Schrömbgens.

[\*\* Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

#### I. Materielles Recht.

##### 1. Bürgerliches Recht.

**\*\*1.** § 242 BGB. Keine Aufwertung eines in ausländischer Währung vereinbarten Mietzinses. †)

Es ist davon auszugehen, daß vertraglich ein einheitlicher, effektiv in ausländischer Währung zu zahlender Mietpreis für die ganze Dauer des Vertrags zwischen den Parteien vereinbart worden ist.

Eine Aufwertung dieses Mietzinses lehnt das BG. ab, weil es sich um eine in ausländischer Währung festgelegte Forderung handle, die dem Währungsverfall nicht ausgesetzt gewesen sei. Die Aufwertung beruhe auf § 242 BGB., der aber nicht dazu dienen dürfe, eine etwa ungünstige vertragliche Vereinbarung für die eine oder andere Partei günstiger zu gestalten. Dieser Auffassung ist nach der ständigen Rspr. des RG. beizutreten.

Wenn die Rev. ihr gegenüber anführt, der Dollar habe damals in Deutschland eine außergewöhnlich hohe Kaufkraft besessen, während diese jetzt nur noch seinem normalen Werte entspreche, es sei nach § 242 BGB. nicht angängig, daß die Kl. sich trotz dieser nicht vor auszusehenden Wandlung mit einer dem wahren Werte der Räume nicht entsprechenden Vergütung begnügen solle, so kann sie damit nicht gehört werden. Gerade um einem etwaigen weiteren, zur Zeit des Vertragschlusses bereits vorgeschrittenen Verfall der Währung zu begegnen, ihm den Einfluß auf ihr Vertrags-

Zu 1. Ein in der Inflationszeit auf zehn Jahre geschlossener Mietvertrag wird — nach einer Zwischenregelung, die sich aus der Mietgesetzgebung ergab — heute darauf geprüft, ob die in Dollar festgesetzte Mieterleistung bleibt oder einer Änderung zu unterwerfen ist. Der Vermieter macht geltend, daß der Dollarbetrag um mehr als die Hälfte hinter dem heutigen Mietwert zurückbleibe. Das RG. lehnt jede Änderung ab; tragender Grund — gefunden im Wege der Vertragsauslegung — ist die bewußte Übernahme eines Risikos durch beide Teile. Daß man auch anders auslegen kann, zeigt u. a. die Entscheidung Nr. 593 bei Zeiler. Für die Aufhebung oder Übernahme eines Risikos ist der Unterschied, daß es sich dort um Dollarbasis, hier — kraft nicht ganz einwandfreier Interpretation — um effektive Dollarzahlung handelt, so gut wie gleichgültig.

Das RG. vermeidet es immer noch, die „Währungsverhältnisse“ aus den „allgemeinen Verhältnissen“ klar herauszuschälen.

„Und wenn die Kl. sich in seiner (des Dollars) Bedeutung für die spätere Zeit verrechnet hat, wenn die Entwicklung der Währungsverhältnisse überhaupt den Vertrag für sie ungünstig gestaltet hat, so kann ...“ usw.

Die Währung, auf welcher der Vertrag steht, hat sich gar nicht geändert. Wenn die Mietpreise in Berlin, an dieser unveränderten Währung gemessen, steigen, so ist das keine „Entwicklung der Währungsverhältnisse“, selbst wenn man der Ansicht ist, daß die Wiedereinführung einer festen Währung in Deutschland für die Bewertung kaufend sei.

Das RG. hat das Aufwertungsrecht nicht über die Grenzen der deutschen Währung ausgebeugt. Franken und Lire werden nicht aufgewertet, trotzdem dies, wenn man überhaupt ein Aufwertungsrecht bejaht, ebensogut möglich wäre wie bei der Mark. Verträge auf Dollarbasis werden umgewertet oder aufrecht erhalten, je nachdem, wie man im Einzelfalle die Willensauslegung in die clausula-Lehre einschaltet. Die schlechteste Währung der Welt, die deutsche Papiermark, ist nachträglich die beste geworden, weil sie weit über ihren Goldwert zur Zeit des Vertragsabschlusses „aufgewertet“ werden kann.

verhältnis zu nehmen, die Leistungen aus dem Vertrage auf eine feste, in ihrem Werte unveränderliche Grundlage zu stellen, haben die Parteien ihre Vereinbarung geschlossen. Sie haben sich für die ganze Dauer des Vertrages auf sie festgelegt. Damit haben sie beide ein Risiko für die spätere Zeit übernommen, das sich zugunsten aber auch zumungunsten einer jeden von ihnen auswirken konnte. Mag nun auch die Markwährung sich geändert haben, mag auch die Kaufkraft des Dollars zurückgegangen sein: der Wert der beim Vertragsabschlusse festgesetzten Forderung ist für beide Teile derselbe geblieben, er beträgt nach wie vor 8000 \$, wie die Parteien ihn beim Vertragsabschlusse festgelegt haben. Und wenn die Kl. sich in seiner Bedeutung für die spätere Zeit verrechnet hat, wenn die Entwicklung der Währungsverhältnisse überhaupt den Vertrag für sie ungünstig gestaltet hat, so kann, wie das BG. zutreffend sagt, der § 242 BGB. nicht dazu herangezogen werden, ihre Stellung zu verbessern und den Vertrag ihr günstiger zu gestalten. Das feinerzeit übernommene Risiko geht zu ihren Lasten.

Nun war zur Zeit des Vertragsabschlusses — 7. Juni 1923 — die WD. auf Grund des Notgesetzes (Maßnahmen gegen die Valutaspekulation) v. 8. Mai 1923 in Geltung. Sie verbot in § 2 Abs. 1 das Fordern, Anbieten, Ausbedingen, Leisten und Annehmen von Zahlungen in Zahlungsmitteln oder Forderungen in ausländischer Währung bei Inlandsgeschäften. Hiergegen verstößende Geschäfte waren nach § 8 Abs. 1 a. a. O. nichtig. Die Vereinbarung der Parteien betraf ein Inlandsgeschäft und war sonach nichtig. Aber schon die weitere WD. v. 21. Dez. 1923 über die Annahme ausländischer Zahlungsmittel im Inlandsverkehr brachte hierin eine Änderung, indem sie nur das Fordern der Zahlung in ausländischer Währung verbot. Es wurden zudem durch die WD. v. 8. Nov. 1924 Geschäfte der vorliegenden Art von den früheren Beschränkungen vollständig freigestellt und endlich durch die WD. v. 22. Febr. 1927 alle Devisenvorschriften aufgehoben. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit nach der Rspr. des RG. eine rückwirkende Aufhebung früherer Nichtigkeit durch die späteren Verordnungen eingetreten ist. Gegen

Der Übergang aus der Inflation in die feste Währung wird ganz allgemein nicht als eine solche Umwälzung angesehen, wie der umgekehrte Weg und bietet deshalb keine Grundlage für die clausula, trotzdem dieselben und schlimmere Inkongruenzen zwischen Vorstellung und Auswirkung entstehen. Die Zeit der Unsicherheit, geboren aus den Folgen des verlorenen Krieges und der mangelnden Entscheidungsfähigkeit des Gesetzgebers, ist noch nicht vorüber. Mancherlei Zeichen sprechen dafür, daß das höchste deutsche Gericht wieder festen Boden zu gewinnen sucht.

Ein großer Gewinn wäre es, wenn wir wenigstens in der „Geldfrage“ einmal wüßten, woran wir sind. Heute haben wir genug Abstand von den verwirrenden Inflationsverhältnissen gewonnen, um zu entscheiden, ob „Aufwertung“ eine singuläre Erscheinung des Notrechts war, begründet nur durch die Vernichtung einer Währung, oder ob wir, entgegen den Gesetzen und Gepflogenheiten des modernen Rechts der handeltreibenden Völker, die mittelalterliche Lehre von der „vis intrinseca“ dauernd beibehalten wollen.

Es muß hier einmal betont werden, daß alle Versuche — insbes. z. B. die Methoden Zeilers — die Behandlung des konkreten Rechtsverhältnisses einer idealen Gerechtigkeit anzunähern, das Recht als Ganzes für den Handelsverkehr eines großen Volkes unter sich und mit anderen Völkern, untauglich machen.

Der heutige Zustand in Deutschland ist dadurch gekennzeichnet, daß man nicht weiß, ob noch die gütige Hand entscheidet, die dem Geschädigten oder auch nur Enttäuschten hilft und dabei gelegentlich einmal das Glücksrad um volle 180 Grad dreht oder wieder das strenge Auge des Richters.

Wenn man bedenkt, daß die Wiederbelebung der clausula gerade von den Dauerverträgen ausging, bei denen Leistung und Gegenleistung sich gewissermaßen immer wieder neu gebären, so wird man in unserem Falle der Kl. eine gewisse Enttäuschung nachfühlen können. Auch wenn man, wie der Unterzeichnete, das Ergebnis an sich billigt.

R. Dr. Soeck, Hamburg.

die Gültigkeit der Vereinbarungen v. 7. Juni 1923 hat keine der Parteien jemals eine Einwendung aus den Vorschriften über den Verkehr mit Devisen erhoben. Auch im Rechtsstreite gingen beide ständig von der Rechtswirksamkeit des ursprünglichen Vertrags aus. Selbst in der Revisionsinstanz sind trotz Hinweis auf die bestehenden Bedenken Einwendungen nicht erfolgt. Daraus ist zu entnehmen, daß die Parteien das Geschäft auch heute noch gelten lassen wollen. In diesem Klarzutage liegenden Willen ist aber eine Bestätigung des ursprünglich niedrigen Geschäfts i. S. des § 141 BGB. zu erblicken. Damit entfallen die aus den Devisenvorschriften etwa abzuleitenden Bedenken.

(U. v. 30. Mai 1929; 161/29 VIII. — Berlin.) [Ru.]

**\*\*2.** § 242 BGB.; §§ 21, 2, 18 der III. StMotB.D. Steuerrechtlicher und wirtschaftlicher Charakter der Schuldverschreibungssteuer. Wenn sie auch eine öffentlich-rechtliche Abgabe ist, so ist sie doch wirtschaftlich ein Aufwertungsbetrag, der statt an den Gläubiger an das Reich zu zahlen ist. Daher Ausgleichsanspruch des Verkäufers wegen der nachträglichen Heranziehung zur Schuldverschreibungssteuer.†)

(U. v. 13. Juni 1929; 696/28 VI. — Berlin.) [Sch.]

Abgebr. JW. 1929, 2425<sup>1</sup>.

**Zu 2.** Die wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung recht interessante Entscheidung bildet in doppelter Hinsicht eine Verbindung zwischen Zivilrecht und Steuerrecht. Der besondere Charakter der Obligationensteuer als einer „Geldwertungssteuer“ bringt es mit sich, daß an Stelle des zivilrechtlichen Anspruches der Obligationäre ein öffentlich-rechtlicher Anspruch des Staates treten soll. Ferner aber — und das ist prinzipiell wichtig — folgt die Entscheidung dem in der Steuerrechtsprechung schon seit langem herrschenden Grundsatz der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ in sehr starkem Maße. Diese dem modernen Rechtsempfinden zweifellos erfreuliche wirtschaftliche Betrachtungsweise läßt es dem RG. geboten erscheinen, dem Inflationsverkäufer einen Teil seines Inflationsverlustes durch Abwälzung der Obligationensteuer auf den Käufer abzunehmen. Es mag dahingestellt gerechtfertigt ist; es ist zu bedenken, daß die Obligationensteuer von dem Verkäufer auch dann erhoben worden wäre, wenn keine dingliche Sicherung gegeben war.

Abgesehen von dem wirtschaftlichen Ergebnis aber erscheint die juristische Konstruktion nicht haltbar. Man wird dem RG. darin ohne weiteres folgen können, daß ein Zusammenhang zwischen den Aufwertungsansprüchen der Obligationäre und dem Anspruch des Staates auf Obligationensteuer besteht, sowie darin, daß ein privatrechtlicher Erstattungsanspruch zwischen Vertragskontrahenten in bezug auf Steuern gegeben sein kann, unabhängig von der rein öffentlich-rechtlichen Bestimmung, wer dem Staate gegenüber Steuerschuldner ist. Es ist indessen zu weitgehend, einen auf dem Grundstückskaufverträge basierenden Anspruch des Verkäufers auf Ausgleichung im vorliegenden Fall zu konstruieren. Die Obligationensteuer belegt den Akt der Ablösung der Obligationäre mit einer öffentlichen Abgabe, deren steuerrechtlicher Charakter, wie das RG. mit Recht ausführt, für den hier in Frage stehenden Prozeß unwichtig ist. Von dieser Abgabe wird diejenige AktG. getroffen, welche die Obligationen ausgeben hat. Für die Steuer spielt es keine Rolle, ob die Obligationen dinglich gesichert waren oder nicht. Dieser ganze steuerliche Vorgang spielt sich vollkommen außerhalb des Grundstücksgeschäftes ab. Die Befreiung des Grundstücks von der dinglichen Sicherung hätte ebensogut durch einen Verzicht der Obligationäre wie durch die erfolgte Auszahlung vorgenommen werden können. Die Obligationen und deren Ablösung, sowie die spätere Obligationensteuer bildet keinen Bestandteil der Geschäftsgrundlage, so daß von einer „Erschütterung der Geschäftsgrundlage“ durch die Obligationensteuer nicht gesprochen werden kann. Damit entfällt aber auch die Anwendungsmöglichkeit des § 242 BGB. Der Tatbestand des vorliegenden Falles unterscheidet sich in dieser Beziehung wesentlich von der zitierten Entscheidung RG. 121, 141 = JW. 1928, 2526, sowie von den an das Zeilurteil v. 30. Jan. 1928 (RG. 119, 329 ff. = JW. 1928, 2816) anschließenden Entscheidungen. In allen jenen Fällen handelte es sich um Leistungen, die äußerlich privatrechtlicher Natur waren und mit dem Grundstück in unmittelbarem Zusammenhang standen oder wenigstens gestanden hatten; jedenfalls knüpften sie an das frühere Eigentum des Grundstücks an und nicht, wie hier, an einen gänzlich außerhalb des Grundstücks liegenden Vorgang.

Wenn die Konstruktion der Ausgleichspflicht auf Vertragsgrundlagen gem. § 242 hier abzuleiten ist, so ist die Möglichkeit, wirtschaftlich zu dem gleichen Ergebnis zu gelangen, auf andere Weise

**\*\*3.** §§ 284, 254, 387 BGB.; § 274 Nr. 3 ZPO. Schadenersatzpflicht des Schuldners wegen Entwertung eines Papiermarkbetrages, der zum Zwecke der Durchführung der Zwangsvollstreckung aus einem gegen ihn ergangenen Urteil vom Gläubiger hinterlegt worden ist. Kein Mitverschulden des Gläubigers wegen der Hinterlegung von Papiermark. Die Aufrechnung mit einer streitigen Forderung, über die ein Schiedsgericht zu erkennen hat, ist unzulässig.†)

(U. v. 1. März 1929; 81/28 II. — Berlin.) [Ru.]

Abgebr. JW. 1929, 1649<sup>e</sup>.

gegeben. Neben anderen Konstruktionen sei beispielsweise verwiesen auf die Entscheidung des HansLG. v. 20. Juni 1928 (HansRGZ. 1928, 531 Abt. A), nach welcher eine Ausgleichspflicht auf dem Wege konstitutiver Rechtsprechung festgestellt wird.

Die Bedeutung der Entscheidung des RG. wird im übrigen dann klar, wenn man bedenkt, daß nach ihr ein Ausgleichsanspruch immer dann gegeben sein muß, wenn durch unvorhergesehene Ereignisse, insbes. Befehlsgebung, einem Vertragskontrahenten unverhältnismäßige Lasten auferlegt werden. Dies könnte z. B. dann der Fall sein, wenn den Käufer eine bei Vertragschluß unvorhergesehene Wertzuwachssteuer treffen würde.

RA. Dr. Ewers, Hamburg.

**Zu 3. A.** Ann. Lucas, ebenda.

**B.** Ann. Jonas, ebenda.

**C.** Die Entsch. (RG. 123, 348 ff. = JW. 1929, 1649) berührt das gesamte Problem des Verhältnisses der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Schiedsgerichtsbarkeit. Sie entscheidet zugleich eine praktisch wichtige Frage dieses Problems. Im Rahmen einer Anmerkung kann das durch die Entsch. aufgeworfene Problem nicht erschöpfend werden.

1. Die praktisch vorliegende Frage war nur, ob das ordentliche Gericht eine Klageforderung zusprechen kann ohne Rücksicht auf die Frage des Bestehens einer geltend gemachten Gegenforderung, für welche ein Schiedsgericht vereinbart ist. Wenn diese Frage bejaht wird, wie es in der Entsch. geschehen ist, so ist hinsichtlich der Geltendmachung einer Gegenforderung gegen eine vor dem ordentlichen Gericht eingekl. Forderung die Frage erledigt. Wenn die Frage hingegen verneint wird, wenn also die Berücksichtigung der Gegenforderung durch das ordentliche Gericht gefordert wird, so entstehen Unterfragen, und zwar nach der Wirkung der Entsch. des ordentlichen Gerichts, wenn dieses die Gegenforderung für berechtigt hält, sowie nach der Wirkung, wenn es die Gegenforderung für unberechtigt hält.

Im unmittelbaren Zusammenhange mit der dem RG. vorliegenden Frage steht die umgekehrte Frage, ob ein Schiedsgericht eine vor ihm geltend gemachte Gegenforderung zu berücksichtigen hat, für welche nicht das Schiedsgericht, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Auch hier hat der Fall nur eine Seite, wenn die Frage verneint wird, also die schiedsgerichtliche Zuständigkeit abgelehnt wird, jedoch zwei Seiten, wenn die Frage bejaht wird, nämlich ebenfalls einmal die Wirkung des Schiedsgerichtsurteils, wenn es die Gegenforderung für berechtigt hält, andererseits die Wirkung des Schiedsgerichtsurteils, wenn es die Gegenforderung für unberechtigt erklärt.

Das RG. hat diese Frage der Berechtigung des Schiedsgerichts, über die Gegenforderung zu entscheiden, die an sich nicht zur Entsch. stand, ebenfalls berührt. Es hat diese Frage bejaht.

2. Der Entscheidungsgrund für die hier vorliegende Frage ist, daß die Aufrechnung unzulässig sei, weil die Schiedsvereinbarung im Zweifel dahin ausgelegt werden müsse, daß die Vertragsschließenden die Entsch. über das Bestehen der betr. Forderung dem ordentlichen Richter entziehen und aus besonderem Vertrauen dem Schiedsgericht übertragen wollten. Dieser Ausgangspunkt des RG. ist an sich unbestreitbar. Das RG. hätte sogar noch weiter gehen können und die Worte „im Zweifel“ fortlassen können. Aber es handelt sich hierbei nur um den Ausgangspunkt des Problems. Das Problem selbst ist mit dieser Erwägung überhaupt nicht berührt. Das Problem ist einmal, ob diese Lösung praktisch brauchbar oder nur erträglich ist, ferner ob sie der Stellung des ordentlichen Gerichts zum Schiedsgericht entspricht. Der tiefere theoretische Grund des Problems ist, daß zur Entsch. über eine Forderung auch die Entsch. darüber gehört, ob die Forderung gefällig ist. Dies ist nicht zweifelhaft bei der Tilgung durch Zahlung. Die Aufrechnung ist aber im Grunde auch nur eine Form der Tilgung. Allerdings sieht sie der Tilgung durch Zahlung nicht gleich, aber, je nachdem wie der Fall gelagert ist, mehr oder weniger nahe.

Ein Fall mag das Vorstehende erläutern: Die Firma A.

**\*4.** Die Ausübung des Vorpachtrechts ist ausgeschlossen, wenn die Vereinbarungen zwischen dem Verpflichteten und Dritten derart

hat an die Firma B. 100 t Getreide im Werte von 20000 M geliefert ohne Schiedsgerichtsvereinbarung. Die Firma B. hat an die Firma A. 100 t Getreide im Werte von 20000 M geliefert mit Schiedsgerichtsvereinbarung. B. hat gegen die Forderung von A. selbstverständlich ihre Forderung aufgerechnet oder rechnet sie auf als Einwand gegen die Klage vor dem ordentlichen Gericht. A. erwidert hierauf nichts weiter, als daß sie den Einwand des Schiedsgerichts erhebt. Nach dem Urteil des RG. muß das ordentliche Gericht die Firma B. verurteilen.

3. Ober können Unterschiede gemacht werden und bald die Gegenforderung berücksichtigt werden, bald nicht? Will das RG. etwa selbst solche Unterschiede machen? Das RG. scheint dieses anzudeuten, indem es erwähnt, daß die Gegenforderung von der Kl. nach Grund und Betrag bestritten sei. Das RG. hat aber doch nicht den Mut, auszusprechen, daß es darauf ankomme, ob die Gegenforderung nach Grund und Betrag bestritten ist, ob also, wenn dies nicht der Fall ist, das ordentliche Gericht über die Gegenforderung zu entscheiden habe. Dieser Unterschied würde auch weder theoretisch berechtigt noch praktisch von irgendwelcher Bedeutung sein. Theoretisch unberechtigt ist die Unterscheidung, weil es lediglich darauf ankommt, ob gegen die Gegenforderung die Einrede des Schiedsvertrages erhoben wird und nicht darauf ankommt, wie sich der Kl. materiell zu der Einrede stellt. Das RG. spricht selbst aus, daß die Einrede (richtiger in diesem Falle die Replik) des Schiedsvertrages nur eine Prozeßeinrede sei. Demnach kommt es nur auf die Erhebung dieser Prozeßeinrede an, durch welche jede Stellungnahme zu dem materiellen Rechtsverhältnis verhindert wird. Tatsächlich ist ja auch das Gericht, wenn die Einrede zugelassen wird, überhaupt gehindert, materiell die Berechtigung der Gegenforderung zu prüfen. An die materielle Prüfung kann es gar nicht herantreten. Es kann der Berechtigte sich darauf beschränken, die Einrede des Schiedsvertrages zu erheben und braucht auf die Frage der materiellen Berechtigung der Gegenforderung nach Grund und Betrag überhaupt nicht einzugehen. Praktisch wäre zudem die Unterscheidung deshalb kaum von Bedeutung, weil, wenn sie berechtigt wäre, es für den vor dem ordentlichen Gericht klagenden Kl. nur der wenigen Worte, daß die Forderung bestritten wird, bedürfte, um die Unterscheidung wirksam werden zu lassen, wenn auch das Bestreiten noch so unbegründet ist.

4. Ich habe an anderer Stelle (in der Schrift „Das Wesen des schiedsrichterlichen Amtes und des Schiedsspruchs“ S. 50) die Antwort auf die vorliegende Frage dahin gegeben: „Die Antwort ergibt sich daraus, daß das ordentliche Gericht dem Schiedsgericht übergeordnet und nicht gleichgeordnet ist. . . Das ordentliche Gericht . . . kann auch die Gegenforderung unter seine Jurisdiktion ziehen. Es kann also die Klage abweisen, wenn es die Gegenforderung für begründet hält; denn es würde ein Unrecht sein, wenn das ordentliche Gericht einen Schuldner verurteilen würde, obwohl seine Schuld getilgt ist.“

Ich halte noch jetzt diese Erwägung für den alleinigen Entscheidungsgrund in der vorliegenden Frage. Dem ordentlichen Gericht darf nicht zugemutet werden, einen Schuldner zu verurteilen, obwohl es überzeugt ist, daß seine Schuld nicht mehr besteht. In diese Lage würde das ordentliche Gericht aber kommen können, wenn die Einrede des Schiedsvertrages durchschlagen würde. Wäre es möglich, Unterschiede dahin zu machen, daß das ordentliche Gericht in dem einen Fall die Einrede zulassen könnte, im anderen Falle nicht zulassen brauchte, so könnte die Zulassung der Gegenforderung von der mehr oder weniger starken Überzeugung der materiellen Berechtigung der Gegenforderung abhängig gemacht werden. Da ein solcher Unterschied aber nicht gemacht werden kann, so muß de lege lata dem ordentlichen Gericht auch die Entsch. über die Gegenforderung zugebilligt werden. Ein Schaden für den Kl. entsteht nicht, da das ordentliche Gericht ja nach § 302 ZPO die Gegenforderung zum abgeforderten Verfahren verweisen kann.

5. Die Entscheidung berührt das gesamte Problem des Verhältnisses der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Schiedsgerichtsbarkeit. Die deutschen Gerichte erachten die Schiedsgerichte den ordentlichen Gerichten für gleich geordnet. Gegen diese Auffassung habe ich mich a. a. O. S. 7 gewandt. Ja die deutschen Gerichte lassen eine Auffassung erkennen, wonach die Schiedsgerichte nicht nur den ordentlichen Gerichten gleichstehen, sondern womöglich höherstehen. Gerade der vorliegende Fall zeigt dieses. Nach der Ansicht des RG. soll das ordentliche Gericht die Gegenforderung, für die ein Schiedsgericht vereinbart ist, nicht unter seine Jurisdiktion ziehen können. Hingegen soll das Schiedsgericht eine Gegenforderung, für welche kein Schiedsgericht vereinbart ist, sondern das ordentliche Gericht zuständig ist, dennoch unter seine Jurisdiktion ziehen können.

Hierzu mag noch eine Bemerkung erlaubt sein, die zur Sache

sind, daß sie der Übernahme des Vertrages durch eine andere Hand widersprechen. Die entsprechende Anwendung des § 507 S. 1 BGB. auf

gehört, wenn sie auch streng genommen über das Thema schon hinausführt. Diese Auffassung der ordentlichen Gerichte ist bei vielen Richtern nicht nur eine formelle, sondern eine materielle, wobei die umfangreiche Tätigkeit der ordentlichen Richter als Vorsitzende von Schiedsgerichten dem Urteil zugrunde liegt. Das Schiedsgericht hat die „Funktionen eines vornehmteren Konkurrenten der ordentlichen Justizbehörden“ (Richard Schmidt: JW. 1926, 2149). Diese Auffassung ist auch in die Vorstellung vieler Richter übergegangen. Von dieser Auffassung ist es nur ein Schritt, daß die ordentlichen Richter, die häufig Vorsitzende von Schiedsgerichten sind, ihrer Schiedsrichterfähigkeit vor der Tätigkeit als ordentliche Richter den Vorzug geben. Vom Standpunkt der Schiedsgerichte aus ist die Mitwirkung ordentlicher Richter in ihnen ein Vorzug. Sie ist auch im Gegensatz zu der Meinung von Heilberg: JW. 1926, 1506 ff. im allgemeinen nicht mit dem Amte des ordentlichen Richters unvereinbar. Aber die Grenze liegt im öffentlichen Interesse jedenfalls da, wo die ordentliche Rspr. durch die Befassung ordentlicher Richter mit Schiedsgerichtssachen leidet, welche Möglichkeit durch die Auffassung einer höheren Stellung der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit seitens der ordentlichen Richter stark gefördert wird. Es ist sehr die Frage, ob diese Grenze nicht in einzelnen Fällen schon erreicht ist.

6. Im Gegensatz zur Auffassung des RG. und anderer Gerichte bin ich der Meinung, daß die Schiedsgerichte nicht nur nicht höher stehen als die ordentlichen Gerichte, sondern daß die ordentlichen Gerichte den Schiedsgerichten prinzipiell übergeordnet sind. Die Folge ist, daß es prinzipiell niemals als ein Nachteil (RG.: JW. 1922, 706 bezeichnet es direkt als einen „Nachteil“, daß eine Partei vor den ordentlichen Gerichten Recht nehmen müsse, anstatt vor einem von ihr erstrebten und nach ihrer Behauptung vereinbarten Schiedsgericht für eine Partei bezeichnet werden kann, wenn infolge notwendiger Umstände einer Partei die eigentlich beabsichtigte Schiedsgerichtsbarkeit entzogen wird und an deren Stelle die ordentliche Gerichtsbarkeit tritt. Es ist eine Partei daher auch prinzipiell als nicht dadurch beschwert anzusehen, wenn die Notwendigkeit eintritt, daß über eine Gegenforderung, die gegen die Forderung der betr. Partei aufrechnend geltend gemacht wird, durch das ordentliche Gericht entschieden wird. Andererseits ist ein Schiedsgericht niemals befugt, über eine Gegenforderung zu entscheiden, welche nicht durch Vereinbarung der Parteien seiner Zuständigkeit unterworfen ist. Das Schiedsgericht kann, wenn solche Gegenforderung geltend gemacht wird, der Klage stattgeben, ohne sich um die Gegenforderung zu kümmern. Praktisch erscheint diese Möglichkeit auch nicht so sehr gefährlich; denn der verurteilte Schiedsbekl. kann die Tilgung der Forderung durch Aufrechnung der Gegenforderung im Wege der Zwangsvollstreckung gegenklage geltend machen. Das Schiedsgericht kann aber auch das Verfahren aussetzen, um dem Bekl. Gelegenheit zur Klage vor den ordentlichen Gerichten zu geben. Eine Frage ist, ob, wenn das Schiedsgericht trotzdem die Gegenforderung berücksichtigt, mit Rücksicht auf sie die Klage abweist, hiergegen rechtlich etwas zu machen ist, insbes. ob die Aufhebung des Schiedsspruchs wegen Unzulässigkeit des Verfahrens verlangt werden kann. Hierauf kann hier nicht näher eingegangen werden.

Nach Vorstehendem beantworten sich die vier in Betracht kommenden Fragen nach unserer Meinung wie folgt:

a) Das ordentliche Gericht hält die Gegenforderung für berechtigt, dann hat es die Klage abzuweisen.

b) Das ordentliche Gericht hält die Gegenforderung für nicht berechtigt, dann bewirkt die Entsch., daß die Gegenforderung nicht besteht, Rechtskraft (§ 322 Abs. 2 ZPO.). Hierzu habe ich a. a. O. S. 51 bemerkt: „Denn derjenige, welcher mit dieser Forderung aufrechnet, unterstellt sie hierdurch dem ordentlichen Gericht, ohne daß er das Schiedsgericht angerufen hat. Er muß sich also dessen Entsch. gefallen lassen, auch wenn sie für ihn ungünstig ist.“

c) Das Schiedsgericht entscheidet über die Gegenforderung und weist deshalb die Klage ab. Hierzu ist das Schiedsgericht nicht berechtigt. Es ist die Frage, welche Rechtsmittel dem Kl. hiergegen zustehen.

d) Das Schiedsgericht hält die Gegenforderung für nicht berechtigt und entscheidet, daß sie nicht besteht. Diese Entsch. macht keinerlei Rechtskraft. Sie ist bedeutungslos.

7. De lege ferenda erscheint es wünschenswert, dem ordentlichen Gericht bei Geltendmachung einer Gegenforderung, für welche ein Schiedsgericht vereinbart ist, sowohl das Recht zu geben, über die Gegenforderung zu entscheiden, wie auch, wenn es dies für angebracht hält, die Entsch. abzulehnen und die Gegenforderung an das Schiedsgericht zu verweisen.

RA. Dr. Walter Nord, Hamburg.

solche Fälle bedarf der vorsichtigen Prüfung, ob der Entgelt in Haupt- und Nebenleistung geschieden werden kann und ob die nicht erringbare Leistung Nebenleistung ist. †)

Ohne ersichtlichen Rechtsirrtum hat das BG. den § 7 des Vertrages v. 30. Nov. 1915 dahin verstanden, daß dem Kl. ein Vorpachtrecht nach der Art des Vorkaufsrechts der §§ 504 ff. BGB. hat bewilligt werden sollen, so, daß der Bekl. verbunden war, dem Kl. den mit einem Dritten geschlossenen Vertrag mitzuteilen, und daß der Kl. dann die Bedingungen dieses Vertrages für sich in Anspruch nehmen konnte.

Für das Ergebnis ist deshalb entscheidend, ob der Vertrag v. 8. Juli 1926, durch den der Bekl. der Firma H. ein Nießbrauchsrecht an der Parzelle 657 zugesagt (und danach auch bewilligt) hat, den Eintritt des Vorpachtrechts i. S. des Vertrags v. 30. Nov. 1916 auslösen konnte.

Was die Bedingungen des mit der Firma H. geschlossenen Vertrages angeht, so stützt die Rev. ihre Meinung, der Kl. habe ihn nicht wirksam übernehmen können und habe ihn nicht übernommen, darauf, daß der Vertrag, durch den H. das F'sche Werk erwarb, Voraussetzung des Abschlusses mit H. gewesen sei und daß der Kl. es vor dem Abschluß des Bekl. mit H. abgelehnt habe, die Beteiligung des F. an der Ausbeutung der Parzelle 657 zu dulden.

Es bedarf der Entscheidung nicht, ob die vor dem Abschluß des Vertrags mit dem Dritten erklärte Ablehnung einer berechtigten und dann in den Vertrag mit dem Dritten aufgenommenen Bedingung durch den Vorberechtigten der späteren Ausübung der Vorpachterklärung entgegengeschaltet werden kann. Denn weder ist die von dem Bekl. abgelehnte Beteiligung des F. Bedingung des H'schen Vertrages geworden, noch durfte der Bekl. dem Kl. die Beteiligung des F. an der Ausbeutung als Pachtbedingung setzen. Der durch Vorpacht wie der durch Vorkauf Verpflichtete ist allerdings berechtigt, die Bedingungen des neuen Vertrages unter Berücksichtigung allein seiner eigenen Interessen aufzustellen; aber solche Bedingungen sind ihm verwehrt, die sich gerade gegen den Bestand des Vorzugsrechts wenden. F. an der Ausbeutung des Steinbruchs beteiligen, hieß das Vorpachtrecht zu einem Teil aufgeben. Das gerade konnte nicht Gegenstand eines Vertrages sein, der dem in § 7 in Aussicht gestellten Nutzungsrecht entsprach. Es ist deshalb mit dem VerN. abzulehnen, daß etwa in entsprechender Anwendung von § 507 BGB. die Aufwendung für den Ankauf des F'schen Werks als Nebenleistung des von dem Kl. zu erfüllenden Vertrages angelegt wird.

Entscheidenden Bedenken unterliegt dagegen die Annahme des BG., daß auch im übrigen der zwischen dem Bekl. und der Firma H. geschlossene Vertrag unbedenklich von dem Kl. kraft seines Vorpachtrechts übernommen werden kann. Für das im BGB. allein unter den Vorzugsrechten geregelte Vorkaufsrecht hat die Rspr. des RG. (RG. 88, 361<sup>1</sup>); V 170/20 Urt. v. 13. Okt. 1920; V 565/22 Urt. v. 16. Juni 1923), im Anschluß an Mot. 2, 345 den Einlösungsfall als nicht gegeben angesehen, wenn der Verpflichtete an Stelle eines Kaufes über die im Vorkaufsrecht befangene Sache einen Tauschvertrag abschließt. Das gleiche ist in RG. 101, 99

Zu 4. Das im BGB. geregelte Vorkaufsrecht ist nur ein praktisch besonders wichtiger Unterfall des allgemeinen Einlösungsrechts. Die §§ 504 ff. sind auf andere Fälle des Einlösungsrechts (Vorkaufrecht, Vormietrecht, Vorpachtrecht) grundsätzlich sinngemäß anzuwenden. Die Durchführung des Einlösungsrechts begegnet Schwierigkeiten, soweit die mit dem Vertragsgegner (Käufer, Pächter) vereinbarte Gegenleistung keine (vertretbare) Gelbleistung, sondern eine an die Person gebundene (unübernehmbare) sonstige Leistung ist, die von einem Anderen (dem Einlösungsberechtigten) nicht bewirkt werden kann. Die Hauptleistung des Käufers ist stets eine (vertretbare) Gelbleistung. Daher regelt die für das Vorkaufsrecht gegebene Bestimmung des § 507 BGB. nur den Fall, daß sich der Vertragsgegner zu einer nicht in Geld bestehenden Nebenleistung verpflichtet hat, und zwar dahin, daß unwesentliche Nebenleistungen für den Vorkaufsberechtigten außer Betracht bleiben, sonstige taxierbare Nebenleistungen vom Vorkaufsberechtigten in Geld zu entrichten sind und nicht in Geld abschätzbare Nebenleistungen die Ausübung des Vorkaufsrechts ausschließen.

Die Hauptleistung des Mieters oder Pächters braucht keine

<sup>1</sup>) JW. 1916, 1333.

für den Fall ausgesprochen, daß der mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag aus Kauf und Schenkung gemischt ist. Leitend ist für diese Stellungnahme nicht allein die Verschiedenheit des Rechtsbegriffes, sondern auch die wirtschaftliche Andersartigkeit des für den Vorkauf ins Auge gefaßten und des zustande gekommenen Geschäfts. — Es bedarf der Entscheidung nicht, ob von diesem Standpunkt aus grundsätzlich die Einräumung eines Nießbrauchsrechts dem Dritten gegenüber dem Pachtvertrag gleichgestellt werden kann, für den das Vorzugsrecht besteht.

Denn im vorliegenden Fall verbindet der mit der Firma H. von dem Bekl. geschlossene Vertrag mit der Nießbrauchbestellung Vereinbarungen, die derart gestaltet sind, daß sie der Übernahme des Vertrages durch eine andere Hand widerstreben. Für die Überlassung der Ausbeute gewährt die Firma H. ihre Gegenleistung in dreierlei Gestalt: a) durch ein festes Monatsentgelt von 240 M., b) durch Gewährung einer Anstellung mit 80 Pf. Anfangsstundenlohn, c) durch Bezahlung von 5 M. für je 10 t, die in weißem Terrazzomaterial bestimmter Körnung verandt werden. Schon für den zu b vorgeesehenen Dienstvertrag, dessen Dauer und weitere Entwicklung weitgehend von den persönlichen Beziehungen der Vertragsparteien abhängig ist, macht es einen wesentlichen Unterschied, ob das Arbeitsverhältnis zwischen dem Bekl. und der Firma H. oder zwischen ihm und seinem langjährigen Prozeßgegner begründet wird. — Die zu c der Abrede entfaltene partiarische Gestaltung des Entgelts endlich ist, wie die nach den Feststellungen des VerN. insoweit übereinstimmende Parteiangaben klären, ein für die Höhe der Vergütung den anderen Teilen des Pachtzinses im Wert zum mindesten gleichstehendes Element.

Der Kl. macht geltend, daß auch er zur Gewährung der gleichen Abgabe je Waggon bereit sei, und der Bekl. entgegnet, daß der Kl. infolge der Kontingentierung seines Absatzes durch ein Syndikat nicht entfernt die Vorteile des H'schen Vertrages bieten könne. Das BG. glaubt den Einwand mit der Erwägung schlagen zu können, daß nach dem Vertrag mit der Firma H. der Bekl. keinen Anspruch auf die Abgabe von einem Mindestquantum habe.

Mit dieser Erwägung wird der VerN. weder der Bedeutung dieser Vertragsabrede noch den Zwecken der Vorpachtabrede gerecht.

In der vorgenannten Rspr. des RG., insbes. in dem Urt. V 565/22 und auch in RG. 118, 5<sup>2</sup>) und 121, 137<sup>3</sup>); 123, 265 ist für das Vorkaufsrecht anerkannt, daß der Verpflichtete vorbehaltlich der für sittenwidrige Umgehungsverträge geltenden Einschränkung den Vertrag mit den Dritten nach Maßgabe seiner eigenen Interessen frei gestalten kann und damit auch keine Rücksicht darauf zu nehmen braucht, ob die bedungenen Leistungen vom Standpunkt des Vorberechtigten vertretbar sind. Wenn der Bekl. zulässig statt einer festen Rente als Form des Entgelts die Versandbeteiligung wählte, so war das ebensowenig zu beanstanden wie es dem Kl. gegenüber Unrecht gewesen wäre, statt der Überlassung des Steinbruchs zur Nutzung in ein Gesellschaftsverhältnis zu einem Unternehmen zu treten. Die Förderungsbeteiligung ist eine gesellschaftsähnliche Abmachung. Für sie ist die Leistungsfähigkeit des Unternehmers, mit dem die Abrede getroffen wird, von wesentlicher rechtlicher wie tatsächlicher Bedeutung. Dazu tritt im vorliegenden Fall die Besonderheit, daß die Firma H. ihren Absatz unbeschränkt

Gelbleistung zu sein. Die beim Vorkaufsrecht nur für Nebenleistungen in Betracht kommende Schwierigkeit der unübernehmbaren Gegenleistung kann beim Vormietrecht und Vorpachtrecht auch bei Hauptleistungen auftreten. Es fragt sich, ob und wie § 507 BGB. dann sinngemäß anzuwenden ist. Soll (nach Möglichkeit) der Geldwert der unübernehmbaren Hauptleistung geschätzt und vom Vorpachtberechtigten bezahlt werden (wie § 507 für Nebenleistungen anordnet)? Dies hatte der VerN. in Erwägung gezogen. Das RG. hält dies für bedenklich und legt entscheidenden Wert auf vorsichtige Prüfung, ob die unübernehmbare Gegenleistung Haupt- oder Nebenleistung ist. Die vom Gesetz für unübernehmbare Nebenleistungen angeordnete Umwandlung in Gelbleistungen mutet das RG. dem Vorpachtpflichtigen bei Hauptleistungen nicht zu, sondern hält dann die Ausübung des Vorpachtrechts für ausgeschlossen. Dem ist zuzustimmen.

Richter Dr. Max Boeck, Hamburg.

<sup>2</sup>) JW. 1927, 2413. <sup>3</sup>) JW. 1928, 1814.

nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten und Aufträge steigern kann, während der Betrieb des Kl. einem Syndikat zugehört, das unstreitig seinen Absatz in Verhältnis zu dem Absatz anderer Syndikatsfirmen nach bestimmtem Schlüssel bringt und ihn dadurch beschränkt. Welches Kontingent dem Kl. gegenwärtig zugeteilt ist, ist zwischen den Parteien streitig. Für die hier zu treffende Entscheidung kommt es auf das gerade jetzt bestehende Maß der Beschränkung des Kl. nicht an. Jedenfalls ist auch diese Leistung, je nachdem die Firma H. oder aber der Kl. Vertragsgegner ist, so andersartig, daß der Kl., wie die Rev. mit Recht annimmt, die von der Firma H. zugestandene Leistung dem Bekl. nicht erbringen kann.

Der Bekl. hat zu diesem Punkt in Erwägung gezogen, daß i. S. von § 507 Satz 1 BGB. der Kl., statt den Bekl. am eigenen Absatz zu beteiligen, den Betrag an ihn zahlen könnte, der nach Schätzung dem Wert der Leistungen des H. schen Vertrages entspricht.

Die Bestimmung des § 507 Satz 1 BGB. für Nebenleistungen trifft im vorliegenden Fall jedenfalls nicht unmittelbar zu. Sie ist auf den Kauf zugeschnitten, dessen Hauptleistung in Geld, also stets vertretbar zu entrichten ist. Ihre Anwendung im Gebiet von Miete und Pacht, bei denen der Gegenwert durch jede Art von Leistung erbracht werden kann (Mot. II, 372), bedarf der vorsichtigen Prüfung, ob der Entgelt in Haupt- und Nebenleistung geschieden werden kann und ob die nicht erbringbare Leistung Nebenleistung ist. In dem zur Entscheidung stehenden Fall ist nach dem vorher erörterten Wertverhältnis der Teile der dem Bekl. von H. zugesagten Gegenleistung die Beteiligung des Bekl. an dem Versand Bestandteil der Hauptleistung. Es unterliegt Bedenken, den in dem Fall der Nebenleistung von § 507 Abs. 2 BGB. im Gebiet des Kaufs gesuchten Ausweg in dem Fall einer unerbringbaren Hauptleistung auf dem Gebiete der Pacht einzuschlagen. Es ist der Rev. aber auch darin beizutreten, daß dieser Weg nicht einmal gangbar wäre. Denn die Abgabeleistung des H. schen Vertrages entzieht sich von dem Standpunkt aus, daß der Kl. die Parzelle zur Ausbeutung erhält, der Schätzung, weil die künftige Entwicklung des bei dieser Annahme von dem Steinbruch verdrängten H. schen Betriebs nicht annähernd veranschlagt werden kann.

Kann danach das Vorpachtrecht des Kl. gegenüber dem H. schen Vertrag nicht wirken, so hat der Bekl. durch seinen Abschluß nicht vertragswidrig gehandelt und ist zur Leistung von Schadensersatz nicht verpflichtet.

(U. v. 17. Juni 1929; 170/29 VIII. — Stuttgart.)

[Ru.]

**\*\* 5. Miet- oder Pachtvertrag?** Durch den Eintritt eines Dritten in einen bestehenden Mietvertrag über gewerbliche Räume und die gleichzeitige Übernahme der zum Betriebe erforderlichen Einrichtung wird das Mietverhältnis nicht in ein Pachtverhältnis umgewandelt. †)

Die Bekl. hatte gegenüber der Behauptung des Kl., daß ein Pachtvertrag vorliege, geltend gemacht, durch das Urteil in dem früheren von dem Kl. anhängig gemachten Rechtsstreit sei rechtskräftig festgestellt, daß ein Mietverhältnis zwischen den Parteien bestehe. Das BG. hat diesen

Einwand zurückgewiesen. Damals habe es sich darum gehandelt, ob Kl. ein Recht habe, die Aufhebung des Vertragsverhältnisses zu verlangen, weil er selbst der Räume dringend bedürfe. Der jetzige Anspruch sei auf eine nach Erlaß des früheren Urteils erklärte Kündigung gestützt und das Gericht habe zu prüfen, ob diese neue Tatsache den Räumungsanspruch rechtfertige. Dem stehe das frühere Urteil nicht entgegen. Ohne bindende Wirkung sei es insbes., daß die damals erkennenden Gerichte ein Mietverhältnis angenommen hätten, weil ihnen der Sachverhalt von den Parteien nicht vollständig unterbreitet worden sei.

Der Rev. gegenüber, die diesen Einwand wiederholt, ist dem BG. zum mindesten im Ergebnis beizutreten, ohne daß es eines näheren Eingehens auf seine Begründung bedarf. Denn in Rechtskraft geht nur der erkennende Teil des Urteils über, nicht aber dessen Begründung. Wenn demnach auch in den Gründen des rechtskräftigen Urteils, das auf Abweisung der Klage lautete, auch von einem Mietverhältnisse ausgegangen sein mag, so liegt darin doch keine rechtskräftige, für den jetzigen Rechtsstreit maßgebende Feststellung, daß ein solches unter den Parteien bestehe.

Zu der Frage, ob Miete oder Pacht vorliege, geht das BG. auf Grund der Beweisaufnahme davon aus, daß G. die streitigen Räume i. J. 1894 mit einer Einrichtung übernommen habe, die zur alsbaldigen Fruchtziehung vollständig ausgereicht habe. Gleichzeitig mit dem Erwerbe dieser Ausstattung sei er in das Vertragsverhältnis G.—K. eingetreten, das bis dahin ein Mietverhältnis gewesen, nunmehr aber zum Pachtverhältnis geworden sei.

Diese Auffassung des BG. kann das RevG. nicht billigen. Zutreffend geht jenes allerdings davon aus, daß die Rfpr. des RG. dann ein Pachtverhältnis als gegeben erachte, wenn der Verfügungsberechtigte Räume überläßt, die haulich zum Betriebe eines bestimmten Gewerbes geeignet und mit der zu diesem Betriebe erforderlichen Einrichtung ausgestattet sind, so daß eine alsbaldige Fruchtziehung möglich ist, daß es auch nicht darauf ankommt, ob die Einrichtung von dem Verfügungsberechtigten oder einem Dritten überlassen wird. Das BG. verkennt aber, daß es doch einen Unterschied bedeutet, ob der neue Inhaber der Räume durch einen neuen selbständigen Vertrag mit dem Verfügungsberechtigten, der unmittelbare vertragliche Beziehungen zwischen diesem und ihm begründet, in den Besitz der Räume gelangt, oder ob er lediglich auf Grund einer Vereinbarung mit dem bisherigen Inhaber unter Zustimmung des Verfügungsberechtigten in einen noch bestehenden und noch laufenden Vertrag eintritt. Haben in diesem letzteren Falle der Verfügungsberechtigte und der bisherige Inhaber das Vertragsverhältnis fortbestehen lassen, haben sie ihren dahingehenden Willen vielleicht auch noch dadurch besonders kundgetan, daß der bisherige Inhaber für die weitere Erfüllung der Vertragspflichten die Haftung übernommen hat, so wird durch den Eintritt des neuen Inhabers an diesem Vertragsverhältnis nichts geändert. Ob er die vorhandene Einrichtung mit übernimmt oder nicht, spielt für das Verhältnis der Parteien des ursprünglichen Vertrages untereinander keine Rolle, es bleibt in seiner rechtlichen Natur vollkommen unberührt. Denn vertragliche Beziehungen zwischen dem Verfügungsberechtigten und dem neuen Inhaber werden nicht be-

Pacht auch dann angenommen wird, wenn nicht der Verpächter sondern ein Dritter die betriebsnotwendige Einrichtung gewährt. Trotz wiederholter Versicherungen des RG., von früheren Entscheidungen nicht abgewichen zu sein, scheint es bisher weder dem Schrifttum noch den OBG. gelungen zu sein, in dieser Rechtsprechung eine in sich widerspruchsfreie, klare und einleuchtende Abgrenzung zwischen Miete und Pacht zu ermitteln, und wenn es in der obigen Entscheidung heißt: die Rechtsprechung des RG. „hat den Übergang eines Miet- in einen Pachtvertrag ständig davon abhängig sein lassen, daß zwischen dem Vertrag über die Überlassung der Räume und dem über die Überlassung der Einrichtung ein Zusammenhang bestand und daß die Überlassung der Einrichtung zum Gegenstande des Raumüberlassungsvertrages gemacht worden war“ —, so wird auch diese ungenau vieldeutige Formel schwerlich klärend und überzeugend wirken. Die der Praxis Schwierigkeiten bereitende Frage ist es gerade, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen das RG. annehmen will, daß ein „Zusammenhang“ besteht oder „die Überlassung der Einrichtung zum Gegenstande des Raumüberlassungsvertrages gemacht“ ist. Darüber gibt das RG. keine Auskunft sondern ver-

Zu 5. Die Entsch. charakterisiert gut den gegenwärtigen Stand der für die Gewerberaummieter lebenswichtigen Streitfrage (Miete oder Pacht).

1. Grundlage und Ausgangspunkt der reichsgerichtlichen Abgrenzung dieser Vertragstypen ist die im wesentlichen unangefochten gebliebene Entsch. RG. 81, 23 = JW. 1913, 280: Überlassung leeren Gewerberaums ohne die zur Eröffnung des Gewerbetriebs im wesentlichen notwendige Einrichtung ist Miete; Pacht setzt voraus, daß der Raum auch mit dieser Einrichtung versehen ist.

2. M. E. schon nicht mehr ganz unbedenklich, aber von der Kritik noch kaum angegriffen sind einige Darlegungen der Entsch. RG. 91, 210 = JW. 1918, 169: Nicht unter allen Umständen muß bei Pacht Raum und betriebsnotwendige Einrichtung durch einen und denselben Vertrag überlassen werden; Pächter kann unter Umständen auch sein, wer vom Verpächter den Raum „mietet“ und von ihm gleichzeitig in besonderem Vertrag die betriebsnotwendige Einrichtung kauft.

3. Von vielen Seiten mit Recht heftig angegriffen sind zahlreiche spätere Entsch. des RG., in denen unter gewissen Voraussetzungen

gründet, und die Zustimmung des Ersteren zu der Überlassung bedeutet nur, daß er gegen die Begründung eines Untermiet- bzw. Unterpachtverhältnisses zwischen dem bisherigen und dem neuen Inhaber nichts einzuwenden hat. Daß zwischen Hauptvermieter und Untermieter vertragliche Beziehungen nicht bestehen, auch durch eine einfache Zustimmung des Hauptvermieters nicht geschaffen werden, ist anerkanntes Recht.

So liegt es aber auch im vorliegenden Falle. Der Vertrag zwischen S. und R. war ein Mietvertrag. In ihm war bereits vorgesehen, daß R. das Geschäft während der Kontraktzeit an andere Personen verkaufen dürfe und der Vermieter dagegen nichts einzuwenden habe, daß aber R. den Vermieter schadlos halten, also für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen einzustehen habe. Dieser Vertrag lief bis zum 1. Okt. 1896. Am 16. April 1894 ist G. mit Zustimmung des Vermieters unter käuflicher Übernahme der Einrichtung eingetreten, R. blieb für die Erfüllung des Vertrages dem Vermieter haftbar. Das Vertragsverhältnis zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien wurde also nicht gelöst und durch ein neues zwischen dem Vermieter und G. ersetzt, es blieb als das, was es bis dahin gewesen war, nämlich als Mietvertrag bestehen. Im Verhältnis zu dem Hauptvermieter wurde G. Untermieter des R., war aber Eigentümer der Einrichtung. Das BG. geht also fehl, wenn es annimmt, durch den Eintritt G.s sei das Mietverhältnis S.-R. in ein Pachtverhältnis S.-G. umgewandelt worden. Zwischen den letzten beiden entstanden, wie bereits bemerkt, überhaupt keine vertraglichen Beziehungen.

Dieser Zustand sollte bis zum Ablaufe des Mietvertrages S.-R., dem 1. Okt. 1896 dauern. Er wurde aber durch einen am 24. Sept. 1895 zwischen G. und dem damaligen Eigentümer des Hauses abgeschlossenen Vertrag vorzeitig beendet, in dem der letztere, L., G. die Räume v. 1. Okt. 1895 ab „vermietete“, so daß nunmehr unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber hergestellt waren. Da damals die Räume betriebsfertig eingerichtet waren, konnte sich die Frage erheben, ob nicht hiermit ein Pachtverhältnis begründet worden ist. Sie ist zu verneinen. Wenn auch die Bezeichnung des Vertrages als eines Mietvertrages nicht entscheidend sein kann, so war G. damals doch schon seit längerer Zeit Eigentümer der Einrichtung, es fehlte also an jedem Zusammenhang zwischen dem neuen und dem Vertrag, durch den er seinerzeit die Einrichtung käuflich übernommen hatte. Aber nicht nur dies, es fehlt auch jeder Anhalt dafür, daß die Parteien des neuen Vertrages die

meist (f. JW. 1927, 1469) auf tatsächliche Verschiedenheiten der Einzelfälle.

In obigem Fall hat ein Ladenmieter das ihm gehörige Geschäft nebst der ihm gehörenden Einrichtung verkauft. Der Käufer ist nach Ansicht des OLG. sogleich in das Vertragsverhältnis zum Hauseigentümer eingetreten, nach Ansicht des RG. zunächst nur Untermieter (erst einige Zeit später Hauptmieter) geworden. Der Käufer ist nach Ansicht des OLG. Pächter, nach Auffassung des RG. Mieter.

Daß das RG. richtig, das OLG. falsch entschieden hat (und zwar ohne Unterschied, ob der Käufer erst Untermieter oder gleich Hauptmieter wurde), sollte eigentlich nicht zweifelhaft sein können. Daß ein OLG. sogar den bloßen Eintritt eines neuen Mieters in einen bestehenden Mietvertrag als Begründung eines Pachtverhältnisses hat auffassen können (mit Rücksicht auf den Erwerb der Einrichtung vom Vormieter), zeigt aber mit erschreckender Deutlichkeit, welches Übermaß von Verwirrung die reichsgerichtliche Grenzziehung zwischen Miete und Pacht nachgerade zur Folge gehabt hat.

M. E. ist diese Verwirrung darauf zurückzuführen, daß das RG. allmählich, Schritt für Schritt (ein wenig — und nicht beachtet — vielleicht schon in RG. 91, 310) an die Stelle des aus der Natur des Pachtvertrages als eines gegenseitigen Vertrags sich ergebenden Zusammenhanges zwischen Pachtzins und Verpächtergegenleistung andere (rechtlich unerhebliche) Zusammenhänge gesetzt hat.

Das bloße Vorhandensein eines Pachtgegenstandes (Existenz der betriebsnotwendigen Einrichtung im Gewerberaum) macht ein diesen Gegenstand betreffendes Vertragsverhältnis noch nicht zur Pacht. Pacht liegt auch dann noch nicht vor, wenn der Mieter im „Zusammenhang“ mit dem Mietvertrag und (selbstverständlich stets) zum Zweck der Fruchtziehung betriebsnotwendiges Inventar in den Gewerberaum einbringt. Ich vermag auch nicht einzusehen, weshalb es dabei rechtserheblich sein soll (so RG.), ob dieser „Zusammenhang“ hergestellt wurde vor oder bei oder nach Vertragsabschluss, und ob dies dadurch geschah, daß der Mieter die Einrichtung mit eigenen Händen selbst herstellte oder durch einen anderen herstellen ließ (Werkvertrag) oder fertig kaufte oder ließ oder sich schenken oder durch Testament

Einrichtung in ihn einbeziehen, sie zu seinem Gegenstande haben machen wollen. Ihr Vertrag erfaßte lediglich die leeren Räume und hatte lediglich die rechtliche Wirkung, daß G. nunmehr aus einem Untermieter R.s zum Mieter des L. geworden war. Daß die späteren Verlängerungen des Vertragsverhältnisses an dem einmal bestehenden Rechtszustande nichts geändert haben, bedarf keiner Darlegung (vgl. hierzu RG. 109, 206; VIII 302/28 v. 17. Dez. 1928 und VIII 53/29 v. 27. März 1929).

Mit seiner Rechtsprechung, wie sie in den vorgenannten Entscheidungen niedergelegt ist, setzt sich der erf. Sen. auch keineswegs mit der früheren des 3. ZivSen. des RG. in Widerspruch, wie der RevBekl. meint. Auch sie hat den Übergang eines Miet- in einen Pachtvertrag ständig davon abhängig sein lassen, daß zwischen dem Vertrage über die Überlassung der Räume und dem über die Überlassung der Einrichtung ein Zusammenhang bestand, und daß die Einrichtung zum Gegenstande des Raumüberlassungsvertrages gemacht worden war. Hierzu braucht nur auf die oben erwähnte Entsch. RG. 109, 206 verwiesen zu werden. Es ist aber auch nirgends ausgesprochen, daß der Eintritt eines Dritten in einen bestehenden und noch laufenden Mietvertrag nicht in der Weise erfolgen könne, daß das Vertragsverhältnis zwischen den bisherigen Vertragsparteien unverändert fortbesteht, daß ein Mietverhältnis auch gegen den Willen der Vertragsparteien infolge der Übernahme der Einrichtung durch den Dritten zu einem Pachtverhältnisse umgewandelt werde.

Hiernach war davon auszugehen, daß auch das zwischen den Parteien des Rechtsstreites bestehende Vertragsverhältnis ein Mietverhältnis ist. Da es sich nach dem Vortrage der Klage und dem Tatbestande des angefochtenen Urteils offenbar um Geschäftsräume handelt, die wegen ihres wirtschaftlichen Zusammenhanges mit Wohnräumen gemietet sind, war auf Grund des § 3 Abs. 2 PrVOckVO. v. 11. Nov. 1926 der Kündigung des Kl. die Wirksamkeit zu versagen und der auf sie gestützte Räumungsanspruch als nicht gerechtfertigt zu erachten.

(U. v. 17. Juni 1929; 208/29 VIII. — Stettin.) [Ru.]

**\*\*6.** § 833 BGB.; § 7 KraftfG. Versicherung gegen Unfall als Fahrgast in einem dem Personenverkehr dienenden Verkehrsmittel. Begriff des Verkehrsmittels und des Fahrgastes.†)

Die Kl. behaupten, daß ihr Mann und Vater am 6. Aug. 1927 beim Überqueren der Elbe mit seinem Klepperfaltboot

zuwenden ließ. Nicht irgendein Zusammenhang (zwischen Raum und Einrichtung betreffenden Verträgen) sondern erst der synallagmatische Zusammenhang schafft Pacht: Pacht entsteht erst dadurch, daß ein pachtfähiger Gegenstand in allen seinen pachtwesentlichen Teilen (also einschließlich betriebsnotwendiger Einrichtung) dem Pächter als Gegenleistung für Pachtzins (der freilich weder in fortlaufenden noch in Geldleistungen zu bestehen braucht) gewährt wird.

Dies ist im wesentlichen schon von Crone (JW. 1924, 792) und Dertmann (Eu. 1928, 675 ff.) klar und einleuchtend dargelegt. Besonders möchte ich verweisen auf den Schlussatz der Dertmannschen Arbeit, die zutreffende Ausführung, daß selbst bei Überlassung des Inventars durch den Verpächter, aber durch Sondervertrag, kein reiner Pachtvertrag sondern höchstens unter Umständen ein gemischter Vertrag vorliegt und deshalb Pachtgrundsätze anwendbar sein mögen — ein Gesichtspunkt, der bei Gewährung des Inventars nicht durch den Verpächter sondern durch einen Dritten niemals in Frage kommen kann (Anklänge an die richtige Erkenntnis, daß im Sondervertragsfall eigentlich ein gemischter Vertrag vorliegt, finden sich in einigen Sätzen der abgesehen hiervon schon etwas bedenkliehen Entscheidung RG. 91, 310).

Die Abkehr des RG. vom Synallagma führt ganz natürlich, durchaus folgerichtig und auch tatsächlich in der Praxis zu dem unzweifelhaft absurden Ergebnis, daß für die Einrichtung doppelte Gegenleistung bezahlt wird (wie von Fhrcke: JW. 1927, 2507 eingehend nachgewiesen).

Eine Änderung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ist kaum zu erwarten. Der gegenwärtige Zustand ist unbefriedigend. Zugunsten des die Einrichtung von einem Dritten erhaltenden Mieters sind bereits Gesetzesänderungen vorgeschlagen: Klarstellung in § 581 BGB. bzw. Erweiterung des § 1 MietSchG. (vgl. den Bericht von Vidal, Deutsches Mietrecht 1929, 844 Ziff. 5).

Richter Dr. Max Boeck, Hamburg.

Zu 6. Die Entsch. ist m. E. in der Sache selbst richtig, da-

in der Nähe von Roßlau ertrunken sei. Er war bei der Befl. gegen Unfall versichert. Als der Versicherung unterworfenen Unfälle waren insbes. solche vorgesehen, die der Versicherte als Fahrgast in einem dem Personenverkehr dienenden Verkehrsmittel erlitt. Auf Sport sollte sich die Versicherung ausdrücklich nicht erstrecken. Die beklagte Versicherungsgesellschaft hat eingewendet, daß G. überhaupt nicht ertrunken, sondern ins Ausland verschwunden sei und daß insbes. der Anspruch auf die 30 000 M nicht begründet sei, weil das Boot nicht Verkehrsmittel und G. nicht Fahrgast i. S. der Versicherungsbedingungen gewesen sei, der behauptete Unfall auch bei einer Sportausübung erfolgt sein würde.

Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Das RG. hat sowohl den Eintritt des Unfalls selbst, wie auch die Frage nach dem Zusammenhang mit einer Sportausübung dahingestellt gelassen, indem es den Anspruch der Kl. auf alle Fälle deshalb für unbegründet ansieht, weil ein Klepperfaltboot kein Verkehrsmittel sei und der (angeblich) Verunglückte vorliegend nicht Fahrgast gewesen sei. Es folgert dies mit näherer Begründung mangels besonderer Besprechungen über die beiden Begriffe beim Vertragsschlusse aus den Vertragsbestimmungen unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs und der Verkehrsauffassung. Diese Auslegung ist vom RevG. frei nachzuprüfen, da es sich ersichtlich nicht nur bei den Allg. Versicherungsbedingungen, sondern auch bei den einleitenden Bestimmungen des gedruckten Antrags über den Gegenstand und Umfang der Versicherung und den zu ihrem Verständnis gegebenenfalls mit heranzuziehenden nachfolgenden einzelnen Fragen um typische Vertragsbestimmungen handelt.

Die Ausführungen des BU. ergeben nun zwar in verschiedenen Beziehungen Bedenken; seinem Ergebnis, daß der von den Kl. behauptete Unfall G.s nicht unter die von der Versicherung umfaßten Unfälle zu rechnen sei, ist aber beizupflichten.

Nicht zutreffend erscheint zunächst die Auffassung des BG., daß Verkehrsmittel überhaupt, öffentliche wie private, nur solche seien, die dem allgemeinen Verkehr dienen, also grundsätzlich einem jeden zur Benutzung zur Verfügung ständen. Dem steht insbes. die Bestimmung unter c entgegen, denn unter c muß nach dem Sinn und Zweck der Versiche-

rung sowie dem Wortlaut der Bestimmung ganz zweifellos auch das Überfahren oder Angefahrenwerden etwa durch einen Radfahrer, der sein eigenes gewöhnliches Fahrrad oder sein einsitziges Krastrad fährt oder auch durch den Kraftwagen eines Privatmanns mit einbegriffen werden. Es erscheint aber nicht angängig, den Begriff „Verkehrsmittel“ unter a und c verschieden aufzufassen. Hiernach wie auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und der Verkehrsauffassung hat man aber unter öffentlichem Verkehrsmittel das grundsätzlich jedermann zur Verfügung stehende und unter privatem das dem privaten Gebrauch dienende Verkehrsmittel zu verstehen, während im übrigen als Erfordernis nur aufzustellen ist, daß der betreffende Gegenstand üblicherweise der Verbringung von Personen von einer Ortlichkeit zur anderen (wenn auch nur, wie beim Personenaufzug, von einem Stockwerk zum anderen) dient und nicht rein zu Sportzwecken verwendet wird; denn der Antrag trennt gerade zwischen Verkehrs- und Sport-Unfallversicherung. Abgesehen hiervon ist aber der Zweck der Personenbeförderung, ob wirtschaftliche Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit oder bloßes Vergnügen, wie z. B. eine Spazierfahrt, völlig gleich. Einem Klepperfaltboot würde demnach die Eigenschaft eines Verkehrsmittels i. S. des Versicherungsvertrags nur abzuspochen sein, wenn es rein als Sportfahrzeug aufzufassen wäre. Hierzu bedürfte es noch einer näheren tatsächlichen Stellungnahme. Dieser Punkt kann jedoch auf sich beruhen, da G. jedenfalls bei dem von den Kl. ihrem Anspruche zugrunde gelegten Unfall nicht als Fahrgast anzusehen war.

Nach der Darstellung der Kl. verunglückte er, als er sein eigenes, von ihm für seine eigenen Zwecke und zu persönlicher Verwendung angeschafftes und regelmäßig von ihm selbst gefahrenes Faltboot unter Mitnahme einer anderen Person selbst ruderte. Dann kann er aber nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Verkehrsauffassung nicht als Fahrgast angesehen werden. Dieser Begriff deutet jedenfalls auf ein gewisses Fernerstehen zu dem Verkehrsmittel und seiner Benutzung, auf ein gewisses Verhältnis des Fremdeins hin. Worte aus der ganz besonderen Sprache der Seeleute, ein Bootsgast, die die Rev. verwerten will, können dabei nicht herangezogen werden. Der Unterschied kann aber nicht darauf abgestellt werden, wie es das BG. getan hat,

gegen halte ich die Begründung auch des kammergerichtlichen Urteils für verfehlt.

I. Das Urteil bezeichnet als Verkehrsmittel einen Gegenstand, der üblicherweise der Verbringung von Personen von einer Ortlichkeit zur anderen dient und nicht rein zu Sportzwecken verwendet wird.

Dem hier in Betracht kommenden Klepperfaltboot wird die Eigenschaft als Verkehrsmittel nur für den Fall abgesprochen, daß es rein als Sportfahrzeug aufzufassen ist.

Abgesehen davon, daß auch reichsgerichtliche Urteile sich einer sprachlich schönen Ausdrucksform bedienen sollten, wirft die Entsch. m. E. zwei verschiedene Dinge durcheinander, nämlich den Begriff des Verkehrsmittels und den der Versicherung gegen Unfälle, die gelegentlich einer sportlichen Tätigkeit entstehen. Beide haben grundsätzlich nichts miteinander zu tun.

Ein Sportfahrzeug, z. B. ein Rennboot, ein Rennwagen wird benutzt, um einen Arzt zu einem Kranken zu holen. Diese Gegenstände sind in diesem Falle bestimmt Verkehrsmittel, auch wenn sie sonst rein zu Sportzwecken verwendet werden.

Andererseits kann umgekehrt ein gewöhnliches Ruder- oder Segelboot zu Sportzwecken benutzt werden. Trifft den Versicherungsnehmer dabei ein Unfall, so gewährt ihm der Versicherungsvertrag ganz bestimmt keinen Schutz.

Man wird den Gerichten nicht den Vorwurf machen können, daß sie derartige Tatsachen, die einem in sportlichen Dingen Erfahrenen geläufig sind, nicht kennen; wohl aber darüber, daß sie darüber urteilen, ohne sich von Sachkennern darüber aufklären zu lassen.

Im vorliegenden Fall müßte man nach der in der Entsch. gegebenen Definition einem Klepperfaltboot den Charakter als Verkehrsmittel absprechen, denn es wird üblicherweise nur zu Sportzwecken verwendet. Es ist ein ausgesprochener Luxusgegenstand, wenigstens insofern, als es bestimmungsgemäß nicht zur Befriedigung eines dringenden Bedürfnisses dient, sondern zu Erholung, Reise, Vergnügungs- oder ähnlichen Zwecken.

Hätte aber der Verunglückte sich dieses Sportfahrzeuges als Verkehrsmittel bedient, so fielen der Unfall zweifellos unter die Versicherung.

Über die Richtigkeit dieser Auffassung lassen sich eine Reihe

von Beispielen anführen. J. B. ein bestimmungsgemäß nur zu Sportzwecken benutztes Kraftfahrzeug bringt einen Gast des Besitzers zum Bahnhof und verunglückt; eine für Trabrennen benutzte Karre wird mit einem Klepper bespannt und fährt einen Schwerverkranken ins Krankenhaus; ein Kumpfer, geführt von einem Stallknecht, bringt einen völlig erschöpften Menschen in eine Unterkunft (Staub, § 472, Anm. 3).

Nach meiner Ansicht, die sich durch Hinweise auf See- und Binnenschiffahrtsrecht noch näher begründen ließe, ist daher Verkehrsmittel alles das, was zur Beförderung von Sachen oder Personen benutzt wird; ob das üblicherweise geschieht, oder ob es sich um ein Sportfahrzeug handelt ist für den Begriff des Verkehrsmittels gleichgültig.

Hätte das RG. die Klage nicht abgewiesen, weil der Verunglückte mit Recht nicht als „Fahrgast“ anzusehen war, so hätte es m. E. die Sache zurückverweisen müssen zwecks Prüfung der Frage, ob der Verunglückte sich auf einer Sportfahrt befand, das Faltboot also zur Ausübung einer sportmäßigen Tätigkeit benutzt wurde oder nicht.

II. Mit Recht bezeichnet dagegen das RG. diejenigen als „Fahrgast“, der mit einem Verkehrsmittel befördert wird.

Mit Recht weist das RG. die Meinung des BG., Unterscheidungsmerkmal sei, daß der Fahrgast sich unfähig verhielt, während der andere das Verkehrsmittel in Gang bringe, zurück.

Wer als Fahrgast im Betriebe der Eisenbahn, der Straßenbahn, der See- und Binnenschiffahrt anzusehen ist, dürfte zu Meinungsverschiedenheiten wohl kaum führen.

Das Seerecht nennt den Fahrgast „Reisenden“, das Binnenschiffg. „beförderte Personen“; bei Schap's Vormerkung § 664, Anm. 6 wird ohne nähere Begründung der „Reisende“ als „Fahrgast“ bezeichnet und das mit Recht.

Der Hinweis des RG. auf den Begriff „des Halters“ in § 833 BGB. und § 7 KraftfG. erscheint mir durchaus am Platze zu sein, wenn er auch nicht immer zutrifft, denn es können in einzelnen Fällen Schwierigkeiten auftreten.

So erscheint es mir z. B. zweifelhaft, ob der Halter eines Kraftfahrzeugs, der selbst nicht fahren kann, keinen Führerschein besitzt, niemals selbst fährt, der z. B. blind oder taub ist, oder an einem sonstigen Gebrechen leidet, das ihn an dem Lenken des

daß der Fahrgast sich untätig verhält, während ein anderer, der dann nicht Fahrgast wäre und deshalb nicht den Schutz der Versicherung genieße, das Verkehrsmittel in Gang bringt oder in Gang hält und insofern für seine Fortbewegung als solche verantwortlich ist. Denn nach dieser Auffassung würde der auf einem Segelboot von einem anderen Mitgenommene, der sich beim Segelfahren oder Steuern beteiligte, nicht Fahrgast sein, wogegen der Eigentümer des Kraftwagens, der sich von seinem Angestellten fahren läßt, Fahrgast wäre, was beides dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Verkehrsauffassung widersprechen würde. Auch das vom BG. angeführte Beispiel eines Personenaufzugs, der vom Benutzer durch Drücken auf einen Knopf in Gang gesetzt wird, im übrigen aber selbsttätig arbeitet, ergibt, daß das eigene Tätigwerden sich nicht wohl als Unterscheidungsmerkmal eignet. Das Beispiel ist anscheinend so gemeint, daß der solchergestalt den Fahrstuhl Benutzende wegen des selbsttätigen Weiterarbeitens des Aufzugs Fahrgast ist, also gleichermaßen, wie wenn er einen Paternosteraufzug benutzte; aber er hat doch eben die Bewegung eingeleitet, und die Sache wäre bei einem völlig von Hand betriebenen Aufzug gerade entgegengesetzt zu beurteilen und bei einem etwa während der Bewegung mehrere Handgriffe erfordern den Aufzug ganz zweifelhaft. Als wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Fahrgast und dem Nichtfahrgast bei Benutzung eines Verkehrsmittels ist vielmehr etwas anderes anzusehen, nämlich der Gegensatz zwischen dem Halter des Verkehrsmittels entsprechend dem Sinne dieses Begriffs in § 833 BGB. und in § 7 KraftfG., der das Verkehrsmittel (Fahrzeug) für eigene Rechnung im Gebrauch hat und die Verfügungsgewalt darüber besitzt, die ein solcher Gebrauch voraussetzt, also eine im wesentlichen tatsächliche nahe Verbundenheit mit dem betreffenden Gegenstand, während der Fahrgast die von ihm oder auf seine Veranlassung mit dem Verkehrsmittel beförderte Person ist, der die Benutzung oder die Mitbenutzung entgeltlich oder unentgeltlich gestattet wird. Die Abgrenzung mag in einzelnen Fällen tatsächliche Schwierigkeiten bieten. Wer aber wie G. im eigenen Faltboot fährt und dieses selbst rudert und dabei einen anderen mitnimmt, ist selbst keinesfalls Fahrgast, sondern dies ist nur der andere. Dieser dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechenden Auffassung stehen auch die Fragen unter 7a und b des Antrags nicht entgegen. Denn aus ihnen ist nicht zu folgern, daß die dort erwähnten Unfälle, besonders Lenkern von Kraftfahrzeugen (Kraftwagen wie Krafttrabern), aber auch Teilnahme an Rennen (offenbar auch auf selbstgefahrenen gewöhnlichen Fahrrädern) an sich mit unter die Unfälle unter a im Eingang des Antrags fallen würden. Vielmehr bedeuten die Bestimmungen unter 7a und b eine im Falle der Bejahung der Fragen vereinbarte Erweiterung des aus den vorhergehenden Bestimmungen für die Verkehrsunfälle sich ergebenden Umfangs der Versicherung, die auch eine wesentlich höhere Prämienzahlung bedingt.

(U. v. 31. Mai 1929; 576/28 VII. — Berlin.) [Ru.]

Fahrzeugs verhindert, nicht als Fahrgast in seinem eigenen Kraftfahrzeug angesehen werden kann, wenn er in seinem eigenen, von seinem Fahrer geführten Fahrzeug einen Unfall erleidet; denn obwohl er rechtlich allein über das Fahrzeug verfügen kann, so fehlt ihm doch jede Möglichkeit, diese Berechtigung tatsächlich auszuüben. Ich würde eine solche Person als „Fahrgast“ bezeichnen.

Das gleiche muß m. E. gelten, wenn der Halter eines Kraftfahrzeugs sich in seinem eigenen Wagen von einem Freunde spazieren fahren läßt; oder wenn ein Radfahrer eine andere Person sich auf den Rahmen setzen oder hinten aufsteigen läßt und sie mitnimmt.

Daß in dem vorliegenden Falle der Verunglückte nicht Fahrgast in seinem eigenen von ihm selbst geruderten Boote war, ist unbedingt richtig; er wäre es aber dann wieder bestimmt gewesen, wenn ein anderer das Faltboot ruderte und er sich selbst darin befördern ließ.

Ich würde als „Fahrgast“ demnach eine Person bezeichnen, die sich durch ein ihrer Verfügung, sei es in rechtlicher, sei es in tatsächlicher Beziehung, nicht unterliegendes Verkehrsmittel befördern läßt.

RA. Dr. Bruno Louis, Hamburg.

Zu 7. Der vorliegenden Entsch. kann nicht beigeplichtet werden. Zwar ist es bedenkenfrei, mit der Entsch. anzunehmen, aus

7. § 891 BGB. Die Rechtsvermutung des § 891 BGB. spricht nur dafür, daß der im Grundbuch eingetragene rechtlich Eigentümer ist, ergibt aber nichts dafür, daß er auch wirtschaftlich der Eigentümer ist. Auf die Rechtsvermutung kann sich auch nicht derjenige berufen, der eine arglistige Täuschung zu beweisen hat, die darin besteht, daß der Täuschende Eigentümer des Grundstücks ist. †)

Das BG. hat die Klagesforderung im Anschluß an das Landgerichtsurteil für begründet angesehen und das Bestehen einer von der ursprünglichen Gläubigerin, der EbK., durch Abtretung schließlich auf den Bekl. übergegangenem Gegenforderung von 40 000 RM mindestens als möglich angenommen. Es hält ferner die dem Kl. nach seiner, vom Bekl. übrigens kaum bestrittenen Behauptung wegen seiner Gegenforderung von der EbK. gewährte Stundung bis zur Besserung seiner Verhältnisse für bewiesen, während andererseits der dem Bekl. obliegende Beweis für eine Besserung dieser Verhältnisse nicht erbracht sei.

Alles dies ist rechtlich unbedenklich und wird, auch soweit es dem Bekl. ungünstig ist, von der Rev. nicht angegriffen.

Es handelt sich nun noch um zwei Punkte:

1. ob das Stundungsabkommen der Aufrechnung des Bekl. überhaupt entgegengesetzt werden kann,

2. ob das Stundungsabkommen wegen seiner Herbeiführung durch arglistige Täuschung seitens des Kl. rechtlich wirkungslos ist, sei es auf Grund einer Anfechtung, sei es infolge Geltendmachung einer allgemeinen Arglistrede.

Zu Punkt 1 wird Näheres ausgeführt.

Das BG. hat den Beweis, daß der Kl. die EbK., die Rechtsvorgängerin der Bekl., durch arglistige Täuschung zur Gewährung der Stundung bestimmt hat, für nicht geführt angesehen, und bei dieser Beweiswürdigung hat es sich keines Rechtsverstößes schuldig gemacht. Zwar steht fest, daß zur Zeit der Erlangung der Stundung zwei Grundstücke auf den Namen des Kl. eingetragen waren, übrigens auch noch sind, und daß der Kl. hiervon der EbK. nichts mitgeteilt hat, und es ist auch nicht bestritten, daß die Grundstücke wertvoll waren. Der Bekl. hat nun geltend gemacht, daß die Grundstücke dem Kl. auch materiell gehört hätten und der Kl. dies der EbK. arglistig verschwiegen habe, wogegen der Kl. behauptet hat, daß die Grundstücke ihm zwar zunächst zur Hälfte gehört hätten, während er zur anderen Hälfte Treuhänder für einen gewissen K. gewesen sei, daß er sie aber im Sept. 1924, also längere Zeit vor dem Stundungsabkommen, im Einverständnis mit K. weiterverkauft habe und die Grundstücke nur, weil Kosten und Wertzuwachssteuer nicht hätten aufgebracht werden können, noch auf seinen Namen eingetragen stünden. Das BG. hat hierzu ausgeführt: der Bekl. müsse beweisen, daß dem Kl. die Grundstücke auch materiell gehört hätten, und es genüge nicht, daß er formell eingetragener Eigentümer gewesen sei. Es bestehe nun zwar der Verdacht, daß die ver-

§ 891 BGB. könne nicht die Vermutung hergeleitet werden, daß der eingetragene Eigentümer auch der wirtschaftliche Eigentümer sei. § 891 BGB. stellt nur die Vermutung auf, daß demjenigen das Recht zustehe, für welchen dasselbe eingetragen ist. Die Vermutung besagt also lediglich, daß derjenige, für welchen ein Recht eingetragen ist, als befugt angesehen wird, mit Wirkung nach außen Rechtsgeschäfte jeder Art hinsichtlich des eingetragenen Rechtes vorzunehmen, insbes. über dasselbe zu verfügen.

Andererseits muß nach den Regeln des prima-facie-Beweises angenommen werden, daß der eingetragene Eigentümer auch wirtschaftlicher Eigentümer ist.

Schon die Machtfülle, mit welcher der eingetragene Eigentümer durch das Gesetz ausgestattet wird, nämlich nach freiem Belieben über das Eigentum zu verfügen und Rechte Dritter anzuschalten (§ 903 BGB.), reicht für die Vermutung, daß derjenige, welchem das Eigentum zusteht, auch der wirtschaftliche Träger desselben ist.

Im übrigen zeigt die Erfahrung des täglichen Lebens, daß nur in Ausnahmefällen formeller und wirtschaftlicher Eigentümer nicht identisch sind.

Die Frage des Treuhänderverhältnisses an Grundstücken geht auf die Inflationszeit zurück und hat auch nur in einigen Ländern des Reiches, wie insbes. Hamburg, eine gewisse Rolle gespielt.

In Hamburg war nach § 28 HambABGB. der Grunderwerb durch physische und juristische ausländische Personen von der



schiedenen vom Kl. angezogenen Verträge nur zum Schein gemacht seien und er in Wahrheit auch materieller Eigentümer der Grundstücke gewesen sei und noch sei, aber die Darstellung des Kl. sei doch nicht mit Sicherheit widerlegt. Mit der Rechtsvermutung des § 891 BGB. hat sich hierbei das BU. nicht ausdrücklich auseinandergesetzt, und die Verlegung dieser Bestimmung rügt die Rev. Der § 891 kann aber nicht zugunsten des Bekl. durchschlagen. Denn die Rechtsvermutung spricht einerseits nur dafür, daß die als Eigentümer im Grundbuch eingetragene Person auch rechtlich der Eigentümer sei, ergibt aber noch nichts dafür, daß ihr auch wirtschaftlich das Eigentum zustehe, so daß insbes. dadurch ein Treuhandverhältnis keineswegs ausgeschlossen wird. Die Vermutung kann aber weiter auch nur dazu dienen, einen als berechtigt Eingetragenen bei der Geltendmachung von Ansprüchen, die aus diesem Rechte sich ergeben, und andererseits einen anderen bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Eingetragenen, die das eingetragene Recht als Grundlage erfordern, des Beweises zu überheben, daß das Recht dem Eingetragenen auch wirklich zustehe. Dagegen kann die Rechtsvermutung nicht dazu verwendet werden, um eine arglistige Täuschung zu beweisen. Dem BG. kann also nicht unrichtige Beweislastverteilung vorgeworfen werden. Wenn aber der Kl. nur die Tatsache, daß er formell als Eigentümer der zwei Grundstücke eingetragen war, nicht der Ehb. gegenüber erwähnt hat, so kann der Bekl. daraus jetzt in der Rev.Jnst. nichts mehr herleiten. Seine ganze Einwendung aus dem Gesichtspunkte der arglistigen Täuschung war ersichtlich dar-

auf begründet, daß der Kl. der Ehb. verschwiegen habe, als er sich die Grundstücke verschaffe, daß er noch wirtschaftlich die beiden wertvollen Grundstücke hinter sich habe, dagegen nicht darauf, daß auch das Verschweigen der formellen Eintragung arglistig sei.

(U. v. 25. Juni 1929; 662/28 VII. — Hamburg.) [Ru.]

8. §§ 1421, 2143 BGB. Erlischt der Rückgewähranspruch der Frau dadurch, daß der Mann ihr Vorerbe wird, und ist das Geld, das der Mann f. Z. empfangen hatte, durch die Inflation verzehrt worden, so kann der Nacherbe Aufwertung verlangen. †)

Das BG. nimmt auf Grund des Testaments der Mutter der Parteien v. 20. April 1920 an, daß deren Nachlaß mit ihrem am 23. Juni 1920 eingetretenen Tode ihrem Ehemann, dem Vater der Parteien, als Vorerben und mit dessen am 7. April 1926 erfolgten Ableben dem Kl. und den Bekl. zu je einem Drittel als Nacherben angefallen sei. Es unterstellt — von der bestrittenen Darlegung der Bekl. ausgehend — als richtig, daß die Mutter ihr in die Ehe eingebrachtes Vermögen von 50 000 M ihrem Manne für dessen geschäftliche Zwecke überlassen habe, daß dieser das Geld in eine am 6. Mai 1914 von ihm und seinen drei Söhnen gegründete D.G. eingebracht, diese Einlage aber schon im Laufe des Jahres 1918 restlos zurückempfangen habe, und daß dieses Geld durch die Inflation vollständig verloren gegangen sei. Durch die Überlassung ihres in die Ehe eingebrachten Ver-

senatsgenehmigung abhängig. Diese Senatsgenehmigung pflegte verweigert zu werden. Man fand alsdann den Ausweg, deutsche juristische Personen mit ausländischem Kapital zu gründen und durch diese das Grundeigentum zu erwerben. Diese Gesetzesumgehung wurde durch eine Novelle mit § 28 a Hamb.BGB. ausgeschlossen, da nunmehr auch für deutsche juristische Personen die Genehmigungspflicht bei Grundeigentumsüberwerb eingeführt wurde. Als letzter Ausweg fand sich dann das Treuhandverhältnis, in dem eine vorgeschobene physische Person deutscher Staatsangehörigkeit nach außen hin das Grundstück erwarb, nach innen jedoch durch einen Treuhandvertrag gegenüber einem ausländischen Treugeber verpflichtet war. In der Regel pflegte der Treugeber sich seine Rechte, außer durch einen notariellen Treuhandvertrag, durch Eintragung einer Vormerkung zugunsten einer künftigen Eigentumsübertragung, eines Nießbrauchsrechtes, sowie schließlich durch volle Belastung des Grundstückes mit einer Grundschuld sicherstellen zu lassen.

Da die vorliegenden Erschwerungen des Grundstückserwerbes von Ausländern in anderen Ländern, wie beispielsweise Preußen, nicht bestanden, ist es kein Zufall, wenn es sich bei den obergerichtlichen Entsch. über Treuhandschaften an Grundstücken fast ausschließlich um hamburgische Sachen handelt.

Das RG. selbst hat in seinen Entsch. über Treuhandverhältnisse an Grundstücken den Standpunkt vertreten, daß ein Treuhandverhältnis im Rechtsinne nicht vorliege.

Ein Treuhandverhältnis liegt nach dem RG. nur dann vor, wenn der formell Berechtigte das Treugut von dem materiell Berechtigten unmittelbar zu getreuen Händen erhalten hat, wie dieses in der Regel bei der Sicherheitsübereignung der Fall ist (RG.: JW. 1928, 1653 1).

Wenn der formell Berechtigte dagegen unmittelbar von einem Dritten das Treugut erworben hat, nimmt das RG. das Vorliegen einer stillen Gesellschaft an (RG.: JW. 1928, 1653 1).

Nach der Auffassung des RG. hat der stille Gesellschafter lediglich den obligatorischen Anspruch auf Übereignung des Treugutes. Im Fall des Konkurses würde mithin das Treugut in die Masse fallen und der Treugeber lediglich einen Anspruch auf die Konkursquote haben. Da dies Ergebnis wenig befriedigend ist, ist hier eine Wandlung in den Rechtsanschauungen, insbes. auch in der Auffassung des § 11 AufwG. festzustellen, nach welcher bislang zunächst i. S. des § 11 AufwG. ein Treuhandverhältnis auch dann angenommen wird, wenn ein Recht für Rechnung und im Interesse eines anderen als verdeckter oder stiller Vertreter erworben wird (RG.: AufwRspr. 1929, 235; BayObLG.: AufwRspr. 29, 405; BayObLG.: AufwRspr., § 3 Nr. 24; Mügel, AufwG., S. 377).

Der häufigste streitige Fall aus dem Treuhandrecht an Grundstücken hat sich bei der Aufwertung ergeben. Der als persönlicher Schuldner in Anspruch genommene Treuhänder hat das Grundstück gegen geringe Papiermark gekauft und alsdann für einen Betrag weiterverkauft, welcher eine volle Aufwertung rechtfertigen würde. Demgegenüber wendet der persönliche Schuldner ein, er sei nur Treuhänder gewesen, habe den Erlös an seinen Treuhänder abgeführt, dieser habe seinen Wohnsitz im Ausland und könne mangels Anerkennung der deutschen Aufwertungs-

gesetzgebung in dem Recht des Wohnsitzes nicht regresspflichtig gemacht werden. Die Aufwertungsstelle ist allerdings verpflichtet, von Amts wegen festzustellen, inwieweit die Einwendungen zutreffen. Bei böswilligen Schuldnern sind die Möglichkeiten einer Aufklärung jedoch bald erschöpft. Es ergibt sich nunmehr die Frage, ob das negative Ergebnis dieser Feststellung den Gläubiger oder Schuldner belastet, und diese Frage ist nach den Grundätzen der Beweislast im Zivilprozeß zu beurteilen.

Nach der vorliegenden Entsch. des RG. würde der Gläubiger beweispflichtig zu machen und im Fall des mangelnden Beweises der Schuldner von einer Aufwertung freizustellen sein. Dieser Auffassung sind die Aufwertungsstellen jedoch keineswegs gefolgt, haben vielmehr richtigerweise stets von dem Schuldner den Beweis für seine Behauptungen verlangt. Wer ein Treuhandverhältnis behauptet, muß dies auch beweisen (Mügel: JW. 1929, 177 Anm.).

Das RG. hat sich auch in verwandten Fällen auf den zutreffenden Standpunkt gestellt. Bei der Hypothek, bei welcher ein Treuhandverhältnis behauptet wird, erklärt das RG., nach außen hin habe der eingetragene Gläubiger die Verfügungsbefugnis, so daß die Vermutung bestehe, derselbe sei auch materiell der Berechtigte. Aus dieser Vermutung leitet das RG. her, daß auch im Fall des § 67 Abs. 2 AufwG. bei Vergleichen, welche die Aufwertung ausschließen, die Kaufmannschaft des Treuhänders und nicht diejenige des Treugebers ausschlaggebend sei (RG.: JW. 1929, 177 9).

Es ist kein ersichtlicher Grund vorhanden, aus welchem beim Treuhandverhältnis an Grundstücken hinsichtlich der Beweislast anders zu entscheiden wäre als bei der Hypothek.

Dr. H. Laufer, Hamburg.

Zu 8. 1. Daß der Anspruch auf Rückgewähr des eingebrachten Gutes aufzuwerten ist, wenn der Ehemann mit Zustimmung der Frau es für sich verwandt hat, entspricht der konstanten Anspr. des RG. Die Entsch. läßt die Frage offen, welcher Zeitpunkt der Aufwertung zugrunde zu legen ist. Derselbe Senat hat JW. 1928, 898 ausgesprochen, daß dies der Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils, also der Zeitpunkt der Beendigung der Ehe sei. Danach wäre im vorliegenden Fall von dem Geldwert des 23. Juni 1920 als des Todestages der Ehefrau, nicht von dem höheren im Mai 1914 auszugehen. Doch hat bereits *R a u s m a n n* in seiner Anm. a. a. D. die Unhaltbarkeit und die unumglichen Konsequenzen jener Auffassung des RG. überzeugend dargelegt. Mit demselben Recht könnte man bei einem Darlehen den Geldwert des Zeitpunktes zugrunde legen, in welchem das Darlehen zur Rückzahlung fällig geworden ist, während doch zweifellos der Zeitpunkt der Eingabe des Darlehens maßgebend ist.

Das Höchstmaß der Aufwertung bildet solchenfalls, wie derselbe Senat JW. 1928, 900 dargelegt hat, derjenige Betrag, welcher von dem Eingebrauchten übriggeblieben wäre, wenn der Ehemann es mündelicher belegt hätte, also, da hierfür in erster Linie Auflegung in Staatspapieren in Betracht kam, der Aufwertungsatz der Reichs- und Landesanleihen. Nur wenn (was vorliegend nicht in Frage kommt) der Ehemann mit dem Gelde der Frau Vermögensgegenstände,

vermögens an ihren Mann, sei für die Mutter der Parteien, so führt das BG. weiter aus, eine Forderung auf demnächstige Rückzahlung des überlassenen Kapitals gegen ihren Mann begründet worden. Diese Forderung sei zwar mit dem Tode der Mutter dadurch erloschen, daß diese von ihrem Manne beerbt worden sei, aber der Eintritt der Nacherbfolge habe nach § 2143 BGB. die Wirkung gehabt, daß die Forderung, soweit der Kl. als Gläubiger beteiligt sei, als nicht erloschen gelte. Der Anspruch des Kl. gegen seine Brüder, die nach dem Testament des Vaters v. 16. Jan. 1921 dessen Erben geworden seien, unterliege der Aufwertung nach Maßgabe der §§ 62 ff. AufwG. Selbst wenn der Vater seine gesamte Einlage aus der DKG, in der das mütterliche Vermögen enthalten gewesen sei, zurückempfangen habe, und wenn die ausbezahlten Beträge infolge der Geldentwertung verloren gegangen seien, so werde es doch durch die übrigen Vermögensverhältnisse des Vaters gerechtfertigt, daß die Forderung der Mutter auf Rückgabe der dem Vater überlassenen 50 000 M irgendwie aufgewertet werde.

Diese Darlegungen sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Haben die Eltern der Parteien im gesetzlichen Güterstand des BGB. gelebt, so würde nach der mit dem Tode der Frau erfolgten Beendigung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes dieser — von seiner Vorerbenstellung zunächst abgesehen — die Verpflichtung gehabt haben, das eingebrachte Gut der Frau herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft zu legen (§ 1421 BGB.). Da der Ehemann nur Verwalter und Nutznießer fremden Vermögens ist, so würden im Regelfalle die Gefahren der Geldentwertung, von der das Frauengut während der Ehe betroffen worden ist, die Frau und nicht den Mann treffen. Hat der Mann dagegen das eingebrachte Gut mit Zustimmung der Frau in seinem Geschäft verwendet, was das OLG. hier von der eigenen Darstellung der Befl. ausgehend unterstellt hat, so ist der Rückgewährungsanspruch der Frau (§ 1421 BGB.), wie der erkl. Sen. mehrfach ausgesprochen hat, nach Art eines Darlehens gemäß § 242 BGB. aufzuwerten (IV 261/27 vom 6. Febr. 1928; IV 385/27 v. 22. Dez. 1927<sup>1)</sup>; IV 63/28 vom 11. Okt. 1928). Da nun der Mann mit dem Tode der Frau hier ihr Vorerbe geworden ist, so haben sich hinsichtlich des eingebrachten Gutes Forderung und Schuld in seiner Person

vereinigt, die Schuld ist also zunächst erloschen. Sie ist jedoch mit dem Eintritt der Nacherbfolge gemäß § 2143 BGB., und zwar nunmehr in aufgewerteter Form wieder aufgelebt, derart, daß der Kl. als Nacherbe der Mutter zu einem Drittel, insofern die Rückgewähr des eingebrachten Gutes von den beiden Befl. als den alleinigen Erben des Vaters verlangen kann. Daß die Erben des Vaters, wie die Rev. meint, nur das herauszugeben hätten, was beim Tode des Vaters, als des besreiten Vorerben, von der Vorerbschaft noch übrig sei, träfe nur zu, wenn der Vater als Vorerbe der Mutter mit deren Tode deren Eingebrachtes als ihm bis dahin fremdes Vermögen zu Eigentum erworben und alsdann restlos verbraucht hätte. So liegt indessen die Sache nicht, da der Vater das Eingebrachte schon vor dem Tode der Mutter zu eigenem Nutzen empfangen und verwendet hatte, so daß der Rückgewähranspruch der Mutter rechtlich nach Art eines Darlehens zu behandeln war und daher eine Forderung gegen den Vater darstellte, nicht aber einen Herausgabeanspruch kraft Eigentums. Der Aufwertung dieser mit der Nacherbfolge wieder aufgelebten Forderung steht nicht entgegen, daß, wie das OLG. unterstellt hat, das Geld in der Hand des Vaters infolge der Inflation restlos verloren gegangen ist. Denn, ebenso wie beim Darlehen, ist dieser Umstand, daß der Schuldner sich den Wert des Empfangenen nicht hat erhalten können, nur einer derjenigen Faktoren, die bei der Höhe der Aufwertung in Betracht kommen, er steht aber, wie das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen hat, angesichts der sonstigen günstigen Vermögensverhältnisse des Vaters der Aufwertung dem Grunde nach nicht entgegen. Denn daß bei dieser Sachlage der Vater zu irgendeinem Betrage aufzuwerten hätte, wie das BG. annimmt, läßt sich rechtlich nicht beanstanden.

(U. v. 2. Mai 1929; 553/28 IV. — Naumburg.) [R.]

9. §§ 1624, 527, 534, 822 BGB. Eine Ausstattung kann mit einer Auflage belastet werden; bei Nichterfüllung stehen dem Geber die Rechte aus § 527 BGB. zu; unter Umständen auch gegen den Ehegatten des Empfängers.)

Der Erstbeklagte ist der Sohn des Kl.; er hat sich i. J. 1919 mit der Zweitbeklagten verheiratet. Der Kl. hat seinem

z. B. Grundstücke, erworben und sich erhalten hätte, deren Wert über diesen Aufwertungsfuß hinausgeht, würde ein weitergehender Aufwertungsanspruch berechtigt sein.

Unsere Entsch. spricht aus, daß der gänzliche Verlust des hingegebenen Kapitals infolge der Inflation die Aufwertung nicht gänzlich ausschließt, sondern ebenso wie beim Darlehen nur als einer der für die Aufwertung in Betracht kommenden Faktoren zu berücksichtigen ist. M. E. wird indessen dieser Umstand im vorliegenden Fall in noch stärkerem Maße zu berücksichtigen sein, als bei einem normalen Darlehen. Bei dem letzteren geht es den Gläubiger nichts an, was der Empfänger mit dem Gelde macht. Wenn dagegen die Frau ihr Geld dem Manne zur freien Verfügung überläßt, so ist die Meinung, daß er es im gemeinsamen Interesse nutzbringend verwenden soll. Die Frau will von den Einkünften des Gelbes mit leben. Die Ehe bringt unabhängig von den Formen des ehelichen Güterrechts bei wirtschaftlicher Betrachtung ein gesellschaftsähnliches Verhältnis hervor. Mann und Frau nebst den Kindern leben gemeinschaftlich von der Summe der Einkünfte, und normalerweise hat die Frau daran, daß der Mann gut verdient, ein ebenso großes Interesse wie der Mann selbst. M. E. wird sich daher die Frau, wenn das von ihr hingegabene Kapital in der Hand des Mannes durch die Inflation verlorengegangen ist, mit einer geringeren Aufwertung zufrieden geben müssen, als ein gewöhnlicher Darlehensgläubiger im gleichen Falle.

2. Auffällig ist, daß das OLG. bei der Verurteilung der Befl. dem Grunde nach von der eigenen, von dem Kl. bestrittenen Darstellung der Befl. ausgeht. Es ist Sache des Kl., die seinen Anspruch rechtfertigenden Tatsachen zu behaupten und erforderlichenfalls zu beweisen. Die vom Klagevortrag abweichende beklagte Sachdarstellung kann zu einer Verurteilung nur führen, wenn der Klageantrag sowohl nach der Darstellung des Kl., wie nach derjenigen des Befl. begründet erscheint. Wenn, wie dies zuweilen vorkommt, jede Partei in Verkennung der wahren Rechtslage unter Bestreitung des gegnerischen Vorbringens eine Sachdarstellung gibt, die ihr selbst ungünstig ist, so ist die Konsequenz, daß die Klage abgewiesen werden muß. (Doch wird es solchenfalls meist angezeigt sein, die Parteien, erforderlichenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung,

auf die Rechtsauffassung des Gerichts hinzuweisen und ihnen eine Änderung ihres Vorbringens anheimzugeben. Das HanOLG. hat sich einmal in einem solchen Fall für berechtigt gehalten, von Amts wegen den wahren Sachverhalt zu ermitteln und auf Grund desselben zu entscheiden, ein Verfahren, das freilich der Verhandlungsmaxime nicht entspricht, wohl aber dem Gerechtigkeitsgefühl.) Aus der obigen Entsch. ist nicht ersichtlich, was der Kl. eigentlich behauptet hat. Sollte er lediglich vorgetragen haben, daß die Frau die 50 000 M in die Ehe eingebracht habe, so wäre nach der zutreffenden Rechtsauffassung des RG. die Klage abzuweisen gewesen, wenn festgestellt, daß dieses Kapital durch die Inflation vollständig verlorengegangen war. Hat er behauptet, daß der Ehemann unter Verletzung der ihm hinsichtlich der Verwaltung des eingebrachten Gutes obliegenden Pflichten das Geld ohne Zustimmung der Frau für sich verwendet habe, so wäre, die Richtigkeit dieser Darstellung vorausgesetzt, ein Anspruch begründet, aber nicht auf Aufwertung, sondern auf Schadensersatz. Der Mann müßte erstatten, was bei mündelicher Anlage des eingebrachten Kapitals beim Tode der Frau voraussichtlich noch vorhanden gewesen wäre. Darauf, ob von dem Kapital noch etwas übriggeblieben sei, käme es jedenfalls ebenso wenig an, wie auf die Vermögensverhältnisse beider Teile und die sonstigen das Maß einer Aufwertung beeinflussenden Momente. Doch würde der Ehemann eine etwaige weitergehende Bereicherung herauszugeben haben. Im Resultat würde also der Ehemann ebensoviel zu zahlen haben, wie wenn bei einer mit Zustimmung der Frau erfolgten Verfügung das Höchstmaß der Aufwertung zur Anwendung käme. Aber die rechtliche Natur des Anspruchs wäre eine andere. Eine Verurteilung dem Grunde nach muß den Anspruch klar erkennen lassen, welcher vorbehaltlich seiner Höhe für berechtigt erklärt wird. Ein etwaiger Verstoß des OLG. in dieser Beziehung oder hinsichtlich der Zugrundelegung der bestrittenen beklagten Darstellung würde aber als verfahrensrechtlich der Nachprüfung des RG. nur dann unterliegen, wenn eine entsprechende Revisionsrüge erhoben worden wäre. Möglicherweise ist dies der Grund, weshalb das RG. auf diese Fragen nicht eingegangen ist.

RA. Dr. Goldfeld, Hamburg.

Zu 9. Von den Schenkungen, die auf reiner Liberalität des Schenkenden beruhen, unterscheiden sich in verschiedener Weise

<sup>1)</sup> JW. 1928, 898.

Sohn, um ihm die Einheirat in die damals dem Vater der Braut gehörige Gafst- und Landwirtschaft zu ermöglichen, verschiedene Geldbeträge gegeben. Der Vater der Zweitebklagten ist inzwischen gestorben; sie ist Eigentümerin der Wirtschaft geworden. Der Kl. behauptet, die Hingabe des Geldes sei an beide Bekl. erfolgt unter der Bedingung, daß sein Sohn Mit-eigentümer der Wirtschaft werde und daß auf ihr dem Kl. für das hingeebene Geld eine Hypothek oder ein Miteigentil errichtet werde. Da nichts dergleichen geschehen sei, sehe sich der Kl. genötigt, das Geld zurückzufordern, und zwar auf-gewertet. Das OLG. wies die Klage ab, RG. hob auf.

Verlangt wird jetzt nur noch die Aufwertung von 7500 M., die anfangs 1919, und von 22500 M., die im Sommer 1921 in drei Teilbeträgen gegeben worden sind.

Das BG. faßt die Hingabe dieser 30000 M. als eine dem Erstebklagten gewährte Ausstattung auf. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden; nach der beiderseitigen Darstellung wurde das Geld gegeben, um dem Sohn die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung und die Erhaltung dieser Lebens-stellung zu ermöglichen. Die Behauptung des Kl., daß er das Geld auch der Zweitebklagten gegeben habe, lehnt das BG. mit tatsächlichen Erwägungen ab.

Auf die Behauptungen des Kl. über die Vorteile, die er bei der Hingabe des Geldes für sich selbst vorbehalten habe, ist das BG. nicht näher eingegangen. Es sagt, das möge eine Auflage dargestellt haben; aber der Kl. könne dann nur Voll-ziehung der Auflage verlangen, nicht aber, worauf seine An-träge gerichtet seien, Rückgewähr der Ausstattung. Denn da die Gewährung der Ausstattung einer sittlichen Pflicht ent-sprochen habe, könne der Kl. nach § 534 BGB., der hier an-wendbar sei, nicht die zugewendeten Beträge zurückfordern.

Beizutreten ist dem BG. darin, daß die Gewährung einer Ausstattung, in gleicher Weise wie eine Schenkung, mit einer Auflage belastet werden kann (RGKomm. a 3 zu § 1624 BGB.; über Verzinsung von Ausstattungskapitalien RGWarn. 1917 Nr. 58; Urt. v. 30. Okt. 1916, IV 193/16). Die Möglichkeit einer solchen Beurteilung mag da ihre Gren-zen finden, wo durch die Belastung der Ausstattung mit einer Auflage der eigentliche Zweck der Ausstattung, die Begrün-dung der Lebensstellung, unmöglich gemacht würde. Daß das hier der Fall wäre, ist nicht ersichtlich; es ist nicht aus-geschlossen — und wird in tatsächlicher Hinsicht noch zu prü-

denjenigen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den An-stand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Zu derartigen Schenkungen sind auch die Verwalter fremden Vermögens befugt, die sonst keine unentgeltlichen Verfügungen treffen dürfen. Die Stellung des Beschenkten ist bei solchen Schenkungen günstiger als bei gewöhnlichen Schenkungen. Sie können nicht wegen Ver-armung des Schenkers zurückgefordert oder wegen groben Unbanks widerrufen werden. Mit einer Auflage können sie nach der herr-schenden Meinung überhaupt nicht belastet werden, so daß eine Rück-forderung gem. § 527 BGB. wegen Nichterfüllung der Auflage nicht in Frage kommt. Die Formvorschrift des § 516 BGB. ist aber auch für solche Schenkungen aufrechterhalten.

Die Gewährung einer Ausstattung entspricht noch mehr als die oben erwähnten Schenkungen einer sittlichen Pflicht. Gerade deshalb wird die Ausstattung grundsätzlich nicht als Schenkung an-gesehen. Die Begünstigte ist hier noch besser gestellt als bei Pflicht- und Anstandschenkungen. Das Ausstattungsverprechen ist form-los gültig. Rückforderung und Widerruf sind unzulässig. Trotzdem soll nach Ansicht des RG. bei einer Ausstattung die Belastung mit einer Auflage zulässig sein, die bei Pflicht- und Anstandschenkungen nicht zulässig ist. Logischerweise müßte die Belastung der Aus-stattung mit einer Auflage ebenfalls unzulässig sein. Dieser An-sicht ist auch Staudinger, § 1624 Anm. 3a.

Jedenfalls muß ein Rückforderungsrecht gem. § 527 BGB. ausgeschlossen sein. Das RG. erkennt an, daß der § 534 BGB. grundsätzlich auf die Ausstattung entsprechende Anwendung findet. Es ist aber nicht einzusehen, warum der § 534 nicht auch den Fall des § 527 berühren soll. Schon aus dem Wortlaut des § 534 ergibt sich das Gegenteil. Wenn die dort erwähnten Schenkungen nicht der Rückforderung unterliegen, so ist eben damit jede Art der Rück-forderung gemeint. Mag das Recht zur Rückforderung nun auf Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB.) oder auf Nichtvoll-ziehung der Auflage (§ 527 BGB.) beruhen. In beiden Para-graphen heißt es wörtlich:

„... so kann er ... die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereiche-rung fordern.“

Warum diese Rückforderung in einem Fall eine Rückforderung

sein —, daß der Erstebklagte, nachdem er durch die Aus-stattung die Lebensstellung erlangt hat, ohne ihre Gefährdung die ihm auferlegten Leistungen dem Kl. hätte verschaffen können.

Auch daß in dieser Richtung die Grundsätze über Schen-kungen auf die Ausstattung angewendet werden können, ist mit dem BG. anzunehmen. Nicht beispflichtet kann jedoch dem BG. werden, wenn es meint, daß bei der Ausstattung die Nichterfüllung der Auflage dem Geber nicht die Rechte aus § 527 BGB. gewähre, weil durch die Ausstattung einer sitt-lichen Pflicht entsprochen werde und deshalb § 534 den An-sprüchen des Kl. entgegenstehe. Der § 534 spricht von der Rückforderung (§§ 528/29) und vom Widerruf (§§ 530 ff.) und berührt den Fall des § 527 nicht. Das wird auch im Schrifttum anerkannt, mehrfach allerdings mit dem Beifug, das Recht aus § 527 komme hier nicht in Betracht, weil man Schenkungen dieser Art nicht mit Auflagen zu belasten pflege (Staudinger, Dertmann, Pland je N. 1 zu § 534; Warneher, BGB. § 534 bei Fußnote 22). Das mag als Regel zutreffen, besagt aber nichts dagegen, daß in Fällen, wo nun doch bei einer Ausstattung eine Auflage gemacht ist, die Anwendung von § 527 gerechtfertigt ist.

Es ist deshalb notwendig, daß der Sachverhalt durch den Tatrichter nach der Richtung geprüft wird, welche Rechte dem Kl. aus § 527 durch das Unterbleiben der Vollziehung der Auflage entstanden sind. Dabei wird in Betracht zu ziehen sein, daß die Belastung einer Ausstattung mit einer Auflage immerhin etwas Ungewöhnliches ist und daß deshalb von dem, der sie behauptet, der Beweis bestimmter Verein-barungen zu verlangen sein wird; die bloße Äußerung von Wünschen des Zuwendenden wird nicht als rechtsbegründend anerkannt werden können.

Gegebenenfalls wird weiter zu prüfen sein, ob der Erste-bklagte die Nichterfüllung der Auflage zu vertreten hat (RG. 105, 308; JW. 1915, 1118), ob die Erfüllung der Auflage kein Interesse mehr für den Kl. hat und inwieweit das Zugewendete zur Vollziehung der Auflage, die dem Kl. nur ein dem Beginn und der Beendigung nach zeitlich beschränk-tes Recht gewähren sollte, hätte verwendet werden müssen (§ 527 Abs. 1 a. E.).

Was sodann den Anspruch gegen die Bekl. zu 2 an-langt, so hat das BG. die Anwendung des § 822 BGB.

sein soll und in einem anderen Fall nicht, ist nicht einzusehen.

Wenn man von allen grammatischen und juristischen Er-wägungen absieht, so ist doch auch Verarmung des Schenkers und grober Unbank sicherlich ein innerlich stärkerer Grund, die Heraus-gabe eines Geschenks zu fordern, als die Nichterfüllung einer Auflage, von der ohnehin allgemein angenommen wird, daß sie überhaupt unzulässig ist. Wenn die Rückforderung im ersten Fall ausgeschlossen ist, so muß sie es im zweiten Fall gerechtere Weise ganz bestimmt sein.

Mit Recht weist die Entsch. darauf hin, daß in sachlicher Be-ziehung noch vieles aufzuklären und daß die vom Kl. behauptete Auflage etwas Ungewöhnliches sei. Gerade der vorliegende Fall zeigt, was für Schwierigkeiten sich ergeben, wenn man die Be-lastung der Ausstattung mit einer Auflage zulassen will. Die Auf-lage soll darin bestanden haben, daß der Erstebkl. Miteigentümer des Grundstücks werde und für den Kl. eine Hypothek oder ein Miteigentil auf dem Grundstück, das noch dem Schwiegervater des Erstebkl. gehörte, eingetragen werde. Die Auflage verpflichtete also gar nicht den Erstebklagten, sondern hauptsächlich dessen Schwieger-vater, da zur Erfüllung der Auflage eigentlich nur er imstande war. Mit Recht verlangt daher das BG., daß geprüft werden müsse, inwieweit der Erstebkl. die Nichterfüllung der Auflage zu ver-treten habe. Man kann sich in der Tat schwer vorstellen, wie das möglich sein soll. Soll es als Verschulden des Erstebkl. angesehen werden, wenn er das ihm zur Verfügung gestellte Geld in die Wirtschaft seines Schwiegervaters oder seiner Frau eingelassen hat, ohne sich vorher ein der Form des § 313 BGB. genügendes Versprechen auf Übertragung des Miteigentums an der Wirtschaft geben zu lassen? Und wenn er diese Vorsicht gebraucht hätte: soll nun von ihm verlangt werden, daß er seinen Schwiegervater oder jetzt seine Frau auf Erfüllung der Auflage verklagt? Das BG. meint zwar, es sei nicht ausgeschlossen, daß er ohne die Gefähr-dung seiner Lebensstellung dem Kl. die ihm auferlegten Leistungen hätte beschaffen können. Das mag von rein wirtschaftlichem Gesichtspunkte aus denkbar sein. Eine andere Frage ist aber, ob es ihm auch ohne Gefährdung seiner Ehe möglich gewesen wäre, dem Kl. zu seinem Rechte zu verhelfen.

N. Dr. Jansen, Hamburg.

gegen sie mit der Begründung abgelehnt, der Kl. habe nicht substantiiert dargelegt, daß die Voraussetzungen dieses Paragraphen gegeben seien. Das kann nicht gebilligt werden. Der Kl. hat vorgetragen, daß sein Sohn das Geld in das Grundstück und das Geschäft seines Schwiegervaters, jetzt der Zweitbeklagten als dessen Erbin, durch Abzahlung von Schulden, Einrichtungen im Haus und Anschaffung von Vorräten verwendet habe. Soweit das zutrifft, haben der Schwiegervater oder die Ehefrau des Erstbeklagten das vom Kl. Gegebene unentgeltlich zugewendet erhalten. Die Zweitbeklagte will dagegen geltend machen, ihr Ehemann sei zur Verwaltung ihres Vermögens und zur Mitverwendung eigener Geldmittel bei dieser Verwaltung verpflichtet gewesen. Das letztere ist nicht zutreffend; wenn der Ehemann in das Vermögen seiner Frau Geldmittel verwendet hat, so hat er sie ihr unentgeltlich i. S. des § 822 zugewendet.

(U. v. 25. April 1929; 443/28 IV. — Berlin.) [Ra.]

**10.** §§ 1923, 2078, 2079 BGB. Einsetzung der Kindeskinde als Erben. Die beim Tode des Erblassers noch nicht geborenen oder erzeugten Kinder kommen nur als Nacherben in Betracht.

Der am 13. Juli 1901 verstorbene Zimmermann Friedrich M. hat in seinem Testament v. 1. Juli 1901 die Tochter seines Sohnes Friedrich, namens Lieschen, und falls aus dessen Ehe noch mehr Kinder hervorgehen sollten, dieselben zu gleichen Teilen zu Erben eingesetzt. Er hat seiner Witwe und nach deren Tode seinem Sohne Friedrich den Nießbrauch an dem Nachlaß auf Lebenszeit vermacht. Der Sohn Friedrich ist nach dem Tode des Erblassers von seiner Ehefrau Ida, der Mutter der Enkelin des Erblassers, Lieschen, geschieden worden, ohne daß weitere Kinder aus dieser Ehe hervorgegangen wären und hat sich i. J. 1921 wieder verheiratet mit Gertrud geb. K. Aus dieser zweiten Ehe stammt die Kl. zu 1. Der für sie und die etwa noch zu erwartenden zweitehelichen Kinder des Friedrich M. Sohn bestellte Pfleger hat gegen die Enkelin des Erblassers Lieschen Klage erhoben auf Feststellung, daß die Pfléglinge Miterben nach dem verstorbenen Friedrich M. aus dem Testament sind, hilfsweise daß sie pflichtteilsberechtigt nach dem Erblasser sind. Die Kl. legen das Testament dahin aus, daß die Worte aus „dessen“ Ehe auf alle ehelichen Kinder des Friedrich M. zu beziehen seien, also auch auf Kinder aus dessen zweiter Ehe. Eventuell haben sie das Testament aus §§ 2078, 2079 BGB. angefochten.

Zu 10. Dem RG. ist zuzustimmen. Würde man die Enkelin Lieschen und die Kl., wie das OLG. es unrichtigerweise getan hat, schlechthin zu Erben bzw. Miterben erklären, so würden sie das Recht haben, über die ihnen angefallene Erbschaft frei zu verfügen. Dann aber könnte man den letzten Willen des Erblassers unter Umständen schon von deswillen nicht mehr ausführen, weil von dem ursprünglichen Nachlaßvermögen nichts mehr vorhanden wäre, so daß eine neue Quotenverteilung, über die weiter unten zu sprechen ist, unmöglich sein würde. Dagegen bestehen bei der Vorerbschaft für den Vorerben, der bei Eintritt der Nacherbschaft zur ungeschmälereten Herausgabe des dem Nacherben anfallenden Erbteils verpflichtet ist, die im Gesetze festgelegten Verfügungsbeschränkungen.

Unbefriedigend ist es, daß das RG. sich lediglich mit der Aufhebung des OLG-Ur. begnügt, ohne Hinweis für die künftige praktische Rechtsgestaltung zu geben. In seinem Testamente hat der Erblasser die Tochter seines Sohnes Friedrich, namens Lieschen, und, falls aus dessen Ehe noch mehr Kinder hervorgehen sollten, diese zu gleichen Teilen zu Erben eingesetzt. Seiner Witwe und nach deren Tode seinem Sohne Friedrich hat er den Nießbrauch auf Lebenszeit vermacht. Es lag dem Erblasser also daran, seiner Witwe und seinem Sohne den Genuß der Erträge des Nachlaßvermögens zukommen zu lassen. Wenn er, um diesen Erfolg zu erreichen, seine damals am Leben befindliche einzige Enkelin zur Erbin einsetzte und daneben bestimmte, daß „weitere Kinder aus der Ehe seines Sohnes“ zu Erben eingesetzt sein sollten, so brachte er damit den Willen zum Ausdruck, seinen Enkelkindern sein Vermögen, wie er selbst sagt, „zu gleichen Teilen zu vererben“. Daß er hierbei einen Unterschied gemacht haben wollte zwischen Kindern aus der ersten oder einer späteren Ehe seines Sohnes, ist nach den Umständen des Falles nicht anzunehmen. Die erste Ehe konnte ja auch durch den Tod der Ehefrau ihr Ende finden. Ihre Scheidung ist vielleicht auch auf alleiniges Verschulden der Ehefrau zurückzuführen. Jedenfalls bringt der Erblasser in seinem Testament den Wunsch zum Ausdruck, auf alle

Das OLG. hat festgestellt, daß die Kl. Miterben des am 13. Juli 1901 verstorbenen Zimmermanns Friedrich M. aus seinem Testament v. 1. Juli 1901 sind.

Die materiellrechtliche Rüge der Verletzung des § 1923 BGB. muß zum Erfolg führen.

Die Kl. wollen neben der Befl. Miterben des am 13. Juli 1901 verstorbenen Zimmermeisters Friedrich M. Vater aus seinem Testament v. 1. Juli 1901 geworden sein. In diesem Testament hat der Erblasser zu seinem alleinigen Erben die Tochter seines Sohnes Friedrich, namens Lieschen — das ist unstreitig die Befl. — und falls aus „dessen“ Ehe noch mehr Kinder hervorgehen sollten, dieselben zu gleichen Teilen (als Erben) eingesetzt. Wie der BerR. feststellt, ist Friedrich M. Sohn von der Mutter der Befl. Ida nach dem Tode des Erblassers geschieden worden. Aus dieser Ehe sind außer der Befl. keine Kinder hervorgegangen. In zweiter Ehe hat sodann Friedrich M. Sohn i. J. 1921 die Gertrud geb. K. geheiratet. Aus dieser Ehe stammt nach dem Tatbestande des angefochtenen Urteils die Kl. zu 1. Neben dieser treten in diesem Prozeß die unbekannteren Abkömmlinge des Friedrich M. Sohn aus dessen zweiter Ehe mit Gertrud geb. K. als Kl. auf. Ob und wann solche Abkömmlinge geboren oder erzeugt worden sind, erhellt aus dem angefochtenen Urteil nicht. Es wird insoweit in dem Tatbestande nur gesagt, daß der für die Kl. zu 1 und die etwa noch zu erwartenden Kinder des Friedrich M. bestellte Pfleger die Klage erhoben habe.

Bei dieser Sachlage wird die Auffassung des BerR., daß die Kl. Miterben aus dem Testament des verstorbenen Friedrich M. Vater geworden seien, durch die getroffenen Feststellungen nicht getragen, auch wenn das Testament mit dem BerR. dahin auszulegen sein sollte, daß unter den zu Erben eingesetzten Kindern „aus dessen“, nämlich des Friedrich M., Ehe, auch die Kinder aus einer fernerer Ehe des Friedrich M. Sohn zu verstehen sind. Denn Erbe kann nach § 1923 Abs. 1 BGB. nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. Der Erbe muß also beim Tode des Erblassers bereits gelebt und noch gelebt haben. Schon gelebt hat aber in diesem Zeitpunkt noch nicht einmal die Kl. zu 1, geschweige denn weitere Abkömmlinge aus der zweiten Ehe des Friedrich M. Sohn. Wie die Befl. behauptet hat, ist die Kl. zu 1 erst am 28. Jan. 1922 geboren. Hat die Kl. zu 1 beim Tode des Erblassers noch nicht gelebt, so könnte sie Miterbe auch dann geworden sein, wenn sie damals zwar noch nicht gelebt hat, aber schon erzeugt war, denn in diesem Falle gilt sie als vor dem Erb-

fine ehelichen Abkömmlinge sein Nachlaßvermögen überzuleiten. Die Auslegungsregel des § 2070 BGB. tritt in diesem Falle zurück.

Die Enkelin des Erblassers, Lieschen, ist zu einem heute noch nicht bestimmbareren Teile Erbin und zu einem anderen Teile gleichzeitig Vorerbin geworden. Nach § 2101 Abs. 1 BGB. werden die zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Enkelkinder des Erblassers Nacherben. Das hat zur Folge, daß die Enkelin Lieschen, insoweit als ihre Halbgeschwister Nacherben werden, nur Vorerbin geworden ist. Diese Halbgeschwister werden aber ihrerseits zusammen mit Lieschen gegenüber später geborenen eigenen Geschwistern ebenfalls in Höhe derjenigen Teile, die sie an solche später geborenen Nacherben auszukehren haben, Vorerben; denn da der Erblasser sämtliche ehelichen Kinder seines Sohnes als Erben eingesetzt hat, und auch die zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Kinder bedacht sein sollen, so haben die Enkelin Lieschen und ebenso die später hinzutretenden Halbgeschwister fortlaufend jeweilig den noch später geborenen Enkeln des Erblassers als Nacherben einen entsprechenden Teil der Erbschaft herauszugeben. Diese Herausgabepflicht ist immer wieder von neuem zu erfüllen, wenn dem Sohne Friedrich ein neues eheliches Kind geboren wird. Die Vorschrift des § 2109 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. schließt für diesen Sonderfall die durch Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall sonst eintretende Umwirkbarkeit aus. Es muß also in jedem Falle der Geburt eines neuen ehelichen Enkelkinds eine neue Quotenverteilung stattfinden; denn gegenüber neugeborenen Enkelkindern waren die bisherigen immer nur wieder Vorerben, insoweit der auf das neugeborene Kind entfallende Restteil am Gesamtnachlaß in Betracht kommt. Auf dieser Grundlage muß also der Klageantrag geändert werden, um der Klage zum Erfolg zu verhelfen, wie auch das RG. in seinen Gründen angedeutet hat.

Das Ergebnis zeigt, in wie unübersehbarer Weise sich testamentarische Bestimmungen praktisch auswirken können, und mahnt wiederum zur größten Vorsicht bei der Abfassung von Testamenten.

M. Dr. Heinrich Lüdemann, Hamburg.

falle geboren (§ 1923 Abs. 2 BGB.). Auch das ist nicht der Fall. Daß weitere Abkömmlinge aus der zweiten Ehe des Friedrich M. Sohn zur Zeit des Erbfalls auch nur erzeugt gewesen sein könnten, ist vollends nicht möglich.

Hiernach könnte nur in Frage kommen, ob die Erbeinsetzung im Testament des Erblassers, wenn sie sich auch auf die aus der zweiten Ehe des Friedrich M. Sohn zu erwartenden Kinder bezieht, als Nacherbeinsetzung zu betrachten ist, was das BG. bisher nicht untersucht hat. Denn nach § 2101 Abs. 1 Satz 1 BGB. ist, wenn eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt ist, im Zweifel anzunehmen, daß sie als Nacherbe eingesetzt ist. Entspricht es nicht dem Willen des Erblassers, daß der Eingesezte Nacherbe werden soll, so ist die Einsetzung unwirksam (Satz 2 ebenda).

Durch die Auslegungsvorschrift des § 2101 Abs. 1 wird also die äußerlich unwirksame Erklärung der Erbeinsetzung in eine wirksame umgewandelt, indem sie in eine Nacherbeinsetzung umgedeutet wird, für deren Bestand Leben oder Erzeugtsein des Bedachten im Zeitpunkte des Erbfalls nicht Voraussetzung ist. Nach § 2106 Abs. 2 BGB. tritt der Fall der Nacherbfolge, gegebenenfalls auch einer zweiten oder ferneren Nacherbfolge mit der Geburt des oder der mehreren in solcher Weise Bedachten ein, so daß der Kreis der in Betracht kommenden Personen erst geschlossen ist, wenn gewiß ist, daß eine Geburt nicht mehr zu erwarten steht. Die mangelnde testamentarische Bestimmung des Vorerben wird in diesem Falle nach Maßgabe des § 2105 Abs. 2 BGB. ergänzt, wobei hier die lebenden Kinder im Hinblick auf zukünftige Geschwister als Vorerben zu betrachten sein werden.

Unter diesen Umständen ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das BG., und zwar zweckmäßig an einen anderen Senat zurückzuverweisen. Bei der erneuten Verhandlung wird das BG., dem die Nachprüfung der Sache in vollem Umfange offensteht, zu ermessen haben, ob unter den vorerörterten Gesichtspunkten der Klage oder einem entsprechend geänderten Klagebegehren entsprochen werden könnte. (U. v. 8. April 1929; 520/28 IV. — Berlin.) [Ka.]

## 2. Handelsrecht.

**\*\* 11.** § 15 Abs. 1 HGB. Sind im Handelsregister als Gesellschafter einer OHG. nicht die wahren Gesellschafter, sondern Scheingesellschafter eingetragen, dann ist der Rechtszwerb des Dritten, der mit diesen gutgläubig handelt, gültig. Die eintragungspflichtige Tatsache des richtigen Gesellschafterbestandes ist nicht in das Handelsregister eingetragen und kann daher dem Dritten nicht entgegengehalten werden. †)

Der Kl. mußte, um mit seiner Klage aus § 894 BGB. auf Einwirkung der Bekl. in die Bösung der für sie eingetragenen Hypothek durchzubringen, die für die Bekl. streitende Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB. widerlegen. Er greift diese Vermutung dadurch an, daß er die Gültigkeit der für die Entstehung der Hypothek erforderlichen Einigung zwischen der damaligen Grundstückseigentümerin und der Bekl. (§ 873 Abs. 1 BGB.) in Abrede stellt. Gelänge ihm der Beweis für dieses Vorbringen, so wäre die Klage begründet (vgl. RGKomm. 3, 126 Anm. 4 zu § 891). Der angetretene Beweis ist ihm indessen nach den Feststellungen des BG. nicht gelungen. Zwar ist unstrittig, daß bei der Einigung zwischen der Bekl. und der OHG. K. & S. über die Bestellung der Hypothek auf der Seite der Grundstückseigentümerin ein zu Unrecht im Handelsregister eingetragener Scheingesellschafter aufgetreten ist, der in Wahrheit keine Befugnis hatte,

Zu 11. Als Eigentümerin des Grundstücks, für welches die streitige Hypothek bewilligt wurde, stand eine Firma eingetragen. Die Hypothek wurde von demjenigen bewilligt, der — fälschlich — als Inhaber der Firma im Handelsregister eingetragen stand. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs deckt zwar die Eigentümereigenschaft der Firma, erstet aber nicht die mangelnde Inhabereigenschaft des zu Unrecht als Inhaber Eingetragenen. Die Publizitätswirkung des Handelsregisters nach § 15 HGB. läßt nicht positiv den Eingetragenen als Inhaber gelten, sondern bestimmt

für die Firma zu handeln. Dieser an sich einer wirksamen Einigung entgegenstehende Mangel ist indessen der Bekl. unschädlich, weil sie den Schutz des § 15 Abs. 1 HGB. genießt. Mit Unrecht bekämpft die Rev. die Ansicht des BG., daß diese Vorschrift der Bekl. zur Seite stehe. Aus den §§ 106 Abs. 2 Nr. 1, 107 HGB. ergibt sich, daß die jeweiligen Gesellschafter einer OHG. ins Handelsregister einzutragen sind. Die Bezeichnung ihrer Personen gehört also zu den „ins Handelsregister einzutragenden Tatsachen“ i. S. von § 15 Abs. 1. Solange nicht die wahren Gesellschafter, sondern andere Personen als Gesellschafter in das Register eingetragen sind, ist die eintragungspflichtige Tatsache des richtigen Gesellschafterbestandes nicht ins Handelsregister eingetragen. Diese nicht eingetragene Tatsache kann die Gesellschaft, in deren Angelegenheiten die wahren Gesellschafter einzutragen waren, einem Dritten, der mit ihr durch einen fälschlich als Gesellschafter eingetragenen Nichtgesellschafter rechtsgeschäftlich sich einläßt, nicht entgegensetzen, wenn der Dritte den wahren Sachverhalt nicht kennt (vgl. RG. 66, 415<sup>1)</sup>; 70, 272<sup>2)</sup>; RG. I v. 12. Juli 1909: JZ. 1909, 858 Nr. 2; Staub, 12./13. Aufl., Bd. 1 S. 125 Anm. 12; für das alte HGB., das in dieser Frage im Endziel mit dem neuen übereinstimmt — Staub, S. 121 Einl. zu § 15 —: RG. VI vom 26. Jan. 1898: JW. 1898, 163<sup>3)</sup>). Dieser Dritte ist also gegen jeden Einwand der Gesellschaft aus der unrichtigen Eintragung des Gesellschafterbestandes im Handelsregister durch § 15 Abs. 1 geschützt. § 15 Abs. 2 kommt hier nicht in Frage, da er nur Fälle trifft, in denen der Dritte eingetragene Tatsachen nicht gegen sich gelten lassen will. Im vorliegenden Rechtsstreit verwahrt sich die Bekl. dagegen, daß ihr die bei der Begründung der Hypothek aus dem Handelsregister nicht ersichtliche Tatsache entgegengehalten wird, daß nicht S., sondern andere Personen die Gesellschafter gewesen sind. Wie das BG. mit einer der Rev. entzogenen Beweiswürdigung feststellt, ist dem Kl. der Beweis nicht gelungen, daß die Bekl. bei der Einigung mit S. über die Begründung der Hypothek von jener Tatsache Kenntnis hatte. Die Gesellschaft als Grundstückseigentümerin konnte daher der Bekl. als der eingetragenen Hypothekengläubigerin Einwendungen aus der mangelnden Gesellschaftereigenschaft des S. nicht entgegensetzen, sondern mußte die Einigungserklärung des S. als für sich verbindlich gelten lassen. Dann aber ist die Hypothek der Bekl. als ein auf Grund wirksamer Einigung mit der damaligen Grundstückseigentümerin bestelltes Grundstückspfandrecht zu behandeln. Demzufolge muß auch der Kl. als jetziger Eigentümer die von der Bekl. unanfechtbar erworbene Hypothek gegen sich gelten lassen.

(U. v. 10. Juli 1929; 514/28 V. — Dresden.) [Sch.]

**\*\* 12.** § 377 HGB. Ein Handelsbrauch, der den Käufer von jeglicher Untersuchungspflicht befreien wollte, ist regelmäßig als Mißbrauch anzusehen und daher rechtlich unbeachtlich.

Das BG. hat dem Grunde nach ohne Rechtsirrtum festgestellt, daß ein Schaden infolge des Chromgehaltes des von der Bekl. gelieferten Schrotts entstanden ist. Es nimmt ferner an, daß die Parteien die Tauglichkeit des Schrotts zur Verhüttung im Martinsofen des Rheinstahlwerks zum Vertragsinhalte erhoben haben. Diese Folgerung liegt auf tatsächlichem Gebiete und ist frei von Rechtsirrtum.

Daß die Bekl. geradezu Chromfreiheit zugesichert hätte, nimmt der VerK. nicht an. Schadensersatz wegen Lieferung von Schrott, der wegen seines Chromgehaltes zur Verhüttung im Martinsofen ungeeignet war, kann daher die Kl. (aus §§ 276, 278 BGB.) nur dann verlangen, wenn die Bekl. oder ihre Angestellten bei jener Lieferung ein Verschulden trifft (RG. 53, 200; 106, 25). Grundsätzlich braucht nun zwar der

nur negativ, daß von dem wirklich Betroffenen die „einzutragende Tatsache“ „einem Dritten nicht entgegengesetzt werden“ kann. Daher der scheinbare Umweg der negativen Konstruktion des Urteils, wo man zunächst ganz kurz den positiven Anspruch, daß der Erwerb ja vom eingetragenen Inhaber erfolgt sei, erwartet.

Daß die Entscheidung zu billigen ist, kann nicht zweifelhaft sein. *Verf. Dr. Walther Nord, Hamburg.*

<sup>1)</sup> JW. 1907, 843. <sup>2)</sup> JW. 1909, 197.

Verkäufer die Tauglichkeit der Ware zu dem ihm bekannten Verwendungszwecke nicht zu prüfen (ZB. 1910, 748<sup>5</sup>). Wie aus der Verkehrssitte, so kann sich aber doch aus den besonderen Umständen des Falles solche Prüfungspflicht ergeben. Für die Bekl., so nimmt der VerR. an, bestand sie deswegen, weil sie den an das Rheinstahlwerk gelieferten Schrott den Beständen entnahm, die sich bei ihr aus umfangreichen Lieferungen der Inflationszeit angesammelt hatten, obgleich sie wissen mußte, daß damals viel chromhaltiger Schrott im Handel war. Daß dies richtig ist, ergibt sich schon daraus, daß die Bekl. damals allgemein die Untersuchung auf Chromgehalt in ihrem Betriebe vorgeschrieben hatte. Sie hat auch nicht darzulegen versucht, daß etwa in diesem Sonderfalle nach dem aus den Frachtbriefen stets für sie ersichtlichen Herkunftsorte des Schrotts jede Untersuchung sich erübrig hätte. Unter diesen Umständen konnte der VerR. ohne Rechtsirrtum annehmen, daß die Bekl. mit Lieferung des nicht auf Chromgehalt untersuchten Schrotts ihre Vertragspflicht verletzte. Zu Unrecht wendet die Rev. hiergegen ein, die Bekl. habe nicht damit zu rechnen brauchen, daß der Schrott beim Werk ununtersucht verhüttet werden würde. Denn wenn dies zuträfe, so könnte es die Bekl. von der eigenen Untersuchungspflicht doch nicht befreien.

Gleichwohl ist es rechtlich nicht ohne Bedeutung, wie weit die nach § 377 HGB. der Kl. obliegende Untersuchungspflicht nach der Ablieferung des Schrotts ging. Auch für den auf vertragliches Verschulden gestützten Schadenersatzanspruch des Käufers ist Voraussetzung, daß der Mangel unverzüglich gerügt worden ist (RG. 65, 531; 99, 247, 250; 106, 310<sup>2</sup>); Staub-Rönige, 103 zu § 377 HGB.). Das BG. stellt allerdings fest, zur Zeit der Lieferung sei es nicht mehr üblich gewesen, Stahlschrott auf Chromgehalt zu untersuchen, und das Rheinstahlwerk habe solche Untersuchung zu dieser Zeit insbes. deswegen unterlassen dürfen, weil bei Stahlschlenden, wie die Bekl. sie geliefert hat, ein Chromgehalt nicht zu vermuten und dem Werk weder der Herkunftsort des Materials noch ferner bekannt gewesen sei, daß dieses aus der Inflationszeit stammte. Dabei ist aber nicht beachtet, daß ein Handelsgebrauch, der von jeglicher Untersuchungspflicht befreien wollte, aller Regel nach als Mißbrauch anzusehen wäre, der rechtlich nicht beachtet werden könnte (Staub-Rönige, 18 zu § 377 HGB.). Nur ausnahmsweise, insbes. wenn beide Parteien sich ihnen bewußt unterworfen haben, werden sich Handelsgebräuche über Art und Umfang der Untersuchung hinaus auf die Frage, ob von der Untersuchung überhaupt abgesehen werden dürfe, erstrecken können (Staub-Rönige, 37 zu § 377 HGB.). Auch daß ein Mangel selten vorzukommen pflegt, kann grundsätzlich nicht von der Untersuchungspflicht befreien (RG. 68, 368, 369). Im vorliegenden Falle fehlt es an jedem Anhalte dafür, daß beim Rheinstahlwerke auch nur eine ganz äußerliche Untersuchung stattgefunden hätte. Daß sie unterblieb, läßt sich, wie dargelegt, nicht mit dem bloßen Hinweise darauf rechtfertigen, daß sie nicht üblich war.

Die Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung entfällt nach § 377 HGB. vielmehr nur dann, wenn sie nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht tunlich ist. In dieser Beziehung enthält das BU. nur die eine Bemerkung, daß die Untersuchung schon aus technischen Gründen nicht habe erfolgen können. Dabei scheint an die Notwendigkeit schnellen Entladens der Bahnwagen und die alsbaldige Vermischung mit anderem Material auf den Schrotthalben gedacht zu sein. Hieraus folgt aber noch nicht zwingend, daß jegliche Untersuchung untunlich war. In welchem Umfange und in welcher Art sie erfolgen mußte, läßt sich für das RG. noch nicht beurteilen. Es sei aber doch darauf hingewiesen, daß nach der Beweisaufnahme unter Umständen das einfache Zerklagen einiger Stahlschlenden genügte, um den Chromgehalt zu erkennen.

Das BU. enthält hiernach einen Rechtsirrtum insofern, als es einmal das Rheinstahlwerk schon deshalb von der Pflicht zur Untersuchung frei erachtet, weil diese nicht üblich gewesen sei, und ferner keine schlüssige Begründung dafür gibt, daß die unverzügliche Untersuchung sich als untunlich erwiesen habe. In dieser Beziehung erscheint eine Nachprüfung

tatsächlicher Art erforderlich. Darum mußte das BU. aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Bei erneuter Verhandlung und Entsch. wird ferner zu beachten sein, daß ein Widerspruch darin liegt, wenn das BG. annimmt, die Bekl. habe Anlaß zu besonderer Untersuchung der Stahlschlenden gehabt, die Kl. dagegen nicht mehr, obgleich doch auch zur Zeit der Lieferung (im April 1924) die Möglichkeit durchaus noch nicht fernlag, daß die Ware aus Inflationslieferungen stammte und damit chromverdächtig war. Die Revisionsrüge, hier sei bei der Beurteilung der Parteipflichten mit zweierlei Maß gemessen worden, ist nicht unbegründet.

Ob das Ergebnis der neuen tatsächlichen Prüfung des Sachverhalts Anlaß bietet, die Frage der Anwendung des § 254 BGB. zu erörtern, muß der Entsch. des BG. anheimgestellt werden.

(U. v. 26. Juni 1929; 17/29 I. — Düsseldorf.) [Ra.]

**13.** § 73 GmbHG.; § 812 BGB. Die Gesellschafter einer GmbH., unter welche das Gesellschaftsvermögen rechtmäßig verteilt worden ist, können nicht von der Gesellschaft wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch genommen werden, auch wenn sich herausstellt, daß Gesellschaftsgläubiger bei der Verteilung unberücksichtigt geblieben sind.†)

Für die Spar- und Kreditbank in D., GmbH., wurde am 15. Nov. 1920 wegen eines Darlehens von 500 000 M eine Buchhypothek auf dem Anwesen K.straße in M. eingetragen. Dieses Anwesen war damals Eigentum der Kl., die am 2. Jan. 1917 in Liquidation getreten war. Das genannte Darlehen wurde in Raten zurückgezahlt, und zwar: 100 000 M vor dem 15. Juni 1922, 50 000 M am 3. Okt. 1922, weitere 4400 M am 23. Nov. 1922 und die noch restlichen 345 600 M am 28. Dez. 1922. Die Hypothek wurde gelöscht. Am 17. Nov. 1924 hat die Kl. das Haus K.straße für 949 600 GM. an die Bekl. zu 1 verkauft. In dem Kaufvertrag heißt es: „... Die sämtlichen vorstehend aufgeführten Hypothekensicherungen sind seitens der Gläubiger ohne jeden Vorbehalt erfolgt. Sollte jedoch in Zukunft infolge einer veränderten Gesetzgebung oder auf Grund der Entwicklung der Rechtsprechung trotz der geschuldeten vorbehaltlosen Löschung seitens der Hypothekengläubiger gegen die Verkäuferin, deren Liquidatoren oder Gesellschafter Ansprüche irgendwelcher Art gestellt werden, so hat die Käuferin für die sich für die Genannten ergebenden Verpflichtungen zur Hälfte aufzukommen bzw., falls von diesen auf Grund solcher Verpflichtungen Zahlungen geleistet werden müßten, diese ihnen zur Hälfte zu ersetzen.“

Am 30. Dez. 1924 wurde die Liquidationsmasse der Kl. an die Gesellschafter, darunter an die Bekl. zu 2 und 3, im Verhältnis zu ihren Geschäftsanteilen ausgeschüttet. Am 16. Febr. 1925 beschloß die Gesellschaftsversammlung die Auflösung der GmbH.; am 20. Febr. 1925 wurde sie im Handelsregister gelöscht.

Am 15. Dez. 1925 meldete die Spar- und Kreditbank ihre Aufwertungsansprüche bei der Aufwertungsstelle des AG. M. an, und zwar gegen die Bekl. zu 1 als Grundstückseigentümerin und gegen die Bekl. zu 2 u. 3 als persönliche Schuldner. Die drei Bekl. erhoben dagegen Einspruch. Durch Befehl des RegG. v. 13. Sept. 1926 wurde auf Antrag der

**Zu 13.** Die Entscheidung betrifft den Anspruch der Liquidationsgesellschaft gegen den Gesellschafter auf Rückzahlung empfangenen Liquidationserlöses zur Deckung eines nachträglich hervorgetretenen Gläubigers. Jedoch ist der vorliegende Fall ein besonderer, denn es handelt sich um eine nach der Ausschüttung auf Grund des Aufwertungsgesetzes hervorgetretene Aufwertungsforderung.

Nach der am Schlusse des Urteils zum Ausdruck gebrachten Ansicht besaß bei Ausschüttung des Liquidationserlöses der frühere Gläubiger die Gläubigereigenschaft gar nicht mehr, erlangte sie vielmehr erst durch das Aufwertungsgesetz wieder. Ob diese Auffassung des Wesens der Aufwertungsforderung mit der sonstigen Rechtsprechung des RG. im Einklang steht, braucht hier nicht erörtert zu werden. In der Wiedereinforderung von Teilen der Liquidationsmasse zur Befriedigung von Aufwertungsforderungen, die erst durch das Aufwertungsgesetz geschaffen sind, liegt in jedem Falle ein besonderer, einmaliger, so nicht wiederkehrender Tatbestand. Für den besonderen

<sup>1</sup>) ZB. 1907, 150.

<sup>2</sup>) ZB. 1924, 178.

Spar- und Kreditbank das Liquidationsverfahren betreffend die Kl. wieder eröffnet und Kl. Dr. W. zum Liquidator bestellt. Dieser verlangt mit der jetzigen Klage von den Bekl. zu 2 und 3 als früheren Gesellschaftern Zahlung von 5501,50 RM unter Gesamthaftung und von der Bekl. zu 1 Zahlung der Hälfte dieses Betrags unter Gesamthaftung mit den beiden andern Bekl.

Während das LG. den Anspruch gegen alle drei Bekl. dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, wies das OLG. die Klage gegen die Bekl. zu 2 und 3 ab. Die hiergegen gerichtete Rev. der Kl. blieb ohne Erfolg.

Mit Recht nimmt das BG. an, daß der Liquidator der Kl. GmbH. in Liquidation bei der am 30. Dez. 1924 vorgenommenen Verteilung des Vermögens der Gesellschaft dem § 73 Abs. 2 GmbHG. nicht zuwidergehandelt hat, indem er es unterließ, die Spar- und Kreditbank D. als Gläubigerin dabei zu berücksichtigen. Denn diese Bank war Ende Dez. 1924 nicht mehr Gläubigerin der GmbH., nachdem sie im Lauf des Jahres 1922 die vollen 500 000 M zurückgezahlt erhalten hatte und die ganze zur Sicherung der Darlehensforderung im Nov. 1920 eingetragene Hypothek bis Ende Nov. 1924 nach und nach gelöscht worden war. Daß die zur Zeit der Ausschüttung des Vermögens geltende III. StNotW.D., nach welcher der Bank wegen vorbehaltsloser Bewilligung der Hypotheklöschung kein Anspruch auf Aufwertung zustand, in absehbarer Zeit zugunsten der Aufwertungsgläubiger so, wie durch das spätere Aufwertungsgesetz geschehen, werde abgeändert werden, konnte Ende Dez. 1924 niemand mit Bestimmtheit wissen. Der Umstand aber, daß das AufwG. v. 16. Juli 1925 der Bank einen Aufwertungsanspruch verliehen hat, macht sie nicht nach rückwärts i. S. des § 73 Abs. 2 GmbHG. zu einem bekannten Gläubiger, der sich nicht gemeldet hat. Es muß also davon ausgegangen werden, daß die Ende Dez. 1924 bewirkte Verteilung des Vermögens der Kl. im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften vorgenommen worden ist.

Damit ist jedoch, da der Sperrfrist des § 73 Abs. 1 GmbHG. keine Auschlusswirkung zukommt, die Frage noch nicht erledigt, ob nicht bei späterem Hervortreten eines bei der Verteilung nicht berücksichtigten Gläubigers der GmbH. die Gesellschaft, an welche das Vermögen ausgeschüttet wurde, um diejenigen Beträge ungerechtfertigt bereichert sind, die um diejenigen Beträge dieses Gläubigers weniger erhalten hätten. Denn die Annahme einer solchen Bereicherung hängt nicht davon ab, daß bei der Verteilung des Vermögens an die Gesellschafter gegen gesetzliche Vorschriften verstossen worden ist. Die gleiche Frage erhebt sich auf Grund der mit § 73 GmbHG. im wesentlichen übereinstimmenden Vorschriften der §§ 51 bis 53 BGB. zunächst beim rechtsfähigen Verein. Hier wird vom Schrifttum — unabhängig davon, ob bei der Verteilung die §§ 51, 52 a. a. D. eingehalten oder verletzt worden sind — eine Bereicherungshaftung anerkannt, nur daß der eine Teil Bereicherung des Anfallberechtigten, dem gezahlt worden ist, auf Kosten des übergangenen Gläubigers, der andere Teil Bereicherung auf Kosten des Vereins annimmt (vgl. die Ausführungen bei Dertmann, BGB. § 52 Anm. 4a; dazu RGKomm. einerseits § 51 Anm. 1, andererseits § 812 Anm. 3). Dagegen bejahen die handelsrechtlichen Schriftsteller für das Rechtsgebiet der GmbH. und ebenso für das

der AktG. (§ 301 HGB.) eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gesellschafters, an den Vermögen ausgeschüttet worden ist, überhaupt nur für den Fall der Mißachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Verteilung des Gesellschaftsvermögens. Im andern Fall sehen sie gerade in der Erfüllung dieser Vorschriften den Rechtsgrund des Empfangs und erklären es für den Willen des Gesetzes, daß die ehemaligen Gesellschafter das ihnen so Zugeteilte ungeschmälert sollen behalten dürfen (vgl. für die GmbH.: Brodmann § 73 Anm. 2; Hachenburg, 5. Aufl. § 73 Anm. 13, 21; Liebmann=Saenger, 7. Aufl. § 73 Anm. 3; Scholz, § 73 II 3 Abs. 2; ferner Feine: Ehrenbergs Handb. 3 III, 664; für die AktG.: Brodmann, Aktienrecht § 301 Anm. 4c; Staub-Pinner, § 217 Anm. 20, § 301 Anm. 12; Goldschmit, § 301 Anm. 3; Ring-Schachian, Praxis der AktG. S. 92).

Der erst. Sen. schließt sich diesen handelsrechtlichen Schriftstellern an, verneint also für den hier vorliegenden Fall, daß die Verteilung des Vermögens der Gesellschaft unter Wahrung der dafür in Frage kommenden gesetzlichen Vorschriften vorgenommen worden ist, eine ungerechtfertigte Bereicherung der Gesellschafter, die eine Vermögensausschüttung erhalten haben. Diese Auffassung wird allein den Bedürfnissen des Verkehrs und dem auf dem Gebiete des Handelsrechts besonders hervortretenden Gedanken gerecht, daß durch eine unter Beachtung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften vollzogene Regelung bestimmter Verhältnisse nach Möglichkeit ein endgültiger, unantastbarer Rechtszustand geschaffen werden soll. Das Gesetz hat, namentlich durch die Einführung des Sperrjahres, so gut wie tunlich für die unbekanntenen Gläubiger gesorgt. Erweist sich diese Fürsorge im einzelnen Falle als nicht ausreichend, so ist das gewiß bedauerlich. Aber nichts, nicht einmal eine Billigkeitsermäßigung, spricht dafür, daß die Gesellschafter, welche Vermögensauszahlungen erhalten haben, noch jahrelang der Ungewißheit ausgesetzt sein sollen, einem nachträglich hervortretenden, bisher unbekannt gewesenen Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft haften zu müssen, wenn auch nur in Höhe der Bereicherung. Hier muß die Rücksicht auf den nachträglich sich meldenden Gläubiger den Interessen derjenigen früheren Gesellschafter weichen, die ohne Verletzung gesetzlicher Vorschriften einer Vermögensausschüttung teilhaftig geworden sind. Dies ist um so mehr anzunehmen, als das Gesetz bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 72, 73 GmbHG. den Liquidatoren nicht bloß die Möglichkeit einräumt, sondern die Verpflichtung auferlegt, das Gesellschaftsvermögen unter die Gesellschafter zu verteilen, die ihrerseits dann einen Anspruch auf die Ausschüttung haben. Es ist daher die Annahme gerechtfertigt, daß die Einhaltung der Vorschriften des § 73 GmbHG. einen durch dieses Gesetz anerkannten Rechtsgrund für den Empfang von Ausschüttungen darstellt. Im Falle der Einhaltung dieser Vorschriften kann es sich also nicht darum handeln, daß die Gesellschafter auch nur einen Teil der empfangenen Beträge ohne rechtlichen Grund (§ 812 BGB.) erlangt hätten. Die in § 1973 Abs. 2 BGB. enthaltene Anordnung der Bereicherungshaftung des Erben gegenüber dem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlassgläubiger läßt sich nicht für die gegenteilige Auffassung verwerten. Denn dort ist, soweit nicht die §§ 1975 ff. BGB. eingreifen, keine Sperrfrist

Fall mag daher mit Rücksicht auf die Natur der Aufwertungsforderung der Entscheidung zuzustimmen sein.

Die Entscheidung beruht jedoch nicht auf der besonderen Lage des Falles, sondern auf der allgemeinen Begründung, daß ein Liquidationserlös bei Handelsgesellschaften, der im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen ausgeschüttet worden ist, nicht zugunsten nachträglich hervorretretener Gläubiger wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden kann.

Die Entscheidung befindet sich im Einklang mit dem maßgebenden Schrifttum. Trotzdem vermag ich ihr nicht zuzustimmen.

Die Entscheidung wird mit den Bedürfnissen des Verkehrs, ferner begrifflich mit der Behauptung, daß ein „rechtlicher Grund“ für die Erlangung der Leistung in den gesetzlichen Liquidationsbestimmungen liege, gerechtfertigt.

Daß die Bedürfnisse des Verkehrs verlangen, daß dem Gesellschafter Beträge verbleiben, die den Gläubigern der Gesellschaft gebühren, vermag ich nicht zuzugeben. Die Gläubiger gehen doch auch sonst unbedingt den Gesellschaftern vor. Die Sicherung der Gläubiger vor den Gesellschaftern wird in der Rechtsprechung sonst geradezu zum Angelpunkt des Gesellschaftsrechtes gemacht. Im übrigen

kämen die besonderen Bedürfnisse des Handelsverkehrs, wenn solche vorliegen würden, nicht in Betracht. Denn die Gesellschafter einer GmbH. sind als solche nicht Kaufleute oder stehen im Handelsverkehr.

Der Ansicht, daß ein „rechtlicher Grund“ i. S. des § 812 BGB. in den Liquidationsbestimmungen, insbes. in den Vorschriften über das Sperrjahr, zu finden ist, vermag ich gleichfalls nicht zuzustimmen. Diese Vorschriften legen die technischen Voraussetzungen fest, bei deren Vorliegen erst eine Ausschüttung überhaupt möglich ist. Werden sie nicht innegehalten, sind die Liquidatoren verantwortlich. Sie stellen aber keinen rechtlichen Grund dar für den Empfang von Vermögen, das den Gläubigern gebührt. Nur das nach „Berichtigung der Schulden“ (§ 300 HGB.) verbleibende Vermögen gebührt den Gesellschaftern. Auf Aktiva, die noch mit Schulden belastet sind, hat der Gesellschafter kein Recht. Ist, wenn auch unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen, eine Auskehrung erfolgt, obwohl Schulden unberichtigt waren, so ist in gutem Glauben eine Nichtschuld bezahlt. Wenn der Sachverhalt aufgeklärt ist, so kann der Betrag wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden.

M. Dr. Walter Nord, Hamburg.

für die Vereinigung des Nachlassvermögens mit dem Eigenvermögen des Erben vorgeschrieben; die Haftung des Erben nach Bereicherungsgrundsätzen ist also etwas ganz Natürliches.

In RG. 109, 391/92 hat der erf. Sen. für den Fall gesetzwidriger, gegen § 73 Abs. 2 GmbHG. verstößender Verteilung des Gesellschaftsvermögens einen Bereicherungsanspruch der Gesellschaft anerkannt gegenüber den Gesellschaftern, die eine Ausschüttung empfangen haben. Der Fall der rechtmäßigen Verteilung des Gesellschaftsvermögens ist dort überhaupt nicht behandelt. Es ist also unrichtig, wenn Brodmann, Aktienrecht, § 301 Num. 4c sagt, jene Entsch. billige der Gesellschaft auch bei rechtmäßiger Verteilung ihres Vermögens einen Bereicherungsanspruch gegen die Gesellschafter zu. Dagegen vertritt die in RG. 92, 77 ff. abgedruckte Entsch. des vormaligen 6. ZivSen. des RG. allerdings die Ansicht (S. 82), daß die GmbH. auch im Falle rechtmäßiger Verteilung des Gesellschaftsvermögens einen Bereicherungsanspruch gegen den Gesellschafter habe. Das Ur. beruht aber nicht hierauf, so daß — ganz abgesehen von der späteren Aufhebung des vormaligen 6. ZivSen. — keine Notwendigkeit vorliegt, die VerZivSen. anzurufen.

Ist demnach die Bereicherungshaftung des Gesellschafters im Falle der Wahrung der Vorschriften in § 73 Abs. 1 und 2 a. a. D. zu verneinen, so muß das auch dann gelten, wenn — wie hier — der frühere Gläubiger diese Eigenschaft bei Ausschüttung der Liquidationsmasse gar nicht mehr besaß, sie vielmehr erst durch ein längere Zeit nach der Verteilung in Kraft getretenes Gesetz — das AufwG. — wiedererlangt hat. Die Rechtslage ist dann keine andere, als wenn ein Gläubiger aus Zufall oder Unachtsamkeit unbekannt geblieben war. Enthält doch auch gerade das AufwG. Bestimmungen, nach denen an gewissen abschließenden Tatsachen fernerhin nicht mehr gerüttelt werden soll (vgl. §§ 67 Abs. 1 Satz 1, 68 Abs. 1 daf.).

(U. v. 23. April 1929; 406/28 II. — München.) [Ru.]

14. § 8 KartW.D.; §§ 34, 60, 61 GmbHG. Bei der sog. Nebenleistungsgesellschaft wird durch die Kündigung des Kartells durch einen Gesellschafter die GmbH. nicht aufgelöst. Die GmbH. ist berechtigt, den Geschäftsanteil des kündigenden Gesellschafters einzuziehen. Im Zustande der Liquidation darf die Einziehung jedoch nur erfolgen, wenn die infolge der Liquidation im allgemeinen erlöschenden Kartellverpflichtungen der anderen Mitglieder noch fortbestehen. Für die Höhe der Vergütung kommt als Zeitpunkt der Tag des Einziehungsbeschlusses in Betracht.)

Der Kl. war als Alleininhaber einer Getreide-Preßhese-fabrik und Dampftornbrennerei seit der im Februar 1921 erfolgten Gründung der verklagten GmbH. deren Gesellschafter. Gegenstand des Unternehmens dieser Gesellschaft war die Bewertung der von den Gesellschaftern in ihren in Deutschland gelegenen Fabriken erzeugten Hefe. Die Rechte und Pflichten

Zu 14. Die Entsch. bedeutet die zivilrechtliche Liquidation eines kartellrechtlichen Streitens. Der Kl., Mitglied des Hefesyndikates, hatte das Kartell nach § 8 KartW.D. mit Erfolg gekündigt. Über die zivilrechtlichen Folgen sind zwei reichsgerichtliche Entsch. vorausgegangen (RG. 114, 212 = JW. 1927, 123 u. 114, 327 = JW. 1926, 2915). Der zivilrechtliche Streit wird in GmbH.-rechtlichen Formen geführt, weil das Kartell als Nebenleistungs-GmbH. organisiert war. Die vorliegende Entsch. im Zusammenhang mit den früheren Entsch. greift in wesentlichen Punkten in das bestehende GmbH.-recht ein.

I. Die Grundfrage ist, ob die erfolgreiche Kündigung der Kartellbindung gem. § 8 KartW.D. überhaupt und in jedem Falle unmittelbar auf die Rechtsstellung des kündigenden innerhalb der GmbH. zurückwirkt. Abschließend kann diese Frage hier nicht erörtert werden. Die Frage wird vom RG. mit Bestimmtheit in der vorliegenden Entsch. und in RG. 114, 212 bejaht. Die überwiegende Meinung der Literatur, und zwar sowohl der vor den Entsch. wie der nach den Entsch. sich äußernde Schriftsteller, steht auf dem gleichen Standpunkt (vgl. die Literatur bei Feine in Ehrenbergs Handb., 3. Bd., 3. Abt. S. 357, 358; gegen die Ansicht des RG. aus der Zeit vor den Entsch. Lehmann-Fischer, § 8 Num. 1).

Daß für die Ansicht des RG. wesentliche Gründe sprechen, ist nicht zu verkennen. Sie sind namentlich von Tschierschky (S. 265 ff.) eingehend erörtert. Der soziologische

der Gesellschafter, die sich auf die Ablieferung und den Vertrieb von Hefe beziehen, sind in einer „Übereinkunft“ niedergelegt worden, die nach dem Gesellschaftsvertrag einen Bestandteil dieses Vertrages bilden und deren Geltungsdauer gleich derjenigen des Gesellschaftsvertrages sein sollte. Mit Schreiben v. 17. Nov. 1923 kündigte der Kl. seine Zugehörigkeit zum Hefeverband zum Tage des Inkrafttretens der W.D. gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen v. 2. Nov. 1923 (sog. KartW.D.), also zum 20. jenes Monats, fristlos. Dieses Schreiben ging am 19. Nov. 1923 bei der GmbH. ein, welche die Kündigung als unberechtigt zurückwies. Der Kl. erwiderte hierauf am 21. Nov., also am Tage nach dem Inkrafttreten der KartW.D.: er halte seinen Entschluß, aus dem Verbands auszutreten, aufrecht. Durch Entsch. v. 7. Jan. 1924 sprach das KartG. die Zulässigkeit der Kündigung mit Wirkung von diesem Tage aus. Daraufhin kündigten weitere 17 Mitglieder des Hefeverbandes, und das KartG. erklärte durch Entsch. v. 3. März 1924 diese Kündigungen für zulässig. Am 5. desselben Monats beschloß sodann die Gesellschafterversammlung der Befl. die Auflösung der Gesellschaft; dieser Beschl. wurde am 10. März 1924 in das Handelsregister eingetragen.

Ein weiterer wirksamer Kündigungsakt des Kl. wurde vom jetzt erf. Sen. im Ur. v. 28. Sept. 1926 (in einem zungunsten der Befl., damaligen Kl., erledigten Rechtsstreit der Parteien, Vertragsstrafe betreffend) in dem oben genannten Schreiben des jetzigen Kl. v. 21. Nov. 1923 gefunden, das dem Hefeverband am 22. Nov. zugegangen, in der Entsch. des KartG. v. 7. Jan. 1924 aber nicht erwähnt ist. Im reichsgerichtlichen Ur. v. 28. Sept. 1926 (RG. 114, 327 [335]) ist darauf hingewiesen, daß der Kündigung v. 21./22. Nov. 1923 gegenüber die Hefeverband-GmbH. keinen Antrag i. S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KartW.D. gestellt habe.

Die Befl. war Inhaberin eines Patentes zum Schutz besonderer Verfahrens zur Herstellung von Preßhese. Nachdem der Kl. aus dem Hefeverband ausgeschieden war, erhob die jetzige Befl. gegen den jetzigen Kl. Klage auf Unterlassung der Benutzung des Patents, welche die Hefeverband-GmbH. ihren Mitgliedern gestattet hatte. In jenem Rechtsstreit wurde der Befl., nunmehrige Kl., in allen drei Instanzen nach dem Klageantrag verurteilt. Das damals ergangene reichsgerichtliche Ur. v. 2. Juli 1926 (RG. 114, 212<sup>1</sup>) erkannte der Kündigung nach § 8 KartW.D. in einem Falle wie dem vorliegenden zwar nicht die Wirkung unmittelbaren Ausscheidens des kündigenden auch aus seinem Gesellschafterverhältnis bei der GmbH. zu, erklärte diese aber für berechtigt, das Ausscheiden des kündigenden aus der GmbH. durch entgeltliche Einziehung seines Geschäftsanteils herbeizuführen. Weiter wurde damals ausgesprochen, daß die gesellschaftlichen Rechte und Pflichten des kündigenden bis zu dieser Einziehung ruhten.

In der Gesellschafterversammlung der nunmehr in Liquidation befindlichen Befl. v. 22. Sept. 1926 wurde beschlossen: „Der Geschäftsanteil des Herrn Josef B. wird

Kern der Gründe ist, daß es bei der engen wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit der gesellschaftlichen Organisation und des Kartells unmöglich sei, bei Aufhebung der Kartellbindung die Zugehörigkeit zur Organisation unberührt zu lassen. Als rechtlicher Gesichtspunkt könnte herangezogen werden, daß tatsächlich die „Nebenleistung“, die der Aufhebung verfällt, die Hauptleistung nach dem Inhalt des Rechtsverhältnisses ist.

Trotzdem dürfte über diese Frage das letzte Wort noch nicht gesprochen sein. Praktisch ist allerdings für die Zivilrechtspflege für den geltenden Rechtszustand bei der entschiedenen Stellungnahme des RG., die Frage vorläufig als endgültig beantwortet zu betrachten. Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß gegen die Stellungnahme des RG. ein kartellrechtliches Bedenken verbleibt. Das RG. begründet seinen Standpunkt im Grunde rein kartellrechtlich. GmbH.-rechtlich enthalten die beiden Urteile des RG. reines Freirecht. Vom GmbH.-rechtlichen Standpunkt sind die Urteile geradezu ein Opfer des Intellekts. Sie „lehnen sich“, wie die vorliegende Entsch. einmal sagt, nur „an das Gesetz an“. Vom kartellrechtlichen Standpunkt aus aber glaubt das RG., dies Opfer der Preisung des GmbHG. bringen zu müssen.

Nun ist nicht zu verkennen, daß das Ergebnis, zu welchem das RG. gelangt, gegen den Geist der KartW.D. (§§ 8, 9) zwar nicht

<sup>1</sup>) JW. 1927, 123



eingezogen. Die Einziehung erfolgt entgeltlich.“ Gegen diesen Beschl. richtet sich die gegenwärtige, im Juni 1927 erhobene Klage. Mit ihr verlangt der Kl. Feststellung der Nichtigkeit des Beschl., in erster Linie deshalb, weil nach Beginn der Liquidation von einer Einziehung des Geschäftsanteils des Kl. — im Wege der rechtsähnlichen Anwendung des § 34 GmbHG. — nicht mehr die Rede sein könne. Weiter meint der Kl., der Einziehungsbeschl. habe nicht gefaßt werden dürfen, solange nicht die Höhe des Entgelts durch Einigung mit ihm oder sonstwie festgesetzt sei. Und endlich stützt der Kl. sein Vergehen darauf, daß er — was nicht bestritten wird — zur Gesellschafterversammlung v. 22. Sept. 1926 nicht geladen worden sei. Die Beschl. hält keinen von diesen Gründen für durchschlagend.

Der erste Richter sprach die Klage zu, das RG. dagegen wies sie ab. Mit der Rev. beantragt der Kl. Wiederherstellung des landgerichtlichen Urts. Die Beschl. bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Die Rev. bezeichnet zunächst als rechtsirrig die Annahme des BG., daß die Hefe-GmbH. durch ihren am 5. März 1924 erfolgten Eintritt in die Liquidation nicht gehindert worden sei, den Geschäftsanteil des durch seine Kündigung aus der kartellrechtlichen Bindung ausgeschiedenen Kl. einzuziehen. Der erf. Sen. hat im Vorprozessur. v. 2. Juli 1926 die Ansicht vertreten, daß bei einer sog. Nebenleistungs-GmbH., wie sie hier vorliegt, die durch § 8 Abs. 1 KartWd. zugelassene Kündigung zwar die kartellrechtlichen Beziehungen des Kündigenden beendet, aber am Bestand der GmbH. als solcher nichts ändert und auch die Mitgliedschaft des Kündigenden bei dieser nicht ohne weiteres aufhebt. Da jedoch bei der engen wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit der gesellschaftlichen Organisation und des Kartells eine fernere unveränderte Zugehörigkeit des Kündigenden zur GmbH. (unter Fortdauer aller gesellschaftlichen Befugnisse und Verpflichtungen) eine Unmöglichkeit wäre, so bleibe mit Rücksicht auf den besonders gearteten Aufbau der GmbH. nichts anderes übrig, als daß man dieser das Recht einräume, den Geschäftsanteil des aus den kartellrechtlichen Beziehungen Ausgeschiedenen gegen Entgelt einzuziehen. Man würde sonst — so heißt es in jenem Urte. weiter — die Form über die Sache, über den Vertragsgedanken stellen und eine Gestaltung guthießen, bei der zwei verschiedene Gruppen von Gesellschaftern, solche mit und solche ohne Kartellbindung, nebeneinander beständen, was zu empfindlichen Anzuträglichkeiten führen müßte. Aus diesen Erwägungen hat der Senat der in Liquidation befindlichen jetzigen Beschl. (damaligen Kl.) das Recht zur Einziehung des P.schen Geschäftsanteils zugesprochen.

Für die im Urte. v. 2. Juli 1926 befürwortete Lösung der Zugehörigkeit des Kl. zur Hefe-GmbH. wäre natürlich dann kein Raum, wenn man mit Hachenburg, GmbHG., 5. Aufl., Erl. zu § 3 Anm. 11 a anzunehmen hätte, daß die Kündigung der kartellrechtlichen Beziehungen nach § 8 Abs. 1 KartWd. ohne weiteres zur Auflösung der GmbH. führe. Der Senat vermag jedoch dieser von Hachenburg a. a. O. zum ersten Male aufgestellten Ansicht nicht beizutreten. Es ist schon vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit aus nicht zu billigen, daß jede Kündigung eines Kartellmitgliedes, wie sie das Gesetz für zulässig erklärt, dann, wenn das Kartell in der Form einer GmbH. errichtet ist, wegen der eigenartigen Gestaltung dieser gesellschaftlichen Organisation zu deren Auflösung führen

soll. Die Auffassung Hachenburgs ist aber auch, abgesehen von den wirtschaftlichen Bedenken, die gegen sie bestehen, mit den §§ 60, 61 GmbHG. nicht vereinbar, die den Fall der Auflösung der Gesellschaft regeln. Auch damit läßt sie sich nicht rechtfertigen, daß man auf keinem anderen Wege der Schwierigkeiten Herr werden könne, die sich auch nach Ansicht des erf. Sen. aus dem Erlöschen der kartellrechtlichen Beziehungen einzelner Mitglieder für den Bestand der GmbH. ergeben. Zu einer Lösung zu gelangen, bei der die GmbH. fortbestehen kann, erscheint geradezu als wirtschaftliche Notwendigkeit; unüberwindlich sind aber die entgegenstehenden rechtlichen Bedenken nicht. Gewiß treffen die im § 34 GmbHG. geordneten Einziehungsmöglichkeiten hier nicht zu, jedenfalls nicht unmittelbar. Allein der Gedanke, durch entgeltliche Amortisation ohne Beeinträchtigung des Bestandes der GmbH. aus der durch die Kündigung eines Kartellmitgliedes geschaffenen schwierigen Lage herauszukommen, lehnt sich immerhin an § 34 an. Dem Kündigenden, der — wie hier der Kl. — regelmäßig das Ausscheiden aus der ganzen Organisation, Kartell und GmbH., anstrebt, wird kein Nachteil zugefügt; denn die Einziehung geschieht entgeltlich, und zwar — wie noch zu erörtern sein wird — auf die Art, daß der Wert des Geschäftsanteils vom Tage der Einziehung zu erstatten ist. Eine andere Möglichkeit besteht nicht, um den Erfolg zu erzielen, der mit der Kündigung vernünftigerweise erreicht werden soll: Ausscheiden des Kündigenden auch aus der gesellschaftlichen Organisation, ohne daß diese der Auflösung verfällt.

Demnach hat der Senat keinen Anlaß, von seiner im Urte. v. 2. Juli 1926 niedergelegten, von Fran-Tschiersch und von Brodmann geteilten Stellungnahme zu der hier erörterten Frage abzugehen. Auch daran wird festgehalten, daß die Kündigung des Kartellverhältnisses das Ruhen der Mitgliedschaftsrechte und -verpflichtungen des Kündigenden bei der GmbH. bis zur Einziehung seines Geschäftsanteils, d. h. einschließlich der Fassung des hierauf gerichteten Beschl., zur Folge hat. Für den Regelfall wird angenommen werden können, daß die GmbH. in der Lage ist, diese Beschl. fassung in verhältnismäßig kurzer Zeit nach der Kündigung herbeizuführen. Der Kündigende hat auch einen Anspruch darauf, daß die Einziehung und damit seine Loslösung von der GmbH. nicht grundlos hinausgeschoben wird. Sollte die Einziehung über Gebühr verzögert werden, so muß er das Recht haben, durch Anstrengung der Auflösungsklage dem auf die Dauer unerträglichen Schwebezustand ein Ende zu machen.

Zu den Ausführungen des Urte. v. 2. Juli 1926 über die Notwendigkeit, nach dem Aufhören der kartellmäßigen Bindung des Kl. auch seine Mitgliedschaft bei der inzwischen in Liquidation getretenen Hefe-GmbH. auf die angegebene Weise zu beseitigen, hat Flechtheim zunächst in der KartWd. 1927, 57 ff. und dann in einer Anmerkung zum Abdruck jenes Urte. in JW. 1927, 123<sup>23</sup> Stellung genommen. Er ist der Meinung: einer der tragenden Gesichtspunkte des RG., daß es nämlich bei einer GmbH. keine zwei Gruppen von Gesellschaftern — solche mit und solche ohne Kartellbindung — geben könne, habe nach der Gestaltung der Verhältnisse im vorliegenden Falle seine Berechtigung verloren. Denn da zur Zeit des Eintritts der GmbH. in die Liquidation die Einziehung noch nicht bewirkt gewesen sei, habe die Mitgliedschaft des kündigenden Gesellschafters damals noch nicht auf-

immer verstoßt, wohl aber verstoßen kann. Das Kündigungsrecht des § 8 kann durch die Druckmittel, die aus der Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Kündigenden bei der GmbH. unter Umständen hergeleitet werden können, illusorisch gemacht werden. Durch solche Druckmittel kann der Kartellteilnehmer trotz Vorliegens des Kündigungsrechtes zum Verbleib in dem Kartell gezwungen werden. Der vorliegende Fall illustriert diesen Gedanken. In RG. 114, 227 veruchte der Verband zunächst eine ruinöse Konventionalstrafe zivilrechtlich einzufordern, drang damit allerdings nicht durch. Ferner besteht auf Namen des Verbandes ein Patent, dessen Benutzung der Verband nur seinen Mitgliedern gestattet. Mit der Kündigung ist daher nach der in RG. 114, 212 ausgesprochenen Ansicht, daß das Ruhen der Rechte des Kündigenden mit der Kündigung eintrete, das Patentbenutzungsrecht des Kündigenden aufgehoben und mit der Einziehung des Geschäftsanteils ist dieses Recht endgültig beendet. Nach § 9 Abs. 7 KartWd. sollen dem Kündigenden keine Nachteile treffen. Ver-

einbarungen dieses Inhaltes sind unwirksam. Das RG. (RG. 114, 220) hilft sich gegenüber dieser Bestimmung damit, daß es sagt, der Verlust der Mitgliedschaft bei der GmbH. und damit der Möglichkeit weiterer Patentbenutzung sei kein an die Kündigung verträglich geknüpfter Nachteil. Er ergäbe sich vielmehr unmittelbar aus dem Gesetz.

Der Präsident und Vorsitzende des KartG., Dr. Lucas, hat in KartWd. 1927, 4 ff. die Ansicht des RG. auf Grund RG. 114, 212 nachdrücklich bekämpft. Der Gesetzgeber habe das rechtliche Schicksal der Kartellbindung von der Mitgliedschaft unabhängig gemacht und selbständig geregelt. Es erscheine daher unzulässig, aus einer Voraussetzung, die der Gesetzgeber selbst nicht anerkannt habe, Folgerungen zu ziehen, die mit der Auffassung des Gesetzgebers nicht in Einklang gebracht werden könnten. Das RG. hat sich in der vorliegenden Entsch. mit den Ausführungen von Lucas nicht auseinandergesetzt. Lucas verweist am Schluß seiner Ausführungen auf die Möglichkeit, daß Gesetzgebung und Verwaltung sich von

gehört gehabt; seine Mitgliedschaftspflichten und -rechte hätten sich nur im Zustand der Ruhe befunden. Mit der Auflösung der Gesellschaft hätten aber alle Nebenverpflichtungen i. S. des § 3 Abs. 2 GmbHG., also insbes. die Kartellspflichten und die ihnen entsprechenden Rechte aufgehört. Die Liquidationsgesellschaft sei keine Nebenleistungsgesellschaft mehr. Das gelte für alle Mitglieder, auch für den Gesellschafter, der nach § 8 KartWV. gekündigt habe. Seine Kartellbindung ruhe jetzt nicht mehr, sondern sei endgültig erloschen; er befinde sich von nun ab in der gleichen Rechtslage wie alle anderen Kartellmitglieder. Es liege jetzt kein Grund mehr vor, die Kündigung so auszugestalten, daß sie dem Austrittsrecht möglichst angenähert werde. Auch sei jetzt kein wirtschaftliches Bedürfnis und auch kein Billigkeitsgrund mehr dafür anzuerkennen, daß die Gesellschaft das Recht haben solle, den Geschäftsanteil gerade des Gesellschafters, der gekündigt habe, ohne die Voraussetzungen des § 34 einzuziehen. Die Rechtslage des kündigenden Gesellschafters sei also dann, wenn die Gesellschaft nach der Kündigung gem. § 8 KartWV., aber vor Einziehung oder Erwerb des Geschäftsanteils jenes Gesellschafters aus irgendwelchen Gründen aufgelöst werde, keine andere als die der übrigen Gesellschafter.

Die Rev. macht sich die Ausführungen Flechtheim's, denen auch der erste Richter gefolgt ist, zu eigen. Sie meint im übrigen: Es komme nicht sowohl darauf an, ob durch die Liquidation als solche die Einziehung eines Geschäftsanteils ausgeschlossen werde, als vielmehr darauf, ob im vorliegenden Falle durch die Liquidation die Voraussetzungen weggefallen seien, von denen nach dem reichsgerichtlichen Ur. v. 2. Juli 1926 das Einziehungsrecht der Gesellschaft abhänge. Diese Frage habe das BG. nicht erörtert; es habe weder die vom Kl. noch die von der Bekl. hierzu beigebrachten rechtlichen Gesichtspunkte geprüft.

Der erf. Sen. stimmt mit Flechtheim darin überein, daß mit dem am 5. März 1924 erfolgten Eintritt der Kartellgesellschaft in die Liquidation die kartellmäßige Bindung für alle Mitglieder, also auch für diejenigen, die nicht gekündigt hatten, ohne weiteres erloschen ist. Dies ergibt sich daraus, daß die Gesellschaft von nun an keine Kartellzwecke, sondern nur noch Abwicklungszwecke verfolgt. Für die Annahme des Vorhandenseins verschiedener Gruppen von Mitgliedern — solcher mit und solcher ohne Kartellbindung — ist daher nach Beginn der Liquidation im Regelfall kein Raum mehr. Der vorliegende Fall weist jedoch eine Abweichung von der Regel auf. Denn die Parteien sind darüber einig, daß der Liquidator, weil ihm das zur Erreichung einer angemessenen Abwicklung zweckmäßig erschien, mit einer Reihe von Mitgliedern, zu denen der Kl. nicht gehörte, einen neuen Vertrag dahin geschlossen hat, daß sie ihm, soweit dies zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich war, die von ihnen erzeugte Gese ausschließlich abliefern sollten. Für diesen neuen Zweck räumte er diesen Lieferungsspflichtigen, also nicht auch dem Kl., die Befugnis zur Weiterbenutzung des W.schen Patentes ein. Dadurch kam es, daß hier ausnahmsweise auch nach Beginn der

Liquidation zwei Gruppen von Gesellschaftern vorhanden waren: einerseits die durch den neuen Vertrag gebundenen und andererseits der Kl., der außerhalb des neuen Abkommens stand. Dieser Umstand rechtfertigt es, die Einziehung trotz der Liquidation zuzulassen.

Der Senat hält daher an der von Flechtheim angegriffenen Ausführung des früheren RevUr. fest. Zweck und Wesen der Liquidation stehen der Einziehung von Geschäftsanteilen nicht grundsätzlich entgegen. Dies wird auch von Hachenburg, GmbHG., 5. Aufl., Anm. 13 zu § 69 und von anderen Erläuterungen des genannten Gesetzes zugegeben, soweit es sich um Einziehung nach § 34 a. a. D. handelt; a. M. Feine in Ehrenbergs Handbuch 3. Bd. III. Abt. S. 360.

Weiterhin rügt die Rev., der Bordinrichter halte den Gesellschafterverbeschl. v. 22. Sept. 1926 auch deshalb zu Unrecht für wirksam, weil der Beschl. über die Höhe des dem Kl. zu gewährenden Entgelts gar nichts enthalte und weil der Kl. in ordnungswidriger Weise weder zu jener Gesellschafterversammlung geladen noch sonst vor der Beschlufsfassung über die Frage der Einziehung seines Geschäftsanteils gehört worden sei. Auch diese Rügen können jedoch keinen Erfolg haben.

Die entgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils eines Gesellschafters, der durch Kündigung aus der Kartellbindung ausgeschieden ist, muß nicht notwendig auf die Art geschehen, daß im Einziehungsbeschl. auch gleich das Entgelt, das Abfindungsguthaben des betreffenden Gesellschafters, festgesetzt wird. Ein solches Verlangen käme in den vermutlich zahlreichen Fällen, wo die Beteiligten über die Höhe des Entgelts während längerer Zeit nicht einig werden oder gar einen Prozeß führen, auf eine nach der wirklichen Kündigung der Kartellbeziehungen ganz unnötige Verlängerung der Zugehörigkeit des Gesellschafters zur GmbH. heraus. Dem Kl. ist dadurch, daß zunächst nur die entgeltliche Einziehung seines Geschäftsanteils als solche, ohne gleichzeitige Festsetzung der Höhe des Entgelts, beschlossen wurde, kein Eintrag geschehen. Ihm bleibt der Klageweg offen, falls keine Einigung über den Betrag seines Guthabens zustande kommt.

Gerade deshalb, weil der Einziehungsbeschl. v. 22. Sept. 1926, so wie er lautet, der Festsetzung der Höhe des Entgelts in keiner Weise vorgreift, kann der Kl. der Wirksamkeit des Beschl. auch nicht entgegenhalten, daß er zu jener Gesellschafterversammlung nicht geladen oder vor der Beschlufsfassung über deren Gegenstand nicht irgendwie gehört worden sei. Dazu kommt, daß seine Gesellschafterrechte seit der Kündigung bis zur Einziehung, einschließlich der Beschlufsfassung darüber, geruht haben. Dazu gehört aber auch das Recht, an Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und dabei mitzustimmen oder vor gewissen Beschlufsfassungen gehört zu werden.

Was den Zeitpunkt angeht, nach dem die Bekl. den Wert des P.schen Geschäftsanteils zu vergüten hat, so kommt entweder der Tag in Betracht, an dem die Kündigung des Kl. wirksam geworden ist, oder der Zeitpunkt des Einziehungsbeschl. Für die Wahl des ersteren Zeitpunktes mag die Erwägung sprechen, daß mit ihm nach des Kl. Willen seine Mit-

neuem des Gegenstandes bemächtigen. Hiernach ist der Gegenstand zum mindesten de lege ferenda in der Schwebe. Nach diesseitiger Ansicht gehören die in den RevUr. entschiedenen zivilrechtlichen Fragen de lege ferenda — daß sie de lege lata nicht dahin gehören, darüber besteht Übereinstimmung — in das Kündigungsverfahren hinein. Dort sind sämtliche Vorrechte und Nachteile, die den Kündigenden und das Kartell treffen, abzuwägen. Es muß also ein und dieselbe Instanz über die Kündigung und die zivilrechtlichen Folgen entscheiden. Im Ergebnis geht diese Ansicht parallel mit einem Beschluß des 35. Deutschen Juristentages (Verhandlungen Bd. 2 S. 851, 852).

II. Das RG. sprach in RG. 114, 212 — bei der es sich inhaltlich nur um die Frage der Patentbenutzung, nicht um den Ausschluß aus der GmbH. handelte — der GmbH. das Recht zu, den Geschäftsanteil des Kündigenden einzuziehen. Vorher hatte Hachenburg in der 5. Aufl. seines Kommentars ausgesprochen, daß die Kündigung die Auflösung zur Folge habe. Das RG. setzt sich in der vorliegenden Entsch. mit Hachenburg auseinander. Das RG. will nicht, daß das in Form einer Nebenleistungsgesellschaft aufgelegene Kartell in jedem Falle zerfallen wird, weil ein Mitglied mit Erfolg kündigt. Auf den Standpunkt des RG. steht in diesem Punkte auch die übrige maßgebende Literatur (vgl. Feine a. a. D.). GmbH.-rechtlich sind beide Standpunkte, der Auflösungsstandpunkt und der Einziehungsstandpunkt, gleich schwer

zu begründen. Kartellrechtlich ist der Standpunkt des RG. konsequent und von kartellfreundlicher Seite zu begrüßen.

III. Das „Ruhens“ der GmbH.-rechte und -pflichten des Kündigenden hatte das RG. schon in der Vorentscheidung ausgesprochen. Jedoch durfte man es danach noch allein auf die Nebenleistungsrechte und -pflichten beziehen. In der vorliegenden Entsch. erstreckt sich das Ruhens auch auf die organisatorischen Mitgliedsrechte des Kündigenden. Dies bedeutet eine grundlegende Neugestaltung gegenüber dem gesetzlichen GmbH.-recht, welches ein solches Ruhens nicht kennt. Dieser Ausdehnung vermag ich nicht zu folgen (wie das RG.: Feine a. a. D. S. 360). Diese Ausdehnung scheint mir auch gegen den Kündigenden vom Standpunkt der Billigkeit aus zu weit zu gehen. Es handelt sich ja um den Zeitraum bis zu seiner Ausschließung. Die Ausschließung ist eine Verurteilung. Der Angekl. in diesem Verfahren hat danach nicht einmal ein Recht auf Gehör. Schließlich ist solche Ausdehnung auch nicht ungefährlich. Es kann nicht ein GmbH.-recht lediglich für Kartelle geben. Die Verwaltung könnte daher auch in anderen Fällen, in denen sie ein Einziehungsrecht zu haben glaubt, zunächst das „Ruhens“ dekretieren.

IV. Entgegen Flechtheim will das RG. im vorliegenden Falle die Einziehung aussprechen, trotzdem durch den Auflösungsbeschl. die tragenden Gründe für die Weggefallen sind. Der neue Grund soll darin liegen, daß der Li-

wirkung bei der Erreichung des Gesellschaftszweckes aufgehört und daß seine Mitgliedschaft bei der GmbH. nur deshalb zunächst noch fortgedauert hat, weil nach dem Aufbau der GmbH. ein Ausscheiden aus ihr im Wege der Kündigung nicht möglich ist. Andererseits hat aber der Kl. trotz der Kündigung der Kartellbindung seine durch die Mitgliedschaft bei der GmbH. begründeten Rechte behalten, und zwar so lange, bis die Gesellschafterversammlung die Einziehung seines Geschäftsanteils beschloß. Die Ausübung dieser Gesellschafterrechte ruhte allerdings, wie oben ausgeführt wurde; das ändert jedoch nichts daran, daß die Rechte an sich dem Kl. noch zustanden. Eine gewisse Bedeutung hat auch der Umstand, daß auch bei der Einziehung, die unmittelbar auf Grund des § 34 GmbHG. geschieht, für die Bestimmung des Wertes des Geschäftsanteils und damit der Höhe des Entgelts die Zeit der Einziehung maßgebend ist. Die GmbH. hat es, in künftigen derartigen Fällen wenigstens, in der Hand, die Einziehung des Geschäftsanteils eines kündigenden nach Möglichkeit zu beschleunigen, wenn sie eine etwaige günstige Geschäftsentwicklung der Zwischenzeit ihm nicht zugute kommen lassen will. Der Umstand, daß im vorliegenden Falle die Vekl. erst durch das reichsgerichtliche Ur. v. 2. Juli 1926, also etwa 2 1/2 Jahre nach der Kündigung des Kl., von ihrem Einziehungsrecht Kenntnis erhalten hat, kann aber keinesfalls dazu führen, hier zu ihren Gunsten einen früheren Zeitpunkt als den des Einziehungsbeschl. maßgebend sein zu lassen, falls die Voraussetzung der zwischenzeitlichen gedeihlichen Entwicklung bei ihr zutreffen sollte. Der Kündigende andererseits kann, wenn er bei ungünstigem Geschäftsgang der Gesellschaft von einem Hinausschieben der Einziehung Nachteile für sich befürchtet, bei grundlosem Bögen der Gesellschaft durch Erhebung der Auflösungsklage seine Interessen wahren. Ob die Vekl. in der Zeit von der Kündigung des Kl. bis zum Einziehungsbeschl. v. 22. Sept. 1926 Gewinn erzielt oder Verluste erlitten hat, ist nicht bekannt. Es kommt aber für die hier zu beantwortende Frage darauf nicht an. Denn selbst im letzteren Falle müßte sich der Kl. — wie nach dem oben Gesagten bei günstiger Geschäftsentwicklung die Vekl. — den 22. Sept. 1926 als Stichtag gefallen lassen, obgleich auch er vor dem reichsgerichtlichen Ur. im Vorprozeß von einem Einziehungsrecht der Vekl. nichts wissen konnte.

Nach alledem hält der Senat für die Bestimmung des Wertes des Geschäftsanteils, den die Vekl. dem Kl. zu erstatten hat, schlechthin den Tag der Einziehung (22. Sept. 1926) für maßgebend.

(U. v. 17. Mai 1929; 541/28 II. — Berlin.) [Ru.]

### 3. Unlauterer Wettbewerb. Patent- und Warenzeichenrecht.

15. § 16 UrtW. Die Verwechslungsgefahr ist unerheblich, wenn die verwechselbaren Firmenbestandteile keine Unterscheidungskraft haben. †)

Die klagende AktG. ist am 3. Sept. 1923 als Rechtsnachfolgerin der Deutschen Kap-Asbest-Werke GmbH. in das Handelsregister des N. B. eingetragen worden. Die ver-

quidator mit einigen Mitgliedern für die Zwecke der Liquidation einen neuen Vertrag auf Lieferung von Hefe und auf Patentbenutzung geschlossen hat. Diese Begründung kann keineswegs als durchschlagend angesehen werden. Im Ergebnis wäre also dem reichsgerichtlichen Urteil, da es nur diese Begründung angibt, nicht zuzustimmen.

V. Der Mangel jeglicher Angabe im Einziehungsbeschl. über die Höhe des Entgeltes ist allerdings bedenklich. Trotzdem ist dem Kl. zuzustimmen, daß aus diesem Grunde eine Aufhebung des Beschlusses nicht zu erfolgen hat. Da die Rechtslage in dieser Beziehung ungeklärt war, so war auch jede Umschreibung der Höhe des Entgeltes gefährlich. Dankenswerterweise teilt das RG. in dem Urteil den Parteien mit, wie das Entgelt zu bestimmen ist. Den hierauf bezüglichen Ausführungen, insbes. über den Zeitpunkt, nach welchem der Wert des Geschäftsanteiles zu bestimmen ist, ist zuzustimmen.

RA. Dr. Walter Nord, Hamburg.

Zu 15. Rechtsstreitigkeiten über ähnlich klingende Firmen bilden seit einigen Jahren eine so häufige Erscheinung, daß man sie schon beinahe als „große Mode“ ansprechen könnte. Die weit-

klagte AktG. besteht seit dem 16. Mai 1927; sie ist durch den damals erfolgten Zusammenschluß zweier Firmen — der Meßener Asbestwerke GmbH. und der Berliner Asbestwerke W. R. — entstanden. Kurz nach dem 16. Mai 1927 forderte die Kl. die Vekl. auf, sich wegen bestehender Gefahr der Verwechslung mit ihrer Firma der Bezeichnung „Deutsche Asbestwerke AktG.“ zu enthalten. Die Vekl. kam jedoch dieser Aufforderung nicht nach. Deshalb hat die Kl. im Sept. 1927 die gegenwärtige, auf § 16 UrtW. gestützte Klage erhoben, mit der sie beantragte zu erkennen: Die Vekl. habe im geschäftlichen Verkehr den Gebrauch der Firmenbezeichnung „Deutsche Asbestwerke AktG.“ zu unterlassen und diese ihre Firma zur Löschung zu bringen; weiter hat die Kl. um Feststellung der Schadensersatzpflicht der Vekl. und um Zuspredung der Befugnis, das Urteil in drei Tageszeitungen zu veröffentlichen. Die Vekl. beantragte Abweisung der Klage. Sie bestritt das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr und wies insbes. darauf hin, daß „Kap-Asbest“ der schlagwortartige Bestandteil der Firma der Kl. sei und daß die Kl., wie schon ihre Rechtsvorgängerin, dieses Schlagwort in ihrem geschäftlichen Verkehr fortgesetzt gebrauche, unter anderem als Telegrammadresse.

Der erste Richter hat die Verwechslungsgefahr bejaht und den Anträgen der Kl. im wesentlichen stattgegeben. Nur über den Antrag auf Zuspredung der Veröffentlichungsbefugnis hat er noch nicht entschieden, und zwar deshalb nicht, weil die Kl. keine näheren Angaben darüber gemacht habe, in welchen Zeitungen sie das Urteil veröffentlichen lassen wolle. RG. und RG. haben die Klage abgewiesen.

Die klagabweisende Entscheidung des BG. beruht auf folgenden Erwägungen: Die Bezeichnung „Deutsche Asbestwerke“, als Verbindung einer allgemein üblichen nationalen Kennzeichnung mit den vom Gegenstand des Unternehmens abgeleiteten allgemein üblichen Sachbezeichnungen, enthalte keinerlei wesentliche Unterscheidungsmerkmale. Wenn aber zu einem solchen Firmenbestandteil ein eigenartiger weiterer Bestandteil hinzutrete, so erlange dieser nach allgemeiner Regel eine ganz besondere Bedeutung. Nun sei, wie die Vekl. nachgewiesen habe, schon vor dem Kriege hinsichtlich der Rechtsvorgängerin der Kl. (gemeint ist damit die Deutsche Kap-Asbest-Werke GmbH.) im geschäftlichen Verkehr regelmäßig unter Weglassung des Wortes „Deutsche“ von den „Kap-Asbest-Werken“ gesprochen worden. Hierin sei seit Gründung der jetzt klagenden Firma (i. J. 1923) keine Änderung eingetreten. Die Kl. habe auch zugegeben, daß sie die Bezeichnung „Kap-Asbest“ als Telegrammadresse benutze und auf ihren Geschäftspapieren anführe. „Kap-Asbest“ stelle demnach das Schlagwort der klagenden Firma dar. Ein Brauch, der das Wort „Asbestwerke“ für die Kl. monopolisiert hätte, könne sich nicht gebildet haben, weil es noch andere, gleichfalls dieses Wort enthaltende Firmen gegeben habe und gebe. Im übrigen könne eine Zusammensetzung von Sach- und Ortsbezeichnungen wegen ihrer geringen Unterscheidungskraft und wegen der Notwendigkeit ihrer Verwendung regelmäßig überhaupt nicht monopolisiert werden, soweit dadurch den Wettbewerbern eine notwendige Sachbezeichnung vorenthalten würde. Wer eine allgemein übliche Bezeichnung als Firma wähle, könne

herzige Auslegung, die seit dem Jasmahj-Urteil v. 22. Nov. 1912 (II 280/12; MuW. XII, 291) das RG. in zahlreichen Entsch. dem § 16 UrtW. hat zuteil werden lassen, bietet eine nahezu sichere Grundlage für eine Klage der älteren Firma gegen eine ähnlich klingende jüngere Wettbewerberin. Die neuen Komm. zum WettbewerbsG. von Becher und Baumbach und das soeben erschienene Werk von Callmann enthalten in ihren Anm. zum § 16 eine solche Fülle von Beispielen, daß ich mich darauf beschränken darf, auf dieses Schrifttum zu verweisen. Der 2. ZivSen. hat die einmal eingeschlagene Richtung ständig innegehalten. Als Regel gilt ihm, die ältere Firma sei nach Möglichkeit gegen verwechslungsfähige jüngere Firmen zu schützen. Dies kann häufig zu Härten führen, besonders bei Firmen, die einen Familiennamen enthalten. Gegner der reichsgerichtlichen Nrpr. haben die Übung des 2. Sen. gerabezu als „Enteignung des Familiennamens“ bezeichnet und häufig, aber vergeblich bekämpft (z. B. Breit: JW. 1927, 1423; 1928, 323, 783; Kirchberger: JW. 1925, 2106; MuW. 1927/28, 118; dagegen Rod: MuW. 1927/28, 42 und 299 ff.; vgl. auch die Zusammenfassung von Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1929, S. 330 ff.). Bei reinen Sachfirmen kann dieser Einwand nicht erhoben werden; aber hier

dadurch nicht die Alleinberechtigung an dieser Bezeichnung erlangen, solange diese nicht infolge tatsächlichen Gebrauchs mit der an sich mangelnden Unterscheidungskraft ausgestattet sei. Letzteres sei aber, was die Firma der Kl. angehe, nicht der Fall; es sei im Gegenteil festgestellt, daß eine besondere Bezeichnung als Abkürzung ihrer Firma schlagwortartige Bedeutung erlangt habe. Von diesem Schlagwort mache die Bekl. keinen Gebrauch. Denn „Kap-Asbest“ und „Asbest“ unterscheiden sich so deutlich, daß eine Verwechslung im geschäftlichen Verkehr nur bei ungenügender Sorgfalt vorkommen könne. Da sich beide Parteien mit ihren Angeboten nur an ganz große Firmen und an Zwischenhändler (allerdings etwa 1000 an der Zahl), nicht aber an das große Publikum wendeten, so komme bei diesen besonderen Verhältnissen die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr nicht in Betracht. Hieran könne durch die von der Kl. für das Gegenteil angeführten Beispiele nichts geändert werden. Denn diese Beispiele ließen deutlich erkennen, daß etwaige Verwechslungen auf einer ganz ungewöhnlichen und daher i. S. des § 16 UrtW. unbeachtlichen Oberflächlichkeiten beruhten.

Der Angriff der Rev., die den § 16 UrtW. als verletzt bezeichnet, ist nicht begründet.

Es kann dahinstehen, ob der Verkl., wenn es für die Entscheidung auf die Möglichkeit der Verwechslung der beiderseitigen Firmen ankäme, auf dem von ihm eingeschlagenen Wege der Gegenüberstellung einerseits des Firmenbestandes „Kap-Asbest“, in dem er das Schlagwort der klagenden Firma erblickt und andererseits des in der Firma der Bekl. vorkommenden Wortes „Asbest“, die Verwechslungsgefahr einwandfrei verneint hat. Denn die Klage ist auch dann abzuweisen, wenn an sich die Gefahr besteht, daß die beiden Firmen „Deutsche Kap-Asbest-Werke AktG.“ und „Deutsche Asbestwerke AktG.“ im Verkehr verwechselt werden. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen, die im wesentlichen auch schon in den Entscheidungsgründen des BG. niedergelegt sind.

Der einzige Bestandteil der Firma der Kl., der Unterscheidungskraft besitzt, ist das Wort „Kap“ (das auf die Gegend hindeutet, wo die Asbestfaser für das Erzeugnis der Kl. gewonnen wird). Die übrigen Bestandteile, einmal „Asbest“ als Gattungsbezeichnung und sodann das Wort „Deutsche“ als Hinweis auf das Land, in dem die Kl. ihren Sitz hat, vielleicht auch in der Hauptsache ihren Absatz sucht und findet, entbehren jeder charakteristischen Eigentümlichkeit;

sie sind durchaus farblos und ohne Unterscheidungskraft. Ihre Verwendung zur Firmenbildung kann daher die Kl. der Bekl. nicht verbieten, auch dann nicht, wenn ihre, diese Bestandteile enthaltende Firma älter ist als die Firma der Bekl. und wenn wegen des Vorkommens dieser Bezeichnungen in beiden Firmen Verwechslungsgefahr bestünde. Eine Ausnahme hiervon müßte allerdings dann gemacht und es müßte der Kl. der Schutz des § 16 UrtW. zugestanden werden, wenn die Firma der Kl. durch die besondere Art der Zusammenstellung der genannten Bestandteile oder durch unzweifelhafte Anerkennung im Verkehr Unterscheidungskraft erlangt hätte, wenn z. B., wie in der durch Urteil des erf. Sen. v. 16. April 1929 erledigten Sache II 631/28, die maßgebenden Kreise auf Grund jahrzehntelanger Gewöhnung an die an sich nicht unterscheidungskräftigen Bezeichnungen in diesen einen Hinweis auf den Geschäftsbetrieb der Kl. erblicken würden. Nichts von alledem ist aber hier der Fall; das einzig unterscheidungskräftige in der Firma der Kl. ist das zwischen die Bezeichnungen „Deutsche“ und „Asbest-Werke“ eingeschobene Wort „Kap“. Es handelt sich hier nicht, wie die Rev. meint, um einen Versuch der Bekl., die Worte „Deutsche“ und „Asbestwerke“ für sich zu „monopolisieren“. Im Gegenteil: Die Kl. will diese lediglich beschreibenden, allgemein sprachüblichen Ausdrücke, nachdem sie ihnen das Wort „Kap“ beigefügt hat, für sich allein in Anspruch nehmen, wenn sie verlangt, daß die Bekl. die Führung einer aus den beiden erstgenannten Ausdrücken gebildeten Firma unterlasse. Der Senat vermag demnach die Richtigkeit der i. S. der Ausführungen der Rev. lautenden, die hier angefochtene kammergerichtliche Entscheidung kritisierenden Darlegung von Rosenthal, UrtW. 7. Aufl. Note 86 zu § 16 (S. 398) nicht anzuerkennen. Der Umstand, daß die jetzige Bekl., wenn sie als — zeitlich vorberechtigte — Kl. aufträte, vermutlich abgewiesen würde, beweist nichts für die Berechtigung des Anspruchs der jetzigen Kl. Es ist nicht einzusehen, wie aus der Notwendigkeit der Abweisung einer Klage, welche die jetzige Bekl. als zeitlich vorberechtigte Kl. erheben würde, der Schluß soll gezogen werden können: „um so weniger“ habe die Bekl. einen Anspruch darauf besessen, „der früher gegründeten Firma, Deutsche Kap-Asbest-Werke AktG.“ die anklingende, den Verkehr schwer belastende Bezeichnung „Deutsche Asbest-Werke AktG.“ entgegenzusetzen, wobei sie sich breit vor die früher gegründete Firma hinstelle“ (so Rosenthal, UrtW. 7. Aufl. § 16 Note 86 S. 398). In Wirklichkeit liegt die

kommt es häufig vor, daß die ältere Firma ein an sich ganz farbloses Gebilde darstellt, zusammengesetzt aus Worten, die dem Sprachschatz des täglichen Lebens angehören. Man denke an Firmen, wie „Deutsche Bank“, „Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft“, „Deutsche Werft“, „Hamburg-Amerika-Linie“, „Bank für Handel und Industrie“ usw. Alle diese Firmen enthalten nur Bestandteile, die an sich keine oder nur ganz geringe Unterscheidungskraft besitzen. Theoretisch dürfte den Inhabern dieser Firmen kein Alleinrecht auf die Benutzung dieser Worte zustehen; ebenso wie theoretisch kein Frankfurter Verleger gehindert werden dürfte, eine neue in Frankfurt erscheinende Zeitung „Frankfurter Zeitung“ zu nennen. Aber gerade diese Beispiele zeigen, daß die farbloseste Wortverbindung im Verkehr eine nicht zu überbietende Unterscheidungskraft erlangen und zum eindeutigen Kennzeichen eines Unternehmens werden kann. Daß sie in solchem Falle den stärksten Schutz des § 16 genießen muß, erfordert die Sicherheit des Verkehrs und das schutzwürdige Interesse des Unternehmens. Nach diesem Grundsatz hat das RG. bei verwechslungsfähigen Sachfirmen stets geurteilt; nur ein einziges Mal ist es hiervon abgewichen, nämlich in dem Fall Kommerz- und Privatbank (Urt. v. 7. Jan. 1922, II 344/21; MuW. 21, 190 ff.); aber es ist von jener Ertratur sehr schnell zu seiner früheren Richtung zurückgekehrt und hat diese seitdem nicht wieder verlassen. Auch die in dem vorliegenden Urteil erwähnte Entscheidung v. 16. April 1929, II 631/29; MuW. 29, 344, bewegt sich in dem bisherigen Geleise. Dort hatte die seit 1806 bestehende „Braunschweigische Lebensversicherungsanstalt AktG.“ gegen die im Jahre 1924 auf Grund gesetzlicher Verordnung gegründete „Braunschweigische öffentliche Lebensversicherungsanstalt“ Klage auf Änderung der Firma erhoben. Das RG. hat im Gegensatz zu beiden Vordergerichten die Bekl. verurteilt, und sagt in seinen Gründen:

„Zwar ist es zutreffend, daß der Senat wiederholt einer Monopolisierung reiner Gattungsbezeichnungen entgegengetreten ist, und es ist auch zutreffend, daß es sich bei der Firma der Kl. um eine reine Gattungsbezeichnung mit einem den Nieder-

lassungsort und das Hauptbetätigungsgebiet betreffenden Beiwort handelt, dem an und für sich jede charakteristische Eigentümlichkeit fehlt. Es ist aber wiederholt betont worden, und durch das Bedürfnis des geschäftlichen Verkehrs ohne weiteres gerechtfertigt, daß diese Regel nicht ausnahmslos gelten kann. Bei derartigen Firmen muß dann eine Ausnahme anerkannt und der Schutz des § 16 UrtW. zugestanden werden, wenn die Firma durch die Art der Zusammenstellung der Worte oder durch eine besondere Anerkennung im Verkehr Unterscheidungskraft erlangt hat (vgl. RG. II v. 8. Mai 1928; MuW. 27/28, 497). Der erstgenannte Ausnahmefall liegt hier nicht vor; die Art der Zusammenstellung der Worte weist keinerlei charakteristische Besonderheit auf. Dagegen kann die Anerkennung im Verkehr nicht geleugnet werden, wenn man den unstrittigen Sachverhalt zugrunde legt. Die Kl. besteht seit über 120 Jahren und hat bis zum Jahre 1920, also schon über 100 Jahre lang, sich „Braunschweigische Lebensversicherungsanstalt“ genannt. Die Kl. gehört auch keineswegs, wie ebenfalls unstrittig ist, zu den kleineren Gesellschaften des Lebensversicherungsgeschäftes. Unter diesen Umständen bedarf es trotz des beiderseitigen Beweisanspruchs dafür, daß man in maßgeblichen Kreisen der Versicherer unter „Braunschweigische Lebensversicherung“ in der Regel nur die Kl. versteht, keines Beweises.“

Im Gegensatz zu diesem Falle haben aber in der vorliegenden Sache beide Vorderrichter unter Billigung des RG. festgestellt, daß die Kl. neben den wenig unterscheidungskräftigen Worten „Deutsche . . . Asbest-Werke“ in ihrer Firma ein unterscheidungskräftiges Wort, nämlich das Wort „Kap“ führe und deshalb ein Monopol auf die übrigen farblosen Bestandteile ihrer Firma nicht in Anspruch nehmen könne. Mit überzeugenden Gründen wendet sich das RG. gegen die Kritik, die der Prozeßbevollmächtigte der Kl. an dem kammergerichtlichen Urteil in einer während schwebenden Prozesses erschienenen Neuauflage des von ihm herausgegebenen Kommentars zu dem für gut befunden hat.

Al. Prof. Dr. Martin Waffermann, Hamburg.

Sache so: Die Bekl. macht, indem sie ihre Firma wie gesehen bildete und nunmehr führt, lediglich von einem ihr zustehenden Rechte Gebrauch. Wenn insolge dessen Verwechslungen mit der Firma der Kl. vorkommen, so mag das für diese unangenehm sein. Die Kl. kann aber deshalb keinen Unterlassungsanspruch gegen die Bekl. erheben, sondern sich nur dadurch helfen, daß sie den auch in ihrer Firma enthaltenen farblosen Bezeichnungen „Deutsche“ und „Wbestwerke“ ein wirksameres Unterscheidungsmerkmal beifügt, als es das Wort „Kap“ ist. Wenn sie nicht von vornherein dergleichen getan hat, um jegliche Verwechslungsmöglichkeit gegenüber einer als „Deutsche Wbestwerke“ auf den Plan tretenden Firma auszuschließen, so hat sie sich das selbst zuzuschreiben.

(U. v. 10. Mai 1929; 490/28 II. — Berlin.) [Ru.]

**16.** Ist der Inhaber eines Warenzeichens, welches Motivschutz genießt, mit der Eintragung eines bildmäßig gleichen Zeichens für einen anderen einverstanden, so erwirbt dieser dadurch keinen Motivschutz. †)

Für die Kl. sind auf die Anmeldungen v. 15. Okt. 1918 und 23. Dez. 1920 für Tabakfabrikate übereinstimmende Warenzeichen eingetragen worden, die eine leicht gespreizte rechte Hand darstellen. Ferner ist für die Kl. zu 1 eine Reihe weiterer Warenzeichen für dieselben Waren in der Zeit von November 1920 bis Januar 1921 eingetragen.

Für die Bekl. ist auf Anmeldung v. 17. Juli 1925 für Tabakfabrikate das Warenzeichen Nr. 342 134 eingetragen worden, das in einem dunklen Kreise eine linke Hand darstellt, die zwischen Zeige- und Mittelfinger eine Zigarre hält. In der Eintragung und Benutzung dieses Zeichens erblicken die Kl. eine Verletzung ihrer Zeichen, insbes. der übereinstimmenden Bildzeichen, und haben Klage auf Löschung des Zeichens Nr. 342 134 und Unterlassung seiner Benutzung erhoben. Zur Begründung haben sie darauf hingewiesen, daß das Bildzeichen einer schwarzen Hand (Nr. 8204) seit Jahrzehnten die allgemein bekannte Warenbezeichnung für die Erzeugnisse der Elsässischen Tabakmanufaktur in Straßburg i. E. ist. Nach dem Kriege hätten die an dieser Firma beteiligten reichsdeutschen Firmen die Kl. zu 1 gegründet und für diese und die übrigen Kl. im Einverständnis mit der Elsässischen Tabakmanufaktur das Bild einer schwarzen Hand und die übrigen genannten Zeichen neu eintragen lassen. Das sei den Bekl. wohl bekannt. Trotzdem versuchten sie durch das von ihnen angemeldete Zeichen den Anschein zu erwecken, als ob auch die Bekl. zu 1 in Beziehungen zu der Elsässischen Tabakmanufaktur stände. Die Bekl. seien daher nicht nur nach rein warenzeichenrechtlichen, sondern auch nach Wettbewerbsgrundsätzen zur Löschung und Unterlassung des Gebrauchs ihres Zeichens verpflichtet. Den Kl. stehe auch Motivschutz für das Handzeichen zur Seite, da das Zeichen der Hand als das alte Herkunftzeichen der Elsässischen Tabakmanufaktur bekannt sei

Zu 16. Der Streit um die Bedeutung des Motivschutzes, insbes. in seiner Anwendung auf starke oder schwache Zeichen, ist alt. Es sei verwiesen auf die Kontroversen zwischen Kay und Rosenthal einerseits und Ulfeld andererseits, die in den Anm. zu den Entsch. des RG.: W. 1924, 689 u. 700, und in den Aufsätzen MuW. 1923, 69 u. 174 zur Sprache gekommen sind. Über den Stand der Frage gibt auch der Komm. von Hagens in Anm. 17 bis 22 zu § 20 WbG. besonders ausführlich Bescheid. Das vorliegende Urteil des RG. scheint sich dem Standpunkt von Rosenthal zuzuwenden, weil es entscheidenden Wert auf die Verkehrsgeltung des Zeichens legt, für welches der Motivschutz beansprucht wird. Die Verkehrsgeltung hat aber immer nur Bezug auf das Verhältnis eines Zeichens zu einem bestimmten Betriebe. Rein zeichenrechtlich kann nur der Inhalt eines Zeichens, an und für sich betrachtet, dafür entscheidend sein, ob dieses Zeichen ein bestimmtes Motiv verkörpert, und ob ein anderes Zeichen zu Verwechslungen mit dem in ersterem ausgedrückten Motiv Anlaß gibt. Wenn man diesen letzten Standpunkt entscheiden lassen wollte, dann wären die Entsch. der Vorinstanzen richtig gewesen. Das RG. hat aber jetzt sich dahin ausgesprochen, daß der Motivschutz erst von der Verkehrsauffassung anerkannt sein müsse, und daß dies nur in bezug auf einen bestimmten Betrieb, für den das Zeichen bekannt geworden sei, geschehen könne. Mit dieser Auffassung wird eine Annäherung an den Begriff des Ausstattungsschutzes erreicht, der ja nach

und Nachfolgerin dieser Firma die Kl. für den reichsdeutschen Vertrieb von Tabakfabrikaten geworden sei.

Die Vorinstanzen haben verurteilt, das RG. aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Das BG. hat in Übereinstimmung mit dem RG. die Gefahr einer Verwechslung des Zeichens der Bekl. Nr. 342 134 mit den Zeichen der Kl. bejaht. Es hat die von den Bekl. behauptete Abschwächung der Unterscheidungskraft der klägerischen Bildzeichen durch andere eine Hand enthaltende Zeichen dritter Wettbewerber der Parteien verneint, weil diese Zeichen die besondere Unterscheidungskraft des altbekanntem Zeichens Nr. 8204 der Elsässischen Tabakmanufaktur in Straßburg, das mit den Bildzeichen der Kl. übereinstimmt, nicht zu beeinträchtigen vermocht hätten, und deshalb eine solche die Unterscheidungskraft schwächende Wirkung gegenüber den Klagezeichen auch nicht angenommen werden könne; weil ferner der Motivschutz des Zeichens der Elsässischen Tabakmanufaktur den Kl. zugute kommen müsse, und weil schließlich demgegenüber das Zeichen der Bekl. genügende Unterscheidungsmerkmale nicht zeige, so daß deshalb die Verwechslungsgefahr zu bejahen sei.

Die Rev. beanstandet diese Ausführungen mit Recht zunächst insoweit, als das BG. aus der besonderen Bedeutung des alten Zeichens Nr. 8204 rechtliche Folgen zugunsten der Kl. hergeleitet hat. Es ist allerdings nicht zu beanstanden, wenn das BG. feststellt, daß dem alten Zeichen der Elsässischen Tabakmanufaktur Nr. 8204 eine besonders starke Unterscheidungskraft und vermöge seiner Eigenart ein sog. Motivschutz zukomme. Das tut auch die Rev. nicht; sie hält aber die Ansicht für rechtsirrig, daß man diesen Motivschutz den Kl. für ihre Bildzeichen zugute kommen lassen könne. Das wird nicht etwa damit begründet, daß die Zeichen der Kl. von dem Zeichen Nr. 8204 bildmäßig abweichen sollen, wie in den Vorinstanzen geltend gemacht und vom BG. mit Recht abgelehnt ist. Aber es wird die Ansicht bekämpft, daß es möglich sei, sich für ein selbständiges Zeichen eines selbständigen Geschäftsbetriebes auf die besondere Unterscheidungskraft des älteren Zeichens eines anderen Unternehmens zu berufen.

Der Rev. ist zugegeben, daß der sog. Motivschutz eine besondere Eigenschaft eines bestimmten Zeichens ist, das von diesem nicht getrennt werden kann. Wenn der in dem Bildzeichen der Elsässischen Tabakmanufaktur zum Ausdruck gelangte Gedanke, die Kennzeichnung ihrer Tabakfabrikate durch eine schwarze Hand, wegen seiner Eigenart und der damit offenbar verbundenen besonderen Wirkung auf das Publikum einen besonders starken Schutz genießt, so daß jedes das Motiv rein zur Darstellung bringende fremde Zeichen als mit jenem verwechslungsfähig anzusehen ist, so gilt das doch nur zugunsten der eingetragenen Zeicheninhaberin oder ihrer Rechtsnachfolger. Ein solches Rechtsnachfolgerverhältnis liegt auf Seiten der Kl. unzweifelhaft nicht vor; denn die Bekl. haben nach dem Tatbestand des angefochtenen Urts. selbst vorgetragen, daß die Straßburger Firma noch Inhaberin ihres alten Zeichens und ihres Geschäftsbetriebes ist. Aus den Feststellungen

§ 15 WbG. sich nur als Kennzeichen eines bestimmten Betriebes entwickeln kann. Wenn die hier vertretene Auffassung des RG. als richtig anerkannt wird, dann muß auch im übrigen dem Urteil beigegeben werden, daß die bloße Gestaltung der Neueintragung eines alten Zeichens den Neuerwerbenden nicht die Rechte des von dem früheren Inhaber erworbenen Motivschutzes geben kann. Das RG. hat die strengen Grundsätze, die es wiederholt für den Übergang eines Zeichens bei Geschäftsübertragung ausgesprochen hat, auch auf den vorliegenden Fall angewandt.

Es könnte unbillig erscheinen, daß in tatsächlicher Beziehung das RG. den Kl. nicht durch Zurückverweisung Gelegenheit gegeben hat, das sog. „Treuverhältnis“ zwischen ihnen und dem alten Besitzer des Zeichens näher aufzuklären. Denn für die Kl. lag doch vorher eine Veranlassung zu weiterer Aufklärung nicht vor, weil die Vorinstanzen die Behauptungen der Kl. für genügend belegt gehalten haben. Das RG. hat aber wohl mehr gefühlsmäßig erkannt, daß ein wirkliches Treuhandverhältnis unmöglich vorliegen kann, sondern daß wirtschaftlich nur einfach eine Lizenz an einem Zeichen vorliegt, die aber dem Lizenznehmer niemals die Rechte des Lizenzgebers gewähren kann. Diese zeichenrechtlichen Lizenzen ermöglichen ja eine Täuschung des Publikums, da die Gewähr für Herkunft der Ware aus dem durch das Zeichen bekannt gewordenen Betriebe nicht mehr vorhanden ist.

RA. Dr. Paul Marcus, Hamburg.

des BG. ergibt sich ferner, daß die Kl. die mit jenem alten Zeichen übereinstimmenden Zeichen für ihre eigenen, von dem Straßburger Betrieb völlig unabhängigen Unternehmungen, allerdings im Einverständnis mit der Elsässischen Tabakmanufaktur, haben eintragen lassen, weil diese Firma infolge der Abtrennung des Elsaß vom Deutschen Reich, nicht mehr in der Lage gewesen sei, ihre Waren in das Reichsgebiet zu liefern. Die Kl. haben also das alte Zeichen Nr. 8204 nicht erworben. Sie berufen sich allerdings auf ein Treuhandverhältnis zur Elsässischen Tabakmanufaktur, aber ohne nähere Erläuterung, was sie darunter verstehen. Auch das BG. spricht von einem Treuhandverhältnis ohne jede Feststellung seines rechtlichen Inhalts und gründet hierauf in erster Linie die Befugnis der Kl., die Rechte jener Firma geltend zu machen. Das ist rechtsirrig. Weiter will das BG. — und das ist sein Hauptgrund — den Kl. den Motivschutz auf Grund der Verkehrsgeltung deshalb zubilligen, weil die Kl. ihre Zeichen im Einverständnis mit der Elsässischen Tabakmanufaktur erworben haben und weil die Verkehrsauffassung hinsichtlich des Motivschutzes für die Zeichen der Elsässischen Tabakmanufaktur und die der Kl. wegen Gleichheit des Zeichenbildes dieselbe sein müsse.

Das BG. will also den mittelbaren Erwerb eines eigenen Motivschutzes bei bildmäßiger Gleichheit der Zeichen anerkennen, weil der Inhaber des alten starken Zeichens mit der Eintragung der neuen Zeichen einverstanden war und deshalb im Verkehr die neuen Zeichen den gleichen Schutzzumfang genießen sollen, der dem alten Zeichen zukommt. In solcher Allgemeinheit ist dieser Satz offenbar unrichtig. Allein aus der Eintragung und Benutzung eines neuen Zeichens, das mit einem altbekannten Zeichen bildmäßig identisch ist, kann der Verkehr mit Sicherheit nichts entnehmen, was auf eine von der alten Firma gewollte Fortsetzung ihrer durch das Zeichen kenntlich gemachten geschäftlichen Tätigkeit schließen ließe, da äußerlich nicht ersichtlich ist, weshalb der Inhaber des älteren Zeichens das jüngere Zeichen duldet. Zum mindesten müßte etwas hinzukommen, wodurch den beteiligten Abnehmerkreisen die Überzeugung beigebracht würde, daß der Inhaber des älteren Zeichens das neue Zeichen nicht nur dulde, daß die Eintragung und Benutzung vielmehr auf seinem ausdrücklichen Willen beruhe und daß man unter dem neu eingetragenen Zeichen nunmehr Waren der gleichen Qualität wie bisher unter dem alten Zeichen erhalte. Dann könnte vielleicht, was aber hier ganz dahingestellt bleiben kann, das neue Zeichen die gleiche besondere Unterscheidungskraft erlangen, die bisher das alte Zeichen allein besaß. Dazu würden aber ganz besondere Bemühungen durch Einwirkung auf das Publikum erforderlich sein, die ohne positive Mitwirkung des Inhabers des älteren Zeichens kaum von Erfolg sein dürften, zumal in einem Falle wie dem vorliegenden, wo es sich um eines der bekanntesten Zeichen handelt und das Publikum mit dem Anblick des Zeichens zunächst die Vorstellung verbindet, daß es Waren aus dem ihm allgemein bekannten Geschäftsbetrieb, nämlich der Elsässischen Tabakmanufaktur, vor sich habe. Das BG. übersieht, daß ohne diese unter dem Schutz und der Mitwirkung des älteren Zeicheninhabers betriebene Aufklärungsarbeit sich eine den Motivschutz anerkennende Verkehrsauffassung nicht bilden kann. Es ist deshalb rechtsirrig, wenn das BG. annimmt, daß die Kl. ohne Rücksicht auf ein etwa zwischen ihnen und der Straßburger Firma bestehendes Rechtsverhältnis den der letzteren zustehenden Motivschutz für ihre Zeichen in Anspruch nehmen könnten. Indessen bedarf es einer Zurückverweisung nicht, weil die Kl. über das sog. Treuhandverhältnis und über ihre sonstigen Beziehungen zu der Elsässischen Tabakmanufaktur keinerlei Tatsachen vorgetragen haben, insbes. nicht solche, aus denen sich irgend etwas über die vorstehend gekennzeichnete Aufklärungsstätigkeit der Beteiligten gegenüber den maßgeblichen Abnehmerkreisen ergäbe. Es ist deshalb kein Tatbestand behauptet, der den Erwerb eines Motivschutzes seitens der Kl. für ihre Zeichen erlangen könnte.

Die Kl. können sich deshalb auf einen besonderen starken Schutz ihrer Zeichen nicht berufen; das Gegenteil ist vielmehr der Fall. Die Rev. rügt mit Recht, daß das BG. ohne ausreichende Begründung die behauptete Abschwächung der Unterscheidungskraft der Zeichen der Kl. verneint hat. Diese irrige Auffassung beruht im wesentlichen auf der — wie vorstehend dargelegt — rechtlich nicht haltbaren Ansicht, daß man die

Bildzeichen der Kl. mit dem alten Zeichen Nr. 8204 gewissermaßen identifizieren müsse. Zutreffend betont demgegenüber die Rev., daß die Erinnerung an dieses altbekannte Zeichen und seine besonders starke Unterscheidungskraft in erster Linie geeignet sind, die Unterscheidungskraft der identischen Bildzeichen der Kl. abzuschwächen.

(U. v. 30. April 1929; 536/28 II. — Berlin.) [Ru.]

**\*\*17.** § 4 PatG. Auch durch Anfertigung von Werkstattzeichnungen kann u. U. (Zusammenfügung der im Ausland hergestellten Teile, Übernahme der dort hergestellten Anlage) eine Benutzung einer Erfindung erfolgen. — Zum Begriff der Ausspähung eines Betriebes. †)

Die Bekl. J. übernahm i. J. 1923 für eine Fabrik in England die Lieferung eines Sulfatofens. Die Konstruktionszeichnung dafür ließ sie in ihrem Berliner Büro machen. Die Herstellung der Anlage selbst übertrug sie einem englischen Hause; nur die Inbetriebsetzung ließ sie durch ihre eigenen Angestellten überwachen.

Die Kl. behauptet, die verlagte Gesellschaft habe hierbei das Patent 321 523 wissenschaftlich benutzt; man müsse annehmen, daß sie es auch bei anderen Lieferungen getan habe. Die Klage geht deshalb wegen Patentverletzung auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht; sodann auf Zahlung von 25 000 RM, weil mindestens in dieser Höhe der durch Entziehung des englischen Auftrags erwachsene Schaden veranschlagt werden müsse. Ferner behauptet die Kl.: Die Bekl. habe, weil ihr die Erfahrung im Bau von Sulfatöfen gefehlt, das Geschäft der Kl. in unzulässiger Weise ausgespäht, um sich auf diesem Wege Erfahrungen nutzbar zu machen. Zu solchen Zwecken habe sie längere Zeit mit dem Dipl.-Ing. K. und mit dem Werkmeister W., der bis zum 30. Sept. 1923 im Dienste der Kl. gestanden, Verbindung unterhalten; von beiden seien ihr Betriebsgeheimnisse der Kl. verraten worden, die sie dann für sich verwendet habe. Auch in dieser Hinsicht wird Feststellung der Schadensersatzpflicht verlangt.

Nachdem das BG. auf das Rechtsmittel der Bekl. hin die Klage, soweit sie sich auf Verwertung von Mitteilungen des Dipl.-Ing. K. bezieht, abgewiesen, auch das Wort „Turmfondationen“ aus der Formel weggelassen hat, ist die Fassung des zuungunsten der Bekl. aufrecht erhaltenen Spruches folgende geworden:

I. Die Bekl. werden verurteilt, es bei Weidung einer ... Strafe ... zu unterlassen, Rührwerke für Rundherde mit auswechselbaren Rührzähnen herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen, bei denen

- a) die Zähne derart lose angebracht werden, daß sie durch den Arbeitsdruck zum Anliegen kommen und durch geeignete Zwischenstücke in dieser Lage festgehalten werden,
- b) die die wagerechte Verschiebung der Zähne in an sich bekannter Weise verhindernden Zwischenstücke ebenfalls einzeln abhebbar angeordnet sind,
- c) die Zähne und Zwischenstücke durch seitliche, zweckmäßig abgeschrägte Vorsprünge zusammengehalten werden.

Zu 17. Die Entscheidung behandelt zwei Tatbestände, die trotz engsten sachlichen Zusammenhanges einer rechtlichen Beurteilung aus verschiedenen Gesetzen unterliegen.

Der patentrechtliche Teil, der auch in die amtliche Entscheidungssammlung (RG. 124, 368) aufgenommen ist, erscheint als der bedeutendere. Denn hier wird zum ersten Male in der Rechtsprechung des RG. die Anfertigung einer Werkstattzeichnung (Konstruktionszeichnung, Bauzeichnung) für eine Maschine als objektives Tatbestandsmerkmal der Patentverletzung gewertet. Die Einschränkung auf den besonderen Fall wäre m. E. nicht geboten gewesen, denn die Werkstattzeichnung ist immer „ein Anfang und somit ein Teil der Herstellung selbst“, um die Ausdrucksweise des RG. Ur. anzuwenden. „Schon in früheren Fällen, z. B. 333. 1908, 248, hat das RG. die Anfertigung von Werkstattzeichnungen als Anfang der Ausführung der Benutzung anerkannt“ (vgl. RG. v. 27. Sept. 1911: Bl. 1911, 313/314), und zwar zugunsten des Vorbenutzers. Für den Maschinenbauer ist die Werkstattzeichnung (die in der Regel nicht nur die genauen Maße, sondern auch die Toleranzen erkennen läßt) die wesentliche technische Grundlage für die Herstellung der Maschine. Die Montage ist im Verhältnis zur zeichnungsmäßig durchgeführten Kon-

II. Es wird festgestellt, daß die Bessl. als Gesamtschuldner der Kl. denjenigen Schaden zu ersetzen haben, den sie der Kl.

- a) durch die zu I . . . gekennzeichneten Handlungen,
- b) durch Verwertung der vom Betriebsmeister Josef W. erlangten Zeichnungen

in nicht rechtsverjährter Zeit zugefügt haben.

Diese Urteilsformel setzt voraus, daß die Bessl. sich der Patentverletzung und der Werk-Ausspähung schuldig gemacht haben. Denn nur wenn das zutrifft, kann ihnen geboten werden, weitere Patentbenutzung zu unterlassen sowie Schadenersatz für geschehene Eingriffe in das Patent und für die Folgen der Werk-Ausspähung zu leisten.

1. Was zunächst die Patentverletzung angeht,

a) so ergibt die Urteilsformel, daß die in ihr enthaltene Unterfügung (Ia) b) c)) wörtlich so gefaßt ist wie die drei Ansprüche des DM. 321 523 lauten. Ein solches Verbot ist nur gerechtfertigt, wenn die Bessl. (gemeint ist: im Betriebe der GmbH. J. & Co) von dem Erfindungsgegenstande gemäß den Patentansprüchen Gebrauch gemacht, ihn hergestellt, in Verkehr gebracht, feil gehalten, oder ihn auf irgendeine Weise in Benutzung genommen haben (§ 4 PatG.).

Die Anlage, um die es sich handelt, ist im Ausland, also außerhalb des Gebietes, für welches das Patent 321 523 gilt, hergestellt worden. Doch haben die Bessl. Konstruktionszeichnungen geliefert, Anweisungen erteilt, den Bau überwacht, die fertige Anlage auf ordnungsmäßige Ausführung nachgeprüft.

aa) Das BG. stellt auf Grund der im ersten und zweiten Rechtszug erhobenen Beweise fest: Schon bevor sie ihr Angebot abgab, nach England eine Anlage zu liefern, ließ die Bessl. Werkstattzeichnungen anfertigen. Der Ingenieur K., den sie damit beauftragte, vollendete sie im Herbst 1923. Vorher war die Bessl. mit dem Meister W., der bei der Kl. angestellt war, in Verbindung getreten. Ihn hatte sie nach der Einrichtung der Rührzähne (Stragen) ausgefragt. W. hatte damals ein Modell dieser Zähne und eine Blaupause vorgelegt, die dem Patent 321 523 entsprachen. Er nahm dann die Blaupause zurück und reichte eine Seidenpapierpause ein. Unter Berücksichtigung der von W. übermittelten Kenntnisse wurden die halbfertigen Konstruktionszeichnungen nachgeprüft und in der Art vollendet, die aus überreichten Zeichnungen ersichtlich ist. Aus verglichenen Zeugnisaussagen folgert das BG.: Der Bessl. sei es auf losen Sitz und leichte Auswechselbarkeit der Rührzähne (während des Betriebes) angekommen. Ihre Zeichnungen hätten dem entsprechen sollen und tatsächlich auch entsprochen, also eine dem Erfindungsgedanken des Patents 321 523 nachgestaltete

Einrichtung wiedergegeben. Zwar habe die leichte Weite des Kopfes jedes Rührzahns genau der Stärke des Rührarms entsprochen, so daß ursprünglich der Sitz nicht lose gewesen sein möge; doch lasse sich annehmen, er wäre es (in Anbetracht der Verschiedenheit des Werkstoffes) bei Erwägung noch geworden; auch der auf die Dichte des Rührarms bezügliche Zusatz „knapp“ spreche dafür. Also gewinnt das BG. aus technischen Erwägungen, die auf dem Gebiete tatsächlicher Würdigung liegen, die Überzeugung: Wenn die Anlage genau nach den von der Bessl. gelieferten Konstruktionszeichnungen gebaut worden wäre, so hätte sie den Erfindungsgedanken des DM. 321 523 verwirklicht.

Die englische Fabrik habe allerdings die Rührarme stärker ausgeführt als der Auftrag es vorschrieb. Diese Abweichung (wodurch die Rührzähne nicht lose sondern fest saßen) erklärt jedoch das Bl. für unerheblich. Ebenso findet es unwesentlich, daß die Zeichnung der Bessl. (anders als das Patent) eine Verspannung der Rührarme vorgesehen habe. Denn die leichte Auswechselbarkeit der Rührzähne sei dadurch nicht verhindert worden; diese seien ursprünglich offen — gleich dem Modell und der Patentzeichnung der Kl. — gestaltet gewesen, so daß man sie, ohne die Verspannung zu beseitigen, schon bei deren Forderung habe abheben können oder sollen. Auch Zwischenstücke seien bei der Vorrichtung der Bessl. vorgeesehen.

Patentgegenstand des DM. 321 523 und Bauzeichnung der Bessl. miteinander vergleichend findet hiernach das BG. — vorausgesetzt, daß genau nach der Zeichnung gebaut worden wäre — Übereinstimmung in folgenden Merkmalen:

1. die Zähne sind derart lose angebracht, daß sie durch den Arbeitsdruck zum Anliegen kommen und durch geeignete Zwischenstücke in dieser Lage festgehalten werden;

2. die Zwischenstücke, welche die wagerechte Verschiebung der Zähne (in an sich bekannter Weise) verhindern, sind ebenfalls einzeln abhebbar angeordnet.

Damit ist Benutzung der Ansprüche 1 und 2 des Patents dargetan.

bb) Daß die Bessl. auch in den Anspruch 3 des Patents 321 523 eingreife, stellt im Anschluß an die von ihr versandte Werbeschrift das Bl. gleichfalls fest. An der Zeichnung in dieser Schrift (S. 3) lasse sich deutlich die Anwendung abgescrägter Vorsprünge erkennen, welche dazu dienen, Zähne und Zwischenstücke zusammenzuhalten, ganz wie nach dem Patent.

Die Angriffe der Rev. gegen diese Feststellungen des Verkl. vertreten die Ansicht, daß allein mit der Anfertigung von Werkstattzeichnungen, welche den Erfindungsgegenstand genau wiedergeben, die Erfindung noch nicht in Benutzung

struktion eine handwerksmäßige Ausführungsarbeit, die zumeist von untergeordneten Kräften geleistet werden kann. Darum besitzen Werkstattzeichnungen auch einen erheblichen Eigenwert.

Der objektive Tatbestand der Patentverletzung sollte tunlichst frei von Feststellungen bleiben, die letzten Endes abhängig sind von Entwicklungsmöglichkeiten. Eine Handlung muß dann schon als (objektive) Verletzung gelten, wenn noch nicht feststeht, welche weiteren Handlungen eingetreten oder beabsichtigt, oder welche Wirkungen zu erwarten oder bezweckt sind. Entscheidend muß immer der Gedanke sein, daß das Patent dem Schutzhhaber eine wirtschaftliche Sonderstellung zusichern soll. Wird diese dadurch gefährdet, daß ein anderer Konstruktionszeichnungen herstellt, dann muß der Unterlassungsanspruch zugebilligt werden. Gleichgültig ist es, ob die Konstruktionszeichnungen gegenwärtig im schutzfreien Ausland oder erst nach Ablauf des deutschen Patents ins Inland ausgemerzt werden sollen. Gerade für die Herstellung von Werkstattzeichnungen muß man (abgesehen von den Kosten) erhebliche Zeit aufwenden. Es liegt kein Grund vor, diese Zeit von der Schutzdauer des Patentes zu kürzen und anderen im Wettlauf mit dem Patentinhaber einen Vorsprung zu sichern, auf den dieser allein Anspruch hat.

Die Anfertigung von Werkstattzeichnungen ist bisher als „Benutzen einer Erfindung“ verschieden und widerspruchsvoll beurteilt worden. RG. v. 7. Okt. 1899 (in Bl. 1900, 23) steht noch auf dem Standpunkt, daß „ohne Ausföhrung des erfundenen Gegenstandes eine Benutzung der Erfindung nicht stattfinden“ kann. Es falle „die zeichnerische und modellmäßige Darstellung einer gewerblichen Einrichtung in das Gebiet der Beschreibung“, . . . während „die nutzbare Anwendung der Erfindung“ ihren Anfang mit der „Übertragung in die Praxis“ nehme und zum mindesten „die erstmalige Herstellung des patentierten Gegenstandes“ voraussetze. Ähnlich Bl. I

des Patentamtes in der Entsch. v. 29. März 1900 (Bl. 1900, 231): „Auch die unmittelbar für die Praxis angefertigten General- und Werkstattzeichnungen stellen keine Benutzung der Erfindung dar, denn sie enthalten keine Herstellung des Gegenstandes, sondern bereiten diese nur vor.“ Dieser Auffassung hat sich das Schrifttum im wesentlichen angeschlossen (Damm 1925, 472; Kisch 1923, 169; Seligsohn 1920, 159; Piezcker 1929, 223; mit Recht entgegengesetzt Jschy 1926, 98: „Da darin [in der Anfertigung von Zeichnungen und Modellen] der Anfang der Herstellung liegt, so ist sie i. S. des § 4 PatG. zweifellos eine Benutzung der Erfindung. Gemäß den Ausführungen in Anm. 13 ist deshalb die Anfertigung, z. B. einer Werkstattzeichnung, als Benutzungshandlung anzusehen“).

In anderen Fällen, und zwar dann, wenn es sich um das Recht aus der Vorbenutzung (§ 5 PatG.) oder um das Recht zur Weiterbenutzung (§ 7 PatVerG.) handelt, hat man die Ausarbeitung einer Werkstattzeichnung als Benutzungshandlung anerkannt.

RG. v. 25. Jan. 1908 (in Bl. 1908, 190) erklärt die Herstellung einer Werkzeichnung „unbedenklich für eine zur Benutzung der Erfindung erforderliche Veranstaltung“, weil „damit auch ein Anfang der Ausföhrung“ hinzugekommen sei (vgl. hierzu auch die bereits erwähnte Entsch. des RG. v. 27. Sept. 1911: Bl. 1911, 314). RG. v. 18. Febr. 1925: GewRSch. 1925, 158 geht davon aus, „daß die Herstellung von Werkstattzeichnungen sehr wohl als Veranstaltung der Erfindung i. S. des § 7 PatVerG. angesehen werden kann“.

Grundsätzlich muß gefordert werden, daß an die Benutzungshandlungen i. S. der §§ 4, 35 und 36 PatG. genau die gleichen Anforderungen zu stellen sind wie an die Benutzungsformen des § 2 PatG. (offenkundige Vorbenutzung), des § 5 PatG. (Vorbenutzungsrecht) und des § 7 PatVerG. (Zwischenbenutzungsrecht). „Es fehlt an einem Grunde, weshalb unter Benutzung einer Erfindung etwas

genommen werde. Das wird zwar in der Regel zutreffen, sofern es bei bloßer Anfertigung der Zeichnungen bewendet. Wenn aber die Anlage dann im wesentlichen nach den Zeichnungen gebaut, der Zusammenbau der im Auslande hergestellten Teile auf Grund von Anweisungen aus dem Inlande erfolgt, von dazu entsandten Angestellten überwacht, die fertige Vorrichtung durch sie schließlich geprüft wird, ist andere Beurteilung geboten. In solcher Aufeinanderfolge der Ereignisse kommt der Anfertigung von Werkstattzeichnungen keine geringere Bedeutung für die Herstellung des ganzen als der Anfertigung einzelner wesentlicher Teile. Denn für Plan und Ergebnis, also für die Benutzung des aus ihnen ersichtlichen Erfindungsgedankens, sind sie sogar von größerem Gewicht, als es einzelnen Teilen zuzuschreiben ist, die unter Umständen innerhalb des ganzen Gefüges nur einer untergeordneten Verrichtung dienen. Sie bilden, wenn sich ihnen so wie hier die Herstellung der Anlage planmäßig angeschlossen, bereits einen Anfang und somit einen Teil dieser Herstellung selbst, und zwar einen Teil, der sich im Inlande vollzogen hat.

Muß also die grundsätzliche Auffassung der Rev. von der Beurteilung inländischer Zeichnungen und Pläne für eine im Auslande herzustellende und aufzustellende Anlage abgelehnt werden, so ist auch ihrem Ergebnis nicht beizustimmen. Denn ihre weiteren Ausführungen zur Frage der Patentverletzung liegen sämtlich auf dem Gebiete tatsächlicher Würdigung (§ 286 ZPO.), das der Nachprüfung durch das RevGer. entzogen ist. Sie arbeiten mit Einzelheiten der Beweisaufnahme, besonders von Zeugenaussagen, vergleichen sie miteinander, ziehen ein Ergebnis daraus und suchen aus diesem darzutun, die vom BG. getroffene Feststellung, wonach die Bekl. vom Gegenstande des DRP. 321 523 Gebrauch gemacht hat, leide an Widersprüchen oder weise Lücken auf. Dies alles gehört der dem Patriarchen vorbehaltenen Würdigung und nicht den nachzuprüfenden Rechtsfragen an.

2. Zur Ausspähung des Betriebs der Kl. mit Hilfe des Werkmeisters W. hat das BG. eingehend Beweis erhoben. Dieser hat ihm, wie das Urteil betont, den bereits vom BG. gewonnenen Gesamteindruck verstärkt.

Im UGUrte. wird hierzu ausgeführt: „Bei W. ist die Bekl. (GmbH.) gerade Wegs auf das Ziel losgegangen ihn zum Verrat der Betriebsgeheimnisse zu bestimmen. Es ist ihr bei ihm, der sich vom Übertritt in ihre Dienste geldliche Vorteile versprach, auch nicht schwer geworden, sofort ausgiebigen Aufschluß über die Konstruktion des Rührwerks zu erlangen. Seine Mitteilungen hat sie in den Konstruktions- und Montagezeichnungen treulich verwertet... Der Schaden, welcher der Kl. durch diese Anstiftung zum Geheimnisbruch entstanden ist, ist nicht mit W.s Übertritt in die Dienste der Bekl. beseitigt worden. Der Übertritt hat auch nicht die Rechtswidrigkeit in der Benutzung der Geheimnisse beseitigt. Selbst wenn W. seine Mitteilungen nach seinem Diensteantritt bei der Bekl. noch einmal wiederholt und sie jetzt erst mit der Verwertung dieser seiner Mitteilungen begonnen hätte, so wäre solche Verwertung rechtswidrig gewesen. Die Ereignisse, die sich vor dem Diensteantritt abspielten, besonders auch die Aufforderung an W., einige Tage über den 1. Okt. 1923 hinaus im Dienste der Kl. zu bleiben, um noch etwaige Neuerungen kennen zu lernen, und die Tatsache, daß W.s Dienstverhältnis bei der Bekl. nur ein Vierteljahr währte und er in dieser Zeit als Montagemeister überhaupt nicht in Tätigkeit zu treten, sondern nur seine Kenntnisse aus dem Betriebe der Kl. zu Papier zu bringen hatte, beweisen schlagend, daß er

nur zu dem Zweck angenommen worden ist, die Betriebsgeheimnisse der Kl. mitzuteilen.“

Das RG. fügt hinzu: W. ist offenbar auf seine Meldung hin vorwiegend deshalb zum 1. Okt. 1923 angenommen worden, weil er bisher bei der Kl. in Stellung und bereit war, seine dort gesammelten Kenntnisse betreffend Sulfatöfen — wirkliche und vermeintliche — restlos und ohne Rücksicht auf Geheimhaltungspflichten an die Bekl. bekannt zu geben. Und es folgert weiter aus der Beweisaufnahme: W. wurde angeblich in Dienst genommen, um die Anlage für Sulphide (in Manchester) in Betrieb zu setzen. Aber während seiner ganzen Anstellungszeit wurde er gar nicht nach England geschickt, sondern im Büro beschäftigt. Auch dort übte er keine eigentliche Tätigkeit im Betriebe der Bekl. aus; seine Beschäftigung bestand nur darin, daß er seine Betriebskenntnisse zeichnerisch niederlegte.

Das BU. fährt fort: „Die von der Kl. beanstandeten Mitteilungen hat W. sämtlich zu einer Zeit gemacht, als er noch im Dienste der Kl. stand“. Hierin liegt zugleich die Feststellung, daß die Mitteilungen erfolgt sind. Sie beziehen sich nach dem ganzen Zusammenhange des Urteils hauptsächlich auf die unter Nr. II der Formel erwähnten Urkunden.

Die Mitteilungen sind hiernach nicht sämtlich in diesen Urkunden schon enthalten, sondern größtenteils erst auf die Schriftstücke hin erfolgt. Soweit sie nicht schriftlich vorliegen, konnte, wenigstens bisher, keine ins einzelne gehende Feststellung ihres Inhalts getroffen werden. Das BU. stellt aber fest, daß die Mitteilungen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse der Kl. betrafen. Es bemerkt: „Zwar ist das Modell des Rührzahns aus der Patentschrift 321 523 zu ersehen und war im Sept. 1923 längst bekannt, jedenfalls kein Geheimnis. Alle anderen Mitteilungen W.s aber betrafen bauliche Maßnahmen der Kl., deren Kenntnis die Bekl. sich zum Teil schon durch Vermittlung R.s vergeblich zu verschaffen gesucht hatte.“

Das gilt (so fährt das Urteil fort) in erster Linie von den durch W. beschafften Konstruktionszeichnungen. Die Bekl. meint, daß sie daraus nichts habe entnehmen können. Das ist unrichtig. Denn schon die Kenntnis von Größenverhältnissen fremder Anlagen und von baulichen Maßnahmen des Wettbewerbs sind auch dann von großem Wert, wenn sie nicht verwendet werden. Entnommen wurde für die Konstruktionszeichnung der englischen Anlage aus W.s Zeichnung z. B. das wassergekühlte Rohr.

Der Auffassung der Rev., daß das BG. damit keinen genügenden Tatbestand eines Geheimnisverrats gewonnen habe, ist nicht beizustimmen. Für die gegenwärtige Feststellungsfrage reicht die Bezeichnung jedenfalls aus.

(U. v. 12. Juni 1929; I 233/28.)

## II. Verfahren.

### 4. Zivilprozeß- und Kostenrecht.

\*\* 18. Art. 1 Ges. v. 8. Febr. 1929; §§ 70, 74 ZPO.

1. Das RG. kann anordnen, daß es ohne mündliche Verhandlung entscheiden werde, ohne vorher über diesen Beschluß den Revisionskläger gehört zu haben. Die nachträgliche Äußerung hat sich auf die Sache selbst zu beziehen; Äußerungen der Partei selbst oder eines nicht

(Werkstattzeichnungen, Modelle, Gußformen für patentierte Gegenstände).

Der wettbewerbsrechtliche Tatbestand bietet nichts Besonderes. Auch eine in der Patentschrift behandelte Vorrichtung muß unter Umständen als Geschäfts- und Betriebsgeheimnis angesehen werden. In der Regel werden in der Patentschrift die Lösungsmöglichkeiten für eine bestimmte technische Aufgabe ganz allgemein gekennzeichnet. Die beste Lösung offenzulegen, ist der Erfinder nicht verpflichtet, sie bleibt demgemäß sein Betriebsgeheimnis. Hinzu kommt noch, daß die Zeichnungen der Patentschrift ohne Maße dargestellt sind und auch nicht maßstäblich ausgeführt zu sein brauchen. Daher kann eine mit Maßangaben ausgestattete oder maßstäbliche Zeichnung (die im übrigen der Patentschrift entspricht) Gegenstand eines Betriebsgeheimnisses bilden.

Al. Ernst Aug. Utescher, Hamburg.

anderes verstanden werden soll, je nachdem es sich um einen Zeitpunkt vor oder nach der Anmeldung eines Patentes handelt“ (so mit Recht Seligsohn 1920, 63).

Jede Handlung, die in der Person des Vorbenutzers einen gesetzlich gebilligten Einbruch in das Ausschließungsrecht des Patentinhabers begründet, muß logischerweise in den Person des Nachbenutzers eine Verletzung der durch das Patent gewährleisteten Vorbehalte des Schutzinhabers darstellen.

Sollte das obige Urteil eine einheitliche Behandlung der Benutzungsformen anbahnen, so wäre das zu begrüßen. Man muß unterscheiden zwischen den Vorbereitungs-handlungen (z. B. Skizzen, Entwürfen, soweit man mit ihnen in der Praxis und wirtschaftlich nichts anfangen kann) und dem Beginn der Benutzung, zu dem auch die Veranstellung als Anfang der Ausführung gerechnet werden muß



beim RG. zugelassenen Anwaltes bleiben unberücksichtigt.

2. Dem Erfordernis des § 70 ZPO. hat der Nebenintervenient genügt, wenn er auf die Streitverkündung hinweist und aus dieser sich sein Interesse am Beitritt ergibt.†)

Der Kl. verlangt mit seiner Klage vom Besl. die Herausgabe eines angeblich zur Konkursmasse gehörigen Kraftwagens. Der Besl. hat sich u. a. damit verteidigt, daß er den Wagen an die wahre Eigentümerin, die jetzige Revkl., herausgegeben habe; sie habe das von ihm gefordert. Aus diesem Anlaß hat der Besl. der jetzigen Revkl. mit Schriftsatz v. 30. April 1928 den Streit verkündet und dabei erklärt, daß er im Falle seines Unterliegens im Rechtsstreit sich bei der Revkl. schadlos halten werde. Diese ist im ersten Rechtszuge nicht als Nebenintervenientin aufgetreten. Als aber das VG. der Klage stattgab, hat der Kl. Dr. B. mit Schriftsatz v. 30. Juli 1928 „für die Firma Z. er Fahrzeugfabrik — als Nebenintervenientin —“ Berufung eingelegt. Antrag und Begründung blieben vorbehalten. Weitere Ausführungen sind in dem Schriftsatz auch zur Frage der Nebenintervention nicht enthalten, wohl aber in einem Schriftsatz v. 13. Okt. 1928, der dem Kl. am 15. Okt. 1928 zugestellt sein soll. Das VG. hat die Verhandlung auf die Zulassung der Berufung und der Nebenintervention beschränkt, beide Fragen verneint und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rev. Durch Beschl. v. 26. Febr. 1929 hat das RG. erklärt, in vorliegender Sache gemäß Art. 1 Ges. v. 8. Febr. 1929 (RGBl. I, 19) eine Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung treffen zu wollen, und zwar nach Ablauf von vier Wochen seit Zustellung des Beschlusses. Der Beschl. ist der Revkl. am 28. Febr., dem RevBesl. am 1. März 1929 zugestellt, beiden ist damit Gelegenheit zur schriftlichen Äußerung gegeben worden. Eine solche ist nur von seiten der Revkl. eingegangen. Sie beantragt u. a., eine mündliche Verhandlung stattfinden zu lassen. Der RevBesl. hat angezeigt, daß er auf die Bestellung eines bei dem RG. zugelassenen Kl. verzichte. Der Entscheidung ist im übrigen der Sachverhalt zugrunde gelegt, wie er sich aus dem Kl. und dem dazu ergangenen Tatbestands-Berichtigungsbeschl. v. 28. Dez. 1928 ergibt.

I. Zu Unrecht beanstandet die Rev. das von dem RG. eingeschlagene Verfahren.

1. Art. I Ges. v. 8. Febr. 1929 gibt dem RevG. die Befugnis, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden. Will es das tun, hat es den Parteien Gelegenheit zur schriftlichen Äußerung zu geben. Erst muß sich also das RevG. über seinen Willen schlüssig werden, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, und dann erst hat es den Parteien die Gelegenheit zur schriftlichen Äußerung zu geben. So ist das RG. auch vorgegangen. Die Rev. meint, daß die Parteien bei diesem Verfahren mit ihren Äußerungen zu spät kämen, weil das RevG. seinen Beschl. nur fassen könne, indem es sich schon auf eine bestimmte Entscheidung — sei es für, sei es gegen die Rev. — festlege. Indessen der Beschl. des Gerichts kann und muß sogar, wie die Rev. es ausdrückt, in abstracto, d. h. ohne gleichzeitige Inaussichtnahme einer bestimmten Sachentscheidung, gefaßt werden, denn der beschließende Senat vermag den später erkennenden nicht zu binden.

Zu 18. I. Mit dem Ges. z. Entl. des RG. v. 8. Febr. 1929 ist im Jubiläumsjahre des Inkrafttretens der ZPO., die die mündliche Verhandlung zum Grundprinzip des Prozesses erhoben hatte, der Schwerpunkt auf die Entwicklung gesetzt, die, mit der Entl. v. 9. Sept. 1915 beginnend, durch die weitere Novellenprozeßgebung, insbes. die Nov. v. 13. Febr. 1924 das Prinzip der mündlichen Verhandlung immer weiter durchbrochen hat. Bei dem obersten Gericht hatten die gesetzgeberischen Maßnahmen wohl zur Beschränkung der Richterzahl geführt, die unbeschränkte mündliche Verhandlung war aber unangetastet geblieben. Nach wie vor pflegen die Anwälte beim RG. sich auf eine kurze Revisionsbegründung zu beschränken, weitere schriftliche Vorbereitung aber grundsätzlich abzulehnen, um die mündliche Verhandlung desto wirksamer zu gestalten. Die Novelle v. 8. Febr. 1929 scheint nur erträglich in der Erwartung, daß das RG. nur in den seltensten Fällen von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch machen würde.

II. Hiervon ausgehend ist nichts dagegen einzuwenden, daß das

2. Deshalb kommen die Parteien auch mit ihren Bemerkungen nicht zu spät, die sich auf die Frage der mündlichen Verhandlung beziehen. Das RG. ist jederzeit in der Lage, von dem zunächst gefaßten Beschl. wieder abzugehen, wenn es sich von der Notwendigkeit der mündlichen Verhandlung überzeugt. Die Rev. hat denn auch einen Antrag auf Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung gestellt. Ihm konnte aber nicht entsprochen werden, da er nur auf allgemeine Erwägungen über den Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung, über das Interesse des Anwaltstandes und die Entlastung des RG. gestützt wird. Gegenüber dem Ges. v. 8. Febr. 1929 müssen diese Erwägungen versagen. Dafür, daß gerade in der vorliegenden Sache die mündliche Verhandlung geboten wäre, ist nichts angeführt worden.

3. Der klagende Konkursverwalter hat in seiner im Tatbestand erwähnten Anzeige sich auch noch zur Sache selbst geäußert. Diese Darlegungen können, weil sie nicht von einem bei dem RG. zugelassenen Kl. gemacht sind, nicht beachtet werden. Sie sind deshalb auch nicht geeignet, von dem Prozeßgegner beantwortet zu werden. Dem Antrag der Revkl., ihr Gelegenheit zu dieser Antwort zu bieten, brauchte also nicht stattgegeben zu werden.

II. In der Sache selbst ist der Rev. beizutreten.

1. Allerdings ist es nicht richtig, wenn sie meint, daß § 74 Abs. 1 ZPO. die Grundsätze über die Nebenintervention nicht auch schon für den Beitritt des Dritten in Kraft setze, dem der Streit verkündet worden ist. Auch dieser Beitritt gehört bereits zu dem „Verhältnis des Dritten zu den Parteien“, von dem § 74 Abs. 1 ZPO. spricht. Der den Beitritt enthaltende Schriftsatz der Revkl. mußte also den Erfordernissen des § 70 ZPO. genügen. Das ist aber auch der Fall.

2. Ob der „Beitritt erklärt“ worden ist (§ 70 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ZPO.), läßt das VG. offen. Es ist aber gesehen, denn wie das RG. in RG. 102, 277 ausführlich versteht es sich von selbst, daß jemand, der ein Rechtsmittel einlegt und sich dabei als Nebenintervenienten bezeichnet, damit auch seinen Beitritt erklärt. Ob die Bezeichnung „in Parenthese“ geschieht, hier zwischen zwei Gedankenstrichen, ist gewiß unerheblich. Ebenso kann der Zweifel des VG. auf sich beruhen, ob die Revkl. etwa des Glaubens gewesen sei, ihren Beitritt schon früher erklärt zu haben. Entscheidend ist, wie die Erklärung auf den Kl. wirken mußte und gewirkt hat. Nach seinem Schriftsatz v. 8. Okt. 1928 hat er aber sofort erkannt, daß hier ein Dritter als neuer Nebenintervenient in den Rechtsstreit eintreten wollte.

3. über das „Interesse an dem Beitritt“ (§ 70 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO.) ist in dem Beitrittschriftsatz ausdrücklich nichts gesagt worden. Der Hinweis auf eine vorangegangene Streitverkündung genügt aber in der Regel als Angabe des Interesses (RG. 102, 278), und dieser Hinweis kann schließlich auch stillschweigend bewirkt werden. Das Interesse am Beitritt soll angegeben werden, um dem Gegner der unterstützten Partei den Grund des Beitritts sofort erkennbar zu machen. Dazu kann es genügen, wenn ein Dritter, dem der Streit verkündet worden ist, der anderen, von dieser Streitverkündung in Kenntnis gesetzten, Partei einfach erklärt, daß er nunmehr dem Gegner des Erklärungsempfängers beitrete. Im gegenwärtigen Falle hat diese Erklärung genügt, um den Kl. über die Zusammenhänge zu unterrichten. Er hat zunächst

RG. gerade in diesem Falle, wo es sich um eine einfache prozessuale Frage handelte, von der Befugnis der Novelle Gebrauch macht. Das Verfahren des RG., bevor den Parteien Gelegenheit zur schriftlichen Äußerung gegeben wird, sich schlüssig zu machen, ob es von der Befugnis der Novelle Gebrauch machen will, entspricht dem Wortlaut des Gesetzes. Bei anderer Praxis würde eine dreifache Beschl. fassung des RG. nötig werden, nämlich einmal, ob den Parteien Gelegenheit zur schriftlichen Äußerung über den etwaigen Ausschluß der mündlichen Verhandlung zu geben sei, weiter nach etwaigen Eingang der schriftlichen Äußerung der Parteien der Beschl., ob von der Befugnis der Novelle Gebrauch zu machen sei, und endlich die Sachentsch., nachdem wiederum die Parteien schriftlich zur Sache gehört sind. Diese Umständlichkeit würde die Ersparnis durch Wegfall der mündlichen Verhandlung wieder aufheben. Ein zwingender Grund zu einer solchen Praxis besteht nicht, wie das RG. zutreffend ausführt, da es jederzeit seinen Beschl. über den Wegfall der mündlichen Verhandlung wieder aufheben kann. Im übrigen muß

überhaupt keine Bedenken geäußert und am 3. Okt. 1928 einen Antrag auf Zurückweisung der Berufung angefündigt. Am 8. Okt. 1928 hat er dann allerdings Bedenken erhoben, aber auch keine sachlichen, vielmehr nur Formbedenken. Darüber, daß der Beitritt auf die Streitverkündung hin erklärt werden sollte, war er nicht im Zweifel, er hat nur gemeint, daß die Erklärung nicht in der genügenden Form abgegeben worden sei. Wenn der Kl. daran auch jetzt noch festhält, wenn er verlangt, daß alles, was zwischen den Zeilen zu lesen ist und er dort auch selbst gelesen hat, noch mit ausdrücklichen Worten gesagt werden soll, so ist das „leerer Formalismus“ i. S. von RG. 102, 278. Zu dessen Übung zwingen auch die Formvorschriften der ZPO. nicht. Sachlich muß ihnen genügt werden, nicht dem Buchstaben nach.

III. Der Kl. hat nun aber auch bestritten, daß die Bezugnahme auf die Streitverkündung ein rechtliches Interesse der Revkl. am Beitritt ersehen lasse, und er hat weiter bestritten, daß ein solches Interesse überhaupt bestehe. Beide Fragen hat das BG. nicht beantwortet und von seinem Standpunkt aus auch nicht zu beantworten brauchen. Sie sind aber beide zu bejahen, und das kann auch durch das RevG. geschehen, da es sich um die Auslegung einer Prozeßerklärung, der Streitverkündung, handelt. In dieser heißt es: „Der Bekl., der diesen Wagen auf Aufforderung der Firma B. er Fahrzeugfabrik an diese herauszugeben hat, wird sich an die B. er Fahrzeugfabrik im Falle seines Unterliegens im Prozesse schadlos halten.“ Die Folgerungen des Kl. betonen das „zu“ in dem Worte „herauszugeben“. Er meint, daß die Bekl., die danach noch im Besitze des Wagens sei, keinen Rückgriff gegen die Revkl. nehmen könne. Nun ist aber das „zu“ nur ein Schreibfehler für „ge“, und das ergibt die Streitverkündung selbst. Ihr waren die von den Parteien gewechselten Schriftsätze beigefügt, sie waren damit zum Bestandteil der Streitverkündung gemacht worden. In dem Schriftsatz des Bekl. v. 28. Jan. 1928 ist gesagt: „Im übrigen kann der Wagen schon deswegen nicht herausgegeben werden, weil ihn die Lieferfirma — d. h. die Revkl. — bei dem Bekl. abgeholt und zu sich nach B. genommen hat.“ Bei dem Betrachten des Gesamtinhalts der Streitverkündung konnte über ihren Anlaß kein Zweifel bestehen. Der Bekl. war auf Herausgabe eines Wagens verklagt worden, er hatte ihn an einen Dritten herausgegeben, der das Eigentum an dem Wagen für sich in Anspruch nahm, im Falle seines Unterliegens in dem Rechtsstreit wollte sich der Bekl. an den Dritten halten und von ihm die Rückgabe des Wagens verlangen. Daraus ergab sich, daß der Dritte ein rechtliches Interesse an dem Obliegen des Bekl. hatte, und durch den hinreichend deutlichen Hinweis auf die Streitverkündung wurde dieses rechtliche Interesse als das für den Beitritt maßgebende bezeichnet. Hiernach ist der Beitritt der Revkl. für zulässig zu erachten.

(U. v. 26. April 1929; 645/28 VII. — Dresden.) [Ru.]

sich auch sonst das RG. bei Borentsch., z. B. bei der Beschlußfassung über ein Armenrechtsgesuch, mit der Sache selbst vorher befassen.

Ebenso ist aus prinzipiellen Gründen dem zuzustimmen, daß das RG. auch hier keine Ausnahme von dem strengen Anwaltszwang zuläßt.

III. Die Sachentsch. selbst, in der das RG. unter Hinweis auf seine Entsch. RG. 102, 218 mit großer Entschiedenheit von jedem „leeren Formalismus“ abrückt, atmet den Geist, der die formellen Vorschriften der ZPO. nur auffaßt als Mittel zum Zweck, das materielle Recht zu finden.

RA. Dr. Stumme, Hamburg.

Zu 19. Die vorstehende Entscheidung entspricht praktischen Bedürfnissen. Es wäre leerer Formalismus, wenn von dem Verkl., der bereits ein Armenrechtsgesuch eingereicht hatte, verlangt würde, daß er nach Fristsetzung ein erneutes Gesuch nur zu dem Zwecke der Hemmung dieser Frist einzureichen habe. Ein solches Gesuch könnte auch dazu benutzt werden, lediglich Zeit zu gewinnen. Die dem Verkl. vom Gesetz zugewilligte Frist von zwei Wochen nach Zustellung des das Armenrecht ablehnenden Beschlusses ist als ausreichend anzusehen, um das zur Zahlung der Gebühr benötigte Geld zu beschaffen. Diese praktischen Erwägungen wiegen schwerer, als das theoretische Bedenken, daß die Hemmung einer Frist rechtlich nicht schon eintreten kann, bevor diese zu laufen begonnen hat. Es ist darüber hinaus zu hoffen, daß das RG. sich über dieses Bedenken selbst dann hinwegsetzen wird, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für die Setzung der Frist

19. §§ 519, 114 ff. ZPO. Es ist zulässig, während der Schwere eines Armenrechtsgesuches die Frist zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr zu bestimmen. Das Gesuch hemmt den Lauf dieser Frist. †)

Der Beschwerf. hat drei Armenrechtsgesuche eingereicht, das erste vor Zustellung der Verfügung des Vorliegenden, durch die die Frist zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr bestimmt wurde. Das BG. hat allein diesem Gesuch fristhemmende Wirkung beigemessen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde. Sie ist der Meinung, daß das erste Gesuch außer Betracht zu bleiben habe. Da es vor Fristbeginn eingereicht sei, könne es die Frist nicht hemmen. Dem BG. ist jedoch darin beizutreten, daß es zulässig war, noch während Schwere des ersten Armenrechtsgesuchs die Frist zu bestimmen und daß der Lauf der so gesetzten Frist durch dieses Gesuch gehemmt wurde. Der 5. ZivSen. hat allerdings in dem Beschl. v. 21. Mai 1927 (veröffentlicht in JW. 1927, 2134) den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen. Dieser Beschluß steht jedoch nicht im Einklang mit dem vorher ergangenen Beschluß des erf. Sen. in RG. 110, 402<sup>1)</sup> und dem des 5. ZivSen. v. 18. März 1926 (veröffentlicht in JW. 1926, 1669), deren Auffassung auch in den später erlassenen Entsch. des 2. ZivSen. (RG. 117, 136) und des 8. ZivSen. im Beschl. VIII B 13/28 v. 15. Okt. 1928 geteilt wird.

(Beschl. v. 4. März 1929; 10/29 IV B. — Frankfurt a. M.) [Ra.]

20. § 519 ZPO. Eine vom BG. bewilligte Verlängerung der Vorshufnachweisfrist und darauf erfolgende Gewährung des Armenrechts kann nicht deshalb für unwirksam erklärt werden, weil nach veränderter Rechtsansicht des BG. bei der Fristverlängerung die Vorshuffrist schon abgelaufen gewesen sei. †)

Es handelt sich nur um die Frage, ob die Nachweisfrist aus § 519 ZPO. nicht gewahrt und die Berufung deshalb unzulässig ist, wie das angefochtene Urteil annimmt. Da die Bestimmung der ersten Frist mit festem Endtermin (10. Jan. 1928) nach der Auffassung des erf. Sen., der der Vorliegende des BG. laut Begründung des angefochtenen Urteils gefolgt ist, durch das kurz vor ihrem Ablauf eingegangene Armenrechtsgesuch des Kl. wirkungslos wurde, ist ihm nach Ablehnung dieses Gesuches eine neue nach einem Zeitraum (zwei Wochen) bemessene Frist durch die ordnungsmäßig zustellte Verfügung des Vorliegenden v. 22. März 1928 gesetzt worden. Diese erneute Fristsetzung und damit auch der Beschluß der Bewilligung des Armenrechts, das während des Laufs dieser Frist v. Kl. beantragt war, ist vom BG. aber als unwirksam angesehen, nachdem die 2. ZivSen. des RG. in dem Beschl. v. 5. März 1928 (RG. 120, 1<sup>1)</sup>) angenommen hatten, daß die mit einem festen Endpunkt bestimmte Nach-

bei Einreichung des Armenrechtsgesuches überhaupt noch nicht vorliegen. Dies gilt für ein Armenrechtsgesuch, das vor der Einlegung der Berufung bereits eingereicht worden war. Es hat den Anschein, daß der 2. ZivSen. dem vor der Berufungseinlegung eingereichten Armenrechtsgesuche nicht die gleiche fristhemmende Wirkung zuschreibt wie dem zwar nach Einlegung der Berufung, aber vor oder innerhalb der Frist eingereichten Gesuche. In der Entsch. v. 24. Mai 1927: RG. 117, 138 = JW. 1927, 1991 heißt es: „Ebenso aber wie ein vor Einlegung der Berufung eingereichtes Armenrechtsgesuch muß auch ein solches Gesuch außer Betracht bleiben, das schon vor der Fristbestimmung abgelehnt war.“ Es ist nicht einzusehen, daß ein vor Einlegung der Berufung eingereichtes Armenrechtsgesuch anders zu behandeln sei, als ein Gesuch, das erst später eingereicht wird. Es könnte sonst der Fall eintreten, daß eine Partei im Vertrauen auf die fristhemmende Wirkung ihres Armenrechtsgesuches verabsäumt, nach Einlegung der Berufung ein neues Gesuch einzureichen, so daß die Berufung lediglich aus diesem Grunde als unzulässig verworfen wird.

RA. Dr. Garten, Hamburg.

<sup>1)</sup> JW. 1925, 1374.

Zu 20. A. § 519 Abs. 6 ZPO., ein der Rechtspflege ohnehin schädliches Gesetz, hat schon eine unverdiente Fülle von Nspr. gezeugt. Daß aber ein Gericht erst durch eine neue Fristsetzung seines Vorshufenden

<sup>1)</sup> JW. 1928, 907.

weisfrist in bezug auf die Frage, wann die durch die Einreichung eines Armenrechtsgefuchs gehemmte Frist ihr Ende erreicht, ebenso zu behandeln sei wie die nach einem Zeitraum bestimmte Nachweisfrist. Das BG. betrachtet deshalb die zweite Fristsetzung als nicht geschehen und wendet rückwirkend die Ansicht der VerZivSen. auf die erste Frist an. Es nimmt danach an, daß der bei Eingang des ersten — abgelehnten — Armenrechtsgefuchs noch ausstehende fünfzügige Rest der Frist nach Beendigung der bis zum 11. Febr. 1928 dauernden Hemmung der Frist, also vom 12. Februar ab gelaufen, die Frist somit am 16. Februar ihr Ende erreicht habe. Da bis dahin unstreitig der Nachweis der Zahlung nicht geführt ist, so verwirft das BG. die Berufung als unzulässig.

Diese Auffassung ist rechtlich unhaltbar. Hat das BG. trotz des Hinweises des Prozeßbevollmächtigten des Kl. durch den Berichterstatter v. 20. Febr. 1928, daß die Nachweisfrist am 16. Febr. 1928 fruchtlos verstrichen sei, die Berufung nicht als unzulässig verworfen, sondern hat der Vorsitzende — nunmehr im Anschluß an den Standpunkt des jetzt erf. Sen. — durch die ordnungsmäßig zugestellte Verfügung v. 22. März 1928 dem Kl. eine neue Nachweisfrist gesetzt, so kann diese vom BG. nicht einfach nachträglich für rechtsunwirksam erklärt werden. Das BG. kann nicht zu seiner ursprünglichen Ansicht über die Berechnungsart zurückkehren, wenn dadurch zum Nachteil des Kl. die zweite Fristsetzung in Wegfall gebracht wird. Daran kann der Umstand nichts ändern, daß sich grundsätzlich für diese Art der Berechnung im Gegensatz zu der des jetzt erf. Sen. die VerZivSen. des RG. inzwischen entschieden haben in RG. 120, 1<sup>2</sup>). Die dortige Stellungnahme läßt selbstverständlich keinen Schluß dahin zu, daß sie auch maßgebend sein sollte für einen Fall wie den vorliegenden, in welchem bereits entsprechend der dort abgelehnten Berechnungsart des jetzt erf. Sen. vom Vorsitzenden des BG. verfahren ist. Es handelt sich um eine von diesem zu bestimmende Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels. Ist diese Bestimmung getroffen und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form dem Rechtsmittelkläger zugegangen, so muß dieser, zumal wenn die Art der Fristsetzung in Übereinstimmung mit der Ansicht eines Senats des RG. geschehen ist, mit der Rechtswirklichkeit der gestellten

den Berufungskläger in Sicherheit wiegt, um diesem dann mitzuteilen, der Vorsitzende habe seine Rechtsansicht geändert, und die Folge des früheren Rechtsirrtums müsse nun die Partei tragen, das ist eine Auffassung, die das RG. mit Recht zurückgewiesen hat. Man bedauert nur, daß eine solche Fülle von Zeit, Arbeit und Scharfsinn höchster Richter angewendet werden muß, um zu einem Ergebnis zu kommen, das das einfache Rechtsgefühl als selbstverständlich erkennt.

Geh. 3R. Dr. Heilberg, Breslau.

B. Dem Verkl. war eine Frist zum Nachweise über die Zahlung der erforderlichen Prozeßgebühr bis zum 10. Jan. 1928 gesetzt worden. Fünf Tage vor Ablauf dieser Frist, nämlich am 5. Jan. 1928, reichte er ein Armenrechtsgefuch ein. Dieses Gefuch wurde abgelehnt und der ablehnende Beschluß dem Verkl. am 28. Jan. 1928 zugestellt. Nach § 519 Abs. 6 Satz 4 ZPO. hat die Einreichung des Armenrechtsgefuchs zur Folge, daß der Lauf der Nachweisfrist bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung des auf dieses Gefuch ergehenden Beschlusses gehemmt wird. Diese Gesetzesvorschrift hatte nun zu Zweifeln Anlaß gegeben in Fällen, in denen die Nachweisfrist nicht nach einem von der Zustellung der Fristsetzung ab laufenden Zeitraum (z. B. einem Monat oder mehreren Wochen), sondern, wie in dem vorliegenden Falle, nach einem Endtermine bezeichnet wird. Während die früher einheitliche Rechtsprechung des RG. die mit einem festen Endpunkte gesetzte Frist der nach einem Zeitraume bestimmten Frist völlig gleich behandelte, stellte sich der 2. ZivSen. des RG. in mehreren, Ende des Jahres 1927 ergangenen Entscheidungen auf den Standpunkt, daß zwischen beiden Fristen doch ein bedeutsamer Unterschied bestehe. Er machte insbes. geltend, daß die Endtagsfrist dann ihre Bedeutung verliere, mindestens wirkungslos werde, wenn die durch die Einreichung des Armenrechtsgefuchs eingetretene Hemmung der Nachweisfrist bei deren Ablauf noch fortbauere oder doch erst ganz kurze Zeit vorher aufgehört habe. Der 2. ZivSen. hielt in einem solchen Falle die Setzung einer neuen Frist für erforderlich. Dieser Ansicht, die auch im Schrifttum Vertretung gefunden hat, schloß sich das BG. an. Dem Verkl. wurde daher eine neue Frist gesetzt und das innerhalb dieser Frist abermals nachgesuchte Armenrecht bewilligt.

Inzwischen waren wegen der vom 2. ZivSen. vertretenen An-

Frift und daher auch des Beschlusses rechnen dürfen, durch den ihm das während des Laufes der Frist von ihm nachgesuchte Armenrecht bewilligt ist. Das hat die Folge, daß er prozeßrechtlich ebenso zu behandeln ist, als wenn er eine vom Vorsitzenden des BG. gestellte Nachweisfrist durch den Nachweis der Einzahlung der geforderten Prozeßgebühr eingehalten hätte.

(U. v. 12. April 1929; 603/28 II. — Berlin.) [Ru.]

21. § 4 ORO; §§ 57—60 RD. Auf Streitigkeiten über die Verpflichtung der Masse, die Gerichtskosten einer vom Gemeinschuldner vor Konkursöffnung beantragten, aber vom Gericht abgelehnten Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens als Massenkosten zu tragen, findet das Verfahren des § 4 ORO Anwendung.

Am 31. Jan. 1925 war vom AG. Berlin-Mitte ein Antrag auf Anordnung der Geschäftsaufsicht über das Vermögen der jetzt vom Kl. vertretenen Gemeinschuldnerin abgelehnt worden. Nachdem dasselbe Gericht dann am 4. Febr. 1925 das Konkursverfahren eröffnet hatte, forderte seine Gerichtskasse in diesem Verfahren die Kosten des Geschäftsaufsichtsverfahrens als Massenkosten vom Kl. an. Sie beharrte auf diesem Anspruch auch gegenüber einer Vorstellung des Kl. v. 18. Nov. 1926 mit Schreiben des Rassenfunktors v. 29. desselben Monats. In einer neuen Eingabe v. 26. desselben Monats an die Gerichtskasse erklärte der Kl., daß er nunmehr Klage erheben werde, bat um vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung, weil die Masse zur Befriedigung der Massegläubiger nicht ausreichte (§ 60 RD.), und schloß für den Fall, daß dieser Bitte nicht entsprochen werde, die weitere Bitte an, die Eingabe „als Beschwerde der übergeordneten Instanz weiterleiten zu wollen“. Der AGPräs., dem die Eingabe infolge dieser letzten Bitte vorgelegt wurde, erließ am 8. Nov. 1927 eine Entsch., laut der er „die Beschwerde als unbegründet abweist“ und die dem Kl. nach dessen Angabe am 11. desselben Monats zugestellt wurde. Mit der am 9. Dez. 1927 eingereichten Klage beantragte der Kl. nunmehr, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Der Befl. machte in erster Linie geltend, daß die Klage nach § 3 Abs. 3 RD. v.

sicht die VerZivSen. des RG. angerufen worden. In der oben zitierten Plenarentscheidung blieb das BG. dabei, daß es keinen Unterschied begründe, ob die Frist durch Bezeichnung eines Zeitraumes oder eines Enddatums bestimmt sei. Fristen der letztbezeichneten Art sind danach in Tagesfristen umzudeuten. In Anwendung dieser Entscheidung ergangte nunmehr das BG. zu dem Ergebnis, daß die Berufung als unzulässig zu verwerfen sei. Dies wäre an sich richtig gewesen, wenn das BG. nicht eine zweite Frist gesetzt und in deren Verlaufe das Armenrecht bewilligt hätte. Da nämlich am 28. Jan. 1928 der ablehnende Beschluß auf das erste Armenrechtsgefuch zugestellt worden war, dauerte die Hemmung der Nachweisfrist (zwei Wochen) bis zum 11. Febr. 1928. Von diesem Tage ab lief die noch restliche Frist von fünf Tagen, also bis zum 16. Febr. 1928. Bis zu diesem Zeitpunkt war aber weder der Nachweis der Zahlung geführt, noch das Armenrecht bewilligt. Nun aber hatte das BG. eine zweite Frist gesetzt und auf Grund eines innerhalb dieser Frist eingereichten Armenrechtsgefuchs das Armenrecht bewilligt. Das BG. sagt — und darin liegt das Grundsätzliche dieser Entscheidung —, daß das BG. diese erneute Fristsetzung und den Beschluß der Bewilligung des Armenrechts nicht einfach nachträglich für rechtsunwirksam erklären könne, denn der Rechtsmittelkläger müsse mit der Rechtswirklichkeit der gestellten Frist und daher auch des Beschlusses rechnen dürfen, durch den ihm das während des Laufes der Frist von ihm nachgesuchte Armenrecht bewilligt worden sei.

Die Entscheidung bedeutet eine Einschränkung des Grundgedankes der freien Wandelbarkeit der Beschlüsse, Verfügungen und prozeßleitenden Anordnungen. Dieser Grundgedanke gilt danach nicht für richterliche Fristen. Sind derartige Fristen gesetzt, so können sie nicht wieder aufgehoben werden. Die Prozeßpartei muß mit der Rechtswirklichkeit der gestellten Frist rechnen dürfen. Diese im Interesse der Prozeßsicherheit zu begründende Ansicht findet auch in dem Gesetze eine Stütze. Das Gesetz selbst steht nicht auf dem Standpunkte der freien Wandelbarkeit der einmal gesetzten Fristen. Wenn es im § 224 Abs. 2 ZPO. die Abkürzung oder Verlängerung richterlicher und gesetzlicher Fristen nur auf Antrag zuläßt, von der Aufhebung derartiger Fristen aber gänzlich schweigt, dann wird man annehmen müssen, daß der Richter über die Aufhebung von Fristen nicht zu verfügen hat — und zwar auch dann nicht, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für die Setzung der Frist überhaupt nicht vorliegen.

RA. Dr. Garten, Hamburg.

\*) ZB. 1928, 907.

15. Nov. 1899 über das Verwaltungsbeitreibungsverfahren unzulässig sei, weil der Kl. gegen die Entsch. der Stelle, für deren Rechnung die Zwangsvollstreckung stattfinden solle, nämlich gegen die Entsch. des Kassensurators v. 29. Nov. 1926, bereits die Auffichtsbeschwerde mit seinem Schreiben v. 26. Nov. 1926 ergriffen habe. Das OLG. Berlin I erkannte i. S. dieser Auffassung. Der Kl. hat mit Einwilligung des Bekl. unter Übergangung der VerInst. Rev. eingelegt. Die Rev. wurde zurückgewiesen.

Das OLG. bringt ohne besondere Begründung den § 3 PrVd. v. 15. Nov. 1899, betr. das Verwaltungsverfahren zur Beitreibung von Geldbeträgen (GS. 545) zur Anwendung, der die Rechtsbehelfe dritter Personen regelt, gegen die jenes Verfahren auf Grund einer aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts hergeleiteten Verpflichtung zur Leistung oder zur Duldung der Zwangsvollstreckung angeordnet wird und die diese Verpflichtung bestreiten. Der Bekl. vertritt in seiner Revisionsbeantwortung die Auffassung, daß nicht diese, die Klage wahlweise zulassende Vorschrift, sondern der § 2 derselben Vd. zutreffe, der die Einwendungen wegen vermeintlicher Mängel des Verwaltungsbeitreibungsverfahrens behandelt und wegen dieser nur die Beschwerde bei der vorgesetzten Dienstbehörde vorsieht. Dagegen führt die Rev. aus, daß weder der § 2 noch der § 3 der Vd. maßgebend, über die Verpflichtung des Konkursverwalters zur Zahlung der streitigen Kosten, über ihre Eigenschaft als Massekosten und über den Einwand der Unzulässigkeit der Masse vielmehr ausschließlich im Klagewege zu entscheiden sei.

Keiner von diesen Meinungen ist beizutreten. Schon die erst wegen der streitigen Kosten aufgestellte Kostenrechnung, die vom 10. März 1925, die in den Kassenaften vorliegt, ist an den Konkursverwalter als Vertreter der Gemeinschuldnerin gerichtet, wie denn auch das angefochtene Ur. irgendeine an die Gemeinschuldnerin unmittelbar gerichtete Kostenanforderung nicht erwähnt. Das Zwangsverfahren wird also gegen den Konkursverwalter nicht wegen einer ursprünglich gegen die Gemeinschuldnerin angelegten Kostenfestsetzung auf Grund einer gegen ihn als einen Dritten erlassenen Anordnung der Gerichtskasse, sondern wegen einer von der Geschäftsstelle des Gerichts gegen ihn als Verwalter der Masse der Gemeinschuldnerin angelegten Kostenforderung betrieben. Für Erinnerungen der Zahlungspflichtigen gegen den Ansatz von Gebühren und Auslagen ist das Verfahren nun aber in § 4 RGKG. ausschließlich geregelt, der nach § 1 RGKG. und § 14 GeschAuffVd. auf die Kosten des Geschäftsaufsichtsverfahrens anzuwenden ist. Die Bestimmungen der PrVd. v. 15. Nov. 1899 können demgegenüber Anwendung nur beanspruchen und beanspruchen auch nach ihrem Wortlaut nur Anwendung auf Einwendungen, die sich nicht gegen den ursprünglichen Kostenerfasser der Geschäftsstelle, sondern gegen die auf Grund desselben von der Gerichtskasse ergriffenen Beitreibungsmassnahmen richten, was im vorliegenden Falle nach dem Gesagten nicht zutrifft.

Die Vorschrift des § 4 RGKG., wonach „über Erinnerungen des Zahlungspflichtigen gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen das Gericht der Instanz entscheidet“ und gegen dessen Entsch. Beschwerde stattfindet, gilt auch nicht etwa nur für Erinnerungen gegen die Höhe der Kosten oder über die Notwendigkeit der unter ihnen begriffenen Auslagen. Vielmehr greift sie, wie die VerZivSen. des RG. in einem Beschl. v. 15. Febr. 1886 (RG. 16, 291 bes. 302, 310) eingehend ausgeführt haben und wie seitdem erneut der 6. ZivSen. in einer Entsch. v. 20. Nov. 1919 (RG. 97, 175) ausgesprochen hat, auch für den Streit darüber Platz, ob die Person, gegen die die Kosten angelegt worden sind, nach den Normen der Kostengesetze und des bürgerlichen Rechts und den anderen nach § 88 RGKG. zur Ergänzung der Kostengesetze heranzuziehenden Vorschriften mit Recht als zahlungspflichtig in Anspruch genommen wird. Zu diesen nach § 88 RGKG. als Ergänzung der Kostengesetze zu behandelnden Vorschriften, deren Verletzung auf dem im § 4 bezeichneten Wege geltend zu machen ist, gehören nun aber die §§ 57–60 RD. über die Masseverbindlichkeiten und über deren Berücksichtigung, insbes. im Falle einer Unzulässigkeit der Masse. Daraus folgt, daß auf diesem Wege insbes. auch Streitigkeiten darüber auszutragen sind, ob Gerichtskosten vom Konkursverwalter als

Massekosten zu begleichen oder als Konkursforderungen gegen den Gemeinschuldner anzumelden sind und ob im ersteren Falle die alsbaldige vollständige Befriedigung oder wegen Unzulänglichkeit der Masse nur eine verhältnismäßige Berücksichtigung verlangt werden kann.

Die Anwendbarkeit des § 4 RGKG. auf Streitigkeiten dieser Art läßt sich nicht aus dem Grunde verneinen, daß hier nicht die Zahlungspflicht des Konkursverwalters, sondern nur seine Pflicht, die Kosten als Massekosten zu behandeln, oder die Eigenschaft des Kostenanspruchs als Massekosten streitig sei. Die Inanspruchnahme des Konkursverwalters für die gesamten Kosten ist der Wirkung nach gleichbedeutend mit der Beanspruchung ihrer Behandlung als Massekosten, denn zur Erwirkung ihrer Berücksichtigung als bloße Konkursforderung genügt schon die gegen den Gemeinschuldner aufgestellte Kostenrechnung. Während aus einer solchen nach § 14 RD. während der Dauer des Konkursverfahrens eine Zwangsvollstreckung nicht stattfinden darf, gibt die gegen den Konkursverwalter ausgestellte Kostenrechnung ohne weiteres die Grundlage für einen Zwangsbeitreibungsauftrag wegen des ganzen darin angeforderten Betrages gegen die Masse. Die Eigenschaft der Kosten als Massekosten kann also nicht einen besonderen Streitpunkt neben der Frage bilden, ob der Konkursverwalter wegen ihrer Bezahlung rechtmäßig in Anspruch genommen werde, sondern sie bildet geradezu den wesentlichen Inhalt und Zweck dieser Inanspruchnahme. Danach kann angehts des aus den §§ 4, 88 RGKG. sich ergebenden Satzes, daß Streitigkeiten über die Kostenzahlungspflicht aus §§ 57–60 RD. im Wege des § 4 RGKG. zu entscheiden seien, auch die Entsch. über die Fragen, ob es sich um Massekosten handelt und ob die Voraussetzungen für eine nur verhältnismäßige Befriedigung der Massekosten bestehe, aus diesem Verfahren nicht ausgeschlossen werden.

Demgemäß war das Verlangen des Kl., die gegen ihn gerichtete, die volle Beitreibung der Kosten aus der Masse bezweckende Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, in der Form einer Einwendung gegen seine Kostenzahlungspflicht nach Maßgabe des § 4 RGKG. geltend zu machen und die Beschwerde des Klageweges unzulässig.

(U. v. 11. Juni 1929; 544/28 VII. — Berlin.) [Ru.]

### 5. Geschäftsaufsichtsverordnung.

**\*\*22.** § 75 GeschAuffVd. In die im § 55 Nr. 3 RD. bestimmte sechsmonatsfrist wird die Zeit nicht eingerechnet, während deren die Geschäftsaufsicht bestand. †)

1. Der Kl. hält die Aufrechnung mit der Forderung in Höhe von 244 589,42 M in erster Linie deshalb für unzulässig, weil die Gemeinschuldnerin ihre Zahlungen bereits eingestellt hatte und die Bekl. dieses bereits wußte, als sie die Forderung von der WdZ. erwarb (§ 55 Nr. 3 RD.). Die Bekl. hat diese Behauptungen bestritten, sie hat sich aber auch auf den letzten Satz von § 55 Nr. 3 Abs. 1 RD. berufen, weil sie die Forderung von der WdZ. bereits am 15. Juni 1925, also länger als sechs Monate vor der Konkursöffnung, erworben habe, und sie hat endlich noch den § 55 Nr. 3 Abs. 2 RD. herangezogen, weil sie zur Übernahme der Forderung verpflichtet gewesen sei. Das OLG. hat gegenüber dem Bestreiten des Kl. festgestellt, daß die Bekl. die Forderung von der WdZ. tatsächlich schon am 15. Juni 1925 abgetreten erhalten hat; die Fragen, ob die Firma E.-S. damals schon ihre Zahlungen eingestellt hatte und ob die Bekl. schon darum wußte, hat der VerSt. ebenso offen gelassen, wie die weitere Frage, ob die Bekl. zur Übernahme der Forderung ver-

Zu 22. Das Urteil ist zu begrüßen, sein Ergebnis ist befriedigend. Zwar ist es nicht unbedenklich, wenn das RG. argumentiert, daß § 33 RD. durch § 75 GeschAuffVd. in seiner Fassung und seinem Inhalte geändert worden sei, da man das schlechterdings weder aus dem Wortlaut noch dem Sinne des § 75 GeschAuffVd. zu entnehmen vermag. Denn § 75 GeschAuffVd. will deutlich erkennbar nur eine Ergänzung des § 33 RD. für einen Spezialfall sein, läßt aber § 33 RD. selbst völlig unberührt. Dennoch ist der den Ausführungen des RG. zugrunde liegende

pflichtet war; er hat aber die Aufrechnung zugelassen, weil der Erwerb der Forderung durch die Befl. länger als sechs Monate vor der Konkursöffnung liege; die Ansicht des Kl., daß die Zeit der Geschäftsaufsicht in die Frist von sechs Monaten nicht einzurechnen sei, hat das BG. abgelehnt. Dagegen wendet sich mit Recht die Rev.

2. Nach § 33 KO. darf eine Rechtshandlung, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen ist, aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung nicht mehr angefochten werden. In § 55 Nr. 3 KO. wird eine Aufrechnung im Konkursverfahren für unzulässig erklärt, wenn jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch . . . Rechtsabtretung . . . erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte . . . Dann heißt es weiter: „Die Vorschrift des § 33 findet entsprechende Anwendung.“ Das bedeutet, wenn nur der Wortlaut der Rechtsätze in der KO. zugrunde gelegt wird, in der Tat dasselbe, als ob der § 55 Nr. 3 KO. fortzufahren würde: „es sei denn, daß die Rechtsabtretung früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen ist.“ So hat es die Revisionsbeantwortung ausgedrückt. Nun hatte aber die — am 1. Okt. 1927 wieder außer Kraft getretene — WD. über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses v. 14. Dez. 1916 (RGBl. 1363) — GeschluffWD. — in § 75 bestimmt: „Soweit nach den Vorschriften der KO. . . die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen davon abhängt, daß sie innerhalb bestimmter Fristen vor der Eröffnung des Konkurses . . . vorgenommen sind, wird bei der Berechnung der Fristen die Zeit nicht mitgerechnet, während deren die Geschäftsaufsicht besteht.“ Der Verkl. hat es abgelehnt, diese Vorschrift zugunsten des Kl. anzuwenden, weil hier die Fristberechnung nur für die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, nicht aber auch für die Aufrechenbarkeit von Forderungen geregelt sei. Dabei ist aber übersehen, daß § 55 Nr. 3 KO. den § 33 KO. nicht in der von der Revisionsbeantwortung angedeuteten Weise aufgelöst hat, daß dort vielmehr auf den § 33 KO. verwiesen wird. Nach den Regeln der Gesetzgebung und Gesetzesauslegung ist damit gesagt, daß der § 33 KO. im Rahmen des § 55 Nr. 3 KO. in seiner jeweils geltenden Fassung anwendbar sein soll, falls sich nicht etwa zwingende Gegenstände ergeben. Der Wortlaut des § 33 KO. wurde durch § 75 GeschluffWD. allerdings nicht geändert, in ihrem Zusammenhalt ergeben aber die beiden Vorschriften den neuen Rechtsatz: „Bei der Berechnung der Frist des § 33 KO. ist die Zeit nicht mitzurechnen, während deren die Geschäftsaufsicht besteht.“ Das war gleichsam der Absatz 2 des § 33 KO. geworden und, wenn § 55 Nr. 3 KO. auf den § 33 KO. verweist, so wurde davon in der Zeit der Geltung der GeschluffWD. auch jener Abs. 2 betroffen.

3. Ein innerer Grund, warum dieser im Rahmen des § 55 Nr. 3 KO. nicht anwendbar gewesen sein sollte, ist nicht ersichtlich. Das Anfechten von Rechtshandlungen ist zugelassen und das Aufrechnen von Forderungen ist in gewissen Fällen verboten worden, um ungerechten Benachteiligungen der Konkursmasse entgegenzutreten. Namentlich soll niemand, der die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners schon kennt, noch in der Lage sein, eine Rechtsstellung zu erlangen, die ihn vor den übrigen Konkursgläubigern bevorzugt, sei es, daß er das durch eine Rechtshandlung mit dem Gemeinschuldner, sei es, daß er es durch Erwerb einer Forderung erreichen will, die ihm die Aufrechnungsmöglichkeit gibt. Einer Überspannung dieses Gedankens tritt § 33 KO. entgegen. Was früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Konkursverfahrens liegt, darf wegen angeblüher

Rechtsgebanken richtig. Denn allerdings muß nach Sinn und Inhalt des § 55 Nr. 3 KO. hinsichtlich der Rechtsfolgen, die das Gesetz an die Kenntnis der Zahlungseinstellung knüpft, gefolgert werden, daß die diese Rechtsfolge zeitlich einschränkende Frist von sechs Monaten bei der Aufrechnung in voller Parallele mit der Anfechtung behandelt werden soll. Dann muß aber die diese Frist beeinflussende Vorschrift des § 75 GeschluffWD. auch bei der Aufrechnung entsprechende Anwendung finden.

Mit Recht sagt das RG., daß aus dem Zitat des § 55 Nr. 3

Kenntnis einer bereits geschehenen Zahlungseinstellung nicht mehr als unrechtmäßig angezweifelt werden. Für die Fälle einer dem Konkurs vorangehenden Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses erwiesen die sechs Monate sich aber wiederum als eine zu kurze Frist. Deshalb wurde sowohl für die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen als auch für die Aufrechenbarkeit von Forderungen verordnet, daß die Zeit der Geschäftsaufsicht in jene sechs Monate nicht einzurechnen sei. Die Gleichheit des gesetzgeberischen Grundgedankens führt hier stets zu gleichen Ergebnissen.

4. Auch aus § 8 GeschluffWD. läßt sich ein Gegengrund nicht entnehmen. Hier waren die Nr. 1 und 2 des § 33 KO. nachgebildet, nicht auch die Nr. 3 das. Es durfte also ein Gläubiger während der Dauer der Geschäftsaufsicht seine Forderung gegen den Schuldner nicht aufrechnen, wenn er dem Schuldner erst nach der Anordnung der Geschäftsaufsicht etwas schuldig geworden war, oder wenn er vor der Anordnung der Geschäftsaufsicht dem Schuldner etwas schuldig gewesen war und er erst nachher seine Forderung erworben hatte, er durfte aber aufrechnen, wenn er vor Anordnung der Geschäftsaufsicht seine Schuld begründet und seine Forderung erworben hatte, mochte das letztere auch in Kenntnis einer bereits geschehenen Zahlungseinstellung stattgefunden haben. Diese Besonderheit der GeschluffWD. hatte darin ihren Grund, daß § 55 Nr. 3 KO., wie oben dargelegt, eine mit dem Anfechtungsrecht des Konkursverwalters gleichlaufende Vorschrift ist und daß es während bestehender Geschäftsaufsicht keine Stelle gab, welche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners wie ein Konkursverwalter anfechten konnte. Führte die Geschäftsaufsicht nicht zum Ziele und kam es schließlich doch zum Konkurs, dann griffen zugunsten der Masse die Vorschriften der KO. ein, der Verwalter konnte sein Anfechtungsrecht ausüben und Aufrechnungen, welche dem § 55 Nr. 3 KO. widersprachen, erwiesen sich als unzulässig, mochten sie auch schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erklärt worden sein (RG. 85, 40<sup>1)</sup>), also z. B. während schwebender Geschäftsaufsicht. So bot das Fehlen einer dem § 55 Nr. 3 KO. entsprechenden Vorschrift in dem § 8 GeschluffWD. nichts Auffallendes, es fand in dem § 55 Nr. 3 KO. selbst seinen Ausgleich und gerade § 8 GeschluffWD. erforderte von diesem Standpunkt des Gesetzes aus, daß die sechs Monate der §§ 55 Nr. 3 und 33 KO. möglichst weit vor die Konkursöffnung zurückreichen.

5. Am 1. Okt. 1927 ist an die Stelle der GeschluffWD. das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) v. 5. Juli 1927 (RGBl. I 139) getreten. Dem § 75 GeschluffWD. entspricht hier § 87, in dessen Abs. 2 es heißt: „In die im § 31 Nr. 2, in den §§ 32, 33, 55 Nr. 3 und im § 183 Abs. 2 KO. bezeichneten Fristen wird die seit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens verstrichene Zeit nicht eingerechnet.“ Gewiß ist dadurch, daß neben dem § 33 auch der § 55 Nr. 3 KO. besonders erwähnt wird, jeder Zweifel beseitigt worden, aber nach den früheren Darlegungen wäre das Gesetz auch völlig klar, wenn es nur den § 33 KO. angeführt und es der entsprechenden Anwendung dieses § 33 im Rahmen des § 55 Nr. 3 KO. überlassen hätte, dem Grundgedanken des § 87 der Vergleichsordnung auch hier Raum zu verschaffen. Keinesfalls kann aus der Fassung der Vergleichsordnung durch einen sog. Schluß vom Gegenteil etwas gegen den oben gefundenen Inhalt und Sinn des § 75 GeschluffWD. hergeleitet werden.

6. Danach war die Zeit der Geschäftsaufsicht in die streitige Frist von sechs Monaten nicht einzurechnen.

(U. v. 7. Juni 1929; 547/28 VII. — Hamm.) [Ru.]

KO. in § 87 VerglD. nichts gegen die Anwendung schon des § 75 GeschluffWD. auf § 55 Nr. 3 KO. gefolgert werden kann. Schon der Entwurf der VerglD. enthält im § 80 (jetzt 87) den § 55 Nr. 3, ohne daß die Begründung zum Entwurf irgendeinen Hinweis darauf enthält, daß eine Abweichung oder Erweiterung des § 75 GeschluffWD. ausgesprochen werden soll.

RA. Dr. J. G. Hübe, Hamburg.

<sup>1)</sup> ZB. 1914, 837.

## Freiwillige Gerichtsbarkeit.

**I.** § 2205 Satz 3 BGB. Die Maßnahme eines Testamentsvollstreckers darf im Grundbuchverkehr dann als in ordnungsmäßiger Verwaltung erfolgend angesehen werden, wenn die Beweggründe für sie substantiiert vorgetragen, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen. †)

Die Hypothek war nach § 17 AufwG. aufwertbar zugunsten der Erben; Verlust ihres Zedtenaufwertungsanspruchs durch gutgläubigen Eigentumswerb des Beschw. zu 1 nach §§ 21 V, 20 AufwG. ist nicht eingetreten (RG. 116, 177<sup>1</sup>). Die Vorschrift des § 2205 Satz 3 BGB., wonach ein Testamentsvollstrecker nicht unentgeltlich verfügen kann, macht eine Prüfung des Vergleichs daraufhin nötig, ob der in der Festsetzung der Vergleichssumme liegende Verzicht auf den sehr viel höheren Aufwertungsanspruch als entgeltliche Verfügung angesehen werden kann. Dabei ist von der feststehenden Rpr. (RG. 81, 364<sup>2</sup>; 105, 246; 117, 97<sup>3</sup>); RG. 3, 278; 5, 308) auszugehen, wonach für Verfügungen des Testamentsvollstreckers das Merkmal der Entgeltlichkeit aus denjenigen der ordnungsmäßigen Verwaltung zu entnehmen ist, indem ein Akt der letzteren die beiden bei der Unternehmung auf Entgeltlichkeit anzuwendenden Prüfungsmaßstäbe, nämlich den objektiven der Wertvergleichung und den subjektiven der Einschätzung von Leistungen, in sich schließt. Dem Widerspruch von Arnheim (MortB. 1929, 275) gegen diese Gleichstellung von Entgeltlichkeit und ordnungsmäßiger Verwaltung kann nicht zugestimmt werden. Arnheim meint, daß z. B. eine Grundstücksveräußerung zu normalem Preise entgeltlich sei, aber nicht in ordnungsmäßiger Wirtschaft erfolge, wenn der Testamentsvollstrecker das Entgelt für eigene Zwecke verwenden wolle und dies bereits bei der Verfügung bezwecke. Eine derartige Veräußerung kann indessen nicht als Akt ordnungsmäßiger Verwaltung angesehen werden, weil es an der zu einem solchen erforderlichen Übernahme des Entgelts in den verwalteten Nachlaß fehlt.

Die Begründung des LG. wird der im vorstehenden vertretenen Beurteilungswiese nicht völlig gerecht. Die Begutachtung der Industrie- und Handelskammer, daß bei Veräußerung von Aufwertungs Hypotheken für den Nov. 1926 ein Barerlös von etwa 70% als angemessen und üblich anzusehen sei, hindert nicht, daß auch ein über 30% hinausgehender Verzicht zu der hier fraglichen Zeit aus den besonderen Geschäftsumständen heraus noch als entgeltliche Verfügung beurteilt werden kann.

Die Frage, in welcher Weise im Grundbuchverfahren eine Würdigung der Geschäftsumstände zwecks Entsch. über Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer auf ihnen beruhenden Verfügung stattfinden kann, ist viel erörtert (vgl. Gütthe-Triebel, GBD. 5, Vorbem. 78 vor § 13 GBD. im allgemeinen u. Anm. 66 zu § 36 für die Testamentvollstreckung insbes.). In der grundlegenden Entsch. des RG.: RGZ. 33, A 164 ist ausgesprochen, daß der Nachweis der Nichtentgeltlichkeit bei Verfügungen eines Testamentsvollstreckers stets erbracht werden müsse, aber nicht durch die im § 29 GBD. bezeichneten Mittel geführt zu werden brauche, vielmehr unter Würdigung auch anderer Beweismittel und nach pflichtmäßigem Ermessen vom GVL. zu entscheiden sei. Das mit diesem Satz Gemeinte ist als richtig aufrechtzuerhalten, die Fassung entspricht aber nicht mehr der gegenwärtigen Rpr. Daß in dem auf Antrag gem. § 13 GBD. stattfindenden Grundbuchverfahren als Nachweismittel nur die in § 29 GBD. bezeichneten Urkunden zugelassen und andere Beweismittel nicht verwendbar

**Zu 1.** Die im Ergebnis durchaus zutreffende Entsch. hat besondere Bedeutung, da sie den Abschluß einer längeren Entwicklung oberstrichterlicher Rechtspredung bildet.

Auf Grund einer in der Rückwirkungszeit abgetretenen Nachlasshypothek haben die Testamentvollstrecker den Zedtenaufwertungsanspruch gegen den späteren Eigentümer gerichtlich geltend gemacht und im Prozesse mit Zustimmung aller Erben einen Vergleich geschlossen, wonach zur Erledigung des Aufwertungsanspruches die sofortige Zahlung einer noch nicht die Hälfte des Aufwertungsbeitrages erreichenden Summe erfolgte. Da Testamentvollstrecker gem. § 2205 Satz 3 BGB. zur Vornahme unentgeltlicher Verfügungen nicht berechtigt sind, so konnte die Lösung der Hypothek im Grundbuch nur erfolgen auf Grund der Feststellung, daß der von den Testamentvollstreckern geschlossene Vergleich als eine entgeltliche Verfügung, d. h. nach feststehender Rpr. als eine im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung liegende Handlung der Testamentvollstrecker, anzusehen war. In dieser Beziehung kommt § 29 GBD. in Betracht, wonach, soweit nicht die betreffende Voraussetzung der Eintragung beim GVL. offenkundig ist, der bezügliche Nachweis durch öffentliche Urkunden zu erfolgen hat. Der Umstand nun, daß die Entgeltlichkeit der Verfügung höchst selten durch Urkunden zu beweisen ist und somit das Festhalten an dem

sind, ist heute allgemein anerkannt. Darin liegt der Unterschied dieses Antragsverfahrens zu dem von Amts wegen nach § 54 GBD. vorzunehmenden Nachprüfungsverfahren, in welchem der § 12 RGZ. gilt, also jegliche Erkenntnisquelle benutzt werden kann (RGZ. 48, 194). Da nun aber für gewisse im Grundbuchantragsverfahren wichtige Beurteilungen, wie insbes. diejenige der Entgeltlichkeit einer Verfügung, die Führung eines Urkundenbeweises meist unmöglich ist, hat die Rpr. die Anwendung allgemeiner Erfahrungssätze in dem Sinne zugelassen, daß für eine durch solchen Satz gestützte Beurteilung es keines Beweises bedürfe, sofern nicht etwa besondere, irgendwie erkennbare Umstände des Einzelfalls die Anwendung des allgemeinen Satzes hindern. Grundlegend hierfür ist RG. 69, 257<sup>4</sup>), wo die Natur der Sache und die Sachlage verwertet sind zu dem Zwecke, für das daraus Erschellende einen weiteren Nachweis entbehrlich zu erklären. Die Auffindung derartiger allgemeiner, aus der Natur der Sache gegebener Erfahrungssätze ist Aufgabe der Rpr. Für die Beurteilung der Entgeltlichkeit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung ist RGZ. 38, A 223 der allgemeine Satz aufgestellt worden, daß Entgeltlichkeit annehmbar sei, wenn die Eintragungsbewilligung Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäfts sei. Der hierin stekende Gedanke ist offenbar der, allgemeine Tatsache, daß bei einem derartigen Geschäft jede Partei ihre Interessen wahrzunehmen und so weit zur Geltung zu bringen pflegt, daß der als auf ein entgeltliches Geschäft gerichtete Wille tatsächlich nicht unentgeltlich zur Verwirklichung gebracht ist. Ob dieser allgemeine Satz auf einen einen Teilverzicht enthaltenden Vergleich anwendbar ist, mag hier dahingestellt bleiben. Über diesen vom einzelnen Geschäft ausgehenden Satz ist auch versucht worden, für die Tätigkeit einer durch irgendeine Rechtsstellung mit der Verwaltung fremden Vermögens betrauten Person zu einem allgemeinen Erfahrungssatz zu gelangen. Die RG. 65, 222<sup>5</sup>) gebrauchte Wendung, daß solche Personen erfahrungsgemäß nur selten zum Nachteil der von ihnen vertretenen handelten (vgl. auch Gütthe, A. 78 vor § 13), ist nicht recht überzeugend. Zu einem allgemeinen Satz läßt sich hier nur gelangen, wenn das Besondere der betreffenden Rechtsstellung zum Ausgangspunkt der Beurteilung gemacht wird. Bei der Testamentvollstreckung ist das Kennzeichnende, daß der Vollstrecker unabhängig von jeder gerichtlichen Aufsicht und unter Ausschließung der Erben (RG. 74, 218; 105, 249) sein Amt unter Haftbarkeit diesen gegenüber für Verschulden (§ 2219 BGB.) zu führen hat. Der Testamentvollstrecker hat also weder die Deckung des Vormundes durch gerichtliche Genehmigung bei wichtigeren Geschäften noch diejenige des Vorerben durch Zustimmung des Nacherben, die letzterer nach § 2120 BGB. aus dem Bedürfnis ordnungsmäßiger Verwaltung zu erteilen hat. Für die Frage, ob eine Handlung des Testamentvollstreckers ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, muß demnach sein Ermessen in höherem Grade als in anderen Fällen maßgebend und, sofern es pflichtgemäß, d. h. unter Verfolgung der berechtigten Interessen der Erben, und verständlich ausgeübt wird, ausschlaggebend sein. Daraus läßt sich der allgemeine Satz entnehmen, daß die Maßnahme eines Testamentvollstreckers dann als in ordnungsmäßiger Verwaltung erfolgend angesehen werden darf, wenn die Beweggründe für sie substantiiert vorgetragen, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen.

In einer Reihe von mit der Aufwertung zusammenhängenden Fällen hat der Senat unter dieser Beurteilung entschieden. Er hat z. B. die Veräußerung einer Aufwertungshypothek zu etwa 75% als Akt ordnungsmäßiger Verwaltung angesehen, weil als Beweggrund die Gewinnung von Barmitteln zwecks Steuerzahlung und die Aussicht zu vorteilhafter Anlegung des überrestes ein-

Erfordernis des Urkundenbeweises in vielen Fällen eine Lahmlegung des Grundbuchverkehrs zur Folge haben müßte, hat zu einer Rechtspredung geführt, welche zunächst auch andere Beweismittel und in der Folge, ohne andere Beweismittel zu fordern, allein die Anwendung allgemeiner feststehender Erfahrungssätze auf den vorgetragenen Sachverhalt für zulässig und genügend erklärt hat. In dieser Beziehung kommen besonders RG. 65, 222; 69, 257 in Betracht. In letzterer Entsch. ist die Entbehrlichkeit eines Beweises darauf gestützt, daß diejenigen Fälle, in denen die Unentgeltlichkeit der Verfügung durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen werde, ebenso zu behandeln seien, wie wenn die Tatsachen beim GVL. offenkundig seien. Die Rpr. des RG. hat die Anwendung allgemeiner Erfahrungssätze auf den Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügungen zunächst nur in beschränkter Weise zugelassen, ist jedoch nunmehr anlässlich der Beurteilung von Testamentvollstrecker Verfügungen in Aufwertungs-fällen zur Anerkennung des in der vorl. Entsch. bestimmt ausgesprochenen allgemeinen Satzes gelangt, wonach allein die Erklärung der Testamentvollstrecker über die Beweggründe zur Vornahme der Verfügung der Beurteilung zugrunde zu legen ist. Gütthe-Triebel, GBD. 1, 259, formuliert dies sachlich übereinstimmend dahin, daß die Erklärung der Testamentvollstrecker über die von

1) JW. 1927, 1626. 2) JW. 1913, 494. 3) JW. 1927, 1823.

4) JW. 1908, 683. 5) JW. 1907, 212.

wandfrei dargelegt wurde. Er hat andererseits eine Lösungs- bewilligung über eine Markhypothek nicht als Akt ordnungs- mäßiger Verwaltung anerkannt, weil die Aufwertungsöglichkeit im unklaren geblieben war. Ein einheitlicher, gleichmäßiger Ge- sichtspunkt für derartige in der Gegenwart vielfach vorkommende Fälle läßt sich nur durch Aufstellung des vorstehenden allgemeinen Satzes gewinnen.

Die Anwendung dieses Satzes auf den vorl. Fall ergibt Fol- gendes: Der Beweggrund, Umkehrung der Aufwertungshypothek in bar, ist wegen der für eine solche bestehenden gesetzlichen Bindung hinsichtlich Verzinsung und Rückzahlung verständlich; nicht etwa nur vom Interesse der nicht mehr unter Testamentsvollstreckung stehen- den Erben, sondern auch vom Standpunkt der noch unter solcher stehenden Erbinnen aus. Das Einverständnis der letzteren, die als verheiratet offenbar nicht mehr minderjährig sind, ist zwar nicht rechtlich bedeutungsvoll, kommt aber für die Anwendung des obigen Satzes in Betracht. In bezug auf die allerdings erheblich unter 75% bleibende Höhe des Barerlöses müssen die gerichtsbekanntesten allgemeinen Umstände des Kapitalmangels und des hohen Zins-fußes beachtet werden. Der Vergleich erscheint hiernach nach Beweg- gründen und Umständen völlig aufgedeckt.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 20. Juni 1929, I X 288/29.)

Mitgeteilt von H. Dr. Kurt Sachs, Berlin.

## Oberlandesgerichte.

Berlin.

### a) Zivilsachen.

I. §§ 114 ff. ZPO. Mit Litauen ist die Gegenseitig- keit i. S. § 114 Abs. 2 ZPO. verbürgt. †)

Der Antrag des Bekl. um Bewilligung des Armenrechts ist durch Beschluß des OLG. zurückgewiesen worden, weil der Bekl. als litauischer Staatsangehöriger mangels Verbürgung der Gegen-

ihnen vorgenommene Verfügung in Verbindung mit der allge- meinen Lebenserfahrung einen grundbuchrechtlich ausreichenden Nachweis für die Entgeltlichkeit des Geschäftes erbringt.

In der Begründung der vorl. Entsch. dürfte allerdings das besondere Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers ent- nommene Argument zu beanstanden sein, da der Schluß auf die größere Maßgeblichkeit des Ermeßens des Testamentsvollstreckers keineswegs zwingend ist. Die nunmehr anerkannte freiere Hand- habung bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit der Verfügung er- klärt sich eben hinreichend aus dem dringenden Bedürfnis des Grundbuchverkehrs.

Was die tatsächlichen Angaben der Testamentsvollstreck- er über die Beweggründe zum Abschluß des Vergleichs betrifft, so sind diese von vornherein um so überzeugender, als es sich um einen Prozeßvergleich mit Zustimmung aller Erben handelt, bei welchem erfahrungsmäßig jeder Teil seinen Vorteil zu finden sucht und schon dadurch eine Unentgeltlichkeit ausgeschlossen wird. Im übrigen rechtfertigt sich der vergleichsweise gewährte Nachlaß als ein Akt ordnungsmäßiger Verwaltung der Testamentsvoll- strecker schon aus dem dargelegten besonderen Kapitalbedürfnis der Erben und aus der offenbar gerade deshalb erfolgten Zu- stimmung sämtlicher Erben.

H. Emil Behrens, Hamburg.

Zu 1. I. Der Beschluß hatte die Frage zu entscheiden, ob in Litauen bezüglich des Armenrechts die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Bisher ist allgemein (vgl. Stein-Jonas, § 114 Anm. 46, 14. Aufl., S. 395; Magnus, Tabellen I, 49) angenommen, daß die Gegenseitigkeit im Verhältnis zu Litauen nicht verbürgt sei. Diese Auffassung ist damit begründet, daß nach der in Estland, Litauen und Lettland noch geltenden russischen ZPO. das Armen- recht zwar auch Ausländern gewährt werden könne, das Armen- recht aber praktisch wertlos sei, weil es keine Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung zur Folge habe. Das RG. ist zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt, weil der neue deutsch- litauische Handelsvertrag v. 30. Okt. 1928 die Deutschen in Litauen von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung gem. Art. 571 Nr. 5 der russischen ZPO. (entsprechend § 110 ZPO.) befreit habe. Hierzu ist die Frage aufzuwerfen, ob die Frage der Verbürgung der Gegenseitigkeit bezüglich des Armenrechts überhaupt mit der Frage der Rautionspflicht im Zusammenhang steht. Mit Recht führt der Beschluß aus, daß die aus Art. 590 ff. sich ergebende eventuelle Rautionspflicht des Bekl. nicht in Betracht komme; insoweit ist dem Beschluß vollen Umfangs beizutreten. M. E. kommt es aber auch für die Frage, ob bekl. Litauern das Armenrecht zu ge- währen ist, nicht darauf an, ob in Litauen klagende Deutsche Sicherheit für die Prozeßkosten zu leisten haben. Der von Stein- Jonas a. a. D. herangezogene Gesichtspunkt der Wertlosigkeit

feitigkeit in Litauen keinen Anspruch auf Bewilligung des Armen- rechts habe. Die Beschwerde ist begründet.

Nach § 114 Abs. 2 ZPO. haben Ausländer auf das Armen- recht nur insoweit Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Nach Art. 4 des seit 22. Febr. 1929 in Kraft befindlichen litauischen Handels- und Wirtschaftsvertrages v. 30. Okt. 1928 (RGBl. 1929, II, 10, 131) genießen die Angehörigen eines jeden der beiden Ver- tragsstaaten im Gebiete des anderen in Beziehung auf den gericht- lichen und behördlichen Schutz ihrer Person und ihrer Güter die gleiche Behandlung wie die Inländer; sie haben auf dem Gebiete des anderen Staates zur Verfolgung und Verteidigung ihrer Rechte freien Zutritt zu den Gerichten und anderen, dem Rechtsschutz dienenden Organen und genießen in dieser Beziehung die gleichen Rechte, die den Inländern zustehen. Sie sollen, wie diese, frei sein, ihre Anwälte und sonstigen Rechtsbeistände unter denjenigen Personen auszuwählen, die zur Ausübung dieses Berufes nach den Gesetzen des Landes zugelassen sind. Diese Gleichstellung der An- gehörigen der beiden Vertragsstaaten im Verträge genügt aber nicht, um die Gegenseitigkeit als i. S. des § 114 Abs. 2 ZPO. verbürgt erscheinen zu lassen. Vielmehr ist hierzu materielle Gegenseitigkeit erforderlich; es muß hinzukommen, daß auch in Litauen das Armenrecht Ausländern auf Grund Gesetzes oder tat- sächlich, aber rechtlich gesicherter Übung gewährt wird; auch darf das Armenrecht, wenn sein Umfang auch nicht im einzelnen dem § 115 ZPO. genau zu entsprechen braucht, doch in seinen Wir- kungen nicht so eng begrenzt sein, daß der armen Partei die Prozeßführung praktisch unmöglich ist (Stein-Jonas, ZPO., § 114 III). In Litauen gilt noch die alte russische ZPO. Diese sieht in Art. 880 ff. die Erteilung des Armenrechts vor. Kann dies so- nach Inländern erteilt werden, so steht es auch Deutschen in Litauen zu, da nach Art. 4 des Deutsch-Litauischen Handels- und Wirtschaftsvertrages diese den Inländern gleichgestellt sind. Es kann sich also nur fragen, ob, wie Stein-Jonas a. a. D. Anm. 46 annimmt, das in Litauen gewährte Armenrecht praktisch wertlos ist, da es keine Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheits- leistung bewirkt. Diese Frage ist aber zu verneinen. Eine Ver- pflichtung zur Sicherheitsleistung in Prozeßsachen besteht nach der

des Armenrechts wegen Nichtbefreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung kann nur insoweit in Betracht kommen, als der Ausländer in der Prozeßrolle des Kl. auftritt. Ebenso wie es für die Frage der Gegenseitigkeit auf sonstige individuelle Eigen- schaften — Grundbesitz, Wohnsitz — der ausländischen Prozeßpartei ankommt, muß auch — und zwar erst recht — die Stellung des Ausländers als Prozeßpartei berücksichtigt werden. Sucht ein in Deutschland bekl. Litauer das Armenrecht nach, so kommt es nur darauf an, ob einem in Litauen bekl. Deutschen das Armen- recht gewährt wird, und es kann die Verbürgung der Gegenseitig- keit nicht deshalb zuungunsten des bekl. Litauers gelehrt werden, weil ein in Litauen klagender Deutscher ein praktisch verwertbares Armenrecht nicht erlangen kann. Es konnte deshalb die Frage, ob in Litauen klagende Deutsche — mit oder ohne Gewährung des Armenrechts — zur Sicherung der Prozeßkosten verpflichtet sind, für die Entsch. über das Armenrechtsgesuch des bekl. Litauers dahingestellt bleiben; es war aus den angeführten Grün- den ohne weiteres i. S. des Beschlusses zu erkennen.

II. Daß die Behandlung der Frage, ob klagende Deutsche in Litauen — und entsprechend natürlich klagende Litauer in Deutsch- land — zur Sicherstellung der Prozeßkosten verpflichtet sind, nicht notwendig war, nimmt der Erörterung und Verneinung dieser Frage in dem Beschlusse natürlich nicht ihre Bedeutung. Es sei daher zu den diesbezüglichen Erörterungen des Beschlusses eben- falls Stellung genommen:

Der Beschluß verneint die Verpflichtung zur Sicherheits- leistung für die Prozeßkosten auf Grund der angeführten Be- stimmungen des § 4 des Vertrages vom 30. Okt. 1928. Von Be- deutung sind insoweit speziell die Bestimmungen, durch die Aus- ländern freier Zutritt zu den Gerichten gewährt wird und die ihnen in genauer bestimmtem Umfang die gleichen Rechte, die den Inländern zustehen, gewähren. Ähnliche Klauseln fanden und fin- den sich in vielen völkerrechtlichen Verträgen. Daß die Klausel der Gewährung freien Zutritts zu den Gerichten die Verpflichtung der Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten nicht beseitigt, ist in Prozeßwissenschaft (Stein, Bemerkung zur Entsch. des RG. v. 26. Nov. 1921: ZB. 1922, 168; Stein-Jonas, § 110 Anm. 17, 14. Auflage, S. 383) und Rpr. (RG. 104, 189) seit längerer Zeit unstreitig. Bezüglich der Klausel der Gleichstellung mit den Inländern hält Stein-Jonas (§ 110 II 1 Abs. 3 Satz 2, 14. Aufl., S. 383) die Auslegung des einzelnen Vertrages für maßgebend und lehnt die Wirkung der Befreiung von der Sicherungs- pflicht dann ab, wenn freier Zutritt gewährt und „in dieser Hin- sicht“ eine Gleichstellung erfolgt. So entnimmt er z. B. dem deutsch-litauischen Vertrag v. 28. Juni 1926 und dem alten deutsch- litauischen Vertrag v. 1. Juli 1923, welche beide den Ausländern freien Zutritt zu den Gerichten gewähren und ihnen in dieser Hin- sicht alle Rechte und Befreiungen geben, die den Inländern zu-

alten russischen ZPD. nach dem Gutachten des Osteuropa-Instituts in Breslau v. 13. Mai 1929 (Bl. 65 d. A.) nicht. In dem von den Gerichtskosten handelnden 4. Titel derselben (Art. 839—890) findet sich keine Vorschrift, die die Verpflichtung einer oder der anderen Partei zur Sicherheitsleistung anordnet. Daß der Kl. a. l. g. gemein dem Bekl. Sicherheit zu leisten habe, ist ebenfalls nicht vorgeschrieben. In Art. 571 Nr. 5 ist dem Bekl. eine Einrede nur dann gegeben, wenn ein Ausländer, der nicht in russischen Diensten steht und in Rußland kein unbewegliches Vermögen besitzt, nicht eine Sicherstellung der Prozeßkosten oder derjenigen Verluste leistet, welche dem Bekl. erwachsen können. Diese Bestimmung hat aber, soweit es sich um deutsche Reichsangehörige handelt, durch den erwähnten Art. 4 des Deutsch-Litauischen Handels- und Wirtschaftsvertrages seine Bedeutung verloren. Eher ließe sich an eine Verpflichtung des Bekl. zur Sicherheitsleistung denken. Denn die Art. 590 ff. enthalten Vorschriften über eine dem Bekl. aufzuerlegenden Sicherstellung der Klagen, die gleich bei Beginn der Sache oder im Laufe der weiteren Verhandlung in denjenigen Fällen zulässig sein soll, in denen das Gericht nach Erwägung der Beweismittel des Kl. erfieht, daß die Nichtsicherstellung einer glaubwürdig erscheinenden Klage den Kl. der Möglichkeit der Bestrafung berauben kann. Durch die Anordnung einer derartigen Sicherstellung der Klage, die etwa dem dinglichen Arrest der deutschen ZPD. entspricht, wird aber der Bekl. in seiner Verteidigung gegen die Klage nicht beschränkt, und es kann deshalb keine Rede davon sein, daß die Bewilligung des Armenrechts für ihn ohne Bedeutung sei, weil die Möglichkeit besteht, daß er zu einer Sicher-

stellung der Klage angehalten werden kann, zu der er vielleicht außerstande ist. Hiernach muß i. S. des § 114 Abs. 2 ZPD. die Gegenseitigkeit in Litauen als verbürgt angesehen werden, und die Verlegung des Armenrechts allein aus dem Grunde, weil der Bekl. litauischer Staatsangehöriger ist, ist daher nicht gerechtfertigt.

(RG., 8. Zivilsen., Beschl. v. 4. Juni 1929, 8 W 2714/29.)

\*

2. § 322 ZPD. gilt nur für das ordentliche Prozeßverfahren. †)

In den Sonderverfahren, betr. Arrest und einstweilige Verfügung, die ihrer Natur nach nur auf vorläufige Maßnahmen abzielen und von dem jeweiligen Maß der Glaubhaftmachung abhängen, ist in den Bestimmungen für die Sonderverfahren auf diese Vorschrift nirgends Bezug genommen. Eine positive Rechtskraft kommt von vornherein nicht in Frage. Aber auch zur negativen Rechtskraft des abweisenden Urteils liegt kein Anlaß vor. Ganz unbillig wäre es, die Wiederholung eines abgewiesenen Arrestgesuches selbst bei Beibringung neuer Unterlagen auszuschließen. Läßt man aber diese zu, dann hat es auch wenig Wert, die Wiederholung von der Beibringung neuer Unterlagen abhängig zu machen. Denn die Glaubhaftmachung des Arrestanspruches und -grundes ist dauernd in Fluß und kann stets einer verschiedenen Beurteilung unterliegen; eine Unterscheidung danach, ob das Material zur Glaubhaftmachung wesentlich oder nur unwesentlich ergänzt ist, ließe sich also ohne erneute Prüfung von Arrestforderung und -grund praktisch

stellen, keine Befreiung von der Sicherungspflicht (§ 110 Anm. 60, 14. Auflage, S. 385). Der obige Beschluß des RG. befaßt sich mit dem neuen litauischen Vertrag v. 30. Okt. 1928. Dieser enthält im Gegensatz zum alten außer der Gewährung des freien Zutritts und der Gleichstellung „in dieser Hinsicht“ — welche beide in beiden Verträgen enthalten sind — noch die besondere im Beschlusse erwähnte Garantie der gleichen Behandlung der Ausländer mit den Inländern in bezug auf den gerichtlichen und behördlichen Schutz. Mit Recht hat das RG. aus einer so umfassenden Gleichstellungsklausel die Wirkung der Befreiung von der Kostensicherungspflicht gefolgert. Die Bestimmungen des Vertrages lassen sich nur dahin lesen, daß die Gleichstellung mit den Inländern, die ja zweimal ausgesprochen ist, eine vollständige sein sollte. Mehr kann als Voraussetzung für die Befreiung von der Kostensicherungspflicht nicht erforderlich werden. Auch von dem von Stein-Jonas a. a. D. Anm. 60 vertretenen Standpunkt aus, muß Befreiung angenommen werden. Der Beschluß ist daher auch insoweit, als er die Verpflichtung von Litauern zur Sicherung der Prozeßkosten verneint, zutreffend. Daraus folgt im übrigen auch, daß jetzt auch klagenden Litauern das Armenrecht zu gewähren ist.

III. Bemerkte sei, daß Angehörige Estlands, da der deutsch-estnische Vertrag v. 27. Juni 1923 (RGBl. II, 161) ausdrücklich eine Regelung der Sicherheitsleistung ablehnt, sicherungspflichtig sind; die Gegenseitigkeit der Armenrechtsgewährung ist daher für Kl. aus den bei Stein-Jonas a. a. D. angeführten Gründen nicht verbürgt, wohl aber m. E. — aus den obigen Gründen — für bekl. Angehörige Estlands.

IV. Bezüglich der Kostensicherungspflicht der Letzten entscheidet die Auslegung des Vertrages v. 28. Juni 1926 (RGBl. II, 631), dessen § 4 mit Art. 3 des oben erwähnten alten litauischen Vertrages fast wörtlich und inhaltlich ganz übereinstimmt. Es kommt hier darauf an, ob man der Auslegung von Stein-Jonas a. a. D. beitrifft und der Gleichstellungsklausel deshalb die befreiende Wirkung abspricht, weil sie durch die Worte „in dieser Hinsicht“ auf die — bezüglich der Befreiung wirkungslosen — Klausel der Gewährung des freien Zutritts hinweist. Berücksichtigt man den Wortlaut des § 4, welcher lautet:

„Die Angehörigen eines jeden der vertragsschließenden Teile sollen freien Zutritt zu den Gerichten und den diesen gleichgestellten Behörden haben, zur Verfolgung und Vertretung ihrer Rechte, und in dieser Hinsicht alle Rechte und Befreiungen genießen, die den Inländern zustehen. Sie sollen wie diese befugt sein, sich in jeder Rechtslage der durch die Landesgesetze zugelassenen Anwälte, Bevollmächtigten oder Beistände zu bedienen.“

so wird man eine Auslegung für natürlicher halten müssen, welche die Worte „in dieser Hinsicht“ auf „Verfolgung und Vertretung ihrer Rechte“ bezieht und deshalb die Letzten als befreit, also den Litauern gleichgestellt ansehen. Hinzukommt, daß es überhaupt bedenklich ist, der Gleichstellungsklausel, wenn sie isoliert befreiende Wirkung hat, diese deshalb abzuspochen, weil sie auf die — wirkungslose — Klausel des freien Zutritts verweist. Wenn diese Bestimmung auch allein keine befreiende Wirkung hat, so kann sie doch nicht so befreiend abspochen sein, daß eine Verweisung auf sie in der Gleichstellungsklausel dieser, die ihr an sich innewohnende befreiende Wirkung nehmen kann.

RA. Dr. Georg Peterßen, Hamburg.

Zu 2. Unstreitig ist, daß ein durch Beschluß oder Urteil formell rechtskräftig abgewiesener Arrestantrag erneut gestellt werden kann, wenn neue Tatsachen glaubhaft gemacht werden, die nunmehr den Erlaß eines Arrestes gerechtfertigt erscheinen lassen. Die abweichenden Ansichten beginnen jedoch schon mit der Frage, ob zur Zulässigkeit des erneuten Arrestantrages eine bessere Glaubhaftmachung der bereits früher angeführten Tatsachen genügt (s. RG. 33, 415), oder ob eine Ergänzung der Glaubhaftmachung, die sich lediglich auf die früher gebrachten Tatsachen beschränkt, nicht ausreicht (so Stein-Jonas, 14. Aufl. 1929, zu § 922 VI). Die obige Entsch. des RG. lehnt es ab, zwischen einer wesentlichen oder unwesentlichen Ergänzung der Glaubhaftmachung einen Unterschied zu machen; sie führt daher zu dem Ergebnis, daß jedes abgelehnte Arrestgesuch nochmals gestellt werden kann, und zwar auch dann, wenn das neue Gesuch mit dem abgelehnten Gesuch inhaltlich übereinstimmt (a. A. RG. 33, 419).

Mit Recht stellt das RG. seine Entscheidung ab auf die Anwendbarkeit des § 322 ZPD., also auf die Beantwortung der Frage, ob Beschlüsse oder Urteile in Arrestsachen der sog. materiellen Rechtskraft fähig sind. Diese Frage ist mit dem RG. zu verneinen.

Es ist davon auszugehen, daß das Verfahren betr. Arrest (und Einstw. Verf.) in der ZPD. eine besondere Regelung erfahren hat, das von dem ordentlichen Verfahren wesentlich verschieden ist und auch nicht mit den besonderen Prozeßarten (z. B. Wechsel- und Urkundenprozeß, Ehefachen, Mahnverfahren), die von dem ordentlichen Verfahren nur in einigen Einzelheiten abweichen, in eine Reihe gestellt werden darf. Schon allein daraus ergibt sich, daß die §§ 253 ff., 300 ff. ZPD. mangels besonderen Hinweises nur dann angewendet werden dürfen, soweit die Vorschriften über das Arrestverfahren selbst zweifelsfrei darauf hinweisen. Ein solcher mittelbarer Hinweis (z. B. mündl. Verhandlung [§§ 921, 922, 924], Entsch. durch Art. [§§ 922, 925]) genügt nicht; er bezieht sich nur auf die prozeßrechtlichen Formvorschriften, nicht dagegen ohne weiteres auf die sonstigen Rechtswirkungen, z. B. des § 322 ZPD.

Die Tatsache, daß das Arrestverfahren in 8. Buch der ZPD. geregelt ist, sagt an sich noch nichts gegen die Anwendbarkeit des § 322 ZPD. Trotz dieser Anordnung ist es kein Teil der Zwangsvollstreckung, sondern ein gerichtliches Erkenntnisverfahren, wenn auch besonderer Art. Dagegen spricht der Wortlaut des § 322 ZPD. dafür, daß er auf das Arrestverfahren nicht anwendbar ist. Die Rechtskraftwirkung des § 322 ZPD. bezieht sich nur auf Ansprüche, über die durch Klage oder Widerklage entschieden ist. Im Arrestverfahren ist aber die Bezeichnung Klage absichtlich vermieden, eben weil es keine Klage i. S. der §§ 253 ff., 300 ff. ZPD. ist. Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 322 ZPD. ist aber eine solche Klage oder Widerklage. Ferner handelt es sich im Arrestverfahren nicht um einen Anspruch i. S. des § 322 ZPD. Der Arrest (und die Einstw. Verf.) haben den Zweck, einen Anspruch i. S. des § 322 ZPD. zu sichern; der Anspruch auf Erlaß eines Arrestes kann daher selbst kein Anspruch gem. § 322 ZPD. sein und die Entscheidung über den Arrestantrag kann daher auch keine selbständige Bedeutung haben. Sie steht in einem Bedingungsverhältnis zu dem Hauptanspruch, d. h. zu dem Anspruch i. S. des § 322 ZPD.

Zu übrigen widerspricht der Zweck des Arrestverfahrens einer Anerkennung der materiellen Rechtskraft. Voraussetzung der Rechtskraftwirkung ist eine endgültige Entscheidung, die hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs zwischen den Parteien Rechtsgewißheit schafft. Eine solche bindende Wirkung kann grundsätzlich nur die end-



kann durchführen. Vor mutwilliger Belästigung durch wiederholte Arrestgesuche schützt gegebenenfalls ein Anspruch aus § 826 BGB.; dergleichen kommt hierbei aber auch nicht in Frage.

(RG., 5. Zivilsen., Art. v. 6. Okt. 1928, 5 U 9623/28.)

Mitgeteilt von M. L. Aron, Berlin.

**3. § 807 ZPO.** Der Schuldner ist zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet, wenn an den gepfändeten Gegenständen Interventionsansprüche geltend gemacht werden.†)

Die Verpflichtung des Schuldners zur Offenbarung seines Vermögens besteht nach § 807 ZPO., wenn die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder wenn dieser glaubhaft macht, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne. Dem Erfordernis einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers ist aber nicht schon dadurch genügt, daß von dem Gerichtsvollzieher überhaupt Sachen des Schuldners gepfändet worden sind ohne Rücksicht darauf, ob sie von dritter Seite auf Grund eines die Veräußerung hindernden Rechtes in Anspruch genommen werden. Vielmehr erfordern die berechtigten Belange des Gläubigers, daß ihm der Zugriff in solche Sachen des Schuldners ermöglicht wird, aus denen er Befriedigung für seinen Anspruch finden kann, ohne der Ungewißheit eines Interventionsprozesses ausgesetzt zu sein. Ob derartige Gegenstände beim Schuldner vorhanden sind, darüber soll die Offenlegung des Vermögens des Schuldners und dessen Eidesleistung dem Gläubiger Aufklärung geben.

(RG., 11. Zivilsen., Beschl. v. 9. Okt. 1928, 11 W 8886/28.)

Mitgeteilt von ROR. v. Bonin, Potsdam.

**4. § 890 ZPO.** Wegfall des Rechtsschutzinteresses an der Festsetzung einer Strafe. Festsetzung einer Strafe, obwohl Wiederholung der Zuwiderhandlung nicht möglich ist.†)

Die Firma A., die Antragstellerin, hatte aus einem vollstreckbaren Titel Ansprüche aus einem Kaufvertrage gegen eine Firma B., bezüglich deren sie Befriedigung nicht erlangen konnte. Sie erhob

gültige Entscheidung, die wirklich den Prozeß beendet, beanspruchen (vgl. näher Stein-Jonas, zu § 322 IV). Dagegen sind die Entscheidungen im Arrestverfahren stets vorläufiger Art; sie bezwecken nicht die endgültige Regelung des streitigen Rechtszustandes zwischen den Parteien. Mit dieser Vorläufigkeit ist aber die Rechtskraft i. S. des § 322 ZPO. vereinbar. Bei der Prüfung eines Arrestantrages ist für das Gericht maßgebend die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der Sicherung des streitigen Anspruchs; hierbei hat es nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen zu handeln (vgl. insbes. § 938 Abs. 1 ZPO.). Es besteht also zwischen dem Arresturteil und dem Urteil im ordentlichen Verfahren ein so gewichtiger Unterschied, der die Verneinung der Anwendbarkeit des § 322 ZPO. notwendig zur Folge hat (so RG. 24, 371; Mann, 3. Aufl. 1926, 879 zu § 922, aber S. 858 Vorbem. zu § 916 ZPO.; ferner Cohn: JW. 1915, 1338, 1421 jedoch mit anderer Begründung).

Es ist daher zulässig, ein Arrestgesuch erneut mit dem gleichen tatsächlichen Vorbringen und mit der gleichen Glaubhaftmachung zu stellen, und dem Gericht ist eine andere rechtliche Beurteilung desselben Tatbestandes nicht verwehrt.

M. Her m. Hoff, Hamburg.

Zu 3. Der Beschl. kann in dieser allgemeinen Fassung nicht gestützt werden. Es wird immer auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen, um feststellen zu können, ob die Pfändung nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt hat oder durch die Pfändung eine vollständige Befriedigung nicht erlangt werden kann. Mit Recht weist das RG. darauf hin, daß dem Gläubiger der Zugriff in solche Sachen des Schuldners ermöglicht werden muß, aus denen er Befriedigung für seinen Anspruch finden kann, und daß der Offenbarungseid eben dazu dient, festzustellen, ob derartige Gegenstände beim Schuldner vorhanden sind. Ergibt sich aus dem Verhalten des Schuldners, daß eine alsbaldige Befriedigung des Gläubigers durch die Pfändung nicht zu erwarten ist, so wird der Gläubiger von ihm den Offenbarungseid verlangen können. Das gilt z. B. in dem Fall, daß der Schuldner bei der Pfändung alle vorhandenen Sachen als fremdes Eigentum bezeichnet.

Wird vom Gläubiger gepfändet und von dritter Seite interveniert, so wird der Gläubiger es nicht erst auf die Entsch. des Interventionsprozesses ankommen lassen müssen. Wenn er aber nicht glaubhaft macht, daß außer den Sachen, die von dritter Seite herausverlangt werden, keine pfändbaren Sachen vorhanden sind, die seinen Anspruch decken, so wird der Gläubiger, ob er nun sofort freigeht oder den Interventionsprozeß durchführt, zunächst einmal durch einen neuen Pfändungsversuch anderweitige Befriedigung suchen müssen und erst dann, wenn dieser anderweitige Versuch erfolglos war, den Offenbarungseid verlangen können.

M. Dr. Herbert Samson, Hamburg.

deshalb Anfechtungsklage gegen eine Firma N., an die nach ihrer Behauptung durch die Firma B. Vermögensgegenstände verschoben waren. Zur Sicherung des Erfolges der Anfechtungsklage erwirkte sie gegen die Firma N. eine Einstw.Berf., durch die der Firma N. bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Anfechtungsprozesses die Veräußerung gewisser auf einem Grundstück befindlicher Sachen bei Strafe verboten wurde.

Die Antragstellerin A. beantragte gegen die Firma N. Festsetzung einer Strafe gem. § 890 ZPO., weil die Firma N. entgegen dem Verbot die gesamten Sachen veräußert habe. Die Antragsgegnerin bestritt ein schutzwürdiges Interesse der Antragstellerin an der Festsetzung der Strafe, weil über das Vermögen der Firma B. der Konkurs eröffnet und die Erfüllung des zwischen A. und B. geschlossenen Kaufvertrages, der die Grundlage des Anfechtungsanspruchs bildet, vom Konkursverwalter abgelehnt worden sei.

Dieses Vorbringen ist nicht schlüssig. Erheblich wäre allenfalls die Behauptung, daß die Einstw.Berf. oder, wenn ein Urteil im Anfechtungsprozeß schon erlassen wäre, dieses rechtskräftig aufgehoben worden wäre, oder die Antragstellerin auf ihre Rechte aus der Einstw.Berf. ausdrücklich verzichtet hätte. Hingegen rechtfertigt die Behauptung, für die die Antragsgegnerin übrigens noch nicht einmal Beweis angetreten hat, daß der Hauptanspruch, der die Grundlage des Anfechtungsanspruchs bildet, eine Veränderung erlitten habe, in keiner Weise den Schluß, daß das Interesse der Antragstellerin an der Durchsetzung des Verbots der Einstw.Berf. weggefallen sei. Im Straffestsetzungsverfahren kann die Antragsgegnerin keinesfalls mit der Behauptung gehört werden, daß die Einstw.Berf. nach ihrer Meinung aufgehoben werden müsse, ganz abgesehen davon, daß die verbotswidrige Handlung zu einer Zeit erfolgt ist, wo die Einstw.Berf. jedenfalls noch Bestand hatte.

Die Zulässigkeit der begehrten Straffestsetzung scheidet übrigens auch nicht daran, daß hier das Verbot einer einmaligen, d. h. nur einmal möglichen, Handlung in Frage steht, nach deren Vollendung ein Zwang zur Verhütung weiterer Zuwiderhandlungen nicht mehr denkbar ist. Es ist zwar in der Rechtsprechung gelegentlich die Ansicht vertreten worden, daß die Straffestsetzung gem. § 890 ZPO. beim Verbot einmaliger Handlungen nach deren Vornahme nicht mehr zulässig sei, weil sie nur den Zweck haben, der Vorbeugung weiterer

Zu 4. Das schutzwürdige Interesse ist an sich Erfordernis für die Straffestsetzung, es ist aber durch den Einwand der Firma N. nicht in Frage gestellt. Hätte der Konkursverwalter die Erfüllung gewährt und hätte er genügend Masse, so könnte vielleicht Wegfall des Interesses behauptet werden. Gerade bei Ablehnung der Erfüllung bleibt das Interesse der Antragstellerin voll bestehen, besonders wenn sie durch die Einstw.Berf. und Strafandrohung schon vor der Konkursöffnung Sicherung erlangt hat. Die Konkursöffnung gibt unter Umständen dem Verwalter die Möglichkeit, die Anfechtung seinerseits weiter zu verfolgen. Daß er dies hier getan hat, ist nicht behauptet. Aber selbst wenn die Antragstellerin das, was sie durch die Anfechtung erlangen könnte, zur Masse herausgeben müßte, behält sie als Konkursgläubigerin immer noch ihr Interesse an der Ausfüllung der Masse. — Den Ausführungen im vorletzten Absatz ist daher zuzustimmen.

Mit der Strafandrohung, welche nach § 890 Abs. 2 ZPO. der Straffestsetzung vorangehen muß, erhält das gerichtliche Verbot erst seine Vollwirkung. Ich nehme an, daß in dem hier behandelten Fall diese Strafandrohung bereits vor dem Verstoß erlassen ist. Dann sind auch die Ausführungen in dem letzten Absatz der Begründung des Beschlusses zutreffend. Es wäre ein unerträglicher Zustand, wenn trotz des gerichtlichen Verbotes und der gerichtlichen Strafandrohung die Zuwiderhandlung sollte straflos vorgenommen werden können.

Die Begründung des Beschlusses gibt aber noch zu zwei Bemerkungen Veranlassung. — Die gelegentlich in der Rechtsprechung vertretene Ansicht, die Straffestsetzung könne gegenüber einer nur einmal möglichen Handlung nicht mehr erfolgen, wenn diese Handlung schon begangen sei, weist der Beschluß im wesentlichen aus dem Grund der Würde der Gerichtsentscheidung zurück. Man muß hinzufügen, diese bekämpfte Ansicht würde die Strafandrohung überhaupt wirkungslos machen, da ihr nie eine Strafe folgen könnte. Nach § 890 Abs. 1 ZPO. kann die Strafe erst festgesetzt werden, wenn der Verstoß erfolgt ist. Die bekämpfte Ansicht will aber in diesem Fall zugleich die Straffestsetzung im Augenblick der Tat als verpätet ansehen. Daß hier eine falsche Auffassung des Erfordernisses „im Dienste der Zwangsvollstreckung“ vorliegt, dürfte klar sein. — Weiter kann überhaupt ein Unterschied in der Wirkung bei der einmal möglichen und den mehrmals möglichen Übertretungen nicht gemacht werden. Bei letzteren würde die bekämpfte Ansicht das gerichtliche Verbot mit Strafandrohung ebenfalls wirkungslos machen. Denn nach dieser Ansicht dürfte die erste Handlung nicht bestraft werden, weil sie nicht mehr verhütet werden kann. Wegen die zukünftig möglichen Handlungen kann sie aber auch nicht wirken, weil eine solche Wirkung einer Straffestsetzung nicht innewohnt. Die Straffestsetzung bezieht sich nach dem klaren Wortlaut des § 890 ZPO. lediglich auf die bereits begangene Tat. Es soll ja auch die Zumessung des Strafmaßes und die Wahl der Strafart nach den Umständen des ein-

verbotswidriger Handlungen zu dienen. Diese Ansicht wird indessen dem Zwecke des § 890 ZPO. nicht gerecht. Sie führt zu dem Ergebnis, daß für das Verbot einer einmaligen Handlung durch EinstwVerf. oder Urteil jeder Strafschutz fehlt, wenn die verbotene Handlung vorgenommen ist. Damit verliert die Gerichtszententscheidung, die das Verbot enthält, einen guten Teil ihrer Würde, da der böswillige Antragsgegner in solchen Fällen regelmäßig gar nichts zu befürchten hat, wenn er die verbotene Handlung vornimmt. Die abgelehnte Ansicht kann unter Umständen sogar als Anreiz wirken, die verbotene Handlung vorzunehmen, bevor eine Strafe festgesetzt ist. Das kann aber der Gesetzgeber unmöglich gewollt haben. Die Strafe aus § 890 ZPO. steht der kriminellen Strafe in den meisten Beziehungen außerordentlich nahe (vgl. hierzu Dertmann-Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts II, 1919, 389 Anm. 42; Jonas-Stein, 12./13. Aufl., § 890 I 3; RG. 36, 417). Sie ist nach letzterem Urteil des RG. jedenfalls auch eine wirkliche Strafe als Sühne für begangenes Unrecht.

(RG., 6. Zivilsen., Beschl. v. 10. Mai 1929, 6 W 3218/29.)

Mitgeteilt von KGM. Keil, Berlin.

\*

5. § 891 ZPO. findet auf eine in einer EinstwVerf., die in Beschlußform ergeht, enthaltene Strafandrohung keine Anwendung. †)

Einer Anhörung der Antragsgegnerin vor Erlass der in der EinstwVerf. selbst enthaltenen Strafandrohung bedurfte es nach der Auffassung des Senats nicht. Aus der Entsch. der VerZivilsen. v. 20. Dez. 1898 (RG. 42, 419 ff.) scheint allerdings die entgegengesetzte Auffassung ableitbar zu sein. Denn hier wird die Strafandrohung als eine Entsch. i. S. § 891 ZPO. behandelt (S. 420), vor der der Schuldner gehört werden muß (S. 424). Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß von den VerZivilsen. des RG. die Notwendigkeit vorheriger Anhörung des Schuldners nach § 891 ausdrücklich nur für die „nachträgliche Strafandrohung“ behauptet wird (S. 424) und daß die bereits im Urteile enthaltene Strafandrohung der nachträglichen Strafandrohung mit größter Schärfe gegenübergestellt wird, indem zwar diese, nicht aber jene als Beginn der Zwangsvollstreckung bezeichnet wird (S. 423). Gerade in diesem Zusammenhang betont die Entsch. mit Recht, daß die Zulassung der Androhung im Urteil auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhe; es wird hier durchaus zutreffend ausgesprochen, daß die Strafandrohung im Urteile am Platze ist, weil Zuwiderhandlungen sofort möglich sind. Dieser Gesichtspunkt führt mit zwingender Überzeugungskraft dazu, daß

zelnem Falle sich richten, so daß immer die Straftat der Strafsetzung vorangehen muß.

Es bleibt also als allein möglich übrig, das Verbot zugleich der Strafandrohung für das Wirkame zu halten. Das Gesetz will eben mit dem gerichtlichen Verbot nebst Strafandrohung die Verhütung erzielen, die Strafandrohung ist schon beginnende Vollstreckung und steht daher in ihrem Dienste. Damit ist die Grundlage gegeben, jede später erfolgende Zuwiderhandlung mit Strafe zu belegen. So sagt auch Stein-Jonas, 14. Aufl. 1929, § 890 Anm. I, zum Unterschied von § 888 habe die Strafe des § 890 ZPO. den Charakter einer echten Rechtsstrafe, die zur Sühnung der begangenen Zuwiderhandlung verhängt werde, sie diene dem Zweck der Verhütung künftiger Zuwiderhandlungen nicht anders, als jede Verbrecherstrafe der Verbrechensverhütung (siehe auch die dort angeführten Motive zum BGB. und die Reihe von Entscheidungen).

Da die Strafandrohung vorangehen muß, ist der das Verbot beantragenden Partei zu empfehlen, gleichzeitig die Strafandrohung zu beantragen, da sonst bei dem nun einmal herrschenden Grundsatz, daß die Gerichte nicht über die Anträge hinauszugehen haben, ein gerichtliches Verbot erlassen wird, das bis auf weiteres straflos überschritten werden kann.

RA. D. Wolfhagen, Hamburg.

Zu 5. Die Entsch. dürfte uneingeschränkte Billigung, insbesondere der Anwälte, finden. Die von Kommentatoren mißverständlichen, übrigens mehr beiläufigen Bemerkungen der Plenarentsch. vom 20. Dez. 1898 über die notwendige Anhörung des Gegners vor dem Erlass der Strafandrohung werden dahin klargestellt, daß sie sich nur auf den Fall eines, nach Erlass eines Urteils auf Unterlassung gestellten, besonderen Strafandrohungsantrages beziehen, und daß sie für die Strafandrohung einer in Beschlußform erlassenen EinstwVerf. überall nicht in Betracht kommen.

Der dafür von dem Senat gegebenen Begründung ist durchaus zuzustimmen. So bemerkt der Senat mit vollem Recht, daß, wenn in der Plenarentsch. die Zulassung der Strafandrohung eines Urteils auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhe, weil Zuwiderhandlungen sofort möglich seien, dieser Gesichtspunkt gerade bei EinstwVerf., die ja gegen sofortige Zuwiderhandlungen schützen sollen, mit zwingender Überzeugung dazu führen, die Strafandrohung aufzunehmen, ohne daß der Schuldner vorher gehört zu werden braucht.

gerade bei EinstwVerf., die in erster Linie gegen sofortige Zuwiderhandlungen schützen sollen, die Aufnahme der Strafandrohung in den die EinstwVerf. enthaltenden, die Funktion des Urteils in weitem Ausmaße erfüllenden Beschluß aufgenommen werden dürfen, ohne daß der Schuldner vorher gehört zu werden braucht. Es mag richtig sein, daß dem Erfordernis der Anhörung des Schuldners vor der im Urteile enthaltenen Strafandrohung stets Genüge geschehen muß, aber nicht auf Grund des § 891 ZPO., sondern auf Grund derjenigen Bestimmungen, aus denen sich ergibt, unter welchen Voraussetzungen ein Urteil erlassen werden darf. So gilt auch für die in der EinstwVerf. enthaltene Strafandrohung nicht der § 891 ZPO., sondern es gelten hier diejenigen Bestimmungen, aus denen sich ergibt, unter welchen Voraussetzungen eine EinstwVerf. erlassen werden darf. Ebensovienig wie § 891 ZPO. auf eine in einem Urteile enthaltene Strafandrohung anwendbar ist, ist er auf eine Strafandrohung anwendbar, die in einer in Beschlußform ergangenen EinstwVerf. enthalten ist. Hieraus folgt, daß mit Rücksicht auf die dem Zwecke des Verfügungsverfahrens angepaßte Struktur dieses Verfahrens die vorherige Anhörung des Schuldners nach § 937 Abs. 2 ZPO. in dringenden Fällen nicht zu erfolgen braucht, wenn die Strafandrohung in den die EinstwVerf. enthaltenden Beschluß aufgenommen wird. Wenn im Gegenfall hierzu — teilweise unter ausdrücklicher Berufung auf RG. 42, 419 ff. — einschränkungslos gelehrt wird, daß vor einer Strafandrohung i. S. § 890 ZPO. der Schuldner stets gehört werden müsse (vgl. Stein-Jonas, ZPO., § 891 zu Note 4; vgl. allerdings auch § 890 II 2 Abs. 2; Baumbach, ZPO., § 891 Note 2; Sellner, ZPO., § 891 Note 3; Sydow-Busch, ZPO., § 891 Note 2), so wird — falls diese Literaturstellen so einschränkungslos gemeint sind, wie sie gefaßt sind — einerseits der Sinn und die Tragweite der Entsch. RG. 42, 419 ff. verkannt, andererseits den Besonderheiten des Verfügungsverfahrens nicht Rechnung getragen. Die tägliche Erfahrung lehrt auch, daß in der Praxis dauernd Strafandrohungen im Rahmen von EinstwVerf. ergehen, die ohne vorherige Anhörung des Schuldners erlassen werden; wenn auch in der Praxis häufig keine klare Einsicht in die Vereinbarkeit dieser Entsch. mit der Auffassung der VerZivilsen. des RG. vorhanden sein mag, so spiegelt sich doch in dieser Praxis das gesunde Rechtsgefühl der Gerichte, das beinahe zwangsläufig zum richtigen Ergebnis geführt hat. ...

(RG., Beschl. v. 28. Jan. 1929, 10 W 82/29.)

\*

§ 891 ZPO. findet demnach, wie das RG. ausdrücklich hervorhebt, auf eine in einer EinstwVerf., die in Beschlußform ergeht, enthaltene Strafandrohung keine Anwendung.

Wenn der Senat auf die damit übereinstimmende Abnung vieler Gerichte verweist und sie billigt, so trifft dieser Hinweis gerade auf die überwiegende Praxis der hamb. Gerichte zu. Diese erkennen regelmäßig an, daß die vorherige Anhörung des Antragsgegners oder gar die Anordnung mündlicher Verhandlung über den Antrag die spätere gerichtliche EinstwVerf. in vielen Fällen praktisch ganz oder teilweise wertlos machen würde. Sie schützen den Antragsgegner durch die dem Antragsteller regelmäßig auferlegte Sicherheitsleistung. Diese Praxis in der Behandlung von Anträgen auf Erlass EinstwVerf., wie übrigens ebenso von Arrestanträgen, überwiegt so sehr in Hamburg, daß man sie geradezu als die hamb. Praxis bezeichnen kann. Sie hat jetzt durch das RG. allgemeine Billigung erfahren. In Anwaltskreisen wird diese Praxis häufig als vorbildlich hingestellt.

Es kommt hinzu, daß die hamb. Gerichte trotz sorgfältiger Prüfung zumeist noch am Tage der Antragstellung die Entsch. dem Antragsteller zukommen lassen, und zwar indem sie obendrein durch Vereinfachung der Sicherheitsleistung es dem Anwalt ermöglichen, in dringenden Fällen häufig nach wenigen Stunden das Verbot mit der Strafandrohung dem Antragsgegner zuzustellen. Als Sicherheitsleistung lassen nämlich die hamb. Gerichte die Bürgschaft der ihnen als zahlungsfähig und vorzüglich bekannten RA. zu. Die Anwälte geben entweder schon bei Stellung des Antrages oder sofort, nachdem ihnen eine Ausfertigung der gerichtlichen Verfügung zugegangen ist, die Bürgschaftserklärung ab, machen aber von der Verfügung regelmäßig erst Gebrauch, nachdem sie eine ihnen genügend erscheinende Deckung für ihre Bürgschaft von ihrer Partei erhalten haben.

Wenn also auch für Hamburg durch die obige Entsch. nur eine Beibehaltung der bisherigen, den Bedürfnissen des Recht suchenden Publikums Rechnung tragenden Praxis zu erwarten steht, so darf angenommen werden, daß die obige, hoffentlich bald überall bekannt werdende Entsch. dazu beitragen wird, daß andere Gerichte, die bisher in diesen Fällen ohne vorherige Anhörung des Gegners oder ohne mündliche Verhandlung nicht auskommen zu können glaubten, sich auf den Hinweis des RG. der hamb. Praxis anschließen werden.

RA. Dr. Albert Wulff, Hamburg.

6. §§ 1032 ff. ZPO. Voraussetzungen für die Annahme, daß eine Schiedsklausel als „selbständiger Schiedsvertrag“ anzusehen ist. †)

Die Parteien haben miteinander einen Pachtvertrag abgeschlossen, dessen § 11 besagt:

„Alle aus diesem Vertrage sich ergebenden Streitigkeiten sollen durch ein Schiedsgericht entschieden werden, für dessen Bildung die Vorschriften der §§ 1032 ff. ZPO. maßgebend sind.“

Der Kl. hat mit der Behauptung, er sei in den Vorverhandlungen arglistig getäuscht worden, den Pachtvertrag angefochten und von der Bekl. Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung verlangt.

Der Bekl., der jegliche Täuschung bestrittet, erhebt vor allem die Einrede des Schiedsvertrages.

Das LG. hat durch Zwischenurteil den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Das RG. hat die Klage abgewiesen.

Der Vorderrichter irrt, wenn er die auf diesen § 11 gestützte Einrede des Schiedsvertrages mit der allgemeinen Bemerkung zurückweist, daß es sich im vorliegenden Falle nicht um einen Streit „aus“ dem Vertrage, sondern um die Gültigkeit und den Bestand des ganzen Vertrages selbst handele, zu einer Entsch. hierüber aber

mangels diesbezüglicher Sondervereinbarung das ordentliche Gericht zuständig sei.

Die Frage, ob durch die Bestimmung des § 11 des Pachtvertrages lediglich Streitigkeiten „aus“ einem scil. gültigen Vertrage oder darüber hinaus schlechthin alle Streitigkeiten aus dem Vertragsabfluß als solchen der Entsch. durch das Schiedsgericht zugewiesen sind, dergestalt, daß es auch zur Entsch. über die seine Zuständigkeit begründende Wirksamkeit des Hauptvertrages berufen ist, läßt sich entgegen der Auffassung des Vorderrichters nur nach Erforschung des wirklichen Willens der Vertragschließenden unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles konkret beantworten.

Der Senat ist bei Erforschung des wirklichen Willens der Vertragsschließenden in bezug auf den beabsichtigten Umfang der Schiedsgerichtsklausel auch in Berücksichtigung des Umstands, daß beide Parteien dem Kaufmannsstande angehören, zur Überzeugung gelangt, daß durch § 11 des Pachtvertrages schlechthin sämtliche Streitigkeiten, die sich auf Grund der Tatsache der Errichtung der Vertragsurkunde, der Vertragsverhandlung als solcher, ergeben könnten, d. h. alle Streitigkeiten aus dem Vertragsabfluße dem Spruche des Schiedsgerichts haben unterstellt werden sollen, also auch die Frage, ob ein gültiger Hauptvertrag überhaupt zustande gekom-

Zu 6. Wird bei Abschluß eines Vertrages zugleich ein Schiedsvertrag geschlossen, so kann es sich um einen „selbständigen Schiedsvertrag“ handeln, d. h. es kann vereinbart sein, daß das Schiedsgericht auch darüber entscheiden soll, ob der Vertrag selbst rechtswirksam und unanfechtbar abgeschlossen ist. Dies hat das RG. im vorliegenden Fall angenommen, und zwar auf Grund der Fassung der Schiedsklausel und „in Berücksichtigung des Umstandes, daß beide Parteien dem Kaufmannsstande angehören“. Es war vereinbart, daß „alle Streitigkeiten aus dem Vertrage durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollten“. Wohl die meisten Schiedsverträge, insbes. bei kaufmännischen Geschäften, haben denselben oder einen fast gleichen Wortlaut, und die vom RG. für die weitere Auslegung des Schiedsvertrages angeführten Gesichtspunkte lassen sich mit gleich großer oder geringer Berechtigung für alle diese Fälle geltend machen. Es handelt sich also um eine typische Vereinbarung, und die Frage, ob in einem solchen Falle ein „selbständiger Schiedsvertrag“ vorliegt, hat grundsätzliche Bedeutung. Die Bedürfnisse des Verkehrs erfordern hier eine einheitliche Auslegungsregel für solche ständig wiederkehrenden Vereinbarungen. Das gilt gerade ganz besonders für eine Frage wie die hier vorliegende, bei der es sich darum handelt, welchen Weg die Parteien bei Auftreten einer Streitfrage beschreiten müssen, wenn nicht viel Zeit und Geld unnütz veran werden sollen. Leider hat sich trotzdem bisher keine einheitliche Rspr. entwickelt. Die älteste bekannt gewordene Entsch. des RG. (I. ZivSen. v. 30. April 1890: JW. 1890, 203; ähnlich RG. 26, 376 sowie HansOLG.: SeuffArch. 49, 166 und LG. Berlin: RGBl. 4, 36) nimmt — ebenso wie jetzt das RG. — an, daß die in einem kaufmännischen Vertrage enthaltene Schiedsklausel auch die „für die Parteien wesentlichste Frage nach dem Entstehen sein des Rechtsverhältnisses“ umfaßt und begründet dies mit dem Wunsch der Parteien nach schneller und sachkundiger Entsch. RG. 27, 378 betont dagegen, daß die Schiedsklausel nur ein „integrierender und additiver Bestandteil des Hauptgeschäfts“ sei und erklärt die abweichende Entsch. von 1890 damit, daß es sich in jenem Falle um eine fortgesetzte Bezugnahme auf die üblichen Geschäftsbedingungen im Rahmen einer dauernden Geschäftsverbindung gehandelt habe. Ähnlich RG. 31, 398 („hat Bekl. überhaupt nicht verkauft, so hat er auch nicht unter den in dem Schlusschein der Börsenmakler enthaltenen Bedingungen verkauft“; vgl. weiter RG. 56, 20 = JW. 1904, 76<sup>52</sup>; RG. 58, 154; JW. 1902, 171<sup>32</sup>; RGWarn. 1909/10 Nr. 80; Gruch. 36, 1210 = JW. 1892, 219; 39, 1173). Bei diesen älteren Entsch. handelte es sich allerdings stets darum, ob der Differenzeneinwand gegenüber dem Schiedsvertrag durchgriff. Es wäre hier auf die Auslegung des Schiedsvertrages überhaupt nicht angekommen, wenn man davon ausgegangen wäre, daß die Schiedsklausel, auch wenn sie als eine „selbständige“ vereinbart war, keinesfalls dazu dienen dürfe, die Erfüllung des Geschäfts erzwingbar zu machen (s. RG.: JW. 1896, 7; auch RG.: JW. 1905, 401; Vertmann: ZJP. 45, 411). RG. 7. ZivSen. v. 18. Okt. 1907: JW. 1908, 17<sup>22</sup> erklärt dann aber für einen nicht diesem Sondergebiet angehörenden Fall, es sei regelmäßig anzunehmen, daß die Parteien bei der Vereinbarung eines Schiedsvertrages nicht die Absicht hätten, das Schiedsgericht auch darüber entscheiden zu lassen, ob die Grundlage des Schiedsgerichts, der Schiedsvertrag, gültig zustande gekommen sei. Da die Frage streitig war, ob der Hauptvertrag mit Recht wegen Irrtums angefochten war, ist damit zum Ausdruck gebracht, daß mit der Anfechtung des Hauptvertrages grundsätzlich auch der Schiedsvertrag hinfällig wird und das Schiedsgericht nicht berechtigt ist, in einer das ordentliche Gericht bindenden Weise die Rechtswirksamkeit des Hauptvertrages und damit des Schiedsvertrages festzustellen. RG. 7. ZivSen. v. 12. April 1914 (JW. 1914, 773; ähnl. RGWarn. 1926 Nr. 141 = LZ. 1926, 543<sup>9</sup> = JurWdsch. 1926 Nr. 1569) läßt

dagegen lediglich die Möglichkeit offen, daß ein Schiedsvertrag selbständige Bedeutung haben könne, ohne sich darüber auszusprechen, wann die eine oder die andere Auslegung Platz zu greifen habe. RG.: LZ. 1918, 858 (vgl. auch LZ. 1910, 624; RGWarn. 1919 Nr. 141) erklärt dann aber wieder, als Regel gelte, daß die Schiedsklausel mit dem Hauptvertrag stehe und falle und daß der Streit über das Bestehen des Vertrages deshalb regelmäßig von dem ordentlichen Gericht zu entscheiden sei. Für den allerdings nicht ganz gleich, aber doch ähnlich liegenden Fall der Vereinbarung eines Gerichtsstandes geht RG. 87, 8 dagegen davon aus, daß die im Vertrage enthaltene Zuständigkeitsvereinbarung „selbständige Bedeutung habe“ und auch die Frage betreffe, ob der Hauptvertrag rechtsgültig geschlossen sei, und zwar, ohne daß, soweit ersichtlich, besondere Umstände des Falles für eine solche weitergehende Auslegung der Vereinbarung gesprochen hätten (vgl. dagegen RG. 27, 372 und JW. 1901, 285 und hinsichtlich der Frage der „Selbständigkeit“ eines im Vertrage vereinbarten Gerichts auf Revision RG. 36, 423 und JW. 1900, 400<sup>9</sup>). Für die weitere Auslegung der Schiedsklausel spricht sich auch HansOLG.: HansOLG. 1921, 191 = SeuffArch. 77, 259 aus. Das in obiger Entsch. angeführte Urteil des OLG. Marienwerder zeigt eine Besonderheit, insofern der Schiedsklausel hinzugefügt war, daß „ein gerichtliches Verfahren für alle Fälle ausgeschlossen sein solle“, woraus m. E. freilich nicht auf eine Selbständigkeit der Schiedsklausel gegenüber dem Hauptvertrag geschlossen werden sollte. OLG. Dresden: SachJrCh. 1913, 148 folgert die Selbständigkeit der Schiedsklausel aus einer Bestimmung der Bremer Baumwollbedingungen, mit der tatsächlich offenbar etwas ganz anderes zum Ausdruck gebracht werden sollte. Auch die Entsch. BayObLG. 16, 88 betrifft einen besonders gelagerten Fall. Eine grundsätzliche Bedeutung wird man diesen zuletzt genannten drei Entsch. nicht beilegen können. Die sämtlichen übrigen — im Ergebnis voneinander so stark abweichenden — Entsch. betreffen aber Schiedsverträge, deren Wortlaut in den hier fraglichen Beziehungen im wesentlichen der gleiche ist, ohne daß „besondere Umstände des Einzelfalles“ für die eine oder andere Auslegung angeführt wären, und in allen Fällen handelte es sich um Schiedsverträge zwischen Angehörigen des Kaufmannsstandes.

Man sollte eine Schiedsklausel nur dann als selbständig ansehen, wenn eine dahingehende Absicht der Parteien ausdrückliche und zweifelsfrei erklärt ist. Nur so kann Klarheit und Rechtssicherheit für die Parteien geschaffen werden. Vielsach wird es sich gar nicht feststellen lassen, ob überhaupt ein Schiedsvertrag abgeschlossen ist, wenn nicht auch der Vertrag selbst zum Abschluß gelangt ist. Man kann jedenfalls nicht der bei Vertragsverhandlungen oder in einer einseitigen Bestätigung gewünschten Vereinbarung eines Schiedsgerichts oder ihrer Niederlegung in einem im übrigen unwirksamen Vertrage ohne ausdrückliche dahingehende, feststehende und vom Abschluß des Hauptvertrages unabhängige Einigung der Parteien eine maßgebende Bedeutung beilegen. Insbes. kann man nicht mit RG.: JW. 1890, 203 aus der unbeanstandeten Annahme einer Schlussnota folgern, daß die Schiedsklausel vereinbart ist, auch wenn der Vertrag selbst nicht rechtswirksam zustande gekommen ist. Der Partei, die in Wahrheit überhaupt nicht mit dem Abschluß des Vertrages einverstanden war, würde damit vielsach die Anerkennung eines Schiedsgerichts ausgesetzungen werden, dem sie sich nicht oder doch eben nur für den Fall des Zustandekommens des Hauptvertrages unterwerfen wollte. Nur selten werden die Parteien sich bei dem Vertragsabfluß überhaupt irgendwelche Gedanken darüber machen, welches die Rechtslage sein soll, wenn der Vertrag nicht wirksam zustande gekommen ist, und wenn man die Auslegung einer solchen typischen Vertragsklausel grundsätzlich von Erwägungen über den

men ist. Es liegt nämlich nach der Überzeugung des Senats nicht der mindeste Anlaß für die Annahme vor, daß die Vertragsschließenden bei der gewählten Fassung im § 11 an einen nach der Erfahrung wohl nur Juristen geläufigen scharfen Unterschied zwischen Streitigkeiten aus dem gültigen Vertrage und Streitigkeiten über den Rechtsbestand des Vertrages gedacht und diese Scheidung gewollt haben.

Es mag zur Rechtfertigung dieser zwanglosen und naheliegenden Auslegung des Willens der Vertragsschließenden auch auf die Gründe eines Urts. des RG. VI 13/15: RG. 87, 8 ff. verwiesen werden, wo es u. a. wörtlich heißt:

„Die Parteien haben die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts vereinbart zur Entsch. aller aus dem Vertrage entstehenden Streitigkeiten, damit also auch des Streits, ob der Vertrag rechtswirksam geschlossen ist.“

(Vgl. auch RG.: JW. 1924, 1182/83 und Anm. 14 das.; OLG. Marienwerder: LZ. 1919, 502 Nr. 14.)

Überdies hält der Senat auch auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme für erwiesen, daß nach dem maßgeblichen Willen

in dem jeweiligen „Einzelfall“ „unter Berücksichtigung der gesamten Umstände“ zu vermutenden Parteiwillen abhängig machen will, begibt man sich hier auf eine völlig unsichere Grundlage. Die Ansicht des RG. läuft nun tatsächlich im Ergebnis darauf hinaus, daß der mutmaßliche Parteiwillen allgemein, jedenfalls bei Verträgen zwischen Kaufleuten, im Zweifel für die weitergehende Auslegung spreche. Dafür besteht keine genügende Grundlage. Bei der Entsch. über die Rechtswirksamkeit des ganzen Vertrages wird es sich vielfach um Fragen ganz anderer, mehr auf rechtlichem Gebiet liegender Art handeln, als bei der Erörterung von Streitfragen, die aus dem abgeschlossenen Vertrage hervorgegangen sind. Das „sachkundige“ Schiedsgericht wird für die Entsch. jener grundlegenden Streitfragen über das rechtswirksame Zustandekommen des Vertrages oft wenig geeignet sein. Ich halte es auch nicht für richtig, daß es sich hier um eine scharfe, nur dem Juristen und nicht dem Kaufmann einleuchtende Unterscheidung handle. Im Gegenteil, viele Kaufleute werden zweifellos auf das höchste erstaunt sein, wenn man ihnen sagt, daß das Schiedsgericht auch dann zu entscheiden habe, wenn der Vertrag selbst nicht oder nicht rechtswirksam abgeschlossen ist. Wo aber auch nur ein Zweifel darüber möglich bleibt, ob die Parteien die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausschließen wollten — und dieser Zweifel wird immer bestehen, wo nicht eine ausdrückliche Vereinbarung vorliegt, die dem Schiedsgericht auch die Entsch. über Abschluß und Rechtsbeständigkeit des Vertrages überträgt —, sollte die staatliche Gerichtsbarkeit nicht zugunsten des Schiedsgerichts abdanken. Gegen die Annahme einer Selbständigkeit der Schiedsklausel in Fällen, in denen sie nicht ausdrücklich vereinbart ist, spricht auch der Umstand, daß gerade der selbständige Schiedsvertrag vielfach zu außerordentlich spizen und für die Parteien unerwünschten Zweifelsfragen führt. Man steht hier vor der Frage, inwieweit rechtliche Mängel des Hauptvertrages (z. B. Dissens, Überschreitung der Vollmacht eines Parteivertreters, Anfechtung wegen Täuschung oder wegen Irrtums, etwa über wesentliche Eigenschaften des Vertragsgenegers, wucherischer Charakter des Geschäfts, Differenzentwurf) auch die als selbständig konstruierte Schiedsklausel unwirksam machen, weil ihr die gleichen rechtlichen Mängel anhaften, wie dem Hauptvertrag. So wäre in dem hier vorliegenden Fall, wenn man mit dem RG. die Selbständigkeit des Schiedsvertrages anerkennen wollte, noch zu prüfen gewesen, ob die vom Kl. behauptete arglistige Täuschung des Bekl. nicht auch für den Abschluß des Schiedsvertrages ursächlich gewesen ist. Ein vorheriger Verzicht auf die Anfechtung des Schiedsvertrages wegen Täuschung würde nicht in den Vertrag hineingelesen werden können, würde auch nicht rechtswirksam sein. Eine etwaige Absicht, im Wege des Schiedsvertrages die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts im voraus für alle denkbaren Streitigkeiten auszuschließen und gewissermaßen dem Schiedsgericht statt dem ordentlichen Gericht die „Kompetenz-Kompetenz“ zu übertragen, kann eben doch nicht zum Erfolg führen und erinnert an den Versuch, sich an dem eigenen Schopf in die Höhe zu ziehen. Den grundsätzlichen Erwägungen des RG. dürfte danach nicht zuzustimmen sein (vgl. auch Kann, § 1025 Bem. 6 b, der die mit der vorliegenden Entsch. übereinstimmende Entsch. RG.: JW. 1924, 1182<sup>14</sup> „als sehr weitgehend“ bezeichnet, und Waumbach, § 1025 Bem. 6 b — „die Entsch. öffnet der Willkür Tor und Tür“ —, dagegen der Entsch. im wesentlichen zustimmend Fisch in der Anm. zu RG.: JW. 1924, 1182).

Zu 7. A. Anm. Reinhard, ebenda.

B. Nachdem RG. 117, 426 der Rangbefugnis aus § 7 AufwG. nur „relative“ Wirkung — d. h. Wirkung nur hinsichtlich der vor Inkrafttreten des AufwG. eingetragenen Aufwertungshypotheken — zugesprochen hat, müssen sich die in Ausübung der Befugnis eingetragenen Gläubiger die nach dem 15. Juli 1925 und vor der Befugnishypothek eingetragenen Belastungen vorgehen lassen.

der Vertragsschließenden unter „alle“ aus diesem Vertrage sich ergebenden Streitigkeiten schlechthin sämtliche aus dem Vertragsabschlusse sich ergebenden Streitigkeiten begriffen werden sollten, mithin auch Meinungsverschiedenheiten über das rechtswirksame Zustandekommen des Hauptvertrages ebenfalls nur der Entsch. durch das Schiedsgericht selbst unterstellt werden sollten.

(RG., 17. JivSen., Urt. v. 28. Febr. 1929, 17 U 6114/28.)

Mitgeteilt von RGA. Dr. Bernsten, Berlin.

7. § 44 ZwVerfG.; § 7 AufwG. Feststellung des geringsten Gebots im Zwangsversteigerungsverfahren bei relativen Rangverhältnissen der beteiligten Hypotheken.\*

(RG., 12. JivSen., Beschl. v. 14. Nov. 1928, 12 W 6722/28.)

Abgedr. JW. 1929, 1996<sup>2</sup>.

Mit deren Vorrang erschöpft sich jedoch die erlittene Rang- einbuße nicht. Man nehme folgendes Beispiel:

Belastung in Abt. III unter

Nr. 1 260 000 RM. aufgewertet auf 65 000 GM.

Nr. 2 80 000 RM. aufgewertet auf 20 000 GM.

Nr. 3 25 000 GM. eingetragen nach dem 15. Juli 1925.

Nr. 4 65 000 GM. als Befugnishypothek mit Rang vor III/2 aber nach RGEntsch. v. 7. Juli 1925 mit Rang nach III/3.

Die Post III/2 braucht sich außer III/1 nur 65 000-GM.-Befugnis vorgehen zu lassen. Daß die Befugnishypothek III/4 wiederum der Post III/3 den Vortritt lassen muß, darf nicht dazu führen, daß III/2 nun erst nach III/4 und III/3 zum Zuge kommt. Vielmehr müssen sich III/3 und III/4 in die vor III/2 zur Verfügung stehenden 65 000 GM. teilen, wobei dann, da III/3 den Vorrang hat, III/4 den Rang der Befugnis nur soweit behält, als die für die Befugnis offene Stelle nach Berücksichtigung von III/3 noch ausreicht. Die Reihenfolge der Befriedigung ist dann folgende:

III/1 65 000 GM.

III/4 20 000 GM.

III/3 25 000 GM.

III/4 20 000 GM.

III/2 20 000 GM.

III/4 25 000 GM.

Daß die erstrangigen 20 000 GM. der Post III/4 vor III/3 rangieren, beruht auf folgender Erwägung:

Die ersten 65 000 GM. stehen zweifellos der Post III/1 zu. Auf die weiteren 20 000 GM. haben weder III/2 noch III/3 Anspruch; III/2 muß sich 65 000 GM. Befugnis vorgehen lassen, III/3 20 000 GM. Aufwertungshypothek. Auch III/4 hat keinen „absoluten“ Anspruch auf die 20 000 GM., muß sich vielmehr nach der RGEntsch. die 25 000 GM. der Post III/3 vorgehen lassen (relative Wirkung der Befugnis). Mit dieser Beschränkung der Befugniswirkung sollte jedoch nur eine Beeinträchtigung der wertbeständigen Hypotheken (III/3) durch die Befugnishypothek (III/4) ausgeschlossen werden. Hat III/3 schon wegen der ihr vorgehenden Aufwertungshypothek III/2 keinen Anspruch auf das 66.—85. Tausend, so beeinträchtigt die Berücksichtigung der Post III/4 an dieser Stelle den Rang der Post III/3 nicht. Insofern kann III/3 also keinen Vorrang vor III/4 verlangen. Nach 85 000 GM. hat III/3 jedoch Anspruch auf Zuteilung der nächsten 25 000 GM. Dem muß III/4 sich nach der RGEntsch. fügen. Die über 110 000 GM. hinaus erzielten 20 000 GM. erhält III/4, da III/2 Anspruch auf Berücksichtigung erst nach 130 000 GM. hat. Nach 130 000 GM. muß III/4 weichen, da III/2 sonst in seinem Rang beeinträchtigt würde.

Geht man von dem obigen Verteilungsvorschlage aus, so bietet die Aufstellung des geringsten Gebotes keine Schwierigkeiten. Vortritt der Gläubiger der Befugnishypothek III/4 die Zwangsversteigerung, so kommt lediglich III/1 ins geringste Gebot, da den rangierten 20 000 GM. der betreibenden III/4 weder III/3 noch III/2 vorgeht. Diesen Gesichtspunkt scheint das RG. bei seinem bereits in der Fußnote von Reinhard angegriffenen Beschluß JW. 1929, 1996 f. übersehen zu haben. Der Fall dort liegt genau so wie das oben gebildete Beispiel:

III/1—3 26 250 GM. Aufwertungsbeitrag.

III/17 4999,82 GM. Aufwertungsbeitrag.

III/19 11 501,31 RM. eingetragen 1. Okt. 1926.

III/18 26 250 GM. ursprünglich Befugnis, umgewandelt in eine Darlehnhypothek am 15. März 1927.

Den rangierten 4999,82 GM. des betreibenden Gläubigers III/18 gehen lediglich die 26 250 GM. der III/1—3 vor, da III/19 erst nach weiteren 4999,82 und III/17 frühestens nach 2 26 250 GM. zur Hebung gelangt. Das RG. hätte daher die Ausnahme der Post III/19 ins geringste Gebot ablehnen müssen. Zu diesem Ergebnis kommt auch Reinhard. Wenn auch nach seiner Ansicht nur unter „teilweiser Preisgabe des Deckungsgrundsatzes“ des § 44 ZwVerfG. Demgegenüber ist hervorzuheben, daß gerade der Deckungsgrundsatz in seiner negativen Auswirkung die Berücksichtigung der im relativen Rangverhältnis stehenden Posten ausschließen dürfte.

Syndikus Dr. Laves, Berlin.

8. Die Empfangnahme einer Hinterlegungssumme vom Auftraggeber und ihre Abführung an die Hinterlegungsstelle begründen nicht die Gebühr des § 87 RAGebD. †)

Der Prozeßbevollmächtigte des Kl. hat für diesen Wertpapiere, die ihm der Kl. übersandt hatte, als Sicherheit zwecks Erwirkung eines Arrestes hinterlegt. Der obliegende Arrestkläger verlangt hierfür auf Grund des § 91 ZPO. Erstattung der Hebegebühr des § 87 RAGebD.

Dieses Verlangen ist unbegründet. Der Senat teilt die herrschende Ansicht der Gerichte, die mit der Rechtspredung des RG. (vgl. RG. 9, 329; 11, 364) im Einklang steht. Danach ist die Tätigkeit des als Prozeßbevollmächtigten bestellten Anwalts einer Partei, der für diese eine Hinterlegung mit ihm übersandten Mitteln vornimmt, durch die Prozeßgebühr abgegolten und begründet also keine neue Gebühr, und zwar weder aus § 87 noch aus § 89 RAGebD. Die für die gegenteilige Ansicht vorgebrachten Gründe, insbes. auch der Mehrzahl der Kommentare, erscheinen dem Senat gegenüber der Begründung des RG. nicht als überzeugend.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 20. Juni 1929, 20 W 5091/29.)

Mitgeteilt von R. Albrecht Wehl, Berlin.

\*

Breslau.

9. Pfändungsrechte des durch Sicherungsabrechnung gesicherten Gläubigers. Zulässigkeit des Offenbarungseids. †)

(OLG. Breslau, 7. ZivSen., Beschl. v. 9. April 1929, 7 W 97/29.)

Abgedr. ZB. 1929, 1671<sup>o</sup>.

\*

Zu 8. Der kurze Hinweis auf zwei Entscheidungen des RG., die beide vor 46 Jahren ergangen waren, enthält keine ausreichende Begründung gegenüber den abweichenden neueren Auffassungen. Das RG. hatte damals gesagt, § 87 betreffe „offenbar nur den Fall“ der Einziehung der dem Klienten geschuldeten Gelder, als eine „Tätigkeit, die zum eigentlichen Prozeßbetrieb nicht gehört“.

Es ist indessen nicht abzusehen, weshalb die Abführung einer Hinterlegungssumme mehr, als die einer Schuldsumme, zum „eigentlichen“ Prozeßbetriebe gehören soll, wie denn auch eine Unterscheidung zwischen eigentlichem Prozeßbetriebe und uneigentlichem nicht haltbar ist.

Die Gebühr des § 87 soll d. E. den Kl. für diejenige Mehrarbeit und Mehrverantwortung entgelten, die dadurch entstehen, daß er über den Bereich der Verfahrenskosten hinaus einen Geldverkehr für den Klienten übernimmt. Sie ist deshalb zuständig ohne Unterschied ob es sich um eine Streit- oder Vergleichssumme, um einen Zwangsvollstreckungserlös oder um eine Anteilzahlung im Konkurs handelt, um eine Summe, die der Klient dem Gegner oder die der Gegner dem Klienten schuldet, um einen Betrag, der zu treuen Händen bezahlt oder hinterlegt wird oder der als Sicherheit frei geworden ist. — Sie ist zuständig neben der Prozeßgebühr, nicht anders als die Gebühr des § 88. Denn § 29 sagt nichts davon, daß zu der durch § 13 abgegoltenen „Instanz“ der Geldverkehr gehöre. Würde man dem § 29 einen solchen Sinn entnehmen, so würde § 29 die Anwendung des § 87 im Zivilprozeß überhaupt ausschließen; er würde dann auch die Einziehung der Streitsumme treffen und damit denjenigen engen Anwendungsbereich, den jene beiden alten Entscheidungen des RG. offen lassen wollen, ebenfalls beseitigen. In solchem Sinne aber wollen weder § 29 noch § 87 verstanden werden.

Gegenüber diesen in der neueren Literatur durchdringenden Auffassungen kann die oben mitgeteilte Entscheidung durchaus nicht überzeugen.

RA. Dr. Fritz Dehnow, Hamburg.

Zu 9. Die Entsch. bietet schätzbare Anregungen zum Kapitel der Sicherungsübereignung.

1. Die Sicherungsübereignung begründet m. E. ein vollstreckungsrechtliches benef. exc. realis. Nach § 777 ZPO. kann Schuldner der Vollstreckung in sein sonstiges Vermögen gem. § 766 widersprechen, wenn Gläubiger sich der Vollstreckungsforderung halber aus einer beweglichen Sache des Schuldners befriedigt machen kann, die er im, wenn schon nur mittelbaren (Stein-Jonas zu § 777), Handbesitz hat. Was nun aber dem Pfandrecht recht ist, muß der Sicherungsübereignung, die ein plus bedeutet, billig sein. Daher ist § 777 auch bei dieser anwendbar, und zwar nicht nur, wie OLG. meint, im Einzelfall kraft vermuteten Parteiwillens, sondern grundsätzlich vermöge eines einleuchtenden arg. ad maius.

2. Ein zivilrechtliches, also schon im Prozesse zu berücksichtigendes benef. exc. realis kennt BGB. zwar für den Würgen des Schuldners (§§ 772 Abs. 2, 773 Abs. 2), nicht aber für den Schuldner selbst (vgl. dagegen § 46 ZNR. I, 20). Ein solches entspricht nun aber bei Verpfändung und Sicherungsübereignung oft einem handgreiflichen Bedürfnis. Sicherungsgeber sollten es daher vertraglich ausbedingen: „Schuldner kann Zahlung verweigern, bis Gläubiger bei Verwertung der übereigneten Gegenstände zu Verlust gekommen ist.“ Gläubiger

Darmstadt.

10. §§ 434, 436 BGB.; §§ 41, 45 ff. IndBelastG. Fehlt in einem Grundstückskaufvertrage die Bestimmung, daß der Verkäufer die Industriebelastung beseitigen müsse, so braucht dieser das Grundstück nicht von der Belastung zu befreien. †)

Von den Bestimmungen des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrags sind folgende für den vorliegenden Rechtsstreit von Bedeutung:

4. Für die Freiheit der verkauften Grundstücke von Rechten Dritter wird gehaftet, nicht aber für die Freiheit von Grunddienstbarkeiten. . .
5. Die auf den verkauften Grundstücken ruhenden öffentlichen Abgaben und Lasten gehen mit dem 1. Juli 1927 auf die Käuferin über.
- c) Weitere Abreden haben wir nicht getroffen.
- d) Verkäuferin erklärt, daß sie zur Industriebelastung herangezogen sei und daß die veräußerten Grundstücke zum belasteten Betriebsvermögen gehören. . .

Wie der Wortlaut der Vertragsbestimmungen ergibt, ist darin die Frage, wer die dingliche Industriebelastung tragen soll, insbes. ob Kl. verpflichtet ist, die verkauften Grundstücke von ihr zu befreien, nicht ausdrücklich geregelt. Bekl. behauptet, Kl. habe sich nebenher ausdrücklich dazu verpflichtet. Sie hat den Beweis dafür aber nicht erbracht.

Die Bekl. meint ferner, Kl. sei nach Ziff. 4 Vertrags zur Befreiung der verkauften Grundstücke von der dinglichen Last verpflichtet, da sie für die Freiheit der Grundstücke von Rechten Dritter hafte und die dingliche Industrielast ein solches Recht sei (§ 434 BGB.).

Kann diesfalls nach Fälligkeit der Schuld zunächst nur auf Herausgabe der Gegenstände (zwecks Verwertung) klagen (vgl. § 1231), eine Klage auf Zahlung dagegen erst erheben, nachdem und insoweit sein Verwertungsversuch gescheitert ist.

3. Seitenbetrachtung: Wie § 777 ZPO., so ist m. E. auch § 1230 BGB. auf die Sicherungsübereignung entsprechend anwendbar: Gläubiger hat einerseits die freie Wahl, welche Stücke er verwerten will, kann aber andererseits nur so viele Stücke zum Verkauf bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind. Wegen der überschießenden Stücke kann Sicherungsgeber die Herausgabe verweigern (§ 986), notfalls Veräußerungsverbot oder Sequestration erwirken (§ 936 ZPO.).

4. Weinhäuser, Sicherungsübereignung (3. Aufl. 1928) schweigt über obige Fragen ebenso wie über gewisse andere Punkte, die der Erörterung bedürft hätten. Wenn dieses durchweg oberflächliche, stellenweise unzuverlässige Buch in rascher Folge drei Auflagen erleben konnte, so beweist dies nicht seine Güte, wohl aber die Bedürfnislosigkeit seines Abnehmerkreises, der wohl nur zum kleineren Teil aus Volljuristen besteht.

Prof. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

Zu 10. I. Die Entsch. nimmt an, § 434 BGB. sei auf die Industriebelastung nicht anwendbar, weil es sich um eine öffentlich-rechtliche Belastung handle, und der Staat kein „Dritter“ i. S. des bürgerlichen Rechtes sei. Dem kann nicht zugestimmt werden.

§ 436 BGB. bestimmt, daß der Verkäufer für bestimmte öffentliche Abgaben und Lasten nicht haftet. Nach dem Zusammenhang der Bestimmungen im Gesetz handelt es sich um eine Ausnahme von der Haftung des Verkäufers für Lastenfreiheit gemäß § 434 BGB. Das Gesetz geht also davon aus, daß grundsätzlich auch die zugunsten des Staats dem Grundstück auferlegten öffentlichen Abgaben und Lasten Rechte „Dritter“ i. S. des § 434 BGB. sind.

§ 436 schließt die Haftung des Verkäufers nur für solche Lasten aus, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Der Gedanke dieser — in früheren Rechten nicht enthaltenen (vgl. § 175 I 11 ZNR.; § 945 SächBGB.) — Einschränkung der Haftungsbefreiung ist offenbar der, daß Lasten, deren Eintragung der Gesetzgeber zugelassen hat, nicht schon ohne weiteres als „notorisch“ angesehen werden können. Hier soll die Haftung des Verkäufers also wieder in Kraft treten. — Die Grundlage für diese Haftung kann dann aber nur der § 434 bieten. Das ist eine weitere Bestätigung dafür, daß diese Bestimmung sich grundsätzlich auch auf öffentlich-rechtliche Belastungen bezieht, selbstverständlich nur auf solche Belastungen, bei denen es sich um bestimmte, abgegrenzte Rechte des Staates oder öffentlicher Körperschaften handelt, die auf einzelnen Grundstücken ruhen, und nicht um allgemeine Beschränkungen, die jedem Grundstück der betreffenden Art aus Gründen des öffentlichen Wohls auferlegt sind, wie z. B. baupolizeiliche Baubeschränkungen (RG.: ZB. 1907, 478<sup>o</sup>).

II. Die öffentliche Last des IndBelastG. fällt also unter die §§ 434, 436 BGB. Sie ist zur Eintragung in das Grundbuch geeignet. Die Annahme der Entsch., daß die Eintragung zugunsten eines Einzelobligatärs etwas von der Industrielast als solcher

Diese Ansicht ist rechtsirrig. Die Industrielast ist kein Recht eines Dritten. Solche Rechte i. S. § 434 sind nur „subjektive Rechtsbefugnisse, die in einem besonderen zivilrechtlichen Titel ihre Grundlage haben“ (RMKomm. zu § 434). Daß es sich im Fragefall um keine zivilrechtliche, sondern um eine öffentlich-rechtliche Belastung handelt, bedarf keiner Darlegung. Es fehlt aber auch, an dem „Dritter“ i. S. § 434 BGB. Denn der Staat, der selbst die dingliche Last auferlegt hat bzw. die Organe des Staates bzw. der reparationsberechtigten Gläubigerstaaten (Treuhand), die auf Grund völkerverrechtlicher Verträge die staatlichen Maßnahmen zur Aufbringung der Industriebelastung veranlaßt haben, sind keine Dritten i. S. des Zivilrechts. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß in Ausnahmefällen (§ 41 Abs. 5) eine Eintragung zugunsten eines Dritten erfolgt; denn diese Eintragung zugunsten eines Einzelobligationärs ist etwas von der Industrielast als solche Grundverschiedenes.

Die Rechtsnatur der dinglichen Industriebelastung ist vom Vorderrihter im Einklang mit dem Gesetz als „öffentliche Last“ bezeichnet, § 436 BGB. als anwendbar erklärt worden. Zwar bezeichnet das Gesetz über die Industriebelastung in § 1 die öffentliche Last auch als Hypothek des öffentlichen Rechts, es ist auch richtig, daß eine Reihe von Bestimmungen des BGB. über Hypotheken nach § 41 Abs. 1 ZndBelastG. für anwendbar erklärt und auch die §§ 46—50 des Ges. enthalten Vorschriften, die gewisse Anklänge an das Hypothekenrecht haben, aber andererseits zeigen gerade die letzterwähnten Bestimmungen sowie der aus dem Gesetz ersichtliche Aufbau der „Hypothek“, die ja auch eine solche des „öffentlichen Rechts“ und nicht des Privatrechts ist (vgl. bes. § 41 Abs. 3, 4), daß es sich nicht um eine wahre Hypothek, sondern um eine öffentlich-rechtliche Belastung des Grundbesitzes handelt, die nicht auf eine bestimmte Summe lautet, sondern zur Sicherheit von Zins- und Tilgungsraten der persönlichen Industrielast dient, die nicht fest bestimmt, sondern veränderlich ist, die nicht des Eintrags ins Grundbuch zu ihrer Entstehung und Wirksamkeit bedarf, sondern kraft und mit dem Gesetz entstanden ist.

Die Industrielast ähnelt der Rentenbankgrundschuld (Bd. v. 15. Okt. 1923). Wie diese ist sie nicht nach § 434 BGB. als Recht eines Dritten, sondern als öffentliche Last zu bezeichnen, d. h. als

eine kraft Gesetzes auf allen Grundstücken gleicher Art ohne weiteres ruhende Belastung.

Es ist richtig, daß § 436 BGB. nur an die kraft Landesrechts entstandenen und bestehenden öffentlichen Lasten denkt, da damals andere öffentliche Lasten, insbes. kraft Reichsrechts nicht bestanden und daß er weiterhin eine Einschränkung macht, indem er nur von öffentlichen Lasten spricht, die zur Eintragung ins Grundbuch nicht geeignet sind. Daß das Reichsrecht inzwischen ebenfalls öffentliche Lasten eingeführt hatte (§ 95 ReichsStG. 1913, § 93 NotW.G.) steht der Anwendbarkeit des § 436 auf diese, wie auch auf gegenwärtigen Fall nicht entgegen, da Vorbehalte zugunsten des Landesrechts nicht bestehen. Aber auch die Einschränkung des § 436 kann zu einer anderen Auslegung nicht führen. Denn der Zusatz will doch nicht besagen, daß solche öffentliche Lasten überhaupt nicht eingetragen werden können; es kommt doch vor, daß z. B. für rückständige Grundsteuern oder andere in Geld ausdrückbare Lasten Einschreibungen erfolgen, wenn eine Zwangsversteigerung nicht erfolgt, sondern er will besagen, daß zur Entstehung und Wirksamkeit der Lasten eine Eintragung nicht erforderlich ist. Dies gilt aber auch für die Industrielast (§ 41 Abs. 4 ZndBelastG.). Aber auch wenn man diese Ansicht nicht teilen wollte, so wäre die Industrielast als öffentliche Last besonderer Prägung der Rechtsseinrichtung gleich zu behandeln, die ihr am nächsten steht und das ist die öffentliche Last des § 436 BGB.

Ist man also der Ansicht, daß weder eine besondere, außer dem schriftlichen Vertrag bestehende Vereinbarung vorliegt, noch eine Verpflichtung zur Befreiung nach § 434 BGB. besteht, so müssen eben die gesetzlichen Bestimmungen über die Tragung der öffentlichen Last (§ 436 BGB.) Platz greifen, wonach den Käufer diese Last trifft. Ob die Parteien bei dem Kaufabschluß unter Ziff. 5 der Bedingungen unter öffentlichen Lasten an die Industrielast gedacht haben und kraft dieser Bestimmung schon Bekl. zur Lastentragung verpflichtet ist, kann dabei ganz dahingestellt bleiben, da jedenfalls Bekl. mit der Industrielast belastet ist.

Dazu kommt aber noch, daß das Gesetz (§ 43) ausdrücklich vorschreibt, daß bei Veräußerung des Grundstücks die öffentliche Last in der im Zeitpunkt der Veräußerung sich auf Grund der Umlegung ergebenden Höhe übergeht.

grundverschiedenes sei, trifft nicht zu. — Nach § 1 Abs. 1 und § 9 ZndBelastG. werden von den einzelnen Unternehmen über die Industriebelastung Obligationen ausgestellt. Gegenstand der Industriebelastung ist die Verpflichtung zur Entrichtung der Zinsen und Tilgungsbeträge. Für diese haften die Grundstücke, welche bei Inkrafttreten des Gesetzes zum Betriebsvermögen gehörten (§ 41 Abs. 1 ZndBelastG.). Das Recht, das gemäß § 41 Abs. 5 ZndBelastG. eingetragen wird, ist diese auf dem Grundstück ruhende öffentliche Last. Daß die öffentliche Last zu ihrer Entstehung der Eintragung in das Grundbuch nicht bedarf, ist unerheblich. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes kommt es nur darauf an, ob die öffentliche Last zur Eintragung in das Grundbuch geeignet ist, ob sie also eingetragen werden kann (vgl. HanslW.G.: HanslGZ. 1911, Beibl. N. 170).

III. Es fragt sich, ob etwa aus der wirtschaftlichen Natur der Industriebelastung zu folgern ist, daß keine Haftung des Verkäufers besteht. Es trifft dies zu für den Fall einer Veräußerung des Unternehmens im ganzen oder eines Bruchteils des Unternehmens i. S. des § 49 ZndBelastG. Es handelt sich um eine Belastung, die wirtschaftlich auf dem ganzen dem Erwerber übertragenen Unternehmen ruht. Mit dem Übergang des Unternehmens auf den Erwerber wird dieser kraft Gesetzes persönlicher Schuldner der Industriebelastung, der frühere Unternehmer wird von der Haftung frei, und die weiter bestehende öffentliche Last dient nunmehr als Sicherheit für diese, dem Erwerber des Grundstücks selbst obliegende persönliche Verpflichtung. Daß der Verkäufer auch in diesem Fall für die Rückstände aus der Zeit vor der Übergabe oder Eintragung zu haften hat, ergibt § 446 BGB. Ganz anders aber liegt es, wenn der Unternehmer nur ein einzelnes zum Betrieb gehöriges Grundstück veräußert (§ 43 ZndBelastG.). Mit Recht sagt die Entsch., daß dann in erster Linie der Betriebsunternehmer persönlich haftbar bleibt. Die Weiterhaftung des verkauften Grundstücks ist nur eine Sicherheit für die bestehende persönliche Verpflichtung des Verkäufers, die sich aus der Führung seines Unternehmens ergibt und deren Höhe nach dem Umfang seines gesamten Betriebsvermögens, also nicht nur nach dem Wert des Grundstücks bemessen ist. Die dingliche Belastung ist allerdings nach Art einer Maximalhypothek auf die Höhe der Jahresleistung begrenzt, die zur Zeit der Veräußerung maßgebend war; sie ermöglicht sich aber entsprechend, wenn der Betriebsunternehmer bei späteren Umlegungen niedriger veranlagt wird. Es entspricht dieser Sachlage, daß der Verkäufer den Käufer grundsätzlich von der Gefahr einer Inanspruchnahme aus einer solchen, dem Verkäufer persönlich infolge der Führung seines Betriebes obliegenden Verpflichtung zu befreien hat, und zwar auch dann, wenn der Käufer das Bestehen der öffentlichen Last bei Abschluß des Kaufes gekannt hat. Denn die für die Verpflichtungen des Verkäufers weiter

bestehende öffentliche Last des Grundstücks hat einen der Hypothek ähnlichen Charakter. Die gleichen Gesichtspunkte, wegen derer das Gesetz den Verkäufer verpflichtet hat, auch die dem Käufer bekannten Hypotheken und Pfandrechte zu beseitigen, treffen auch hier zu. § 439 Abs. 2 BGB. ist demnach entsprechend anwendbar (ebenso Lion, § 43 Ann. 13 ZndBelastG.). Der Verkäufer hat regelmäßig auch die Möglichkeit, die Befreiung des Grundstücks von der öffentlichen Last auf dem einen oder anderen Wege herbeizuführen (vgl. § 43 Abs. 2 u. 3, § 42 Abs. 1 b, c und d ZndBelastG.).

IV. Der Begründung der Entsch. vermag ich daher nicht zuzustimmen. Im Ergebnis halte ich sie jedoch für den hier vorl. Fall für zutreffend. Wenn der Käufer in dem Vertrag ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß der Verkäufer zur Industriebelastung herangezogen ist, und daß die veräußerten Grundstücke zum belasteten Betriebsvermögen gehören, so kann das kaum eine andere Bedeutung haben als die, daß der Verkäufer eine Verpflichtung zur Befreiung der öffentlichen Last nicht übernehmen will. Man wird dies deshalb als Inhalt des Vertrages ansehen müssen, da besondere Umstände, die für eine andere Absicht der Vertragsschließenden sprechen, nicht festgestellt sind.

V. Zu beachten bleibt hierbei jedoch folgendes: Wenn man eine Verpflichtung des Verkäufers, die öffentliche Last zu beseitigen, verneint, sei es mit der obigen Entsch. allgemein, sei es infolge von besonderen Umständen des Falles, wie den hier vorliegenden, so trifft den Grundstückskäufer doch immer nur die dingliche öffentliche Last und nicht die persönliche Verpflichtung zur Tragung der Industriebelastung. Die Gefahr, daß der Käufer auf Grund der dinglichen öffentlichen Last in Anspruch genommen wird, ist allerdings praktisch nicht sehr groß. Tritt dieser Fall aber ein, und erhält die Bank für Deutsche Industrieobligationen oder der Inhaber einer veräußerlichen Obligation Befreiung aus dem Grundstück oder von dem Käufer als jegigem Grundeigentümer, so geht die persönliche Forderung gegen den Betriebsunternehmer entsprechend §§ 1143, 1225 BGB. auf den Käufer über, und dieser ist berechtigt, den Rückgriff gegen den Verkäufer zu nehmen. — Geiler (§ 42 Ann. 22) verweist demgegenüber darauf, daß § 41 Abs. 1 ZndBelastG. verschiedene Bestimmungen des Hypothekenrechtes für anwendbar erklärt, dabei aber den § 1143 BGB. nicht erwähne. Das findet seine Erklärung aber offenbar lediglich darin, daß bei einer Erfüllung der Verpflichtungen aus dem ZndBelastG. — abweichend von § 1163 BGB. — die öffentliche Last in Höhe der bezahlten Beträge erlischt und keine Eigentümergrundschuld entsteht. § 1143 BGB. konnte dann aber nicht für anwendbar erklärt werden, weil dies zur Folge gehabt hätte, daß die dingliche öffentliche Last auch nach Erfüllung der Zahlungspflicht in der Hand des Grundstückskäufers nach Art einer Eigentümerhypothek weiterbestehen würde. Den auch

Dabei ist aber zu bedenken, daß die Industrielast eine wirtschaftliche Belastung der Grundstücke nicht darstellt, daß in erster Linie ja doch der Unternehmer persönlich verpflichtet ist, daß die Industrielast nicht eine Belastung mit dem Kapital, wie mit einer Hypothek darstellt, sondern nur für die Jahresleistung aus Zins und Tilgung subsidiär haftet, und daß selbst im Falle der Zwangsversteigerung nicht etwa die Kapitalsumme der Obligation, sondern nur die rückständigen und bis zur Neuumlegung fälligen Raten beigetrieben werden. Das Interesse der Bekl. an der Befreiung der Last kann nie die Höhe der Last als solche erreichen, sondern bleibt weit darunter zurück. Vielleicht hat gerade dieser Gesichtspunkt bei dem Kaufabschluß bewirkt, daß man der Frage der Befreiung der Grundstücke von der Industrielast keine allzuhohe Bedeutung beimäß, da ja wahrscheinlich die Bekl. überhaupt keine Verpflichtung treffen wird.

(OLG. Darmstadt, 1. ZivSen., Ur. v. 28. Mai 1929, 1 U 10/29.)  
Mitgeteilt von RA. Dr. Ludwig Rosenthal, Gießen.

## Dresden.

11. § 108 ZPO. Wird eine Sicherheitsleistung durch Bürgschaft zugelassen, dann darf in dem Beschluß nicht die Erfüllung einer gegenüber der Schriftform erschwerten Form gefordert werden. †)

In einer vor dem OLG. L. anhängigen Prozeßsache hatte die Kl. beantragt, die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft der H. Kreditversicherungsbank AktG., Berlin zuzulassen. Das OLG. hat den Gläubigern zwar gestattet, die Sicherheit durch Stellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft der genannten Bank zu leisten, jedoch für Inhalt und Form dieser Bürgschaftserklärung bestimmte Anforderungen aufgestellt. Es wurde verlangt, daß der Bürge sich ausdrücklich den drei Bekl. gegenüber als Gesamtgläubigern verpflichten solle (§ 328 BGB.), daß ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht beschränkt sein solle und daß ein bestimmter Zeitpunkt der Fälligkeit der Bürgschaftsschuld festzulegen sei. Die einfache Beschwerde der Gläubiger ist nach § 567 Abs. 1 ZPO. zulässig, da die Entsch. des OLG. eine teilweise Zurückweisung des Gesuchs der Gläubiger enthält, das lediglich darauf gerichtet war, ihnen die Leistung der Sicherheit durch Beibringung einer Bürgschaft der genannten Bank zu gestatten.

Die Beschwerde ist auch begründet. Es liegt im vorl. Falle kein Anlaß vor, an den Inhalt der Bürgschaftserklärung besondere Anforderungen zu stellen. Die gesetzlichen Vorschriften über die selbstschuldnerische Bürgschaft erscheinen vielmehr zur Sicherung der Schuldner völlig ausreichend. Die Bürgschaft unterliegt nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts der einfachen Schriftform. Die Prüfung der Voraussetzungen des § 751 Abs. 2 ZPO. liegt den Vollstreckungsorganen ob. Es ist daher auch nicht geboten, in dem die Bürgschaft zulassenden Beschluß die Erfüllung einer gegenüber der einfachen Schriftform erschwerten Form zu fordern.

(OLG. Dresden, 1. ZivSen., Beschl. v. 13. März 1929, 1 C Reg. 126/29.)

für das bewegliche Pfand wie überhaupt für alle Fälle der Haftung für fremde Schuld (vgl. § 774 BGB.) geltenden Grundsatz, daß der Anspruch gegen den persönlichen Schuldner auf den Eigentümer des belasteten Grundstücks oder Pfandgegenstandes übergeht, wenn dieser den Gläubiger befriedigt, wird man aber auch in diesen Fällen anwenden müssen. Zur Begründung des Erfahrenspruches genügt dann die Berufung darauf, daß der Käufer die Verpflichtung aus der Industrielast erfüllt hat, obwohl der Verkäufer persönlicher Schuldner war, und es ist nicht, wie Geiler annimmt, erforderlich, auf das Rechtsverhältnis zurückzugreifen, auf Grund dessen der Eigentümer das Grundstück von dem belasteten Unternehmer erworben hat. Wenn der Käufer darauf verzichtet, die Befreiung der als Sicherheit für die Verpflichtungen des Verkäufers haftenden dinglichen Last zu fordern, folgt daraus nicht, daß er es dem Verkäufer gegenüber übernimmt, die lediglich aus der Führung des dem Verkäufer verbliebenen Betriebes hervorgehenden persönlichen Verpflichtungen des Verkäufers aus dem IndBelastG. für eigene Rechnung zu erfüllen oder daß er im Falle einer Inanspruchnahme der dinglichen Haftung des gekauften Grundstücks auf den kraft Gesetzes auf ihn übergehenden Anspruch gegen den Verkäufer verzichtet. In letzter Linie fallen die Verpflichtungen aus dem IndBelastG. — wenn man von dem Fall einer völligen oder teilweisen Veräußerung des Betriebes selbst absteht —, also unter allen Umständen dem Verkäufer zur Last. RA. Dr. Carl Leo, Hamburg.

Zu 11. Der Inhalt der Entsch., sofern sie vollständig wiedergegeben ist, rechtfertigt nicht die Überschrift. Denn was der angefochtene Beschluß verlangt hatte, betraf nicht die Form der Bürgschaftserklärung, sondern nur den Inhalt derselben. Das OLG. hat auch nicht ausgesprochen, daß niemals bei der Zulassung einer Sicherheitsleistung durch Bürgschaft besondere Erfordernisse an die

## Düsseldorf.

12. Für die Gebührenerstattung der Anwälte im Armenrecht gilt die Instanz auch dann, wenn das Urteil die Rechtsmittelsumme nicht erreicht, erst mit der Zustellung des Urteils als beendet. †)

Geschäftsstelle und BeschwF. gehen dahin einig, daß als Ende der Instanz i. S. des Ges. v. 20. Dez. 1928, wenn die Instanz mit einem Ur. abschließt, hinsichtlich der Anwaltsgebühren der Zeitpunkt der Zustellung, und wenn ein Rechtsmittel gegen das Ur. nicht stattfindet, der Zeitpunkt der Verkündung maßgebend ist. Dieser Grundsatz ist zweifellos richtig; der Senat hat ihn in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtslehre (vgl. insbes. Walter-Joachim-Friedlaender, RWGebD., Anh. I zum ersten Abschnitt, Randziff. 8 ff.) in gleichartigen Fällen stets angewandt, und zwar im Anschluß an die Bestimmung des Art. VIII Abs. 4 des Ges. v. 18. Aug. 1923 (vgl. 1 W 272/28, 300/8 u. a.).

Streit besteht bei dem vorl. Kostenanlaß nur darüber, ob ein oberlandesgerichtliches Ur., welches wie hier sich über einen den Wert von 6000 RM unzweifelhaft nicht übersteigenden Streitgegenstand verhält, als ein solches anzusehen ist, gegen das „ein Rechtsmittel nicht stattfindet“.

Diese Frage ist zu verneinen. Wie Walter-Joachim-Friedlaender a. a. O. Randziff. 11 zutreffend ausführen, sind Ur., gegen die ein Rechtsmittel nicht stattfindet, nur solche, die einer Anfechtung unter allen Umständen entzogen sind, bei denen also sofort mit der Verkündung die formelle Rechtskraft eintritt. Dies sind im wesentlichen nur die Ur. der OLG. in Berufungssachen und die Ur. der OLG. in Arrest- und einstweiligen Verfügungsachen. Bei Ur. der OLG. im übrigen ist die Einlegung der Rev. immer möglich, wenn der Revisionskläger vorbringt, die Revisionssumme sei doch erreicht, oder es liege ein Fall des § 547 ZPO. vor.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 18. April 1929, 1 W 128/29.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Gerson, Düsseldorf.

Form oder den Inhalt der Bürgschaftserklärung gestellt werden dürften. Vielmehr hat das OLG. lediglich erklärt, daß „im vorliegenden Falle“ „kein Anlaß“ zu besonderen Anforderungen gegeben sei. Dieser rechtliche Ausgangspunkt ist richtig. Nach § 108 ZPO. „kann“ das Gericht „nach freiem Ermessen“ bestimmen, in welcher Art statt Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren Sicherheit geleistet werden darf. Hiernach erscheint es auch berechtigt, die Zulassung jeder anderen Sicherheitsleistung von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig zu machen, also auch z. B. der Bedingung, daß die Unterschrift des Bürgen notariell beglaubigt sein müsse. Für den Inhalt einer Bürgschaftserklärung wird sogar ganz regelmäßig ein Erfordernis vom Gericht gestellt, daß nämlich der Bürge eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernimmt, also auf die Einrede der Vorausklage verzichtet. Dürfte das Gericht an die Form der Bürgschaft keine Anforderungen stellen, die gegenüber dem Gesetz erschwert sind, so müßte es ja auch nach § 350 BGB. eine nur mündliche Bürgschaftserklärung eines Kaufmannes zulassen. Darüber, ob bei Zulassung einer Bürgschaft besondere Anforderungen an die Form oder den Inhalt der Bürgschaftserklärung zu stellen sind, entscheidet allein das pflichtmäßige Ermessen des Richters im Einzelfalle. Will die davon betroffene Partei den gestellten Anforderungen nicht genügen, kann sie ja Geld oder Wertpapiere hinterlegen. Auch die Zitierung von § 751 Abs. 2 ZPO. ist in diesem Zusammenhange nicht verständlich. Oft, vielleicht meistens, bekommt das Vollstreckungsorgan die Bürgschaftsurkunde gar nicht zu Gesicht, sondern nur den Gerichtsbeschluß, der die Bürgschaft zuläßt, versehen mit dem Vermerk, daß die Bürgschaft bereits geleistet ist (weil nämlich die Bürgschaftsurkunde bereits nach Prüfung durch den Richter im Original hinterlegt ist). Der Gerichtsbeschluß, nicht die Bürgschaftsurkunde, ist dann die Urkunde, durch welche dem Vollstreckungsorgan die erfolgte Sicherheitsleistung nachgewiesen wird.

RA. Benöhr, Hamburg.

Zu 12. Tritt die formelle Rechtskraft eines Ur. mit seiner Verkündung ein, so ist in keinem Behufe noch seine Zustellung erforderlich; sie gehört in diesem Falle nicht zu den anwaltlichen Obliegenheiten.

In allen anderen Fällen bedarf es aber der Urteilszustellung mindestens deshalb, weil erst durch sie die Rechtsmittelfrist in Lauf gesetzt wird, nach deren Ablauf Rechtskraftzeugnis erlangt werden kann. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob ein Rechtsmittel zulässig oder ob es wegen Nichterreicherung der Rechtsmittelsumme unzulässig ist. In beiden Gruppen von Fällen ist daher sinngemäßerweise ohne Unterschied die anwaltliche Instanz als beendet erst anzusehen mit der Urteilszustellung.

Hierbei drängt sich allerdings die Betrachtung auf, daß der Gesetzgeber vielleicht folgerichtiger vorgehen wäre, wenn er nicht die Verkündung oder Zustellung des Ur., sondern den Eintritt seiner formellen Rechtskraft zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Instanzbeendigung gemacht hätte.

RA. Dr. Fritz Dehnow, Hamburg.

## Frankfurt a. M.

13. §§ 580, 585, 176, 178 ZPO. Die Restitutionsklage muß dem Prozeßbevollmächtigten des Vorprozesses zugestellt werden, und zwar dem DLG-Anwalt, wenn sie sich gegen ein Urteil des DLG richtet. f)

Durch Urte. des 3. ZivSen. des DLG. Frankfurt a. M. v. 10. Nov. 1927 ist festgestellt worden, daß die Kl. verpflichtet sind, die im Grundbuch von A. eingetragene gewesene Hypothek von 42 000 RM. und die durch sie geschätzte persönliche Forderung bezüglich eines Teilbetrages von 40 000 RM. nach dem Gesetz aufzuwerten.

Das Urteil ist rechtskräftig geworden. In seinen Gründen ist ausgeführt, daß die heutigen Kl. selbst zugegeben hätten, daß die 40 000 RM. erst im Juli 1922, also nach dem 15. Juni 1922, gezahlt worden seien, daß sie daher zur Aufwertung der dinglichen und persönlichen Forderung kraft Rückwirkung verpflichtet seien. — Die Kl. behaupten nun, der klägerische Ehemann habe am 18. Jan. 1929 unter Steuerpapieren die Quittung über die Zahlung der 40 000 RM. gefunden, diese trage das Datum des 4. Mai 1922, ergebe also, daß sie schon an diesem Tage, mithin vor dem 15. Juni 1922, die 40 000 RM. an die Bekl. gezahlt hätten, so daß diese eine Aufwertung dieses Betrages nicht habe verlangen können. Demnach sei das Urte. v. 10. Nov. 1927 zu Unrecht ergangen.

Die Kl. haben daher, gestützt auf § 580 Ziff. 7 b ZPO. Restitutionsklage erhoben und beantragt, das angefochtene Urte. in vollem Umfange für nichtig zu erklären.

Die Klage ist am 8. Febr. 1929 beim Gericht eingegangen und der Bekl. persönlich am 14. Febr. 1929 zugestellt worden.

Die Bekl. beantragt, die Klage als unzulässig zu verwerfen evtl. sie abzuweisen.

Sie macht geltend, die Klage sei nicht in der gesetzlichen Frist von einem Monat zugestellt worden. Denn die Zustellung hätte an ihren Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz des vorhergegangenen Verfahrens, N. N., erfolgen müssen, die Klage sei aber an sie persönlich zugestellt worden. Die Klage sei auch gem. § 582 ZPO. unzulässig. Es sei die Schuld der Kl., daß sie die Quittung in dem früheren Verfahren nicht vorgelegt hätten. Weiterhin habe sie die zu ihren Gunsten nach Erlaß des Urte. v. 10. Nov. 1927 und nach der in dem Aufwertungsverfahren mit den heutigen Kl. erfolgten Verständigung eingetragene Aufwertungshypothek von 3500 RM. am 22. Okt. 1928 abgetreten, sei daher für die Wiederaufnahmeklage nicht passiv legitimiert. Schließlich bestreitet sie auch die Echtheit der Quittung v. 4. Mai 1922.

Nach § 580 Ziff. 7 b ZPO. findet die Restitutionsklage statt,

Zu 13. Die Entsch. entspricht dem klaren Wortlaut der §§ 585, 176, 178 ZPO. und der einhelligen Meinung von Rechtspredung und Rechtswissenschaft.

Die Form ist auch dann nicht gewahrt, wenn — ob der Fall hier so liegt, ist dem Tatbestand des Urteils nicht zu entnehmen — der Restitutionsbeklagte nachgewiesenermaßen oder unbefristet die Klageschrift dem Anwalt des früheren Prozesses innerhalb der Frist übermittelt hat. Die Zustellungsregeln der ZPO. stehen nun einmal grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß nur diejenige Kenntnis maßgebend ist, die in der gesetzlich vorgeschriebenen Form erlangt ist. § 187 ZPO. ist eine Ausnahmevorschrift mit genau umgrenztem Tatbestand, die eine entsprechende Anwendung auf einen völlig anderen Tatbestand nicht gestattet (abweichend Rosenberg, Lehrb. des deutschen Zivilprozessrechts 1929, 204). — Bemerkte sei auch noch, daß es sich im vorliegenden Falle um eine Notfrist handelt, deren Wahrung von Amts wegen zu prüfen ist und die der Parteienvereinbarung nicht unterliegt. Das Ergebnis wäre mithin auch dann kein anderes gewesen, wenn der Restitutionsbeklagte den Mangel nicht gerügt hätte (§ 295 Abs. 2 ZPO.).

Die Entsch. führt — und deshalb ist ihr Abdruck zu begrüßen — deutlich vor Augen, welche Gefahren für Partei und Anwalt die in der Praxis nicht ganz seltene Nichtbeachtung der §§ 176, 178 ZPO. mit sich bringt.

AODir. Dr. Rud. Wohlwill, Hamburg.

Zu 14. A. Die Entsch. schließt sich der herrschenden Rspr. an und mag an sich formal richtig sein; man wird aber zugeben müssen, daß sie im Ergebnis nicht befriedigt und den mutwilligen oder doch absichtslosen Armenrechtsanträgen nur Vorschub leistet. Sie zwingt den Gegner zu einer besonderen Schadenersatzklage auf materiellrechtlicher Grundlage, wenn er sich einen Titel für seine Auslagen beschaffen will, und damit zu einem erheblichen und unbilligen Kostenrisiko; denn abgesehen davon, daß der Antragsteller meist vermögenslos sein wird, verspricht eine solche Klage meist nur bei mutwilligen (§§ 823 Abs. 2, 226 BGB.), nicht auch bei nur für absichtslos erklärten Armenrechtsgesuchen Erfolg. Letzterenfalls muß dem Antragsteller wenigstens ein bedingter Vorschub nachgewiesen werden, also, daß er sich der Möglichkeit bewußt war, daß der Antragsgegner sich zur Beantwortung des Gesuches eines N. N. bedienen und diesem dadurch gebührensichtlich werde (§ 826 BGB.), also das Bewußtsein der Ursächlichkeit (RG. 62, 132; 63,

wenn eine Partei eine Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Für die Klage ist, wenn das angefochtene Urte. von dem BG. erlassen worden ist, dieses ausschließlich zuständig. Die Klage ist daher mit Recht bei dem erkennenden Gericht anhängig gemacht worden (§ 584 ZPO.). Nach § 585 finden auf die Erhebung der Klage und das weitere Verfahren die allgemeinen Vorschriften entsprechende Anwendung. Nach §§ 176, 178 ZPO. mußte daher die Klage an denjenigen Prozeßbevollmächtigten der Bekl. zugestellt werden, der für sie in dem früheren Verfahren in der VerZust. tätig gewesen war (siehe Stein, Sydow-Busch zu § 585 und Grundr. 27, 1076). Dies ist nicht geschehen. Die Zustellung ist an die Bekl. persönlich erfolgt.

Eine ordnungsmäßige Nachholung der Zustellung ist nicht mehr möglich, da die in § 586 ZPO. vorgesehene Frist inzwischen längst abgelaufen ist. Nach § 589 muß das Gericht von Amts wegen prüfen, ob die Klage an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist erhoben worden ist. Diese Prüfung erstreckt sich auch darauf, ob bei der Zustellung der Klage die Bestimmung der §§ 176, 178 beachtet worden ist.

Da dies nicht geschehen ist, es also an dem Erfordernis der richtigen Zustellung mangelt, so ist die Klage unzulässig. In eine Prüfung des Wiederaufnahmegrundes konnte bei dieser Sachlage nicht eingetreten werden. Die Klage mußte gem. § 589 ZPO. als unzulässig verworfen werden.

(DLG. Frankfurt a. M., 2. ZivSen., Urte. v. 25. Juni 1929, 2 U 47/29.)

Mitgeteilt von N. N. Otto Rothbart, Frankfurt a. M.

## Röln.

14. §§ 91 ff. ZPO. Die Kostenerstattungsvorschriften können im Armenrechtsverfahren keine Anwendung finden, da ein „Rechtsstreit“ noch gar nicht anhängig ist und daher auch keine unterlegene Partei vorhanden sein kann. Demgemäß mußte der das Armenrecht verweigende Beschluß frei von gerichtlichen und außergerichtlichen Gebühren ergehen.

(DLG. Köln, 9. ZivSen., Beschl. v. 24. Jan. 1929, 9 W 6/29.)

Abgebr. JW. 1929, 1688<sup>oo</sup>.

146) und weiter, daß diese Beziehung eines Anwaltes notwendig war (§ 254 BGB.).

Soweit der Beschluß mitgeteilt ist, ist daraus nicht zu ersehen, ob das DLG. sich zur Begründung mit lapidarer Kürze darauf beschränkt hat, zu sagen: Da ein „Rechtsstreit“ noch gar nicht anhängig ist und daher auch keine unterlegene Partei vorhanden sein kann. Das wäre in dieser Kürze allerdings mehr eine energische Behauptung als eine überzeugende Begründung. Mit der Einleitung irgendeines Verfahrens, das auf Rechtsschutz abzielt (und das ist auch bei dem Armenrechtsprüfungsverfahren der Fall) entsteht schon ein Rechtsverhältnis zum Gegner, das den Unterliegenden zur Kostenerstattung verpflichtet; das ist das notwendige Korrelat zum allgemeinen Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz und der entsprechenden allgemeinen Einlassungspflicht. Eine tatsächliche, mittelbare Einlassungspflicht auch im Armenrechtsprüfungsverfahren ergibt sich für den Gegner aber schon daraus, daß sein Schweigen die Bewilligung des Armenrechts (soweit das Gesuch im übrigen schlüssig ist) und damit die Voraussetzung auch für die prozessuale Einlassungspflicht zur unausbleiblichen Folge haben würde. Nur braucht man aber auch keineswegs aus den Vorschriften, die die prozessuale Kostenerstattungspflicht positiv regeln, ein Verbot im übrigen zu entnehmen, in den nicht ausdrücklich geregelten Fällen dem Unterliegenden die Kosten aufzuerlegen.

Wenn § 91 von einem „Rechtsstreit“ spricht, so hat die damit gewollte Einschränkung doch nur den Sinn, daß ohne die Einleitung eines Rechtsstreits, d. h. eines gerichtlichen Verfahrens, keine Entsch. über die Kosten möglich ist. Mehrfach ist daher die Erstattungsfähigkeit der Auslagen des Gegners beispielsweise auch schon für den Fall der Beendigung des Güteverfahrens ohne Eintritt in das Streitverfahren bejaht worden (vgl. zusammenfassend Sonnen: JW. 1925, 2305); hier hat man sogar § 271 Abs. 3 ZPO. für anwendbar erklärt. Die gegenteiligen Ausführungen Ickhins des BG. Stüttingen (JW. 1929, 1700) überzeugen nicht. Das Unbehagen, daß das DLG. bei seiner formaljuristischen Entsch. anscheinend selbst empfindet, kann es nicht damit betäuben wollen, daß es unterscheidet zwischen „Rechtsfindung“ als alleiniger Aufgabe des Gerichts und „Rechtszeugung“ als ausschließlicher Sache des Gesetzgebers. Damit ignoriert es den Richterspruch als kognitive Rechtsquelle und schwimmt gegen den Strom der zeitgemäßen Rechtsentwicklung. Die Gerichte haben anerkanntermaßen „Lücken“, die der Gesetzgeber gelassen hat, auszufüllen; wenn sie sich dabei von Zweckmäßigkeits Erwägungen leiten lassen, so ist das ein durchaus billigenwertes Motiv. Eine zweckmäßige Rspr. wird immer freudig aufgenommen werden von den



## Königsberg.

15. § 38 Abs. 1 RAGebD. Durch die Begründung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl wird die Prozeßgebühr nicht verdient. †)

Der Anwalt des Bekl. hat bei Einlegung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl die von dem Kl. geltend gemachte Forderung bestritten. Die Sache wurde dann durch Beschl. an das LG. verwiesen, bei dem der Anwalt nicht zugelassen ist. Er hat wegen des

Rechtssuchenden, eine unzweckmäßige wird volksfremd bleiben. „Die erste und vornehmste Aufgabe des Richters geht dahin, in seiner Rspr. den Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden und sich in dieser Beziehung von den Erfahrungen des Lebens leiten zu lassen“ (RG. 100, 123 = JW. 1921, 240).

Nach §§ 118, 126 ZPO. ist das Armenrechtsprüfungsverfahren aber schon mindestens ein prozeßähnliches, das durch eine gerichtliche Entsch. zum Abschluß gebracht wird und das der Wortlaut des § 91 ZPO. sinngemäß nicht als mit einem prozeßualen Kostenanspruch unvereinbar hat ausschließen wollen. Wenn auch noch nicht allgemein, so ist doch überwiegend in der Rspr. anerkannt, daß z. B. auch Arreste und Einstweil. sich über die Kostenpflicht, und zwar die Erstattungspflicht des Arrestgegners auszusprechen haben, obwohl hier der Gegner noch nicht einmal vorher gehört worden zu sein braucht (vgl. hierzu Striemer: JW. 1928, 1526, Anm. zu 37).

Die strittige Frage habe ich ausführlicher in DRZ. 1929, 145 ff. behandelt. Dort habe ich schon darauf hingewiesen, daß wenn die Rspr. die §§ 91 ff. auch weiterhin auf das Armenrechtsprüfungsverfahren nicht anwenden will, der Anwalt seinem Mandanten den Rat wird geben müssen, sich weder auf ein Armenrechtsgesuch zu erklären, noch auf ein Güteverfahren einzulassen, sondern es von vornherein zum Streitverfahren kommen zu lassen, weil er nur so mit Sicherheit einen Titel für seinen Kostenerstattungsanspruch erhalten, anderenfalls für sein Obliegen im Vorverfahren durch Verweigerung dieses Titels noch bestraft wird. Der formale Unterschied, daß der erfolglose Angriff des Gegners nicht durch dessen Klage, sondern durch die gerichtliche Aufforderung zur Gegenklärung erfolgt, kann doch den Antragsteller nicht schon vor der prozeßualen Kostenerstattungspflicht schützen. Das RG. hat längst schon die ZPO. als Zweckmäßigkeitssnorm behandelt und einer freieren Auslegung unterzogen (vgl. RG. 102, 278).

Wendet man aber die §§ 91 ff. an, so wird man auch die Kosten der Inanspruchnahme eines Anwalts schließlich als notwendige Kosten des Gegners zu bezeichnen haben, ohne Prüfung, ob sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich waren. Deshalb sollte hier anderes gelten als im Parteiprozeß, wo auch kein Anwaltszwang besteht. §§ 29 Nr. 6 u. 23 Nr. 6 RAGebD. rechnen das Armenrechtsverfahren ja auch ausdrücklich zur „Instanz“.

Daß es sprachlich und sachlich ungenau ist, wenn das OLG. sagt: „Demgemäß mußte der das Armenrecht verweigende Beschluß frei von gerichtlichen und außergerichtlichen Gebühren ergehen“, sei nur nebenbei gesagt. Nicht weil §§ 91 ff. keine Anwendung finden, muß der Beschluß frei von gerichtlichen Gebühren ergehen, sondern weil nach § 1 DRAGeb. für diesen Beschluß eine Gerichtsgebühr nicht erhoben werden darf. Darüber, ob außergerichtliche Gebühren erfallen oder nicht, hat der Beschluß aber ebenso wenig wie jede andere Sachentsch. sich zu verhalten, sondern nur darüber, wer solche zu erstatten hat, soweit sie erfallen. Außergerichtliche Gebühren erfallen aber für das Armenrechtsverfahren nach §§ 23, 89 RAGebD.

OLG. Fr. Conrads, Bonn.

B. Es sollte eigentlich eine gesetzgeberische, keine interpretative Frage sein, wie weit das Armenrechtsverfahren kostenfrei oder mit Kosten verbunden ist. Aber wie bei so vielen grundsätzlichen Angelegenheiten, läßt auch hier die ZPO. im Stich. Und da der sehr schnellen gegenwärtigen Veränderlichkeit mancher Gesetze eine ebenso langsame Veränderlichkeit der großen Kodifikationen und Unentschlossenheit der Gesetzgebung, sie zu revidieren, gegenübersteht, so wird hier noch viele Zeit mit mißherausübenden und dabei unklarer Interpretationen verbracht werden müssen. — Im Rahmen dieser Besprechung kann nicht auf den umfangreichen Streitstand der vorliegenden Frage eingegangen, sondern nur praeter propter folgendes bemerkt werden:

Der Antrag, das Armenrecht zu bewilligen für eine anzustringende Klage, enthält eine rechtliche Bedrohung des Gegners. Der Gegner wird, um sich rechtzeitig zu schützen, oft Anwaltskosten für Gegenanträge aufwenden, und es bleibt für ihn wünschenswert, daß er mit diesen Kosten tunlichst nicht belastet bleibt, sondern sie von dem Armenrechtsantragsteller dann erstattet verlangen kann, wenn dieser mit dem Antrage abgewiesen wird.

Auf der anderen Seite vertritt die Institution des Armenrechtsgesuches es schwerlich, mit einem Kostenrisiko belastet zu werden. Der Armenrechtspetent könnte seinen Antrag oft gar nicht wagen, wenn er zu befürchten hätte, daß er im Ablehnungsfalle gegnerische Kosten tragen muß. Wenn gegenüber einem Armenrechtsantrage der Antragsgegner einen RM. in Anspruch nimmt,

Inhalts des Widerspruchs die volle Prozeßgebühr verlangt, mit Recht nicht festgesetzt ist. Für die Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl steht dem Anwalt nach § 38 Abs. 1 RAGebD. nur die  $\frac{2}{10}$ -Gebühr zu. Daß in dem Widerspruch zugleich eine sachliche Erklärung abgegeben ist, ändert hieran nichts; denn die Gesetzesvorschrift macht einen Unterschied, ob der Widerspruch begründet worden war oder nicht, in keiner Weise. Die Prozeßgebühr konnte nur durch eine Tätigkeit zur Entstehung gebracht werden, durch die

dann mag der Antragsgegner — so läßt sich sagen — die Kosten dieser anwaltlichen Bemühung ebenso tragen, wie er sie tragen muß, wenn er sich von dem RM. außerprozeßual beraten läßt. Übrigens beträgt in beiden Fällen die Anwaltsgebühr gleich viel, nämlich drei Zehntel, so daß wohl schon aus diesem Grunde der Anwalt nicht den von Conrads empfohlenen Rat geben kann, von einer Erwidmung auf den Armenrechtsantrag abzusehen; dieser Rat wäre nicht billiger, wohl aber schlechter. Den Gedanken der ZPO. kann man dahin verstehen, daß eine Kostenerstattungs-pflicht erst dann eintritt, wenn die Parteien im Prozesse sind (vom Beschwerdeverfahren abgesehen), d. h. wenn der Bekl. zum Verhandlungstermin geladen ist, oder wenn ein zum Ersatz des Prozesses dienendes Verfahren (Mahn-, Güteverfahren) eingeleitet ist; daß aber eine außerprozeßuale Kostenerstattung nicht stattfindet.

Ich möchte glauben, daß von diesen verschiedenen Gesichtspunkten die letzteren, zugunsten des Armenrechtstellers sprechen, mehr für sich haben und durchbringen werden. Jedenfalls kann man — gerade vom nichtformalen Standpunkte aus, im Hinblick auf die Bedürfnislage, die vorstehend Conrads betont — die Dinge auch anders sehen, als Conrads, der die Interessen des Armenrechtspetenten doch wohl stark zurücktreten läßt. Seine Ansicht, daß der Armenrechtspetent in ein „Rechtsverhältnis zum Gegner“ komme, „das den Unterliegenden zur Kostenerstattung verpflichtet“, ist im Gegenteil eine ausgesprochen formale Konstruktion. Auch kann die Verweisung des Antragsgegners auf eine etwaige Schadensersatzklage nicht deshalb eine Unbilligkeit sein, weil der Antragsteller meist insolvent ist; denn gegen einen insolventen Antragsteller wäre ein Kostenfestsetzungsbeschluß im Armenrechtsverfahren ebensowenig nützlich.

Ludwig Thoma erzählt einmal in einer seiner kleinen Skizzen (die bekannter sind als seine hochwertigen ernsten Romane) von Richtern seiner Heimat, die das Prozessieren als eine Art feindselige Belästigung des Gerichts betrachteten. Ich habe gelegentlich den Eindruck, daß man heute hier und da gegenüber dem Armenrechtsprozessieren sich in einer ähnlichen Stimmung befindet und in ähnlichem Sinne eine gewisse Belästigung darin sieht. Das ist sehr verständlich. Der Richter, der mit einer Fülle von Prozessen schwer belastet ist und über eine weitere Fülle von Armenrechtsgesuchen, d. h. von Gesuchen um Zulassung neuer Prozesse entscheiden soll, ist hierbei einer gewissen Selbst- und Notwehr nahe. Er kann diese Gesuche unmöglich begreifen und kann nicht prädisponiert sein, die begehrten neuen Klagen so reichlich zuzulassen, daß ihm die Arbeit über den Kopf wächst. Nicht ganz selten begegnen wir daher Beschlüssen, die mit der gefehligen Formel von der „Ausichtslosigkeit der Rechtsverfolgung“ ohne jede nähere Begründung die Armenrechtsbewilligung ablehnen, obwohl die Ablehnung nicht ohne weiteres verständlich ist. Die Frage kann sich aufdrängen, ob es nicht zur richterlichen Pflicht gemacht werden sollte, die Armenrechtsablehnung — die ja für den Petenten eine ähnliche wirtschaftl. Bedeutung hat, wie eine rechtskräftige Abweisung seiner Klage — mit einer konkreten Begründung zu versehen. Man kann sich weiter fragen, ob die Entsch. über die Armenrechtsgesuche nicht lieber anderen Abteilungen und Kammern übertragen werden sollte, als den für den nachfolgenden Prozeß zuständigen, damit nicht der Richter vor die Aufgabe gestellt wird, über Maß und Umfang seiner eigenen Diensttätigkeit selber zu entscheiden, und damit auch der abgewiesene Armenrechtspetent, der hernach auf eigene Kosten klagt, nicht einen Richter findet, der sich bereits gegen ihn präjudiziert hat. Jedenfalls scheint es doch, daß es nicht nur heißen muß: Schutz vor dem Armenrechtsantragsteller, sondern auch: Schutz dem Armenrechtsantragsteller.

Es kann nicht allein der Gesichtspunkt ausschlaggebend sein, den Armenrechtsgesuchen „keinen Vorschub zu leisten“. Wir dürfen uns nicht betren lassen durch die groben Mißbräuche, die mit der Armenrechtsinstitution ebenso getrieben werden, wie mit jeder anderen sozialen Institution. Sagen wir mehr auf die Mißbräuche als auf den guten Kern, so können wir mit keiner sozialen Einrichtung weiter, und als solche will schließlich das Armenrecht in erster Reihe behandelt werden.

RM. Dr. Fritz Dehnow, Hamburg.

Zu 15. Die Entsch. erscheint zutreffend aus zweifachem Grunde. Nur durch Tätigkeit im Prozeß wird die Prozeßgebühr erwirkt. Im Prozeß ist der Bekl. erst, nachdem er zum Verhandlungstermin geladen ist. Für eine vorherliegende Tätigkeit seines Anwaltes sind nur die Gebühren eines nichtprozeßbevollmächtigten RM. zuständig.

Im übrigen obliegt es dem Anwalt, sich bei Ausführung seines

über die Erhebung des Widerspruchs und das damit zum Abschluß gebrachte Mahnverfahren hinaus das ordentliche Prozeßverfahren eröffnet worden wäre. Das ist dadurch, daß dem Widerspruch eine Begründung beigegeben ist, noch nicht geschehen (Friedlaender<sup>2</sup> zu § 38 Anm. 7).

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 6. Juni 1929, 7 W 467/29.)

Mitgeteilt von OLG. Sietoff, Königsberg.

### München.

16. §§ 929, 103 ZPO. Für den auf Grund eines Arrestbefehls ergangenen Kostenfestsetzungsbeschluss gilt nicht die Vollziehungsfrist des § 929 ZPO. f)

Nach § 929 Abs. 2 ZPO. ist die Vollziehung des Arrestes unstatthaft, wenn seit dem Tag, an welchem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, ein Monat verstrichen ist. Durch den Arrestbeschluss des OLG. wurden dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens auferlegt. Das ist nach einer allgemeinen Übung der Gerichte und nach der Ansicht der meisten Schriftsteller zulässig. Der Arrestbeschluss bildet daher einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel und daher eine Grundlage i. S. des § 103 ZPO. zur Festsetzung der Kosten. Nun hat früher das OLG. München (BayMpfZ. 1906, 344) sich auf den Standpunkt gestellt, daß die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. auch für den Kostenfestsetzungsbeschluss gelten müsse. Diefelbe Ansicht vertritt das PrKfG.: JW. 1924, 983. Allein der Sen. kann dem nicht beitreten, er schließt sich der gegenteiligen von Stein-Jonas, ZPO., § 103 II, 1. vertretene Ansicht an. Die Vollziehung des Arrestes ist eine Unterart der Zwangsvollstreckung. Sie bezweckt die Sicherung der Zwangsvollstreckung. Die Zwangsvollstreckung aus dem Arrestbefehl hat also nicht die Befriedigung des Gläubigers, sondern nur seine Sicherung zum Ziel.

Auftrages auf Zweckentsprechendes zu beschränken, und namentlich darf er nicht durch unnötige Handlungen Mehrkosten verursachen. Den Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl zu begründen, solange nicht zum Termin geladen ist, ist nicht nötig. Die Begründung kann nicht einmal den Effekt haben, daß sie den Antragsteller vom Antrage auf Terminbestimmung abhält; denn die Widerspruchsschrift wird ihm gar nicht vom Gericht zugeleitet, bevor auf seinen Antrag Termin bereits bestimmt ist. Der Anwalt mag also hier und da kürzschalber dem Widerspruch sogleich die Begründung beigegeben. Er müßte es aber unterlassen, wenn dadurch Mehrkosten entstehen würden.

RA. Dr. Fritz Dehnow, Hamburg.

Zu 16. Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie behandelt die Frage, ob noch eine Vollstreckung aus einem auf Grund eines Arrestbefehls erlassenen Kostenfestsetzungsbeschluss erfolgen kann, wenn die in § 929 Abs. 2 ZPO. bestimmte einmonatliche Frist abgelaufen ist. Die zitierten gegenteiligen Entsch. des OLG. München (BayMpfZ. 1906, 344) und des RG. (JW. 1924, 983) beziehen sich nicht auf genau denselben Sachverhalt. Es wird in ihnen die Frage erörtert, ob noch nach Ablauf der einmonatlichen Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. Kostenfestsetzung auf Grund des Arrestbefehls beantragt werden kann. In anderer Formulierung, bei der die Verschiedenheit der Fragestellung noch deutlicher hervortritt, lautet die in obiger Entsch. gestellte Frage wie folgt:

Ist die Vollstreckung aus einem auf Grund eines Arrestbefehls erlassenen Kostenfestsetzungsbeschluss ein Teil der „Vollziehung des Arrestbefehls“, so daß nach Ablauf der im § 929 Abs. 2 ZPO. bestimmten einmonatlichen Frist nicht mehr aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss vollstreckt werden kann? und die in den zit. Entsch. erörterte Frage folgendermaßen:

Verliert ein Arrestbefehl nach Ablauf der im § 929 Abs. 2 ZPO. bestimmten einmonatlichen Frist seine Eigenschaft als einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel, so daß rechtswirksam keine Kostenfestsetzung mehr beantragt werden kann?

Ungeachtet der Verschiedenartigkeit der Fragestellung liegt jedoch beiden Tatbeständen derselbe Gedankengang zugrunde. In den zitierten früheren Entsch. des OLG. München und des RG. wird die Auffassung, daß der Arrestbefehl nach Ablauf der fraglichen einmonatlichen Frist noch einen als Grundlage für ein Kostenfestsetzungsverfahren geeigneten Zwangsvollstreckungstitel darstellt, abgelehnt. Die vorerwähnten Entsch. erstrecken die Bestimmung des § 929 Abs. 2 ZPO., wonach nach Ablauf der einmonatlichen Frist keine „Vollziehung des Arrestbefehls“ mehr stattfinden darf, auch auf die im Arrestbefehl enthaltene Kostenentscheidung. Arrestbefehl und Kostenentscheidung stellen hiernach eine untrennbare Einheit dar; ist der Arrestbefehl als solcher unvollziehbar, so gilt dies ohne weiteres auch für die Kostenentscheidung, so daß mangels eines geeigneten Zwangsvollstreckungstitels der Antrag auf Kostenfestsetzung abgelehnt werden muß.

Daß dieser Gedankengang in sich konsequent ist, wenn man den Ausgangspunkt, die Auffassung der Einheit des Arrestbefehls mit der darin enthaltenen Kostenentscheidung, billigt, liegt auf der Hand. Die Kritik der zitierten früheren Entsch. des OLG. München und des RG. hat daher an diesem Ausgangspunkt einzusetzen.

Das gemeinsame Kriterium, das eine gleichartige Beurteilung

Zum Schutze des Schuldners, der im Arrestverfahren meist nicht gehört, sondern von der Zwangsvollstreckung aus dem Arrestbefehl überrascht wird und überrascht werden soll, bestimmt das Gesetz, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Arrestbefehl binnen einer Monatsfrist vollzogen sein muß. Allein die Entsch. des Arrestbefehls im Kostenpunkt, sei er nun Beschluss oder Urte., geht nicht auf Sicherung, sondern auf Befriedigung, verfolgt also ein ganz anderes Ziel als die Arrestanordnung selbst. Sie geht viel weiter. Schon aus dieser grundsätzlichen Verschiedenheit ergibt sich, daß die Bestimmung des § 929 Abs. 2 ZPO., die lediglich den nach der Arrestanordnung zulässigen Sicherungsmaßnahmen des Gläubigers eine zeitliche Schranke setzt, auf die Kostenentscheidung des Arrestbefehls keine Anwendung finden kann. Übrigens macht der Ablauf der Monatsfrist den Arrestbefehl nicht nichtig; hebt ihn nicht auf; er verbietet nur eine weitere Sicherung. Er setzt dem Sicherungsziel, aber nicht dem Befriedigungsziel ein Ende. Wenn bei einem Urte. die Vollstreckung in der Hauptsache nicht mehr möglich oder nicht mehr statthaft ist, so wird deshalb die Vollstreckung der Kostenentscheidung des Urte. nicht beschränkt oder gar unstatthaft. Die Festsetzung der Kosten und die Erlassung des Kostenfestsetzungsbeschlusses sind keine Zwangsvollstreckung und darum auch keine Vollziehung des Arrestes. Darum muß die Vorschrift des § 929 Abs. 2 ZPO. für dieses Verfahren außer Betracht bleiben. Im übrigen ist der Kostenfestsetzungsbeschluss nach § 794 Nr. 2 ZPO. ein besonderer Vollstreckungstitel, der erst mit der Befriedigung des Kostengläubigers oder mit der Beseitigung oder Änderung des Urteils selbst seine Wirksamkeit verliert. Das prozessuale Ziel des Kostenfestsetzungsbeschlusses ist also nicht Sicherung, sondern Befriedigung. Deshalb ist auch der Kostenfestsetzungsbeschluss, der auf Grund eines Arrestbefehls ergeht, nicht an die Schranke des § 929 Abs. 2 ZPO. gebunden.

(OLG. München, 3. ZivSen., Beschl. v. 2. Mai 1929, BeschwReg. 501/29 III.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Fiedler, München.

der verschiedenen Tatbestände der obenstehenden Entsch. und der in ihr zitierten gegenteiligen Entsch. rechtfertigt, ist dadurch gegeben, daß entweder der Kostenfrage (Kostenentscheidung, Kostenfestsetzungsverfahren, Kostenfestsetzungsbeschluss und Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses) eine selbständige Bedeutung gegenüber der Arrestanordnung als solcher beigegeben wird oder nicht. Es ist also unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen, wie sich der Ablauf der im § 929 Abs. 2 bestimmten einmonatlichen Frist auf einen nach Ablauf dieser Frist gestellten Kostenfestsetzungsantrag bzw. einen Vollstreckungsantrag auf Grund eines Kostenfestsetzungsbeschlusses rechtlich auswirkt.

Zutreffend ist in der obenstehenden Entsch. darauf hingewiesen, daß die Kostenentscheidung im Arrestbefehl eine andere rechtliche Beurteilung erfordert als die Arrestanordnung selber, da die letztere lediglich auf Sicherung des Gläubigers geht, während die Kostenentscheidung weit darüber hinausgehend eine Befriedigung des Gläubigers bezweckt. Aus dieser prinzipiellen Verschiedenheit wird die Auffassung gerechtfertigt, daß der Arrestbefehl trotz Ablaufs der einmonatlichen Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. in bezug auf die Kostenentscheidung einen Zwangsvollstreckungstitel und somit eine Grundlage für das Kostenfestsetzungsverfahren darstellt; dies gilt um so mehr, als der Arrestbefehl, worauf die Entsch. mit Recht hingewiesen hat, nach Ablauf der fraglichen einmonatlichen Frist keineswegs nichtig ist, sondern rechtlich bestehen bleibt (vgl. hierzu Stein-Jonas, ZPO., § 103 II und RG. 75, 200).

Die vorstehenden Erwägungen führen zu der Annahme der Statthaftigkeit eines Kostenfestsetzungsverfahrens auch nach Ablauf der einmonatlichen Frist des § 929 Abs. 2 ZPO.; sie treffen aber auch auf die den Gegenstand der obigen Entsch. bildende Frage, ob nach Ablauf der vorerwähnten Frist aus einem, auf Grund eines Arrestbefehls erlassenen Kostenfestsetzungsbeschluss vollstreckt werden kann, zu.

Für die Bejahung dieser Frage sprechen noch weitere Gründe, die in der Entsch. ebenfalls im wesentlichen aufgeführt sind. Zunächst ist das mit Erlassung des Kostenfestsetzungsbeschlusses endende Kostenfestsetzungsverfahren keine Zwangsvollstreckung, sondern ein an das Verfahren erster Instanz anschließendes selbständiges Nachverfahren (vgl. Stein-Jonas, ZPO., § 103 I); aber auch eine Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses ist keine „Vollziehung des Arrestbefehls“ i. S. des § 929 Abs. 2 ZPO., da offensichtlich unter diesem Begriff nur die Vollstreckung der spezifischen Arrestanordnung zu verstehen ist, wie auch der Gesetzgeber kaum an eine andere Vollstreckungsmöglichkeit gedacht haben dürfte, da die Frage, ob der Arrestbefehl eine Kostenentscheidung enthalten müsse, erst allmählich in Theorie und Rspr. erörtert und überwiegend bejaht worden ist.

Mit Recht ist schließlich am Schluß der Entsch. hervorgehoben, daß der Kostenfestsetzungsbeschluss nach § 794 Nr. 2 ZPO. ein besonderer Vollstreckungstitel ist, der erst mit der Befriedigung des Kostengläubigers oder mit der Beseitigung oder Änderung des Urteils selbst unwirksam wird.

RA. Wandtschneider, Hamburg.

## Stettin.

17. § 25 HGB. Ein Verkauf des Geschäfts im Vergleichsverfahren fällt nicht unter § 25 I HGB. †)

Bei der Veräußerung eines Geschäfts mit Firma durch Konkursverwalter und Gemeinschuldner hat das RW. 58, 168 bei gleicher Sachlage eine Ausnahme von der Wirkung des § 25 I HGB. aufgestellt. Rechtslehre und Rpr. haben dieser Gesetzesauslegung im Ergebnis zugestimmt (Staub a. a. O. Anm. 1 c zu § 25; Jaeger, RPr. 5, Anm. 7 zu § 1; Pisko: Ehrenbergs Handb. d. Handelsrechts II Abt. 1 S. 263; Marcus: DZB. 1905, 850). Über die Gründe, die diese Ausnahme notwendig machen, gehen freilich die Meinungen auseinander. Das RW. erblickt den Entscheidungsgrund in dem Umstande, daß der Konkursgläubiger nicht Dritter i. S. § 25 HGB. sei, weil die Konkursgläubiger die Rechtshandlungen des Konkursverwalters gegen sich gelten lassen müßten. Dem schließt sich Staub an. Jaeger stellt es darauf ab, daß der Konkursverwalter nur Aktiva übertrage und deshalb der Parteiville die Schulübernahme ausschließe. Pisko meint, daß der § 25 nicht Platz greife, „weil der durch die konkursmäßige Veräußerung des Geschäfts erzielte Erlös zur Befriedigung der Konkursgläubiger bestimmt sei und ihnen nicht entzogen werden könne und weil die Geltendmachung einer solchen Haftung dem gewollten Inhalte des zwischen dem Geschäftserwerber und dem als Organ der Gläubiger und in deren Interesse handelnden Konkursverwalter geschlossenen Geschäfts widersprechen würde“. Marcus endlich hält für ausschlaggebend die Ansicht der Konkursgläubiger, daß derjenige, der ein Geschäft aus der Konkursmasse kauft, in die Geschäftsbeziehungen des Gemeinschuldners zu den bisherigen Gläubigern nicht eintreten wolle.

Es ist zuzugeben, daß die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung dieser Ausnahme auf den vorliegenden Fall nicht ohne weiteres einleuchtet. Wenn man mit dem ersten Richter den Unterschied in der Stellung des Konkursverwalters und der Geschäftsaufsichtsperson und in dem Ziele des Konkurses und des Geschäftsaufsichtsverfahrens in den Vordergrund stellt, wird man im Gegenteil eine Ausdehnung der Ausnahme ablehnen. Demnach erscheint sie wegen der Gleichheit der Interessenlage geboten.

Im Regelfalle der Geschäftsübernahme ist der Verbleib des für die Veräußerung gezahlten Entgelts für die Gläubiger nicht gesichert. Benutzt der Veräußerer den Erlös nicht zu Befriedigung der Gläubiger, so würden sie durch die Fortführung der Firma in Sicherheit gewiegt, in vielen Fällen das Nachsehen haben, weil sie nicht rechtzeitig gegen den Veräußerer vorgegangen sind. Im Konkurse dagegen gelangt der Erlös im Falle eines Ge-

Zu 17. Dem Urte. ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Begründung gibt zu Bedenken Veranlassung. Das RW. hat bei Veräußerung eines Geschäfts mit Firma durch den Konkursverwalter die Haftung des Übernehmers für die früheren Verbindlichkeiten ausgeschlossen, weil die Gläubiger auf die konkursmäßige Befriedigung beschränkt seien, an die zu diesem Zweck vorgenommenen Rechtshandlungen des Konkursverwalters gebunden seien und sich zu ihnen nicht in Widerspruch setzen dürften. OLG. weist selbst auf den Unterschied in der Stellung des Konkursverwalters und der Stellung der Geschäftsaufsichtsperson und in dem Ziele des Konkurses und des Geschäftsaufsichtsverfahrens hin, will aber doch die vom RW. gemachte Ausnahme auf die Geschäftsaufsicht ausdehnen „wegen der Gleichheit der Interessenlage“. Diese Gleichheit findet das Gericht darin, daß durch die Mitwirkung der Geschäftsaufsichtsperson ebenso wie im Konkurse gewährleistet sei, daß der Gegenwert für die Veräußerung des Geschäfts oder des Warenlagers in die Hände der Gläubiger gelange. Bei dieser Annahme wird nicht genügend berücksichtigt, daß die Geschäftsaufsicht nach § 2 W.D. v. 14. Juni 1924 lediglich der Unterstützung und Überwachung der Geschäftsführung des Schuldners dient, daß aber in der Regel der Schuldner das Geschäft weiterführt, und daß die Lage des Geschäfts sich bis zur Beendigung der Geschäftsaufsicht dauernd verändern kann. Im Konkurse haben die Gläubiger die Gewähr, daß alles bei Konkursöffnung vorhandene Vermögen zu ihrer Befriedigung verwandt wird. Bei der Geschäftsaufsicht haben sie in keinem Stadium des Verfahrens diese Gewähr, weil jederzeit neue Verbindlichkeiten eingegangen werden können. Der Konkurs ist eine straffe Zusammenfassung des gesamten Vermögens zur alleinigen Befriedigung der Gläubiger, die Geschäftsaufsicht ist viel flüssiger und dazu bestimmt, den Konkurs abzuwenden und dem Schuldner die Fortführung des Geschäfts unter langsamer Befriedigung der Gläubiger zu ermöglichen.

Die Begründung des Urteils ist ein offenkundiger Notbehelf, vielleicht aber der Befehl aus einer Not, die das Gericht selbst unmaßigerweise geschaffen hat. Der Schuldner G. G., Inhaber der eingetragenen Firma G. M., meldete am 16. Jan. 1926 zum Handelsregister das Erlöschen seiner Firma wegen Geschäftsaufgabe an. Am gleichen Tage meldete der Kaufmann J. B. zum Handelsregister die Firma „Feinkosthaus J. B., vormals G. M.“ an.

schäftsverkaufes während der Dauer des Verfahrens in die Hand des Konkursverwalters und findet bei der Befriedigung der Konkursgläubiger seine Verwendung. Ähnlich war der Verlauf der Sache aber auch bei dem Geschäftsaufsichtsverfahren, weil es sich zum Schluß i. d. Fassung der W.D. v. 14. Juni 1924 (RWBl. I, 641) gestaltet hatte. Nach § 28 a. a. O. lag der Aufsichtsperson die Pflicht ob, vorhandene Bestände zu verwerten; sie konnte auch das Geschäft schließen oder das ganze Warenlager oder das ganze Geschäft veräußern (Burger, Geschäftsaufsicht S. 74). Durch die Mitwirkung der Geschäftsaufsichtsperson war auch in solchem Falle gewährleistet, daß der Gegenwert für die Veräußerung des Geschäfts oder des Warenlagers in die Hände der Gläubiger gelange (§ 29 a. a. O.). Es wäre unbillig, wenn der Erwerber, der unter den Augen und unter Billigung der Aufsichtsperson und des Gläubigerbeirats das Geschäft gegen festbegrenzte Verpflichtungen übernommen hat, noch für die gesamten ungedeckt bleibenden Schulden des Veräußerers aufkommen müßte. In den meisten Fällen wird auch der Gesamtheit der Gläubiger von der Veräußerung des Geschäfts und den Bedingungen des Vertrages Mitteilung gemacht sein. Keiner der Gläubiger, welcher eine solche Mitteilung erhält, wird der Meinung sein, daß ihm der Erwerber aus einer solchen Geschäftsübernahme hafte. Diese Verkehrsauffassung nötig dazu, auch im Falle der Geschäftsveräußerung während eines Geschäftsaufsichtsverfahrens eine Ausnahme von der Rechtswirkung des § 25 I HGB. zu machen.

(OLG. Stettin, 2. Zivilsen., Urte. v. 16. Juni 1929, 2 U 153/29.)  
Mitgeteilt von H. Schaefer, Stettin.

## Berlin.

## b) Strafsachen.

18. § 2 ArmAnwG. v. 6. Febr. 1923 (RWBl. 103) und v. 20. Dez. 1928 (RWBl. 411); §§ 64, 65 RAGebD. Der dem Nebenkläger beigeordnete Armenanwalt hat die Gebührenhöhung nach § 64 Abs. 1, dagegen nicht diejenige nach § 65 RAGebD. zu beanspruchen. †)

Das nach Art. III des Gef. v. 20. Dez. 1928 für den vorl. Fall maßgebliche Gef. v. 6. Febr. 1923 bestimmt im § 1, daß in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten dem für die arme Partei bestellten RA. die Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der RA-GebD. und der sie ergänzenden Vorschriften von der Staatskasse ersetzt werden. § 2 desf. Gef. schreibt die entsprechende Anwendung des § 1 im Verfahren auf erhobene Privatklage vor. Da der

So erfolgten etwas später die Eintragungen. Ist das die Fortführung des fraglichen Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma mit Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes? (§ 25 HGB.). Gemeint ist mit dieser Bestimmung doch wohl die ununterbrochene Fortführung, ohne daß eine Veränderung gegenüber den Gläubigern hervortritt. Läßt der bisherige Inhaber seine Firma lösen und läßt der Übernehmer des Geschäfts seine Firma neu eintragen, so ist das nicht mehr die bisherige Firma i. S. § 25. Die Parteien haben durch Vermittlung des Handelsregisters deutlich zu erkennen gegeben, daß ein Abschnitt eintreten sollte. Diesen haben sie auch durch den wenigstens auf den ersten Blick völlig veränderten Wortlaut der Firma zum Ausdruck gebracht. Kann man überhaupt sagen, daß „Feinkosthaus J. B., vormals G. M.“ die gleiche Firma ist wie „G. M.“, nur mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz? Handelt es sich nicht vielmehr um eine neue Firma mit einem Hinweis auf den Vorgänger? OLG. meint, B. möge der Ansicht gewesen sein, daß er eine neue Firma anmelde, da gleichzeitig die bisherige Firma des G. zur Löschung kam. Es befehrt ihn aber auf Grund §§ 18, 22 HGB. eines Besseren. Bei uns herrscht die Meinung, die klaren Absichten und Erklärungen der Parteien in etwas unzubeuten, was die Parteien weder gewollt noch erklärt haben. Jeder Laie würde sagen, es handelt sich um eine neue Firma, und der neue Inhaber haftet nicht für die alten Verbindlichkeiten. Es bestand für das OLG. kein Zwang, den Weg dieser natürlichen Auslegung zu verlassen, um dann durch eine rechtlich nicht haltbare Konstruktion auf anderem Wege zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen.

RA. Dr. Ernst Kaufmann, Hamburg.

Zu 18. Gegen die Erstattung von Gebühren an den Armenanwalt des Nebenkl. hat die Rpr. sich lange, aber im Enderfolge vergebens gestraubt — so wie gleiches immer zu beobachten gewesen ist, wenn es sich darum handelte, ob Anwaltsgebührenvorschriften restriktiv, oder ob sie sinngemäß anzuwenden sind. Die Tendenz, die regelmäßig zunächst auf Absprechung von Gebühren geht, pflegt auf die Dauer nicht standzuhalten, allerdings erst, nachdem sie eine Zeitlang Befremden und unnötiges Schreibwerk verursacht hat.

Wenn § 2 des Gef. über Armenrechtsgebühren in seiner

Nebenkl. gem. § 397 StPD. nach dem Anschluß die rechtliche Stellung des Privatkl. und demzufolge auch einen Anspruch auf Beordnung eines Armenanwaltes nach den gleichen Grundätzen wie der Privatkl. hat (§ 379 III StPD.), so muß § 2 des Ges. v. 6. Febr. 1923 seinem Sinn und Zwecke nach auch auf den Armenanwalt des Nebenkl. entsprechend angewandt werden. Dieser auch von dem OLG. Celle in der Entsch. v. 15. Juni 1923 (Büro-Bl. 1928, 195) vertretene Standpunkt hat jetzt im § 2 des Ges. v. 20. Dez. 1928 auch wörtlichen Ausdruck gefunden. Der vom BeschwF. irrtümlich für seinen Standpunkt angeführten Entsch. des OLG. Hamm v. 22. Sept. 1928 (JW. 1928, 3014<sup>21</sup>), die einen Anspruch auf Gebühren für den Armenanwalt des Nebenkl. überhaupt verneint, kann daher nicht beigetreten werden.

Ist nun aber davon auszugehen, daß dem Armenanwalt des Nebenkl. seine Geb. in gleicher Weise wie dem des Privatkl. zu erstatten sind, so folgt daraus nicht etwa, daß die Geb. für die Vertretung des Nebenkl. stets nach den gleichen Sätzen zu berechnen sind wie die Geb. für die Vertretung des Privatkl. Vielmehr kann daraus nur der Schluß gezogen werden, daß die Vorschrift des § 1 ebenso wie für die Vertretung des Privatkl. im Privatklageverfahren auch für die Vertretung des Nebenkl. im Offizialverfahren Anwendung zu finden hat, d. h. aber, daß die Geb. in gleicher Höhe zu erstatten sind, wie sie ein gewählter Vertreter nach der RVGebD. zu beanspruchen hat. Etwas anderes läßt sich auch nicht aus der angef. Entsch. des OLG. Celle herauslesen. Wenn dort gesagt wird, daß auch dem Armenanwalt des Nebenkl. Geb. und Auslagen aus der Staatskasse genau so wie dem des Privatkl. zu erstatten sind, so ist offensichtlich damit auch nur gemeint, daß der allgemeine Grundsatz des § 1, daß die Geb. und Auslagen nach den Vorschriften der RVGebD. zu erstatten sind, genau so, wie für den Armenanwalt des Privatkl., auch für den Armenanwalt des Nebenkl. Geltung haben muß. Nach § 73 RVGebD. kommen nun in Ansehung der Geb. für Vertretung eines Nebenkl. die Bestimmungen über die Geb. für die Verteidigung zur entsprechenden Anwendung. Diese enthalten aber im § 64 die Vorschrift, daß, wenn sich die Verhandlung auf mehrere Tage erstreckt, sich die im § 63 bestimmten Geb. für jeden weiteren Tag der Verteidigung um den vollen Betrag erhöhen. Eine Ausnahme von dieser Regelung ist im § 64 Abs. 2 nur für den Fall getroffen, daß es sich um eine Verteidigung im Verfahren auf erhobene Privatklage handelt. Da es eine Nebenklage und damit auch eine Vertretung des Nebenkl. im Privatklageverfahren nicht gibt, steht dem Vertreter des Nebenkl. bei mehrtägigen Verhandlungen stets auch der Anspruch auf die Gebührenerhöhung nach § 64 RVGebD. zu. § 65 kann überhaupt nicht zur Anwendung gelangen, da er nur die auf Privatklage verhandelten Sachen betrifft (vgl. Friedlaender, RVGebD., Anmerkung I 2 zu § 73). In entsprechender Anwendung dieser Grundsätze ist hiernach dem BeschwF. als Armenanwalt des Nebenkl. die Gebührenerhöhung nach § 64 RVGebD. zuzubilligen.

(RG., 2. StrSen., Beschl. v. 15. Juni 1929, 2 W 263/29.)

Mitgeteilt von RWR. Körner, Charlottenburg.

\*

früheren Fassung nur den Armenanwalt des Privatkl., aber nicht den des Nebenkl. als gebührenberechtigt erwähnte, so wollte das Gesetz selbstverständlich nicht damit sagen, daß der Armenanwalt Gebühren, der andere keine Gebühren erhalten sollte; die Nichterwähnung der Nebenklage war nur eine offensbare redaktionelle Lücke. Trotzdem sträubte ein Teil der Rspr. sich gegen die Gebührenerhöhung des nebenklägerischen Armenanwaltes so lange, bis das Gesetz in seiner neuen Fassung v. 20. Dez. 1928 sich notgedrungen selber authentisch interpretierte.

Was den Bestand des Gebührenerhöhungsanspruchs des nebenklägerischen Armenanwaltes anlangt, war mithin schon vorher eine Analogie von der Privatklage auf die Nebenklage gerechtfertigt gewesen. Kein Raum besteht dagegen für eine solche Analogie hinsichtlich der Gebührensätze; denn die Gebührensätze bei der Nebenklage und bei der Privatklage sind nach der RVGebD. teilweise verschiedene.

Es gilt für den Wahlanwalt des Nebenkl. nur die fürs Offizialverfahren bestimmte Erhöhung des § 64 (Erhöhung der Instanzgebühr um den vollen Betrag für jeden weiteren Tag der Hauptverhandlung), dagegen für den Wahlanwalt des Privatkl. nur die fürs Privatklageverfahren bestimmte Erhöhung des § 65 (Erhöhung der Instanzgebühr um  $\frac{1}{4}$ , wenn Beweisaufnahme stattfindet). Daß der im Offizialverfahren tätige Wahlanwalt des Nebenkl. etwa vergütet werden solle nicht nach den fürs Offizialverfahren, sondern nach den fürs Privatklageverfahren geltenden Sätzen (daß er also anders zu vergüten sei als der in demselben Offizialverfahren tätige Verteidiger des Angekl.), diese abwegige Ansicht war bisher wohl niemals aufgetreten. Ebenieselben Ge-

19. § 329 StPD. ist auch dann unanwendbar, wenn die Strafkammer den Fall schon einmal abgeurteilt hatte und das Revisionsgericht ihr Urteil in vollem Umfange aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung an die Strafkammer zurückverwiesen hatte. A. M. Löwe-Rosenberg, 18. Aufl. Anm. 1 f zu § 329 StPD. S. 786. f)

Der Rev. des Angekl. konnte der Erfolg nicht versagt bleiben. Er rügt zu Recht die auf § 329 StPD. gestützte sofortige Verwerfung seiner Berufung durch das OLG. Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem RG. (RGSt. 61, 278; 63, 10) und dem 4. StrSen. des RG. (Urt. v. 7. Juni 1928, 4 S 87/28) der Ansicht, daß die strenge Ausnahmevorschrift des § 329 StPD. auf das engste auszulegen, daher nur auf den Beginn des Verfahrens vor dem erk. Ger. zu beziehen, also unanwendbar ist, wenn eine in Anwesenheit des Angekl. begonnene Hauptverhandlung unterbrochen oder ausgesetzt worden ist und der Angekl. in der fortgesetzten oder neu anberaumten Hauptverhandlung ausbleibt, oder wenn auf Grund einer in seiner Anwesenheit durchgeführten Hauptverhandlung ein Urte. gefällt, dieses vom RevGer. aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das VerG. zurückverwiesen worden ist. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob das RevGer. das Urte. der Strk. in vollem Umfange oder nur im Strafmaß aufgehoben hatte. Diese entgegengesetzte Meinung findet sich allerdings in der Anm. 1 f der 18. Aufl. von Löwe-Rosenberg zu § 329 StPD. vertreten. Schon Fürst (JZ. 1926, 909/910) hatte ausgeführt, es bestehe kein Zweifel darüber, daß § 329 auch dann anzuwenden sei, wenn die Strk. den Fall bereits einmal abgeurteilt hatte, ihr Urte. in der RevJust. in vollem Umfange aufgehoben wurde und die Sache nun zur erneuten Verhandlung an die Strk. zurückverwiesen ist, in diesem Falle sei ein gültiges StrkUrte. überhaupt nicht vorhanden und die Lage sei die gleiche, als ob die Strk. zum erstenmal über die Berufung zu urteilen hätte. Im Anschluß an Fürst nimmt der Komm. von Löwe-Rosenberg an, § 329 sei auch anwendbar, wenn die Strk. den Fall bereits einmal abgeurteilt hat, ihr Urte. aber in der RevJust. in vollem Umfange aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung an die Strk. zurückverwiesen ist, die Anwendung des § 329 sei dagegen ausgeschlossen, wenn das Urte. der Strk. von der RevJust. nicht in vollem Umfange, sondern nur im Strafmaß aufgehoben ist. Er stützt sich dabei auf das schon genannte Urte. des RG. v. 5. April 1927 (RGSt. 61, 278; JW. 1927, 2042<sup>65</sup>). Diese Ausführungen sind aber ungeeignet, den erk. Sen. von seiner — bereits in dem Urte. v. 20. März 1929, 2 S 111/29, vertretenen — Ansicht abzubringen. Jeden Unterschied zu machen, fehlt es an jedem inneren Grunde. Mag auch nach einer Aufhebung in vollem Umfange die Lage für das OLG. die gleiche sein, als ob es zum erstenmal über die Berufung zu urteilen hätte, so ändert dies doch nichts daran, daß es eben an der Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 329 fehlt, daß der Angekl. zu Beginn der ersten Hauptverhandlung vor dem BG. nicht erschienen ist; denn § 329 gilt nur für den Beginn des Verfahrens vor dem erkennenden Gericht, nicht über für spätere Abschnitte des Verfahrens in der VerJust. Um einen solchen handelt es sich aber, wenn nach der Zurückverweisung wiederum Hauptverhandlungstermin vor dem BG. ansteht. Der Hinweis auf RGSt. 61, 278 vermag die Ansicht von Löwe-Rosenberg nicht zu stützen. Gewiß behandelt das Urte. des RG. v. 5. April 1927 einen Fall, wo das

bührensätze wie für den Wahlanwalt gelten aber unverändert für den Armenanwalt in Strafsachen.

RA. Dr. Fritz Dehnow, Hamburg.

Zu 19. Es ist zu begrüßen, daß allen weiteren formalistischen Erörterungen über den Begriff des Beginns der Hauptverhandlung eine gewisse Schranke zugunsten des Angekl. gezogen wurde. Wie schon Alsb. JZ. 1926, 1105 eine Anzahl Beispiele herausgegriffen hat für die unabweisbaren Unzuträglichkeiten, zu welchen die formelle Verwerfung der Berufung führen kann, hat auch Fürst die Gefahren eines solchen Verfahrens in Betracht gezogen, will aber trotzdem § 329 StPD. insoweit wirksam wissen, als das Urteil der Strk. im vollen Umfange durch die RevJust. aufgehoben und zur erneuten Verhandlung an das BG. zurückverwiesen worden ist, während Löwe diese Auffassung auch für die Zurückverweisung lediglich wegen des Strafmaßes vertritt. Zwischen diesen beiden Fällen mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 329 StPD. eine klare Trennung vorzunehmen, erscheint jedoch nicht begründet, denn auch die von Fürst vorgebrachte Auffassung, daß eben bei einer Aufhebung vollen Umfanges ein nicht gültiges Urteil der Strafkammer vorläge, kann nicht die Tatsache aus der Welt schaffen, daß das Verfahren bereits im zweiten Rechtszuge bei Anwesenheit des Angekl. anhängig gewesen ist und daher nur von einer Wiederholung der Eingangsverhandlungen gesprochen werden kann, deren Formalitäten nach dem reinen Begriff „Beginn“ i. S. § 243 StPD. der Angekl. bereits über sich hat ergehen lassen. Mag infolge der Aufhebung vollen Umfanges im rechtlichen Sinne auch in ganz neuer Richtung verhandelt werden, oder auch nur —

RevG. das Ur. der StrR. nur im Strafausspruch aufgehoben hatte (RevSt. 61, 278 Zeile 1/2 v. u.). Es zieht daraus aber keine besonderen Folgerungen für die Frage der Anwendbarkeit des § 329 StrPD., sondern nimmt S. 280 unter Ziff. II ganz allgemein — ohne zwischen einer Aufhebung in vollem Umfang und im Strafmaß zu unterscheiden — an, daß § 329 unanwendbar ist, wenn auf Grund einer in Anwesenheit des Angekl. durchgeführten Hauptverhandlung ein Ur. gefällt, dieses vom RevG. aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das BG. zurückverwiesen worden ist. Diese Voraussetzung ist gegeben, mag nun durch das frühere RevUr. der Schuld- oder der Strafausspruch aufgehoben worden sein.

(RG., 2. StrSen., Ur. v. 22. Juni 1929, 2 S 306/29.)

Mitgeteilt von RGR. Körner, Charlottenburg.

\*

20. § 11 PreßG. Die Berichtigung muß von dem „Beteiligten“ selbst unterzeichnet sein. †)

(RG., 4. StrSen., Ur. v. 12. Juli 1928, 4 S 115/28.)

Abgedr. JW. 1929, 1258.

\*

wie Fürst ausführt — bei erneuter Verhandlung lediglich über das Strafmaß auf der Grundlage der ersten Verhandlung aufgebaut werden, so bleibt doch die Tatsache bestehen, daß die gerichtliche Verhandlung über denselben Fall in derselben Instanz ihren Fortgang nimmt. —

RA. Dr. Kurt Ertel, Hamburg.

Zu 20. A. Anm. Prof. Mannheim, ebenda.

B. Der Antrag auf Berichtigung nach § 11 PreßG. enthält üblicherweise das an die Schriftleitung gerichtete Ersuchen und außerdem den druckfertigen Wortlaut der gewünschten Berichtigung. Das Ersuchen kann wie jeder andere Brief unterzeichnet werden, also, falls von einem Bevollmächtigten verfaßt, durch diesen. Der Text dagegen, der nach § 11 vom Einsender unterschrieben sein muß, soll nach einer Ansicht, der sich hier leider auch das RG. anschließt, vom Beteiligten persönlich zu unterzeichnen sein. Wenn also der Text gleich in das Ersuchen hineingenommen wird, was zulässig ist, muß nach dieser Ansicht das einheitliche Schriftstück vom Beteiligten selbst unterschrieben werden.

Die Formalien der Berichtigung bergen allerlei Fallstricke, und der kleinste Formfehler berechtigt die Schriftleitung, die ganze Berichtigung zurückzuweisen. Von dieser Möglichkeit wird bei der berechtigten Abneigung gegen den weitgehenden Zwang des § 11 und bei den chronischen Platzschwierigkeiten dieser Blätter nur zu gern Gebrauch gemacht. Der Laie handelt daher durchaus sachgemäß, wenn er mit dem Berichtigungsverfahrens einen Anwalt betraut. Der unbefangene Beurteiler wird es nun nicht verstehen können, weshalb eigentlich der durch Vollmacht ausgewiesene Beauftragte nicht in allem Umfang selbst die Berichtigung soll durchführen können und aus welchem Grunde gerade dieser Rechtsbehelf, im Gegensatz zu jedem andern, die höchstpersönliche Unterschrift des Vollmachtgebers erfordern soll. Daß zwar nicht Zeichnung in Vollmacht des Beteiligten, wohl aber Zeichnung mit dem Namen des Beteiligten zulässig sein sollte, ist in Übereinstimmung mit Mannheim noch weniger zu verstehen.

Durchschlagende Beweisgründe für das Erfordernis der persönlichen Unterschrift sind bei den Vertretern dieser Ansicht nicht zu finden. Auch das RG. begründet seine Stellungnahme nur mit dem einen Satz „Richtet ein RA. namens seines Auftraggebers an den Schriftleiter die Aufforderung, eine dem Schreiben beigelegte Berichtigung zu veröffentlichen, so besteht dafür, daß die Berichtigung von dem RA. in dieser Form gewollt ist, nicht deshalb eine stärkere Vermutung, weil er auch die Berichtigung unterzeichnet hat“. Dies Argument stimmt nicht; denn durch seine Unterschrift kennzeichnet der Anwalt die beigelegte Berichtigung als von ihm herrührend, während eine nicht von ihm unterzeichnete Anlage von irgendwoher stammen kann.

Der vom RG. übernommene Standpunkt ist auch höchst unzweckmäßig. § 11 erkennt authentisch das Interesse des Beteiligten an Schleunigkeit der Berichtigung an, indem der Abdruck in der nächsten Nummer dem Blatt zur Pflicht gemacht wird. Soll aber erst der Text zwischen Bevollmächtigtem und Beteiligtem hin- und herreisen, so geht kostbare Zeit verloren. Unlängst wurde auch der folgende, nicht außergewöhnliche Fall praktisch. Eine Zeitung brachte über einen Verkehrsunfall eine Darstellung, durch die einem Beteiligten alle Schuld zugeschoben wurde. Dieser Beteiligte, für den dringendstes Interesse an einer Berichtigung bestand, lag infolge des Unfalls krank und geistesabwesend darnieder. Sein Bevollmächtigter arbeitete

Dresden.

21. § 35 Abs. 1 StPD.; §§ 71, 76, 80 GRG. Die einem freigesprochenen Angeklagten auf Antrag erteilte Urteilsabschrift ist kostenpflichtig. †)

Die Frage, ob einem freigesprochenen Angekl. die Abschrift des Urteils, auf die er gem. § 35 Abs. 1 Satz 2 StPD. auf Verlangen einen Rechtsanspruch hat, kostenfrei zu erteilen ist, ist bestritten. Sie wird bejaht von Löwe-Rosenberg, StPD., 17. Aufl., § 35 R. 10 sowie RG. v. 25. Juni 1891: GoldtArch. 39, 357 und v. 30. Dez. 1920: DStrZ. 8, 179; verneint vom OLG. Dresden v. 21. Juni 1928 (1 OStReg 182/28). Der jetzt beschließende Senat schließt sich der zuletzt erwähnten Rechtsansicht an:

Durch § 35 Abs. 1 Satz 2 StPD. wird lediglich bestimmt, daß von Entscheidungen, die in Anwesenheit der davon betroffenen Person ergehen, dieser auf Verlangen eine Abschrift zu erteilen ist. Diese Maßvorschrift schließt die Möglichkeit aus, daß ein diesbezüglicher Antrag abgelehnt wird. Der Gesetzgeber wollte durch diese Vorschrift das berechtigte Interesse, das die von der Entscheidung betroffene Person an der Erteilung einer Abschrift hat, sichern.

Eine ganz andere Frage ist es dagegen, ob dem Antragsteller für die Erteilung der beantragten Abschrift Kosten abgefordert werden können. Sie wird nicht durch die StPD., sondern durch das GRG. geregelt. Nach § 1 dieses Ges. i. d. Fass. v. 5. Juli 1927 werden in den vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Rechtsachen, auf welche insbes. auch die StPD. Anwendung findet, Gebühren und Auslagen der Gerichte nach Maßgabe dieses Gesetzes erhoben. Als eine solche Auslage des Gerichts kommen insbes. die Schreibegebühren in Betracht, die nach § 71 GRG. für solche Abschriften erhoben werden, die — wie die hier in Frage kommende — nur auf Antrag erteilt werden.

Der Antrag auf Erteilung einer kostenlosen Abschrift kann allerdings nicht, wie dies im angefochtenen Beschluß gesehen ist, um deswillen abgelehnt werden, weil notwendige Auslagen des freigesprochenen Angekl. von der Staatskasse nur dann zu tragen sind, wenn im freisprechenden Urteile auf Grund von § 467 Abs. 2 StPD. die dem Angeeschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse auferlegt sind, und weil es im vorl. Falle an dieser Voraussetzung fehlt. Denn der Beschw. verlangt mit seinem Antrage nicht Erstattung von Auslagen, die ihm bereits erwachsen sind. Er will mit

eine Berichtigung aus, aber wer sollte sie unterschreiben? Sollte erst eine Pflegschaft ad hoc beantragt werden, und wäre die Unterschrift des Pflegers als rechtswirksam anerkannt worden?

Die Stellungnahme des RG. veranlaßt jedenfalls erneut den vorsichtigen Anwalt, bis auf weiteres den umständlicheren Weg der Parteiunterschrift einzuhalten.

RA. Dr. E. Lion, Hamburg.

Zu 21. Der Beschluß betrifft eine für den freigesprochenen Angekl. u. U. wichtige Angelegenheit: er braucht, oft noch nötiger als der Beurteilte, eine Abschrift des freisprechenden Urteils mit vollständiger Begründung. Man denke z. B. an den möglicherweise dem obigen Beschluß zugrunde liegenden Fall, daß ein Rundfunkhörer wegen „Schwarzhörrens“ angeklagt und freigesprochen wird. Er wird sich durch die Urteilsausfertigung von dem infamierenden Vorwurf gegenüber der Post und anderen Beteiligten befreien wollen; oder: ein Angestellter gerät in Konflikt mit den Strafbehörden und braucht das freisprechende Urteil für sein späteres Fortkommen. Bei längeren Entscheidungen sind die Kosten einer Ausfertigung (je Seite 30 Pf.) für den Minderbemittelten oft schwer tragbar. Deshalb kann man den beiden oben angeführten Beschlüssen des RG. vom rechtspolitischen Standpunkt beipflichten und mit dem OLG. Dresden bebauern, daß § 71 GRG. nicht auch diese Ausfertigungen unter die gebührenfreien Schriftstücke aufgenommen hat. Doch kann man dies wiederum verstehen, da die Gebührenfreiheit nur für offensichtlich oder erfahrungsgemäß kurze Schriftstücke gewährt wird und das Schreibwerk bei Strafurteilen durchweg nicht gering ist. Die im Gegensatz zum RG. stehende Auffassung des OLG. Dresden entspricht dem Gesetz, und die Praxis z. B. Hamburgs deckt sich damit. Der Beschl. des RG. v. 30. Dez. 1920 verwirft ebenso wie der obige Beschluß des OLG. Dresden die in beiden Fällen von der ersten Instanz für die Ablehnung der Kostenfreiheit gewählte Begründung: der Fall d bez § 467 (früher § 499) Abs. 2 StPD. liege nicht vor. Mit Recht, denn in der Tat ist der Antrag auf Übernahme notwendiger Auslagen durch die Staatskasse von dem Antrag auf kostenfreie Erteilung einer Ausfertigung grundsätzlich verschieden. In der weiteren Begründung weichen aber die beiden Oberlandesgerichte voneinander ab, denn Berlin bringt die Schreibgebühren unter den Begriff „der Kosten“ des § 467 Abs. 1, während Dresden sie unter Bezugnahme auf § 71 GRG. von diesem Begriff ausschließt. Das RG. vermag — ebensowenig wie Löwe-Rosenberg noch in seiner neuesten (18.) Aufl. — eine überzeugende Begründung für die Subsumierung der Schreibgebühren unter den Kostenbegriff zu geben. Der Komm. (Anm. 6 zu § 467) führt aus, daß die Gebühr für das Rechtskraftattest als „Auslage“ anzusehen sei, deren Erstattung nach § 467 Abs. 2 im Ermessen des

ihm vielmehr nur vermeiden, daß ihm solche entstehen werden. Dieses Begehren ist aber nach §§ 71, 76, 80 GKG. unberechtigt.

Für Abschriften, die, wie die hier in Frage kommende, nur auf Antrag erteilt werden, sind Schreibgebühren gem. § 71 Abs. 1 u. 4 GKG. zu erheben. Diese werden nach § 76 GKG. sofort nach Aushängung oder Absendung der Schriftstücke fällig; auch kann die Anfertigung von der vorherigen Zahlung eines die Kosten deckenden Betrags abhängig gemacht werden. Schuldner dieser Schreibgebühren ist nach § 80 GKG. der Antragsteller.

Angeichts dieser Bestimmungen kann die Erteilung einer auch nur vorläufig kostenfreien Abschrift auch nicht um deswillen gefordert werden, weil die Schreibgebühren des § 71 GKG. gerichtliche Auslagen darstellen, die einen Teil der Kosten des Verfahrens bilden, und weil der Antragsteller zu deren Tragung nicht verurteilt ist.

Daß die Schreibgebühren des § 71 GKG. bei Erteilung von Abschriften, die auf Grund von § 35 StPD. beantragt werden, nicht außer Ansatz zu bleiben haben, folgt deutlich daraus, daß dieser Fall in § 71 Abs. 2 Ziff. 1 nicht mit aufgeführt ist. Dieser Umstand mag in manchen Fällen bedauerlich erscheinen. Er kann es aber nicht rechtfertigen, an den genannten Bestimmungen des GKG. vorbeizugehen, wie dies in den bei Löwe-Rosenberg, StPD., 17. Aufl., § 35 N. 10 angeführten Beschlüssen des RG. geschehen ist.

Der in der Beschwerdebegründung erwähnte Umstand, daß die Ladung und Vernehmung der vom Angekl. benannten Zeugen nicht von Bezahlung der dadurch entstehenden Kosten abhängig gemacht werden kann, ist durch § 84 GKG. begründet, durch den die Bestimmungen der §§ 71, 76, 80 GKG. aber nicht berührt werden.

(OVG. Dresden, Beschl. v. 28. Mai 1929, 2 OstReg 226/29.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

\*

**22.** § 360 Ziff. 11 StGB. Kein grober Unfug, wenn infolge der Warnung vor einer Autofalle der vorschriftswidrige Verkehr in einen ordnungsmäßigen verwandelt wird. +)

Am 21. Okt. 1928 fuhr nach Beendigung eines Kraftfahrrennens eine große Anzahl von Kraftwagen, Kraftträdern und Radlern durch P. auf der Staatsstraße in der Richtung D. Die Staatsstraße beschreibt am Eingang und am Ausgang des Ortes sowie im Ort am Gasthof erhebliche und teilweise unübersichtliche Kurven. Viele Fahrer überholten einander auch in den Kurven; manche fuhr dabei schnell, so daß der Verkehr auf der Straße unsicher war und Gefahrenmöglichkeiten bestanden. Ein Polizeibeamter, der in der Nähe des Gasthofs stand, beschränkte sich darauf, die Nummern der Kraftfahrzeuge aufzuschreiben, die verbotswidrig überholten und zu schnell fuhrten. Der Angekl., der dies beobachtet hatte, stellte sich am Ausgang der ersten Kurve auf der Seite der Straße mit einem Schild auf, auf das er mit Buntstift geschrieben hatte: „Achtung! Autofalle!“ Die nach D. zu Fahrenden konnten das Schild sehen, sobald sie die Kurve durchfahren hatten. Infolgedessen hörte allmählich das Überholen in der mittleren Kurve und das Schnellfahren auf. Die Fahrzeuge fuhrten nunmehr ordnungsmäßig und langsam hintereinander.

Auf Grund dieser Feststellungen kommt der RR. zu dem Er-

gerichts liege. Was für das Rechtskraftatkest gilt, muß noch mehr für die im Auftrag des Freigesprochenen hergestellte Ausfertigung des Urteils gelten. Die Hamburger Praxis erhebt trotz § 76 GKG. die Ausfertigungsgebühr dann nicht, wenn das Gericht in Anwendung von § 467 Abs. 2 StPD. die notwendigen Auslagen auf die Staatskasse übernommen hat. Im übrigen vertritt sie mit dem OVG. Dresden den Standpunkt, daß es sich vorliegend um eine aus dem GKG. und nicht aus der StPD. zu entscheidende Frage handelt.

Richter Friedr. Dencker, Hamburg.

Zu **22.** Mit dem Urteil folgt das OVG. Dresden der Rechtsprechung des OVG. Köln, Ur. v. 20. Jan. 1928, S 463/27: JW. 1928, 1073. Die Zustimmung, die das Kölner Urteil gefunden hat (vgl. JW. 1928, 1073 Anm. Landsberg) wird auch diesem Urteil zuteil werden, wahrscheinlich in noch erhöhtem Maße, da der Tatbestand des Dresdener Falles noch klarer zeigt, daß der Angekl. mit seiner Warnung die Aufgabe erfüllt hat, die in erster Linie die Polizei zu erfüllen gehabt hätte, nämlich unmittelbar den Verkehr in der unübersichtlichen Kurve in ordnungsmäßige Bahnen zu lenken. Mit der Autofalle, die ja den Schuldigen fast immer erst dann bekannt wird, wenn nach Wochen die polizeilichen Ermittlungen beginnen, werden die der Öffentlichkeit unmittelbar drohenden Gefahren nicht beseitigt; und ob mittelbar auf dem Umweg über die allgemeine oder besondere Abschreckungstheorie die später verhängten Strafen das von der Polizei im verkehrreichen Augenblick Besäumte auch nur zum Teil einholen können, wird gerade bei solchen Übertretungen sehr zu bezweifeln sein.

Neuartig und zweckmäßig ist im Dresdener Fall die beschriftete

gebäude, daß durch die grobungehörliche Handlung des Angekl. das Publikum unmittelbar gefährdet worden und dadurch zugleich eine Gefährdung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung zur Erscheinung gekommen sei.

Diese rechtliche Schlussfolgerung wird indes durch die tatsächlichen Feststellungen nicht getragen. Mit Recht weist die Rev. darauf hin, daß durch das Verhalten des Angekl. der vorschriftswidrige Verkehr in einen ordnungsmäßigen verwandelt worden ist. Der Angekl. hat durch seine Warnung mit dem Schild nicht den äußeren Bestand der öffentlichen Ordnung gestört oder gefährdet, sondern im Gegenteil gefördert, indem er wesentlich zur Beseitigung der durch das vorschriftswidrige Fahren vieler Kraftfahrzeugführer entstandenen Störung der öffentlichen Ordnung beitrug. Fehl geht auch die vom Borderrichter zur Stützung seiner Rechtsauffassung verwendete Erwägung, dadurch, daß das Schild die Fahrer ruhig machen mußte und so zum mehr oder weniger langsamen Fahren veranlassen konnte, habe der Angekl. die Gefahr herausbeschworen, daß die Nachfahren auf den plötzlich langsamer fahrenden Vorfahrer aufzufahren oder sonstwie unsicher wurden. Mit einer Verlangsamung der Fahrt oder gar mit einem plötzlichen Halten des Vormannes muß der ihm folgende Kraftfahrzeugführer namentlich an unübersichtlichen Stellen stets rechnen und seine Fahrgeschwindigkeit danach einrichten. Übrigens ist auch nicht anzunehmen, daß das Erblicken des Schildes geeignet war, die Aufmerksamkeit der Fahrzeugführer von ihrem eigentlichen Gegenstand, der Führung des Kraftfahrzeugs, in gefährdender Weise abzulenken. Dagegen sprechen schon die Feststellungen im angefochtenen Urteile über die tatsächlich eingetretene Wirkung des Schildes.

Eine tatsächliche Feststellung, daß das Publikum in seiner Allgemeinheit, Fahrer oder Fußgänger, durch die Handlung des Angekl. in erheblichem Maße unmittelbar belästigt worden ist, fehlt in dem angefochtenen Urteil. Es ist auch nicht ersichtlich, wie sie angesichts der übrigen Beweisergebnisse hätte getroffen werden können. Es fehlt an jedem Anhalt für die Annahme, daß das Publikum in dem Gefühl seiner Sicherheit durch das Verhalten des Angekl. beeinträchtigt worden sei.

(OVG. Dresden, Ur. v. 14. Mai 1929, 2 OstA 37/29.)

\*

#### Karlsruhe.

**23.** Durch eine Polizeiverordnung kann eine den Richter bindende Bestimmung des Begriffs „verkehrsbehinderung“ i. S. von § 28 KraftVerkWD. nicht getroffen werden. Sie kann aber ein wirksames Verbot der Aufstellung von Kraftfahrzeugen, also eine polizeiliche Anordnung i. S. von § 21 KraftfG. sein (§ 30 Abs. 1 KraftVerkWD.). Die Eignung zur Verkehrsbehinderung ist schon verkehrsbehindernd i. S. von § 28 KraftVerkWD. +)

Gegen den Angekl. ist vom BezA. F. wegen Übertretung von § 21 KraftfG. i. Verb. m. § 28 Abs. 1 KraftVerkWD. eine Geldstrafe verhängt worden, weil er seinen Personkraftwagen auf der Kaiserstraße in F. in verkehrstörender Weise aufgestellt habe. Das UG. F. hat ihn von der Beschuldigung freigesprochen.

Tafel als Zeichen des Warners für die Kraftfahrer. Die zutreffenden Ermäßigungen des Urteils, daß gerade dieses Mittel am wenigsten geeignet war, die Öffentlichkeit unmittelbar zu gefährden, schützt das Urteil vor mißverständlicher Verallgemeinerung.

So hat beispielsweise der gleiche Strafenrat, von dem das angezogene Urteil in JW. 1928, 1073 stammt, unter bestimmten Umständen ein Hochheben der Hand des mitten auf der Fahrbahn stehenden Warners als groben Unfug i. S. § 360 Nr. 11 StGB. (OVG. Köln v. 30. Nov. 1928, S 428/28: Recht des Kraftfahrers 1929, 16 und Kartei des Autorechts „Autofalle“ I B 1 ffd. Nr. 233) angesehen. Ob gegen die Rechtsprechung, die zwar den Zweck für erlaubt hält, dann aber in den Mitteln der Kundgabe unter Umständen groben Unfug erblickt, Bedenken wegen Fehlens des inneren Tatbestandes und wegen Fehlens einer unmittelbaren Gefährdung bestehen, soll hier unerörtert bleiben.

RA. Dr. Richard Alexander, Hamburg.

Zu **23.** Das Urteil des OVG. Karlsruhe ist insoweit zu begrüßen, als im Gegensatz zur Entsch. des OVG. Hamburg (JW. 1927, 2069) einer PolWD. eine richterlich bindende Wirkung für die Feststellung der Verkehrsbehinderung i. S. des § 28 KraftVerkWD. abgesprochen wird.

Selbst wenn man mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, daß eine objektive Behinderung nicht festgestellt werden braucht, sondern eine Eignung zur Verkehrsbehinderung genügt, so muß doch in jedem Einzelfall individuell festgestellt werden, ob die fragliche Aufstellung des Kraftfahrzeuges nach Ort und Zeit den Verkehr behindern konnte. Diese Frage wird häufig grundverschieden zu be-

Die Rev. der StM. ist begründet. Dem AG. F. ist zwar darin zuzustimmen, daß die Bek. der PolDir. F. v. 4. Aug. 1927 das Gericht nicht zwingen kann, ohne eigene Prüfung das Aufstellen eines Kraftwagens in der Kaiserstraße in F. als verkehrshindernd i. S. von § 28 KraftfVerkVd. zu erachten. Im Gegensatz zu der Entsch. des OVG. Hamburg: JW. 1927, 2069<sup>22</sup> ist der Revisionssenat mit Bezold (vgl. ebenda; vgl. auch Müller, AutomobilG., 4. Aufl., Anm. 1a zu § 28 KraftfVerkVd. S. 604) der Ansicht, daß eine den Richter bindende Bestimmung des Begriffs „verkehrshindernd“ durch eine polizeiliche Vd. nicht zulässig ist. Denn der Gesetzgeber hat in § 28 KraftfVerkVd. selbst — wenn auch nicht mit erschöpfender Aufzählung — ausgesprochen, was unter dem Gesichtspunkt der Verkehrsbehinderung verboten sein soll; er will dies selbst bestimmen, und auf der Grundlage dieser Bestimmung sollen die Gerichte im Einzelfall nach freiem richterlichen Ermessen entscheiden. Es findet sich in der KraftfVerkVd. oder im KraftfVd. auch nirgends eine Delegation an eine andere Behörde, durch polizeiliche Vd. bindend festzulegen, was nach § 28 Abs. 1 KraftfVerkVd. als verkehrshindernd anzusehen ist. Insofern die Bek. v. 4. Aug. 1927 also die Bedeutung einer bindenden Auslegung des Begriffs verkehrshindernd i. S. von § 28 Abs. 1 KraftfVerkVd. beanspruchen sollte, ist sie, wie das AG. mit Recht ausgeführt hat, rechtsunwirksam.

Von dieser richtigen Auffassung des AG. und seinen Ausführungen und tatsächlichen Feststellungen zu der Frage, ob die Aufstellung des Kraftwagens im gegebenen Fall verkehrshindernd war, wird aber die Freisprechung nicht getragen. In rechtlicher Hinsicht geht der Senat mit der herrschenden Mpr. (angeführt bei Müller a. a. D. [der selbst anderer Ansicht ist]; ferner DRZ. Mpr. 1928, 349 Nr. 755 und 308 Nr. 664; vgl. auch Frank, Anm. IX zu § 366 Ziff. 9 StGB. und LpzKomm. Anm. IX 6 zu § 366 Ziff. 9 StGB.) von der Ansicht aus, daß eine verkehrshindernde Aufstellung i. S. von § 28 Abs. 1 KraftfVerkVd. schon dann vorliegt, wenn die Art der Aufstellung des Kraftwagens geeignet sein konnte, den Verkehr zu behindern, daß also die Feststellung einer tatsächlichen Behinderung nicht erforderlich ist. Das amtsgerichtliche Urteil läßt aber ausreichende Feststellungen über die Umstände des Einzelfalls in tatsächlicher Hinsicht vermissen.

Zur gebotenen Aufhebung führt aber auch eine weitere Erwägung: Wenn die Bek. der PolDir. F. v. 4. Aug. 1927 auch, wie oben ausgeführt, keine unmittelbare Rechtswirksamkeit für die Auslegung von § 28 Abs. 1 KraftfVerkVd. haben kann, so konnte sie doch unter Umständen von einem anderen Gesichtspunkt aus wirksam sein und zur Beurteilung des Angekl. führen, wenn sie nämlich, soweit sie ein Verbot der Aufstellung von Kraftfahrzeugen an der fraglichen Stelle ausspricht, als eine rechtswirksame, unter den Strafschutz von § 21 KraftfVd. fallende polizeiliche Anordnung anzusehen ist. Diese Frage hätte das AG., wenn es schon auf Grund von § 28 Abs. 1 KraftfVerkVd. nicht zur Beurteilung kam, prüfen müssen. Da Feststellungen in dieser Hinsicht fehlen, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, ob die Bekanntmachung unter diesem Gesichtspunkt rechtswirksam ist oder nicht. Die Zulässigkeit einer solchen polizeilichen Regelung für stillstehende, jedoch nicht aus dem Verkehr gezogene Kraftfahr-

urteilen sein, namentlich bezüglich des Ortes und der Zeit der Aufstellung.

Eine Aufstellung bei Tage in Straßenzügen, die mit Straßenbahnen oder Autobussen befahren werden, kann namentlich in der Nähe von Haltestellen im Regelfall zu den normalen Verkehrszeiten sehr störend sein, während in den Nachtzeiten, wo der Dienst der Straßenbahnen und Autobusse eingestellt ist, unmöglich von einer Eignung zur Verkehrsbehinderung gesprochen werden kann.

Wenn also eine PolVd. generell und unbegrenzt eine Aufstellung von Kraftfahrzeugen in bestimmten Straßenzügen, die in normalen Verkehrszeiten einen lebhaften Verkehr aufweisen, verbietet, so könnte das niemals ein tatsächlicher Anhaltspunkt dafür sein, daß objektiv eine Eignung zur Verkehrsbehinderung in jedem Fall vorliegt. Deshalb wird der Tatrichter alle Umstände zur Feststellung der Eignung der Aufstellung zur Verkehrsbehinderung zu prüfen haben.

Die Ausführungen des obigen Urteils bedürfen aber ferner einer Ergänzung, soweit der Erlaß einer PolVd. gem. § 30 KraftfVerkVd. im Zusammenhang mit § 21 KraftfVd. zu einer Bestrafung führen soll. Das Vorhandensein eines einschlägigen Polizeiverbots kann schon bezüglich des objektiven Tatbestandes nicht ohne weiteres zur Bestrafung führen. Vielmehr wird der Tatrichter die Kompetenz der die Verfügung erlassenden Behörde in formeller und materieller Beziehung nachzuprüfen haben, und zwar unter Berücksichtigung des § 30 KraftfVerkVd. Hierbei ist besonders wichtig, daß die materielle Kompetenz der Verwaltungsbehörde zum Erlaß allgemeiner Polizeivorschriften i. S. des § 30 KraftfVerkVd. dadurch begrenzt ist, daß sie solche Anordnungen nur treffen kann, „soweit ... die Eigenart des Verkehrs dies erfordert“.

Da die Verkehrsverhältnisse sich aber gerade mit Rücksicht auf die Verschiebenartigkeit des Verkehrs bei Tag und Nacht durchaus unterschiedlich zu gestalten pflegen, würde eine PolVd., die hierauf

zugeschrieben ist, nach Ansicht des Senats aus § 30 Abs. 1 KraftfVerkVd., der mit dem AG. im Gegensatz zu Müller, 4. Aufl., S. 624/25, Anm. 1a zu § 30 KraftfVerkVd. als rechtmäßig anzusehen ist. Die Zuständigkeit zur Erlassung einer solchen polizeilichen Vorschrift ist in § 30 KraftfVerkVd. und den Ausw. für Baden, zuletzt durch die Vd. des Min. des Innern v. 9. Febr. 1926 (GVBl. 1926, 29) geregelt. Es bedurfte also der Feststellung, ob diese Zuständigkeitsbestimmungen bei Erlaß der Bek. v. 4. Aug. 1927 eingehalten worden sind, und ob diese ordnungsmäßig bekanntgemacht worden ist. Die Regelung war möglicherweise nicht durch eine orts-polizeiliche Vorschrift, sondern durch eine Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde zu treffen, der diese Regelung, soweit eine dem Durchgangsverkehr dienende Wegstrecke in Betracht kommt, durch Delegation seitens der obersten Landesbehörde übertragen ist. Daß als Grundlage der Bekanntmachung unrichtigerweise § 21 g (jetzt § 28) KraftfVerkVd. anstatt § 23 (jetzt § 30) angezogen ist, schadet an sich der Gültigkeit der Anordnung nichts (vgl. Thoma, Polizeibefehl S. 436). Wenn weitere Prüfung dazu führt, daß das Verbot der Bek. v. 4. Aug. 1927 an sich rechtswirksam ist, so wäre ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall weiter davon abhängig, ob die in § 30 Abs. 3 KraftfVerkVd. vorgeschriebenen Warnungstafeln in der erforderlichen Weise angebracht waren, worüber das amtsgerichtliche Urteil gleichfalls keine Feststellungen enthält. Wenn dies nicht der Fall war und der Angekl. das Verbot v. 4. Aug. 1927 nicht sonst kannte, dann fehlt der Tat des Angekl. eine notwendige Bedingung der Strafbarkeit. Der Senat schließt sich in dieser Auffassung von § 30 Abs. 3 KraftfVerkVd. den Ausführungen von Müller, 4. Aufl., Anm. 30 c zu § 30 S. 637 und der dort erwähnten in gleicher Richtung gehenden Mpr. an; denn es kann, wenn schon § 30 KraftfVerkVd. auch Verbote gegen das Stehenlassen von Kraftfahrzeugen an bestimmten Orten eingreift (vgl. Müller a. a. D. S. 625), ebenso wie z. B. bei der Erklärung von bestimmten Straßen zu Einbahnstraßen, Ortsfremden nicht zugemutet werden, diese Verbote sämtlich zu kennen, ohne daß sie durch Warnungstafeln ersichtlich gemacht sind.

(OVG. Karlsruhe, StrSen., Ur. v. 23. Mai 1929, SR 82/29.)

Mitgeteilt von SenPräs. Buzengeiger, Karlsruhe.

## Berlin.

## Landgerichte.

1. Schicksal der gemeinschaftlichen ehelichen Wohnung nach rechtskräftiger Ehescheidung. †)

Durch Mietvertrag v. 12. Juli 1914 hat der Bekl. zu 1 als Hauseigentümer „an die Sp. schen Eheleute, nämlich Herrn F. Sp.“ — den Bekl. zu 2 — „und seine Ehefrau M. geb. G.“ — die Kl. — eine aus zwei Zimmern und Zubehör bestehende Wohnung vermietet. Die Ehe der Kl. und des Bekl. zu 2 ist rechtskräftig

keine Rücksicht nimmt, sondern Verbote erläßt, die diese unterschiedlichen Erfordernisse nicht berücksichtigt, materiell die Grenzen des § 30 KraftfVerkVd. überschreitet und deshalb, soweit sie darauf gestützt ist, ungültig sein, und zwar ihrem ganzen Inhalt nach. Insofern wird der Tatrichter auch den Inhalt der PolVd. nachzuprüfen haben unter Berücksichtigung der Grenzen des § 30 KraftfVerkVd.

Daß für den subjektiven Tatbestand die Erkennbarkeit des Verbotes durch Warnungstafeln gefordert werden muß, ist unbedingt richtig. M. Dr. Curt Engels, Hamburg.

**Zu 1.** Das Urteil beschäftigt sich in grundlegender Weise mit der schon oft erörterten Frage des Schicksals der gemeinsamen ehelichen Wohnung nach rechtskräftiger Ehescheidung. Das gesamte vorhandene Material in Mpr. und Schrifttum wird eingehend gewürdigt. Da das OVG. Berlin wiederholt auf die Hamburger Praxis Bezug nimmt und in verschiedenen Punkten sich an die Hamburger Praxis anlehnt, sei es gestattet, mit einigen Worten die Grundzüge der Hamburger Praxis darzulegen.

Es muß unterschieden werden zwischen den Prozessen, die in erster Instanz vor dem OVG. anhängig gemacht werden und somit in zweiter Instanz vom OVG. entschieden werden und denjenigen Prozessen, die in erster Instanz vor dem OVG. anhängig gemacht werden. Während die ersteren Prozesse in den verschiedenen Senaten des OVG. (die Geschäftsbereiche richten sich nach dem Anfangsbuchstaben des Bekl.) entschieden werden, kommen in zweiter Instanz sämtliche vor dem OVG. anhängig gemachten Prozesse vor die Mietberufungskammer des OVG. Hamburg unter dem Vorsitz von dem OGD. Habameczk. Eine einheitliche oberlandesgerichtliche Mpr. über das Schicksal der ehelichen Wohnung nach rechtskräftiger Ehescheidung gibt es nun nicht. Im Gegensatz zu den

geschieden. Beide Ehegatten sind für schuldig erklärt worden. Im Verlaufe des Ehescheidungsprozesses ist der Kl. für dessen Dauer durch Beschl. v. 19. Sept. 1924 das Getrenntleben von ihrem Ehemann gestattet worden. Sie verließ infolgedessen die Wohnung. Mieta hat stets der Bekl. zu 2 gezahlt. J. J. 1925 wollte die Kl. wieder in die Wohnung zurückkehren; da der Bekl. zu 2 dies nicht duldet, beantragte sie den Erlaß einer EinstwVerf. gegen ihn auf Einräumung eines Zimmers der Wohnung und Gestattung der Küchenbenutzung. Dieser Antrag wurde rechtskräftig zurückgewiesen.

Im Februar 1928 hat die Kl. nun die vorliegende, am 2. März zugestellte Klage gegen den Hauseigentümer und ihren früheren Ehemann eingereicht. Sie will wieder in die Wohnung einziehen.

Sie beantragt die Bekl. als Gesamtschuldner zu verurteilen, der Kl. den Mietbesitz an der genannten Wohnung einzuräumen.

Der Bekl. zu 2 hat auch Widerklage erhoben mit dem Antrage, die Kl. zu verurteilen, darin zu willigen, daß die Gemeinschaft zwischen der Kl. und dem Bekl. zu 2 an den Rechten aus dem Mietvertrag v. 2. Aug. 1914 hinsichtlich der genannten Wohnung aufgehoben und in der Weise geteilt wird, daß der Bekl. die gesamte Wohnung als Alleinmieter behält.

Hilfsweise hat er beantragt, daß die Kl. in gleicher Weise verurteilt wird, in die Aufhebung der Gemeinschaft sowie darin zu willigen, daß die gemeinschaftlichen Rechte unter der Kl. und dem Bekl. zu 2 durch einen vom Bekl. zu 2 zu beauftragenden Gerichtsvollzieher versteigert werden.

Das LG. hat für Recht erkannt.

1. Die Kl. wird mit der Klage abgewiesen.

2. Auf die Widerklage des Bekl. J. Sp. wird die Kl. verurteilt, darin zu willigen, daß die Gemeinschaft zwischen der Kl. und dem Bekl. J. Sp. an den Rechten aus dem Mietvertrage v. 2. Aug. 1914 hinsichtlich der Wohnung B., St.-Allee 23, aufgehoben und in folgender Weise geteilt wird: Der Bekl. J. Sp. behält die gesamte Wohnung als Alleinmieter und zahlt dafür an die Kl. den Betrag von 1000 M — eintausend Reichsmark — nebst 8% Zinsen seit dem 3. Juli 1929.

Durch den von beiden Eheleuten Sp. unterschriebenen Mietvertrag ist die Wohnung an beide Eheleute als Gesamtschuldner vermietet worden. Dadurch ist ein Mietrecht der Kl. an der Wohnung entstanden. Für die Auffassung, daß nur der Ehemann Mieter geworden ist, daß dagegen für die Ehefrau kein selbständiges Mietrecht entstehen sollte, fehlt es im vorliegenden Falle an jedem Anhalt. Es ist auch unerheblich, ob die Kl. jemals vom Vermieter wegen des Mietzinses selbst in Anspruch genommen worden ist. Jedenfalls bestand hierzu auf Grund des Mietvertrages die Möglichkeit. Ebenso bestand die Möglichkeit einer Geldentmachung des Vermieterspfandrechts an den eingebrachten Sachen, auch soweit sie ihr gehörten. Den Verpflichtungen der Ehefrau aus dem Mietvertrage steht ein subjektives Mietrecht gegenüber. Da niemals von vornherein abzusehen ist, ob der Ehemann allein die Lasten der Wohnung tragen wird, erscheint es nicht angängig, die Ehefrau nur nach außen hin als Mieterin anzusehen, ihr aber im Innenverhältnis zu dem regelmäßig für die Mieta aufkommenden Ehemann nur die Stellung „einer Art Treuhänderin des Mannes“ anzuweisen (so Ripp: MietGer.

1927, 142; ähnlich Wieluner: LZ. 1924, 721 ff.; Ur. des LG. III Berlin v. 7. Mai 1927: JW. 1927, 1956, und vielfach in der Rspr. und Rechtslehre). Die Hamburger Rspr. geht übrigens auf der anderen Seite sogar so weit, der Ehefrau ein zur Auseinandersetzung führendes Recht an der Ehwohnung auch dann zuzupprechen, wenn der Ehemann nach dem Wortlaut des Mietvertrages alleiniger Mieter der Wohnung ist (s. Ur. des Hans-OLG. v. 11. April 1929: GW. 1929, 206).

Ist hiernach zwischen dem Bekl. zu 1 und der Kl. ein Mietverhältnis begründet worden, so hat dies auch nicht durch schlüssige Handlungen der Parteien ein Ende gefunden. Daß die Kl. auf Grund des Rechts zum Getrenntleben während der Dauer des Scheidungsprozesses die Wohnung verlassen hat, würde nur dann als Verzicht auf das Mietrecht zu deuten sein, wenn sie nach rechtskräftiger Scheidung dies Recht nicht innerhalb einer angemessenen Zeit geltend gemacht hätte. Sie hat aber sogar vor Beendigung des Scheidungsprozesses einmal in die Wohnung zurückkehren versucht, es ist ihr aus eherechtlichen Gründen mißlungen, daher war ihr nicht zuzumuten, ihr Mietrecht noch einmal vor Rechtskraft des Scheidungsurteils geltend zu machen. Nach Erlaß des RGUr. hat sie es alsbald getan. Es trifft also nicht zu, daß sie ihres Mietrechts verlustig gegangen sei.

Auf Grund dieses Mietrechts würde die Kl. gegen die beiden Bekl. die ihr vom LG. zugesprochenen Ansprüche haben, wenn nicht der Bekl. zu 2, dem die Mietvertragsrechte gemeinschaftlich mit ihr zustehen, gleichzeitig durch die Widerklage von seiner Befugnis Gebrauch machen würde, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen. In der Verjnst. hat die Kl. sich diesem Verlangen angeschlossen, so daß der Streit zwischen der Kl. und dem Bekl. zu 2 nur noch darum geht, auf welche Weise die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgen soll. Zudem die Kammer diesen Streit grundsätzlich dahin entscheidet, daß dem Bekl. zu 2 die Wohnung verbleibt, wird auch dem auf Einräumung des Mietbesitzes gerichteten Anspruch der Kl. gegen den Hauseigentümer der Boden entzogen.

Die Frage, in welcher Weise eine Auseinandersetzung geschiedener Ehegatten hinsichtlich der Ehwohnung stattzufinden hat, ist außerordentlich umstritten (vgl. im allgemeinen Krüger-Herbst, 1928, S. 225—227; Meyerowitz, 1929, S. 456—468; Hadameczik: MietGer. 1927, 125 ff.; Ripp ebenda S. 141; Lilienthal ebenda S. 142; Wieluner: LZ. 1924, S. 721 ff.; Roehne: JW. 1925, 2103 ff. und die bei diesen Schriftstellern angeführte Rspr.). Soweit der geschiedenen Ehefrau nicht dem Ehemann gegenüber ein Recht an der Wohnung überhaupt abgesprochen wird, sei es auf Grund der oben abgelesenen Auffassung, daß sie im Verhältnis zu ihm nur eine Art Treuhänderin sei, sei es in dem hier nicht vorliegenden Fall ihrer alleinigen Schuld an der Scheidung, wird fast durchgängig zutreffend angenommen, daß zwischen den geschiedenen Eheleuten eine Gemeinschaft besteht, und zwar nach herrschender Auffassung an der Gesamtheit der Rechte aus dem Mietvertrage, nach der Meinung Hadamecziks an dem ihnen an der Wohnung zustehenden Besitzrecht. Die Kammer ist der Auffassung, und zwar in Übereinstimmung mit den Parteien, wie ihre Anträge ergeben, daß eine Gemeinschaft an den Mietvertragsrechten besteht. Sie stimmt aber mit der in der Rechtslehre namentlich von Hadameczik vertretenen und insoweit auch von Ripp gebilligten Hamburger Rspr. darin überein, daß eine strikte

im vorstehenden Urteil erwähnten Urteilen des Hans-OLG. besteht eine Entsch. des 5. ZivSen. des OLG. v. 20. April 1928: Hans-RJ. 1928, 616, in der in dürren Worten gesagt wird, der Richter sei nicht in der Lage, eine Lücke im Gesetz auszufüllen, das Gericht könne den Parteien nicht helfen.

Demgegenüber hat nun die Mietberufungskammer im Anschluß an die Ausführungen von Hadameczik (Mietrecht 1927, 125) einheitliche und m. E. sehr anerkenntenswerte Grundsätze ausgearbeitet, nach denen die offensichtliche Lücke des Gesetzes für diesen typischen Fall ausgefüllt wird. Diese Grundsätze sind niedergelegt in der von Hadameczik unter Mitwirkung seiner Beifügiger herausgegebenen Mieterrechtskartei in der Nummer vom Juni 1928 und zusammengestellt von Braun. Diese Grundsätze laufen im wesentlichen auf Folgendes hinaus: Ist nur ein Eheleut. Mieter der Wohnung, steht ihm die Wohnung zu. Hierbei ist allerdings zu prüfen, ob nicht der nachträglich in die Wohnung eingezogene Ehemann in den Vertrag als Mitmieter aufgenommen ist. Sind beide Ehegatten Mieter, wozu ohne weiteres die Unterschrift des Vertrags durch die Frau genügt (die Auffassung, die Frau sei grundsätzlich eine Bürgin, wird abgelehnt), kommt es auf das Verschulden im Ehescheidungsprozess an, das nicht nachgeprüft wird. Der allein schuldig Erklärte muß weichen, der Unschuldige kann die Wohnung behalten. Sind beide für schuldig erklärt, so muß abgewogen werden, bei wem das größere Interesse liegt. Häufig wird es bei der Frau liegen, die für die kleinen Kinder zu sorgen hat und daher auf eine Unterkunft notwendig angewiesen ist. Der-

jenige Teil, der die Wohnung erhält, muß dem anderen eine gewisse Abfindungssumme zahlen, die den Umständen nach in angemessener Höhe vom Gericht festgesetzt wird. Der auf Räumung klagende Teil kann in diesem Falle mit seiner Klage nur durchdringen, wenn er sich bereit erklärt, seinen Betrag zu zahlen. In der Formel des Urteils wird die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß der klagende Teil dem anderen die vorstehend genannte Entschädigung bezahlt. Über die Höhe der Entschädigung bestehen keine festen Ziffern. Immerhin sind diese Ziffern hier in Hamburg erheblich niedriger, denn in diesen Richtlinien wird ein Betrag von 200 M für eine Zweizimmerwohnung, 2—300 M für eine Dreizimmerwohnung und 3—400 M für eine Vierzimmerwohnung eingefest.

Diese vorstehend genannten Grundsätze sind wiederholt bekämpft worden, insbes. hat die oben erwähnte Entsch. des Hans-OLG. Veranlassung gegeben, diese Frage erneut vor der Mietberufungskammer durchzufechten. In einem Ur. v. 31. Jan. 1929 hat das LG. aber ausdrücklich seine den Richtlinien entsprechende Praxis aufrechterhalten und es abgelehnt, sich der Entsch. des 5. Sen. des OLG. anzuschließen.

Die Praxis der Hamburger Mietberufungskammer verdient m. E. den Vorzug vor der konstruktiv etwas schwierigeren Lösung des Berliner LG. Schon in der Form des Klageantrages ist die Hamburger Praxis viel einfacher, indem sie eine Klage auf Räumung zuläßt und das Problem der Aufhebung der Gemeinschaft im Antrage



Anwendung der Vorschriften des BGB. über die Auflösung der Gemeinschaft nicht angängig ist. Die gemeinschaftliche Ermietung der Eherwohnung ist nicht auf Grund einer schuldrechtlichen, sondern auf Grund der familienrechtlichen Beziehung der Eheleute erfolgt. Die Vorschriften des BGB. über die Auflösung der Gemeinschaft sind ersichtlich auf den Fall zugeschnitten, daß die Gemeinschaft eine schuldrechtliche Grundlage hat; sie führen daher in vielen Fällen einer Auflösung der Gemeinschaft an einer Eherwohnung, so auch im vorliegenden Falle, zu keiner befriedigenden Lösung.

In erster Reihe sieht das BGB. in § 752 eine Teilung in Natur vor, wie die Kl. sie verlangt. Eine solche ist zwar nach Auffassung der Kammer nicht in allen Fällen einer derartigen Gemeinschaft unmöglich. Sie wird sich durchführen lassen, wenn der Gegenstand (das „Substrat“) des gemeinschaftlichen Rechts, nämlich die Wohnung selbst, ohne besondere Schwierigkeiten geteilt werden kann — so ohne weiteres bei einer durch Zusammenlegung zweier Einzelwohnungen entstandenen Gesamtwohnung mit zwei Küchen — und dem mitverklagten Hauseigentümer diese Teilung und die Teilung der Vertragsrechte und -pflichten den Umständen nach zuzumuten ist. Im vorliegenden Falle scheitert die wirkliche Teilung schon daran, daß sie sich nicht durchführen läßt, ohne daß eine gemeinschaftliche Benutzung bestimmter Räume (Korridor, Küche, Klosett) vermieden werden könnte. Ein Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes an Dritte ist ausgeschlossen, soweit und solange die Wohnungszwangswirtschaft besteht. Die vom Bekl. zu 2 verlangte Versteigerung der Vertragsrechte zwischen den Teilhabern (§ 753 Abs. 1 Satz 2 BGB.) erscheint nicht angängig, selbst wenn sie statthaft sein sollte (dagegen vgl. Ur. des O. II Berlin v. 22. Dez. 1924: JW. 1925, 392). „Im Ergebnis würde dann die Wohnung dem kapitalstärkeren der geschiedenen Ehegatten zufallen, ein Ergebnis, gegen das vom Standpunkt rein obligationsrechtlicher Betrachtungsweise nichts einzuwenden ist, das aber bei Einschaltung familienrechtlicher Momente nicht immer befriedigen wird“ (so mit vollem Recht Sadameczik a. a. O., vgl. auch Wieluner a. a. O.). Man muß hinzufügen: Wenn ein Teil völlig unbemittelt, also mitzubieten außerstande ist, so würde die Wohnung dem anderen Teil überdies für ein geringes Gebot zugesprochen werden, so daß der unbemittelte Teil obendrein für die Aufgabe seiner Rechte so gut wie keine Entschädigung erhalten würde. Gerade im vorliegenden Fall besteht diese Gefahr.

Andere Möglichkeiten der Auseinandersetzung kennt das BGB. nicht. „Es ist eine echte Gesetzeslücke vorhanden, die erst fühlbar geworden ist, als Wohnungsnöt und Wohnungszwangswirtschaft eine praktische Lösung auftretender Interessengegensätze unmöglich machen. Diese Gesetzeslücke hat der Richter auszufüllen“ (Sadameczik a. a. O.). Der Richter kann diese Lücke nicht, wie man häufig sagt, i. S. des Gesetzgebers ausfüllen, denn das Gesetz ist nicht starr, sondern entwickelt seinen Sinn in der sich wandelnden Zeit immer neu. Daher muß der Richter, wie auch das Schweiz. BGB. vorschreibt, die Lücke so ausfüllen, als ob er selbst Gesetzgeber wäre. Dabei bietet sich die Lösung, daß dem einen Teil die Wohnung mit allen Rechten und Pflichten aus dem Mietvertrage gegen eine angemessene Abfindung des anderen Teils belassen wird. Die Kammer folgt mit dieser Entsch. in gewissem Umfang der Hamburger Mspr. (vgl. Sadameczik a. a. O. und die dort angeführte Praxis).

Die Möglichkeit, so zu entscheiden, bietet der in der Verfst. gestellte Hilfsantrag des Bekl. zu 2. Sein Hauptantrag läuft darauf hinaus, daß ihm die Wohnung ohne Entschädigung zugesprochen

völlig unberücksichtigt läßt. Es wäre in Hamburg vielmehr auf Räumung der Wohnung Zug um Zug gegen Zahlung von 1000 M erkannt worden.

Mit Recht kann aber die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die Abfindungssumme eine gewisse Zeit vor dem Räumungstage dem anderen Teil zur Verfügung gestellt werden muß, damit er in der Lage ist, mit der Abfindungssumme eine andere Unterkunft zu beschaffen. In dieser Richtung wird häufig die Formel der Räumungsurteile etwa wie folgt gefaßt:

„Der Bekl. wird verurteilt, die Wohnung ... an die Kl. herauszugeben.

Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil wird davon abhängig gemacht, daß die Kl. dem Bekl. mindestens einen Monat vor beabsichtigter Vollstreckung eine Entschädigung von ... M zahlt.“

Die Hamburger Praxis erspart auf diesem Wege den neuen Prozeß über die Abfindungssumme, der nach dem Berliner Urteil unbedingt erforderlich wird.

Es wäre wünschenswert, wenn diese Frage, die naturgemäß konstruktiv gar nicht endgültig zu lösen ist, in ganz Deutschland in entsprechender Art geregelt würde, wie sie von der Mietberufungskammer gelöst ist. Es ist bedauerlich, daß eine so häufig vorkommende Streitfrage überall verschieden behandelt wird. Als

werden soll, lediglich gegen Verzicht auf Erstattungsansprüche aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss und auf Grund seiner Auslagen an Miete. Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Bekl. zu 2 gegen die Kl. ein Anspruch auf Erstattung der Hälfte des seit ihrem Fortzug entrichteten Mietzinses zusteht, oder ob diese Forderung nicht unter anderem schon daran scheitert, daß er allein den Genuß der Wohnung gehabt hat. Im vorliegenden Rechtsstreit kommt es darauf nicht an. Es würde dem Sinn der Entsch. zuwiderlaufen, wenn man eine Aufrechnung gegen die Entschädigung zulassen wollte, die der Kl. für den Verlust ihres Mietrechts an der Eherwohnung zukommen soll. Diese Entschädigung soll nicht allein den Vorteil ausgleichen, der dem Bekl. zu 2 durch Überlassung der alleinigen Mietrechte erwächst, sie soll die Kl. auch in den Stand setzen, sich eine eigene, ihrem bisherigen Mietrecht entsprechende Wohnung zu beschaffen. In diesem Sinn ist das vom Bekl. zu 2 an sie zu entrichtende Kapital an einen Zweck gebunden. Die Zweckgebundenheit der Entschädigung schließt eine Aufrechnung mit etwaigen Forderungen des Bekl. zu 2 aus.

Bei Bemessung der Entschädigung kann freilich nicht allein darauf gesehen werden, daß sie zur Beschaffung eines angemessenen Ersatzraumes genügt, denn auf der anderen Seite soll der dem Bekl. zu 2 erwachsende Vorteil nicht von ihm überzahlt werden. Ein gerechter Ausgleich läßt sich nur dadurch erreichen, daß die Summe für den Zweck der Beschaffung einer eigenen kleinen Wohnung verhältnismäßig niedrig, für den Vorteilsausgleich verhältnismäßig hoch angesetzt wurde. Einerseits nämlich ist die Beschaffung einer Wohnung gegenwärtig immer mit ziemlich hohen Kosten verbunden, andererseits beträgt der jährliche Friedensmietwert der Eherwohnung nur 336 M. Mit Rücksicht hierauf muß die Kl. sich mit einer bescheidenen Ersatzwohnung begnügen. Sie wird sich auch möglicherweise um eine solche erst längere Zeit bemühen müssen. Der Bekl. zu 2 dagegen muß das Mehrfache des genannten Jahrwerts als Entschädigung zahlen. Ein Betrag von 1000 M erschien hiernach angemessen.

(O. I Berlin, Ur. v. 3. Juli 1929, 81 S 328/28.)

\*

2. § 1960 Abs. 2 BGB. Der Nachlasspfleger ist gesetzlicher Vertreter der Erben. Er ist nicht berechtigt, seine nach der Gebührenordnung berechneten Kosten der Nachlassmasse in Rechnung zu stellen, wenn er als Armenanwalt beigeordnet war. †)

M. M. war als Pfleger für den Nachlass der verstorbenen Frau S. bestellt. Der Kl. hat den Anspruch des Erben der Frau S. gegen den Pfleger auf Auszahlung des Überschusses der Einnahmen der Nachlassverwaltung über deren Ausgaben pänden und sich zur Einziehung überweisen lassen und verlangt vom Pfleger mit der Klage Zahlung von 221,91 M. Bekl. wendet ein, ein Einnahmüberschuß sei nicht vorhanden. Die Einnahmen betragen unstreitig 311,17 M. Als Ausgaben bringt der Bekl. verschiedene Posten im Gesamtbetrag von 538,36 M in Anrechnung, unter welchen sich auch ein Posten von 192,50 M Anwaltsgebühren und Auslagen befindet, welche in einem Prozeß der Nachlassmasse erwachsen sind, in welchem der Bekl. als Armenanwalt beigeordnet war.

Das O. hat die Klage abgewiesen. Das O. hat dem Bekl. das Recht bestritten, die 192,50 M Anwaltsgebühren und Auslagen dem Nachlass in Rechnung zu stellen und hat unter Berücksichtigung

Hamburger begrüße ich es daher besonders, daß die von mir als in jeder Weise zweckentsprechend anerkannte Mspr. der hiesigen Berufungskammer auch von dem Berliner Gericht als grundsätzlich richtige Lösung des Problems angesehen wird. Es ist zu hoffen, daß sich auch weitere Gerichte der hiesigen Praxis anschließen.

M. Dr. Kurt Mittelstein, Hamburg.

Zu 2. Die Entsch. hält der Kritik nicht stand.

Für das Recht des Bekl., seine nach der Gebührenordnung berechneten Gebühren und Auslagen der Nachlassmasse in Rechnung zu stellen, ist die Tatsache, daß er als Armenanwalt beigeordnet war, gleichgültig. Gleichgültig ist auch, ob die Armut der Nachlassmasse trotz späterer Geldeingänge fortbestand. Denn Bekl. war nicht gesetzlicher Vertreter der Nachlassmasse, sondern gesetzlicher Vertreter der Person des Erben. Das Armenrecht ist auch nicht der Nachlassmasse erteilt, sondern dem Erben. Der Nachlassmasse konnte dasselbe auch gar nicht erteilt werden (RG. 50, 394; 81, 292). Im Verhältnis zur Nachlassmasse war der Bekl. lediglich prozeßbevollmächtigter M., der als solcher seine vollen Gebühren zu fordern berechtigt war, ohne auf die Vermögensverhältnisse des Erben, dem der Nachlass später einmal auszukehren sein würde, Rücksicht nehmen zu müssen, wenn er auch dessen Interessen zu wahren hatte. Eine Rücksichtnahme auf die Vermögensverhältnisse des Erben kann auch schon deshalb nicht in

weiterer Ausgabenposten den Bekl. zur Zahlung von 178,61 M beurteilt.

Außer diesen beiden Beträgen sind jedoch auch die Gebühren und Auslagen des Bekl. aus dem Rechtsstreit S. gegen F. von 192,50 RM abzusetzen. Der Bekl. war dort im Armenrecht beigeordnet. Als Nachlasspfleger hatte er zwar neben seinem allgemeinen Anspruch auf eine vom Vormundschaftsgericht gem. § 1836 BGB. bewilligte Vergütung, ferner auch für seine besondere Tätigkeit als Anwalt an dem Nachlass einen Anspruch auf die Anwaltsgebühren und auf Ersatz seiner Auslagen als Anwalt. Er hatte jedoch auch insoweit in erster Linie das Interesse des Erben wahrzunehmen und war daher, zumal der Nachlass auch nach den späteren Geldeingängen so geringfügig blieb, daß dessen Armut fortbestand, verpflichtet, sich seine Gebühren und Auslagen vom Prozeßgericht erstatten zu lassen und kann sich wegen dieser Gebühren und Auslagen nicht an den Nachlass halten.

Hiernach stehen den Einnahmen von insgesamt 311,17 RM von der Nachlassmasse zu tragende Ausgaben von insgesamt 132,56 RM gegenüber. Es ergibt sich daher ein Einnahmenüberschuß von 178,61 RM, der durch den Beschl. v. 4. Dez. 1926 zugunsten des Kl. gepfändet ist.

Der Bekl. kann sich gegenüber dem Kl. auch nicht auf die ihm von dem Erben erteilte Entlastung berufen. Diese Entlastung stellt eine Verfügung über die gepfändete Forderung dar und ist im Hinblick auf das im Pfändungs- und Überweisungsbeschluß enthaltene Verfügungsverbot dem Kl. gegenüber nach den §§ 136, 135 BGB. unwirksam.

Des weiteren wäre die Aufrechnung mit dem dem Bekl. vom Nachlassgericht zugebilligten Honorar unstatthaft, da der Anspruch auf dieses Honorar nach dem Inhalt des § 1836 BGB. erst mit dessen Festsetzung durch das Nachlassgericht und mithin zu einer Zeit entstanden ist, zu der der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß bereits zugestellt war, so daß eine Aufrechnung nicht zulässig wäre.

(LG. III Berlin, 24. Bk., Urt. v. 20. April 1929, 28 S 240/28.)

### Dortmund.

3. §§ 2, 5 ArbGG.; §§ 84 ff. BGB. Für Streitigkeiten aus den Rechtsbeziehungen eines freien Agenten und seines Geschäftsherrn sind die ordentlichen Gerichte zuständig. †)

(LG. Dortmund, 1. Bk., Urt. v. 29. Jan. 1929, 1 S 60/29.)

Abgebr. JW. 1929, 2172<sup>a</sup>.

Frage kommen, weil solche nicht bekannt sind. Abirgens hat, wie die Entsch. ergibt, der Erbe dem Bekl. Entlastung erteilt, die Gebührenrechnung also anerkannt. Die Streichung der 192,50 M ist daher unberechtigt.

Die Berufung gegen das die Klage abweisende erstinstanzliche Urteil mußte zurückgewiesen werden.

Das BG. hat dem Bekl. sein verdientes Anwalts-honorar zu Unrecht abgesprochen. Im übrigen ist nach der Rechtprechung (OLG. 18, 293) nicht zu beanstanden, daß das BG. für das Verwalterhonorar des Pflegers den § 1836 BGB. zur Anwendung bringt und erklärt, daß ein (klagbarer) Anspruch auf solches Honorar erst mit der Festsetzung desselben entsteht.

RA. Dr. Segalla, Hamburg.

Zu 3. A. Das Urteil ist geeignet, Mißverständnisse hervorzurufen, da es den Begriff des Agenten ganz verflüchtigt. Es gibt keine „freien Agenten“: Handlungsagent ist, wer ständig damit betraut ist, für den anderen Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen (§ 84 BGB.). Es genügt nicht, daß die Vermittlung einer Mehrzahl von Verträgen innerhalb einer nicht fest bestimmten Frist in Aussicht genommen ist; vielmehr ist erforderlich ein auf die Dauer berechnetes Verhältnis zu dem Geschäftsherrn, auf Grund dessen der Agent verpflichtet ist, in dessen Interesse für den Abschluß von Geschäften als Vermittler tätig zu sein. Der Agent steht zum Geschäftsherrn im Verhältnis des Dienstverpflichteten zum Dienstberechtigten, obwohl er nicht als Handlungsgehilfe angestellt, sondern als selbständiger Gewerbetreibender tätig ist (RG. 95, 135). — Das genaue Gegenteil hiervon lag dem BG. vor: der Bekl. „konnte für den Kl. arbeiten, war aber dazu nicht verpflichtet; er durfte auch für andere Firmen tätig sein“, heißt es in dem Urteil. Dann war er aber nicht Agent, nicht Arbeitnehmer, stand auch zum Kl. nicht in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sondern er war Handlungsma-k-l-e-r (§ 93 BGB.), vermittelte in völlig freier Stellung; er konnte von jedermann Aufträge entgegennehmen und die sich ihm bietenden Geschäfte bei den verschiedensten Gewerbetreibenden unterbringen; er konnte den ihn Angehenden die Vorteile der Konkurrenz im Handelsverkehr zuwenden (vgl. über den Unterschied Giese, Handwörterb. der Arbeits-wissenschaft. 56). — Dagegen ist der Agent tätig nur im Interesse eines

### Hamburg.

4. §§ 3, 9 ZPO. Bei vorübergehend wiederkehrenden Leistungen findet die Streitwertfestsetzung nach § 3, nicht § 9 ZPO. statt.

Mit der abgewicklenen Klage wurden wiederkehrende Leistungen (monatlich 30 RM) für die Dauer der am 7. Aug. 1928 begonnenen Heimspflege der Bekl. in der Lungenheilstätte E. gefordert. Dieser Aufenthalt hat keinen dauernden Charakter, sondern ist vorübergehender Natur. Es ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß das beanspruchte Recht, wenn es der Kl. zugesprochen worden wäre, vor Ablauf von 12 1/2 Jahren in Wegfall gekommen sein würde. Deshalb ist der Streitgegenstandswert nicht nach § 9, sondern gemäß § 3 ZPO. nach freiem richterlichen Ermessen festzusetzen (Walter-Joachim-Friedlaender, RA. GebD., 7. Aufl., § 10 Anm. 162; Rittmann, Wert des Streitgegenstandes [1913] § 143 S. 289; RG. 24, 375 und 37, 382).

Da der Heilstättenaufenthalt, für dessen Dauer wiederkehrende Leistungen klagend gefordert wurden, bei Abschluß des Verfahrens bereits fünf Monate andauerte und auch jetzt noch nicht abgeschlossen ist, erscheint der zehnfache Monatsbetrag als Streitgegenstandswert angemessen. Die mit der Beschwerde geforderte Herabsetzung auf den dreifachen Monatsbetrag würde der Sachlage nicht entsprechen, weil allein vier Monatsbeträge für die vor der Klageerhebung liegende Zeit beansprucht wurden.

(LG. Hamburg, 13. Bk., Beschl. v. 19. April 1929, Z Bs XIII 399/29.)

Mitgeteilt von Justizmp. Brünning, Hamburg.

5. §§ 103 Abs. 2, 104 Abs. 2 ZPO. Glaubhaftmachung von Rechtsanwaltsauslagen.

(Siehe auch die Ausführungen JW. 1926, 783.)

Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle erließ folgenden Beschluß:

Der Posten 6 (1,30) war abzusetzen, weil er nicht mit genügender Klarheit glaubhaft gemacht ist. Die Fassung der Erläuterung „Porto, Telefonspeisen etc.“ schließt nicht aus, daß in diesem Posten auch andere Auslagen als Post-, Telegraphen- und Fernsprechggebühren berechnet sind. Andere Auslagen würden aber nach § 103 ZPO. durch Belege glaubhaft zu machen sein. Glaubhaftmachung durch „Versicherung“ ist nach § 104 ZPO. nur für Post-, Telegraphen- und Fernsprechggebühren zugelassen, die der RA. selbst angewendet hat. Da diese Auslagen der Höhe nach nicht beziffert sind, mußte der ganze Posten abgesetzt werden.

bestimmten Arbeitsgebers, von dem er angestellt ist und dem er die sich bietenden Geschäfte zuzuführen verpflichtet ist. Nach Wortlaut und Zweck des § 5 wird vorausgesetzt, daß Arbeiten von einer gewissen Dauer und Regelmäßigkeit einem bestimmten Auftraggeber (nicht einer unbestimmten Zahl von Arbeitgebern) geleistet werden. Das trifft bei demjenigen, den das BG. als „freien Agenten“ bezeichnet, nicht zu. Über die Unbrauchbarkeit des vom BG. verwerteten Begriffs einer wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit des Agenten vom Arbeitgeber siehe Josef: JW. 1928, 2650.

RA. Dr. Eugen Josef, Freiburg i. Br.

B. Dem Endergebnis des Urteils ist beizustimmen. Die Begründung stützt sich auf das Urteil des ArbGG. Frankfurt a. M.: BenschSamml. RArbG. 2, 143, welches bereits JW. 1928, 1680<sup>25</sup> Anm. von Oppermann treffend widerlegt ist.

Maßgeblich ist lediglich die wirtschaftliche und persönliche Selbständigkeit des Agenten. Sind diese Voraussetzungen gegeben, kann von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nicht die Rede sein.

Der Begriff eines „freien Agenten“ existiert in der Literatur nicht, ist auch in den Gründen des Urteils, wie Josef vermeint, nicht enthalten. Der Bekl. war nicht Handlungsagent i. S. der §§ 84 ff. BGB. Er war auch nicht Handelsmakler (§ 93 BGB.), wie Josef annimmt, sondern er war Gelegenheitsagent.

In der Reichstagskommission war ein Antrag eingebracht worden, die Gelegenheitsagenten dem „Agentenrecht“ durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung (§ 90 a) zu unterstellen. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Nach der Ansicht der Kommission sind die Geschäfte der Gelegenheitsagenten nach dem BGB. oder nach § 346 BGB. zu beurteilen. Ausdrücklich wurde ausgesprochen, daß die Vorschriften über Handelsmakler auf keinen Fall Anwendung finden.

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem „Gelegenheitsagenten“ ist nach den Vorschriften über „Geschäftsbesorgungsverträge“ zu beurteilen (§ 675 BGB.), siehe Albrecht-Tentler, Das Recht der Agenten, zu § 84 S. 18 ff. Der Gelegenheitsagent untersteht aber niemals der Zuständigkeit des ArbGG. gem. § 5 ArbGG. in seinem Verhältnis zum Geschäftsherrn.

RA. Dr. Tentler, Hamburg.

Der Erinnerung wurde durch folgenden Gerichtsbeschuß stattgegeben:

An sich ist der Begründung des angefochtenen Beschlusses, nach der die 1,30 RM für Porto, Telephonspesen etc. abgesetzt sind, beizutreten. Nachdem nun aber in der Erinnerungsschrift berichtet worden ist, daß die 1,30 RM lediglich Porto- und Telephonspesen betreffen und dadurch die Voraussetzung für die Erstattungsfähigkeit der 1,30 RM geschaffen worden ist, war demgemäß zu beschließen, wie gefolgt.

(O. Hamburg, 13 B., Beschl. v. 5. Juli 1929, Z XIII 86/29.)

Mitgeteilt von Justizinspektor Brünig, Hamburg.

## Lübeck.

6. § 2 Ziff. 3 Lübeck. StempD. vom 6. Mai 1922. Der für die Vollmacht des Vertreters der Gläubigerin vorgenommene Ansat einer Stempelsteuergebühr von 2 RM ist ungerechtfertigt.

Nach § 2 Ziff. 3 Lübeck. StempD. v. 6. Mai 1922 unterliegen auswärts ausgestellte Vollmachten der Stempelabgabe, wenn sie vor Lübeck. Behörden oder Gerichten vor Reichsbehörden im Lübeck. Staatsgebiet oder vor Lübeck. Notaren gebraucht werden.

Diese Bestimmung erfährt, wie auch aus dem Tarif zur StempD. hervorgeht, eine Einschränkung durch § 2 Abs. 1 u. 2 GRG, wonach eine Erhebung von Stempeln und anderen Abgaben neben den Gebühren nicht stattfindet, und wonach Urkunden, von denen im Verfahren Gebrauch gemacht wird, nur insoweit einem Stempel oder einer anderen Abgabe unterworfen sind, als sie es ohne diesen Gebrauch sein würden.

Prozeßvollmachten, die nicht über den Rahmen des § 81 ZPO. herausgehen, haben demnach gebührenfrei zu bleiben, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie im Stempelinland oder im Stempelausland errichtet worden sind. Die Einführung einer solchen Vollmacht im Stempelinland kann gleicherweise wie der Gebrauch vor Gericht nicht für die Erhebung einer Stempelsteuer zum Anlaß genommen werden.

Die Urkundenbesteuerung hat zwei Momente zur Voraussetzung. Es muß ein für die Besteuerung rechtserheblicher Inhalt der Urkunde hinzukommen, der die Urkunde in Beziehung zum Verkehrsleben setzt (Errichtung, Gebrauch, Einführung ins Stempelinland). § 2 GRG. bestimmt, daß Prozeßvollmachten stempelfrei zu bleiben haben. Damit ist der Inhalt dieser Urkunden als Grundlage für die Besteuerung ausgeschlossen erklärt, und es fehlt damit an dem ersten für die Besteuerung notwendigen Moment. Das Landesrecht darf die Stempelpflicht aber nicht lediglich an den äußeren Vorgang knüpfen (vgl. RFG. 24, 222, 223).

Im vorliegenden Falle geht die Vollmacht des Beschw. infolgedessen über den Umfang einer Vollmacht des § 81 ZPO. hinaus, als sie zur Empfangnahme von Geld und Gegenständen legitimiert.

Eine solche Vollmacht kann nach § 2 II GRG. verstempt werden, soweit sie auch ohne Gebrauch vor Gericht stempelpflichtig sein würde.

Nach § 2 Ziff. 2 u. 3 Lübeck. StempD. sind im Stempelausland ausgestellte Vollmachten und sonstige Urkunden, die im Tarif zur StempD. genannt sind, an sich stempelpflichtig, wenn sie in Lübeck gebraucht werden.

Da der Gebrauch vor Gericht ausscheidet, würde die Vollmacht des Vertreters der Beschw. nur stempelpflichtig werden, wenn sie sonst irgendwie zum Gebrauch vorgelegt würde. Ein anderer äußerer Vorgang, durch den diese Vollmacht bereits stempelpflichtig geworden sein könnte (so z. B. durch bloße Einführung der Vollmacht ins Stempelinland), findet sich in der Lübeck. StempD. nicht. Die Vollmacht würde daher erst steuerpflichtig werden, wenn der Vertreter der Kl. sie vorlegen würde, um Geld oder Sachen in Empfang zu nehmen.

(O. Lübeck, Beschl. v. 18. April 1929, L I Z B 63/29.)

Mitgeteilt von RA. Hans Seidl, Hamburg.

Zu 1. Die Entsch., die für die deutschen Kreditinstitute wichtig ist, erscheint mir zutreffend.

Sie wird getragen von der Erwägung, daß das ganze deutsche Aufwertungsrecht anzuwenden ist, wenn der Schuldner Aufwertung nach deutschem Rechte fordert; daraus wird richtig gefolgert, daß die Hypotheken auf Goldmark aufgewertet sind und in Goldmark eingetragen werden können. Mit Recht wird auch die Anwendung des Ges. v. 27. Juni 1923 abgelehnt. Das spätere die Aufwertung regelnde besondere Gesetz müßte dem früheren allgemeinen Gesetze vorangehen, wenn dieses überhaupt in Frage käme. Dies ist aber nicht der Fall. Goldmark ist keine Währung, sondern ein Preis für eine Menge Gold, also eine Ware; es liegt hier ähnlich wie bei Roggen- usw. Hypotheken. Wie der Preis gezahlt wird, darüber besagt die Eintragung in Goldmark oder Roggen nichts; es ergibt sich daraus also auch nicht, daß die Schuld in anderer als inländischer Währung ge-

## Landgericht Danzig.

1. § 11 Danziger Gesetz über den Ausgleich der Geldwertung. Wählt ein Danziger Schuldner deutsches Aufwertungsrecht, so findet dieses in seiner Gesamtheit Anwendung, und der Aufwertungsbeitrag ist in „Goldmark“ im Grundbuch einzutragen. f)

Die Beschw. hatte beantragt, die Aufwertung ihrer Hypothek mit 6000 GM. im Grundbuch einzutragen und dies damit begründet, daß der Schuldner Aufwertung nach deutschem Recht beanprucht. Das LG. lehnte ab, da die Goldmark keine bestehende Währung sei und eine Umwertung in fremde Währung, etwa in Reichsmark, der Genehmigung des Senats bedürfe. Gegen die Verfügung wurde Beschwerde eingelegt, und das O. hat die Eintragung des Goldmarkbetrages angeordnet.

Das Danziger Gesetz über den Ausgleich der Geldwertung läßt in § 11 auf Antrag des Schuldners eine Aufwertung nach ausländischem Recht zu. Wenn der Schuldner die Anwendung ausländischen Rechts, also wie im vorl. Falle des deutschen Rechts, gewählt hat, ist dieses in seiner Gesamtheit anzuwenden. Die für die Gläubigerin eingetragene Hypothek von 24000 M ist also auf 6000 GM. aufzuwerten, und bei der Eintragung der Aufwertung im Grundbuch ist der Aufwertungsbeitrag in „Goldmark“ einzutragen. Das gleiche gilt für die Danziger Grundbuchrichter. Die Frage, ob zur Eintragung des Goldmarkbetrages auf Grund des Danziger Gesetzes über die Eintragung von Hypotheken in ausländischer Währung v. 27. Juni 1923 die Einwilligung des Senats der freien Stadt Danzig erforderlich ist, hat das Beschw. verneint. Zwar ist die Einwilligung auch zur Umwandlung einer bereits eingetragenen Hypothek in eine Hypothek mit ausländischer Währung erforderlich, so daß das Ges. v. 27. Juni 1923 Anwendung finden würde, falls es sich bei der Eintragung der Goldmark um eine ausländische Währung handelte. Dies ist aber nicht der Fall, denn die Goldmark ist keine ausländische Währung, sondern durch sie wird lediglich der Aufwertungsbeitrag rechnerisch festgelegt. Selbst wenn man sich aber auf den Standpunkt stellen wollte, daß die Goldmark i. S. des Ges. v. 27. Juni 1923 „ausländische Währung“ ist, so ist die Einwilligung des Senats um deswillen nicht erforderlich, weil durch § 11 des DanzAufwG. das Ges. v. 27. Juni 1923 insoweit nach dem allgemeinen Rechtsatz lex posterior derogat legi priori außer Kraft setzt. Wenn der Gesetzgeber nach § 11 des DanzAufwG., also nach ausländischem Recht aufzuwertende Hypotheken, für genehmigungspflichtig gehalten hätte, wäre es erforderlich gewesen, dies durch einen entsprechenden Zusatz zu § 11 des AufwG. zum Ausdruck zu bringen.

(O. Danzig, 1. B., Beschl. v. 13. Juli 1929, 4 IT 47/29.)

Mitgeteilt von Prok. Labbé, Frankfurt a. M.

## B. Arbeitsgerichte.

### Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

1. § 615 BGB. ist nachgiebiges Recht. Der Arbeitgeber haftet dem Arbeiter für ungehinderten Zugang zur Arbeitsstätte. Der Lohnanspruch des am Betreten der Baustelle verhinderten Arbeitnehmers wird durch § 5 RTar. für das Baugewerbe nicht ausgeschlossen. f)

Dem ArbG. ist zwar entgegen der Annahme der Revision darin beizutreten, daß § 615 BGB. nachgiebiges Recht enthält und durch Parteitabreden in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen abgeändert werden kann. Die Unabdingbarkeit einer der vertraglichen Beziehungen zweier Parteien regelnden Gesetzesbestimmung stellt eine Ausnahme von dem das ganze bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit dar und muß daher aus deren

zahlst werden soll. — Die inländische Währung wird also auch durch derartige Eintragungen nicht notwendig berührt. Das obige Gesetz trifft also weder dem Wortlaut noch dem Sinne nach zu. — Würde die Eintragung in Goldmark nicht durch die Verweisung auf deutsches Recht gerechtfertigt sein, so würde sie nur dann möglich sein, wenn sie durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich zugelassen wäre; eine Genehmigung des Senats auf Grund des Ges. v. 27. Juni 1923 würde eine an sich unzulässige Eintragung nicht gültig machen.

OGDr. Dr. U hde, Hamburg.

Zu 1. Eine längere Note zu dem vorstehenden Urteil des RArbG. zu bringen, erübrigt sich angesichts der ausführlichen Darstellung der Urteilsgründe. Es genügt, auf das Urteil aufmerksam zu machen als eines in der Reihe derjenigen Urteile des RArbG.,

Wortlaut und Zweck klar und unzweideutig hervorgehen. Der Gesetzgeber hat nun in § 619 BGB. eine vertragliche Aufhebung oder Beschränkung nur der in den §§ 617 und 618 das den Dienstberechtigten auferlegten Verpflichtungen unterlag. Daraus folgt zwingend, daß er ein gleiches Verbot hinsichtlich des Inhalts des § 615 a. a. D. nicht aussprechen wollte und nicht ausgesprochen hat.

Die Abdingbarkeit des § 615 a. a. D. rechtfertigt aber die Auslegung, die das BG. dem ersten Satze des § 5 Nr. 11 TarVertr. gegeben hat, und seine Anwendung auf den vorliegenden Fall nicht. Er ist überhaupt nicht einseitig aus dem Inhalt des § 615 oder des § 323 BGB., d. h. aus den Gesichtspunkten des Annahmeverzugs oder der Leistungsunmöglichkeit, zu entscheiden. Denn seit dem Inkrafttreten des BGB. sind, wie schon in dem Urteil des 3. Zivilsen. v. 6. Febr. 1923 (RG. 106, 272 ff. 1) hervorgehoben ist, gerade auf dem Gebiete des Arbeitsrechts entsprechend dem sozialen Auf- und Ausbau des Wirtschaftslebens im allgemeinen und der Einzelbetriebe im besonderen neue Rechtsgedanken zur Anerkennung gelangt, die über den Geltungsbereich der Gesetze, in denen sie ihren Niederschlag gefunden haben, hinaus das Arbeitsvertragsrecht in erheblichem Maße beeinflussen. Der Betrieb ist ein lebendiger Organismus, dessen Glieder der Arbeitnehmer und die Arbeiterschaft sind. Ihre Betriebsverbundenheit und die trotz dieser Verbundenheit vorhandene Verschiedenheit ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Stellung innerhalb des Betriebes bilden, soweit nicht Vertragsabreden oder ein Verschulden auf Seiten des Arbeitgebers oder der Arbeitnehmer in Betracht kommen, den Ausgangspunkt, von welchem aus die Frage, welches der beiden Glieder das Betriebsrisiko, d. h. also die Gefahr unverschuldeter Betriebsstörungen und Arbeitsunterbrechungen, zu tragen hat, einer befriedigenden Lösung zuzuführen ist. Von ihm aus wird das Betriebsrisiko in der Regel demjenigen Teile aufzubürden sein, der (auch ohne Verschulden) nach Lage des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben die Ursache der Störung dem anderen Teile gegenüber zu vertreten hat (vgl. dazu das zum Abdruck bestimmte Urteil des ArbG. v. 20. Juni 1928, RAG 72/28).

Wendet man diesen Grundsatz auf den vorliegenden Fall an, und läßt man zunächst den TarVertr. für das Baugewerbe außer Betracht, so liegt es naturgemäß jedem Arbeitgeber ob, seinen Arbeitern, wenn er ihre Arbeitskraft und ihre Tätigkeit für den Betrieb nutzbar machen will, den Zugang zur Arbeitsstätte, gleichviel, ob sie auf seinem oder auf fremdem Grund und Boden liegt, zu ermöglichen. Daß er dazu imstande ist, dafür hat er den Arbeitnehmern einzustehen. Erfüllt er diese im Prozeßwege freiwillig nicht erswingbare Verpflichtung aus irgendeinem, wenn auch kein Verschulden darstellenden Grunde nicht, so wird er es wenigstens in der Regel den Arbeitern gegenüber zu vertreten haben, daß sie ihre Arbeitskraft brach liegen zu lassen und zu feiern genötigt sind. So liegt der Fall auch hier. In ihrem Verhältnis zu den Kl. war es Sache der Bekl., ihnen den Zutritt zur Baustelle zu verschaffen. Sie mag auch nach dieser Richtung Bemühungen, zu denen sie nach Sinn und Zweck der mit den Kl. geschlossenen Arbeitsverträge verpflichtet war, angestellt haben. Selbst wenn diese aber an dem stärkeren Hausrecht der Grundeigentümerin gescheitert sein sollten, würde die Bekl. den Kl. gegenüber von der Entlohnungspflicht nicht entbunden sein. Die nachteiligen Folgen der auf einem freien Willensakte ihrer Bauvertragsgegnerin beruhende Absperrung der Baustelle und des damit für ihren, der Bekl., Betrieb verbundenen Verlustes der klägerischen Dienstleistungen muß die Bekl. im Verhältnis zu den Kl. ebenso auf sich nehmen, als hätte sie selbst die Arbeitsruhe angeordnet. Ob sie das, was sie den Kl. ohne Gegenleistung zahlen muß, von der Sch.-Brauerei ersetzt verlangen kann, steht hier nicht zur Entscheidung. Keinesfalls dürfen die Arbeiter der Bekl. darunter leiden, daß deren Bauvertragsgegnerin, die Sch.-Brauerei, aus Furcht vor Sabotageakten in den Baubetrieb der Bekl. und die von dieser zur Durchführung des Bauvertrags geschlossenen Arbeitsverträge störend eingriff. Dieser Eingriff gehört zu dem die Bekl. allein treffenden Teile des Betriebsrisikos. Seine Abwälzung auf die

Kl. würde mit der Stellung, die sie im Betriebe einnimmt, und mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbar sein. Zu ihrer Verletzung wollten aber auch der Satz „Lohn wird nur für die wirklich geleistete Arbeitszeit gezahlt“ und die Nr. 12 des § 5 TarVertr. die Arbeitgeber nicht ermächtigen. Sie würden sonst einen Freibrief für Härten und Unbilligkeiten darstellen, deren Vermeidung oder doch mögliche Ausgleiche gerade Aufgabe der TarVertr. ist. Gäßen sie, abgesehen von den im TarVertr. selbst hervorgehobenen Ausnahmen, schlechthin für alle Fälle einer Arbeitsunterbrechung Vergütungsansprüche der Dienstverpflichteten beiseite, so wäre der Arbeitgeber beispielsweise in der Lage, ohne zwingenden Anlaß nach freiem Belieben Feiertagen einzulegen und so den Arbeitnehmern den ausbedungenen Tages- oder Wochenlohn, auf den sie bei Aufstellung ihres Wirtschaftsplanes rechneten und nach ihren Arbeitsverträgen auch rechnen durften, in eigenen Interesse zu kürzen. Eine solche Abrede, die eine Entrechnung der Arbeitnehmer bedeuten würde, könnte als dem Willen der Tarifvertragsparteien entsprechend nur dann festgestellt werden, wenn ihr Wortlaut nach dieser Richtung keinen Zweifel zuließe. Das trifft aber im gegebenen Falle nicht zu. Im Gegenteil, Inhalt, Sinn und Zweck der Nr. 11 a. a. D. zeigen klar, daß sie mit dem Satze: „Lohn wird nur für wirklich geleistete Arbeitszeit bezahlt“ lediglich eine Entlohnung von Arbeitsveräußerungen, deren Anlaß in der Person des Arbeitnehmers liegt, auszuschließen will und im Anschlusse daran aus sozialen Rücksichten einzelne Ausnahmen zuläßt. Mit Nr. 12 a. a. D. steht aber der Satz: „Lohn wird nur für wirklich geleistete Arbeitszeit gezahlt“ in keiner organischen Verbindung. Unabhängig von ihm regelt sie einzelne Fälle des Betriebsrisikos und läßt Arbeitsstörungen infolge Materialmangels oder infolge von Betriebsstörungen zu Lasten beider Teile, des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer gehen. Unter Betriebsstörungen i. S. der Nr. 12 a. a. D. haben die Tarifvertragsparteien aber nicht schlechthin jede durch äußere Ereignisse erzeugene Arbeitsunterbrechung, insbes. nicht Fälle der vorliegenden Art, sondern lediglich Störungen betriebstechnischer Natur verstanden, mit denen, wie z. B. bei Gerüßfehlern, beim Versagen von Maschinen oder aus ähnlichen Anlässen im Baugewerbe regelmäßig gerechnet werden muß. Das folgt insbes. daraus, daß in früheren TarVertr., nicht nur bei „Betriebsstörungen“, sondern daneben auch bei Arbeitsunterbrechungen infolge von Witterungseinflüssen eine Pflicht des Arbeitgebers zur Entlohnung von täglich zwei Arbeitsstunden vorgesehen war, und daß diese letztere Bestimmung später nicht etwa als überflüssig, sondern zur Entlastung der Arbeitgeber gestrichen worden ist. Die Tarifvertragsparteien haben also Arbeitsunterbrechungen als Folge ungünstiger Witterung nicht als unter Betriebsstörungen i. S. der Nr. 12 a. a. D. fallend angesehen, sondern diesen, wie oben gezeigt, eine viel engere Bedeutung beigelegt. Dieser Umstand schließt auch eine sinngemäße Anwendung der Nr. 12 a. a. D. auf den vorliegenden Fall aus. Da er somit im TarVertr. für das Baugewerbe keine Regelung gefunden hat, muß er nach den obenerörterten Grundsätzen zugunsten der Kl. entschieden werden. Es war daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, wie geschehen, zu erkennen.

(ArbG., Urte. v. 4. Juli 1928, RAG. 49/28. Berlin.) [B.]

2. §§ 616, 629 BGB. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Bezahlung der ihm zum Zwecke der Auffuchung anderer Arbeit gewährten Freizeit, auch wenn ihm infolge Absperrung gekündigt ist. \*)

Die Parteien streiten darüber, ob ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis infolge eines Absperrungsbeschlusses durch den Arbeitgeber gekündigt worden ist, für die ihm vom Arbeitgeber während der Kündigungsfrist zum Auffuchen anderer Arbeit bewilligte Freizeit einen Anspruch auf Vergütung dieser Zeit hat.

Das BG. geht bei Prüfung der zu entscheidenden Frage davon aus, daß nach der zwingenden Vorschrift des § 629 BGB., bestätigt durch § 14 Abs. III d. hier fraglichen ArbD., der Arbeitnehmer auch im Falle der Kündigung während eines Wirtschaftskampfes die Gewährung von Freizeit zum Auffuchen anderer Arbeit beanspruchen

soziale Bedeutung des Betriebes ist der übergeordnete Wert, dem sich die Einzelinteressen der Beteiligten mit gegenseitiger Rücksicht auf den Wert ihrer Stellung unterzuordnen haben. Wer eine Fortbildung unseres bisherigen, rein individualrechtlich orientierten Rechtssystems i. S. sozialrechtlicher und genossenschaftlicher Gedanken wünscht, wird das Urteil begrüßen. Mit den überkommenen Kategorien der legis latae läßt sich über diese Entscheidung nicht streiten.

Der Vollständigkeit halber sei bemerkt, daß Sueda: Bensch-Samml. 3, 183 dem Urteil zustimmt.

RA. Dr. Ruscheweyh, Hamburg.

Zu 2 u. 4. Beide Urteile befassen sich mit der Auslegung einer unzweifelhaft an zahlreichen Stellen des gesetzlichen und des rechtsvereinbarten Arbeitsrechts spürbaren Norm etwa des Inhalts: daß bei Arbeitskämpfen die Wirkung der sozialpolitischen Schutzbestimmungen suspendiert werde, soweit sie einer Partei nützen

die wegweisend für die erstehende Systematik des deutschen Arbeitsrechts sind. Das ArbG. entwickelt den Begriff des Betriebes in dieser Entscheidung auf dem auch sonst schon eingeschlagenen Wege fort. Der Betrieb ist allen persönlich daran Beteiligten ebenso wie dem die Lebensformen kritisch beurteilenden Juristen und Gesetzgeber eine bekannte Funktion des Wirtschaftslebens. Diese Funktion hat bisher, mit einigen ganz wenigen Ausnahmen, etwa im BetrRG., noch keinen gesetzgeberischen Niederschlag gefunden. Es ist im wesentlichen vorerst die Aufgabe der Rechtsprechung allein, die für diese Funktion entscheidenden Rechtsätze zu finden und auszubilden. Es darf darauf hingewiesen werden, daß die Folgerungen, die die vom ArbG. festgestellte Betriebsverbundenheit für die davon Betroffenen hat, keineswegs einseitig etwa zugunsten der Arbeitgeber oder zugunsten der Arbeitnehmer gezogen werden können und dürfen. Die

könne und ihm aus diesem Gesichtspunkt die Bezahlung des Lohns für die Freizeit nicht verweigert werden dürfe. Im Anschluß daran lehnt es den von der Behl. gegen ihre Zahlungspflicht gemachten Einwand ab, daß es sich, wie der Wortlaut des diesbezüglichen Anschlages erkennen lasse, bei der Kündigung des Kl. nicht um eine „echte“ Kündigung mit dem Ziele der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sondern um eine „unechte“ Kündigung gehandelt habe, um die Arbeitnehmerorganisationen zur Rücknahme ihrer Kampfmaßnahmen zu veranlassen. Es zieht dann den § 616 BGB. heran, der in zulässiger Weise durch die von den hierfür zuständigen Organisationen vereinbarte ArbD. ersetzt sei, und meint im Zusammenhang damit, der erhobene Anspruch sei nur dann begründet, wenn er sich auf § 14 Abs. III d. a. O. stützen könne, verneint schließlich aber im Wege der Auslegung dieser Vorschrift die Berechtigung der Klageforderung, da bei Schaffung des § 14 III d. a. O. beide Vertragsteile nur an die Fälle der Kündigung außerhalb des Wirtschaftskampfes gedacht hätten und ihn nicht auf die Fälle der Kündigung während des Wirtschaftskampfes ausdehnen wollen. Dies wird näher ausgeführt.

Die Rev. rügt Verletzung der §§ 629, 616 BGB. und des § 14 der oben bezeichneten ArbD.; ihr ist ein Erfolg nicht zu versagen.

Die „ArbD.“, um die es sich hier handelt, ist nicht eine ArbD. in dem üblichen, einer Betriebsvereinbarung gleichzustellenden Sinn, welche nur die besonderen Arbeitsbedingungen in einem einzelnen Betriebe oder einer Betriebsabteilung regelt und zwischen Betriebsleitung und Betriebsvertretung abgeschlossen wird, vielmehr stellt sie sich, da sie zwischen den maßgebenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen der Metallindustrie eines bestimmten Kreises mit Geltung für die daran beteiligten Betriebe vereinbart ist und in ihr Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen in der Metallindustrie dieses Bezirks geregelt sind, als ein (Bezirks-) Tarifvertrag dar. Insbes. handelt es sich bei dem für den vorliegenden Streitfall in Frage kommenden § 14 ArbD. um eine die Regelung der einzelnen Arbeitsverträge betreffende Bestimmung. Ob sie von dem BG. richtig oder unrichtig angewendet worden ist, unterliegt der Nachprüfung in der Rev.JurSt. (§ 73 Abs. 1 ArbGG.; NrArbG. I, 129).

Bei dieser Nachprüfung ist zunächst festzustellen, daß das B. im Eingang der Entscheidungsgründe den Anspruch auf Gewährung freier Zeit zum Auffuchen anderer Arbeit auch im Falle der Kündigung während eines Wirtschaftskampfes auf Grund des § 629 BGB., welcher durch § 14 Abs. III d. ArbD. bestätigt sei, bejaht, mit dem Hinweis, „daß aus diesem Gesichtspunkte die Bezahlung des Lohnes nicht verweigert werden“ könne. Am Schluß der Entscheidungsgründe wird dagegen in Auslegung des § 14 Abs. III d. ArbD. der Anspruch auf Bezahlung des Lohnes für die gewährte Freizeit abgelehnt. Ob und inwieweit hierin ein Widerspruch liegt, kann dahingestellt bleiben, denn die Ablehnung entbehrt in jedem Falle der Berechtigung. Ihr steht einerseits der klare Wortlaut dieser tarifvertraglichen Bestimmung entgegen, welcher in unmißverständlicher Weise zum Ausdruck bringt, daß veräumte Arbeitszeit bei Kündigung durch den Arbeitgeber zur Auffuchung neuer Arbeit zweimal vier Stunden bezahlt wird. Für eine Auslegung ist daher an sich überhaupt kein Raum (vgl. RG. 95, 126). Sie ist insbes. nicht durch die vom BG. mit Recht als „dem Gesetz fremd“ und „für den einzelnen Arbeit-

nehmer belanglos“ gekennzeichnete Unterscheidung zwischen „echter“ und „unechter“ Kündigung veranlaßt. Andererseits steht, auch wenn man den § 14 Abs. III d. ArbD. für auslegungsfähig hält, die ihm vom BG. gegebene Auslegung mit den gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB. insofern nicht im Einklang, als sie die Entscheidung darüber, ob der Klagenanspruch durch diese Bestimmung getragen wird, lediglich darauf abstellt, daß die Vertragsschließenden bei ihrer Schaffung nur an die Fälle der Kündigung außerhalb des Wirtschaftskampfes gedacht hätten, sie aber nicht auch auf die Fälle der Kündigung während des Wirtschaftskampfes hätten ausdehnen wollen. Wie das RG. in ständiger Rspr. erkannt hat, ist nicht der innere Wille des Erklärenden, sein Beweggrund, ausschlaggebend, sondern der erklärte Wille, und bei seiner Auslegung unter Berücksichtigung des ganzen Zusammenhangs, insbes. des Gesamtverhaltens der Parteien und des wirtschaftlichen Zwecks des Rechtsgeschäfts zu ermitteln, wie die Beteiligten ihre Erklärungen nach allgemeinem, im Verkehr zwischen billig denkenden Menschen herrschenden Anschauungen zu verstehen berechtigt sind (vgl. u. a. RG. 119, 25). Diesen Erfordernissen einer sachgemäßen Auslegung, welche auch das NrArbG. für notwendig erachtet, wird durch die vom BG. vorgenommene bloße Feststellung allgemeiner Erfahrungstatsachen, die überdies keineswegs zweifellos frei erscheinen, nicht genügt. Ein Nachweis über das Verhalten der Vertragsschließenden bei dem Zustandekommen des § 14 Abs. III d. ArbD. fehlt. Dazu kommt, daß diese Bestimmung, wenn sie die ihr vom BG. gegebene beschränkte Tragweite hätte, ungültig wäre. Denn ihr stände die zwingende Vorschrift des § 629 BGB. i. Verb. m. der — für sich allein betrachtet, allerdings durch Parteivereinbarung abänderlichen — Vorschrift des § 616 BGB. entgegen, wonach der zur Dienstleistung verpflichtete des Anspruchs auf die Vergütung nicht verlustig geht, wenn er — wie hier — für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Es wäre mit Treu und Glauben im Verkehr nicht zu vereinbaren, dem zur Beschaffung des Lebensunterhalts auf seine Arbeitskraft angewiesenen Arbeitnehmer, nachdem ihm in § 629 BGB. ein Recht auf Urlaub zum Auffuchen anderer Arbeit ohne Rücksicht darauf gewährt ist, ob er oder der Arbeitgeber gekündigt hat, den Anspruch auf Vergütung gem. § 616 a. O. gerade dann zu versagen, wenn die ohne sein Verschulden vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung ihn zwingt, von dem gesetzlichen Urlaubsrecht Gebrauch zu machen, um nicht arbeitslos zu werden. Darauf aber läuft die Auslegung des BetrN. hinaus; sie entspricht mithin nicht einmal der Billigkeit.

(NrArbG., Ur. v. 2. Mai 1928, RAG 4/28. — Elberfeld.) [B.]

\*

3. § 35 BetrNG. Für die durch Betriebsratsgeschäfte veräumte Zeit kann das Betriebsratsmitglied nicht nur den Stundenlohn, sondern den Akkordlohn beanspruchen, den er in dieser Zeit voraussichtlich verdient haben würde. †)

Unter den Parteien ist lediglich streitig, ob der Kl. für die durch seine Tätigkeit als Betriebsratsmitglied veräumte Arbeitszeit am 14. Okt. 1927 Zahlung desjenigen Akkordlohnes ver-

oder schaden können und es allein auf die eigene Kraft der Beteiligten ankommen dürfte.

Es handelt sich darum, ob bei einer Massenkündigung anlässlich geplanter Aussperrung den Arbeitnehmern nach § 629 BGB. Zeit zum Auffuchen anderer Arbeit ohne Lohnabzug zu gewähren ist und ob die Betriebsvertretung ihren Kündigungsschutz behält.

Beide Fragen bejaht das NrArbG. mit Recht, denn in beiden Fällen handelt es sich um echte Kündigungen, die ernst gemeint sind. Der Arbeitgeber will vertragsfrei werden. Andererseits ist wirtschaftlich die Stilllegung nicht ernst gemeint, d. h. der Arbeitgeber stellt die Warenerzeugung nicht in der ernstlichen Absicht ein, auf die Weiterverfolgung des bisherigen gemeinsamen Betriebszweckes dauernd oder zu einem seiner Dauer nach unbestimmten, wirtschaftlich nicht unbedeutenden Zeitraum zu verzichten. Ob eine Kündigung später durch schlüssiges Verhalten oder eine ausdrückliche Friedensklausel, etwa: daß „Arbeitsverhältnis gilt als nicht unterbrochen“ als eine unechte erscheinen kann, d. h. ob die Parteien das Verhältnis so betrachten wollen, „als ob“ es nicht unterbrochen wäre, ist eine Sache der Disposition der freien oder durch kollektive Vorgänge entstandenen Vertragswillen. Den Arbeitgeber wegen der Frage der Entlassung der Mitglieder der Betriebsvertretung auf den Weg des § 97 BetrNG. zu verweisen, halte ich allerdings für sachlich nicht unbedenklich, obwohl der Weg formell offen steht. Denn bei der Entscheidung über den Antrag auf Freisetzung der Zustimmung wird das ArbG. geradezu in den Zwang versetzt, sich ein Urteil über den Arbeitskampf selbst zu bilden, wenn nicht — was eben abgelehnt werden muß — die Tatsache der Aussperrung als solche den Grund zur Zustimmung geben soll.

Vielmehr kann nur der § 96 Ziff. 2 helfen. Wird aus der Aussperrung eine echte Stilllegung, so tritt der Schutz außer Kraft. Solange aber noch kein ernstlicher Wille zur Stilllegung wirtschaft-

lich gegeben ist, d. h. solange der Arbeitgeber die Warenerzeugung unterbrechen, aber nicht einstellen will, soll der Betriebsrat im Amt bleiben. Gerade dann wird er besonders nützlich i. S. von § 66 Ziff. 3 BetrNG. wirken können, wovon bei normalen Verhältnissen gerade auch der Arbeitgeber in Verfolg der Verhandlungen über das Aufhören der Unterbrechung Nutzen ziehen wird. Die ihm daraus entstehenden Lasten sind in aller Regel auch ganz unbedeutend im Verhältnis zu den sonst von ihm aufgewendeten Kosten für die Durchführung des Arbeitskampfes.

Was das Urteil R 18 anlangt, so ist in zutreffender Weise das Recht aus § 629 als ein absolutes, nicht von irgendwelchen Besonderheiten der Wirtschaftslage abhängiges Recht des Arbeitnehmers festgestellt, das zu den Gegenwerten gehört, die ihm der Arbeitgeber für seine Arbeitsleistung schuldet.

Der Fall liegt ganz ähnlich wie die vom RG. am 13. Aug. 1929 (RSB. 1929, 192) entschiedene Frage, daß dem Arbeitnehmer der Urlaub zusteht, auch wenn er selbst kündigt oder wegen Verfehlungen striflos entlassen wird.

Die Fragen sind beide unter allen Umständen zu bejahen. Es spukt immer noch das Gefühl, daß diese „Vergünstigungen“ irgendwelchen charitativen Charakter hätten und also vom „Wohlfverhalten“ des Arbeiters abhängig wären.

Methodisch interessant ist in dem Urteil noch folgendes: Die Revisibilität der Tarifnormen ist aus ihrem Gesetzescharakter abgeleitet. Für die Auslegung werden erneut die Vorschriften der §§ 133, 157 BGB. für Verträge festgelegt. Auf diese Besonderheiten kann gerade gegenüber nicht spezial im Arbeitsrecht tätigen Juristen nicht nachdrücklich genug hingewiesen werden.

ArbGDir. Dr. Hannes Kaufmann, Hamburg.

Zu 3. § 35 BetrNG. will die reibungslose Durchführung des BetrNG. sichern. Um die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der

langen kann, der an diesem Tage für die veräumte Arbeitszeit im Durchschnitt auf jeden Mann seiner Akkordgruppe entfallen ist oder ob er sich mit dem geringeren Zeitfahrlaherfundenlohn begnügen muß. Das BG. hat, von der Bestimmung des § 35 Satz 2 BetrMG. ausgehend, daß notwendige Veräumnis von Arbeitszeit eine Minderung der Entlohnung nicht zur Folge haben dürfe, und in der Erwägung, daß der Kl., wenn er an der Arbeit teilgenommen hätte, voraussichtlich denjenigen Betrag verdient haben würde, der an dem in Frage kommenden Tage auf jeden Mann seiner Akkordgruppe entfallen ist, angenommen, daß der Kl. für die veräumte Arbeitszeit Anspruch auf den Akkordlohn hat. Diese Auffassung wird von der Revision zu Unrecht als rechtsirrig bekämpft. Nach § 35 BetrMG. soll das Betriebsratsmitglied, da es seine Pflichten ehrenamtlich erfüllt, auf der einen Seite keinen Vorteil durch die Ausübung dieser Tätigkeit haben, auf der anderen Seite aber auch keinen Nachteil dadurch erleiden, vielmehr den Anspruch auf den gleichen Arbeitslohn haben, den es gehabt haben würde, wenn es während der in Frage kommenden Zeit gearbeitet hätte. Mit aboluter Genauigkeit wird sich die Höhe des Lohnes, den der Kl. verdient haben würde, naturgemäß nicht errechnen lassen. Man wird aber der Wirklichkeit am nächsten kommen, wenn man entweder den Verdienst am Vortage zugrunde legt, sofern die Verhältnisse, unter denen das Betriebsratsmitglied an dem in Frage kommenden Tage gearbeitet haben würde, die gleichen geblieben sind, oder wenn man den Verdienst der Akkordgruppe an dem in Frage kommenden Tag selbst zugrunde legt oder unter Umständen beide Maßstäbe miteinander verbindet. Im vorliegenden Falle hat das ArbG. den Verdienst zugrunde gelegt, den die Akkordgruppe an dem in Frage kommenden Tag gehabt hat, und angenommen, daß der Kl. an diesem Tage den gleichen Verdienst gehabt haben würde, wenn er in der Kolonne mitgearbeitet haben würde. Die Bekl. hat auch selbst nicht geltend gemacht, daß etwa infolge des Ausfalles des Kl. an diesem Tage entweder ohne Zuziehung eines Ersatzmannes die Leistung der Arbeitskolonne besonders hoch gewesen sei oder daß infolge der Zuziehung eines Ersatzmannes die Leistung eine höhere geworden sei, als wenn der Kl. mitgearbeitet hätte. Die Zahlung des reinen Zeitlohnes, wie sie von der Revision erstrebt wird, würde vorliegend zu einer nach § 35 BetrMG. unzulässigen Benachteiligung des Kl. führen. Denn unbestritten betrug der Zeitlohn nur 0,65 M für die Stunde, während auf die der Akkordgruppe des Kl. angehörigen Arbeiter an dem in Frage kommenden Tage ein Akkordlohn von 1,25 M für die Stunde entfallen ist und nach der einwandfrei getroffenen tatsächlichen Feststellung des ArbG. auch der Kl. diesen Lohn verdient haben würde. Es kommt nicht, wie die Revision meint, darauf an, einen allgemeinen Wertmesser zugrunde zu legen, um ein Entgelt zu finden, damit eine Minderung der Entlohnung i. S. des § 35 BetrMG. nicht stattfindet. Es hängt vielmehr, wie das BG. mit Recht angenommen hat, von der Lage des Einzelfalles ab, ob und in welcher Höhe die Entlohnung des Betriebsratsmitgliedes zu bemessen ist, so daß eine Benachteiligung nicht stattfindet. Es mag sein, daß diese Bemessung unter Umständen im Einzelfalle auf Schwierigkeiten stoßen wird; indessen sind diese Schwierigkeiten nicht unüberwindlich, insbes. geben die Arbeitsverhältnisse beim Gruppenakkord genügend Anhaltspunkte, um der Lage des Einzelfalles

Betriebsratsmitglieder zu gewährleisten, sollen diese ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt verwalten. Vorteile irgendwelcher Art dürfen ihnen durch ihr Amt nicht erwachsen, jedoch sollen sie dadurch auch nicht irgendwie benachteiligt werden. Daher darf notwendige Veräumnis von Arbeitszeit nicht zur Minderung der Entlohnung oder Gehaltszahlung führen. Nur so ist gewährleistet, daß für die Zwecke des BetrMG. alle Arbeitnehmer, also auch die, die einen Verdienstaussfall nicht tragen können und wollen, zur Verfügung stehen.

Wenn aber ein Betriebsratsmitglied, das durch die Ausübung seines Amtes Arbeit hat veräumen müssen, gestrichelt so gestellt werden muß, als wenn es gearbeitet hätte, so ist es nur folgerichtig, daß das ArbG. dem Betriebsratsmitglied, das in Akkord arbeitet, für die Zeit der notwendigen Arbeitsveräumnis nicht den Stundenlohn, sondern den Akkordlohn zubilligt, den es in dieser Zeit voraussichtlich verdient haben würde (ebenso Flattow, Anm. 6 zu § 35 BetrMG.). Zwar schwankt dieser vor Fall zu Fall, jedoch kann das zu Bedenken keinen Anlaß geben. Die Ermittlung des voraussichtlich verdienten Lohnes wird in der Praxis nur in den seltensten Fällen auf Schwierigkeiten stoßen. Jedenfalls wird die Vereinbarung einer in jedem Fall gleichbleibenden Vergütung, die allein diese praktischen Schwierigkeiten aus dem Wege räumen könnte, in Übereinkunft mit der Rpr. des ArbG. (ArbG. v. 8. Febr. 1928: JW. 1928, 1613) als nichtig angesehen werden müssen (§ 33 Abs. 3 BetrMG.). Es bleibt also kein anderer Weg, als von Fall zu Fall die Höhe des Verdienstes, den das Betriebsratsmitglied durch notwendige Arbeitsveräumnis einbüßt, festzustellen.

Richter Dr. Hans Romeiß, Hamburg.

Rechnung tragende tatsächliche Feststellungen zu treffen, wie dies durch das BG. in rechtlich nicht zu beanstandender Weise geschehen ist.

(ArbG., Ur. v. 10. Aug. 1928, RAG. 76/28. Elberfeld.) [B.]

\*

**\*\*4. § 96 BetrMG.** Die „Veretzung in einen anderen Betrieb“ i. S. § 96 ist eine solche, die nach dem Arbeitsvertrage ohne Kündigung erfolgen kann. Die Anwendung des § 96 ist nicht grundsätzlich bei Gesamtkündigung der Belegschaft zu Zwecken des Wirtschaftskampfes ausgeschaltet. Erst mit dem Eintritt der Stilllegung kann ebenfalls die bis dahin unwirksame Kündigung die Kündigungsfrist in Lauf setzen. †)

Das Werk der Bekl. hat drei Abteilungen. In der ersten werden Schrauben hergestellt, in der zweiten Söhleröhren, in der dritten sogenannte Teeks. Die dritte Abteilung war bis zu den streitigen Vorgängen die Hauptabteilung des Betriebs. In ihr arbeiteten die Kl., die Mitglieder des Betriebsrats der Bekl. waren. Die Kl., ebenso wie die übrige Arbeiterbelegschaft aller drei Abteilungen, hatten 14 tägige Kündigung. Am 9. Juli 1927 schlug die Bekl. am schwarzen Brett eine Bekanntmachung folgenden Wortlauts an:

„Wir kündigen hiermit der gesamten Belegschaft zu Samstag, den 23. Juli 1927.

Es handelt sich bei der Kündigung nur um eine Formsache in der Absicht, ein anderes Arbeitsverhältnis bezüglich der Kündigung nach Ablauf der obigen Frist herzustellen. Wir werden diesbezüglich im Lauf der nächsten Woche mit dem Betriebsrat bzw. Obmann deselben verhandeln.“

Solche Verhandlungen fanden am 23. Juli statt, sie waren aber ergebnislos. Am 24. Juli schickte daraufhin die Bekl. der gesamten Arbeiterschaft, auch den Kl., nicht aber den Angestellten, die Entlassungspapiere und ließ ihnen den Restlohn auszahlen.

1. Die Bekl. rügt, daß der VerN. die Zustimmung der Betriebsvertretung zur Kündigung der Kl. erfordert habe, obwohl die Kündigung nicht zum Zweck der Entlassung, sondern nur mit dem Ziele der Vertragsänderung erfolgt sei. Das ArbG. hat schon in dem Ur. v. 19. Mai 1928, 23/28 (ArbG. 2, 28), dargelegt, daß diese Unterscheidung i. S. des § 96 BetrMG. grundlos ist.

Die Kündigung kann eine andere Wirkung als die der rechtlich vollkommenen Lösung des Vertrages nicht haben, weil zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter neuen Bedingungen der Vertragswille auch des anderen gehört. Daß dieser im bürgerlichen Recht anerkannte Kündigungsbegriff § 96 BetrMG. nicht zugrunde gelegt, sondern ein Schutz des Arbeitnehmers nur hinsichtlich seines „Arbeitsplatzes“ bestimmt sei, würde, wie die angeführte Entsch. des ArbG. dargelegt hat, mit dem Zweck des § 96 in Widerspruch stehen. Es ist insbesondere nicht haltbar, wenn die Rev. darauf, daß § 96 die Zustimmung der Betriebsvertretung auch für den Fall der Veretzung in einen anderen Betrieb fordert, entnimmt, daß neben der Kündigung zwecks Entlassung die Kündigung zwecks Veretzung gestellt, also eine Kündigung mit anderen Zielen als dem der Entlassung grundsätzlich anerkannt und bis auf den Fall der Veretzung der Anwendung des § 96 BetrMG. entzogen sei. Wenn § 96 die Veretzung in einen anderen Betrieb (des gleichen Arbeitgebers) nennt, so setzt er voraus, daß diese Veretzung nach dem Arbeitsvertrag ohne Kündigung erfolgen darf und verlangt die Zustimmung der Betriebsvertretung trotzdem, um die für den bisherigen Betrieb begründete Amtsstellung gegen Eingriffe zu sichern. Für Fälle der Kündigung aber ist die Zustimmung der Betriebsvertretung durchweg erforderlich, soweit nicht ein Fall des § 96 Abs. 2 BetrMG. vorliegt.

2. . . .

3. Die Bekl. und Rev. hat in der Revisionsverhandlung geltend gemacht, daß sie den Betrieb zum Zwecke des Wirtschaftskampfes stillgelegt habe und deshalb weder die Kündigungsbeschränkungen der StilllegVO. nach § 6 b dort noch das Erfordernis der Zustimmung nach § 96 Abs. 2 befünden.

Dieser Ausführung steht entgegen, daß nach der Feststellung des VerN. die Bekl. bei der Kündigung v. 8. Juli und in der nächsten Folge eine Stilllegung des Betriebs nicht beabsichtigt hat. Die Anwendung der StilllegVO., die die Stilllegung als von dem Arbeitgeber gewollte Maßnahme ins Auge faßt (RG.: JW. 1928, 139; ArbG. 1, 257), kommt deshalb weder zu Lasten noch zu Gunsten der Bekl. in Anwendung.

Die Anwendung des § 96 BetrMG. will die Rev. mit einer in Schrifttum und Rpr. verbreiteten Meinung grundsätzlich ausschließen, wenn sie an die Betriebsvertreter verbunden mit der Kündigung an die Gesamtbelegschaft zu Zwecken des Wirtschaftskampfes erfolgt. Die von der Rev. hervorgehobenen technischen Schwierigkeiten der Betragung der Betriebsvertretung, wenn die Kündigung alle Mitglieder der Vertretung betrifft, sind offenbar durch getrennte Abstimmungen überwindbar und bestehen nicht

minder, wenn ohne Kündigung an die übrige Belegschaft, gerade allen Mitgliedern der Betriebsvertretung gekündigt wird.

Es kann aber, ohne Erschütterung der Grundlage des BetrVG, nicht vertreten werden, daß es auch in diesem Falle der Zustimmung nach § 96 BetrVG, nicht bedarf.

Das gleiche gilt für die von der Bekl. in der Revisionsverhandlung betonte Einstellung der Betriebsvertretung im Falle jedes Wirtschaftskampfes, die eine objektive Prüfung des Antrags auf Zustimmung erschwere oder hindere. Schon das Ur. des ArbG. in dieser Sache hat die Bekl. zutreffend auf den Weg des § 97 BetrVG. hingewiesen, der auch im Falle der Aussperrung durchaus gangbar und dem Arbeitgeber zumutbar ist.

Ebenso wenig bestehen durchgreifende innere Gründe dafür, die Geltung des § 96 BetrVG. für den Fall der Aussperrung auszusprechen.

Soweit die Gesamtkündigung dazu führt, daß der Betrieb auf längere Dauer ohne Belegschaft bleibt, kann ungleich dem erörterten Stilllegungsbegriff in der StillegWd. diese ungewollt durch den Wirtschaftskampf eingetretene Tatsache des Stilllegens die Voraussetzung des § 96 Abs. 2 Ziff. 2 BetrVG. erfüllen. Aber es kann auch Gesamtentlassungen geben, die eine Betriebsstilllegung nicht mit sich bringen, wenn nämlich die Belegschaft gewechselt wird. Wenn bei solchen Maßnahmen des Wirtschaftskampfes der grundsätzlich gegen Kündigung gesicherte Arbeitnehmer das Los der übrigen Belegschaft teilen soll, so kann das aus dem Gesichtspunkt der Einheit der Arbeiterschaft im Wirtschaftskampfe (ArbG. 1, 171 ffg.) gelten, wenn der Schutz nur als Individualschutz der Person oder wenn er um der entlassenen Belegschaft willen gegeben ist.

Den Zwecken des § 96 Abs. 2 BetrVG. wird das nicht gerecht. Das Betriebsratsmitglied ist in seiner Stellung geschützt, um vom Arbeitnehmerstandpunkt aus, aber auch als Vertreter der „Betriebs- und Produktionsgemeinschaft“ (RG. 113, 78 = JW. 1928, 1933) im Interesse des Betriebes selbst seine gesetzlichen Befugnisse des Arbeiterschutzes, der Mitwirkung bei der Arbeiterrichtung, des Rats in der Betriebsleitung, der Hilfe gegen Betriebsgefahren nach Maßgabe der §§ 60 ff. BetrVG. auszuüben und (§ 63) in der Wahrnehmung dieser Aufgaben das Gesamtinteresse zu schützen.

Mit diesem Amtszweck ist es nicht verträglich, in die Bestimmung des § 96 die in ihm nicht ausgedrückte Bedingung und Maßgabe hineinzutragen, daß die Sicherung in allen Fällen versagt, wo die Kündigung alle Arbeiter des Betriebes oder der Betriebsabteilung betrifft.

4. Wie schon hervorgehoben, ist es eine andere Frage, ob das durch den Wirtschaftskampf etwa eingetretene tatsächliche Stillliegen des Betriebes den Tatbestand der Ausnahme zu § 96 Abs. 2 Ziff. 2 BetrVG. erfüllt.

Der VerN. meint, daß es auch nach dem 23. Juli nicht zu einer Betriebsstilllegung, sondern nur zu einer vorübergehenden Betriebszeinschränkung gekommen sei, da die Angestelltenschaft nicht entlassen war, in den Abteilungen für Schrauben und Socken schon vor dem 10. Aug. nach und nach 4 bis 5 Leute wieder angenommen worden seien und da die Eigenschaft der Teeks-Abteilung als einer selbständigen Betriebsabteilung nicht genügend dargelegt sei. Wenn, worüber die Schriftsätze und die Verhandlung sich nicht verbreitet hätten, in einem gemeinschaftlichen Fabrikraum Maschinen zur Herstellung verschiedener Artikel stünden und dann die Maschinen zur Herstellung eines bestimmten Artikels außer Betrieb gesetzt würden, weil dieser Artikel nicht mehr hergestellt werden sollte, so sei das nur Einschränkung, nicht Stilllegung des Betriebes, auch wenn gerade dieser Artikel einen erheblichen Teil der Erzeugung ausmache.

Es ist der Rev. zuzugeben, daß diese Darlegung eine hinreichende Klarheit darin, was der VerN. unter einer selbständigen Betriebsabteilung positiv versteht und weshalb er deren Merkmal in dem vorl. Fall verneint, nicht gibt und die Annahme eines Rechtsirrtums in diesem Punkte nahelegt.

Dennoch zwingt dieser Mangel der Begründung zu einer Aufhebung des angefochtenen Ur. nicht.

Nach den Feststellungen des VerN. und insoweit auch nach der Darstellung der Bekl. ist eine Stilllegung jedenfalls vor dem 23. Juli nicht unternommen, erst am 24. Juli haben die Arbeiter ihre Entlassungspapiere erhalten, noch danach haben Verhandlungen stattgefunden, hat die Bekl. Arbeiter wiederzugewinnen und durch Inferieren zu werben versucht und hat allmählich auch einige Arbeiter wieder angenommen.

Wenn aus diesen grundlegenden Feststellungen der Vorderrichter entnimmt, daß eine Betriebsstilllegung nicht vorgelegen habe, so ist das für die erste Zeit, in der die Vorgänge spielen, eine tatsächliche Feststellung des Inhalts, daß nach den Umständen jener Zeit, insbes. den damaligen Absichten der Bekl. mit einer längeren Dauer der Arbeitsruhe in ihrem Betrieb nicht zu rechnen war.

Damit ist aber der Zustand des Stilllegens, mag auch die für die spätere Zeit aus diesen Vorgängen gezogene Rechtsfolgerung zu beanstanden sein, für die erste, bis zum 10. Aug. zu rechnende Zeit in tatsächlicher Begründung, für die Rev. nicht anfechtbar, verneint.

5. Erst mit dem Eintritt der Stilllegung konnte aber die bis dahin mangels Zustimmung der Betriebsvertretung unwirksame Kündigung die 14-tägige Kündigungsfrist in Lauf setzen.

Es rechtfertigt sich nicht, auf diesen Fall die Grundsätze anzuwenden, die für den Fall, daß die Zustimmung der Betriebsvertretung der Kündigung nachfolgt oder daß das ArbG. deren Zustimmung erhebt, überwiegend, und auch in der Rpr. des ArbG. (NArbG. 1, 151 ffg.) vertreten werden. Denn es handelt sich im Falle des späteren Einsetzens der Stilllegung nicht um die bloße Ergänzung einer Willenserklärung durch Zustimmung, sondern es liegt eine sachliche Änderung der Rechtslage vor, die entweder eine erneute Kündigung fordert oder zum mindesten die Wirkung der ausgesprochenen Kündigung und damit den Lauf der Kündigungsfrist erst in diesem Zeitpunkt, dem Beginn der Stilllegung, anfangen läßt.

Es hat deshalb der VerN., im Ergebnis zutreffend, verneint, daß den Kl. der noch allein den Gegenstand des Rechtsstreits bildende Anspruch auf Lohn für 4 Wochen seit dem 23. Juli 1927 durch die Kündigung zum 23. Juli verlorengegangen sei.

(NArbG., Ur. v. 24. Okt. 1928, RAG 27/28. — Elberfeld.) [A.]

\*

\*\* 5. § 123 Abs. 1 Nr. 3 GewD. Zum Begriff der „beharrlichen Weigerung“. Besteht eine Vereinbarung, wonach Überstunden innerhalb zwei Wochen abgefieert werden dürfen, so kann der Arbeitnehmer nicht dadurch, daß er bis zum vorletzten Tage mit der Geltendmachung wartet, den Zeitpunkt des Abfeierns selbst bestimmen. f)

Der Kl., der im Betrieb der Bekl. tätig und Mitglied des Betriebsrates war, hat am 11. Sept. 1927, einem Sonntage, neun Überstunden geleistet. Am 23. Sept. trat er an seinen Meister heran mit dem Ersuchen, diese Überstunden am 24. Sept. „abfeiern“ zu dürfen. Der Meister lehnte dies ab. Kl. erschien trotzdem am 24. Sept. nicht zur Arbeit. Er berief sich auf eine angebliche Betriebsvereinbarung, wonach über die tarifvertragliche Arbeitszeit von 54 Stunden wöchentlich hinaus geleistete Arbeitsstunden in derselben oder spätestens in der nächsten Woche „abzufieiern“ seien. Die Bekl. hat ihn fristlos entlassen.

Das ArbG. hat angenommen, daß eine Betriebsvereinbarung des von dem Kl. behaupteten Inhalts abgeschlossen gewesen sei, wonach Überstunden in derselben oder spätestens in der folgenden Woche abgefieert werden wollten. Die am 11. Sept. geleisteten Überstunden habe Kl. spätestens am 24. Sept. abfeiern können. Seinem Ersuchen habe die Bekl., wenn sie nicht vertragswidrig habe handeln wollen, stattgeben müssen. Möge auch der Standpunkt der Bekl., daß sie den Zeitpunkt des Abfeierns unter Verdrächtigung der Betriebsverhältnisse zu bestimmen habe, richtig sein, so sei für ihn doch hier kein Raum, da der 24. Sept. der letzte Tag für das Abfeiern gewesen sei und Kl. es nach diesem Zeitpunkt nicht mehr habe beanspruchen können. Zur Wahrung seiner Rechte habe Kl. also auf den 24. Sept. bestehen müssen. Habe er aber ein Recht gehabt, so sei er nicht un-

Zu 5. Der in der Überschrift zur Entsch. gegebene Grundsatz ist von weittragender Bedeutung. Es ist zu wünschen, daß er möglichst bald jedem Arbeitgeber und jedem Arbeitnehmer bekannt wird. Der Grundsatz ist richtig. Ebenso wenig wie es einem Arbeitnehmer zusteht, zu bestimmen, wann er seinen vertraglich zugesicherten Urlaub anreten will, ebenso wenig kann dies Recht dann gegeben sein, wenn der Arbeitnehmer Überstunden abfeiern darf. Der einzelne Arbeitnehmer kann nicht übersehen, wann sein Fehlen am wenigsten stört, ganz abgesehen davon, daß ein gleichzeitiges Fehlen mehrerer den Betrieb lahmlegen kann. Die Betriebsverbundenheit erfordert die Bevorzugung des Betriebsinteresses. Da es sich um einen Anspruch des Arbeitnehmers handelt und der Arbeitgeber nicht wissen kann, ob der Arbeitnehmer abfeiern will, ist es Sache des letzteren, seinen Anspruch rechtzeitig geltend zu machen. Wartet er daher bis zum vorletzten Tage, so läuft er Gefahr, seinen Anspruch nicht verwirklichen zu können. Ob das Ermessen des Arbeitgebers überprüfbar ist, dazu hat das ArbG. ohne Veranlassung keine Stellung genommen. Diese Frage wird zu bejahen sein. Praktisch wird sie allerdings nur bei kleineren Betrieben werden, wo der Arbeitnehmer einen gewissen Überblick haben kann.

Im übrigen hält sich die Entsch. an die bisher zum Begriff der beharrlichen Arbeitsverweigerung vom RG. und NArbG. entwickelten Grundsätze. Schon 1881 (Reger 1, 368) hat sich das RG. auf den Standpunkt gestellt, daß eine ausdrückliche Weigerung nicht erforderlich sei. Entzieht sich der Arbeitnehmer der Wiederholung des Befehls dadurch, daß er nicht erscheint, so ist auch dann der Tatbestand des § 123 Ziff. 3 GewD. erfüllt. Hieran hält das ArbG. fest. Daß es hierbei an Mitglieder des Betriebsrats besondere Anforderungen stellt, ist nur zu billigen. Zu der Frage, ob ein entschuldigbarer Irrtum den Tatbestand des § 123 Ziff. 3 ausschließt, nimmt das ArbG. nicht Stellung, da es im Gegensatz zum ArbG. (tatsächliche Feststellung!) die tatsächlichen Voraussetzungen verneint.

RA. Dr. Garmsen, Hamburg.

befugt ferngeblieben. Auch wenn die Vereinbarung nicht bestanden habe, sei für die Anwendung des § 123 RWG. kein Raum. Denn der Betriebsratsvorsitzende habe jederzeit in der Sitzung des Betriebsrates mitgeteilt, eine solche Vereinbarung sei getroffen worden. Selbst wenn diese Mitteilung unzutreffend gewesen sein sollte, habe der Kl. der Überzeugung sein müssen, er habe ein Recht, abzufeiern. Dann habe ihn aber das Bewußtsein gefehlt, daß er unbefugt von der Arbeit fernbleibe.

Das ArbG. hält die genannte Vereinbarung durch die Beweisnahme nicht für erwiesen. Es sei aber anzunehmen, daß der Kl. auf Grund der Mitteilung des Betriebsratsvorsitzenden subjektiv an sein Recht, abzufeiern, geglaubt habe. Bei dem im Vertragsrecht herrschenden Verschuldungsprinzip könne man nicht den Satz aufstellen, daß der, der sich objektiv der Arbeitsverweigerung schuldig gemacht habe, ohne Rücksicht auf seine subjektive Auffassung die Folgen zu tragen habe. Es könne aber nicht jeder, sondern nur ein entschuldigbarer Irrtum die fristlose Entlassung ausschließen. Hierbei sei auch noch zu fragen, ob die Entschuldigbarkeit dem Arbeitgeber erkennbar sein müsse. Für den vorliegenden Fall komme es jedoch hierauf nicht an, da der Arbeitgeber habe erkennen können, worauf der Irrtum des Kl. beruht habe, und daß das Mißverständnis möglich und entschuldigbar gewesen sei. Bekl. habe also nicht sofort mit der fristlosen Entlassung einzugreifen brauchen, sie habe den Kl. dieses eine Mal feiern lassen und im übrigen für die Klarstellung der Frage Sorge tragen sollen.

Der Auffassung der Vorinstanzen konnte das ArbG. nicht beitreten, da sie der Sachlage nach keiner Richtung hin gerecht werden. Die sofortige Entlassung des Kl. ist auf Grund des § 123 Abs. 1 Nr. 3 RWG. erfolgt, und es war zunächst zu prüfen, ob der Kl. sich i. S. dieser Vorschrift beharrlich geweigert hat, den nach dem Arbeitsvertrage ihm obliegenden Verpflichtungen nachzukommen. Diese Frage ist zu bejahen.

Am 23. Sept. trat der Kl. an seinen Meister heran mit dem Ersuchen, die am 11. Sept. verfallene Überschicht am folgenden Tage, dem 24. Sept., abfeiern zu dürfen. Der hierfür zuständige Meister lehnte dieses Ansuchen ab. Damit hielt er sich in den Grenzen seiner Zuständigkeit, mutete auch dem Kl. nichts zu, wonach er nach dem Arbeitsvertrage nicht verpflichtet gewesen wäre. Trotzdem feierte der Kl. am folgenden Tage. Damit hat er seine Weigerung, den ihm nach dem Arbeitsvertrage obliegenden Verpflichtungen, nämlich zur Arbeit zu erscheinen und den Anordnungen der Betriebsleitung Folge zu leisten, klar zum Ausdruck gebracht. Seine Weigerung war auch als eine beharrliche zu erachten, wenngleich es sich nur um einen einmaligen Vorgang handelte. Denn er ist entgegen dem ausdrücklichen Verbote des Meisters am nächsten Tage von der Arbeit ferngeblieben und hat hiermit seine Willensrichtung dahin zu erkennen gegeben, daß er auf seinem Standpunkte, der Weisung des Meisters nicht zu folgen, bestehen bleiben wollte. In einer derartigen Willensäußerung und ihrer Durchführung trotz entsprechender Anordnung des Meisters liegt aber eine beharrliche Weigerung (ArbG. I, 35; RW. III 468/25 v. 19. Okt. 1926). In dieser Entsch. ist auch weiter ausgeführt, daß der Einzelarbeiter sich den Weisungen der Betriebsleitung zu fügen hat und daß es mit dem reibungslosen Fortgange eines Betriebes nicht zu vereinbaren ist, daß jeder Arbeitnehmer nach seinem Willen handelt und ihn gegenüber den gegebenen Anordnungen durchsetzt und so die Disziplin, die nun einmal in einem Betriebe herrschen muß, und mit ihr den Gang des Betriebes in Frage stellt. Diese an sich selbstverständliche Auffassung muß vor allem bei einem Mitgliede des Betriebsrates vorhanden sein, zu dessen Pflichten es mit gehört, sich für einen ordnungsmäßigen Gang des Betriebes einzusetzen. So war es auch im vorliegenden Falle durchaus unzulässig, daß der Kl. gegen den ausgesprochenen Widerspruch des Meisters selbst bestimmte, wann er abfeiern wolle, und daß er ohne Rücksicht darauf, ob dies den Fortgang des Betriebes störte oder nicht, seinen Willen durchsetzte. Ein derartiges Verhalten brauchte die Betriebsleitung nicht zu dulden: wenn sie den Kl. daraufhin fristlos entließ, war sie hierzu berechtigt. Ein Irrtum des Kl. über seine Obliegenheiten aus dem Arbeitsvertrage, über die Zuständigkeit des Meisters und über seine Verpflichtung, dessen Anordnung Folge zu leisten und am nächsten Tage zur Arbeit zu erscheinen, kommt nicht in Frage. Daß ein solcher auf seiner Seite vorliege, hat er nicht einmal behauptet.

Auf das Bestehen oder Nichtbestehen einer Betriebsvereinbarung bezug von dem Kl. behaupteten Inhaltes und seinen Glauben an ihren Bestand kommt es hiernach überhaupt nicht an. Im übrigen beurteilen die Vorinstanzen auch in dieser Hinsicht die Sachlage nicht richtig. Wenn sie bestanden hätte, hätte der Kl. einen Anspruch darauf gehabt, die verfallene Überschicht in den auf den 11. Sept. folgenden zwei Wochen abzufeiern. Den Tag, an dem er abfeiern sollte, hatte aber nicht er zu bestimmen, sondern die Betriebsleitung, ihren Anordnungen war er auch in dieser Hinsicht unterstellt. Dann war es aber — worauf die Vorinstanzen in keiner Weise eingegangen sind — seine Sache, rechtzeitig seinen Anspruch geltend zu machen, nicht aber bis zum vorletzten Tage zu warten und auf diese Art zu versuchen, den Tag des Abfeierns selbst zu bestimmen. Hätte sich der Kl. rechtzeitig mit der Betriebsleitung ins Benehmen gesetzt, so hätte sich innerhalb der zweiwöchigen Frist auch eine Klärung betreffs des Bestehens oder Nichtbestehens der Betriebsvereinbarung herbeiführen lassen.

Wenn er, ohne nach dieser Richtung einen Schritt zu tun, eigenmächtig vorging, handelte er auf eigene Gefahr und hatte die Folgen zu tragen.

(ArbG., Urk. v. 3. Nov. 1928, RAG 161, 162/28. — Hamburg.) [A.]

\*

6. § 2 TarV. v. 23. Dez. 1918. Auslegung der Allgemeinverbindlicherklärung. Räumlicher Geltungsbereich.†)

Die Parteien streiten darüber, ob die Allgemeinverbindlicherklärung des im Tatbestand bezeichneten TarV. sich auf G., den Ort der Niederlassung der Bekl., erstreckt. Das ArbG. bejaht dies, während es das ArbG. verneint. Wichtig ist, daß unter den Ortsklassen, welche zur Kennzeichnung des räumlichen Geltungsbereichs der Allgemeinverbindlicherklärung in dieser angeführt werden, G. nicht erwähnt ist. Dies allein ist jedoch für die Beantwortung der streitigen Frage nicht entscheidend. Bei der Auslegung der Verbindlicherklärung hat zwar nur der darin zum Ausdruck gelangte und für die nicht den Tarifverbänden angehörigen Personen, die Außen-seiter, erkennbare Wille den Ausschlag zu geben (ArbG. I, 348 u. 349<sup>1)</sup>). Allein die Erklärung hebt, bei der Bezeichnung des von ihr betroffenen TarV. ausdrücklich das einen Bestandteil des letzteren bildende Ortsklassenverzeichnis hervor und weist damit die Außen-seiter darauf hin, bei der Bildung ihres Urteils über die räumliche Tragweite der Erklärung auch dieses in Erwägung zu ziehen. Dem Verzeichnis wohnt nun innerhalb des TarV. die Bedeutung inne, daß es den in § 1 angegebenen Vertragsbereich ergänzt und vervollständigt. Der § 1 umschreibt — abgesehen von einer hier nicht in Betracht kommenden Abweichung — das Geltungsgebiet des TarV. in derselben Weise, wie die Allgemeinverbindlicherklärung deren Geltungsgebiet absteckt. Zu dem § 1 kommen indessen die §§ 3 u. 4 TarV. ergänzend hinzu. Der § 3 bestimmt, daß unter Rücksichtnahme auf die Unterschiede der wirtschaftlichen Verhältnisse innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs sowie auf die seit herige gewerbliche und industrielle Entwicklung fünf Ortsklassen zu bilden sind, die in dem zum Bestandteil des Vertrags erklärten Verzeichnis aufgeführt werden sollen. Der § 4 besagt, daß Vor- und Nachbarorte der Städte, soweit sie durch die Klasseneinteilung nicht erfaßt werden, mit in die gleiche Ortsklasse fallen. Diese Bestimmungen dienen in ihrer Gesamtheit und in ihrem Zusammenhang der Abgrenzung des Wirkungsbereichs des TarV. Es wäre unverständlich, wenn

Zu 6. Die Entsch. bietet nur in der Methode der Auslegung eines TarV. und seiner Allgemeinverbindlicherklärung durch den ArbG. (TarV. v. 23. Dez. 1918 i. d. Fass. v. 1. März 1928, § 2 i. Verb. m. W. v. 8. Aug. 1927) allgemeineres Interesse. Jeder TarV. hat, wie in persönlicher, zeitlicher und beruflicher, so auch in räumlicher Hinsicht seinen Geltungsbereich. Da die Allgemeinverbindlicherklärung eines TarV. nur seinen persönlichen Geltungsbereich über die Mitglieder der Tarifparteien hinaus auf die nicht organisierten Berufsangehörigen („Außen-seiter“) erstreckt, so ist insbes. der räumliche Geltungsbereich des TarV. auch für diese Außen-seiter maßgebend, falls er nicht in der Erklärung des ArbG. beschränkt ist; eine Erweiterung wäre unzulässig und unwirksam (allg. M., abw. wohl nur LG. Lübeck: JW. 1924, 863<sup>2)</sup>). Hier decken sich im wesentlichen die räumlichen Geltungsbereiche des TarV. und seiner allgemeinen Verbindlichkeit. Streitig ist nur, ob der Ort G. räumlich erfaßt ist. Mit Recht wirkt das ArbG. im Einklang mit seiner zitierten früheren Entsch. die Frage i. S. § 133 BGB. nicht auf, ob die Einbeziehung des Ortes G. dem Willen der Tarifkontrahenten und insbes. des ArbG. entspricht. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein staatlicher Hoheitsakt des ArbG. kraft gesetzlicher Delegation (RechtsD., vgl. Kaschel, ArbR., 3. Aufl., S. 45) und unterliegt in ihrer Auslegung den gleichen Grundsätzen wie jede Gesetzesnorm. Nur der aus dem Wortlaut ersichtliche, also der erklärte, und den Adressaten (Außen-seitern) aus dem Wortlaut verständliche Hoheitswille, im Zweifel der verständige, aus Wortlaut, Entstehung und Zweck zu ermittelnde Sinn ist maßgebend. Nicht anders ist es — wie ich an anderer Stelle (Hafenarbeitsrecht für Hamburg usw., S. 21 ff.) näher ausgeführt habe — bei der (normativen) Tarifsetzung. Die Tarifnormen einschließlich der Bestimmungen über ihren Geltungsbereich dienen nicht unmittelbar den Rechtsbeziehungen der Tarifkontrahenten, für die sie nur eine sekundäre (obligatorische) Funktion hinsichtlich der Durchführungs- und Friedenspflicht haben. Sie bilden vielmehr in ihrer tatsächlichen Bedeutung ein „Berufsgesetz“ eine selbständige (normative) Rechtsquelle, die ebenso wie die Gesetzesnorm von den Absichten und Wünschen ihres eigenen Urhebers gelöst, nur durch sich wirken soll, „gehalten durch eigene Kraft und Schwere, erfüllt von eigenem Sein“. Der nicht schriftlich erklärte Wille der Tarifkontrahenten kann also für die tarifliche Wirkung zumal auf die Außen-seiter niemals entscheiden. — Für die Frage der räumlichen Erfassung des Ortes G.

1) JW. 1928, 1667.



die Tarifvertragsparteien in das einen wesentlichen Teil des Vertrags bildende Ortsklassenverzeichnis Ortschaften aufgenommen hätten, die nach ihren Vertragsabsichten von dem Geltungsbereich der tariflichen Bestimmungen hätten ausgenommen sein sollen. In dem Verzeichnis ist nun an Stelle des in § 1 allein aufgeführten „Siegburg“ „Siegburg mit Hennef“ genannt. Es liegt aber, wie das ArbG. feststellt, und wie im Berufungsverfahren auch nicht mehr streitig gewesen ist, so nahe bei Hennef, daß beide Orte zusammengewachsen erscheinen. Indem daher die Allgemeinverbindlichkeitsklärung ihren Geltungsbereich in wesentlicher Übereinstimmung mit § 1 TarVertr. angibt, zugleich aber auf das Ortsklassenverzeichnis und damit wieder auf den mit diesem zusammengehörigen § 4 verweist, gibt sie in hinreichend deutlicher, für die Außensteiter verständlicher Weise zu erkennen, daß sie ihr Geltungsgebiet, übereinstimmend mit dem Geltungsbereich des TarVertr. regeln, also auch G. in dieses Gebiet einbeziehen will.

(R ArbG., Ur. v. 5. Juni 1929, RAG 634/28. — Köln.) [D.]

\*

**\*\* 7.** § 2 ff. TarVertr. Bei der Bestimmung der „Art der Arbeit“ ist die Art des Betriebes, insbesondere sein Wirtschaftsziel zur Beurteilung heranzuziehen. Dabei ist die Arbeitsleistung von Gefangenen, deren Leistung Arbeitsverträgen nicht zugrunde liegen, nicht zu berücksichtigen. Eine inhaltliche Erweiterung des Tarifvertrages steht dem Reichsarbeitsminister nicht zu. †)

Die Frage, ob das Arbeitsverhältnis der Kl. durch die Allgemeinverbindlichkeit des Druckertarifs auf Grund des § 2 TarVertr. nach der „Art der Arbeit“ unter den TarVertr. falle, behandelt der VerM. von der Grundlage aus, auf der auch die Entsch. des ArbG. v. 22. Febr. 1928: R ArbG. 1, 203; BenschSanml. II, 99 aufbaut. Es ist daran festzuhalten, daß bei Bestimmung der Art der Arbeit auch die Art des Betriebes, in dem die Arbeit geleistet wird, insbes. sein Wirtschaftsziel, zur Beurteilung heranzuziehen ist. Nur diese Anschauung des Arbeitsverhältnisses von beiden Seiten aus kann die Eignung zur gleichen tariflichen Behandlung sachgemäß würdigen.

Bei der Allgemeinverbindlichkeitsklärung ist der Bereich der Rechtsetzung des ArbM. die Ausdehnung des Geltungskreises von den Tarifbeteiligten auf die Außensteiter. Eine inhaltliche Erweiterung des TarVertr. steht ihm nicht zu.

In dem TarVertr. für Hilfsarbeiter in Buchdruckbetrieben v. 30. März 1927 sind auch die Buchdruckereibteilungen der buchdruckfremden Betriebe, also Nichttarifbeteiligter, dem TarVertr. unterworfen worden.

Daß die Tarifvereinbarung vor der Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit insoweit wirkungslos war, liegt zutage. Für die Einwirkung der Allgemeinverbindlichkeitsklärung auf den Rechtsstand wird aber die erörterte Frage nach dem Begriff „Art der Arbeit“ entscheidend.

Ist bei dieser Bestimmung auch die Art des Betriebs, in dem die Arbeit geleistet wird, wesentlich, so dienen die Festsetzungen der Tarifparteien hinsichtlich des Geltungsbereichs (Buchdruckereibteilungen fremder Betriebe) gleichzeitig der Umschreibung der „Art der Arbeit“. Tritt zu dieser Grundlage die Anordnung der All-

kommt es also, da die Allgemeinverbindlichkeitsklärung keine unmittelbare Antwort gibt, lediglich für die Feststellung des räumlichen Tarifbereichs aus den vorliegenden Bestimmungen des TarVertr. an. Hier fehlt es an Klarheit über den Gesamthalt des grundlegenden § 1 TarVertr. Wenn dort das Tarifgebiet durch einzelne Ortschaften geschlossen abgegrenzt sein sollte, so könnte dem Urteil nicht ohne weiteres beigeprägt werden. Denn dann will § 4 doch offenbar nicht den räumlichen Geltungsbereich erweiternd bestimmen, sondern nur innerhalb des durch § 1 gezogenen Tarifgebietes die Ortsklasseneinteilung durch gehaltliche Gleichstellung benachbarter, im Verzeichnis nicht ausdrücklich aufgeführter Orte ergänzen. Es hätte dann einer Prüfung bedurft, ob der Ort G. i. S. § 1 TarVertr. wegen seiner „Benachbarung“ mit dem Ort H. als zu diesem und so gemäß Ortsklassenverzeichnis als zu G. gehörig, also als räumlich erfasst zu erachten wäre. Anscheinend aber ist im § 1 der räumliche Geltungsbereich auf einzeln aufgeführte Ortschaften gleichsam sporadisch erstreckt — eine nicht gerade übliche tarifliche Maßnahme. Unter dieser Voraussetzung ist allerdings dem ArbG. auch im Ergebnis zuzustimmen, da der Ort G. dem im Ortsklassenverzeichnis aufgeführten, also tariflich erfassten Ort H. benachbart und gem. § 4 tariflich zu H. zu rechnen ist und daher in den räumlichen Geltungsbereich fällt.

Richter Dr. Jaerisch, Hamburg.

Zu 7. Die Entsch. bedeutet einen erfreulichen Fortschritt für die Behandlung einer in jedem praktischen Einzelfall überaus schwierigen zu entscheidenden Frage.

Ursprünglich hat RaskeI (Arbeitsrecht, § 6 III A 2 b Anm. 2, 3. Aufl., S. 33) für § 2 Abs. I Satz 2 TarVertr. eindeutig die Ansicht vertreten, „Arbeitsverträge, die nach der Art der

gemeinverbindlichkeit hinzu, so wird das, was der Festsetzung bisher fehlte, die Befugnis für die verbandsfremden Abteilungen abzuschließen, dem Gesetze gemäß erlegt, und der Fachkreis, den die Vereinbarung erfassen wollte, aber mangels Verbandsrechts nicht konnte, wirksam festgelegt, weil er gleichzeitig die Arbeit, die tariflich geregelt wird, umschreibt.

Die Erstreckung des TarVertr. v. 30. März 1927 auf die Kl. ist also gültig, wenn die Druckereieinrichtung, in der sie bei der Bechl. beschäftigt waren, als Buchdruckereibteilung i. S. des allgemeinverbindlichen TarVertr. aufzufassen ist. Die Revisionsrüge, daß der Vorderrichter bei seiner verneinenden Stellungnahme den Begriff der Buchdruckereibteilung i. S. des TarVertr. verkannt habe, ist aber unbegründet. Die Ausführungen des VerM., daß bei der Vermischung der Arbeitsverrichtungen der Lütenfabrikation und der Buchdruckerei nicht davon gesprochen werden könne, daß im Betriebe der Bechl. eine gesonderte, selbständige Buchdruckereibteilung vorliege, befindet sich durchaus im Einklang mit dem Ur. des ArbG. (R ArbG. 1, 203). Ein Anlaß, von der dort ausgesprochenen Auffassung abzugehen, wird durch die Ausführungen der Rev., daß die Druckereiarbeit im gesamten Betrieb im Vergleich zur Lütenfabrikation überwiegend sei, nicht gegeben.

Es zwingt aber diese Darlegung, soweit sie nicht die Tatsachfeststellung hemängelt und für den RevM. unbeachtlich ist, zur Nachprüfung, ob der Vorderrichter in zutreffenden Rechtserwägungen angenommen hat, daß der Betrieb der Bechl. im Ganzen überwiegend und entscheidend der Lütenfabrikation diene. Das ArbG. hat diese Feststellung auf der Grundlage getroffen, daß höchstens 10% der Produktion mit Firmenaufdrucken versehen würde. Dabei ist zu beachten, daß nach der Feststellung des VerM. von dieser Gesamtzeugung an Lüten der größere Teil durch Gefangenearbeit außerhalb des Betriebs hergestellt wird.

Auch abgesehen davon, daß dieser große Teil der Erzeugung dem Betriebe als solchem nicht angehört, sind Bedenken dagegen zu erheben, daß bei der Abwägung, welchem Fach ein Betrieb tarifrechtlich zuzurechnen ist, die Arbeitsleistung von Gefangenen berücksichtigt wird, deren Leistung Arbeitsverträge mit der Bechl. nicht zugrunde liegen.

Muß die Gefangenearbeit deshalb bei der Abwägung ausscheiden, so könnte zweifelhaft werden, ob bei der Vergleichung der maschinellen Einrichtung für Lütenfabrikation und für Druckerei sowie der bei diesem und jenem Arbeitsvorgang verwendeten Arbeitskräfte und Arbeitszeit das quantitative Übergewicht, das der VerM. für entscheidend hält, wirklich innerhalb des Betriebs der Lütenfabrikation zukommt.

Dennoch ist das Ergebnis des Vorderrichters zu billigen, weil die Bedienung der Lüten, mag sie auch der größere Arbeitsvorgang im Betriebe sein, doch im Wirtschaftszweck der Selbständigkeit entbehrt und nur ein Werkzeug zur Fertigung des Gesamtprodukts des Betriebsganzen, der Lüten undbeutel, ist.

Somit ist, wenn auch nicht in quantitativen Sinn der Begründung des Vorderrichters, so doch im Wirtschaftssinn die Lütenfabrikation das den Betrieb allein beherrschende und für die Frage der Fachlichkeit i. S. von § 2 TarVertr. entscheidende Moment; das um so mehr, als auch die Ausführung des Druckens, also die Arbeitsverrichtung, nicht den Qualitätsanforderungen des

Arbeit unter den TarVertr. fallen“, seien nur solche — aber auch alle solchen —, wo die Tätigkeit des Arbeitnehmers sachlich dieselbe sei wie die im tarifierten Gewerbezweig. Jeder Drucker in irgendeiner Fabrik hätte danach dem Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Buchdruckertarifs unterlegen — jeder Fabrikmaurer dem Baubetrieb usw. Ähnlich noch (unter zunehmender Begutachtung durch Hueck) LG. Berlin v. 15. März 1923: JW. 1924, 10573. Das ArbG. hat von vornherein die Ansicht vertreten, daß die „Art der Arbeit“ auch durch die Art des Betriebes bestimmt werde. Die vorliegende Entsch. unterbaut diese Begriffsbestimmung wiederum weiter und in dankenswerter Weise, indem sie darauf abstellt, was im „Wirtschaftssinn das den Betrieb allein beherrschende . . . Moment“ sei.

Nur hierauf — d. h. auf die wirtschaftliche und soziologische Funktion der Arbeit —, nicht auf ihren technischen Charakter kommt es also an, wenn die „Art der Arbeit“ im Sinne der TarVertr. bestimmt werden soll.

Im diesem Gesichtspunkt wird nunmehr unbedingt festzuhalten sein, ob schon es zweifelhaft sein mag, ob die Auslegung dem ursprünglichen Sinn des Gesetzes gerecht wird.

Nicht recht verständlich ist die scharfe Wendung des Urteils dagegen, daß Arbeitsleistung von Gefangenen bei der Prüfung der tarifrechtlichen Zugehörigkeit von Betrieben berücksichtigt werden könne. Gerade wenn der wirtschaftliche Zweck und Sinn des Betriebs festgestellt werden soll, muß es gleichgültig sein, ob Gefangene oder freie Arbeiter an den Maschinen stehen.

Daß die Gefangenen selbst nicht unter Tarif fallen, ist eine andere Frage. Aber gerade die „Fachlichkeit“ des Betriebes bleibt hiervon völlig unberührt.

ArbGDir. Dr. Hannes Kaufmann, Hamburg.

Buchdrucksens im allgemeinen folgt, sondern sich lediglich dem Zweck der Fäulenfabrikation anpaßt.

Die Ablehnung des VerN., den TarVertr. für das Hilfspersonal im Buchdruckgewerbe auf das Rechtsverhältnis der Kl. zu erstrecken, erweist sich deshalb als begründet.

(NArbG., Urtr. v. 19. Sept. 1928, RAG 71/28. — Chemnitz.) [A.]

\*

**S. § 2 Ziff. 2 ArbGG.** Trägerkolonnen im Hafen verrichten in der Regel unselbständige Arbeit. Tarifvereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten der TarVd. abgeschlossen sind, binden die Mitglieder der Tarifparteien nur im Rahmen einer von ihnen erteilten Vollmacht. Rechtsverhältnis der Träger zu dem Händlerverein und seinen Mitgliedern. †)

Die Kl. sind Getreideträger im Königsberger Hafen. Die bekl. Handelsfirma gehört dem eingetragenen Verein der Königsberger Händler mit Getreide, Saaten, Futtermitteln und Mühlenfabrikaten an. Dieser Verein hat ein „Trägeramt“ GmbH. errichtet, zu dessen Aufgabe die Bearbeitung der Beziehungen der Königsberger Getreideträger mit den Mitgliedern des genannten Vereins gehört. Die bekl. Firma gehört diesem Getreidehändlerverein an.

Die Kl. erheben Ansprüche gegen sie, weil sie am 16. Dez. 1927 aus dem Dampfer „F.“ dessen Maissladung hat löschen lassen, ohne Königsberger Träger damit zu beauftragen.

Da die aus den Kl. bestehende Arbeitskolonne, wie sie behaupten, unter den Königsberger Trägern an der Reihe gewesen wäre, diese Entladung zu bearbeiten, verlangten sie den entgangenen Arbeitsverdienst und haben auf Zahlung von 392 RM Klage erhoben.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Rev. der Kl. hatte Erfolg.

Die Kl. gehen nicht von einem Vertrag aus, der auf Arbeitsleistung gerichtet gewesen ist, sondern sie machen die bekl. verantwortlich, weil sie ihnen vertragswidrig eine Arbeit nicht übertragen habe. Für die Frage der Zuständigkeit der ArbGG. kann in Betracht kommen, ob nach den Behauptungen der Kl. 1. sie wie alle Königsberger Träger in einem beiderseitig gemeinschaftlichen Arbeitsverhältnis zu den Firmen des Vereins der Königsberger Getreidehändler stehen, oder ob 2. die Königsberger Getreidehändler entweder in ihrer Gesamtheit oder die nach dem Turnus jeweils in den Vordergrund tretende Arbeitskolonne diesen Getreidefirmen als selbständige Eigengruppen gegenüberstehen, so daß die der Trägerarbeit bedürftige Firma die Beladung oder Löschung durch immer besonderen Vertrag, wenn auch nach typischen Bedingungen vergibt.

Kann für die erste Annahme das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses als Grund der Klage nicht zweifelhaft sein, so könnte

für die zweite Möglichkeit in Frage kommen, daß es sich nicht um Vergebung einer Arbeit, sondern eines Werkserfolgs handelt.

Man wird aber für diesen Fall annehmen müssen, daß nach dem Maß der Selbständigkeit in der Verrichtung, deren Vorgang der Arbeitgeber zeitlich und sachlich wesentlich mit bestimmt, bei dem Mangel einer festen und wirtschaftlich gegründeten Unternehmerorganisation der Gruppe und nach der üblichen Einrichtung solcher Hafenkolonnen es sich nur um die Übernahme unselbständiger Arbeit mit Gruppenakkord handeln kann. Der Vertrag, der die Übertragung und Übernahme solcher Arbeit für zukünftige Fälle im voraus regelt, hat damit für die Kl. Arbeitsbeschaffung, für die Arbeitgeber Dienstbeschaffung und Dienstbereitschaft zum Gegenstand. Es ist danach ein Arbeitsvorvertrag, der nicht weniger, als der endgültige Arbeitsvertrag unter die Zuständigkeit der ArbGG. fällt, da § 2 Ziff. 2 ArbGG. auch die Ansprüche aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses ihrer Gerichtsbarkeit zuweist (i. a. VerStGB. v. 1. Okt. 1918, § 2 Anm. 14).

Zur Sache rügt die Rev., daß der VerN. nicht das Vorliegen einer Tarifvereinbarung des Sinns bejaht habe, daß die Firmen des Händlervereins alle Arbeiten der streitigen Art den Getreideträgern übertragen müßten.

Aus diesem Gesichtspunkt der Tarifvereinbarung hat der VerN. die Rechtslage auch geprüft.

Freilich konnte es sich dabei um einen Tarifvertrag i. S. der TarVd. v. 23. Dez. 1918 nicht handeln, weil die in Frage kommenden Vorgänge von 1908 und 1911 vor der Geltung des neuen Tarifrechts liegen, weil in dem streitigen Punkt die schriftlichen Niederlegungen eine Vereinbarung nicht enthalten und weil auch die Verhandlungen v. 14. Nov. 1927 zwischen dem Verein der Königsberger Händler und dem Verkehrsbüro der Transportarbeiter zum Abschluß eines schriftlichen Tarifvertrags, soweit jedenfalls der Streitpunkt in Frage kommt, nicht geführt haben.

Ob diese Vereinbarungen, wie der VerN. anscheinend annimmt, aus dem Gesichtspunkt des Vertrags zugunsten Dritter zu unmittelbaren Ansprüchen auf Übertragung von Arbeit zugunsten der jedesmal arbeitsbereiten Kolonne, und zwar gegen jede Firma des Vereins, der eine solche Arbeit erwächst, hätten führen können, bedarf der Erörterung nicht. Denn der VerN. stellt tatsächlich fest, daß bei diesen Verhandlungen der für die Arbeitgeberseite aufgetretene Kaufmann G. ausdrücklich abgelehnt habe, für alle Mitglieder des Vereins eine Verpflichtung einzugehen, sämtliche Trägerarbeiten den Königsberger Getreideträgern zuzuwenden.

Die Klage der Rev., die Arbeitgeber hätten anerkannt, daß es sich um einen richtigen Tarifvertrag gehandelt habe, geht demgegenüber fehl. Die Ausführung der Rev., wenn es sich um einen Tarifvertrag handele, so müßten beide Parteien gebunden, also auch

Zu 8. Das Urteil ist rechtlich in mehrfacher Hinsicht und vor allem rechtstatsächlich von Interesse

1. In der Zuständigkeitsprüfung befolgt das NArbG. seinen bisher gegen zahlreiche Entscheidungen der Untergerichte eingehaltenen Grundsatz (vgl. NArbG. 2, 121; BenschSamml. 2, 113; 3, 90; 5, 354; 6, 43), daß die Nichtigkeit (oder Erweislichkeit) des tatsächlichen Klagevorbringens zu unterstellen und nur die Richtigkeit der rechtlichen Würdigung dieses tatsächlichen Vorbringens im Hinblick auf die Zuständigkeit zu erörtern ist. Es ist dies ein Grundsatz, der für die entsprechende Frage der sachlichen Zuständigkeit und Zulässigkeit des Rechtsweges im ordentlichen Verfahren vom RG. jetzt zwar befolgt (vgl. RG. 105, 39; 93, 255 = JW. 1918, 616), von der herrschenden Literatur aber mit guten Gründen abgelehnt wird (vgl. Stein-Jonas, ZPD. Vorbem. V vor § 12 mit näheren Lit.- und Jud.-Ang. in Nr. 20 gegen Nr. 19, abw. Sydow-Busch, ZPD. Vorbem. Abs. 7 vor § 12 i. Verb. m. § 274 Anm. 3), auch für die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit nicht unstreitig ist (vgl. Baumhach, ArbGG. § 2 Anm. 11 c), jedoch aus dem Sinn des § 2 Nr. 2 ArbGG. in verständiger Auslegung abzuleiten sein dürfte (sonst müßte konsequent z. B. eine Urlaubsklage wegen Unzuständigkeit des ArbGG. und nicht zur Sache abgewiesen werden, wenn ein Arbeitsverhältnis zu verneinen ist). Somit wird mit Recht zunächst erwogen, ob ein Arbeitsvertrag oder ein ebenfalls für die Arbeitsgerichtsbarkeit genügender Arbeitsvorvertrag (§ 2 Nr. 2 ArbGG., allg. M.) von den Kl. schlüssig behauptet ist, gleich ob der Arbeitsvorvertrag zwischen den Parteiparteien oder zwischen Dritten (den gesamten Königsberger Getreideträgern und dem Trägeramt GmbH.) zugunsten der Kl., zu Lasten der bekl., abgeschlossen ist (vgl. Flatow-Jochim, ArbGG. § 2 Anm. 20). Die Zuständigkeit wäre selbst dann zu bejahen, wenn die Vorvertragsparteien mangelnde Organisation oder Vollmacht nicht vertragsfähig oder legitimiert wären und es somit offensichtlich an einem wirksamen Arbeitsvorvertrag fehlt. Dem NArbG. ist nun zwar darin beizupflichten, daß es in der Trägertätigkeit der Kl. aus 3 Gründen keinen Werkserfolg, sondern eine persönlich abhängige Arbeitsleistung annimmt: laufende Arbeitsdirektive der bekl., keine feste und wirtschaftlich gegründete Unternehmerorganisation der Kl. Trägerkolonne, endlich die an ähnlichen Arbeitskolonnen erprobte Verkehrsanschauung. Diesen letzten Grund will das NArbG. wohl gemeint wissen, soll nicht in der Erwägung,

daß „nach der üblichen Einrichtung solcher Hafenkolonnen es sich nur um die Übernahme unselbständiger Arbeit mit Gruppenakkord handeln kann“, eine anticipatio probandi liegen. Jedoch ist jene Fragestellung: Werkserfolg oder persönlich abhängige Arbeit, nicht genau, wenn auch hier ohne nachteilige Folgen, da zwischen beide Begriffe sich die Dienstleistung (§ 611 BGB.) schiebt und die persönlich abhängige Arbeit nur ein Unterfall von dieser ist; Verneinung des Werkserfolgs ist noch keine Bejahung abhängiger Arbeit. Die „persönliche“ Abhängigkeit in der Trägerarbeit ergibt sich primär aus der Verkehrsanschauung, sekundär aus den übrigen Gründen.

2. Ob allerdings ein derartiger Arbeitsvorvertrag anzunehmen ist, ist eine Frage der Sachentscheidung. Mit Recht lehnt das NArbG. die behauptete mündliche Abmachung als Klagegrund ab, allerdings mit einer Begründung, die sich m. E. nur am Formalen hält und den Kernpunkt verkennt. Zwar legt § 1 TarVd. zur normativen Wirkung eines Tarifvertrages Schriftlichkeit voraus, die hier gerade im entscheidenden Punkt fehlt. Und ob überhaupt auf Arbeitgeberseite eine Tariffähigkeit gegeben wäre, bliebe zweifelhaft. Aber daß die Vereinbarung vor der Geltung des neuen Tarifrechts abgeschlossen war, ist belanglos, weil mit dem Inkrafttreten der TarVd. v. 23. Dez. 1918 (1. März 1928) auch alte Vereinbarungen die gesetzliche Normativwirkung erhielten, wenn sie nur die gesetzlichen Voraussetzungen bereits erfüllten (schriftliche Kollektivvereinbarung tariffähiger Parteien zwecks Regelung der Arbeitsverhältnisse). Vielmehr hat — und das ist das Entscheidende — eine selbst schriftliche Vereinbarung des von den Kl. behaupteten Inhalts: monopolartige Regelung der künftigen Übertragung und Übernahme der Trägerarbeit, keinerlei normative Wirkung i. S. des § 1 TarVd. Mit Recht hat das NArbG. bei anderer Gelegenheit (Urtr. v. 23. Febr. 1929: BenschSamml. 6, 116) ausgeführt, daß im allgemeinen nur die „Inhaltsnormen“, jedenfalls nicht die „Abschließnormen“, d. h. Tarifnormen, die sich darüber verhalten, ob und mit wem der Arbeitsvertrag zu schließen ist, an der Normativfunktion des Tarifvertrages teilnehmen. § 1 TarVd. spricht die Normativwirkung nur für bereits geschlossene und noch zu schließende Arbeitsverträge aus, läßt den Parteien aber die Freiheit zum Abschluß eines Arbeitsvertrages. Abschließnormen binden nur die Tarifparteien rein obligatorisch. Aus einer (mündlichen) Vereinbarung des Trägeramts mit den Königsberger Getreideträgern könnten die Kl. nur im Wege der §§ 328 ff. BGB. Rechte für sich

die Arbeitgeber zur Beschäftigung der Arbeitnehmer verpflichtet sein, scheint Vertragsbindung und Vertragsinhalt nicht zu unterscheiden. — Die Feststellung des ArbG. würde den Ansprüchen der Kl. ohne weiteres entgegenstehen, wenn nicht als weitere Grundlage des Anspruchs die durch das Trägeramt des Händlervereins vermittelten ständigen Beziehungen zwischen Getreideträgern und Getreidefirmen in Betracht kämen.

Hierzu stellt der VerK. fest, daß der Händlerverein vor mehreren Jahren das Trägeramt, eine GmbH, geschaffen habe, das bestimmt sei, die Invalditäts- und Krankenkassenangelegenheiten der Träger, die für die Vereinsmitglieder Arbeiten leisteten, zu erledigen und die Verhandlungen des Vereins mit den Trägern zu führen. Diejenigen Arbeiter, die ständig als Träger beschäftigt sein wollten, gäben ihre Karten und ihr Buch bei dem Trägeramt ab. Dieses leiste an die Arbeiter die Löhne unter Berücksichtigung der Beträge und lege diese Beträge und Unkosten als Umlagen auf seine Gesellschafter um.

Das ArbG. würdigt diese Umstände und die Behauptungen der Kl., daß für die Heranziehung der Arbeiterkolonne die von dem Trägeramt (lauffend?) bestimmte Reihenfolge maßgebend gewesen sei und daß bis zum Jahre 1927 den bei dem Trägeramt eingeschriebenen Trägern sämtliche Arbeiten übertragen worden seien, nicht im Zusammenhang. Es zieht nur die Tragung der Unkosten in Betracht mit dem Ergebnis, daß daraus Schlüsse i. S. der Kl. nicht gezogen werden könnten. Daß eine Pflicht der eingeschriebenen Träger zur Arbeitsbereitschaft den beteiligten Firmen gegenüber bestehen könne, wird gleichzeitig durch Bezugnahme auf das arbeitsgerichtliche Urteil als möglich unterstellt.

Das Ergebnis des VerK. mag auch unter Heranziehung dieser Verhältnisse zutreffen, indes ist seine Erörterung insofern nicht zu reichend, als auch ohne Zuhilfenahme ausdrücklicher Abreden die Einschreibung und Zulassung von Arbeitern als Träger bei dem Trägeramt mit der erörterten tatsächlichen Handhabung i. S. einer stillschweigenden Zusage der Beschäftigung, und zwar der ausschließlichen Beschäftigung mit den vorkommenden Trägerdiensten, möglicherweise nach §§ 133, 157 BGB. deutbar sein kann. Die gebotene Erörterung wird in erster Reihe die Szgung des Trägeramts GmbH. heranziehen müssen. Auf dieser Grundlage wird die Befugnis des Trägeramts zur Verpflichtung der angeschlossenen Firmen, wird der rechtliche Charakter der Beziehung zu den Firmen und Trägern, wie ihn die Eintragung in die Listen, die Aufstellung der Kolonnen durch das Trägeramt, die Handhabung der Sozialversicherung, die geschäftliche Abrechnung und die etwaige Beanspruchung von Arbeitsbereitschaft seitens der Arbeit-

ableiten, aber nur gegen das Trägeramt GmbH. als Vertragspartei. Denn Verträge auch „zu Lasten Dritter“, hier der Bekl., kennt die Rechtsordnung nicht. Die Sachlegitimation der Bekl. wäre nur dann gegeben, wenn die Bekl. das Trägeramt zu ihrer Verpflichtung gegenüber den Getreideträgern, wenn auch rein sähungsmäßig, bevollmächtigt und das Trägeramt hiervon Gebrauch gemacht hätte. Das letzte ist jedenfalls ausdrücklich verneint worden.

3. So bleiben als Klagegrundlage, wie das ArbG. richtig erkannt hat, lediglich die durch das Trägeramt vermittelten, offenbar jahrelangen, zunächst rein tatsächlichen Beziehungen zwischen Getreideträgern und Getreidefirmen. Ob diese Beziehungen durch immer wiederholte Übung allmählich so feste Formen angewonnen haben, daß sie auch in der Überzeugung aller Beteiligten zur Notwendigkeit geworden sind und die Annahme einer stillschweigenden Zusage monopolartiger Beschäftigung mit den vorkommenden Trägerarbeiten einerseits, der ständigen Arbeitsbereitschaft der jeweilig benötigten Trägerkolonnen (vgl. zum Grundsätzlichen: W i m p f h e i m e r, Kontrahierungszwang für Monopole, Berlin 1929, bespr. Jb. 1929, 2922) andererseits sich rechtfertigt, ist eine Frage der dem Tatrichter wieder überlassenen Auslegung. Derartige Wandlungen rein tatsächlicher Vorgänge zu rechtlichen Beziehungen ist gerade im Recht der Dauerschuldverhältnisse wie insbes. im Arbeitsrecht nichts Auffallendes.

4. Hier aber setzt die eigentliche Schwierigkeit rechtlicher Beurteilung der zwangsläufig aus dem Hafnarbeiterbedarf sich ergebenden Sachlage und deren rechtstatfächliche Bedeutung ein. Sie ist wohl für alle größeren in- und ausländischen See- und Binnenhäfen, wenn auch mit lokalen arbeitsorganisatorischen Abweichungen, typisch. Der schwankende Bedarf an eingearbeiteten Hafnarbeitskräften, verursacht durch stark wechselnde Konjunktur im Schiffsverkehr, läßt das Halten fester Arbeitskräfte im erforderlichen Umfang nicht zu. Hilfsarbeitern fehlt die nötige Routine. So muß arbeitsorganisatorisch für einen Stamm eingearbeiteter Kräfte gesorgt werden, der den verschiedenen Hafnabetrieben stets zur Verfügung steht und für seine Arbeitsbereitschaft eine monopolartige Stellung in der Heranziehung zu den Hafnarbeiten erhält. Die rechtliche Schwierigkeit liegt hier, wie das obige Urteil hinreichend erkennen läßt, in der Frage nach den Rechtsbeziehungen zwischen der Gesamtarbeitsbereitschaft bzw. einzelnen Arbeitsgängen (Kolonnen, Kameradschaften) und dem einzelnen Hafnarbeiter einerseits, der Gesamtheit der Hafnabetriebe (Trägeramt GmbH. in Königsberg, Hafnabetriebsverein in Hamburg, in Bremen, in Stettin uho., ähnlich in größeren ausländischen Häfen, z. B. Rotterdam, Amsterdam; Scheepvaart

geber ergibt, unter Heranziehung der Verkehrsrisse in diesem und verwandten Zweigen der Hafnarbeit zu prüfen sein.

Sollte diese Erörterung für die Zeit bis zum Jahre 1927 das Vorliegen eines Verhältnisses der Träger zu den Firmen des Händlervereins ergeben, bei dem einer Zusage der ständigen Arbeitsbereitschaft einer Kolonne für die Firmen nach dem Vertragszweck die Zusage des Trägermonopols entspricht, so müßte der Hergang der Verhandlungen i. Z. 1927 nach der Richtung gewürdigt werden, ob sie die bisherigen Vertragsbeziehungen nach der Befugnis der Verhandlungen, nach den anzuwendenden Kündigungsregeln und nach dem Ergebnis der Verhandlung in dem entscheidenden Punkte geändert hat.

(ArbG., Ur. v. 1. Dez. 1928, RAG 665/28. — Königsberg.) [B.]

9. §§ 72 Abs. 1, 2 Nr. 4 ArbGG.; §§ 86, 87 BetrGG. Die Rev. ist bei Rechtsstreitigkeiten aus § 2 Nr. 4 ArbGG. auch dann unzulässig, wenn sie wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Rechtsstreits vom ArbG. zugelassen ist. Für die Rechtsnatur einer Klage ist neben dem tatsächlichen Vorbringen des Klägers maßgebend, auf welche Grundlage der Kläger selbst seinen Klageanspruch stützen will. Es bleibt Sache des Gerichts zu prüfen, ob die fehlenden, im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen der Einspruchsklage durch eine Vereinbarung der Parteien ersetzt werden können. †)

Der Kl. war seit dem 7. Dez. 1924 bei der Bekl. beschäftigt. Am 18. Nov. 1927 wurde ihm unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist zum 3. Dez. 1927 gekündigt. Da kein Arbeiterrat bestand, erhob der Kl. noch am Tage der Kündigung bei der Bekl. selbst Einspruch; gleichzeitig wandte er sich an den bei der Bekl. bestehenden Beamtenausschuß; dieser lehnte aber jede Tätigkeit ab, da er nicht zuständig sei. Nachdem die Bekl. den Einspruch des Kl. zurückgewiesen hatte, erhob der Kl. unter Hinweis, daß weder ein Arbeiterrat noch ein Betriebsobmann vorhanden seien, und mit der Begründung, daß er die Kündigung als unbillige Härte erachte, bei dem ArbG. Klage auf Wiedereinstellung oder Zahlung einer Entschädigung.

Die Rev. ist nach § 72 Abs. 1 ArbGG. als unzulässig zu erachten, da es sich um eine Rechtsstreitigkeit nach § 2 Nr. 4 ArbGG. handelt, also um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus den §§ 86, 87 BetrGG. An der sich hieraus ergebenden, von Amts wegen zu berücksichtigenden Un-

Vereinigung Zuid, Liverpool, London, Southampton und anderen englischen Häfen: National Council of Port Labour Employers) bzw. dem Einzelunternehmen andererseits. Mangels besonderer Vereinbarungen (vgl. die volkswirtschaftliche und sozialpolitische Abhandlung v. Düring, „Die Organisation der Arbeit im Hamburger Hafen“, bespr. in HansGG. Arb. 1925, 160, auch mein „Hafnarbeitsrecht für Hamburg usw.“ S. 25 ff., 236 ff.) werden diese Rechtsbeziehungen sich in kollektivem Sinne erschöpfen, ohne daß für individuelle Rechtsbeziehungen Raum wäre. Solche werden sich regelmäßig nur bei kleineren Arbeitsgruppen bilden können. Im Hamburger Hafen z. B. ist die arbeitsorganisatorische Stellung der Bunkerakkordgänge den Königsberger Getreideträgerkolonnen nicht unähnlich, ihre monopolartige Beschäftigung beruht auf ungeschriebener Gepflogenheit, läßt aber freie Arbeiterauswahl zu, so daß für einen Anspruch einzelner Arbeiter oder Gänge gegen einzelne Hafnarbeiternehmer auf Einstellung bei Arbeiterbedarf in aller Regel kein Raum ist. Im übrigen steht in Hamburg ein Stamm von zirka 17000 eingeschriebenen Hafnarbeitern als sog. „Kartenarbeitskraft“ an ihren jeweiligen Arbeitsverteilungsstellen in der Arbeitsbereitschaft gegenüber dem Hafnabetriebs-Verein mit der sähungsmäßigen und kollektiv-rechtlichen Maßgabe, daß der Einzelbetrieb seinen Arbeiterbedarf nur aus ihrem Kreise decken darf, und zwar die Kariarbeiter nur nach Nummernfolge, die übrigen unter Zulassung freier Auswahl. Von einem Recht des einzelnen auf Einstellung in den arbeiterbedürftigen Betrieb wird auch hier selbst bei nummernmäßiger Arbeitsverteilung regelmäßig schon deshalb keine Rede sein können, weil es an einer arbeits-rechtlichen Pflicht des Arbeiters zur Arbeitsbereitschaft fehlt und die Folge verweigerter Arbeitsbereitschaft lediglich seine Streichung von der Liste der eingeschriebenen Kartenarbeiter bewirken kann. So bietet das obige Urteil einen wertvollen Beleg für die Rechtsstatfachsorschung im Arbeitsrecht.

Richter Dr. W. J a e r i s c h, Hamburg.

Zu 9. Dem Urteil ist zuzustimmen.

1. Das ArbG. hat, weil der Fall zur Stellungnahme insofern nicht zwang, die Frage unentschieden gelassen, ob beim Fehlen eines Gruppenrats die Erhebung einer Einspruchsklage nach §§ 86, 87 BetrGG. zulässig ist. Er bezeichnet die Frage als Streitig. Die weit- aus überwiegende Meinung spricht sich gegen die Zulässigkeit aus. Die Gruppenräte sind die Träger des der Klage vorangehenden Einspruchsverfahrens. Sie vertreten die Arbeiter- oder Angestelltenchaft, deren Angelegenheit damit die Frage der Berechtigung des Einspruchs und die Eröffnung des Klageweges wird. Wie dieser Weg bei pflicht-

zulässigkeit der Rev. vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß die Rev. wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Rechtsstreits vom ArbG. zugelassen worden ist (ArbG. 1, 341).

Im Gegensatz zum ArbG., daß die Klage als eine Einspruchsklage nach §§ 86, 87 BetrRG. aufgefaßt und behandelt hat, hat zwar das ArbG. angenommen, daß die Klage sich nicht als eine solche aus § 2 Abs. 1 Nr. 4 ArbG. darstelle. Indessen vermag diese Auffassung des ArbG. die Zulässigkeit der Rev. nicht zu begründen, wenn die Auffassung eine rechtsirrig ist und es sich nach der Natur des vom Kl. geltend gemachten Klageanspruchs doch um eine Rechtsstreitigkeit nach § 2 Nr. 4 ArbG. handelt. Der Kl. selbst hat seine Klage als eine solche aus § 2 Nr. 4 ArbG. i. Verb. m. §§ 86, 87 BetrRG. aufgefaßt, und faßt sie auch jetzt noch so auf. Für die Rechtsnatur einer Klage ist aber neben dem tatsächlichen Vorbringen des Kl. in erster Linie maßgebend, auf welche rechtliche Grundlage der Kl. selbst seinen Klageanspruch stützen will. Das ArbG. will das Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit nach § 2 Nr. 4 ArbG. deshalb verneinen, weil bei einem unstreitigen Fehlen der Voraussetzungen der Einspruchsklage aus § 86 BetrRG. die Parteien nicht in einer für das Gericht bindenden Weise vereinbaren könnten, daß die prozessualen Voraussetzungen der Einspruchsklage als vorhanden angesehen werden sollten. Selbst wenn eine solche Vereinbarung der Parteien getroffen sein und der Kl., auf dieser Vereinbarung fußend, die Klage auf Wiederherstellung oder Entschädigung erhoben haben sollte, so würde dies an der Natur der Klage als einer solchen aus §§ 86, 87 BetrRG. nichts ändern. Ein Verfahren nach §§ 84, 86 BetrRG. hatte im vorliegenden Falle der Klage beim ArbG. nicht vorzugehen können, da unstreitig eine Arbeitervertretung nicht vorhanden war. Ob trotzdem die Erhebung einer Einspruchsklage nach §§ 86, 87 BetrRG. möglich ist, ist in Abspr. und Schrifttum streitig. Immer aber würde eine auf diese Vorschriften gestützte Klage ihre Rechtsnatur nicht verlieren, auch wenn ihre Erhebung ohne vorgängiges Verfahren nach § 84, 86 BetrRG. vom erk. Ger. nicht für zulässig erachtet werden sollte. Das gleiche muß aber auch gelten, wenn die Parteien, um den Mangel des vorgängigen Verfahrens nach §§ 84, 86 BetrRG. zu erzeigen, vereinbaren, daß die Voraussetzungen der Einspruchsklage als gegeben angesehen werden sollten. An der Rechtsnatur der Klage wird dadurch nichts geändert, und es ist Sache des erk. Ger., zu

prüfen, ob die im Gesetze vorgesehenen Voraussetzungen der Einspruchsklage als durch die Vereinbarung der Parteien ersetzt angesehen werden können. Die Auffassung des ArbG., daß es sich nicht um eine Einspruchsklage nach §§ 86, 87 BetrRG. handle, ist daher eine rechtsirrig. Die Klage war vom Kl. bewußt auf die genannten Bestimmungen gestützt, er beehrte eine Entsch. über den von ihm gegen die Kündigung mit der Begründung, daß diese unbillig sei, erhobenen Einspruch und für den Fall der Ablehnung der Weiterbeschäftigung eine Entschädigung nach § 87 BetrRG. Es handelt sich also um eine Rechtsstreitigkeit nach § 2 Nr. 4 ArbG., in der die Rev. nicht zugelassen ist.

(ArbG., Urt. v. 22. Dez. 1928, RAG 175/28. — Berlin.) [L.]

**10. § 72 Abs. 2 ArbG.** Die Frage, ob der Schlichter in einen noch laufenden Tarifvertrag eingegriffen und damit die Grenzen seiner Zuständigkeit überschritten hat, unterliegt der gerichtlichen Nachprüfung. †

Maßgebend für das Arbeitsverhältnis des Kl. bei der Bekl. waren unstreitig zwei Tarifverträge: der Manteltarif und der Lohn-tarif. Unstreitig ist ferner der Lohn-tarif gekündigt und die aus Anlaß dieser Kündigung unter den Tarifvertragsparteien entstandene Streitigkeit durch den für verbindlich erklärten Schieds-spruch des Schlichters ausgeräumt worden. Dem BG. ist darin beizutreten, daß die sachliche Nichtigkeit und Zweckmäßigkeit des für verbindlich erklärten Schieds-spruchs im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht nachgeprüft werden können (vgl. RArbG. 1, 47 ff., insbes. S. 54, auch S. 348). Auch die Auslegung, welche das angefochtene Ur. dem Schieds-spruch gibt, ist an sich möglich. Sie ist insbes. insoweit rechtsbedenkfrei, als das BG. annimmt, daß der Schieds-spruch nicht nur die Erhöhung des Akkordlohn-satzes, sondern auch die Erhöhung der Akkordlöhne betreffe. Gerade unter diesem Gesichtspunkt aber ergibt sich die Frage, ob in dem Schlichtungsverfahren auch eine Regelung der Akkordlöhne vorgenommen werden konnte. Für eine derartige Regelung war nur Raum, wenn insoweit unter den Tarifvertragsparteien ebenfalls Streit herrschte (§§ 3 und 6 SchlichtW.). Ob eine solche Streitigkeit vorlag, hängt wiederum damit zusammen, ob auch der Manteltarif gekündigt war. Daß dies der Fall war, geht aus der tatsächlichen Feststellung des BG. nicht hervor. War nur der Lohn-tarif gekündigt, bestand

Zu 10. Die beiden in dieser (bereits in RArbG. 2, 150; WenshSamml. 3, RArbG. 147 abgedruckten) Entsch. vom RArbG. aufgestellten Grundsätze sind inzwischen durch das Urteil im Eisenstreit v. 22. Jan. 1929 (WenshSamml. 5, RArbG. 167) in den Mittelpunkt des Interesses gerückt. In letzterem Urteil, sowie später noch in dem Urteil v. 12. Febr. 1929 (WenshSamml. 5, RArbG. 411) hat das RArbG. den hier aufgestellten Grundsatz, daß ein im Schlichtungsverfahren ergangener Schieds-spruch nicht in einen noch laufenden TarVertr. eingreifen dürfe, entgegen der anders lautenden Entsch. des ArbG. bestätigt. Mit der Feststellung, daß es sich bei dem Eingriff in einen laufenden TarVertr. um eine Überschreitung der Zuständigkeit der Schlichtungsbehörden handelt, setzt das RArbG. seine in dem Ur. v. 28. März 1929 (RArbG. 1, 336; WenshSamml. 2, RArbG. 232) begonnene Abspr. zur arbeitsgerichtlichen Nachprüfung der im Schlichtungsverfahren ergangenen Verwaltungs-akte fort.

Es läßt sich heute noch gar nicht voraussehen, welcher der beiden Grundsätze die größere Bedeutung für unser Rechtsleben gewinnen wird. Ihnen beiden ist gemeinsam, daß sie als richterliche Entscheidung nicht durch die Anwendung der allgemein üblichen Auslegungsnormen aus vorhandenen Rechts-sätzen entwickelt sind, sondern rechtshöfperisch in vom Gesetz ungerregelt gelassenen Widersprüchen zwischen zwei oder mehr Rechts-sätzen Stellung nehmen. Der eigentlich rechtshöfperische Charakter, der diesen Entscheidungen anhaftet, kommt nirgends überzeugender zum Ausdruck als in dem umfangreichen nach dem Urteil im Eisenstreit zu diesen Fragen erwachsenen Schrifttum. Die Durchsicht einer Anzahl Arbeiten, wie etwa der Aufsätze: „Schlichtung und Rechtsprechung“ von Mezler, Arbeitsrecht und Schlichtung 1929, Sp. 4; „Die Zulässigkeit des Schlichtungsverfahrens und seine Nachprüfbarkeit“ von Philippe, ebenda Sp. 5; „Anmerkungen zum Urteil des ArbG. Duisburg v. 24. Nov. 1928“ von Joerges, ebenda Sp. 29; „Schlichtung und Rechtsprechung“ von Stoll, ebenda Sp. 44; „Grenzen von Schlichtung und Rechtsprechung“ von Würmbke, ebenda Sp. 81; „Vertragsändernde Schlichtung nach der Rechtsprechung des RArbG.“ von Rimmig, ebenda Sp. 157; „Schlichtungsbehörde und Arbeitsgericht“ von Potthoff, ebenda Sp. 159; „Schlichtung und Rechtsprechung“ von Mezler, ebenda Sp. 161; „Noch einmal Schlichtung und Rechtsprechung“ von Mezler, ebenda Sp. 227; „Das Urteil des RArbG. im Ruhreisenkonflikt“ von Höniger und Jacobi in JW. 1929, 1973 ff.; „Das Ruhreisenurteil des RArbG.“ von Luz Richter in „Das Arbeitsgericht“ 1929 Sp. 185 läßt erkennen, daß sich eine eigentliche dogmatische Kritik an dem Urteil überhaupt nicht vornehmen läßt.

Bei der Frage des Einbruchs in einen TarVertr. handelt es sich um widerstreitende Rechts-sätze. Auf der einen Seite findet sich die

widriger Untätigkeit des Gruppenrats nicht eröffnet werden kann, so bleibt er verschlossen beim Fehlen einer Gruppenvertretung, ganz gleich, worauf dieses Fehlen zurückzuführen ist (ebenso Flator, Ann. 6 zu § 84 BetrRG., der allerdings dem gekündigten Arbeitnehmer die unmittelbare Anrufung des ArbG. gestatten will, wenn der Arbeitgeber die Wahlvorstandsbestellung unterlassen hat, eine Auffassung, die, ihre Nichtigkeit vorausgesetzt, angesichts der Änderung des § 23 BetrRG. doch wohl erneuter Prüfung bedürfte).

II. Nach §§ 8, 72 ArbG. findet die Rev. gegen Urteile der ArbG. in den Fällen des § 2 Nr. 1—3 (und des § 3) statt. Damit ist die Rev. bei Einspruchsklagen (§ 2 Nr. 4) schlechthin ausgeschlossen. Die Besonderheit, daß die an sich unzulässige Rev. dadurch eröffnet werden kann, daß das ArbG. sie wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Rechtsstreits zuläßt, bezieht sich nach Anordnung und klarem Wortlaut des Gesetzeswortes nur auf die der Rev. ihrem sachlichen Inhalte nach unterstellten Streitfälle. Die Erklärung der Revisionsfähigkeit ist also nur in Fällen des § 2 Nr. 1—3 und des § 3 ArbG. zulässig, wenn der Rechtsstreit mit Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes an sich der Rev. nicht unterliegt. Eine unzulässige Erklärung der Revisionsfähigkeit kann den Revisionsweg nicht eröffnen.

III. Die Unzulässigkeit der Rev. ist in diesem Sinne natürlich nur gegeben, wenn es sich ihrem Inhalte nach um eine Einspruchsklage handelt. Eine auf Weiterbeschäftigung in erster Linie und Entschädigung bei Ablehnung der Weiterbeschäftigung gerichtete Klage findet objektiv ihre Grundlage in der Rechtsordnung nur in den Bestimmungen der §§ 84 ff. BetrRG. Daß etwa der Kl. der Ansicht gewesen ist, er könne eine Weiterbeschäftigung bzw. Entschädigung aus der Ablehnung derselben auch auf Grund anderer allgemeiner oder besonderer Gesetzesvorschriften herbeiführen, nimmt der Klage nicht den ausschließlichen Charakter einer Klage aus §§ 86, 87 BetrRG., und zwar im vorliegenden Falle um so weniger, als der Kl. sich auf den (wenn auch beim Arbeitgeber selbst angebrachten) Einspruch gegen die erfolgte Kündigung berufen und diesen auf Unbilligkeit gestützt hat.

IV. Zuzustimmen ist insbes. dem RArbG. darin, daß der Charakter der Klage als Einspruchsklage nicht durch die Tatsache verlorengegangen ist, daß eine solche in Ermangelung des Vorhandenseins ihrer Voraussetzungen unmöglich war. Die Unzulässigkeit einer Klage wegen erkennbaren oder gar erkannten Fehlens ihrer formellen Voraussetzungen führt zur Klageabweisung wegen Unzulässigkeit und begründet nicht das Recht zur Annahme, der Kl. habe eine andere Klage erheben wollen. Der Kl. hat angenommen, daß eine Einspruchsklage auch zulässig wäre, wenn eine Gruppenvertretung nicht vorhanden ist. Und diese Klage hat er erhoben.

Richter Dr. Schminko, Bremen.

also nur hinsichtlich dieses Tarifvertrags Streit, so war das Schlichtungs- und Verbindlichkeitsverfahren auf die Regelung dieser Streitigkeit beschränkt, und es würde der Schlichter die gesetzlichen Grenzen seiner Zuständigkeit überschritten haben, wenn er auch eine Erhöhung der in dem Manteltarif geregelten Akkordlöhne zuließ. Der insoweit durch die Gerichte nachprüfbarer Schiedsspruch (vgl. *NRbG.* 1, 336) würde alsdann der Rechtswirksamkeit hinsichtlich der Akkordlöhne entbehren, er würde in dieser Beziehung einen unzulässigen Eingriff in einen noch laufenden Tarifvertrag bilden. Zur Nachholung der tatsächlichen Feststellung, ob nur der eine oder beide Tarifverträge gekündigt waren, erscheint gem. § 72 Abs. 2 *NRbG.* i. Verb. m. §§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 Satz 1 *RPD.* die Zurückverweisung der Sache geboten.

(*NRbG.*, *Urt.* v. 27. Juni 1928, *RAG* 36/28. — Chemnitz.) [B.]

\*

II. §§ 72 Abs. 1, 61 Abs. 1, 69 Abs. 2 *NRbG.* Irrige Streitwertfestsetzung des *NRbG.* kann vom *NRbG.* nicht berichtigt werden. Neufestsetzung durch das *NRbG.* nur bei nachträglicher Änderung des Streitwerts. †)

Während im *Urt.* des *NRbG.* der Wert des Streitgegenstandes auf 1000 *RM* festgesetzt ist, hat das *NRbG.* ihn für beide Instanzen auf 25 000 *RM* festgesetzt. Die Festsetzung des *NRbG.* ist in den Gründen auf § 9 *RPD.* gestützt. Der vom *NRbG.* festgesetzte Streitwert erreicht die Revisionsgrenze nicht. Die Rev. ist deshalb nur dann zulässig, wenn die vom *NRbG.* vorgenommene Wertfestsetzung als maßgebend erachtet werden kann. Soweit das *NRbG.* eine Neufestsetzung des bereits im arbeitsgerichtlichen Urteil festgesetzten Streitwertes für die erste Instanz vorgenommen hat, war es hierzu nicht befugt. Im *Urt.* v. 21. März 1928 (*NRbG.* 1, 261<sup>1)</sup>) hat das *NRbG.* bereits erkannt, daß die durch das *NRbG.* erfolgte Wertfestsetzung der Nachprüfung des Rechtsmittelgerichts nicht unterliege, und hierzu ausgeführt, daß freilich diese Nachstellung des *NRbG.* im Falle einer den

Grundsätzen der §§ 3 ff. *RPD.* und der materiellen Rechtslage widersprechenden zu geringen Bemessung des Streitwertes den unterlegenen Streitteil der Gefahr eines unverschuldeten, sachlich nicht gerechtfertigten Rechtsmittelverlustes aussetze, daß der Gesetzgeber aber diese Gefahr im Hinblick auf das von ihm erstrebte Ziel, „von vornherein jede Ungewißheit über die Berufungsfähigkeit eines arbeitsgerichtlichen Urteils auszuschließen“, bewußt mit in den Kauf genommen habe. Ist aber die Überprüfung der vom *NRbG.* erfolgten Wertfestsetzung durch das *NRbG.* zum Zwecke der Herstellung der — nicht vorhandenen — Berufungsfähigkeit nicht zulässig, so kann auch eine Überprüfung und Änderung der Wertfestsetzung für die erste Instanz zum Zwecke der Herstellung der — nach der arbeitsgerichtlichen Wertfestsetzung nicht vorhandenen — Revisionsfähigkeit nicht für zulässig erachtet werden.

Nun hat aber das *NRbG.* im angefochtenen Urteil den Wert des Streitgegenstandes auch für die zweite Instanz auf 25 000 *RM* festgesetzt, und es fragt sich, ob diese Wertfestsetzung die Zulässigkeit der Rev. begründet. Wenn im § 72 Abs. 1 *NRbG.* die Zulässigkeit der Rev. davon abhängig gemacht worden ist, daß der vom *NRbG.* oder vom *NRbG.* festgesetzte Wert des Streitgegenstandes die Revisionsgrenze übersteigt, so hat das nicht die Bedeutung, daß nunmehr in jedem Falle eine vom *NRbG.* erfolgte Wertfestsetzung über 4000 *RM* die Revisionsfähigkeit zu begründen geeignet ist. Denn das *NRbG.* hat die Festsetzung des Streitwertes durch § 61 Abs. 2 grundsätzlich in die Hand des *NRbG.* gelegt und eine Neufestsetzung für die zweite Instanz durch das *NRbG.* im § 69 Abs. 2 nur zugelassen, wenn sich der Wert des Streitgegenstandes nach Verkündung des Urteils des *NRbG.* geändert hat. Eine Neufestsetzung des Streitwertes durch das *NRbG.* kann deshalb auch die Revisionsfähigkeit des landesarbeitsgerichtlichen Urteils nur dann begründen, wenn sie auf Grund des § 69 Abs. 2 *NRbG.* erfolgt ist. Ist letzteres der Fall, so ist das *NRbG.* auch in der Lage, in die zulässigweise vorzunehmende Neufestsetzung eine Richtigmessung einer vom *NRbG.* etwa unrichtig vor-

sachliche Zuständigkeit der Schlichtungsbehörden ganz allgemein in der Bestimmung des § 3 *SchlichtVd.* v. 30. Okt. 1923 anrissen, nach der Schlichtungsausschüsse und Schlichter zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen Hilfe zu leisten haben. Bei der Durchführung dieser Hilfeleistung sieht sich dann die Schlichtungsbehörde anderen grundlegenden Rechtsfragen gegenüber, die, ihre Gültigkeit für das Schlichtungsverfahren voraussetzt, eine erhebliche Einschränkung der nach dem Wortlaut des § 3 *SchlichtVd.* denkbaren Wirkungsmöglichkeiten bedeuten. Es sei nur an den in der *Rspr.* des *NRbG.* vertretenen Grundsatz „pacta sunt servanda“ erinnert. Die Entscheidung darüber, welche Norm durch die andere eingeengt wird, läßt sich dogmatisch nicht begründen. Die ganzen Auseinandersetzungen in dem bereits in Beispielen angeführten Schrifttum sind dann auch durchaus sozialpolitischer Natur.

Weit über das Gebiet des Arbeitsrechts hinaus von Bedeutung ist die Stellungnahme des *NRbG.* in der Frage der Nachprüfung der Verwaltungsentscheidungen im Schlichtungsverfahren. *Sinzheimer* hat in seiner Besprechung des Urteils im Eisenstreit im Februarheft der „*Justiz*“ mit Recht darauf hingewiesen, daß das *NRbG.* mit dem in seinen drei *Entsch.* v. 28. März 1929, 27. Juni 1929 und 22. Jan. 1929 entwickelten Begriff der Zuständigkeit das bisherige Verhältnis zwischen Verwaltung und Justiz gesprengt habe. Die Gründe, aus denen heraus das *NRbG.* in den angezogenen Fällen zu einer Bejahung des Nachprüfungsrechtes gelangt sind, sind wiederum dogmatisch nicht erfassbar. „Die Dogmatik kann uns die Begriffe der Verwaltung und Justiz liefern. Sie kann uns auch die Art der Konflikte darstellen, um die es sich in dem Verhältnis zwischen Verwaltung und Justiz handelt. Die Dogmatik kann aber nichts darüber ausagen, wie weit das richterliche Nachprüfungsrecht den Verwaltungsakten gegenüber reichen soll“ (*Sinzheimer* a. a. D.). Übermalts sind es Willensentscheidungen, dieses Mal gestützt auf rechtlich-politische Erwägungen, die der *Entsch.* zur Grundlage dienen. Deutlich wird dieses wiederum im Schrifttum. Je nach dem Vertrauen, das die Verfasser den in die Schlichtungsbehörden berufenen Persönlichkeiten entgegenbringen, wird der Ruf nach Rechtschutz erhoben oder nicht erhoben. *Ripperden* sagt in seiner *Anmerkung* zur *Entsch.* des *NRbG.* im Eisenstreit (*BenschSamml.* 5, *NRbG.* 359 Nr. 50: „Das entscheidende ist, daß wir bei den arbeitsrechtlichen Verwaltungsakten keinerlei verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz haben. Solange das nicht der Fall ist, muß für die privatrechtsgestaltende Staatsakte im stärksten Umfang das Nachprüfungsrecht der Gerichte und bei entsprechenden Fehlern die Nichtigkeit der Verwaltungsakte angenommen werden.“ Den entgegengelegten Standpunkt vertritt z. B. *Philipp* a. a. D., der das Recht jeder materiellen Prüfung verneint mit der Begründung, daß man aus wohlwolligen Gründen im Schlichtungsverfahren eine zweite Instanz habe ausschalten wollen.

Das *NRbG.* selbst hat sich im Anschluß an die seit der Staatsumwälzung verständliche Tendenz einer stärkeren gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung für das Vorwiegen des Rechtsschutzbedürfnisses

entschieden. Das ist zu begrüßen. Die juristische Form für dessen Gewährung war allerdings schwer zu finden. Der Aufbau der Schlichtungsbehörde kennt eine zweite Instanz nicht. Für das Verhältnis von Justiz und Verwaltung gilt der Grundsatz der Bindung der Gerichte an alle im Rahmen absoluter Zuständigkeit ergangenen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden. Damit war das Einschreiten der Gerichte auf die seltenen Fälle der wegen absoluter Unzuständigkeit nichtigen Entscheidungen beschränkt. Für die Ausbildung eines Rechtsschutzes, der im Rahmen der Verwaltung versagt ist, durch eine andere „Gewalt“ (im montesquieschen Sinne), d. h. durch die Gerichte, gibt es nur noch den vom *NRbG.* eingeschlagenen Weg der Umdeutung von gemeinhin innerhalb der Zuständigkeit. Damit hat das *NRbG.* die besonders im amerikanischen Verwaltungsrecht berühmt gewordene Doktrin der „*judicial facts*“ übernommen und den Weg für eine umfassende Nachprüfung von Verwaltungsakten durch die Gerichte geöffnet.

Da den im Urteil ausgesprochenen Rechtsgrundsätzen letzten Endes im wesentlichen rechtspolitische Erwägungen zugrunde liegen, so ist die Stellungnahme zu diesen durch deren Beurteilung bedingt. Aber auch die grundsätzliche Einstellung zu der Frage der Aufteilung rechtsetzender und rechtsprechender Tätigkeit zwischen in erster Linie gesetzgebenden Organen einerseits und den Gerichten andererseits muß hier von Einfluß sein. Wer, wie der Verfasser, die bisher stetig fortgeschrittene Auflockerung der die *Rspr.* leitenden Normen über Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im Interesse der Rechtssicherheit zum Stillstand bringen möchte, wird dem *NRbG.* im ersten Punkte beipflichten. Dagegen unterliegt der vom *NRbG.* verwandte Begriff der Zuständigkeit wegen der mit ihm gegebenen unübersehbaren Möglichkeiten Bedenken. Selbst diejenigen, die, wie der Verfasser, für das Schlichtungsverfahren das Rechtsschutzbedürfnis unbedingt bejahen möchten, werden doch gegenüber dem vom *NRbG.* zu seiner Verwirklichung eingeschlagenen Verfahren Vorbehalte machen müssen. Es ist zu hoffen, daß die Gerichte bald Gelegenheit haben werden, die Anwendung des hier geschaffenen Begriffs der Zuständigkeit auf das Gebiet des Schlichtungsrechtes zu beschränken.

*Dr. Richard Behn, Hamburg.*

Zu 11. Die *Entsch.* — die wegen ihrer eingehenden Begründung wertvoll ist — entspricht dem klaren Wortlaut der §§ 64, 69 Abs. 2 *NRbG.*, der bisherigen *Rechtspredung* des *NRbG.* und der herrschenden Meinung der *Wissenschaft*. So insbes. *NRbG.*: *BenschSamml.* II *NRbG.* S. 167, IV *NRbG.* S. 309; *Derich-Bolkmar*, *Anm.* 6 zu § 61; *Platon-Joachim*, *Anm.* 7 zu § 64; *Schmincke-Sell*, 2. Aufl., *Anm.* 3 zu § 69 *NRbG.*; *Gerstel*: *BenschSamml.* II *NRbG.* S. 169, IV *NRbG.* S. 309, I *NRbG.* S. 12; a. A. *Baumhach*, *Anm.* 8 B zu § 61 *NRbG.* insbes. als er gegen die Streitwertfestsetzung des *NRbG.* Beschwerde für zulässig hält, eine Ansicht, die allgemein abgelehnt wird.

*Vors. des NRbG. Dr. Prönig, Hamburg.*

1) *BenschSamml.* 2, 167.

genommenen Berechnung des Streitwertes einzubeziehen. Andernfalls ist es zu einer Nichtigstellung einer nach seiner Ansicht vom ArbG. unrichtig vorgenommenen Wertfestsetzung nicht befugt. Die lediglich eine Nichtigstellung der arbeitsgerichtlichen Wertfestsetzung bezweckende Neufestsetzung durch das ArbG. ist für die Beurteilung der Revisionsfähigkeit eines Urteils unbeachtlich.

Im vorliegenden Rechtsstreit ist nun die Neufestsetzung des Streitwertes durch das ArbG. lediglich unter Bezugnahme auf § 9 ZPO. erfolgt. Daß dieses etwa seine Befugnis zur Neufestsetzung aus § 69 Abs. 2 ArbGG. hergeleitet habe, läßt das angefochtene Urteil nicht erkennen. Tatsächlich ist auch eine Änderung des Wertes des Streitgegenstandes nach der Verkündung des Urteils des ArbG. nicht eingetreten. Weder rechtfertigte also die Sachlage eine Neufestsetzung des Streitwertes auf Grund des § 69 Abs. 2 ArbGG. noch hat auch nur das ArbG. seine Befugnis zur Neufestsetzung auf diese Gesetzesbestimmung gestützt. Die Neufestsetzung war daher nicht geeignet, die Revisionsfähigkeit des angefochtenen Urteils nach § 72 Abs. 1 ArbGG. zu begründen.

Die Rev. war nach § 72 Abs. 2 i. Verb. m. § 554 a Abs. 1 ZPO. als unzulässig zu verwerfen.

(NArbG., Ur. v. 11. Mai 1929, RAG 582/28. — Duisburg.) [D.]

\*

**12. § 36 BetrGG.; § 11 ArbGG.; § 114 ZPO. Anwaltskosten als Geschäftsführungskosten des Betriebsrats. — Kann dem Betriebsrat das Armenrecht bewilligt werden?**

Die Antragsgegnerin hatte einem Teil ihrer Angestellten gekündigt. Der Angestelltenrat, dessen Vorsitzender der jetzige Antragsteller ist, erhob gem. § 86 BetrGG. Einspruchsklage und erwirkte im ersten Rechtszug ein obliegendes Urteil. Die Antragsgegnerin legte Berufung ein. Der Antragsteller beauftragte darauf in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Angestelltenrats den N. Dr. R. in G. mit der Vertretung der gekündigten Angestellten vor dem BG. Hierdurch entstanden 510,30 RM Rechtsanwaltskosten. Der Antragsteller verlangt nunmehr auf Grund des § 36 BetrGG. die Feststellung, daß diese Kosten Geschäftsführungskosten i. S. des § 36 BetrGG. und deshalb von der Antragsgegnerin an den genannten Anwalt zu zahlen seien.

Das ArbG. hat durch Beschl. v. 7. Dez. 1928 den Antrag als unbegründet abgewiesen. Es prüft nur die Notwendigkeit der Zuziehung des N. Dr. R., da die Parteien sich darüber einig seien, daß die Zuziehung eines N. für den zweiten Rechtszug an sich unter die Geschäftsführungskosten des § 36 BetrGG. falle, verneint

Zu 12. 1. Nach § 87 BetrGG. kann die dort bezeichnete Einspruchsklage vom Arbeiter- oder Angestelltenrat erhoben werden. Die Frage nun, wer die dann in zweiter Instanz durch die Vertretung des Arbeiter- oder Angestelltenrates entstehenden Anwaltskosten zu tragen hat, ist namentlich dann von Bedeutung, wenn der Arbeitgeber obliegt, also seine Haftung für diese Kosten nicht auf § 91 ZPO. gestützt werden kann. Der Arbeiter- oder Angestelltenrat, der diese Kosten im Falle seines Unterliegens nach allgemeinen Grundsätzen tragen müßte, kann sie nicht tragen, da er nur in qualitate qua klagt und als solcher keine Mittel hat, die Kosten auch nicht etwa von der Arbeiter- oder Angestelltenchaft einzuziehen darf (§ 37 BetrGG.). Die obige Entscheidung legt diese Kosten dem — obliegenden — Arbeitgeber auf, da dieser gem. § 36 BetrGG. die durch die Geschäftsführung des Arbeiter- oder Angestelltenrates entstehenden notwendigen Kosten zu tragen habe — ein eigenartiges Ergebnis, das bisher bestritten war (wie das NArbG. vor allem Gerstel: BenschSamml. I NArbG. S. 208, III NArbG. S. 155, V NArbG. S. 45 und VI NArbG. S. 145; Stein-Jonas, 14. Aufl., X 1c u. 2 zu § 91 ZPO. und mit Einschränkungen, NArbG. Dortmund: Nspr. in Arbeitsachen 1928, 422; a. A. Krönig: JW. 1927, 2357; Lange: Schlichtungswesen 1928 Nr. 12 S. 455; NArbG. Berlin: BenschSamml. III NArbG. S. 152 — Nspr. in Arbeitsachen 1928, 420). Die Gründe für und wider sind kurzgefaßt folgende:

a) Gegen den Standpunkt des NArbG. wendet man ein, daß der Arbeiter- oder Angestelltenrat dem betr. Arbeiter die Klagerhebung gem. § 87 BetrGG. überlassen könne, die fraglichen Kosten also nicht „notwendig“ seien. Dagegen spricht, daß § 87 dem Arbeiter- oder Angestelltenrat neben dem betr. Arbeiter ein selbständiges Klagerrecht gibt und daß der Arbeitgeber gem. § 36 BetrGG. die Kosten tragen muß, die dadurch notwendigerweise entstehen, daß der Arbeiter- oder Angestelltenrat sich auf einem ihm gesetzlich zugewiesenen Gebiet betätigt.

b) Gegen letzteres wird eingewandt, der Arbeiter oder Angestelltenrat brauche diese Betätigung nicht durch einen Anwalt, sondern könne sie gem. § 11 ArbGG. auch durch einen Organisationsvertreter ausüben, zum mindesten dann, wenn seine Mitglieder sämtlich derselben Organisation angehören. Wenn die obige Entscheidung dagegen sagt, daß es dem Arbeiter- oder Angestelltenrat ebenso wie einer anderen Partei freistehe, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen, so erscheint dies im Hinblick auf § 91 Abs. II ZPO. überzeugend. Immerhin mag ergänzend bemerkt werden, daß von vielen Seiten überhaupt die Möglichkeit bestritten wird, daß sich die Be-

aber die Notwendigkeit, da der Antragsteller aus der Verpflichtung heraus, die Geschäftsführungskosten für einen Dritten, nämlich für den Betrieb, möglichst niedrig zu gestalten, zunächst einmal, bevor er sich zur Zuziehung eines N. auf Kosten der Antragstellerin entschloß, den Versuch hätte machen müssen, sich das Armenrecht bewilligen und einen Armenanwalt beordnen zu lassen. Solange ein solcher Versuch nicht gemacht worden sei, könnten die Kosten des von der Betriebsvertretung zugezogenen Anwalts nicht als notwendig anerkannt werden.

Gegen den Beschluß hat der Antragsteller beim NArbG. Rechtsbeschwerde eingelegt. Das NArbG. ist zur Entscheidung über sie zuständig, da es sich bei der Antragsgegnerin um die in der thüringischen Stadt G. befindliche Zweigniederlassung eines Unternehmens mit dem Hauptsitz in B. handelt, das Verfahren also eine Unternehmung betrifft, die sich über den Bezirk eines Landes hinaus erstreckt (§ 85 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. und NArbG. 1, 196<sup>1</sup>). Der Rechtsbeschwerde kann auch ein Erfolg nicht versagt werden.

Dem ArbG. ist darin beizutreten, daß der Angestelltenrat die Kosten seiner Geschäftsführung auch in Angelegenheiten der vorliegenden Art niedrig zu gestalten verpflichtet ist. Wie jedoch das NArbG. bereits grundsätzlich entschieden hat, steht einer Betriebsvertretung, obwohl § 11 ArbGG. im Interesse der Kostenersparnis anstelle der Vertretung durch einen N. auch eine solche durch einen Verbandsvertreter zuläßt, im Prozeß die Wahl ihrer Vertretung ebenso frei wie einer anderen Partei. Entscheidet sie sich nach pflichtmäßiger Prüfung für die Vertretung durch einen N., so haben auch die hierdurch entstandenen Kosten regelmäßig als notwendig i. S. des § 36 BetrGG. zu gelten, und es ist die Sachlage nur dann anders zu beurteilen, wenn diese Vertretung rein willkürlich und aus einer Handlungsweise heraus gewählt wird, die der eines vernünftig denkenden Menschen widerspricht (vgl. das zum Abdruck bestimmte Ur. v. 13. April 1929, RAG 507/28). Für eine solche Annahme bietet der vom ArbG. festgestellte Sachverhalt keinen Anhalt. Insbes. läßt die unterlassene Einreichung eines Armenrechtsgesuchs keinen gegen- teiligen Schluß zu; denn nach der herrschenden und richtigen Meinung kann das Armenrecht und die damit zusammenhängende Beordnung eines N. auf Grund des auch für das arbeitsgerichtliche Verfahren maßgebenden § 114 ZPO. nur einer natürlichen Person bewilligt werden (vgl. Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., zu § 114 Erl. I, 1; Dersch-Volkmar, ArbGG., 3. Aufl., zu § 10 Anm. 5 c S. 255). Der Angestelltenrat ist aber keine natürliche Person. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die hier fragliche Bevollmächtigung des N. Dr. R. durch den Antragsteller erfolgt ist; denn

triebsvertretung durch einen Organisationsvertreter vertreten lassen könne, und zwar deshalb, weil die Betriebsvertretung nur für die Gesamtbelegschaft handele und diese als Personengemeinschaft nicht Mitglied einer der in § 11 ArbGG. bezeichneten Organisationen sein könne (so vor allem Gerstel: BenschSamml. V NArbG. S. 40; die NArbG. Köln u. Gleiwitz: ebenda S. 34 u. 37; Alterthum: JW. 1928, 1167; Fränkel, Betriebsrat und Arbeitsgericht S. 14; dagegen lassen Dersch-Volkmar, ArbGG., 3. Aufl., S. 254 unter D; Stein-Jonas, VII A 4 zu § 78 ZPO.; NArbG. Berlin: JW. 1928, 1080 = BenschSamml. V S. 13; Volkmar: NArbG. 1927, 434; ähnl. Flatow-Joachim, Anm. 9 Abs. 4 zu § 11 ArbGG. den Vertreter derjenigen Organisation zu, dem auch nur ein Teil der Arbeiterschaft angehört, während Raschel: NArbG. 1927, 427 Anm. 72; Schmincke-Sell, 2. Aufl., Anm. 15 zu § 11 ArbGG.; NArbG. Mannheim: BenschSamml. V NArbG. S. 33 den Vertreter der Organisation zulassen, der der entlassene Arbeiter angehört). Zum mindesten aber solange nicht die Zulässigkeit der Vertretung des Arbeiter- oder Angestelltenrates durch einen Organisationsvertreter höchstrichterlich bejaht ist, wird Vertretung durch einen Anwalt als „notwendig“ anerkannt werden müssen. Denn keiner Betriebsvertretung kann das Risiko zugemutet werden, daß ihre Berufung deshalb für unzulässig erklärt wird, weil sie durch einen Organisationsvertreter eingelegt ist.

c) Gegen obige Entscheidung wendet man ferner ein, daß die Betriebsvertretung im Armenrecht prozessieren könne. Darüber im folgenden unter 2.

d) Ferner wendet man ein, § 36 BetrGG. beziehe sich nur auf die Betätigung der Betriebsvertretung in gemeinschaftlichen Angelegenheiten der Gesamtbelegschaft bzw. gemeinschaftliche Angelegenheiten von Gesamtbelegschaft und Arbeitgeber. Dagegen spricht aber der ganz allgemein gehaltene Wortlaut des § 36.

2. Die obige Entscheidung des NArbG. verneint die Frage, ob der Betriebsvertretung das Armenrecht erteilt werden könne. Das ist die herrschende Meinung (so Dersch-Volkmar, ArbGG., 3. Aufl., S. 255; Flatow-Joachim, Anm. 1 am Ende zu § 71 ArbGG.; Stein-Jonas, Anm. IV zu § 114 ZPO.; Schmincke-Sell, Anm. 3 III (S. 208) zu § 12 ArbGG.; Volkmar: NArbG. 1927, 434; a. A. Gerstel: BenschSamml. V NArbG. S. 46; Krönig: JW. 1927, 2357; Lange: Schlichtungswesen 1928, 457; NArbG. Gleiwitz: BenschSamml. V NArbG. S. 34). Vorf. des NArbG. LGDir. Dr. Krönig, Hamburg.

1) JW. 1928, 2649.

er handelt dabei in seiner Eigenschaft als Vorsigender des Anstelltenrats, der gemäß § 86 Abs. 1 BetrRG. zur Erhebung und Durchführung der Kündigungseinspruchsklage neben den von der Kündigung betroffenen Angestellten selbständig befugt war.

(NArbG., Beschl. v. 29. Mai 1929, RAG RB 53/28.) [D.]

## Hamburg. Arbeitsgerichte.

I. § 11 ArbGG. Ist im Arbeitsgerichtsprozeß ein Rechtsanwalt Partei, so kann er sich auch durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen.

Der Kl., ein Kl. in M.-Glabbach, hat für eine ausgedragte Gebührenforderung den angeblichen Lohnanspruch seines Klienten gegen die Bekl. pfänden und sich überweisen lassen. Er klagt als Rechtsnachfolger vor dem ArbG. Hamburg.

Dieser hat seinen Hamburger Korrespondenzanwalt, der als sein Bevollmächtigter auftrat, gegen den Widerspruch der Bekl. mit folgender Begründung zugelassen:

I. Der Vertreter des Kl., ein Kl., hält seine Zulassung trotz § 11 ArbGG. zunächst deshalb für möglich, weil er ausweislich der von ihm überreichten Vollmacht nur als „Terminvertreter“ erscheine, § 11 schließe Anwälte nur als „Prozeßbevollmächtigte und Beistände“ aus.

Ohne auf die in JW. 1929, 1283 durch Kl. Dr. Goldfeld und sonst erörterte Frage einzugehen, ob nicht unter besonderen Verhältnissen ein Anwalt ohne weiteres Terminvertreter beim ArbG. sein darf, kann festgestellt werden, daß in vorliegendem Falle diese Begründung keinesfalls durchgreift. Denn es handelt sich hier nicht, wie z. B. bei dem Goldfeldschen Beispiel der Zeugenvernehmung durch einen ersuchten Richter, um eine „echte“ Terminvertretung — wobei Vollmacht und Auftrag sich wirklich nur auf den einen Termin erstrecken, sondern um Verhandlungen vor dem zur Entsch. berufenen Gericht, wo der gesamte Rechtsstreit behandelt werden muß. Dafür, daß gerade in dem ersten Termin besondere Umstände vorlagen, die nur gerade in ihm die Vertretung durch den erschienenen Anwalt geboten erscheinen lassen könnten, ist nichts dargetan. Die Lage ist danach für diesen Termin genau so anzusehen wie für alle folgenden Termine und für sonstige Prozeßhandlungen, die etwa außerhalb der mündlichen Verhandlung in Frage kommen. Aus diesem Grunde kann die Erteilung einer Terminvollmacht an einen Anwalt nichts anderes bedeuten als das, was die Erteilung einer Prozeßvollmacht sein würde, wenn man diejenigen Gesichtspunkte ins Auge faßt, die bei der Anwendung des § 11 ArbGG. in Frage kommen. Für diesen Fall erkennt auch Goldfeld in dem erwähnten Aufsatz an, daß dort, wo ein Anwalt tatsächlich die Partei im Prozeß vertreten soll, der § 11 ArbGG. nicht dadurch umgangen werden kann, daß man statt einer Prozeßvollmacht eine Anzahl von Terminvollmachten erteilt.

II. Indessen rechtfertigt sich die Zulassung des Kl. Dr. S. im vorliegenden Prozeß aus einem anderen Grunde.

1. Zunächst darf der Grundsatz aufgestellt werden, daß, wenn die wörtliche Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung zu offenbar sinnwidrigen Ergebnissen führt, jede Möglichkeit einer solchen Auslegung herangezogen werden darf und muß, die eine in sich verständige Erledigung des jeweils in Frage stehenden Einzelfalles gestattet.

2. Es kann dahingestellt bleiben, ob es möglich ist, die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung des § 11 ArbGG. vollkommen aufzuklären, sowie, ob und welche Bedeutung eine etwa denkbare reiflose Klärung dieser Frage für die aus dem § 11 sich ergebenden Streitfragen und den vorliegenden Fall haben könnte. Es genügt als einhellige Überzeugung, festzustellen, daß insbes. die Unmittelbarkeit im Verkehr zwischen Partei und Gericht durch die Beibehaltung des beim Kaufm.- und GewGer. bestehenden Ausschlusses von Anwälten und anderen geschäftsmäßig handelnden Personen gesichert werden sollte.

Faßt man diesen Gesichtspunkt ins Auge, so ist dem Vertreter des Kl. allerdings dahin recht zu geben, daß es ein völlig unvernünftiger und durch kein irgendwie denkbare gesetzgeberisches Motiv zu rechtfertigender Zustand wäre, wenn ein Kl., der in eigener Sache bei Verfolgung einer Gebührenforderung vor dem ArbG. erscheinen darf (was im vorliegenden Fall so sein würde), sich vor einem auswärtigen ArbG. oder bei Verhinderung durch Krankheit od. dgl. keines Fachkollegen bedienen dürfte, sondern sich in einem solchen Falle eine Privatperson suchen muß.

3. Die Anwendung des § 11 führt zu in der Literatur und Nspr. in großem Umfang erörterten Schwierigkeiten schon immer in dem Falle, daß eine Partei nicht sozialpolitisch organisiert ist und am fremden Ort Recht suchen muß. Sie darf sich in diesem Fall nicht solcher Personen bedienen, die derartige Vertretungen auch sonst übernehmen, sondern muß einen Laien zu finden suchen, bei dem man — wenn er für diese Tätigkeit Bezahlung er-

hält, sogar unter Umständen das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit auch bei Behandlung nur eines Falles für gegeben halten könnte. Es sollte also jemand sein, der aus irgendwelchen karitativen Erwägungen heraus bereit sein muß, für einen fremden Menschen einen Prozeß zu führen. Zweckmäßig wird man sich, tritt ein solcher Fall ein, der Vermittlung eines Kl. zur Ausfindung eines solchen privaten Bevollmächtigten bedienen. Dieses ist auch gegenüber nicht zu verkennenden, formellen Bedenken in einem solchen Falle (Beschl. des NArbG. Hamburg, LA Bs 75/29) nicht zu beanstanden, solange nicht ganz unverkennbare Anzeichen dafür in die Erscheinung treten, daß eine wirkliche Bevollmächtigung von der Partei an den Prozeßvertreter gar nicht gewollt ist und also nicht vorliegt. Ist nun ein Anwalt selbst Partei, wie im vorliegenden Fall, dann wird er sich zunächst — selbstverständlicherweise — ebenfalls an seinen Korrespondenzanwalt an dem betreffenden Gerichtsort wenden. Mühte er sich nun durch diesen Anwalt eine Privatperson suchen lassen, die aus praktisch völlig unerfindlichen Motiven heraus bereit sein könnte, ihn, den Kl., vor dem ArbG. zu vertreten, so würde das ein so unvernünftiges Ergebnis bedeuten, daß jede Auslegung herangezogen werden muß, die es ermöglicht, ein solches Ergebnis zu vermeiden.

4. Diese Auslegung ist nun durch die eine unter 2 erwähnte, neben anderen zweifellos gegebene Zweckbestimmung des § 11, nämlich die Wahrung der Unmittelbarkeit, nahegelegt. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens dient drei prozeßtechnischen Zwecken.

Einmal soll auf das Erscheinen derjenigen Personen ein Druck ausgeübt werden, die über den Anspruch verfügen können. Es soll die Verhandlung aus der meist weniger fruchtbaren Erörterung über das, was man tatsächlich feststellen kann und seine theoretischen Rechtsfolgen in das Gebiet praktischer Entschlüsse über die Erledigung des nun einmal aufgetretenen Interessenkonflikts hingeführt werden. Dies ist aber regelmäßig nur dann gegeben, wenn die Partei selbst anwesend ist, d. h. wenn überhaupt keine Vertretung stattfindet, ist aber im übrigen von dem Auftrag an den Bevollmächtigten abhängig.

Weiter soll in der Verhandlung möglichst eine unmittelbare Kenntnis der tatsächlichen Vorgänge, und vor allem drittens eine genaue Kenntnis der für die Beurteilung des Ablaufs der Geschehnisse maßgebenden allgemeinen Umstände, der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse und auch der regelmäßig in Anwendung kommenden Rechtsvorschriften und ihrer praktischen Handhabung gegeben sein.

Diese allgemeine Kenntnis der Verhältnisse ist dabei das weitaus bedeutendere von den beiden letztgenannten Umständen. Denn über den tatsächlichen Ablauf der Ereignisse im Einzelfall wird auch die Partei oder ihr Vertreter selbst aus eigener Kenntnis häufig gar nicht unterrichtet sein, und ihre Stellungnahme und ihre Äußerungen über den Tatbestand als solchen werden — eben als Äußerungen der beteiligten Partei — im Zweifel keine entscheidende Wichtigkeit haben. Dagegen kommt es auf die allgemeine Kenntnis der Verhältnisse sehr stark an, auch wenn die betreffende Person den Vorgängen selbst nicht beigewohnt hat. Das Vorhandensein dieser Kenntnisse ist es, was das Verhandeln fördert. Sie sind bei der Partei selbst, und regelmäßig auch bei einem aus ihrem unmittelbaren Geschäfts- oder Familienkreis stammenden Einzelbevollmächtigten vorhanden. Deswegen hat das Gesetz auch unbedenklich Organisationsvertreter zulassen können, obwohl diese regelmäßig keinerlei eigene Kenntnis vom Tatbestand des Einzelfalles haben. Ihnen eignet aber in aller Regel eine überaus genaue Kenntnis der allgemeinen Umstände, die für die Erörterung des Einzelfalles wichtig sind. Deswegen ist der Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens in seinem entscheidenden Teil auch trotz Beteiligung von Organisationsvertretern an Stelle der Partei selbst als gewahrt angesehen worden. Dagegen wird von einem Kl. offenbar angenommen, daß er im allgemeinen nur Einzelfälle bearbeitet und — selbst als ständiger Rechtsberater einer Firma oder eines Verbandes — nicht aus eigener verantwortlicher Tätigkeit innerhalb des sozialpolitischen Organismus sich diejenige intime Kenntnis erwerben könne wie ein Verbandshandikus. Dies alles ist im vorliegenden Falle anders. Wenn ein Kl. eine Gebührenforderung verfolgt, so handelt es sich um eine spezifische Rechtsanwaltsangelegenheit, und es ist allerdings dem Vertreter des Kl. recht zu geben, daß die Anwälte entgegen der Absicht des § 11 schlechter gestellt würden als alle anderen Berufsstände, wenn man bei ihnen nicht nur die Vertretung durch Fachkollegen nicht fördert, sondern unterbindet. Es ist also festzustellen, daß der vom § 11 zweifellos neben anderen Gesichtspunkten mit in erster Linie geforderte Grundsatz der Unmittelbarkeit durch einen Ausschluß des vom klagenden Kl. bevollmächtigten Kl. in sein Gegenteil verkehrt würde.

5. Der Wortlaut des § 11 ist allerdings außerordentlich strikt gefaßt: „Rechtsanwälte sind als Prozeßbevollmächtigte ausgeschlossen.“ Demgegenüber wird in der Verfolg des vorstehenden Gedankenganges daran festzuhalten sein, daß, wenn der klagende Kl. selbst kommen könnte, ein von ihm Bevollmächtigter nicht deswegen ausgeschlossen

werden kann, weil er die Eigenschaft besitzt, ebenfalls *N.* zu sein. Es ist dies ein Schluß *ex maiore ad minus*.

III. Die Überlegungen, die in dem bisherigen Teil der Begründung angestellt sind, treffen nun allerdings insofern den Tatbestand des Prozesses nicht ganz, weil hier nicht eine Gebührenforderung selbst verfolgt wird, sondern eine wegen einer Gebührenforderung gepfändete Lohnforderung. Immerhin ist der Zusammenhang zwischen der Gebührenforderung und dieser gepfändeten Lohnforderung so stark, daß es nicht notwendig erscheint, von der oben gerechtfertigten Auslegung des § 11 abzugehen und damit ein Ergebnis herbeizuführen, welches in sich offenbar unvernünftig und mit dem erkennbaren Ziel und Zweck der anzuwendenden gesetzlichen Vorschrift in direktem Gegensatz steht.

(*ArbG. Hamburg, Beschl. v. 16. Mai 1929, K 1198/29.*)

Mitgeteilt von *ArbG. Dr. Dr. Hannes Kaufmann, Hamburg.*

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Art und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

#### A. Gutachten.

I. §§ 13, 61, 76, Abs. 1 Nr. 1, 228 Satz 2, 236, 277, 279 *ABGD.*

1. Hat der Präsident des *VFzV.* auf einen ihm nach Anfechtung vorgelegten Steuerbescheid das *FzV.* angewiesen, den Steuerbescheid abzuändern, und hat das *FzV.* den ersten Steuerbescheid aufgehoben und einen Berichtigungsbescheid erlassen, so sind der Aufhebungs- und der Berichtigungsbescheid rechtsunwirksam (nichtig). Das *VFzV.* hat über die gegen den ersten Steuerbescheid eingelegte Anfechtung zu entscheiden. Die Aufhebung des ersten Steuerbescheids durch das *FzV.* ist keine rechtswirksame Abhilfeentscheidung i. S. § 277 Satz 1 *ABGD.*

2. In der Anfechtungsentscheidung ist eine Verböserung nur unter den Voraussetzungen des § 228 Satz 1 *ABGD.* zulässig.

3. Der Steuerpflichtige, dem gegenüber dem ersten Steuerbescheid ein ungünstiger Berichtigungsbescheid des *FzV.* droht, hat während des Laufes der Anfechtungsfrist die Möglichkeit, durch Einlegung der Anfechtung die Höherfestsetzung durch das *VFzV.* zu verhindern, sofern und soweit die Höherfestsetzung sich auf das Bekanntwerden neuer Tatsachen oder Beweismittel oder auf eine abweichende rechtliche Beurteilung gründet. Dagegen kann der Steuerpflichtige die Möglichkeit einer Höherfestsetzung, die bei gleichem Sachverhalt auf einer anderen tatsächlichen Würdigung beruhen würde, durch Einlegung der Anfechtung während der Anfechtungsfrist hindern.

4. Ist der erste Steuerbescheid durch Ablauf der Anfechtungsfrist unanfechtbar geworden, so hat der Steuerpflichtige, dem gegenüber dem ersten Bescheid eine höhere Steuerfestsetzung seitens des *FzV.* droht, rechtlich nicht die Möglichkeit, diese Höherfestsetzung des *FzV.* durch Einlegung einer unzulässigen Anfechtung zu hindern. Aus dem Umstand aber, daß über die Zulässigkeit der Anfechtung nicht das *FzV.*, sondern das *VFzV.* und gegebenenfalls der *RfH.* entscheidet, kann in geeigneten Fällen zwecks Vermeidung der Möglichkeit einer rechtsunwirksamen Höherfestsetzung für das *FzV.* Anlaß bestehen, die Höherfestsetzung bis zur endgültigen Entscheidung über die Zulässigkeit der Anfechtung zu unterlassen. Nimmt das *FzV.* die Höherfestsetzung vor, läßt aber das *VFzV.* oder der *RfH.* die Anfechtung zu, so ist die Höherfestsetzung des *FzV.* rechtsunwirksam. § 277 *ABGD.* bezieht sich nur auf zulässige Anfechtungen. †)

Der *RfM.* hat den *RfH.* im Hinblick auf die neue Rechtsprechung des 4. Sen. dieses Gerichtshofs (*RfH.* 24, 27, 129) nach § 43 *ABGD.* um gutachtliche Äußerungen über mehrere Fragen er sucht.

#### A.

Die erste Frage des *RfM.* lautet:

„1. Fall: Der Präsident des *VFzV.* hat auf einen ihm nach Anfechtung vorgelegten Steuerbescheid hin entsprechend der bisherigen

Zu 1. Das Gutachten behandelt eine Reihe von Fragen, auf welche die *ABGD.* keine bestimmte Antwort gibt, so daß der Fortbildung des Rechts durch die *Rspr.* genügender Spielraum ge-

Verwaltungsübung das *FzV.* angewiesen, den Steuerbescheid abzuändern. Das *FzV.* hat den ersten Steuerbescheid aufgehoben und einen Berichtigungsbescheid erlassen.

Sind bei dieser Prozedur die Entschlüsse des *FzV.*, die auf der nach der neuen Rechtsprechung des *RfH.* unzulässigen Anweisung des Präsidenten des *VFzV.* beruhen, in dem Sinne rechtsunwirksam, daß nicht nur der Berichtigungs-, sondern auch der Aufhebungsbescheid ohne rechtliche Bedeutung ist, der aufgehobene Steuerbescheid wieder voll wirksam wird und über die gegen ihn eingelegte Anfechtung zu entscheiden ist? Oder ist die Aufhebung des Steuerbescheids durch das *FzV.* als eine Abhilfeentscheidung i. S. des § 277 Satz 1 *ABGD.* anzusehen, die den Steuerfall endgültig erledigt?“

#### I.

Ist Anfechtung (§ 219 *ABGD.*) eingelegt, so kann nach § 277 Satz 1 *ABGD.* das *FzV.* der Anfechtung abhelfen. Will es ihr nicht abhelfen, so hat es nach § 277 Satz 2 *ABGD.* die Sache dem *VFzV.* vorzulegen, das nach § 279 Satz 1 über die Anfechtung entscheidet. Aus dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich zwingend der vom Sen. in dem Ur. v. 11. Juli 1928, IV A 91/28 (*RfH.* 24, 27) gezogene Schluß, daß die dem *FzV.* im § 76 Abs. 1 *ABGD.* gegebene Befugnis, einen Zölle oder Verbrauchsabgaben betreffenden Steuerbescheid zurückzunehmen oder zu ändern, wenn gegen den Bescheid die Anfechtung eingelegt ist, auf die Abhilfe beschränkt ist. Nach dieser Rechtsansicht, der in der Rechtslehre Becker (*StW.* 1928, 1241), Holländer (*StW.* 1928, 1241) und Lucas (*StW.* 1929, 374) zugestimmt haben, ist nach eingelegter Anfechtung die Zuständigkeit des *FzV.*, über die Festsetzung des Steueranspruchs zu befinden, allein dann gegeben, wenn es der Anfechtung abhilft, wobei unter Abhilfe nur die vollständige Abhilfe gemeint ist, d. h. eine Berichtigung des Steuerbescheids, die nach dem Begehren des Anfechtenden geschieht (vgl. IV A 395/28 v. 5. Dez. 1928, siehe auch Art. 1, *Stf.* f. 3. u. Verbr. 1928, 403). Dem *FzV.* stehen nach eingelegter Anfechtung nur die zwei Möglichkeiten offen, nämlich

a) der Anfechtung voll abzuweichen oder

b) die Anfechtung an das *VFzV.* abzugeben.

Entscheidet sich das *FzV.* für die erste Möglichkeit, so ist damit der Steuerfall endgültig erledigt. Hier handelt es sich dann um eine rechtswirksame Abhilfeentscheidung, die eine erneute Finanzanspruchnahme des Anfechtenden aus diesem Steuerfall ausschließt (*RfH.* 24, 129). Entscheidet sich aber das *FzV.* nicht für diese erste Möglichkeit, so entfällt damit jede Zuständigkeit des *FzV.*, seinen Steuerbescheid ganz zurückzunehmen und die Steuer niedriger oder höher festzusetzen. Allein zuständig hierfür ist das *VFzV.* Diese ausschließliche sachliche Zuständigkeit des *VFzV.* ist von dem Zeitpunkt an gegeben, wo das *FzV.* ausdrücklich erklärt oder sonst irgendwie erkennen läßt, daß es der Anfechtung nicht abhilft, sei es auch nur dadurch, daß es die Sache an das *VFzV.* abgibt. Von diesem Zeitpunkt ab ist die alleinige Zuständigkeit des *VFzV.* begründet und sind alle Entscheidungen des *FzV.*, die den von ihm erlassenen Steuerbescheid aufheben oder ändern, von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassen.

Es fragt sich, welche Wirkungen solche vom *FzV.* unzuständigerweise erlassenen Bescheide hinsichtlich des ersten Steuerbescheids ausüben und ob und inwieweit sie das beim *VFzV.* anhängige Anfechtungsverfahren beeinflussen. Die Frage hängt mit den Folgen fehlerhafter Staatsakte und deren Beseitigung zusammen.

#### II.

In der verwaltungsrechtlichen Rechtslehre nimmt die eine Richtung (Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bd. I § 9 S. 95; Laband, *Staatsrecht*, 5. Aufl., S. 196 in Anm. 1; Hatschek, *Verh.* d. Deutsch. u. Preuß. Verwaltungsrecht, § 16; Schoen in Holzendorfs *Enzykl.* IV 1914 S. 266) an, der Staatsakt könne schlechthin nichtig sein oder nur der Anfechtung unterliegen; grundsätzlich sei letzteres der Fall, ein öffentliches Akt habe die Präsumtion für sich, daß er den Anforderungen des Rechts entspreche, nichtig sei nur der Verwaltungsakt einer absolut unzuständigen Behörde, absolute Unzuständigkeit sei aber nicht etwa bloß sachliche Unzuständigkeit, sondern liege nur dann vor, wenn der Verwaltungsakt unter keinen, wie immer gearteten Umständen, in die Zuständigkeit des betreffenden Staatsorgans fallen konnte, weil sie auf einer Resortverwechslung beruhe; nichtige Verfügungen hätten keine Rechtswirkung, sie bedürften keiner Aufhebung, um nicht zu wirken, ihre Zurücknahme aber sei geboten zwecks Klarstellung des Rechtszustandes, sie habe lediglich die Bedeutung einer Feststellung ihrer Nichtigkeit, andere Verfügungen wirkten, bis sie behördlich außer Kraft gesetzt seien, diese Außerkräftigung könne auf Anfechtung des Betroffenen erfolgen, sie habe, wenn sie wegen Gesetzeswidrigkeit statfinde, rückwirkende Kraft.

Eine andere Richtung (vgl. insbes. Herrmann, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, S. 285; Kleiner, *Institutionen*, 8. Aufl., S. 203; Meuhäuser, *Die Erschleichung rechtsgeschäft-*

lassen ist. Der § 76 Abs. 1 Nr. 1 *ABGD.*, wonach ein Steuerbescheid, der Zölle oder Verbrauchsabgaben betrifft, von der Behörde, die ihn erlassen hat, geändert werden kann, auch wenn er



licher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden, 1921, S. 86) erklärt als absolut nichtig jene Verwaltungsakte, welche sich in Wirklichkeit nicht als Willensakte des zur Vornahme derselben gesetzlich berufenen Organs darstellen, also Willensakte einer nicht zuständigen (inkompetenten) Behörde; die die Nichtigkeit begründende Unzuständigkeit könne eine sachliche sein, wenn ein behördliches Organ eine Entscheidung oder eine Verfügung erlassen habe, zu welcher es weder an sich zuständig oder zu deren Vornahme wenigstens die betreffende behördliche Stufe (Instanz) nicht zuständig sei.

Ebenso erklären im wesentlichen Akte sachlicher Unzuständigkeit für nichtig Bernabik, Rspr. und materielle Rechtskraft, 1886, S. 270, 273; Zellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, S. 93 (vgl. zu der Stellungnahme Zellineks Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914, S. 109 ff., insbes. Anm. 267, und v. Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, S. 107 Anm. 395) und Normann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 247, 259; „Nichtig ist auch der Verwaltungsakt einer absolut unzuständigen Behörde.“ „Absolute Unzuständigkeit deckt sich im großen ganzen mit sachlicher Unzuständigkeit.“ Tezner, Österreich. Ztschr. f. öffentl. Recht, 1918, S. 417, 420, geht davon aus, daß jeder obrigkeitliche Verwaltungsakt zugleich eine Beziehung zum Staate und zu dem einzelnen hat, und fragt nach seiner autoritativen Wirkung auf die Individuen und nach seiner Wirkung auf den Staat. „In welchem Umfang der nach unten autoritativ wirkende obrigkeitliche Akt der sachlich zuständigen Behörde jeglicher bindenden Kraft gegenüber dem Staate entbehrt, durch ihn umgestoßen oder als gar nicht bestehend, als nichtig behandelt werden darf, ist ein Problem besonderer Art, das, soweit es nicht gesetzlich gelöst ist, seine Lösung mit Rücksicht auf die Lebensbedingungen des Staates und die sozialen Pflichten seiner Glieder zu finden hat.“ Siehe aber noch S. 374: Der Akt „einer unzuständigen Behörde ist grundsätzlich ein Scheinakt, weil jeder obrigkeitlichen Behörde diese ihre Eigenschaft nur im Rahmen des ihr zugewiesenen Wirkungskreises zukommt.“

### III.

Die RAbgD. hat sich mit diesen theoretischen Lehren, die allgemein anerkannte Ergebnisse kaum zeitig haben (vgl. Bühler, Lehrb. S. 323, f. auch v. Hippel S. 117: „Der Begriff der absoluten Unzuständigkeit ist in Praxis und Literatur durchaus dunkel geblieben...“), ausdrücklich hinsichtlich der örtlichen Unzuständigkeit im § 61 auseinandergesetzt. Nach dieser Vorschrift bewirkt die örtliche Unzuständigkeit eines FinV. nicht Unwirksamkeit, sie ist vielmehr innerhalb der Rechtsmittelfrist geltend zu machen, ist also bloßer Anfechtungsgrund. Durch Schluß auf das Gegenteil wird man daraus zu entnehmen haben, daß sachliche Unzuständigkeit Unwirksamkeitsgrund (Nichtigkeitsgrund) ist (vgl. Bühler, Lehrb. S. 333), es sei denn, daß es sich um rechtsgewährende Verfügungen handelt, für die die Sondervorschrift des § 78 RAbgD. gilt. Wenn man zunächst von § 78 RAbgD. absteht, so sprechen, abgesehen von dem angeführten Gegenteilschlusse, folgende Erwägungen für die Unwirksamkeit der nach der Anfechtung getroffenen, ihr nicht voll stattgebenden Entschlüsse des FinV.

Welches Maß von Rechtsschutz in der Ausgestaltung des Rechtsmittelszuges, insbes. in der Bestimmung der zur Entsch. über ein Rechtsmittel berufenen Behörde für die Sicherheit des Steuerpflichtigen

für den Steuerpflichtigen unanfechtbar geworden ist, erleidet zwei Einschränkungen. Die eine ergibt sich aus § 76 Abs. 3, wonach Rechtsmittelentscheidungen mit Ausnahme der hier nicht interessierenden Einspruchsentscheidungen nicht zurückgenommen oder geändert werden können. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß, wenn ein Steuerbescheid angefochten und über die Anfechtung im Rechtsmittelfahren entschieden ist, selbst im Falle einer Zurückweisung des Rechtsmittels auch der Steuerbescheid nicht nachträglich geändert werden kann. Denn eine Änderung des Steuerbescheides würde zugleich eine Änderung der Rechtsmittelentscheidung, durch welche die Anfechtung oder die gegen die Anfechtungsentscheidung eingelegte Rechtsbeschwerde zurückgewiesen ist, bedeuten. Der RVS. hält nun aber, und zwar im Widerspruch mit der bislang herrschenden Meinung, den § 76 Abs. 1 auch schon dann für unanwendbar, wenn das Rechtsmittel der Anfechtung eingelegt ist. Er schließt dieses daraus, daß nach Einlegung der Anfechtung das FinV. auf Grund von § 277 RAbgD. der Anfechtung abhelfen kann und hält mit diesem Abhilferecht ein weitergehendes Abänderungsrecht nicht für vereinbar. Dieser Ansicht wird ohne weiteres beizutreten sein. Denn die Ermächtigung des FinV., der Anfechtung abzuwehren, hätte keine Bedeutung, wenn auch nach Einlegung der Anfechtung das FinV. das weitergehende Abänderungsrecht aus § 76 behielte. Von Interesse ist, daß Becker, der noch in der neuesten Auflage seines Komm. zur RAbgD. die Ansicht vertritt, daß das FinV. auch nach Einlegung eines Rechtsmittels bis zur Entsch. über das Rechtsmittel die Abänderungsbefugnis aus § 76 behalte, sich in StW. 1928, 1241 der Ansicht des RVS. angeschlossen, also seine bis dahin abweichende Ansicht aufgegeben hat.

Der RVS. steht weiter auf dem Standpunkt, daß eine Ab-

tigen einerseits, für die Belange des Steuergläubigers andererseits, erforderlich ist, ist in erster Linie eine politische Frage, deren Entsch. dem Gesetzgeber allein zusteht (Vd. 24 S. 217). Die vom Gesetzgeber hierüber getroffene Regelung, insbes. die über die Behörde, die über ein Rechtsmittel zu entscheiden hat, ist zwingenden Rechtes. Hat, wie oben zu I dargetan, nach eingelegter Anfechtung und nachdem das FinV. erklärt hat, der Anfechtung nicht abzuwehren, über die Anfechtung allein das FinV. als Anfechtungsbehörde zu entscheiden, so darf in dieses Verfahren nicht das FinV. eingreifen, selbst wenn dies auf Anweisung der Aufsichtsbehörde geschieht. Greift das FinV. doch ein, so würde es dem Wesen des Rechtsmittelszuges widersprechen, wenn die zur Entsch. berufene Anfechtungsbehörde in ihrer Tätigkeit durch die Entsch. des FinV. gehindert werden könnte und die Aufhebung des berechtigenden Beschlusses des FinV. erst abwarten müßte, ehe es seinerseits entscheiden kann. Die Entschlüsse des FinV., die in die Zuständigkeit des FinV. eingreifen, müssen daher zunächst dem FinV. gegenüber als rechtsunwirksam, nichtig, angesehen werden. Dies gilt zunächst ohne weiteres, wenn die Aufhebung des Steuerbescheides und der Erlaß eines Berichtigungsbescheides vom FinV. von sich aus geschieht. Denn es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Behörde, deren Entschluß angegriffen ist und deren Zuständigkeit nach der Erklärung der nicht vollen Abhilfe aufgehört hat, die Entsch. über die Sache nicht wieder an sich reißen und dadurch die Entsch. der zuständigen Behörde hindern kann. Das gleiche muß aber auch für die Fälle gelten, wo diese Entschlüsse des FinV. auf Anweisung der Aufsichtsbehörde geschehen (§ 13 RAbgD.). Denn wenn auch die Aufsichtsbehörde und die Anfechtungsbehörde nach der Organisation der RAbgD. dieselbe Stelle (der Präs. des FinV.) ist, so unterscheidet die RAbgD. doch streng zwischen dem Aufsichtsverfahren des § 13 RAbgD. und dem Anfechtungsverfahren (§§ 277, 279 RAbgD.). Daraus muß als Wille des Gesetzes geschlossen werden, daß eine Verquickung der beiden Verfahren zu unterbleiben hat und daß auch Entschlüsse des FinV., die wegen des unzulässigen Verfahrens aus § 13 RAbgD. ergehen, für das Anfechtungsverfahren rechtsunwirksam sind.

Ist aber sonach die Aufhebung des ersten Steuerbescheides und der Erlaß eines Berichtigungsbescheides nach Abgabe der Sache an das FinV. den Anfechtungsbehörden gegenüber nichtig, rechtsunwirksam, so fragt sich weiter, ob eine solche Rechtsunwirksamkeit der Entschlüsse auch dem Steuerpflichtigen gegenüber anerkennen ist. Auch diese Frage ist zu bejahen. Denn mag auch in der allgemeinen Verwaltungslehre der Grundsatz Anerkennung gefunden haben, daß ein Verwaltungsakt die Präsomption für sich hat, daß er den Anforderungen des Rechtes entspricht und daß im sonstigen öffentlichen Rechte die Mangelhaftigkeit des Verwaltungsaktes im allgemeinen die Anfechtbarkeit (sei es seitens der Behörde, sei es seitens des Steuerpflichtigen, worauf weiter unten noch zurückzukommen ist), nicht die Nichtigkeit des Aktes zur Folge hat, und mag es auch im sonstigen öffentlichen Rechte Fälle geben, wo eine Sonderung des Verwaltungsaktes nach seiner autoritativen Wirkung auf die Individuen und nach seiner Wirkung auf den Staat einzutreten hat (vgl. Tezner a. a. O.), so kann doch für das Steuerfestsetzungsverfahren — und auch das Anfechtungsverfahren ist ein fortgesetztes Steuerfestsetzungsverfahren — begrifflich nicht die Möglichkeit zugegeben werden, daß eine Steuerfestsetzung des FinV.

hilfe nach § 277 nur zulässig ist, wenn der Anfechtung in vollem Umfang abgeholfen wird. Er hält es also nicht für zulässig, daß das FinV., wenn es die Anfechtung zum Teil für begründet hält, insoweit seinen Bescheid abändert und nur im übrigen die Entsch. dem FinV. überläßt. Die Unzulässigkeit einer teilweisen Abhilfe läßt sich jedoch m. E. aus § 277 nicht ableiten. Der § 277 ist dem § 571 ZPO. nachgebildet, der für den Fall der zivilprozessualen Beschwerde wesentlich die gleichen Vorschriften enthält. Bereits i. Z. 1895 hat das RG. ausgesprochen, daß eine Beschwerde von dem Gerichte, dessen Entsch. angefochten sei, auch teilweise abgeholfen werden könne. Bei Erlaß der RAbgD. lag eine feststehende Praxis der ordentlichen Gerichte bezüglich der Anwendung von § 571 ZPO. vor. Es ist doch kaum anzunehmen, daß der § 277 RAbgD. einen anderen Sinn haben soll.

Recht zweifelhaft erscheint auch, ob eine Abhilfe durch das FinV. ausgeschlossen ist, sobald das FinV. die Sache dem FinV. vorgelegt und damit zu erkennen gegeben hat, daß es der Anfechtung nicht abhelfen will. Praktisch wird natürlich der Fall, daß das FinV. seine Meinung ändert, also nachträglich doch die Anfechtung für begründet hält, nur selten vorkommen. Möglich ist es aber, daß der Präs. des FinV., nachdem ihm die Sache vorgelegt ist, das FinV. anweist, der Anfechtung nachträglich abzuwehren. Der RVS. hält dieses nicht für zulässig, weil er der Ansicht ist, daß mit der Vorlegung der Sache an das FinV. dessen sachliche Zuständigkeit begründet und damit die sachliche Zuständigkeit des FinV. ausgeschlossen ist. Er geht so weit, daß er eine spätere Abhilfe durch das FinV. für einen schlechthin nichtigen und unwirksamen Akt hält. Gegen diese Auffassung lassen sich schwerwiegende Bedenken nicht unterdrücken. Die Abgabe der Sache an das FinV. ist ein Vorgang, der sich im inneren Geschäfts-

der Anfechtungsbehörde gegenüber nichtig, dem Steuerpflichtigen gegenüber aber nicht rechtsunwirksam, sondern nur anfechtbar ist. Denn jede Steuerfestsetzung bestimmt einheitlich, welche Geldleistung aus einem Lebensstatbestande dem Steuergläubiger von dem betreffenden Steuerpflichtigen gebührt. Aus jedem Steueratbestande ist nur eine Steuerfestsetzung gerechtfertigt. Sind, wie oben dargelegt, die Entschlüsse des FinA. nach Einlegung der Anfechtung und nach Abgabe an das VFinA. diesem gegenüber rechtsunwirksam, haben sie daher nicht die Kraft der Anfechtungsbehörde gegenüber, den ersten Steuerbescheid zu beseitigen oder zu ändern, hat vielmehr das VFinA. über die Anfechtung ohne Rücksicht auf jene späteren Entschlüsse des FinA. zu entscheiden, wobei es die erste Steuerfestsetzung aufheben oder die Steuer ermäßigen oder die Steuer im Rahmen des § 228 ABG.D. (vgl. hierzu die späteren Ausführungen zum Falle 2) erhöhen kann, so können auch nicht dem Steuerpflichtigen gegenüber jene späteren Entschlüsse des FinA. irgendwelche Wirkungen äußern, weil für jeden Tatbestand nur eine Steuer einheitlich festgesetzt werden kann.

Der Senat hat denn auch schon als erkennendes Gericht die späteren Entschlüsse des FinA. schlechthin als „rechtsunwirksam“ bezeichnet (vgl. z. B. IVA 26/29 v. 8. März 1929). Allerdings hat der Senat in einer Sache aus § 433 ABG.D. (Beschl. v. 20. Dez. 1928, IV F 5/28<sup>1</sup>) einen der Anfechtung nicht voll statgebenden Abhilfebescheid stillschweigend als rechtskräftige Steuervorurteilung behandelt, was nach der hier dargelegten Auffassung nicht mehr würde aufrechterhalten werden können.

Soweit es sich bei den späteren Entschlüssen des FinA. um die Aufhebung des ersten Steuerbescheides oder um Ermäßigung der Steuer handelt, kann sich der Steuerpflichtige auch nicht auf § 78 ABG.D. berufen, auch nicht auf die Rspr. des Sen. (Urt. v. 26. Sept. 1928, IVA 162/28, Bd. 24 S. 129) darüber, daß eine gemäß § 277 Satz 1 ABG.D. erlassene Abhilfeentscheidung den Steuerfall endgültig erledigt, so daß eine erneute Inanspruchnahme des Anfechtenden aus diesem Steuerfall ausgeschlossen sei. Die Tragweite des § 78 ABG.D., der von Anerkennungen, Genehmigungen, Bewilligungen oder Erlaubniserteilungen spricht, die den Beteiligten Befugnisse oder Vergünstigungen gewähren — mag man den Geltungsbereich der hierunter fallenden Verfügungen auch weit ziehen —, bezieht sich nicht auf Steuerfestsetzungen und das sich daran anschließende Rechtsmittelverfahren, da für dieses Verfahren die ABG.D. Sondervorschriften erlassen hat. Eine Abhilfeentscheidung i. S. des § 277 Satz 1 ABG.D. und des Urt. Bd. 24 S. 129 liegt aber nicht in dem zur Begutachtung gestellten Falle 1 vor, weil hier das FinA. der Anfechtung nicht vollständig abgeholfen, sondern die Anfechtung dem VFinA. als der Anfechtungsbehörde vorgelegt hat und damit sich der Zuständigkeit der Erledigung durch Abhilfe begeben hat, wodurch die alleinige Zuständigkeit des VFinA. für die Erledigung des Steuerfalles begründet wurde.

Hieraus ergibt sich die Beantwortung der zum Falle 1 gestellten Fragen i. S. des in der Überschrift wiedergegebenen Rechtssatzes 1.

Hierzu sei noch folgendes bemerkt:

Da es sich bei den späteren Entschlüssen des FinA. um nichtige Akte handelt, die daher weder für die Anfechtungsbehörde, noch für den Steuerpflichtigen, noch für das FinA. rechtsverbindlich

gang abspielt und der den Beteiligten nicht bekannt zu sein braucht, in der Regel auch nicht bekannt sein wird. Für das Beschwerdeverfahren ist in § 282 ABG.D. ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Stelle, deren Verfügung mit der Beschwerde angefochten ist, darüber zu beschließen hat, ob sie der Beschwerde abhelfen will. Bei Anwendung dieser Bestimmung kann die Meinung vertreten werden, daß der gefaßte Beschluß dem Beschwerf. nach § 73 bekanntzugeben ist. In dem von der Anfechtung handelnden § 277 fehlt aber eine entsprechende Bestimmung. Das FinA. gibt dadurch, daß es die Sache dem VFinA. vorlegt, zu erkennen, daß es der Beschwerde nicht abhelfen will. Einem ausdrücklichen Beschlusse hierüber, der dem Anfechtenden bekanntzugeben wäre, bedarf es aber nicht. Hebt das FinA. nach eingelegter Anfechtung den Steuerbescheid auf, so ist also nicht erkennbar, ob diese Aufhebung vor oder nach der Vorlegung beschlossen ist. Es wird deshalb auch die Frage, ob die Aufhebung rechtsunwirksam oder nichtig ist, nicht von der Wahl des Zeitpunktes abhängig gemacht werden können, weil sonst die Rechtssicherheit auf das Ernsteste gefährdet sein würde.

Wenn das FinA. nach Einlegung der Anfechtung in Übereinstimmung mit dem Antrage des Anfechtenden den Steuerbescheid aufhebt, bevor über die Anfechtung vom VFinA. entschieden worden ist, so wird die Aufhebung also immer als eine rechtsunwirksame Abhilfe anzusehen sein. Will das FinA. dem Antrage nur teilweise entsprechen, so kann es dieses in der Weise tun, daß es den Steuerbescheid entsprechend abändert oder auch in der Weise, daß es den Steuerbescheid aufhebt und an dessen Stelle einen neuen Steuerbescheid erläßt. Im letzten Falle können die beiden miteinander zusammenhängenden Bescheide in einer Urkunde zu-

find, so entbehren sie jeder Wirksamkeit. Insbes. kann der nichtige Akt keine Grundlage für die Vollstreckung bilden. Die Rechtsunwirksamkeit des Aktes schließt aber nicht aus, daß seine Nichtigkeit deklaratorisch durch die Aufhebung der Verfügung festgestellt wird (vgl. Normann S. 206 ff.; Becker, ABG.D., 5. Aufl., S. 161). Dies kann entweder dadurch geschehen, daß das FinA. selbst die Bescheide von sich aus aufhebt (§ 76 Abs. 1 Nr. 1 ABG.D.) oder daß der Steuerpflichtige gegen die Bescheide Anfechtung einlegt und nunmehr das FinA. der Anfechtung abhilft oder bei Nichtabhilfe das VFinA. die Bescheide aufhebt oder daß die Aufsichtsbehörde den Bescheid nach § 13 ABG.D. außer Kraft setzt. Werden aber die späteren Entschlüsse des FinA. von dem Steuerpflichtigen nicht angefochten, so kann deren deklaratorische Beseitigung durch Aufhebung nicht durch das mit der Entsch. über den ersten Steuerbescheid besetzte VFinA. als Anfechtungsbehörde erfolgen, weil die Entsch. der Anfechtungsbehörde das Vorliegen einer Anfechtung zur Voraussetzung hat, die späteren Entschlüsse des FinA. aber dann nicht angefochten sind (vgl. Entsch. des RFG. IVA 354/28 v. 24. Okt. 1928). Daß in den Gründen der über den ersten Steuerbescheid ergehenden Anfechtungsentscheidung die Unwirksamkeit der späteren ausgesprochen wird, ist selbstverständlich und kommt schon dadurch zum Ausdruck, daß der Anfechtungsentscheidung nur der erste Bescheid zugrunde zu legen ist. Da die späteren Entschlüsse des FinA. rechtsunwirksam sind, können sie natürlich auch nicht in Rechtskraft übergehen. Als rechtsunwirksame Akte sind die späteren Bescheide auch nicht geeignet, die Verjährung nach § 124 ABG.D. zu unterbrechen, es sei denn, daß nach den Umständen des Falles sich die Annahme rechtfertigen läßt, daß nicht nur eine — unwirksame — Steuerfestsetzung, sondern auch eine Zahlungsaufforderung der früher festgesetzten Steuer vorliegt.

## B

Die zweite Frage des RFG. lautet:

„2. Fall: Ein Steuerbescheid, gegen den Anfechtung eingelegt ist, bedarf der Abänderung zuungunsten des Steuerpflichtigen.“

Ist in der Anfechtungsentscheidung eine reformatio in peius nur unter der Voraussetzung des § 228 Satz 2 ABG.D. zulässig?

Nach § 228 Satz 2 ABG.D. kann die Rechtsmittelbehörde (mit Ausnahme des RFG.) den Steuerbescheid auch zum Nachteil ändern, wenn und soweit neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt geworden sind, die eine solche Änderung rechtfertigen oder wenn diese Änderung sich auf eine abweichende rechtliche Beurteilung gründet. Diese Vorschrift steht im vierten Abschnitt der ABG.D., der die Überschrift trägt „Rechtsmittel“, und zwar gehört sie zum zweiten Titel mit der Überschrift „Allgemeine Vorschriften über das Verfahren“. Da das im vierten Titel des vierten Abschnitts geregelte Anfechtungsverfahren, wie nicht bezweifelt werden kann und auch nie bezweifelt worden ist, ein Rechtsmittelverfahren ist, so findet der § 228 ABG.D. auch auf das Anfechtungsverfahren Anwendung. Auch dies ist in der Rechtslehre anerkannt (Becker, ABG.D., 5. Aufl., Anm. 1 zu § 279; Art. 1, Ztschr. f. Föle und Verbrauchssteuern 1926, S. 212) und wird vom RFG. in ständiger Rspr. angenommen. Die Vorschrift des § 228 Satz 2 ABG.D. ist klar, sie läßt eine Verböserung nur beschränkt zu, nämlich nur beim Bekanntwerden neuer Tatsachen und Beweismittel oder bei abweichender rechtlicher Beurteilung. Sie läßt sie nicht zu, wenn die

sammengesaßt oder auf zwei Urkunden verteilt werden. Werden die Aufhebung des alten Bescheides und der Erlaß des neuen Bescheides in dieser Weise äußerlich getrennt, so ist es natürlich immer notwendig, daß der Zusammenhang erkennbar bleibt. Es werden also beide Bescheide dem Anfechtenden gleichzeitig zugestellt werden müssen. Würde das FinA. zunächst den Aufhebungsbescheid und erst nach dessen Zustellung den neuen Steuerbescheid bekanntgeben, so würde letzterer rechtsunwirksam sein. Denn die dem Steuerpflichtigen vorher bekanntgegebene Aufhebung würde nicht nachträglich wieder eingeschränkt werden können. Das ergibt sich aus § 76 Abs. 3. Denn wie der RFG. schon früher (RFG. 24, 129) ausgesprochen hat, steht der Abhilfebescheid einer Rechtsmittelentscheidung gleich, so daß er nicht nachträglich zurückgenommen oder geändert werden kann.

Über die unter B des Gutachtens ausgesprochene Ansicht, daß im Anfechtungsverfahren eine Abänderung des Steuerbescheides zuungunsten des Steuerpflichtigen unter den Voraussetzungen des § 228 Satz 2 in der Anfechtungsentscheidung des VFinA. vorgenommen werden kann, wird keine Meinungsverschiedenheit bestehen, da es nach der Stellung des § 228 nicht zweifelhaft sein kann, daß dieser nicht nur auf das Berufungsverfahren, sondern in gleicher Weise auf das Anfechtungsverfahren Anwendung findet. Das FinA. hat dagegen nur das Recht zur Abhilfe, nicht also die Möglichkeit, nach eingelegter Anfechtung den von ihm erlassenen Bescheid zuungunsten des Steuerpflichtigen abzuändern.

Auch die Ausführungen unter C des Gutachtens verdienen lediglich Zustimmung. Die Einlegung der Anfechtung hat die Wirkung, daß dem FinA. nicht mehr das Abänderungsrecht nach § 76, sondern nur das Abhilfevermögen nach § 277 zusteht. Das FinA. kann also den Bescheid nicht zuungunsten, sondern nur zu-

<sup>1</sup>) M r o z e k s Kartei, § 10 TabStW., N. 17.

Anfechtungsbehörde bei gleichem Sachverhalte zu einer anderen tatsächlichen Würdigung kommt, die an sich eine Höherfestsetzung rechtfertigen würde. Die Entsch. der Frage, ob den Belangen des Steuergläubigers durch diese Regelung ausreichend Rechnung getragen wird, gehört in das Gebiet der Gesetzgebung, nicht in das der als Gesetz auslegenden Rpr. Hat das Gesetz verordnet, daß die Verböserung nur in den im Gesetz ausdrücklich aufgeführten Fällen zulässig ist, so kann man nicht auf die Zulässigkeit einer uneingeschränkten Verböserung als dem Gesetzeswillen entsprechend im Wege der Auslegung erkennen. Im übrigen wird das Bedürfnis zur Abänderung des Steuerbescheides zu Ungunsten des Steuerpflichtigen in der überwiegenden Zahl von Fällen durch Bekanntwerden neuer Tatsachen oder Beweismittel oder durch abweichende rechtliche Beurteilung hervortreten, in welchen Fällen die uneingeschränkte Verböserung durch die Anfechtungsbehörde zulässig ist. In den übrigen Fällen besteht nach der gegebenen Gesetzeslage keine Möglichkeit, der Erwägung, daß grundsätzlich der Steueranspruch des Reichs auch voll verwirklicht werden soll, Rechnung zu tragen.

Hiernach beantwortet der Senat die zweite Frage dahin:

In der Anfechtungsentscheidung ist eine Verböserung nur unter den Voraussetzungen des § 228 Satz 2 ABG.D. zulässig.

### C.

Die dritte Frage des RM. lautet:

„3. Fall: Ein Steuerbescheid, gegen den noch nicht Anfechtung eingelegt ist, bedarf der Abänderung zuungunsten des Steuerpflichtigen.“

Hat der Steuerpflichtige, dem der gegenüber dem ersten Steuerbescheid ungünstigere Berichtigungsbescheid droht, die Möglichkeit, durch Einlegung der Anfechtung den Berichtigungsbescheid zu verhindern? Hat er diese Möglichkeit auch dann, wenn der erste Steuerbescheid durch Ablauf der Rechtsmittelfrist bereits rechtskräftig geworden ist und die Anfechtungsentscheidung nur darin bestehen kann, daß die Anfechtung als unzulässig zu verwerfen ist?“

a) Hat der Steuerpflichtige den Steuerbescheid noch nicht angefochten, stellt sich aber das Bedürfnis der Höherfestsetzung im Laufe der Rechtsmittelfrist heraus, so ist das FinV. in seiner Befugnis, einen Berichtigungsbescheid auf einen höheren Steuerbetrag zu erlassen (§ 76 Abs. 1 Nr. 1 ABG.D.), nicht beschränkt. Droht dem Steuerpflichtigen im Laufe der Anfechtungsfrist eine Höherfestsetzung durch das FinV. und legt der Steuerpflichtige Anfechtung ein, so wird dadurch allerdings dem FinV. die Möglichkeit entzogen, von sich aus die Höherfestsetzung vorzunehmen. Das FinV. kann aber die Steuer unter der Voraussetzung des § 228 Satz 2 ABG.D. höher festsetzen. Nur in den Fällen, in denen das Bedürfnis zur Höherfestsetzung bei gleichem Sachverhalte wegen anderer tatsächlicher Würdigung hervortritt, ist die Höherfestsetzung ausgeschlossen. Alles dies folgt zwingend aus den zu A und B dargelegten Grundsätzen.

Danach beantwortet sich die erste Frage zum Falle 3 i. S. des in der Überschrift zu 3 angegebenen Rechtsfalles.

b) Ist andererseits die Anfechtungsfrist verstrichen und will das FinV. die durch den unanfechtbar gewordenen Steuerbescheid festgesetzte Steuer erhöhen, so wird es daran durch eine unzulässige Anfechtung rechtlich nicht gehindert. Denn die Beseitigung der Höherfestsetzungsbefugnis des FinV. aus § 76 Abs. 1 Nr. 1 ABG.D. nach eingeleger Anfechtung ist durch § 277 ABG.D. begründet (vgl. RM. 24, 27). § 277 bezieht sich aber nur auf zulässige Anfechtungen. Dies ergibt sich aus folgenden: Da das Anfechtungsverfahren ein Rechtsmittelverfahren ist, so gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 228—243 ABG.D. auch für das Anfechtungsverfahren. Es gilt daher insbesondere der § 236 Abs. 1 ABG.D., wonach die Rechtsmittelbehörde zu prüfen hat, ob das Rechtsmittel zulässig und in der vorgeschriebenen Form und Frist eingelegt ist und wonach, wenn es an einem dieser Erfordernisse mangelt, das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen ist. Daß diese Vorschrift durch § 277 für unzulässige Anfechtungen abgeändert worden ist, daß also das FinV. auf eine unzulässige Anfechtung

zugunsten des Steuerpflichtigen ändern. Gilt es eine Abänderung zu Ungunsten des Steuerpflichtigen für geboten, so bleibt ihm nur übrig, die Sache an das FinV. abzugeben und entsprechend zu berichten, da das FinV. unter den Voraussetzungen des § 228 Satz 2 in der Lage ist, den Steuerbescheid zuungunsten des Steuerpflichtigen abzuändern.

Eine Anfechtung, die eingelegt wird, nachdem die Anfechtungsfrist abgelaufen ist, ist unzulässig. Sie kann also auch nicht die Wirkung äußern, daß das FinV. nach § 76 zustehende Abänderungsrecht eingeschränkt wird. Allerdings gilt dieses nur unter der Voraussetzung, daß nicht etwa wegen Veräumung der Rechtsmittelfrist Nachsicht gewährt wird. Geschieht dieses durch das für zuständige FinV., so wird eine nach Einlegung der Anfechtung vom FinV. vorgenommene Verböserung wirkungslos. Denn infolge der Nachsichtgewährung gilt die Rechtsmittelfrist noch nicht als abgelaufen, so daß die Anfechtung als rechtzeitig eingelegt gilt

nach § 277 Satz 1 ABG.D. einen Abhilfebescheid erlassen dürfe, kann nicht angenommen werden. Wollte man anders entscheiden, dann könnte das FinV. sachlich abändern, das FinV. aber dürfte es nicht, sondern hätte sich auf die Verwerfung der Anfechtung als unzulässig zu beschränken. Ein solches Ergebnis kann nicht als im Sinne der ABG.D. liegend hingenommen werden. Hieraus erhellt, daß der § 236 Abs. 1 ABG.D. dem § 277 vorgeht, mit anderen Worten, daß der § 277 bei unzulässigen Anfechtungen nicht gilt, daß also insbesondere eine Zuständigkeit des FinV. zur Entsch. in der Sache selbst durch Höherfestsetzung nicht gegeben ist, die Entsch. des FinV. sich vielmehr darauf zu beschränken hat, die Anfechtung als unzulässig zu verwerfen. Daraus ergibt sich aber weiter, daß bei unzulässigen Anfechtungen die Grundsätze oben zu A, B, C nicht gelten und daß, wenn der erste Steuerbescheid durch Ablauf der Anfechtungsfrist unanfechtbar geworden ist, der Steuerpflichtige, dem gegenüber dem ersten Bescheid eine höhere Steuerfestsetzung droht, rechtlich nicht die Möglichkeit hat, diese Höherfestsetzung des FinV. durch Einlegung einer unzulässigen Anfechtung zu hindern.

In tatsächlicher Hinsicht werden sich aber Schwierigkeiten dadurch ergeben, daß über die Frage, ob eine Anfechtung unzulässig ist, nicht das FinV., sondern das FinV. und gegebenenfalls der RPr. entscheidet, wobei auch Nachsichtgewährung (§§ 68, 69 ABG.D.) in Frage kommen kann. Daraus kann aber nicht die Folgerung gezogen werden, daß das FinV. unbedingt mit der Höherfestsetzung warten müsse, bis das FinV. entschieden hat. In zweifelhaften Fällen wird das FinV. allerdings gut tun, mit der Höherfestsetzung zu warten, und dem FinV. die Erhöhung in den Grenzen der Ausführungen zu B, C für den Fall anheimzustellen, daß die Anfechtung für unzulässig erachtet wird. In unzulässigen Fällen aber kann das FinV. die Höherfestsetzung nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 ABG.D. vornehmen. Entscheidet das FinV. auf Verwerfung der Anfechtung wegen Unzulässigkeit, so ist damit auch festgestellt, daß der Erhöhungsbefehl des FinV. rechtswirksam ist. Erachtet dagegen das FinV. oder der RPr. wider Erwarten die Anfechtung für unzulässig, sei es, daß die Rechtsmittelbehörde die Frist anders berechnet als das FinV., sei es, daß Nachsicht gewährt wird, so ist dann der Erhöhungsbefehl des FinV., weil eine zulässige Anfechtung vorliegt, rechtswirksam nach den Grundsätzen des Gutachtens zu A, und das FinV. kann nur in den Grenzen der Darlegungen zu B des Gutachtens erhöhen. Durch die sachliche Entscheidung des FinV. wird aber nicht ein bisher rechtswirksamer Steuerbescheid rechtswirksam, sondern es wird in diesem Falle nur die Rechtswirksamkeit des Erhöhungsbefehls festgestellt.

Die zweite Frage des Falles 3 ist daher i. S. des in der Überschrift zu 4 angegebenen Rechtsfalles zu beantworten.

(RM., 4. Sen., Gutachten v. 15. Mai 1929, IV D 1/29.)

### B. Einzelne Senate.

2. § 3 Nr. 5 UmsStG. 1926. Wer sich gewerblich ausschließlich durch die Ausschmückung von Schaufenstern betätigt, kann unter Umständen auf die Steuerbefreiung des Künstlers Anspruch haben. †)

Streitig ist, ob der beschwerdeführende selbständige Schaufensterdekorateur mit seinem Jahresumsatz von 2674 RM aus 1926 gemäß § 3 Nr. 5 UmsStG. als Künstler von der Umsatzsteuer befreit ist. Zum Beweise seiner Künstler-eigenschaft hat er außer einigen Lichtbildern seiner Ausschmückungen ein Gutachten des Bundes der Schaufensterdekorateure Deutschlands vorgelegt, wonach seine Arbeiten als künstlerisch anzusehen seien; zudem hat er sich unter anderen Auszeichnungen berufen auf eine „ehrenvolle Anerkennung für hervorragende Leistungen in der Ausschmückung von Schaufenstern anlässlich des Schaufensterwettbewerbes im Juli 1925“ durch die Handels- und Industriekammer in Br. Wegen seiner Ausbildung trägt er vor, daß er zwar an der Kunsthochschule Teilkurse, aber keine vollständigen Lehrgänge belegt habe, so daß er keine Prüfung abgelegt und kein Zeugnis erhalten habe. Diese Angaben des Beschwerf. hat das FinVer.

und darum die Wirkung hat, daß das FinV. nach der Anfechtung nur der Anfechtung abhelfen, also seinen Bescheid nur zugunsten des Steuerpflichtigen ändern kann. Mit Recht wird deshalb in dem Gutachten den FinV. der Rat gegeben, in zweifelhaften Fällen mit einer Verböserung zu warten, bis das FinV. über die Nachsichtgewährung entschieden hat.

Senator Dr. Schaefer, Hamburg.

Zu 2. Dem Urteil ist im Ergebnis beizupflichten.

Die Begründung des Urteils ist jedoch, soweit sie sich mit dem Zweck des § 3 Nr. 5 UmsStG. und seiner unter Zuhilfenahme des § 4 ABG.D. bejahen Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall befaßt, nicht überzeugend. Mit Recht weist der RPr. darauf hin, daß § 3 Nr. 5 UmsStG. im Gegensatz zu § 26 Abs. 1 Satz 1 ABewStG. nicht von „reiner“ Kunst spreche.

Weiter wird mit Recht aus dem verschiedenen Wortlaut der

in der Begründung seiner Entsch. mit StillSchweigen übergegangen. Es hat die Befreiung versagt, einmal deshalb, weil die Vorschrift ergangen sei mit Rücksicht auf die Betarmung der Kreise, denen vor dem Kriege die Förderer der Kunst und die Käufer von Kunstwerken angehört hätten. Nach ihrem Zwecke könne die Befreiung demnach dem Beschw. nicht zugewendet werden, weil sein Beruf „durch die mehr wirtschaftliche Einstellung der neueren Zeit“ gerade begünstigt worden sei. Dieser Grund für die Ablehnung ist indessen nicht gerechtfertigt. Denn nach § 4 ABG.D. darf zwar eine Vorschrift, wie der Senat in seinem Ur. v. 14. Dez. 1923, VA 326/23 ausgeführt hat, nicht derart ausgelegt werden, daß ihre Anwendung ihrem Zwecke zuwiderlaufen würde; § 4 berechtigt das Gericht aber nicht, eine allgemeine Regel deshalb nicht anzuwenden, weil im Einzelfall ausnahmsweise ihre Nichtanwendung mit dem Zwecke der Vorschrift vereinbar wäre (StW. III Nr. 101; AllgStR. 1924, 146). Aus diesem Grunde durfte die Vorinstanz nicht deshalb von der Befreiung absehen, weil die Verfassung im Sonderfalle des Beschw. dem Zwecke der Vorschrift nicht zuwiderlaufen würde. Daneben hat das FinGer. seinen ablehnenden Standpunkt auch damit begründet, daß der Beschw. nicht Maler oder sonstiger freier Künstler sei, daß er vielmehr im Gegenfalle zur reinen Kunst lediglich eine spezialisierte Betätigung im Wirtschaftsleben ausübe. Mit diesen Ausführungen hat die Vorinstanz den Begriff des Künstlers im Sinne der streitigen Vorschrift verkannt. Die Vorentscheidung war deshalb aufzuheben. Bei der neuen Prüfung wird die Vorinstanz von folgenden Grundsätzen auszugehen haben.

§ 3 Nr. 5 UmfStG. 1926 spricht im Gegenfalle zu § 26 Abs. 1 Satz 1 ABewG. nicht von „reiner Kunst“; es befreit vielmehr innerhalb der Freigrenze ganz allgemein den Künstler. Dabei liegt es im Sinne der Vorschrift, die gerade kleine Existenzen begünstigen will, den Begriff des Künstlers nicht engherzig auszulegen. Man wird deshalb die Frage, ob neben der reinen Kunst auch die angewandte Kunst von der Umsatzsteuer zu befreien sei, bejahen. In diesem Sinne hat der Senat bei der angewandten Wissenschaft im Falle eines Sprachlehrers für den Privatgelehrten, bei der angewandten Kunst im Falle einer Musiklehrerin für den Künstler bereits entschieden (RZf. 21, 270, 196). Daraus ergibt sich, daß es nicht ohne weiteres gegen die Künstlerereignischarakteristik spricht, wenn jemand ausschließlich als Ausschmücker von Schaufenstern tätig ist. Wie der Senat in den angeführten Urteilen dargelegt hat, gibt es zwei Wege, um die Künstlerereignischarakter im Sinne der streitigen Vorschrift festzustellen. Danach ist einmal als Künstler anzusehen, wer auf Grund einer abgeschlossenen vollwertigen Vorbildung eine Kunst ausübt. Das trifft, wie die Vorinstanz zutreffend annimmt, bei dem Beschw. nicht zu. Fehlt aber, wie hier, eine solche Vorbildung, so ist es nicht zu vermeiden, daß die Finanzbehörden in eine Prüfung der persönlichen Befähigung des StPfl. eintreten. Das FinGer. wird demnach zunächst zu prüfen haben, ob die Angaben des Beschw. einen Schluß auf seine künstlerische Befähigung zulassen. Im übrigen wird, wie das genannte Ur. des Senats v. 1. Juli 1927 (RZf. 21, 272) hervorhebt, zu beachten sein, daß § 3 Nr. 5 UmfStG. zwar ohne Rücksicht auf den künstlerischen Wert der einzelnen Leistungen ausschließlich an die persönliche Befähigung des StPfl. anknüpft, daß aber trotzdem aus dem Werte dieser Leistungen sehr wohl ein Rückschluß auf die persönliche Befähigung möglich ist. Demnach wird das FinGer., falls erforderlich nach Anhörung Sachverständiger, zu untersuchen haben, ob die Arbeiten des Beschw. insbes. im Hinblick auf die Verteilung von Licht und Farben, Raum und Formen, ausschließlich die mechanische Anwendung erlernbarer handwerklicher Regeln erkennen lassen oder ob sie daneben auch die Tätigkeit selbständiger schöpferischer Phantasie ihres Urhebers verraten.

(RZf., 5. Sen., Ur. v. 18. Juni 1929, VA 901/28 S.)

\*

beiden Gesetzesvorschriften gefolgert, daß nicht nur die „reine“ Kunst, sondern auch die angewandte Kunst beim Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen von der Umsatzsteuer zu befreien sei.

Daraus ergibt sich, daß die in den Durchf. Best. zum ABewG. enthaltene Begriffsbestimmung der „reinen“ Kunst für die Auslegung des § 3 Nr. 5 UmfStG. nicht maßgeblich ist und daß die von dem RZf. in seinem Erlaß angeordnete Übertragung dieser Begriffsbestimmung auf die Vorschrift des § 3 Nr. 5 UmfStG. dem Sinne und Zweck dieser Gesetzesvorschrift zuwiderläuft. Danach muß es als widerspruchsvoll erscheinen, wenn der RZf. dem FinGer. darin beistimmt, daß die Vorschrift des § 3 Nr. 5 UmfStG. ergangen sei mit Rücksicht auf die Betarmung der Kreise, denen vor dem Kriege die Förderer der Kunst und die Käufer von Kunstwerken angehört hätten, da von Förderern der Kunst und Künstlern von Kunstwerken begrifflich wohl bei der „reinen“ Kunst, nicht aber bei der angewandten Kunst gesprochen werden kann. Es wäre deshalb m. E. richtiger und zweckmäßiger gewesen, die Vorschrift des § 3 Nr. 5 UmfStG. nicht erst auf dem Umwege des § 4 ABG.D. auf den vorliegenden Fall für anwendbar zu erklären, sondern deswegen, weil der Gesetzgeber, der ja auch in der nachfolgenden Ziff. 6 des § 3 UmfStG. die kleinen Existenzen der Handlungsagenten und Makler steuerlich begünstigt, die kleinen Existenzen der Künstler begünstigen will, gleichgültig ob es sich um Ausübung der „reinen“ Kunst oder um angewandte Kunst handelt.

N. Dr. von Döhren, Hamburg.

3. § 8 Abs. 1 UmfStG. 1926; § 143 Abs. 1 ABG.D. Die Bestellung einer Verkehrshypothek gilt als vereinnahmtes Entgelt für eine umsatzsteuerpflichtige Leistung in Höhe des Nennwerts, wenn nicht besondere Umstände einen höheren oder geringeren Wert begründen. †)

Streitig ist, ob eine als Gegenleistung für eine steuerpflichtige Leistung bestellte Verkehrshypothek als vereinnahmtes Entgelt i. S. des § 8 Abs. 1 UmfStG. 1926 anzusehen sei. Die Vorinstanz hat die Frage im Anschluß an das Ur. des Sen. v. 4. Okt. 1921 (RZf. 7, 67) bejaht. Die Beschw. hatte indessen bereits in der Verzf. in dem Schriftsatz v. 12. April 1928 als „Hauptangriffspunkt“ vorgetragen, die Hypothek sei wertlos. Diesen Einwand hat das FinGer. mit StillSchweigen übergegangen. Die Vorentscheidung war daher aufzuheben. Bei der erneuten Prüfung wird das FinGer. davon ausgehen, daß die Bestellung einer Verkehrshypothek als Gegenleistung für eine Leistung des Gläubigers wirtschaftlich zwar als Befriedigung anzusehen ist, indessen nicht ohne weiteres in voller Höhe des Nennwerts. Denn nach § 143 Abs. 1 ABG.D. sind Kapitalforderungen nur dann mit dem Nennwert anzusetzen, wenn keine besonderen Umstände einen geringeren Wert begründen. Solche Umstände sind aber hier von der Beschw. behauptet worden. Die Behauptungen sind demnach erheblich, und es wird demgemäß dem FinGer. obliegen, sie auf ihre Richtigkeit zu prüfen. Ergibt die Prüfung, daß die Beschw. nicht mit der Beitreibbarkeit der vollen Summe rechnen kann, so wird ein geringerer Wert als vereinnahmtes Entgelt anzusetzen sein. Bei der Bewertung wird das FinGer. die Grundsätze des Ur. v. 19. Okt. 1921, III A 223/21 (StW. I Nr. 44) beachten, wonach Hypotheken zu bewerten sind nach der Sicherheit für ihre Realisierung.

(RZf., 5. Sen., Ur. v. 14. Mai 1929, VA 882/28 S.)

\*

4. § 14 Abs. 1 Nr. 1 ErbschStG. 1925; § 169 ABG.D. Während der Pflichtteilsanspruch mit dem Erbfall entsteht (§ 2317 BGB.), entsteht die Steuerschuld an den Reichsfinanziskus erst mit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs. Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ist Befundung eines dahingehenden Willensentschlusses, ernsthaftes Verlangen der Auszahlung. „Möglichkeit“ i. S. § 169 ABG.D. liegt nur dann vor, wenn eine bereits nach dem geltenden Rechte entstandene Steuerpflicht vorausgesetzt werden kann. †)

Alleinerbin des am 14. Juni 1928 verstorbenen Notars Sch. ist auf Grund testamentarischer Bestimmung seine Ehefrau. Sie wurde

Zu 3. Der RZf. befaßt auch in diesem Ur. die Frage, ob eine als Gegenleistung für eine steuerpflichtige Leistung bestellte Verkehrshypothek als vereinnahmtes Entgelt i. S. des § 8 Abs. 1 UmfStG. anzusehen sei. Tatsächlich muß die Bestellung der Hypothek, wenn sie nicht etwa nur zur Sicherung der geschuldeten aber gestundeten Gegenleistung (des Kaufpreises) erfolgt, als Vereinnahmung des Entgeltes angesehen werden. In dem von der Vorinstanz und dem RZf. zit. Ur. des RZf. v. 4. Okt. 1921 (RZf. 7, 67) heißt es, daß die Bestellung einer Restkaufgelderhypothek dem Verkäufer ein wirtschaftlich verwertbares Recht verschafft und wirtschaftlich als Befriedigung des Verkäufers und demnach als Vereinnahmung des Entgeltes anzusehen ist. Dem wird zuzustimmen sein. Ob es sich in dem vom RZf. jetzt entschiedenen Streitfall auch um einen umsatzsteuerpflichtigen Grundstücksverkauf handelt, ist aus dem Ur. nicht ersichtlich. Die Frage wird aber nicht anders zu entscheiden sein, wenn es sich um eine andere umsatzsteuerpflichtige Leistung handelt.

Auch der Entsch. des RZf. wird gefolgt werden müssen, soweit sich das Ur. mit der Bewertung der Hypothek befaßt. Wenn der umsatzsteuerpflichtige als Gegenleistung eine faule Hypothek erhält, wird er die Steuer nicht nach dem Nennwert zu entrichten brauchen. Mit Recht verweist der RZf. auf die Bewertungsgrundsätze des § 143 ABG.D., wonach Kapitalforderungen nur dann mit dem vollen Nennwert anzusetzen sind, sofern nicht besondere Umstände einen geringeren Wert begründen. Die Einwände des Pflichtigen in dieser Hinsicht durfte die Vorinstanz nicht einfach ignorieren. Häufig wird die Bewertung selbst schwierig und nicht ohne Zuziehung Sachverständiger (Hausmakler) vorzunehmen sein. Oft werden nur diese angeben können, wie hoch der im Verkehr unsehbare Wert der Hypothek ist, und ob und welche Umstände noch den Hypothekennwert beeinflussen. Das nämlich sind die Feststellungen, welche das Urteil des RZf. v. 19. Okt. 1921, III A 223/21 (StW. I, 44) für den Wert einer Hypothek bei einer Veranlagung nach dem Gesetz über eine Kriegsabgabe vom Vermögenszuwachs für entscheidend hält. Mit Recht erklärt der RZf. diese Grundsätze auch auf den vorliegenden Umsatzsteuerfall für anwendbar.

N. Dr. Hans Madlung, Hamburg.

Zu 4. Die Entsch. ist in dreifacher Hinsicht von Interesse; den in ihr entwickelten Rechtsgedanken ist durchweg zuzustimmen.

1. Das Urteil weist zutreffend auf den Unterschied zwischen der

zur Abgabe einer abgekürzten Erbschaftsteuererklärung aufgefordert, glaubt aber hierzu nicht verpflichtet zu sein, weil sie selbst unbestritten erbschaftsteuerfrei ist und ihre sechs Kinder ihr Pflichtteilrecht nicht geltend gemacht haben; für ihre Kinder sei bisher nach § 14 ErbschStG. 1925 eine Steuerschuld nicht entstanden. Der Rechtsbeschwerde der genannten Mindererin war stattzugeben.

Der Präf. des FinV. ist bei Prüfung der Sache von dem Gedanken geleitet worden, daß die Steuerschuld der Pflichtteilsberechtigten mit dem Todestat ihres Vaters, des Erblassers, deshalb entstanden sei, weil nach einem Urf. des RfG. v. 10. Mai 1922, VI A 114/22 (StW. 1922, Rpr. Sp. 734) zur Entstehung der Steuerschuld nach § 14 ErbschStG. 1925 eine ausdrückliche Geltendmachung nicht erforderlich sei, sondern die „Nichtverzichtsleistung“ der „Geltendmachung“ gleichkomme. Ob das erwähnte Urteil in diesem allgemeinen Sinne zu verstehen ist, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann sich der Senat der von der Vorinstanz aus jenem Urteil hergeleiteten Rechtsauffassung nicht anschließen. Während nach dem ErbschStG. 1906 unzweifelhaft die Steuerschuld der Pflichtteilsberechtigten mit dem Todestage des Erblassers entstand, hat die spätere Gesetzgebung (§ 20 ErbschStG. 1919), insbes. auch das ErbschStG. 1925, für die Entstehung der Steuerschuld die „Geltendmachung“ und damit die Bekundung eines positiven Willensentschlusses vorgeschrieben. Die andere Auslegung ist weder mit dem Wortlaut noch mit der Willensrichtung der ErbschStG. seit 1919 vereinbar, die in bewußter Abkehr vom

zivil- und erbschaftsteuerrechtlichen Betrachtungsweise des Pflichtteilsanspruchs hin. Während der Pflichtteilsanspruch zivilrechtlich mit dem Tode des Erblassers entsteht und ein Verzicht auf ihn als Schenkung gilt, ist steuerpflichtig nur der geltend gemachte Pflichtteilsanspruch und der Verzicht auf den Pflichtteil keine steuerpflichtige Schenkung. Während der Anspruch auf den Pflichtteil bedingungslos mit dem Erbfall als vererbliches und veräußerliches Recht (§ 2317 BGB.) entsteht, der Erwerb sich also kraft Gesetzes unabhängig von dem Willen des Pflichtteilsberechtigten und sogar gegen seinen Willen vollzieht, entsteht die Steuerpflicht erst durch die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs.

2. Das Urteil beseitigt jedwam Zweifel, welche bei Auslegung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 b ErbschStG. 1925 entstanden waren. Dieser Paragraph bestimmt, daß die Steuerschuld für den Erwerb eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung entsteht.

Durch den Bescheid des RfG. v. 10. Okt. 1924, Vo A 40/24 (RfG. 15, 52) war klargestellt worden, daß die Erbschaftsteuer schuld des Pflichtteilsberechtigten nicht erst durch die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs seitens des Erben entsteht, sondern schon dadurch, daß der Pflichtteilsberechtigte an den Erben das ernstliche Verlangen auf Auszahlung stellt. Zweifelsfrei dagegen konnte sein, ob die Geltendmachung des Pflichtteils seitens des Pflichtteilsberechtigten auch in dem ausdrücklichen Verlangen auf Auszahlung des Pflichtteils auch in dem Unterlassen irgendeiner diesbezüglichen Erklärung seitens des Pflichtteilsberechtigten zu erblicken, und somit eine Nichtgeltendmachung nur bei irgendwie kundgetaner Verzichtleistung anzunehmen sei. Auf den letzteren Standpunkt hatte sich die angefochtene Entsch. des Präf. des FinV. gestellt und die Berechtigung ihres Standpunktes auf das Urf. des RfG. v. 10. Mai 1922, VI A 114/22 gestützt. In diesem Urteil hieß es allerdings, daß die Worte „geltend machen des Pflichtteilsanspruchs“ in §§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und 25 Abs. 2 ErbschStG. 1919 nur bedeuteten, daß auf den Pflichtteilsanspruch nicht verzichtet sei. Dies glaube das Urteil aus der Entstehungsgeschichte der Änderung des ErbschStG. 1919 in diesem Punkte gegenüber dem v. 3. Juni 1906 ableiten zu müssen und kam daher in dem von ihm vorgelegenen Falle zu dem Ergebnis, daß nur dann, wenn sichere Unterlagen für die Annahme vorlägen, daß die Pflichtteilsberechtigten auf ihren Pflichtteil verzichtet hätten, der Abzug aus den Pflichtteilsansprüchen für unberechtigt erklärt werden könne.

Es ist nicht verwunderlich, daß sich, wie im vorliegenden Falle, streng fiskalisch eingestellte FinV. diese Gründe eines RfG-Urteils zu eigen machten und auch für § 14 Abs. 1 Nr. 1 b ErbschStG. 1925 zu der Auslegung kamen, zur Entstehung der Steuerschuld sei eine ausdrückliche Geltendmachung nicht erforderlich, sondern die „Nichtverzichtsleistung“ komme der „Geltendmachung“ gleich. Wäre diese Ansicht richtig gewesen, dann hätten die FinV. nach § 169 Abs. 2 mit Recht in jedem Falle, in dem durch eine Verfügung von Todes wegen Pflichtteilsberechtigte übergegangen waren, von den letzteren so lange eine Erbschaftsteuererklärung verlangen können, als deren Verzichtswille nicht feststand.

Mit Recht hat sich das Schrifttum ohne Ausnahme gegen diese Rechtsauffassung gewandt, die übrigens in der Entstehungsgeschichte des § 14 durchaus keine Begründung findet. Schon die Begründung zu § 20 Abs. 1 ErbschStG. 1919 S. 34 sagt darüber:

„In Abweichung vom bisherigen ErbschStG. soll als Erwerb von Todes wegen nur der Erwerb auf Grund eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs gelten. Der Pflichtteilsanspruch entsteht mit dem Erbfall, ohne Ausfallungsbezugnis (§§ 2317, 1942, 1946 BGB.), so daß ein unentgeltlicher Verzicht des Pflichtteilsberechtigten auf den entstandenen Pflichtteilsanspruch eine Schenkung und in diesem Falle

ErbschStG. 1906 die Steuerschuld der Pflichtteilsberechtigten nicht stillschweigend gleichzeitig mit dem Pflichtteilsanspruch des bürgerlichen Rechts (§ 2317 BGB.) zur Entziehung gelangen lassen wollten, sondern darüber hinaus für das Ausbleiben der Erbschaftsteuer schuld die Auslösung eines Willensentschlusses durch die Berechtigten, die ernstliche Forderung auf Auszahlung, „Geltendmachung“, verlangen. Diese Rechtsauffassung vertritt auch das Schrifttum ohne Ausnahme. Ein Tatbestand, an den das ErbschStG. 1925 Steuerpflichtigen knüpft, liegt also gegenwärtig nicht vor. Für die bloße Möglichkeit, daß in Zukunft vielleicht einmal eine Steuerpflicht eintreten könnte, besteht die Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung nicht.

(RfG., 5. Sen., Urf. v. 19. April 1929, V A 908/29 S.)

5. § 6e KapVerfStG. Der Begriff „Niederlassung“ (Zweigniederlassung) ist i. S. des HGB. aufzufassen. Es genügt nicht, daß eine ausländische Versicherungsgesellschaft nach § 86 Abs. 3 VerfallStG. einen Hauptbevollmächtigten bestellt hat. Auch in diesem Falle ist zu prüfen, ob tatsächlich eine Niederlassung begründet worden ist. †)

Die Beschw., eine ausländische Versicherungsunternehmung, betreibt das Versicherungsgeschäft auch im Deutschen Reiche. Sie hat für das Inland einen Hauptbevollmächtigten bestellt, der in D. seinen Wohnsitz hat. Vor dem Kriege hat sie beim RuffPrivVerf.

nach dem geltenden Gesetz auch noch die Schenkungssteuer zu entrichten ist. Diese Härte soll die neue Vorfrist beseitigen (vgl. auch § 40 Abs. 3). Die vom Erblasser geschaffene Lage ist der Ausschluß des Erben (§ 2303 BGB.), der insofern zunächst gar nichts aus dem Nachlaß erhält. Dieser Lage gemäß soll der Pflichtteil der Erbfallsteuer erst bei Geltendmachung durch den Pflichtteilsberechtigten unterworfen werden, ist also bis dahin auch nicht als ungewisses oder unsicheres Recht zu besteuern. Er ist vielmehr bis dahin ein unbekanntes, nach § 49 — f. auch § 25 Abs. 2 — zu behandelndes Recht.

Damit war für immer mit dem Standpunkt des ErbschStG. 1906, welches bis dahin galt, gebrochen.

Es ist zu begrüßen, daß der RfG. in seinem jetzt vorliegenden Urteil die aus dem Urf. v. 10. Mai 1922 hergeleitete Rechtsauffassung der Vorinstanz verwirft und unter Verweisung auf die Entstehungsgeschichte in Übereinstimmung mit dem Schrifttum zu dem Ergebnis kommt, daß „Geltendmachung“ die Bekundung eines positiven Willensentschlusses, die ernstliche Forderung auf Auszahlung bedeutet.

3. Erfreulich ist auch, daß der RfG. in diesem Urteil einmal die Grenzen festgelegt hat gegenüber der sehr weitgehenden Vorschrift des § 169 Satz 2 RWbG. Die Bestimmung verallgemeinert bekanntlich die Steuerklärungspflicht, indem auch solche Personen von ihr betroffen werden, bei denen nach dem Ermessen des FinV. die Möglichkeit der Steuerpflicht besteht. In RfG. 10, 72 ist entschieden, daß das FinV. die Grenzen des billigen Ermessens überschreitet, wenn es die Möglichkeit einer Steuerpflicht als gegeben ansieht und eine Steuerklärung fordert, ehe es Anhaltspunkte für die Steuerpflicht erlangt hat. Das vorliegende Urteil ergänzt diese Auffassung vor trefflich. Indem es verneint, daß ein Tatbestand, an den das ErbschStG. 1925 Steuerpflichtigen knüpft, vorliegt, und indem es die bloße Möglichkeit, daß in Zukunft vielleicht einmal eine Steuerpflicht eintreten könnte, als Verpflichtungsgrund für die Abgabe einer Steuerklärung ablehnt, macht es den FinV. zur Pflicht, in Zukunft bei Pflichtteilsberechtigten zu prüfen, ob sie ein ernsthaftes Verlangen auf Auszahlung des Pflichtteils gestellt haben, ehe sie gem. § 169 RWbG. die Abgabe einer Steuerklärung von ihnen verlangen. Die Entsch. bedeutet daher einen weiteren Schutz des Steuerpflichtigen gegen unnötige Maßnahmen der Finanzämter.

M. M. R. Schmerler, Hamburg.

Zu 5. Die vorl. Entsch. des RfG. behandelt nur einen kleinen Ausschnitt aus dem Problem der Kapitalverkehrssteuerpflicht bei Ausfüllungen von beim Reichsaufsichtsamf für Privatversicherungen hinterlegten, während der Inflationszeit entwerteten Deposits ausländischer Versicherungsgesellschaften. Es ist zu begrüßen, daß der RfG. der über den klaren Wortlaut des Gesetzes weit hinausgehenden Auslegung des FinGer. entgegentritt und die Kapitalverkehrssteuerpflicht bei Zumendung von Anlage und Betriebskapital seitens einer ausländischen Gesellschaft nur dann für gegeben hält, wenn diese Zumendung „an ihre inländische Niederlassung“ erfolgt, die Steuerpflicht aber verneint, wenn eine ausländische Versicherungsgesellschaft keine „inländische Niederlassung“ i. S. des HGB. hat, sondern im Inland nur durch einen Bevollmächtigten vertreten ist.

In vielen Fällen wird in der Praxis die ausländische Versicherungsgesellschaft nicht nur im Inlande einen Bevollmächtigten haben, sondern auch eine „Inländische Niederlassung“ i. S. des HGB. unterhalten. Dann treten weit schwierigere Steuerprobleme auf. Wäre in dem entschiedenen Falle auch festgestellt worden, daß die ausländische Versicherungsgesellschaft eine inländische Niederlassung i. S. des HGB. besaß, dann wäre aus der Ausfüllung

510 000 *M* hinterlegt, die später in 12 750 *R.M.* Anleiheablosungsschuld mit Auslosungsrecht umgewandelt worden sind. Im J. 1925 hat sie 1000 £ 7%ige deutsche äußere Reichsanleihe und i. J. 1927 24 000 £ dgl. zur Verfügung des *Russl.* hinterlegt.

Das *Finl.* hat diese Zahlungen als Zuwendung von Anlage- und Betriebskapital seitens der ausländischen Gesellschaft an deren inländische Niederlassung angesehen und gem. § 6 zu e eine Gesellschaft festgesetzt.

Einspruch und Berufung blieben ohne Erfolg. Der Rechtsbeschwerde war stattzugeben.

Nach § 6 e unterliegt der *GesellSchSt.* die Zuwendung von Anlage- und Betriebskapital seitens einer ausländischen Gesellschaft an ihre inländische Niederlassung. In der *Entsch.* v. 7. Jan. 1927, II A 616/26 (*Wrozek*, *Kartei* § 6 e R. 1), hat der *RfG.* ausgesprochen, daß § 6 e auch dann einschlägt, wenn eine ausländische Versicherungsgesellschaft, um den Betrieb einer Zweigniederlassung im Deutschen Reich zu ermöglichen, auf Anordnung der Reichsbehörde gem. § 7 *VerfAusfG.* Sicherheit leistet, indem sie im Inland Wertpapiere hinterlegt.

Auf Rechtsirrtum beruht die angefochtene *Entsch.*, da sie den Begriff der Niederlassung i. S. § 6 e verkannt hat. Das *FinGer.* sagt ausdrücklich: „Unter Zweigniederlassung ist weder eine Betriebsstätte im üblichen Sinne noch eine Niederlassung i. S. des Handelsrechts zu verstehen.“ Es führt dann weiter an Hand der Vorschriften des *VerfAusfG.* aus, daß eine ausländische Versicherungsgesellschaft es sich gefallen lassen müsse, daß ihr Hauptbevollmächtigter versicherungsrechtlich und auch steuerrechtlich als Inhaber einer inländischen Zweigniederlassung behandelt wird. Allerdings wird einer ausländischen Versicherungsunternehmung die Betriebslaubnis für das Inland nur erteilt, wenn sie einen Hauptbevollmächtigten bestellt, der gesetzlich mit weitgehender Vollmacht ausgestattet ist, und wenn sie sich verpflichtet, im Inland eine Niederlassung zu unterhalten (§ 86 Abs. 3 *VerfAusfG.*). Ferner ist für Klagen, die aus dem inländischen Versicherungsgeschäfte gegen die ausländische Unternehmung erhoben werden, das Gericht zuständig, wo die Niederlassung sich befindet (§ 89). Es ist also vorausgesetzt, daß die Unternehmung eine Niederlassung im Deut-

schen Reich errichtet hat, wenn sie mit dem Geschäftsbetriebe beginnt. Es handelt sich jedoch nach dem Gesetze zunächst nur um eine Verpflichtung. Kommt es darauf an, ob eine Niederlassung tatsächlich besteht, so muß geprüft werden, ob die Unternehmung ihrer Verpflichtung auch wirklich nachgekommen ist. Es mag richtig sein, daß die gesetzliche Vollmacht des Hauptbevollmächtigten so umfassend ist wie auch die Vertretungsbefugnis des Vorstehers einer Zweigniederlassung. Daraus folgt aber nicht, daß eine Zweigniederlassung mit Bestellung des Hauptbevollmächtigten tatsächlich begründet ist. Daß das auch der Auffassung des Gesetzes entspricht, ist dem § 86 Nr. 3 zu entnehmen, wo die Unterhaltung einer Niederlassung und die Bestellung eines Hauptbevollmächtigten in einem Gegensatz zueinander gestellt sind. Zu beiden ist die Unternehmung verpflichtet. Aus der Erfüllung der einen folgt also noch nicht das Bestehen der anderen. Unbequem ist hierbei zwar, daß, wenn keine Niederlassung begründet ist und gleichwohl durch den Hauptbevollmächtigten Geschäfte betrieben werden, kein inländischer Gerichtsstand i. S. § 89 vorhanden ist. Diesem Uebelstand kann aber, wenn Schwierigkeiten eintreten, dadurch abgeholfen werden, daß der ausländischen Versicherungsunternehmung der Geschäftsbetrieb untersagt wird (§§ 67 Abs. 1, 91 Abs. 2).

Der Senat hat sich demgemäß an das *RusslPrivVerf.* gewendet, um zu erfahren, ob dieses Amt sich von dem Bestehen einer Zweigniederlassung der Versicherung überzeugt hat und aus welchen Tatsachen es das Bestehen der Zweigniederlassung folgert. Aus der Antwort geht hervor, daß das *Russl.* das tatsächliche Bestehen einer Zweigniederlassung nicht geprüft hat, weil es offenbar der Ansicht ist, daß aus dem Vorhandensein eines Hauptbevollmächtigten ohne weiteres auf das Bestehen einer Zweigniederlassung zu schließen sei. Das *Russl.* behält aber das Vorliegen einer Niederlassung nur i. S. des *VerfAusfG.* und läßt es dahingestellt, ob auch das Bestehen einer Zweigniederlassung i. S. des *KapVerkStG.* anzunehmen ist.

Sollte der versicherungsrechtliche Begriff der Niederlassung wirklich ein anderer sein als der des allgemeinen Handelsrechts, so könnte gleichwohl ein solcher Begriff nicht auf das Gesellschaftssteuerrecht angewendet werden. Denn § 6 e *KapVerkStG.* bezieht

der entwerteten Vorkriegsdepots der ausländischen Versicherungsgesellschaft nämlich noch keineswegs ohne weiteres die zweite Voraussetzung für die Erhebung von Kapitalverkehrssteuern, nämlich „die Zuwendung von Anlage- und Betriebskapital seitens der ausländischen Gesellschaft an solche Niederlassung“ und deren Steuerpflicht ohne weiteres zu bejahen, wie es das *FinGer.* getan hat. In der in bezug genommenen *Entscheidung* des *RfG.* v. 7. Jan. 1929, II A 616/26 — die übrigens viel umstritten ist und im Laufe der Zeit modifiziert werden wird — hat der *RfG.* eine Kapitalverkehrssteuerpflicht bei einer Bestellung eines neuen Depots beim Reichsaufsichtsamt für Versicherung, wie zu beachten ist, nur deswegen bejaht, weil erst durch die Stellung dieses Depots der Betrieb der in Frage stehenden Zweigniederlassung der ausländischen Versicherungsgesellschaft im Deutschen Reich ermöglicht wurde, die Depotbestellung daher Voraussetzung für den inländischen Geschäftsbetrieb war. Nur wegen dieser besonderen Umstände hat der *RfG.* in jenem Fall die Depotbestellung beim Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung einer Zuwendung von Anlage oder Betriebskapital an die inländische Niederlassung der Gesellschaft gleichgestellt. Daß es auf solche Umstände ankommt, hat der *RfG.* noch einmal in der sehr wichtigen *Entsch.* v. 7. Mai 1929, II A 643/28 betont, wo hervorgehoben wird, daß Kapitalverkehrssteuer gem. § 6 e nur deshalb in Betracht komme, weil es sich bei der bereits vor dem Inkrafttreten des *VerfAusfG.* durch deutsche Niederlassungen an inländischen Versicherungsgeschäft beteiligten ausländischen Versicherungsgesellschaft um Erweiterung ihres Betriebes der Versicherung durch Neuübernahme von Einbruch- Diebstahlversicherung handelte, während früher von ihr nur Feuerversicherung betrieben wurde. Unter solchen Umständen unterliehe der neue übernommene Versicherungszweig dem *VerfAusfG.*, und dadurch sei dem Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung die Möglichkeit zur Erzwingung neuer Depotbestellung gegeben, während solches nicht gelte für den schon vor 1901 in Deutschland betriebenen Versicherungszweig der Feuerversicherung. § 92 *VerfAusfG.* bestimmt nämlich ausdrücklich: „Die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes — v. 12. Mai 1901 — in einem oder mehreren Bundesstaaten landesgesetzlich zum Geschäftsbetrieb befugten Unernehmens, bedürfen zur Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebes in den von ihnen bisher eingehaltenen oder sofern ihre Befugnis zum Geschäftsbetrieb auf besondere Zulassung beruht, in dem bisher durch die Zulassung gestatteten Grenzen, keiner Erlaubnis nach Maßgabe dieses Gesetzes.“ Das *FinGer.* würde daher in dem oben mitgeteilten, der *Entsch.* des *RfG.* v. 7. Mai 1929 zugrunde liegenden Fall trotz Bejahung des Vorhandenseins einer inländischen Niederlassung noch zu prüfen gehabt haben, ob die fragliche ausländische Versicherungsgesellschaft erst nach Inkrafttreten des *VerfAusfG.* ihre inländische Niederlassung begründet

bzw. eine Erweiterung ihres früher bereits zugelassenen Versicherungsbetriebes in Deutschland und eine neue Depotbestellung nur für diese Erweiterung vorgenommen hatte. Würde es sich um eine ausländische Versicherungsgesellschaft gehandelt haben, die nur die vor Inkrafttreten des *VerfAusfG.* bereits zugelassenen inländischen Versicherungsgewerbe durch Niederlassungen in Deutschland betrieb, dann würde das *FinGer.* daher die Kapitalverkehrssteuerpflicht für Depotauffüllungen beim Aufsichtsamt für Privatversicherung verneint haben müssen, weil die Depotbestellung nicht „den Betrieb einer Zweigniederlassung im Deutschen Reich ermöglichte“. Es würde sich dann vielmehr — wie auch vom Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung anerkannt wird — hinsichtlich der Depotbestellung um einen durchaus freiwilligen Akt der ausländischen Gesellschaft handeln, welcher ganz in deren freien Belieben stand, und es würde daher die neue Depotbestellung nach der in den beiden erwähnten Urteilen des *RfG.* zum Ausdruck gebrachten Auffassung nicht Voraussetzung für ihren deutschen Geschäftsbetrieb sein und daher einer „Zuwendung von Anlage- und Betriebskapital an eine inländische Niederlassung durch eine ausländische Gesellschaft“ nicht gleichgestellt werden dürfen.

Würde das *FinGer.* in dem erwähnten Fall dagegen auch festgestellt haben, daß § 92 *VerfAusfG.* nicht in Betracht komme, weil es sich um eine ausländische Gesellschaft handele, die erst nach Inkrafttreten dieses Gesetzes inländischen Geschäftsbetrieb oder Erweiterung eines solchen durch ihre Niederlassung aufgenommen hat, dann würde als weitere Voraussetzung noch für die Berechtigung der Erhebung von Kapitalverkehrssteuern auf Grund von § 6 e festzustellen gewesen sein, inwieweit eine Neuinvestierung von Anlage- oder Betriebskapital seitens der englischen Gesellschaft tatsächlich vorlag, denn nach der *Mrp.* des *RfG.* (vgl. *Entsch.* v. 5. Okt. 1923: *StW.* Nr. 866) sind Kapitalinvestierungen nur insoweit kapitalverkehrssteuerpflichtig, als solche über den Rahmen des vor dem 1. Sept. 1921 — dem Tage des Inkrafttretens des einschlägigen Gesetzes — bereits investierten Kapitals hinausgehend später erfolgen, während Kapitalinvestierungen in der Höhe, in welcher sie am 1. Sept. 1921 vorhanden waren, kapitalverkehrssteuerfrei sind. Aus dem oben angeführten Tatbestand geht hervor, daß bereits vor dem Kriege die englische Versicherungsgesellschaft beim Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung ein Depot von 510 000 *M* hinterlegt hatte, das durch die Inflation teilweise entwertete. Das *FinGer.* hätte daher prüfen müssen, ob nicht bei Auffüllung bzw. Ersatz des alten Depots bis zu dieser Höhe oder mindestens bis zum Goldmarkwert dieses Depots von 510 000 *M* am 1. Sept. 1921 aus den Gründen des *Urt.* v. 5. Okt. 1923 Kapitalverkehrssteuerfreiheit hätte eintreten müssen.

Weiter hätte das *FinGer.* prüfen müssen, inwieweit die Grundsätze des *RfG.* auf den vorliegenden Fall hätten Anwendung finden müssen, welche die Kapitalverkehrssteuerpflicht bei Auf-

sich nicht mit auf Versicherungsanstalten, sondern ganz allgemein auf Kapitalgesellschaften aller Art. Für Versicherungsgesellschaften kann deshalb nichts anderes gelten als für andere Kapitalgesellschaften. Für diese muß aber § 6e in handelsrechtlichem Sinne aufgestellt werden. Die Vorschrift lehnt sich an TarVr. I A Nr. 3 RStempG. an. Dort ist Steuerpflicht auch bei Errichtung einer inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft vorgesehen und bestimmt, daß sich die Abgabe nach dem Werte des Anlage- und Betriebskapitals der inländischen Zweigniederlassung richtet. Am Schlusse heißt es dann: „Die Abgabe wird nur erhoben, wenn die Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist.“ Hieraus geht klar hervor, daß das RStempG. nur an Zweigniederlassungen i. S. des HGB. gedacht hat. Die letzte Bestimmung ist nun zwar in das KapVerkStG. nicht mit aufgenommen. Es besteht aber kein Anhalt dafür, daß dieses Gesetz den Begriff der Niederlassung anders verstanden wissen will als das RStempG.

Hiernach war die angefochtene Entsch. wegen Rechtsirrtums aufzuheben.

(RFG., 2. Sen., Ur. v. 7. Mai 1929, II A 648/28.)

### Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Präsident Dr. v. Ditzhausen, Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

1. 1. Die Vorschrift des § 75 RKnappschG. i. d. Fassung vom 1. Juli 1926 regelt die Anrechnung von Kriegsdienstzeiten auch für vergangene Kriege.

2. Die Anrechnung von Kriegsdienstzeiten nach § 75 RKnappschG. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Versicherte innerhalb des dreimonatigen Zeitraumes zwischen dem Ausscheiden aus der knappschaftlichen Beschäftigung und dem Eintritt in den Kriegsdienst eine andere, nicht knappschaftliche Beschäftigung ausgeübt hat.

Gem. § 75 Abs. 1 RKnappschG. gelten die von dem Versicherten in Mobilmachungs- oder Kriegszeit zurückgelegten Zeiten militärischer Dienste oder freiwilliger Kriegskrankenpflege bei der deutschen Wehrmacht als Ersatzzeiten für die Erfüllung der Wartzeit und die Berechnung der Leistungen der Pensionskassen, wenn der Versicherte vor seinem Eintritt in diese Dienste knappschaftlich versichert war und zwischen dem Ausscheiden aus der knappschaftlichen Beschäftigung und dem Eintritt in die militärischen Dienste oder Krankenpflege kein längerer Zeitraum als drei Monate liegt. Rückwirkende Kraft ist dem § 75 nicht beigelegt worden. Dies hat aber lediglich zur Folge, daß die Vorschrift nur auf solche Personen Anwendung findet, die am 1. Juli 1926 noch knappschaftlich versichert waren, dagegen nicht, wie die Bekl. ursprünglich annahm, daß die Vorschrift nur auf künftige Kriege anzuwenden sei. Aus dem ganzen Sachverhalt ergibt sich vielmehr, daß die Vorschrift auf die Kriege des Deutschen Reiches überhaupt, also auch auf vergangene, angewendet werden soll. Diese Absicht des Gesetzgebers folgt vor allem aus dem Abs. 2 Satz 2 des § 75, nachdem die Kriegsdienstzeiten nach den früheren landesgesetzlichen Vorschriften oder nach den früheren Satzungsbestimmungen anzurechnen sind, wenn nach ihnen die Regelung für den Versicherten günstiger sein sollte, als nach dem Abs. 1 des § 75. Nach der Ansicht des erk. Sen. ist die Vorschrift des § 75 in erster Linie in das Gesetz aufgenommen worden, um den Teilnehmern am Weltkrieg die Militärdienstzeiten als Ersatzzeiten zur Erfüllung der Wartzeit und ihre Anrechnung bei der Feststellung der Leistung der Pensionskasse zu sichern.

wertung von Gesellschafterdarlehn i. S. des § 6e betreffen, denn wirtschaftlich handelt es sich bei der Auffüllung der auf Grund gesetzlicher Verpflichtung dem Reich gestellten, aber in der Inflation entwerteten Depots beim Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung um deren teilweise Aufwertung, und es würde der Grundsatz des RFG., daß durch die Folgen von Aufwertungen, sei es auf Grund des AufwG., sei es auf Grund freiwilliger Aufwertung, steuerliche Vor- oder Nachteile nicht eintreten dürfen, auch hier zur Anwendung zu bringen sein. Hierzu darf verwiesen werden auf die Ausführungen von Bösebecker: Neue StRdsch. VI, 161, welcher zusammenfassend darlegt: „In der Goldmarkaufwertung eines Darlehns — entsprechend hier eines Papiermarkdepots — kann kein neuer gesellschaftsteuerpflichtiger Vorgang gesehen werden, und die Aufwertung darf infolgedessen nicht zum Anlaß genommen werden, eine Gesellschaftsteuer nachzuerheben.“ Auch Weinbach führt in seinem Komm. S. 240 aus, daß „Aufwertung niemals als Novation angesehen werden könne“, und dieses entspricht auch den Grundätzen, welche der RFG. in seiner Entsch. v. 20. März 1925: StW. Sp. 882 niedergelegt hat. Das FinVer. hatte sich seine Entsch. daher sehr leicht gemacht, indem es alle diese Gesichtspunkte überhaupt nicht berührte. Der RFG. brauchte hierauf nicht einzugehen, da schon allein durch seine Verneinung des Vorliegens einer Niederlassung i. S. des HGB. sich die Kapitalverkehrssteuerfreiheit ergab. (M. Dr. Pauly, Hamburg.)

Das KnappschDVerfA. ist in Übereinstimmung mit der Bekl. der Auffassung, daß der Kl. den für das Ausscheiden aus der knappschaftlichen Beschäftigung bis zum Eintritt in den Kriegsdienst in § 75 Abs. 1 zugelassenen Zeitraum von drei Monaten „durch die bis kurz vor seiner Einberufung ausgeführte nichtknappschaftliche Beschäftigung durchbrochen und sich dadurch des Anspruchs auf Anrechnung der Kriegsdienstzeit begeben habe“. Dieser Anschauung konnte der erk. Sen. nicht beitreten. § 75 Abs. 1 fordert für die Anrechnung der Kriegsdienstzeit lediglich, daß zwischen dem Ausscheiden aus der knappschaftlichen Beschäftigung und dem Eintritt in den Militärdienst kein längerer Zeitraum als drei Monate liegt. Nach diesem Wortlaut kommt es also nicht darauf an, wie sich der Versicherte in der Zwischenzeit von drei Monaten beschäftigt hat. Die Auslegung des KnappschDVerfA. wird auch durch innere Gründe nicht gestützt; im Gegenteil würde sie zu unbilligen Ergebnissen führen. Nach der Auffassung des KnappschDVerfA. und der Bekl. müßte demjenigen Versicherten, der innerhalb drei Monaten vor seiner Einberufung zum Kriegsdienst aus dem knappschaftlich versicherten Betriebe entlassen worden war und sich keiner neuen Lohnarbeit zugewandt hatte, die Kriegsdienstzeit angerechnet werden, während demjenigen, der sich eine andere Arbeit — vielleicht sogar eine Arbeit in der zur Verteidigung des Vaterlandes dienenden Rüstungsindustrie — gesucht hatte, die Kriegsdienstzeit nicht angerechnet werden könnte.

Dafür, daß eine Tätigkeit in einem nichtknappschaftlich versicherten Betriebe während der letzten drei Monate vor der Einberufung zum Kriegsdienst die Anrechnung der Kriegsdienstzeit nicht verhindert, spricht auch der Umstand, daß zwar auf dem Gebiete der Invalidenversicherung ein anderer Versicherungsträger an die Stelle des KnappschDVerfA. trat, soweit dieser Sonderanstalt der Invalidenversicherung war, daß aber die knappschaftliche Pensionsversicherung in der neuen Tätigkeit durch keine andere gleichartige gesetzliche Versicherung ersetzt wurde, so daß der letzte Träger der Pensionsversicherung auch bei einer Beschäftigung in einem nicht knappschaftlich versicherten Betriebe stets der KnappschDVerfA. war.

(RVerfA., 9. RevSen., Ur. v. 19. April 1929, II a Kn 99/29°.)

[R.]

2. Zum Begriff des „Arbeitgebers“ i. S. der §§ 112, 114 RKnappschG.

Der Streit der Parteien, einer Grubenbesitzerin und der KnappschDVerfA., drehte sich um die Frage, wer als Arbeitgeber der von einem Tiefbauunternehmer mit Abraumarbeiten auf der Grube beschäftigten Arbeiter anzusehen sei. Der RVerfA. hatte auf Grund des § 2 Abs. 4 RKnappschG. den Abraumbetrieb als von Anfang an knappschaftspflichtig erklärt. Das RVerfA. hat die Feststellung des KnappschDVerfA., daß als beitragspflichtiger Arbeitgeber der Abraumarbeiter i. S. §§ 112, 114 RKnappschG. der Tiefbauunternehmer anzusehen sei, nicht beanstandet. Das RKnappschG. kenne in Abweichung von den Vorschriften der §§ 36, 43 RKnappschG. i. d. Fassung der Bek. v. 17. Juni 1912 (GS. S. 137) nicht mehr eine Beitragspflicht der „Berkbesitzer“, sondern habe in §§ 83, 85 der früheren Fassung und in den §§ 112, 114 der jetzigen Fassung die „Arbeitgeber“ für beitragspflichtig erklärt. Nach der Auffassung des erk. Sen. ist diese Änderung des Gesetzeswortlauts bewußt vorgenommen worden, um den Rechtszustand in der knappschaftlichen Versicherung mit dem Rechtszustand in den verwandten Gebieten der Kranken-, Invaliden- und Angestelltenversicherung in Übereinstimmung zu bringen, in denen ebenfalls dem „Arbeitgeber“ die Verpflichtung zur Beitragsleistung auferlegt ist (vgl. §§ 380, 381, 393, 1426 RWD., §§ 168, 182 AngVerfG.). Der Begriff „Arbeitgeber“ in den §§ 112, 114 RKnappschG. muß deshalb in demselben Sinne ausgelegt werden, wie in den vorgenannten anderen Gebieten der Sozialversicherung. Nach der Rpr. auf diesen Gebieten ist als „Arbeitgeber“ eines Versicherten derjenige anzusehen, der den Versicherten beschäftigt, dem die Verfügungsgewalt über ihn zusteht, für dessen Rechnung der Lohn gezahlt wird und dem der wirtschaftliche Ertrag der Arbeit zugute kommt (vgl. S. 3103 II, RVerfA. Nachr. 1927, 584; Sahn-Röhne, Handb. der Krankenverf., 10. u. 11. Aufl., S. 204 Anm. 2 zu § 164 RWD.).

Alle diese Voraussetzungen für den Begriff des Arbeitgebers treffen nach dem Ergebnis der Ermittlungen in der Person des Tiefbauunternehmers, nicht aber hinsichtlich der Kl. zu. Mit Recht hat daher das KnappschDVerfA. ausgesprochen, daß die Kl. für die in dem Abraumbetriebe beschäftigten Personen nicht beitragspflichtig ist.

(RVerfA., 5. RevSen., Ur. v. 24. Jan. 1929, II a Kn 982/28°.)

[R.]

### Reichsvorsorgungsgericht.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

1. § 25 Ges. über die Hamburger Ordnungspolizei v. 28. Jan. 1925 (HambGBI. 25). Zur Frage der Versorgung eines Hamburger Schuttpolizeibeamten, der zunächst

wegen Ablaufs der 12jährigen Pflichtdienstzeit gekündigt hatte, dann aber wegen eines bereits vor diesem Zeitpunkt begangenen Dienstvergehens, das ebenfalls schon vorher zur Einleitung eines Dienststrafverfahrens geführt hatte, nachher erst rechtskräftig aus dem Amt entlassen worden ist. (Verf. v. 16. Juli 1929, M. Nr. 40724/27, 13.) [A.]

## II. Länder.

### Hamburg.

#### Hamburgisches Oberverwaltungsgericht.

Bericht von Landgerichtsdirektor Dr. Krüß, Hamburg.

1. § 7 GrStG. Grundsteuerermäßigung bei Belastung zugunsten des Treugebers; Widerruf von Grundsteuerbescheiden.

Der Holländer X. erwarb durch den im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Y. zwei Grundstücke. Y. bewilligte zugunsten des X. am 8. Jan. 1924 insgesamt 10 000 Goldmarkhypotheken, die am 21. März 1924 eingetragen wurden. Die Hypothek sollte mit 7% verzinst werden. Tatsächlich hat X. diese Zinsen nicht erhalten; er erhielt vielmehr auf Grund des Treuhandverhältnisses von Y. einen Anteil am Nettogewinn der Grundstücke.

Obwohl die Hypotheken erst nach dem 14. Febr. 1924, dem Stichtag des § 7 Abs. 1 GrStG., in das Grundbuch eingetragen waren, gewährte die Verkl. (Finanzdeputation) dem Y. auf Antrag durch Bescheid v. 2. Okt. 1925 und 9. Aug. 1926 die Ermäßigung aus § 7 GrStG., und zwar, wie sie im Prozeß angegeben hat, aus Billigkeitserwägungen.

1926 erwarb der Kl. die Grundstücke mit der Maßgabe, daß Rutzungen und Lasten v. 1. März 1926 ab auf ihn übergingen. Er zahlte von diesem Zeitpunkt ab die vorgesehenen 7% Zinsen an X.

1927 bemerkte die Verkl. das geschilderte Treuhandverhältnis. Da wirtschaftlich Hypothek und Eigentum derselben Person zugefallen haben, da demgemäß eine laufende Selbstverpflichtung nicht vorhanden gewesen sei, und da die Ermäßigung aus § 7 GrStG. zu Unrecht gewährt sei, widersprach sie durch an den Kl. gerichteten Bescheid v. 14. April 1927 die Ermäßigung und forderte Nachzahlung für die Zeit v. 1. Jan. 1925 bis zum 31. März 1927.

Die auf die Zeit bis zum 31. März 1926 entfallende Summe hat Y. an die Verkl. vergütet. Der Kl. beantragt, den Bescheid der Verkl. für die Zeit nach dem 1. März 1926 aufzuheben.

Es kann dahingestellt bleiben, welche rechtliche Bedeutung es hat, daß die Verkl. in ihren Bescheiden v. 2. Okt. 1925 und 9. Aug. 1926 die Ermäßigung des § 7 GrStG. nur aus Billigkeitsgründen gewährt hat, obwohl diese Bescheide dies äußerlich nicht erkennen lassen. Das Entgegenkommen aus Billigkeit soll nur die Überschreitung des Stichtags des § 7 GrStG. betreffen haben; die Frage, ob im übrigen die Voraussetzungen des § 7 GrStG. erfüllt waren, hat es nicht betroffen. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob, als späterhin die Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen des § 7 GrStG. zweifelhaft geworden war, die Verkl. der Erörterung dieser Frage dadurch ein Ende machen konnte, daß sie das Hinwegsehen über die Überschreitung des Stichtags widersprach. Es kommt auf diese Dinge nicht an, weil im übrigen die Voraussetzungen des § 7 GrStG. nicht erfüllt waren und dieser Umstand allein der Verkl. das Recht gab, im Bescheid v. 14. April 1927 die gewährte Ermäßigung zu widerrufen.

Diesem Widerruf steht nicht entgegen, daß die Steuerbescheide v. 2. Okt. 1925 und 9. Aug. 1926 am 14. April 1927 für den Steuerpflichtigen bereits unanfechtbar geworden waren. Es bedarf keiner erschöpfenden Erörterung der Frage, wieweit Steuerbescheide nachträglich von der Steuerbehörde widerrufen werden können, d. h. wieweit die allgemeine Regel, daß Verwaltungsverfügungen jederzeit widerruflich sind, bei den Steuerbescheiden durch Ausnahmen unterbrochen ist. Wo das Rechtsleben solche Ausnahmen kennt (vgl. Sellinek, VerwR. 271), geschieht es, weil Treu und Glauben einen Schutz des Bürgers gegen nachmalige Erörterung der Angelegenheit verlangen. Wo Treu und Glauben diesen Schutz nicht gebieten, oder gar das Gegenteil erfordern, hat es bei der freien Widerruflichkeit zu verbleiben. So hat das OVG. in seiner Entsch. v. 16. März 1927 den nachträglichen Widerruf in einem Falle als zulässig erachtet, in dem die Steuerbehörde in einer für den Steuerpflichtigen ohne weiteres ersichtlichen Weise zugunsten des Steuerpflichtigen von unrichtigen tatsächlichen Unterstellungen ausgegangen war. Das gleiche muß dann gelten, wenn der Steuerpflichtige es selbst ist, der die Behörde zu falschen tatsächlichen Unterstellungen veranlaßt hat, jedenfalls dann, wenn der Steuerpflichtige sich in keiner Weise mit entschuldbarem Irrtum oder dgl. entlasten kann. So aber lagen die Dinge hier.

Nach § 7 GrStG. vermindert sich der gemäß § 6 GrStG. zu erhebende Zuschlag um den Wert einer laufenden Selbstverpflichtung, die sich ergibt aus einer vor dem 14. Febr. 1924 auf dem Grund-

stück eingetragenen privatrechtlichen wertbeständigen Last usw. Der damalige grundbuchmäßige Eigentümer Y. hat der Verkl. Angaben gemacht, nach denen diese annehmen sollte und mußte, daß er in der Tat an X. fortlaufend 7% Zinsen auf eine Hypothek von 10 000 G.M. zahle. Tatsächlich wurden diese 7% Zinsen nicht gezahlt. Zwar wurden andere Zahlungen geleistet, von denen unterstellt werden mag, daß sie stets mindestens die gleiche Höhe erreicht haben; aber sie beruhten lediglich auf dem Vertrag zwischen X. und Y. über das Treuhandverhältnis an dem Grundstück und die Bewirtschung des Grundstücks. Sie beruhten nicht, wie es das Gesetz verlangt, auf der Hypothek, die in der Tat nur den Zweck erfüllte, dem X. wirtschaftlich wenigstens zu einem Teile das Eigentum zu ersetzen, das er als Ausländer an dem Grundstück nicht erlangen konnte. Über alles dieses kann Y. sich auch gar nicht falsche Vorstellungen gemacht haben.

Die geschilderte Rechtslage muß auch der Kl. als der Rechtsnachfolger des Y. gegen sich gelten lassen. Es handelt sich um Steuerbeträge, die durch den Widerruf nachträglich für die Zeit vor dem Eigentumsübergang des Kl. fällig geworden sind. Für sie haftete nach § 4 GrStG. der Kl. neben seinem Vorgänger als Gesamtschuldner.

Der Umstand, daß die Nachforderung für die Zeit bis zum 1. März 1926 inzwischen durch Zahlung abseits Y. erledigt ist und daß Kl. v. 1. März 1926 ab tatsächlich 7% Zinsen an X. gezahlt hat, kann keine Rolle spielen. Er kann nichts daran ändern, daß die Bescheide v. 2. Okt. 1925 und 9. Aug. 1926 auf tatsächlich falschen Unterlagen beruhten und einheitlich widerrufen werden konnten.

(OVG. Hamburg, Urte. v. 10. April 1929, AZ 3/29.)

2. § 24 RPfStG. Anfechtung aufgehobener Verfügungen, insbesondere einer Beschlagnahme von Presseerzeugnissen. †

(OVG. Hamburg, Entsch. v. 25. Jan. 1928, A Z 42/27.)

Abgedr. JW. 1929, 2401.

Zu 2. A. Ann. O.M. Prof. Dr. Mannheim, ebenda.

B. Mannheim erklärt alles das für richtig, was über die Zulässigkeit der Anfechtungsklage nach Aufhebung der angefochtenen Vfg. gesagt ist, und stimmt auch hinsichtlich der Feststellungsklage im Ergebnis der Entsch. des OVG. zu.

Die Ausführungen von Mannheim erscheinen mir aber ebensowenig überzeugend wie die Begründung des OVG. Ich habe schon: DZ. 1928, 731, diesen Fall kurz besprochen und namentlich darauf hingewiesen, daß eine Aufhebung der Vfg. im Rechtsinne keineswegs vorlag, daß insbes. die Rückgabe des Flugblattes nach der Volksabstimmung, für die es gerade angefertigt war, als eine Aufhebung um so weniger angesehen werden könne, als die bekl. Behörde die Rechtmäßigkeit ihrer Vfg. noch im gerichtlichen Verfahren behauptet hat. Wäre die Ansicht des OVG. richtig, so könnte ja auch z. B. die ungerechtfertigte Auflösung einer Versammlung nicht im Verwaltungsstreitverfahren angefochten werden, weil (um mit dem OVG. zu reden) den Veranlassern in der Regel ein wirtschaftlicher Schaden nicht erwachsen ist und eine Feststellung nur für die Zukunft gewünscht wird. Man sehe ferner den Fall, daß mit der Beschlagnahme des Flugblattes eine (polizeiliche) Inhaftnahme der Flugblattverteiler verbunden gewesen wäre. Glaubt das OVG. wirklich, daß die Polizeibehörde im Streitverfahren mit der Behauptung durchkommen könnte, daß die Inhaftierten am folgenden Tage wieder entlassen worden seien? Die Rechtmäßigkeit einer Vfg. ist doch ausschließlich nach dem Zeitpunkte zu beurteilen, an dem sie erlassen bzw. in Vollzug gesetzt ist. Wird die Rechtmäßigkeit verneint, so unterliegt die einen Verwaltungsakt darstellende Vfg. genau so der Aufhebung wie ein fehlerhafter Justizakt (Urteil, Beschluß usw.). Der Kl. hat einen Anspruch darauf, daß das VerwGer. die Aufhebung ausspricht, einerlei, ob ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist oder nicht. Bekanntlich dient ja gerade das Verwaltungsstreitverfahren auch dem Schutze idealer Rechtsgüter. Da die Rückgabe des Flugblattes nach der Volksabstimmung völlig wertlos, also alles andere als ein *contrarius actus* war, so war die Anfechtungsklage ungewisslich zulässig und obendrein begründet, weil der § 1 RPfStG., wie das Pr. OVG. wiederholt entschieden hat (vgl. OVG. 30, 418), eine präventivpolizeiliche Beschlagnahme von Presseerzeugnissen verbietet. Die angefochtene Vfg. verletzte den Kl. also, worauf derselbe Gerichtshof in einer DZ. 1928, 1481 mitgeteilten Entsch. hinweist, in seinem durch Art. 118 Verf. gewährleisteten Rechte, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder sonstwie frei zu äußern. Daß hier eine präventivpolizeiliche (verwaltungsrechtliche), und nicht etwa eine strafprozessuale Beschlagnahme vorlag, ergibt sich schon daraus, daß die Polizeibehörde sich ausdrücklich auf den § 21 VerhG. berufen hat.

1) Der § 21 lautet: „Die Polizeibehörden können Gegenstände, von denen ein gemeingefährlicher Gebrauch zu befürchten steht, in Beschlagnahme nehmen.“



## Hamburgisches Verwaltungsgericht.

## 3. Festsetzung des Satzes der gesetzlichen Miete. 7)

kl. ist Eigentümer verschiedener an einer Privatstraße belegener bebauter Grundstücke. Die Unterhaltung und Beleuchtung der Straße liegt den Anliegern ob. Um die tiefliegenden Keller in das Straßensiel entwässern zu können, hat kl. für seine Grundstücke durch Einrichtung eines elektrisch betriebenen Pumpsystems eine besondere Entwässerungsanlage geschaffen. Der kl. steht auf dem Standpunkt, daß die für seine Grundstücke bestehenden besonderen oben bezeichneten Verpflichtungen sowie die Kosten für Betrieb und Unterhaltung der Entwässerungsanlage in ihrer laufenden Verzinsung durch die Mieten gedeckt werden müssen und daß demgemäß bei Festsetzung des Satzes der gesetzlichen Miete auf diese besonderen Belastungen Rücksicht genommen werden muß. Er hat deshalb gegen den Hamburger Staat Klage erhoben mit dem Antrage, den Verkl. zu verurteilen, durch Gesetz oder Verordnung in den Ausf. Best. zum RMietG. eine dementsprechende Regelung zu treffen, evtl. die Ausf. Best. zum MietG. insoweit für ungültig zu erklären, als Nebenleistungen der bezeichneten Art in dem Satz der gesetzlichen Miete nicht mit berücksichtigt sind. Das HambVGH. hat am 25. Febr. 1929 die Klage abgewiesen (453/28).

In § 2 HambVGH. zur Ausführung des RMietG. v. 10. April 1924 i. d. Fass. der Änderungsverordnungen dazu v. 26. Mai 1924 und 19. Juni 1925 ist folgendes bestimmt:

„Nebenleistungen i. S. von § 2 Abs. 1 Satz 3 RMietG. sind Fäkalabfuhr bei nicht an die Stelleleitung angeschlossenen Gebäuden.

Für die Gemeinden des hamburgischen Landgebiets können der Rat oder der Gemeindevorstand weitere Nebenleistungen bestimmen.

Diese Nebenleistungen sind durch einen besonderen Zuschlag zur Miete abzugelten. Seine Höhe wird im Streitfalle für das Stadtgebiet durch das MG. festgesetzt. Für das Landgebiet wird, falls der Zuschlag nicht nach § 6 festgesetzt wird, seine Höhe im Streitfalle durch die zuständige Mietschlichtungsstelle bestimmt.“

Der kl. steht auf dem Standpunkt, daß diese Bestimmungen den in § 2 Abs. 3 GeldEntwAusglG. v. 1. Juni 1926 enthaltenen reichsrechtlichen Vorschriften nicht genügen. Wollte man das nun selbst anerkennen, so kann das dennoch nicht dazu führen, den Klageanträgen stattzugeben. Bei der Klage handelt es sich nicht um die Anfechtung einer Anordnung oder einer Verfügung einer Verwaltungsbehörde. Darunter sind nur zu verstehen die einzelnen im Einzelfall gegenüber einer bestimmten Person auf Grund der allgemein geltenden Rechtsnormen erlassenen Verwaltungsakte. Hier dagegen handelt es sich um einen Angriff auf eben diese Rechtsnormen selbst. Auch bei den von der Mietsfestsetzungskommission (§ 5 Ausf. Best. z. RMietG. v. 10. April 1924) jenseits in besonderen Bekanntmachungen erlassenen Bestimmungen über die Höhe der gesetzlichen Miete handelt es sich um für die Allgemeinheit festgesetzte Rechtsnormen. Die Befugnis zum Erlaß solcher Rechtsnormen hat der Senat jener Kommission delegiert. An alledem wird auch dadurch nicht das geringste geändert, daß diese Rechtsnormen unmittelbar in die private Rechtssphäre der einzelnen Vermieter und Mieter eingreifen. Es ist das im übrigen auch gar nicht einmal eine Besonderheit für das hier fragliche Gebiet, vielmehr

Eine strafprozessuale Beschlagnahme kam hier ferner um deswegen nicht in Frage, weil das Vorliegen einer strafbaren Handlung von keiner Seite behauptet worden ist und demgemäß auch eine Abgabe an die StA. unterblieb. Hätte die Polizeibehörde eine Beschlagnahme i. S. des § 23 PreßG. vornehmen wollen, so hätte sie mindestens die gerichtliche Bestätigung innerhalb der vorgeschriebenen Frist nachsuchen müssen. Alles das spricht mit aller Bestimmtheit dafür, daß die Polizeibehörde gar nicht an eine Beschlagnahme i. S. des § 23 PreßG., sondern vielmehr an eine Invernahmungnahme i. S. des VerhG. gedacht hat. Da diese aber unzulässig war, so war die Anfechtungsklage, d. h. die Klage auf Aufhebung der Vfg., berechtigt.

RegDir. i. R. Dr. Hartmann, Hamburg.

Zu 3. 1. Der Versuch des kl., im Verwaltungsstreitverfahren zu erreichen, daß die im Urteil aufgeführten, von ihm als Grundstückeigentümer gemachten Leistungen in dem Satz der gesetzlichen Miete Berücksichtigung zu finden haben, mußte scheitern. Mit Recht hebt das HambVGH. hervor, daß es sich vorliegend weder um die Anfechtung der Verfügung einer Verwaltungsbehörde noch um eine sonstige Streitigkeit des öffentlichen Rechts handelt. Der vom kl. erhobene Anspruch betrifft nicht die Regelung einer im Einzelfall zwischen ihm und dem Staat bestehenden öffentlich-rechtlichen Differenz, sondern bedeutet einen allgemeinen Angriff auf landesrechtliche Gesetze und Verordnungen mit der Begründung, daß diese reichsrechtlichen Vorschriften zuwiderlaufen, und auch Tatsachen regeln müßten, wie sie vorliegend in dem den kl. betreffenden Einzelfall gegeben seien. Zu einer derartigen Regelung kann ein Staat im Verwaltungsstreitverfahren durch Klage eines Bürgers nicht gezwungen werden. Es handelt sich um Akte der Staatshoheit, welche lediglich in das Ermessen der Regierung gestellt und im Rahmen der gesetzgebenden Gewalt zu tätigen sind. Der einzelne kann hier die Verwaltungsgerichte zwecks Ausübung eines Zwanges auf Regierung und Gesetzgebung nicht anrufen. Der am Schluß des Urteils

ist es ebenso auch auf vielen anderen Gebieten möglich und denkbar, daß bestimmte Rechtsnormen unmittelbar in die private Rechtssphäre bestimmter Personenkreise eingreifen.

Nun hat kl. sich weiter darauf berufen, daß es sich im vorliegenden Fall jedenfalls um eine Streitigkeit des öffentlichen Rechts handle und daß deshalb gem. § 9 VerwVerfG. die erhobene Klage zulässig sein müsse. Gewiß kann man im vorliegenden Fall an sich von einer Streitigkeit des öffentlichen Rechts reden, und an sich ist in § 9 VerwVerfG. das Verwaltungsgericht ganz allgemein für Streitigkeiten des öffentlichen Rechts für zuständig erklärt worden. Trotzdem begründet aber auch das nicht die Zulässigkeit dieser Klage. Das Wesen der Verwaltungsrechtspflege besteht darin, dem einzelnen gegenüber der Verwaltung einen besonderen gerichtlichen Schutz zu geben und dementsprechend durch Urteil auszusprechen, was im Einzelfall nach Maßgabe der allgemeinen Rechtsnormen Rechtens ist (vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1, 131). Wenn deshalb im HambVerfG. die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nicht nur für die Anfechtung von Verfügungen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden, sondern schlechtweg auch für alle sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts gegeben ist, so gibt das doch dem einzelnen immer nur das Recht, im Verwaltungsstreitverfahren durch richterliches Erkenntnis festgestellt zu sehen, was für ihn im Einzelfall als Recht zu gelten habe. Daraus ergibt sich, daß im Verwaltungsstreitverfahren nicht von einem einzelnen ganz allgemein die Erklärung der Ungültigkeit bestimmter allgemeiner Rechtsnormen begehrt werden kann. Und weiter ergibt sich daraus, und zwar aus demselben Gesichtspunkte, daß nicht ein einzelner im Verwaltungsstreitverfahren eine Änderung oder gar die Aufhebung bestimmter allgemeiner Rechtsnormen verlangen kann. Die Klage ist deshalb unzulässig und muß abgewiesen werden.

Glaubt kl., daß Hamburg bei der hier fraglichen Regelung gegen reichsrechtliche Bestimmungen verstoßen hat, so bleibt ihm nur der Weg, über Art. 15 Verf. zu versuchen, die Sache vor den StGH. zu bringen.

(HambVGH., Ur. v. 25. Febr. 1929, A Z 453/28.)

## D. Gemischte Schiedsgerichte.

## Deutsch-Englischer Gemischter Schiedsgerichtshof.

1. § 4 der Anlage zu Art. 296 W. B. Nach welchem Recht richtet sich die Verjährung einer Ausgleichsforderung?)

Der kl. war vor dem Kriege Gesellschafter eines Baumwollensmaklers in Liverpool. In den Jahren 1910 und 1911 erhielt diese Gesellschaft durch den Verkl. E., ihren Agenten in Deutschland, Instruktionen, die besagten, daß die Verkl. 1, 2, 3, lauter Deutsche, in gewisse Transaktionen auf dem Liverpooler Baumwollensmarkt eintreten wollten.

Den Ansprüchen gegen diese letzteren drei Verkl. ist in erster Linie der Einwand der Verjährung entgegengesetzt. Auf diesen Fall ist

für Fälle der vorliegenden Art angeordnete Ausweg ist mehr theoretischer Art, da dem einzelnen Bürger auch hier ein eigenes Antragsrecht nicht zusteht.

2. In der Sache selbst wird man der Ansicht des kl., daß § 2 HambVGH. gegen reichsgesetzliche Vorschriften verstößt, und die ihm obliegenden Kosten der Unterhaltung und Beleuchtung der Straße sowie die Kosten für Betrieb und Unterhaltung der Bewässerungsanlage durch besondere Zuschläge zur Miete abzugelten sind, nicht ohne weiteres zustimmen können. Vielmehr dürften die fraglichen Leistungen des kl. zu den allgemeinen Betriebskosten zu zählen sein. Die preuß. VGH. über die Regelung der gesetzlichen Miete v. 25. Juni 1924 (GS. 570) bestimmt, daß aus der gesetzlichen Miete neben den Betriebskosten die sämtlichen auf dem Grundstück ruhenden öffentlichen Ausgaben zu entrichten sind. Was zu den Betriebskosten (vgl. §§ 3 Nr. 2, 4 RMietG.) rechnet, wird in den preuß. Ausf. Best. zum RMietG. v. 4. Aug. 1923 (GS. 382 X, 1—10) im einzelnen aufgeführt. Unter Nr. 2 werden die Entwässerungs- (Sanalations-) Gebühren sowie Entgelt für Fäkalienabfuhr und unter Nr. 9 die Kosten für Bürgersteig- und Straßenerhaltung erwähnt. Für die klägerischen Leistungen wird man, sofern nicht ganz besondere Umstände vorliegen sollten, keine andere Entscheidung treffen können. Vielleicht könnte eine Neufestsetzung der Friedensmiete für den Fall in Betracht kommen, daß der ortsübliche Mietzins für die Wohnungen der fraglichen Straße am 1. Juli 1914 sich höher gestellt hätte, falls damals bereits die Straßenerregulierung durchgeführt gewesen wäre (vgl. hierzu die Ausführungen von Hertel: MietVer. 1929, 112).

RA. Dr. Wilhelm Thiele, Berlin.

Zu 1. Die Entscheidung nimmt Bezug auf die Urteile des Deutsch-Engl. GemSchGH. i. S. Weiser w. The Heirs of Ludwig Dürr und Baron v. Salaman w. Schneyer. Auch i. S. Hornby Hemel Ryck & Co. w. Klingberg und Livingstone & Findlay w. Graaf hat derselbe SchGH. in gleicher Richtung entschieden. Die Entscheidungen sind bedeutungsvoll, weil sie international-privatrechtliche Fragen grund-

für die Frage der Verjährung deutsches Recht anzuwenden. Nach § 196 Nr. 1 BGB. verjährten Forderungen dieser Art in zwei Jahren. Da die Konten der erwähnten drei Bekl. im August 1911 geschlossen sind, waren die gegen sie geltend gemachten Ansprüche vor Ausbruch des Krieges verjährt.

Was den Anspruch gegen den Bekl. E. anlangt, hatte der Kl. behauptet, daß E. so angesehen werden müsse, als habe er im eigenen Namen und nicht als Agent gehandelt, da die Bekl. zu 1 bis 3 in bezug auf die fraglichen Transaktionen nur vorgegebene Personen seien. Diese Behauptungen hat der Gläubiger aber nicht beweisen können.

Eventuell behauptet der Gläubiger, daß E. gegenüber der Firma des Gläubigers die Garantie für 25% der Beträge übernommen habe, die von ihm eingeführte Kunden der Firma schuldeten, und daß E. demgemäß verpflichtet sei, 25% der hier geltend gemachten Ansprüche zu zahlen.

Die Frage, ob E. als Bürge haftet, ist nach der Meinung des Gerichts nach deutschem Recht zu entscheiden. Nach § 768 BGB. kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Da in diesem Falle die Ansprüche gegen die Hauptschuldner verjährt sind, ist der Anspruch gegen E. als Bürgen daher ebenfalls verjährt.

(Dtsh.-Engl. GemSchG., Ur. v. 12. Juni 1929, Case 3821.)

## E. Handelskammer.

### Hamburg.

#### I. Verspätete Schiedsklage. †)

Bekl. verkaufte dem Kl. chinesische Entensfedern, zahlbar gegen Dokumente, bei Hamburger freundschaftlicher Arbitrage. Nach Ankunft und Bezahlung der Ware (Frühjahr 1927) erhob Kl. unverzüglich Mängelrüge und verlangte Minderung. Bekl., der nur zur Wandelung bereit war, lehnte Minderung ab und verwies den Kl. auf den Schiedsweg. Kl. klagte fristgemäß vor dem ordentl. Gericht, worauf Bekl. die Einrede des Schiedsvertrags erhob mit dem Erfolg, daß alle drei Instanzen die Klage abwiesen. Unverzüglich nach Erlaß des letztinstanzlichen Urteils (Ende 1928) klagte Kl. vor dem zuständigen Schiedsgericht. Abweisung.

Die Mängelrüge ist rechtzeitig erhoben. Obwohl Bekl. jedoch immer wieder auf Regelung durch die vereinbarte Hamburger Arbitrage bestand, die dem Kl. kein unbekannter Begriff war, ist Kl. zum Verfahren vor den ordentlichen Gerichten geschritten, ohne gleichzeitig oder rechtzeitig entweder durch Hamburger Arbitrage die Minderung feststellen zu lassen, oder wenigstens die im § 477 BGB. festgelegte sechsmonatige Verjährungsfrist durch gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises zu unterbrechen, so daß, da Arglist des Bekl. nicht behauptet ist, rein formell es zweifelhaft erscheinen möchte, ob der Anspruch des Kl. heute nach etwa zwei Jahren

fählich behandeln, was in den Erkenntnissen der GemSchG. nicht häufig beliebt wird.

Die Bestimmung des § 4 der Anl. zu Art. 296 W., daß die Staatshaftung nicht eintritt, wenn nach der Gesetzgebung des Landes des Schuldners die Schuld im Zeitpunkt der Kriegserklärung verjährt war, zwingt bei internationalen Schuldverhältnissen zur Prüfung dieser Frage zunächst nach dem im Lande des Schuldners geltenden internationalen Privatrecht. Nach dem hiernach maßgeblichen deutschen internationalen Privatrecht ist die hier streitige Frage der Verjährung der Schuld eines Deutschen aus einem Auftrage oder einem ähnlichen Schuldverhältnis nach deutschem Landesrecht zu entscheiden. Es gelangt also zugunsten der Bekl. § 196 Ziff. 1 zur Anwendung.

Wäre nach englischem Recht zu entscheiden, würde die Frage an sich anders zu beurteilen sein: Das englische Recht behandelt die Einrede der Verjährung nur als formelles prozessuales Vorbringen, versagt ihr aber materielle rechtliche Wirkung. Aber diese Abweichung vom deutschen Recht könnte nach § 4 zit. vor dem SchG. keine Anerkennung beanspruchen, weil nach deutschem Recht die Anwendung eines ausländischen Gesetzes, das die Unverjährbarkeit eines forderungsrechtlichen Anspruchs vorsieht, i. S. des Art. 30 EGVGB. gegen den Zweck des deutschen Gesetzes verstieße. Die Stellungnahme des BGB. zur Frage der Verjährung ist grundsätzlich Natur (RG. 106, 83).

Da somit nach dem maßgeblichen Recht des Schuldners die Hauptforderung verjährt ist und nach demselben Recht (§ 768 BGB.) auch der Bürge diese Einrede geltend machen kann, ist auch gegen ihn mit Recht die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

SenPräs. Dr. Hinrichsen, Hamburg.

**Zu 1.** Die kurze Verjährung des Wandelungs- und Minderungsanspruches (§ 477) wird durch Klagerhebung unterbrochen (§ 209). Der Klagerhebung vor Staatsgericht ist diejenige vor Schiedsgericht durchaus gleichzustellen. Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn die Klage durch Prozeßurteil abgewiesen ist, es sei denn, daß der Berechtigte binnen sechs Monaten erneut Klage erhebt (§ 212). Dies gilt auch dann, wenn vor Schiedsgericht (oder vor falschem Schiedsgericht) geklagt ist, dieses aber abweist, weil Staats-

nach geltend gemacht werden kann. Das Schiedsgericht wäre nun zwar keinesfalls geneigt, sein Urteil auf lediglich formellen Gründen aufzubauen. Es ist jedoch überwiegend der Ansicht, daß auch aus Billigkeitsgründen und mit Rücksicht auf die kaufmännischen Gepflogenheiten in Hamburg heute dem Bekl. nicht mehr zugemutet werden kann, sich einer Arbitrage zu unterwerfen. Die Sicherung des Beweises war Sache des Kl. als der betreibenden Partei, die einen Anspruch auf Minderung erhob. Von einer Ulfance im Febernfandel, daß auch die keinerlei Leistung oder Rückleistung mehr begehrende Partei bei Differenzen ihrerseits Arbitrage gegen sich selbst anmelten müsse, wie es bei einigen anderen technisch weiter ausgebildeten Branchen möglicherweise der Fall sein könnte, kann nicht gesprochen werden.

(SchiedsG. der Hk. Hamburg, SchiedsSpruch v. 16. April 1929, Mittsch. Hamburg 1929, 267.)

## F. Ausländische Gerichte.

### Schweizer Bundesgericht.

#### I. Erweiterung des Aktiengesellschaftszwecks. †)

Die beklagte AktG. bezweckte sagungsgemäß den „Handel in Rohstoffen, Vertrieb von Mineralwässern u. dgl.“. Die Sagung fügte bei, die AktG. könne sich auch an anderen Unternehmungen „ähnlicher Art“ beteiligen. Später beschloß man mehrheitlich unter Protest des klagenden Aktionärs, den Betrieb auf Postautokursfahrten zu erstrecken. Dieser Beschluß wurde zum Handelsregister nicht angemeldet, jedoch faktisch durchgeführt. Das BundG. erklärte ihn für ungültig:

Der Autopostbetrieb ist kein sagungsmäßiger, denn er stellt kein Unternehmen ähnlicher Art dar. Der GenVerfBeschuß enthielt daher eine Erweiterung des Gesellschaftszwecks, die sich als teilweise Umwandlung desselben darstellt, als solche aber ebenso wie eine vollständige Zweckänderung unter die Vorschrift Schweiz. OR. 627 (vgl. Art. 74 ZGB., § 33 DVBG.) fällt. Sie konnte daher nur einstimmig beschloffen werden und bedurfte der Eintragung ins Handelsregister (OR. 626). Der Mangel der letzteren konnte durch tatsächliche Aufnahme des neuen Betriebs nicht geheilt werden. Man darf auch nicht sagen, der nach außen unwirksame Beschluß sei wenigstens im Innenverhältnis der AktG. zu ihren Aktionären wirksam geworden; denn es müßte zu unhaltbaren Zuständen führen, wenn die AktG. ihren Gläubigern und ihren Aktionären gegenüber unter verschiedenen Statuten leben könnte.

(SchweizBundG., 1. ZivAbt., Entsch. v. 14. Mai 1929, Pr 1929, Nr. 57.)

gericht (oder ein anderes Schiedsgericht) zuständig sei; desgleichen dann, wenn vor Staatsgericht geklagt ist, dieses aber abweist, weil ein Schiedsgericht zuständig sei. Der letzte Fall lag hier vor. Die Schiedsklage war daher rechtzeitig erhoben, und die formellen Bedenken des Schiedsgerichts waren grundlos. Rein formell betrachtet, hätte also das Schiedsgericht die Klage annehmen und meritorisch bescheiden sollen.

Ein solches Verfahren hätte jedoch sachlich nicht befriedigt und auch der ratio legis nicht entsprochen. Denn es ist offenbar ein Übel, wenn ein Anspruch, für den das Gesetz aus sehr triftigen Gründen die ungewöhnlich kurze Verjährungsfrist von sechs Monaten festgelegt hat, noch nach mehreren Jahren geltend gemacht werden kann lediglich deswegen, weil es dem Kl. beliebte, zunächst ein unzuständiges Gericht anzurufen und den Prozeß-Prozeß jahrelang durch alle Instanzen zu treiben. Mit vollem Recht und dem Geiste des Schiedsverfahrens durchaus gemäß hat daher das Schiedsgericht die Klage a limine abgewiesen in der Erwägung, dem Bekl. sei die Einlassung auf eine dergestalt verspätete Klage nicht zuzumuten, und dies um so weniger, da Kl. nicht einmal fristgemäße Beweissicherung veranlaßt hatte. Ein Vollstreckbarkeitsbeschluß kam nach Sachlage nicht in Frage. Auch dieser aber wäre unbedenklich zu erlassen gewesen, da die Vorschrift § 212 Abs. 2 eine verzichtbare ist und da überdies von einem „Hinwegsehen“ über dieselbe hier keine Rede sein könnte. Wo kämen wir hin, wollte jeder Rechtsirrtum als eine „Hinwegsetzung“ aufgefakt werden!

Prof. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

**Zu 1.** Ich stimme für Schweiz. Recht voll zu und verweise insoweit auf meine zu § 33 BGB. gemachten Darlegungen JW. 1929, 1647. Aber auch nach Reichsrecht würde ich ebenso entscheiden. Nach § 275 Abs. 2 HGB. genügt zwar (mangels strengerer Sägungsbestimmung)  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit, und wir wissen nicht, ob diese im Streitfalle vorhanden war; auch nach HGB. aber lag ein Sägungsändernder Beschluß vor, der, um nach innen und außen zu wirken, der Eintragung in das Handelsregister bedurfte hätte (§ 277 Abs. 3 HGB.).

Prof. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

## Oberster Gerichtshof Wien.

## 1. Preisschleudern mit Markenartikeln. †)

Das BG. gibt zu, daß das Preisschleudern, das ist der Verkauf einer Markenware unter dem vom Produzenten vorgeschriebenen Preise, insbes. unter Ausnützung des Vertragsbruches eines anderen sittenwidrig sei, auch daß diese Eigenschaft verlorengehe, wenn diese Preisbildung selbst als ganz oder teilweise rechtswidrig oder doch sittenwidrig sich erweise. Es vermeint jedoch, sich hier hauptsächlich auf Rosenthal stützend, daß dies hier nicht in Betracht käme, weil die Kl. den unerlaubten Wettbewerb der Bekl. nicht herein, sondern in der Vereitelung der Kontrollmaßregeln der Zweikl. dadurch erblickten, daß die Bekl. die Kontrollzeichen der Zweikl. an den mit ihren Schuhkremsen gefüllten Schachteln durch andere ersetze, bzw. Schachteln, auf denen die Kontrollnummern beseitigt oder durch andere ersetzt wurden, verkaufe.

Hier setzt jedoch ein Rechtsirrtum des BG. ein. Ob eine Handlung unsittlich ist, kann nur ihrem Gesamtcharakter mit Heranziehung aller ihrer Begleitumstände beurteilt werden. Mag auch der vom RG.: ZW. 1925, 143 aufgestellte Leitsatz „verwerfliche Mittel allein ohne Rücksicht darauf, ob sie zur Herbeiführung des unlauteren Erfolges geeignet seien, reichen für den Tatbestand des § 1 UnlWG. nicht aus“, keinen Anspruch auf allgemeine Rechtsgültigkeit besitzen, so muß doch der Lehre darin beigegeben werden (Rosenthal, 7. Aufl. zu § 1 Note 17), daß im konkreten Falle stets die Gesamtheit der Einzelheiten in Betracht gezogen werden muß, daher ebenso wie eine an sich unbedenkliche Handlung durch ihre Begleitumstände zur unsittlichen werden kann, auch der umgekehrte Fall denkbar ist. Fällt die Gesamthandlung nicht unter den unlauteren Wettbewerb, so kann dies den Denkgesetzen entsprechend auch nicht bei ihren Teilercheinungen zutreffen, wenn in diesen nicht ein selbständiger Angriff gegen den Erwerbzweck des Mitbewerbers liegt, der diese seine Bedeutung naturgemäß nicht verlieren kann, wenn er darüber hinausgehende Zwecke verwirklichen helfen soll. Offenbar auch nur mit dieser Einschränkung ist Rosenthal zu verstehen, wenn er (Note 100) die Vereitelung der Kontrollmaßregeln, mit denen die Fabrikanten von Markenartikeln den Vertragsbruch ihrer Abnehmer zu verhindern suchen, als in jedem Falle sittenwidrig erklärt. Denn seine weiteren Ausführungen zeigen, daß er hier solche Handlungen im Auge hat, die das unsittliche Preisschleudern ermöglichen sollten.

Wird mit den beiden untergerichtlichen Urteilen davon ausgegangen, daß die Kontrollbezeichnung der Schachteln der Zweikl.

Zu 1. I. Die Entscheidung ist leider schwer lesbar abgefaßt, auch ihr Tatbestand hier nur lückenhaft mitgeteilt. Zur Erleichterung ihres Verständnisses diene folgendes: Die dem erstklagenden Markenschuhverband angeschlossene Schuhfabrik „Schmoll“ (Zweikl.) stellt einen Schuhkrem „Schmollpasta“ her, den sie als Markenartikel vertreibt und mit Kontrollzeichen versieht, welche angeblich auch die Herstellungszeit angeben. Die bekl. Wollfäbrik hat Schmollpasta bezogen und nach Entfernung der Kontrollzeichen unter Markenpreis verkauft. Sie behauptet, hierzu berechtigt, ja genötigt gewesen zu sein, weil Fabrikantin selbst den Markenpreis unterbiete, indem sie dem Kleinhandel bei direktem Bezug Rabatt gewähre. Daraufhin erfolgte Klageerhebung auf Grund § 1 Österr.-UnlWG. v. 26. Sept. 1923 (= § 1 DeutschlUnlWG.), vermutlich mit dem Antrage auf Unterlassung. Die Vorinstanz (OG. Wien) scheidet der Klage in der Hauptsache entsprochen zu haben. Der Oberste Gerichtshof gab der beklaglichen Rev. Folge und verwies an die erste Instanz (OG. Wien) zurück. Maßgebend waren folgende Erwägungen: 1. Das Entfernen der Kontrollzeichen ist zwar für sich allein nicht unsittlich, es wird jedoch unsittlich in seiner Verwendung als Mittel zu anstößigen Zwecken. 2. Das sog. „Preisschleudern“ ist grundsätzlich ein unsittliches Wettbewerbsgebaren i. S. § 1 UnlWG., gleichgültig hierbei, a) ob der Täter ein unmittelbarer Abnehmer des Erzeugers oder ein Außenseiter ist, b) ob er mit oder ohne Grund unter Lieferersperre steht. 3. Ausnahme jedoch dann, wenn die Preisbestimmung selbst sich als unerlaubte Ausbeutung der durch die eigene Monopolstellung geschaffenen Zwangslage der Abnehmerschaft darstellt (was vorliegend mangels schlüssiger Behauptungen der Bekl. unerörtert bleiben mußte). 4. Ausnahme ferner dann, wenn das Markenschuhsystem nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv lückenhaft ist, insofern Erzeuger selbst die Lücke absichtlich geschaffen hat (was vorliegend der Prüfung durch die Tatsachengerichte noch bedarf).

II. Zur Beurteilung der Ausführungen 1—4 sei folgendes ausgeführt:

1. Was die Entfernung der Kontrollzeichen anlangt, so ist dem Obersten Gerichtshof gegen die Vorinstanzen beizutreten. Diese Handlung ist in der Tat harmlos oder anstößig je nach dem Zweck, den sie verfolgt. Harmlos z. B. dann, wenn sie nur bezweckt, eine Verunzierung der Ware zu beseitigen, oder wenn der kaufende

die Preisunterbietungen ihrer Zwischenabnehmer, mithin das Preisschleudern bezüglich der in ihnen enthaltenen Waren zu hindern bestimmt sind, so war dies daher dafür freitenscheidend, ob in dem von der Bekl. zugestandenen Verkaufe von Schachteln nach Entfernung jener Kontrollzeichen, bzw. deren Ersetzung durch ihre eigenen — der Bekl. — Zeichen eine unter § 1 UnlWG. fallende Handlung lag. Denn daß etwa die Ware selbst oder eine das Publikum besonders anlockende künstlerische Aufmachung derselben dadurch beschädigt wurde, liegt nicht vor. Die Schachteln wurden offen verkauft, ihre Werbewirkung soll, wie ihre Befestigung ergibt, zweifelsfrei nur in der steten Wiederholung der Worte „Schmollpasta“ auf ihnen liegen. Dies konnte aber durch die Ausmerzung der Kontrollzeichen der Zweikl. bzw. deren Ersetz durch andere nicht beeinträchtigt werden, wenn auch zugestanden werden muß, daß die Art der Befestigung der Kontrollzeichen auffallend ist und einen ungeschönten Eindruck macht. Das Argument des Erstgerichtes, „daß durch die Manipulation an diesen Schachteln an der Hülle eines Markenartikels, mithin eines Produktes, bei dem die Erzeugerin mit ihrem geschäftlichen Rufe für die besondere Beschaffenheit gewährleistet, eine wesentliche Änderung vorgenommen wurde“, muß bei dieser Sachlage abgelehnt werden.

Der Oberste Gerichtshof stimmt in der rechtlichen Wertung des Preisschleuderns den Untergerichten zu. Dieses fällt bei Markenwaren grundsätzlich unter § 1 UnlWG. In der Abgabe dieser Ware unter dem vom Produzenten verbindlich festgesetzten Preis liegt eine sittenwidrige Anlockung des Publikums, da dadurch angedeutet werden soll, daß der Mitbewerber ungebührlich hohe Preise verlange, wodurch sein Geschäftsgebaren zu Wettbewerbszwecken in ein ungünstiges Licht gestellt wird, das geeignet ist, seine Kunden der bisherigen Bezugsquelle zu entfernen und sie in das Lager des die Ware billiger verkaufenden Zwischenhändlers zu treiben. Dieses Tun täuscht den Verkehr, schädigt den Mitabnehmer und verhindert den Fabrikanten an der Durchführung seiner Preisvorschrift (Rosenthal zu § 1 Note 92). Daß es hierbei unwesentlich ist, ob der unmittelbar vertragsbrüchige Kontrahent der Erzeugungsfirma die Preise so herabsetzt oder der Außenseiter, der in Kenntnis des Preislimites die Markenware billiger verkauft, kann kaum einem Zweifel unterliegen. Denn, wie das BG. mit Recht bemerkt, vermag er dies nur mit Ausnützung des Vertragsbruches seines Lieferanten, er schafft sich so einen sittlich nicht zu rechtfertigenden Vorteil auf Kosten des vertragstreuen Mitbewerbers und verletzt dadurch gewiß das Rechtsempfinden des anständig denkenden Kaufmannes (Rosenthal zu § 1 Note 94, 96, 100; Kabecka S. 34; RG. v. 6. Juli 1927; MuW. 1927/28, 147; JurBl. 6, 28).

Verbraucher sie aus Diskretionsgründen verlangt (z. B. bei Geschenkartikeln). Anstößig dagegen ist sie dann, wenn sie eine Unlauterkeit, z. B. eine in casu unlautere Preisunterbietung zu ermöglichen oder zu vertuschen bestimmt ist. Die Beweislast für den Zweck trifft den Wettbewerbskläger. In praxi dürfte ihm indes eine praesumptio facti zur Seite stehen. Wer nämlich die Kontrollzeichen entfernt, der schafft damit nach der Lebenserfahrung den Verdacht gegen sich, er habe es auf eine Preisunterbietung abgesehen. Diesen Verdacht mag er widerlegen. Er widerlegt ihn am schlagendsten natürlich durch den Nachweis, daß er den Markenpreis trotzdem eingehalten hat. Während andererseits der Verdacht bis zur Gewißheit sich verdichtet, wenn dem Täter auch Preisunterbietung nachgewiesen wird; was im Streitfalle zutrifft. Die Entfernung der Kontrollzeichen war somit anstößig, sofern die Preisunterbietung eine anstößige war, was zu 2 zu prüfen sein wird.

In einer recht kurz gehaltenen Schlussbemerkung deutet der Oberste Gerichtshof an, ein Teil seiner Erwägungen würde gegenstandslos gewesen sein, wenn feststände, daß die Kontrollzeichen auch die Erzeugungszeit der Ware angeben hätten. Was er damit sagen will, ist mir nicht durchsichtig. Verfolgte nämlich der Zeitvermerk ausschließlich den Zweck, das Alter der Ware kundzutun, so hätte es näherer Darlegungen darüber bedurft, daß und inwiefern das Alter der Pasta auf die Entschlüsse des Abnehmers, insbes. auf die Qualität der Ware Einfluß übt. Sollte dagegen das Erzeugungsdatum zugleich für den maßgebenden Markenpreis bestimmend sein (?), dann bedeutete die Entfernung des Datums sachlich nichts anderes als eine mittelbare Entfernung des Preisvermerks, und es beivendet alsdann bei dem Vorgesagten.

2. Das Wort „Preisschleudern“ gehört dem Interessentensjargon an und schließt eine sittliche Mißbilligung in sich. Es bedeutet daher eine unzulässige Vorwegnahme des zu Beweisenden, wenn man die Frage dahin stellt, ob das Preisschleudern eine anstößige Geschäftsgebaren sei. Für den unvoreingenommenen Beurteiler liegt zunächst nichts weiter vor als eine Preisunterbietung. Eine solche kann anstößig, sie kann aber auch einwandfrei sein. Es ist also ungehörig, einen Geschäftsmann, der billiger als andere verkauft, eben schon deswegen einen „Schleuderer“ zu nennen — ganz ebenso, wie es ungehörig wäre, einen Geschäftsmann, der teurer als andere verkauft, eben schon des-

Die Rev. verneint dies allerdings, indem sie sich auf die relative Wirkung der obligatorischen Schuldverhältnisse beruft, die zur Folge habe, daß der Gläubiger sich nur an seinen im Forderungsberechtigten mit ihm verknüpften Verpflichteten halten könne, nicht aber an den Dritten, der dessen Vertragsverletzung veranlaßt oder an ihr teilnahm. Dieser gewiß im allgemeinen das Vertragsrecht beherrschende Grundsatz wurde aber bereits mehrfach durch positiv rechtliche Bestimmungen durchbrochen und es wird namentlich von der Lehre aus § 1295 Abs. 2 BGB. mit Recht abgeleitet, daß diese Relativität arglistigen Schädigungen gegenüber, die gegen die guten Sitten verstoßen, nicht in Betracht kommen kann (Ehrenzweig, Recht der Schuldverhältnisse § 294 III 5, § 303 II Abs. 2 u. a.). Dies gesetzgeberisch für das Gebiet des Erwerbslebens zu erfassen, dient das UnlWG., dem der Gedanke zugrunde liegt, die Beziehungen des gewerblichen Unternehmers zu seiner Kundschaft gegen deren absichtlichen Ablenken, wenn es den Sittlichkeitsbegriffen der Geschäftswelt, der beide Teile angehören, widerspricht, zu schützen, und dessen Normen daher mit der unbeschränkten Anwendung des Grundsatzes, daß die Einnegung in fremde Vertragsbeziehungen den Dritten nicht verantwortlich mache, unvereinbarlich ist. Allerdings vertritt der von der Rev. herangezogene Prof. Hans Reichel (ArchZivPr. 127, 257 ff.) insofern einen gegenteiligen Standpunkt, als er gerade in der Frage des Preiserschleuderns den Außenleiter im Interesse der Freiheit des Handelns gegen die übermächtige Monopolstellung des Erzeugers schützen will. Wie aber Rosenthal hierzu (zu § 1 Note 99a) unter Heranziehung auch des sonstigen Schrifttums mit Recht bemerkt, haben die von Reichel für seine Anschauung ins Treffen geführten Argumente keineswegs durchschlagende Kraft. Es muß namentlich zu seinem Hinweis, daß anderenfalls der Außenleiter dem vertragsmäßig gebundenen Abnehmer im Effekte gleichstünde, bemerkt werden, daß die Unsitlichkeit einer Wettbewerbsbehandlung nicht davon ab-

hängt, daß sie vertragsmäßige Rechte verletzt und daß auch sonst im Rechtsverkehr die Fälle nicht selten sind, wo gesetzlich obliegende Pflichten auch noch vertragsmäßig festgelegt werden. Auch seine Berufung auf die Notwendigkeit der Grenzziehung für den Organisationszwang, um ihn nicht übermächtig werden zu lassen, vermag, wo dieser den Interessen der Allgemeinheit nicht widerspricht, weil er nicht den Rahmen des erlaubten Kundenschutzes verläßt. Rosenthal bemerkt mit Recht, daß viele mit der Erzeugung von Markenartikeln besetzte Betriebe, deren Bestehen die Interessen der Allgemeinheit erfordern, existenzfähig nur bleiben können, wenn sie den Preischutz ihrer Waren durchzuführen vermögen, und daß die Erfahrung lehrt, jede Ware, mit der dauernd geschleudert wird, gerate in Verfall.

Die Sittlichkeit oder Unsittlichkeit der Preisunterbietung der Bekl. zu prüfen, war daher unvermeidlich, wobei es selbstverständlich der Bedeutung entbehrte, ob sie dieses Mittels sich erst bediente, nachdem sie von der Zweittkl. ausgespart worden war, oder schon früher sich dadurch ihren Kundenkreis verschafft hatte, zumal sie selbst nicht behauptet, sich hierbei der Zustimmung der Zweittkl. gesichert zu haben oder wenigstens mit deren Wissen vorgegangen zu sein.

Dies führt zur Frage der Schutzfähigkeit der von der Zweittkl. ihren Zwischenabnehmern auferlegten Preisbindung. Denn eine solche ist, wie ja auch das BG. zugibt, nur dann rechtswirksam, wenn sie nicht selbst gegen die guten Sitten verstößt (Rosenthal zu § 1 Note 96; Becher § 1 Anm. 8), eine Auswirkung des das Rechtsleben unbestritten beherrschenden Grundsatzes, daß niemand aus seiner eigenen unerlaubten Handlung Vorteil ziehen darf.

Das BG. zieht allerdings hier die Grenze, daß es sich um einen „den notwendigen Bedürfnissen des täglichen Unterhaltens“ dienenden Artikel handeln müsse, und da Schuhkrem, welchen die Zweittkl. erzeuge, hierunter nicht gehört, kommt es zu dem Schlusse, daß, wenn auch deren von der Zweittkl. festgestellte Ver-

wegen als einen „Preistreiber“ zu handhaben. Konkursverwalter und Gerichtsvollzieher haben die gesetzliche Pflicht, gewisse Objekte um jeden Preis loszuschlagen; sie würden aber schwer beleidigt sein, wollte man ihnen nachjagen, ihre amtliche Aufgabe sei es, zu schleudern. Vollends bedenklich aber wirkt der Ausdruck „Schleudern“ dann, wenn andere zu ungebührlich hohem, der Unterbietende aber zu angemessenem Preise verkauft: zu angemessenem Preise schleudert man nicht. Nach alledem sollte die Bezeichnung „Preischleudern“ auf die Fälle einer anstößigen Preisunterbietung beschränkt bleiben.

Wir formulieren demgemäß die Frage so: stellt die Unterbietung des Markenpreises grundsätzlich eine anstößige Wettbewerbsbehandlung, d. h. eine mit dem geschäftlichen Anstand grundsätzlich unvereinbare Schädigung des Mitbewerbers dar? Diese Frage wird in Schrifttum und Nrpr. fast durchgängig bejaht. Auch ich bejahe sie, habe sie schon ZW. 1929, 1218 bejaht und auch in meinem Aufsatz ArchZivPr. 127, 257 (Reverssystem und Außenleiter) nicht verneint, vielmehr S. 268 oben ausdrücklich offen gelassen.

Der Oberste Gerichtshof bejaht gleichfalls. Seine Begründung, die im wesentlichen einem Kommentar entnommen ist, läßt jedoch eine straffe Gedankenführung durchaus vermissen. Der Oberste Gerichtshof meint, die Unterbietung sei unsittlich, weil sie dem Publikum den falschen Glauben beibringe, der Mitbewerber verlange ungebührlich hohe Preise; ein solches Gebaren aber täusche den Verkehr, schädige den Mitbewerber und verhindere den Fabrikanten an der Durchführung seiner Preisvorschrift. Das sind Sentiments, aber keine Argumente. Die erste Erwägung beweist schon deshalb nichts, weil sie auch für Nichtmarkenartikel gelten, also jede Unterbietung zur sog. Schleuderei stempeln würde; sie übersieht ferner, daß der höhere Preis des Konkurrenten auch nach Kundenauffassung nicht ungebührlich hoch sein muß, sondern durch erhöhte Herstellungskosten bedingt sein kann; ja sie erwägt nicht einmal, daß der Markenpreis in Einzelfällen wirklich ein ungebührlich hoher sein kann, ohne daß gerade der Tatbestand unter 3. erfüllt sein müßte (Luxusartikel). Die vage Bemerkung, Unterbietung täusche den Verkehr, verliert damit ihre Stoßkraft. Daher kann auch der Hinweis auf die Schädigung des Mitbewerbers nichts verschlagen. Denn daß er geschädigt wird, beweist für sich allein natürlich gar nichts, da jeder Wettbewerb schädigt, während zum Beweise stand, daß er in unläuterer Weise geschädigt werde. Vollends unschlüssig aber das Schlussargument, der Unterbietende sabotiere das Preisbindungssystem des Fabrikanten. Denn das Wettbewerbsrecht hat es — was zu sagen kaum nötig sein sollte — mit dem Mitbewerber, nicht mit dem Fabrikanten zu tun. — Es scheint mir an der Zeit, daß unsere Höchstgerichte aufhören, sich in Wettbewerbsfragen von einer literarisch gewandt aufgemachten, sachlich aber bedenklich saloppen und unbeständigen Instinkttheorie ins Schlepptau nehmen zu lassen. Sie sind Mannes genug, aus Eigenem das Rechte zu finden.

Will man die aufgeworfene Frage korrekt beantworten, so

muß man sie zunächst einmal korrekt stellen. Sie lautet nicht dahin: handelt der Unterbieter unsittlich? sondern dahin: schädigt er in unsittlicher Weise seinen preisbindungsstreuen Mitbewerber? (vgl. RG.: ZW. 1928, 1221 rechts oben). Fragt man so, dann tritt die wirtschaftliche Schädigung des Produzenten durchaus in den Hintergrund. Hieran ändert die Tatsache nichts, daß dieser als Kl. auftritt. Klagt er doch lediglich kraft gesetzlicher Prozessstandschaft für den betroffenen Mitbewerber (ÖsterrUnlWG. 14 = DeutschUnlWG. 13). In Betracht fallen kann vielmehr nur eine ihm gegenüber begonnene Rechtsverletzung, auch diese aber nur mittel-, nicht unmittelbar. Eine Wettbewerbsbehandlung nämlich, die nur durch eine gegenüber dem Produzenten begangene Rechtsverletzung ermöglicht wurde, ist i. Zw. dem vertragstreuen Mitbewerber gegenüber schon um deswillen anstößig (daß die Umkehrung nicht gilt, wird sich später zeigen). Nur in diesem Sinne ist daher auch das Verhältnis zum Produzenten zu erörtern. Hierbei ist zwischen Reversschuldner und Außenleiter zu unterscheiden.

a) Der Reversgebundene begeht durch Unterbietung eine vorsätzliche Vertragsverletzung, also eine vorsätzliche rechtswidrige Handlung. Daß diese dem Produzenten gegenüber zugleich unsittlich (im Rechtsinne) sei, ist i. Zw. zu bestreiten; es kommt aber hierauf nichts an. Denn uns interessiert hier die Unterbietung nur als Wettbewerbsbehandlung. Eine Wettbewerbsbehandlung aber, die nur durch eigenen Vertragsbruch ermöglicht wurde, ist i. Zw. dem vertragstreuen Mitbewerber gegenüber, auf dessen Vertragstreue der Täter spekuliert, unsittlich. Ebenso RG.: ZW. 1928, 1221 (unter Verwendung des m. E. nicht ganz unmißverständlichen Wortes „planmäßig“).

b) Den unterbietenden Außenleiter anlangend, bin ich in „Reverssystem und Außenleiter“ S. 270 ff. zu dem Ergebnis gelangt, er begehe dem Fabrikanten gegenüber eine Unsittlichkeit i. S. § 826 BGB. (BGB. 1295) i. Zw. selbst dann nicht, wenn er sich die Ware vermittels Ausnützung, ja sogar Herbeiführung eines Vertragsbruches eines reversgebundenen Drittlieferanten verschafft habe (über Ausnahmen siehe S. 275 ff.). Diese Ausführungen hatten, ich muß es wiederholen, ausschließlich das Verhältnis zum Produzenten im Auge; mit dem Wettbewerbsrecht dagegen, d. h. mit dem Verhältnis zum Mitbewerber, wollten sie ausdrücklichermassen nichts zu tun haben. Das dort interessierende Problem war vielmehr ein ganz anderes, nämlich die Frage der Begrenzung des Organisationszwanges bzw. der Diktaturgewalt des Monopolisten. Die mehr hitzigen als hieblicheren Angriffe eines im Wettbewerbsfeld tätigen Schriftstellers erinnerten sonach stark an gewisse Ruhmesstaten des edlen Ritters von der Mandra. Wenn zu meiner Verwunderung auch besonnene Autoren wie Pinzger (MWB. 1928, 111) die gleiche Kampftrummel gerührt haben, so führt dies wohl einmal darauf zurück, daß das Thema „Reverssystem“ sonst überwiegend im Rahmen des Wettbewerbsrechts abgehandelt wird, zum anderen aber darauf, daß das deutsche (u. österr.) UnlWG. — im Gegensatz zum schweizerischen — den Fabrikanten zum Güter fremder Interessen bestellt hat. Dem

kaufpreise rechtswidrig und unsittlich wären, die Bindung ihrer Zwischenabnehmer an dieselben nicht mit Ungültigkeit behaftet war. Es sei die Bekl. auch nicht in einer Zwangslage gewesen, zumal sie ihren Schuhkrem von anderen Erzeugern beziehen konnte. Endlich habe sie ja den ihr durch die Nichtbelieferung mit dem Schuhkrem der Zweitel. angeblich entfallenden Noistand dadurch selbst verschuldet, daß sie die von der Zweitel. vorgeschriebenen Preise nicht einhielt.

Das angefochtene Urteil geht jedoch mit dieser seiner Beschränkung der Ungültigkeit der Preisvorschrift auf die Fälle des Dardanariates von einem offenbar zu engen Begriffe der so schützenden Erzeugnisse aus. Benützung der Monopolstellung durch Anbietetung von Leistungen unter volkswirtschaftlich nicht zu rechtfertigenden Bedingungen ist bei allen Waren des „allgemeinen und unentbehrlichen Bedarfs“ (Rosenthal zu § 1 Note 99) — und hierunter zählt gewiß auch der Schuhkrem —, eine unerlaubte Ausbeutung der Zwangslage und daher unsittlich (Ehrenzweig a. a. D. § 316 I 2d Abs. 3 i. f., § 316 III Abs. 4). Ist sie aber unsittlich, so bindet sie nicht und ihre Verletzung kann keine sittenwidrige Handlung darstellen (Rosenthal zu § 1 Note 99; Becher zu § 1 Anm. 8), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es möglich gewesen wäre, dieser Bindung in irgendeiner anderen Art zu entgehen (RG. 78, 43). Die Berufung auf das angebliche Selbstverschulden der Bekl. beruht zweifelhaft auf einem Denkfehler. Die bindende Kraft der Preisvorschrift der Zweitel. ist es ja, die zu untersuchen war, und sie konnte daher nicht als bereits dargetan angenommen werden, um ein Verschulden der Bekl. daraus abzuleiten, daß sie nicht beachtet wurde.

Gleichwohl haben die Untergerichte diesen Fall erlaubter Verletzung eines Preislimites bei einer Markenware mit Recht ausgeschlossen.

Die Bekl. hat in keiner Weise dargetan, daß die von der Zweitel. geforderten Preise für ihren Schuhkrem rechts- und sitten-

gleichen Irrtum scheint nun leider auch der Oberste Gerichtshof zum Opfer gefallen, da er eine Widerlegung meiner Ausführungen für geboten hält. Er beschränkt sich hierbei in der Hauptsache auf die beifällige Wiedergabe einer fremden Kritik, die zwar einigen Pfeffer, aber kein Körnchen Salz enthält. Wenn er bemerkt, die Unsittlichkeit einer Wettbewerbs-handlung hänge nicht davon ab, ob sie vertragmäßige Rechte verletze, so ist das richtig, widerlegt aber nichts, da diesseits nicht vom Mitbewerber, sondern nur vom Fabrikanten die Rede war. Wenn er weiter sagt, der Organisationszwang bedürfe keiner Grenzziehung, solange er den Gemeininteressen nicht widerstreite, so beweist er damit nur, daß das Reverssystem grundsätzlich den Untervorbenen bindet (was diesseits nie bestritten wurde), er beweist aber nichts dafür, daß es im Verhältnis zum Fabrikanten auch den Außenleiter verdrücke (was diesseits verneint war). Wenn er schließlich dem zitierten Kommentar die Argumentation entnimmt, viele Markenartikelbetriebe könnten nur bestehen bleiben, wenn sie den Preischutz ihrer Waren durchführen können, so ist das eine wirtschaftliche Erwägung, die in einem Handbuch für Kaufleute gewiß am Platze wäre, mit der hier streitigen Privatrechtsfrage aber nichts zu tun hat. Sie steht in dieser Beziehung kaum höher als etwa die in GewRSch. 1927, 786 zu lesende naive Bemerkung, es seien schon verschiedene Geschäftsleute in Konkurs gegangen, weil ihr Fabrikant sie nicht gegen Preisunterbietung geschützt habe. Nach alledem haben mich die Ausführungen des Obersten Gerichtshofes an meiner Auffassung nicht irremachen können. Hält man an ihr fest, so läßt sich die Behauptung, der Unterbieter handle seinem Mitbewerber gegenüber unsittlich, nicht auf das Argument stützen, die Unterbietung sei durch eine dem Produzenten gegenüber begangene Unsittlichkeit ermöglicht worden.

Man würde nun aber fehlgehen und weit über das Ziel schießen, wollte man hieraus weiter folgern, die Preisunterbietung des Außenleiters könne, da sie dem Produzenten gegenüber eine Unsittlichkeit i. S. § 826 BGB. nicht darstelle, auch dem Mitbewerber gegenüber eine Unsittlichkeit i. S. § 1 UnBWB. nicht bedeuten. Eine solche Argumentation würde nämlich vergessen, daß Unlauterkeit nicht aus einer einzigen Quelle fließt, und sie würde zudem die reinliche Scheidung der zwei Rechtsbeziehungen völlig wieder verwischen. Man kann daher zwar so argumentieren: eine Wettbewerbs-handlung sei unsittlich, wenn und weil ihr eine Verfehlung gegen den Produzenten als Mittel dient (wie zu a. g. sehen); dagegen darf man nicht auch umgekehrt schlußfolgern, eine Wettbewerbs-handlung sei einwandfrei, wenn und weil das ihr als Mittel dienende Verhalten gegenüber dem Produzenten dem letzteren gegenüber unbeanstandbar ist. Denn es kann letzterenfalls aus anderen Gründen tadelhaft sein.

Dies ist nun aber in der Tat der Fall. Denn der unterbietende Außenleiter nützt nicht allein fremden Vertragsbruch aus, sondern — und dies entscheidet — er spekuliert zugleich auf die pflichtmäßige Vertragstreue seiner Mitbewerber. Die Ausbeutung dieser Vertragstreue ist das eigentlich Gracie-

widrig und damit die Bindung an sie rechtswirksam war, und die Untergerichte hatten dies trotz des absoluten Zwangscharakters der Norm des § 829 BGB. nicht von Amts wegen zu prüfen, weil die hierfür erforderlich gemessenen tatsächlichen Unterlagen von der Bekl. nicht geliefert wurden. Es gibt übrigens auch die Rev. zu, daß ein Preiskartell bezüglich des Schuhkremes in technischen Sinne nicht bestehe und das BG. weist mit Recht in Anlehnung an die Lehre (Pisko S. 483, dazu Ehrenzweig a. a. D. § 316 I 2d) darauf, daß Kartelle, wenn sie die Erhöhung der Warenpreise nicht bezwecken, nicht sittenwidrig sind, und dies auch, wenn jene Voraussetzung eintritt, nicht werden, wenn sie hierfür dem Publikum andere Vorteile geben oder dahin zielen, der Schleuder Konkurrenz die Spitze zu bieten, um dadurch die volkswirtschaftlichen Bedingungen für den Fortbestand eines für die Allgemeinheit notwendigen Industriezweiges zu schaffen.

Ist die vertragmäßige Preisbindung selbst statthaft, so kann auch gegen die deren Durchführung dienenden Mittel des Kontrollsystems und der Ausperrung der vertragsuntreuen Abnehmer, bis sie sich der Preisbestimmung fügen, keine Einwendung erhoben werden (Rosenthal zu § 1 Note 27 c. Rpr. 316/28).

Der Fabrikant von Markenartikeln darf den ihm passenden Kleinhandelspreis nur verlangen, wenn er dafür Sorge trägt, daß derselbe wirklich eingehalten werde. Er muß ein lückenloses System hierfür schaffen. Nur dieses sichert ihm den Schutz der Gerichte gegen Preischleuderei (Rosenthal zu § 1 Note 92, 97 a; Becher zu § 1 Anm. 8), sonst ist seine Preisbindung eine Maßnahme der Willkür, unbillig und ungerecht und kann den richterlichen Schutz, ohne die Rechtsüberzeugung weiter Preise zu verletzen, nicht erhalten (Becher § 1 Anm. 51). Die Preisunterbietung der Zwischenabnehmer würde dann auch von der Absicht getragen, unbilligen und ungerechten Verlust des eigenen Absatzes abzuwenden, und wäre eine sich innerhalb der gehörigen Grenzen haltende reine Abwehrhandlung (Becher zu § 1 Anm. 19, 51).

Ist nämlich das Reverssystem annähernd lückenlos durchgeführt, so bedeutet die Preisunterbietung die Erlangung eines geschäftlichen Vorteils auf Kosten derjenigen Mitbewerber, die der Reverspflicht treu bleiben. Es ist aber i. Zw. unsittlich, einen anderen dadurch ins Hintertreffen zu bringen, daß jener, wie man erwartet und wünscht, loyalerweise seine Pflichten einhält, während diesseits die Pflichtverletzung eines Dritten herbeigeführt oder ausgenützt wird. Dies der Grund, aus dem der unterbietende Außenleiter sich eines unsittlichen Wettbewerbs schuldig macht (vgl. Pinzger a. a. D.: JW. 1929, 1218). Der Oberste Gerichtshof hätte sich daher den erfolglosen Versuch einer Widerlegung meiner Ausführungen über den Außenleiter ersparen können, ohne das Ergebnis zu gefährden. (Aus gleichem Grunde beging, nebenbei bemerkt, RG.: JW. 1928, 1218; 1929, 249 keine Unterlassungssünde, als es davon absah, sich mit der Entsch. des Schweiz. BG.: JW. 1927, 1609 auseinanderzusetzen; a. U. Wasser mann: JW. 1928, 1221.)

Ist es hiernach im Erfolg unerheblich, ob der Unterbietende ein Reversschuldner oder ein Außenleiter ist, so kann dem Obersten Gerichtshof nicht gefolgt werden, wenn er auch die Frage für gleichgültig zu halten scheint, ob die Außenleiterschaft eine frei- oder unfreiwillige, und letzterenfalls, ob die Ausperrung (Lieferperre) mit oder ohne triftigen Grund erfolgt ist. Grundlose Lieferungsperre begründet nämlich für den Betroffenen einen unverschuldeten Wettbewerbsnotstand, der seine Unterbietung in ein wesentlich milderes Licht setzt und sonach ausnahmsweise nicht als unsittlichen Wettbewerbs erscheinen läßt (näheres JW. 1929, 1219). Daß die Lieferperre mit Grund erfolgt sei, wird nicht vermutet, steht also zu Beweislaf des Wettbewerbsklägers. Ein triftiger Grund ist namentlich darin zu finden, daß der Betroffene sich einer anstößigen Unterbietung schuldig gemacht hat. Im vorl. Falle kam somit allerdings etwas darauf an, ob die Unterbietung der Bekl. schon vor ihrer Ausperrung begonnen oder erst nach derselben eingesetzt hat. Ersterenfalls nämlich rechtfertigte sie die Ausperrung, während zweitensfalls umgekehrt sie selbst durch die Ausperrung gerechtfertigt wurde. Aus den vom Obersten Gerichtshof angezogenen Entscheidungsgründen des OLG. ist nun zu schließen, daß Bekl. mit der Unterbietung den Anfang gemacht zu haben scheint. Trifft dies zu, so war die Lieferperre i. Zw. eine selbstverschuldete, also die Verurteilung der Bekl. insoweit nicht zu beanstanden (vgl. aber unten 4).

[Anmerkung: Dieß zieht in Zweifel, ob unfreiwillige Außenleiterschaft praktisch überhaupt vorkomme; „im Regelfalle handelt es sich immer um Elemente, die absichtlich jede Bindung meiden, um im Trüben fischen zu können“. Er hat hierbei wohl nur die Verhältnisse des Buchhandels im Auge. Daß aber auch im Buchhandel jene angebliche Regel nicht ohne Ausnahme ist, dies zeigt u. a. der Fall JW. 1929, 249, in dem der Bekl. sich um Aufnahme in den Buchhändleröfenerverein vergeblich bemüht hat.]

Weitere Ausnahmetatbestände zu erörtern, bietet der Streitfall keinen Anlaß, da diesbezügliche Schutzbehauptungen nicht

Allerdings ist der Natur der Sache nach ein wohl überhaupt nicht zu vermeidendes, gelegentliches Versagen der vom Erzeuger zum Zwecke des Preisshubes seiner Ware geschaffenen Organisation für die Frage der Lückenlosigkeit nicht entscheidend. Nach verkehrsmäßiger Auffassung ist ein System auch dann als lückenlos durchgeführt anzusehen, wenn seine Organisation nur an sich geeignet ist, alle Abnehmer zu erfassen (Rosenthal zu § 1 Note 98a). Hiervon kann aber gewiß nicht gesprochen werden, wenn die Lücken vom Erzeuger selbst geschaffen werden und insbes. nicht, wenn sie dem Zwecke dienen, den unmittelbaren Abnehmern den Vertrieb der Ware unmöglich zu machen.

Die Bekl. hat sich erboten darzutun, daß die Zweittkl. auch den kleinsten Abnehmern dieselben Rabatte wie ihr als Großhändler gebe, daß ihr ganzes Vorgehen überhaupt den Zweck verfolge, den Zwischenhandel systematisch zu unterdrücken, daß ihre Kunden sich wiederholt darauf beriefen, die Waren bei der Zweittkl. billiger zu erhalten, als bei ihr. Wirtschaftlich ist es völlig das gleiche, ob der Preis der Ware herabgesetzt oder dieser Zweck dadurch erreicht wird, daß im Wege von Rabatten eine teilweise Zurückzahlung des Kaufpreises gewährt wird. Weiter konnte dadurch je nach dem Umfange dieser Begünstigung der Bekl. der Vertrieb der Ware der Zweittkl. zu den ihr vorgeschriebenen Preisen unmöglich gemacht werden. Es liegen daher Behauptungen der Bekl. vor, die je nach Ausfall der hierfür angebotenen Beweise zweifelhaft erscheinen lassen konnten, ob von einem lückenlosen System der Zweittkl. bei der Preisbestimmung für den Schuhkram gesprochen werden dürfe, zumindest ob nicht der Bekl. das Recht zugebilligt werden müßte, sich durch eigene Preisbestimmung der Ware dagegen zu schützen, daß die Zweittkl., indem sie sie einzelfeils an die Preise band, andererseits ihre Abnehmer derart billig belieferte, daß Bekl. ihr nicht mehr folgen konnte, ihre Kunden abging, um sie in das eigene Lager zu ziehen, eine Handlung, deren Unfittlichkeit wegen des darin liegenden Mißbrauches der wirtschaftlich überragenden Bedeutung des Produzenten und ihrer Eignung, der Bekl. einen Schaden zuzufügen, der bedeutend größer war als der hieraus für die Zweittkl. zu erzielende Nutzen (B e c h e r

zu § 1 Anm. 51) klar zutage läge und daher des richterlichen Schutzes entbehren müßte.

Wenn das BG. diesen Gedankengang ein unzulässiges Einmengen in die geschäftlichen Erwägungen der Zweittkl. nennt, kann ihm nicht beigegeben werden. Die Freiheit des Wirtschaftslebens muß im Interesse der Allgemeinheit ihre Grenze in den vom sittlichen Empfinden des gerecht und billig denkenden Mannes gezogenen Schranken finden und deshalb ist das UnWV. von dem Gedanken beherrscht, daß beim Umkehr der Güter und der gewerblichen Leistungen niemand sich durch unlautere Mittel auf Kosten des anderen auf demselben Gebiete Tätigen Vorteile verschaffen darf.

Damit ist die Bedeutungslosigkeit des vom Berufungsgerichtlichen Urteile gemachten Einwandes dargetan, daß ja die Zweittkl. ihren Großabnehmern gegenüber sich nicht zur Nichtbelieferung der Detailhändler verpflichtet hätte und daß die Großabnehmer in jedem Falle auf sie einen Druck ausüben könnten, die Belieferung der Detailhändler zu unterlassen. Die Unfittlichkeit einer Handlung wird, wie bereits an anderer Stelle gesagt wurde, dadurch nicht aufgehoben, daß ihre Folgen in irgendeiner Weise abgemindert werden können. Die Existenz des Zwischenhandels hängt davon ab, allen berechtigten Wünschen der Einzelabnehmer entgegenzukommen, das Unfittliche eines derartigen Handelns kann daher auch nicht deshalb verneint werden, weil es sich lediglich um einen der vielen vom Zwischenhandel geführten Artikel handle.

Das BG. wie auch das Erstgericht haben diese Zusammenhänge verkannt, und wenn sie die für obige Behauptung von der Bekl. angebotenen Beweise nicht durchführten, haben sie daher, zumal den Parteien nicht das Recht genommen werden kann, Wahrnehmungen des Gerichtes aus anderen Prozessen durch Gegenbeweise zu widerlegen, das Verfahren zu einem derart lückenhaften gemacht, daß eine gründliche und erschöpfende Beurteilung der Rechtsfrage unmöglich war. Die Ausführung des BG., daß es sich hier im Wesen lediglich um unzulässige Neuerungen im Berufungsverfahren handelte, ist durch den Akteninhalt nicht gedeckt.

aufgestellt sind. (Man denke etwa an Ablosung verderblicherer Waren, an Geschäftsverkäufe in Bausch und Bogen, Liquidations- und Konkursverkäufe u. dgl. m.) Nur einen Punkt herauszugreifen sei gestattet: Zu den Artikeln, die unter Markenpreis abgegeben werden dürfen, gehören m. E. auch die sog. Restpartien, mit denen vom Lager zu räumen sich als geschäftliche Notwendigkeit erweist. Wenn RG. (GewRSch. 1927, 197) dem entgegentritt mit der Begründung, es sei nie erweislich, daß ein angeblicher Restposten in Wahrheit nicht Restposten sei, so stellt es die Beweislast auf den Kopf, da doch offenbar umgekehrt der Unterbietende die Eigenschaft als Restware beweisen muß. Nimmt man es mit diesem Beweise ernst, so dürfte einem Mißbrauch hinlänglich gesteuert sein.

3. Daß ein Markenpreis im Einzelfalle ausbeuterisch sein kann, stellt der Oberste Gerichtshof mit Recht fest, und er folgert zutreffend, daß ein derartiger Preis nicht einmal den Reversschuldner, geschweige den Außenseiter bindet (ebenso RG.: JW. 1928, 1221). Damit ist gewissen Auswüchsen des Reverswesens ein fester Niegel vorgeschoben. Es sollten aber auch wirklich nur die Auswüchse getroffen werden. Denn ein vormundschaftliches Hineinregieren des Richters in die Preisbildung widerspricht den Grundsätzen des freien Handels und der Vertragsfreiheit. Eine gewisse Zurückhaltung des Richters ist daher wohl am Platze, und zwar in zweifacher Beziehung: a) Materieellrechtlich insofern, als sich die Angemessenheitsprüfung auf unentbehrliche Gegenstände des allgemeinen Bedarfs zu beschränken hat. Außer Betracht fallen demnach sowohl jene Gegenstände, die einem individuell gesteigerten Sonderbedarf (insbes. Luxusbedarf, Komfort) dienen, als auch jene, die für den allgemeinen Konsum entbehrlich, weil durch andere ersetzbar sind. Daß zu den letztgenannten auch die „Schmollpasta“ gehört, hätte der Oberste Gerichtshof nicht in Abrede ziehen sollen. Denn diese Pasta ist nicht das Schuhputzmittel, sondern nur eines von vielen. Mögen also Schuhputzmittel im allgemeinen unentbehrlich sein, die Schmollpasta im besonderen ist es gewiß nicht. (Seitenstück: zu den unentbehrlichen Büchern gehört die Bibel, aber nicht die illustrierte Prachtbibel.) RG.: JW. 1928, 1221 scheint mir hiernach im Ausdruck etwas zu weit zu gehen, wenn es eine Markenpreisfestsetzung allgemein dann für unverbindlich erklärt, wenn sie eine „künstliche unbillige Hochhaltung der Preise für den Verbraucher“ bewirkt. Während andererseits das OVG. den Tatbestand wiederum zu eng umschreiben dürfte, wenn es ihn — offenbar im Anschluß an § 482 OSterrStGB. — auf „Waren, die zu den notwendigen Bedürfnissen des täglichen Unterhalts gehören“, begrenzt. b) In prozessualer Hinsicht sollte der Richter eine dahingehende Schutzbehauptung des Bekl. abwarten. Läßt Bekl. selbst den Markenpreis unbeanstandet, so ist es eine unzulässige Bevormundung, wenn das Gericht diese Frage von Amts wegen anspricht. Denn der Zivilprozeßrichter hat nicht Preis- und vollends nicht Konsumentenpolitik zu treiben,

sondern den konkreten Zivilstreit zu entscheiden. Es gelten also hier die gleichen Grundsätze, die vom Schweiz. OR. 21 höchst sachgemäß auch für den Wucher aufgestellt sind (dazu LZ. 1917, 654). Hat freilich Bekl. den Markenpreis als überzuleuend gerügt, so darf das Gericht allerdings — von Gerichtskundigkeit ganz abgesehen — auch von Amts wegen Sachverständigenbeweis erheben (§§ 144, 272 b Ziff. 5, 412 DeutschStP.; § 183 Ziff. 4 OSterrStGB.).

Auf ganz anderem Blatte steht die — nur rechtspolitisch interessierende — Frage, ob die Preisbindung, ganz allgemein genommen, volkswirtschaftlich mehr vom Nutzen oder vom Nachteil sei. Für ersteres Steimer, Wirtschaftsdienst 1929, 137, für letzteres Tschierschky und Mengz ebenda 1928, 1965 bzw. 1929, 136. (Gegenüber den einschlägigen Ausführungen Wenzel Goldbaums [GewRSch. 1927, 784] scheint Zurückhaltung am Platze.)

4. Zum Schlusse das Satyrspiel. Die unterbietende Großhändlerin wirft der Fabrikantin vor, diese selbst unterbiete den Markenpreis durch Rabattgewährung. Diese Behauptung ist bestritten. Von vornherein unglauhaft ist sie nicht. Man weiß, daß dergleichen keine Seltenheit ist. Erst stellt der Fabrikant ein strenges Reverssystem auf, das er jedermann zu peinlicher Befolgung aufzwingt; dann gewährt er hinterher einzelnen Kunden einen Preisnachlaß, um das Geschäft selbst zu machen; ertappt er aber dann endlich einen Zwischenhändler hinter dem gleichen Busch, so erhebt er stracks Wettbewerbsklage und ruft aus sittlich empörter Brust den Richtern zu: „Haltet den Dieb!“ Wer fühlt sich hier nicht an Machiavelli's famosen Fürstenspiegel erinnert? Auch ein Fabeldichter fände hier einen dankbaren Stoff. Soviel zum Tatsächlichen. In der rechtlichen Beurteilung des behaupteten Sachverhalts ist dem Obersten Gerichtshof durchaus beizustimmen. Nur ein grundsätzlich lückenlos durchgeführtes Reverssystem fällt wettbewerbsrechtlich in Betracht, nicht aber ein solches, das objektiv erhebliche Lücken aufweist, und vollends nicht ein solches, dessen Lücken vom Fabrikanten selbst willkürlich geschaffen sind. Gleichgültig hierbei, ob die Lücke eine von Anfang an — durch Nichtbindung einzelner — offengelassene oder eine nachträglich — durch Entbindung einzelner von der Reverspflicht — aufgerissene ist. Gleichgültig ferner, ob solche Hintertür dem Fabrikanten selbst oder einem dritten Abnehmer zugute kommt. Gleichgültig daher auch, ob Fabrikant selbst unterbietet, oder ob er nur die Unterbietung eines Dritten, die er hindern könnte, durch Entbindung oder Duldung begünstigt. Gegen eine derart willkürliche Benachteiligung sich zur Wehr zu setzen, ist das gute Recht jedes Betroffenen. Er macht sich daher eines unfittlichen Wettbewerbs nicht schuldig, wenn er in solchem Wettbewerbsnotstand auch seinerseits zur Unterbietung greift. Dies gilt nicht nur dann, wenn er Außenseiter, sondern selbst dann, wenn er Reversschuldner ist. Dahingestellt kann bleiben, ob der Revers-

Die beiden Urteile unterlagen daher im angegebenen Umfange der Aufhebung. Im Laufe des wiedereröffneten Verfahrens wird je nach der sich ergebenden Sachlage die Klagebehauptung einer Prüfung zu unterziehen sein, daß die Kontrollbezeichnung der Schachteln der Zweifelh. auch dazu diene, die zeitlichen Daten der Erzeugung ihres Schutzhrems festzustellen, zumal in diesem Falle die vorentwickelten Erwägungen ganz oder zum Teile hinfällig würden.

(ObG. Wien, Beschl. v. 4. April 1929, 4 Ob 170/29.)

Mitgeteilt von H. Dr. Abel, Wien.

\*

2. §§ 1, 2, 31 UnlWG. Die Führung des Titels „technischer Anwalt“ oder „technischer Anwalt W. A.“ durch einen Ziviltechniker bzw. Zivilingenieur ist nicht statthaft. f)

Bekl., der Ziviltechniker beziehungsweise Zivilingenieur, jedoch nicht in das gem. § 43 PatG. geführte Ziviltechnikerregister eingetragen ist, bedient sich in Ausübung seines Berufes, also im Geschäftsverkehre, des Titels „technischer Anwalt“ oder „technischer Anwalt W. A.“. Die Kl. erblickt hierin den Tatbestand der §§ 2, 31, evtl. 1 UnlWG. und beantragt Verbot des Gebrauches dieser Bezeichnungen und Zuerkennung der Veröffentlichungsbefugnis. Der Bekl. wurde in allen drei Instanzen verurteilt.

Das Erstgericht gab der Klage aus § 1 UnlWG. statt. Unter den konkreten Begleitumständen sei die Bezeichnung „technischer Anwalt“ nicht wahrheitswidrig, weil das Charakteristische der volkstümlichen Auffassung dieses Titels nur darin liege, daß damit Personen mit qualifizierter theoretischer und praktischer Ausbildung gemeint seien, die durch Zurücklegung fachlicher Praxis, eben solcher Prüfungen, durch besondere disziplinäre Vorschriften weitgehende Garantien bezüglich ihrer Sachkunde und ihrer moralischen Qualitäten bieten. Dagegen falle das Vorgehen des Bekl. unter

schuldner sich hierdurch einer Vertragsverletzung gegenüber dem Produzenten schuldig macht. Denn selbst die Bejahung dieser Frage würde in diesem Falle nichts beweisen, da eine von jenem provozierte Vertragsverletzung nicht hinreichen kann, um eine im Wettbewerbsnotstand begangene Abwechslung zu einer unbilligen Wettbewerbsbehandlung zu stempeln.

In dieser Stelle muß auf die Darlegungen unter 2. nochmals zurückgekommen werden. Wer, so wurde dort ausgeführt, durch anstößige Preisunterbietung eine Lieferperre über sich heraufbeschworen hat, der kann fernere Unterbietungshandlungen nicht durch den Hinweis auf den durch die Sperre geschaffenen Notstand rechtfertigen. In dem zu 4. erörterten Falle ist nun aber die Preisunterbietung nicht anstößig, daher auch die ihretwegen verhängte Lieferperre eine unverschuldet; der Ausgesperre begehrt also diesfalls eine unbillige Preisunterbietung vollends nicht, weil er sich aus doppeltem Grunde in unverschuldetem Wettbewerbsnotstand erhöhten Grades befindet.

III. Nach Lage des Rechtskreises wird der Ausgang des selben von dem Beweise des zu 4. erhobenen Vorwurfs abhängen (§ 511 Österr. ZPO. = § 565 Abs. 2 Deutsch. ZPO.). Mißlingt dieser, so wird verurteilt, gelingt er, so wird abgewiesen werden. Diesem Ergebnis wird (soweit ohne Aktenkenntnis ein Urteil statthaft ist) auch vom Standpunkt der diesseitigen Darlegungen beizustimmen sein.

Der anstößige Preisunterbieter — also der mit Recht sog. Schleuderer — ist eine Unterart des sog. Schiebers und verdient die Mißbilligung, die einem Schieber zuteil wird. Entgegenzutreten ist jedoch der vorschnellen Auffassung, jede Markenpreisunterbietung sei ausnahmslos anstößig. Noch entschiedenere Verurteilung aber ist am Plage gegen die ehrenrührige Unterstellung, jeder gewollte oder ungewollte Außenseiter sei ohne weiteres zugleich ein „Schleuderer“. Wie letzterer nicht Außenseiter sein muß, sondern auch Reversschuldner sein kann, so muß auch ersterer nicht „Schleuderer“, sondern kann ein durchaus ehrenhafter Geschäftsmann sein.

Prof. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

Zu 2. Der Entsch. des österr. höchsten Gerichtes ist in allen Punkten zuzustimmen.

1. Die gesetzlichen Grundlagen sind in Österreich im wesentlichen die gleichen wie bei uns in Deutschland. Die Generalklausel des § 1 UnlWG. ist wörtlich in den österr. Text übernommen. Der vom Gericht zitierte Art. 2 StlUnlWG. entspricht, von einigen Erweiterungen, die zum Teil aus anderen deutschen Bestimmungen entnommen sind, abgesehen, dem § 3 UnlWG. Der ferner von den Gerichten angezogene § 3 StlUnlWG., dessen Anwendbarkeit das höchste Gericht in diesem Fall verneint, untersagt die Annahme von Auszeichnungen und Vorrechten, wenn Täuschungsgefahr über den Anlaß oder Grund der Verleihung der Auszeichnung oder über den Umfang des Vorrechtes besteht.

2. Die deutsche Rpr. hat erst spät zu der Frage Stellung genommen, ob der Anwaltschaft gegenüber unlauterem Wettbewerb Schutz zu gewähren sei. Sie hat sich nur allgemein mit der Stellung der freien Berufe beschäftigt. Die Kl. galten dem RG. als „Träger geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls“ (RG. 39,

§ 1 UnlWG., denn der Ausdruck „technischer Anwalt“ kündige eine technisch universale Tätigkeit an, ein Begriffsanfordernis, dem Bekl. nicht genüge und dadurch einen Teil der Öffentlichkeit zum Nachteil anderer Berufskategorien in Irrtum verführe.

Das BG. erklärte auch den Tatbestand der §§ 2 u. 31 UnlWG. als zutreffend. Unter Heranziehung der sprachwissenschaftlichen Bedeutung des Wortes „Anwalt“, seiner Verwendung in den Prozessgesetzen und seiner Auslegung in der Judikatur des deutschen RG. umschreibt es diesen Begriff, indem es zu den vom Erstgerichte schon aufgestellten Erfordernissen auch noch jenes beifügt, zur berufsmäßigen Vertretung der Parteien, insbes. vor den Behörden, befugt und geeignet zu sein. Ein derartiges Recht spricht sie aber dem Bekl. ab, weil seine Rechte als Zivilingenieur in der W. v. 7. Mai 1913 (RGBl. Nr. 77) negativ umschrieben seien und der Zivilingenieur durch § 6 derselben hinsichtlich der Verhandlungen vor den Verwaltungsbehörden auf Leistung des „technischen Bestandes“ in seinem sachlichen Gebiete und in dem Rahmen der diesfälligen bestehenden gesetzlichen Bestimmungen beschränkt wurde. Auch der Tatbestand des § 31 UnlWG. findet das BG. gegeben, Bekl. schreibe sich beim Betriebe seines Unternehmens fälschlich eine von einer Behörde anerkannte oder verliehene Befugnis zu. Bezüglich des § 1 UnlWG. stimmt es im Wesen dem Erstgerichte bei.

Diese Ausführungen betreffend den Tatbestand des § 2 UnlWG. sind rechtlich einwandfrei.

Ob eine konkrete Berufsbezeichnung eine unrichtige Angabe über geschäftliche Verhältnisse beinhaltet, d. h. ob sie geeignet ist, durch Abschwächung der Kennzeichenmerkmale einen fremden Arbeitserfolg sich nutzbar zu machen (Weinmann, § 12 I), hierfür ist maßgebend die Auffassung desjenigen Personenkreises, an den die Berufsbezeichnung sich wendet, wobei angeht die Schwierigkeit für den Dritten, die hinter solchen Bekanntmachungen liegen-

137; 55, 169; 66, 150; 77, 105 = JW. 1912, 47). Das RG. hat damals den Satz geprägt: „Diese Berufe müssen frei sein, kraft der ihnen innewohnenden sittlichen Würde im öffentlichen Interesse.“ Das RG. v. 4. Nov. 1919: MuW. XIX, 117 hatte dann aus diesen Sätzen des RG. die Folgerung gezogen, daß den Anwälten der Schutz aus §§ 1, 3 UnlWG. zu verjagen sei. Das RG. hat diese Entsch. aufgehoben und mit Art. v. 4. Juni 1920 den Kl. Schutz gegen unlauteren Wettbewerb gewährt mit der Begründung, daß das UnlWG. die Erwerbstätigkeit im weitesten Sinne begreife. Kl. seien frei über ihre Leistungen verfügend und diese gegen Entgelt gewährend, daher zu Erwerbzzwecken im allgemeinen Sinne tätig. An dieser Tatsache werde durch die Würdigung der Tätigkeit nach ihrer gemeinnützigen und idealen Seite hin nichts geändert (RG. 99, 191 = MuW. XX, 56 = JW. 1920, 778 mit zustimmenden Anm. von Stein, Mittelstein und Sackenburg). Dieser, die Bezeichnung „Steueranwalt“ betr. Entsch. ist eine Reihe anderer gefolgt, die stets den gleichen Standpunkt vertraten; so gegen die Bezeichnungen: Handelsanwalt (RG. in MuW. XXI, 243, und O. Frankfurt in MuW. XXVI, 222); Praxisanwalt (O. Hamburg in MuW. XXII, 104); Volksanwalt (RG. 105, 378 = JW. 1923, 926); Geschäftsanwalt (RG.: JW. 1925, 2335 = MuW. XXV, 78). In gleicher Weise wurde den Patentanwälten das Klagerrecht gegeben (JW. 1925, 1488 = MuW. XXIV, 162).

3. Zu begrüßen ist, daß die österr. Gerichte der deutschen Rpr. gefolgt sind. Die Entsch. ist nicht nur aus allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen bedeutsam. Sie trägt auch dazu bei, den Anwaltsstand zu stützen und zu schützen. Die Definition des Begriffs Anwalt, die Feststellung, daß diese Bezeichnung nur einen beschränkten Kreis, eben gerade wegen des ihr innewohnenden Sinnes, vorzubehalten sei, und die Ausführungen über die Beziehungen zwischen Vertretungsbefugnis und Bezeichnung Anwalt sind nicht nur für österr. Recht und österr. Verhältnisse, sondern auch in Deutschland bemerkenswert.

4. Unabhängig vom Anschlußgedanken besteht hüben und drüben das Bedürfnis, das Recht gegenseitig anzugleichen. Mit gleichen Gesetzen allein ist es nicht getan. Der Gesetz, der in den Gesetzen lebt, muß in beiden Ländern die gleiche Aufnahme und die gleiche Auslegung finden. Bedeutende österr. Beamte und Anwälte haben am deutschen Recht und seiner Fortentwicklung gerade auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes mitgearbeitet und manche Anregung gegeben. Ich erinnere nur an Namen wie Adler, Abel, Weinmann und Bing, die den deutschen Fachgelehrten sicher nicht fremd sind. Umgekehrt haben deutsche Gelehrte und Praktiker für österr. Recht und österr. Rpr. regle Anteilnahme gezeigt. Deutsche Fachzeitschriften berichten fortlaufend über die Judikatur Österreichs, wie auch die österr. Zeitschriften häufig Aufsätze aus Federn deutscher Juristen bringen und ihre Leser über deutsche Rpr. und Gesetzgebung unterrichten. So wird durch diesen dauernden Gedankenaustausch, durch die engen Beziehungen zwischen österr. und deutschen Juristen eine Einheitlichkeit in das Rechtsempfinden und Rechtsleben beider Völker hineingetragen, die auf diesem organischen Wege viel eher geeignet ist, gleiches Recht in beiden Völkern zu schaffen, als der Gleichlauf der Gesetzgebungsmaschinen.

H. Dr. Kurt Busmann, Hamburg.

den Geschäftsverhältnisse zu durchschauen, von dem Vorstellungsvermögen des unerfahrenen Interessenten ausgegangen werden muß (Rosenthal zu § 3 Note 21, R. 58, 129).

Die moderne Gesetzgebung zwingt die Parteien im weitesten Umfange bei ihrer Inanspruchnahme der Behörden, sich als Vertreter oder Hilfe eines vollwertigen Sachkundigen zu bedienen. Die Verkehrsauffassung versteht demnach unter „Anwalt“, wenn auch nicht gerade den juristisch voll gebildeten R. A., doch immerhin eine Person, die diese Vertretung und Hilfe berufsmäßig zu leisten imstande ist, dazu von der Behörde entweder bestellt oder doch genehmigt wurde und auch einer gewissen Aufsicht hinsichtlich ihrer Geschäftsführung unterliegt. Diese Eigenschaft setzt erfahrungsgemäß, und der Richter muß hier die allgemeine Lebenserfahrung heranziehen, jedermann voraus, der sich eines Anwaltes bedienen will. Die vom Erstgerichte hier aufgestellte Begriffsbestimmung ist zu weit gespannt. Dies ergibt sich daraus, daß darunter auch Berufsgruppen fallen würden, die, wie die Ärzte oder die Beiratspersonen usw., diese Bezeichnung niemals führten, wie sie ihnen auch nie zuerkannt wurde.

Ein weiterer ausschlaggebender, durch § 39 UnlWG. gesetzlich festgelegter Gesichtspunkt ist, daß die Frage der Unrichtigkeit einer gewählten Berufsbezeichnung nach ihrer Gesamtwirkung und nicht nach einzelnen etwa richtigen Details beurteilt werden muß, weil es auf das zu keiner weiteren Nachforschung fähige und noch dazu nicht geneigte Publikum mit dem hier gemachten Eindrucke ankommt.

Von diesem Leitgedanken aus fällt aber der Gebrauch der Bezeichnungen „technischer Anwalt“ und „technischer Anwalt B. T. A.“ unter die abstrakte Tatbestandsvorstellung des § 2 UnlWG., da die einzige dem Zivilingenieur bei den Verhandlungen vor den Behörden eingeräumte Befugnis des „technischen Bestandes“ nach dem allgemeinen und dem in anderen Gesetzen niedergelegten Sprachgebrauche mit einer Vertretung, d. i. dem Handeln für die Partei, nicht identisch ist. Bezeichnenberweise verfährt der hier schon vom BG. herangezogene § 43 PatG. selbst dem dem Patentanwälte doch sonst beigegebenen, in den bei dem Patentamt geführten Ziviltechnikerregister ausdrücklich die Vertretung der Parteien vor der Mächtigkeitsabteilung und in allen nichttechnischen Angelegenheiten.

Eine teilweise abweichende Praxis mag vielleicht bei gewissen Verwaltungsbehörden Eingang gefunden haben. Die Untergerichte haben dies auch auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens festgestellt, obwohl gerade der Präsident der Ingenieurkammer Friedrich Hierig bekundete, daß er sich seinerseits auf das rein Technische beschränke, wenn er vor Behörden als Vertreter fungiere, und es als nicht in Ordnung gehend erachte, falls ein Kollege es anders täte. Aber abgesehen davon, daß dieser Gebrauch contra oder wenigstens praeter legem, weil nicht Normenshöfischer für das hier in Frage stehende Problem der abstrakten Berechtigung des Zivilingenieurs bei Prüfung vom Gesichtspunkte der Verletzung von Privatrechten der Mitbewerber aus nicht ausschlaggebend sein kann, darf nicht übersehen werden, daß selbst eine teilweise gebildete Übung gewisser Vertretungshandlungen vor den Behörden nicht jene grundsätzliche, unbeschränkte Befugnis hierzu darstellt, die sich nach der Auffassung und den Bedürfnissen des Verkehrs an den Begriff Anwalt knüpft. Es soll hierzu darauf verwiesen werden, daß von den im Gegensatz zum Ziviltechniker zur Vertretung vor dem Patentamt und vor dem PatG. berechtigten, ausdrücklich neben den R. A. und der Finanzprokurator genannten Patentanwälten durch § 6 W. v. 15. Sept. 1898 (RGBl. Nr. 161) verlangt wird, daß sie durch eine Prüfung eingehende Kenntnisse auf dem Gebiete des inländischen gewerblichen Rechtsschutzes, des zwischenstaatlichen Vertragsrechtes, der wichtigsten ausländischen Rechtsvorschriften daron, mithin gewisse Rechtskenntnisse nachweisen, während § 10 ders. W. für den dortselbst genannten Ziviltechniker ein derartiges Erfordernis nicht aufstellt.

Wenn es etwa Berufsgruppen gibt, denen dieser Titel auch ohne vollständiges Zutreffen der erwähnten Voraussetzungen verliehen wurde, so liegt dem ein besonderer gesetzgeberischer Akt der hierzu berufenen Faktoren vor, der über das diesem Titel so zugewiesene konkrete Anwendungsgebiet nicht hinausgreift.

Durch den Gebrauch des Wortes „technischer Anwalt“ seitens des Bekl. wurden die Interessen aller jener verletzt, die zur Führung der Bezeichnung Anwalt befugt sind. Darunter gehören auch die R. A. und Patentanwälte, und damit ist gem. § 14 UnlWG. die Klagelegitimation der R. A. als der zur Förderung der wirtschaftlichen Interessen derselben bestimmten Parteifähigkeit besitzenden Organisationen gegeben.

Die Befugnis des Wortes „technisch“ ändert an dieser Rechtslage nichts. Die Vorstellung des Publikums knüpft sich bei allen das Wort „Anwalt“ enthaltenden Wortgestaltungen bezüglich der Rechte des hierdurch gekennzeichneten an den Begriff „Anwalt“, nach dem bereits anfangs Erwähnten ist der Gesamteindruck und

sind nicht die Details der einzelnen in Frage kommenden Bekanntmachung und Mitteilung maßgebend.

§ 31 UnlWG. muß auscheiden, weil es sich bei der klagegegenständlichen Bezeichnung des Bekl. nicht um jene von der Behörde anerkannte oder verliehene Befähigung, Befugnis oder Berechtigung handelt, die allein diese Gesetzesstelle zu schätzen berufen ist. Die Ausführungen der Revision bieten nur noch zu folgenden Bemerkungen Anlaß:

Es kann zugegeben werden, daß das Wort „Anwalt“ sich auch in Redewendungen findet, wo ihm ein viel weiterer Inhalt gegeben wird. Dies hat aber mit der hier entscheidenden Frage nichts zu tun, welche Vorstellungen sich im Verkehrsleben mit ihm verbinden, wenn er zur technischen Bezeichnung einer Berufsgruppe dienen soll. Ebenso ist bedeutungslos, ob auch ein R. A. mit Ägen den seitens Klienten befaßt werden kann, die nicht unter die Interessen der Behörden fallen, und weiter, daß es Standesgruppen (Notare usw.) gibt, die Vertretungsbefugnis besitzen, ohne sich jedoch dieser Bezeichnung zu bedienen. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß die Führung eines Berufstitels dessen Träger nicht zwingt, nur in dem dadurch umrissenen Arbeitsgebiete tätig zu werden, und es erlischt das Recht auf eine bestimmte Berufsbezeichnung dadurch nicht, daß ein anderer gleichfalls dazu Berechtigter sich derselben nicht bedient, abgesehen davon, ob die hier in Betracht kommende Vertretungsbefugnis jene grundsätzliche Unbeschränktheit aufweise, die allein nach dem Vorgesagten dem „Anwalte“ entspricht. Die Heranziehung des Gebrauches des Wortes „Anwalt“ im Verkehrsleben und in den Gesetzen des Auslandes ist bei der Verschiedenheit der hier in Betracht kommenden Verhältnisse abwegig.

Daß, wie die Revision behauptet, als Vertreter nicht nur jener anzusehen sei, der für uns statt der Partei handelt, sondern auch, wer ihr nur seinen sachmännischen Beistand leiht, widerspricht nach dem Vorgesagten den Anschauungen des hier in Betracht kommenden Interessentenkreises, die in letzterem nur die technische Beratung erblickt, während sie einen Anwalt dann zu berufen gewohnt ist, falls sie eines Machtgebers bedarf, von dem sie aber dann auch die Sachkunde in vollem Umfang fordert.

Die Revision vermeint, daß von Personen, die seit Jahrzehnten unbeanstandet zur Parteienvertretung zugelassen wurden, doch nicht gesagt werden könne, daß sie unrichtiger Angaben i. S. § 2 UnlWG. sich schuldig machten, wenn sie eine Berufsbezeichnung gebrauchten, die mindestens den tatsächlichen Zustand zum Ausdruck bringe. Der Rechtschutzanspruch gegenüber dem unlauteren Wettbewerb des Konkurrenten ist aber bei fortdauernder Konvention, wie vorliegend gem. § 20 Abs. 3 UnlWG. zeitlich unbeschränkt, und eine Beeinträchtigung fremder Interessen i. S. § 2 liegt nach der richtigen Lehre (Weinmann, § 12, I, siehe auch R. S. 6) auch vor, wenn dieselbe fahrlässigerweise und ohne Wissen der Rechtswidrigkeit erfolgte.

Den Anschein eines besonders günstigen Angebotes gibt jede Bekanntmachung oder Mitteilung, die irriige Vorstellungen erweckt, auf welche im Verkehr Wert gelegt wird, und die daher das Urteil der beteiligten Preise beeinflussen kann. Daß dies zutrifft, wenn Bekl. sich durch eine Berufsbezeichnung einen Wirkungskreis beilegt, den zwar seine Mitbewerber, aber nicht er besitzt, und daß dadurch die Interessen der ersteren gefährdet werden, bedarf keiner Ausführungen.

Die Revision beruht sich schließlich auf die Mot. zu § 9 UnlWG. (R. S. 9), weil diese besagen, daß die Monopolisierung von Berufs- und Standesbezeichnungen nicht in den Zwecken des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb lägen. Hierbei übersteht sie, daß gerade an dieser Stelle ausdrücklich auf § 2 UnlWG. Bestimmungen gegen wahrheitswidrige Anpreisung Bezug genommen wird, der gegen Mißbrauch im geschäftlichen Verkehr Abhilfe zu treffen bestimmt ist.

Die Rechtsrüge der Revision greift mithin fehl.

Damit erledigt sich auch die Anrufung des Revisionsgrundes des § 503 Biff. 2 RP. 2, daraus abgeleitet, daß das BG. nicht feststellte, warum Ziviltechniker vor den politischen Behörden tatsächlich zugelassen wurden.

(ObG. Wien, Abt. 4, Ur. v. 7. Mai 1929, 4 Ob 232/29.)

### Die Zellerschen Umwertungszahlen.

Monatsdurchschnitte	Gelbwertzahlen	Wohlstands-zahlen	Umwertungs-zahlen
Mai	1,535 Bill.	80,0%	1,23 Bill.
Juni	1,534	80,5%	1,23
Juli	1,544	81,0%	1,25
August	1,540	81,5%	1,26

Die Übersicht der Rechtspredung dieses Heftes gelangt aus technischen Gründen im nächsten Heft zum Abdruck.