

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. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postcheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die W. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst 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 6 gefaltene Millimeterhöhe 22 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf., $\frac{1}{2}$ Seite M. 300.—, $\frac{1}{4}$ Seite M. 160.—, $\frac{1}{8}$ Seite M. 85.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich 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, Mühlplatz 3, Zahlungen auf Postcheckkonto Leipzig 10102 zu richten.

Die Festgabe für Adolf Heilberg.

Von Oberlandesgerichtspräsident Levin, Braunschweig.

Die erste Nummer des Jahrganges 1928, des 40. Jahrganges der wohlbekanntesten und bewährtesten Zeitschrift, die von der Breslauer Anwaltskammer herausgegeben wird, ist zum 70. Geburtstag seines Vorstandsvorsitzenden, des Geh. Justizrats Dr. Heilberg, in einem besonderen Festgewande und geschmückt mit dem Bildnisse des Gefeierten erschienen. Es handelt sich um die stattliche Zahl von 30 Abhandlungen, die meistens beigezeichnet von hervorragenden schlesischen Anwälten (Wielichowski, Wendig, Breslauer, Gillis, Adolf Heymann, Jacobsohn, Lasker, Lemberg, Lion-Levy, Lux, Mamroth, Rothmann, Quabbe, Riemann, Steinig, Tarnowski, Weiß, Wolff, Wunderlich); aber auch viele nichtschlesische Freunde und Berufsgenossen, durchweg Männer von hohem Ansehen, sind dem Rufe der Schriftleitung gefolgt, einen der besten Führer der deutschen und schlesischen Anwaltschaft durch die schöne Sitte wissenschaftlicher Gaben zu ehren (Dir, Berlin; Dittenberger, Leipzig; Drucker, Leipzig; Professor Walter Fischer, Hamburg; Max Friedlaender, München; Fürst, Heidelberg; Max Hachenburg, Mannheim; Görres, Berlin; Kurlbaum, Leipzig; Ministerialdirektor Dr. Hans Schäffer, Berlin; Spitzer, Wien). Heilberg gehört zu den Auserwählten, die nach dem Worte des großen niedersächsischen Dichters Wilhelm Raabe berufen sind, „die Waffen weiterzugeben“. Es wird, das wird ihn vor allem erfreuen, in dem ergreifenden Einleitungsgedichte von einem Jüngeren (Tarnowski, der S. 26 der Festschrift bemerkenswerte Mitteilungen über die Rechtsanwaltschaft des OVG. Breslau beigezeichnet hat), bezeugt: „Wie vielen hast du dich ins Herz gegraben, du halbst und stüttest, strittest für das Recht. Und aus dem Füllhorn deiner reichen Gaben, gabst du der Jugend, kommendem Geschlecht.“

Die Festschrift ist eine wertvolle Leistung, die einen eingehenderen Bericht verdient.

1. Die schwere Übergangszeit, in der wir leben, rüttelt auch an den Grundlagen des Anwaltsstandes. Daß wir einen Anwaltsstand haben, ist von Drucker in der ersten der neun Abhandlungen, die sich mit wichtigen Anwaltsfragen beschäftigen („Auf dem Wege zum Anwaltsstand“), nicht verkannt. Für Drucker gilt aber als grundsätzliche Forderung des Berufsstandes die Verschlehten der Einzelnen mit der Gesamtheit, die Organisation (m. E. eines der wenigen Fremdwörter, die man nicht gut entbehren kann). Organisation ist nach den Worten des Verfassers der freiwillige Zusammenschluß der einzelnen zur Bergemeinschaft und Angleichung der die Berufsbesonderheit beherrschenden Anschauungen, zur Stärkung der inneren Kraft und Steigerung des äußeren Ein-

flusses. Drucker sieht als soziale Figur (d. h. als gesellschaftliche Gruppe) nur den so geordneten, zusammengeschlossenen Stand, und dies ist in der Tat, bei den freien wie bei den gebundenen Berufen, eine neue Forderung des genossenschaftlichen Gedankens in der Gegenwart. Hauptgrundsatz des allgemeinen Standesvereins, meint Drucker, sei die Stilllegung aller bestehenden Sondergruppen und die Unterdrückung von Neubildungen. Das ist, wenn es sich darum handelt, für „die ausgleichende und einigende Seele des Gesamtkörpers“ den Ausdruck zu finden, gewiß ein begreiflicher und vom rechtspolitischen Standpunkt aus selbstverständlicher Wunsch. Aber das Leben der Menschheit ist nicht nur Masse- und Gemeinschaftsleben, sondern es ist auch Einzelleben. Ein Stand, dessen Hauptaufgabe darin wurzelt, die Rechte des einzelnen zu schützen und zu verwirklichen, muß sich vor jeder Unduldsamkeit hüten, auch vor derjenigen, die Sonderanschauungen als Gefährdungen der Gemeinschaft bekämpft. Wie vieles, was jetzt als Gemeingut aller „anständig und gerecht Denkenden“ gilt, ist in seinem Ursprung als gesellschafts- und staatsfeindlich bekämpft worden! Drucker gibt zu, daß auch der Anwalt die ganze Last der verstandes- und gefühlsmäßigen Bindungen seines Weltbildes mit sich umherträgt. Aber „vor dem Eintritt in die Verhandlungssäle und die Wahllokale des Deutschen Anwaltvereins müßten die Weltanschauungen abgegeben werden, mindestens die, denen „aggressive Tendenz“ gegenüber Andersdenkenden eignet“. Nun ist mit jeder Weltanschauung eine gewisse Unduldsamkeit gegenüber Andersdenkenden notwendig verbunden. Und doch liegt in Druckers Gedankengang eine große Wahrheit verborgen, deren Geltungsbereich über das Gebiet der Standesfragen hinausgeht. Man muß erkennen, wie wenig die Dinge der Welt durch Schlagworte gemeistert werden können, und es sind nicht nur die Belange des einzelnen Berufsstandes, die durch sachliche Erörterung des Zweckmäßigen am besten gefördert werden. Zweckmäßigkeitsfragen (vgl. die des Syndikus-Anwalts und der geschlossenen Zahl) können aber nur beantwortet werden, wenn das Wesentliche des Berufs festgehalten wird. Hierüber muß vor allem Einverständnis herrschen. „Die besondere Stellung des Standes“, sagt Fischer in seinem Aufsatze „über die Weiterentwicklung der deutschen Rechtsanwaltschaft“ mit Recht, „leitet sich aus gerichtlicher Tätigkeit des Rechtsanwalts her.“ Die besonderen Befähigungsvoraussetzungen und die strengen Standespflichten sollen es dem Anwalt gewährleisten, daß er seiner Partei nicht ungehemmt und rücksichtslos, sondern nur in dem Maße dient, in dem seine höhere Aufgabe, der Dienst an der Rechtspflege, es gestattet. Auch Dir (zur Freiheit

und Ehre des Anwalts) betont die besonderen Pflichten gegen die Rechtsordnung, aus denen sich letzten Endes die bevorzugte Behandlung in der staatlichen Gemeinschaft rechtfertigt. „Nur die besondere Pflicht erhält die Prerogative (zu deutsch die Bevorzugung).“ Ich darf darauf hinweisen, daß ich die Notwendigkeit dieses Gesichtspunkts immer wieder seit Jahren betont habe. Man muß wörtlich unterschreiben: „Ein gewerbetreibender Anwaltstand ist ein Widerspruch in sich.“ — — „Er kann niemals sachdienlich als Glied der Rechtsprechung öffentlich-rechtlicher Funktionär (Beauftragter) sein.“ Wie kann aber diese Anschauung der Tatsache gerecht werden, daß die Überfüllung des Standes die zwingende wirtschaftliche Notwendigkeit geschaffen hat, die Berufstätigkeit des Rechtsanwalts über das Gebiet der Rechtspflege hinaus auf Gebiete zu erstrecken, in denen ihm ein starker Wettbewerb anderer entgegentritt? Sicher gibt hierzu die wertvolle Anregung, ob es nicht geboten erscheint, eine klare Sonderung in der Anwaltschaft vorzunehmen. Auf der einen Seite der Gerichtsanwalt (für Streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit — einschließlich der Rechtsberatung) mit allen Bindungen standesrechtlichen Inhalts, dem dann aber auch allein die Vertretung der Partei im Prozesse übertragen wird, der keine Bindungen nach außen eingehen darf. Auf der anderen Seite der Rechtsanwalt im weiteren Sinne, der immer noch durch Vorbildung und Ausbildung und durch das Vorhandensein einer standesrechtlichen Aufsicht dem Rechtssuchenden Bürgschaften bieten würde, die seine Zuziehung wertvoller machen als die der anderen Wettbewerber auf gleichem Gebiet. Je nach der persönlichen Befähigung, nach der besonderen Reizung und Verantwortung würde der einzelne den einen oder anderen Zweig der Rechtsanwaltschaft wählen. — Also eine Teilung etwa wie die englische in solicitors und barristers at law. Sie ist vielleicht unaufhaltsam, aber man muß sich m. E. darüber im klaren sein, daß damit die Einheitlichkeit des Standes und der Standesgerichtsbarkeit aufgehoben werden müßte. Dix hat sehr fein bemerkt, der hohe Begriff der anwaltschaftlichen Freiheit sei nicht verstandesgemäß („rational“) von Menschen zu fassen, sondern könne nur von vollendeten Standesgenossen gelebt werden. Das aber gilt mehr oder weniger von dem gesamten Bilde der Berufsausübung. Die Wege des Gerichtsanwalts und des Geschäfts- (Wirtschafts-) Anwalts, oder wie man ihn nennen mag, würden sich trennen, denn jeder Stand führt sein eigenes Standesleben. Jene Entwicklung wäre um so zwingender, je schärfer erkannt wird, was Dix in voller Klarheit und Schärfe ausspricht, daß „jede Standes- und Ehrengerichtsbarkeit mehr Zweckgerichtsbarkeit ist als jede andere und wenigstens zum Teil durch standespolitische Zweckmäßigkeitsgründe bestimmt werden soll und kann“. Man kann die Trennung für notwendig erachten, ohne im übrigen die Ehrengerichtsbarkeit des Standes in seiner gegenwärtigen Ordnung von der Pflicht auszunehmen, „Erstarrung im Formalismus“ zu vermeiden.

Denn Recht ist Leben, Überwindung der Erstarrung. Darum können sich Anschauungen im Laufe der Zeiten wandeln, und es erscheint uns manches gegebenenfalls erträglich, was früher als nicht vereinbar mit dem Grundsatze angesehen wurde. Mit Recht bekämpft der österreichische Rechtsanwalt Spitzer (Erfolgshonorar und quota litis) die gesetzliche Regelung in der österr. W. v. 19. März 1916, die schlechthin jeden Vertrag für nichtig erklärt, „wenn ein Rechtsfreund eine ihm anvertraute Streitfache ganz oder teilweise an sich löst (— sich abtreten läßt) oder sich einen bestimmten Teil des Betrages versprechen läßt, der der Partei zuerkannt wird“. Daß eine solche Abrede im Einzelfalle sehr wohl durchaus sachgemäß sein, dem Rechts- und Billigkeitsgefühl in jeder Hinsicht entsprechen kann, beweist das von Breslauer (Gebührenvereinbarung in Anwaltschaft und Notariat) mitgeteilte Beispiel. Die Anwaltschaft hat daher einmütig die allgemeine Richtigerklärung in dem bekannten Urteile des RG. abgelehnt, und man wird der Ansicht Breslauer beitreten müssen, daß es sich hier, zumal bei der Verschlingtheit der heutigen Verhältnisse in Wirtschaft und Verkehr, um einen unbedingt geltenden, unabänderlichen Lehrsatz nicht handelt. In der Rechtsprechung des Ehrengerichtshofs ist die Abrede nur in der Regel für unzulässig erklärt worden. Daran möchte ich in Übereinstimmung mit Friedlaender (Ponm. z. RW. 2, Exkurs II zu § 28 An-

merkung 16) festhalten. Denn grundsätzlich muß alles vermieden werden, was die Stellung des Anwalts von der eines über der Sache stehenden Beraters zu der eines Beteiligten herabdrückt. Die Abrede wird daher nur in Ausnahmefällen als zulässig angesehen werden können. Ebenso ist die Ausbeziehung eines besonderen Honorars für den Fall des Obstehens im Prozesse (Erfolgshonorar, palmarium) zu beurteilen (Friedlaender a. a. O. Num. 17). Der österreichische Rechtszustand, nach dem die Vereinbarung eines festen Erfolgshonorars auf Grund des § 16 der Advokatenordnung v. 6. Juli 1868 zulässig sein kann, die Vereinbarung einer quota litis aber unter allen Umständen kraft Gesetzes verboten und nichtig ist (Spitzer S. 23/24 der Festschrift), ist unbefriedigend und unhaltbar. Das wird man für die spätere Rechtsannäherung im Auge behalten müssen. Wir haben es hier mit einer wichtigen Frage der Standesauffassung der Anwaltschaft zu tun. Die communis opinio der Standesgenossen als Rechtsquelle ist von dem verdienten Ausleger der Rechtsanwaltsordnung Max Friedlaender S. 16 f. der Festschrift erörtert worden. Friedlaender gibt zu, daß Standeslitte nie Recht werden kann, wenn sie sich über allgemeines Recht hinwegsetzt. Aber er zeigt in eindringlicher Weise, wie die Rechtsüberzeugung der Standesgenossen Standesgewohnheitsrecht schaffen kann, das als solches schlechthin anzuerkennen ist, wenn es sich um eine Angelegenheit handelt, die nur den Stand angeht. Erst wenn anderweitige berechnete Interessen in Betracht kommen, ist der communis opinio der Anwaltschaft die Geltung zu versagen. Das ist in der Begründung der bekannten Titelentscheidung (GG. 20, 116) verkannt worden.

Alle diese Abhandlungen der Festschrift und die weiteren, die sich mit Anwaltsfragen beschäftigen, legen ein erfreuliches Zeugnis dafür ab, wie die Vertreter des Standes bemüht sind, die Grundlagen des Berufs zu vertiefen und festzuhalten. Wenn Dittenberger (Anwaltschaft und Politik) die politische Betätigung der Anwaltschaft in die allgemeinen Richtlinien des Berufs einordnen will, so spricht sich darin eine Höhe und Strenge der Standesauffassung aus, die als vorbildlich begrüßt werden muß. Was der Ehrengerichtshof i. J. 1914 im Hinblick auf die Berufstätigkeit ausgesprochen hat, soll auch für das öffentliche Wirken, die politische Betätigung des Anwalts gelten. „Er soll nicht allein sein Können und Wissen, seinen Charakter und seine Bildung, seine besondere Schulung in den allgemeinen Dienst stellen: er soll die Erregung, den Ärger und die Gefäßigkeit des politischen Kampfes (wie des Rechtskampfes im Prozesse) dämpfen und auf Anwendung nur sachlicher und anständiger Kampfmittel hinwirken. Er soll diesen Kampf reinigen helfen — —“

Wie die allgemeinen Berufspflichten in neue Gebiete hineingreifen, denen sich der neuzeitliche Anwalt widmet, zeigt Jacobsohn in einer wertvollen Abhandlung über den Rechtsanwalt als Berater und Vertreter in Reichsteuersachen (S. 28 ff. der Festschrift). Hier werden die rechtlichen Möglichkeiten der Mitarbeit am Steuerrecht und die Rechte und Pflichten, die dem Anwalt aus ihr erwachsen, in übersichtlicher, anregender Weise zusammengestellt. Die vielfachen Gefahren, mit denen die Tätigkeit des Anwalts im Steuerrecht verbunden ist, werden gezeigt, und es wird die rechtspolitisch wichtige Folgerung gezogen, daß die Anwaltschaft, wenn sie sich diesem Rechtsgebiete mehr als bisher widmet, auch berufen sein wird, für die Erleichterung ihrer Mitarbeit und für die Verbesserung der Rechtsbürgschaften einzutreten. Einsteilen ist bei dem Widerstreit zwischen Pflichten gegen den Steuersiskus und gegen den Machtgeber die Schutzbestimmung des § 388 ABG. bedeutungsvoll: wegen einer im Beruf begangenen fahrlässigen Steuerzuwiderhandlung darf der Rechtsanwalt nur verfolgt werden, wenn zuvor im ehrengerichtlichen Verfahren eine Verletzung der Berufspflicht festgestellt ist.

Zu dem zweiten seiner „Streifzüge durch das Anwaltsrecht“, den Friedlaender für die Festschrift beigegeben hat, ist eine wichtige Frage der Rechtskraftwirkung ehrengerichtlicher Urteile behandelt. Nach § 5 Ziff. 5 RW. muß die Zulassung versagt werden, wenn der Antragsteller nach dem Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer sich eines Verhaltens schuldig gemacht hat, das die Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft bedingen würde. Der Ehren-

gerichtshof hat daran festgehalten, daß der einmal im Zulassungsverfahren rechtskräftig festgestellte Versagungsgrund unter keinen Umständen durch spätere Besserung beseitigt werden könne. Friedlaender hat diesen Standpunkt früher lebhaft bekämpft. Zweifellos muß die Frage, ob im Zulassungsverfahren eine Besserung zu berücksichtigen sei, die seit Begehung der eine Nichtzulassung begründende Handlung eingetreten ist, bejaht werden. Denn maßgebend ist die Sachlage im Zeitpunkte der Zulassungsentscheidung. Dies ist nach anfänglichem Zögern schließlich auch vom Ehrengerichtshof anerkannt worden. Ist aber die Nichtzulassung einmal auf Grund der Ziff. 5 rechtskräftig festgestellt, so kann der Rechtsanwalt nie wieder zugelassen werden. Friedlaender hat jetzt im Anschluß an Goldmann (Festschrift für Heinich S. 458) seinen Widerspruch für den zweiten Fall aufgegeben. In der Tat kann die Rechtskraftwirkung im Falle der Ziff. 5 nicht anders beurteilt werden wie im Falle der Ziff. 2 (Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft). Will der Beschwerdeführer diese Wirkung vermeiden, so muß er sich, was Friedlaender zutreffend hervorhebt, bei dem ablehnenden Bescheid der Landesjustizverwaltung beruhigen oder seinen Antrag auf ehrengerichtliches Zulassungsverfahren vor Eintritt der Rechtskraft zurücknehmen. Etwaigen Unbilligkeiten ist im Wege der Begnadigung abzuhelfen; und gerade der Fall der nachträglichen Besserung beweist, wie notwendig es ist, die Begnadigung für den Versagungsgrund sowohl der Ziff. 2 als auch der Ziff. 5 zuzulassen (vgl. auch meine Besprechung 33P. 53, 200).

2. Den weiteren Abschnitten der Festschrift ist eine für einen juristischen Praktiker anerkennenswerte Untersuchung über das Wesen der juristischen Begriffsbildung von Steinich vorangeschickt. Es ist ein unbestreitbarer Mangel der freirechtlichen Schule, daß sie die logische Klarheit über die wissenschaftliche Grundlage des Rechts vermissen läßt. Man kann den Kampf, den Ernst Fuchs gegen öde Begriffsspielerei geführt hat, ohne jeden Vorbehalt als berechtigt und höchst verdienstvoll anerkennen und doch an der Forderung festhalten, es dürfe nie vergessen werden, daß es eine Wissenschaft und überhaupt irgendeine Erkenntnis ohne Begriffe nicht gibt, und daß gerade der Gerechtigkeitsgedanke, der die gleichmäßige Handhabung der gleichliegenden Fälle verlangt, schon „zur Überwindung der unendlichen Fälle der Einzelerkenntnisse die Bildung von Begriffen verlangt“. Sehr gut hat Steinich den für die Rechtsübung und Rechtsfindung außerordentlich wichtigen Satz herausgefunden, der geeignet ist, manche Irrtümer der freirechtlichen Schule richtigzustellen: Das Kennzeichen für die Nichtigkeit jeder juristischen Begriffsbildung steckt in dem Gefüge des Sollens, nicht in dem irgendwelcher formaler Logik. Und auch der Hauptbegriff der Rechtsübung, der Auslegungsbegriff, muß nach dem Sollen bestimmt werden. Was wir Juristen „auslegen“ nennen, ist etwas ganz anderes, als was das Wort in der Seinswissenschaft bedeutet; wenn der Philologe auslegt, so will er (nach der klassischen Begriffsbestimmung Voeghs) das Erkannte erkennen, er fragt, was nach dem Sinne des Schriftstellers sein Ausspruch in Wahrheit besagt. Wenn der Jurist aber einen Vertrag auslegt, so soll er dies so tun, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, d. h. er hat seine Auslegung nicht am Sein, sondern an einem Sollen zu bestimmen (Steinich sagt mit einem jener zahlreichen, vermeidbaren Fremdwörter „orientieren“).

3. Leider bin ich durch die Beschränkung des Raumes gehindert, zu dem reichen Inhalt der übrigen Abhandlungen in dem wünschenswerten Umfang Stellung zu nehmen. Ich muß mich daher mit einigen Andeutungen begnügen. Sachenburg behandelt Vorkaufsrecht und Verkaufs-sperre bei Aktien und Geschäftsanteilen der GmbH. als gesetzliche Mittel, den Bedürfnissen des Verkehrs nach einer Bindung der Gesellschafter gerecht zu werden, um die unerwünschten Wirkungen der freien Veräußerlichkeit des Beteiligungsverhältnisses zu überwinden. — Lion-Levys Ausführungen über die sog. Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft (oder Kommanditgesellschaft) in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Beleuchtung geben dem Praktiker beachtliche Fingerzeige. Die Lehre vom internationalen Privatrecht wird bereichert durch wertvolle Anregungen, die sich in Beh-

manns Abhandlung über die polnische Gesetzgebung finden, insbes. über die am 13. Okt. 1926 in Kraft getretenen polnischen Gesetze v. 2. Aug. 1926 „betr. das für internationale Privatrechtsverhältnisse geltende Recht“ und „betr. das für die innerstaatlichen privaten Verhältnisse geltende Recht“. — Eine wichtige Frage der BrZwAufwD. vom 19. Nov. 1920 (GS. 463 zu § 22 Abs. 1) erörtert Wiel-schowsky mit der Untersuchung, inwieweit nach dem preuß. ALR. der Fideikommißbesitzer für Fideikommißschulden mit seinem freieren Vermögen (Allodvermögen) haftet.

Allgemeinere Beachtung werden die aufwertungsrrechtlichen Aufsätze von Lemberg, Rothmann, Lasker und Weiß finden, in denen sich scharfe Nachprüfung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung mit dem Bestreben verbindet, die Ergebnisse dieser Rechtsprechung für das allgemeine Rechtsgefüge zu verwerten. Auf die durch § 14 AufwNov. neu-geschaffenen Auslegungsschwierigkeiten geht Lemberg ein. Es wird, m. E. zutreffend, die Notwendigkeit begründet, den Begriff „Ablösung“ als rein wirtschaftlichen Begriff im weitesten Sinne zu fassen. Was unter der durch Hypothek gesicherten Forderung zu verstehen sei, legt Rothmann I in eindringlicher Bekämpfung des reichsgerichtlichen Urteils vom 16. Juni 1926 (SZ. 1926, 2358) dar. Er weist mit überzeugenden Gründen die praktische Unmöglichkeit der Auf-saffung nach, daß die Aufwertung der Forderung, wenn die Wiedereintragung des dinglichen Rechts aus irgendwelchen Gründen nicht möglich sei, nach den allgemeinen Vorschriften des § 62 AufwG. bestimmt werden könnte. Die Schlussfest-stellung Rothmanns ist zu billigen: Eine gesicherte For-derung liegt vor, wenn am 14. Febr. 1924 oder bis zu einer vor diesem Zeitpunkt liegenden Annahme der Leistung die hypothekarische Sicherheit bestand. Dann richtet sich die Auf-wertung der persönlichen Forderung ausschließlich nach den Vorschriften des zweiten Abschnitts des AufwG. (§§ 4—30 a. a. D.). Also: mangels Vorbehalts ist durch die vor dem 15. Juni 1922 erfolgte Annahme der Leistung die Auf-wertung des dinglichen und persönlichen Rechts ausgeschlossen (OLG. Dresden v. 5. Okt. 1927: AufwRspr. II, V, 2). Diese von Rothmann im einzelnen aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und den §§ 15, 28, 19, 18 usw., Art. 118 der DurchfW. v. 29. Nov. 1925 begründeten Ansicht führt allein zu befriedigenden Ergebnissen und verhindert die schon jetzt einsetzende Erhebung von Aufwertungsansprüchen, an die kein Mensch gedacht hat. (Zwischen ist glücklicherweise die bekämpfte Rechtsauffassung des Urteils v. 16. Juni 1926 von demselben Senat des RG. in der Entscheidung v. 22. Dez. 1927 [RG. 118, 345 = SZ. 1928, 237] aufgegeben wor-den.) — Eine sehr gründliche Übersicht über die Fragen des Inflationsvergleichs gewährt die Abhandlung Laskers (S. 60 ff. der Festschrift). Lasker verwertet die Gesichtspunkte, die sich in der Rechtsprechung des RG. für die rückwirkende Aufwertung durchgesetzt haben, auch für den Inflationsvergleich. Er verkennt nicht die Ge-fahren, die der Rechtsicherheit aus der Wiederherstellung erledigter Rechtsverhältnisse drohen. Das gilt natürlich in besonderem Maße für Vergleiche, die bald nach dem Ab-schlusse durch Zahlung erfüllt worden sind. Eine schranken-lose Wiederaufrholung von Rechtsverhältnissen, meint er, sei nicht zu befürchten, wenn man, wie es das RG. auf dem Gebiete der Rückwirkung getan habe, Forderungen aus dem Geschäftsverkehr des täglichen Lebens, die durch Ver-gleich und Zahlung erledigt seien, als endgültig erledigt be-handle. Wo es sich aber, namentlich im Gebiete des Erb-rechts, um Auseinandersetzung über bedeutende Vermögens-werte handle, von deren Gestaltung nicht irgendein Einzel-geschäft, sondern oft das ganze Lebensschicksal einer Partei ab-hänge, da müsse der materiellen Gerechtigkeit der Vorrang vor der Rechtsicherheit gebühren. Ich fürchte, daß die vom RG. angebahnte Erweiterung der Aufwertungsansprüche nicht sel-ten die Grenzen der Billigkeit überschreiten und mit der Rechtsicherheit auch der Rechtsgedanke selbst Erschütterungen erleiden wird. Es wäre ein Leichtes, nachzuweisen, wie die grundsätzliche Versagung der Aufwertungsansprüche bei den sog. Geschäften des täglichen Lebens zu einer schweren Ver-letzung des Rechtsgefühls führen kann und geführt hat. Dies Gefühl der Erbitterung und Zurücksetzung muß noch verstärkt

werden, wenn der Betroffene beobachtet, daß er allein als Opfer der Rechtsäckerheit sich bescheiden muß, während andere nachfordern dürfen. Die gleichen rechtspolitischen Bedenken erheben sich bei den wichtigen und schwierigen Fragen des Erlöscheuz des Aufwertungsanspruchs, mit denen sich Weiß (S. 77 ff. der Festschrift) beschäftigt. Weiß unterscheidet als Erlöscheuzgründe Verzähung, Verzicht und Verwirkung. Diesen letzteren Gesichtspunkt, wird ausgeführt, habe das RG. 110, 133 = JW. 1925, 948 in die Rechtsprechung eingeführt. „Daraus, daß etwa ein Gläubiger längere Zeit nach der Erlangung sicherer Kenntnis davon, daß er Aufwertung einer Schuld zu fordern berechtigt sei, sich schweigend und untätig verhält, würde auf einen Verzichtwillen geschlossen oder doch mindestens angenommen werden können, daß er nach dem Grundsatz des § 242 BGB. seinen Anspruch verwirkt habe.“ Weiß erhebt den Einwurf, ein allgemeiner Rechtsatz des Inhalts, daß die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit die Wiederaufrollung von den Parteien für erledigt gehaltener Vertragsbeziehungen ein für allemal ausschließe, lasse sich nicht aufstellen (RG. 116, 317 = JW. 1927, 1849). Es ist aber gerade die Frage, inwieweit ein solcher Rechtsatz aus den Bedürfnissen des Rechtslebens heraus anerkannt werden muß. Weiß will ihn nur aus dem Gesichtspunkte der allgemeinen Arglistrede und nur in Beziehung auf die Höhe, nicht aber auf den Grund des Anspruchs gelten lassen. Das sind Hilfsvorstellungen, über die man letzten Endes streiten kann. Auch der 1. PS. des RG. hat in der Entsch. v. 11. Jan. 1928 (RG. 118, 375 = JW. 1928, 650) anerkannt, daß der Verwirkungsbezug in der Rechtsprechung nicht böllig einheitlich entwickelt sei, und hat insbes. auf die Schwäche hingewiesen, die dem rein zeitlichen Maßstab anhafte. (Von wann ab kann man von einer Verwirkung reden?) An dem § 242 BGB. als der allein möglichen rechtlichen Grundlage hat der Sen. aber festgehalten. Er hat deshalb im gegebenen Falle (mit vollem Rechte) einen Aufwertungsanspruch zurückgewiesen, der sechs Jahre nach der ziffernmäßigen Begleichung des Papiermarkenanspruchs erhoben war. Leider sind Entscheidungen gefällt worden, die an der Erhebung des Anspruchs nach fünf Jahren keinen Anstoß genommen haben. Weiß wird sie von seinem Standpunkt aus nicht beanstanden. „Die Rechtsäckerheit verträgt es nicht, daß ein im bürgerlichen Recht bisher unbekannter Erlöscheuzgrund erdacht wird nur deshalb, um zu einem erstrebten Ziele zu gelangen.“ Man muß sich aber hüten, den Gedanken der Rechtsäckerheit zugunsten einer bestimmten Klasse von Aufwertungsgläubigern zu überspannen, die in der glücklichen Lage sind, Forderungen erheben zu können, die nicht Forderungen des „täglichen Lebens“ sind. — Auch Wolff hat sich in seiner vortrefflichen Abhandlung über das Treuhänderverhältnis zur Prüfung unterzogen, ob das Aufwertungsgefez neue Begriffe geschaffen oder vorhandene Begriffe umgeschaffen hat. Bekanntlich neigt die Rspr. des RG. dahin, das Treuhänderverhältnis auf die treuhänderische Übertragung zu begrenzen (RG. 84, 214 = JW. 1914, 596; 91, 12), während der RSt. wiederholt betont hat, Treuhändergeschäfte seien kein fester Rechtsbegriff (RSt. 17, 254; 19, 24 u. ö.). Wolff weist darauf hin, daß durch § 3 Abs. 1 Ziff. 7 AufwG. das Treuhänderverhältnis zu einem gesetzlichen Begriff geworden ist. Er unterschätzt die treuhänderische Übertragung, den treuhänderischen Ersterwerb (stille Stellvertretung), das Treuhänderverhältnis durch constitutum und die unfreiwillige Treuhänderchaft (infolge ungerechtfertigter Bereicherung). Seine Begriffsbestimmung lautet: „Das Treuhänderverhältnis ist ein schuldrechtliches Verhältnis, kraft dessen ein Recht nicht zum Vermögen desjenigen gehört, dem es zusteht (des Treuhänders), sondern zum Vermögen eines andern. Das Treuhänderverhältnis entsteht durch Vertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung.“ Schließt also der Begriff ganz verschiedenartige Tatbestände in sich, so liegt auf der Hand, daß das Treuhänderverhältnis kein brauchbarer Rechtsbegriff ist. Wolff gibt das in aller Klarheit zu: Das Treuhänderverhältnis sei bloß geeignet als bequemer Sammelname für die Erscheinungsformen einer von der förmlichen Rechtsinhaberschaft abweichenden Vermögenszugehörigkeit. Die Herausarbeitung dieses Begriffs wird verlangt. M. E. ist das eine sehr beachtliche Forderung, die in erster Reihe den Gesetzgeber angeht, die aber auch das viel an-

gefochtene Gutachten des Reichsfinanzhofs v. 8. Juni 1926 (JW. 1926, 2124^a) in günstigerem Lichte erscheinen läßt. — Zu der stattlichen Zahl der Anwälte, die nach den Darlegungen der Festschriften zu Ehren von Fuchs, Heiniß und Heilberg Kaufsteine für ein neues Recht sammeln, gehört auch Gillis (S. 58 der vorliegenden Festschrift). Die Aufhebung der Wohnungszwangswirtschaft darf die Juristen nicht unvorbereitet treffen. Wichtig die Hervorhebung der Tatsache, daß das Mietrecht des BGB. schon vor der Einführung der Zwangswirtschaft nur ein Scheindasein geführt hat; in Wirklichkeit herrschte das Formularrecht der Vermieterverbände. Unabweisbar die Forderung, daß das neue Recht ein neues Aussehen und einen neuen Sinn erhalten muß, vielleicht unter Verwendung von Formen, die das jahrelang angewandte Notrecht hervorgehoben hat, sicher unter einer neuen Abgrenzung der nachgiebigen und zwingenden Vorschriften.

4. Die Zahl der Beiträge aus den übrigen Rechtsgebieten ist geringer, ihr innerer Gehalt aber steht auf der gleichen Höhe. Kurlbaum (Die Personen des Armenrechts) überprüft klar und eindringend die Frage, ob mit der im Schrifttum und in der Rechtsprechung herrschenden Meinung daran festzuhalten ist, daß § 114 ZPD. nur für natürliche Personen gilt und nur für solche, die auch die Träger des im Prozeß geltend gemachten Rechts sind. Der richtige Ausgangspunkt wird in der Formel des Gesetzes selbst gefunden. Nicht die Vermögenslosigkeit, sondern das Unvermögen, die Kosten zu bestreiten, verleiht den Anspruch auf das Armenrecht. Aber die Fassung der übrigen gesetzlichen Bestimmungen (§§ 115, 116, 118 Abs. 2, 118a, 119, 123, 124 Abs. 2, 125, 126 ZPD.) ist auf das Persönliche abgestellt. Die Fürsorge des Staates erstreckt sich nur auf Menschen, nicht auf wirtschaftliche oder rechtliche Einrichtungen (hier greift das Recht der Gebührenfreiheit ein). Bei einer Aktiengesellschaft oder einer anderen juristischen Person, bei einer Stiftung oder einem eingetragenen Verein kann man nicht von einem notwendigen Unterhalt oder dessen Beeinträchtigung reden. Die Einzeluntersuchung ergibt die Bestätigung der herrschenden Ansicht. In bezug auf die Konkursverwalter, Nachlaßverwalter und Testamentsvollstrecker leugnet Kurlbaum (m. E. mit Recht), daß die Amtstheorie Wesentliches zur Lösung der Armenrechtsfrage beitragen könne. Das Entscheidende beim Konkursverwalter und Nachlaßverwalter ist das Aufhören der Bestimmung des Vermögens, für die Lebensbedürfnisse des Eigentümers zu sorgen. Erst vom Eintritt des Eigentümers in die schwebenden Prozesse an kann ihm das Armenrecht bewilligt werden. Anders dagegen ist die Stellung des Testamentsvollstreckers zu bewerten. Er hat den von ihm verwalteten Nachlaß keinem anderen Zweck zuzuführen, als dem, der vom Erblasser für die testamentarischen Bedachten bestimmt ist. Nur wenn der Testamentsvollstrecker gegen die Erben klagt, fehlt es an der Voraussetzung des Armenrechts; hier können die Verhältnisse des Erben für die Bewilligung nicht verwertet werden. Die Lehre ist durch die geistvollen Untersuchungen Kurlbaums gefördert worden. —

Fürst (Die ausschließliche Zuständigkeit in der Zwangsvollstreckung) bekämpft mit guten Gründen die (auch in der Rechtsprechung überwiegende) Ansicht, nach der Zwangsvollstreckungsanordnungen unzuständiger Gerichte unbedingt unwirksam sein sollen (vgl. RG. 61, 331; SeuffArch. 38, 196). Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb für das Gebiet der Zwangsvollstreckung die für Urteile geltenden Rechtsgrundsätze ausgeschlossen werden dürften. Ist für die Geltendmachung eines Anspruchs durch Klage eine ausschließliche Zuständigkeit vorgeschrieben, so herrscht Einstimmigkeit darüber, daß sich der Dritte den gegen ihn entstehenden Nachwirkungen des Urteils fügen muß. Die gleiche Wirkung muß aber auch einer sonstigen Entscheidung über die Zuständigkeit beigelegt werden. Auch hier handelt es sich, wie Fürst zutreffend hervorhebt, um die Auswirkung einer gerichtlichen Maßnahme gegen Dritte, die nicht nach den Umständen in der Person des Drittschuldners oder eines pfändenden Dritten, sondern nur aus den Verhältnissen des Schuldners begründet wird. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Schuldner erfolglos Beschwerde unter Rüge der Unzuständigkeit eingelegt oder ob er sie auf andere Män-

gel gestützt oder überhaupt keine Beschwerde eingelegt hat. Sehr fein bemerkt Fürst: „Die Rüge der ausschließlichen Zuständigkeit eines anderen Gerichts ist zwar nicht verzichtbar, aber verlierbar.“ Der Standpunkt ist m. E. auch rechtspolitisch allein haltbar. Es empfiehlt sich nicht, „Nichtbeschlüsse“ in weiterem Umfange anzuerkennen, als es bei der Feststellung von „Nichturteilen“ geschieht. — Schwierige Sonderfragen erörtert Bendix in seinem Aufsatz über „Besonderheiten der Aufrechnung im Vergleichsverfahren“ (zur Auslegung insbes. der §§ 36, 32 BglD. in Verbindung mit §§ 53 ff. RD.) —

5. Aus dem öffentlichen Rechte hat Görres Wesen und Wirken des deutschen Verwaltungsrichters („seine Waage und sein Schwert“) behandelt, Quabbe einen Beitrag über den Völkerprozeß (vor dem cour permanente de justice internationale) und Riemann einen solchen über die wasserrechtliche Bedeutung des schlesischen Auenrechts beigezeichnet.

Görres zeichnet das Bild des Verwaltungsrichters von einer hohen Warte aus. Er ist ihm wahrer und wirklicher Richter, der nicht nach Zweckmäßigkeit, sondern nach der Gerechtigkeit und nur nach ihr entscheidet. (Dabei wird man die grundlegende Frage, inwieweit die Berücksichtigung des Zweckmäßigen von der Gerechtigkeit gefordert wird, beiseite lassen müssen.) Die von innerer Begeisterung getragenen Ausführungen des um die Wertung des öffentlichen Rechts hochverdienten Anwalts gipfeln in drei bedeutsamen rechtspolitischen Forderungen: 1. Verwaltungsrichtertum und Verwaltungsbeamtenchaft sind reinlich zu scheiden (Lösung von Kreisaußschuß und Bezirksaußschuß, soweit sie richterlich tätig sind, aus der Umklammerung des behördlichen Verwaltungsbeamtentums). 2. Der Verwaltungsrichter ist dem Justizminister, nicht dem Innenminister zu unterstellen. 3. Die akademischen Lehrer sind durch den Justizminister an Stelle des Kultusministers zu ernennen, da wohl der erstere, keineswegs aber der letztere mit den Bedürfnissen der Vorbildung des Richters vertraut ist. „Der Justizminister ist und soll sein das Gewissen des Kabinetts, der Schutzpatron der Richter. Er als der einzige Minister, der nicht jedes Ding als ein rein politisches Ding ansieht, er, der richterlich zu denken gewohnt ist, hat die hohe Aufgabe, diese richterliche Denkweise, die sich am Kompaß der ewigen Sterne: Recht und Gerechtigkeit orientiert, innerhalb des Kabinetts mutig zu vertreten.“ Görres denkt bei diesen, für jeden Juristen herzerfreuenden Worten an die tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse in Preußen. Nach der Reichsverfassung und den Länderverfassungen können aber auch Männer, die nicht gewohnt sind, richterlich zu denken, vom Vertrauen der Mehrheit getragen werden. Ihnen erwächst die schwere, aber unvermeidbare Aufgabe, die parteipolitische Einstellung vor der Einfühlung und Einfügung in den Rechtsgedanken zurücktreten zu lassen. Denn es ist — ganz gewiß auch für den Volksstaat — schon richtig, was Görres sagt: „Diese Aufgabe, Gewissen des Kabinetts und Schutzpatron der Richter zu sein, ruht in keiner Verfassungsurkunde, sie ist tief verwurzelt in der Anschauung all derer, denen Recht vor Macht und Recht vor Politik geht.“

6. Im Abschnitt Wirtschaftsrecht schildert Ministerialdirektor Dr. Schäffer, ehemals Rechtsanwalt beim DLG. Breslau, die Geschichte der sog. Strompreisverordnung v. 1. Febr. 1919 (über die schiedsgerichtliche Erhöhung von Preisen bei der Lieferung von elektrischer Arbeit, Gas und Leitungswasser). Der Reichstag hat die Aufhebung der Verordnung angeregt. Über Zeitpunkt und Art der Aufhebung gehen die Anschauungen der beteiligten Kreise auseinander. Bemerkenswert ist auf der einen Seite die Forderung der Abnehmerverbände, daß auch während der Auslaufzeit die VD. einen Inhalt bekommt, der die Lage des Abnehmers stärkt und ihn an dem Ergebnisse technischer Fortschritte und im Betrieb gemachter Ersparnisse teilnehmen läßt, ferner der Wunsch einzelner Abnehmerkreise, in Fällen, in denen eine Einigung der Parteien bei alten ablaufenden oder bei völlig neu abzuschließenden Verträgen nicht möglich ist, die Vertragsbedingungen durch schiedsrichterliche Entscheidung festzusetzen, auf der anderen Seite die Ablehnung dieser letzteren Vorschläge als Einbruch in den allgemein anerkannten Grundsatz der Vertragsfreiheit. So zeigen sich auch

hier die Nachwirkungen des Notrechts und grundsätzliche Wandlungen in der Rechtsauffassung, denen mit dem guten Willen der Beteiligten nicht abgeholfen werden kann. — Wunderlich untersucht die Bedeutung des § 8 KartVd. für das Gesellschaftsrecht. Wann sind die Voraussetzungen für die Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses aus wichtigem Grunde gegeben? Wunderlich weist darauf hin, daß in der Rechtsprechung zu § 133 HGB. das Gedeihen der Gesellschaft, also der Gesellschaftszweck in den Vordergrund gerückt wird, während die Kartellverordnung bewußtermaßen die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des einzelnen, insbes. bei der Erzeugung, den Absatz oder die Preisgestaltung gegen unbillige Einschränkungen schützen will. In der im einzelnen besprochenen Rechtsprechung des Kartellgerichts findet Wunderlich das Bestreben, die „absolute Betonung der wirtschaftlichen Armelfreiheit ohne Rücksicht auf die gesellschaftliche Bindung“ als wichtigen Grund zur Kündigung des Kartells anzuerkennen, eine „Lockerung des Gesellschaftsrechts, der Auflösung der Bindung an die Gesellschaft“. Ich halte dies Urteil nicht für zutreffend. Wunderlich selbst gibt zu, daß die Entscheidung darüber, ob der Standpunkt des Kartellgerichts richtig ist, letzten Endes von den Einstellungen des einzelnen zu den Grundfragen der Zeit abhängt. Soll man das Heil der Wirtschaft in einer tunlichst schrankenlosen Entwicklung des einzelnen und seines Machtbereichs oder in dem Zusammenschluß zu einem größeren Ganzen, in der Stärkung des Rechts des einzelnen oder in der festen Bindung des einzelnen an die Gesellschaft, der er angehört, finden? Wunderlich bekennt sich zu der letzteren Auffassung. Er weist die Ansicht, daß das Recht des einzelnen stärker sei als das der Gesellschaft, als nicht zeitgemäß zurück und meint, durch die Kartellverordnung und durch die Auslegung, die das Kartellgericht ihr habe zuteil werden lassen, werde zwar ein augenblicklicher Erfolg in der Richtung des „individualistischen“ Gedankens erzielt, die wirtschaftliche Entwicklung selbst lasse sich jedoch nicht aufhalten. Das ist in der Tat die große grundlegende Frage. Ich habe die Schrift Wunderlich's über den „kommenden Hochkapitalismus“ noch nicht einsehen können. Einstweilen scheint mir die Grundauffassung der Kartellverordnung und der kartellgerichtlichen Rechtsprechung unanfechtbar zu sein. Es handelt sich darum, die mittlere Linie zu finden, auf der die Belange der wirtschaftlichen Zusammenschlüsse mit denjenigen der wirtschaftlichen Einzelpersonlichkeit zu vereinigen sind.

7. Wenn in der Festschrift das Strafrecht nur mit einem einzigen Aufsatz vertreten ist, den der rühmlichst bekannte Verteidiger Justizrat Mamroth beigezeichnet hat („Skeptische Glossen zum Entwurf des neuen Strafgesetzbuchs“), so wird man darin ein Anzeichen für die abwartende, zurückhaltende Stellung der Anwaltschaft überhaupt zu finden haben. Mamroth steht auf der Seite jener nicht geringen Zahl von angesehenen Rechtslehrern, die vor Übereilung gewarnt, den Geist des Entwurfs bemängelt und sorgfältige, ausgereifte Nachprüfung wichtiger Einzelfragen (Begrenzung des richterlichen Ermessens, — Todesstrafe, Abtreibung, Landesverrat, Ehrenschutz, § 175 usw.) gefordert haben. M. E. ist es an der Zeit, das Gesetzgebungswerk zu vollenden. Erkennt man die Notwendigkeit einer Neugestaltung des Strafrechts an, so muß den Vorarbeiten eines Vierteljahrhunderts endlich die Tat folgen. Von einer Fortsetzung der wissenschaftlichen Erörterungen ist wenig zu erwarten. Prüft man die vorhandenen Widersprüche, so ergibt sich, daß sie keinesfalls von den gleichen Grundlagen ausgehen. Es handelt sich nicht zum geringsten Teil um Weltanschauungsfragen, zwischen denen der Gesetzgeber zu vermitteln hat. Mit den gefundenen Lösungen werden immer viele unzufrieden sein. Nachdem die Gefahr der „Durchpeitschung“ durch das Überleitungs-gesetz beseitigt ist, sollte man den gesetzgeberischen Arbeiten freien Lauf lassen und baldige Beendigung wünschen.

8. Den Schluß der Festschrift bilden Neuerungsvorschläge, die Rechtsanwalt Dr. Walter Lux auf Grund langjähriger, beim Unterricht von Referendaren in privaten Kursen und in Gerichtskursen gesammelten Erfahrungen für die „Reform der juristischen Ausbildung“ veröffentlicht. In den meisten rechtspolitischen Fragen bilden die persönlichen Erfahrungen einen gegebenen Ausgangspunkt. Ihr

Wert soll nicht unterschätzt, aber auch nicht überschätzt werden. Luz begehrt m. E. den Fehler, sie zu überschätzen und die notwendige wissenschaftliche Nachprüfung an den hundertfältigen Erfahrungen und Erwägungen anderer zu unterlassen. Schon die Unterstellung, von der er ausgeht, „der Nutzeffekt der Universität im Verhältnis zu dem zur Verfügung stehenden Apparat und den aufgewandten wertvollen Kräften sei minimal“, trifft nicht zu. Sie ist weder für die Vergangenheit noch für die Gegenwart als richtig anzuerkennen. Wahr ist vielmehr, daß die gründliche systematische, d. h. die geschichtlichen Zusammenhänge und das gesamte Rechtsgefüge aufdeckende wissenschaftliche Vorbildung, wie sie durch die Universität von jeher vermittelt worden ist, die ganz unerläßliche Voraussetzung für die praktische Arbeit am Rechte ist und bleiben wird. Nun meint Luz, die Universität bedürfe gründlicher Umgestaltung; vor allem müßten die Lehrer in der Hauptsache Praktiker oder frühere Praktiker sein, und es müsse für ihre Auswahl in erster Linie die Lehrbefähigung, nicht das Maß des Wissens oder der wissenschaftlichen Leistungen entscheiden. Die juristischen Fakultäten seien in erster Reihe nicht Forschungsinstitute, sondern Ausbildungsanstalten für spätere Praktiker. Damit werden die Aufgaben der deutschen Juristenfakultäten entgegen einer bewährten Entwicklung in einseitiger Weise lediglich zugunsten des praktischen Teiles umgebogen. Luz verkennt den ungeheuren Einfluß, den die wissenschaftlichen Leistungen von Hochschullehrern ohne eigentliche praktische Erfahrung auf die

Rechtsanwendung ausgeübt haben. Die gegenseitige Befruchtung von Wissenschaft und Praxis ist bekannt. An der Umgestaltung des Rechtsunterrichts arbeiten die Universitäten seit Jahrzehnten. Sie sollten allerdings in ihrem eigenen Belange wissenschaftlich befähigten Praktikern die Tore weiter aufmachen, als es tatsächlich geschieht. Aber die grundsätzliche Verdrängung der Männer der Wissenschaft durch die Männer der Praxis wäre ein bedauerlicher Rückschritt, dem nicht das Wort geredet werden darf. Im einzelnen ist manches, was Luz anregt oder ausführt, sehr beachtlich. Die Fragen der juristischen Vor- und Zwischenpraxis, der Verbindung des akademischen Lehrbetriebes mit juristischem Anschauungsunterricht, der stärkeren Berücksichtigung der sog. „induktiven“ Lehrart bedürfen der Nachprüfung. Die Gliederung der Vorlesungen nach erzieherischen Gesichtspunkten muß untersucht werden. Vor allem bedarf es, worauf ich seit Jahren hingewiesen habe, einer grundlegenden juristischen Erziehungslehre, die immer noch nicht in Angriff genommen (vgl. meinen Aufsatz über die preuß. Justizprüfungscommission und die Rechtspflege, Festschrift für Liebmann 1920 S. 318/319¹⁾).

¹⁾ Die von Luz mitgeteilten Literaturangaben sind nicht vollständig und beschränken sich auf das neuere Schrifttum. Aber auf die Verhandlungen des Würzburger Anwaltstages von 1911, insbes. auf die höchst wertvollen, umfangreichen Berichte von Magnus und Meißner, müßte immer wieder hingewiesen werden (S. 57–95 des gedruckten Berichts).

Der Aufstakt des Vergleichsverfahrens¹⁾.

Von Rechtsanwält Geh. Justizrat Professor Dr. Hugo Cajn I, Nürnberg.

Die Zeitspanne eines Vierteljahres Vergleichsordnung ist zu kurz, um irgendwelche grundlegenden Gedanken über die Auswirkung wahrzunehmen. Immerhin haben sich schon jetzt Kontroversen ergeben. Die mit den Vergleichsanträgen beschäftigten Gerichte haben Zweifel empfunden. Die Handhabung einzelner grundlegender Paragraphen ist verschieden. Man glaubte in der Praxis, einige Lücken des Gesetzes zu entdecken. Schon ist die Gutachterfähigkeit nötig geworden. Einzelne Gerichte verkennen wohl auch gewisse gesetzliche Weisungen. Alles Grund, um die hauptsächlichsten Beschlüsse unter die Lupe zu nehmen.

I. Der Vergleichsantrag.

In der Verbandszeitung der Vereine Creditreform vom Dezember 1927 erörtert AGH. Dr. Schumann, Leipzig, die Behandlung mangelhafter Vergleichsanträge (§ 19 Vergl. O.). Er stellt fest, daß das Vergleichsverfahren durch Herausziehung des Reichsbankdiskonts und die Geldknappheit in Aufnahme kommt. Die Anträge auf Vergleichsseinleitung entsprächen selten den gesetzlichen Anforderungen der §§ 15–18 Vergl. O. Schumann huldigt indes der erfreulichen Auffassung, daß das Vergleichsgericht weitherzig verfahren und gem. § 19, falls der Mangel entschuldbar erscheine, eine Nachholungsfrist zur Behebung der Mangelhaftigkeit bewilligen möge, obwohl ein Rechtsanspruch im engeren Sinne nicht bestehe. Mit wirtschaftlichem Verständnis, frei von Bürokratismus, walte der Vergleichsrichter! Rückgratähnlich wirkt zwar der § 19 Vergl. O., weil er dem Gericht die Möglichkeit gibt, hinsichtlich des Vergleichsantrages sich auf Fristen zu berufen und dem Schuldner vorzustellen, daß eine dilatorische Behandlung nicht zugelassen werden darf. (Samolewicz-Saenger-Wassermann, Komm. S. 83, verweisen darauf, daß dem Schuldner kein verstecktes Moratorium, dessen Beginn er durch seinen Antrag bestimmen dürfe, gewährt werden könne.) Doch bedeutet der § 19 Vergl. O. immerhin eine Tolerierung. Das Vergleichsgericht hat zu prüfen, ob der Mangel des Antrages entschuldbar ist. War oder ist der Schuldner krank, waren oder sind die Verhältnisse verwickelt, litt der Schuldner an familiären, beruflichen, zeitpolitischen, außerordentlichen

Umständen, so kann ihm Nachsicht gewährt werden. Unterläßt der Schuldner aber frivole rechtzeitige Angaben, merkt der Richter, nachdem er sich durch Erkundigungen stark gemacht hat, daß Schuldner aus Leichtsinne den Anforderungen nicht entsprochen hat, so darf der Richter schärfere Saiten aufziehen und braucht sich auf keine (oder keine längere) Hinauszuziehung einzulassen. Die Nachholungsfristen des § 19 sind Sollfristen, so daß das Gericht es auch verantworten könnte, wenn die Frist weiter ausgedehnt würde als über vier Wochen. Man denke z. B. an ein Fabrikunternehmen, eine ausgedehnte AktG., einen umfangreichen Nachlaß, jeweils mit komplizierten Datumständen, wobei evtl. Revisoren Vorbereitungen für die Unterlagen des Vergleichsantrages herstellen müssen (Beispiel aus der Nürnberger Praxis: langwierige Spielwareninventur). Hier können vielleicht die vier Wochen des § 19 nicht genügen. Mit Fug betont auch Lucas, S. 66, daß die §§ 15 und 18 hohe und schwer erfüllbare Anforderungen stellen, weshalb ein milder Maßstab anzuempfehlen sei. Schumann a. a. O. betont mit Recht, daß die Verweigerung einer Nachholungsfrist die Vernichtung der Selbstständigkeit des Schuldners bedeuten könne, da jeder Vergleichsantrag einen bedingten Konkursantrag enthalte. Mit Kiefow, S. 185, erachte ich Mängel des Vergleichsantrages als entschuldbar, wenn der Schuldner nicht culpos gem. § 276 BGB. bei seiner Eingabe verfahren ist. Der Schuldner, der mit Fug finanzielle Hilfe erwartete oder die gesetzlichen Bestimmungen verkannte oder durch Vollstreckungen oder Konkursanträge bedrängt war oder keinen beschlagenen Berater hatte, kann auf die Nachholungsfrist rechnen. —

Das AG. Köln (79 N 14/28, 4) hat — nach sorgfältigen Ermittlungen des § 9 — am 27. Febr. 1928 zwei Vergleichsverfahren eröffnet, die bereits Mitte Januar beantragt waren, und hat zum Gläubigerschutz unmittelbar nach dem Antrag ein Veräußerungsverbot erlassen, das es mit Vergleichseröffnung aufhob. Praktisch, aber nicht recht legal. —

II. Übersetzte Vergleichsquoten.

Die Industrie- und Handelskammer München nahm wahr, daß Schuldner zu hohe Vergleichsquoten, die ihrer Vermögenslage nicht entsprechen, bieten. Durch übertriebene Angebote schädige — wie diese Kammer im Januar 1928 bekanntgibt — der Schuldner ebenfalls die Interessen seiner Gläubiger, so daß nach § 22 Ziff. 4 Vergl. O. auch

¹⁾ Zum Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) v. 5. Juli 1927 (RGBl. 1927, I, 139) siehe auch unten S. 1125.

dann die Eröffnung abzulehnen sei. Das haben Samolewicz, Komm. S. 86, und Cahn, Komm. S. 173 und 176 angesichts der Mindestquote von 50% und Allermindestquote von 30% vorausgesehen. — Meter spricht zwar (DZ. 1927, 1458) von positiver Gläubigernot aus negativer Schuldnerlehre und von einer gesunden Prophylaxis. Doch soll man den Bogen nicht überspannen, da im Konkurs viel verloren geht.

III. Der Anschlußkonkurs.

Obwohl § 24 klar gefaßt ist, muß an der Hand verschiedener Vorkommnisse betont werden, daß bei Ablehnung der Vergleichseröffnung und in den anderen Fällen des möglichen Anschlußkonkurses über die Eröffnung des Konkursverfahrens zu entscheiden ist. Nicht aber ist, wie es bei Schumann a. a. O. S. 261 4. Absatz, auch bei Meter: DZ. 1927, 1458 etwas mißverständlich lautet, bei Abweisung des Vergleichsantrages das Konkursverfahren zu eröffnen.

Deutlicher und deshalb glatt irrig hat das O. Breslau (X Z K v. 30. Nov. 1927, 10 T 255/27) ausgesprochen, daß bei Ablehnung des Antrages das Konkursverfahren zu eröffnen sei.

Noch ein Anderes. Nach § 24 geht der Akt nach Ablehnung der Eröffnung des Vergleichsverfahrens zwangsläufig an das Konkursgericht, das identisch sein kann mit dem Vergleichsgericht. Die Personalunion hat das Gute, daß der Konkursrichter die Vergleichsablehnung, ihre Gründe und Vorgeschichte, nach Akten und Personen, kennt. Die Personalunion hat unter Umständen das Üble, daß ein nichtbefangener Konkursrichter vielleicht anders urteilt, als der Vergleichsrichter. Nach Lucas, S. 80, wäre diese Frage gegenstandslos. Denn er behauptet, die Vergl. D. schreibe vor, daß beide Entscheidungen zugleich getroffen werden sollten, d. h. in demselben Beschluß. Zugleich bedeutet aber an sich nicht in demselben Beschluß. Zugleich bedeutet an sich: zu gleicher Zeit. Lucas führt selbst Ausnahmefälle an, in denen die Erledigung in einem Beschluß gar nicht möglich ist, wenn z. B. das Vorliegen der konkursmäßigen Vermögenslage unklar ist und Ermittlungen erfordert (Cahn, Komm. S. 178).

IV. Die Zwangsvollstreckung nach Stellung des Antrages auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens ist wirksam.

Die Norm des § 21 Abs. 4 GeschluffW. ist in die Vergl. D. nicht aufgenommen worden. Seit der Novelle v. 1924 hieß es dort: „Arreste und Zwangsvollstreckungen, die zuletzt der nach Anordnung der Geschäftsaufsicht von dem Verfahren betroffenen Gläubiger in der Zeit nach Eingang des Antrages, aber vor der Entscheidung über ihn eingeleitet werden, sind für das Verfahren der Geschäftsaufsicht ohne rechtliche Wirksamkeit.“ Man kann verschiedener Meinung sein, ob die nunmehrige Ausmerzung des § 21 Abs. 4 das Richtige war. Das O. Breslau (X Z K v. 30. Nov. 1927 a. a. O.) beklagt die Nichtaufnahme einer entsprechenden Bestimmung. Das O. verkennt, daß eine Regelung derart, daß mit Eingang des Geschäftsaufsichtsantrages automatisch die Einstellung der Vollstreckungen eingetreten wäre, auch § 21 Abs. 4 GeschluffW. nicht gewährleistet. Die Bestimmung galt nur, wenn das Geschäftsaufsichtsverfahren eröffnet wurde. Radikaler, wie jener § 21 GeschluffW. ist unter Umständen die strenge Kannvorschrift des § 32 Abs. 2 Vergl. D.: „Das Vergleichsgericht kann die endgültige Einstellung und die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln auf Antrag der Vertrauensperson anordnen, wenn die Verfügung über den von der Vollstreckung betroffenen Gegenstand im Interesse der an dem Vergleichsverfahren beteiligten Gläubiger geboten ist.“

V. Anfechtungsmöglichkeiten gegenüber Manipulationen vor Vergleichseröffnung (Sicherungsübereignungen und sonstigen angreifbaren Rechtshandlungen).

In einem Falle von Kaiserslautern fragte es sich, ob die Rechtsgeschäfte von der Vertrauensperson oder sonst angegriffen werden können. Zu antworten war, daß eine Anfechtung gem. §§ 29 ff. und 36 R. D. nicht einschläge. Da die Kompetenzen der Vertrauensperson andere sind, wie die der Aufsichtsperson, kann sie meist nicht ohne Vollmacht des Schuldners eine Hand-

lung anfechten, wie sie auch nicht als Bevollmächtigter der Gläubigerschaft oder Funktionär des Gerichts dies könnte. Derartige Anfechtungsbefugnisse hätten nur die Gläubiger.) Zu verneinen ist weiter, daß nicht nach dem Anfechtungsgesetz im Vergleichsverfahren vorgegangen werden kann (F. W. 1916, 1552 und die rechtsähnliche Entscheidung des O. Freiburg). Die Vollstreckungssperre des § 32 Vergl. D. hindert eine Anfechtung. Mit einer solchen wäre (gem. § 1 Anf. G. und der relativen Unwirksamkeit anfechtbarer Rechtshandlungen) nur dem einzelnen anfechtenden Gläubiger gebietet. Es müßte also (bei Bejahung der Möglichkeit) eine Gläubigeraktion eingeleitet werden. Die Vergl. D. sieht übrigens indirekten Schutz für die Gläubiger vor: § 79 Ziff. 2 Vergl. D. läßt Einstellung des Verfahrens zu, wenn sich ergibt, daß die Eröffnung des Verfahrens hätte abgelehnt werden müssen. § 22 Ziff. 4 Vergl. D. bezeichnet als Ablehnungsgrund den Fall, daß der Vergleichsvorschlag der Vermögenslage des Schuldners nicht entspricht. Dieser Passus, den ich S. 172 meines Kommentars als lauschulartig bezeichne, umfaßt derartige Manipulationen zweifellos. Das Vergleichsgericht wird in concreto den Einstellungsbefehl zu erlassen haben. Die Folge des § 80 W. D. übt auf den Schuldner immerhin einen erheblichen Druck aus, da er mit Konkursöffnung zu rechnen hat. Wird nun das Verfahren eingestellt und der Konkurs nicht eröffnet, dann können die Gläubiger Vollstreckungstitel erwirken und die Sicherungsübereignungen nach dem Anf. G. anfechten. Wird der Anschlußkonkurs eröffnet, dann besteht das Anfechtungsrecht des R. D. Die Einstellungsmöglichkeit des § 79 Ziff. 2 Vergl. D. ist demnach der gesuchte Schlüssel. Nach alledem gibt, im Gegensatz zu dem unbefriedigenden Ergebnis im Geschäftsaufsichtsverfahren (cf. O. Freiburg a. a. O.) die heutige Gesetzgebung eine praktische Lösung. Die Zeit nach Bestätigung des Vergleichs gewährt diesen Ausweg begrifflich nicht mehr. Liegen indessen die Voraussetzungen des § 77 W. D. vor, so ist die Anfechtungsmöglichkeit auch in dieser Zeit noch gegeben. Waren aber, wie offensichtlich im angeführten rheinpfälzischen Falle, die Anfechtungsgründe schon vor Abschluß des Vergleichsverfahrens bekannt, so mußten sie während desselben vorgebracht werden, weil die Möglichkeit hierzu die hinterherige Betrugsanfechtung ausschließt. Praktisch wird wohl vor Mitteilung an das Vergleichsgericht erst eine Warnung an die Schuldner erfolgen, weil vielleicht so die Einbeziehung der verschobenen Vermögensstücke ermöglicht und die Einstellung des Verfahrens entbehrlich wird.

VI. Voraussetzungen des § 22 Ziff. 4 Vergl. D.

Es lag nahe, daß die folgenschweren Bestimmungen des § 22 (über die obligatorische Ablehnung der Vergleichseröffnung im Falle der fünf Gründe) unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes Fragen von Tragweite zeitigen würden. In der Tat haben Gerichte sich bemüht, gefühlt, sozusagen päpstlicher zu sein wie der Papst, und die ratio des strengen § 22 noch zu übertreiben. Ich habe hier zunächst das O. Dürkheim (Pfalz) im Auge, welches Anstand nahm, ein Vergleichsverfahren zu eröffnen, weil der Schuldner i. S. des § 22 Ziff. 4 seinen Vermögensverfall durch Leichtsinns herbeigeführt habe. Es drehte sich um eine GmbH., und das O. Dürkheim warf mit Beschl. v. 5. Jan. 1928 (K R 2/28) dem Geschäftsführer vor, er hätte durch eine Zwischenbilanz den schlechten Status erkennen müssen. Der Schuldner wendete ein: das HGB. bestimmt nicht ohne weiteres eine Zwischenbilanz. Diese Frage hängt von Einzelumständen ab, ist Ermessenssache (§ 39 HGB.; Staub-Koenige, S. 269 zu § 39 HGB.; Monographie Malteur, Die Zwischenbilanz, 1925 S. 27 ff., zu § 240 HGB., wo ausnahmsweise im HGB. selbst von einer Zwischenbilanz die Rede ist). Außergewöhnliche Bilanzen liegen für gewöhnlich nicht im Bewußtsein und Pflichtbereich der Geschäftsführer (Parizius-Grüger zu §§ 42 und 43 GmbHG.). Eine Schnellbilanz wird nur bei objektiv auffälligen Umständen erfordert. Dem Verantwortungsgefühl des Schuldners (Begründung z. RegEntw. § 18 W. D. a. F.) darf auch durch den § 22 n. F. Vergl. D. nichts Außergewöhnliches zugemutet werden (Cahn, Komm. z. Vergl. D. S. 171; Samolewicz, Komm. z. Vergl. D. S. 86). Wichtig für die Sachlage ist auch Quantität und Qualität der zustimmenden Gläubiger. Wenn 80% der Gläubiger bereits für die Eröffnung des Vergleichsverfahrens sich ausgesprochen

haben, ist dies ein Spiegelbild der wirtschaftlichen Würdigkeit des Schuldners (Kiesow, Komm. S. 197). Wäre Leichtsin vorzulegen, so würde der vorläufige Gläubigerausstoß sich nicht zugunsten der Eröffnung ausgesprochen haben. Mit anderen Worten: mehr Gläubigerautonomie! Das LG. Frankenthal (II ZK) pflichtete mit Beschl. v. 11. Jan. 1928 (Beschw. Neg. Nr. 12/28) diesem meinem gutachtlichen Gedankengange bei und ließ das Vergleichsverfahren zu.

VII. Fällt eine Sicherungshypothek unter § 73 Abs. 2 VerglD., wenn der Schuldner und der Bürge, der eine Sicherheitshypothek zugunsten des Schuldners errichtet hatte, je einen Vergleich mit 60% eingeht?

Westfälischer praktischer Fall. An sich werden Ansprüche eines Gläubigers gegen Mitschuldner und Bürgen des Schuldners, sowie Rechte aus einer für die Forderung bestehenden Hypothek durch den Vergleich nicht berührt. Anders, wenn in dem Verhalten des Gläubigers ein Verzicht auf den durch den Vergleich nicht gedeckten Teil seiner Forderung erblickt werden kann. An sich ist ein Gläubiger, der durch eine Sicherung (hier Hypothek) gedeckt ist, nicht genötigt, sich am Verfahren zu beteiligen. Er hat ein Recht auf abgeordnete Befriedigung. In der uneingeschränkten und vorbehaltlosen Anmeldung der Forderung im Vergleich kann daher schon ein Verzicht auf das Absonderungsrecht erblickt werden (Entsch. OLG. München v. 5. Mai 1926: JW. 1926, 2108). Ebenso in der Abstimmung über den Vergleich, wenn das Absonderungsrecht nicht erwähnt wird. Auch in der Anforderung oder vorbehaltlosen Annahme der Vergleichsquoten (Cahn, Komm. z. VerglD., S. 90; Kiesow, Komm. z. VerglD., S. 105). Für das Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen, der auch unter Vergleich stand und einen 60%igen Vergleich schloß, gilt dasselbe. Ausdrückliche Betonung des Absonderungsrechts bei den Stadien der Anmeldung, Abstimmung und Quotenannahme schließt den Verzicht aus.

VIII. Weitere Zweifelsfragen in der VerglD. (an Hand von Samolewiz: JW. 1927, 2401).

1. Gegenseitige Verträge.

a) Es ist m. E. gleichgültig, wie viel gem. §§ 4 und 28 ff. VerglD. noch von der Leistung aussteht (so auch Kiesow, S. 122). Wo soll sonst die Grenze sein? Was ist relativ wenig oder viel? Die gesetzliche Norm ist klar, so daß für die Loyalitätsparagrafen 133, 157 und 242 BGB. kein Raum ist. Das mag im einzelnen Falle eine Härte bedeuten.

b) Der Wechselgläubiger nimmt mit seinem Wechsel, der für einen beiderseitig erfüllten, synallagmatischen Vertrag gegeben wurde, an dem Verfahren nicht teil. Ich stimme für Samolewiz einschließlich seiner Kommentaranalyse und für Kiesow (rechtsähnliche Entsch. des RG.; DLG. 45, 80).

c) Die Schadenersatzforderung des § 326 BGB. ist am Vergleich beteiligt (Cahn, Komm. z. VerglD. S. 190 oben): Nach fristlosem Ablauf der Nachfrist aus § 326 BGB. gehört der Gläubiger nicht mehr zu den Gläubigern eines gegenseitigen Vertrages (RG. v. 22. Nov. 1921; RDLG. 43, 37; RG. v. 22. Jan. 1922; RWL. 22, 6; Recht 22 Nr. 871; RG. 112, 55 und Kiesow, S. 120).

2. Gleiche Behandlung aller Gläubiger.

Ich verlange mit Lucas, Komm. S. 39: Da eine ungleiche Bestimmung der Rechte nur mit Einwilligung der Zurückgesetzten zulässig ist, ist den Unbekannten stets das Recht des Begünstigten und nicht des Zurückgesetzten zu gewähren (Cahn, Komm. z. VerglD. S. 105). Im Auslande lebenden, erkrankten, an der Lektüre verhinderten, Gläubigern kann das Vergleichsverfahren unbekannt bleiben. Ich gebe mit Samolewiz zu, daß das Unbekanntbleiben eines Gläubigers aus Nepotismus oder Schiebungsabsichten simuliert werden kann. Dagegen gibt es noch andere Modalitäten, etwa den Verwerfungsparagrafen 68 oder Einstellungsparagrafen 79.

3. Akteneinsicht.

Sowohl Akteneinsicht (a) als auch Geheimhaltung von Aktenteilen (b) unterliegt dem Ermessen eines die beiderseitigen Belange abwägenden Vergleichsrichters. Nach Wort-

laut und Sinn sind auch die vom Verfahren nicht betroffenen und nicht am Verfahren im eigentlichen Sinne beteiligten Gläubiger berechtigt, die Akten einzusehen. Das Wirtschaftliche hat heute wieder den Vorrang. Ein Erfundigungsrecht und kein Sentiment ist am Platze. Wer Geld evtl. einbüßen soll, hat das Recht, die auskunftgebenden Urkunden, Anträge, Belege, Reverse, Bilanzen usw. einzusehen. Die am Vergleich nicht beteiligten Gläubiger sind grundsätzlich nicht als *dei minorum gentium* zu behandeln (Lehner, Fürth i. V.: JW. 1926, 692, und Cahn, Komm. z. VerglD., hierüber S. 127).

Betreffend Geheimhaltung von Aktenteilen (b) entscheidet lediglich das *arbitrium iudicis*. Vertrauliche Schriftstücke, z. B. über Maßregeln, Disziplinierung und Entlassung der Vergleichspartei, sind für die Regel diskret zu behandeln.

4. Schreibt der § 16 VerglD. eine Vermögensübersicht vor, die der kaufmännische Schuldner gesondert von seiner letzten Bilanz (§ 18 letzter Absatz) vorlegen muß?

Die Frage ist zu bejahen, denn sonst wäre, wie Samolewiz betont, der letzte Satz des § 18 überflüssig. Deckt sich die letzte Bilanz mit dem zeitigen Status, so daß ein geringer oder gar kein Zeitraum dazwischen ist, so kann ja durch Bezugnahme und Kürzung ein Formalismus vermieden werden.

5. Die Ablehnungsgründe der Istvorschrift des § 22 VerglD. sind erschöpfend geregelt.

Die Ablehnungsgründe der Kannvorschrift des § 23 können nicht erschöpfend geregelt sein, da die fakultativen Möglichkeiten einer Ablehnung in dem Ermessen des Richters wurzeln. Oben ist zum Teil schon gezeigt, daß auch § 22 Abs. 1, 4 und 5 nicht starr ausführbar sind, so daß z. B. die Erfordernisse der §§ 15–19 rigoros oder laager interpretierbar sind.

Eine *crux* kann allerdings der § 20 Abs. 2 abgeben. In Cahn, Komm. S. 159, ist ausgeführt: Es ist fraglich, ob der § 20 Abs. 2 VerglD. für seine erste Alternative (Nichtmöglichkeit der Beseitigung des Ablehnungsgrundes des § 22 VerglD.) zwingendes Recht enthält. Das Wort „unterbleibt“ ist ein ungewöhnlicher *terminus technicus*. Ich erblicke kein *ius cogens* in der einschlägigen Bestimmung, so daß der Vergleichsrichter m. E. weiteste Rücksicht üben kann. Allenmal ist dies der Fall hinsichtlich der unsicheren Frage, ob die Beseitigung des Ablehnungsgrundes des § 22 VerglD. nicht mit Sicherheit zu erwarten ist. Die Berufsvertretung berechnet vielleicht die Aktiven und Passiven etwas anders, so daß sie das Vorhandensein der Mindestquote herausrechnet, oder beurteilt vielleicht den schuldenrischen Vermögensverfall optimistisch. Alles dies spricht für möglichste Anhörung der Berufsvertretung, selbst für § 20 Abs. 2 VerglD. bzw. die Istvorschriften des § 22.

6. Beschwerdeverfahren.

a) Diese Frage ist durch das Gesetz nicht deutlich beantwortet. Ich habe S. 131 meines Kommentars ausgeführt: Mit Verfassung der Rechtsmittel gegen die neuesten Entscheidungen der Vergleichsgerichte ist nicht gesagt, daß bei einer nachfolgenden beschwerdefähigen Entscheidung die vorausgegangene nicht gerügt werden kann, soweit damit der Verfahrensmangel mit erörtert wird. *Argumento*: Stein-Jonas, §§ 539 und 575 ZPO.; Lucas, S. 54. An sich gibt es zwar — ohne oder mit fakultativer Nachholungsfristbewilligung — kein schuldenrisches Recht auf Nachholung im zweiten Rechtszug. Wenn aber der Schuldner bis zur (oder auf Grund einer) zweitinstanzlichen Entscheidung mit deren Genehmigung das Veräumte nachholt, so fällt auch deren Beurteilung unter das (zweit-) richterliche Ermessen.

b) Darf das Beschwerdegericht eine Gläubigerversammlung einberufen? Im Prinzip: Ja, und zwar Plenar- oder Rumpfsammlung (etwa Votagläubiger; Cahn, Komm. z. VerglD. S. 119 oben). Das Beschwerdegericht kann seine Befugnisse plenar oder durch einen Referenten ausüben. Wortlaut und Sinn des § 9 beschränkt sich nicht auf das AG. Ich bin also der Meinung von Samolewiz und nicht von Kiesow (S. 148 unten).

7. Loszagung von beiderseits nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen.

Die Frage ist S. 188 meines Kommentars behandelt: Die VerglD. enthält nichts von einer Berechtigung oder Verpflichtung des Vergleichsgerichts zur Setzung einer Frist (Samolewiz gegen Lucas, S. 92). Allein nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundfätzen ist betont, daß der § 28 VerglD. die Feststellung eines stillschweigenden Erfüllungszwanges des Vergleichsschuldners bzw. der Vergleichspartei durch überlanges Schweigen auch ohne ausdrückliche Aufforderung des Gegners nicht ausschließt. Rechtsähnlich: RG. v. 3. Okt. 1919, 96, 292, R. 19 Nr. 2171. Es ist also geboten, daß die Kontrahenten sich rechtzeitig nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens rühren und nicht glauben, durch Schweigen ihren Interessen zu dienen. Denn auch die §§ 28 ff. VerglD. sind auf den Grundpfeilern: §§ 133, 157, 242 BGB. gestützt. Dem pflichtet das RG. 6. ZS. v. 3. Nov. 1925, 254/25: JW. 1925, 1552, zu dem meine Fußnote ebenda abgedruckt ist, bei: eine aus schlüssigen Handlungen zu entnehmende deutliche Ablehnungserklärung ist wirksam (RG. 112, 57 = JW. 1926, 1551).

8. Vollstreckungssperre.

Wie ist es, wenn Zweifel bestehen, ob der vollstreckende Gläubiger zu den beteiligten Gläubigern des § 2 gehört, gegen welche die Vollstreckungssperre wirkt, oder zu den nicht beteiligten? Hat das Vollstreckungsorgan den Auftrag abzulehnen oder sind die Gläubiger, bei denen der Zweifel über die Kategorie besteht, auf die Erinnerung aus § 766 ZPO. zu verweisen? Ich habe S. 207 meines Kommentars ausgeführt: Weil das Vermögen des Vergleichsschuldners dem Zwangszugriffe des nicht privilegierten Gläubigers verschlossen ist, ist eine Mobilarvollstreckung, die der Gerichtsvollzieher gem. §§ 724, 725, 811 ZPO. weigern oder die nach Vornahme mit § 766 ZPO. begegnet werden kann, ausgeschlossen (OLG. Jena, Beschl. v. 31. Mai 1926, 3 W 426/26; JW. 1926, 2462; OLG. Nürnberg v. 4. Juni 1926; JW. 1926, 2116; BayZ. 1926, 291; JW. 1927, 404 [Pick]). Damit soll gesagt sein, daß wenn das Vollstreckungsorgan Zweifel über die Kategorie des Gläubigers hat, beide Möglichkeiten dem Vollstreckungsorgan zuzustehen. Beides ist durch den § 32 ff. nicht verboten. Das

Korrektore ist eine Weigerung des Vollstreckungsorgans. Wird doch durch den Zwangsweg, wenn auch nur vorübergehend, ein Stück Aufteilung vorgenommen. Durch eine Vollstreckungsdurchführung kann eine gleichzeitige Verwendung des Vermögens beeinträchtigt werden, zumal auch in Grenzfällen der Richter einstellen wird, um ein Risiko durch Schmälerung der Masse zu vermeiden. —

Auch Lichtigfeld: JW. 1928, 95 will dem Vergleichsgericht die Frage überlassen. Er bekämpft Samolewiz: JW. 1927, 2403 unter 8 und pflichtet Lukas § 32 IV sowie Riefow S. 258 VI bei.

9. Prozeßkosten.

Was heißt: „Sofort anerkennt“? (§ 35 VerglD.) S. 220 und 223 meines Kommentars. Sofortige Anerkennung irgendwelcher Art, wenn die Leistungsklage gestellt ist (nachweisbar mündlich, telephonisch, erst recht schriftlich, zumal in einem Schriftsatz) muß ausreichen, um Schuldner vor den Kosten zu schützen.

Das Anerkenntnis muß freilich im Prozeß befundet bzw. wiederholt werden (RG. v. 24. Juni 1926: JW. 1926, 2460). Die schuldnereische Erklärung kann aber formlos sein. —

IX. Die Zahl der Vergleichsverfahren pro 1927 geht aus der folgenden Tabelle hervor:

	1926 ¹⁾	I. Quart. 1927	II. Quart. 1927	III. Quart. 1927	IV. Quart. 1927	Insgesamt 1927	Sept. 27	Okt. 27	Nov. 27	Dez. 27	Dez. 1926	Jan. 1927	Febr. 1927
Konkurse	11 761	1467	1267	168	16 11	5519	355	435	571	605	(427)	753	706
Vergleichsverfahren	7 816	329	917	353	356	1355	92	69	112	175	(105)	160	222
Aufgeh. Vergleichsverfahren	7 065	389	280	256	459	1384	79	94	180	185 ¹⁾	(213)	156	148

¹⁾ bis 1. Oktober 1927 Geschäftsaufsicht. ²⁾ darunter 94 aufgehobene Geschäftsaufsichten.

Im ReichsMinBl. wird demnächst die V.D. über die Konkurs- und Vergleichsstatistik v. 29. Dez. 1927 veröffentlicht. Sie erlegt die Statistik der Geschäftsaufsichten durch eine Statistik der gerichtlichen Vergleiche. Außerdem bringt sie technische Änderungen der Zählkarten auf Grund der Erfahrungen, die das Statistische Reichsamts in zweijähriger Arbeit mit den bisherigen Zählkarten gemacht hat.

Kleinere Aufsätze.

Zulässigkeit der Vollstreckung wegen der Kosten aus einem Arrestbefehl mit Kostenentscheidung trotz Hemmung bzw. Aufhebung der Vollziehung infolge von Siderheitsleistung.

Nach der herrsch. Meinung ist der Erlaß einer Kostenentscheidung in dem einen Arrest anordnenden Beschl. als zulässig zu erachten (vgl. die in Kann 1926 B. 2 S. 874 ff. aufgeführte Mpr. und JW. 1928, 194¹⁾).

Wie das RG. a. a. D. ausführt, ist der Arrestprozeß mit dem Erlaße der verlangten Anordnung beendet und der Schuldner i. S. des § 91 ZPO. als unterliegender Teil anzusehen, sowie ferner zu berücksichtigen, daß die Ablehnung einer Kostenentscheidung, falls nicht Widerspruch eingelegt werde, zu dem unerwünschten Ergebnis der Notwendigkeit einer neuen Klage wegen der Kosten führen würde. Aus dieser Auffassung folgt aber auch, daß die Kosten aus dem Beschl. des Arrestes festzusetzen sind und beigetrieben werden können, wenn der Vollzug des Arrestes durch Siderheitsleistung gehemmt oder wenn der vollzogene Arrest wegen einer geleisteten Siderheit später wieder aufgehoben wird, denn gehemmt wird nur die Vollziehung des Arrestes und aufgehoben nur der vollzogene Arrest. Die Kostenentscheidung ist aber lediglich durch die Anordnung und nicht durch die Vollziehung des Arrestes bedingt. Mit der Anordnung bleibt daher auch die Kostenentscheidung bestehen, was zur Folge hat, daß auch bei gehemmtem oder aufgehobenem Arrest Kostenfestsetzung statzufinden hat und die Beitreibung der festgesetzten Kosten als zulässig zu erachten ist, und zwar auch nach Ablauf der Vollziehungsfrist des § 929 ZPO. Bei der entgegen gesetzten Auffassung würde man zu dem Ergebnis gelangen, daß die Beitreibung der Kosten aus einem eine Kostenentscheidung enthaltenden Beschl. bei Siderheitsleistung des Schuldners unmöglich würde. Denn einer neuen Klage auf Zahlung der Kosten aus dem Beschl. würde der

Schuldner den Einwand entgegen setzen, daß über die Kosten bereits entschieden sei und er nicht ein zweites Mal zur Tragung der Kosten verurteilt werden könne.

Daß auch Kann der vorstehend wiedergegebenen Auffassung ist, läßt sich folgern aus seiner Anm. zu § 934 ZPO., S. 903 a. a. D. Kann erklärt hier, die Aufhebung der Arrestvollziehung habe nicht etwa die Folge, daß der Gläubiger verpflichtet wäre, dem Schuldner die von ihm beigetriebenen Kosten des Arrestvollzuges zu erstatten. Aus § 788 II könne ein derartiger Anspruch nicht hergeleitet werden, denn im Falle des § 934 werde nicht der Titel, aus dem vollstreckt worden sei, aufgehoben, sondern lediglich die Vollstreckungsmaßregel (vgl. auch die von Kann zit. Entsch. des OLG. München, Mpr. 27, 188).

RA. Dr. Herbert Fraenkel, Berlin.

Die Abtretung und Pfändung des Ausgleichsanspruches.

RG. v. 30. Jan. 1928, 221/27 V (JW. 1928, 886), hat in einem Sake seiner Entsch. den Blick auf die Abtretung und Pfändung des Ausgleichsanspruches gelenkt. Man möchte aus diesem Hinweis entnehmen, daß das RG. die Abtretung und Pfändung des Ausgleichsanspruches für zulässig erachtet, obwohl in dieser Richtung erhebliche Bedenken bestehen.

Worauf der dem persönlichen Schuldner gegenüber dem Erwerber des Grundstücks gewährte Anspruch auf Ausgleich der rückwirkend aufzuwertenden Grundstückslasten gerichtet ist, wird nicht unmittelbar in dem Urteil des RG. gesagt. Es sind zwei Möglichkeiten denkbar: entweder hat der Erwerber zur Tilgung der persönlichen Forderung einen Beitrag zu leisten. Alsdann ist der Ausgleichsanspruch auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet. Oder der Erwerber ist lediglich verpflichtet, den Veräußerer ganz oder teilweise von der Aufwertungsschuld zu befreien. Die Befreiung des

Schuldners braucht nicht bloß durch die unmittelbare Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zahlung zu erfolgen, sondern der Schuldner wird auch dann von seiner Verbindlichkeit frei, wenn der Erwerber einen Schuldübernahmevertrag mit dem Gläubiger schließt oder die Forderung durch Aufrechnung, Vergleich, Verzicht zum Erlöschen bringt. Der Ausgleichsanspruch des Schuldners ist insoweit immer nur auf Befreiung von einer Schuldenhaftung, also auf das Tun eines Dritten zu seinen Gunsten gerichtet.

Die Beitragsleistung kommt für den Fall in Frage, daß der Verkäufer noch nicht gelöschte Hypotheken nach dem Kaufvertrage zu beseitigen hat, also in dem der RG-Entsch. v. 16. Febr. 1926 zugrunde liegenden Falle (RG. 112, 333 = JW. 1926, 1803). Das vom RG. am 30. Jan. 1928 bestätigte Ur. des HansOLG. lautete dagegen auf Befreiung von den Aufwertungsansprüchen. Und in der Tat werden auch alle Interessen, die hier Berücksichtigung verdienen, bei Anerkennung eines bloßen Befreiungsanspruches befriedigt. Dem Verkäufer kann es gleichgültig sein, wie seine Befreiung herbeigeführt wird. Der Aufwertungsgläubiger würde aber empfindlich geschädigt werden, wenn der Erwerber des Grundstücks lediglich verpflichtet wäre, einen zu seiner Befriedigung bestimmten Betrag an den persönlichen Schuldner auszuführen. Er hat weder die Gewißheit, daß der gezahlte Betrag der in Aussicht genommenen Verwendung zugeführt wird, noch ist er dagegen geschützt, daß der Zahlungsanspruch, der unbedenklich abgetreten werden kann, verpfändet oder gepfändet wird. Nun ist es zwar richtig, daß rechtliche Beziehungen zwischen dem Aufwertungsgläubiger und dem Erwerber des Grundstücks nicht bestehen. Aber wirtschaftlich ist der Gläubiger erheblich an dem Ausgleichsanspruch beteiligt, der nicht zuletzt gerade in seinem Interesse von den Gerichten anerkannt wurde.

Ist es aber richtig, daß lediglich ein Befreiungsanspruch, also ein auf das Tun eines Dritten zugunsten des Schuldners gerichteter Anspruch besteht, so ist dieser weder abtretbar noch pfändbar; denn er ist ein höchstpersönlicher Anspruch. Mit der Abtretung würde er sich in einen Anspruch des Zessionärs auf Leistung zugunsten eines Dritten, nämlich des Abtretenden, verwandeln. Er würde also seinen Inhalt verändern (§ 399 BGB.). Das RG. kennt von diesen Sätzen lediglich eine Ausnahme: Wenn nämlich der Zessionar bzw. Pfändungspfandgläubiger mit dem Gläubiger identisch ist, dann ist die Abtretung oder Pfändung eines Anspruchs auf Befreiung von einer Schuld zulässig. In diesem Falle nimmt das RG. an, daß eine Veränderung des Leistungsinhalts i. S. des § 399 durch die Übertragung nicht eingetreten ist, da die Leistung nach wie vor auf Befriedigung des Gläubigers für seine Forderung gegen den Zedenten geht. Der Gläubiger hat ein eigenes Interesse daran, auf diese Weise zur Befriedigung für seine Forderung zu gelangen (JW. 1912, 857¹²; RG. 70, 259 ff. = JW. 1909, 201; 81, 251 ff. = JW. 1913, 497).

Danach könnte man annehmen, daß die Abtretung der Ausgleichsansprüche an den zu befriedigenden Aufwertungsgläubiger zulässig sei, während der persönliche Schuldner die Ausgleichsansprüche, die seinen Rechtsnachfolgern im Eigentum gegen deren Nachmänner zustehen, niemals in seiner Hand vereinigen kann. Ich halte aber auch die Möglichkeit, daß der Aufwertungsgläubiger sich sämtliche Ausgleichsansprüche abtreten läßt, und nunmehr gegen den heutigen Eigentümer des Grundstücks vorgeht, nicht für gegeben. Der Ausgleichsanspruch ist aus einem weiteren, bisher nicht erörterten Grunde eine höchst persönliche Forderung, deren Abtretung auch an den Aufwertungsgläubiger notwendigerweise eine Veränderung des Inhalts zur Folge haben muß. Der Ausgleichsanspruch ist wirtschaftlich und rechtlich akzessorisch, also abhängig von dem zwischen Erwerber und Verkäufer abgeschlossenen Kaufvertrage. Er soll nur dazu dienen, offensbare Unbilligkeiten, die aus dem Kaufvertrage entstanden sind, auszugleichen, und würde seiner Zweckbestimmung entfremdet werden, wenn er von dem Kaufvertrage getrennt wird. Außerdem hängt das Bestehen des Ausgleichsanspruchs von ungezählten Umständen ab, die ausschließlich in der Person des Schuldners begründet sein müssen und nicht übertragbar sind. Ein solcher Umstand sind beispielsweise die persönlichen Vermögensverhältnisse des Schuldners. Ist aber für den Inhalt des Anspruchs die Persönlichkeit des Berechtigten so wesentlich, daß von ihr überhaupt nicht abgesehen werden kann, so muß sich notwendigerweise der Inhalt der Forderung ändern, wenn sie auf eine andere Person übergeht.

Ist damit die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit des Ausgleichsanspruchs wie bei allen akzessorischen Rechten, die mit einem bestimmten Schuldverhältnis wirtschaftlich und rechtlich zusammenhängen, zu verneinen, so verliert die RG-Entsch. ganz wesentlich an praktischer Bedeutung. Die wenigsten Schuldner werden die Mittel besitzen oder auch nur Luft verspüren, einen kostspieligen Prozeß, dessen Früchte fast ausschließlich dem Aufwertungsgläubiger zufallen würden, wegen des Ausgleichsanspruchs zu führen. Die daraus entstehenden Schwierigkeiten sind lediglich durch die Abtretung oder, falls der Schuldner sich hierzu nicht freiwillig versteht, durch die Pfändung des Ausgleichsanspruchs zu beseitigen. Ist gar das Grundstück während der Inflationszeit oder im ersten Jahre der Goldmarkzeit durch mehrere Hände gegangen, so sind die vielen, gegen jeden Zwischenbesitzer bestehenden, völlig boneinander selb-

ständigen Ausgleichsansprüche praktisch nur dann realisierbar, wenn sie durch Abtretung oder Pfändung in einer Hand zu vereinigen sind. Da dieses nicht möglich ist, wird in den meisten Fällen der Versuch scheitern, auf dem Wege des Ausgleichsanspruchs den heute im Besitz des Grundstücks befindlichen, durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aber geschützten Eigentümer dennoch in Anspruch zu nehmen.

W. Dr. H. Garten, Hamburg.

Der Mieterschutz im Konkurs des Vermieters.

In der Friedenszeit hatte die nach § 19 K.O. dem Vermieter zustehende Befugnis, im Falle des Konkurses des Mieters das Mietverhältnis zu kündigen, im allgemeinen keine so große Bedeutung für den Gemeinschuldner gehabt, da bei dem vorhandenen Überfluß an Räumen der Gemeinschuldner jederzeit in der Lage war, sich andere Räume zu verschaffen. Es ist nun noch nicht allgemein bekannt, daß an dieser Kündigungsbefugnis des Vermieters auch durch das MSchG. nichts geändert worden ist (§ 26). Es kann auch jetzt im Falle des Konkurses der Vermieter das Mietverhältnis kündigen, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um gewerbliche oder Wohnräume handelt. Denn weder in der K.O. noch in dem MSchG. wird für den Fall des Konkurses irgendein Unterschied zwischen gewerblichen oder Wohnräumen gemacht.

Der Einfluß des MSchG. auf den Konkurs ist bisher wenig unterjucht worden. In ausführlicher Weise hat die wichtigsten Fragen Prof. Bley in ZJP. 51, 67 f. behandelt. Den Ergebnissen, zu denen Bley gelangt, kann jedoch nicht zugestimmt werden, um so weniger, als sich bei der praktischen Durchführung der von ihm vertretenen Grundzüge die allergrößten Schwierigkeiten ergeben würden.

Bley bedauert, daß durch § 26 MSchG. das Kündigungsrecht des Vermieters im Konkurs des Mieters aufrechterhalten bleibt. Er meint, der Vermieter würde durch den Konkurs des Mieters nicht geschädigt, denn der Mietzins wäre gem. § 59 Ziff. 2 K.O. eine Massefchuld, es wäre kein Grund vorhanden, den Vermieter im Falle des Konkurses anders zu behandeln, als wenn er einen zahlungsunfähigen Mieter vor sich habe, gegen den er nur unter den Bedingungen des § 3 MSchG. kündigen könne. Die Einschränkungen des § 3 MSchG. sind aber nur aus dem Grunde zugunsten des Mieters erlassen worden, um zu verhindern, daß bei noch zahlungsfähigen Mietern sofort bei Nichterhaltung einer einzigen Mietzinsrate das Mietverhältnis vom Vermieter aufgehoben werden kann. Im Falle des Konkurses steht aber fest, daß der Mieter zahlungsunfähig geworden ist. Es würde eine außerordentliche Härte für den Vermieter sein, wenn man ihn zwingen würde, den Mietvertrag mit einem unsicheren zahlungsunfähigen Mieter fortsetzen zu müssen.

Es herrscht völlige Übereinstimmung darüber, daß das Mietrecht nach der Regelung der K.O. in § 19 in vollem Umfange zur Konkursmasse gehört und alle Verfügungen über das Mietverhältnis nur vom Konkursverwalter getroffen werden können. Wenn in § 26 MSchG. nun davon gesprochen wird, daß das Kündigungsrecht des Vermieters im Konkurs durch das MSchG. nicht betroffen werden soll, aber das Kündigungsrecht des Konkursverwalters nicht erwähnt wird, so ist dies deswegen allein gesehen, weil nach dem MSchG. lediglich das Kündigungsrecht des Vermieters eingeschränkt worden ist, aber nicht das Kündigungsrecht des Mieters, an dessen Stelle im Konkurs der Konkursverwalter tritt. Es kann also auch der Konkursverwalter ohne Rücksicht auf den Willen des Gemeinschuldners die Mieträume, und zwar ohne Unterschied gewerbliche und Wohnräume kündigen. Wenn aber der Konkursverwalter trotz des MSchG. das Recht zur Kündigung hat, an dessen Ausübung er in den meisten Fällen das größte Interesse haben wird, um die Konkursmasse von der lastigen Mietzinsverpflichtung zu befreien, so muß er auch das Recht haben, die Mieträume auch gegen den Willen des Gemeinschuldners in Besitz zu nehmen. Im Falle des Widerstandes des Gemeinschuldners kann der Konkursverwalter auf Grund des mit der Vollstreckungsklausel versehenen Eröffnungsbeschlusses mit Hilfe des Gerichtsvollziehers die Herausgabe der Mieträume an ihn erzwingen (vgl. RG. 37, 399). Bley meint nun zwar, daß unter der Herrschaft des MSchG. eine derartige Erzwingung der Herausgabe der Mieträume durch den Gemeinschuldner nicht mehr zulässig wäre. Nach § 18 MSchG. dürfe im Wege der einstw. Verf. die Herausgabe eines Mietraumes nicht angeordnet werden. Bei der Zwangsäumung durch den Konkursverwalter handle es sich zwar nicht um eine solche einstw. Verf., gleichwohl weise die Bestimmung des § 18 auf den rechtlich wesentlichen Zweck des MSchG. hin. Der Eröffnungsbeschluss wäre ein bloß vorläufig über den Herausgabebefehl, aber nicht endgültig entscheidender Gerichtsakt, auf Grund dessen der Konkursverwalter die Aäumung durch den Gemeinschuldner nicht erzwingen dürfe. Bley muß selbst zugeben, daß der Eröffnungsbeschluss nicht als eine einstw. Verf. angesehen werden kann. Das MSchG. ist ein Ausnahmengesetz, das den Schutz des Mieters gegen den Vermieter in bestimmter, vom Gesetz genau geregelter Weise zum Gegenstand hat. Es ist un-

möglich, es auf andere Fälle als auf die durch dieses Gesetz geregelten Beziehungen zwischen Vermieter und Mieter anzuwenden. Der Gemeinschaftsdarlehner ist nicht Mieter des Konkursverwalters. Das Verhältnis zwischen Konkursverwalter und dem Gemeinschaftsdarlehner hinsichtlich der Mieträume ist im MSchG. nicht behandelt. Es bleibt daher bei den Vorschriften der RD. Aber auch auf den Zweck des MSchG. kann sich Bley in keiner Weise für seine Ansicht berufen, denn gerade der Sinn des § 26 MSchG. ist es, daß im Konkurs der Mieterschutz in Wegfall kommen soll (vgl. RD-Druckf. Nr. 3906 S. 113). Man würde sonst zu dem Ergebnis kommen, daß der Konkursverwalter wohl die Miete als Masseschuld bezahlen muß, aber keine Mittel hat, über die Mieträume gegen den Willen des Gemeinschaftsdarlehners zu verfügen. Bley hilft sich damit, daß er es für zulässig erachtet, daß der Konkursverwalter die Mieträume nicht zur Konkursmasse zieht, sondern dem Gemeinschaftsdarlehner beläßt. Dies würde überhaupt bei Wohnräumen die Regel sein. In diesem Falle müßte sich der Vermieter wegen der Herausgabe lediglich an den Gemeinschaftsdarlehner selbst halten. Wenn der Gemeinschaftsdarlehner trotz der Freigabe der Räume durch den Konkursverwalter die Räume nicht herausgibt, so haften der Konkursverwalter nicht mehr für den Mietzins. Dieser Auffassung Bley's steht jedoch die von der RD. getroffene Regelung des Mietrechtes entgegen. Diese Regelung hat die Zugehörigkeit des gesamten Mietrechtes zur Konkursmasse zur Voraussetzung. Man kann sich gegenüber der besonderen Regelung, die das Mietrecht in der RD. erfahren hat, nicht auf allgemeine Rechtsgrundsätze berufen, die sich auf die Behandlung von fremdem Eigentum im Konkurs beziehen. Es gehen infolge der getroffenen Regelung alle Pflichten aus dem Mietvertrage auf den Konkursverwalter über. Zu diesen Pflichten gehört auch die Rückgabe der Mieträume nach Beendigung des Mietverhältnisses an den Vermieter. Der Konkursverwalter kann sich seinen Verpflichtungen aus den auf ihn übergegangenen Mietvertrag nicht entziehen durch die bloße Erklärung, daß er die Räume freigibt. Will sich der Konkursverwalter seiner Verpflichtung entziehen, so muß er, da der Anspruch des Vermieters auf Herausgabe der Räume ein Aussonderungsrecht ist, die Räume dem Vermieter tatsächlich herausgeben. Auch durch die Herausgabe bleibt die Verpflichtung zur Mietzinnszahlung bis zur tatsächlichen Beendigung des Mietverhältnisses infolge Ablauf durch Kündigung bestehen.

Von seiner Grundanschauung ausgehend fordert Bley im Gegensatz zu der herrschenden entgegengesetzten Ansicht (vgl. Jaeger, RD., § 19 Anm. 1, 14; Wilimowski-Kurlbaum, § 117 Anm. 1), daß die Räumungsklage des Vermieters gegen den Gemeinschaftsdarlehner bei von diesen bewohnten Räumen nicht gegen den Konkursverwalter, sondern gegen den Gemeinschaftsdarlehner zu richten wäre. Der Gemeinschaftsdarlehner habe allein den Gewahrsam an den von ihm bewohnten Räumen, die Vollstreckung eines Räumungsurteils gegen den Konkursverwalter sei gem. § 885 ZPO. unmöglich, da zur Voraussetzung der Räumung nach § 885 der Gewahrsam des Schuldners gehöre. Das OLG. Dresden hat sich in der Entsch. v. 10. Jan. 1928 (ZW. 1928 unten S. 1155) mit zutreffender Begründung hiergegen gewandt. Es mag zwar richtig sein, daß der Gemeinschaftsdarlehner an den von ihm bewohnten Räumen auch während der Konkursöffnung den Gewahrsam haben kann, der Gewahrsam schließt jedoch nicht die Zugehörigkeit des gesamten Mietrechtes zur Konkursmasse und die sich hieraus ergebende alleinige Verfügungsgewalt des Konkursverwalters aus. Für die Frage der Passivlegitimation ist die Frage der Vollstreckbarkeit unerheblich. Tatsächlich kann jedoch auch ein Urteil gegen den Konkursverwalter vollstreckt werden, selbst wenn der Gemeinschaftsdarlehner den Gewahrsam an den Räumen hat. Nach Beendigung des Konkurses kann es nach der herrschenden Ansicht vollstreckt werden durch Umschreibung der Vollstreckungsklausel (vgl. Entsch. des OLG. Dresden v. 10. Jan. 1928 und Stein, ZPO., § 726 I). Nach der Ansicht von Jaeger, RD., § 6 Anm. 35 ist eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel nicht erforderlich und auch nicht zulässig, da nach der von ihm vertretenen Auffassung auch nach Aufhebung des Konkurses kein wirklicher Parteienwechsel stattfindet und Urteile gegen den Konkursverwalter ohne weiteres gegen den früheren Gemeinschaftsdarlehner vollstreckt werden können. Während des Konkursverfahrens findet die Vollstreckung des Räumungsurteils, solange der Gemeinschaftsdarlehner den Gewahrsam an den Räumen hat und, falls der Konkursverwalter, was in der Praxis selten vorkommen dürfte, seine Macht, den Gemeinschaftsdarlehner aus der Wohnung zu entfernen, nicht anwendet, im Wege des § 886 ZPO. durch Pfändung und Überweisung des Anspruches auf Herausgabe der Räume statt. Über die Zulässigkeit dieses Weges vgl. Stein-Jonas, ZPO., § 886 II. Durch das MSchG. wird in keiner Weise die Vollstreckung in Ermangelung einer besonderen Bestimmung gehindert. Für die Räumungsklage gilt § 27 MSchG. Das AG. entscheidet mit Beifügern. Es kann Räumungsschrift auch bei gewerblichen Räumen bewilligt werden. Dagegen gibt er keine Ersparniszubilligung. Bley behandelt ausschließlich die Möglichkeit der Ersparniszubilligung, ausgehend von dem ursprünglichen Satz 2 des § 27 MSchG., nach dem ein Ersparnis zugewilligt werden könnte, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich erscheint. Dieser Satz ist jedoch bei

der Lockerung des Mieterschutzes durch die Novelle in Wegfall gekommen. Es ist auch auf Grund des MSchG. keine Ersparniszubilligung mehr möglich, da die Zubilligung eines Ersparnisses nur in den vom Mieterschutz angegebenen Fällen des § 6 in Frage kommt, unter welche die Aufhebung des Mietverhältnisses infolge Konkurses nicht fällt. W. Dr. Georg Rosen, Leipzig.

Die Aufwertung von Hypotheken und hypothekarisch gesicherten Forderungen gegen einen Gemeinschaftsdarlehner.

Ich halte die Ausführungen von Lauterbach in ZW. 1928, 146 f. nicht für zutreffend.

Lauterbach meint, die §§ 15 u. 8 AufwG. seien keine Änderung des § 3 RD. Das ist zweifellos richtig. Aber ich gehe weiter und bin der Ansicht, daß diese Bestimmungen gar nichts miteinander zu tun haben und auch nicht irgendwie in einen logischen Zusammenhang gebracht werden können.

Die Konkursgläubiger sind gleichmäßig bei der Verteilung der Masse zu berücksichtigen (§ 3 RD.). Gehört ein Aufwertungsgläubiger zu den Konkursgläubigern, so ist er zu berücksichtigen entsprechend der im Aufwertungsverfahren festgesetzten Höhe seiner Aufwertungsforderungen, d. h. gleichmäßig mit den übrigen Gläubigern.

Diese Aufwertungsforderung aber ist zu ermitteln unter Berücksichtigung der Bestimmungen des AufwG. bzw. allgemeiner Vorschriften.

Setzt die Aufwertungsinstanz eine Aufwertung einer Restkaufgeldforderung von 1000 RM in Höhe von 75% fest, so beträgt die Konkursforderung des Aufwertungsgläubigers 750 RM, und von diesem Betrage erhält er die Konkursdividende.

Wenn Lauterbach in diesem Zusammenhange sagt: „Würde die AufwStelle statt auf 100% auf eine 60%ige Aufwertung der Forderung erkennen, wobei diese in Höhe von 25% durch die aufgewertete Hypothek gesichert sein soll, so würde der Gläubiger bei einer Konkursdividende von 10% nicht wie die anderen Konkursgläubiger 10% seiner Gesamtkonkursforderung von 75%, sondern nur einen wesentlich geringeren Teil erhalten“, so beruht dieser Satz m. E. auf einer unrichtigen Einstellung zum Aufwertungsrecht und zu Sinn und Zweck des Gesetzes.

Die Gesamtkonkursforderung beträgt in dem angeführten Beispiel 60% der ursprünglichen Forderung und von diesem Betrage erhält der Aufwertungs- und Konkursgläubiger seine Konkursdividende, also nicht etwa, unter Durchbrechung des Prinzips des § 3 RD., weniger als die übrigen Konkursgläubiger.

Von einer einseitigen Benachteiligung des Aufwertungsgläubigers kann nicht die Rede sein.

Der § 15 AufwG. besagt, daß eine Aufwertung kraft Rückwirkung nicht stattfindet, soweit sie ganz oder zum Teil für den Eigentümer des belasteten Grundstücks oder für den persönlichen Schuldner mit Rücksicht auf seine wirtschaftliche Lage eine unbillige Härte bedeuten würde. (Die wirtschaftlich ungünstige Lage des Schuldners braucht nicht notwendig zurückzuführen zu sein „auf erhebliche auf den Währungsverfall zurückzuführende Vermögensverluste“. Dieser Hinweis des AufwG. ist nach feststehender Jurisprudenz nur ein Beispiel. Es ist jeder Vermögensverfall, zum mindesten soweit er unverschuldet ist, einerlei, auf welchen Gründen er sonst beruhen mag, zu berücksichtigen.)

Würde eine AktG., deren Vermögen ihre Schulden deckt, wegen Aufwertung in Anspruch genommen werden, so würde eine Aufwertung kraft Rückwirkung in voller Höhe dann zurückzuweisen sein, wenn eine Verpflichtung zur Aufwertung eine Verschuldung der AktG. zur Folge haben und damit ihre wirtschaftliche Existenz in Frage stellen würde.

Besteht für einen Einzelkaufmann, der in Vermögensverfall geraten ist, nach seinem Vermögensstande die Möglichkeit, seinen Gläubigern 30% ihrer Forderungen zu bieten und deshalb weiter die Möglichkeit, durch Einleitung des Vergleichsverfahrens (§ 6 BerglD.) ein Konkursverfahren zu vermeiden, so würde eine Aufwertung abzulehnen sein, wenn durch die Verpflichtung zur Aufwertung dem Schuldner die Möglichkeit einer Verteilung der 30%igen Quote und damit die Möglichkeit einer Einleitung des Vergleichsverfahrens genommen werden würde.

Um so mehr muß, wenn der Vermögensverfall des Schuldners ein derartiger ist, daß ein Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet wurde, eine Aufwertung abgelehnt werden; denn es würde ein unmögliches Ergebnis sein, sollte der Aufwertungsgläubiger eines Gemeinschaftsdarlehners bevorzugt werden, als der Aufwertungsgläubiger eines Schuldners, dessen Schulden sein Vermögen nicht übersteigen oder dessen Vermögensstand die Vermeidung des Konkursverfahrens durch Einleitung des Vergleichsverfahrens ermöglicht. Übrigens würde die Zubilligung von Aufwertungsansprüchen durch die AufwStelle an Gläubiger eines Gemeinschaftsdarlehners die Regel auch deshalb eine unbillige Härte bzw. eine grobe Unbilligkeit gegen den Gemeinschaftsdarlehner bedeuten, weil dadurch die Möglichkeit eines Zwangsvergleichs wesentlich beeinträchtigt werden würde.

Nach Lauterbach sollen Rücksichten auf das Konkursverfahren die Aufwertungsstelle zu einer höheren Aufwertung, als wie sie unter normalen Verhältnissen erfolgen würde, veranlassen.

Daß das Gegenteil richtig ist, ergibt m. E. das Gesetz, wie m. E. Sinn und Zweck des Gesetzes mit unbedingter Konsequenz zu der Auffassung führen, daß Goldmarkgläubiger aus der Nachinflationszeit vor den Aufwertungsgläubigern zu berücksichtigen sind und daß Aufwertungsgläubiger erst dann Berücksichtigung finden können, wenn Deckung zur Befriedigung der Goldmarkgläubiger in voller Höhe vorhanden ist.

RA. Dr. Max Blunck, Hamburg.

Die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für Entscheidungen von Werkwohnungsstreitigkeiten.

I.

Die Auffassung, die das ArbG. Stettin in einer Entsch. v. 11. Nov. 1927 dahingehend zum Ausdruck gebracht hat, daß die ArbG. für Entsch. von Werkwohnungsstreitigkeiten i. S. von § 20 Abs. 1 S. 3 MSchG. dann nicht zuständig sind, wenn zwischen den Parteien Einverständnis darüber herrscht, daß das Dienstverhältnis, auf welches das Mietverhältnis sich gründet, ordnungsgemäß gelöst worden ist, da es solchenfalls an dem Feststellungsinteresse fehle, ist durchaus zutreffend. Die hiergegen von Volkmar in der Ann. zu der in „Die Rechtsprechung in Arbeitsgerichtssachen“ I. Jahrg. S. 101 f. abgedr. Entsch. geltend gemachten Bedenken sind, soweit sie praktischer Natur sind, zweifellos richtig, soweit sie indessen sachlicher Art sind, m. E. nicht berechtigt.

§ 256 ZPO. besagt: Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses kann Klage erhoben werden, wenn der Kl. ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entsch. alsbald festgestellt wird. Der Kl. muß also im vorl. Falle ein rechtliches Interesse daran haben, daß ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis alsbald festgestellt werde. Das in Frage kommende Rechtsverhältnis ist das Dienstverhältnis, welches zwischen den Parteien bestanden hat. Dieses Rechtsverhältnis durch richterliche Entsch. feststellen zu lassen, hat aber der Kl. kein rechtliches Interesse, denn dieses Rechtsverhältnis ist vollkommen geklärt, da die Parteien darüber einig sind, daß das Dienstverhältnis ordnungsgemäß, insbes. form- und fristgerecht gelöst worden ist. Die Frage, ob für die Lösung dieses Dienstverhältnisses der Bekl. einen gesetzlich begründeten Anlaß gegeben hat, ist keine, die die Natur des Rechtsverhältnisses betrifft, sondern eine solche, die sich auf die Feststellung einer Tatsache bezieht; Tatsachen festzustellen ist aber nicht im Rahmen des § 256 ZPO. möglich; ebenso wie es z. B. nicht möglich sein würde gem. § 256 ZPO. eine Klage zu erheben auf Feststellung, daß die Leistungen des Angestellten unzureichend sind, um dann auf Grund dieser mit Erfolg durchgeführten Feststellungsklage die Kündigung des betreffenden Angestellten auszusprechen. Die Klage auf Feststellung, daß der Arbeitnehmer gesetzlich begründeten Anlaß zur Auflösung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gegeben habe (oder nicht gegeben habe), ist niemals eine Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses i. S. von § 256 ZPO.; es kann für eine solche Klage, für welche, da sie absolut unzulässig ist, überhaupt kein Gerichtsstand bestimmt ist, auch nicht die Zuständigkeit des ArbG. i. S. von § 20 Abs. 1 S. 3 MSchG. begründet sein, so daß derartige Klagen von dem ArbG. stets abzuweisen sind, die Feststellung dieser Tatsache mithin dem Mietgericht überlassen bleiben muß. Nur wenn die Gültigkeit einer Kündigung streitig ist, etwa der Arbeitnehmer behauptet, die Kündigungsfrist sei nicht gewahrt oder den Empfang der Kündigung überhaupt bestreitet, also das Erlöschen des Dienst- bzw. Arbeitsverhältnisses leugnet, dann sind für die Entsch. der Frage, ob das Dienst- oder Arbeitsverhältnis zu einem gewissen Zeitpunkt erloschen ist oder nicht, die ArbG. zuständig, aber nicht auf Grund des § 20 Abs. 1 S. 3 MSchG., der immer nur auf die Gründe, die zur Lösung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses geführt haben, abstellt, die form- und fristgerechte Lösung also bereits voraussetzt — da eine ungültige Lösung überhaupt keine Lösung ist —, sondern gem. § 256 ZPO. i. Verb. in. § 2 Ziff. 2 ArbGG., um überhaupt erst einmal festzustellen, ob eine gültige Lösung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses vorliegt oder nicht. Ist dies im behandelnden Sinne festgestellt, dann erst kann Klage vor dem Mietgericht auf Räumung der Werkwohnung erhoben werden, und erst in diesem Prozesse ist von dem Mietgericht, welches an die Entsch. des ArbG. nur insoweit gebunden ist, als es die Frage, ob die Kündigung als solche gültig ist oder nicht, nicht nochmals entscheiden kann, zu untersuchen, ob gesetzlich begründeter Anlaß zur Lösung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses vorgelegen hat oder nicht.

In der gem. § 256 ZPO. vor dem ArbG. erhobenen Feststellungsklage wird es sich also im allgemeinen nur um die formale Seite der Kündigung handeln, auf die sachliche Berech-

tigung derselben wird nur in Fällen der fristlosen Kündigung einzugehen sein. Diese Prozesse werden aber meistens durch Zeitablauf gegenstandslos werden, da die in den in Frage kommenden Verträgen vereinbarten Kündigungsfristen meistens sechs Wochen nicht übersteigen und der Rechtsstreit durch das Gericht innerhalb dieser Frist selten entschieden werden wird, die fristlos ausgesprochene Kündigung aber nach anerkannter Rspr. zu dem nächsten gesetzlich zulässigen Termin wirkt, so daß die Parteien beim Heranrücken dieses Termins das Interesse an dem Prozesse verlieren, zumal das Mietgericht an die Feststellung der sachlichen Berechtigung der Kündigung nicht gebunden ist, indem das ArbG. für diese Entsch. i. S. des § 20 Abs. 1 S. 3 MSchG. nicht zuständig ist. Die Parteien werden solchenfalls in der Hauptsache also noch um die Kosten streiten, ein Streit, der sich selten lohnen wird, da die Kosten in der Regel gering, das Interesse des Vermieters aber, den Rechtsstreit vor dem ArbG. zu beenden, um den Prozeß vor dem Mietgericht aufnehmen zu können, meistens groß sein wird.

ArbGm. Dr. Schieckel, Leipzig.

II.

In den vorstehenden interessanten Bemerkungen zu meiner Kritik des in der Rspr. i. Arbeitsgerichtssachen I. Jahrg. S. 101 f. abgedr. landesarbeitsgerichtlichen Ur. scheint mir der Begriff des Rechtsverhältnisses zu eng gefaßt. Die herrschende Lehre und Rspr. hat längst angenommen, daß als Rechtsverhältnis i. S. des § 256 ZPO. nicht nur die zwischen zwei Parteien bestehende rechtliche Beziehung in ihrer Gesamtheit (in diesem Fall also entweder das Dienstvertragsverhältnis oder das Mietverhältnis) betrachtet werden kann, sondern daß „auch einzelne Beziehungen, die nur Ausflüsse eines weitergehenden Rechtsverhältnisses sind, festgestellt werden können, wenn das Interesse sich gerade auf sie bezieht“ (Stein-Jonas, Ann. II, 1 zu § 256 ZPO.). Man hat sogar die Feststellung der bloßen Berechtigung zur Kündigung als Feststellung eines Rechtsverhältnisses betrachtet (vgl. auch RG. 107, 305). Dementsprechend haben inzwischen bereits andere ArbG. in anderem Zusammenhang die Zulässigkeit einer analogen Feststellungsklage bejaht (ArbG. Berlin v. 14. Dez. 1927; Rspr. i. Arbeitsgerichtssachen S. 171), und wenn in einem anderen Fall das selbe ArbG. die Zulässigkeit der Feststellungsklage verneint (Rspr. i. Arbeitsgerichtssachen 1928, 165), so geschieht das aus ganz besonderen, aus der Eigenart des dort behandelten Falles entnommenen Erwägungen, die für den vorl. Fall nicht passen (im Schrifttum wie hier Glückstein: Salzmannsche Zeitung 1928, 197 und Ur. des AG. Berlin-Mitte v. 13. Febr. 1928, ebendort S. 396 [vgl. auch Béranger: Grumb. und meine ausführlichere Darstellung in JurR. 1928, 33 ff.]).

Ergibt sich nach alledem aus den prozessualen, dem § 256 ZPO. entnommenen Gesichtspunkten kein unüberwindbares Bedenken dagegen, eine Klage auf Feststellung des vom Arbeitnehmer zur Kündigung gegebenen Anlasses zuzulassen, so muß den Ausschlag die Erwägung geben, daß der mit § 20 MSchG. verfolgte praktische Zweck nur so erreicht werden kann, da es bei anderer Auslegung ganz in der Hand des Arbeitgebers läge, den mit der Aussetzungsmöglichkeit des § 20 MSchG. dem Arbeitnehmer zugedachten Schutz dadurch zu sabotieren, daß er statt der fristlosen Entlassung des Werkwohnungsinhabers die vertragsmäßige Kündigung wählt. Es ist interessant, festzustellen, daß der Verf. des vorangehenden Aufsatzes zwar meinen praktischen Erwägungen beitrifft, diese aber aus rein formaljuristischen Erwägungen zurücktreten läßt. Gerade im arbeitsgerichtlichen Verfahren sollten letztere keine ausschlaggebende Rolle spielen, zumal die Mietschöffengerichte sich überwiegend auf den entgegengesetzten, dem sozialen Bedürfnis mehr entsprechenden Standpunkt gestellt haben.

Wie mir erst bei der Korrektur dieser Zeilen bekannt wird, hat kürzlich das Kammergericht (Beschl. v. 18. Febr. 1928: Salzmannsche Zeitung S. 422 ff.) als Beschwerdegericht im Sinne des Stettiner Urteils entschieden. Damit ist die Frage aber keineswegs geklärt, formell nicht, weil das letzte Wort hier das für die in Rede stehende Feststellungsklage endgültig zuständige ArbG. sprechen muß, materiell nicht, weil die Gründe des RG. die Frage nicht erschöpfen. Das RG. geht über den schwierigeren Punkt, ob ein Rechtsverhältnis i. S. des § 256 ZPO. in Frage kommt, hinweg, weil es mit dem Stettiner Urteil schon das Feststellungsinteresse verneint. Dabei prüft es aber überraschenderweise einzig und allein, ob die in § 20 MSchG. gewährte Aussetzungsmöglichkeit das Feststellungsinteresse begründen kann und geht an der Tatsache vorüber, daß ein Feststellungsinteresse schon allein deshalb besteht, weil nach dem materiellen Inhalt des § 20 MSchG. auch bei fristgerechter Kündigung des Arbeitsverhältnisses die Dauer des Mietverhältnisses davon abhängt, ob der Arbeitnehmer gesetzlich begründeten Anlaß zur Auflösung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gegeben hat.

Geh. RegR. MinR. Dr. Volkmar, Berlin.

Erhöhung der Pfändungsgrenze bei Beschlagnahme von Lohn, Gehalt, Dienstfeinkommen, Pensionen und sonstigen Bezügen.

Durch das Gesetz v. 27. Febr. 1928, das mit dem 1. April in Kraft tritt, hat das Recht der Beschlagnahme von Lohn und Gehalt der Privatangestellten sowie von Dienstfeinkommen und sonstigen Bezügen der Beamten, Offiziere, Geistlichen, Lehrer usw. grundsätzlich keine Abänderung erfahren. Die Höhe der Bezüge des Arbeitenden einerseits und seine Lebensstellung und Unterhaltungspflichten andererseits bilden nach wie vor den Maßstab für den pfändbaren Teil der Bezüge. — Über einen festen Mindestsatz derselben hinaus ist dem Arbeitenden noch ein Teil des Mehrbetrages als Existenzminimum belassen. Nur ausnahmsweise darf dieses von Gläubigern beschlagnahmt werden, nämlich von Unterhaltsberechtigten, und Lohn und Gehalt außerdem noch bei Nichterforderung der Arbeitsvergütung nach Fälligkeit.

Geändert ist nur der feste Mindestsatz der Bezüge: Auf dem Gebiete der Lohnbeschlagnahme betrug er bisher für die Woche nach § 1 Abs. 2 B.D. v. 25. Juni 1919 30 M, und jetzt ist er in Art. 1 d. Ges. auf 45 M erhöht worden; auch ist dieser Teil gleichzeitig zur Vermeidung von Irrtümern bei der Berechnung für den Tag auf 7,50 M und für den Monat auf 195 M festgesetzt. — Entspr. diesem Satz ist auch in Abs. 3 des § 1 der B.D. die Summe erhöht worden, über die hinaus die Zuschläge zu dem unpfändbaren Lohnbetrage des Arbeitenden zugunsten unterhaltsberechtigter Personen (in Form von weiteren Bruchteilen bis zu zwei Drittel des Lohnes) nicht mehr als schutzbedürftig und daher unpfändbar zu gelten haben. Diese Summe betrug bisher 100 M für die Woche und ist jetzt auf 150 M, daher auf 650 M für den Monat, und 7,50 M für den Tag festgesetzt worden. Über diesen Betrag hinaus ist Arbeitslohn und Gehalt ohne Rücksicht auf Unterhaltungspflichten des Arbeitenden immer nur zu ein Drittel der Pfändung entzogen; in dieser Höhe sieht ihn das Gesetz als hinreichend an zum Unterhalte der Familie. In gleicher Weise ist auch die Pfändungsgrenze für das Ruhegeld, den Anspruch aus vereinbartem Wettbewerbsverbote und die infolge eingetretener Erwerbsunfähigkeit zu zahlende Geldrente erhöht worden.

Art. 2 d. Ges. bringt auf dem Gebiete der Pfändung von Dienstfeinkommen, Pensionen und sonstigen Bezügen der Beamten und der nach § 850 Z.P.D. ihnen gleichgestellten Personen den feststehenden Satz, von dem bei Berechnung des pfändbaren Teils der Bezüge auszugehen ist, in Einklang mit demjenigen für Lohn- und Gehaltspfändungen, und setzt ihn daher auf monatlich 195 M fest.

Der Unterschied zwischen der Pfändung der Bezüge der Privatangestellten und Beamten bleibt aber nach wie vor bestehen: Bei den letzteren ist im Regelfalle nur ein Drittel, bei ersteren sind zwei Drittel der 195 M monatlich übersteigenden Bezüge angreifbar, allerdings führt bei Privatangestellten das Vorhandensein unterhaltsberechtigter Personen, wie oben angeführt, meistens zu einer etwas weiteren Einschränkung der Beschlagnahme.

Art. 3 d. Ges. bringt die Übergangsbestimmungen und beschränkt eine vor dem 1. April d. J. erfolgte Pfändung von diesem Zeitpunkt ab insoweit, als sie nach den neuen Gesetzesbestimmungen unzulässig sein würde. Dasselbe gilt von Verfügungen, die der Vergütungsberechtigten vor diesem Zeitpunkte vorgenommen hat, also für Aufrechnung, Abtretung und Verpfändung der Bezüge.

Einen ergangenen Pfändungsbefehl hat auf Antrag des Gläubigers oder Schuldners das Vollstreckungsgericht entsprechend zu berichtigen. Der Drittschuldner kann, solange ihm die Berichtigung nicht zugestellt ist, nach Maßgabe der bisherigen Pfändung mit befreiender Wirkung leisten. Das Gesetz hat Geltung bis zum 31. Dez. 1931.

Dr. Georg Meyer, Berlin.

Zum Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927¹⁾.

(RGBl. 1927, 139.)

Aus der Praxis des neuen Vergleichsrechts.

I. Der Kreis der Gläubiger, welche an dem Vergleichsverfahren beteiligt sind, ist in den §§ 1, 3 Abs. 2 und 30 Satz 2 Vergl.D. genau umschrieben. Die Vorschriften des § 4 und für das Nachschlußvergleichsverfahren des § 92 Nr. 6 das. haben ihn noch verengt. Wer räumt nun Zweifel über die Zugehörigkeit zu dem Kreise, deren Tragweite sich in zahlreichen Bestimmungen offenbart, im Einzelfalle aus? Wem gebührt die Entscheidung? Schon von vornherein, in dem Vorverfahren, vor der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens hat sich der Schuldner mit der Prüfung der Frage zu befassen, wenn er die schriftliche Einverständniserklärung mit der Eröffnung (§ 16 Abs. 1 Nr. 4 Vergl.D.) einholt und in dem Verzeichnis der Gläubiger (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 das.) die vorgeschriebene Trennung der von dem Verfahren nicht betroffenen vorzunehmen hat. Und wenn bald hernach der Eröffnungsantrag an das Vergleichsgericht gelangt, ist dessen

Stellungnahme bei Berechnung der Mehrheit der der Eröffnung des Verfahrens zustimmenden Gläubiger, welche auf Grund des vorerwähnten Verzeichnisses erfolgt, erst recht geboten (§ 22 Nr. 1 Vergl.D.).

Ist dann die von dem Vergleichsrichter, der eine Mehrheit feststellt, zum Zwecke der Eröffnung des Verfahrens vorgenommene Einreichung der einzelnen Gläubiger unter die beiden Gruppen der beteiligten und der nichtbeteiligten Gläubiger ein für allemal bindend? Nein. Die Bindung tritt nicht einmal für den Vergleichsrichter selbst ein, wenn er von neuem mit der Frage befaßt wird. Dies geschieht beispielsweise bei der Zulassung der Forderungen zur Erörterung im Vergleichstermin und Feststellung des Stimmrechts (§§ 60 u. 62 Vergl.D.) sowie bei der Abstimmung über den Vergleichsvorschlag des Schuldners und Berechnung der Mehrheiten (§ 63), bei einem Vertagungsantrag aus § 66, bei der Prüfung des Verwerfungsgrundes des § 68 Abs. 1 Nr. 1 und der Antragsbefugnis des § 65 Abs. 3 und aus § 68 Abs. 2 Nr. 1 usw.

Keineswegs gilt die bezügliche Entscheidung des Vergleichsrichters für das Vollstreckungsgericht und die übrigen Organe der Zwangsvollstreckung und für das Prozeßgericht. Lediglich ihre eigene Überzeugung ist für sie maßgebend und leitend. Es kann also vorkommen, daß das Urteil in einem nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens anhängig gewordenen Prozesse auf Leistung die Prozeßkostenlast auf Grund des § 35 Vergl.D. einem Gläubiger auferlegt, der im Vergleichsverfahren selbst als nicht beteiligt erachtet wurde, und daß umgekehrt der Schuldner trotz sofortigem Anerkennung des Anspruchs lediglich um deswillen in die Kosten verurteilt wird, weil der Kl. von dem Prozeßrichter in Abweichung von der Auffassung des Schuldners und des Vergleichsgerichts als nicht beteiligter Gläubiger z. B. auf Grund des § 4 Vergl.D. angesehen und deshalb die Anwendbarkeit des § 35 zitiert verneint wird.

Besonders verhängnisvolle Folgen können sich ergeben, wenn ein richterliches Urteil im Gegenfaz zu dem Standpunkt nicht bloß des Schuldners, sondern auch des Vergleichsrichters die Wirksamkeit des rechtskräftig bestätigten Vergleichs für oder gegen einen Gläubiger bejaht oder verneint (§ 73 Vergl.D.).

Und noch schwerere Gefahren birgt die Selbständigkeit der Prüfung unserer Frage durch die Vollstreckungsorgane einschließlich des Vollstreckungsgerichts in den Fällen der §§ 32–34 Vergl.D. in sich. Der Schuldner wird hiernach bisweilen gegenüber einem nach der Auffassung eines anderen Richters oder Rechtspflegeorgans am Vergleichsverfahren beteiligten Gläubigers des Vollstreckungsschutzes entbehren oder ihn umgekehrt auch gegenüber einem Gläubiger genießen, dem in anderen Entscheidungen eine Vorrechtsstellung eingeräumt ist. Es kann auch vorkommen, daß derselbe Gläubiger, der verschiedene Vollstreckungsmaßregeln gegen den Schuldner ergriffen hat, hier als am Vergleichsverfahren beteiligt und dort als nicht beteiligt behandelt wird. Und die gleiche Unsicherheit ergibt sich für die Aufrechnungsbefugnis, da insonderheit die Erweiterungen und Beschränkungen derselben gem. § 36 Vergl.D. grundsätzlich ebenfalls einen beteiligten Gläubiger voraussetzen.

Der Anerkennungsvermerk in dem Gläubigerverzeichnis (§ 63 Abs. 4 Vergl.D.) hat für die Forderung des Gläubigers keine Rechtskraftwirkung, schafft aber für sie mit rechtskräftiger Bestätigung des Vergleichs nach Maßgabe desselben einen Vollstreckungstitel (§ 75 Vergl.D.). Durch diese Bestimmung werden mithin insoweit dem selbständigen Prüfungsrecht der hier noch in Betracht kommenden Rechtspflegeorgane die praktisch gebotenen Grenzen gezogen. Den im Gläubigerverzeichnis als anerkannt vermerkten Forderungen sind die Befugnisse aus § 75 in Rede schlechtlin gewährt. Eine spätere Nachprüfung, ob die Gläubiger zu den beteiligten oder nichtbeteiligten zählen, ist hier also ausgeschlossen. Hieraus folgt aber nicht, daß ein an dem Vergleichsverfahren nicht beteiligter Gläubiger, z. B. ein Neugläubiger, dessen Forderung ohne oder gegen seinen Willen in die Gläubigerliste eingetragen und anerkannt ist, dadurch allein seine Rechtsstellung einbüßt, und namentlich den Kürzungen und Nachteilen des bestätigten Vergleichs unterworfen wird.

II. In der ersten Lesung des Entw. der Vergl.D. in Rechtspflegeauschuß des R.V. erklärte ein Vertreter des R. Just. Min. zu § 2 Abs. 4, dem jetzigen § 4 Vergl.D., daß die Frage der Behandlung der Sukzessivlieferungsverträge bei der Auffstellung des Entw. eingehend erörtert worden sei. Nach den Vorschlägen des Entw. könne über die Behandlung des Sukzessivlieferungsgeschäftes kein Zweifel bestehen. Der Gläubiger nehme, wenn er erst einen Teil geliefert habe, für den gelieferten und den noch ausstehenden Teil am Verfahren nicht teil und werde vom Vergleiche nicht betroffen. Der Schuldner und der Gläubiger hätten aber die Möglichkeit, das ganze Geschäft abzulehnen; dann müsse der Gläubiger im ganzen seinen Schaden berechnen, könne also auch die bisherigen Lieferungen nur unter diesem Gesichtspunkte bezahlt verlangen. Mit dieser Ersatzforderung nehme der Gläubiger dann am Verfahren teil. Der Entw. regelte also die Frage ebenso, wie sie im Konkurs geregelt sei; auch hier habe der Konkursverwalter nur die Wahl, alles, also auch die Rückstände, zu erfüllen oder nichts. Eine Teilung des Sukzessivlieferungsgeschäftes berart, daß die Forderung aus dem vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens erfüllten Teil am Verfahren beteiligt und vom Vergleich

¹⁾ Siehe auch oben S. 1118.

betroffen sei, und nur der noch nicht erfüllte Teil vom Verfahren unberührt bleibe, bedeute also eine Abweichung von der Regelung des Konkurses. Das sei nicht empfehlenswert; denn wenn das Vergleichsverfahren scheitert und es zum Konkurs komme, würden dann Schwierigkeiten entstehen. Auch wirtschaftlich sei eine solche Zerreißung eines einheitlichen Geschäfts unzweckmäßig. Der Gläubiger werde bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft seinen Preis meist mit Rücksicht auf die ganze Lieferung berechnet haben. Man müsse ihn deswegen auch entweder einheitlich befriedigen oder ihm eine einheitliche Schadenserfordernisse geben. Bemerkenswert sei, daß auch aus Wirtschaftskreisen zunächst gleichfalls eine Teilung derartiger Geschäfte empfohlen, demnächst aber diese Anregung von selbst wieder zurückgenommen worden sei. Auch der Reichsrat habe sich einem gleichartigen Antrag gegenüber ablehnend verhalten.

Diese Ausführungen sind m. E. nicht zutreffend. Ich beharre auf meinem Standpunkt, den ich bereits in meinem Komm. z. Vergl. O. S. 24 vertreten habe. Ich wiederhole: Ist die Erfüllung des gegenseitigen Vertrags nach Art und Eigenschaft des Leistungsgegenstandes jeder Vertragsseite teilbar und soll sie nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien nur in Teilen stattfinden, so befreit jeder dieser Teile i. S. der vorl. Vorschrift rechtliche Selbstständigkeit. Sofern also der Gläubiger solche Teilleistungen bereits vor der Eröffnung des Vergleichsverfahrens vollständig erfüllt hat, beispielsweise bei einem Stromlieferungsvertrage die Lieferung für einen Rechnungsabschnitt beendet ist (vgl. LG. Berlin III: JW. 1928, 78³), während der Schuldner die Gegenleistung ganz oder teilweise noch nicht entrichtet hat, greift die Bestimmung des § 4 nicht Platz, der Gläubiger gehört insoweit meines Dafürhaltens zu den Vergleichsgläubigern.

Der Hinweis auf die abweichende Regelung im Konkursverfahren sagt schon unbedeutend, weil ich auch für den Konkursfall unter der oben erwähnten Voraussetzung der vereinbarten Selbstständigkeit der einzelnen Teile des Geschäfts die verschiedene rechtliche Behandlung der Teile annehme.

Aber auch wenn man mir hierin nicht folgt, kann doch von einer unzweckmäßigen wirtschaftlichen Zerreißung des Geschäfts, welche sich aus meiner Auffassung ergeben soll, nicht die Rede sein. Wenn ich die Leistungsleistung davon abhängig mache, daß sie nach der Art und Eigenschaft des Leistungsgegenstandes stattfinden kann, und daß sie nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien nur so stattfinden soll, so entspricht sie gerade den mit dem Geschäft verbundenen Zwecken der Beteiligten. Darauf beruht es, daß selbst im Konkurs das eingeschränkte Verlangen des Konkursverwalters, wonach die Gegenseite wegen ihrer Gegenansprüche für bereits vor der Konkursöffnung geleistete Erfüllungsraten lediglich die Konkursdividende geltend machen solle, dann nicht als Ablehnung erachtet wird, wenn die andere Seite ihr Einverständnis, sei es auch nur stillschweigend, erklärt (RG. Ur. v. 21. Dez. 1906, II 258/06 bei Menzel, R. D., S. 88 Anm. 4 zu § 17).

Es kommt aber noch ein weiteres hinzu. Die Regelung in den beiden Verfahren ist durchaus nicht ganz einheitlich. Das Wahlrecht zwischen Leistung und Leistungsablehnung steht im Konkurs nur dem Konkursverwalter zu, während nach § 28 Vergl. O. jeder Vertragsgegner mit Ermächtigung des Vergleichsrichters die Erfüllung oder die weitere Erfüllung abzulehnen vermag. Tritt infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit des Gemeinschuldners ein, so wird dadurch allein noch kein Schadenserfordernis des anderen Teils begründet¹⁾, da der § 26 R. D. nur darüber bestimmt, daß ein solcher Anspruch, falls er besteht, nur als Konkursforderung zur Geltung zu bringen sei. Dagegen läßt der § 30 Satz 1 Vergl. O. bei Ablehnung der Erfüllung auf Grund des § 28 das für den Vertragsgegner des Schuldners eine derartige Schadenserfordernisse entstehen, ohne Rücksicht darauf, ob der Gegner selbst oder der Schuldner ablehnt.

Wird an der Einheitlichkeit des Geschäfts trotz ausbedingener Teilerfüllung von beiden Seiten festgehalten, so wird es nicht selten vorkommen, daß der Gläubiger infolge der erheblichen Leistungsrückstände des Schuldners dessen Vermögen ganz oder hauptsächlich beanspruchen könnte und jede Vergleichsmöglichkeit zum Schaden der Gesamtheit der Gläubiger entfallen würde. Mit Recht hat deshalb neuerdings auch das LG. Berlin III: JW. 1928, 78³, wie erwähnt, bei Warenlieferungen nach bestimmten Rechnungsabschnitten meiner Ansicht gemäß die Spaltung des Geschäfts in voneinander unabhängige Teile gebilligt.

III. Der § 35 GesetzVergl. O. kannte nur den Erlaßvergleich und den Stundungsvergleich, ohne die Verbindung von Erlaß und Stundung auszuschließen. Ebenjowenig erforderte er, daß der Erlaß der Forderungen ziffermäßig bestimmt oder die Stundung an einen bestimmten Kalendertag geknüpft wurde. Im übrigen durfte der Vergleich nur die der Sicherung seiner Durchführung dienenden Be-

stimmungen enthalten. In diesem Rahmen konnte er auch die Ausantwortung des Schuldnervermögens oder einzelner Vermögensstücke des Schuldners an einen unwiderruflich Bevollmächtigten Dritten oder Treuhänder behufs Verwertung und Verwendung der Erlöse für die ungekürzten oder durch Nachlaß geminderten Forderungen der Gläubiger vorsehen. Es stand auch nichts im Wege, daß zu dem gleichen Zwecke eine Sicherungsüberweisung des Vermögens des Schuldners oder einzelner Bestandteile an einen Treuhänder stattfand.

Dem Selbstbestimmungsrecht der Parteien des Vergleichs sind in Ansehung des Vergleichsinhalts auch die vorerwähnten Schranken jetzt nicht mehr gezogen. Der Vergleich kann vielmehr jedem mit dem Wesen eines Vergleichs i. S. des § 779 BGB. und seiner Vertragsnatur verträglichen Inhalt haben. Er darf nur den Grundsatz der Gleichberechtigung der Gläubiger nicht verletzen und ihnen andere Opfer als die gesetzlich zulässigen nicht zumuten; er muß also insoweit den Vorschriften der §§ 5 u. 6 Vergl. O. entsprechen. Deshalb unterliegt auch die Rechtsgültigkeit des sog. Liquidationsvergleichs keinem Zweifel. Der Schuldner vermag also sich dahin zu vergleichen, daß er sein Vermögen oder Teile desselben einem Dritten oder Treuhänder zum Zwecke der Verwertung im Interesse seiner Gläubiger und ihrer anteilmäßigen Befriedigung überläßt und durch die Überlassung ohne Rücksicht auf das Ergebnis seine Schuldverbindlichkeiten tilgt. Der Konkurs wird dadurch abgewendet, in der Regel auch einer Verschleuderung des Schuldnervermögens und der Zerstörung von Werten vorgebeugt, das Unternehmen geht hierbei allerdings gewöhnlich zugrunde. Für den Liquidationsvergleich gelten die Sonderbestimmungen für den Erlaßvergleich, z. B. die der §§ 6 u. 63 Abs. 3 u. 4 Vergl. O. nicht.

IV. Ein bedingtes Vergleichsangebot ist nicht unzulässig. Demgemäß erfolgt der Abschluß eines Vergleichs nicht selten unter aufschiebender Bedingung. Die Bedingung kann auch darin bestehen, daß ein Dritter erst nach dem Zustandekommen des Vergleichs Bürgschaft übernimmt. Der § 16 Abs. 1 Nr. 5 Vergl. O. steht nicht entgegen, da diese Vorschrift sich lediglich auf das Eröffnungsverfahren bezieht. Der Schuldner vermag ja seinen Vergleichsvorschlag noch im Vergleichstermin abzuändern. Die Änderung kann auch darauf gerichtet werden, daß jetzt erst eine Sicherstellung durch Bürgschaft oder statt durch den Bürgen A. durch den Bürgen B. oder durch diesen neben jenem angeboten wird, und daß die Bürgschaftsurkunde nach Vergleichsschluß in kürzerer oder längerer Frist nachgebracht wird.

Kommt der Vergleich auf dieser Grundlage zustande, so kann das Gericht die Entsch. über die Bestätigung gem. § 67 Abs. 3 Vergl. O. vertragen. Dies wird hauptsächlich dann geschehen, wenn ein Verwertungsgrund nicht vorliegt und Schuldner den Nachweis des Eintritts oder Wegfalls der Bedingung bis zum neuen Verkündungstermin zu führen hat. Das Gericht kann aber auch den bedingten Vergleich als solchen sofort bestätigen, es muß aber alsdann zugleich das Vergleichsverfahren aufheben und darf die Aufhebung in Abweichung von RG. 56, 73 nicht hinauschieben, bis die Erfüllung oder der Ausfall der Bedingung feststeht²⁾. Erfüllt sich die Bedingung nachträglich nicht, so tritt der Vergleich nicht in Wirksamkeit, ebenso wenig aber findet die Wiederaufnahme oder Fortsetzung des Vergleichsverfahrens statt. Dieses Ergebnis befriedigt nicht. Große Mühe und Arbeit wäre nutzlos vertan. Geschicklicher Leitung der Terminsverhandlung muß und wird es gelingen, den negativen Erfolg durch den Hinweis darauf abzuwenden, daß ein solcher Vergleich dem gemeinsamen Interesse der beteiligten Gläubiger widerspricht. Die Folge wird sein, daß entweder die Gläubigerschaft die Verbringung der Bürgschaft vor dem Termin, auf den vertragt werden kann, ausbedingt, oder daß, wenn dies ausgeschlossen ist, der eine oder andere Gläubiger die Verwerfung des Vergleichs aus dem oben erwähnten Grunde beantragen wird. Die Verwerfung wird dann regelmäßig wenigstens den Anschlußkonkurs (§§ 82 ff. Vergl. O.) herbeiführen.

J. M. Wendig, Breslau.

Zur Auslegung des § 3 der Vergleichsordnung.

Nach § 2 Satz 1 Vergl. O. sind an dem Vergleichsverfahren die Gläubiger nicht beteiligt, die bevorrechtigte Konkursgläubiger wären, wenn statt des Vergleichsverfahrens das Konkursverfahren eröffnet worden wäre. In den Fällen, in denen nach § 61 Ziff. 1—4 R. D. das Konkursvorrecht daran geknüpft ist, daß die Forderung innerhalb bestimmter Frist vor Konkursöffnung entstanden (bzw. fällig geworden) ist, ist also als Endpunkt der Frist der Augenblick der Eröffnung des Vergleichsverfahrens entscheidend. Entsprechendes gilt für den Fall des § 49 Abs. 1 Ziff. 2 R. D. (Pfandrecht des Vermieters und Verpächters).

Wie ist es nun, wenn ein solcher unter § 61 Ziff. 1—4 R. D. fallender Gläubiger oder der Vermieter (Verpächter) wegen seiner Forderung schon vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens gegen den Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung ein Pfandrecht erlangt bzw. im Falle des § 559 BGB. sein Pfandrecht ausgeübt hat? Nach § 3 Vergl. O. hat die Eröffnung des Vergleichsverfahrens ja eine rück-

¹⁾ Jedoch gewährt die oberstrichterliche Mspr. bei Ablehnung der Erfüllung im Falle des § 17 R. D., nicht aber beispielsweise bei dem Erlöschen des Vertrags auf Grund des § 23 Abs. 2 das dem anderen Teile ohne weiteres eine Schadenserfordernisse (RG. 63, 73; 64, 207; 79, 211 = JW. 1912, 696).

²⁾ Vgl. meinen Komm. S. 165 zu § 69 Abs. 1 Vergl. O.

wirkende Vollstreckungssperre zur Folge, die sich gegen alle Gläubiger richtet, die von dem Vergleichsverfahren betroffen sind. Die rein mechanische Anwendung des § 3 VerglD. auf Fälle der erwähnten Art würde nun zu dem Ergebnis führen, daß auch ein Gläubiger, der vom Vergleichsverfahren nicht betroffen wäre, wenn dies Verfahren zur Zeit der Vornahme des Zwangsvollstreckungsaktes eröffnet worden wäre, unter die Vollstreckungssperre fällt, wenn bis zur Eröffnung des Verfahrens die „Vorzugsfrist“ für seine Forderung bereits abgelaufen ist. Um ein Beispiel zu geben: eine am 15. Mai 1927 fällig gewordene Steuerforderung (§ 61 Ziff. 2 R.D.), für die am 10. Mai 1928 gepfändet worden ist, würde von dem Verfahren betroffen werden, falls das Verfahren erst nach dem 15. Mai 1928 eröffnet wird.

Dies Ergebnis ist befremdend. Die Bestimmung des § 3 VerglD. soll verhindern, daß Gläubiger, die von dem Vergleichsverfahren betroffen werden würden, sich noch kurz vor Torabschluss eine dingliche Sicherung verschaffen und damit ihre Forderung der Einwirkung des Vergleichsverfahrens entziehen. Diese Gläubiger sollen durch § 3 VerglD. zu der Erwägung genötigt werden, ob sich für sie als nicht bevorrechtigte Gläubiger die Zwangsvollstreckung in Anbetracht des bevorstehenden Vergleichsverfahrens noch lohnt. Entschließt sich ein derartiger Gläubiger trotzdem zur Vornahme der Zwangsvollstreckung, so liegt sein Interesse in der Richtung, daß das Vergleichsverfahren möglichst spät herbeigeführt wird. Bei den bevorrechtigten Gläubigern liegen die Dinge ganz anders; diese Gläubiger hätten, wenn für die „Vorzugsfrist“ die Eröffnung des Vergleichsverfahrens als terminus ad quem gelten sollte, ein Interesse daran, daß das Vergleichsverfahren möglichst schnell nach Vornahme der Zwangsvollstreckung herbeigeführt wird.

Diese Erwägung zeigt, daß § 3 Abs. 2 VerglD. nicht auf beide Gruppen von Fällen bezogen werden kann. Man wird annehmen müssen, daß die Rückwirkung aus § 3 VerglD. sich nur auf die Vollstreckungsakte als solche, nicht auf die Vorzugsstellung des vollstreckenden Gläubigers bezieht; hatte der vollstreckende Gläubiger eine derartige Vorzugsstellung, wenn das Vergleichsverfahren zur Zeit der Vornahme des Vollstreckungsaktes eröffnet worden wäre, so bleibt sie ihm ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt erhalten, zu dem später die Eröffnung des Vergleichsverfahrens tatsächlich erfolgt. Dies rechtfertigt sich auch durch die Analogie des Konkursrechts. Auch im Konkursfalle kann die einem bevorrechtigten Gläubiger gewährte kongruente Deckung nur ausnahmsweise angefochten werden, nämlich nur dann, wenn sie besser oder gleichberechtigte Konkursgläubiger verkürzt (Jaeger, Anm. 38 zu § 30 R.D.). Dieser für das Konkursverfahren denkbare Ausnahmefall, daß die Masse zur vollen Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger nicht ausreicht, kommt aber für das Vergleichsverfahren nicht in Frage (§ 6 VerglD.). Die hier abgelehnte mechanische Anwendung des § 3 VerglD. würde also die bevorrechtigten Gläubiger, die vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens eine Sicherung erlangt haben, für das Vergleichsverfahren schlechter stellen, als sie sich im Konkursverfahren stünden.

RA. Dr. v. Normann, Königsberg i. Pr.

Zur Kritik der Vergleichsordnung 1).

Die Praxis hat während des kurzen Bestehens der neuen Vergleichsordnung bereits eine Reihe von abhissbedürftigen Mängeln hervortreten lassen. In erster Linie gefährdet der unglücklich formulierte rückwirkende Vollstreckungsschutz, entgegen der Absicht des Gesetzgebers, häufig die erfolgreiche Durchführung des Vergleichsverfahrens. Bekanntlich ist danach der Vergleichsschuldner bis zur Eröffnung des Verfahrens schuldblos dem Zugriff vollstreckender Vergleichsgläubiger ausgesetzt. Erst nach Eröffnung des Verfahrens können auf Antrag der Vertrauensperson Zwangsvollstreckungen endgültig aufgehoben werden bzw. sie verlieren, falls sie innerhalb der 30tägigen Sperrfrist liegen, durch den bestätigten Vergleich oder die Anschlußkonkursöffnung ihre Wirkung.

Der Zeitraum zwischen Antrag und Verfahrenseröffnung ist häufig trotz aller Fristenbeschleunigung der Vergleichsordnung infolge der Ermittlungen des Gerichts und der Handelskammer unvermeidlich lang. Hierdurch kommt es in der Zwischenzeit des öfteren zu Zwangsversteigerungen mit geringem Erlös (nur dieser ist im Falle des Unwirksamwerdens der Zwangsvollstreckung zurückzugeben [§ 70 VerglD.]). Die Zwangsversteigerungen haben aber häufig eine noch weit schlimmere Konsequenz. Es hat sich herausgestellt, daß Gläubiger, die vor Eröffnung des Verfahrens innerhalb der 30tägigen Sperrfrist gepfändet haben, sich regelmäßig weigern, der Eröffnung des Verfahrens zuzustimmen, weil sie im Hinblick auf den rückwirkenden Vollstreckungsschutz des Vergleichsverfahrens glauben, durch die Zustimmung zur Eröffnung des Verfahrens selbst dazu beizutragen, daß ihnen die Pfänder wieder entwunden werden. Sie bedenken nicht, daß ihr Verhalten

den Schuldner zum Konkurs treibt und daß damit ohnehin ihre Zwangsvollstreckungen, die ja meistens nach der ihnen bekannten Zahlungseinstellung vorgenommen sind, wirkungslos werden. Die zwangsläufige Folge dieser Umstände ist, daß, sobald eine entsprechende Anzahl von Pfändungen infolge der durch den Vergleichsschuldner notgedrungen zur Vorbereitung des Vergleichsverfahrens den Gläubigern bekanntgegebenen Zahlungseinstellung vorliegen, in der Regel die erforderlichen Zustimmungsmehrheiten zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beigebracht werden können, und daß es unweigerlich zum Konkurs kommt, obwohl alle anderen Voraussetzungen des Vergleichsverfahrens vorliegen und es sich unter Umständen um ein wirtschaftlich wertvolles und erhaltungswertes Unternehmen handelt, das einen, für die Gläubiger günstigen, gesicherten Vergleich anzubieten in der Lage ist.

Wenn es auch nach sechsmonatigem Bestehen des Gesetzes verfräht sein mag, bereits Verbesserungsvorschläge zu bringen, so erscheint doch eine Umänderung der Vergleichsordnung in diesem Punkte auf die Dauer unvermeidbar. Sie könnte, ohne den Grundgedanken des rückwirkenden Vollstreckungsschutzes zu verändern, einfach dadurch erfolgen, daß bei Berechnung der Zustimmungsmehrheiten zur Eröffnung des Verfahrens nur die Mehrheit derjenigen beteiligten Gläubiger nach Köpfen und Beträgen verlangt wird, die nach der ihnen bekanntgegebenen oder bekanntgewordenen Zahlungseinstellung keine Zwangsvollstreckung betrieben haben. Durch eine derartige Bestimmung würden sich die pfändenden Gläubiger selbst ihres Einflusses auf die Eröffnung des Verfahrens berauben und insbes. nicht in der Lage sein, durch Verweigerung der Zustimmung zur Eröffnung des Verfahrens diese zu verhindern. Allerdings müßte in diesem Falle die Zustimmung einer absoluten, erheblichen Minderheit von Gläubigern zur Verfahrenseröffnung verlangt werden, um zu vermeiden, daß bei Vorlage von Pfändungen durch die Mehrzahl der beteiligten Gläubiger die Zustimmung einiger weniger Gläubiger zur Verfahrenseröffnung bereits genügt.

Dr. Fritz Maas, Berlin.

Finden die Vorschriften des § 175 Ziff. 2 und 3 der P.O. bzw. § 22 Ziff. 3 der VerglO. auch im Konkurs bzw. Vergleichsverfahren einer AktG. oder GmbH. Anwendung?

Nach § 175 Ziff. 2 und 3 R.D. ist ein Zwangsvergleich unzulässig, solange gegen den Gemeinschuldner wegen betrügerischen Bankrotts eine gerichtliche Untersuchung oder ein wieder aufgenommenes Verfahren anhängig ist, oder wenn der Gemeinschuldner wegen betrügerischen Bankrotts rechtskräftig verurteilt worden ist. Nach § 22 Ziff. 3 VerglD. ist aus denselben Gründen die Eröffnung des Vergleichsverfahrens abzulehnen.

Die Frage, ob diese Tatbestände, wenn sie gegen die Vorstandsmitglieder oder gegen frühere Vorstandsmitglieder einer im Konkurs oder im Vergleichsverfahren befangenen AktG. vorliegen, für diese die Folgen des § 175 R.D. bzw. des § 22 der VerglD. auslösen, ist lebhaft umstritten. Sie wird verneint von Jaeger, R.D. Anm. 3 zu § 175; Sarwey-Bossert, R.D. Anm. 3 zu § 208; Petersen-Kleineller, R.D. Anm. 7 zu §§ 207, 208; Wilimowski-Kurlbaum, R.D. Anm. 4 zu § 208; Endemann, „Das deutsche Konkursverfahren“ 628; Böldernborff, R.D. II 669; Bondi: ZPr. 32, 236; Wolff, Anm. 1 zu § 175. Dagegen wird die Frage bejaht von Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts“ 475; Mengel, R.D. Anm. 2 und 4 zu § 175; Seuffert, R.D. 1899, 417; Meyer, R.D. 300. Für das Vergleichsverfahren einer AktG. wird letztere Ansicht geteilt von Cahn, VerglD. 170.

Diejenigen Schriftsteller, welche die Anwendbarkeit des § 175 Ziff. 2 und 3 R.D. im Konkurs der AktG. verneinen, beziehen sich zur Begründung ihrer Ansicht auf den Wortlaut dieser Bestimmung, welcher nur von einer gegen den „Gemeinschuldner“ anhängigen gerichtlichen Untersuchung und von der Verurteilung des „Gemeinschuldners“ wegen betrügerischen Bankrotts spricht. Im Konkurs der AktG. seien aber nicht deren Organe der Gemeinschuldner, sondern es sei dies die Gesellschaft selbst. Juristische Personen könnten keine strafbaren Handlungen begehen, also auch nicht wegen solcher in gerichtliche Untersuchung gezogen und verurteilt werden. — Andererseits sei auch eine freie Auslegung des § 175 Ziff. 2 und 3 R.D. nicht möglich, da es sich hierbei um Ausnahmeverordnungen handle, die nicht extensiv interpretiert werden dürfen.

Demgegenüber wird von den Schriftstellern, welche die Anwendbarkeit des § 175 Ziff. 2 und 3 R.D. im Konkurs einer AktG. bejahen, darauf hingewiesen, daß es völlig verfehlt sei, das Gesetz so rein formalistisch anzuwenden, nur aus dem Wortlaut dieser Vorschrift auf den Willen des Gesetzgebers schließen zu wollen. Weder aus dem Gesetz selbst noch aus den Worten sei aber ein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, daß die erwähnten Bestimmungen im Konkurs einer AktG. unanwendbar sein sollten. Wenn man den § 175 R.D., wie es richtig sei, nach seinem Sinn und Zweck auslege, der Geist der Vorschrift betrachte, so komme man zur Bejahung der Frage. Sinn und Zweck der Vorschrift sei der, einen Schuldner als

1) Siehe ausführlicher Aufsatz „Mängel der Vergleichsordnung“ in der Ztschr. „Konkurs- und Treuhändewesen“ 3. Heft v. 28. März 1928.

vergleichsumwürdig der Vorteile eines Zwangsvergleichs nicht teilhaftig werden zu lassen, wenn er zufolge des Vorliegens der im einzelnen im Gesetz normierten Tatbestände — im Interesse der Sittlichkeit und des öffentlichen Kredites — vertrauensunwürdig erscheine. § 175 R.D. beruhe insofern auf demselben Grundsatz, den neuerdings auch die Vergl.D. in den §§ 22 und 23 für das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses zur Geltung gebracht habe. Gerade, weil der Zwangsvergleich nicht nur eine Rechtswohlthat für den Schuldner, sondern auch im Interesse der Gläubigerschaft geschaffen sei, sei, wenn der Vermögensstand durch unlautere Machenschaften verdunkelt wird, auch das Verbrechen eines Organs einer juristischen Person ein Hinderungsgrund für den Zwangsvergleich, selbst wenn der Vorstand inzwischen gewechselt habe. Eine AktG., deren Vorstandsmitglieder in der Absicht der Benachteiligung der Gesellschaftsgläubiger betrügerische Bankerottshandlungen vorgenommen haben, sei genau so vertrauensunwürdig wie eine natürliche Person, die sich desselben Verbrechens schuldig gemacht habe. Angesichts des Sinnes und Zweckes des § 175 R.D., welcher in der vorgeblichen Richtung auch durch die Motive zur R.D. bestätigt werde, könne daher eine verschiedene Behandlung der Gemeinschaftsdner, je nachdem eine juristische oder eine natürliche Person Gemeinschaftsdner ist, überhaupt nicht in Frage kommen.

Sehr interessant und, soweit ich sehe, neu zu der vorl. Frage, ist eine Entsch. des O.G. Hamburg v. 4. Jan. 1928 (KBs 31/33/27), welche sich weder der einen noch der anderen der vorangeführten Ansichten anschließt, sondern die Entsch., wie es mir durchaus richtig erscheint, auf die Umstände des einzelnen Falles abstellt.

Richtig ist, daß grundsätzlich die Vorschriften der R.D. und damit auch die Vorschriften über den Zwangsvergleich auch auf den Konkurs der AktG. Anwendung finden. Da die Anwendung der Ziff. 2 und 3 des § 175 R.D. für diesen Fall gesetzlich nicht ausgeschlossen ist, so hängt ihre Anwendbarkeit von ihrer Auslegung und somit von ihrem Sinn und Zweck ab. Dieser ergibt sich unmittelbar aus den Mot. zur R.D. (S. 408, 409 zu § 175) (§ 162 a. F.). In diesen heißt es:

„Die Fälle gesetzlicher Unzulässigkeit müssen sich auf solche allgemeinen Umstände beschränken, welche ohne Rücksicht auf den konkreten Inhalt des Vergleichsvorschlages dessen Annahme oder Bestätigung unbedingt ausschließen.

Die Beurteilung des Gemeinschaftsdners wegen betrügerischen Bankerotts läßt denselben jedes Vertrauens unwürdig erscheinen; kein Gläubiger darf genötigt werden, sich mit ihm fernerehin einzulassen; im Interesse der Sittlichkeit und des öffentlichen Kredites muß gegen ihn die ganze Strenge des Gesetzes in Anwendung kommen; diesen höheren Rücksichten gegenüber würde selbst der Umstand, daß der Aktord für die Gläubiger vorteilhaft sein könnte, die Zulassung desselben nicht rechtfertigen. Die gleichen Erwägungen greifen Platz, wenn auch eine Beurteilung noch nicht erfolgt, aber schon eine gerichtliche Untersuchung angeordnet ist.“

Die Entziehung der Möglichkeit eines Zwangsvergleiches während der Dauer der strafrechtlichen Untersuchung hat ihren Grund also darin, daß der Gemeinschaftsdner das Vertrauen seiner Gläubiger in sein geschäftliches Verhalten für die Zukunft und für den Abschluß eines Zwangsvergleiches verloren hat. Der Gemeinschaftsdner, welcher einen Zwangsvergleich schließen will, muß selbst von dem Verdacht einer unehrlichen Handlungsweise frei sein. Die Gläubiger sollen durch die Vorschrift des § 175 Ziff. 2 und 3 R.D. eine gewisse Sicherheit haben, daß sie den Betrag des aktiven Vermögens genau kennen, um hiernach beurteilen zu können, ob ihnen der angebotene Vergleich vorteilhaft ist oder nicht.

Das O.G. Hamburg führt nun in seiner oben zitierten Entsch. aus, dieses erwähnte Mißtrauen treffe im Regelfall nur die Person des verbrecherisch Handelnden. Für die Mehrzahl der Fälle sei daher die eingangs wiedergegebene Auffassung der Schriftsteller zutreffend, welche die Anwendung des § 175 Ziff. 2 und 3 R.D. auf den Konkurs einer Gesellschaft verneinen. Wenn diese Ansicht als „formalistisch“ bezeichnet werde, so werde dabei der tatsächliche Unterschied zwischen dem gesellschaftlichen Dasein einer AktG. und eines Einzelkaufmannes übersehen. Selbst abgesehen davon, daß — anders als bei einem Einzelkaufmann — die in Untersuchung genommene Person und die „Gemeinschaftsdnerin“ rechtlich voneinander verschieden seien, bestehe auch der wirtschaftliche Unterschied, daß die geschäftliche Vertrauenswürdigkeit einer AktG. viel weniger von früher begangenen Handlungen ehemaliger Vorstandsmitglieder als vielmehr von ganz anderen Tatsachen abhängt. Der stets gleichbleibenden Person eines Einzelkaufmannes, welcher sich ein Verbrechen habe zuschulden kommen lassen, werde man auch in Zukunft grundsätzlich Mißtrauen entgegenbringen. Bei der AktG. könne dies ein für allemal nicht gesagt werden, da hier den Gläubigern im Zwangsvergleichsverfahren keine durch diesen Verdacht belastete Person, sondern ein aus den Aktionären bestehender Kapitalverein gegenüberstehe, der jederzeit in der Lage sei, die belasteten Vorstandsmitglieder durch andere Personen zu ersetzen und so durch eine neue Geschäftsführung das Vertrauen wiedergzugewinnen.

Hieraus ergebe sich aber zugleich, daß der § 175 Ziff. 2 und 3 R.D. nach seinem Sinn und Zweck auch auf juristische Personen dann Anwendung finden müsse, wenn diese sich nach den besonderen Um-

ständen des Falles mit den belasteten Vorstandsmitgliedern in einer Weise identifiziert haben, daß man zwischen den Handlungen der Vertreter und der Gesellschaft in Ansehung der belastenden Vorgänge nicht unterscheiden könne. Ein typisches Beispiel hierfür ist das, daß die Geschäftsführer und zugleich alleinigen Inhaber einer GmbH. sich eines betrügerischen Bankerotts schuldig gemacht haben, oder aber, wenn die Generalversammlung einer AktG. selbst die Handlungen beschlossen oder genehmigt hat, wegen deren Durchführung dann die Vorstandsmitglieder derselben in Untersuchung wegen betrügerischen Bankerotts genommen werden. Das O.G. Hamburg weist in seiner Entscheidung darauf hin, daß die Personengleichheit zwischen den Hauptaktionären und den Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft mit denjenigen Personen, welche in Wirklichkeit die Geschäfte der Gesellschaft bestimmten und führten, während die Vorstandsmitglieder solche nur dem Namen nach waren, nach dem Sinn und Zweck des § 175 R.D. dazu führen müsse, daß die AktG. die Handlungsweise ihrer nach außen handelnden Vorstandsmitglieder tragen müsse. An so liegenden Tatbeständen wird natürlich auch dadurch nichts geändert, daß nachher in den Personen der Vorstandsmitglieder ein äußerlicher Wechsel eintritt.

Man wird dem Standpunkt des O.G. Hamburg unbedingt beipflichten müssen, wonach die Entsch. der eingangs gestellten Frage auf die Tatumstände des einzelnen Falles abzustellen ist. Keinesfalls wird man einer AktG. die Vorteile des Zwangsvergleiches verweigern dürfen, wenn sich aus dem Tatbestand ergibt, daß sie sich mit den verbrecherischen Handlungen ihrer Vorstandsmitglieder nicht identifiziert und den ernstlichen Willen gezeigt hat, Abhilfe für die Zukunft zu schaffen.

Daselbe, was für die AktG. ausgeführt ist, gilt natürlich auch für die GmbH., wenn auch bei kleineren GmbH.'s meistens die Voraussetzung für die Anwendung des § 175 R.D. schon dadurch gegeben sein wird, daß Geschäftsführer und Hauptbeteiligte an der GmbH. identisch sind.

Die vorstehenden Ausführungen bezüglich der Anwendung des § 175 Ziff. 2 und 3 auf den Konkurs der AktG. und GmbH. gelten in gleicher Weise auch für das Vergleichsverfahren beider Gesellschaftsformen gemäß § 22 Ziff. 3 Vergl.D.

Bei der OffhG., der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien ist nach den vorstehenden Ausführungen der Zwangsvergleich gemäß § 175 Ziff. 2 und 3 R.D. unzulässig, bzw. ist die Eröffnung des Vergleichsverfahrens nach § 22 Ziff. 2 Vergl.D. abzulehnen, wenn die in den genannten Bestimmungen erwähnten Tatbestände bei einem persönlich haftenden Gesellschafter vorliegen.

N.A. Dr. G. Piz, Frankfurt a. M.

Entgegnungen.

Streitfragen im Zwangsvollstreckungsrecht.

Koehler hat in JW. 1928, 697 in dankenswerter Weise auf eine Anzahl recht bedeutsamer Streitfragen aus dem vorerwähnten Rechtsgebiete hingewiesen. Ich vermag weder seinen Ausführungen ohne weiteres beizupflichten, noch erscheinen mir die Ergebnisse, zu denen er gelangt, einwandfrei.

1. Die Anschlußpfändung (Pfändung bereits gepfändeter körperlicher Sachen) kann in gleicher Weise wie die Erstpfändung nach Maßgabe des § 808 ZPO. vorgenommen werden: sie ist aber auch in den erleichterten Formen des § 826 daselbst statthaft. Entspricht sie den Erfordernissen des § 808 zit., so besteht sie zu Recht, wenn auch die Erstpfändung aus einem formellen oder materiellen Grunde keinen Bestand hat; sie gilt dann selbst als Erstpfändung. Ist sie in der erleichterten Form des § 826 ZPO. bewirkt, so bildet die Erkennbarkeit der Erstpfändung, von der sie ja schon wortdeutlich abhängt, unerlässliche Voraussetzung auch ihrer Wirksamkeit; hierüber herrscht Einverständnis (RGWrt. v. 19. Febr. 1915: JW. 1915, 523²⁰ und Gruch. 59, 1078⁸⁹). Wie aber, wenn die Erstpfändung sich aus einem anderen Grunde als ungültig erweist, beispielsweise wegen eines Verstoßes gegen § 809 ZPO. (Pfändung bei einem Dritten trotz dessen Widerspruch) oder gegen § 865 Abs. 2 ZPO. (Pfändung des Grundstückszubehörs oder Fahrnispfändung trotz Beschlagnahme in der Immobilienzwangsvollstreckung)? Koehler stellt diese beiden Fälle gleich, sie sind es aber nicht; in dem ersteren ist der Mangel durch Zurücknahme des Widerspruches jederzeit heilbar, in dem letzteren aber die Konnalezzenzmöglichkeit gänzlich ausgeschlossen; dort ist die Pfändung nur relativ unwirksam, hier absolut unzulässig und wirkungslos. Eine solche von Gesetz für unzulässig erklärte Pfändung, welche eine Wirkung zu äußern überhaupt nicht imstande ist (RG. 59, 91; 60, 73), ist nach der rechtlichen und wirtschaftlichen Seite hin ein Nichts (pro nihilo habetur). Der Gerichtsvollzieher vermag aber eine Anschlußpfändung nach Art des § 826 gültig nicht vorzunehmen, wenn es der vorangegangenen Pfändung in jedem Betracht, schlechthin, der gesetzlichen Anerkennung gebricht, eine bereits gepfändete Sache als Stützpunkt in Wahrheit nicht vorhanden ist.

2. Die Erinnerung des § 766 ZPO. richtet sich gegen die Vornahme oder Ablehnung einer Zwangsvollstreckungsmaßregel aus einem nicht materiellrechtlichen Grunde (RG. 66, 234). Inwieweit begehrt sie in den engen, nicht ausdehnbaren gesetzlichen Grenzen ihres Anwendungsgebietes den Ausspruch, daß eine von dem Gerichtsvollzieher vorgenommene Pfändung oder ein gerichtlicher Pfändungsbeschluß (RG. 16, 321) unzulässig oder zulässig sei. Erst auf die nach § 766 zit. angebrachte Gegenvorstellung erklärt das Vollstreckungsgericht die mit der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO. anfechtbare „Entsch.“ (RG. a. a. O. S. 322). Wenn nun das Vollstreckungsgericht oder die Beschwerdeinstanz die von dem Gerichtsvollzieher ausgeführte oder durch einen gerichtlichen Pfändungsbeschluß angeordnete Pfändung für unzulässig erklärt, so wird deren Aufhebung auf Grund des § 775 Nr. 1 und des § 776 Satz 1 ZPO. regelmäßig alsbald nachfolgen. Die Folge tritt sogar, wenn eine Forderungspfändung den Gegenstand bildet, mit der gerichtlichen Unzulässigkeitsklärung nach der allerdings bedenklichen reichsgerichtl. Rspr. (ZB. 1908, 559²⁶; RG. 84, 203 = ZB. 1914, 543) sofort von selbst ein. Trotz erfolgter Aufhebung aber steht dem benachteiligten Gläubiger, wie Koehler im Anschluß an Stein-Jonas, § 766 III b mit Recht annimmt, der Weg der Beschwerde noch weiter offen. Er ist ihm erst verschlossen, wenn vor seiner Beschreiung der Gläubiger seine volle Befriedigung erlangt hat oder der Pfandgegenstand einer nochmaligen Verstrickung entzogen ist. Findet die Einlegung des Rechtsmittels erst nach einem dieser Zeitpunkte statt, so muß es als unzulässig verworfen werden. Denn dann ist eine Wiederholung der Pfändung, wenn auch nur mit Wirkung ex nunc, also jeder praktische Erfolg ausgeschlossen (vgl. DVG. 14, 163; 18, 398).

3. Tritt einer der unter 2 erwähnten Gründe, welche die Einlegung der Beschwerde hindern, erst nach der Einlegung des Rechtsmittels ein, so findet dadurch die Beschwerde in der Hauptsache ihre Erledigung. Das Gericht kann hierüber nicht mehr entscheiden, es muß aber über den Kostenpunkt die Entscheidung treffen, und zwar auf Grund der Rechtslage, die im Zeitpunkt der Erledigung vorgelegen hat. Dies gilt also auch dann, wenn während der Dauer des Beschwerdeverfahrens über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet wurde, sofern der Beschw. z. zu den Konkursgläubigern gehört (§ 14 KO.).

4. Es kann vorkommen, daß der Gläubiger infolge der im Erinnerungs- oder Beschwerdeverfahren angeordneten Aufhebung der von ihm erwirkten Pfändung seinen ursprünglichen Rang verliert, auch wenn er letzten Endes obsiegt. Denn der frühere Zustand lebt nicht wieder auf, vielmehr bedarf es einer neuen Pfändung mit Wirkung nicht ex tunc, sondern ex nunc.

Das Ergebnis befriedigt ja nicht gerade. Aber ist es erfreulicher, wenn der erste Richter beispielsweise ein Arrestgesetz zurückweist, im zweiten Rechtszuge aber der Arrestbefehl erlassen wird, inzwischen jedoch gegen den Schuldner von dritter Seite eine Pfändung ausgebracht ist, so daß der erste Gläubiger leer ausgeht? Oder wenn im ersten Rechtszuge die vorläufige Einstellung einer Zwangsvollstreckung abgelehnt, im zweiten angeordnet wird, das Pfandstück aber am Tage dieser Anordnung gerade zwangsversteigert wurde? Es geht nicht an, wegen jeden solchen Übelstandes gleich die Klinke der Befreiung in Bewegung zu setzen.

In den Fällen des § 766 zit. wird der Gläubiger die Beschwerde gegen die ihm ungünstige Entsch. des Vollstreckungsgerichts ohnehin regelmäßig in so beschleunigter Weise einzulegen imstande sein, daß die Aussetzung ihrer Vollziehung gem. § 572 Abs. 2 u. 3 ZPO. noch rechtzeitig erfolgen kann.

Sollte dennoch einmal eine gesetzliche Änderung geboten erscheinen, so könnte man Abhilfe dadurch schaffen, daß man hinter dem letzten Worte „erlassen“ des Abs. 1 des § 766 noch hinzufügt: „und die Vollziehung seiner Entsch. bis zum Eintritt ihrer (formellen) Rechtskraft auszusetzen“.

5. Die materielle Rechtskraft mit ihrer für die Beteiligten und die Gerichte bindenden Wirkung ist in § 322 ZPO. nur für „Urteile“ vorgesehen. Der Wortlaut ist nicht maßgebend. Man wird auch Beschlüssen die materielle Rechtskraft nicht versagen, soweit sie Ansprüche zu- oder aberkennen, beispielsweise die Prozeßkosten festsetzen oder auf Grund der §§ 888, 890 ZPO. ergeben. Hierunter fallen aber nicht die Entsch. aus § 766 da. Ich stimme deshalb der Ansicht Koehlers zu, daß die formelle Rechtskraft eines derartigen Beschlusses die Wiederholung eines bezüglichen Antrags nicht hindert, wobei ich allerdings voraussetze, daß ihm eine neue Begründung gegeben wird. Allein Koehler zieht hieraus noch eine weitere Folgerung, die ich nicht gelten lassen kann. Ein Konkursverwalter hatte zunächst die Aufhebung der gegen den späteren Gemeinschuldner ausgebrachten Erstpfändung und dann die einer ebenfalls noch vor der Konkursöffnung erfolgten Anschlußpfändung erwirkt. Koehler will nun, wenn im Vollstreckungsverfahren eine unrichtige Beurteilung des Rechtslage stattgefunden

hat, dem geschädigten Gläubiger den Anspruch aus rechtloser Bereicherung der Konkursmasse gewähren, wenn ich recht verstehe, nach Maßgabe des § 59 Nr. 3 KO. Ich halte einen solchen materiellen Anspruch schon um deswillen für unbegründet, weil der § 766 in Rede die ausschließliche Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts bzw. Beschwerdegerichts zur Entsch. über die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Pfändung bestimmt, eine Nachprüfung dieser Entsch. durch das Prozeßgericht m. E. ausgeschlossen ist (RG. 16, 348; 40, 366). Dies gilt zweifelsohne im Verhältnis zwischen dem Pfändungsgläubiger und dem Schuldner bzw. dessen Konkursverwalter (RG. 66, 234), während der am Vollstreckungsverfahren unbeteiligte Dritte unter Umständen auch den Abweg wählen kann, beispielsweise der Hypothekengläubiger sich der Pfändung von Grundstückszubehör entgegen dem Verbote des § 865 Abs. 2 ZPO. mit der Widerprücksklage aus § 771 ZPO. zu erwehren vermag (RG. 55, 209; 69, 93 = ZB. 1908, 518).

JR. Bendig, Breslau.

Streitfragen im Zwangsvollstreckungsrecht.

Unter obiger Überschrift wirt Koehler ZB. 1928, 697 als erste die Frage auf: „Ist die weitere Beschwerde nach Aufhebung der Pfändung überhaupt zulässig?“ Die von ihm zitierten Entscheidungen beziehen sich auf Pfändungen durch den Gerichtsvollzieher und durch das Gericht (Vollstreckungsgericht auf Grund eines Pfändungsbeschlusses). Im ersten Falle hat der auf die begründete Beschwerde des Schuldners ergehende Beschluß nur dahin zu lauten, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt werde. Eine andere Fassung (etwa dahin, daß die Pfändung aufgehoben werde) ist unbedenklich. Bei der Forderungspfändung kann außerdem noch die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregel ausgesprochen werden (§ 776 ZPO.). Die Wirkung ist bei den beiden Pfändungsarten eine verschiedene: Während der Beschluß auf den Bestand der durch den Gerichtsvollzieher vorgenommenen Pfändung keinen Einfluß hat, gilt die auf dem Pfändungsbeschluß basierende Pfändung auch ohne besonderen Anspruch als aufgehoben, weil solchenfalls „in der Entscheidung, daß eine Zwangsvollstreckungsmaßregel unzulässig sei, regelmäßig zugleich die Verfügung der Aufhebung dieser Maßregel zu erblicken“ ist (RG. 84, 203 = ZB. 1914, 543). Die Gerichtsvollzieherpfändung wird also erst durch die Aufhebung seitens des Gerichtsvollziehers beseitigt. Ist nach zu Recht erfolgter Aufhebung der Pfändung weitere Beschwerde eingelegt, so wirt die Frage nach deren Zulässigkeit drei Vorfragen auf:

- Ist durch den angefochtenen Beschluß (bzw. die auf ihm beruhende Aufhebung der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher) die Zwangsvollstreckung erledigt und daher praktisch für eine Entscheidung der höheren Instanz kein Raum mehr, weil die einmal erledigte Zwangsvollstreckung doch nicht aufleben könnte? oder
- Würde bei einer Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Zwangsvollstreckung ex tunc wieder aufleben? oder
- Hat das Gericht der weiteren Beschwerde die Möglichkeit, entweder die Zwangsvollstreckung — ex nunc! — wieder herbeizuführen oder den Vorderrichter (bzw. den Gerichtsvollzieher) dazu anzuweisen?

Die Frage zu b ist mit Koehler und dem DVG. Frankfurt a. M. (vgl. ZB. 1928, 740 zu 16) im Hinblick auf die Rangvorschriften ohne weiteres zu verneinen. Die Frage zu a wurde bereits durch das DVG. Dresden durch Beschl. v. 27. Mai 1913 (DVG. 29, 210) verneint, während die Frage zu c bejaht wurde. An neueren Entscheidungen, die dieselbe Auffassung vertreten, ist neben der bereits erwähnten des DVG. Frankfurt der Beschl. des DVG. Raumburg in JurR. 1926 Nr. 977 zu nennen. Wenn Koehler und das DVG. Frankfurt annehmen, das RG. verneine heute noch die Frage zu a, so ist dies nicht richtig. Allerdings sprechen die von Koehler angeführten Beschlüsse in ZB. 1921, 753; DVG. 21, 105; 31, 101 und 37, 194 sich für die Verneinung aus. In dem Beschl. v. 12. Juli 1924 (ZB. 1925, 1889 zu 3) spricht jedoch das RG. von seinem „seit längerer Zeit eingenommenen, von seinem früheren (vgl. DVG. 37, 194) abweichenden Rechtsstandpunkte, wonach auch in der Wiederherstellung des aufgehobenen Pfändungsbeschlusses ein zulässiges Ziel des Beschwerdeverfahrens zu erblicken“ ist. Was für die Wiederherstellung des Pfändungsbeschlusses gilt, gilt auch für die Wiederherstellung der Gerichtsvollzieherpfändung. Hiernach dürfte die Frage nach der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde keine Streitfrage mehr sein; die nunmehr allein noch bestehende gegenteilige Ansicht des DVG. Bosen v. 8. Nov. 1916 (DVG. 35, 126), die sich auf die damaligen Auffassungen des RG. und des Komm. von Stein beruft, kommt kaum mehr in Betracht.

DGR. Dr. Bauer, Köln.

Vereinigungen.

Juristische Studiengesellschaft München.

(Sitzung vom 16. November 1927)

Ministerialrat Dr. Kiefow, Berlin: Die Vergleichsordnung.

Bei Kriegsausbruch arbeitete das RJustA. an dem Entw. eines „Gesetzes über den Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses“, aber der Entw. war noch nicht so weit gediehen, daß er als Grundlage für eine auf Grund des Ermächtigungsges. v. 4. Aug. 1914 zu erlassende WD. hätte dienen können. Die Wirtschaft brauchte auch etwas ganz anderes als den den Konkurs abwendenden Zwangsvergleich; es galt zahlreichen Unternehmen über — wie man bei Kriegsausbruch allgemein glaubte — „vorübergehenden Schwierigkeiten“ hinwegzuhelfen. So brachte die WD. v. 8. Aug. 1914 ein richterliches Moratorium, sie stand ganz unter dem Gedanken des Schuldnererzuges. Kein anderes Ziel verfolgte der Präventivakkord, der 1916 in die WD. eingefügt wurde. Man glaubte, daß der Zwangsvergleich nur ausnahmsweise Anwendung finden würde, aber die Entwicklung führte dazu, daß die Geschäftsaufsicht allgemein die Vorbereitung zum Zwangsvergleich wurde.

Die Entwicklung ist älter als das Deutsche Reich. Während der Arbeit an der Konkursordnung wurde eine Umfrage über den Präventivakkord veranstaltet, der Entw. enthielt Bestimmungen darüber, doch in der Bundsratskommission verschwanden sie. Aber die Frage kam nicht zur Ruhe. 1906 legte das RJustA. dem R. eine Denkschrift vor, doch war die Abneigung der Regierung gegen das Institut des Präventivakkordes deutlich zwischen den Zeilen zu lesen. Die Debatten wiederholten sich alljährlich bei der Erörterung des Justizetats. Heute besteht kein Anlaß mehr, auf das Für und Wider einzugehen. Von Interesse ist die völlige Umkehr der wirtschaftlichen Motivierung: Man fordert den Konkurs abwendenden Zwangsvergleich jetzt vielfach, um eine Verschleuderung der Warenbestände und den sich daraus bei rückläufiger Konjunktur ergebenden Preisdruck zu vermeiden.

Noch 1916 stand der Schuldnerschutz im Vordergrund. Wer man benützte die Geschäftsaufsicht keineswegs nur als Mittel zur Überwindung vorübergehender Schwierigkeiten; zögernd folgte der Gesetzgeber dem Drängen der Gläubigerschaft. Die WD. v. 8. Febr. und 25. Juni 1924 erfüllten einen Teil der Wünsche, sie brachten eine zeitliche Befristung des Verfahrens, eine Reihe öffentlicher Bekanntmachungen, Anhörung der Berufsvertretungen, Aufhebung des Verfahrens auf Verlangen einer Gläubigermehrheit. Aber nach wie vor mißbrauchten böswillige Schuldner die Geschäftsaufsicht zur Erlangung eines Zwangsmoratoriums. Doch wagte niemand den Vorschlag zum Vorkriegsrecht, zu der Alternative: volle Befriedigung der Gläubiger oder Konkurs, zurückzukehren. Erwägenswert war der Vorschlag, die Arbeitskraft des Schuldners in den Dienst der Gläubigermehrheit zu stellen, die Geschäftsaufsicht zu einem Mittel der Zwangsvollstreckung zu machen. Der den Konkurs abwendende Zwangsvergleich war beizubehalten, doch mußte den Schuldnern die Möglichkeit genommen werden, ihren Gläubigern ein Moratorium aufzuzwingen. Das Ges. v. 5. Juli 1927 sucht diese Forderungen zu erfüllen.

Die umstrittenste Frage des neuen Gesetzes war die Regelung des Vorverfahrens von der Antragstellung bis zur Eröffnung des Vergleichsverfahrens. Bisher mußte der Schuldner nicht notwendig mit dem Antrag auf Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens einen Vergleichsvorschlag vorlegen, gerade hierin bestand nach Ansicht der Wirtschaftskreise der schwerste Mangel dieses Verfahrens. Zwei sich ausschließende Gedankenreihen stehen sich gegenüber: notwendig muß das Verfahren ein Konkurs- und Zwangsvollstreckungsverbot, also ein Moratorium zur Folge haben. Andererseits soll das gerichtliche Verfahren erst beginnen, wenn das Streben des Schuldners auf Vergleich eine gewisse Aussicht auf Verwirklichung hat, der Schuldner muß sich daher, um eine zustimmende Mehrheit zu erlangen, an seine Gläubiger wenden, und damit ist wieder die Gefahr rascher Zugriffe vor der Eröffnung des Verfahrens gegeben. Das Gesetz geht zur Lösung dieser Schwierigkeiten, österreichischem Vorbild folgend, einen neuen Weg: es hält an dem Erfordernis der Gläubigerzustimmung fest (nur ausnahmsweise kann der Richter eine Frist zur Nachbringung derselben setzen), läßt auch mit Antragstellung ein Konkursverbot eintreten. Ein Verbot der Zwangsvollstreckung jedoch erst mit der Eröffnung des Verfahrens; eine andere Meinung mancher Kommentare widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Aber durch eine Zwangsvollstreckung in diesem Zwischenstadium erreicht der einzelne Gläubiger keine Verbesserung seiner Rechtslage: bei

Zwangsvergleich oder Anschlußkonkurs wird die Sicherung nachträglich vernichtet, und zwar nicht nur die zwischen Antragstellung und Eröffnung des Verfahrens erlangte, sondern auch die in den letzten dreißig Tagen vor der Antragstellung erlangte. Erweist sich dieser Weg gangbar, so wird man ihn auch auf das Anfechtungsrecht im Konkurs übertragen können.

Vernichtet werden nur Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, freiwillig befriedigte Gläubiger scheiden aus dem Kreis der Beteiligten aus, mag auch im Konkurs Anfechtungsmöglichkeit gegeben sein. Die geforderte Vernichtung auch freiwilliger Rechtshandlungen des Schuldners geht über den Gedankenkreis des Gesetzes hinaus. Zugleich hat dieses Verfahren den Vorteil, Rechtsstreite über den Kreis der beteiligten Gläubiger zu vermeiden, die bei einer Vernichtung freiwilliger Befriedigung der Gläubiger unermesslich wäre, denn dann müßte das Gesetz notwendig auf subjektive Momente, etwa die Absicht der Gläubigerbenachteiligung oder Kenntnis des Gläubigers von der Lage des Schuldners abstellen. Ein beschleunigtes Verfahren wie das Vergleichsverfahren kann damit nicht belastet werden.

Würde diese Vernichtung von Vollstreckungsmaßnahmen nur im Falle des Vergleichs eintreten, so wäre das ein Anreiz zur Herbeiführung des Konkurses, daher tritt sie auch im Falle des Anschlußkonkurses ein, ebenso bleiben Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens entgegen § 32 VerglD. bewirkt wurden, auch im Falle des Anschlußkonkurses nichtig, § 83 Satz 1 VerglD. Daraus ergibt sich eine Verschiedenheit in der Behandlung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im Falle des Konkurses, je nachdem ein Vergleichsverfahren vorausgegangen ist oder nicht. Doch sind die Angriffe, die hiergegen gerichtet wurden, ungerechtfertigt, denn praktisch wird in Zukunft wohl jedem Konkurs wenigstens der Versuch eines Vergleichsverfahrens vorausgehen, und das Anfechtungsrecht im Konkurs wird seine praktische Bedeutung verlieren. — Weber die Vernichtung der Vollstreckungsmaßnahmen noch das Vollstreckungsverbot nach § 32 VerglD. trifft die nicht am Verfahren beteiligten Gläubiger (bevorrechtigte, vor der Sperrfrist dinglich gesicherte). Eine Ausnahme gilt hier jedoch für die in § 63 RD. erwähnten Gläubiger, die zwar keinen Anteil an den Vorteilen des Vergleichsverfahrens haben, aber den genannten Bestimmungen unterworfen sind. — Eine Ausnahme von dem Satz, daß die Vernichtung der Sicherung erst mit Abschluß des Vergleichs oder mit Konkursöffnung eintritt, sieht die allerdings mit großer Vorsicht anzuwendende Vorschrift des § 33 II VerglD. vor, ihre Anwendung wird stets von einer bestimmten Verfügung des Schuldners zugunsten der Gläubiger abhängig zu machen sein.

Auch eine Zwangssicherungshypothek erlischt in den Fällen der §§ 70, 84 VerglD., sie wird nicht Eigentümerhypothek. Entgegen anderen Ansichten ist weder eine unmittelbare noch eine analoge Anwendung des § 868 ABG. möglich. Doch erfolgt eine Löschung der Hypothek nur auf Antrag des Schuldners, nur auf seinen Antrag kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden. Eine Grundbuchberichtigung ist nicht möglich, da keiner der beiden Fälle des § 54 ABG. vorliegt. Anders aber im Falle des § 32 VerglD.; hier liegt im Falle der Eintragung einer Zwangshypothek eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften vor.

Im Falle der Vernichtung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ist der Gläubiger zur Herausgabe des Erlangten nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet. Dabei kann kein Gläubiger geltend machen, er habe die Leistung auf Grund seiner Forderung, also nicht ohne Rechtsgrund erlangt; die Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung gelten nicht für den Grund, sondern nur für die Höhe des Herausgabeanpruchs. Wohl aber kann Wegfall der Bereicherung eingewendet werden, doch wurde die praktische Bedeutung dieser Einwendung im Reichstagsausschuß überschätzt. Aufgerechnet kann nur nach Maßgabe des Vergleichs werden, also nur mit dem nicht erlassenen Teil der Forderung und bei Stundung überhaupt nicht.

Lebhaft umstritten ist auch, die in der VerglD. aufgestellte Forderung einer Mindestquote für den Zwangsvergleich, wie sie auch das englische, italienische, österreichische, ungarische Recht vorsieht. Sie ergibt sich aus einer bestimmten wirtschaftspolitischen Einstellung des Gesetzgebers: Das Gesetz stellt sich im bewußten Gegensatz zu der Forderung, das Verfahren völlig unter die Herrschaft der Gläubiger zu stellen, die dem wirtschaftlichen Subjektivismus entspringt. Nicht auf den Vorteil des einzelnen Gläubigers oder Schuldners soll es ankommen, deshalb sieht das Gesetz zwingende, vom Willen der Gläubiger unabhängige Ablehnungsgründe vor,

z. B. bei einem ziffermäßigen Vergleich (nicht dagegen bei einem Stundungs- oder einem Treuhandvergleich) die Mindestquote von 30%, die erhebliche Erschwerung eines Vergleichs unter 50%. Es ist dagegen Vorzugsgegenstand, daß diese Mindestquote zur Regelquote wird: der Vergleichsvorschlag kann verworfen werden, wenn er nicht der Vermögenslage des Schuldners entspricht, wenn dieser mehr oder weniger bietet, als er leisten kann. Da ein Ablehnungsgrund auch ein Einstellungsgrund ist, bietet eine anfängliche Täuschung dem Schuldner keine Sicherheit. Enthält der Zwangsvergleich die kassatorische Klausel, so entfällt der Vergleich bei Konkurs oder Verzug, in diesem Fall jedoch nur gegenüber denjenigen Gläubigern, denen gegenüber der Schuldner in Verzuge ist.

Unter englischem und amerikanischem Einfluß hat sich das Institut des Treuhandvergleichs entwickelt: Der Schuldner überläßt sein ganzes Vermögen einem Treuhänder, der es zugunsten der Gläubiger verwaltet. Der Treuhandvergleich hat sich mehr und mehr eingebürgert, sein Hauptanwendungsgebiet jedoch ist der außergerichtliche Vergleich, deshalb enthält das Gesetz keine besondere Regelung. Doch ist mittelbar im Gesetzestext und ausdrücklich in der Begründung die Zulässigkeit des Treuhandvergleichs ausgesprochen, die Regelung der zahlreichen Zweifelsfragen überließ der Gesetzgeber der Praxis.

Die Ablehnung der Geschäftsaufsicht oder ihre Aufhebung ohne Vergleich brachte dem Schuldner keinen Nachteil. Um diesen Mißstand abzuheben, sieht die VerglD. den sog. Anschlußkonkurs vor: gleichzeitig mit der Ablehnung des Eröffnungsantrags, mit der Einstellung des Verfahrens oder der Verwerfung des Vergleichsvorschlags ist über die Konkurseröffnung zu entscheiden. Dabei gilt stets der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens als Konkursantrag.

Vergleichsgrund ist stets Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung nur, wenn sie auch Konkursgrund ist. Diese Gleichsetzung hat vielfach Widerspruch gefunden, auch im vorläufigen Reichswirtschaftsrat, man forderte ein Vergleichsverfahren vor Konkursreife. Dagegen spricht vor allem, daß man in diesem Falle auf den Anschlußkonkurs hätte verzichten müssen. Antragsberechtigt ist nur der Schuldner, eine Pflicht zur Antragsstellung besteht auch dann nicht, wenn eine solche zur Konkursanmeldung besteht, andererseits wird dieser auch durch Stellung des Antrags auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens genügt (so ausdrücklich die Reichstagskommission!). Mit dem Tode des Schuldners wird das Verfahren unterbrochen und kann in entsprechender Anwendung der Vorschriften der ZPO. fortgesetzt werden. Auch ausländische Schuldner, die einen Konkursgerichtsstand in Deutschland haben, können Antrag stellen, jedoch nur mit Wirkung für das Inland. Nicht vergleichsfähig sind juristische Personen und Gesellschaften im Liquidationsstadium, der Nachlaß nach der Teilung und im Falle der unbefrähkten Haftung eines Erben.

Das Verfahren ist nicht öffentlich, doch werden die bedeutendsten gerichtlichen Entsch. öffentlich bekanntgemacht. Ferner muß der Schuldner, sofern er Kaufmann ist, seiner Firma den ausgeschriebenen Zusatz „im Vergleichsverfahren“ beifügen, diese Pflicht, die auch für Zeichnungsbevollmächtigte gilt, überwacht der Registerrichter. — Die Reichsratsvorlage sah zur Beschleunigung des Verfahrens Unanfechtbarkeit aller richterlichen Entsch. vor, das Gesetz folgt dem nicht, doch ist auch jetzt noch die Beschwerdemöglichkeit sachlich und zeitlich beschränkt, eine weitere Beschwerde nur gegen Eröffnung oder Ablehnung des Konkurses möglich. Wie nach der RD. gilt der Grundsatz des Amtsbetriebs und der Untersuchungsgrundsatz, mit dem wirtschaftlichen Zweck des Verfahrens wäre eine Herrschaft der Gläubiger, des Schuldners oder auch der Vertrauensperson über das Verfahren nicht verträglich. Öffentlich-rechtliche Nachteile knüpfen sich an das Vergleichsverfahren als solches nicht, wo sie aber, wie im GG. für die Fähigkeit Schöffe usw. zu sein, an die Zahlungsunfähigkeit geknüpft sind, treten sie auch hier — entgegen der Meinung Cahns — ein, ebenso im Falle der allgemeinen Verfügungsbeschränkung solche, die an diese geknüpft sind. Privatrechtliche Nachteile hat das Vergleichsverfahren nur im Rahmen der VerglD. Eine juristische Person oder eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wird nicht aufgelöst, eine andere Frage ist es, ob nicht ein wichtiger Grund zur Kündigung darin zu sehen ist. Auf die Verfügungs-, Verpflichtungs- und Prozeßfähigkeit des Schuldners wirkt das Verfahren an sich überhaupt nicht ein, daher tritt auch keine Aussetzung der Prozesse ein. Doch kann die Verfügungsmacht des Schuldners in jedem Zeitpunkt des Verfahrens von Amts wegen oder auf Anregung hin durch gerichtliche Anordnung beschränkt werden, und zwar entweder in bezug auf einzelne bestimmte Gegenstände oder auch allgemein. Beide Arten von Beschränkungen machen entgegengesetzte Verfügungen relativ, den beteiligten Gläubigern gegenüber unwirksam, doch werden sie bei Einwilligung oder Genehmigung der Vertrauensperson voll wirksam. Das allgemeine Veräußerungsverbot wird mit Vorsicht anzuwenden sein, in der Regel nur zur Vorbereitung eines unvermeidbaren Konkurses. Die Verfügungsbeschränkungen wirken jedoch nicht gegenüber Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. § 772 ZPO. ist nicht anwendbar. Zum

Schutz der Schuldner des Schuldners enthält § 56 VerglD. Bestimmungen, die denen des § 8 RD. ähnlich sind, § 893 BGB. wird darin insofern eingeschränkt, als die Kenntnis von der Verfügungsbeschränkung unter gewissen Umständen vermutet wird. Bei beweglichen Sachen gilt für den gutgläubigen Erwerber Veräußerungsverbot, wie dies auch die herrschende Lehre des Konkursrechts annimmt. Übrigens greift ein allgemeines Veräußerungsverbot weiter als im Konkursverfahren, es erfaßt auch das während des Verfahrens erworbene Vermögen.

Von besonderem, allerdings mehr theoretischem Interesse ist die Frage, ob der Schuldner einen Gläubiger während des Verfahrens wirksam befriedigen kann. Sicher tritt keine Stundung ein, das Vergleichsverfahren hindert den Verzug nicht und heilt ihn nicht. Die eventuelle Befriedigung hat keinen Ausschluß aus dem Kreis der Beteiligten zur Folge (§ 2 VerglD.). Schwierigkeiten macht jedoch § 5 III VerglD.; danach ist für nichtbeteiligte Gläubiger die Möglichkeit der Befriedigung ohne weiteres gegeben, bei Beteiligten ist sie bis zur Klärung der Frage, ob sie sich im Rahmen des Vergleichs hält, schwebend unwirksam. Die Anfechtbarkeit solcher Leistungen während des Vergleichsverfahrens kommt es darauf an, ob die damalige Zahlungseinstellung zum Konkurs geführt hat. Die Eröffnung des Verfahrens beendet die Zahlungseinstellung nicht (§ 87 II VerglD.), wohl aber unterbricht der Vergleich die Kontinuität der Zahlungseinstellung (wichtig für einen späteren Konkurs). — Beim Geschäftsaufsichtsverfahren machten unter Umständen befristete Stimmrechte Schwierigkeiten, jetzt wird vor der Abstimmung vom Gericht entschieden. Der Vergleich wird gerichtlich bestätigt, darin liegt ein Schutz für die überstimmten Minderheiten, der dann auch den Zwang, den Vergleich hinzunehmen, rechtfertigt, die Verwerfungsgründe sind im Gesetz erschöpfend aufgezählt. Der Vergleich ist ein Vertrag, schriftliche Zustimmung der Gläubiger genügt. Der abgeschlossene Vergleich wirkt allgemein für und gegen alle betroffenen Gläubiger, nicht nur für die im Gläubigerverzeichnis aufgenommenen, wie bei der Geschäftsaufsicht. Aus dem bestätigten Vergleich kann gegen den Schuldner und die Vergleichsgaranten zwangsvollstreckt werden, es sei denn, daß sich diese die Einrede der Vorausklage vorbehalten haben. Vollstreckungstitel ist der Anerkennungsvermerk, doch hat er nicht wie der Feststellungsvermerk im Konkurs die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, sondern nur die Bedeutung einer Unterwerfungsklausel in einer Urkunde. Das hat zur Folge, daß die Einwendungen bei der Vollstreckungsgegenklage nicht nach § 767 II ZPO. beschränkt sind.

Referendar J. K o h n s t a m m, München.

Staats- und rechtswissenschaftlicher Fortbildungskursus Düsseldorf.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln: „Die neue Vergleichsordnung zur Abwendung des Konkurses“.

Wenn man zunächst eine grundsätzliche Kennzeichnung des neuen Vergleichsverfahrens versucht, so ergibt sich, daß der Gedanke des Gläubigerschutzes für das neue Vergleichsverfahren leitend geworden ist. Während die Geschäftsaufsicht in erster Linie ein Schuldnerschutzverfahren war, wird das Vergleichsverfahren von dem Grundgedanken der Vorherrschaft der Gläubigerinteressen vor den Schuldnerinteressen beherrscht. Es ist zwar auch noch ein Schuldnerschutzverfahren, insofern es versucht, einem konkurssreifen Schuldner den Konkurs zu ersparen, wenn sein wirtschaftliches Fortbestehen vom Standpunkt der Gesamtwirtschaft aus erwünscht erscheint. Aber der Schuldnerschutz wird grundsätzlich nur mehr im Dienste des Gläubigerschutzes gewährt. Schon in der Zweckbestimmung und Zweckbegrenzung des Vergleichsverfahrens kommt die größere Rücksicht auf die Gläubigerbelange klar zum Ausdruck. Während die Geschäftsaufsicht ein Sanierungsverfahren eröffnete, in dem der Schuldner mit seinen Gläubigern über verschiedene Möglichkeiten der Sanierung zu unterhandeln vermochte, ein Verfahren, das auch ohne Vergleich enden konnte mit der Maßgabe, daß der Schuldner seine volle Verfügungsfreiheit wiedergewann — ist das Vergleichsverfahren von vornherein auf ein bestimmtes Sanierungsmittel, eben den Zwangsvergleich, zugeschnitten und will dem Schuldner den Konkurs nur dann ersparen, wenn eine Verständigung mit der überwiegenden Mehrheit seiner Gläubiger erfolgversprechend ist und binnen kurzer Frist auch gelingt. Deshalb macht das Gesetz die Einleitung des Verfahrens davon abhängig, daß der Schuldner die Unterlagen für den Vergleich im großen und ganzen selbst bereits außergerichtlich beschafft, also die Erfolgsaussichten möglichst sicherstellt.

Trotz des Dringens vieler Interessentenkreise hat der Gesetzgeber es aber abgelehnt, das Vergleichsverfahren zu einem einseitigen Instrument der Gläubigerbelange auszugestalten. Als oberste Richtschnur hat er für die Ausgestaltung des Ver-

jahrens die Wahrung der Gesamtbelange genommen. Das Gesetz will, wie in der Begründung des Entwurfes ausdrücklich gesagt ist, auch die Belange der Gesamtwirtschaft wahren und einen gesunden, auf Treu und Glauben beruhenden Kreditverkehr fördern. Dieser Rücksichtnahme auf die Gesamtbelange entsprechen vor allem die Erfordernisse einer besonderen wirtschaftlichen Vertrauenswürdigkeit des Vergleichschuldners, ferner einer Mindestquote von 30% für den Erlaßvergleich und einer gewissen, vor Einleitung des Verfahrens zu beschaffenden Gewähr für eine erfolgreiche Durchführung des Verfahrens.

Damit sind bereits einige Hauptpunkte berührt, hinsichtlich deren die Meinungen auseinandergehen und auseinandergehen. Man hat namentlich gefragt, warum man den Gläubigern, die für den Fall eines Konkurses mit nahezu völligem Ausfall rechnen müßten, verwehren solle, sich mit 20% zu begnügen; namentlich der Sonderausschuß des vorläufigen Reichswirtschaftsrates hat sich gegen eine solche Mindestquote ausgesprochen.

Das Gesetz hat diesen Bedenken keine Rechnung getragen, vielmehr im Interesse einer Reinigung der Gesamtwirtschaft von ungesunden Unternehmungen an der Mindestquote festgehalten. Diesem Ziele dient es nach der Begründung des Entwurfes nicht, wenn leichtfertigen oder unredlichen Schuldnern durch Vergleich die Fortführung ihres Geschäftes ermöglicht wird — mögen auch die beteiligten Gläubiger bei dem Vergleich besser abschneiden als bei dem das volkswirtschaftlich schädigende Unternehmen besetzenden Konkurs. Es soll eben einer Wiederholung der Vergleichsbedürftigkeit und des Zusammenbruchs und der damit eintretenden Kreditgefährdung nach Möglichkeit vorgebeugt werden.

Zusammenfassend darf man also sagen, die Vergleichsordnung bezweckt den Schuldnerschutz im Dienste des Gläubigerschutzes nach Maßgabe der Gesamtbelange.

Das dritte allgemeine Kennzeichen des neuen Vergleichsverfahrens erblickt Prof. Lehmann in seiner konsequenten Ausgestaltung als Konkursverhütungsmittel, und zwar als die ultima ratio zur Abwendung des Konkurses. Daraus rechtfertigt sich namentlich die Zwangsverbindung des Antrages auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens mit dem Konkursöffnungsantrag, insofern der Vergleichsantrag als bedingter Antrag auf Konkursöffnung gilt. Diese Verbindung hat den Gesetzgeber dazu geführt, die Voraussetzungen für das Vergleichsverfahren und das Konkursverfahren insofern gleich zu gestalten, als die Konkursreise des Schuldners verlangt wird. Nach § 1 Vergl. W. wird Zahlungsunfähigkeit gefordert und die Überschuldung in den Fällen, und nur in den Fällen, anerkannt, in denen im Falle der Überschuldung auch das Konkursverfahren eröffnet werden könnte.

Auf der anderen Seite hat die Absicht des Gesetzgebers, das Vergleichsverfahren als erfolgreiches Konkursverhütungsmittel auszubauen, ihn dazu geführt, das Vergleichsverfahren selbst — was seine Wirkungen und seine Durchführung angeht — im Vergleich zum Konkursverfahren eigen- und verschiedenartig auszubauen, so daß es gegenüber dem Konkursverfahren sich nicht bloß durch den

Namen unterscheidet, sondern dem Schuldner auch Vorteile bietet, einen Anreiz für ihn bedeutet, den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens unter geringeren Hemmungen und früher zu stellen als den Konkursöffnungsantrag. Diese Vorteile liegen darin, daß das Vergleichsverfahren dem Schuldner ermöglicht, seinen Betrieb aufrechtzuerhalten und ihm zu dem Zwecke die Verfügungsbefugnis und Verpflichtungsfähigkeit sowie das Prozeßführungsrecht beläßt, und daß der Vergleichschuldner für den Fall des Zustandekommens des Vergleiches von der bei der Durchführung des Konkurses charakteristischen Haftung für den Ausfall, die seine Arbeitskraft lähmt, verschont bleibt — von den Ehrenminderungen des Konkursverfahrens ganz zu schweigen.

Nach diesen grundlegenden Gedanken über die neue Vergleichsordnung behandelte Prof. Lehmann verschiedene Einzelfragen, so das Verhältnis der Vergleichsordnung zum Konkurs, die Voraussetzungen des Vergleichsverfahrens, die Klärung der Voraussetzungen und die Vorbereitung in einem außergerichtlichen Verfahren, die Eröffnung des Verfahrens und ihre Wirkung, den Vergleichsinhalt, die Teilung der Herrschaft über das Verfahren, Stellung und Aufgaben der Vertrauensperson, den Gläubigerausschuß, schließlich die Rolle der amtlichen Berufsvertretungen des Handels und der Industrie: alles Fragen, die von größter Bedeutung sind, die aber natürlich an dieser Stelle nicht näher erörtert werden können.

Von allgemeinem Interesse dürfte es nur noch sein, wie Prof. Lehmann die Frage beantwortete: wie hat sich das Gesetz bisher bewährt? Seine Geltungsbauer — in Kraft getreten am 1. Okt. 1927 — ist noch zu kurz, um ein abschließendes Urteil zu fällen. Mehrfach sind jedoch schon Zweifel geäußert worden, ob sich nicht die Gestaltung des Verfahrens für den Schuldner zu günstig auswirke. Namentlich der Wert des außergerichtlichen Vorverfahrens ist bezweifelt worden.

In einer Reihe von Fällen haben die Schuldner sich, um die Wohltaten des Vergleichsverfahrens zu erlangen, mit dem Angebot einer Dividende begnügt, die ganz knapp über den Mindestsätzen von 30—50% liegt. Schon hieraus erhellt, daß sich die Schuldner geschickt auf das neue Gesetz einzustellen verstehen; unter Zuhilfenahme tüchtiger Sachwalter ist es den Schuldnern in den beobachteten Fällen nicht schwer gewesen, die Zustimmung der erforderlichen Gläubigermehrheit zur Eröffnung des Verfahrens zu erlangen.

Es ist, so meinte Prof. Lehmann zum Schlusse, die Aufgabe der Berufsvertretungen und des Vertrauensmannes, nach dieser Richtung eine scharfe Prüfung eintreten zu lassen. Es muß mit allen Kräften verhindert werden, daß sich das Vergleichsverfahren dank der außergerichtlichen Vorbereitung und Präparierung zu einem bequemen Mittel entwickelt, um sich von einem Teile der Schulden durch Erlaß loszukaufen.

Das beste Schutzmittel gegen Verluste ist allerdings die stets wache Vorsicht und Energie des einzelnen!

Ref. Willi Heß, Düsseldorf.

Schrifttum.

Zeitschrift der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau. Festsnummer zur Feier des 70. Geburtstags des Geheimen Justizrats Dr. Heilberg. 40. Jahrg. Breslau Januar 1928. Nr. 1. Verlag Hermann Sack, Breslau I.

Siehe Aufsatz Levin oben S. 1113.

Die Gerichtspraxis. Herausgegeben von Dr. Ernst Pape, Senatspräsident des Oberverwaltungsgerichts. II. Die Zwangsvollstreckung. Von Ernst Arnstrost, Kammergerichtsrat. Zweite Auflage. Berlin 1927. Verlag Franz Vahlen. Preis geh. 4,20 M.

Das vorliegende zweite Heft der Neuauflage der Papeschen Gerichtspraxis verdient in gleichem Maße wie das erste (Konkursrecht) uneingeschränkte Anerkennung. In leicht lesbaren und leicht faßbarer Form wird der Anfänger in die technischen, oft aber auch wissenschaftlichen Feinheiten der täglichen Vollstreckungspraxis eingeführt. Aus diesem Aufgabenkreis des Buches heraus ergeben sich oft Gesichtspunkte, die in anderen über die Vollstreckung handelnden Werken nicht zu finden sind, die aber in der Praxis Schwierigkeiten bereiten; ein Beispiel dieser Art ist § 8, der das Zusammentreffen mehrerer Einwendungen in der Zwangsvoll-

streckung behandelt, eine für systematische Darstellungen überflüssige Materie, deren Erörterung in dem vorl. Buche aber besonders verdienstvoll ist. Die in jenem Paragrafen gewählten Beispiele zeugen von dem hohen pädagogischen Talent des Verf. Für eine Neuauflage wird eine Vermehrung der Beispiele dankbar begrüßt werden.

Dem Zweck der Darstellung entspricht es, wenn der Verf. langatmige Erörterungen über Streitfragen vermeidet; um so höher ist es ihm anzurechnen, daß er mehrfach selbständige Kritik an herrschenden Ansichten (auch an einigen Formularen der preuß. Praxis) übt. Gegenüber der Art des Verf., Streitfragen zu erwähnen oder anzudeuten, können aber Bedenken nicht ganz unterdrückt werden. Nur selten findet sich ein Zitat; mehrfach (z. B. S. 65) wird einfach gesagt, „das RG. hat angenommen“; bei einem sorgfältigen Benutzer wird in allen derartigen Streitfragen der Wunsch naheliegen, die Gründe der einzelnen Ansichten im Original nachzuprüfen. U. E. könnte diesem Wunsch durch knappe Zitate — etwa nach Art der in den Baumbachschen Erläuterungswerken üblichen — ohne Schwierigkeiten Rechnung getragen werden. Auf ähnlichem Gebiete liegt die Anregung, in einer Neuauflage die führenden Werke der Vollstreckungsliteratur an passender Stelle mindestens nach Titel und Erscheinungsjahr zu erwähnen. Obwohl und weil der vorliegende Grundriß seine Ziele auf von dem der anderen Werke so verschiedenem Gebiete hat, würde eine derartige Übersicht großen Nutzen stiften. Daraus nicht jeder Referendar kennt auch nur dem Titel nach z. B. so hervor-

ragende Werke wie das Ruffbaum'sche Zwangsversteigerungsrecht und die zahlreichen Reinhardt'schen Arbeiten von großer praktischer Bedeutung.

Das nicht einfache Gebiet der Pfändungsbeschränkungen wird leider nur angedeutet (S. 34). Eine eingehende Darstellung dieser in der Vollstreckungspraxis zwar alltäglichen, aber trotzdem nicht so einfachen Materie wäre sehr erwünscht.

Im Zwangsversteigerungsrecht findet sich an keiner Stelle das Wort „Übernahme- und Deckungsprinzip“; ein Hinweis auf diese Zentralbegriffe des ganzen Versteigerungsrechts in historischer und wirtschaftlicher Beziehung wäre sehr erwünscht gewesen. — Falls die hier angeregten Änderungen bei einer Neuauflage aus räumlichen Gründen Schwierigkeiten machen sollten, so könnte wohl das Sachregister ohne Schaden für die Benutzbarkeit fortfallen. Bücher wie das Vorliegende sind keine Nachschlagewerke, bleibt es jedoch bestehen, so wäre eine größere Vollständigkeit anzustreben; vergeblich sucht man in ihm z. B. Kataster, Anwalt, Vollmacht, Deckungsprinzip u. a. m.

Die Namen der für die in Vorbereitung befindlichen weiteren Hefte der Gerichtspraxis gewonnenen Bearbeiter bürgen dafür, daß auch diese sich den ersehnten würdig anreihen. Angesichts des mehrfach betonten Bedürfnisses für Schriften dieser Art ist zu hoffen, daß ihr Erscheinen nicht allzulange auf sich warten läßt.
D. S.

Die Konkursordnung für das Deutsche Reich und ergänzende Gesetze. Handausgabe mit Erläuterungen. Begründet von Staatsrat Dr. Karl Meyer, Präsident beim Oberlandesgericht München. Völlig neu bearbeitet in Verbindung mit Joseph Schiedermaier, Rat am Obersten Landesgericht in München. Von Staatsrat Dr. Joseph Bleher in München. 3. Aufl. München, Berlin u. Leipzig. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier) Preis geb. 21 M.

Die deutsche KO., für die wir früher eine große Anzahl wertvoller Erläuterungsbücher besaßen, war in der Kommentierung allmählich stark vernachlässigt worden. Bis zu den neuen Auflagen der umfangreichen Erläuterungswerke von Jäger und Menzel mußte sich die Praxis lange Jahre mit veralteten Erläuterungswerken durchhelfen. Die vorliegende Handausgabe, deren erste Auflage schon aus dem Jahre 1899 herrührt, hat sicherlich weit über den Kreis der bay. Justiz hinaus in Deutschland mit Recht eine weite Verbreitung gefunden; sie hält in dem Umfang ihrer Erläuterungen den richtigen Mittelweg inne; sie gibt überall die Grundzüge der höchstgerichtlichen Rpr. aus dem Gebiete der KO., ohne der bei der Reichhaltigkeit der diesbez. Rpr. besonders großer Gefahr zu unterliegen, im Detail der Kasuistik unterzugehen; dabei sind überall solche Ergebnisse der Rpr., die durch neuere Judikatur überholt sind, fortgelassen, wodurch das Erläuterungswerk in jeder Richtung auf die Höhe der Zeit gestellt worden ist. Als ein Beispiel ausgezeichneten Erläuterungskunst, wie sie für derartige mittlere Komm. geboten ist, seien die Erläuterungen zu den Begriffen „Zahlungsanstellung“ und „Kenntnis der Zahlungsanstellung“ und die Erläuterungen über den Kreis der bevorrechtigten Forderungen hervorgehoben. Auch da, wo das Konkursverfahren durch außerhalb der KO. erlassene Gesetze betroffen wird — es sei an die Zindtribelastung erinnert — werden die erforderlichen Feststellungen nirgends vermisst. Die neue VerglD. ist in ihrem Wortlaut im Anhang wiedergegeben; in den Erläuterungen konnte sie anscheinend wohl nicht oder jedenfalls nicht mehr durchweg berücksichtigt werden, was bedauerlich ist; die Vorschriften der früheren GeschlAufsKO. sind noch berücksichtigt. Mit besonderer Gründlichkeit sind die strafrechtlichen Bestimmungen von dem Staatsanwalt in München, Herr Dr. Emil Moser, erläutert. Die Bleher'sche Handausgabe wird der Praxis überall da treffliche Dienste leisten, wo es sich darum handelt, ohne tiefes Eindringen in die Probleme des Konkursrechts sich schnell über die Stellungnahme der Rechtspraxis zu einzelnen Vorschriften der KO. zu informieren.

JR. Dr. Lemberg, Breslau.

Das Zwangsversteigerungsgesetz. Erläutert von Dr. jur. h. c. Paul Reinhard unter Mitwirkung von Hans Müller. 6. Auflage. Stuttgart 1928. W. Kohlhammer. Preis Ganzleinen 18 M.

Reinhardt's Handausgabe des ZwVG. und sein Werk über den Einfluß der neuen Gesetzgebung auf die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung sind jedem Juristen bekannt und dem Praktiker unentbehrlich. Kein Rechtsanwalt wird wagen können, ohne diese Bücher einen Zwangsversteigerungstermin vorzubereiten oder wahrzunehmen. Nunmehr liegt die 6. Aufl. der Handausgabe vor (die fünfte war 1926 erschienen); sie hat unter Mitwirkung des ObDir. Hans Müller eine erhebliche Vermehrung des Inhalts erfahren. So sind z. B. die durch das AufwG. veranlaßten Rang-

verschiebungen in eingehender Darstellung erörtert. Über die Art und Vorzüge der Reinhardt'schen Kommentierungskunst ist von vielen Besprechern, auch von mir, bereits so oft berichtet worden, daß nichts mehr hinzuzufügen bleibt. Bei der neuen Auflage ist zu begrüßen, daß die gar zu knappe Ausdrucksweise, die sich in der früheren Auflage oft, und nicht zum Vorteil des Verständnisses, geltend gemacht hatte, nunmehr einer gefälligeren Darstellung gewichen ist. Der von Reinhardt überaus häufig gebrauchte Ausdruck „nach Befinden“ wird vielen Lesern nicht geläufig sein; sie würden den ihnen vertrauteren Ausdruck „unter Umständen“ vorziehen. Zu § 83 Nr. 6 ZwVG. würde vielleicht noch ein weiterer Grund für die Unzulässigkeit der Versteigerung bzw. die Verjagung des Zuschlages anzuführen sein, der sich aus § 6 KapAufG. vom 3. Juli 1916 (RWB. I. S. 680; vgl. RG. 105, 75) sowie aus § 77 Gef. über die Verjagung von Militärpersonen usw. v. 12. Mai 1920 i. F. v. 30. Juni 1923 (RWB. I. S. 523) ergibt. Die in der Einleitung gegebene anschauliche Übersicht über den Verlauf eines Zwangsversteigerungsverfahrens, die der fünften Auflage fehlte, wird namentlich den jüngeren Juristen sehr willkommen sein, die es sicherlich begrüßen würden, wenn in einer neuen Auflage die Darstellung auch die Zwangsverwaltung umfassen würde.

Im Vorwort zur 5. Aufl. hatte Reinhardt mitgeteilt, daß er nach dem Kriege einen ausführlichen Kommentar völlig neu bearbeitet habe, der aber nicht veröffentlicht worden sei. Ich kann hierzu nur wiederholen, was ich bei der Anzeige der 5. Aufl. (ZBZ.) geschrieben habe: Die Wissenschaft erharrt und erhofft diese Veröffentlichung.

JR. Stillschweig, Berlin.

Dr. Wilhelm Kießow, Geh. Regierungsrat, Ministerialrat im Reichsjustizministerium: Vergleichsordnung. Zweite durchgesehene und vermehrte Auflage. Mannheim, Berlin, Leipzig 1928. Verlag J. Bensheimer.

Die erste Auflage des Kießow'schen Erläuterungswerkes zur VerglD. ist von dem Unterzeichneten in ZB. 1927, 2406 besprochen und dabei namentlich hervorgehoben worden, daß sich der Kießow'sche Komm. durch die besonders glückliche Herstellung des Zusammenhanges mit den konkurssrechtlichen Bestimmungen auszeichnet. Als ganz besonders hervorragend sind damals die Erläuterungen zu den §§ 28—30 betr. die Behandlung der schwebenden Geschäfte hervorgehoben worden. Eine wie weite Verbreitung der Kießow'sche Komm. gefunden hat, ergibt sich daraus, daß schon jetzt wenige Monate nach dem Geltungsbeginn der VerglD. die zweite Auflage notwendig geworden ist. Diese zweite Auflage enthält eine vollständige Neubearbeitung der Materie, bei der insbes. alle seit der ersten Auflage erschienenen literarischen Behandlungen der VerglD. eingehende Berücksichtigung gefunden haben. Kießow hebt im Vorwort zur zweiten Auflage hervor, daß ihm das Schrifttum in reichem Maße Anlaß geboten habe, die von ihm vertretenen Ansichten nicht nur da, wo sie Widerspruch gefunden haben, nachzuprüfen, sondern auch zu neuen Fragen Stellung zu nehmen, die von anderer Seite erörtert worden sind oder die ihm sonst als erörterungsbedürftig erschienen sind. Die neue Auflage ist auch äußerlich etwa 100 Seiten stärker als die erste und muß nunmehr als eine in jeder Richtung auf der Höhe der Zeit stehende kommentatorische Behandlung der VerglD. von ganz hervorragendem Werte bezeichnet werden. Es ist dabei das Verdienst des vorl. Erläuterungswerkes, daß, je schwieriger die einzelne auftauchende Frage ist, um so eingehender zu ihr Stellung genommen wird, und daher derjenige, der das Werk benützt, es niemals vergeblich in Anspruch nehmen wird. Interessant sind die dem Vorwort beigefügten statistischen Zahlen, aus denen sich ergibt, daß im Okt. 1927 gegenüber 435 Konkursen 35 Vergleichsverfahren, im Nov. 1927 gegenüber 574 Konkursen 109 Vergleichsverfahren und im Dez. 1927 gegenüber 619 Konkursen 187 Vergleichsverfahren eröffnet worden sind. Diese Ziffern beweisen, daß zwar sowohl die Zahl der Konkurse, als die Zahl der Vergleichsverfahren gestiegen ist, die Steigerung der Vergleichsverfahren aber prozentual eine weit höhere war als die Steigerung der Konkurse. Freilich können wirtschaftliche Rückschlüsse aus diesen Ziffern erst dann hergeleitet werden, wenn feststeht, wie viele der eröffneten Vergleichsverfahren dann auch wirklich zu einem Vergleichsabschluß geführt haben.

JR. Dr. Lemberg, Breslau.

Dr. jur. h. c. Wieruszowski, Senatspräsident i. R. und ordentlicher Honorarprofessor an der Universität Köln: Die Vergleichsordnung. Gemeinverständlich dargestellt und durch praktische Beispiele erläutert. Verlag G. A. Gloeckner, Leipzig. Preis 3,60 M.

Der großen Anzahl von Erläuterungswerken zur VerglD. ist nunmehr die erste systematische Darstellung von Bedeutung gefolgt. Sie rührt von Senatspr. Dr. Wieruszowski her, der auch der GeschlAufsKO. bereits eine wertvolle literarische Be-

handlung hat angebeihen lassen. Das Buch, in welchem die Gesetzes-
texte in den Anhang verwiesen sind, enthält eine nach guten stoff-
lichen Gesichtspunkten geordnete systematische Übersicht über die lei-
tenden Gedanken des Gesetzes und deren Auswirkungen. Wenn der
Verf. im Vorwort hervorhebt, daß das Buch dem in ein Vergleichs-
verfahren vertwickelten Laien ein erster Berater, den Verfahrens-
organen, Vertrauenspersonen und Mitgliedern von Gläubigeraus-
schüssen ein Führer sein werde, vielleicht aber auch der zünftige
Jurist sich des Buches als Wegweiser bedienen wird, um tieferes Ein-
bringen in den Rechtsstreit vorzubereiten, so wird man feststellen
können, daß nicht nur das erste, sondern auch das zweite Ziel
durchaus erreicht ist. Die systematische Darstellung geht keiner Frage
von grundsätzlicher Bedeutung aus dem Wege und sorgt durch ge-
schickte Zerteilung des Stoffes in textliche Darstellung und An-
merkungen für gute Übersicht.

Für die Praxis besonders wertvoll sind die nicht nur für das
Wirtschaftsleben, sondern auch für den Vergleichsrichter beigefügten
Formulare; so bietet insbes. das für den Vergleichstermin be-
stimmte Formular sehr wertvolle Fingerzeige für die Praxis des
Alltags.

JR. Dr. Lemberg, Breslau.

The Law and Practice of Bankruptcy by G. L. Hardy
of the Inner Temple and South-Eastern Circuit.
Third Edition. London, Effingham, Wilson 1927.
Preis 4 sh.

Der Verf. will für Praktiker und interessierten Laien einen Ma-
riß des englischen Konkursrechts geben, der nach seiner Versicherung
für alle praktischen Zwecke völlig genügen soll. Wenn das auch etwas

viel versprochen ist und der englische Jurist die größeren konkurs-
rechtlichen Werke wie Williams, Baldwin und Ringwood
Hardys Buch vorziehen wird, so ist doch zuzugeben, daß auf dem
knappen Raum von etwa 210 Textseiten — zum mindesten für eng-
lische juristische Werke — eine brauchbare Einführung in das Gebiet
des Konkursrechts gegeben wird. Nach einem kurzen, aber recht lehr-
reichen historischen Überblick wird in 20 Kapiteln ein Abriss des
Konkursrechts unter Verwertung der zu dem Act von 1914 er-
gangenen Ausf. Best. und der hauptsächlichsten Judikatur gegeben. Der
Verf. lehnt sich meist eng an das Gesetz an, leider auch im Wortlaut,
so daß schwer verständliche Satzungenheuer nicht ganz selten sind.
Das besonders interessante Schlußkapitel behandelt konkursver-
hütende Vereinbarungen. Würde das preiswerte Buch außer dem
guten Sachregister auch einen Abdruck des Bankruptcy Act ein-
schließlich der Novelle (und wohl auch der Rules) enthalten, so würde
es für den Gebrauch des Ausländers noch geeigneter sein; ohne dies
empfehle ich, den Gesetzestext stets zur Hand zu haben, da ange-
sichts der kurzen Darstellung öfter Unklarheiten entstehen.

Das Büchlein dürfte für die Zwecke des deutschen Prak-
tikers, der mit englischen Konkursangelegenheiten befaßt ist, in der
Regel ausreichen, aber auch für den, der — ohne allzu tief in das
Labyrinth des englischen Rechts hineinsteigen zu wollen — für
Fragen der Reform des deutschen Konkursrechts unter dem Gesicht-
punkt ausländischer Rechte interessiert ist, bietet das Werk viel Lehr-
reiches; in diesem Zusammenhang mag kurz auf die summarisch ver-
waltete kleinere Konkursmasse hingewiesen werden. Bei einer aktiven
Masse von weniger als 300 £ findet ein wesentlich vereinfachtes und
verbilligtes Konkursverfahren statt, bei einer Schuldenlast von
nicht mehr als 50 £ ein ganz aus dem Rahmen des Konkursrechts
hinausfallendes Verfahren zur bestmöglichen Verwertung des schul-
nerischen Vermögens und seiner Arbeitskraft. D. S.

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 Reichs-
gerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

I. Materielles Recht.

1. Anwaltsvertrag. Verhandeln mit einem
Mandanten als Vertreter eines anderen Man-
danten.] †)

Allerdings ist es richtig, daß der Rechtsanwalt nicht
zwei Personen mit widerstreitenden Interessen in derselben
Rechtsangelegenheit gleichzeitig seinen anwaltlichen Beistand
zuteil werden lassen darf. Allein das BG. hat nicht fest-
gestellt, daß bereits bei Einleitung der Verhandlungen über
den Ankauf der Fehntzger Grundstücke und bis zum Abschluß
des Kaufvertrages die Belange des Kr. und des Bekl. in

Zu 1. Die Rspr. des RG. über den stillschweigenden Abschluß
eines Anwaltsvertrages, insbes. mit Personen, die als Vertrags-
gegner des eigenen Klienten in der betreffenden Sache er-
scheinen, ist schon oft zum Gegenstande der Kritik gemacht wor-
den; vor einem Vierteljahrhundert bereits haben Laband und
Staub die Konstruktionen des RG. bekämpft, die in der Tat den
wirklichen Vorgängen des Lebens hier nicht gerecht wurden (vgl.
hierzu Friedlaender, RMZ., Exkurs vor § 30 Anm. 23).

Im vorl. Fall sind die m. G. entscheidenden Gesichtspunkte
in tatsächlicher Beziehung noch nicht geklärt. Der Kl. hatte, wie sich
aus dem nicht abgedruckten Tatbestand ergibt, zunächst die „Re-
gelung der Vermögensschwierigkeiten“ seines Klienten K. über-
nommen. K. stand vor dem Konkurse. Zur Regelung seiner Ver-
mögensschwierigkeiten konnte der Verkauf seines Grundstücks be-
tragen. Zur gleichen Zeit traf nun der Kl. den Bekl. anlässlich
eines Beweisstermins, in dem er — wie auch schon wiederholt in
anderen Sachen — sein Anwalt war. Bei dieser Gelegenheit machte
er ihn auf das Grundstück des Kl. aufmerksam, und auf
seinen Rat hin soll der Bekl. das Grundstück gekauft und dem
K. ein bedeutendes Darlehen (das anscheinend nur zum Teil ge-

Widerstreit getreten waren. War dies aber nicht oder noch
nicht der Fall, so war es für den Kl.-Anwalt (den Kl.)
nicht grundsätzlich ausgeschlossen, in derselben Angelegenheit
auch zu dem Bekl. in ein Vertragsverhältnis zu treten (RG.
52, 365). Mangels näherer Feststellung des Sachverhalts
läßt sich zur Zeit nicht abschließend beurteilen, ob für den
Kl. rechtlich und beruflich ein Hindernis zum Abschluß eines
Anwaltsvertrages mit dem Bekl. bestand. Im Hinblick auf
die Bestimmung des § 676 BGB. ist das Bestehen eines
Vertrages, bei dem die Ratserteilung den Haupt- oder ein-
zigen Vertragsinhalt bildet, oder wenigstens eine Nebenver-
pflichtung darstellt, allerdings nicht zu vermuten, der Be-
ratungsvertrag kann aber sowohl ausdrücklich wie auch still-
schweigend geschlossen werden, und er verpflichtet, wenn sein
Abschluß außer Zweifel steht, den Rechtsanwalt, dem Recht-
suchenden nach seinem besten Wissen und Können und unter
Aufwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt Rat oder Emp-
fehlung zuteil werden zu lassen und für die Folgen einer
sachfahrlässig-fehlsamen Ratserteilung einzustehen (RG/Entsch.
264/04 III v. 5. Jan. 1905, abgedr. JW. 1905, 138 Nr. 16,
105/08 III v. 19. Mai 1908; zit. RG. 52, 366; 154/09 III
v. 18. Febr. 1910). Zum mindesten hätte geprüft werden
müssen, ob nicht nach den Umständen des Falles der Bekl.

sichert war) gegeben haben. Seine auf Arglist gestützte Wider-
klage ist abgewiesen worden; es handelt sich jetzt noch um die gel-
tend gemachte Schadensersatzpflicht aus dem angeblichen An-
waltsvertrage.

Die Tatsache, daß der Kl. auch sonst den Bekl. schon ver-
treten hatte und daß er ihm den Kauf des Grundstücks anlässlich
einer solchen beruflichen Vertretung empfahl, spricht natürlich an
sich dafür, daß der Bekl. auch diesen Rat als einen vertrags-
mäßigen — d. h. als einen anwaltschaftlichen, nicht bloß freunds-
chaftlichen — Rat ansehen durfte und daß der Kl. mit dieser Auf-
fassung rechnen mußte. Trifft dies zu, so ist nach allgemeinen
Grundsätzen des Verkehrsrechts und nach den Erfordernissen der
Verkehrssicherheit ein Vertrag i. S. des § 676 BGB. anzu-
nehmen. Für die Entsch. der erwähnten Frage wäre es aber von
großer Wichtigkeit, zu wissen: einmal, wie die Besprechung zwischen
den Parteien sich im einzelnen abgespielt hat, ob es sich nur um
eine gelegentliche Bemerkung oder um eine eingehende, vielleicht
auch in der Folgezeit beim Abschluß der Verträge noch fort-
gesetzte Beratung handelte usw. (denn auch der Anwalt gibt ge-
legentlich einen freundschaftlichen Rat, den nach den Umständen des

im Hinblick auf Treu und Glauben und für den Kl. erkennbar der Überzeugung war und sein durfte, daß er sich unter dem anwaltlichen Schutze des Kl. befand; dies um so mehr, als es nach den getroffenen Feststellungen der Kl. war, der den Bekl. auf den Kr. schen Grundbesitz und die Möglichkeit seines Erwerbes hinwies, und zwar gelegentlich eines Beweisaufnahmetermins, den der Kl. als Anwalt des Bekl. wahrnahm, und als sich die Parteien in dieser Angelegenheit nicht zum ersten Male gegenübertraten, sondern schon früher wiederholt in vertraglichen Beziehungen zueinander gestanden hatten. Auch insoweit das BG. den Schadensersatzanspruch des Bekl. daran scheitern läßt, daß ihm von dem Kl. keine allgemeine Beratungsgebühr in Rechnung gestellt worden ist, tritt es in Widerspruch mit der Rspr. des erf. Sen., derzufolge es nicht darauf ankommt, ob dem Kl. ein Anspruch auf besondere Vergütung für die Erteilung der Auskunft erwuchs, wie es auch gleichgültig ist, ob die verlangte Auskunft eine Rechtsfrage oder tatsächliche Verhältnisse betraf, und ob ihre Erteilung zu den Berufsgeschäften des Bekl. zu rechnen ist oder nicht. Maßgebend ist nur, ob der Kl. nach Treu und Glauben annehmen mußte, daß der Bekl. eine Auskunft verlangte, auf die er sich unbedingt verlassen könne, und für deren Richtigkeit der Kl. insoweit einzustehen habe, daß er für jede Verabsäumung der erforderlichen Sorgfalt hafte (RGEntsch. 185/14 III v. 18. Sept. 1914, abgedr. in LZ. 1915 Sp. 49 Nr. 10). Nach einer weiteren Entscheidung des Senats ist es unerheblich, ob der Rechtsuchende bei seinem Ersuchen um Auskunft die Herstellung von Vertragsbeziehungen zu dem angegangenen Rechtskundigen bezweckte, und ob Entsprechendes der Rechtskundige, als er den Bescheid erteilte, beabsichtigt hat; es genügt, daß sie zueinander in Beziehungen getreten sind, die, wenn sie einmal vorliegen, nach Maßgabe der bürgerlichen Rechtsordnung als vertragliche anzusehen und dementsprechend in ihren rechtlichen Auswirkungen zu beurteilen sind (RGEntsch. 52/26 III v. 14. Jan. 1927, abgedr. in JW. 1927, 1145 Nr. 7; vgl. RGEntsch. 242/26 III v. 25. März 1927).

(II. v. 10. Febr. 1928; 231/27 III. — Naumburg.)
[Sch.]

2. Die Drohung mit Klage ist nicht widerrechtlich, wenn der Drohende an die Berechtigung des erstrebten Erfolges geglaubt hat.]

Der Tischlermeister S. und seine Ehefrau, die Kl., haben vor dem Notar H. am 7. April 1926 mit dem Bekl. einen Vertrag geschlossen, in dem sie sich zum Empfang eines seit dem 1. Jan. 1926 fälligen und von da ab mit 9% jährlich zu verzinsenden Darlehens von 10 000 M bekannt, gewisse Sicherheiten geleistet und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben. Die Kl. hat den Vertrag durch Schreiben an den Bekl. v. 24. April 1926 mit der Begründung angefochten, daß sie zu seinem Abschlusse widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden sei. Die Entscheidung hängt davon ab, ob der Anfechtungsgrund des § 123 Abs. 1 BGB. durch die Drohung mit Klagerhebung erfüllt

ist, die der Rechtsanwalt und Notar H. als Rechtsbeistand des Bekl. in dessen Gegenwart bei den Verhandlungen mit dem Eheleuten S. am 7. April 1926 ausgesprochen und in ihrem Beisein durch das Diktat des Anfanges einer gegen beide gerichteten Klage zu verwirklichen sich angeeignet hat. Das BG. gibt für die Bejahung dieser Frage eine doppelte Begründung; es sagt: 1. Die vorliegende Drohung sei zwar mit einem an sich zulässigen Mittel, der Klagerhebung, erfolgt, aber deshalb widerrechtlich, weil dem Bekl. ein Anspruch auf die von der Kl. in dem Vertrage v. 7. April 1926 anerkannte Darlehensschuld gegen die Kl. nicht zustanden habe. Die angebliche Annahme des Bekl., daß die Kl. von vornherein seine Mitschuldnerin gewesen sei, sei unerheblich. Das Gesetz wolle nicht den Drohenden bestrafen, sondern die freie Willensentschließung gewährleisten. Diese werde in gleicher Weise gefährdet, wenn der Drohende an die Rechtmäßigkeit seines Anspruchs glaube, wie dann, wenn ihm dieser guter Glaube fehle. Es komme deshalb auf den guten Glauben des Bekl. an die Berechtigung seines Anspruchs gegen die Kl. nicht an. Der jetzt erf. 4. BS. hat bereits in seinem Ur. v. 27. März 1922 (Gruch. 66, 454; JW. 1923, 367 Nr. 1) ausgesprochen: Die Ankündigung des Gläubigers, von solchen Rechtsbehelfen, wie Prozeß und erlaubter Selbsthilfe, Gebrauch machen zu wollen, könne dann als eine widerrechtliche Drohung nicht angesehen werden, wenn der Gläubiger hierbei im guten Glauben an die Berechtigung des zu sichernden Anspruchs gehandelt habe. Dertmann hat in seiner Anmerkung zu JW. 1923, 367 Nr. 1 jenen Ausspruch bekämpft. Er wirft dem Senat vor, daß er sich von den Ur. des 5., 7. und 6. BS. in WarnRspr. 1910 Nr. 407, 1911 Nr. 4 und 258, 1913 Nr. 186 ohne Feststellung des Gegenfases getrennt habe. Der Vorwurf ist unbegründet. Was in den zuletzt angeführten Urteilen gesagt ist, hat auch der 4. BS. in seinem Ur. v. 27. März 1922 grundsätzlich anerkannt. Er ist dort davon ausgegangen, daß eine widerrechtliche Drohung i. S. des § 123 BGB. auch dann gegeben sein werde, wenn zwar das Mittel der Drohung erlaubt, der mit der Drohung bezweckte Erfolg aber unerlaubt sei, und er hat zugegeben, daß diese letztere Voraussetzung regelmäßig schon dann vorliegen werde, wenn auf die Herbeiführung des bezweckten Erfolges kein subjektives Recht bestehe. Das RG. habe deshalb, so heißt es dort weiter, in feststehender Rspr. eine widerrechtliche Drohung in allen den Fällen angenommen, in denen jemand durch die Bedrohung mit einer an sich auf Grund der allgemeinen Freiheit zulässigen Handlung zu dem Abschluß eines Vertrages, zu der Errichtung einer Urkunde und dergleichen, worauf kein Anspruch bestanden habe, bestimmt werden sollte. In jenem Urteil ist dann aber mit Recht eine Unterscheidung gemacht zwischen den auf Grund der allgemeinen Freiheit zulässigen Handlungen und denjenigen Fällen, in denen das Mittel der Drohung nicht bloß auf Grund der allgemeinen Freiheit erlaubt ist, vielmehr dem Drohenden von der Rechtsordnung eigens zu dem Zwecke zur Verfügung gestellt ist, um den mit der Drohung bezweckten Erfolg herbeizuführen. Das vornehmlichste Mittel dieser Art ist die Klagerhebung.

der Strafe gewähre; und doch ist der rechtliche Unterschied vorhanden.

Falles kein ehrlicher Mensch für einen vertragsmäßigen halten wird); vor allem aber sollte man feststellen: ob der Bekl. gewußt hat, daß der Kl. zu K. in einem auf den Grundstücksverkauf bezüglichen Vertragsverhältnis stand. War dies der Fall, so konnte er nicht annehmen, daß der Kl. ihn, den zukünftigen Gegenkontrahenten, als Anwalt, d. h. vertragsmäßig, beraten wolle; und wenn der Kl. ihm offen mitteilte, daß er Vertreter des K. sei, so brauchte er nach Treu und Glauben nicht damit zu rechnen, daß der Bekl. seinen Rat als einen vertraglichen ansehen werde.

Auf diese Fragen also wird es ankommen. Der Satz: es genüge, daß die Parteien „zueinander in Beziehungen getreten sind, die, wenn sie einmal vorliegen, nach Maßgabe der bürgerlichen Rechtsordnung als vertragliche anzusehen sind“, kann, richtig verstanden, doch auch nur besagen, daß es bei der Bewertung der Parteihandlungen nicht auf deren innere Absichten und Zwecke, sondern darauf ankommt, wie der Verkehr diese Handlungen auffaßt und wie sie daher auch der andere Teil auffassen darf. Ein anderes Unterscheidungsmerkmal gibt es gerade in den zweifelhaften Fällen nicht: wenn mein Bruder oder ein Freund mich bei einem Spaziergang über einen Rechtsfall befragt, so kann der Wortlaut von Frage und Antwort und der äußere Vorgang genau derselbe sein wie bei einer Besprechung, die ich einem Klienten auf

Wenn das RG. kein Gewicht auf die Frage legt, ob die Beratung zu den Berufsgeschäften des Anwalts gehöre und ob ihm ein Entgelt dafür zustehe, so wird es hiermit den Vorgängen des Lebens nicht gerecht. Wenn jemand einem Anwalt eine medizinische Frage vorlegt, so spricht die Vermutung gegen die Vertragsmäßigkeit des Rates; m. a. W., die Frage der Berufszugehörigkeit der Auskunft ist einer der wichtigsten Behelfe für die Lösung der Frage, ob vertragsmäßige Auskunft vorliegt oder nicht. Man denke nur an die entsprechende Frage im Arzterecht. Und die Frage der Entgeltlichkeit des Rates ist zwar nicht ausnahmslos, aber doch in aller Regel, gleichbedeutend mit der Frage der Vertragsmäßigkeit. Eine vertragsmäßige Dienstleistung des RA. ist im Zweifel nur gegen Honorar zu erwarten (§ 612 BGB.); wenn also die Partei nach den Umständen des Falles eine entgeltliche Leistung gar nicht erwartete und gar nicht wollte, so hat sie auch eine vertragsmäßige Leistung nicht erwartet. Die Unentgeltlichkeit ist gewissermaßen ein Symptom der Vertragslosigkeit; die Feststellung, ob die Partei eine Rechnung erwartete und erwarten durfte, ist regelmäßig die Probe aufs Exempel.

RA. Dr. Friedländer, München.

Eine Drohung mit ihr ist, bei gutem Glauben des Drohenden an die Berechtigung seines Anspruchs, nicht schon deshalb widerrechtlich, weil der Anspruch sich als unbegründet herausstellt. Denselben Standpunkt haben der 2. und 6. ZS. des RG. in RG. 108, 104¹⁾; 110, 384²⁾; 112, 228³⁾ eingenommen. Durch die oben wiedergegebene Begründung des BG. wird danach die Annahme einer Widerrechtlichkeit der Drohung nicht getragen.

(U. v. 9. Febr. 1928; 386/27 IV. — Celle.) [Ra.]

3. § 1570 BGB. Der Einrede der Verzeihung kann der Gegeneinwand der Erschleichung entgegengehalten werden.]†)

(U. v. 30. Jan. 1928; 615/27 IV. — Dresden.) [Ra.]

Abgebr. JW. 1928, 905²¹.

4. § 1362 Abs. 1 BGB.; §§ 31 Nr. 2, 32 Nr. 2 R.D. Benutzung der für das Eigentum des Ehemannes sprechenden Vermutung zum Zwecke der Konkursanfechtung eines zwischen den Eheleuten abgeschlossenen Vertrages.]†)

(U. v. 3. Febr. 1928; 495/27 VII. — Berlin.) [Ru.]

Abgebr. JW. 1928, 897²¹.

II. Verfahren.

1. Zivilprozessrecht.

5. § 233 ZPO.; Ziff. 7 EntlWD. v. 9. Sept. 1915 und 13. Mai 1924 i. d. Fass. d. Bef. v. 13. Mai 1924 (RGBl. I, 552).

1. Zustellung des ohne Verhandlung ergangenen Urteils von Amts wegen; die Umschläge sind bei vereinfachter Zustellung zu den Handakten zu nehmen; Außerachtlassung dieser Vorsichtsmaßregel schließt die Wiedereinsetzung aus, es sei denn, der Anwalt habe sein Personal hierzu angehalten und dabei überwacht.

2. Welche Bedeutung hat die Erklärung, daß die „mangels amtlicher Zustellung wirkungslose“ Berufung zurückgenommen werde?]

Da das Teilurteil des BG. mit Einverständnis der Parteien ohne mündliche Verhandlung erlassen war, mußte es gemäß Ziff. 7 EntlWD. an Stelle der Verkündung den Parteien schriftlich mitgeteilt werden, und zwar durch Zustellung der Urteilsformel. Fehlt diese kraft der ausdrücklichen Vorschrift notwendige Zustellung, so ist das Urteil überhaupt noch nicht nach außen in die Erscheinung getreten, es gilt in sachlicher Beziehung als nicht vorhanden, auch wenn die Parteien Ausfertigungen ohne Zustellung der Urteilsformel erteilt und von ihnen zur Zustellung gebracht waren, und wenn daraus auch für den anders liegenden Fall in JW. 1915, 592¹⁶ vom RG. gefolgert ist, daß eine Berufung zwecks Aufhebung eines solchen fehlerhaften Urteils zulässig ist (vgl. dazu auch RG. 90, 296¹⁾ und JW. 1915, 592). Vorliegend war tatsächlich das ganze Urteil den Parteien bereits am 18. Febr. 1927 von Amts wegen zugestellt worden und dann am 21. Febr. 1927 nochmals vom Kl. an den Befl. Die am 16. März 1927 erfolgte Einlegung der Berufung (1 U 73/27) war also in jedem Falle rechtswirksam, mag man nun mit der amtlichen Zustellung oder erst mit der Parteizustellung die Berufungsfrist beginnen lassen. Dagegen konnte der Pro-

zeßbevollmächtigte des Befl. im zweiten Rechtszuge mit Recht davon ausgehen, daß ein Urteil, das mit einer zur sachlichen Nachprüfung geeigneten Berufung angefochten werden konnte, nicht vorhanden war, wenn die Urteilsformel noch nicht von Amts wegen zugestellt gewesen wäre, und die Zurücknahme der wirkungslosen Berufung und die Einlegung einer neuen Berufung nach ordnungsmäßiger Zustellung der Urteilsformel für geboten erachten. Diese Zurücknahme hat der Befl., wie das BG. ohne Rechtsirrtum annimmt, in dem dem Gegner zugestellten Schriftsatz v. 24. Juni 1927 rechtswirksam erklärt. Der hiergegen gerichtete Angriff der Rev. kann nicht durchgreifen. Er geht dahin: Der Befl. habe auf Grund der Mitteilung des Vorsitzenden des BG. und des Fehlens der Zustellungsurkunden in den Akten angenommen, die Urteilsformel sei nicht von Amts wegen zugestellt und die erste eingelegte Berufung daher wirkungslos. Nur „die mangels amtlicher Zustellung des Urteils wirkungslose“ Berufung habe er in dem Schriftsatz v. 24. Juni 1927 zurückgenommen. Diese Erklärung sei bedeutungslos und ohne Wirkung gewesen, denn eine solche wirkungslose Berufung habe gar nicht vorgelegen. Die Rev. will hiernach die Zurücknahmeerklärung dahin auslegen, daß der Befl. damit nicht eine bestimmte Berufung unbedingt zurückgenommen habe, sondern nur eine solche, die wirkungslos sei. Da aber, wie die Anführung des Aktenzeichens 1 U 73/27 und die inzwischen erfolgte erneute Berufungseinlegung zweifellos ergeben, die Rücknahmeerklärung sich auf die erste Berufungseinlegung v. 15. März 1927 bezieht, so kann die Ausführung des Befl. nur so verstanden werden, wie sie auch das BG. verstanden hat, nämlich dahin, daß der Befl. die Rücknahme nur unter der Bedingung der Wirkungslosigkeit der Berufung erklärt habe. Diese Auslegung ist aber zurückzuweisen. Der Wortlaut spricht nicht für diese Auslegung, läßt vielmehr erkennen, daß der Befl. durch den Zusatz hinsichtlich der Wirkungslosigkeit nur eine Begründung der Zurücknahme hat geben wollen (vgl. auch RG. 68, 166²⁾). Es spricht dafür weiter auch die Erwägung, daß eine bedingte Rücknahmeerklärung in jedem Falle ohne Bedeutung wäre, da derartige Prozeßerklärungen das Hinzufügen einer Bedingung nicht dulden, und daß das dem Erklärenden als Rechtsanwalt bekannt war. Zutreffend hat das BG. darauf hingewiesen, daß eine Anfechtung der Rücknahmeerklärung wegen Irrtums nicht in Frage kommt, da Prozeßerklärungen nicht nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, sondern nur insoweit angefochten werden können, als die ZPO. das zuläßt, und das hier nicht zutrifft. Ohne Rechtsirrtum ist vom BG. auch verneint, daß hier einer der Fälle vorliegt, in denen eine offenbare durch Verschreiben, Versprechen oder ähnliches entstandene Unrichtigkeit berichtigt werden soll. Es kann sich hiernach nur noch fragen, ob das BG. mit Recht dem Befl. hinsichtlich der zweiten Berufungseinlegung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist verweigert hat. Diese zweite Berufungseinlegung war trotz der am 24. Juni 1927 erklärten Berufungszurücknahme an sich rechtswirksam geblieben. Denn die Rücknahmeerklärung bezog sich zulässigerweise ersichtlich nur auf die erste Berufungseinlegung, deren Aktenzeichen auch allein angegeben war, nicht auf das Rechtsmittel der Berufung als solches (vgl. auch RG. 96, 188³⁾; 102, 364 f.). Dadurch, daß durch diese Rücknahme gemäß § 515 ZPO. die erste Berufungseinlegung ohne weiteres außer Kraft trat, erlangte die zweite Berufungseinlegung, die zunächst wegen des Schwebens der ersten Berufung wirkungslos war, Wirksamkeit. Sie war aber verspätet, da damals die Berufungs-

¹⁾ JW. 1924, 1589. ²⁾ JW. 1925, 1434. ³⁾ JW. 1926, 1430.

Zu 3. Das Urteil bringt den neuen Gesichtspunkt der Erschleichung der Verzeihung. Ein schlagender Beweis für die Unrichtigkeit der Ansicht, daß „in Ehesachen die Rev. entbehrlich sei, weil alle rechtlichen Gesichtspunkte bereits ausreichend in der Abspr. klargestellt seien“!

Geh. RA. Dr. Heilberg, Breslau.

Zu 4. Schon in meinem Handbuche des Eherechts (I S. 152) hatte ich ausgeführt, daß § 1362 I seine Hauptanwendung im Bereiche der Zwangsvollstreckung finde, aber auch für andere Fälle bedeutung-

werden könne. Und ebenso, daß auch dem Konkursverwalter die Anrufung des § 1362 I zu verstatten sei (S. 163, 164). In der vorliegenden Entsch. spricht nun das RG. den allgemeinen Satz aus, daß die Vermutung des § 1362 I überall da eingreife, wo ein Gläubiger des Mannes in dieser seiner Eigenschaft auftrete oder, wie im Konkursverfahren, mit seinen Belangen in Frage komme. Darin liegt die Bedeutung des Urteils, das in dieser weitgehenden Auslegung des § 1362 I durchaus beifallswürdig ist. Im vorl. Falle gelangt man unter der Einwirkung des § 1362 I zu einer Regelung der Beweislast, wie sie dem praktischen Bedürfnisse entspricht.

SenPräf. i. R. Prof. Dr. Wieruszowski, Köln.

¹⁾ JW. 1917, 853.

²⁾ JW. 1908, 340.

³⁾ JW. 1919, 727.

frist sowohl seit der amtlichen als auch seit der Parteizustellung abgelaufen war. Das BG. meint nun, es fehle deshalb an der Voraussetzung für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus § 233 ZPO., weil ja die erste Berufung rechtzeitig eingelegt sei und deshalb eine Versäumung der Berufungsfrist nicht in Frage kommen könne. Damit wird es jedoch dem Sinne und dem Zweck der Bestimmung sowie der vorliegenden eigenartigen Sachlage nicht gerecht. Für die Entscheidung der Frage, ob die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Notfrist einzuhalten, ist von der Sachlage auszugehen, wie sie bestand, als das Hindernis behoben wurde. Das war hier der Zeitpunkt, in dem der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. durch den Senatspräsidenten M. erfuhr, daß die Zustellung des ersten Urteils entgegen der früheren Annahme doch bereits am 18. Febr. 1927 von Amts wegen erfolgt war. Damals aber lag eine die Berufungsfrist währende Berufungseinlegung nicht mehr vor. Denn die erste Berufungseinlegung, welche diese Bedeutung gehabt hatte, war durch die Zurücknahmeerklärung endgültig außer Kraft getreten und hatte jede Bedeutung für die Fristwahrung verloren. Es war also damals tatsächlich infolge der Rücknahmeerklärung die Frist versäumt. Gerade diese Erklärung in Verbindung mit der irrtümlichen Annahme, das erste Urteil sei von Amts wegen erst am 30. Mai 1927 zugestellt, war das Ereignis, welches die Einhaltung der Berufungsfrist verhindert hatte. Die Frist war also einmal eingehalten worden, aber nunmehr war diese Einhaltung endgültig hinfällig geworden, sie war nicht mehr vorhanden, die Frist also nicht mehr eingehalten. Und das genügt. Wie die eidesstattliche Versicherung des Gerichtsassessors F. v. 7. Juli 1927 ergibt, hat er als Vertreter des zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten erst am 27. Juni 1927 durch Mitteilung des Senatspräsidenten Dr. M. erfahren, daß das erste Urteil doch bereits am 18. Febr. 1927 von Amts wegen zugestellt war. Dann hat der Bekl. fristgerecht (§ 234 ZPO.) mit Eingabe v. 6. Juli — eingegangen am 8. Juli 1927 — die Wiedereinsetzung beantragt. Der Antrag ist ordnungsmäßig. Es fragt sich also, ob die Nichteinhaltung der Berufungsfrist auf einen unabwendbaren Zufall zurückzuführen ist. Das kann nach dem vorliegenden Stoff nicht als dargelegt und glaubhaft gemacht erachtet werden. Nach der Feststellung des BG. ist das erste Urteil den beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten im ersten Rechtszuge, für den Bekl. dem Rechtsanwalt F., ordnungsmäßig zugestellt worden. Diese Zustellung ist danach also gemäß der Vorschrift der §§ 211, 212 ZPO. so ausgeführt worden: Das Urteil war in einem mit Anschrift, Geschäftsnummer und dem Vermerk „Vereinfachte Zustellung“ versehenen Briefumschlag der Post zur Beförderung übergeben und dann von dem Postboten der Vorsteherin des Büros des Rechtsanwalts F. für diesen überliefert worden, wobei der Tag der Zustellung auf dem Umschlag von dem Postboten vermerkt wurde. — Ob mit dem Urteil auch der Briefumschlag, aus dem sich die Tatsache und der Tag der amtlichen Zustellung ergab, zu den Handakten des Rechtsanwalts F. gekommen ist, läßt sich nicht mehr feststellen. Es kommt aber für die Frage der Wiedereinsetzung auch nicht entscheidend darauf an. Wenn der Umschlag bei den Handakten war, so ergab sich daraus ohne weiteres, daß das Urteil von Amts wegen zugestellt war, und es hätte dann, da ja die Handakten dem zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten stets übersendet werden, jedenfalls aber bei Zweifeln bezüglich der Formlichkeiten durch ihn hätten eingefordert werden müssen, aus den Handakten sich ohne weiteres die amtliche Zustellung des Urteils v. 18. Febr. 1927 ergeben. War der Umschlag aber versehentlich nicht zu den Akten gekommen, so ist doch, auch wenn man das nur auf ein Versehen des Büros zurückführt, in keiner Weise dargetan, daß Rechtsanwalt F. sein Büro über Art und Bedeutung der amtlichen Zustellung sowie über die Notwendigkeit der Aufbewahrung der betreffenden Briefumschläge belehrt und die Durchführung seiner Anordnungen geprüft hat. Das aber wäre erforderlich gewesen, und es ist anzunehmen, daß dann der Umschlag auch zu den Akten gekommen wäre (vgl. dazu RGEntsch. IV 704/13 vom 8. April 1914⁴) und IV 448/18 v. 3. Mai 1919 sowie

II 453/05 v. 6. Febr. 1906). Es ist also nicht dargetan und kann auch wegen Ablaufs der Wiedereinsetzungsfrist nicht mehr dargetan werden, daß der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. erster Instanz, für dessen Versehen dieser einstehen muß, jede nach den Umständen des Falles mögliche und erforderliche äußerste Sorgfalt angewendet hat. Es wäre auch Sache des Prozeßbevollmächtigten des Bekl. gewesen, vor Einlegung der Berufung zu ermitteln, ob die amtliche Zustellung der Urteilsformel erfolgt war. Dasselbe hätte Rechtsanwalt F. auch tun müssen, als ihm selbst der Gegner das Urteil zustellte. Denn die Wirksamkeit dieser Maßnahmen hing ja von der amtlichen Zustellung ab. Wäre das alsbald durch Nachfrage beim BG. und durch Akteneinsicht gesehen, so wäre die Tatsache der amtlichen Zustellung voraussichtlich festgestellt worden, auch wenn die Zustellungsurkunden versehentlich nicht zu den Akten gefestet waren, sondern lose lagen und bei Übersendung der Akten an das BG. bei dem Versendungsbeleg zurückbehalten wurden. Wäre aber die amtliche Zustellung festgestellt worden, dann hätte der Bekl. nicht die Berufung zurückgenommen und dadurch die Fristversäumung herbeigeführt. Es kann hiernach unerörtert bleiben, ob in dem weiteren Verfahren die äußerste zu erfordernde Sorgfalt von dem Bekl. und seinen Vertretern gewahrt ist, und inwieweit die Zurücknahme der Berufung auch dadurch veranlaßt worden ist, daß dem Prozeßbevollmächtigten des Bekl. amtlich auf Grund der nachlässig geführten Akten irrtümlich eine irreführende Auskunft erteilt war.

(U. v. 1. März 1928; 374/27 VI. — Kassel.) [Sch.]

6. § 234 Abs. 2 ZPO. Wußte der einer armen Partei beigeordnete Anwalt nicht, daß die Rechtsmittelfrist schon abgelaufen war, so begann der Lauf der zweiwöchigen Frist für den Wiedereinsetzungsantrag schon mit dem Tage, wo diese Unkenntnis aufhörte, eine unverschuldete zu sein.)*

(Beschl. v. 19. Jan. 1928; 2/28 IV B. — Raumburg.) [Pa.]

Abgedr. 1928, 705³.

Zu 6. Für Rechtsanwälte birgt die ZPO. viele Fußangeln. Die vorstehende Entsch. des RG. und die dort zitierte und bestätigte, ältere Praxis bieten hierfür wieder einen schätzbaren Beleg. Sie führen zu folgender Nuganwendung:

Wird dem Rechtsmittelfrl. ein Armenanwalt beigeordnet, so muß der Anwalt nicht nur schleunigst das Rechtsmittel einlegen, sondern auch unverzüglich zu ermitteln suchen, wann das Urteil der Vorinstanz zugestellt ist; je nach dem Ergebnis dieser Ermittlungen muß er nötigenfalls sofort den Antrag auf Wiedereinsetzung stellen; unter Umständen muß er sogar vorsorglich die Wiedereinsetzung sofort beantragen, ohne das Ergebnis der Ermittlungen abzuwarten.

Die erste dieser Pflichten, die sofortige Einlegung des Rechtsmittels, wird wohl kaum je unerfüllt bleiben. Aber das genügt nicht. Denn wenn in diesem Augenblick bereits die Rechtsmittelfrist verstrichen ist, so ist die Einlegung unwirksam, sofern sie nicht durch den Antrag auf Wiedereinsetzung wirksam gemacht wird. Aber die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden; und die Frist beginnt mit dem Tag, an welchem das Hindernis gehoben ist. Zutreffend bemerkt das RG., daß hier aber ein doppeltes Hindernis vorliegt. Das eine Hindernis ist die Armut der Partei; diese steht der Einlegung des Rechtsmittels so lange entgegen, bis der Armenanwalt beigeordnet und die Beordnung bekanntgegeben wird. Nun besteht aber noch ein zweites Hindernis, durch das zwar nicht die Einlegung des Rechtsmittels, wohl aber die eines wirksamen Rechtsmittels gehemmt ist; dieses Hindernis liegt in der Unkenntnis des Armenanwalts darüber, daß die Rechtsmittelfrist schon verstrichen ist und die Einlegung des Rechtsmittels daher nur zusammen mit einem Wiedereinsetzungsantrag Kraft haben kann. Und dieses zweite Hindernis wird nicht erst dann gehoben, wenn der Anwalt erkennt, daß die Rechtsmittelfrist verstrichen ist, sondern schon dann, wenn er dies zwar nicht erkannt hat, aber hätte erkennen müssen. Freilich ist dieses subjektive Schuldbmoment in § 234 Abs. 2 ZPO. nicht ausdrücklich hervorgehoben. „Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hindernis gehoben ist“ — das klingt so, als ob die Befehung des Hindernisses lediglich nach objektiven Momenten zu beurteilen wäre. Um indes den § 234 richtig zu verstehen, darf man ihn nicht aus dem Zusammenhang reißen, sondern muß ihn i. Verb. m. dem unmittelbar vorangegangenen § 233 lesen. Dies nun so mehr, als daß in § 234 gebrauchte Wort „Hindernis“ auch sprachlich sich an § 233 anlehnt; denn § 233 Abs. 1 bewilligt die Wiedereinsetzung

⁴) ZB. 1914, 771.

7. §§ 286, 357, 397 ZPO. Die Verletzung der Vorschriften über die Teilnahme der Partei an der Beweisaufnahme bildet für sich allein keinen Revisionsgrund, sondern nur in Verbindung mit § 286, dessen Verletzung nicht gerügt werden kann.]†)

(U. v. 8. Nov. 1927; 166/27 II. — Berlin.) [Ru.]
Abgedr. ZW. 1928, 108 14.

einer Partei, welche durch unabwendbare Zufälle an der Fristwahrung „verhindert“ worden ist. Hieraus ergibt sich, daß in solchen Fällen kein Hindernis auch in § 234 Abs. 2 nur ein solches gelten kann, wie es in § 233 Abs. 1 ins Auge gefaßt ist. Da nun die Frist für den Wiedereinsetzungsantrag mit dem Tage beginnt, an dem das Hindernis des unabwendbaren Zufalls behoben ist, so tritt diese Befreiung nicht erst dann ein, wenn der hindernde Tatbestand völlig beseitigt ist, sondern schon dann, wenn er nicht mehr auf einem unabwendbaren Zufall beruht, also, wenn sich der unabwendbare Zufall in ein schuldhaftes Ereignis verwandelt hat; dabei mag die Schuld so gering sein, wie sie wolle, sofern nur das Ereignis sich durch die äußerste angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt abwehren und in seinen schädlichen Folgen vermeiden ließ.

Hieraus ergibt sich: weiß der Armenanwalt nicht, daß das von ihm eingelegte Rechtsmittel verspätet ist, so ist dies ein unabwendbarer Zufall höchstens so lange, bis er bei Annahme der höchstgeleisteten Sorgfalt es hätte wissen müssen. Deshalb beginnt der Fristlauf für den Wiedereinsetzungsantrag mit dem Tage, an welchem, wie das RG. sagt, „die Unkenntnis aufgehört hat, unverschuldet zu sein“. Deshalb muß der Armenanwalt nicht nur sofort das Rechtsmittel einlegen, sondern auch unverzüglich nachforschen, wann das vorinstanzliche Urteil zugestellt worden ist; unterläßt er diese Nachforschung, so stellt dies ein Verschulden dar, von dem ab der Fristlauf beginnt.

In allem muß man dem RG. zustimmen, aber auch darin, daß der Armenanwalt mitunter verpflichtet ist, vorsorglich sofort bei Einlegung des Rechtsmittels gleichzeitig die Wiedereinsetzung zu beantragen, insbes. dann, wenn der Tag der Urteilsverkündung weit zurückliegt. Allerdings wird dies nur unter ganz besonderen Umständen geboten sein. Derartige Umstände lagen in dem Fall Senff/Arz. 79 Nr. 177 vor. Dort datierte das Urteil v. 19./25. Febr.; und aus den Gerichtsakten ließ sich ersehen, daß bereits am 29. Febr. die Urteilsausfertigung erteilt war; der Armenanwalt wurde erst am 30. April von seiner Beordnung benachrichtigt und hatte nur allerdings dringenden Anlaß, anzunehmen, daß das Urteil längst zugestellt und die Rechtsmittelfrist bereits verstrichen sein könnte. Aber die Frage, ob der Verkündungstag schon so weit zurückliegt, daß mit der Gefahr des Fristablaufs zu rechnen sei, ist oft schwer zu entscheiden. Im Zweifel tut der Anwalt jedenfalls besser, sofort die Wiedereinsetzung zu beantragen auf die Gefahr hin, daß sich später die Überflüssigkeit des Antrags herausstellt. Denn nach heutigem Recht entfalten dadurch weder besondere Gerichtskosten noch höhere Anwaltsgebühren — im Gegensatz zum früheren Recht.

JR. Striemer, Königsberg.

Zu 7. Der Entsch. kann nicht in allen Punkten beigetreten werden. Der Revisionsangriff läuft nicht nur darauf hinaus, daß die tatsächlichen Feststellungen des BG. auf der Berücksichtigung einer Zeugenaussage beruhen, die nicht hätte berücksichtigt werden dürfen; daß also ein — allerdings nach den Entlastungsgesetzen nicht revidierbar — Verstoß gegen § 286 ZPO. vorliegt. Sondern es wird außerdem und im besonderen ein Verstoß gegen die zwingenden Vorschriften der §§ 357, 397 ZPO. gerügt. Man kann im Grunde jede Rüge eines Verstoßes gegen Prozeßvorschriften in dem allgemeinen Sinne auslegen, daß sich das Gericht ohne den Prozeßverstoß eine andere richterliche Überzeugung gebildet hätte, daß also die Vorschrift des § 286 ZPO. verletzt sei. Auf diese Weise ließe sich in fast allen Fällen die Unzulässigkeit der Revisionsrüge aus § 286 ZPO. in Verbindung mit den Entlastungsgesetzen herleiten.

Die Rüge, daß die §§ 357, 397 ZPO. verletzt seien, weil dem Revisionsführer keine Möglichkeit gegeben wurde, der Beweisaufnahme in Lausanne beizuwohnen und dort Fragen an den Zeugen zu richten, ist aber eine ganz spezielle Rüge. Es war daher auch — unabhängig davon, daß sich das Gericht seine Überzeugung unter Verletzung des § 286 ZPO. gebildet hat — im besonderen zu prüfen, ob das Urteil auf der Verletzung der Vorschriften der §§ 357, 397 ZPO. beruht.

Stein II, Abs. II zu § 357, weist ausdrücklich (unter Ausführung der §§ 512, 548) darauf hin, daß der Verstoß gegen § 357 mit den Rechtsmitteln gerügt werden kann. Wir finden diesen Hinweis in der neuesten Ausgabe von Stein, in welcher das Entsch. v. 21. Dez. 1925 (Art. I) bereits aufgenommen und berücksichtigt ist. Wäre ein Verstoß gegen § 357 — wie das RevG. in obiger Entsch. sagt — stets nur unter den Verstößen gegen § 286 ZPO.

§ 519 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO. Förmlicher Berufungsantrag ist nicht erforderlich; es genügt, wenn dem Berufungsschriftsatz mit Sicherheit entnommen werden kann, daß das Urteil vollständig angefochten werden will.]†)

Der verurteilte Bekl. hat gegen das am 27. Juni 1927 zugestellte Urteil am 27. Juli durch Schriftsatz vom selben Tage Berufung eingelegt. Das BG. hat das Rechtsmittel

zu subsumieren und deshalb dem Revisionsangriff entzogen, so könnte der Komm. Stein nicht in solchen Fällen die Rev. ausdrücklich als zulässig bezeichnen.

Seltenerweise prüft das RevG. — obwohl es den Standpunkt einnimmt, die Rev. richte sich gegen eine Verletzung des § 286 ZPO. und sei daher von vornherein unzulässig — dennoch die Frage, ob das Urteil auf einer Verletzung der §§ 357, 397 ZPO. beruht (§ 549 ZPO.).

Nach Ansicht des RevG. ergibt die Begründung des BG. klar, daß letzteres nicht der Fall ist. M. E. kann man niemals mit Bestimmtheit sagen, wie eine Zeugenvernehmung sich gestaltet hätte, wenn ein Parteivertreter in der Lage gewesen wäre, dem Zeugen bestimmte Vorhaltungen zu machen, oder wenn auch nur die Partei mit ihrem Prozeßbevollmächtigten dem Termin beigewohnt hätte. Die Möglichkeit, daß der Zeuge in Lausanne sich schließlich zu einer Bejahung des Beweischemas hätte bequemen müssen, wenn ihm vom Vertreter des Kl. durch energischen Vorhalt gewisser Einzelheiten zugesetzt worden wäre, ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Man kann daher nicht sagen, daß das Urteil unter keinen Umständen auf der Verletzung der §§ 357, 397 ZPO. beruht. Der Gesetzgeber hätte das Recht der Parteienanwesenheit und der Parteifragen bei Zeugenvernehmungen nicht vorgesehen, wenn Anwesenheit und Fragestellung der Parteien nicht erfahrungsgemäß auf die Feststellung der objektiven Wahrheit von großem Einfluß wären. Auf der Nichtbeachtung so wichtiger Verfahrensvorschriften kann zweifellos die Verschweigung oder Falschbekundung von Tatsachen seitens eines Zeugen beruhen, die dann — ohne daß eine Verletzung des § 286 ZPO. vorzuliegen braucht — von selbst zu einem unrichtigen Urteil führt.

Gewiß begründet die Verletzung der Vorschriften in §§ 357, 397 ZPO. für sich allein überhaupt nicht die Revision. Dahin dürfte auch der vorliegende Revisionsangriff nicht zu verstehen sein. Ist aber ein Rechtsatz, „den das Gericht anzuwenden verpflichtet war“ (Stein III B zu § 549) unbeachtet geblieben und besteht auch nur die „Möglichkeit, daß anders entschieden worden wäre“, so ist nach der Rspr. des RG. — zusammengesetzt bei Stein V zu § 549 Fußnote 149 — der Kaufzusammenhang zwischen Urteil und Gesetzesverletzung anzunehmen und das BU. entsprechend dem Revisionsantrag aufzuheben.

RM. Dr. G. v. Scanzoni, München.

Zu 8. Die Novelle vom Jahre 1924 zur ZPO. hat in § 519 den Berufungsbegründungszwang gebracht und zwar in der Form, daß sie im wesentlichen sich darauf beschränkte, aus der Sollvorschrift des § 519 Abs. 2 früherer Fassung eine Mussvorschrift zu machen; die Bestimmung des Berufungsbegründungszwanges ist derjenigen des Revisionsbegründungszwanges in § 554 nachgebildet, auch in der formalen Gliederung des § 519 Abs. 3 gegenüber § 554 Abs. 2. Die Bestimmungen über die Begründung von Berufung und Rev. unterscheiden sich nur darin, daß für die Rev. bestimmte Revisionsgründe angegeben werden müssen (§ 554 Abs. 2 Ziff. 2), während für die Berufungsbegründung in § 519 Abs. 3 Ziff. 2 lediglich die Angabe neuer Tatsachen, Beweismittel und Beweisinreden, welche geltend zu machen beabsichtigt wird, vorgeföhrieben ist. Wenn man also von diesen letzteren Unterscheidungsmerkmalen des Begründungszwanges hinsichtlich Rev. und Berufung absieht, so bedeuten sich die gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich Berufungsbegründung (§ 519 Abs. 3 Ziff. 1) und Revisionslegung (§ 554 Abs. 3 Ziff. 1) inhaltlich völlig; die kleinen Verschiedenheiten im Wortlaute bedeuten keine inhaltliche Verschiedenheit hinsichtlich der Form der Begründung. Trotzdem divergiert die Rspr. in Auslegung der beiden Vorschriften. RG. (RG. 102, 280) III v. 27. Mai 1927; ZW. 1927, 2136 halten die Stellung eines förmlichen Revisionsantrages für unerlässlich. Dagegen steht die oberstgerichtliche Rspr. — welcher sich ob. Befehl. anreicht — und Literatur in nimmehr feststehender Praxis auf dem Standpunkt, daß es zur Berufungsbegründung eines förmlichen Antrages nicht bedürfe, vielmehr genüge, daß der beabsichtigte nicht ausdrücklich gestellte Antrag im Wege der Auslegung aus dem sonstigen Inhalt der Berufungsschrift oder Berufungsbegründung oder beider zusammen mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sei; so insbes. RG. II v. 9. Jan. 1925; ZW. 1925, 622; VI v. 15. Mai 1925; ZW. 1925, 1491 u. 1638; RG. IV v. 23. Okt. 1924; ZW. 1925, 1019 mit zustimmender Anmerkung Breit, ferner die bei Förster-Pann, Bd. 2 zu § 519 zitierte Rspr. und Literatur, insbes. Sonnen; ZW. 1925, 1353, 2273. Anderer Ansicht sind lediglich OLG. Frankfurt und Braunschweig; ZW. 1925, 1024, 2272.

als unzulässig verworfen, weil innerhalb der gesetzlichen Frist eine Begründung nicht eingereicht worden sei. Die gegen diesen Beschluß in zulässiger Weise erhobene sofortige Beschwerde ist für begründet zu erachten. Der Schriftsatz vom 27. Juli 1927 enthält zwar weder einen förmlichen Berufungsantrag noch eine nähere Begründung des Rechtsmittels, läßt aber mit Sicherheit erkennen, daß das Urteil seinem ganzen Inhalt nach angefochten werden soll. Das folgt aus dem in dem bezeichneten Schriftsatz enthaltenen und vom Verkl. begründeten Antrag, die Zwangsvollstreckung in vollem Umfang gemäß §§ 719, 707 ZPO. einzustellen und der beigefügten Angabe des vollen Streitwerts, die im vorliegenden Falle nicht lediglich als Teil der Sachbezeichnung angesehen werden kann.

(Beschl. v. 1. März 1928; IV B 17/28.)

9. § 519 Abs. 6 ZPO. Zur wirksamen Fristsetzung gehört die Angabe der Gebühr.]

Das erste Armenrechtsgefuch ist zwar aus sachlichen Gründen ablehnend verschieden worden, nicht etwa deshalb, weil der Kl. sein Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten nicht ausreichend dargetan hatte; demgemäß hatte das zweite Gefuch nicht etwa Ergänzungen hinsichtlich der Frage des Unvermögens zum Gegenstand (vgl. RG. JW. 1926, 2434 und 2467; WarnG. 1927 Nr. 146). Wohl aber ist dem Armenrechtsgefuch v. 25. Juli 1925 die fristhemmende Wirkung aus dem Grunde abzusprechen, weil erst nach der ablehnenden Erledigung dieses Gefuchs die Geschäftsstelle des BG. die Prozeßgebühr berechnet, dem Kl. bekanntgegeben und von ihm eingefordert hat; eine Behandlungsweise, die ersichtlich auch den Absichten des Vorsitzenden entsprach, die dieser mit dem Zusatz zur Fristsetzung „falls das Armenrecht nicht bewilligt werden sollte“ zum Ausdruck gebracht hatte. — Erst mit der Bekanntgabe der Gebühr an den Kl. und mit ihrer Einforderung war die Fristsetzung vollendet, d. h. war alles das geschehen, was zum vollen rechtlichen Bestand einer wirksamen Fristsetzung gehört. In diesem Zeitpunkt war aber das Armenrechtsgefuch v. 25. Juli 1925 bereits durch Zurückweisung erledigt. Es vermochte die Frist des § 519 Abs. 6 ZPO. — die erst nachher zu laufen begann — nicht mehr zu hemmen, und darum kann es auch für die Frage nicht mehr mitzählen, ob ein späteres Gefuch, hier dasjenige v. 16. Nov. 1925, die damals zweifellos noch laufende Frist zu hemmen vermochte (vgl. RG. 110, 402; 117, 136).

(Beschl. v. 8. Febr. 1928; III B 5/28. — Celle.) [Sch.]

10. §§ 551, 559 ZPO. Auch wenn die schriftliche Revisionsbegründung nur eine Verfahrensrüge enthält, hat das Revisionsgericht die sachliche Richtigkeit des angefochtenen Urteils nachzuprüfen.]

Der Vertreter der RevBekl. hat in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, daß die fristmäßig eingegangene Revisionsbegründung v. 10. Aug. 1927 nur eine Verfahrensrüge, nämlich die der Verletzung des § 551 Nr. 7 ZPO., enthalte und daß deshalb auf die sachlich-rechtlichen Angriffe des erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist eingereichten Schriftsatzes der RevKl. v. 11. Febr. 1928 nicht eingegangen werden dürfe. Allein wenn auch die Revisionsbegründung v. 10. Aug. 1927 als verletzt nur § 551 Nr. 7 ZPO. ausdrücklich bezeichnet, so lassen doch die sonstigen Ausführungen im Zusammenhang mit dem Revisionsantrag

ausreichend erkennen, daß auch Verletzung des materiellen Rechts gerügt werde. Im übrigen ist die prozessuale Rüge rechtzeitig und in zulässiger Form erhoben. Davaus ergibt sich nach § 559 ZPO. für das RevG. das Recht und die Pflicht, das angefochtene Urteil auch auf etwaige Verstöße gegen das materielle Recht nachzuprüfen (RG. 87, 5¹); JW. 1906, 395²⁴, 1907, 181²³).

(U. v. 16. Febr. 1928; 535/27 IV. — Düsseldorf.) [Ra.]

11. § 551 ZPO.; §§ 62, 17 GVG. Gesetzwidrige Besetzung des Gerichts.]

Das RG. 3. ZS. hat das Urteil des BG. aufgehoben und die Sache an einen anderen Senat zurückverwiesen. Die Rev. rügt Verletzung des § 551 Nr. 1 ZPO. i. V. m. §§ 62, 17 GVG. Sie erblickt den Gesetzesverstoß darin, daß der Vorsitzende des BG., nämlich des 4. ZS. des OLG., ein OLGK. und nicht der zuständige Senatspräsident gewesen sei; letzterer sei seit zwei Jahren zugleich Vorsitzender des dortigen 2. ZS., der an denselben Tagen wie der 4. Sen. seine Sitzungen abhalte. Im 2. Sen. habe der genannte Senatspräsident auch ständig den Vorsitz geführt und sei so seit zwei Jahren stets verhindert gewesen, ihn auch im 4. Sen. zu führen. Den Vorsitz in letzterem Senat führe seit zwei Jahren ständig ein OLGK. Daß dieses Revisionsvorbbringen der Geschäftsverteilung, wie sie seit 1924 bei dem OLG. vorgenommen worden ist, entspricht, hat auf Anfrage der dortige OLGPräsident bestätigt. Demnach führt nicht vorübergehend und in Vertretung eines zeitweilig verhinderten Senatspräsidenten, sondern regelmäßig und dauernd in dem fraglichen Senat ein OLGK. den Vorsitz. Das verstößt gegen das GVG., wonach in den Senaten der OLG. deren Präsidenten und die Senatspräsidenten den Vorsitz zu führen haben, die OLGK. hierzu aber nicht berufen sind. Die dauernde Behinderung des betreffenden Senatspräsidenten stand, wie hiernach anzunehmen ist, bei Beginn des hier in Betracht kommenden Geschäftsjahres für dessen ganze Dauer fest. Hiernach kann nicht davon die Rede sein, daß nur eine vorübergehende aushilfsweise Vertretung i. S. des § 66 GVG. stattgefunden habe. Vielmehr ist der den Vorsitz führende OLGK. in Wirklichkeit zum ordentlichen Senatsvorsitzenden gemacht worden. Hiernach hat sich ein gesetzwidriger Zustand entwickelt, der bei Erlass des angefochtenen Urteils bestand. Demnach war das damals erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt. Die angef. Entsch. ist daher als auf Gesetzesverletzung beruhend anzusehen (§ 551 ZPO.).

(U. v. 3. Febr. 1928; III 228/27.)

12. § 79 GVG. Darüber, ob das GVA. nach einer außerhalb des Grundbuchrechts stehenden reichsgesetzlichen Bestimmung für eine Eintragung Kosten berechnen darf, hat das RG. im Vorlegungsverfahren nicht zu entscheiden.]

Die Vorlegung war nicht zulässig. Das RG. hat zu prüfen, ob eine von der kundgetanen Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts abweichende auf weitere Beschwerde ergangene Entsch. eines anderen OLG. (oder eine abweichende Entsch. des RG.) wirklich vorliegt und die Auslegung einer das Grundbuchrecht betreffenden reichsgesetzlichen Vorschrift in Frage steht (RG. 108, 159; 106, 75; 102, 26 und Gütthe-Triebel zu § 79 Anm. 19a). Letzteres ist jedoch

schon, daß die Divergenz in der Rspr. des RG. bei neuerlicher Prüfung der Rechtsfrage von ihm selbst i. S. einer Änderung der Auslegung der Vorschrift des § 554 beseitigt wird.

JR. Dr. Geiershöfer, Nürnberg.

Zu 11. Das Urteil wiederholt die Sätze des JW. 1928, 658 abgedruckten und besprochenen Urteils. Es ist für die bis zum 4. April 1928 verkündeten Urteile erledigt durch das Gef. v. 30. März 1928 (RGBl. 134); aber für die Zukunft wird die Zustizverwaltung für entsprechende Besetzung der Kammern und Senate sorgen müssen, und ob dies in dem erforderlichen Maße geschieht, ist mindestens zweifelhaft.

Geh. JR. Dr. Heilberg, Breslau.

Die Entsch. des RG. V v. 5. Nov. 1924: JW. 1924, 1860 = RG. 109, 90 wird zu Unrecht vom OLG. Braunschweig für seine Meinung angerufen, da sie sich nur mit der Auslegung des § 519 Abs. 3 Ziff. 2 beschäftigt und in dem behandelten Falle die Berufungsschrift einen ausdrücklichen Antrag enthalten hatte. — Man wird die extensive Rspr. zur Auslegung der Berufungsbegründungsvorschriften des § 519 Abs. 3 Ziff. 1 begrüßen und ihr beitreten müssen, da Prozeßnormen, zumal solche rein formalen Inhalts, tunlichst der Verfolgung und Findung des materiellen Rechts nicht im Wege stehen sollen. Der Gegensatz zwischen der Rspr. des RG. zu § 519 Abs. 3 Ziff. 1 und § 554 Abs. 3 Ziff. 1 entbehrt der inneren Begründung. Das gleiche Gefühl kommt wohl auch bei Stein-Jonas, § 519 Fußnote zum Ausdruck, wofolbst als der herrschenden Rspr. zur Auslegung des § 519 entgegenstehend neben obiger Entsch. des OLG. Frankfurt auch RG. 102, 280 angeführt wird. Es wäre zu wün-

zu verneinen. Das RG. kann nur für das in der GBD. geregelte Beschwerdeverfahren zuständig werden. Ein solches liegt aber nicht vor. § 71 Abs. 1 GBD. sagt zwar allgemein, daß gegen die Entsch. des WM. das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet, und nach § 78 ist unter gewissen Voraussetzungen gegen die Entsch. des Beschwerdegerichts das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde gegeben. Das betrifft aber die hier fragliche Kostenfrage nicht. Wird, wie hier, nur beanstandet, daß für Akte des WM. Kosten erhoben werden, obwohl Kostenfreiheit besteht, so ist die Beschwerde keine solche aus §§ 71, 78 GBD. Das Kosten- und Stempelwesen in Grundbuchsachen ist reichsgesetzlich nicht geregelt, sondern der Landesgesetzgebung überlassen. Die Länder bestimmen über die Kosten, deren Einziehung und das Beschwerdeverfahren auf diesem Gebiete selbständig. Das RG. ist in solchen Fällen zur Entsch. nicht berufen. An diesem Rechtszustand hat die WD. v. 13. Febr. 1924 nichts geändert. Das RG. kann daher auch dann nicht entscheiden, wenn unberechtigt, entgegen jener reichsgesetzlichen Vorschrift, Kosten angesetzt werden.

(Beschl. v. 3. März 1928; VB 2/28. — Kostod.) [Sch.]

2. Geschäftsaufsicht und Konkurs.

13. §§ 20, 41, 60 GeschAuffBD. v. 14. Dez. 1916. Der Zwangsvergleich im Geschäftsaufsichtsverfahren trifft auch den nicht im Verfahren genannten Wechselinhaber, wenn ein früherer Wechselgläubiger — auch ohne Vorlegung des Wechsels — im Einverständnis mit jenem als Gläubiger aufgetreten ist.)

Gegen die beklagte AktG. wurde auf ihren Antrag am 12. Febr. 1926 v. AG. die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses angeordnet. In dem von der Befl. aufgestellten Gläubigerverzeichnis ist als Gläubigerin in Höhe von £ 19166.9.1 = 391954 M aufgeführt die Firma R. & Co. in London, von welcher die Befl. im Jahre 1925 und noch Anfang 1926 fortlaufend Ware bezogen hatte gegen Hinterlegung von Akzepten, die auf englische Währung lauteten. In dem genannten Kreditorenverzeichnis führt die Befl. insgesamt 39 solche Akzepte auf, deren Fälligkeitstage in die Zeit v. 6. Febr. bis zum 12. Mai 1926 fallen; die Zusammenrechnung der Wechselsummen ergibt die oben erwähnte Summe von £ 19166.9.1. Von diesen Wechseln bilden 21 Stück im Gesamtbetrag von £ 10347.14.4 den Gegenstand der jetzigen, im Dezember 1926 im Wechselprozeß erhobenen Klage. Alle diese 21 Wechsel sind von der Firma R. & Co. ausgestellt, von der Befl. akzeptiert und zahlbar gestellt bei der Midland Bank in London; bei dieser wurden sie jeweils nach Fälligkeit — die Fälligkeitstage fallen in die Zeit v. 2. März bis 12. Mai 1926 — auf Veranlassung der Kl., welche die Wechsel durch Blankoindossament der Ausstellerin

erworben und ihr diskontiert hatte, mangels Zahlung protestiert. Im Geschäftsaufsichtsverfahren gegen die Befl. kam es am 9. April 1926, also noch ehe die Fälligkeit aller 21 Klagewechsel eingetreten war, zu einem mit Ablauf des 23. April 1926 rechtskräftig gewordenen Zwangsvergleich, dem zufolge die vom Verfahren betroffenen Gläubiger mit Forderungen von mehr als 500 M 40% ihrer Forderungen ohne Zinsen erhalten sollten, zahlbar in drei gleichen Raten, die erste 14 Tage nach Rechtskraft des Zwangsvergleichs, die zwei weiteren am 1. Juni und am 1. Aug. 1926. Die Forderung der Firma R. & Co. war in der Stimmliste nur noch im Betrag von 368481,75 M angegeben und im Vergleichstermin v. 9. April 1926 in dieser Höhe allseitig anerkannt worden, ohne daß die Wechsel, auf denen sie beruhte, vorgelegt worden wären. Die drei Vergleichsraten mit insgesamt 40% von 368481,75 M, zusammen 147392,70 M, wurden in der Folge an R. & Co. gezahlt; auch hierbei kam es nicht zur Vorlegung oder gar zur Ausfolgung der von R. & Co. angemeldeten Wechsel an die Befl. Nach Beendigung des Geschäftsaufsichtsverfahrens, in welchem der Name der Kl. überhaupt nicht genannt wurde, hat die Hamburger Firma B. die sämtlichen Aktien der Befl. erworben. Mit Schreiben v. 29. Juni 1926 teilte die jetzige Kl. der Firma R. & Co. u. a. mit, daß sie über den Ausgang des Geschäftsaufsichtsverfahrens gegen die Befl. nicht unterrichtet sei, und am gleichen Tage schrieb sie an die Wische Bank in Stuttgart: sie habe bis zur Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens gegen die Befl. gewisse Warenlager der Firma R. & Co. bevorschusst und teilweise auch Akzepte der Befl. hereingenommen zur Abdeckung der der Firma R. & Co. gewährten Vorschüsse; die zur Zeit in ihrem Besitz befindlichen notleidenden Akzepte der Befl. seien bis zu 75% des endgültigen Ausfalls durch Kreditpolicen gedeckt, während für die restlichen 25% die Ausstellerin ihr verantwortlich sei. Es handelt sich hierbei um Versicherungen, welche die Firma R. & Co. bei einer englischen Gesellschaft für etwaigen Ausfall bei der Kreditgewährung gegenüber der Befl. genommen hatte. Nach Angabe der Kl. hat die Firma R. & Co. ihre Ansprüche bei der Londoner Versicherung an die Kl. abgetreten, mit der Berliner Versicherung sollen dagegen R. & Co. ihrerseits abgemacht haben. Die Wische Bank teilte hierauf der Kl. den Wortlaut des Zwangsvergleichs v. 9. April 1926 mit und fügte bei: sie habe, da das Geschäftsaufsichtsverfahren beendet sei, keine Möglichkeit, die von der Kl. gewünschten weiteren Feststellungen (über die 21 Klagewechsel) zu machen oder machen zu lassen. Nunmehr fragte die Kl., die nach ihrer Darstellung von R. & Co. verschiedene Akzepte dieser Firma erhalten und aus ihnen in der Zeit von Ende April bis Ende August 1926 insgesamt 2000 £ empfangen hat, mit Schreiben v. 6. Okt. 1926 bei der Befl. an, ob die Ratenzahlungen aus dem Zwangsvergleich wirklich an die Firma R. & Co. zu den festgesetzten

Zu 13. I. Die Entsch. behandelt die Frage, wann ein im Geschäftsaufsichtsverfahren abgeschlossener Zwangsvergleich für und gegen einen „nicht beteiligten Gläubiger“ (vgl. §§ 13, 33 GeschAuffBD.) wirksam war. Der Grundsatz des § 60 GeschAuffBD. ging dahin, daß der Zwangsvergleich gegenüber allen beteiligten Gläubigern gelte, gleich, ob sie am Verfahren teilgenommen haben oder nicht, gleich, ob sie gegen oder für den Vergleich gestimmt haben. Das entsprach dem § 193 RD. Jedoch bestand eine sehr wesentliche Abweichung insofern, als die Ansprüche derjenigen Gläubiger unberührt blieben, welche in den vom Schuldner bei Beantragung der Geschäftsaufsicht (§ 20) und des sich anschließenden Zwangsvergleichsverfahrens (§ 41 Ziff. 3) aufgestellten Gläubigerverzeichnissen nicht angegeben waren (§ 60 Abs. 1 Satz 2 GeschAuffBD.). Dabei machte es keinen Unterschied, ob ein Gläubiger aus seinem Nachteil oder seines Vorteiles willen vom Schuldner nicht benannt worden war. Ein Anspruch mußte also, damit ein Zwangsvergleich für und gegen ihn wirkte, hinsichtlich Namen des Gläubigers und Betrag der Forderung im Gläubigerverzeichnis aufgeführt worden sein, welches die Grundlage der Verhandlung im Vergleichstermin bildete (§ 47 Abs. 1 GeschAuffBD.). Daraus ergab sich für Wechselansprüche die Konsequenz, daß im Geschäftsaufsichts- und Vergleichsverfahren über das Vermögen des Akzeptanten der Wechselanspruch durch einen Vergleich nur dann betroffen wurde, wenn als Gläubiger im Gläubigerverzeichnis derjenige aufgeführt war, welcher im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses auch wirklich als wechselrechtlicher Gläubiger legitimiert war.

In der obigen Entsch. hebt das RG. mit Recht hervor, daß

gerade bei Wechseln die Regelung des § 60 Abs. 1 Satz 2 zu Unzulänglichkeiten führen konnte, weil der Schuldnerakzeptant bei noch nicht zur Zahlung präsentierten Wechseln im Augenblick der Aufstellung des Gläubigerverzeichnisses den derzeitigen, wechselrechtlich legitimierten Gläubiger gar nicht zu kennen brauchte. War aber vom Schuldner nicht der wirkliche Gläubiger, also z. B. der Indossatar, im Gläubigerverzeichnis angegeben, sondern noch der Aussteller, so blieb ein abgeschlossener Vergleich gegenüber dem wirklich berechtigten Gläubiger ohne Wirkung. Auch die Angabe im Gläubigerverzeichnis, daß der Schuldgrund ein Wechsel sei, konnte ein anderes Ergebnis nicht herbeiführen, da nicht nur Grund und Betrag der Forderung, sondern auch Angabe des wirklich Forderungsberechtigten zur genauen Forderungsbezeichnung gehören. Hieran würde, wie das RG. richtig betont, auch dadurch nichts geändert werden können, daß z. B. der Indossatar von der Aufnahme des Ausstellers im Gläubigerverzeichnis Kenntnis hat.

Grundsätzlich hätte also das RG. im vorl. Falle annehmen müssen, daß der vom Schuldner geschlossene Zwangsvergleich gegenüber dem wirklich berechtigten Indossatar nicht wirksam sei, weil nicht er, sondern der Aussteller im Gläubigerverzeichnis aufgeführt war. Das RG. kommt aber im Hinblick „auf die besondere Lage des Falles“ zu dem entgegengegesetzten Ergebnis, indem es annimmt, die im Verzeichnis aufgeführte Ausstellerin der Wechsel habe die Rechte der Indossatarin im Aufsichts- und Vergleichsverfahren mit deren Zustimmung geltend gemacht. Dies wird aus Gründen gefolgert, die auf tatsächlichem Gebiete liegen.

Man erkennt aber, insbes. auch aus dem Hinweis auf Treu

Zeitpunkten geleistet worden seien; sie gehe davon aus, daß sie — die Kl. — insoweit hätte befriedigt werden müssen. Die Bekl. erwiderte am 12. Okt. 1926: nach ihren Unterlagen sei die Firma R. & Co. im Besitze ihrer unter die Geschäftsaufsicht fallenden Aktepte; die Zahlungen seien termingemäß an diese Firma bzw. an die von ihr angegebenen Empfänger geleistet worden. Der Standpunkt der Kl. geht im wesentlichen dahin, daß sie als Wechselgläubigerin vom Zwangsvergleich nicht berührt werde, da sie am Geschäftsaufsichts- und Vergleichsverfahren in keiner Weise beteiligt gewesen sei und die Firma R. & Co. dieses Verfahren weder als Treuhänderin noch als Vertreterin der Kl. noch sonst mit ihrer Ermächtigung betrieben habe und auch ein Verzicht der Kl. auf ihre Wechselrechte gegen die Bekl. nicht in Frage komme. — Die Bekl. macht geltend: die Eintragung der Klagewechsel in das Gläubigerverzeichnis müsse auch als Eintragung der Kl. gelten. Diese sei bei Abschluß des Zwangsvergleichs gar nicht mehr Inhaberin der Wechsel gewesen, da sie mit R. & Co. dahin übereingekommen sei, daß sie gegen Übergabe der Eigenwechsel von R. und gegen Abtretung der Versicherungsansprüche auf alle Rechte aus den Klagewechseln verzichte und diese an R. zurückgebe. Die Rückgabe der Wechsel sei nur aus Versehen unterblieben. Jedenfalls habe die Firma R. & Co. das Verfahren, wenn nicht in Vollmacht der Kl., so doch nach jeweiliger Einholung ihres Einverständnisses als ihre Treuhänderin und indirekte Vertreterin durchgeführt; insbes. habe R. & Co. auch zum Abschluß des Zwangsvergleichs die vorherige Zustimmung der Kl. erhalten. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen worden. Die GeschAuffW.D. v. 14. Dez. 1916, in deren zeitlichen Herrschaftsbereich das hier fragliche Zwangsvergleichsverfahren fällt, verleiht dem rechtskräftig bestätigten Vergleich Wirksamkeit für und gegen alle beteiligten (nach der W.D. „vom Verfahren betroffenen“) Gläubiger ohne Rücksicht darauf, ob sie in dem Verfahren Erklärungen abgegeben oder etwa gegen den Vergleich gestimmt haben, § 60 Abs. 1 der W.D. Unberührt vom Vergleich bleiben aber nach dieser Vorschrift die Ansprüche derjenigen Gläubiger, die in den vom Schuldner vorgelegten Verzeichnissen (§§ 20, 41 der W.D.) nicht aufgeführt sind. Ein öffentlicher Gläubigeranruf — wie nach § 138 W.D. — fand also nach der GeschAuffW.D., die nach § 101 der Vergl.D. v. 5. Juli 1927 mit dem 1. Okt. 1927 außer Kraft getreten ist, nicht statt. Der Grundsatz des § 60 Abs. 1 GeschAuffW.D. konnte namentlich bei Wechseln zu Schwierigkeiten führen, weil der Akzeptant vor der Präsentation des Wechsels zur Zahlung den gegenwärtigen Gläubiger regelmäßig nicht kennt. So war es auch im vorliegenden Falle, da die Bekl. als Akzeptantin der streitigen 21 Wechsel von deren Indossierung an die Kl. keine Kenntnis hatte und eben deshalb in ihrem mit dem Antrag auf Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens eingereichten Gläubigerverzeichnis die Ausstellerin Firma R.

& Co. als Gläubigerin angab. An sich wäre daher die Kl. als Indossatarin, die in den von der Bekl. dem Gerichte der Geschäftsaufsicht vorgelegten Verzeichnissen nicht vermerkt ist, weder durch den Zwangsvergleich v. 9./23. April 1926 noch auch durch die Zahlung der Vergleichsquote an die von R. & Co. benannten Firmen berührt; sie könnte vielmehr ihren vollen Wechselanspruch gegen die Bekl. durchsetzen und diese hätte dann nur die Möglichkeit, das ohne Bestehen einer Verbindlichkeit an R. Gezahlte von diesem zurückzufordern. Hieran würde auch dann nichts geändert, wenn die Kl. von der Aufnahme der Firma R. in das Gläubigerverzeichnis und von ihrer eigenen Übergehung oder gar von der Auszahlung der Vergleichsquote an R. & Co. Kenntnis hatte. Im gegenwärtigen Falle kommt aber das Besondere hinzu, daß die von der Bekl. im Gläubigerverzeichnis als Wechselgläubigerin angeführte Firma R. & Co. die Rechte der Kl., der Indossatarin und Wechselinhaberin, mit deren Zustimmung im Zwangsvergleichsverfahren geltend gemacht hat, indem sie sich mit dem Vergleichsvorschlag der Bekl. (40% für die vom Verfahren betroffenen Gläubiger mit Forderungen von mehr als 500 M.) einverstanden erklärte. Diese Zustimmung der Kl. hatte dann, wenn von der Bekl. gerade die streitigen Wechselorderungen als Schulden (bei R. & Co.) angegeben worden waren, die Wirkung, daß die Kl. das Ergebnis des Zwangsvergleichs, also die Herabminderung der Ansprüche aus den 21 Wechseln, gegen sich gelten lassen muß. Denn es wäre wider Treu und Glauben, wenn sie der Bekl. gegenüber an ihren Wechselansprüchen im ganzen Umfang festhalten wollte, obwohl sie der Firma R. & Co., die im Gläubigerverzeichnis der Bekl. aus Unkenntnis vom wahren Stand der Dinge fälschlich als Wechselgläubigerin angegeben worden war, ihre Zustimmung zur Erledigung der Wechselansprüche im Zwangsvergleichsverfahren erklärt hatte. Daran, daß die Bekl. ihre Verbindlichkeiten aus den 21 streitigen Wechseln (im Gegensatz zu ihrer Kaufpreisschuld bei R. & Co.) in das Geschäftsaufsichtsverfahren eingeführt hat und daß diese Wechselschulden auch Gegenstand des Zwangsvergleichsverfahrens geworden sind, kann kein Zweifel sein. In dem Gläubigerverzeichnis, das die Bekl. mit ihrem Antrag auf Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens v. 10. Febr. 1926 beim AG. eingereicht hat, sind unter „R. & Co.“ 39 Aktepte der Bekl., darunter die hier in Betracht kommenden 21 Wechsel, unter Anführung der einzelnen Wechselbeträge und Befalltage vermerkt; von dem der Wechelausstellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (Kauf) ist dagegen dort überhaupt nicht die Rede. Ohne Grund meint nun die Rev.: weil in dem späteren Verzeichnis, das die Grundlage für den Abschluß des Zwangsvergleichs gebildet habe, der Stimmliste, die Forderung der Firma R. & Co. nur nach ihrem Gesamtbetrag ohne irgendwelchen Zusatz, namentlich ohne eine auf die zugrunde liegenden Wechsel hindeutende Bemerkung, an-

und Glauben, daß das AG. helfen wollte. In der Tat würde es ja untragbar — aber bei formaler Auslegung des § 60 GeschAuffW.D. unausbleiblich — sein, wenn der Schuldnerakzeptant nicht nur die Vergleichsquote doppelt zahlen müßte, sondern darüber hinaus des vom Nichtberechtigten (Aussteller) durch Zustimmung zum Vergleich gewährten Forderungsnachlasses verlustig sein sollte.

II. Im Aufsichts- und Vergleichsverfahren des obigen Tatbestandes ist offenbar ein Fehler gemacht worden. Im Vergleichstermin, wo, wie der Tatbestand erkennen läßt, die als Gläubigerin im Verzeichnis aufgeführte Ausstellerin zugegen war, ist deren Forderung anerkannt worden, ohne daß die Wechsel vorgelegt worden sind. Dies hätte nicht geschehen dürfen, da ja die Ausstellerin, selbst wenn sie im Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens noch wirklich Gläubigerin war, in der Zeit bis zum Vergleichstermin über den Wechselanspruch durch Indossament hätte verfügen können, so daß nicht sie, sondern der Indossatar beteiligter Gläubiger war.

Für das Vergleichsverfahren nach der Vergl.D. v. 5. Juli 1927 wird daher zu beachten sein, daß der Schuldner bei Aufstellung des Gläubigerverzeichnisses (§ 16 Ziff. 1 W.D.) sich vergewissert, ob die von ihm als Wechselinhaber angenommene Person auch wirklich noch Wechselgläubiger ist; ebenso wird im Vergleichstermin bei Erörterung der Forderungen (§ 62 Abs. 1 W.D.) Vorlegung der Wechsel verlangt werden müssen. Aber das ist nur möglich, wenn der Gläubiger im Vergleichstermin auch erscheint.

III. Die im obigen Tatbestand im Geschäftsaufsichtsverfahren möglichen Schwierigkeiten, welche allein auf der Regelung des § 60

Abs. 1 GeschAuffW.D. beruhen, können im Vergleichsverfahren erfreulicherweise nicht entstehen. Denn nach § 73 W.D. ist ein Zwangsvergleich für und gegen alle beteiligten Gläubiger wirksam, ohne daß es darauf ankommt, ob der Schuldner sie in das Gläubigerverzeichnis aufgenommen hatte oder nicht. Mit Recht ist in der Begründung des Regierungsentwurfs (S. 33) hervorgehoben worden, daß die Regelung der Geschäftsaufsicht eine unerwünschte Unsicherheit in das Verfahren hineingetragen habe. Die Regelung der Geschäftsaufsicht sei entbehrlich durch die weitgehende Publizität des Vergleichsverfahrens (Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses und Vergleichstermins § 27; Führung des Firmenzeichens für einen Kaufmann nach § 37) und durch die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides auf Verlangen eines Gläubigers (§ 61 W.D.). Unlautere Absichten des Schuldners bei Verschweigung eines Gläubigers können durch die für jeden Gläubiger gegebene Möglichkeit der Vergleichsanfechtung, wenn der Vergleich durch Betrug zustande gekommen ist, verhindert werden (§ 77 W.D.).

Bemerkt sei übrigens, daß auch für das Geschäftsaufsichtsverfahren die Bestimmung des § 60 Abs. 1 Satz 2 überflüssig war, seitdem auch dieses Verfahren mit weitgehender Öffentlichkeit ausgestattet war. Lediglich das Verfahren, wie es nach der ursprünglichen Fassung der GeschAuffW.D. geregelt war, machte diese Bestimmung erforderlich; sie war nach der grundlegenden Umgestaltung, die die ursprüngliche W.D. erfahren hatte, überflüssig und unerwünscht (vgl. meinen Komm. zur W.D. Num. 1 zu § 73).

IV. Von juristisch-dogmatischer Bedeutung für das Vergleichs-

geführt sei, lasse sich nicht erkennen, mit was für einer Forderung — Kaufgeldforderung, Regressforderung wegen Nichteinlösung von Wechseln oder Wechselanspruch gegen die Akzeptantin — die Firma R. & Co. am Vergleichsverfahren beteiligt gewesen sei. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung ergibt sich schon daraus, daß in jener Stimmliste bei keinem Gläubiger etwas anderes angegeben ist als Name und Geldbetrag. Sonstige Bemerkungen, die sich in der Liste noch finden, sind für die hier erörterte Frage bedeutungslos; jedenfalls ist bei keiner dort verzeichneten Forderung der Schuldgrund angeführt. Es ist klar, daß die Stimmliste, soweit es auf weitere Angaben ankommt, die in dem früheren Gläubigerverzeichnis (v. 10. Febr. 1926) bei einzelnen Posten enthalten sind, aus diesem Verzeichnis ergänzt werden muß. Die von der Rev. in diesem Zusammenhang erwähnte Entsch. RW. 113, 246 (= JW. 1926, 2084²) hat hiermit nichts zu tun. Die Zustimmung der Kl. dazu, daß die Firma R. & Co. ihre — der Kl. — Wechselrechte gegen die Bekl. im Zwangsvergleichsverfahren geltend machen sollte, hat das BG. in Verhandlungen zwischen diesen beiden Firmen gefunden. Die hierauf bezüglichen Darlegungen sind vom BG. als rechtsirrtumfrei bezeichnet worden. Der Zwangsvergleich im Geschäftsaufsichtsverfahren ist, ebenso wie der Zwangsvergleich im Konkurse, ein Vertrag des Schuldners mit den Gläubigern. Regelmäßig geht dieser Vertrag dahin, daß die Gläubiger gegen die Sicherheit, für einen gewissen Teil ihrer Forderungen Deckung zu erhalten, auf Befriedigung wegen des Restes verzichten, dem Schuldner also einen teilweisen Erlass bewilligen. In solchem Verhalten des einzelnen Gläubigers liegt jeweils eine Verfügung über seine Forderung. Soweit die Firma R. & Co. ihr Einverständnis mit dem Vergleichsvorschlag der Bekl. v. 25. März 1926 erklärt hat, lag an sich eine Verfügung eines Nichtberechtigten vor, weil R. die streitigen 21 Wechsel durch Indossament an die Kl. weitergegeben und diese davon abgesehen hatte, der Firma R. & Co. durch Rückindossamente wieder die wechselmäßige Legitimation zu verschaffen. Die Verfügung war aber trotzdem wirksam, weil sie, wie schon erörtert, mit der Einwilligung der Kl. geschah. Es liegt also der Fall des § 185 BGB. vor. Für die Wirksamkeit dieser Einwilligung war der Umstand, daß die Kl. die 21 Wechsel nach wie vor selbst behielt, ohne jegliche Bedeutung. Es handelte sich ja für R. nicht um die Geltendmachung von Wechselrechten gegen die Akzeptantin, sondern nur darum, daß er, und zwar mit Zustimmung der Kl. als der Gläubigerin aus den Wechseln, mit dem von der Bekl. vorgeschlagenen Zwangsvergleich sich einverstanden erklärte. Aus § 185 vgl. mit § 182 Abs. 1 BGB. folgt, daß die Zustimmung der Kl. zu der von R.

auszusprechenden Genehmigung des Vergleichsvorschlags (insoweit kam ein Vertragsabluß zwischen ihm und der Bekl. in Frage) rechtlich wirksam war, wenn sie, wie geschehen, nur dem R., nicht auch der Bekl. erteilt wurde. Ihre Wirksamkeit wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Bekl. von der dem R. gegenüber erklärten Zustimmung der Kl. nichts wußte. Nach alledem kann zunächst davon, daß die Kl. gegenüber der Bekl. zur Forderung der — durch den Zwangsvergleich erlassenen — 60% der gesamten Wechselsumme berechtigt wäre, keine Rede sein. Was die übrigen 40% angeht, die von der Bekl. als Vergleichsquote an die Firma R. & Co. oder vielmehr an die von dieser ihr angebotenen dritten Firmen gezahlt worden sind, so ist allerdings die — auch von der Rev. beanstandete — Erwägung des BG. nicht richtig, daß der Anspruch aus den Wechseln erloschen und an seine Stelle, durch Novation, der Schuldgrund des Zwangsvergleiches getreten sei. Denn der Zwangsvergleich im Geschäftsaufsichtsverfahren verändert (ebenso wie der Zwangsvergleich im Konkurse) die ursprüngliche Forderung ihrem Wesen nach nicht und setzt nicht eine rechtlich anders geartete Forderung an die Stelle der bisherigen, sondern er begrenzt nur den Umfang des in das Verfahren eingeführten Anspruchs; vgl. RW. 92, 187 und Jäger, Die Geschäftsaufsicht neuer Ordnung S. 110. Im Ergebnis ist aber dem BG. beizutreten, auch soweit der Betrag der Vergleichsquote in Frage kommt. Denn wenn die Kl. es geduldet und die Firma R. sogar dazu ermächtigt hat, daß sie unter ihrem eigenen Namen die Wechselansprüche der Kl. gegen die jetzige Bekl. im Geschäftsaufsichts- und Vergleichsverfahren geltend machte, so hat sie damit der Firma R. zugleich auch die Befugnis erteilt, die Vergleichszahlungen von der Bekl. entgegenzunehmen. Der Vorderrichter hat daher mit Recht die Klage im ganzen Umfang abgewiesen.

(U. v. 10. Jan. 1928; 442/27 II. — Stuttgart.) [Ru.]

14. §§ 41 Nr. 3, 60 Abs. 1 GeschAuffB. Eine Forderung ist nur dann vom Zwangsvergleich ergriffen, wenn sie in das dem Vergleichsverhandlungen zugrunde liegende Verzeichnis aufgenommen ist. Aufnahme in ein früheres Verzeichnis genügt nicht. [†]

(U. v. 13. Dez. 1927; 206/27 II. — Düsseldorf.) [Ru.]

Abgedr. JW. 1928, 404⁷.

15. §§ 44, 60 GeschAuffB. Damit eine Forderung vom Geschäftsaufsichtsverfahren (Zwangsvergleich) betroffen wird, ist nur erforderlich, daß der Name des Gläubigers in den

verfahren sind die Ausführungen der obigen Entsch. über die Natur und Wirkung des Zwangsvergleiches:

a) Das BG. wendet auch für die Geschäftsaufsicht — und dies gilt ebenso für das Vergleichsverfahren — seine in ständiger Rspr. vertretene Auffassung an, daß der Zwangsvergleich einen Vertrag des Schuldners mit den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern darstellt (vgl. RW. 77, 404). Für die Praxis sind die verschiedenen innerhalb der Vertreter der Vertragstheorie bestehenden Nuancen ohne erhebliche Bedeutung.

b) Die Wirkung des Zwangsvergleiches ist nicht die einer Novation, so daß an die Stelle der ursprünglichen Forderungen der Zwangsvergleich als Schuldtitel tritt; vielmehr besteht die Wirkung beim Zwangsvergleich, dessen Inhalt in einem Forderungsnachlaß besteht, in der Begrenzung der Gläubigerrechte auf die Vergleichsquote. Hinsichtlich des Restes bleibt eine Naturalobligation nach herrschender Ansicht bestehen (vgl. Jaeger, Anm. 5 zu § 193 RD.; Riefow, Anm. III zu § 73 B. und meinen Komm. Anm. 2 zu § 73). Nur vom Standpunkt, daß der Schuldgrund durch den Zwangsvergleich eine Änderung nicht erleidet, ist die gesetzliche Regelung verständlich, daß die für eine Forderung bestehenden Nebenrechte (Bürgschaften usw.) durch Vergleich nicht berührt werden.

RA. Dr. Richard Salomon, Berlin.

Zu 14. Die Entsch. ist in ihrem Endergebnis vollkommen richtig und entspricht sowohl den Erfordernissen der Wirtschaft wie der Ratio des Gesetzes. Der Zweck des Vergleichsverfahrens in der Geschäftsaufsichtsverordnung war, dem Gläubiger einen Vollstreckungstitel auf die Vergleichsquote zu gewähren. Dieser Vollstreckungstitel basiert auf dem der Vergleichsverhandlung zugrunde liegenden Gläubigerverzeichnis. Bei der besonderen Bedeutung, die der Aufnahme in das Gläubigerverzeichnis wegen der Beteiligung am Ver-

gleichsverfahren und damit der Beschränkung der Forderung auf die Quote zukam, war eine besonders sorgfältige Aufstellung dieses Verzeichnisses im Interesse des Schuldners und des Gläubigers geboten.

Wollte man von der Regel, daß der beteiligte Gläubiger unter seinem Namen mit seiner Forderung im Gläubigerverzeichnis aufgeführt ist, abgehen, so würde dies das Ergebnis haben, daß der nichtaufgenommene Gläubiger überhaupt keinen Vollstreckungstitel hat — weder auf die ganze Forderung, noch auf die Quote —, auch wenn er ohne sein Verschulden weggelassen worden ist. Es würde aber auch dazu führen, daß ein böswilliger Gläubiger bei unübersichtlichen Verhältnissen sich mehrfache Vollstreckungstitel verschaffen könnte.

Das Ziel des Vergleichsverfahrens wird durch den Wortlaut des § 60 Abs. I Satz 2 GeschAuffB. nicht gefährdet. Der Auslegung des Ur. kann beigegeben werden, um so mehr als die GeschAuffB. das Geschäftsaufsichtsverfahren und das Vergleichsverfahren völlig getrennt behandelt hat und nur dort Begriffe und Einrichtungen des einen Verfahrens für das andere übernahm, wo es ausdrücklich bestimmt war.

Die vorgelegten Verzeichnisse des Schuldners, von denen der § 60 spricht, können nur, da es an einer solchen Verweisung fehlt, die im Vergleichsverfahren vorgelegten sein.

Für das neue Recht ist die Entsch. ohne Bedeutung, weil 1. die Aufnahme einer Forderung in das Gläubigerverzeichnis für die Beteiligung am Verfahren und für die Beschränkung auf die Vergleichsquote belanglos ist (§ 2 Vergleichsordnung);

2. weil in dem Verfahren nur ein Gläubigerverzeichnis eingereicht wird, welches an Hand der Erörterung in der Gläubigerversammlung berichtigt wird (§ 62).

RA. Anna Selo, München.

vorgelegten Verzeichnissen enthalten ist; die vollständige Angabe der Forderungen ist nicht erforderlich.]†)

Das BG. hat die in der Revisionsinstanz allein streitige Frage, ob im Hinblick auf § 60 Abs. 1 GeschAuffW.D. der Vergleich für die Kl. auch in Ansehung des in dem letzten, vom Schuldner im Vergleichstermin vorgelegten Verzeichnis nicht enthaltenen Teils seiner Aufwertungsforderung wirksam ist, bejaht und zur Begründung ausgeführt, daß nach Satz 2 der Gesetzesbestimmung eine Forderung nur dann durch den Vergleich nicht betroffen werde, wenn der Name des Gläubigers in den vorgelegten Verzeichnissen überhaupt nicht enthalten sei, während es auf vollständige Angabe der Forderungen nicht ankomme; zudem genüge es in jedem Falle, daß die streitige Forderung in den beiden ersten, vom Schuldner vorgelegten Verzeichnissen zum vollen Betrage aufgeführt sei. Das BG. hat seine Auslegung des Gesetzes damit begründet, daß die namentliche Aufzählung des Gläubigers diesem genügenden Schutz gegen Überraschungen gewähre, da sie ihm gemäß § 44 Abs. 2 die Mitteilung von der Eröffnung des Vergleichsverfahrens und von dem Vergleichsvorschläge des Schuldners sichere, und daß § 20 für das Gläubigerverzeichnis nur die Angabe der Namen und Anschriften, nicht aber der Forderungen vorschreibe. Die Rev. beanstandet diese Auffassung und weist auf die Bedeutung der Verzeichnisse für das Vergleichsverfahren sowie darauf hin, daß möglicherweise derselbe Gläubiger mit zwei Forderungen beteiligt, aber nur mit einer aufgeführt sei. Dem BG. ist im Ergebnis beizupflichten. Nach § 4 der W.D. werden von dem Geschäftsaufsichtsverfahren (vorbehaltlich hier nicht in Betracht kommender Ausnahmen) alle persönlichen Gläubiger betroffen, die einen vermögensrechtlichen Anspruch gegen den Schuldner haben. In demselben Sinne ist es zu verstehen, wenn § 60 von den „beteiligten Gläubigern“ spricht (RG. 113, 248 1). Ebenso ist in den §§ 8 und 12 der W.D. von dem „Gläubiger, der von dem Verfahren betroffen wird“, die Rede. Die hiernach naheliegende Beziehung des im Satz 2 des § 60 enthaltenen Relativsatzes auf das Wort „Gläubiger“ wird als Sinn der W.D. bestätigt durch die im Deutschen Reichsanzeiger 1916 Nr. 298 (auch im Kriegsbuch Bd. 3 S. 910) veröffentlichte Begründung, wo es zum § 60 heißt: „Anders zu behandeln sind die Gläubiger, die in den von dem Schuldner vorgelegten Verzeichnissen nicht aufgeführt sind. Sie können von dem Vergleiche nicht betroffen werden. Daß sie ihre vollen Ansprüche behalten, bildet zugleich einen Antrieb für den Schuldner, alle Gläubiger zu benennen, da ihm sonst der Vergleich keinen dauernden Nutzen bringen kann.“ Die Auslegung entspricht auch dem erkennbaren Zwecke der Bestimmung. Die GeschAuffW.D. kennt keine Anmeldung von Forderungen durch den Gläubiger (anders die neue Vergleichs-

ordnung v. 5. Juli 1927). Sie enthielt in ihrer Fassung vom 14. Dez. 1916 im § 18 Abs. 1 das Verbot öffentlicher Bekanntmachungen und sah nur die Bekanntgabe der Anordnung der Aufsicht wie des Vergleichsverfahrens an die vom Schuldner bezeichneten Gläubiger vor (§§ 22 und 44). Das nötigte zur Abweichung von der sonst zum Vorbilde genommenen W.D. und zur Anordnung der Unwirksamkeit eines Vergleichs gegenüber einem Gläubiger, der in den Listen des Schuldners nicht enthalten war, unter dem Gesichtspunkte des diesem Gläubiger gebührenden Schutzes (vgl. Jaeger, Geschäftsaufsicht S. 113). In diesem Sinne war die trotz Aufhebung des § 18 Abs. 1 bestehende gebliebene Anordnung aber auch ausreichend, da der benachrichtigte Gläubiger sich die Folgen einer Nichtbeteiligung an dem Verfahren selbst zuzuschreiben hat. Diesen Gründen gegenüber kann nicht in Betracht kommen, daß bei Übergehung oder zu niedriger Angabe einer Forderung eines im Verzeichnis aufgeführten Gläubigers das im § 37 Nr. 2 als Voraussetzung des Vergleichs bestimmte Verhältnis der Forderungen möglicherweise unzutreffend ermittelt wird, daß die Verzeichnisse auch sonst die Grundlage für den Vergleich bilden (vgl. §§ 41, 47), noch auch, daß im § 64 Abs. 1 Nr. 2 die Anfechtung des Vergleichs für den Fall zugelassen ist, daß durch die Geltendmachung des Anspruchs eines nach § 60 Abs. 1 Satz 2 durch den Vergleich nicht betroffenen Gläubigers die Rechte der durch den Vergleich betroffenen Gläubiger gefährdet werden. Im letzteren Falle könnte bei der gebilligten Auslegung des Satzes 2 eine Anfechtbarkeit für den Fall vermieden werden, daß der Gläubiger nicht völlig übergangen, sondern in der Aufstellung der Passiven nur mit einem im Verhältnis zu seiner Gesamtforderung geringfügigen Betrage aufgeführt ist. In den angeführten Richtungen handelt es sich um Dinge, die dem Zwecke der ausgelegten Bestimmung gegenüber nicht in die Waagschale fallen und in Kauf genommen werden müssen. Insofern sei auf die Bestimmungen der W.D. verwiesen, bei deren Anwendung die gleichen Folgen eintreten können. Ihnen ist auch im Geschäftsaufsichtsverfahren, das unter der Verantwortung der Aufsichtsperson und der Kontrolle des Gerichts steht, kein entscheidendes Gewicht beizumessen (vgl. auch § 73 VergW.D. v. 5. Juli 1927).

(U. v. 12. Dez. 1927; 336/27 IV. — Stettin.) [Ra.]

****16.** §§ 30—32, 40 Abs. 2 Nr. 1, 117 Abs. 1 R.D.; § 527 Z.P.D. Der Übergang von der Anfechtungsklage aus §§ 30—32 R.D. zu der aus § 40 ist Klageänderung. Der Konkursverwalter ist zur Erhebung von Ansprüchen wegen Schädigung des in die Masse fallenden Vermögens berechtigt, auch wenn solcher Anspruch dem Gemeinschuldner nicht zustehen würde.]

Über das Vermögen des Kaufmanns W. wurde am 16. Mai 1924 das Konkursverfahren eröffnet, nachdem die Firma seit dem 15. April 1924 unter Geschäftsaufsicht gestanden hatte. Der zum Konkursverwalter bestellte Kl. verfolgt mit der im Mai 1925 erhobenen Klage für die Konkursmasse Ansprüche auf drei Waggonladungen mit Haushaltsmaschinen, die der Gemeinschuldner in der Zeit v. 22. bis 27. März 1924 zu seiner Verfügung an eine Speiditionsfirma in Rotterdam gesandt und durch schriftlichen Vertrag v. 7. April 1924 an die Eftag, eine AktG. holländischen Rechts, mit welcher er in Geschäftsverbindung stand, verkauft hatte. In erster Instanz war die Klage gegen die drei im Inland lebenden Bekl. auf Anfechtung gem. § 31 Nr. 1, §§ 36, 37 R.D. sowie auf unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823, 826, 830, 840 BGB. i. V. m. § 239 Nr. 1 R.D., endlich — soweit geltend gemacht wurde, daß die Veräußerung ein Scheingeschäft gewesen sei — auf § 117 BGB. gestützt. Die Bekl. sollten in gegenseitigem Einverständnis zusammengewirkt haben, um die streitigen Waggonladungen der W.schen Konkursmasse zu entziehen. Seine Anträge waren darauf gerichtet, die Veräußerung oder Sicherungsübereignung der drei Ladungen an die Eftag den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam, gegebenenfalls für nichtig zu erklären, ferner die Bekl. zu verurteilen, über den Bestand der in den Besitz der Eftag oder in ihren eigenen Besitz gekommenen Sachen Auskunft zu geben und den Offenbarungseid zu leisten,

Zu 15. Der § 60 Abs. 1 Satz 2 GeschAuffW.D. lautet:

Unberührt bleiben die Ansprüche der Gläubiger, die in den von dem Schuldner vorgelegten Verzeichnissen nicht aufgeführt sind.

In der Praxis hat man das Relativwort „die“ auf „die Ansprüche“ bezogen und den Sinn des Gesetzes dahin aufgefaßt, daß die Ansprüche der Gläubiger nur in der aufgeführten Höhe vom Vergleich betroffen, soweit sie aber über den angegebenen Betrag hinaus bestanden haben, vom Vergleich nicht berührt werden (JWB. 1926, 613). Gläubiger, die überhaupt nicht in den Verzeichnissen aufgeführt sind, behalten ihre Forderungen zu 100%; Gläubiger, die nur mit einem Teil ihrer Forderungen verzeichnet sind, wird der überschüssende Betrag vollwertig erhalten.

So überschreibt auch Cahn, Komm. S. 282 den Abschnitt D) Nr. 1 mit „Die von dem Schuldner in den Verzeichnissen nicht aufgeführten Ansprüche“. Er schreibt „Ansprüche“ und nicht „Gläubiger“, und er rechtfertigt die Bestimmung der W.D. damit, daß die dem Schuldner obliegenden Verzeichnisse möglichst vollständig dem Gericht vorgelegt werden. Es drängten auch die Konkursrichter darauf, daß die Schuldner ihre Schulden in Zweifelsfällen so hoch wie möglich bezifferten.

Wenn das RG. diese Auslegung mißbilligt, so wirdigt es die Schwierigkeiten, die einer lückenlosen Aufzeichnung der Schulden des Aufsichtsschuldners entgegenstehen, und schützt die Gesamtheit der Gläubiger vor den einzelnen, die aus Schreibfehlern und anderen Versehen Sondervorteile ziehen wollen.

AGR. L. Levy, Berlin.

endlich alle Befl. zur Rückgewähr der Waren an die Konkursmasse, und für den Fall der Unmöglichkeit zum Ersatz ihres Wertes zu verurteilen. O. und B. haben die Klage abgewiesen, das RG. hat aufgehoben. Insofern freilich, als die Rev. sich mit der Anfechtung aus § 40 Abs. 2 Nr. 1 RD. beschäftigt, kann ihren Ausführungen nicht beigepflichtet werden. Das BG. sieht eine nach § 527 ZPO. unstatthafte Änderung der Klage darin, daß im zweiten Rechtszuge Anfechtungsansprüche gegen die Befl. als Rechtsnachfolger der Etag geltend gemacht wurden, während im ersten Rechtszuge nur die unmittelbare Anfechtung aus § 31 Nr. 1 RD. verfolgt wurde. Diese Auffassung ist nicht für rechtsirrig zu erachten. Zur Begründung der Anfechtungsklage aus § 40 Abs. 2 Nr. 1 RD. gehört, daß zunächst die Anfechtbarkeit des Erwerbes des ersten Erwerbers (des Rechtsvorgängers des Anfechtungsgegners) dargetan und sodann nachgewiesen wird, daß die diese Anfechtbarkeit begründenden Umstände dem Anfechtungsgegner zur Zeit seines späteren Erwerbes bekannt waren. Diese Erfordernisse sind wesentlich verschieden von denjenigen Tatbeständen, auf die nach § 30 oder § 31 oder § 32 RD. eine unmittelbare Anfechtung gegründet werden kann. Demnach hat man es hier mit einer Änderung des Klagegrundes zu tun, so daß § 268 ZPO. nicht anwendbar erscheint. Diese Ansicht steht in Übereinstimmung mit den Gebankengängen des RG. 103, 113 ff., besonders S. 121 ff. Daß sich dieses Urteil mit § 11 und den sonst einschlagenden Bestimmungen des AnFG. beschäftigt, schließt nicht aus, seine Darlegungen auch auf die Anfechtung nach der RD. zu beziehen (vgl. Menzel, RD. 2. Aufl., Anm. 1 und Anm. 4 Abs. 2 zu § 40, S. 187, 190). Dem BR. ist auch in der Annahme beizutreten, daß die vom Kl. zur Stützung des von ihm geltend gemachten Schadenersatzanspruches aus unerlaubter Handlung im ersten Rechtszuge aufgestellte Behauptung, die Befl. hätten die zunächst vom Gemeinschuldner B. an die Etag veräußerten Waren Anfang Mai 1924 unter sich verteilt, nicht dazu ausreichte, um den Klagegrund aus § 40 Abs. 2 Nr. 1 RD. in den Rechtsstreit einzuführen. Denn damit waren die vorher dargelegten besonderen Tatbestandsmerkmale der Gesetzesstelle noch nicht behauptet, deren Ausführung der Kl. erst im zweiten Rechtszuge, also zu spät nachgeholt hat. Nicht zu billigen ist aber die Stellungnahme des BG. zum Anspruch des Kl. auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung der Befl. Zwar hat es mit Recht ein Eingehen auf das zweitinstanzliche Vorbringen des Kl. abgelehnt, die Konkursgläubiger im B. schen Konkurse hätten ihm ihre Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung gegen die Befl. abgetreten. Die Annahme einer Klageänderung in einem derartigen Falle entspricht der ständigen Rspr. des RG. (RG. 42, 248; 66, 419; 77, 142/43¹); 90, 433), und es ist dabei auch unerheblich, ob die erst im zweiten Rechtszuge geltend gemachte Abtretung tatsächlich schon früher — vor der Klagerhebung oder während des ersten Rechtszuges — erfolgt war. Der BR. irrt aber insofern, als er meint, ohne jene Abtretung sei der Kl. nicht befugt, den streitigen Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Er hatte den Anspruch im ersten Rechtszuge aus eigenem Rechte des Konkursverwalters verfolgt, und es kann nicht zweifelhaft sein, daß er auch im Rechtszuge der Berufung an diesem Vorbringen festgehalten und nur hilfsweise sich auf die Abtretung von Seiten der Konkursgläubiger gestützt hat. Die zur Begründung des Anspruchs vorgetragenen Behauptungen gehen dahin, daß die Befl. in Kenntnis der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners und seines bedorftenden wirtschaftlichen Zusammenbruchs dazu mitgewirkt hätten, den Inhalt der drei nach Rotterdam gesandten Wagonladungen beiseite zu schaffen und der Konkursmasse zu entziehen. Zur Geltendmachung eines solchen Ersatzanspruches, der eine Schädigung der Gesamtheit der Konkursgläubiger, nicht einzelner von ihnen, zur Grundlage hat, ist gem. § 117 Abs. 1 RD. der Verwalter berechtigt und verpflichtet (vgl. RG. 89, 239/40²); 97, 107 ff.; Menzel a. a. O. Anm. 2 Abs. 1 zu § 117, S. 343, Anm. 7 zu § 6, S. 50). Dies ist auch vom Standpunkt der Rechtsansicht anzunehmen, daß der Konkursverwalter als amtliches Organ zur Durchführung des Konkursverfahrens

zu gelten hat. Gerade weil er nicht als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist, kommt für seine Klageberechtigung auch nichts darauf an, ob der Schadenersatzanspruch, wenn keine Konkursöffnung erfolgt wäre, dem Gemeinschuldner zustehen würde; der Einwand der RevBefl., welche auf die Beteiligung des B. an ihren angeblichen Schädigungshandlungen verweisen und deshalb das Entstehen eines Ersatzanspruches in seiner Person leugnen, ist sonach belanglos.

(U. v. 21. Febr. 1928; 369/27 VII. — Düsseldorf.)
[Ru.]

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und
Rechtsanwalt Dr. Alsbach, Berlin.

17. [§ 253 StGB. Das Inaussichtstellen einer Klage, nicht die Klagerhebung selbst, kann die Androhung eines Übels enthalten.]†)

Das Inaussichtstellen einer Klagerhebung kann eine Drohung i. S. des § 253 StGB. enthalten. Anders verhält es sich aber mit der Klagerhebung selbst. Mit ihr wird jenes Übel nicht angedroht, sondern verwirklicht. Der Beschwerdeführer hat den J. P. lediglich beauftragt, die 100 M gegen St. einzuklagen. Ob auch die Mahnschreiben dieses Rechtsanwalts und insbes. die in dem zweiten enthaltene Klageandrohung im Auftrage des Beschwerdeführers abgegangen sind, ob er wenigstens damit rechnete und einverstanden war, daß J. P. sie ablassen würde, ist nicht festgestellt. Hiernach unterlag das angefochtene Urteil der Aufhebung.

(3. StSen. v. 26. Sept. 1927; 3 D 543/27.)

[M.]

**18. [§ 115a StPO. Ein Richter, der in Vertretung des Untersuchungsrichters die Voruntersuchung eröffnet und in Verbindung damit die Fortdauer der Untersuchungshaft angeordnet hat, darf Mitglied des erkennenden Gerichts sein. Ebenso darf ein Richter, der an einem während der Voruntersuchung durchgeführten Haftprüfungsverfahren mitgewirkt hat, Mitglied des erkennenden Gerichts sein.]

Zu 17. Aus dem Begriff der Drohung als Ankündigung eines Übels ergibt sich, daß nur das Inaussichtstellen der Klage, nicht aber die Erhebung der Klage als Drohung angesehen werden kann. Die Bedeutung der Entsch. liegt weniger in diesem selbstverständlichen Satz, als in dem Hinweis darauf, daß die Ankündigung einer Klage als Drohung i. S. des § 253 gilt. Wer einen Anspruch, der im Recht nicht begründet ist, einzuklagen droht, macht sich, nach der Rspr. des RG., des Erpressungsversuchs schuldig. Auch der Kl. verwickelt diesen Tatbestand, wenn er weiß, daß seinem Auftraggeber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen der geltend gemachte Anspruch nicht zusteht. Freilich steht das RG. mit seiner weiten Auslegung fast einsam da. Sie hat in vielen Fällen zur Verurteilung geführt, die der Allgemeinheit nicht strafwürdig erscheinen, wenigstens gesagt werden muß, daß die Strafverfolgungsbehörden und die unteren Instanzen weitergehende, oft zu weitgehende Anforderungen für die Anwendung des § 253 stellen. Andererseits sind Fälle denkbar, in denen die Klageandrohung als durchaus verwerfliches und sträfliches Nötigungsmittel erscheint. Mancher Kl. weiß von dem Erfolg solcher Drohungen zu berichten, weil sein Klient die Zahlung einer Geldsumme den mit dem Gerichtsverfahren verbundenen Kosten, Aufregungen und Bloßstellungen vorgezogen hat. Doch angesichts der großen und — wie ein Blick in die ungemein reichhaltige einschlägige Literatur beweist — kaum zu bewältigenden Schwierigkeiten, für das Gebiet der Erpressung die strafwürdigen und den nichtstrafwürdigen Fällen zu scheiden, empfiehlt sich die einschränkende Fassung in § 338 der ABV, demgemäß als Nötigungsmittel außer Gewalt nur die „gefährliche Drohung“ (d. h. nach § 9 Ziff. 7 Drohung mit Gewalt, mit einem Verbrechen oder Vergehen, mit einer Strafandrohung oder mit der Offenbarung einer rufgefährdenden Tatsache) in Betracht kommt und außerdem im Gegensatz zum geltenden Recht eine Benachteiligung des Vermögens des Betroffenen sowie die Absicht der unrechtmäßigen Bereicherung, d. h. einer Bereicherung contra, nicht nur praeter legem verlangt wird. Nur müßte der Begriff der gefährlichen Drohung auf die Ankündigung der Veröffentlichung von privaten Angelegenheiten, auch soweit sie nicht direkt rufgefährdend sind, erweitert werden, namentlich im Hinblick auf das überhandnehmende schamlose Gebaren der sog. Revolverpresse.

Kl. Theodor Klefisch, Köln.

¹) ZB. 1912, 34.

²) ZB. 1917, 226.

Desgleichen ist der Richter, welcher den Haftbefehl erlassen oder die Fortdauer der Untersuchungshaft angeordnet hat, von der Mitwirkung beim Haftprüfungsverfahren nach § 115a StPD. nicht ausgeschlossen.]†)

Die Voruntersuchung gegen den Angekl. ist vom Landgerichtsrat R. geführt worden. Der Landgerichtsrat Dr. B. hat lediglich die Voruntersuchung eröffnet und hierbei die Fortdauer der Untersuchungshaft angeordnet, ferner in dem während der Voruntersuchung durchgeführten Haftprüfungsverfahren bei der mündlichen Verhandlung mitgewirkt. Er war sodann Mitglied des erkennenden SchwG. Hierin ist ein Verstoß gegen verfahrensrechtliche Normen nicht zu erblicken. Nach der ständigen Rspr. des RG. bildet die Eröffnung der Voruntersuchung auch dann, wenn mit ihr die Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft verbunden ist, für den damit befaßten Richter kein Hindernis, Mitglied des erkennenden Gerichts zu sein, da hierin noch kein Akt der Führung der Voruntersuchung i. S. des § 23 Abs. 2 StPD. gelegen ist. Der erl. Sen. hat keine Veranlassung gefunden, von dieser Rspr. abzugehen. Eine gesetzliche Bestimmung, nach der ein am Haftprüfungsverfahren beteiligter Richter nicht Mitglied des erkennenden Gerichts sein könnte, besteht nicht. § 23 Abs. 2 StPD. kommt auch hierfür nicht in Frage, da das Haftprüfungsverfahren, auch wenn es im Laufe einer Voruntersuchung stattfindet, nicht zur Führung der Voruntersuchung gehört und die dabei beteiligten Richter nicht als „Untersuchungsrichter“ im technischen Sinne handeln. Verfehlt ist auch die Annahme der Rev., daß der Richter, der den Haftbefehl erlassen oder die Fortdauer der Untersuchungshaft angeordnet hat, gem. § 23 Abs. 1 StPD. beim Haftprüfungsverfahren nach § 115a ff. StPD. nicht mitwirken dürfe. Das Haftprüfungsverfahren nach § 115a StPD. ist kein Rechtsmittelfahren, sondern ein Verfahren von Amts wegen; hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Angekl. auf Befragen eine mündliche Verhandlung beantragt und in dieser den Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls stellt. Dem-

Zu 18. Die Entsch. ist zweifellos durch die Gesetzgebung gedeckt und entspricht der ständ. Judikatur des RG. (RGSt. 9, 285; 21, 285; RG.: JW. 1923, 19) sowie der darin begünstigten Tendenz, die wiederholte Ausübung des Richteramtes in der gleichen Sache möglichst weitgehend zu gestatten. Diese Tendenz mag dem verwaltungstechnischen Interesse der Einsparung von Richtern dienen. Sie dient aber nicht dem viel höheren Interesse an der Stärkung des öffentlichen Vertrauens zur strengen Objektivität unserer Strafjustiz.

Es mag sein, daß der Richter, der die Voruntersuchung „eröffnet“ und hierbei die Fortdauer der Untersuchungshaft anordnet, sie im technisch-formellen Sinne gem. § 184 StPD. noch nicht „führt“, obwohl dem Entschluß zur Eröffnung der Voruntersuchung und insbes. zur Anordnung der Haftfortdauer stets eine ernsthafte Befassung mit dem Fall — und zwar vom Standpunkte des Untersuchungsrichters aus! — vorausgehen wird. Es ist richtig, daß § 23 Abs. II StPD. ausdrücklich nur von der „Führung“ der Voruntersuchung spricht. Es ist auch richtig, daß eine gesetzliche Bestimmung, nach der ein am Haftprüfungsverfahren beteiligter Richter nicht Mitglied des erl. Gerichts sein könnte, nirgends besteht. Allein das eine ist sicher, daß schon die Übernahme der Voruntersuchung unwillkürlich eine innere Umstellung vom rechtlichen zum staatsanwaltschaftlichen Prinzip (vgl. die ungezählten Arbeiten hierüber in der Literatur über Strafprozeßreform) herbeiführt, die nach psychologischer Erfahrung kaum wieder verdrängt werden kann; und es ist ferner sicher, daß die Teilnahme am Haftprüfungsverfahren nicht nur zu einer bestimmten inneren Stellungnahme gegenüber Tat und Täter nötigt, und dadurch hindert, daß der „erkennende“ Richter völlig unbefangenen in die Hauptverhandlung geht, sondern daß außerdem das Haftprüfungsverfahren die Atmosphäre der „Verfolgung“ atmet, und daß derjenige, der in einer Strafsache an der „Verfolgung“ beteiligt war, nicht „entscheiden“ soll.

Mit anderen Worten: die von der Gesetzgebung und vom RG. unterstützte Tendenz, den Richter am gleichen Fall in verschiedenen Rollen mitwirken zu lassen, berücksichtigt nicht den tiefgehenden inneren Unterschied zwischen Voruntersuchung (Verfolgung, Aufspürung) und Hauptverhandlung (Entscheidung), berücksichtigt nicht die Gefahr, der ein noch so menschlich hochstehender „entscheidender“ Richter in bezug auf restlose Unvoreingenommenheit dadurch ausgelegt ist, daß er sich bereits in irgend welcher anderer Funktion zu dem Fall und zu der Person des Täters einzustellen hatte.

RM. Dr. G. v. Scanzoni, München.

nach ist auch die im Haftprüfungsverfahren ergehende Entscheidung keine in höherer Instanz erlassene Entscheidung über ein Rechtsmittel i. S. des § 23 Abs. 1 StPD. Da der einschlägigen Revisionsrüge schon hierdurch der Boden entzogen ist, braucht nicht geprüft zu werden, ob und inwieweit das Urteil auf einer Entscheidung, die in einem fehlerhaften Haftprüfungsverfahren ergangen wäre, beruhen könnte.

(1. Sen. v. 13. Dez. 1927; 1 D 924/27.)

[A.]

Beschwerdeentscheidungen gegen Entscheidungen der Aufwertungsstellen.

Bericht von den Mitgliedern des Aufwertungsrates.

1. §§ 74, 76 AufwG. Schließt sich die Kostenentscheidung an eine Sachentscheidung an, so ist die Kostenentscheidung nicht selbständig anfechtbar.†)

(RG., 9. BS., Beschl. v. 15. Dez. 1927, 9 Aw III 1491/27.)

Abgebr. JW. 1928, 725.

Rechtentscheide in Miet- und Pachtsachen.

Bericht von Kammergerichtsräten Dahmann u. Dr. Günther, Berlin.

1. §§ 2, 4 preuß. PD. v. 28. März 1927. Für das Rechtsbeschwerdeverfahren sind die Gebühren auch dann zu erheben, wenn es sich an ein Verfahren nach § 2 preuß. PD. über ein Schiedsverfahren vor dem MGL. v. 28. März 1927 anschließt.†)

Zu Bestimmungen über die Gebühren, die im Verfahren vor der BeschwStelle entstehen, ist in Preußen der JustMin. zuständig. Er hat in § 2 AusfPD. zum MSchG. v. 22. Okt. 1923 angeordnet, daß für dieses Verfahren Gebühren erhoben werden. Deshalb entstehen diese Gebühren auch für die Rechtsbeschwerde im Anschluß an das Schiedsverfahren, es sei denn, daß eine wirksame Bestimmung abweichenden Inhalts getroffen ist. Eine solche fehlt jedoch. Zu § 4

Zu 1. A. Anm. von Lemberg, ebenda.

B. Der Entsch. ist nicht beizustimmen. Während nach § 308 ZPD. das Ur. eine Entsch. über die Kostentragungspflicht enthalten muß, gibt es in der freiw. Gerichtsbarkeit eine solche Vorschr. nicht (RGZ. 47, 280); dagegen ist nach § 76 die AufwStelle verpflichtet, die Kosten nach billigem Ermessen zu verteilen, also über die Kostentragungspflicht zu entscheiden. Sonach enthält die Entsch. der AufwStelle ein Doppeltes, nämlich die über die Hauptsache und die über die Kostentragungspflicht. Nun fehlt allerdings, wie das RG. hervorhebt, eine ausdrückliche Vorschr., nach der die Kostenentsch., die mit einer Sachentsch. verbunden ist, selbständig angefochten werden kann. Aber einer solchen Vorschr. bedarf es auch gar nicht; denn wer eine Entsch. ihrem ganzen Inhalt nach anfechten kann, kann sie auch wegen eines Teils anfechten, also auch wegen des Teils, der die Kostenlast regelt. Zu der gegenteiligen Folgerung bedürfte es einer die Anfechtung ausschließenden Vorschr.; eine solche gibt es nicht. Jede Partei kann also mit Beschwerde geltend machen, daß die Entsch. zwar in der Hauptsache begründet sei, daß aber die Anwendung billigen Ermessens zu einer anderen Entsch. wegen der Kosten hätte führen müssen. Wie das RG. aus § 76 mit Recht folgert, sind hinsichtlich der Anfechtung von Kostenentsch. die für das Verfahren der freiw. Gerichtsbarkeit geltenden Vorschr. (insbes. RGZ. 52, 1) im AufwVerfahren überhaupt nicht anwendbar. Zu Unrecht folgert aber das RG. hieraus, daß die Vorschr. der ZPD. anwendbar seien, weil es sich im AufwVerfahren um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handle, die nur in den Formen des ZPD. ausgetragen sei. Die Anwendung der ZPD. ist vielmehr geradezu ausgeschlossen durch § 73; es besteht auch in der vom RG. hervorgehobenen Richtung keine grundsätzliche Verschiedenheit zwischen den beiden Verfahrensarten. Denn auch das Verfahren des ZPD. findet auf zahlreiche Angelegenheiten Anwendung, die sich in Wahrheit als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten darstellen, so namentlich aus dem Eltern-, Gatten-, Gesellschafts- und Vereinsrecht (Josef: JW. 1926, 2210).

RM. Dr. Eugen Josef, Freiburg i. Br.

Zu 1. Dem RG. ist durchaus beizupflichten. Der Min. für Volkswohlfahrt konnte über die Gebührenfrage für das Verfahren vor der BeschwStelle keine Bestimmungen treffen, weil hierfür der JustMin. zuständig ist. Er wollte das aber auch gar nicht tun, wie das RG. mit Recht aus dem Schluß des § 4 PD. v. 28. März 1927 folgert. Endlich ist es durchaus zutreffend, daß aus der Gebührenfreiheit, die für die erste Instanz besteht, noch

preuß. W. über ein Schiedsverfahren vom dem M. v. 28. März 1927 hat der Min. für Volkswohlfahrt bestimmt, daß das Schiedsverfahren gebührenfrei ist. Selbst wenn diese Anordnung auch für das Beschwerdeverfahren hätte gelten sollen, so würde sie die Gebührenfreiheit der Rechtsbeschwerde nicht zur Folge haben, denn diese konnte nur der JustizMin. einführen. Der Wohlfahrtsmin. würde mit einer Anordnung dieses Inhalts die Grenzen seiner Zuständigkeit überschreiten, wie auch die Beschwerdestelle nicht verkennet. Es ist jedoch gar nicht anzunehmen, daß der Wohlfahrtsmin. auch das Beschwerdeverfahren gebührenfrei machen wollte, weil er nach § 4 seiner W. offenbar mit der Zuständigkeit der Rechtsbeschwerde nicht gerechnet hat. Es sollen nämlich auf das Schiedsverfahren die Vorschriften für das Verfahren vor dem M. Anwendung finden, soweit sich nicht aus dem Wesen des Schiedsverfahrens, insbes. daraus, daß eine Entsch. nicht zu treffen ist, etwas anderes ergibt. Hiernach geht also der Wohlfahrtsmin. davon aus, daß das M. keine Entsch. zu treffen hat. Dann aber kann er auch eine Rechtsbeschwerde nicht im Auge gehabt haben, als er die Gebührenfreiheit des Schiedsverfahrens bestimmte.

Die Beschwerdestelle glaubt jedoch, die Gebührenfreiheit der Rechtsbeschwerde aus dem Wesen des Schiedsverfahrens herleiten zu sollen. Abgesehen davon, daß solche Erwägungen gegenüber der ausdrücklichen Anordnung in § 2 W. v. 22. Okt. 1923 keine Bedeutung haben dürfen, sind sie auch in sich nicht zwingend. Gewiß mag die vorbereitende Natur des Versuches eines gütlichen Ausgleiches es rechtfertigen, daß für diesen Versuch keine Gebühren erhoben werden. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß die gleiche Gebührenfreiheit besteht, wenn ein Beteiligter die den Versuch abschließende Entsch. des M. mit dem Rechtsmittel angreift. Während nämlich das Sühnverfahren vor dem M. von den Beteiligten infolge der gesetzlichen Vorschrift notwendig eingeleitet werden muß, wird die Beschwerdestelle von ihnen aus freier Entschließung angerufen. Es ist also ein Unterschied gegeben, der auch die Verschiedenheit der Gebührenregelung nicht unverständlich erscheinen läßt. Diese Verschiedenheit ist durchaus keine vereinselte Erscheinung. Es sei daran erinnert, daß auch die Nachsuehung des Armenrechts im Zivilprozeß keine Gebühren verursacht, während die Beschwerde gegen seine Verfassung gebührenrechtlich wie jede andere Beschwerde zu behandeln ist.

(RG., 17. Bz., RG. v. 20. Febr. 1928, 17 Y 9/28.) [D.]

Oberlandesgerichte.

Berlin.

a) Zivilsachen.

I. Materielles Recht.

1. § 2231 Ziff. 2 BGB. Enthält ein eigenhändiges Testament die richtige Angabe des politischen Namens des Errichtungsortes, aber daneben eines unrichtigen Verwaltungsbezirks, so ist das Testament gültig. †)

Der Kl. vertritt den Standpunkt, daß die Ortsangabe des Testaments v. 8. Aug. 1926 unrichtig sei, weil die Erblasserin das Testament nicht in Berlin-Pankow, sondern in Berlin-Lichterfelde errichtet habe. Daß die Erblasserin das Testament in der Wohnung Berlin-Lichterfelde, Moltkestr. 8, niedergeschrieben hat, ist erwiesen. Dem Kl. ist auch darin beizutreten, daß die Angabe des Errichtungsortes im Privat testament (§ 2231 Ziff. 2 BGB.) richtig sein muß und

nicht folgt, daß solche auch für die Beschwerdeinstanz eingreift. So werden im Geltungsbereich der Reichsjustizgesetze die Vergütungen für Zeugen und Sachverständige gebührenfrei festgesetzt, in der Beschwerdeinstanz aber erwachsen Gebühren nach § 38 bzw. § 69 GRG.

OGK. Dr. A. Friedlaender, Limburg.

Zu 1. Die Entsch. ist für privatschriftliche Testamente, die in Berlin und anderen Stadtgemeinden, die in Verwaltungsbezirke zerfallen, errichtet worden, von wesentlicher Bedeutung. In der Entsch. v. 4. Febr. 1915 (RGZ. 47 A, 96) hat das RG. den Grundsatz aufgestellt, daß jede Bezeichnung des Ortes als genügend angesehen werden muß, aus der unter Berücksichtigung der Verkehrssüßlichkeit der Ort der Testamentserrichtung erkennbar ist. Es hat ein Testament für gültig erklärt, das nicht die politische Ortsbezeichnung (Berlin), sondern das Ortsteil (Hummelsburg, sogar in der Abkürzung „Hbg.“) enthielt. Hier liegt gewissermaßen der umgekehrte Fall vor: Das Testament enthält zwar die Angabe des politischen Namens des Errichtungsortes, aber einen unrichtigen Verwaltungsbezirk. Es ist dem RG. durchaus darin beizustimmen, daß hieraus eine Ungültigkeit des Testaments nicht hergeleitet werden kann; anderenfalls läge ein übertriebener, dem Verkehr höchst schädlicher Formalismus vor. Dem Erfordernis der Angabe des Ortes ist durch die Bezeichnung „Berlin“ genügt. Die Hinzufügung einer Ortslichkeit innerhalb des „Ortes“ ist überflüssig und daher unschädlich (vgl. auch RGZ. 39 A, 79, wo Nürnberger Straße 21 deswegen für ausreichend erachtet wurde,

daß die Unrichtigkeit dieser Angabe die Richtigkeit des Testaments nach sich zieht (vgl. RG. 52, 277; 64, 423; JW. 1923, 594). Die Ortsangabe ist aber im vorl. Falle keine unrichtige. Denn seit der Eingemeindung der Vororte Berlins sind Pankow und Lichterfelde keine selbständigen Ortschaften mehr, sondern nur noch Verwaltungsbezirke der Ortschaft Berlin. In dieser Ortschaft Berlin aber ist das Testament v. 8. Aug. 1926 errichtet, so daß die Bezeichnung „Berlin“ als Ortsangabe dem Erfordernisse des § 2231 Ziff. 2 genügt hätte. Der Zusatz „Pankow“ ist unwesentlich, überflüssig und unschädlich. Wenn man in einzelnen Fällen eine andere örtliche Bezeichnung als die politische für genügend erklärt hat, so steht das der vorstehenden Ansicht nicht entgegen. Eine derartige Bezeichnung vermag unter Umständen die politische Ortsangabe zu ersetzen; daraus ist aber nicht zu entnehmen, daß eine die Ortslichkeit noch enger oder genauer als mit dem politischen Namen bezeichnende Angabe nach dem Gesetze erforderlich wäre. Daß die Erblasserin der richtigen Ortsangabe Berlin die Angabe eines unzutreffenden Verwaltungsbezirks der Stadt Berlin hinzugefügt hat, ist ebenso unschädlich, als wenn sie der richtigen Ortsangabe einen unzutreffenden Postbezirk hinzugefügt hätte.

(RG., Urt. v. 10. Dez. 1927, 3 U 7404/27.)

Mitgeteilt von RA. Heinrich Salomon, Berlin.

*

2. § 138 BGB. Erfolgshonorar.

Der von dem Bekl. in erster Linie erhobene Einwand der Unfittlichkeit des von ihm dem Kl. zugewilligten Erfolgshonorars ist auf RG. 115, 141¹⁾ gestützt.

Für die vorl. Entsch. kann es dahingestellt bleiben, ob dem Kl. beizutreten ist; denn hier ist das Versprechen eines Erfolgshonorars von seiten des Bekl. als sittlich anstößig nicht anzusehen. § 138 BGB. kommt deshalb hier nicht in Frage. Der Bekl. hat sich nicht in einer Notlage befunden. Es ist im Gegenteil anzunehmen, daß der Bekl. ein durchaus wohlhabender Mann ist, denn es war ihm möglich, ohne nennenswerte Unterstützung von anderer Seite 87 000 Mk. als Abstandssumme aufzubringen. Wenn dem Kl. es nun gelungen ist, durch seine energischen Bemühungen dem Bekl. dieses Vermögen zu retten und ihm zum weitaus größten Teile wieder zuzuführen, so erscheint es nur als recht und billig, daß der Kl. sich für seine Mühewaltung neben den ihm zustehenden gesetzlichen Gebühren noch ein sog. „Erfolgshonorar“ versprochen ließ. Der Senat hat auch die Angabe des Kl. in der mündlichen Verhandlung nicht bezweifelt, daß ihm der Bekl. ganz aus freien Stücken das Erfolgshonorar zugesagt habe für den Fall, daß er ihm die Abstandssumme wieder verschaffe.

(RG., 25. Bz., Urt. v. 9. März 1928, 25 U 13935/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Curt Eckstein, Berlin.

Angsbürg.

II. Verfahren und Kosten.

3. Korrespondenzgebühr des Verkehrsanzwalts. †)

Die Kosten eines Verkehrsanzwalts sind dann zu erstatten, wenn sie nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung erforderlich waren. Es kommt also einerseits auf die Art und die Schwierigkeit der Prozesssache, andererseits auch auf die Kenntnisse und Erfahrungen der Partei an. Dabei ist der Bekl. zuzugeben, daß die Kl. auf dem Gebiete des Warenzeichenwesens eine besonders große Erfahrung hat, da sie, wie aus dem von ihr vorgelegten, gedruckten Sammel-

weil das Testament außerdem die gedruckte Angabe enthielt: Berlin W, Nürnberger Straße 21, ferner JW. 1915, 194⁵⁾, wo Berlin W statt Charlottenburg für ausreichend angesehen wurde).

RA. Goldmann, Berlin.

¹⁾ JW. 1927, 1152.

Zu 3. Die Frage der Erstattungsfähigkeit der Verkehrsgebühr ist nach dem an die Spitze der Entsch. gestellten, der Rechtslehre und Mpr. entsprechenden Grundsatze nach freiem Ermessen des Gerichts zu entscheiden. Daraus erklärt es sich, daß diese Entsch. häufig nicht befriedigen, weil sie den Bedürfnissen des Lebens in keiner Weise gerecht werden. Gegenüber solchen Entsch. bedeutet die vorl. in zweifacher Hinsicht einen Fortschritt. Einmal, weil sie sich ausdrücklich der Ansicht anschließt, daß der Partei in besonderen Fällen auch das Recht zugestanden werden muß, sich eines auswärtigen Verkehrsanzwalts zu bedienen. Zum anderen, weil sie die Erstattungsfähigkeit der Verkehrsgebühr auch für die Berufungsinstanz mit Rücksicht auf die Schwierigkeit des Rechtsstreites ohne weiteres zubilligt, während sonst immer noch häufig die Erstattungsfähigkeit der Verkehrsgebühr für die Berufungsinstanz offenbar grundsätzlich und mit schematischer Begründung selbst in solchen Fällen verweigert wird, in denen neues tatsächliches Material durch den Verkehrsanzwalt bearbeitet und weitergegeben wurde.

Dagegen kann der Entsch. in ihrem zweiten Teile, in welchem

band, der die Geschichte des „Bandes“ des Warenzeichens, sowie viele Patentamt- und Gerichtsentsch. und auch Handelskammergutachten enthält, hervorgeht, sehr viele derartige Prozesse geführt hat. Ein ausschlaggebendes Gewicht wird man allerdings auf diesen Sammelband nicht legen dürfen, weil wohl anzunehmen ist, daß er mit Hilfe Rechtskundiger verfaßt ist. Aber der immerhin nicht zu bestreitenden besonderen Erfahrung der Kl. steht die Schwierigkeit des Rechtsstreits entgegen, die sich schon aus den Entsch. der drei Instanzen ergibt. Es war der Kl. nicht zuzumuten, in einer Sache, die für sie von weitgehender Bedeutung war, die Anwälte der Tatsacheninstanzen schriftlich zu informieren; eine mündliche Information hätte aber bei der Entfernung des Wohnsitzes der Kl. von Kempten und Augsburg kaum weniger gekostet als die Verkehrsgebühr ausmacht. Es besteht daher kein Anlaß, die Kosten des Verkehrsanwalts für die erste und zweite Instanz als nicht erstattungsfähig zu betrachten. Daß die Kl. einen Anwalt in Berlin und nicht in Barmen als Verkehrsanwalt gewählt hat, ist nicht von Bedeutung. Mehrkosten sind dadurch nicht erwachsen, etwaige Portoauslagen kommen nicht in Betracht. Zwar wird in der Regel der Verkehrsanwalt sich am Wohnsitz der Partei befinden, aber das ist keine Voraussetzung für die Erstattungsfähigkeit der Verkehrsgebühr; in besonderen Fällen hat die Partei das Recht, sich auch eines auswärtigen Verkehrsanwalts zu bedienen (siehe Walter-Joachim-Friedlaender, 7. Aufl. S. 361; BayObLG. Beschl. v. 30. Juni 1896: BayObLG. 16 älterer Folge S. 167). Ein solcher besonderer Fall ist hier gegeben, da die Kl. nach ihrer glaubhaften Versicherung in allen Warenzeichensachen den J.R. M. in Berlin zu Rate zieht und er daher ihre gesamten Verhältnisse auf diesem Gebiet genau kennt.

Daher ist die Bekl. verpflichtet, die Verkehrsgebühr für die 1. und 2. Instanz zu erstatten.

Dagegen ist dies nicht der Fall bez. der Verkehrsgebühr für die Revisionsinstanz. Hier handelt es sich um reine Rechtsfragen. und die Kl., die nicht das erstmal vor dem RG. ihre Rechte gewahrt hat, weiß genau, daß nicht nur das RG. selbst, sondern auch ihr dortiger Anwalt die strittige Materie vollkommen beherrscht. Daher kann sie auch bei Berücksichtigung des großen Interesses, das sie in der Sache hat, nicht auch für die Revisionsinstanz die Verkehrsgebühr verlangen. Das entspricht der ständ. Rspr., und es besteht keine Veranlassung, der gegenteiligen Ansicht von Walter-Joachim-Friedlaender S. 365 zu folgen (s. auch Beschl. des RG. v. 21. Mai 1927: 33P. 23).

(OLG. Augsburg, Beschl. v. 3. Febr. 1928, 1 L 97/26.)

*

Berlin.

4. §§ 91 ff. ZPO. Pflicht zur Kostentragung bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Der Bekl. hat nach Zustellung der Klage den mit der Klage geltendgemachten Anspruch anerkannt. Er hat diejenigen Gerichtskosten, die sich bei Erledigung der Hauptsache vor der ersten mündlichen Verhandlung ergeben, sowie die vom Kl. geforderten Anwaltskosten mit Ausnahme der für den Verkehrsanwalt in Aufsaß gebrachten Kosten an den Kl. gezahlt. Der Kl. hat dann in der ersten mündlichen Verhandlung den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Parteien haben wegen

die Erstattungsfähigkeit der Verkehrsgebühr für die Revisionsinstanz verneint wird, nicht beigeplichtet werden. Wenn das OLG., wie man annehmen muß, zum Ausdruck bringen wollte, daß nach ständ. Rspr. die Erstattung der Verkehrsgebühr für die Revisionsinstanz überhaupt niemals verlangt werden könne, weil es sich in dieser um reine Rechtsfragen handelt, so ist schon diese Feststellung nicht ganz zutreffend. Auch die bisherige Praxis hat bereits Ausnahmen von dem im allgemeinen allerdings eingehaltenen Grundsatz der Nichterstattungsfähigkeit anerkannt; nämlich in den Fällen, in denen Ausführungen in tatsächlicher Beziehung zu machen sind, wenn auch nur wegen der Zulässigkeit des Rechtsmittels über den Wert des Streitgegenstandes oder über die ordnungsmäßige Zustellung des Urteiles (Frankfurt: Recht 1907 Nr. 1677; OLG. Hamburg: 33. 1925, 2389^o).

Die ganze grundsätzliche Unterscheidung zwischen Tatsacheninstanzen und Revisionsinstanz ist aber in dieser Frage verfehlt. Selbstverständlich wird die Ermägung des OLG., daß der RAAnwalt keine weitere Information nötig habe, in der Regel zutreffen. Es sind aber — wie Friedlaender an der im Beschluß zitierten Stelle (nun 8. Aufl. § 44 Anm. 10 S. 388) durchaus richtig hervorhebt — auch die Fälle keineswegs selten, in denen die Mitwirkung des Verkehrsanwalts auch in der Revisionsinstanz durch Übermittlung tatsächlicher Information oder auch durch seine Mitwirkung zur Klärung reiner Rechtsfragen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich, ja geradezu unentbehrlich ist. In Wahrheit ist doch die Grenze zwischen Tat- und Rechtsfragen häufig, insbes. in Warenzeichen- und ähnlichen Prozessen, durchaus flüchtig, so daß die richtige Übermittlung scheinbar tatsächlicher Information

der Kosten streitig verhandelt. Das OLG. hat den Bekl. zur Kostentragung verurteilt.

Die von dem Bekl. gegen dies Urteil eingelegte sofortige Beschwerde ist begründet.

Das OLG. geht von der in Judikatur und Literatur herrschenden Auffassung aus, daß das Gericht bei Erledigung der Hauptsache über die Kostspflicht auch dann nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden hat, wenn der Bekl. seine Kostspflicht an sich nicht bestreitet und nur geltendmacht, er habe alle bis zur Verhandlung entstandenen Kosten bezahlt; nach dieser Auffassung ist ein derartiger Einwand des Bekl. überhaupt nicht zu beachten; vielmehr soll die Prüfung dieser Frage dem Kostenfestsetzungsverfahren vorbehalten bleiben (vgl. bei Stein-Jonas, ZPO. § 271 VI 2 und die dort in Note 62 zit. Entsch.).

Dieser Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen. Es ist allerdings richtig, daß grundsätzlich das Gericht im Prozeß nur über die „Kostspflicht“ als solche und nicht über den „Betrag“ zu entscheiden hat. Dieser Grundsatz hat jedoch keine einschränkungslose Geltung. Er gilt insbes. dann nicht, wenn der Bekl. nach dem Vorbringen beider Parteien bei richtiger Beurteilung der Rechtslage nichts mehr zu zahlen hat; denn in diesem Falle leuchtet ohne weiteres ein, daß die angebl. Kostspflicht keinen Gegenstand mehr hat, also in Wahrheit nicht mehr besteht. Wie das Gericht einen Anspruch dem Grunde nach dann nicht mehr für gerechtfertigt erklären darf, wenn bereits feststeht, daß der Betrag dieses Anspruchs 0 Mark ausmacht, so kann das Gericht die Kostspflicht nicht mehr bejahen, wenn sie durch Zahlung sämtlicher in Wahrheit zu erstattender Kosten ihren Gegenstand verloren hat.

Ob der Einwand des Beklagten, er habe „alles bezahlt“, auch dann beachtlich ist, wenn noch eine tatsächliche Klärung hinsichtlich dieser Einwendung erforderlich ist, kann an sich hier dahingestellt bleiben. Immerhin mag gegenüber der hier abgelehnten Auffassung darauf hingewiesen werden, daß diese tatsächliche Klärung nach richtiger, insbes. auch von Stein-Jonas (§ 104 II 5 zu Note 17) geteilter Auffassung gerade im Kostenfestsetzungsverfahren grundsätzlich nicht erfolgen darf, so daß grundsätzlich ein zweiter auf Grund des § 767 ZPO. anzustreitender Prozeß erforderlich wäre, um den Kostenstreit zwischen den Parteien auszutragen. Es erscheint aber widerspruchsvoll, dem Gericht im Prozeß die Prüfung des Betrages zu entziehen, um sie dem Gerichtsschreiber im Festsetzungsverfahren vorzubehalten, wenn auf der anderen Seite anerkannt werden muß, daß grundsätzlich nicht in diesem Verfahren durch den Gerichtsschreiber, sondern in einem neuen Prozeß durch das Gericht die Entsch. über die hier erörterte Einwendung getroffen werden muß.

Allgemein ist gegenüber der herrschenden Auffassung auch noch eins zu betonen. Hat der Bekl. vor der ersten mündlichen Verhandlung eine Erledigung der Hauptsache herbeigeführt und sämtliche von ihm zu erstattenden Kosten gezahlt, und begehrt trotzdem der Kl. ein Urteil über die Kostspflicht, weil er fälschlich annimmt, noch Ansprüche zu haben, so veranlaßt er durch seine — unrichtige — Einstellung eine sehr erhebliche Steigerung der Kosten; denn sämtliche nach der Zahlung des Bekl. entstandenen Kosten wären vermieden worden, wenn der Kl. sich mit dem begnügt hätte, was ihm zustand. Es widerspricht den die ZPO. beherrschenden, insbes. aus §§ 93, 94, 95, 96, 97, II ersichtlichen

auch für die Revisionsinstanz von größter Bedeutung sein kann. Vor allem aber kann gerade die Mitwirkung des mit dem ganzen Prozeßstoff vertrauten und über besondere Sachkunde, insbes. auf einem Sondergebiete, verfügenden Verkehrsanwalts auch für die Beurteilung einer reinen Rechtsfrage durch die Revisionsinstanz entscheidend in Betracht kommen.

Daß besondere Kenntnis der in Frage stehenden rechtlichen Verhältnisse die Zuziehung eines bestimmten Verkehrsanwalts rechtfertigen kann, hat das OLG. Darmstadt in dem unten S. 1154 abgedr. Beschlusse anerkannt. Dieser richtige Gesichtspunkt kann auch für die Revisionsinstanz durch Hinweis auf den Satz iura novit curia nicht widerlegt werden.

Im vorl. Falle hatte, was sich aus dem Beschlusse selbst nicht ergibt, das OLG. und das OLG. die Klage abgewiesen. Es handelte sich um Rechtsfragen bei einer völlig im Fluß befindlichen Materie. Die Kl. schwankte, ob sie Revision einlegen sollte. Sie ließ sich von ihrem bisher schon als Verkehrsanwalt in Anspruch genommenen ständigen Berater in Warenzeichensachen, der auch als Schriftsteller auf diesem Sondergebiete hervorgetreten ist, ein Rechtsgutachten erstatten und ihrem Anwalte beim RG. in mündlicher Aussprache Information erteilen. Das RG. hat unter Abänderung der Barentsch. sogleich zugunsten der Kl. durch erkannt. Man sollte meinen, daß in einem derartigen Falle die Notwendigkeit der Zuziehung des Verkehrsanwalts auch für die Revisionsinstanz zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung i. S. des § 91 Abs. 1 ZPO. nicht zweifelhaft sein könnte.

RA. Dr. Strakenberger, Nürnberg.

Tendenzen, die für die Kostenverteilung maßgebend sind, durchaus, diese gesamten Mehrkosten demjenigen aufzuerlegen, der sie — wie der Senat jedes der soeben genannten Paragrapphen ergibt — nicht „veranlaßt“ hat; um dies Ergebnis zu vermeiden, ist es aber erforderlich, den Einwand des Bekl., er habe „alles gezahlt“, für erheblich zu erklären, anstatt unter Übergehung dieses Einwands dem Bekl. schlechthin die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, und zwar deshalb, weil seine „Kostenpflicht“ einmal zur Entstehung gelangt war und ihr etwaiger Untergang — angeblich — nicht im Rahmen des Prozesses geprüft werden darf (vgl. insbes. die Entsch. des Sen. v. 25. Jan. 1906: DVG. 13, 143).

Der auf RG.: JW. 1893, 10²⁴ gestützte Haupteinwand gegen die vom Senat vertretene Auffassung geht dahin, der Kl. habe stets ein Interesse am Kostenurteil, weil möglicherweise die Befriedigung aus Gründen angefochten werden könnte, die gegenüber dem rechtskräftigen Urteil verfallen würden (so z. B. DVG. Hamburg: DVG. 17, 148 f.; Stein-Jonas a. a. D.; Förster-Kann, JPD. S. 695). Hierbei ist übersehen, daß diese Erwägungen auch bei Befriedigung des Hauptanspruchs dazu führen müßten, daß — trotz dieser Befriedigung — der Kl. Erlaß eines Urteils zur Hauptsache verlangen kann. Dies trifft jedoch nach richtiger Ansicht nicht zu. Warum der Kl. hinsichtlich seines Kostenanspruchs besser gestellt sein soll als hinsichtlich des Hauptanspruchs, ist nicht ersichtlich. Die sehr formalen Ausführungen von Rissen (Gruch. 52, 845 f.) zu diesem Punkt sind in keiner Weise überzeugend.

Weiterhin wird insbes. noch geltend gemacht, daß derjenige, der mehr verlangt, als ihm gezahlt sei, ein besonderes Interesse an dem Kostenurteil habe, da der Mehranspruch nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels geltend gemacht werden könne (so z. B. DVG. Hamburg a. a. D.; vgl. auch RG., 10. ZS.: DVG. 31, 44). Hierbei ist übersehen, daß der Kl. dann, wenn sein auf weitere Zahlung gerichtetes Verlangen gerechtfertigt ist, auch nach der vom Senat vertretenen Auffassung ein Kostenurteil zu seinen Gunsten erzielt, auf Grund dessen er gemäß § 103 JPD. vorgehen kann.

Zu Unrecht nimmt ferner der 10. ZS. des RG. (a. a. D.) an, das Gericht müsse nach der hier vertretenen Auffassung bei jeder Kostenentsch. auf Einwand der kostenpflichtigen Partei hin hinsichtlich der nichterstattungsfähigen Kosten ein Urteil verfallen. Es trifft nicht zu, daß dies aus der hier vertretenen Auffassung folgt. Werden einzelne Kostenbeträge beanstandet, so wird damit nicht die Kostenpflicht als solche geleugnet. Diese Beanstandung gehört daher auch dann ins Festsetzungsverfahren, wenn die auf Befriedigung gestützte Leugnung der Kostenpflicht als solcher einen im Prozeß beachtlichen Einwand darstellt.

Weiterhin folgt aus § 103 JPD. nur, daß der Erstattungsanspruch grundsätzlich nur im Festsetzungsverfahren geltend gemacht werden kann; nicht jedoch folgt aus dieser Bestimmung, daß die Leugnung der Kostenpflicht diesem Verfahren vorbehalten ist: das Gegenteil nimmt vielmehr gerade die herrschende Lehre mit Recht an (vgl. die Nachweise bei Stein-Jonas, § 104 Note 17).

In sich widerspruchsvoll ist schließlich die Auffassung von Förster-Kann (a. a. D.), es bestehe zwar in jedem Falle — auch bei voller Befriedigung — ein „Interesse“ am Kostenurteil; der Einwand der vollen Zahlung sei nicht beachtlich; stelle sich jedoch im Festsetzungsverfahren heraus, daß sämtliche erstattungsfähigen Kosten vor dem Antrage auf Erlaß des Kostenurteils gezahlt gewesen seien, so seien die weiteren Kosten als nicht erstattungsfähig abzusehen. Hat der Kostengläubiger einen durch ein anerkanntes Rechtschutzinteresse gestützten Rechtschutzanspruch gegen den Staat auf Erlaß eines Urteils und werden in diesem Urteil „die“ Kosten „des Rechtsstreits“ der Gegenpartei auferlegt, so gehören auch die nach der Zahlung der Gegenpartei entfallenden Kosten zu den zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen „Kosten des Rechtsstreits“; es muß also die zur Tragung „der Kosten des Rechtsstreits“ verurteilte Partei auch diese Kosten tragen. Gerade bei Zugrundelegung der Auffassung von Förster-Kann erscheint es nicht möglich, im Festsetzungsverfahren einen Teil der „normalen“ Kosten für nicht erstattungsfähig zu erklären; denn Förster-Kann bejahen das Interesse am Kostenurteil — wie bereits hervorgehoben — mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Aufhebung der erfolgten Befriedigung; der Kostengläubiger „verfolgt“ also sein Recht in durchaus „zweckentsprechender“ Weise selbst dann, wenn er bei unstreitiger voller Befriedigung ein Kostenurteil erwirkt. Ob bei Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung die bereits erwähnte Entsch. des Senats v. 25. Jan. 1906 in jeder Beziehung aufrechterhalten werden kann, braucht nicht geprüft zu werden.

Hiernach hängt im vorl. Falle die Entsch. des Rechtsstreits davon ab, ob die Kl. mit Recht verlangt haben, daß der Bekl. die Gebühr und Auslagen ihres Verfahrensanzwalts erstatte.

Mit Recht ist in dem bereits ergangenen Kostenfestsetzungsbeschuß die Gebühr des Verfahrensanzwalts abgesetzt worden. Bei der Einfachheit der Sachlage und Rechtslage und bei dem Bildungsstande der beiden Kl. — ein Versicherungsbeamter und ein Zahnarzt — hätte es zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung genügt, wenn dem

Prozessbevollmächtigten schriftliche Informationen erteilt worden wären. Für diese schriftlichen Informationen hätte aber der vom Bekl. hierfür gezahlte Betrag vollkommen genügt. Der Bekl. hat somit vor der ersten mündlichen Verhandlung tatsächlich „alles gezahlt“, was er zu zahlen hatte. Da die Kl. trotzdem den Prozeß fortgeführt haben, müssen sie die Kosten des Rechtsstreits tragen.

(RG., 16. ZS., Beschl. v. 8. Febr. 1928, 16 W 9545/27.)

Mitgeteilt von LGH. Dr. Friedrich Caro, Berlin.

*

5. § 319 JPD. Berichtigung einer unrichtigen Parteibezeichnung. †)

Der Kl. hat gegen den Herrn Chaja B. als Bekl. Zahlungsbefehl und Veräumnisurteil erwirkt, nachträglich aber beantragt, das Rubrum des Urteils und Kostenfestsetzungsbeschlusses gem. § 319 JPD. dahin zu berichtigen, daß an Stelle von „Herrn“, „Frau“ Chaja B. gesetzt werde. Er habe den Namen Chaja bei Stellung des Antrags auf Erlaß des Zahlungsbefehls irrtümlich als männlichen Vornamen angesehen. Die Zustellung des Zahlungsbefehls, der Terminladung und des Veräumnisurteils ist ausweislich der Akten an Frau Chaja B. erfolgt, diese hat auch mit Schreiben v. 18. Febr. 1927 Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl eingelegt und diese Urkunde mit „Fr. Chaja B.“ unterzeichnet.

Das OLG. hat dem Berichtigungsantrage des Kl. stattgegeben; das LG. hat auf die Beschwerde der Frau Chaja B. hin unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses den Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich der Kl. mit der weiteren sofortigen Beschwerde, die fristgemäß eingelegt ist. Die Beschwerde ist an sich zulässig und auch begründet.

Die Berichtigung des Urteils richtet sich nach der Vorschrift des § 319 JPD. Der Senat sieht auf dem Standpunkt, daß diese Bestimmung auch dann Anwendung finden muß, wenn selbst die ursprüngliche Parteibezeichnung im Klagenantrage auf Grund eines Verhaltens des Kl. unrichtig ist, sofern nur die Identität zwischen der falsch bezeichneten Partei und dem wirklichen Bekl. hinreichend feststeht. An dem Vorliegen einer solchen Identität bestehen aber auch nach den vorl. Zustellungsurkunden wie der Widerspruchsschrift der Frau Chaja B. keine Zweifel. Im Gegensatz zum LG. folgt der Senat insoweit dem von Stein-Jonas zu § 319 Anm. I, 3 JPD. vertretenen Standpunkt.

Darüber hinaus ist aber auch ein Versehen des Gerichts an der Unrichtigkeit der Parteibezeichnung im Rubrum des Veräumnisurteils nicht von der Hand zu weisen, so daß schon deshalb der § 319 JPD. Platz greifen muß. War die Widerspruchsschrift von „Fr. Chaja B.“ unterzeichnet, so konnte das Gericht bereits aus diesem Umstande entnehmen, daß die beklagte Partei nicht „Herr“,

Zu 5. Die Entsch. entspricht den Anschauungen der höchstgerichtl. Rpr. und des Schrifttums. Entscheidend für die Frage, ob gem. § 319 JPD. eine falsche Bezeichnung des Bekl. berichtigt werden kann, ist zunächst die Feststellung, daß der Kl. über die Identität der zu verklagenden Person und seines wirklichen Schuldners sich klar gewesen ist. Vorliegendensfalls war Schuldner des Kl. diejenige Person, welche den Namen „Chaja B.“ trug. Es war auch Absicht des Kl., den Zahlungsbefehl gegen diejenige Person zu richten, die den Namen „Chaja B.“ zu tragen berechtigt war. Daß der Kl. nun diese Person, die in Wirklichkeit eine Frau war, mit „Herr“ bezeichnete, beruhte auf einem offenbaren Irrtum seinerseits. Es ist dabei gleichgültig, ob die falsche Bezeichnung auf einem Versehen seiner Büros beruht, oder ob er selbst nicht gewußt hat, ob sein Schuldner ein Herr oder eine Dame war. Ein offener Irrtum liegt in beiden Fällen vor, mag der Irrtum nun auf einem Versehen beruhen oder im Nichtkennen des wahren Sachverhalts bestehen. Auch die Rpr. des RG. liegt in dieser Richtung. Wiederholt hat das RG. ausgesprochen, daß eine Klage, welche gegen eine OffG. gerichtet ist, während in Wirklichkeit Inhaber dieser dem Namen nach als OffG. anzusprechenden Firma ein Einzelkaufmann ist, als gegen diejenige Person gerichtet anzusehen ist, welche unter dieser Firmenbezeichnung im Verkehr aufzutreten berechtigt ist (vgl. RG. 86, 65 = JW. 1915, 194 und 99, 270). Auch in diesen Entsch. tritt deutlich der Gesichtspunkt zutage, daß es für das Berichtigungsverfahren nur auf den Umstand ankommt, ob beim Kl. über die zu verklagende Person ein Zweifel nicht obwaltet. Auch in den vom RG. entschiedenen Fällen wollte der Kl. als seinen Schuldner diejenige Person verklagen, welche unter der Firma in kaufmännischem Verkehr handelnd aufgetreten war. Sein Nichtwissen von der Tatsache, daß die äußerlich als OffG. erscheinende Firma einem Einzelkaufmann gehörte, begründet seinen Irrtum bei der falschen Bezeichnung im Klagenrubrum. Es liegt im Interesse einer gesunden Prozeßökonomie, daß in derartigen Fällen die Berichtigung des Klagenrubrums zugelassen wird.

RA. Dr. Hermann Roquette, Königsberg.

sondern Frau Chaja B. sei, und hatte demgemäß die richtige Parteibezeichnung in das ergangene Versäumnisurteil aufnehmen müssen.

RÖ., 6. FerzS., Beschl. v. 5. Sept. 1927, 23 W 6922/27.)

Mitgeteilt von LWDire. Kersting, Berlin.

*

6. §§ 851, 857 ZPO.; § 1111 BGB. Pfändbarkeit von Altenteilsleistungen, soweit sie Realkaften betreffen.†)

(RÖ., 8. ZS., Beschl. v. 4. Nov. 1927, 8 W 8533/27.)

Abgedr. ZW. 1928, 736.

*

7. § 811 Nr. 5 ZPO. Einem Rechtsbeistand ist eine Schreibmaschine unentbehrlich.

Es ist bedeutungslos, ob der Schuldner die Schreibmaschine als Eigentümer oder nur auf Grund eines zum Besitz berechtigenden Rechtsverhältnisses gebraucht. Der Schuldner hat behauptet, er sei Rechtsbeistand und brauche die Schreibmaschine zur Ausübung seines Berufes; eine zweite Maschine besitze er nicht; infolge seiner Kriegsverletzungen sei er schwer nervenleidend und könne nicht längere Zeit mit der Hand schreiben. Die Maschine sei ihm daher zur persönlichen Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit unentbehrlich. Diese vom Schuldner glaubhaft gemachten und vom Gerichtsvollzieher bestätigten Behauptungen sind erheblich. Der Senat sieht es daher für erwiesen an, daß die gepfändete Schreibmaschine für den Schuldner, der aus persönlichen Leistungen seinen Erwerb zieht, einen zur persönlichen Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit unentbehrlichen Gegenstand darstellt, der der Pfändung nicht unterliegt.

(RÖ., 8. ZS., Beschl. v. 13. Jan. 1928, 8 W 221/28.)

Mitgeteilt von M. Dr. Erich Faerber, Berlin.

*

8. §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO. Eine einstweilige Verfügung auf Herausgabe von Sachen ist i. S. §§ 929 Abs. 2, 936 ZPO. erst dann vollzogen, wenn der Antragsteller innerhalb der Monatsfrist des Abs. 2 des § 929 a. a. O. den Besitz der Sachen erlangt hat. Führt die Vollstreckung nur hinsichtlich einzelner von mehreren Gegenständen zum Ziele, so ist das Verfahren nur bezüglich dieser Sachen als erledigt anzusehen, im übrigen dagegen die einstweilige Verfügung aufzuheben.

Über die Frage, wann die einstw. Verf. auf Herausgabe von Sachen „vollzogen“ ist, herrscht Streit. Nach der einen Auffassung genügt zur Vollziehung der einstw. Verf. ihre Zustellung an den Antragsgegner, während die Durchführung der Anordnung, die Wegnahme der Sachen, erst später zu erfolgen braucht (vgl. OLG. 16, 332; 17, 350; 29, 273, 274; 33, 131; 35, 74; Förster-Kann, § 936, 3cc). Nach der anderen Meinung ist zur Vollziehung bei einer einstw. Verf. auf Herausgabe von Sachen erforderlich, daß sie durchgeführt, d. h. die Herausgabe der Sachen erlangt ist (vgl. OLG. 27, 186; Stein-Jonas, § 938 III 1). Der Senat vermag sich der ersteren Ansicht nicht anzuschließen.

Die Vollziehung kann nur bei solchen einstw. Verf. mit der Zustellung der Anordnung als bewirkt angesehen werden, bei denen eine weitere Durchführung nicht möglich ist. Bei einstw. Verf. auf Herausgabe von Sachen an den Gläubiger, nachdem man sie einmal zugelassen hat, hat dagegen die Zustellung der Anordnung keine andere Wirkung als die Zustellung eines sonstigen vollstreckbaren Titels, der auf Herausgabe von Sachen gerichtet ist. Sie verpflichtet wohl den Antragsgegner zur Herausgabe der Sachen, als vollzogen ist sie aber erst dann anzusehen, wenn die Sachen tatsächlich aus

dem Besitz des Gegners in den des Antragstellers gelangt sind, sei es, daß der Gegner sie freiwillig herausgibt, oder sie ihm im Wege der Zwangsvollstreckung fortgenommen werden. Solange die Sachen, die herauszugeben sind, sich trotz der Zustellung der Anordnung noch im Besitz des Gegners befinden, ist der Zweck, der mit der einstw. Verfügung beabsichtigt war, nicht erreicht. Andernfalls würde es, wenn die Vollziehung schon mit der Zustellung der Anordnung als bewirkt anzusehen wäre, dem Antragsteller möglich sein, nach Ablauf längerer Zeit und unter gänzlich veränderten Umständen zu vollstrecken. Dies würde aber dem Zwecke und dem Sinn der vorläufigen Maßnahme, die in kurzer Zeit durchgeführt sein soll, zuwiderlaufen. Ist schon die Vollziehung des Arrestes, der dem Antragsteller nur eine Sicherheit gewährt, an eine Frist geknüpft, so muß dies um so mehr von der Vollziehung, d. h. Durchführung der einstw. Verf. gelten, da diese im Falle der Herausgabe von Sachen zur vorläufigen völligen Befriedigung führt. Es ist daher davon auszugehen, daß die einstw. Verf. auf Herausgabe von Sachen innerhalb der in § 929 ZPO. gesetzten Frist durchgeführt sein muß, d. h. der Antragsteller den Besitz der Sachen erlangt haben muß. Ist dies nicht der Fall, so ist die Vollziehung unstatthaft und die einstw. Verf. aufzuheben. Führt die Vollstreckung nur hinsichtlich einzelner von mehreren Gegenständen zum Ziele, so ist das Verfahren nur bezüglich dieser Gegenstände als erledigt anzusehen, im übrigen dagegen die einstw. Verf. aufzuheben. Denn es kann keine Rede davon sein, daß die auf Herausgabe von mehreren Gegenständen gerichtete einstw. Verf., weil sie innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. nur hinsichtlich einzelner Gegenstände vollzogen ist, hinsichtlich anderer nicht, nun als Ganzes nicht zur rechten Zeit vollzogen und daher auch ganz aufzuheben sei, so daß auch die Gegenstände wieder zurückzugeben seien, hinsichtlich deren die Zwangsvollstreckung bereits durchgeführt war. In Wirklichkeit handelt es sich nämlich nicht um eine einzige einstw. Verf., sondern um verschiedene, ja auf Herausgabe eines Gegenstandes gerichtete einstw. Verf., die nur rein äußerlich und aus praktischen Erwägungen zusammengefaßt sind, und von denen jede in dem Augenblick vollzogen ist, in dem der betreffende Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung dem Schuldner weggenommen ist. Die nur teilweise Vollziehung der vorliegenden einstw. Verf. innerhalb der Vollziehungsfrist hat daher lediglich zur Folge, daß sie bezüglich der übrigen Sachen aufzuheben, in Aufhebung der Sachen, hinsichtlich deren die Vollziehung rechtzeitig erfolgt ist, dagegen das Verfahren für erledigt zu erklären ist.

(RÖ., 12. ZS., Ur. v. 7. Jan. 1928, 12 U 11179/27.)

Mitgeteilt von RÖM. Dr. Kämmerer, Berlin.

*

9. §§ 321, 213, 716, 719 ZPO. Ergänzung der Urteilsformel. Die §§ 321, 716 sind auch auf den Fall anzuwenden, daß ein Antrag auf Verstattung der Sicherheitsleistung übergangen ist.

Die Bekl. hat beantragt, den Tatbestand des Urteils dahin zu berichtigen, daß sie außer den im Tatbestande aufgeführten Anträgen weiter beantragt habe, ihr im Falle der Verurteilung Hinterlegungsbesugnis zu gewähren. Der Tatbestand des Urteils ist daraufhin durch Beschl. v. 13. Febr. 1928 dahin berichtigt worden, daß zu dem Berufungsantrage des Bekl. die Worte hinzutreten:

„Im Falle der Verurteilung Hinterlegungsbesugnis zu gewähren.“

Die Bekl. hat weiterhin beantragt, die Urteilsformel dahin zu ergänzen, daß ihr nachgelassen werde, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden.

Nachdem auf Grund des berichtigten Tatbestandes feststeht, daß der Bekl. in der Verhandlung den Antrag gestellt hat, im Falle der Verurteilung ihm Hinterlegungsbesugnis zu gewähren, war dem

Zu 6. A. Anm. von Kewoldt, ebenda.

B. Die Entsch. schafft keine Klarheit in der viel erörterten Frage. Das Altenteil ist ein Inbegriff ganz verschiedenartiger Rechte; es enthält a) Dienstbarkeiten, so das Wohnungsrecht; für die Pfändbarkeit dieser kommt in Betracht die Überlassbarkeit der Ausübung, die Pfändbarkeit ist also ausgeschlossen (§ 857 Abs. 3 ZPO., § 1092 BGB.); b) Realkaften, d. i. verdinglichte Leibrenten (§ 759 BGB.); für die Pfändbarkeit dieser kommt der vom RG. angezogene Gesichtspunkt der Überlassbarkeit niemals in Betracht, sondern § 851 ZPO., wonach eine Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen ist, als sie (nach materiellem Recht) übertragbar ist. Folglich ist nach § 339 BGB. zu unterscheiden: entweder geht der Anspruch des Altiziers auf eine Leistung, die auch an einen anderen ohne Inhaltsveränderung erfolgen kann, so auf Zahlung einer Geldsumme oder Sachmenge; eine solche Forderung ist übertragbar, folglich pfändbar. Oder der Anspruch geht auf eine Leistung, die nur unter Inhaltsveränderung an einen anderen erfolgen kann, so schlechtthin auf Beköstigung; dieser ist unübertragbar und unpfändbar. Der vom RG. angezogene § 1111 Abs. 2 betrifft nur die rechtsgeschäftliche Verfügung. Der Altizier kann die Realkast im ganzen, wenn sie auf Leistung von Geld oder Sachmengen

geht, veräußern und verpfänden, nicht aber wenn sie schlechtthin auf Gewährung von Beköstigung geht. Diese Unterscheidung kommt also wieder nur hinaus auf den oben angezogenen § 339, so daß § 1111 Abs. 2 hier nur in Betracht kommt für die Streitfrage, ob die Unübertragbarkeit des Anspruchs auf einzelne Altenteilsleistungen der Übertragbarkeit der Realkast auf die anderen Leistungen im ganzen entgegensteht. Dies ist zu verneinen. Denn § 1111 befaßt nach seinem Wortlaut und nach Mot. 3, 592 nur: der Umstand, daß (die im Altenteil enthaltenen Dienstbarkeiten und) einzelne der im Altenteil enthaltenen Realkaften unübertragbar sind, hindert nicht, daß die anderen darin enthaltenen Realkaften übertragen werden können; die im Altenteil enthaltenen Realkaften sollen so weit übertragbar sein, als die (verdinglichte) Leibrente übertragbar ist, die Unübertragbarkeit einzelner Ansprüche schließt die Übertragbarkeit anderer nicht aus. Die Mot. weisen ausdrücklich darauf hin, daß dieser Grundsatz beim Altenteile wichtig sei, bei dem die Leistungen teils übertragbar, teils nicht übertragbar seien. Für die anscheinend entgegenge setzte Meinung des RG.: RZM. 9, 69 (ZBZG. 8, 455) und in jedem Anhalt (vgl. Josef: Grundr. 56, 80 und Rhein. Zfchr. 6, 234). Welcher Art der gepfändete Anspruch war, ist aus dem Sachverhalt nicht zu ersehen.

M. Dr. Eugen Josef, Freiburg i. Br.

auf §§ 321, 716 ZPO. gestützten Ergänzungsanträge, den die Bekl. form- und fristgerecht gestellt hat, stattzugeben. Der Senat hat kein Bedenken, diese Bestimmungen auch auf den Fall anzuwenden, in dem ein Antrag auf Verstattung zur Sicherheitsleistung übergegangen worden ist. Allerdings spricht § 321 ZPO. nur von übergangenen Ansprüchen, die Anwendbarkeit der Bestimmung ist aber durch § 716 bereits dahin erweitert worden, daß auch dann eine Ergänzung stattfinden kann, wenn eine zu treffende Entsch. über die vorläufige Vollstreckbarkeit unterblieben ist. Das muß bei sinngemäßer Auslegung aber auch für die Fälle gelten, in denen ein Schutzantrag des Gegners übergegangen worden ist. Die hiergegen gerichteten Ausführungen bei Gaupp-Stein (zu § 716 ZPO.), ferner der OLG. Düsseldorf (OLGRspr. 23, 204) und Hamm (OLGRspr. 29, 161) überzeugen nicht. Daß der Schuldner bereits durch Bestimmung des § 719 ZPO. einen gewissen Schutz genießt, steht der hier vertretenen Auslegung schon deshalb nicht entgegen, weil das Gesetz sehr wohl Schutzmaßnahmen verschiedener Art für den Schuldner anordnen kann, solche Fälle auch keineswegs ungewöhnlich sind.

Hierzu kommt aber, daß der Schutz des § 719 anders geartet ist, dort hängt es vom Ermessen des Gerichts ab, ob die Zwangsvollstreckung eingestellt werden soll, während nach § 713 ZPO., von gewissen Ausnahmefällen abgesehen, der Schuldner einen Anspruch auf Verstattung zur Sicherheitsleistung hat. Die abweichende Meinung wird im allgemeinen damit begründet, daß § 716 nur den Vollstreckungsanspruch des Gläubigers, nicht aber Ansprüche des Schuldners zu schützen bestimmt sei. Dafür spricht allerdings der Wortlaut der Bestimmung; andererseits fehlt es an jedem vernünftigen Anhalt dafür, die Bestimmung nicht auf den gleichartigen Fall, in dem das Begehren des Schuldners auf Vollstreckungsschutz übergegangen ist, auszudehnen. Mit Recht wird in der Entsch. des OLG. Dresden v. 24. Juni 1913 (OLGRspr. 33, 89) hervorgehoben, daß die Interessen, die durch die §§ 713, 719 ZPO. gestützt werden sollen, auf dem gleichen Gebiete der vorläufigen Vollstreckbarkeit liegen und daß derartige prozessuale Ansprüche ebensoviel Anlaß zur Anwendung des § 321 geben können, wie die dort bezeichneten Ansprüche. Der hier vertretene Standpunkt, der, abgesehen von der angeführten Entsch., auch von dem OLG. Hamburg (OLGRspr. 18, 390; 26, 390) und von Struckmann-Roch (ZPO. zu § 716) und Förster-Kann (ZPO. zu § 716) vertreten wird, wird auch allein den praktischen Bedürfnissen gerecht. Das Ergebnis, das im Falle der Übergehung des klägerischen Anspruchs auf Vollstreckbarerklärung und des Anspruchs des Bekl. auf Vollstreckungsschutz bezüglich des ersteren eine Ergänzung zulässig, bezüglich des letzteren aber unzulässig sein sollte, daß also dem Kl. der übersehene Vollstreckungsanspruch im Wege der Ergänzung nachträglich gewährt, der Gegenbehelf des Bekl. aber abgelehnt werden müßte, ist derart unbefriedigend, daß die ausdehnende Auslegung der Bestimmung, gegen die auch nicht das geringste praktische Bedenken spricht, als der einzig richtige Ausweg erscheint, der auch dem Sinne des Gesetzes entspricht. Denn der Gedanke der Bestimmungen ist der, die Einlegung von Rechtsmitteln in Fällen entbehrlich zu machen, in denen das erste Gericht das Begehren der Parteien noch nicht vollständig erledigt hat. Hier einen Unterschied zwischen dem Begehren des Kl. und demjenigen des Bekl. zu machen, entbehrt jedes inneren Grundes, deshalb ist auch die entsprechende Anwendung des § 321 ZPO. auf die Fälle der Übergehung des Erbenvorbehalts (so selbst Gaupp-Stein zu § 305 Anm. 2) zugelassen worden, und das Gesetz hat die Ergänzung für den Fall der Übergehung der Vorbehalte der §§ 302, 599 ZPO. und des Räumungsfristgesetzes des § 771 ausdrücklich angeordnet.

(RG., 17. ZS., Art. v. 13. Febr. 1928, 17 U 10824/27.)

Mitgeteilt von H. Paul Pinner, Berlin.

*

10. §§ 116 ff. ZPO. Anrechnung der von den Parteien dem Mahnanwalt gezahlten Vorschüsse bei der Berechnung der diesem als Armenanwalt aus der Staatskasse zu erstattenden Kosten. †)

Die Entsch. hängt von der Beantwortung der viel umstrittenen Frage ab, ob und wie ein Vorschuß, den die Partei ihrem Anwalt gezahlt hat, auf die Gebühren anzurechnen ist, die diesem als

Zu 10. Der 20. ZS. des RG. hat in gründlichen und teilweise selbständigen Untersuchungen das ganze Problem nochmals aufgeleuchtet und ist zu einer entschiedenen Ablehnung der reichsgerichtlichen Praxis gelangt. Die Zahl der oberlandesgerichtlichen Entsch., die dem RG. in der bekannten Rechtsfrage nicht folgen, ist in den letzten Jahren immer mehr angewachsen (vgl. aus neuester Zeit auch OLG. Königsberg: ZW. 1928, 755⁴⁸; Köln: DRZ. 1927 Nr. 796; Hamm: ZDJustAmts. 1927, 433; 1928, 137) und in der Rechtslehre kann — wie das RG. hervorhebt — die den Standpunkt des RG. ablehnende Meinung schon als die herrschende bezeichnet werden.

Besonders beachtlich ist die Betonung der Tatsache, daß es der reichsgerichtlichen Rspr. bei genauer Betrachtung an jeder eigentlichen Begründung fehlt; irgendeine Auseinandersetzung mit den zahlreich in der Zeit geführten Gegengründen ist nicht erfolgt.

Einer der wesentlichsten Gründe für die richtige Ansicht schien

Armenanwalt aus der Staatskasse zu erstatten sind. Da der Wortlaut des Ges. v. 6. Febr. 1923 nebst seinen späteren Abänderungen hierüber nichts ausdrücklich besagt, muß die Entsch. aus dem Sinn und Zwecke des Gesetzes unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung gewonnen werden.

Dabei ist zunächst festzustellen, daß auch der Armenanwalt den Anspruch auf Zahlung seiner Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der RVGebD. hat; er ist nur durch gesetzliche Vorschriften (§§ 115, 125 ZPO.) gehindert, ihn der armen Partei gegenüber geltend zu machen, solange nicht die Nachzahlung angeordnet ist (vgl. Walter-Joachim-Friedlaender, Anm. 11 zu § 1 RVGebD.; Rittermann-Wenz, Anm. 1 zu § 4 Ges. v. 6. Febr. 1923; Baumbach, Anm. 4 zu § 115 ZPO.). Während aber früher der Armenanwalt auf Einziehung seiner Gebühren und Auslagen, sofern er sie nicht von dem zur Kostentragung verurteilten Prozeßgegner betreiben oder von seiner eigenen zahlungsfähig gewordenen Partei nachfordern konnte, verzichten mußte, wurde den Rechtsanwältinnen zunächst durch das Ges. v. 18. Dez. 1919 ein beschränkter Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen aus der Staatskasse eingeräumt. Das Ges. über die Erst. von RVGeb. v. 6. Febr. 1923 (RGBl. I, 103) führten den gleichen Erstattungsanspruch sodann auch für die Gebühren der Armenanwälte ein.

Dieses Gesetz nun kennt in seiner ursprünglichen Fassung eine Einschränkung der Erstattungspflicht hinsichtlich der Gebühren des Armenanwalts nicht. Es verordnet schlechthin, daß dem bestellten Armenanwalt „die Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der RVGebD. und der sie ergänzenden Vorschriften von der Staatskasse ersetzt“ werden. Nur hinsichtlich der Reisekosten wird eine Einschränkung für den Fall gemacht, daß die Reise nicht erforderlich war. Da das Gesetz aus einem Initiativantrage von RVGebordneten verschiedener Parteien (vgl. RZDruckf. I, 1920/22 Nr. 5409) hervorgegangen ist, fehlt es an einer amtlichen Begründung, die über den gesetzgeberischen Zweck Auskunft geben könnte. Aber trotzdem läßt die weitere Entstehungsgeschichte gewisse Rückschlüsse zu. Denn wenn auch zunächst eine Aussprache im RZ. in allen drei Lesungen unterblieb, so hat doch der Reichsrat wegen der Mehrkosten, die den Ländern aus diesem Gesetz erwachsen würden, Einspruch eingelegt, der RZ. aber das Gesetz wiederum, und zwar jetzt mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit, angenommen (Druckf. a. a. O. Nr. 5483 u. 5526 stenogr. Ber. der 283. und 296. Sitzung).

Dieser Hergang i. Verb. m. dem oben erörterten Wortlaute des § 1 läßt die Schlussfolgerung unabwieslich erscheinen, daß der ursprüngliche gesetzgeberische Gedanke dahin gegangen ist, den Armenanwalt in voller Höhe der ihm auf Grund der RVGebD. zustehenden Gebührenforderung aus der Staatskasse zu entschädigen, und zwar trotz der schon damals geltend gemachten, aus der Finanzlage der einzelnen Länder hergeleiteten Bedenken. In der Folgezeit haben nun zwar diese finanziellen Rücksichten wieder zu einer Einschränkung der Erstattungspflicht der Staatskasse geführt. Durch Art. V Ges. v. 18. Aug. 1923 (RGBl. I, 813) wurde im § 1 Abs. 1 als zweiter Satz die Vorschrift eingefügt, daß, wenn der Wert des Streit- oder Beschwerdegegenstandes den Betrag von 200 000 000 M. übersteige, nur der Betrag der Gebühren zu ersetzen sei, der sich bei diesem Werte ergeben würde, und diese Zahl wurde dann durch die 11., 12., und 13. Bd. über die RVGeb. v. 13. Sept., 27. Sept. und 13. Dez. 1923 (RGBl. I, 881, 912, 1188) nacheinander in 5 Milliarden Mark, 4000 Grundmark und 2000 Goldmark (heute Reichsmark) abgeändert. Das Ges. v. 14. Juli 1925 (RGBl. I, 136) führte statt dessen eine noch weitergehende Einschränkung der Erstattungspflicht des Staates durch Aufstellung eines besonderen Tarifs mit niedrigeren Sätzen als in der GebD. für RZ. und einer höheren Wertfluse von 1000 RM ein, der jedoch bis zum 31. Dez. 1926, und später (Ges. v. 17. Dez. 1926, RGBl. I, 503) bis zum 30. Juni 1928 befristet wurde. In dieser Gestalt ist das Gesetz — von der durch die Anschaffung der Bezeichnung „Gerichtsschreiber“ bedingten, hier unbeachtlichen Änderung des § 3 abgesehen — noch heute in Geltung.

Alle diese Abänderungen aber lassen, wie ihre Begründung mit der Finanzlage der Staaten und die zeitliche Beschränkung zeigt, den gesetzgeberischen Grundgedanken unberührt, daß der Armenanwalt

mit von jeder der Hinweis auf den Rechtsgedanken des § 366 BGB. zu sein; das ist auch in Rechtslehre und Rspr. überwiegend anerkannt worden. Das RG. will diesen Grund nicht als vollwertig gelten lassen. Es weist auf die öffentlich-rechtliche Natur des Anspruchs gegen den Staat hin. Aber dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Wir haben es hier mit einem Falle zu tun, in dem ein Hauptschuldner privatrechtlich haftet und daneben ein anderer Schuldner aus öffentlichem Rechte. Daß eine enge rechtliche Verknüpfung der beiden Schulden vorliegt, kann niemand bestreiten; soweit ihr Betrag übereinstimmt, decken sie sich; jede Zahlung der einen Schuld wirkt auf die andere ein usw. Es muß also für die rechtlichen Beziehungen der beiden Schuldner zueinander eine Norm gefunden werden, und diese Norm bietet das Privatrecht durch seine Regelung von Gesamtschuld und Bürgschaft. In innerem Zusammenhange damit steht aber auch die privatrechtliche Lehre betr. die Anrechnung von Zahlungen bei einer Mehrheit von Schulden und einer Mehrheit von Schuld-

an sich wegen seiner Gebühren grundsätzlich in voller Höhe aus der Staatskasse entschädigt werden sollte, sie enthalten nur eine vom Gesetzgeber anfangs abgelehnte und nur notgedrungen später von ihm unter dem Drucke der gelblichen Schwierigkeiten zeitweise zugestandene Ausnahmeregelung, die wie alle Ausnahmeregelungen einschränkend ausgelegt werden muß. Von dieser Grundlage aus ist die Entsch. der Streitfrage unschwer zu finden. Der richtige Weg kann nur der sein, der dem Rechtsanwalte die ihm gesetzlich zustehenden Gebühren auch als Armenanwalt in voller Höhe beläßt, ohne doch dabei der Staatskasse eine Zahlung über die Grenze hinaus zuzumuten, die die angeführten Abänderungen des Ges. v. 6. Febr. 1923 festgelegt haben. Hat also der RA. eine Vorschußzahlung von seiner Partei erhalten, der er dann als Armenanwalt beigeordnet worden ist, so darf er diese Zahlung zunächst auf den Unterschiedsbetrag zwischen der vollen gesetzlichen Gebühr nach der RAGebD. und dem geringeren Satze anrechnen, der ihm nach § 1 Ges. v. 6. Febr. 1923 in der heute geltenden Fass. aus der Staatskasse zu erstatten ist. Ist der gezahlte Vorschuß höher als dieser Unterschiedsbetrag, so muß der Armenanwalt seinen Ersatzanspruch an die Staatskasse entsprechend ermäßigen, indem er diesen Mehrbetrag auf seinen Erstattungsanspruch verrechnet. Und erst, wenn die empfangene Zahlung die Höhe der gesetzlichen Gebühren erreicht, kann infolge dieser Anrechnung die Erstattungspflicht der Staatskasse ganz entfallen.

Die Natürlichkeit des so gewonnenen Ergebnisses veranschaulicht ein Vergleich mit einem verwandten Fall aus einem anderen Berufe. Wenn ein Kassenpatient seinem Arzte den Unterschied zwischen der geringeren von der Krankenkasse ihm gewährten Vergütung und der bei einem Privatpatienten üblichen Gebührenforderung bezahlt, so wird die Frage gar nicht erst aufgeworfen, ob etwa der Kassenarzt sich diesen Betrag auf das ihm von der Kasse zu zahlende Entgelt anrechnen lassen müsse. Und wenn auch der Unterschied nicht zu verkennen ist, der in dem gesetzlichen Zwange zur Krankenversicherung liegen mag, wogegen das Armenrecht nur dem bewilligt werden kann, der sein Unvermögen zur Bestreitung der Prozesskosten nachweist, ferner den allein von seinem Ermessen abhängigen befonderen Antrag stellt und dessen beabsichtigte Rechtsverfolgung oder -verteidigung nicht als aussichtslos erachtet wird: der gemeinsame Grundgedanke bleibt trotzdem bestehen und tritt noch schärfer in die Erscheinung, wenn man auch den Armenarzt zum Vergleiche heranzieht, dem ebensowenig zugemutet werden kann und wird, eine ihm etwa von dem Kranken oder dessen Angehörigen gezahlte Vergütung sich auf sein armenärztliches Honorar anrechnen zu lassen.

Das Ergebnis kann als der in der Rechtslehre wohl zur Zeit herrschenden Meinung entsprechend angesehen werden, während die gerichtlichen Entsch. die Einheitlichkeit noch vermissen lassen (vgl. insbes. Friedlaender: Walter-Joachim-Friedlaender, UebD. f. RA., Anh. II zum 1. Abschn. Nr. VI, JW. 1927, 528/9 u. oft; Willenbücher, 10. Aufl. S. 183; Jonas, GRG., Anm. 8 zu § 1 Ges. v. 6. Febr. 1923; Baumbach, Reichskostengesetz, Anm. 3 B zu § 1 Ges. v. 6. Febr. 1923; Rittmann-Wenz, DRG., 13. Aufl. S. 377; und aus der Rpr.: JW. 1923, 521, 844; 1924, 990, 1623; 1825, 826, 835, 1047; 1926, 705, 734, 2478, 2589; 1927, 520, 229, 847, 1655, 2160, 2470; RG. 111, 34; JZP. 50, 317 u. 331 u. a. m.; umfassende Zusammenstellung bei Joachim-Friedlaender, S. 116 Fußn. 33). Die Heranziehung zivilrechtlicher Gesichtspunkte wie der selbstschuldnerischen Bürgschaft (Jonas a. a. D.), der Haftung der Gesamtschuldner (Baumbach a. a. D.), des § 366 BGB. (Friedlaender a. a. D.) kann allerdings nicht als schließlich entscheidend anerkannt werden. Denn die Regelung des Armenrechts im Zivilprozeß, und insbes. auch die Bestellung von Armenanwälten, der Zwang für diese Übernahme der Vertretung und ihr Anspruch auf Erstattung ihrer Gebühren aus öffentl. Mitteln, sind ein Ausfluß sozialer und öffentlich-rechtl. Gedanken, und können, da sie inwieweit einen Teil des öffentl. Rechts bilden, nicht ohne weiteres Vorschriften des bürgerl. Rechts unterstellt werden.

nenn. Das öffentliche Recht enthält hierüber keine Rechtsätze. Wenn sich zwei verwandte Rechtsgebiete so berühren, wie es hier der Fall ist, und eines derselben die Normen enthält, die dem anderen fehlen, so müssen sie zur Analogie herangezogen werden, wenn sich dies nicht nach dem Wesen des anderen Rechtsgebietes geradezu verbietet. Ich wüßte kaum einen Fall, in dem die Analogie sich als Notwendigkeit so aufdränge wie hier; das ganze öffentliche Recht ist durchtränkt mit privatrechtlichen Analogien und in diesem Fall, in dem das öffentliche Recht gar nichts, das Privatrecht eine genaue und sinngemäße Regelung bietet, sollten sie versagen?

Erkennt man die Analogie des § 366 BGB. an, so ist auch der letzte Teil der RGEntsch., in dem es — diesmal zu Unrecht — das RG. bekämpft, erledigt; denn auch § 366 geht in erster Linie von dem Parteivillen aus. Aber auch abgesehen hiervon scheint mir der Gedankengang des RG. sehr zu geben. Der Staat haftet natürlich nur für die gesetzlichen Gebühren; etwas anderes hat wohl noch kein Armenanwalt verlangt. Aber wenn die Partei oder ein Dritter mit ihm — z. B. vor seiner Bestellung zum Armenanwalt — ein Honorar außer den gesetzlichen Gebühren verein-

immerhin aber zeigt doch der Umstand, daß auch die Anwendung rechtsähnlicher Gedanken aus dem Gebiete des bürgerl. Rechts zu demselben Ergebnisse führt, daß das Ergebnis nicht unrichtig sein kann.

Von den von diesem Standpunkte abweichenden Entsch. wird einmal angenommen, daß das Ges. v. 6. Febr. 1923 mit seinen Nachträgen nur den Zweck habe, dem Anwalt eine Vergütung für seine Tätigkeit überhaupt zu verschaffen, die er sonst unentgeltlich leisten müßte, und daß die Erstattung daher zu unterbleiben habe, sofern er in der als erstattungsfähig festgelegten Höhe durch die Partei entschädigt werde (vgl. JZP. 50, 331; 51, 291; JW. 1923, 847; 1927, 529). Es kann indessen nicht anerkannt werden, daß diese Ansicht in dem oben wiedergegebenen Werdegange des Gesetzes eine Stütze findet. Richtig ist daran nur, daß der Rechtsanwaltschaft, die schon seit langen Jahren sich darüber beschwerte, daß ihr allein von allen Berufen zugemutet werde, in Armensachen sehr oft nicht nur umsonst zu arbeiten, sondern sogar aus eigener Tasche bare Auslagen für die arme Partei zu leisten, die Gewährung eines Entgelts für die Tätigkeit als Armenanwalt in jedem Falle sichergestellt werden sollte. Hinsichtlich des Umfanges dieser Vergütung aber ergibt gerade die parlamentarische Entstehungsgeschichte des Gesetzes, daß im Gegenseitigen zu der hier bekämpften Ansicht der Armenanwalt nicht nur überhaupt eine, sondern nach Möglichkeit die volle ihm nach der RAGebD. zustehende Vergütung erhalten sollte.

Abzulehnen war daher auch die andere, zuerst RG. 5. BS. aufgestellte (RG. 111, 34 = JW. 1927, 705) und seitdem von einem Teile der Gerichte befolgte Übung, daß der Vorschuß auf die gesamte Kostenforderung des Rechtsanwalts zu verrechnen sei und daher der Anspruch auf Erstattung aus der Staatskasse nur anteilig, zu einem aus dem Verhältnis der vollen Gebühr zum Betrage des gezahlten Vorschusses zu errechnenden Bruchteils, bestehe. Eine Begründung für diese Auslegung hat das RG. a. a. D. nicht gegeben. Auch in der späteren Entsch. des 6. BS. (JW. 1927, 520¹⁰) wird nur ausgedrückt, es sei davon auszugehen, daß der Gesetzgeber bei der Begründung der beschränkten Erstattungspflicht des Staates die Fälle im Auge hatte, in denen dem Armenanwalt keine Zahlung von Seiten der Partei geleistet wird. Worauf sich diese Annahme gründet, hat das RG. nicht angegeben. Ihr kann schon um deswillen nicht beigepröchtigt werden, weil weder der Wortlaut des Gesetzes noch seine Entstehungsgeschichte für eine solche einschränkende Auslegung herangezogen werden können. Ein Verbot der Anrechnung von Vorschüssen ist zwar im Gesetz nicht ausgesprochen, es wäre aber zur Verfügtung solcher Anrechnung bei der ganz allgemein gehaltenen Fassung des § 1 unbedingt erforderlich gewesen, wie denn auch die Ansicht, daß eine Anrechnung überhaupt zu unterbleiben habe, nur vereinzelt vertreten wird. Viel näher hätte es jedoch andererseits gelegen, wenn der Gesetzgeber wirklich die vom 6. BS. angenommene oder eine sonstige Einschränkung der Erstattungspflicht durch Anrechnung von Vorschüssen von vornherein festlegen oder später einführen wollte, das im Gesetze selbst zum Ausdruck zu bringen. Dies um so mehr, als mindestens bei der Schaffung des Ges. v. 14. Juli 1925 die Streitfrage bereits bestand, und schon damals mehrere in dem hier für richtig gehaltenen Sinne ergangene Entsch. aber nicht solche i. S. des RG. vorlagen. Das Schweigen des Gesetzgebers, der doch gelegentlich der Ges. v. 17. Dez. 1926 und 28. Jan. 1927 die Frage bequem hätte regeln können, spricht daher nicht zugunsten des vom RG. vertretenen Standpunktes.

Der entsch. Senat vermag sich aber auch in einem anderen Punkte dem RG. und den ihm folgenden Gerichten nicht anzuschließen, insoweit nämlich, als diese Entsch. einer Parteivereinbarung mit dem Armenanwalt über die Anrechnung seiner Vergütung Bedeutung beilegen (RG. 111, 36; JW. 1927, 528/9). Der öffentlich-rechtliche Charakter der in Frage kommenden Vorschriften und der Wortlaut des Gesetzes, das ausdrücklich die Erstattung „nach Maßgabe der RAGebD.“ vorschreibt, schließen jede Beeinflussung und Abänderung des Erstattungsanspruchs durch private Vereinbarungen aus. Dabei kann es nicht darauf ankommen, in welcher

bart und als solches ausdrücklich bezahlt, so kann doch keine Beweisführung dazun, daß ein Teil der gesetzlichen Gebühren, die niemand bezahlt hat und niemand bezahlen wollte, dennoch bezahlt sei. Der Anwalt hat dann im Augenblick seiner Bestellung als Armenanwalt seine vollen gesetzlichen Gebühren ebenso zu fordern, wie wenn ihm die Partei oder der Dritte statt des baren Ertrahonorars ein Kunstwerk oder ein Buch als Sondervergütung überreicht hätte. Wie der Staat dazu kommen sollte, zu verlangen, daß diese Sondervergütung unter Umständen ihm gutgerechnet werde, vermag ich nicht einzusehen. Und wenn man vom Sonderhonorar absieht: warum soll der Klient oder der Dritte, der sich für ihn verwendet, nicht bestimmen können, daß er auf den Teil der Schuld eine Zahlung leisten wolle, für den ein anderer nicht mithaftet? Inwiefern soll diese rein privatrechtliche Verfügung gegen zwingende Rechtsnormen verstoßen? Das Beispiel vom Kassenarzt, auf das die Entsch. an anderer Stelle anspielt, sollte doch auch hier den richtigen Fingerzeig geben.

RA. Dr. Friedlaender, München.

Form oder unter welcher Benennung die Zahlung geschieht, sondern nur, für welche Tätigkeit des Anwalts die Vergütung gezahlt wird. Auch ein Sonderhonorar, sofern und soweit es nur auch für die durch die Armenanwaltsgebühr abgegoltene Tätigkeit gezahlt ist, muß sich daher der A. auf die ihm als Armenanwalt aus der Staatskasse zu erstattenden Gebühren anrechnen lassen. Es können dafür keine anderen Grundsätze in Anwendung gebracht werden als für Vorfälle der Partei.

(RG., Beschl. v. 19. Jan. 1928, 20 W 10193/27.)

Mitgeteilt von A. Dr. J. G. Gebhardt, Frankfurt (Ober).

*

11. § 240 ZPO. Wiederaufnahme eines durch Konkursöffnung unterbrochenen Rechtsstreites durch den Besizer der Klageforderung als Nebenintervenienten. f)

Da das Konkursverfahren eingestellt ist, so endigt die Unterbrechung des Rechtsstreites gem. § 240 ZPO. von selbst, ohne daß es einer förmlichen Wiederaufnahme des Rechtsstreites bedarf. Daher kann der Nebenintervenient von sich aus den Prozeß gegen die Bekl. betreiben, sofern er sich mit seinen Erklärungen und Handlungen nicht in Widerspruch mit den Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei setzt. Da die Kl. dem Betreiben des Prozesses durch den Nebenintervenienten nicht widersprochen hat, so ist die Ladung des Nebenintervenienten als zulässig anzusehen. Es bedarf nicht einer Wiederaufnahme des unterbrochenen Verfahrens, da dies gem. § 240 ZPO. gar nicht erforderlich ist. Die Fortführung des Rechtsstreites scheitert auch nicht etwa daran, daß eine zur Klage legitimierte Partei nicht mehr vorhanden wäre. Die Kl. besteht vielmehr trotz der als Folge der Konkursöffnung kraft Gesetzes erfolgten Auflösung als im Zustande der Liquidation befindlich weiter.

Was sozahn das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten angeht, so ist dasselbe zunächst hinreichend glaubhaft gemacht durch die Abtretung der Forderung an ihn, deren Wirksamkeit mangelnde Zustimmung des Gläubigerausschusses nicht entgegensteht, weil ein solcher zur Zeit der Abtretung noch nicht bestellt ist.

Es ist aber weiter dem Vorderrichter darin beizustimmen, daß das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten nicht dadurch ausgedünnt erscheint, daß der Bekl. glaubhaft gemacht hat, daß die Forderung vor der Abtretung an den Streithelfer an einen Dritten abgetreten worden sei.

Das rechtliche Interesse ist nämlich gegeben durch die Tatsache der Abtretung an den Nebenintervenienten. Da diese selbst von den Bekl., abgesehen von den Einwendungen gegen ihre Wirksamkeit, nicht bestritten wird, so wird gerade die Wirksamkeit im weiteren Verlaufe des Rechtsstreites zu prüfen sein, denn das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten erstreckt sich nicht nur darauf, daß der Kl. eine Forderung gegen den Bekl. zustand, sondern auch darauf, daß die Kl. zur Zeit der Abtretung an ihn noch zur Verfüzung über die Forderung besugt war.

Dagegen würde es mit dem Zwecke des Rechtsbehelfs der Nebenintervention unverträglich sein, wenn man in einem Falle, wie dem vorliegenden, durch die bloße Glaubhaftmachung einer früheren Abtretung der Klageforderung die an sich erfolgte Glaubhaftmachung des rechtlichen Interesses des Nebenintervenienten schon als ausgeräumt ansehen wollte. Denn anders, als etwa im Arrest- oder einstw. Verfügungsverfahren, wo eine mangelnde Glaubhaftmachung des zu sichernden Anspruchs zu einem endgültigen Verlust desselben nicht führt, da er ja immer noch im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden kann, besteht für den Nebenintervenienten, dessen Nebenintervention mangels Glaubhaftmachung rechtlichen Interesses zurückgewiesen ist, keine Möglichkeit mehr, in einem ordentlichen Verfahren die Unzulänglichkeit der prima facie seine eigene Glaubhaftmachung erschütternden Gegenglaubhaftmachungsmittel des Gegners darzutun; denn da nach § 325 ZPO. bezüglich einer während des Prozesses abgetretenen Forderung die Rechtskraft des Urteils für und gegen den Rechtsnachfolger wirkt, so hätte der Nebenintervenient im vorl. Falle keine Möglichkeit, seinen Anspruch in wirksamer Weise geltend zu machen, wenn

Zu 11. Eine sehr zutreffende Entsch. einer interessanten prozessualen Frage. Glaubhaftmachung ist — was nicht immer genügend beachtet wird — nicht bloß eine Art minderen Beweises, sondern in zahlreichen Fällen auch eine (materielle) Bedingung für die Zulassung gewisser prozessualer Akte und Rechtsbehelfe. So auch in § 71 ZPO. für den Fall bestrittener Nebenintervention. Diese ist nicht ohne weiteres „zulässig“, wie es eine Klage ist, über deren Ordnungsmäßigkeit und Voraussetzungen dann im Urteil nach voller Beweisüberzeugung entschieden werden wird; sondern sie bedarf, wenn bemängelt, der vorherigen Zulassung nach § 71, die nur gewährt wird, wenn das Interventionsinteresse bereits jetzt bewiesen wird; nur soll als Beweis hier eben schon die Glaubhaftmachung genügen. Diesem Zusammenhang entspricht es, daß es lediglich auf die Darlegung des Interesses als solchen ankommen kann: nur dies Interesse (der Teilnahme am Rechtsstreit) ist glaubhaft zu machen. Eine „Gegenglaubhaftmachung“ kann auch hier sehr

auf Grund der bekl. Gegenglaubhaftmachung die Nebenintervention für unzulässig erklärt würde.

Sein rechtliches Interesse besteht eben darin, daß im Rechtsstreit entschieden wird, ob die Forderung, die ihm unstreitig abgetreten ist, besteht und insbes. auch, ob sie zur Zeit der Abtretung an ihn der Kl. noch zustand. Darüber hinaus ist das rechtliche Interesse trotz glaubhaftgemachter Vorabtretungen auch deshalb durch die bloße Tatsache der Abtretung dargetan, weil letztere noch immer gem. § 185 BGB. die ihr etwa fehlende Wirksamkeit erlangen könnte.

(RG., 21. ZS., Beschl. v. 18. Nov. 1927, 21 W 5588/27.)

Mitgeteilt von A. Kurt Sachmann, Berlin.

*

Breslau.

12. §§ 257, 259, 93 ZPO. Voraussetzung einer Leistungsklage in Ansehung künftig fällig werdender Mietzinsraten. Kostenentscheidung nach Eintritt der Fälligkeit.

Die Kl. hat mit der am 17. April 1926 eingereichten Klage die Zahlung des am 1. April fälligen Mietzinses sowie Verurteilung zur künftigen Zahlung der am 1. Juli und 1. Okt. 1926 fällig werdenden Mietzinsraten erhoben. Die Mietzinsrate vom 1. April hat der Bekl. nach Klagezustellung am 6. Mai 1926 bezahlt. Durch das am 21. Juni 1926 ergangene Ur. erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, weil die Voraussetzungen für eine Klage auf künftige Leistung nicht gegeben seien. Kl. legte bereits am 7. Juli Berufung ein. Im Laufe der Berufung hat der Bekl. die einseit. Mietzinsraten bezahlt, und zwar die am 1. Juli fällige Miete in zwei Teilen am 13. Juli und 4. Aug. 1926 und die am 1. Okt. fällige Miete am 6. Okt. und 2. Nov. 1926. Das BG. hat die Kosten des Rechtsstreites dem Bekl. auferlegt. Allerdings waren die Voraussetzungen der §§ 257, 259 ZPO. für eine Klage auf künftige Leistung weder bei Erhebung der Klage noch bei Einlegung der Berufung gegeben. Bei Mietzinszahlungen handelt es sich stets um ein von einer Gegenleistung, nämlich der Überlassung des Mietgegenstandes für den betreffenden Zeitraum abhängigen Forderung, wobei es ganz gleichgültig ist, ob der Mietzins bei Beginn oder erst nach Ende des betreffenden Zeitraumes zu entrichten ist. Auch im ersten Falle ist der Mieter nur Zug um Zug gegen Überlassung der Mietsache bzw. Weiterbelassung derselben zur Mietzahlung verpflichtet und ist jedenfalls der Anspruch auf den erst künftig fällig werdenden Mietzins für einen späteren Zeitraum von einer Gegenleistung abhängig. § 257 ZPO. greift daher nicht Platz. Auch im § 258 ZPO. ist nach dem Ur. des RG.: RG. 61, 337 die Fälligkeit der Teilleistung lediglich als vom Zeitablauf abhängig gedacht und findet daher diese Vorschrift auf Miet- und Pachtzinsen keine Anwendung. § 259 ZPO. schließlich setzt voraus, daß den Umständen nach die Beförderung gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen. Das vom Gesetz gewählte Wort „sich der Leistung entziehen“ deutet darauf hin, daß der Wille des Schuldners gerade darauf gerichtet sein müsse, den Gläubiger um seinen Anspruch auf rechtzeitige Befriedigung zu bringen. Die bloße Beförderung, daß der Schuldner künftig zur rechtzeitigen Zahlung nicht imstande sein werde, oder der Umstand, daß er bisher seinen Verpflichtungen nicht pünktlich nachgekommen ist, rechtfertigt noch nicht die Anwendung von § 259 ZPO. Keinesfalls reicht hierzu aber der Umstand aus, daß er einmal den Mietzins unpünktlich gezahlt hat, wie dies bei der Klageerhebung und bei Einlegung der Berufung der Fall war. Allein aus der Klage auf künftige Leistung ist im Laufe der Berufung infolge Zeitablaufs eine Klage auf sofortige Leistung geworden, da die eingeklagten Mietzinsbeträge während der Berufung nach und nach fällig wurden. Der Bekl. hätte nunmehr sofort bei Fälligkeit den Mietzins entrichten müssen, wenn er sich unter Berufung auf § 93 ZPO. vor der Kostenlast schützen wollte. Denn mit Eintritt der Fälligkeit der einzelnen Mietzinsraten lag nicht mehr eine unbegründete Klage auf Verurteilung zu künftiger Leistung, sondern eine begründete Leistungsklage vor.

(O. B. Breslau, Ur. v. 24. März 1928, 5 U 497/27.)

Mitgeteilt von O. B. Dr. Hertel, Oepeln.

*

wohl in Frage kommen, aber nur in der Richtung auf Entkräftung der Glaubhaftmachung der von dem Intervenienten beigebrachten Beweismittel, nicht dagegen zwecks Darlegung von selbständigen Gegenbehauptungen und materiellen Einwendungen, die zwar die vom Nebenintervenienten behauptete rechtliche Beziehung, nicht aber das aus den zugrundeliegenden Umständen sich ergebende rechtliche Interventionsinteresse beseitigen könnten. Will z. B. im Beamtenschaftungsprozeß der Beamte dem verklagten Staat als Nebenintervenient beitreten, so kann sein Interventionsinteresse nicht deshalb bestritten werden, weil er wegen Geisteskrankheit oder dgl. keine Regresspflicht trage; denn an sich ist die Regresspflicht, und damit das rechtliche Interesse an der Nichtverurteilung des Staates, aus der Sachlage jedenfalls gegeben. In einem erheblich weiterentwickelten Zusammenhang gibt der obige Beschluß einen guten Beleg für diese Lehre.

Geh. Hofrat Prof. Dr. Heinsheimer, Heidelberg.

13. Troz Geschäftsgewandtheit der Partei ist die Verkehrsgebühr des von ihr beauftragten Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn die Natur des Rechtsstreits die Hinzuziehung des Verkehrsanwalts als zweckmäßig erscheinen läßt.

Von der Zubilligung einer Verkehrsgebühr wird zwar im allgemeinen dann abzugehen sein, wenn die Partei die erforderliche Geschäftsgewandtheit besitzt, selbst einen Schriftwechsel zu führen. Diese Voraussetzung liegt bei der Bekl. zu 2 als Bankunternehmen vor. Trotzdem kann im einzelnen Falle wegen der Natur des Rechtsstreits und der besonderen Umstände die Festsetzung der Verkehrsgebühr gerechtfertigt erscheinen. So hier: es handelt sich um Rechtsbeziehungen aus dem Gebiete des Aufwertungsrechts, die für die Antragsgegnerin als ausländisches Unternehmen nur schwer zu übersehen war. Zudem waren die Rechtsanwälte durch das Vorgehen vor dem OLG. in L. mit der Sach- und Rechtslage vertraut und daher auch in tatsächlicher Beziehung besser unterrichtet, als die Antragsgegnerin selbst. Diese hätte bei ihrem Anwalt in S. von vorn anfangen müssen, während ihre früheren Anwälte jene auf Grund ihrer Handakten reiflos unterrichten konnten. Es war wirtschaftlich richtig, diese abgeschlossenen Vorarbeiten nicht ungenutzt zu lassen. Unter diesen besonderen Umständen muß die Verkehrsgebühr hier als zur zweckentsprechenden Rechtsverteilung notwendig i. S. § 91 ZPO. angesehen werden.

(OLG. Breslau, Beschl. v. 26. Sept. 1927, 1 W 261/27.)

Mitgeteilt von N. Dr. Pfeiffer, Hirschberg (Schl.).

14. §§ 91, 100, 124 ZPO. Kostenverteilung in dem Fall, in dem zwei Streitgenossen, von denen nur der eine obsiegt, einen gemeinsamen Anwalt haben. †)

Der Kl. hatte die Eheleute Sch. als Gesamtschuldner auf Herausgabe eines Grundstücks verklagt. Der Klage gegen den Ehemann ist stattgegeben, dagegen ist die Klage gegen die Ehefrau abgewiesen worden. Die außergerichtlichen Kosten der bekl. Ehefrau sind dem Kl. auferlegt worden. Beide bekl. Eheleute waren zunächst durch den N. M. vertreten, der ihnen als Armenanwalt beigeordnet war. Nachdem die Beweisaufnahme beendet war, wurde er auf seinen Antrag von der Beordnung entbunden; der bekl. Ehemann hatte ihn, insbes. in dem überreichten Schreiben v. 16. Febr. 1927, persönlich angegriffen und ihn wegen Befangenheit abgelehnt. Daraufhin wurde den Eheleuten N. S. als Armenanwalt beigeordnet, der die weitere Verhandlung wahrnahm und den Prozeß zu Ende führte. Beide Armenanwälte haben für ihre vollen Gebühren den Kl. in Anspruch genommen. Der Urkundsbeamte des OLG. hat ihren Anträgen entsprochen und unter dem 11. Aug. 1927 die Kosten für N. M. und für N. S. festgesetzt. Auf Erinnerung des Kl. hat das OLG. durch den angefochtenen Beschluß die Festsetzung hinsichtlich des N. M. aufrechterhalten, hinsichtlich des N. S. herabgesetzt. N. S. und der Kl. haben sofortige Beschwerde eingelegt.

Auf Grund des Urteils hätte der Kl. der bekl. Ehefrau, wenn diese einen eigenen Anwalt gehabt hätte, dessen volle Gebühren erstatten müssen. Die Regelung für den Fall, daß zwei Streitgenossen, von denen nur der eine obsiegt, einen gemeinsamen Anwalt haben, ist streitig. Das RG. billigt in ständiger Praxis dem obsiegenden Streitgenossen nur einen Kopfteiler zu (RG. 1896, 654⁴; 1897, 342⁵; 1899, 13⁶; RG. 31, 409; a. M. insbes. Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren, 10. Aufl. S. 129 f.). Diese Beschränkung ist dann berechtigt, wenn der obsiegende Teil einen Ausgleichsanspruch gegen den anderen Streitgenossen hat und diesen mit Erfolg durchsetzen kann. Hier würde es einen Umweg bedeuten, wenn er den Gegner für die vollen Kosten in Anspruch nehmen und es

Zu 14. Die Entsch. versucht, mit praktischen Erwägungen einem Problem beizukommen, das im Geseze selbst eine Regelung nicht gefunden hat. Die ZPO. gewährt in § 124 dem Armenanwalt gegen die unterliegende Partei ein unmittelbares Beitreibungsrecht hinsichtlich seiner Gebühren und Auslagen, und beschränkt diesem Beitreibungsrechte gegenüber die Eintreden aus der Person der armen Partei ausdrücklich auf den Fall der Aufrechnung von Kosten, welche nach der in demselben Rechtsstreit über die Kosten erlassenen Entsch. von der armen Partei zu erstatten sind. Danach könnte es so scheinen, als ob die unterliegende Partei verpflichtet wäre, auch die Kosten mehrerer Armenanwälte zu tragen, wenn die Notwendigkeit zur Bestellung mehrerer Armenanwälte auf Verschulden der armen Partei beruht. Der Gegner einer armen Partei würde also auch insoweit schlechter gestellt sein, als der Gegner einer zahlungsfähigen Partei, die Ertrag ihrer doppelten Anwaltskosten nur insoweit verlangen kann, als der Anwaltswechsel notwendig war. Zu solchen Folgerungen das führen könnte, lehrt ein mir bekannt gewordener Fall, in dem einer armen Partei im Laufe einer Instanz nacheinander sieben Armenanwälte beigeordnet werden mußten, weil sie immer wieder dem beigeordneten Armenanwalt begründeten Anlaß zu dem Antrage gab, aus seinen Verpflichtungen als Armenanwalt entlassen zu werden. Die Praxis ist aber mit

ihm überlassen würde, selbst den Ausgleichsanspruch geltend zu machen. Wenn aber der obsiegende Teil nicht in der Lage ist, einen Teil der Kosten von seinem Genossen zu erlangen, sei es, daß dieser nicht beitragspflichtig ist oder daß die Erstattung ausichtslos ist, dann liegt kein Grund vor, die Erstattungsfähigkeit der vollen Kosten dem Gegner gegenüber zu verneinen. Sonst würde der obsiegende Teil, wenn er einen Teil der gemeinsamen Anwaltskosten im Endergebnisse selbst aufbringen müßte, schlechter stehen, als wenn er von vornherein einen eigenen Anwalt gehabt hätte. Demgemäß billigt auch Stein-Zonas IV, § 100 ZPO. dem obsiegenden Streitgenossen die vollen Kosten dann zu, wenn der andere Teil arm und außerstande ist, zu den Kosten beizutragen. Derselben Rechte, die der obsiegende Teil hat, stehen im Falle des § 124 ZPO. dem Armenanwalt zu. Auch er hat daher vom Gegner die vollen Gebühren dann zu verlangen, wenn sie der obsiegende Teil fordern könnte, falls dieser den Anwalt voll befriedigt hätte. Es geht nicht an, den Anwalt auf seinen Honorarantrag gegen den unterliegenden Teil zu verweisen, wenn dieser sich nicht verwirklichen läßt. Dies trifft, solange das Armenrecht fortbesteht, zu, da es hier dem Armenanwalt gesetzlich verwehrt ist, sich an die arme Partei zu halten. Auch das RG. hat: ZB. 1898, 45³ dem Armenanwalt das Recht zugesprochen, Erstattung seiner vollen Gebühren vom Gegner zu verlangen.

Die Erstattungspflicht des Gegners beschränkt sich gem. § 91 ZPO. auf die notwendigen Kosten. Hat die Partei durch eigenes Verschulden einen Anwaltswechsel herbeigeführt, so hat sie die dadurch veranlaßten Mehrkosten selbst zu tragen. Im vorl. Fall gingen zwar die persönlichen Angriffe vom bekl. Ehemann aus. Das Gericht ist aber überzeugt, daß es mit Wissen und Willen der Frau geschehen ist. Diese hat den Prozeß durch ihren Mann betreiben lassen; der Mann hat die Termine wahrgenommen und auch den Briefwechsel mit dem Anwalt geführt. Im Verhältnis der Partei zu ihrem Anwalt war daher der Mann Erfüllungshelfer der Frau, und diese hat für seine Handlungen selbst einzustehen.

Es kann dahingestellt werden, wie das Einziehungsrecht des Armenanwalts im Falle des § 124 ZPO. begrifflich zu konstruieren ist, ob es ein Pfandrecht ist, oder ein pfandähnliches Verhältnis oder selbständiges Einziehungsrecht. Jedenfalls ist es erst mit dem Urteil entstanden, und als dieses erging, bestanden bereits die Gebührenforderungen beider Anwälte zu Recht. Da kein Grund vorliegt, den einen oder anderen Anwalt zu bevorzugen oder zurückzusetzen, bleibt kein anderer Ausweg, als beide und den Staat verhältnismäßig zu beteiligen. Den Ausführungen des N. M., daß seine Forderung bereits früher erstattungsfähig gewesen sei und ihre Eigenschaft nicht durch die späteren Vorgänge verloren haben könne, kann nicht beigetreten werden. Die Erstattungsfähigkeit hat sie vielmehr erst durch das Urteil erlangt, und dieses hat nicht er, sondern der zweite Anwalt erwirkt.

(OLG. Breslau, 3. ZS., Beschl. v. 25. Febr. 1928, 3 W 12/28.)

Mitgeteilt von N. Dr. Walter Zug, Breslau.

15. §§ 771, 828 ZPO. Der Fuzidant ist zur Widerspruchsklage nicht berechtigt.

Die Kl. hatte gegen den Bruder des Bekl. ein rechtskräftiges Ur. auf Zahlung von 6500 RM. erlangt und auf Grund dieses Ur. die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner durch Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstück G.straße 20 in B., als dessen Eigentümer damals der Schuldner eingetragen war, betrieben. Am 29. Sept. 1925 ist der Bekl. als Eigentümer des belasteten Grundstücks eingetragen worden. Ihm hatte der Schuldner am 28. Aug. 1924 das belastete Grundstück verkauft und aufgelassen. Der Bekl. hat die Beziehung der der

Recht davon ausgegangen, daß das Recht des Armenanwalts nicht weiter gehe als das der armen Partei und in seinem Bestande abhängig ist von dem Bestehen des Erstattungsanspruches der armen Partei (Willenbücher, 10. Aufl. S. 85).

Andererseits wird man natürlich den unmittelbaren Anspruch des Armenanwalts gegen die unterliegende Partei nicht allein dem ersten Armenanwalt zubilligen können. Das könnte dazu führen, daß der zweite Armenanwalt überhaupt leer ausgeht, da der erste bereits alle im Prozesse möglichen Gebühren verdient hat. Ebenso wenig kann der Beitreibungsanspruch nur dem zweiten Anwalt zugute kommen, der bis zur Beendigung des Verfahrens die Partei vertreten hat. Die Lösung des Problems sucht das OLG. darin, daß es die Summe der beiden Armenanwälten entstandenen Gebührenansprüche ins Verhältnis setzt zu dem Betrage der ohne Rücksicht auf die Armenrechtsbewilligung erstattungsfähigen Prozeßkosten der obsiegenden Partei, und den letzten Betrag im Verhältnis der Gebührenansprüche der beteiligten Armenanwälte auf diese verteilt. Man wird der Regelung aus praktischen Erwägungen zustimmen müssen, obwohl sich, wie gesagt, im Geseze kein Anhalt dafür findet.

N. Dr. Wilhelm Kraemer, Leipzig.

Zwangshypothek zugrunde liegenden Forderung verweigert, und deshalb will die Kl. die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreiben. Sie hat deshalb Klage erhoben mit dem Antrage, den Bekl. zu verurteilen, zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück aus der Zwangshypothek 3779,33 RM zu zahlen.

Der Bekl. macht geltend, daß sein Bruder E. das belastete Grundstück als sein Treuhänder erworben habe. Daher sei er, der Bekl., von vornherein materiell Eigentümer des Grundstücks geworden. Diese Tatsachen seien der Kl. bekannt gewesen. Sie habe daher nicht in das Grundstück die Zwangsvollstreckung betreiben dürfen.

LG. und OLG. haben in der Hauptsache verurteilt:

Die Einwendungen gehen darauf hinaus, daß der Bekl. der durch Eintragung der Zwangshypothek vorgenommenen Zwangsvollstreckung widerspricht, weil ihm an dem Grundstück ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe. Ein solcher Widerspruch ist nach § 771 ZPO. im Wege der Klage geltend zu machen. Der als Einwand erhobene Widerspruch ist daher unbeachtlich. Aber selbst wenn man die Einwendungen prozessual für zulässig ansehen würde, so wären sie unbegründet. Zur Zeit der Eintragung der Zwangshypothek stand dem Bekl. an dem belasteten Grundstück ein die Veräußerung hinderndes Recht nicht zu. Der Schuldner E. D. hat das Grundstück von seinem Rechtsvorgänger gekauft und aufgelassen erhalten. Er mag es für Rechnung des Bekl. gekauft haben, das ist aber unerheblich. Er sollte jedenfalls Eigentümer werden und ist es auch geworden (vgl. RG. 84, 214¹). Der Bekl. hatte lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Schuldner auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück. Dieser Anspruch ist aber kein die Veräußerung hinderndes Recht. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Kl. zur Zeit der Eintragung der Zwangshypothek die Rechtsbeziehungen zwischen dem Schuldner und dem Bekl. kannte. Trotz einer solchen Kenntnis würde sie dadurch nicht gegen § 826 BGB. verstoßen haben und deshalb dem Bekl. zum Schadensersatz verpflichtet sein, daß sie wegen ihrer vollstreckbaren Forderung gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieb. Für den Gläubiger besteht nicht die sittliche Verpflichtung, die Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner so zu betreiben, daß dieser in der Lage bleibt, etwaige schuldrechtliche Verpflichtungen Dritten gegenüber zu erfüllen.

(OLG. Breslau, Ur. v. 22. Febr. 1928, 5 U 437/27.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Breslau.

*

16. § 34 GeschAuffW.D.; §§ 814, 817 BGB. Richtigkeit einer aus Verlaß eines Zwangsvergleichs für den Ausfall eines am Vergleich beteiligten Gläubigers übernommenen Bürgschaft.

Der Bekl. befand sich i. J. 1925 unter Geschäftsaufsicht. Das Geschäftsaufsichtsverfahren endete mit einem Zwangsvergleich, nach dem die Gläubiger in Höhe von 50% ihrer Forderungen befriedigt werden sollten. Für die Auszahlung der ersten Quote in Höhe von etwa 9000 M übernahm das Bankhaus D. die Bürgschaft und stellte diesen Betrag auch zur Verfügung. Sie tat dies jedoch erst, nachdem der Kl. sich bereit erklärt hatte, die in der Urkunde v. 15. Mai 1925 aufgeführten Verpflichtungen zu übernehmen. Sie bestanden darin, daß Kl. dem Bankhaus D. gegenüber die selbstschuldnerische Bürgschaft für alle Forderungen übernahm, die diesem damals gegen den Bekl. zustanden und sich auf 9100 M beliefen, sowie für die Beträge von etwa 9000 M, welche das Bankhaus bei Zustandekommen des Vergleichs zur Bezahlung der ersten Vergleichsrate zur Verfügung stellen sollte. Kl. mußte sich weiter verpflichten, die gesamten Forderungen des Bankhauses bankmäßig zu verzinsen und Sicherheit durch Eintragung einer Sicherungshypothek von 25 000 M zu leisten. Kl. wurde dabei ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Forderungen der Firma D. gegen den Bekl. in Höhe von 9100 M an dem Zwangsvergleich teilnehmen, und daß der Bekl. daher nur verpflichtet sei, 50% dieses Betrages zu bezahlen, während Kl. dem Bankhaus D. gegenüber für die Schuld des Bekl. in der vollen ursprünglichen Höhe haftbar sei. Das Bankhaus D. belastete darauf den Kl. mit den von ihm zur Durchführung des Vergleichs zur Verfügung gestellten Beträgen und seiner eigenen Forderungen gegen den Bekl. in Höhe von 9100 M nebst Zinsen. Kl. beansprucht nunmehr von dem Bekl. Befreiung von dieser Schuld, die inzwischen bis auf 4500 M, den Betrag des Ausfalls der Bank beim Zwangsvergleich, getilgt worden war. LG. und OLG. haben die Klage abgewiesen.

Nach § 34 GeschAuffW.D. sind bei einem Zwangsvergleich alle Abkommen des Schuldners oder einer anderen Person mit einzelnen Gläubigern, durch welche diese bezichtigt werden sollen, nichtig, sofern nicht alle zurückgesetzten Gläubiger dem Abkommen zugestimmt haben. Das Bürgschaftsabkommen v. 15. Mai 1925 entfiel eine Bezichtigung der an dem Vergleichsverfahren als Gläubigerin beteiligten Firma D. Denn der Kl. verpflichtete sich durch dieses Abkommen der genannten Gläubigerin gegenüber, für ihre volle Forderung, also auch soweit sie bei dem Zwangsvergleich ausfiel, Bürgschaft zu leisten und damit das Bankhaus D. voll zu befriedigen, während die anderen

Gläubiger nur 50% erhielten. Unerheblich ist es, daß dieses Abkommen nicht in dem Vergleichsvorschlag enthalten war, sondern daneben besonders vereinbart wurde, denn es steht jedenfalls in untrennbarem Zusammenhange mit dem Zwangsvergleich und der Sicherung seiner Erfüllung, und die W.D. will zweifellos auch derartige Abkommen treffen, da sonst der Umgehung des Verbotes in § 34 Tür und Tor geöffnet wäre. Es geht auch nicht an, das Versprechen der vollen Befriedigung der Firma D. lediglich als Gegenleistung für die von ihr zugelegte Bereitstellung der Mittel zur Auszahlung der ersten Vergleichsrate zu bewerten. Für diese Leistung hatte sich das Bankhaus ja eine Verzinsung von 2% über den Lombardzins der Reichsbank und außerdem eine Provision von 1/3% pro Monat zu billigen lassen, also Gegenleistungen, welche den damals üblichen Sätzen für Gewährung von Bankkredit zum mindesten entsprachen, zumal das Bankhaus sich hierfür nicht bloß die Bürgschaft des Kl., sondern von diesem auch noch dingliche Sicherheit geben ließ. Hätte die Übernahme des Ausfalls der Firma D. durch den Kl. lediglich eine weitere Gegenleistung für den Kredit von 9000 M zur Bezahlung der ersten Rate bilden sollen, dann würde das Abkommen als Ausbeutung der durch das Aufsichtsverfahren offengelegten Notlage des Bekl. nach § 138 BGB. bzw. § 4 PreisErW.D. unwirksam sein. Kl. hat nun allerdings behauptet, sämtliche am Vergleich beteiligten Gläubiger und die Aufsichtsperson seien von diesem Abkommen unterrichtet worden und hätten demselben zugestimmt. Der Verneinung der hierfür von ihm als Zeugen benannten Aufsichtsperson bedurfte es jedoch nicht, da das Gegenteil bereits als erwiesen anzusehen ist. Die Akten betr. das Aufsichtsverfahren, insbes. das Protokoll über den zur Verhandlung über den Vergleichsvorschlag angelegten Termin v. 30. Juni 1925 enthalten nicht das geringste über das Abkommen v. 15. Mai 1925, so daß dasselbe jedenfalls dem Gericht nicht bekannt gewesen ist. Dazu kommt, daß ausweislich der dem Protokoll v. 30. Juni 1925 beigefügten Stimmliste vier Gläubiger überhaupt gegen den Vergleich gestimmt haben. Hierin würde, falls diesen Gläubigern das Abkommen v. 15. Mai 1925 mitgeteilt worden ist, zugleich auch eine Ablehnung dieses Abkommens liegen. Da das Abkommen jedenfalls insoweit nichtig war, als es der Firma D. zu einer vollen Befriedigung ihrer Ansprüche verhelfen sollte, war der Kl. auch nicht verpflichtet, dieser Gläubigerin den Ausfall, den sie beim Zwangsvergleich erlitten hat, zu ersetzen oder Zinsen davon zu zahlen. Befriedigte Kl. trotzdem das Bankhaus, so ist es unerheblich, ob er nach § 814 oder § 817 BGB. zur Rückforderung nicht berechtigt ist. Er kann jedenfalls von dem Bekl. keinen Ersatz dieser Zahlungen verlangen, auf welche das Bankhaus D. keinen Rechtsanspruch hatte.

Das gleiche gilt, wenn man, was allerdings unberechtigt wäre, das Abkommen als einen Kreditauftrag ansehen würde. Denn auch ein solcher Kreditauftrag würde unter § 36 GeschAuffW.D. fallen. Zudem sind die hier in Rede stehenden Beträge vom Kl. an das Bankhaus D. erst im Laufe der zweiten Instanz bezahlt worden, also erst lange, nachdem der Bekl. durch sein Verhalten dem Kl. gegenüber zu erkennen gegeben hatte, daß die Bezahlung dieses Betrages nicht mehr seinem Wunsche entsprach. Die Ausführungen des Kl., das Bankhaus D. sei berechtigt gewesen, die zuerst geleisteten Zahlungen zunächst auf die hier in Rede stehenden Posten zu verrechnen, sind unbegründet. § 366 BGB. hat das Befehlen mehrerer rechtsbeständiger Forderungen zur Voraussetzung, findet also keine Anerkennung, wenn einer der Forderungen von der Rechtsordnung die Anerkennung versagt wird.

(OLG. Breslau, Ur. v. 11. Jan. 1928, 5 U 294/27.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Hertel, Breslau.

*

Darmstadt.

17. § 91 ZPO. Erstattungsfähigkeit der Kosten des Verkehrsanwalts. †)

Der Gerichtsschreiber des HessLG. hatte in seinem Festsetzungsbeschluss dem Kl. die Kosten des Korrespondenzanwalts M. Dr. Fr. in Berlin bewilligt; der angefochtene Beschluss hat diese Kosten gestrichen. Der erk. Sen. betrachtet diese Kosten als erstattungsfähig. Abweichend von der Auffassung des LZ. muß der Verkehrsanwalt M. Dr. Fr. als besonderer Vertrauensanwalt des Kl. angesehen werden.

Zu 17. Daß die Entstehung und die Erstattungsfähigkeit der Korrespondenzgebühr nicht dadurch bedingt ist, daß sich der in Anspruch genommene Verkehrsanwalt am Wohnsitz der Partei befindet, daß es der Partei in besonderen Fällen vielmehr auch gestattet sein muß, sich eines auswärtigen Anwalts als Verkehrsanwalts zu bedienen, ist anerkannt Rechtsz. (vgl. BayObLG. 16, 168, alt. Sg.; Friedlaender, § 44 Anm. 2). Auch die oben S. 1146 abgedr. Entsch. des OLG. Augsburg vertritt neuerdings diese Ansicht und begründet die Zulässigkeit im gegebenen Falle damit, daß der in Anspruch genommene auswärtige Verkehrsanwalt ständig von der Partei in gleichartigen Fällen zu Rate gezogen wurde und daher ihre gesamten Verhältnisse — das will heißen, die tatsächlichen Verhältnisse — auf diesem Gebiete genau kannte.

den. Auch die Eigenschaft eines Anwalts als Syndikus einer Gewerkschaft, welcher der Klient angehört, kann ein persönliches Vertrauensverhältnis begründen, und hat es im vorl. Falle begründet, weil es sich um keineswegs einfache Fragen des Beamtenrechts handelte, zu deren Bearbeitung die Zuziehung eines genauen Kenners, zwar nicht der tatsächlichen (nicht verwickelten) wohl aber rechtlichen Verhältnisse durchaus angebracht war. Die Zuziehung eines besonderen Kenners der einschlägigen rechtlichen Vorschriften war um so mehr zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig, als der Kl. einem in jeder Beziehung überlegenen Gegner gegenüberstand.

(O.V. Darmstadt, 2. ZS., Beschl. v. 14. Febr. 1928, 2 W 28/28.)

Mitgeteilt von H. Dr. Herbert Fraenkel, Berlin.

Dresden.

18. § 19 R.D.; §§ 240, 325, 727 Z.P.D. Mietaufhebungs-Klagen und Räumungsklagen gegen einen im Konkurs befindlichen Mieter sind gegen den Konkursverwalter und nicht gegen den Mieter zu richten. Nach Aufhebung des Konkurses ist die Umschreibung der Vollstreckungsklausel des gegen den Konkursverwalter ergangenen Urteils gegen den früheren Gemeinschuldner zulässig. †)

Der Gläubiger hat gegen den Schuldner auf Aufhebung des Mietverhältnisses über die jetzt noch von diesem bewohnten Räume sowie auf Räumung beim O.G. als Mietgericht geklagt. Im Laufe des Rechtsstreits fiel der Schuldner in Konkurs. Der Gläubiger nahm das für unterbrochen erklärte Verfahren gegen den Konkurs-

Was der vorl. Entsch. darüber hinaus Bedeutung verleiht, ist der Umstand, daß sie die Annahme eines besonderen persönlichen Vertrauensverhältnisses auf die besondere Kenntnis des beigezogenen Anwalts von den in Betracht kommenden rechtlichen Verhältnissen begründet. Die Entsch. erkennt an, daß auch besondere Kenntnis der einschlägigen rechtlichen Vorschriften die Beziehung eines bestimmten Kl. als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig erscheinen läßt. Daß diese Auffassung zutreffend ist, kann nicht zweifelhaft sein. Sie führt aber konsequenterweise dazu, daß auch die Frage der Erstattungs-fähigkeit der Verkehrsgebühr in der Revisionsinstanz nicht, wie bisher üblich, schon regelmäßig damit verneint werden kann, daß hier neue tatsächliche Anführungen ausgeglichen seien. Der Umstand, daß durch besondere Umstände die Beziehung des Verkehrsanzwalts zur Mitwirkung in der Behandlung der Rechtsfrage geboten war, wird vielmehr auch für die Frage der Erstattungs-fähigkeit der Verkehrsgebühr in der Revisionsinstanz berücksichtigt werden müssen.

H. Dr. Krakenberger, Nürnberg.

Zu 18. A. Die vorl. Entsch. ist in ihrem Ergebnis m. E. zutreffend. Die Begründung bedarf in verschiedenen Punkten der Ergänzung.

1. Der Rechtsstreit, um den es sich handelt, betraf die Klage des Vermieters gegen den Mieter auf Aufhebung des Mietverhältnisses und Herausgabe des Mietraums (§§ 1, 5 M.Sch.G.). Der Kl. begehrte die Beendigung des Mietverhältnisses durch ein rechtsgestaltendes Urteil und forderte gleichzeitig für den Zeitpunkt der Aufhebung die Mietsache von dem Mieter zurück.

Die Konkursöffnung über das Vermögen des Mieters löste zunächst prozessual die Wirkung aus, daß das bereits anhängige Prozessverfahren ipso jure unterbrochen wurde, da es die Konkursmasse betraf, indem es zu ihr in rechtlicher und außerdem in wirtschaftlicher Beziehung stand. Denn das Mietrecht des Schuldners einschließlich seines zum Zwecke der Ausübung dieses Rechts ihm überlassenen Besitzes der Mietsache „gehören“, wie aus den §§ 19 bis 21 und § 17 R.D. i. Verb. m. § 1 das. und § 26 M.Sch.G. erhellt, zur Konkursmasse des Gemeinschuldners. Die Aufnahme des Rechtsstreits konnte mithin nur nach den einschlägigen konkursrechtlichen Bestimmungen erfolgen, welche in den §§ 10, 11 und 146 Abs. 3 und 5 (§ 144) R.D. enthalten sind. Die Regelung ist in diesen Paragraphen nach der Art der Prozesse verschieden gestaltet. In unserem Falle, in welchem der Kl. auf Grund seines persönlichen Rechts als Vermieter die Herausgabe der Mietsache im Zeitpunkt der begehrten Aufhebung des Mietverhältnisses verlangte, war sein Anspruch auf eine Verminderung der Leistungsmasse durch Aussonderung gerichtet. Deshalb mußte die Aufnahme dieses Prozesses nach Maßgabe der Vorschriften des § 11 R.D. geschehen. Schon hieraus ist ersichtlich, daß als Prozeßgegner des aussonderungsberechtigten Vermieters allein der Konkursverwalter und nicht der Gemeinschuldner in Betracht kommt. Nur der Konkursverwalter, nicht der Gemeinschuldner vermag ja auch über die Anerkennung oder Ablehnung eines Aussonderungsanspruchs zu befinden (§ 133 Nr. 2 R.D.); denn nur er ist zur Ausübung der Verwaltung und Verfügung über die Masse befugt (§ 6 R.D.). Und keineswegs bildet das Vorhandensein des streitbefangenen Gegenstandes in der Masse eine begriffliche Voraussetzung für den Aussonderungsanspruch, sondern lediglich auf seine Nichtzugehörigkeit

verwalter auf. Der Konkursverwalter erkannte den Räumungsanspruch an. Das Konkursverfahren ist aufgehoben worden. Auf Antrag des Kl. hat der Rechtspfleger des O.G. Leipzig gegen den Schuldner als Rechtsnachfolger des Konkursverwalters die Vollstreckungsklausel zu dem Auerkenntnisurteil erteilt. Auf des Schuldners Beschwerde hat das O.G. diesen Beschluß sowie die Vollstreckungsklausel aufgehoben. Das O.G. ist der Ansicht, daß es gegen den Konkursverwalter nie habe vollstreckt werden können, weil dieser nie den Gewahrsam an den Räumen gehabt und dieser Gewahrsam, anders als das Mietrecht, nicht zur Konkursmasse gehört habe. Deshalb habe der Räumungsanspruch gegen den Gemeinschuldner verfolgt werden müssen. Der Gemeinschuldner könne auch nicht als Rechtsnachfolger des Konkursverwalters i. S. von §§ 727, 325 Z.P.D. angesehen werden. Wenn auch ein gegen den Konkursverwalter ergangenes Urteil im allgemeinen Rechtskraft gegen den Gemeinschuldner bewirke, so treffe das im Einzelfalle doch nur dann zu, wenn sich der Rechtsstreit auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezogen habe. Das treffe aber hier nicht zu, weil der Gewahrsam an der Wohnung jedenfalls dazu nicht gehört habe.

Die Beschwerde des Gläubigers ist begründet.

Es kann die Meinung, daß das Mietverhältnis nicht im ganzen, sondern nur in einzelnen Beziehungen zur Konkursmasse gehört habe, nicht geteilt werden, wie aus den Ausführungen Jägers zu § 19 R.D. hervorgeht. Auch § 26 M.Sch.G. deutet darauf hin. Das ist bei der getroffenen Regelung auch unbedingt notwendig, wenn der Konkursverwalter in den Stand gesetzt werden soll, sich der Verpflichtung zur Mietmiszahlung, die eine Masse-

zu derselben kommt es an. Im vorl. Rechtsstreit, in dem die Herausgabe nicht auf Grund des Eigentums gestützt wird, sondern der Vermieter kraft seines persönlichen Rechts die Rückgabe der Mietsache fordert, ist es schon um deswillen rechtlich bedeutungslos, ob der Konkursverwalter sich im Besitze oder Gewahrsam der Mietsache befindet. Tatsächlich ist er ja, solange der Gemeinschuldner in den Mieträumen wohnt, mittelbarer Besitzer, man könnte ihn sogar als Inhaber der Gewahrsam und den Gemeinschuldner als bloßen Besiddner betrachten; unter allen Umständen aber ist er befugt und in der Lage, sich den Gewahrsam mit richterlicher Hilfe (§ 106 R.D.) oder auf Grund des Eröffnungsbeschlusses im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner (R.D. 37, 399) zu verschaffen.

2. Im Zeitpunkt der Beendigung des Konkursverfahrens erlöschen die Befugnisse des Konkursverwalters — von einigen Ausnahmefällen abgesehen — von selbst, und der Gemeinschuldner erlangt sein freigeordnetes Verwaltungsrecht auch über sein Vermögen, das bisher zur Konkursmasse gehörte, ohne weiteres wieder. Nimmt man an, daß in den Aktiv- und Passivprozessen während des Konkursverfahrens der Verwalter die Parteistellung innehat, so geht dieselbe mit der Aufhebung des Konkurses kraft Gesetz auf den bisherigen Gemeinschuldner über, und man hat diesen insoweit als Rechtsnachfolger des Konkursverwalters zu betrachten, auch wenn die Konkursaufhebung erst nach der Beendigung des Rechtsstreits eintritt. Da nun das gegen den Konkursverwalter erlassene Auerkenntnisurteil gegen den damaligen Gemeinschuldner als Träger der von dem Konkursverwalter eingegangenen Verbindlichkeiten wirkte, so konnte und mußte dem Vermieter eine vollstreckbare Ausfertigung gegen ihn als Rechtsnachfolger des Konkursverwalters gem. §§ 325, 727 Z.P.D. erteilt werden.

Die Erteilung war aber auch dann berechtigt — allerdings unter Weglassung der Worte: als Rechtsnachfolger —, wenn man dem Konkursverwalter in den von ihm und gegen ihn geführten Rechtsstreitigkeiten nicht die Parteirolle zugestelt, sondern ihn nur als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners und diesen als Partei ansieht. Dann müßte allerdings, wenn das Urteil eine von diesem Standpunkte aus unrichtige Parteibezeichnung enthielt, eine Berichtigung der Parteibezeichnung herbeigeführt werden, da sonst eine Vollstreckung ausgeschlossen wäre (§ 750 Z.P.D.). Notfalls könnte der Vermieter erst auf dem Wege der Erhebung einer Judikalklage gegen den Mieter zum Ziele gelangen.

J. Wendig, Breslau.

B. Die gleiche Auffassung wie die des O.G. Dresden wird von Jaeger, R.D. § 19 Anm. 1, 14, und von Wilmonsky-Kurlbaum, § 117 Anm. 1 vertreten. Beide sind der Ansicht, daß die Räumungsklage gegen den Konkursverwalter zu richten ist, auch wenn der Gemeinschuldner die Räume bewohnt. Die gegenteilige Meinung vertritt Bley: Z.P.D. 51, 67f. mit ähnlicher Begründung wie das aufgehobene Urteil vom O.G. Leipzig.

Es ist woneinander zu scheiden die Frage der Zugehörigkeit der Wohnung zur Konkursmasse und die Möglichkeit der Vollstreckung des Räumungsurteils. Die R.D. enthält zwar keine ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften für die Zugehörigkeit des Mietrechtes zur Konkursmasse, die §§ 19 u. 20 R.D. setzen aber diese Zugehörigkeit voraus. Es wird dabei kein Unterschied gemacht, ob

schuld darstellt, zu entledigen. Dazu gehört, daß er die Wohnung rechtzeitig freistellt. Das kann er auf Grund des ihm mit dem Eröffnungsbeschlusse verliehenen Schuldtitels gegen den Gemeinschaftschuldner aber nur, wenn man ihm das Recht einräumt, sich auch gegen den Willen des Schuldners in den Besitz der Räume zu setzen. Daraus folgt, daß nach der in der W. getroffenen Regelung der Gewahrsam zur Konkursmasse gehört, da er für die Vollstreckung die Voraussetzung ist.

Es trifft nicht zu, daß sich der Räumungsanspruch gegen den Inhaber des Gewahrsams richtet. Wenn die Grundlage dieses Anspruchs, wie hier, ein Mietvertrag ist, so richtet er sich gegen den Mieter als solchen, gleichgültig, ob dieser Gewahrsamsinhaber ist oder nicht. Es wird die Erfüllung des Mietvertrages gefordert, der bei Beendigung des Mietverhältnisses zur Räumung auch dann verpflichtet, wenn der Mieter die Räume gar nicht innehat, sondern ein Dritter.

(OLG. Dresden Beschl. v. 10. Jan. 1928, 14 C Reg. 606/27.)

*

Frankfurt a. M.

19. § 119 ZPO. findet auch nach Erlaß eines gegen die arme Partei nach § 542 ZPO. ergangenen Urteils Anwendung.

Die Bekl. haben in der ersten Instanz obgesiegt. In der Berufungsinst. beim OLG. sind sie auf die Berufung der Kl. durch ein sog. unechtes Versäumnisurteil nach § 542 ZPO. verurteilt worden. Sie haben gegen dieses Urteil Einspruch eingelegt. Das OLG. hat ihnen das Armenrecht wegen Ausichtslosigkeit der weiteren Rechtsverfolgung verweigert. Die dagegen eingelegte Beschwerde ist begründet. Nach § 119 ZPO. ist eine sachliche Prüfung des Armenrechtsgefühls dann nicht statthaft, wenn der Gegner des Gesuchstellers das Rechtsmittel eingelegt hat. Das OLG. hält aber diese Vorschrift in einem Fall, wie dem vorliegenden, in dem der Gesuchsteller bereits in der Berufungsinst. nach sachlicher Prüfung der Berufung unterlegen ist und einen Einspruch eingelegt hat oder einlegen will, nicht für gegeben und erachtet daher in diesem Sonderfall eine sachliche Prüfung für zulässig. Die vom OLG. vertretene Ansicht wird von Skonieczky-Gelpcke, Komm., Anm. 3 zu § 119, auch von Trendenthal-Sauerländer, Komm., Anm. 5 zu § 119 und vom OLG. Köln: NZ. 1903, 204 geteilt, mißbilligt von Stein-Jonas, Komm. zu § 119. Das Beschwerdegericht steht gleichfalls auf einem der landgerichtlichen Auffassung entgegengesetzten Standpunkt, und zwar aus folgenden Erwägungen: Der Sinn der Vorschrift des § 119 II ZPO. liegt, wie auch die Vorarbeiten zur ZPO. ergeben, darin, daß im Armenrechtsverfahren Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der armen Partei dann nicht als mutwillig oder ausichtslos behandelt werden darf, wenn ein erstinstanzliches für die arme Partei siegreiches Erkenntnis vorliegt. Dieser Grundgedanke wirkt auch in denjenigen Fällen, in denen in zweiter Instanz ein Versäumnisurteil, sei es auch ein unechtes Versäumnisurteil aus § 542 ZPO., ergangen ist. Denn auch ein nach § 542 erlassenes Urteil, das unter Aufhebung des erstinstanzlichen der armen Partei günstigen Urteils ergeht, beseitigt nicht die grundlegende Tatsache, daß jenes günstige Urteil einmal erlassen worden ist. Auch der Wortlaut des § 119 II ZPO. spricht gegen die landgerichtliche Auffassung. Denn es heißt hier, wenn „der Gegner“ der armen Partei „das Rechtsmittel eingelegt habe“, also doch die Berufung, „in der höheren Instanz“, somit doch im ganzen Verlauf der höheren Instanz, eine sachliche Prüfung unzulässig sei. Wollte man anders denken, so müßte das OLG. auch auf neue Erörterung oder eine neue Beweisaufnahme in der Berufungsinst. das Armenrecht entziehen können. Aber auch das ist unzulässig. Überdies beruht ein Versäumnisurteil aus § 542 ZPO. nicht auf einer erschöpfenden Prüfung des wirklichen Sachverhalts, sondern möglicherweise auf Fiktionen; und davon kann doch nicht die Rede sein, daß man Versäumnisurteile hinsichtlich der Zulässigkeit sachlicher Prüfung von Armenrechtsgefühlen verschieden beurteile, je nachdem diese Urteile auf rein rechtlichen Erwägungen oder auch auf tatsächlichen Unter-

stellungen beruhen. Endlich trifft es, wie schon angedeutet, auch nicht zu, daß der Einspruch i. S. des § 119 II ZPO. „ein Rechtsmittel“ sei, das also dann nicht „der Gegner der armen Partei“, sondern die arme Partei selbst eingelegt habe. Mag man im allgemeinen auch den Einspruch als ein Rechtsmittel ansehen. Er ist doch auch in den Fällen des § 542 ZPO. ein rein formelles. Auch für diesen Fall des Einspruchs gilt die Bestimmung des § 342 ZPO., daß durch den zulässigen Einspruch der Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnisbefand. Das der armen Partei ungünstige Urteil wird also durch den Einspruch zunächst beseitigt und hat auch für das erkennende Gericht keinerlei an den Inhalt bindende Kraft. Daß man aber keinen Unterschied machen kann zwischen der armen Partei, die den Einspruch schon eingelegt hat und damit die Wirkung des Versäumnisurteils schon beseitigt hat und derjenigen armen Partei, die den Einspruch noch nicht eingelegt hat und für das ganze zweinstanzliche Verfahren, einschließlich des Einspruchsverfahrens das Armenrecht nachsucht, liegt auf der Hand.

(OLG. Frankfurt a. M., 4. ZS., Beschl. v. 12. März 1928, 4 W 48/28.)

Mitgeteilt von H. Dr. Hoening, Frankfurt a. M.

*

20. §§ 30, 33, 103, 106 RD.

1. § 33 greift auch in den Fällen des § 30 Ziff. 2 Platz, soweit die Anfechtung auf Kenntnis der Zahlungseinstellung gestützt wird.

2. Lag zur Zeit der Pfändung ein Veräußerungsverbot nach § 106 vor, das auf Grund eines bedingten Konkursantrages ergangen und deshalb unzulässig war, und ist das Veräußerungsverbot später als unzulässig wieder aufgehoben worden, so ist die Pfändung mit dem Zeitpunkt ihrer Vornahme, nicht erst mit dem Zeitpunkt der Aufhebung des Veräußerungsverbots, wirksam geworden.

Die Pfändungen der Bekl. liegen mehr als sechs Monate vor der Konkursöffnung über das Vermögen der Schuldnerin zurück. Gegenüber der Anfechtungsklage des Konkursverwalters berufen sich die Bekl. deshalb auf § 33 RD., wonach Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor Eröffnung des Verfahrens vorgenommen worden sind, nicht aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung angefochten werden können. Zur Zeit der Vornahme der Pfändungen lag ein allgemeines Veräußerungsverbot nach § 106 RD. vor, das auf Grund eines bedingten Konkursantrages ergangen war. Dieses Veräußerungsverbot war von dem Konkursgericht später aufgehoben worden, und zwar zu einem Zeitpunkt, der weniger als sechs Monate vor Konkursöffnung liegt. Der klagende Konkursverwalter ist der Ansicht, § 33 RD. finde im Falle des § 30 Ziff. 2 (inkongruente Deckung) keine Anwendung. Er stützt sich dabei auf Jaeger, RD., § 33 Anm. 3 und Menzel, RD., § 33 Anm. 2, die beide dem Urteil RG. 69, 254 entnehmen, daß das RG. die Anwendung des § 33 RD. auf die Fälle der inkongruenten Deckung mißbillige, wobei Jaeger der Stellungnahme des RG. zustimmt, während Menzel sie bekämpft. Der Kl. führt ferner aus, die Pfändungen seien erst mit der Aufhebung des Veräußerungsverbots wirksam geworden, also zu einem Zeitpunkt, der in die sechsmonatsfrist des § 33 RD. falle.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. die Berufung des Kl. verworfen. Im Gegensatz zu Jaeger und Menzel entnimmt das OLG. im Anschluß an die Ausführungen des OLG. dem Urk. RG. 69, 254¹⁾ folgendes: Die Vorschrift des § 33 RD. greift auch in den Fällen des § 30 Ziff. 2 Platz, soweit die Anfechtung auf Kenntnis der Zahlungseinstellung gestützt wird. Allerdings wird das in der Regel dem Anfechtungsgegner nichts nützen, weil das Gesetz beim Vorliegen der Erfordernisse des § 30 Ziff. 2 die Vermutung aufstellt, daß der Empfänger der inkongruenten Deckung eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschaftschuldners gekannt hat und ihm den Gegenbeweis aufbürdet. Kann er diesen Beweis nicht führen, so muß er trotz Ablauf der sechsmonatsfrist das Empfangene zur Konkursmasse zurückgewähren, weil der Anfechtungsgrund der Kenntnis einer Begünstigungsabsicht durchgreift. Im vorl. Fall, wo es sich um Pfän-

die Mieträume vom Gemeinschaftschuldner bewohnt werden oder nicht. Nach den Kommissionsberichten II 2f. ist die getroffene Regelung insofern eine Erweiterung des § 1 RD., als auf eine Unpändbarkeit des Mietrechtes bei der Einbeziehung zur Konkursmasse keine Rücksicht genommen worden ist. Die vom Gemeinschaftschuldner bewohnten Räume einschließlich des Gewahrsams, den jederzeit der Konkursverwalter nach § 117 RD. ergreifen kann, gehören daher zur Konkursmasse. Nach § 6 RD. steht demgemäß das alleinige Verfügungsrecht über diese Räume dem Konkursverwalter zu, die Klage muß daher gegen ihn gerichtet werden.

Die Vollstreckung des Räumungsurteils kann nach § 886 ZPO. nur vorgenommen werden, wenn der Beurteilte auch den Gewahrsam an den Räumen hat. Das OLG. kennt den Begriff des Gewahrsams nicht. Gewahrsam i. S. der §§ 809, 886 ZPO. ist die tatsächliche Innehabung. Der Konkursverwalter hat zwar gemäß

§ 6 RD. die rechtliche Gewalt über die Wohnung, aber nicht, solange er die Wohnung nicht in Besitz genommen hat, die tatsächliche, er hat daher nicht bis zu diesem Zeitpunkte den Gewahrsam. Bis dahin ist auch der Gemeinschaftschuldner nicht Besitzdiener. Den Gewahrsam i. S. der §§ 809, 886 ZPO. hat vielmehr bis dahin der Gemeinschaftschuldner. Die unmittelbare Vollstreckung des Urteils nach § 885 ZPO. gegen den sich weigernden Gemeinschaftschuldner ist daher nicht möglich, da die Vollstreckung nach § 885 ZPO. den Gewahrsam des Schuldners voraussetzt. Es muß, falls der Konkursverwalter nicht den Gemeinschaftschuldner mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln zwingt, die Wohnung aufzugeben, gemäß § 886 ZPO. der Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe der Räume pfänden und sich überweisen lassen.

H. Dr. Rosen, Leipzig.

dungen handelt, ergibt sich allerdings der Gegenbeweis schon aus dem Tatbestand, der eine Absicht des Gemeinschuldners zur Gläubigerbegünstigung ausschließt. Das OLG. schließt sich damit der auch vom OLG. zitierten Ansicht von Sydow-Busch an, welcher, die Entsch. RG. 69, 254²⁾ richtig verstanden, in Anm. 1 zu § 33 R.D. schreibt: „Insbes. ist auch im Falle des § 30 Nr. 2 die Anfechtung einer innerhalb der Frist nach der Zahlungseinstellung erfolgten Rechtsabhandlung nicht deswegen ausgeschlossen, weil von der Zahlungseinstellung bis zur Konkurseröffnung mehr als sechs Monate verfloßen sind.“ Das OLG. billigt damit die Ausführungen des ersten Richters, der die Anfechtungsgründe der Kenntnis der Zahlungseinstellung im Falle einer Anfechtung nach § 30 Riff. 2 R.D. sei ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des § 33 R.D. vorliegen, während im übrigen die anderen Anfechtungsgründe bestehen blieben; denn da § 33 nur von dem Anfechtungsgrund der Kenntnis der Zahlungseinstellung handle, könne er darüber hinaus keine Wirkung haben, also insbes. sich nicht auf den zweiten Anfechtungsfall des § 30 Riff. 2 R.D. beziehen, soweit hier die Begünstigungsabsicht Anfechtungsgrund ist.

Das Veräußerungsverbot, das zur Zeit der Pfändungen vorlag, ist durch das Konkursgericht wieder aufgehoben worden, weil der Konkursrichter die Unzulässigkeit dieser Maßnahme erkannte. Der Aufhebungsbeschluß ist zwar nicht mit Gründen versehen, indessen sind die Gründe unschwer aus einem späteren Beschluß zu entnehmen, durch den das Konkursgericht und ihm folgend das OLG. (9. J.R. des OLG. Frankfurt a. M. v. 16. Nov. 1926) den bedingten Konkursantrag des Gemeinschuldners als unzulässig abgelehnt hat, da ein bedingter Eröffnungsantrag mit dem Wesen des Konkursverfahrens unvereinbar sei. Das allgemeine Veräußerungsverbot hat einen zulässigen Konkursantrag zur Voraussetzung; ist dieser Antrag unzulässig, so darf auch kein allgemeines Veräußerungsverbot ergehen. Der Konkursrichter hat also das Veräußerungsverbot deshalb aufgehoben, weil er es als unstatthaft erkannte, und diese Aufhebung wirkte auf den Zeitpunkt des Verbotserrlasses zurück. Die in Frage stehenden Pfändungen sind mithin so zu betrachten, als ob das allgemeine Veräußerungsverbot zur Zeit ihrer Vornahme nicht bestanden hätte. Sie sind also im vorl. Fall mehr als sechs Monate vor der Konkurseröffnung erfolgt. (OLG. Frankfurt a. M., Ur. v. 22. Nov. 1927, 2 U 224/27.)

Mitgeteilt von N. Dr. Ernst Goldschmidt, Frankfurt a. M.

Hamburg.

21. § 87 RAOebD. Gebühren, welche der Rechtsanwalt des Gläubigers für Erhebung und Ablieferung von Geldern erhält, sind vom Schuldner zu erstatten und bei der Kostenfestsetzung zu berücksichtigen, wenn sie nach Lage des Falles zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. (Vgl. Walter-Joachim-Friedlaender, Fußnote 19 ff. und Rittmann-Wenz, Bem. 6 zu § 87 RAOebD.)

Nach den Grundätzen des Zivilprozessrechts soll der obliegende Gläubiger alle Kosten vom Schuldner erstattet erhalten, welche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. § 91 spricht diesen Grundsatz für die Kosten des Rechtsstreits aus. § 91 Abs. 2 ZPO. betont, daß die Gebühren und Kosten des Nl. der obliegenden Partei in allen Prozessen zu erstatten sind, also auch in Prozessen und für Prozeßhandlungen, für welche kein Anwaltszwang besteht. Fraglich ist aber, ob die Inkassofähigkeit des Anwalts eine Prozeßhandlung ist. Die herrschende Meinung rechnet zu den Prozeßhandlungen diejenigen Handlungen des Nl. nicht, zu welchen die Prozeßvollmacht nach ihrem durch § 81 ZPO. bestimmten gesetzlichen Inhalt den Nl. nicht ermächtigt. Dieser Meinung kann nur so weit gefolgt werden, daß die Hebegebühren des Nl. nicht ohne weiteres zu den Gebühren gehören, welche grundsätzlich und ohne Prüfung ihrer Notwendigkeit nach § 91 Abs. 2 ZPO. erstattet werden müssen.

Die Hebegebühren sind nach § 91 ZPO. zu erstatten, wenn die Prüfung des einzelnen Falles ergibt, daß ihre Aufwendung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Prüfung des einzelnen Falles wird davon auszugehen haben, daß dem Schuldner überflüssige Kosten zu erparen sind, der Gläubiger aber von Kosten freizuhalten ist, deren Vermeidung ihm nicht zuzumuten war. Handelt es sich um einen sachlichen Streit gegen eine solvente Partei, so wird regelmäßig nach Erwirkung des obliegenden Urteils kein Anlaß bestehen, die Zahlung durch die Hände des Nl. gehen zu lassen. Es wird zunächst versucht werden müssen, ob nicht der Schuldner auf eine Aufforderung des Gläubigers oder seines Anwaltes direkt an den Gläubiger zahlt. Anders scheint es im vorl. Falle zu sein. Die Gläubigerin hat ihren Sitz in Glasgow, der Schuldner seinen Wohnsitz in Altona. Er hat den liquiden Klagenanspruch nicht streitig gemacht, sondern nach Klagerhebung eine Abschlagszahlung an den Nl. der Kl. geleistet, sich durch rechtskräftiges Versäumnisurteil verurteilen lassen und die Urteilssumme in Raten an den Anwalt abbezahlt. Danach scheint es, als ob der Rechtsstreit lediglich der Beitreibung einer unstreitigen Schuld gegen einen säumigen Schuldner diene. Zu

solchen Fällen wird regelmäßig dem Gläubiger, der zur Prozeßführung der Hilfe des Nl. bedarf, nicht zugemutet werden können, die Einziehung der Urteilssumme selbst zu betreiben.

Schließlich ist in der Nrr. die Frage streitig, ob diese Kosten, selbst wenn sie notwendig waren, bei der Kostenfestsetzung berücksichtigt werden können oder ob sie durch eine neue Klage beizutreiben sind.

Das Beschwerdegericht hält die Kostenfestsetzung für zulässig. Festgesetzt werden können nach § 91 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits, nach § 788 ZPO. die Kosten der Zwangsvollstreckung (vgl. Sydow-Busch, Bem. 2 zu § 788 ZPO. und die dort zit. Nrr.). Die Beitreibung ohne Zwangsvollstreckung fällt in das Stadium zwischen Rechtsstreit und Vollstreckung. Müßig ist die Frage, ob man sie dem einen oder dem anderen Stadium zurechnen will. Nach dem Sinne des Gesetzes sind diese Kosten, wenn sie notwendig waren, so gut festzusetzen, wie die anderen Kosten des Rechtsstreites und der Vollstreckung. Ihre Nachprüfung einem neuen Prozeßverfahren zu übertragen, würde unwirtschaftlich und unsachgemäß sein, während das Kostenfestsetzungsverfahren des abgelaufenen Prozesses als das zu dieser Prüfung berufene Verfahren erscheint.

(OLG. Hamburg, 16. JS., Beschl. v. 22. März 1928, Bs Z 57/28.)
Mitgeteilt von OLG. R. May, Hamburg.

Jena.

22. § 124 ZPO.; § 3 RAOebD. Anspruch des Armenanwalts gegen den Gegner auf Kostenersatzung beim Obliegen nur einzelner von ihm vertretener Streitgenossen.

Der Armenanwalt, der nach § 124 ZPO. seine Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner bezieht, kann nicht mehr beanspruchen, als die von ihm vertretene Partei vom Gegner erstattet verlangen kann. Zwei von den zehn vom Nl. als Armenanwalt vertretenen beklagten Streitgenossen haben obgesiegt und sind kostenfrei ausgegangen. Ein Streitgenosse, der mit den anderen zusammen einen Anwalt bestellt hat und an sich nach § 3 RAOebD. dem Anwalt für den Betrag an Gebühren und Auslagen haftet, welcher bei abgefondeter Ausführung seines Auftrags erwachsen sein würde, kann von diesen Kosten nur so viel vom unterlegenen Gegner erstattet bekommen, als ihm Kosten erwachsen sind. Einen Anspruch auf Erstattung der vollen RAOeb. und nicht nur des auf den einzelnen Streitgenossen entfallenden Anteils hat er daher nur, wenn er den vollen Betrag seinem Anwalt bezahlt und teilweise Erstattung von seinem Streitgenossen nicht erlangen kann. Diesem in Nrr. und Schrifttum hauptsächlich vertretenen Standpunkt schließt sich der Senat an. Hier kann der Armenanwalt aber gar nicht behaupten, daß sein Auftraggeber auch nur einen Teil seiner Kosten bezahlt hat. Wollte man ihm trotzdem einen über den Anteil des einzelnen Streitgenossen hinausgehenden Betrag zubilligen, so würde er sich günstiger stellen, als wenn seinem Auftraggeber nicht das Armenrecht erteilt wäre. Das kann nicht i. S. des Gesetzgebers liegen. Von den zehn Streitgenossen haben, wie schon gesagt, zwei obgesiegt, den auf die beiden entfallenden $\frac{1}{5}$ Anteil von 523,50 RM = 104,70 RM kann der Armenanwalt vom Gegner erstattet verlangen. Davon ist jedoch in Abzug zu bringen der fünfte Teil der bereits aus der Staatskasse erhaltenen Armenrechtsgebühren von 298,58 = 59,79 RM. Es verbleibt somit ein Rest von 47 RM, zu denen noch 1,20 RM Gebühr für den Kostenfestsetzungsantrag treten = 48,20 RM. Letztere Gebühr steht dem Anwalt zu, denn es handelt sich hier nicht um Erstattung der Kosten aus der Staatskasse.

(OLG. Jena, 1. JS., Beschl. v. 7. März 1928, 1 W 258/28.)

Mitgeteilt von Nl. May, Jena.

23. §§ 321, 157, 242 BGB. Geschäftsaufsichtsverfahren über Käufer entbindet den Abnahme fordernden Verkäufer nicht von der ursprünglich vereinbarten Vorleistungspflicht. †)

Die Verkl. hatte bei der Kl. Waren bestellt. Ein Teil ist geliefert worden. Die Kl. verlangt Bezahlung des noch nicht gelieferten Restes, hilfsweise Zahlung Zug um Zug gegen Übernahme der rückständigen Waren.

Zu 23. I. Die Entsch. entspricht der herrschenden Meinung über die Bedeutung des § 321 BGB. Der Streit der Ansichten besteht darin, ob bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Vorleistungsberechtigten der Vorleistungspflichtige überhaupt nicht mehr zur Vorleistung verpflichtet sei, also seinerseits einen klagbaren Anspruch auf Gegenleistung Zug um Zug gegen Bewirkung der ihm selbst obliegenden, oder ob der Vorleistungspflichtige gegenüber dem Lieferungsverlangen des Vorleistungsberechtigten lediglich eine Einrede auf Leistungsverweigerung bis zur Bewirkung der Gegenleistung oder Sicherheitsleistung habe. Die erste Meinung wird nur noch vereinzelt, insbes. von Düringer-Sachenburg vertreten, und mit der Erwägung begründet, daß

²⁾ JZB. 1908, 687.

Die Verkl., die sich in der Zwischenzeit unter Geschäftsaufsicht befunden hat, meint in erster Linie, die Kl. müsse — da sie ihr bei den Bestellungen 60 Tage Ziel gewährt habe — vorleisten, ehe sie Bezahlung verlangen könne.

Demgegenüber führt die Kl. aus, ihre Vorleistungspflicht sei — wie sich aus § 321 BGB. ergebe — deshalb weggefallen, weil die Verkl. in Vermögensverfall geraten sei. Das erhelle aus der Anordnung der Geschäftsaufsicht. Zumindestens müßten die Lieferungsverträge der Parteien nach Treu und Glauben dahin ausgelegt werden, daß sie wegen des Vermögensverfalls nicht mehr vorzuleisten brauche. Im übrigen habe sie die Ware der Verkl. auch im Brief v. 20. Mai 1926 angeboten. Damit habe sie ihre Vorleistungspflicht erfüllt. Die Klage ist abgewiesen, die Berufung zurückgewiesen worden.

Selbst wenn man zugunsten der Kl. unterstellt, daß die Vermögensverhältnisse der Verkl. sich seit dem Vertragsabschluß wesentlich verschlechtert haben und daß deshalb die Voraussetzungen zur Anwendung des § 321 BGB. gegeben sind, muß die Klage abgewiesen werden. Die Kl. ist zur Vorleistung verpflichtet. Von dieser Pflicht wird sie durch die Bestimmung des § 321 BGB. nicht befreit, denn § 321 gibt dem Schuldner nur eine Einrede gegen das Verlangen des Gläubigers auf Vorleistung. Er verwandelt die Verpflichtung des Schuldners aber nicht aus einer Vorleistungspflicht in eine Pflicht zur Leistung Zug um Zug gegen Zahlung. Das ist die allgemeine Meinung (RG. 53, 65; RGRKomm. § 321 Bem. 3). Die abweichende Auffassung der Kl. wird nur von Düringer-Sachenb urg (2. Aufl., Bb. 2, 165 ff. Anm. 205) geteilt. Der Sen. vermag sich ihr nicht anzuschließen. Denn einmal ist sie weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn des Gesetzes zu vereinbaren, zum andern entspricht sie auch nicht der Billigkeit. Mit Recht weist die Verkl. darauf hin, daß die Kl. — da sie (die Verkl.) Leistung nicht verlangt und Vorleistung auch nicht verlangen kann — keinerlei Gefahr für ihr Vermögen läuft, solange sie nicht auf Abnahme der Ware besteht. Wenn sie aber in Kenntnis der schlechten Vermögensverhältnisse der Verkl. doch liefern will, so tut sie das auf eigene Gefahr. Ob sie die Verkl. in Verzug setzen und dann nach § 326 BGB. Schadensersatz von ihr verlangen kann (vgl. Dertmann, § 321 Bem. 4 b) kann hier unentschieden bleiben, da sie einen Schadensersatzanspruch nicht geltend macht.

Daß die Kl. aber ihre Vorleistungspflicht durch den Brief v. 20. Mai 1926, in dem sie um „Überweisung vor Absendung der Waren“ bittet, nicht erfüllt hat, hat das LG. mit Recht angenommen.

dem Vorleistungspflichtigen doch ein Mittel zu Gebote stehen müsse, das Geschäft endgültig zur Abwicklung zu bringen. Daran würde er aber dann behindert, wenn der Vorleistungsberechtigte das Lieferungsverlangen gestellt, auf die Geltendmachung der Einrede aus § 321 BGB. seitens des Vorleistungspflichtigen aber weder die Gegenleistung noch Sicherheitsleistung bewirke oder die Klage erhebe. Es würde nach dieser Ansicht ein Schwebezustand geschaffen werden, wenn nicht der Vorleistungspflichtige einen klagbaren Anspruch auf die Gegenleistung Zug um Zug gegen Bewirkung der ihm obliegenden Leistung habe.

Diese Ansicht wird von der herrschenden Meinung mit Rücksicht auf Wortlaut und Sinn des § 321 BGB. abgelehnt. Eine Umänderung des Vertragsverhältnisses infolge des Vermögensverfalls des Vorleistungsberechtigten tritt ebensowenig ein (vgl. RG. 54, 358), wie etwa dem Vorleistungspflichtigen hieraus ein allgemeines Rücktrittsrecht erwächst (vgl. Warnerher, Anm. I zu § 321 BGB.). Da es aber im Falle des Lieferungsverlangens seitens des Vorleistungsberechtigten und der Geltendmachung der Einrede aus § 321 BGB. seitens des Vorleistungspflichtigen nicht auf lange Sicht bei dem Schwebezustand bleiben kann, der entsteht, wenn der Vorleistungsberechtigte weder klagt noch die Sicherheit leistet, so muß im Interesse des Vorleistungspflichtigen hier ein Weg gefunden werden. Die herrschende Meinung gibt dem Vorleistungspflichtigen das Recht, dem Vorleistungsberechtigten eine angemessene Frist zur Erklärung darüber zu setzen, ob er dem § 321 BGB. genügen will. Schweigt der Vorleistungsberechtigte, oder lehnt er ab, so ist der Vorleistungspflichtige zum Rücktritt vom Vertrage aus § 326 BGB. berechtigt (vgl. Staub, Anm. 44 in der Vorbem. vor § 373 BGB. und Warnerher, Anm. IV zu § 321 BGB.). Das bedeutet also, daß bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Vorleistungsberechtigten infolge der Geltendmachung der Einrede aus § 321 BGB. seitens des Vorleistungspflichtigen nunmehr die Verpflichtung zur Gegenleistung oder Sicherheitsleistung zu einer Schuldnerverpflichtung i. S. des § 326 BGB. wird, obwohl der Vorleistungspflichtige seine Leistung noch gar nicht bewirkt hat. Eine gewisse Veränderung des Schuldverhältnisses tritt also zweifellos ein.

II. Daß an und für sich die Anordnung der Geschäftsaufsicht und jetzt des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Vorleistungsberechtigten dem anderen Teil das Recht der Einrede aus § 321 BGB. gibt, scheint das obige Urteil nicht unbedingt annehmen zu wollen. Es kann dies aber einem Zweifel gar nicht unterliegen, da Voraussetzung des Vergleichsverfahrens das Vorliegen des Kon-

Auf § 321 BGB. kann sie sich also nicht berufen, um den Einwand der Verkl. zu Fall zu bringen.

Sie meint aber auch zu Unrecht, die Lieferungsverträge der Parteien seien nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 157, 242 BGB.) dahin auszulegen, daß die Vorleistungspflicht sich in eine Pflicht zur Leistung Zug um Zug vermandele, wenn der Käufer in Vermögensverfall geriete. Jergendeine Bestimmung, die auf einen solchen Willen der Parteien schließen läßt, enthalten die Verträge nicht. Gerade der Umstand aber, daß die Rechte des Verkäufers in diesem Falle im § 321 BGB. eingehend geregelt sind, spricht dafür, daß die Verträge einer weitergehenden Auslegung in dieser Richtung nicht fähig sind.

(OLG. Jena, 1. BS., Urt. v. 17. Dez. 1927, 1 U 761/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Bödel, Jena.

Röln.

24. §§ 707, 719 ZPO. sind auf Zwangsvollstreckung aus Arresten nur anwendbar, wenn der Arrest geeignet ist, den Gläubiger vorläufig zu befriedigen.

Entgegen Stein-Jonas (Zf. IV zu § 707 ZPO.) hält der Senat an der Ansicht fest, daß die §§ 707, 719 ZPO. auf die Zwangsvollstreckung aus Arresten und einstw. Verf. höchstens dann entsprechend anwendbar sind, wenn der Arrest oder die einstw. Verf. geeignet ist, den Gläubiger nicht nur zu sichern, sondern vorläufig zu befriedigen (vgl. RG. 40, 383; 42, 361; JW. 1924, 980⁹). Das wird bei Arrestbefehlen gen. § 916 ZPO. wohl niemals zutreffen.

(OLG. Köln, Beschl. v. 23. Jan. 1928, 8 W 20/28.)

Mitgeteilt von Ger. Ass. Hans Küger, Köln.

Königsberg.

25. § 3 RA Geb. D.; § 4 Gef. über die Erstattung von RA Geb. in Armensachen. Wenn von zwei Bell., die einen gemeinsamen Armenanwalt haben, einer obsiegt, der andere unterliegt, braucht der Kl. in der Regel nur die Hälfte der Armenanwaltskosten der Staatskasse zu erstatten. †)

Den bekl. Eheleuten, die in Gütertrennung leben, war das Armenrecht bewilligt. Die Gerichtskosten sind durch Urteil den Kl. und dem bekl. Chemann je zur Hälfte auferlegt. Der bekl. Ehe-

kurgrundes, also der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, ist. Daß die Konkursöffnung die Annahme der im § 321 BGB. geforderten Vermögensverschlechterung rechtfertigt, kann nicht in Zweifel gezogen werden, ist vom RG. auch ständig angenommen (vgl. RGRKomm., Anm. 2 zu § 321).

III. Wenn die Entsch. die Abweisung der Klage, die rechtlich aus zutreffenden Gründen erfolgt ist, wirtschaftlich auch als billig bezeichnet, weil ja die Kl., solange sie nicht selbst Abnahme der Ware verlangt, Gefahr für ihr Vermögen nicht läuft, so kann dieser Gesichtspunkt in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden. Es können die verschiedensten Gründe bestehen, welche den Verkäufer veranlassen können, die Abnahme der Ware auf Grund des ursprünglichen Vertrages vom Käufer zu verlangen, selbst wenn durch die Verschlechterung der Verhältnisse des anderen Teiles ein erhöhtes Risiko geschaffen ist. Denn es kann ja durch Konjunkturveränderung der Vertrag für den Verkäufer so günstig sein, daß er seine Erfüllung wünscht.

IV. Nach der jetzt geltenden Vergleichsordnung kann der Schwebezustand auch noch auf eine andere als die unter I angegebene Weise beseitigt werden. Es hat nämlich nach § 28 Vergl. D. nicht nur der Schuldner (wie nach § 9 Geschl. Aufw. D.), sondern auch der Gläubiger das Recht, binnen zwei Wochen nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens die Ermächtigung des Gerichts zur Ablehnung der Vertragserfüllung nachzujuchen. Der Vorleistungspflichtige kann also, wenn er gegenüber dem Lieferungsverlangen des anderen Teiles die Einrede aus § 321 BGB. vergeblich geltend gemacht hat, die Ermächtigung des Gerichts zur Ablehnung der Vertragserfüllung beantragen. Natürlich ist dieser Weg nur dann gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 28 Vergl. D. vorliegen. Vor allem ist also zu beachten, daß die Ermächtigung des Vergleichsgerichts nur innerhalb zwei Wochen nach der Bekanntmachung des das Vergleichsverfahren eröffnenden Beschlusses zulässig ist, und daß bei der Entsch. über das Gesuch vom Gericht in erster Linie darauf abzustellen ist, ob die Erfüllung des Vertrages das Zustandekommen eines Vergleichs gefährden würde, erst in zweiter Linie aber die Interessen des anderen Teiles, also des Vorleistungspflichtigen, zu berücksichtigen sind. Immerhin wird in manchen Fällen dieser Weg gangbar sein.

RA. Dr. Richard Salomon, Berlin.

Zu 25. Die Frage, welche Anwaltskosten zu erstatten sind, wenn von zwei durch denselben Anwalt vertretenen Parteien die eine obsiegt, die andere unterliegt und der unterlegenen Gegenpartei die

mann hat ferner seine außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen, während die Kl. der bekl. Ehefrau die ganzen, dieser erwachsenen Kosten zu erstatten haben.

Den Kl. ist die Erstattung der Hälfte der an den Armenanwalt der Bekl. gezahlten Kosten in der Gerichtskostenrechnung aufgegeben. Ihre Erinnerung ist von dem UG. mit der Begründung zurückgewiesen, der Armenanwalt habe seinen Gebührenanspruch in voller Höhe auch gegen die bekl. Ehefrau; dieser sei auf die Staatskasse übergegangen. Mit der Beschw. machten die Kl. geltend, der bekl. Ehefrau seien keine besonderen Kosten entstanden, da der Armenanwalt beide Bekl. vertreten hätte und nach § 51 RMGebD. die ganzen Gebühren von dem Ehemann zu erhalten hätte; über dessen Erstattungspflicht sei im Urteil zunächst entschieden; für ihn habe die Staatskasse Zahlung geleistet. Wegen dieses Beschlusses haben die Kl. Beschwerde eingelegt.

Nachträglich hat der Gerichtsschreiber auch die zweite Hälfte der Kosten des Armenanwalts von den Kl. erfordert. Ihre Erinnerung ist ebenfalls zurückgewiesen und ausgeführt, die bekl. Ehefrau könne von ihrem zahlungsunfähigen Ehemann die Hälfte der Kosten des Armenanwalts nicht ersetzt erhalten. Gegen diesen Beschlusses ist keine Beschwerde eingelegt. Die Beschwerde hat keinen Erfolg gehabt.

Auszugehen ist davon, daß die Kl. nur die Kosten der Staatskasse zu erstatten brauchen, deren Festsetzung die bekl. Ehefrau gegen sie verlangen könnte. Sie war nur durch denselben Anwalt wie ihr Mann vertreten. Wie in einem solchen Falle, wenn der eine Streitgenosse unterliegt und der andere obsiegt, und wenn das Urteil nicht bestimmt, welche Anteile von den Kosten des gemeinchaftlichen Anwalts als außergerichtliche Kosten der einzelnen Streitgenossen anzusehen sind, die Erstattungspflicht des Gegners gegenüber dem obsiegenden Streitgenossen zu regeln ist, darüber herrscht Streit. Der Sen. tritt der Ansicht von Friedländer, Ann. 26—28 zu § 4 RMGebD. bei, daß die Tatsache allein, daß der obsiegende Streitgenosse dem Anwalt für die Anwaltskosten als Gesamtschuldner mit dem unterliegenden Streitgenossen nach § 3 a. a. O. haftet, nicht genügt, um den ganzen Betrag als dem obsiegenden erwachsene Kosten einzustellen, und stellt sich im übrigen auf den in der Rpr. überwiegend vertretenen Standpunkt, daß dem obsiegenden, sofern er nicht glaubhaft macht, daß er die gesamten Anwaltskosten aus eigenen Mitteln gezahlt oder vorausichtlich zahlen müsse, und von den Streitgenossen keinen Ersatz erhalte, nur den auf ihn entfallenden Kopfteil erstattet verlangen kann. Irgendwelche Umstände, welche eine andere Regelung der Erstattungspflicht rechtfertigen könnten, liegen nicht vor. Die bekl. Eheleute leben in Gütertrennung; der bekl. Ehemann ist deshalb seiner Frau gegenüber weder verpflichtet, die Prozeßkosten für seine Frau vorzuschießen, noch sie zu tragen. Die Erwägung des UG. in dem zweiten Beschlusse, die bekl. Ehefrau könne von ihrem zahlungsunfähigen Ehemann die Hälfte der Anwaltskosten nicht ersetzt erhalten, kann deswegen nicht durchgreifen, weil sie selbst arm ist und keine Zahlung auf diese Kosten geleistet hat. Ebensovienig ist die Annahme der Kl. zutreffend, daß die Staatskasse in erster Linie durch die Zahlung der Kosten des Armenanwalts für die Vertretung des bekl. Ehemanns hat tilgen wollen. Hierfür fehlt ausreichender Anhalt. Der Umstand, daß die bekl. Eheleute als Gesamtschuldner in Anspruch genommen sind, und ihr Güterrecht, sprechen dagegen. Die Tatsache, daß die Verurteilung des Ehemanns in der Urteilsformel an erster Stelle steht, ist überhaupt nicht zu verwerten.

Der Sen. geht deshalb davon aus, daß die bekl. Eheleute im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen zur Bezahlung der Armenanwaltskosten verpflichtet waren (§ 426 BGB.) und deshalb die Staatskasse durch die Zahlung dieser Verpflichtung der beiden Bekl. gegenüber ihrem Anwalt erfüllen wollte. Infolgedessen ist als Anspruch der bekl. Ehefrau gegen die Kl. nur die auf Erstattung der Hälfte der Armenanwaltskosten auf die Staatskasse übergegangen. Ob die Rechtslage eine andere wäre, wenn die Staatskasse bei der Entrichtung der Kosten an den Armenanwalt zum Ausdruck gebracht hätte, daß die Zahlung allein für Rechnung der bekl. Ehefrau leiste, kann unerörtert bleiben. Ebensovienig spricht die Vermutung dafür, daß die Staatskasse beliebig die Schuld der bekl. Ehefrau tilgen wollte, da sie dadurch den Ersatzanspruch in voller Höhe gegen die Kl. erwarb.

außergerichtlichen Kosten der einen obsiegenden Partei auferlegt worden sind, bereitet der Praxis von jeher Schwierigkeiten. Die Rpr. habe ich in Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren, 10. Aufl. S. 129 zusammengefaßt. Der Beschlusses des OLG. Königsberg geht von der m. E. unzutreffenden Ansicht aus, daß grundsätzlich jede von einem Anwalt vertretene Partei den Erstattungsanspruch nur auf die Hälfte der Anwaltskosten geltend machen könne. Bei der Zweifelhaftheit der Frage halte ich nach wie vor eine ausdrückliche Regelung im Gesetze für erwünscht, die vielleicht zweckmäßig i. S. der Entsch. des OLG. Königsberg getroffen werden könnte.

RA. Dr. Wilhelm Kraemer, Leipzig.

Da der zweite Beschlusses unangefochten geblieben ist, ist die Hälfte der Anwaltskosten von der ersten Gerichtskostenrechnung abgesetzt.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 12. März 1928, 7 W 40/28.)

Mitgeteilt von ODR. Sieloff, Königsberg.

München.

26. § 568 Abf. 2 ZPO. Neuer selbständiger Beschwerdegrund.

Das UG. hatte die Zwangsvollstreckung aus dem Unterhaltsbemessungsbeschlusses eines österreichischen Gerichtes in einem nicht mit Gründen versehenen Beschlusses bewilligt, das UG. die hiergegen eingelegte Beschwerde unter ausführlicher Widerlegung des Beschwerdevorbringens zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde, welche die einzelnen Gründe des landgerichtlichen Beschlusses als rechtsirrig bekämpfte, wurde als unzulässig verworfen:

Die mit der amtsgerichtlichen Entsch. im Ergebnis übereinstimmende Entsch. des UG. als BeschwGer. enthält keinen neuen selbständigen Beschwerdegund i. S. § 568 II ZPO. Der bloße Umstand, daß im landgerichtl. BeschwBeschl. infolge der Einwendungen, die der BeschwF. vorgebracht hatte, Rechtsfragen ausdrücklich erörtert werden, zu deren Besprechung das UG. in seinem Beschlusses mangels eines äußeren Anlasses nicht geschritten ist, genügt noch nicht, um die Voraussetzung des § 568 II ZPO. zu schaffen. Es steht nichts im Wege, anzunehmen, daß das UG. bei seinem Beschl. von den nämlichen Erwägungen ausgegangen ist, die im landgerichtl. Beschl. dann ausdrücklich niedergelegt worden sind; aber selbst wenn das UG. mit seiner Begründung, die nicht die des UG. war, ja sogar, wenn es auf Grund neuer Tatsachen zu dem nämlichen Ergebnis gekommen wäre wie das UG., würde damit noch nicht ohne weiteres die Anwendbarkeit des § 568 II ZPO. gegeben sein. Das UG. hat weder durch Verjagung rechtlichen Gehörs oder sonstwie gegen eine Prozeßvorschrift verstoßen, noch hat es in der Behandlung und Beurteilung der Sache einen Standpunkt eingenommen, der im Vergleich mit der amtsgerichtl. Entsch. eine neue, anders geartete, ungünstige Wirkung gegen den BeschwF. äußert; es liegen vielmehr im vollen Rechtsinne zwei gleiche Entsch. (duae conformes) vor, es ist daher eine weitere Beschwerde nicht zulässig.

(OLG. München, 4. BS., Beschl. v. 9. März 1928, BeschwReg. 233/27 IV.)

Mitgeteilt von RA. Richard Berolzheimer II, München.

Nürnberg.

27. § 3 ZPO. Streitwert im Arrest.

Der 1. Sen. des OLG. Nürnberg sieht auf dem Standpunkt, daß „nach ständiger Rpr. des Sen. der Streitwert im Arrestsachen nach § 3 ZPO. festzusetzen ist“. Dagegen wurde der Streitwert nicht auf die Hälfte der Arrestforderung bemessen. Vielmehr wurde als Streitwert trotz des Vorliegens einer Arrestforderung von 9500 M nebst Zinsen der vom UG. angenommene Betrag von 3000 M als angemessen erklärt¹⁾.

(OLG. Nürnberg, Beschl. v. 14. März 1928, BeschwReg. Nr. 201/28.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Leopold Landenberger, Nürnberg.

Stettin.

28. § 111 GenG. Keine Feststellungsklage auf Unzulässigkeit der Vollstreckung der Vorschußberechnung im Konkurs der eGmbH. nach Veräumung der Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage. †)

Die Kl. sind Genossen einer e. GmbH. mit einem Geschäftsanteil von 50 und einer Haftsumme von 100 RM geworden. Die Generalversammlung beschloß, daß jeder Genosse einen weiteren Anteil von 50 RM zu zeichnen habe. Die Kl. sind diesem Beschl. nicht nachgekommen. Sie halten ihn für ungültig. In die Listen der Genossen ist ein weiterer Geschäftsanteil bei ihrem Namen nicht eingetragen worden. Über das Vermögen der Genossenschaft wurde der Konkurs eröffnet. Der Konkursverwalter setzte in die Vorschußberechnung

¹⁾ JW. 1927, 1599.

Zu 28. Auszugehen ist von der Feststellung, daß hier die materielle Rechtslage mit der formellen nicht im Einklang steht. Ist im Nachschußverfahren die Berechnung für vollstreckbar erklärt, so ist die Rechtslage ähnlich derjenigen wie bei einem noch nicht rechtskräftigen Veräußerungsurteil. Nach § 111 GenG. ist jeder Genosse befugt, die Anfechtung der für vollstreckbar erklärten Berechnung binnen der Frist eines Monats seit Verkündung der Entsch. gegen den Konkursverwalter geltend zu machen. Allerdings muß der anfechtende Genosse den Anfechtungsgrund bereits im Nachschußverfahren geltend gemacht haben oder nicht imstande gewesen sein, ihn geltend

(§ 106 des Ges.) als einzuziehenden Betrag ein: den angeblich rückständigen Anteil von 50 R.M. und die Haftsumme von 200 R.M. Zu dem nach § 107 zur Erklärung über die Berechnung bestimmten Termin sind die Kl. geladen, aber nicht erschienen. Die Vorschußberechnung ist gegen sie für vorläufig vollstreckbar erklärt worden. Die Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage (§ 111) ist abgelaufen. Die Kl. haben danach gegen den Konkursverwalter Klage erhoben mit dem Antrage auf Feststellung, daß der Besl. nicht berechtigt sei, aus der Vorschußberechnung wegen des zweiten Anteiles von 50 R.M. und der Haftsumme dafür von 100 R.M. gegen sie zu vollstrecken. Der Besl. hat wegen Verkümmung der Anfechtungsfrist Abweisung der Klage verlangt. O.G. und O.V. haben die Klage abgewiesen.

Allerdings ist in der Liste der Genossen bei den Kl. unzureichend nur je ein Geschäftsanteil vermerkt. Ihre Haftsumme belief sich daher nur auf je 100 R.M. Den überschüssigen Betrag hat der Besl. zu Unrecht in die Haftsumme eingesetzt. Ebensovienig gehört der angeblich rückständige Geschäftsanteil in die Vorschußberechnung; diese darf nur die Haftsumme umfassen, nicht sonstige rückständige Leistungen der Genossen (vgl. R.W. 69, 369). Etwasige Rückstände auf den Geschäftsanteil sind von dem Konkursverwalter besonders einzuziehen, notfalls im Wege der Klage.

Der einzige Rechtsbehelf, der eine derartige falsche Berechnung aus der Welt schaffen kann, ist aber die in § 111 vorgezeichnete Anfechtungsklage (vgl. R.W. 50, 129; 69, 366). Diese Klage ist aber nur binnen der Rechtsfrist eines Monats seit Verkündung der Entsch. und nur insoweit gegeben, als der Kl. den Anfechtungsgrund in dem Termin geltend gemacht hat, oder ohne sein Verschulden geltend zu machen außerstande war. Über diese Bestimmung können sich die Kl. nicht hinwegsetzen.

In das neue GenG. von 1898 ist diese Fristbestimmung hineingenommen, damit das Konkursverfahren beschleunigt durchgeführt werden kann, während in dem früheren Gesetz jede zeitliche und gegenständliche Schranke fehlte, was zur Folge hatte, daß der Verteilungsplan niemals als endgültig festgestellt anzusehen war, vielmehr jederzeit noch rechtswirksam Abänderungen erfahren konnte (vgl. Parisius-Krüger, 9. Aufl. Anm. 2 zu § 111).

Die Kl. können sich nicht darauf berufen, daß der Erwerb des zweiten Anteils in die Liste der Genossen nicht eingetragen ist. Zwar gibt die Nichteintragung der Mitgliedschaft überhaupt nach der angezogenen Rspr. des R.G. dem vermeintlichen Genossen auch nach Ablauf der Frist das Recht, die Vorschußberechnung anzufechten. Anders liegt aber die Sache hier, wo die Kl. als Genossen wirksam eingetragen waren und nur der zweite Geschäftsanteil aus der Liste

zu machen. Nach dem Tatbestand sind die Kl. in dem nach § 107 GenG. anberaumten Termin nicht erschienen, obwohl sie hätten erscheinen können. Infolgedessen ist eine Anfechtungsklage i. S. § 111 GenG. nicht möglich; die vollstreckbar erklärte Berechnung damit eo ipso rechtskräftig.

Wie das O.V. feststellt, ist dieser formell rechtmäßige Titel ohne materielle Berechtigung. Wenn die Kl. daher im vorl. Falle Feststellungsfrage darauf erhoben haben, daß aus der für vollstreckbar erklärten Berechnung nicht gegen sie vollstreckt werden dürfe, so wollen sie sich gegen die Auswirkung der Rechtskraft eines formellen Titels wehren. Die Frage, inwieweit es möglich ist, „gegen das Gesetz das sachlich Richtige dem formal Geltenden gegenüber durchzusetzen“ (Stein-Jonas, § 322 R. 172) ist sehr bestritten. Es ist aber nicht zu verkennen, daß die Rspr. dahin neigt, eine unzulässige Ausnutzung der Rechtskraft möglichst hintanzuhalten. Wenn wie hier in einem nicht alltäglichen Verfahren die Genossen im anberaumten Termin aus irgendwelchen Gründen nicht erschienen waren und sich auch nicht durch Bevollmächtigte vertreten ließen, so kann dies allein den Konkursverwalter noch nicht berechtigen, die ergangene unrichtige Entsch. zur Vollstreckung zu bringen. Dies zumal dann nicht, wenn, wie das O.V. ausführt, der Generalversammlungsbefehl, auf Grund dessen die Berechnung aufgestellt wurde, keine Wirkung hatte, und der Vorstand der Genossenschaft gegen die Genossen eine Klage auf Zeichnung und Begleichung eines zweiten Anteils mit Erfolg nicht hätte erheben können. Das O.V. hätte m. E. schon aus diesem Grunde der Klage stattgeben müssen.

Die Genossen haben sich weiter darauf berufen, daß der Erwerb des zweiten Anteils nicht in die Liste der Genossen eingetragen worden ist. Das O.V. führt zutreffend aus, daß die Nichteintragung der Mitgliedschaft nach ständiger Rspr. dem vermeintlichen Genossen auch nach Ablauf der Frist des § 111 GenG. das Recht gibt, die Vorschußberechnung anzufechten. Es lehnt aber das Vorliegen dieses Falles hier deshalb ab, weil die Genossen mit ihrem ursprünglichen Geschäftsanteil eingetragen waren und die Übernahme eines weiteren Geschäftsanteils nicht einen erneuten Erwerb der Mitgliedschaft, sondern lediglich eine Veränderung des Rechnungsfaktors der finanziellen Beteiligung des Genossen bedeute. Dieser Auffassung vermag ich mich nicht anzuschließen. Nach § 137 GenG. hat ein Genosse, welcher auf einen weiteren Geschäftsanteil beteiligt sein will, darüber eine von ihm zu unterzeichnende unbedingte Erklärung abzugeben, die von dem Vorstand nach der Zulassung des Genossen zu dem weiteren Geschäftsanteile behufs Eintragung des letzteren in die Liste der Genossen

nicht zu ersehen war. Man wird nur einmal Genosse; die Übernahme eines weiteren Geschäftsanteils ist nicht als erneuter Erwerb der Mitgliedschaft im Gesetz geordnet. Die Übernahme eines weiteren Anteils bedeutet nur eine Veränderung des Rechnungsfaktors in der finanziellen Beteiligung der Genossen. Hier ist die Absicht des Gesetzgebers in den Vordergrund zu rücken, daß die Frage, mit welchen Beträgen die einzelnen Genossen zur Vorschußberechnung heranzuziehen sind, möglichst schnell geklärt werden soll. Würde man in Fällen der vorl. Art — und solche Fälle können sich oft ereignen —, den Genossen ein unbefristetes Anfechtungsrecht geben, so würde eine endgültige Feststellung, wieviel die Genossen beizutragen haben, in absehbarer Zeit überhaupt nicht zu erzielen sein. Zur Geltendmachung ihres Anfechtungseinwandes im Termin am 19. Nov. 1926 waren die Kl. wohl in der Lage. Sie waren zu diesem Termin geladen. Sie können nicht einwenden, daß sie nicht damit hätten rechnen können, zu einer höheren Haftsumme als 100 R.M. herangezogen zu werden. Sie hätten daher ihren Widerspruch gegen die Berechnung in dem Termin erheben müssen. Daß sie dies unterlassen haben, beruht auf ihrem Verschulden.

Hiernach ist ihre Klage unzulässig.

(O.V. Stettin, 2. ZS., Ur. v. 24. Okt. 1927, 2 U 124/24.)

Mitgeteilt von O.V.R. Dr. Mielke, Stettin.

Stuttgart.

29. § 883 ZPO. Ist durch einstweilige Verfügung angeordnet, daß der Antragsgegner alle in seinem Besitze befindliche Gegenstände bestimmter Art herauszugeben hat, so muß der Antragsteller zur Ermöglichung des Offenbarungseides nachweisen, daß nicht alle von der einstweiligen Verfügung ergriffenen Gegenstände vorgefunden wurden. *)

Nach dem Wortlaut der einstweiligen Verfügung ist die Beschlagnahme der bei der Antragsgegnerin und ihren Zweigniederlassungen befindlichen Figuren der in Frage stehenden Art und der zu ihrer Herstellung dienenden Vorrichtungen, sowie die Herausgabe dieser Gegenstände zum Zweck der Beschlagnahme an den Gerichtsvollzieher angeordnet worden. Die Gegenstände, um deren Beschlagnahme und Herausgabe es sich handelt, sind in der einstweiligen Verfügung in doppelter Weise bezeichnet, erstens nach ihrer Gattung und zweitens nach ihrem Aufbewahrungsort. Eine Quantität ist nicht angegeben. Vielmehr ist die einstweilige Verfügung dahin auszulegen, daß alle an den ihr angegebenen Orten

dem Gericht einzureichen ist. Die Beteiligung auf den weiteren Geschäftsanteil tritt mit der erfolgten Eintragung in Kraft. Im übrigen kommen die Vorschriften des § 15 zur entsprechenden Anwendung. Das heißt aber, daß durch die Eintragung, welche auf Grund der Erklärung und deren Einreichung stattfindet, die Mitgliedschaft des Beitretenden mit seinem neuen Geschäftsanteil erst entsteht. Zwar ist der Erwerb eines weiteren Geschäftsanteils gemäß § 43 Abs. 2 GenG. ohne Bedeutung für das Stimmrecht, weil jeder Genosse nur eine Stimme hat. Aber andererseits sind nach § 105 Abs. 2 auch die Nachschüsse von Genossen nur nach Köpfen und nicht nach der Zahl der Geschäftsanteile zu berechnen. Wenn daher die Eintragung in die Liste der Genossen überhaupt einen Sinn haben soll, dann kann es doch nur der sein, daß mit der Eintragung erst die aus der Mitgliedschaft entspringenden Verpflichtungen zur Entstehung gelangen.

Da die herrschende Lehre und Rspr. bei dem Bestreiten der Mitgliedschaft im Falle des § 111 GenG. es als das entscheidende Kriterium betrachtet, ob der in die Berechnung Aufgenommene in die Liste der Genossen eingetragen ist oder nicht, so bedeutet das, daß man nur denjenigen in seinen Rechten beschränken will, der wegen der Eintragung in die Liste mit der Erfüllung bestimmter Verpflichtungen zu rechnen hat. Ist somit der zweite Geschäftsanteil wie vorliegend nicht in der Liste der Genossen vermerkt, so kann der betreffende Genosse nur insoweit in Anspruch genommen werden, als dem Umfang seines ersten Geschäftsanteils entspricht. Infolgedessen ist er hinsichtlich des zweiten Geschäftsanteils m. E. nicht auf die Anfechtungsklage aus § 111 GenG. beschränkt. Demnach hätte auch aus diesem Grunde der Klage stattgegeben werden müssen.

R.A. Prof. Dr. Saenger, Frankfurt a. M.

Zu 29. Das Resultat der obigen Entsch. wird kaum Widerspruch finden. Bedenken aber erregen die Gründe:

1. Das O.V. läßt dahingestellt, ob die Voraussetzungen von § 883 Abs. 1 ZPO. vorliegen; der Antrag sei aber abzulehnen, weil der Gläubiger diese Voraussetzungen nicht bewiesen habe. Bleibt aber die Annehmbarkeit des § 883 dahingestellt, so betrachtet das O.V. doch als möglich, daß er nicht anwendbar sein könnte. Dann hätte aber geprüft werden müssen, welche sonstige Gesetzesbestimmung für die Zwangsvollstreckung dieser einstweiligen Verfügung unmittelbar oder analog maßgebend sei. Dem theoretisch wäre doch denkbar, daß bei der sonstigen, etwa maßgebenden Bestimmung entweder Offenbarungseid überhaupt nicht zugelassen sei oder unter leichteren Voraussetzungen als in § 883.

befindlichen Gegenstände der in Betracht kommenden Gattung bzw. Gattungen von der einseitigen Verfügung betroffen sein sollen. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob diese Art der Bezeichnung den Anforderungen des § 883 Abs. 1 ZPO., der von der Herausgabe beweglicher Sachen oder von Quantitäten von bestimmten beweglichen Sachen handelt und der individuell bestimmte bewegliche Sachen oder Mengen von solchen, z. B. 20 Säcke einer bestimmten Schiffsladung Kaffee, zum Gegenstand hat (Stein-Jonas, § 883 I 2), entspricht. Denn nach § 883 Abs. 2 ZPO. ist der Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides, daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde, nur dann verpflichtet, wenn die herauszugebende Sache nicht vorgefunden wird. Herauszugebende Sachen sind nach dem Vorstehenden alle im Besitz der Antragsgegnerin und ihrer Zweigniederlassungen befindlichen Gegenstände der mehrgenannten Art. Die Gläubigerin, die nach allgemeinen Beweisregeln die Voraussetzungen der Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides nach § 883 Abs. 2 ZPO. beweisen muß, müßte also, um mit ihrem Anspruch durchzubringen, den Beweis führen, daß trotz Nachsuchung (zu vgl. die Worte „nicht vorgefunden“) nicht alle von der einseitigen Verfügung ergriffenen Gegenstände vorgefunden worden seien. Diesen Nachweis hat sie nicht geführt. In den Zweigniederlassungen, von denen die Antragsgegnerin, wie gerichtsbekannt, eine größere Anzahl in in- und ausländischen Städten besitzt, hat überhaupt keine Nachsuchung stattgefunden. In dem Hauptgeschäft in G. ist eine solche zwar vorgenommen worden. Aber es liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, daß die von den Angestellten des Hauptgeschäftes der Antragsgegnerin freiwillig herausgegebenen 171 Figuren und 3 Formen nicht den gesamten Bestand des Hauptgeschäftes gebildet haben. Die Zahl der herausgegebenen Gegenstände entspricht durchaus dem zu vermutenden Vorrat an solchen Figuren. Die Antragsgegnerin hat diesen Vorrat vor der Durchsuhung durch den Gerichtsvollzieher freiwillig herausgegeben, und sie ist eine derart angefehene Firma, daß eine absichtliche Verheimlichung von Vollstreckungs-

Dagegen hätte das OLG. allerdings sagen können, daß § 883 die einzige hier überhaupt denkbare Vollstreckungsvorschrift sei.

2. Daß die Erfordernisse von § 883 erfüllt sind, wird sich kaum bezweifeln lassen. Denn schon der Wortlaut „hat der Schuldner von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herausgegeben“ deckt auch den Fall, daß eine Quantität von 100% dieser bestimmten Sachen herausgegeben sind. Wer aber den Wortlaut zu eng findet, müßte § 883 analog anwenden. Die ausdehnende Auslegung des § 883 spielt in der Praxis ohnedies eine erhebliche Rolle; man denke an die Pflicht, ein Kind oder sonstige unselbständige Personen herauszugeben, Sachen zu hinterlegen usw. Dazu kommt das praktische Bedürfnis, Vollstreckungstitel zuzulassen, die auf Herausgabe aller bei dem Schuldner befindlichen Sachen bestimmter Art gerichtet sind; z. B. ein auf Provinzreise befindlicher Kaufmann verkauft alle z. B. in seinem Geschäft befindlichen Waren bestimmter Art, ohne im Augenblick das Quantum zu kennen.

3. Der Offenbarungseid ist in § 883 an die Voraussetzung geknüpft, daß die herauszugebende Sache nicht vorgefunden wird. Nach allgemeinen Beweisregeln muß der Gläubiger diese Voraussetzung nachweisen. Denn Beweispflicht besteht für die Ausübung prozessualer Rechte ebenso, wie für die Geltendmachung materieller. Da der Vollstreckungstitel auf die Herausgabe aller, an bestimmten Stellen befindlichen Gegenstände bestimmter Art lautet, muß der Gläubiger deshalb nachweisen, daß alle Sachen dieser Art bei dem Vollstreckungsverfuch durch den Gerichtsvollzieher — trotz Suchens — nicht vorgefunden worden sind. Dieser einfache Gedanke wird aber in obiger Entsch. beeinträchtigt durch die Erwägung, der Schuldner habe die bei ihm zu vermutende Zahl der fraglichen Sachen herausgegeben und es bestünden keine „genügenden Anhaltspunkte für Verheimlichung“. Das klingt, als wolle das OLG. den Eid doch zulassen, wenn weniger Sachen gefunden worden wären, als zu vermuten war. Indes genügen hierfür nicht Vermutungen, nicht bloße „Anhaltspunkte“, sondern nur der Nachweis, daß nicht alles herausgegeben sei. Wenn freilich das OLG. nur ausführen wollte, daß unter Umständen genügendes Material vorliegen könne, um eine unzulässige Zurückhaltung (vorbehaltlich des Gegenbeweises) für erwiesen zu halten, so wäre dagegen nichts einzuwenden; auch nicht, wenn es sagen wollte: der Gläubiger habe hier so wenig seiner Beweispflicht genügt, daß eher das Gegenteil als erwiesen anzusehen sei. Jedoch bewegen sich die Erörterungen des OLG. hier nicht so ausschließlich auf dem Boden der Tatsachen und Beweiswürdigung. Denn es knüpft an jene Betrachtung über den „zu vermutenden“ Vorrat und die „nicht genügenden Anhaltspunkte“ für Verheimlichung den Satz an: es könne hier sehr wohl auch auf § 260 Satz 2 BGB. hingewiesen werden. Dieser Hinweis aber ist rein juristischer Natur. Er trifft aber nicht zu. Denn in §§ 259, 260 BGB. handelt es sich um eine materielle Eidespflicht, in § 883 ZPO. um eine prozessuale. Jene materielle ist aber vom BGB. an ganz andere Voraussetzungen gebunden, als die des § 883 von der ZPO. Insbesondere genügt für jene schon, daß Grund zu der Annahme unorgfältiger Pflichterfüllung besteht; d. h. es

objekten, für die auch gar kein vernünftiger Anlaß ersichtlich ist, ohne genügende Anhaltspunkte für das Gegenteil nicht anzunehmen ist. Daß die Antragsgegnerin sich gegen die Leistung des Offenbarungseides wehrt, ist noch nicht, wie die Antragstellerin behauptet, ein Anhaltspunkt für eine unzulässige Vollstreckung. Bei Beurteilung der Sachlage im vorliegenden Fall kann sehr wohl auch auf die Bestimmung des § 260 Abs. 2 BGB. hingewiesen werden, wonach die Leistung des Offenbarungseides im Fall dieser Gesetzesbestimmung nur verlangt werden kann, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß das in Abs. 1 erwähnte Bestandsverzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt ist. Wenn man dem Standpunkt der Antragstellerin folgen würde, so könnte in Fällen, in welchem die Menge der herauszugebenden Gegenstände in dem Vollstreckungstitel nicht angegeben ist, bei freiwilliger Herausgabe selbst der größten in Betracht kommenden Menge die Leistung des Offenbarungseides verlangt werden. Dies kann nicht als i. S. des Ges. gelegen angesehen werden.

(OLG. Stuttgart, Beschl. v. 2. Juni 1927, W 292/27.)

Mitgeteilt von J. R. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

30. § 91 ZPO. Erstattungsfähigkeit der Kosten bei einem Anwaltswechsel. *)

Die Parteien wohnen in verschiedenen Landgerichtsbezirken. Kl. bediente sich im Mahnverfahren eines bei dem für Bekl. zuständigen OLG. nicht zugelassenen Anwalts, der im Zahlungsbefehlstrag für den Fall der Widerspruchserhebung Verweisung an das sachlich zuständige OLG. beantragte.

Die Kosten des Anwaltswechsels sind vom Bekl. nicht zu erstatten, da dem Kl. zugunsten werden kann, Vorsorge zu treffen, daß für einen beim OLG. durchzuführenden Anspruch ein Anwaltswechsel vermieden bleibt. Darauf, ob mehr oder weniger mit einem Widerspruch des Bekl. gerechnet werden mußte, kommt es nicht an, da es sich um ein dem Schuldner zustehendes und in der Regel heute ausgeübtes Recht handelt.

(OLG. Stuttgart, Beschl. v. 28. Juli 1927, W 414/27.)

Mitgeteilt von M. Praefcke, Ravensburg.

genügt schon ein begründeter Zweifel; vgl. die Entsch. bei Soergel zu § 259 Num. 11. Nach § 883 dagegen reicht ein begründeter Zweifel nicht aus, vielmehr nur der Nachweis, daß die herauszugebenden Sachen nicht vorgefunden wurden; dabei ist so viel Beweis erforderlich, daß er das Gericht bis zur Erbringung eines Gegenbeweises überzeugt. J. R. Striemer, Königsberg i. Pr.

Zu 30. A. Diese Entsch. widerspricht der des OLG. Karlsruhe: JW. 1926, 2590 Riff. 11 und Stein-Jonas, Vorbemerkung, § 688 II. Sie benachteiligt den Gläubiger und macht eine Entlastung der OLG. durch das Mahnverfahren unmöglich. Abgesehen von ganz großen Firmen ist kein Kaufmann in der Lage, wenn ihm nicht gerade das Telefonbuch Namen angibt, einen Anwalt am Wohnsitz des Schuldners aufzustellen, ohne zuvor mit einem Anwalt seines Wohnorts Rücksprache zu nehmen und hierfür nicht erstattungsfähige Gebühren aufzuwenden. Solange das Gericht selbst einen zahlungsverzögernden und unberechtigten Widerspruch als „bistverständlich“ ansieht, und ohne jegliche Möglichkeit eines Kostennachteils läßt, ist das Mahnverfahren keine Ent-, sondern nur eine Belästigung mit zwei Verfahrensarten.

M. Praefcke, Ravensburg.

B. Die Entsch. stimmt überein mit der in der Nr. vorstehenden Auffassung: Die Mehrkosten eines zweiten Kl. sind erstattungspflichtig nur dann, wenn die Tätigkeit 1 Anwalts nicht zur sachgemäßen Rechtsverfolgung ausreichte. Diese Auffassung entspricht dem unmissverständlichen Sinne des § 91 Abs. 2 S. 2 ZPO., und sie vermeidet eine unbillige Überspannung der Kostenerstattungsverpflichtungen.

Von anwaltlicher Seite ist diese Rechtsansicht öfters beanstandet worden. Begreiflicherweise ist gerade der Kl. von dem Wunsche bestimmt, daß der Mandant, der den Prozeß gewinnt, ohne Einbuße bleiben soll, auch wenn er zwei Anwälte honoriert hat. Auch dem wirtschaftlichen Interesse der Anwaltschaft würde es entsprechen, wenn die Kosten mehrerer Anwälte als erstattungspflichtig gälten; es könnten dann, ganz nüchtern ausgedrückt, die Rechtsmandanten, ohne selber zuzusehen, eine größere Zahl von Anwaltsmandaten vergeben.

Indessen über diesen verständlichen Wünschen darf nicht vergessen werden, daß dem erstattungspflichtigen Prozeßgegner Kostenlasten eben nur bis zu einer gewissen Grenze zuzumuten sind. Geht der Rechtsuchende in erster Reihe nicht auf ausgiebige anwaltliche Beratung aus — die er sich etwas kosten lassen darf —, sondern darauf, nichts zuzusehen und jegliche Aufwendung vom Gegner erstattet zu erhalten, so kann der Gegner billig von ihm jede Sparsamkeit verlangen, die mit sachgemäßer Rechtsverfolgung vereinbar ist. Zu solcher Sparsamkeit gehört, wie obige Entsch. bestätigt, daß der Rechtsuchende, von Ausnahmefällen abgesehen, von Anfang an den „richtigen“ Kl. beauftragt.

M. Dr. Dehnow, Hamburg.

31. § 99 ZPO.

Wenn bei zwei in einer Klage verbundenen Ansprüchen, von denen sich der eine ohne Entsch. in der Hauptsache erledigt, über den andern aber sachlich entschieden wird, die bezüglich des zweiten Anspruchs sachlich obliegende Partei durch die auf den ersten (in der Hauptsache) Anspruch bezügliche Kostenentsch. beschwert wird, dann ist sie berechtigt, die Kostenentsch. mit der Beschwerde anzugreifen. Da in diesem Fall der durch die Kostenentsch. beschwerten Partei ein Rechtsmittel wegen der sie nicht beschwerenden Entsch. zur Hauptsache nicht zusteht (RG. 13, 320 mit ausf. Begr.; ferner 29, 377; 45, 415), so muß dem Fall, daß eine Entsch. in der Hauptsache überhaupt nicht ergangen ist (§ 99 Abs. 3), der Fall gleichgestellt werden, daß über denjenigen selbständigen Klageanspruch, auf den sich die den einen Teil beschwerende Kostenentsch. bezieht, keine Entsch. zur Hauptsache ergangen ist (vgl. Sächs. Ann. 1924, 459 ff.; DLG. 33, 44; nicht entgegen DLGNspr. 15, 90). Die Beschwerde gegen die Kostenentsch. ist hiernach gemäß § 99 Abs. 3 ZPO. zulässig.

(DLG. Stuttgart, 3. ZS., Beschl. v. 10. Nov. 1927, W 466/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Wilhelm Blach, Stuttgart.

Berlin.

b) Strafsachen.

32. § 335, 315 StPD. Ist in einem Falle, wo neben Berufung Sprungrevision zulässig ist, in der Rechtsmittelschrift nur gesagt, daß „das zulässige Rechtsmittel“ eingelegt wird, so gilt nur Berufung als eingelegt, auch wenn der Beschwerdeführer in einem nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingehenden Schriftsatz das von ihm eingelegte Rechtsmittel als Revision bezeichnet. †)

Die Erklärung, das zulässige Rechtsmittel werde eingelegt, kann nicht so gedeutet werden, daß beide Rechtsmittel, Rev. und Berufung, nebeneinander unter dem Vorbehalt späterer Wahl eingelegt sein sollten. Vielmehr war sich dabei der Verteidiger offenbar nicht darüber im klaren, welches Rechtsmittel nach der StPD. überhaupt gegeben war, wobei er gar nicht daran dachte, daß Berufung und Rev. nach Wahl zulässig sein könnten. Um keinen Fehler zu begehen, wählte er die neutrale Bezeichnung „das zulässige Rechtsmittel“. Es war die gleiche Sachlage, wie sie Loewe-Rosenberg, 17. Aufl., Anm. 1 zu § 300 StPD. Zeile 9/10 im Auge hat. Dann kann aber, wenn das Ur. an sich mit der Berufung, statt der Berufung indes auch mit der Rev. anfechtbar ist, nur die Berufung als eingelegt gelten; denn die sog. Sprungrevision stellt dem gewöhnlichen Rechtsmittel der Berufung gegenüber das außerordentliche Rechtsmittel dar, dessen Wahl nur unter der besonderen Voraussetzung angezeigt erscheint, daß rechtliche Zweifel von erheblicher Bedeutung bestehen, die allein zum Gegenstand des Rechtsmittelantrags gemacht werden sollen. Damit steht auch im Einklang, daß, wie Loewe-Rosenberg, Anm. 1 zu § 335 StPD. zurecht ausführt, die Einlegung der Sprungrevision klar und unzweideutig erklärt werden muß und daß, wenn Zweifel übrigbleiben, anzunehmen ist, daß der Beschwz. das ordentliche Rechtsmittel — die Berufung — einlegen wollte. Gilt hiernach die Rechtsmittelschrift des Angekl. als Berufung, so ist es für ihre weitere Geltung als solche ohne Bedeutung, daß er später nach Ablauf der Rechtsmittelfrist das von ihm eingelegte Rechtsmittel in einem es begründenden Schriftsatz als Rev. bezeichnet. Dadurch kann, da nicht beide Rechtsmittel nebeneinander eingelegt waren

Zu 32. Der Kernpunkt der Zweifelsfrage läßt sich dahin zusammenfassen: Darf der Beschwz. gegen ein schöffengerichtliches Ur. gleichzeitig Berufung und Revision einlegen und sich die Entsch. darüber, welches Rechtsmittel er aufrechterhalten will, bis zu seiner Begründung vorbehalten oder ist in solchem Falle wegen Unbestimmtheit der Rechtsmittelerklärung das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen? Aus der Entsch. ist nicht erkennbar, ob sich das RG. dem von mir (ZB. 1926, 2198) kommentierten Urteil des RG. v. 8. März 1926 oder dem abweichenden Beschl. des. Senats (RGSt. 60, 356) sowie dem gleichfalls von mir (ZB. 1927, 2162) kommentierten Beschl. des DLG. Königsberg v. 24. Jan. 1927 angeschlossen hat. Ich habe in meinen zit. Anm. mich in Übereinstimmung mit dem Urteil des RG. v. 8. März 1926 für die Zulässigkeit dieser Art der Einlegung des Rechtsmittels ausgesprochen, weil die im § 335 StPD. neu eingeführte Sprungrevision ihre praktische Bedeutung und ihren Zweck, eine Vereinfachung und Verbilligung des Verfahrens herbeizuführen, verlieren müßte, wenn der Beschwz. bereits zu einer Zeit, wo die schriftliche Urteilsbegründung — auf die allein die Sprungrevision gestützt werden darf — noch nicht vorliegt, sich entscheiden müßte, ob er von diesem Rechtsmittel oder von der ihm gleichfalls zustehenden Berufung Gebrauch machen will. Ich vermag auch nicht einzusehen, daß, was das Gesetz dem Beschwz. die Wahl zwischen zwei zulässigen Rechtsmitteln gewährt, die „im öffentlich-rechtlichen Interesse zu fördernde Sicherheit des Verfahrens“ es erfordere, daß diese Wahl bereits im Augenblick der Einlegung des Rechtsmittels endgültig getroffen wird. Das

und auch nach Fristablauf kein Wahlrecht mehr bestand, der ursprüngliche Charakter des Rechtsmittels nicht mehr geändert werden.

(RG., 2. StS., Entsch. v. 4. Febr. 1928, 2 W 47/28.)

Mitgeteilt von RW. R. Börner, Charlottenburg.

Dresden.

33. § 338 Ziff. 1 StPD. Urteile von auf Privatdienstvertrag angestellten sächsischen Assessoren sind nicht nichtig.

Der hauptsächliche Einwand der Rev. geht dahin, daß der lediglich auf Privatdienstvertrag gegen tarifmäßige Entlohnung vorübergehend angestellte GerAss. L. eine richterliche Tätigkeit nicht habe ausüben dürfen, weil dies nur durch einen beamteten Richter, der er hiernach nicht gewesen sei, habe geschehen dürfen. Die Annahme der Rev., daß der GerAss. L. als Hilfsrichter nicht beamtet gewesen sei, ist jedoch irrig. Wer durch den Staat ein Amt übertragen erhält und es übernimmt, wird ganz von selbst, eben kraft dieser Übertragung, ein Beamter des Staates. Jedoch selbst dann, wenn man — in Beachtung der von Laband in seinem Staatsrecht des Deutschen Reichs entwickelten Ansicht — davon ausgeht, daß sich mit der Übertragung und Übernahme eines Staatsamts die Begründung eines besonderen Dienstverhältnisses zum Staate, eines öffentlich-rechtlichen also, vereinigen müsse, wenn ein Staatsbeamtenverhältnis entstehen soll, so ist vorliegendenfalls auch diesem Erfordernisse dadurch Genüge geschehen, daß der GerAss. L. bei Übernahme des ihm übertragenen Amtes eines Hilfsrichters nach § 56 sächs. Ges., das Dienstverhältnis der Richter betr., v. 20. März 1880 ohne weiteres den für Richter überhaupt geltenden Disziplinarbestimmungen in §§ 4 ff. d. Ges. auf so lange unterworfen worden ist, als er sich in dem Amte befand. Die Vorschrift des § 56 des angez. Ges. ist aber zwingendes, nicht nachgiebiges Recht und läßt daher abweichende Vereinbarungen insoweit überhaupt nicht zu. Der mit dem GerAss. L. abgeschlossene Vertrag hat mithin den Eintritt des Genannten in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zum Staate nach Maßgabe der erwähnten Gesetzesvorschrift nicht aufzuhalten vermocht. Der GerAss. L. ist trotz des Vertragsschlusses und trotz des entgegenstehenden Willens der Anstellungsbehörde ein Beamter.

(DLG. Dresden, 1. StS., Ur. v. 14. März 1928, 1 St A 288/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Schröder, Kamenz i. S.

Landgerichte.

Zivilsachen.

Berlin.

1. §§ 91 ff. ZPO. Rein besonderer Kostenfestsetzungsbeschuß nach Erlaß eines Vollstreckungsbeschluß¹⁾.

Nachdem der Gläubiger gegen die Schuldnerin Zahlungs- und Vollstreckungsbeschuß über eine Forderung von 20 RM und Kosten der Rechtsverfolgung von 2,60 RM erwirkt hat, hat er weitere Kostenfestsetzung durch Kostenfestsetzungsbeschuß oder Vollstreckungsbeschuß begehrt.

Der Antrag ist zurückgewiesen. Ein besonderer Kostenfestsetzungsbeschuß kann mangels einer allgemeinen Kostenentscheidung im vollstreckbaren Zahlungsbeschuß nicht erlassen werden. Für einen weiteren Vollstreckungsbeschuß ermangelt das Verfahren des vorher zu erlassenden Zahlungsbeschuß.

(LG. 1 Berlin, Beschl. v. 29. März 1928, 23 T 41/28.)

Mitgeteilt von RA. Georg H. A. Israel, Berlin.

RG. scheint bei seiner Entsch. den gleichen Standpunkt zu vertreten, indem es ausführt, die Erklärung, das zulässige Rechtsmittel werde eingelegt, könne nicht so gedeutet werden, daß beide Rechtsmittel — Revision und Berufung — nebeneinander unter dem Vorbehalt späterer Wahl eingelegt werden sollten. Hätte es der Erklärung diese Bedeutung gegeben, so darf, obgleich ein unzweideutiger Auspruch fehlt, angenommen werden, daß das RG. alsdann die später erfolgte Wahl der Revision für zulässig erachtet haben würde. Die seitens des RG. der Rechtsmittelerklärung gegebene Auslegung ist aber nicht überzeugend. Da das Rechtsmittel vom Verteidiger eingelegt ist, muß davon ausgegangen werden, daß er sein Wahlrecht gem. § 315 StPD. gekannt hat und lediglich, um die Gefahr zu vermeiden, daß das Rechtsmittel aus dem RGSt. 60, 356 angef. Gründen wegen Unbestimmtheit als unzulässig verworfen werde, das „zulässige Rechtsmittel“ einzulegen erklärt hat. Demnach hat er sich dann bei Begründung des Rechtsmittels nach Kenntnis der Urteilsgründe für die Revision entschieden. Zu wach praktisch unbrauchbarem Ergebnis der von meiner Ansicht abweichende Standpunkt führt, ergibt auch das kammergerichtl. Urteil. Der Beschwz. wollte nach Kenntnis der Urteilsgründe die gesetzlich zulässige Revision. Er wird gezwungen, dies auf dem kostspieligen und langwierigen, das Verfahren unter Umständen um viele Monate verzögernden Umweg über die Berufung herbeizuführen und die wohlthätige Absicht des Gesetzgebers bei Einführung der Sprungrevision wird vereitelt.

RA. Dr. Löwenstein, Berlin.

1) Vgl. ZB. 1926, 2593 4

2. §§ 124, 240 ZPO. Kostenfestsetzungsverfahren und Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der siegreichen armen Partei.

Über das Vermögen der Arrestbkl., der das Armenrecht bewilligt war, ist am 15. Sept. das Konkursverfahren eröffnet worden. Der ursprüngliche Kostenfestsetzungsbeschluss v. 13. Sept., in dem die der Arrestbkl. zu erstattenden Kosten festgesetzt waren, ist der Arrestbkl. am 15. Sept. zugestellt worden. Er war ergangen auf den Antrag des Prozeßbevollmächtigten der Arrestbkl., die von der Arrestbkl. an die Arrestbkl. zu erstattenden Kosten festzusetzen und, falls der Arrestbkl. das Armenrecht bewilligt wäre, den Prozeßbevollmächtigten gem. § 124 ZPO. als Zahlungsberechtigten aufzuführen. Der ursprüngliche Beschluss ist dann auf Antrag des Prozeßbevollmächtigten der Arrestbkl. am 20. Sept. dahin berichtigt worden, daß die Kosten nicht der Arrestbkl., sondern ihrem Anwalt, der sie im Armenrechte vertreten hatte, zu erstatten seien. Die Arrestbkl. hält den Erlaß des Berichtigungsbeschlusses für einen Verstoß gegen die Bestimmung des § 240 ZPO., da durch die Eröffnung des Konkurses das Verfahren unterbrochen sei.

Nach § 240 ZPO. tritt Unterbrechung des Verfahrens ein, wenn das Verfahren die Konkursmasse betrifft. Das ist nicht der Fall. Zwar ist die Kostenfestsetzung ursprünglich namens der späteren Gemeinschuldnerin erbeten worden, doch hat der Anwalt beantragt, für den Fall, daß das Armenrecht bewilligt war, ihn als Zahlungsberechtigten aufzuführen. Der Armenanwalt war also berechtigt, von vornherein die Festsetzung seiner Gebühren und Auslagen in eigenem Namen zu beantragen, und hat darauf auch in seinem ursprünglichen Antrag hingewiesen. In dem Berichtigungsantrag hat er nur etwas begehrt, was der erste Beschluss schon von sich aus hätte erfüllen müssen. Hätte der Anwalt die Kostenfestsetzung sofort nur auf seinen Namen erbeten, so hätte dieses Verfahren nie die Konkursmasse betroffen, da die Gemeinschuldnerin nicht daran beteiligt war. Der Berichtigungsbeschluss stellt nun diesen Zustand her, d. h. nunmehr ist auch formell die Gemeinschuldnerin nicht an der Kostenfestsetzung beteiligt. Materiell war sie nie daran beteiligt, das Verfahren hatte also die Konkursmasse nicht betroffen.

Zu 3 u. 4. Zu Unrecht nimmt das Ur. zu A an: „Das Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO. betrifft nur den Rechnungsabschnitt, der zur Zeit der Konkursöffnung läuft.“ Vielmehr trifft hier zu der Rechtsgrundsatz RG. v. 22. Mai 1905, Recht 1906 Nr. 798 (S. 311): „Bei einem Sukzessibleistungsgehalt greift § 17 KO. für die Gegenleistung bewirkter Leistung nicht Platz, wenn der Konkursverwalter in aus den Umständen erkennbarer Weise nur eine reibbare Vertragserfüllung in dem Sinne verlangt, daß er unter Ablehnung der Gegenleistung für die bereits vor der Konkursöffnung bewirkten Leistungen allein zur Bezahlung der erforderlichen künftigen Leistungen bereit ist.“ Die Verträge jener Gläubiger mit dem Gemeinschuldner bilden eben kein untrennbares, einheitliches Ganze; die Verpflichtungen sind vielmehr auf wiederkehrende Leistungen gerichtet; sie entstehen kraft stillschweigender Vertragserneuerung fort und fort von neuem; die Verträge sind also auf unbestimmte Zeit geschlossen. Unter Hinweis darauf, daß sie für die Masse nicht verbindlich sind, bietet der Verwalter nun den Vertragsgenossen des Gemeinschuldners an: er wolle mit ihnen für die Zeit nach der Konkursöffnung neue Verträge schließen.

Ein ähnlicher Fall: Ein Gastwirt hat mit einem Musiker einen Vertrag geschlossen, wonach er an Sonn- und Feiertagen in der Gastwirtschaft Tanzmusik veranstaltet; die Dauer des Vertrages ist auf ein Jahr festgesetzt und die Vergütung vom Gastwirt dem Musiker allmonatlich zu bezahlen. Der Gastwirt ist mit der Zahlung für ein Vierteljahr im Verzug, und am 2. Jan. fällt er in Konkurs. Der Verwalter, der das Geschäft gem. § 129 Abs. 2 KO. fortsetzt, vereinbart mit dem Musiker, daß er während der Dauer des Konkurses seine Leistungen weiter bewirken soll. Auch diese Erklärung kommt darauf hinaus: der vom Gemeinschuldner geschlossene Vertrag ist für die Masse nicht verbindlich; es wird aber für die Zwecke des Konkurses ein neuer Vertrag gleichen Inhalts geschlossen, die Ansprüche sind Konkursforderungen.

Die gleiche Beurteilung ergibt sich auch in dem hier besprochenen Fall der städtischen Gas-, Wasser- und Elektrizitätslieferung; auch hier erklärt der Konkursverwalter nicht, wie das LG. annimmt, daß er von dem Wahlrecht des § 17 Gebrauch mache und in den Vertrag des Gemeinschuldners eintrete, sondern daß er eigens für die Zwecke des Konkurses neue Verträge mit der Stadt schließen wolle; und die Stadt ist vermöge des Kontrahierungszwangs verpflichtet, neuen Vertrag mit der Masse als solcher abzuschließen. Vgl. näheres bei Josef: LZ. 14, 1706, wo Nspr. und Rechtslehre angezogen sind.

B. Die gleichen Erwägungen gelten für das Ur. des LG. Baugen: Der Bekl. hatte mit Kl. einen Stromlieferungsvertrag geschlossen und war sodann unter Geschl. gestellt. Auch nach Anordnung der Geschl. hatte Kl. den Strom weiter geliefert; das Verfahren war sodann durch Zwangsvergleich erledigt. Kl. forderte nun die Zahlung der bis zur Anordnung der Geschl. erwachsenen Rückstände in voller Höhe, während Bekl. nur den Zwangsvergleichsbetrag anbot. Das LG. entschied: Nach § 13 R. 2 Geschl. Aufw. D.

Demnach konnte die Unterbrechung aus § 240 ZPO. dies Kosten-erstattungsverfahren nicht berühren.

(LG. III Berlin, 4. R. f. S., Beschl. v. 3. Okt. 1927, 23 Q 33/27.)
Mitgeteilt von Wf. Moll, Charlottenburg.

3. § 17 KO. Stromlieferung. f)

(LG. III Berlin, Ur. v. 29. Juni 1927, S 417/37.)
Abgedr. JW. 1928, 78.

Baugen.

4. § 13 Geschl. Aufw. D. Der fortlaufende Elektrizitätslieferungsvertrag des Schuldners fällt unter § 13 R. 2 Geschl. Aufw. D. f)

(LG. Baugen, Ur. v. 10. Mai 1927, 3 Bg 238/26.)
Abgedr. JW. 1927, 2476.

Breslau.

5. Gesetz vom 5. Juli 1927. Die Zwangsvollstreckung nach Stellung des Antrages auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens ist wirksam. f)

Eine Vorschrift, die dem § 21 Abs. 4 Geschl. Aufw. D., die schon mit der Stellung des Antrages auf Anordnung der Geschäftsaufsicht einen Vollstreckungsschutz des Schuldners eintreten ließ, entspricht, ist in das Ges. v. 5. Juli 1927 nicht übernommen worden. Das ist an sich nicht unbedenklich, denn jeder Gläubiger hat nun die Möglichkeit, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt, einen Titel gegen ihn zu erwirken und auf Grund dieses Titels mit Zwangsvollstreckung vorzugehen. Wenn der Gläubiger auch nach § 70 Vergl. D. das durch die Zwangsvollstreckung verlangte herauszugeben hat, wird unter diesen Umständen die Vergleichsgenehmigung der übrigen Gläubiger natürlich verringert oder ganz aufgehoben und hierdurch meistens das Vergleichsverfahren, das durch die Strenge der Vergl. D. sowieso sehr erschwert ist, zur Auslichtlosigkeit verurteilt. Die Einfügung einer entsprechenden Vorschrift in das Gesetz hätte keineswegs zur Folge gehabt, daß der Schuldner, wie das unter der Geschl. Aufw. D. der Fall war, sich des Antrages auf Anordnung des Vergleichsverfahrens bedient hätte, um sich vor Vollstreckungsmaßnahmen zu schützen,

v. 14. Dez. 1916 (mit Änderungen v. 8. Febr. und 12. Juni 1924) werden vom Geschl. Aufw. Verfahren nicht betroffen die Gläubiger, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Vertrag beruhen, der zur Zeit der Anordnung der Geschl. Aufw. von dem Schuldner und von dem anderen Teil noch nicht oder nicht vollständig erfüllt ist. Solche Gläubiger seien nach § 33 Abs. 2 nicht beteiligt und gegen sie nach § 60 Abs. 1 der Zwangsvergleich nicht wirksam. Kl. könne daher die Rückstände vom Bekl. unverkürzt fordern. — Dem ist nicht beizustimmen. Wie schon oben erwähnt, bildet der Stromlieferungsvertrag kein einheitliches Ganze, sondern die Verpflichtungen sind auf wiederkehrende Leistungen und Gegenleistungen gerichtet. Die Aufsichtsperson nimmt wohl ausnahmslos die Leistungen (an Wasser, Gas, Elektrizität) auch weiter entgegen, weil sie sie zur Fortführung des Geschäftes braucht. Soweit der Kl. aus dieser an die Aufsichtsperson erfolgten Lieferung neue Ansprüche entstanden, wurden sie vom Verfahren nicht betroffen; soweit der Kl. aber Ansprüche bereits vor Anordnung der Geschl. Aufw. entstanden waren, wurde sie vom Verfahren ebenso betroffen, wie jeder andere Gläubiger.

Zur Stellung des Konkursverwalters wie der Aufsichtsperson ist dabei noch zu bemerken: sie sind dem Gemeinschuldner wie dem Schuldner gegenüber nicht ein „Dritter“; daraus folgt, daß, wenn der Gemeinschuldner (Schuldner) als Hypothekengläubiger vor der Konkursöffnung sich einem anderen gegenüber zur Vorrechtseinräumung oder zur Bewilligung der Löschung der Hypothek verpflichtet hatte, die Masse ein solches Abkommen gegen sich gelten lassen muß, allenfalls auch dem Verwalter die Einrede der Arglist aus der Person des Gemeinschuldners entgegengesetzt werden kann (RG. 65, 65; RG. Bruchbeitr. 52, 1076). Aber der Konkursverwalter (die Aufsichtsperson) ist nicht ein im Namen des Gemeinschuldners handelnder Vertreter desselben, noch auch dessen Rechtsnachfolger in dem Sinn, daß er, wenn er dessen Verbindlichkeiten nicht erfüllt, dessen Säumnis fortsetzt; er handelt vielmehr, behufs Erfüllung seiner Aufgabe, den Gläubigern aus dem Vermögen des Gemeinschuldners (Schuldners) Befriedigung zu verschaffen, als Zwangsvertreter des Masseobjekts mit unmittelbarer und ausschließlicher Wirkung für dieses (Jaeger: LZ. 12, 298) oder — wie v. Dassel demselben Rechtsgedanken Ausdruck gibt — er hat die Verwaltung und Verfügung über die Masse im eigenen Namen und aus eigenem Recht, d. h. des Verwalters Recht leitet sich nicht von dem des Gemeinschuldners her (Recht 1911, 437). Wenn er also in solcher Eigenschaft Verträge des Gemeinschuldners zum Ablauf bringt und sofort den Abschluß neuer Verträge verlangt, so hat dies nicht dieselbe Folge, als wenn der Gemeinschuldner selbst so gehandelt hätte.

RM. Dr. Eugen Josef, Freiburg i. Br.

Zu 5. Mit vorstehender Entsch. gehe ich nur einig, soweit die Strenge und damit häufig Unübersichtlichkeit der jetzigen Vergleichsvorbedingungen und des jetzigen Vergleichsverfahrens gekennzeichnet wird. Ich gehe auch damit einig, daß die Konfiration des Vergleichsantrags als subsidiären und bedingten Konkursantrags eine nicht zu

den einmal sind die Erfordernisse, die für die Anordnung des Verfahrens gestellt werden, sehr streng, dann aber wird bei Ablehnung des Antrages sofort das Konkursverfahren eröffnet.

Das wird natürlich auf den böswilligen Schuldner sehr abschreckend wirken. Trotz der wirtschaftlichen Bedenken besteht aber nach dem Gesetz keine Handhabe, die Einstellung der Zwangsvollstreckung vor Eröffnung des Verfahrens anzuordnen. Daß auch der Wille des Gesetzgebers nicht dahin ging, dies zu ermöglichen, geht daraus hervor, daß, während die Regierungsvorlage noch den Vollstreckungsschutz ausdrücklich anordnete, sich im Gesetz selbst nichts hiervon findet.

(L.G. Breslau, 10. Bk., Beschl. v. 30. Nov. 1927, 10 T 225/27.)

Mitgeteilt von H. Dr. Georg Freund, Breslau.

Röln.

6. § 929 ZPO. Wenn auf Grund eines Arrestbefehls der Schuldner zur Leistung des Offenbarungszeids geladen werden soll, dann genügt es zur Wahrung der Frist, wenn innerhalb der einmonatlichen Frist der Antrag des Gläubigers auf Ladung des Schuldners zum Offenbarungszeid bei Gericht eingegangen ist.

Die Gläubigerin hat am 21. Mai 1927 gegen den Schuldner einen Arrestbefehl erwirkt, dessen am 23. Mai 1927 erteilte Ausfertigung ihr frühestens an diesem Tage zugestellt sein kann. Am 1. Juni 1927 hat sie den Schuldner fruchtlos gepfändet. Am 21. Juni 1927 stellte sie den Antrag auf Abnahme des Offenbarungszeids, der am 22. Juni 1927 beim LG. eingegangen ist. Am 23. Juni 1927 bestimmte dieses auf den 6. Juli 1927 Termin; die Ladung wurde dem Schuldner am 27. Juni 1927 zugestellt. — Gegen den Schuldner ist am 6. Juli 1927 mangels Ercheinens Haftbefehl ergangen, gegen den sich keine, an sich statthafte, auch form- und pflichtgerecht eingelegte Beschwerde richtet, die sich darauf stützt, daß in dem Erlaß des Haftbefehls — wie in dem ganzen Verfahren — eine unzulässige Vollziehung des Arrestbefehls nach Ablauf

untersuchender Härte bedeutet (Cahn, Komm. z. VerglD. S. 39, wo dies mit dürren Worten gesagt ist).

Es ist schließlich auch zutreffend, daß der Zeitpunkt zwischen eingereichtem Antrag und Eröffnung grundsätzlich wirksame Vollstreckungen zeitigen kann (was der unklare § 21 Abs. 4 n. F. Geschl. AufwD. zu verhüten versuchte).

Im übrigen aber bestehen Bedenken gegen die Auslegung und Auffassung seitens des Breslauer Beschl. v. 30. Nov. 1927, vor allem gegen das wirtschaftliche Gesamtbild, das er zu zeichnen versucht.

Der Beschl. setzt sich mit der Verschiedenheit der Rechtslage auseinander, die insofern Wegfalls des § 21 Abs. 4 Geschl. AufwD. jetzt gegenüber der Zeit vor dem 1. Okt. 1927 besteht. Er spricht dabei von einer früher möglichen Vollstreckungseinstellung vor Eröffnung des Verfahrens. Eine solche Möglichkeit oder eine gesetzliche Regelung etwa berart, daß mit Eingang des Geschäftsaufsichtsanspruchs automatisch die Einstellung der anhängigen Vollstreckungen eingetreten wäre, bestand freilich früher ebensowenig wie jetzt: § 21 Abs. 4 Geschl. AufwD. war nur bedeutsam, wenn das Geschäftsaufsichtsverfahren tatsächlich eröffnet wurde. Denn lediglich „für das Verfahren der Geschäftsaufsicht“ traf jene Norm eine Regelung. Damals bedurfte es übrigens keiner „Anordnung“, sondern für den Fall und Verlauf der Geschäftsaufsicht entbehrten jene Vollstreckungen zwischen Antrag und Eröffnung ipso iure der Wirksamkeit.

Insofern ist nun das jetzige Vantrecht nicht nur nicht lückenhaft (gegenüber früher), sondern sogar unter Umständen radikaler: die Kannvorschrift des § 33 Abs. 2 VerglD. greift weiter durch, als § 21 Abs. 4 Geschl. AufwD. es tat (Cahn a. a. D. S. 99 u. 215). Dieser § 33 Abs. 2 VerglD. bietet aber sehr wohl „eine Handhabe“ zur „Anordnung“.

Mit Unrecht bemerkt ferner das LG. Breslau, bei Ablehnung des Vergleichsantrags werde sofort das Konkursverfahren eröffnet. § 24 VerglD. schreibt anderes vor: über die Eröffnung des Konkurses ist zu entscheiden. Die Eröffnung kann somit abgelehnt werden, wie auch in den anderen Fällen des möglichen Anschlußkonkurses (Cahn a. a. D. S. 39 unten, ferner S. 178 u. 179). Kommen also selbst nach Stellung des Vergleichsantrags Zwangsvollstreckungen, die nicht unter §§ 3, 70 fallen — was wegen der in §§ 19—21 vorgesehenen Schwierigkeit selten vorkommen wird —, die also nur nach § 33 behandelt werden, und macht das Gericht von der Befugnis des § 33 Abs. 2 keinen Gebrauch, so sind die Gläubiger keineswegs veranlaßt, gegen den Vergleich zu stimmen. Denn wenn der Vergleich nicht zustande kommt und die Eröffnung des Anschlußkonkurses abgelehnt wird, dann leben die nach § 33 Abs. 1 einseitigen eingestellten Vollstreckungen wieder auf (Cahn a. a. D. S. 214). Gläubiger, die wegen zwischenzeitlicher Vollstreckungen vergleichsabheneigt geworden sind, haben durch Kontrahieren somit nichts erreicht.

Sich kann somit der Gesamtschuldner des LG. Breslau nicht zustimmen, wenn auch die Zwangsvollstreckung nach Stellung des Antrags und vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens per se wirksam ist. H. Dr. H. Prof. Dr. Hugo Cahn I, Nürnberg.

der Frist des § 929, 2 ZPO. liege. Die Meinungen darüber, was zur Wahrung dieser Frist im Falle der Ladung des Schuldners zum Offenbarungszeid zu geschehen habe, sind geteilt. Während das LG. Magdeburg am 17. Mai 1920 (ZB. 1937⁴), das OLG. Düsseldorf am 15. Nov. 1921 (ZB. 1922, 510³²) und das LG. am 30. Okt. 1922 (ZB. 1924, 420¹⁵) sich dafür ausgesprochen haben, daß es genügen müsse, wenn der Antrag des Gläubigers noch in die einmonatliche Frist fiel, verlangen Sydow-Busch-Cranz, zu § 929 ZPO., Anm. 5, das OLG. Celle am 29. Nov. 1921 (ZB. 1922, 504¹⁹) und bisher auch das beschließende Gericht am 19. Jan. 1922 (ZB. 1922, 1542⁷), daß mindestens auch die Ladung des Schuldners zum Offenbarungszeidestermin innerhalb der genannten Frist erfolgt sein müsse, während vollends das OLG. Frankfurt am 13. April 1920 (ZB. 1920, 716¹⁶), das OLG. Stuttgart am 10. April 1923 (ZB. 1924, 429³¹), Rudolf Schulz, Freiburg i. Br., in seinen Anm. zu den oben angeführten Entsch., sowie Stein, zu § 929 ZPO., II 2 mit Anm. 16, den Standpunkt vertreten, daß Eidesleistung oder Pfandordnung selbst innerhalb der Frist des § 929, 2 ZPO. liegen müßten, andernfalls die Vollziehung des Arrestbefehls unzulässig sei.

Da in vorl. Falle nicht feststeht, ob nicht die Gläubigerin bereits am 23. Mai 1927 den Arrestbefehl als zugestellt angenommen hat und daher die Vollziehungsfrist mit dem 23. Juni 1927, an welchem Tage tatsächlich das LG. Termin zur Leistung des Offenbarungszeids bestimmt hat, abgelaufen war, muß zu der zuerst genannten der drei oben wiedergegebenen Meinungen Stellung genommen werden. Das Gericht schließt sich — und damit in Erweiterung seiner am 19. Jan. 1922 (ZB. 1922, 1542⁷) vertretenen Anschauung — der ersigenernten Meinung an. Danach muß es genügen, wenn innerhalb der einmonatlichen Frist der Antrag des Gläubigers auf Ladung des Schuldners zum Offenbarungszeid bei Gericht eingegangen ist.

Mit diesem Antrag beginnt nach § 900, 1 I ZPO. das Verfahren. Auf seine weitere Behandlung hat der Gläubiger keinen Einfluß. Der Schuldner seinerseits kann die Eidesleistung nicht nur, wie auch die oben wiedergegebene, vermittelnde Ansicht zugibt, durch Erhebung von Widerspruch, sondern schon vorher eine rechtswirksame Zustimmung der Ladung zum Termin verzögern und hintertreiben und damit, wollte man einer für den Gläubiger strengeren Ansicht folgen, die Vollziehung des Arrests unmöglich machen. Welchen Wert für den Gläubiger ein vorgelegtes Vermögensverzeichnis hat, da es eine erneute Pfändung auf Grund des alten Arrestbefehls nach Ablauf der Vollziehungsfrist zweifellos nicht mehr ausbringen kann, ist unerheblich. Er kann das Verzeichnis für neue Titel verwerten, hat auch — und das ist in der Mehrzahl der Fälle Zweck und Bedeutung der Manifestierung — einen Anspruch darauf, daß der Schuldner seine Unpfändbarkeit eidlich erhärtet. Daß in Fällen, wie dem vorl., nicht gegen den Zweck des § 929, 2 ZPO., den Schuldner vor Vollstreckung des Befehls unter wirtschaftlich veränderten Umständen zu schützen, verstoßen wird, widerlegt sich schon dadurch, daß es der Schuldner überhaupt zum Offenbarungsverfahren kommen läßt. Übrigens stehen ihm die Rechtsbehelfe der §§ 924, 927 ZPO. zur Seite.

(L.G. Köln, 4. Bk., Beschl. v. 22. Dez. 1927, 4T185/27.)

Mitgeteilt von OMR. Philip, Köln.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

1. § 2 RündSchG. v. 9. Juli 1926 (RGBl. 1926, I 399). Zugunsten des Angestellten ist auch diejenige Zeit in die fünfjährige Beschäftigungsdauer einzurechnen, die der Angestellte vorher als Arbeiter in dem Betrieb des Arbeitgebers oder dessen Rechtsvorgängers zugebracht hat.†)

Nach § 2 des Ges. über die Fristen für die Kündigung von Angestellten v. 9. Juli 1926 darf der Arbeitgeber einem Angestellten, den er mindestens fünf Jahre beschäftigt hatte, nur unter Einhaltung gewisser erschwerender Erfordernisse, mit längerer Kündigungsfrist, kündigen. In Rechtslehre und Mpr. besteht Meinungsverschiedenheit darüber, ob dies nur gilt, wenn der Angestellte die

Zu 1. Das Ur. des ArbG. hat eine der berichtigsten Streitfragen (überdicht bei Hueck, Lehrbuch S. 278 Anm. 38; Jahrb. d. ArbR. VII, 291 f.), die das kleine Gelegenheitsgesetz v. 9. Juli 1926 hervorgerufen hatte, praktisch entschieden (zustimmend bereits Raskel, Arbeitsrecht³ S. 164 Anm. 5) und damit jedenfalls — mag man seinen Standpunkt sachlich billigen oder nicht — einen schönen Beweis dafür erbracht, wie segensreich die durch das ArbG. geschaffene, in Fällen von grundsätzlicher Bedeutung auch für geringwertige Streitigkeiten erreichbare (§ 72 I 1) RevInst. im Interesse der Rechtsicherheit und Rechtseinheit wirken kann. Die Gründe und Gegengründe, mit denen man die entgegengesetzten Entsch. stützen kann und in Schrifttum und Mpr. bisher gestützt hat, sind vom ArbG. so klar dargelegt worden, daß kaum etwas hinzuzufügen bleibt. Mit dem Wortsinne des § 2 Ges. v. 9. Juli

fünffährige Beschäftigungsdauer im Angestelltenverhältnis zugebracht hat (strengere Auffassung), oder ob zugunsten des Angestellten auch eine Zeit in die fünffährige Beschäftigungsdauer eingerechnet werden darf, die der Angestellte etwa zuvor als Arbeiter in dem Betrieb des Arbeitgebers (oder gegebenenfalls in dem Betrieb von dessen Rechtsvorgänger) zugebracht hat (mildere Auffassung).

Die Frage ist zweifelhaft. Zimmerlin sprechen nach der Auffassung des RevG. überwiegende Gründe für die zuletzt genannte, mildere Rechtsanschauung.

Den Schutz des Gesetzes genießen nur Angestellte. Der näheren Abgrenzung dieses Begriffs dient die Vorschrift des § 1 des Ges.; eines Eingehens hierauf bedarf es in diesem Zusammenhange nicht. Nur so viel erhellt mit Sicherheit aus den §§ 1 und 2, daß nur derjenige sich auf die Vergünstigung des Gesetzes berufen kann, der in dem maßgebenden Zeitpunkt — das ist der Zeitpunkt der Kündigung, genauer des Zugeschens der Kündigungserklärung an den zu Kündigenden, § 130 BGB. — Angestellter ist. Auf Personen, die in diesem Zeitpunkt nicht Angestellte, sondern etwa (noch) Arbeiter sind, darf der Schutz nicht ausgedehnt werden. Eine weitergehende Auslegung des Gesetzes müßte abgelehnt werden; eine solche wird, soviel ersichtlich, auch nirgends vertreten.

Den Schutz des Gesetzes genießt derjenige Angestellte, der in dem maßgebenden Zeitpunkt mindestens fünf Jahre im Betriebe beschäftigt war. über die Art und rechtliche Natur der „Beschäftigung“ gibt das Gesetz selbst keine nähere Auskunft. Eine Deutung des Gesetzes nach dessen Wortlaut und unmittelbarem Inhalt läßt, das muß zugegeben werden, die Auffassung als die nächstliegende erscheinen, daß der Angestellte die fünf Jahre als Angestellter beschäftigt gewesen sein muß. Denn das Gesetz spricht nur von Angestellten, ist nur für Angestellte berechnet und bestimmt und will nur Angestellte schützen. Dies führt zu der Auffassung, daß das Gesetz mit dem Worte „beschäftigt“ zunächst an eine Beschäftigung als Angestellter gedacht hat.

Es bleibt aber die Möglichkeit bestehen, daß das Gesetz zunächst an den regelmäßigen und gewöhnlichen Fall gedacht hat, ohne damit besondere, von der Regel abweichende Fälle auszuscheiden zu wollen. Für solche Fälle den wahren Sinn des Gesetzes zu ermitteln, ist Sache der Auslegung. Für eine solche Auslegung ist auch hier Raum. Denn immerhin hat das Gesetz nicht mit ausdrücklichen Worten Beschäftigung gerade als Angestellter verlangt, sondern nur Beschäftigung schlechthin. Insofern ist der Wortlaut des Gesetzes auslegungsbedürftig; er gestattet und verlangt eine Prüfung und Untersuchung, was mit dem Worte „beschäftigt“ gemeint ist. Wortlaut und Wort Sinn des Gesetzes für sich allein genommen sind daher weder für die eine noch für die andere Auffassung schlechthin entscheidend.

Die Vertreter der strengeren Auffassung in der Rechtslehre und insbes. auch die gerichtlichen Entsch., die in diesem Sinne ergangen sind, machen als einen Hauptgrund für ihre Meinung geltend, daß das Ges. v. 9. Juli 1926 ein Ausnahmengesetz sei und als solches nach anerkannter Auslegungsregel nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfe. Nach dem oben Dargelegten ist zuzugeben, daß es sich bei der hier als die mildere bezeichneten Auslegung in der Tat um eine gegenüber dem Gesetzesinhalt ausdehnende Auslegung handelt. Nicht zuzugeden ist dagegen, daß das Ges. v. 9. Juli 1926 ein Ausnahmengesetz sei. Wohl ist es, dem BGB., dem HGB. und der GewD. gegenüber, ein Sondergesetz zugunsten gewisser Angestellter. Aber darum ist es noch nicht ein Ausnahmengesetz, d. h. ein Gesetz, das von einem allgemeineren, im übrigen von der Rechtsordnung festgehaltenen Rechtsgrundsatz eine Ausnahme zugunsten gewisser Personen macht. Der Titel des BGB. vom Dienstvertrag (§§ 6, 11 ff.) enthält gewisse Kündigungsvorschriften (§§ 620 bis 627). Ihnen gegenüber sind schon die Vorschriften des HGB. und der GewD. Sondergesetze, aber darum noch keine Ausnahmevorschriften. Ebenso verhält es sich mit den Vorschriften des Ges. v. 9. Juli 1926. Sie sind zwar Sondervorschriften, aber sie sind keine Ausnahmebestimmungen; sie sind nur ein Glied einer Rechtsentwicklung, ein Schritt weiter auf dem Wege der Für-

sorge für den Arbeitnehmer als den (regelmäßig) wirtschaftlich schwächeren Teil. Und eben weil es sich um ein soziales Fürsorgegesetz handelt, ist es Aufgabe der Auslegung, aus dem Gesetz, zwar nicht über dessen wirklichen Inhalt hinaus, wohl aber innerhalb des Rahmens, dessen was mit dem Gesetze verträglich ist, ohne Engherzigkeit unter Berücksichtigung des mit dem Gesetze verfolgten Zweckes zu ermitteln, was als Wille des Gesetzes in solchen Fällen angesehen werden kann, die sein Buchstabe offen gelassen hat.

Der Zweck des Ges. v. 9. Juli 1926 ist es nun, der vornehmlich die mildere Auffassung gerechtfertigt erscheinen läßt. Das Gesetz bezweckt, älteren Angestellten gegenüber die Möglichkeit der Kündigung zu erschweren. Dabei ist die Bezeichnung „ältere Angestellte“ nicht sowohl im Sinne höheren Lebensalters zu verstehen als im Sinne einer längeren Dauer der Beschäftigung im Betrieb, im Sinne der Betriebsverbundenheit. Auf das Lebensalter legt das Gesetz nur insoweit Gewicht, als bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Dienstjahre vor dem vollendeten 25. Lebensjahr des Angestellten nicht berücksichtigt werden (§ 2 Abs. 1 Schlußsatz). Der Schutz kommt also Angestellten vom vollendeten 30. Lebensjahre an zufließen. Der ursprüngliche Regierungsentwurf hatte den Schutz erst vom 40. Lebensjahre ab beginnen lassen wollen. Das Gesetz selbst betont mithin die Betriebsverbundenheit stärker gegenüber dem Lebensalter als es die Vorlage getan hatte. Im übrigen ist der Entstehungsgeschichte nichts, jedenfalls nichts Entscheidendes zu entnehmen; das erhellt auch schon daraus, daß sich die Vertreter beider entgegengesetzter Meinungen gleichermaßen auf die Entstehungsgeschichte berufen zu können glauben.

Soll aber der Schutz auf der Grundlage längerer Betriebsverbundenheit erworben werden, so ist sein Grundgedanke der: der Angestellte, der geraume Zeit hindurch seine Arbeit dem Betriebe gewidmet hat, soll bei der Kündigung schonend behandelt werden. Ihm fällt es schwerer, anderweit unterzukommen, weil er sich dem Betrieb des bisherigen Arbeitgebers gewidmet hatte und dadurch vielleicht etwas einseitig geworden ist; andererseits hat der Arbeitgeber geraume Zeit die Arbeitskraft des Angestellten genutzt, und es erscheint daher billig, daß der Arbeitgeber mit einer Kündigung besonders schonend vorgeht. Alle diese Erwägungen treffen aber auch bei demjenigen Angestellten zu, der zuvor als Arbeiter im Betrieb des Arbeitgebers tätig geworden ist. Sie treffen sogar in gesteigertem Maße auf diejenige Gruppe unter den Angestellten zu, bei denen ein Aufstieg vom Arbeiter zum Angestellten eine häufigere Erscheinung bildet und deren Verhältnis daher ganz besonders die Veranlassung zu dem Streite der Meinungen gegeben haben. Dies sind die sog. Werkmeister, d. h. Personen, welche das Arbeitsverhältnis als einfache Arbeiter begonnen haben, dann, auf Grund entsprechender Bewährung und Eignung, zunächst als Vorarbeiter tätig geworden und hierauf in das Angestelltenverhältnis aufgestiegen sind. Schon diese ihre Laufbahn bedingt eine längere, zum Teil sogar recht lange Betriebszugehörigkeit, aber auch eine gewisse Einseitigkeit, welche Personen dieser Art die Erlangung einer anderweitigen Stellung besonders erschwert. Diese Laufbahn bedingt weiter, wie erwähnt, eine besondere Eignung und Bewährung sowie eine persönliche Vertrauenswürdigkeit. Sie hat regelmäßig dem Arbeitgeber Nutzen gebracht. Alles dies sind Erwägungen, welche eine schonende Handhabung des Kündigungsrechts gerade bei diesen Personen besonders angezeigt erscheinen lassen. Der gesetzgeberische Gedanke trifft also bei diesen Personen gleichfalls, ja in besonderem Maße zu, und es muß daher als dem Sinne des Gesetzes entsprechend angenommen werden, daß der Schutz des § 2 KündSchG. auch denjenigen Personen zukommt, welche im maßgebenden Zeitpunkt Angestellte sind, aber einen Teil der Beschäftigungsdauer im Arbeitsverhältnis zugebracht haben. Damit wird nicht das Gesetz auf Arbeiter ausgedehnt; es bleibt auf Angestellte beschränkt, soll aber zugunsten der Angestellten die Einrechnung einer zuvor im einfachen Arbeiterverhältnis zugebrachten Dienstzeit gestatten. Auf Angestellte eines bestimmten Bildungsganges ist das Gesetz ohnehin nicht beschränkt.

Gegen dieses Ergebnis ist eingewendet worden, daß man damit

1926, der schlechthin von einer mindestens fünffährigen Beschäftigung redet, ist die Ausnahme einer Anrechnung der Arbeiterdienstzeit zweifellos vereinbar, sofern der betr. Arbeitnehmer nur zur Zeit der Kündigung „Angestellter“ ist. Versucht man, den „Willen des Gesetzgebers“ historisch zu ermitteln, so findet man in dem Gutachten des Sozialpolitischen Ausschusses des Reichsrats, an das sich der RegEntw. v. 1. Juli inhaltlich anschließt (Begr. Abs. 4, abgedruckt bei Goldschmit, KündSchG. S. 13f.; bei Georg Baum, Gesetz über die Fristen usw. S. 12 ff.), unter IV die Fassung: „Ein ArbG., . . . darf einen älteren Angestellten, der mindestens fünf Jahre hindurch in seinem Betrieb gearbeitet hat, . . .“ in § 2 des RegEntw. (G. S. 14: B. S. 13) die Worte „einem älteren Angestellten, den er mindestens fünf Jahre ununterbrochen beschäftigt hat“. Das bereits am 2. Juli in allen drei Lesungen vom Reichsantrag angenommene Gesetz stimmt also in der hier interessierenden Frage mit diesen Materialien insofern vollkommen

überein, als es an dem Fall des Aufstiegs eines Arbeiters in das Angestelltenverhältnis stillschweigend vorübergeht. Bei der großen Eile, mit der das Gesetz geschaffen wurde, liegt wohl die Annahme am nächsten, daß man an diesen Fall gar nicht gedacht hat. Es gilt also nicht eigentlich, durch „Auslegung“ zu ermitteln, was „der Gesetzgeber“ für diesen Fall gewollt hat, sondern vielmehr im Wege der „Lückenergänzung“ (vgl. Fedt: ArchZivPr. 112, 224 ff.) festzustellen, was er gewollt hätte, wenn er auch diesen Fall zu regeln unternommen hätte. Daß das ArbG. bei Lösung dieser Aufgabe das Schutzinteresse des einzelnen Angestellten höher gewertet hat, als das Interesse gewisser Arbeiterkategorien an einem durch Rücksichten des Arbeitgebers auf den Eintritt des außerordentlichen Kündigungsschutzes nicht behinderten Aufstieg in das Angestelltenverhältnis, wird man billigen können; denn die Gefahr, daß solche Erwägungen einen Arbeitgeber veranlassen könnten, die Anwartschaften seiner Arbeitnehmer auf den Schutz des Sonder-

in Wirklichkeit den Werkmeistern keine Vergünstigung gewähre, sondern einen Nachteil für sie schaffe. Denn die Arbeitgeber würden künftig dem Aufstieg eines Arbeiters in das Angestelltenverhältnis weniger wohlwollend gegenüberstehen, wenn sie für die Bewilligung eines solchen Aufstiegs eine Beschränkung in der Möglichkeit zu kündigen auf sich nehmen müßten. Das mag in gewissem Umfang zutreffen. Jedoch beweist dieser Grund zu viel; er läßt sich dem ganzen Gesetz entgegenhalten, denn es ist nicht auszuschließen, daß der Arbeitgeber gelegentlich auch einem Angestellten gegenüber zur Kündigung schreiten wird, bevor dieser die gesetzliche Beschäftigungszeit zurückgelegt hat, nur um nicht in der Kündigung gegenüber diesem Angestellten beschränkt zu werden. Im übrigen entspricht es doch auch dem eigenen Interesse des Arbeitgebers, geeigneten Arbeitern den Aufstieg in das Werkmeisterverhältnis zu ermöglichen, wo die Erfordernisse des Betriebs dies wünschenswert erscheinen lassen. Die in Rede stehende Erwägung behält daher in der Hauptsache nur für die vereinzelt Fälle Gewicht, in denen es sich nicht um die Werkmeisterlaufbahn handelt, sondern die Übernahme eines Arbeiters in das Angestelltenverhältnis aus zufälligen persönlichen Gründen in Frage kommen könnte. Und schließlich ist es doch gerade vom Rechtsstandpunkt aus nicht gerechtfertigt, eine, wie das Gericht annimmt, im Sinne des Gesetzes gelegene Vergünstigung deshalb den Beteiligten zu verweigern, weil sie dem gegenüberstehenden Teile Veranlassung geben kann, sich in einer Weise zu verhalten, die den gesetzgeberischen Absichten zuwiderläuft. Darum kann diesem Bedenken, mag es auch nicht völlig von der Hand zu weisen sein, doch kein ausschlaggebendes Gewicht beigelegt werden.

Sind hiernach dem Angestellten auch die Zeiten in die Beschäftigungsdauer einzurechnen, die er im Arbeiterverhältnis bei dem Arbeitgeber (oder dessen Rechtsvorgänger) zugebracht hat, so kommt der gesetzliche Schutz dem Angestellten zugute, sobald er Angestellter geworden ist. Hatte er zuvor schon eine geraume Zeit, etwa eine Reihe von Jahren, im Arbeiterverhältnis zugebracht, so kann er schon vom Beginne seines Anstellungsverhältnisses an unter Umständen die vier-, fünf- und sechsmonatige Kündigungsfrist nach § 2 beanspruchen. Auch dies spricht aber nicht, jedenfalls nicht entscheidend gegen die mildere Auffassung. Denn bestehen bleibt, daß der (nunmehrige) Angestellte doch wirklich den entsprechend langen Zeitraum im Dienste des Arbeitgebers verbracht hat. Eine Zurücksetzung derjenigen, die die entsprechend lange Zeit im Angestelltenverhältnis zugebracht haben, kann hierin nicht erblickt werden. Umgekehrt könnten es die aus dem Arbeiterstand hervorgegangenen Angestellten als Zurücksetzung empfinden, wenn sie, vom Standpunkt der strengeren Anschauung aus, nach einer langen Reihe von Arbeiterdienstjahren noch erneut fünf Jahre als Angestellte dienen müßten, um der gesetzlichen Vergünstigung teilhaftig zu werden, während neben ihnen Angestellte schon mit dem zurückgelegten 30. Lebensjahr diesen Schutz erworben haben. Mit der Heranziehung solcher willkürlich gewählter Beispielsfälle ist nichts zu beweisen. Das Gesetz trifft Durchschnittsregeln; es wird stets Grenzfälle geben, in denen die Anwendung der gesetzlichen Regel auf den ersten Anschein etwas Befremdliches hat.

Aus dem Gebrauch des Wortes „Dienstjahre“ in § 2 Abs. 1 Satz 2 läßt sich ein Beweisgrund weder für die eine noch für die andere Auffassung entnehmen.

Daß die sog. mildere Auffassung die Belange der Arbeitgeber in unbilliger Weise hintanziehe, kann nicht zugegeben werden. In Zeiten normalen Wirtschaftslebens bedeutet die Notwendigkeit der Einhaltung einer längeren Kündigungsfrist ohnehin nur, daß der Arbeitgeber sich die Frage einer Kündigung früher vorlegen muß als sonst. Nur in Zeiten einer Wirtschaftskrise kann es für den

Gesetzes zu unterbrechen, besteht, wie das *NRbG.* mit Recht hervorhebt, ganz allgemein, im Regelfalle allerdings gemildert durch die Kündigungsfristvorschriften in §§ 84 ff. *BetrRG.*, und wird sich wohl auch bei den ihre Laufbahn als Arbeiter beginnenden Angestelltingruppen praktisch kaum so auswirken können, daß zahlreiche Arbeitgeber ihre Personalpolitik ganz oder in erster Linie unter diesen doch recht engherzigen und kurzfristigen Gesichtspunkt stellen sollten. Ein vernünftiger Betriebsleiter wird sich immer in erster Linie den Mann ansehen und höchstens nebenbei daran denken, wie sich nach der Beförderung das Kündigungsrecht gestaltet. Weiter spricht m. E. für die Entsch. des *NRbG.*, daß es nicht im Sinne unserer Gesetzgebung liegt, das privatrechtliche Verhältnis der Angestellten von dem der Arbeiter grundsätzlich zu unterscheiden (Lit. bei *Lautner*, *Angestelltenvertr.* I, Graz 1927, S. 21 f. Anm. 75), und daß die gegenteilige Auffassung eine innerlich nicht gerechtfertigte Schlechterstellung derjenigen Berufsgruppen der Angestellten bedeuten würde, die nicht sofort nach Beendigung der Lehrzeit ins Angestelltenverhältnis zu treten pflegen (wie z. B. die Handlungsgehilfen), sondern durch die Eigenart ihrer, an sich durchaus nicht geringer zu wertenden Arbeit genötigt sind, „von der Pike auf zu dienen“, vor allem also der Werkmeister in industriellen Betrieben.

Prof. Dr. Hans Keller, Münster i. W.

Arbeitgeber eine wirtschaftliche Beschränkung bedeuten, wenn er den Angestellten länger behalten und bezahlen muß. Gerade für solche Zeiten erschien aber der Schutz dem Gesetzgeber angezeigt. Auch hier liegen die Verhältnisse für die aus dem Arbeiterstand hervorgegangenen Angestellten nicht anders als für die übrigen Angestellten. Es ist daher für die Entsch. gerade der jetzt strittigen Frage auch diesen Erwägungen nichts Entscheidendes zu entnehmen. Übrigens bleiben Bestimmungen über fristlose Kündigung unberührt (§ 2 Abs. 2 *KündSchG.*). Auch bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, den bisherigen Arbeiter erst auf Probe in das Angestelltenverhältnis zu übernehmen, um sich zu überzeugen, daß letzterer die erforderliche Eignung besitzt.

(*NRbG.*, Ur. v. 7. Dez. 1927, *RAG* 20/27.)

*

2. §§ 11, 87 *ArbGG.* Der Anwaltszwang besteht auch für das Rechtsbeschwerdeverfahren, wenn die Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift erhoben wird. f)

Nach § 87 Abs. 1 *ArbGG.* wird die Rechtsbeschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift beim *BeschwG.* oder durch Erklärung zur Niederschrift der Geschäftsstelle des *ArbG.*, das den angefochtenen Beschl. erlassen hat, eingelegt. Erfolgt die Einlegung durch Einreichung einer Beschwerdeschrift, so unterliegt diese, da die Beschwerde erst durch Einreichung bei dem *BeschwG.* als erhoben gilt, auch den Formvorschriften, welche das Gesetz für das Verfahren von dem *BeschwG.* bestimmt hat. Nach § 11 *ArbGG.* muß die Partei vor dem *NRbG.* durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen *RA.* vertreten werden. Aus dieser Bestimmung, welche zu den ersten Teil des Gesetzes bildenden allgemeinen Bestimmungen gehört und deshalb auch für das Rechtsbeschwerdeverfahren gilt, folgt, daß auch die bei dem *NRbG.* einzureichende Rechtsbeschwerdeschrift von einem *RA.* unterzeichnet sein muß (vgl. *NRbG.*, Beschl. v. 17. Nov. 1927, *RAG* RB 6/27). Da dies hier nicht geschehen ist, ist die Rechtsbeschwerde nicht rechtswirksam eingelegt, vielmehr als unzulässig zu verwerfen (§ 87 Abs. 3 Satz 1 *ArbGG.*).

Die in der Wissenschaft unter Bezugnahme auf § 78 Abs. 2 *ZPO.* zum Teil vertretene Ansicht (vgl. *Baumbach*, *ArbGG.*, § 87 Anm. 2), aus der vom Gesetz gestatteten Einlegung der Rechtsbeschwerde durch Erklärung zur Niederschrift der Geschäftsstelle des *ArbG.* folge, daß für die Einreichung der Beschwerdeschrift beim *BeschwG.*, also im vorl. Falle beim *NRbG.*, kein Anwaltszwang bestehe, kann nicht gebilligt werden. § 11 *ArbGG.* enthält eine von den §§ 78 ff. *ZPO.* gegebenen Bestimmungen über Prozeßvollmächtigte und Bestände abweichende Regelung über die Prozeßvertretung im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Er macht insbes. keine Einschränkung i. S. des § 78 Abs. 2 *ZPO.* und gilt auch für das Rechtsbeschwerdeverfahren. Die Verfahrensvorschriften für das Rechtsbeschwerdeverfahren wiederum entsprechen den Vorschriften für das inhaltlich ähnliche Revisionsverfahren der Arbeitsgerichtsbarkeit, soweit nicht in den §§ 86—89 eine Ausnahme vorgesehen ist (Begr. S. 47 und § 85 Abs. 2 Satz 1 *ArbGG.*). Eine solche Ausnahme findet sich nun hinsichtlich der Zulässigkeit der Einlegung der Rechtsbeschwerde zur Niederschrift der Geschäftsstelle des *ArbG.* im § 87 Abs. 1 *ArbGG.* Sie mußte, wie es in der Begr. S. 47 heißt, „vorgesehen werden, um es im Beschlußverfahren den Beteiligten zu ermöglichen, auch ohne Anwalt das Rechtsbeschwerdeverfahren zu führen, da für das Verfahren vor dem *NRbG.* stets, für das Verfahren vor den *NRbG.* grundsätzlich die Vertretung der Beteiligten durch *RA.* vorgeschrieben ist, die Notwendigkeit der Vertretung durch *RA.* aber zu Schwierigkeiten führen könnte, soweit es sich um vermögenslose und nicht vermögensfähige Beteiligte . . . handelt“. Hätte der Gesetzgeber auch für die Einreichung der Beschwerdeschrift eine dem § 78 Abs. 2 *ZPO.* entsprechende

Zu 2. Das *NRbG.* verlangt hier, übereinstimmend mit dem Beschl. vom gleichen Tage (*RAG* 7/27) — *NRbG.* 1 Heft 1 S. 58 — eine dem § 11 Abs. 2 *ArbGG.* entsprechende (also beim *ArbG.* von einem *RA.* oder Verbandsfunktionär, beim *NRbG.* von einem *RA.* unterzeichnete) Beschwerdeschrift, falls nicht die in § 87 *ArbGG.* ebenfalls zugelassene Anbringung der Beschwerde zur Niederschrift der Geschäftsstelle des *ArbG.* gewählt worden ist. Diese Formstreige, die also eine von der Partei selbst unterzeichnete Beschwerdeschrift als unzulässige Rechtsmittelinlegung betrachtet, sieht das *NRbG.* lediglich darauf, daß in § 87 *ArbGG.* nicht ebenso, wie es in § 78 geschehen, auf die Bestimmungen der *ZPO.* Bezug genommen worden ist und daß § 11 *ArbGG.* den § 78 *ZPO.* nicht erwähnt. Andernfalls würde sich ja der Wegfall des Anwaltszwanges (des bedingten beim *NRbG.*, des unbedingten beim *NRbG.*) aus § 78 Abs. 2 *ZPO.* ergeben, da — wie bemerkt — die Einlegung der Rechtsbeschwerde nach § 87 *ArbGG.* auch „vor dem Gerichtsschreiber“ (Geschäftsstelle des *ArbG.*) „vorgenommen werden kann“. Es soll mithin, darauf kommt die Auffassung des *NRbG.* hinaus, zwischen der gewöhnlichen Beschwerde des § 78 *ArbGG.* und der Rechtsbeschwerde des § 87 *ArbGG.* der Unterschied bestehen, daß bei jener für die Einlegung durch Schriftsatz kein Anwaltszwang gilt, bei dieser dagegen der Anwaltszwang Platz greift, obwohl doch gleichmäßig beide auf die einfachere Art der Anbringung zur Nie-

Ausnahmevorschrift beabsichtigt, so würde nichts entgegenstanden haben, sie in ähnlicher Weise wie die Einlegung zur Niederschrift der Geschäftsstelle des ArbG. zum Ausdruck zu bringen. Da dies nicht geschehen ist, muß es hierbei sein Verwenden haben. Eine etwa im Wege der Auslegung zu ergänzende Lücke des Gesetzes besteht nicht.

(ArbG., Beschl. v. 30. Nov. 1927, RAG RB 11/27.)

Altona. Landesarbeitsgerichte.

1. §§ 61, 48 ArbGG. Zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten für die Zuziehung eines Prozeßbevollmächtigten im Verfahren vor dem ArbG.

Gemäß § 61 ArbGG. ist der Betrag der Kosten, soweit er sofort ermittelt werden kann, im Urteil festzustellen, und diese Entsch. ist endgültig. Im Urteil des ArbG. sind lediglich die Gerichtskosten festgesetzt worden. Eine Entsch. über die dem Bekl. von der Kl. zu erstattenden Kosten ist nicht getroffen worden. In diesem Falle konnte entweder das ArbG. bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 321 ZPO. im Wege der Ergänzung des Urteils diese Kosten festsetzen oder es konnte, wenn die hier fraglichen Kosten nicht sofort ermittelt werden konnten, die zu erstattenden Kosten im Wege des Kostenfestsetzungsverfahrens gem. §§ 103 ff. ZPO. festsetzen. Dieser Weg ist hier gewählt worden. Gegen den Beschluß des ArbG. findet gem. § 104 Abs. 3 ZPO., § 78 ArbGG. lediglich die sofortige Beschwerde statt. Die Beschwerde hätte daher innerhalb einer zweiwöchigen Frist eingelegt werden müssen. An diesem Erfordernis mangelt es. Die Beschwerde war daher als unzulässig zu verwerfen.

Sachlich soll aber bemerkt werden, daß die Auffassung des ArbG., der Anspruch des Bekl. auf Erstattung seiner Anwaltskosten in dem Verfahren vor dem ArbG. scheitert an der Bestimmung des § 61 Abs. 1 Satz 2 ArbGG., unzutreffend erscheint. Gemäß § 48 ArbGG. finden die Vorschriften des § 276 ZPO. entsprechende Anwendung. Das bedeutet, daß im Falle der Verweisung eines Rechtsstreits, der vor den ordentlichen Gerichten anhängig gemacht wurde, an das

derschrift der Geschäftsstelle des unteren Gerichts eingelegt werden können. Dieses Ergebnis ist so ungerecht, daß das ArbG. hätte suchen müssen, es vermeiden zu können. Der Weg dazu wäre n. E. nicht allzu schwer gewesen. Denn neben den besonderen Erwähnungen der ZPO. (so in §§ 77 und 78) kennt doch das ArbGG. die allgemeine Anlehnung an die ZPO., wie sie sich aus den §§ 46, 64, 72 ergibt. Aus dieser allgemeinen Anlehnung darf als oberster Grundsatz sicherlich der entnommen werden, daß (in Ermanglung ausdrücklicher Gegenbestimmung) das ArbGG. keine strengeren Formvorschriften und daher auch keine strengeren Vertretungsvorschriften aufstellen wollte, als sie sich aus der ZPO. ergeben würden. Es liegt also kein Grund vor, die Ausnahme vom Vertretungszwang, die § 78 Abs. 2 ZPO. ganz allgemein macht, auf die Arbeitsgerichtsbarkeit nur deswegen nicht anzuwenden, weil weder der § 11 ArbGG. den § 78 Abs. 2 ZPO. ausdrücklich erwähnt, noch § 87 ArbGG. die Vorschriften der ZPO. ausdrücklich für anwendbar erklärt.

Prof. Dr. Erdel, Mannheim.

Zu 2. Die Entsch. erscheint, insofern sie sich mit der Auslegung des § 11 ArbGG. beschäftigte und die Prozeßvertretung der Kl., der Arbeiterschaft einer Firma, durch einen Angestellten des Deutschen Verkehrsbundes (Gewerkschaftssekretärs) vor dem ArbG. für statthaft erachtet, unzutreffend.

Auszugehen ist bei der Beantwortung der Streitfrage von der Terminologie des Gesetzes, für welche eine Vergleichung der §§ 10 und 11 ArbGG. die Handhabe bietet. In § 10 ArbGG. ist in einer gewissen Analogie zu § 50 Abs. 2 ZPO. der Begriff der Parteifähigkeit dahin umschrieben, daß außer den wirtschaftlichen Vereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in dem beschränkten Umfang des § 2 Nr. 4 und 5 ArbGG. der Arbeitnehmerschaft, Arbeiterschaft und Angestelltenschaft der Betriebe i. S. des BetrGG. (im folgenden kurz „Belegschaften“ genannt) die Parteifähigkeit verliehen worden ist. In § 10 ArbGG. werden also neben den wirtschaftlichen Vereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern die Belegschaften der Betriebe besonders hervorgehoben, zu deren Vertretung im Prozeß nach der herrschenden Ansicht kraft Gesetzes lediglich der Betriebs- bzw. Gruppenrat berufen ist. § 10 unterscheidet danach scharf zwischen „wirtschaftlichen Vereinigungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern“ und den „Belegschaften der Betriebe“ als verschiedenen Rechtsgebilden. Er schafft für das Verfahrensrecht — die Rechtsfähigkeit der von ihm aufgezählten Gebilde wird dabei nicht geregelt — für diese die Parteifähigkeit im Prozeß, ohne daß damit die einzelnen, die Vereinigungen oder die Gruppen bildenden Personen Prozeßpartei würden. Aus § 10 ArbGG. folgt also zwingend, daß „die Belegschaft“ einerseits und „wirtschaftliche“ Vereinigung von Arbeitnehmern oder „Verbände solcher Vereinigungen“ keine synonymen Begriffe sind. Die Vereinigung oder der Verband solcher Vereinigungen hat Mitglieder und Satzung, selbst wenn es sich um einen nichtrechtsfähigen Verein handelt. Die Be-

ArbG. die im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten bereits entstandenen Kosten als Teil der vor dem ArbG. weiter entstehenden Kosten anzusehen sind. Zu diesen in dem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten entstandenen Kosten gehören aber gem. § 91 Abs. 2 ZPO. auch die Anwaltskosten des Bekl. Bezüglich dieser Kosten bestimmt der zur Anwendung gelangende § 276 ZPO. weiter, daß sie unter allen Umständen dem Kl. zur Last fallen, auch wenn er obgelegen hat; denn diese Anwaltskosten sind Mehrkosten i. S. des § 276 ZPO., da sie, wenn der Rechtsstreit gleich vor dem allein zuständigen ArbG. erhoben worden wäre, nicht hätten entstehen können, weil vor dem ArbG. Rechtsanwälte ausgeschlossen sind.

Demgegenüber kann die Vorschrift des § 61 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. nicht die Bedeutung haben, daß diese Mehrkosten trotzdem nicht erstattungsfähig sind. Ein derartiges Ergebnis könnte nur so erklärt werden, daß der als stärker anzusehende § 61 ArbGG. die entgegenstehende Bestimmung des § 48 ArbGG. wieder hat aufheben wollen. Das aber ist ebenjedenfalls anzunehmen wie daß das ArbGG. zwei sich widersprechende Vorschriften von gleicher Stärke enthält. Vielmehr liegt die Sache so, daß gegenüber der durch § 48 ArbGG. für anwendbar erklärten Bestimmung des § 276 ZPO. der § 61 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. nur die Bedeutung haben kann, daß die in dem tatsächlichen Verfahren vor dem ArbG. erwachsenen Kosten für die Zuziehung von Prozeßbevollmächtigten oder Beiständen nicht erstattungsfähig sind.

(ArbG. Altona, Beschl. v. 12. April 1928, LA T 1/28.)

Mitgeteilt von OGD. Bloß, Altona.

*

Berlin.

2. § 11 ArbGG. Vertretung durch Angestellte von wirtschaftlichen Vereinigungen vor dem Landesarbeitsgericht.†)

(ArbG. Berlin, Urt. v. 6. März 1928, 102 S 80/28.)

Abgedr. JW. 1928, 1080¹.

*

Legenschaft des Betriebes, der jeder Arbeitnehmer des Betriebes ipso jure angehört, hat keine Satzung und keine „Mitglieder“, sondern sie stellt lediglich eine Vielheit von Personen dar, der für einen ganz bestimmten, beschränkten Zweck Parteifähigkeit verliehen ist. Der § 11 Abs. 2 S. 2 ArbGG. läßt zwar zu Verhandlungen vor den ArbG. Mitglieder und Angestellte wirtschaftlicher Vereinigungen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern oder von Verbänden solcher Vereinigungen an Stelle von Kl. zu. Dagegen fehlen im § 11 die im § 10 ausdrücklich als parteifähig hervorgehobenen Gebilde: Arbeitnehmerschaft, Angestelltenschaft und Arbeiterschaft. Das Gesetz geht demnach folgerichtig auch im § 11 davon aus, daß es rein begriffsmäßig keine „Mitglieder und Angestellte“ von Betriebsbelegschaften geben kann, die kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung dieser Belegschaft befugt sind. Deshalb räumt es die Vertretungsbefugnis lediglich Angestellten oder Mitgliedern wirtschaftlicher Vereinigungen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern oder von Verbänden solcher Vereinigungen ein, nicht aber etwa Mitgliedern und Angestellten von Betriebsbelegschaften. Das Gesetz gibt diese Befugnis nun aber solchen Verbandsvertretern nicht generell, sondern macht sie davon abhängig, daß Prozeßpartei in concreto entweder die Vereinigung, der Verband oder Mitglieder der Vereinigung sind. Unter „Vereinigung“ ist nach der Terminologie des Gesetzes zu verstehen die wirtschaftliche Vereinigung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, unter „Verband“ Verbände solcher wirtschaftlicher Vereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Diese Begriffe bieten der Auslegung keinerlei Schwierigkeiten. Wenn dann an letzter Stelle im § 11 Abs. 2 S. 2 von Mitgliedern der „Vereinigung“ die Rede ist, so kann auch hier der Begriff „Vereinigung“ nur in dem Sinne gebraucht sein, in welchem er sonst im Zusammenhang des Gesetzes zu verstehen ist, nämlich als wirtschaftliche Vereinigung von Arbeitnehmern bzw. Arbeitgebern, deren Mitglied die konkrete Prozeßpartei sein muß. Führt daher die Belegschaft eines Betriebes, vertreten durch den Betriebsrat, einen Rechtsstreit vor dem ArbG., so ist sie Partei. Da sie begriffsmäßig Mitglieder nicht haben kann und da sie eine wirtschaftliche Vereinigung von Arbeitnehmern im Sinne des Gesetzes nicht ist, entfällt jede Möglichkeit einer Prozeßvertretung durch Verbandsvertreter, da unter „Mitgliedern der Vereinigung“ i. S. des § 11 Abs. 2 S. 2 niemals solche Einzelpersonen verstanden werden können, welche zur Belegschaft gehören. Das Gesetz hat also, da § 11 Abs. 2 S. 2 ArbGG. eine Ausnahme des § 11 S. 1 darstellt und daher einschränkend auszulegen ist, den Grundsatz der notwendigen Prozeßvertretung durch Kl. vor dem ArbG. für diejenigen Fälle eindeutig und zwingend ausgesprochen, in denen die Betriebsbelegschaft vertreten durch den Betriebsrat bei Streitigkeiten aus § 2 Nr. 4 und 5 ArbGG. Partei ist, und zwar unter Ausschluß der Prozeßvertretung durch Verbandsvertreter.

H. Dr. Altxthum, Berlin.

Erfurt.

3. Die Auslagen des für die Vertretung vor dem Arbeitsgericht einem nichtorganisierten Arbeitnehmer im Armenrecht beigeordneten Gewerkschaftssekretärs können auf Grund des Ges. v. 6. Febr. 1923 aus der Staatskasse nicht erstattet werden. †)

Es kann dahingestellt bleiben, ob das ArbGG. berechtigt war, den Beschw. zum Armenvertreter zu bestellen oder nicht. Jedenfalls läßt sich nach dem Stande unserer jetzigen Gesetzgebung eine Verpflichtung des Staats zum Ersatz der entstandenen Kosten nicht feststellen:

a) Das Ges. v. 6. Febr. 1923 (RGBl. I, 103) kann schon deshalb keine Anwendung finden, weil es nur Rechtsanwälten eine Erstattung von Auslagen gewährt. Eine analoge Anwendung auf Fälle wie den vorliegenden ist nicht möglich. Sie läßt sich aus dem ArbGG. nicht begründen. Hätte man die Anwendung der Bestimmungen des Ges. v. 6. Febr. 1923 auf andere Vertreter als RA. gewollt, insbes. Vertreter von Organisationen, die in § 11 ausdrücklich zugelassen sind, so hätte eine Ausdehnung des Gesetzes auch auf andere Vertreter durch das neue Gesetz, das ArbGG., erfolgen müssen, was natürlich leicht möglich gewesen wäre. Das ist aber nicht geschehen. Es spricht sogar der Umstand, daß durch die Zulassung der Organisationsvertreter ein mittelbarer Zwang zur Organisation ausgeübt werden soll, gegen die ausdehnende Anwendung des Ges. v. 6. Febr. 1923.

b) Auch mit der Vorschrift des § 116 ZPO. läßt sich die Auserlegung der Kosten auf die Staatskasse nicht begründen. Zunächst liegt eine Bestellung eines Vertreters nach dieser Bestimmung nicht vor. Der Beschw. hätte zudem auch nicht als solcher bestellt werden können, denn die Bestimmung bezieht sich ausdrücklich nur auf Justizbeamte und Referendare, und eine ausdehnende Anwendung auf andere Vertreter ist durch das ArbGG. nicht erfolgt. Es kann also auch nach § 116 a. a. O. eine Vergütung durch die Staatskasse nicht erfolgen (vgl. Stein, ZPO., 1925, § 116 IV; Baumbach, ArbGG., § 61 Anm. 1 E; ZW. 1928, 267).

c) Ein weiteres Gesetz über die Kostenerstattung durch den Staat in Fällen wie den vorliegenden ist nicht vorhanden. (ArbGG. Erfurt, Beschl. v. 14. Febr. 1928, LAG T 1/28.)

Mitgeteilt von UNK. Dr. Kalbhenn, Worbis.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.**Reichswirtschaftsgericht.**

1. § 13 Ziff. 3 RAGebO. Wenn der Prozeßvergleich nach dem 1. April 1927 geschlossen wurde, die diesem zu-

Zu 3. Nach § 61 ArbGG. hat die obliegende Partei keinen Anspruch auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis, ebenso nicht auf Erstattung der Kosten (also nicht etwa beschränkt auf Zeitversäumnis) für die Buziehung eines Prozeßbevollmächtigten oder Beistandes. Der Sinn dieser Vorschrift ist, daß die Partei selbst erscheinen oder auf ihre Kosten einen zugelassenen Vertreter senden soll, soweit nicht das persönliche Erscheinen angeordnet ist. Hiernach sollen nur Auslagen, z. B. Reisekosten der Partei selbst, nicht auch ihres Vertreters, erstattet werden, auch nicht soweit etwa dadurch erstattungsfähige Parteiauslagen erspart werden. Mit Recht hat also der bestellte Armenvertreter nur versucht, Ersatz von der Staatskasse zu erhalten.

Die Entsch. ist zutreffend. Das Ges. v. 6. Febr. 1923 bezieht sich nur auf RA., die Vorschrift des § 116 ZPO. nur auf Justizbeamte und Referendare. Das ArbGG. hat überhaupt nicht die Bestellung von Armenvertretern vorgesehen, es ist nur durch Bezugnahme auf ZPO. das Armenrecht selbst vorgesehen, nicht aber eine Bestimmung über Armenvertreter. Erfolgt also die Bestellung eines Armenvertreters, so ist Voraussetzung, daß er das Amt freiwillig, wie es im vorl. Fall geschehen ist, annimmt. Zu einer Kostenzuficherung aus der Staatskasse ist das Gericht mangels einer besonderen Bestimmung nicht berechtigt. Es entspricht dies dem oben erwähnten Gedanken, daß Kosten eines Vertreters überhaupt nicht entstehen sollen. Diese nichtbefriedigende Lösung ist eine der Folgen des Ausschlusses der RA. Bei dieser Gelegenheit ist auch die Frage zu behandeln, ob RA. als Armenvertreter auftreten dürfen. Diese Frage ist zu verneinen. Die Ansicht von Derich-Volkmar, ArbGG., § 11 Anm. 3, daß die Wahrnehmung von Armeisachen keine Ausübung der Anwaltstätigkeit sei, ist nicht zutreffend. Wenn ein RA. als Armenanwalt auftritt, bleibt seine Anwaltschaft erhalten. Wenn Anwälte trotzdem sich als Armenanwälte vor den ArbGG. bestellen lassen, so ist das ein Entgegenkommen, über dessen Zweckmäßigkeit man sehr verschiedener Ansicht sein kann. RA. Dr. Heß, Stuttgart.

grunde liegenden Abmachungen aber vor diesem Zeitpunkt vereinbart waren, kommt für die Vergleichsgebühr die nach dem 1. April 1927 geltende GebO. zur Anwendung.

Die Vergleichsgebühr steht dem als Prozeßbevollmächtigten bestellten RA. nach § 13 Ziff. 3 RAGebO. zu für die Mitwirkung bei einem zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleich. Als ein solcher Vergleich kann bei der gegebenen Sachlage lediglich der seitens des Deutsch-Belg. GemSchG. gem. Art. 68 VerfWO. (vgl. Bek. v. 26. Jan. 1921 [RGBl. 107]) bestätigte Vergleich in Betracht kommen. Ungerechtfertigt ist demgegenüber die Auffassung der Beschw., daß ihre Abrechnungsvereinbarung mit dem RAusgl. ebenfalls als Vergleich i. S. von § 13 Ziff. 3 zu gelten und ihr Anwalt die Vergleichsgebühr für seine Mitwirkung bei dem Zustandekommen dieser Vereinbarung zu fordern habe. Denn das Abkommen mit dem RAusgl. bezweckte nicht die Beilegung eines Rechtsstreites; seinen Gegenstand bildete vielmehr lediglich die Festlegung eines von der gesetzlichen Regelung abweichenden Abrechnungsatzes für den Fall, daß der vor dem GemSchG. anhängige Rechtsstreit zwischen der Beschw. und ihrem belgischen Glaubiger durch Vergleich erledigt werde. Diese Vereinbarung ist daher weder nach Inhalt und Zweck derselben Behandlung zugänglich, wie der auf die Beilegung eines Rechtsstreits abzielende Vergleich zwischen Streitverkünder und Streitverkündetem, zumal die Beschw. als Partei des Schiedsgerichtsprozesses bei dessen für sie unglücklichem Ausgange auch keinen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen das RAusgl. oder das von ihm vertretene Deutsche Reich erheben konnte. Die Vereinbarung mit dem RAusgl. erfolgte unter der ausschließlichen Bedingung, daß ein Vergleich vor dem GemSchG. zustande komme, und der Eintritt dieser Bedingung sollte i. S. von § 158 BGB. nach dem unverkennbaren Parteivillen erst mit Abschluß des späteren Vergleichs die Vereinbarung in allen ihren Beziehungen rechtsverbindlich machen und zum wirksamen Abschluß bringen. Die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen lassen sich nach der ganzen Sachlage nicht, wie es an sich nach § 159 BGB. möglich wäre, auf einen früheren Zeitpunkt zurückbeziehen.

Daß der Prozeßbevollmächtigte der Beschw. an dem Zustandekommen des Prozeßvergleichs mitgewirkt hat, ist ebenso unstreitig wie die Tatsache, daß seine Bemühungen um eine vergleichsweise Beilegung des Rechtsstreites bereits anfangs 1926 begonnen haben. Hieraus folgt aber nicht, daß die dem RA. zuzurechnende Vergleichsgebühr nach den Vorschriften zu berechnen ist, die noch bei Beginn seiner auf den Vergleich abzielenden Tätigkeit in Geltung gewesen waren. Denn das Gesetz über die Gerichtskosten und die Gebühren der RA. v. 28. Jan. 1927 (RGBl. I, 53), das am 1. April 1927 in Kraft getreten ist, findet nach seinem Art. V auf die vor seinem Inkrafttreten anhängig gewordenen Rechtsachen Anwendung, soweit nicht die Instanz vor diesem Zeitpunkt beendet war. Der RA. kann jedoch auch bei unbeeidigter Instanz die höheren Gebührensätze der früheren Vorschriften beanspruchen, sofern ihm die Gebühr bereits vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes erwachsen war. Die Vergleichsgebühr erwächst aber für den Anwalt nicht schon, wenn er an dem Zustandekommen des Vergleichs mitgewirkt hat, sondern erst dann, wenn ein Vergleich zur Beilegung des Rechtsstreites in Wirklichkeit abgeschlossen ist. Erfolgreiche Vergleichsverhandlungen fallen unter die Prozeßgebühr. Die Fälligkeit der Anwaltsgebühren ist durch § 85 RAGebO. auf den späteren Zeitpunkt der Entsch. über die Verpflichtung zur Kostentragung, der Beendigung der Instanz oder der Erledigung des Antrages verlegt.

(RAWG, Beschl. v. 3. Febr. 1928, 3 SXV 180/27.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Alfred Karger, Berlin.

D. Gemischte Schiedsgerichte.**Deutsch-Englischer Gemischter Schiedsgerichtshof.**

1. Art. 296 VB. Ein deutscher Anwalt, der für englische Mandanten vor dem Kriege tätig gewesen ist, kann die gesetzlichen Gebühren und Auslagen im Ausgleichtsverfahren ersetzt verlangen.

Der Kl. vertrat als RA. den Belk. in einem vor dem Kriege vor dem LG. und dem OLG. Hamburg anhängigen Rechtsstreit und verlangte nur Bezahlung seiner Gebühren und Auslagen für beide Instanzen. Das Gericht gab der Klage statt.

Das Gericht ist der Auffassung, daß das Verhältnis zwischen Anwalt und eigener Partei sich nach den Grundsätzen des „Auftrags“ richtet und daß der Anwalt demnach ohne weiteres die gesetzlichen Gebühren und tatsächlichen Auslagen verlangen kann.

(Deutsch-Engl. GemSchGG., Art. v. 22. Dec. 1926, Case 4302.)

Die Übersicht der Rechtsprechung dieses Heftes gelangt aus technischen Gründen im nächsten Heft zum Abdruck.

Sehr geehrter Herr!

„Deutscher Wein und deutscher Sang“ – klingt es im Deutschlandlied. Wohl kaum hat ein Volk seinem Rebensaft diesen Ehrenplatz in seiner Nationalhymne gegeben. Hiermit muß es schon seine Bewandnis haben. Und in der Tat, es gibt auf der ganzen Welt keinen Wein, der diese Blume, diese Rasse, dieses Aroma in so hohem Grade zu entwickeln vermag, als unser deutscher Wein.

Ja, wir wollen danken, daß wir einen so herrlichen Wein unser eigen nennen. „Unser Vaterland verleiht die allerbesten Gaben“ (Goethe). Und der deutsche Wein, aus dessen Blume der alte gute Geist emporsteigt, der rheinische Fröhlichkeit und rheinischen Humor weit ins Land hinausträgt, der aus des Deutschen Seele Schmerz und Tränen löst, muß wieder Volksgut werden.

Fürwahr, es tut not, daß sich endlich jeder Deutsche wieder seines deutschen Weines erinnere, von dem noch lange nicht jeder weiß, wie gut er ist. Nicht nur die großen Jahrgänge, der Jahrhundertwein – auch der kleine, frische, der leichte Wein ist gut. Dies ist der Alltagswein, der Wein für jedermann. Aber auch er vermag unsere Liebe zu gewinnen, wenn wir ihn kennen.

Um nun jedem die Gelegenheit zu geben, sich von der Güte und Bekömmlichkeit deutscher Weine zu überzeugen, haben wir wieder umseitig eine Auswahl-Sendung guter Rhein- und Moselweine zusammengestellt. Unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten kann auch der Rechnungsbetrag wieder in sechs Monatsraten nach Erhalt der Sendung beglichen werden. Sie brauchen nur den umseitig angefügten Bestellschein auszufüllen und an uns einzusenden.

Nun wenden Sie dies Schreiben! – Möge es uns gelingen, daß schon aus der Nennung von Namen, Lagen und Jahrgang Ihnen ein feiner Duft in die Nase steige, Ihren Gaumen kitzle – und dann prüfen Sie selber, ob wir den Mund nicht zu voll genommen – daß der deutsche Wein eine Gabe Gottes ist.

Gräfin von Königsmarck'sche Weinkellerei
Editha Gräfin von Königsmarck o. H.



Gräfin von Königsmarck'sche Weinkellerei

Editha Gräfin von Königsmarck o. H.

Nr. 1		Rhein	6 Fl.	1926 er	Gundersheimer	M.	1.45	M.	8.70
			6 "	1926 er	Bechheimer Gebersberg	"	1.70	"	10.20
			6 "	1925 er	Kreuznacher Kronenberg	"	1.90	"	11.40
			4 "	1925 er	Deftricher Doosberg	"	2.40	"	9.60
			4 "	1925 er	Oppenheimer Krötenbrunnen	"	2.75	"	11.—
		Mosel	4 "	1926 er	Mehringer Berg	"	1.50	"	6.—
			6 "	1926 er	Kestener Herrenberg	"	1.60	"	9.60
			6 "	1925 er	Trittenheimer Sonntag	"	2.—	"	12.—
			4 "	1925 er	Erdener Herrenberg	"	2.50	"	10.—
			4 "	1921 er	Pommerner Rosenberg (Wachstum Fuchs)	"	3.50	"	14.—
		<u>zus. 50 Fl.</u>						<u>M. 102.50</u>	

Nr. 2		Rhein	6 Fl.	1925 er	Ockenheimer Laberstatt	M.	1.60	M.	9.60
			6 "	1925 er	Kreuznacher Hofgarten Riesling	"	1.85	"	11.10
			6 "	1926 er	Oppenheimer Schloß	"	2.10	"	12.60
			4 "	1925 er	Niersteiner Domtal	"	2.60	"	10.40
			4 "	1925 er	Dienheimer Sohlbrunnen	"	3.75	"	15.—
		Mosel	8 "	1924 er	Thiergärtner	"	1.65	"	13.20
			4 "	1926 er	Mehringer Zellerberg	"	1.75	"	7.—
			4 "	1925 er	Trittenheimer Dlf	"	2.20	"	8.80
			4 "	1926 er	Graacher Münzlah	"	2.60	"	10.40
			4 "	1921 er	Piesporter Pichter (Wachst. Meber)	"	4.—	"	16.—
		<u>zus. 50 Fl.</u>						<u>M. 114.10</u>	

Flaschen und Verpackung werden zum Selbstkostenpreis berechnet und innerhalb 3 Monaten schaden- und frachtfrei Koblenz zum vollberechneten Werte zurückgenommen.
Wer nicht 50 Flaschen bestellen will, kann auch 25 Flaschen wählen.

Nr. 3 Schaumwein oder 12 Fl. Königsmarck's Krone (Halbtrocken) à M. 4.40, abger. M. 52.—
oder 24 " " " " " " " " 4.40, " " 102.—
einschließlich Steuer, Glas und Verpackung.

Die Lieferung erfolgt frei Bahnhof Koblenz.

Der Rechnungsbetrag ist zu einem Sechstel dreißig Tage nach Erhalt, jedes weitere Sechstel je vier Wochen später fällig.

..... Hier abtrennen !

Gemäß Angebot vom 20. Februar 1928 bestelle ich hiermit bei der Gräfin von Königsmarck'schen Weinkellerei (Editha Gräfin v. Königsmarck o. H.) in Koblenz a. Rh.:

..... Kiste = Fl. Nr. 1 zum Preise von M.
..... Kiste = Fl. Nr. 2 zum Preise von M.
..... Kiste = Fl. Nr. 3 zum Preise von M.

Die Bestellung und Zahlung erfolgt zu den Bedingungen des genannten Angebots.

Ort, Wohnung und Tag:

Name und Stand:

Der Bestellschein ist an die Gräfin v. Königsmarck'sche Weinkellerei in Koblenz einzusenden.