

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

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

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. 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 gepaltene Millimeterhöhe 23 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf., 1/2 Seite M. 325.—, 1/4 Seite M. 170.—, 1/8 Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungstrich zu Trennungstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postfachkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Mittelplatz 3, Zahlungen auf Postfachkonto Leipzig 10102 zu richten. Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

Die Übertragung des Anwartschaftsrechts, das bei einer bedingten Eigentumsübertragung entsteht.

Von Reichsgerichtsrat Dr. Brandis, Leipzig.

Wenn A. dem B. unter Besitzübergabe das Eigentum an einer beweglichen Sache bedingt überträgt, etwa für den Fall, daß B. dem A. den Kaufpreis bezahlt (§ 455 BGB.), so wird B. vor Eintritt der Bedingung nicht Eigentümer, er erhält aber ein Recht auf Erwerb des Eigentums im Falle des Eintritts der Bedingung. Dieses Recht erscheint zweifach geschützt, einmal tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung, also sein Eigentumserwerb, unmittelbar mit Eintritt der Bedingung ein (§ 158 BGB. 1)), und andererseits ist sein Recht auf Erwerb während der Schwebezeit bereits in gewissem Umfang gesichert (§ 161 BGB.). Man bezeichnet deshalb das Recht des B. vor Eintritt der Bedingung als Anwartschaftsrecht oder Warterecht, das mit Eintritt der Bedingung zum Vollrecht (Eigentum) erstarkt²⁾.

Dieses Anwartschaftsrecht ist nach allgemeiner Meinung vererblich und frei veräußerlich³⁾. B. handelt bei dieser Veräußerung nicht als Unberechtigter gemäß § 185 BGB.; denn er verfügt nicht über mehr, als was er selbst in seinem Vererber hat. Es fragt sich nur, nach welchen Regeln sich diese Veräußerung vollzieht und welche Wirkung sie hat. Im Normalfall, in welchem B. sein Anwartschaftsrecht auf C. überträgt, ohne daß vor Eintritt der Bedingung seine Vermögensposition durch Pfändung oder anderweitige Verfügung beeinträchtigt wird, ergibt sich keine Schwierigkeit. Denn mit Eintritt der Bedingung erstarkt das auf C. übergegangene Anwartschaftsrecht ohne weiteres zum Vollrecht, und es braucht nicht geprüft zu werden, ob das Eigentum unmittelbar bei C.

entsteht⁴⁾, oder ob es vorher begrifflich in der Person des B. entstanden sein muß⁵⁾.

Das Problem entsteht erst, wenn in die scheinbare Vermögensposition des B. vorher eingegriffen wird, sei es, daß er abermals über die Sache anderweitig verfügt, sei es, daß die Sache bei ihm von einem Gläubiger gepfändet wird⁶⁾. Es ergeben sich hierbei folgende Möglichkeiten der Betrachtung. Sieht man die Übertragung der Anwartschaft auf C. als rechtsgeschäftlich bedingte Übertragung des bedingt erworbenen Eigentums an⁷⁾, so würde die dem C. gesetzte Bedingung darin bestehen, daß B. selbst das Eigentum erhält (oder, was dasselbe bedeutet, daß er den Kaufpreis an A. bezahlt). Dann würde sich der Erwerb des C. so vollziehen, daß B. begrifflich erst Eigentum erwirbt und im gleichen Augenblick dasselbe auf C. nach § 158 BGB. übergeht, falls die nach § 929 BGB. erforderliche Übergabe schon erfolgt war. Denn die erforderliche Einigung wäre schon vorher bedingt erklärt und die Bedingung nunmehr eingetreten. Es könnte dann aber die Ansicht vertreten werden, daß die bei B. vorher erfolgte Pfändung — welche mangels Eigentum des B. vorerst kein Pfändungspfandrecht, sondern nur eine Verstrickung erzeugen konnte — im gleichen Augenblick des begrifflichen Eigentumserwerbes des B. zum vollen Pfändungspfandrecht erstarkt sei⁸⁾ und damit dem Eigentum des C. vorgehe, so daß bei Eintritt der Bedingung C. nur Eigentum belastet mit dem Pfändungspfandrecht erwerben würde⁹⁾. Auf Grund des § 161 BGB.¹⁰⁾ dürfte man jedoch zu einem anderen Ergebnis gelangen. Da der über einen Gegenstand bedingt Verfügende dinglich gehindert ist, zu Lasten des bedingt Berechtigten nochmals zu verfügen, und in gleicher Weise eine gegen ersteren ausgedachte Zwangsvollstreckung zugunsten des letzteren unwirksam ist, so tritt diese Unwirksamkeit auch gegenüber C. ein,

¹⁾ Das RG. (RG. 64, 336; 66, 347 = JW. 1907, 743; 95, 107) sieht auf dem Standpunkt, daß derjenige, der eine Sache unter Eigentumsvorbehalt verkauft, bis zum Eintritt der Bedingung zur Übereignung verpflichtet sei. Es gibt also dem Käufer so lange noch einen Anspruch auf Übereignung. Bis zum Eintritt der Bedingung habe der Verkäufer seine Pflichten aus dem Kaufvertrag noch nicht vollständig erfüllt, er müsse also im Zeitpunkt der Übertragung noch den Willen zur Übereignung haben. Diese letztere Ansicht erscheint angesichts § 158 BGB. angriffbar und ist bei den Ausführungen unberücksichtigt geblieben (vgl. Greifbar und ist bei den Ausführungen unberücksichtigt geblieben (vgl. auch Liebrecht: Bl. f. Rpf. 1905, 13, der mit Recht unterscheidet, ob der Kaufvertrag oder die Eigentumsübertragung bedingt ist; ferner v. Tuhr, Abg. L. III § 81 zu R. 35 S. 296, § 82 R. 35 S. 318).

²⁾ Zum Begriff und Inhalt der Warterechte siehe Semeka: ArchW. 35, 121 ff.

³⁾ Enneccerus, Abg. L. § 75. 4; Dernburg I § 154 II S. 512; Dertmann, Anm. 2aß zu § 161 BGB.; Staudinger, Vorbem. 9 zu § 158; v. Tuhr a. a. D. I § 9 S. 180 ff., III § 81 S. 306.

⁴⁾ v. Tuhr III § 81 zu R. 100 u. 106; Jacobi: JW. 1930, 331.

⁵⁾ DLG. Breslau: JW. 1929, 2958 mit Anm. von Rosenbergh (der Fall geht von einer Resolutivbedingung aus, ohne daß ein begrifflicher Unterschied besteht).

⁶⁾ Vgl. auch die Fälle bei DLG. 22, 163 (RG.); RG. 60, 70; 95, 105; DLG. Breslau a. a. D.; f. ferner RG.: JW. 1905, 168⁶.

⁷⁾ DLG. Breslau a. a. D.

⁸⁾ RG. 60, 70; Barn. 1917 Nr. 132.

⁹⁾ Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen § 12 S. 56, § 47 S. 232 ff.; DLG. Hamburg: DLG. 22, 163; DLG. Breslau: JW. 1929, 2958.

¹⁰⁾ Vgl. hierzu Jacobi a. a. D.

falls es sich bei der Verfügung über die Anwartschaft um eine Verfügung über einen „Gegenstand“ handelt. Dies muß aber bejaht werden, denn als Gegenstand gemäß § 161 BGB. muß — im Gegensatz zu dem Begriff der Sache — jedes einen Vermögenswert darstellendes Recht erscheinen¹¹⁾. Es kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß die Anwartschaftsrechte selbständige, subjektive Rechte darstellen, welche zwar bei dem numerus clausus der dinglichen Rechte kein dingliches Recht darstellen können und andererseits auch nicht zu den Forderungsrechten gezählt werden können, da sie von dem jeweiligen Kaufgeschäft losgelöst erscheinen. Es handelt sich aber immerhin um einen Kreis von subjektiven Rechten, welche je nach ihrem Inhalt dem entsprechenden Vollrecht mehr oder weniger nahe stehen. Das hier behandelte Anwartschaftsrecht des B. erscheint in jedem Falle durch den ihm gesetzlich gewordenen Schutz als selbständiges Recht und als Bestandteil des Vermögens des B., mithin als Gegenstand des Rechtsverkehrs und damit auch als Gegenstand i. S. des § 161 BGB.¹²⁾

Die Anwendung des § 161 BGB. entfällt aber, wenn man die Abmachung zwischen B. und C. nicht als die Setzung einer echten Bedingung ansieht, sondern als die Vereinbarung einer Selbstverständlichkeit, einer *condicio juris*¹³⁾. Dies liegt aber sehr nahe. Denn wenn B. über sein anwartschaftliches Recht verfügt, so erschöpft sich seine Verfügung in der Übertragung des anwartschaftlichen Rechts selbst, und der Inhalt des letzteren ist von vornherein begrifflich notwendig dadurch bedingt, daß es zum Vollrecht erstarkt. Denn andernfalls wird und bleibt es wertlos.

Deshalb liegt in der vorgepiegelten Übertragung des Vollrechts, des Eigentums, das der Übertragende in Wahrheit nicht besitzt, zugleich die Übertragung des Anwartschaftsrechts des nur bedingt Berechtigten¹⁴⁾. Es ist also nicht notwendig, daß B. die Bedingung setzt; ihre Setzung ist vielmehr überflüssig und kann das Rechtsgeschäft nicht zu einem bedingten im Rechtsinne machen¹⁵⁾.

Bei dieser Rechtslage ergibt sich aber erst recht das Problem, wie erwirbt nun C. das Eigentum, und wie verhält es sich zu einer Pfändung, die vorher gegen B. ausgebracht war? Die Lösung hängt davon ab, ob, wie schon unterschieden, die Übertragung des Anwartschaftsrechts unmittelbare dingliche Wirkung hat, oder ob Eigentumsübertragungen von A. auf B. und B. auf C. begrifflich notwendig sind, damit C. das Eigentum erwirbt.

Man kann nun nicht ohne weiteres sagen: durch die Übertragung des Anwartschaftsrechts seitens des B. würde C. sogleich auch hinsichtlich des späteren Eigentumserwerbs bedingt Berechtigter, so daß bei Eintritt der Bedingung (Zahlung an A.) das Eigentum unmittelbar in der Person des C. entsteht¹⁶⁾. Das hieße, die dingliche Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts des B. zu bejahen, ohne zu prüfen, ob sie mit den Vorschriften über die Übertragung des Vollrechts, des Eigentums, im Einklang steht. Geht man von dem Vollrecht aus, so kann C. Eigentum erwerben entweder von B., nachdem dieser Eigentümer geworden ist (vgl. auch § 185 II), oder durch unmittelbaren Übergang des Eigentums zwischen A. und C.¹⁷⁾. Die erste Möglichkeit ist gegeben auf Grund der Fälle einer antizipierten Eigentumsübertragung (Vorausverfügung) seitens des B. (traditio, constitutum possessorium, Abtretung des Herausgabeanspruches, §§ 929 ff. BGB.). In jedem Falle ist aber die dingliche Einigung notwendig dadurch bedingt, daß B. selbst das Eigentum erwirbt (*condicio juris*). Denn Eigen-

tum kann nach obigen Vorschriften nur derjenige übertragen, welcher Eigentum selbst hat¹⁸⁾. Der Anwartschaftsberechtigte ist aber im Zeitpunkt der Übertragung noch nicht Eigentümer, und er kann nur sein Anwartschaftsrecht übertragen. Diese Übertragung des Anwartschaftsrechts ähnelt dem Fall des § 185 II BGB., in welchem ein Nichtberechtigter sein angebliches Eigentum überträgt, ohne selbst ein Anwartschaftsrecht zu haben. Das Eigentum geht auch dann erst durch die Konvaleszenz über, wenn der Übertragende selbst das Eigentum erwirbt¹⁹⁾. Die gegenteilige Meinung, welche das Recht auf Grund der Übertragung des Anwartschaftsrechts ohne weiteres übergehen läßt, wendet die Regeln über den Eigentumsübergang unmittelbar auf diesen Fall an und erblickt damit in der Anwartschaft eine genügende Rechtsposition, welche den unmittelbaren Eigentumsübergang vom Erstveräußerer auf den Zweitervererber (von A. auf C.) ermöglicht. Damit stempelt sie aber das Anwartschaftsrecht selbst zum dinglichen Recht und sieht die Rechtslage so an, als ob die übergebene Sache in einer Art abgeschwächtem (bedingtem) Eigentum des B. steht, welches er nun auf C. überträgt. Diese Erweiterung des Kreises der dinglichen Rechte steht aber in Widerspruch mit den Grundpfeilern der Lehre von den dinglichen Rechten überhaupt und erscheint somit unzulässig. Man kann auch nicht sagen, in § 455 BGB. sei ausdrücklich das aufschiebend bedingte Eigentum als eine selbständige Rechtsfigur anerkannt, woraus sich die Übertragbarkeit mit unmittelbarer dinglicher Wirkung ergebe. Denn § 455 enthält nur eine Auslegungsregel. Die Zulässigkeit und Natur der bedingten Eigentumsübertragung richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen²⁰⁾.

Daneben gibt es aber noch eine andere Form der Übertragung des Anwartschaftsrechts, welche diesen Weg des begrifflichen Durchgangs durch das Eigentum des B. vermeidet, und welche man als die erweiterte Anwartschaftsrechtsübertragung bezeichnen kann. Geht B. zu C. hin und legt ihm offen dar, daß er noch kein Eigentum hat, daß vielmehr zur Zeit noch A. Eigentümer ist, und wenden sich nun B. und C. oder C. allein an A. und legen ihm ihren Übertragungswillen dar, so kommt, wenn A. zustimmt — diese Zustimmung kann naturgemäß in konkludenten Handlungen gefunden werden —²¹⁾, beim Eintritt der Bedingung ein unmittelbarer Eigentumsübergang von A. auf C. zustande, während vorher zwischen B. und C. die nach außen lediglich obligatorisch wirkende Übertragung des Anwartschaftsrechts stattgefunden hatte²²⁾. Das RG. hat deshalb mit Recht in seiner Entsch. RG. 95, 105 ff. dieser erweiterten anwartschaftlichen Rechtsübertragung, trotzdem sie jünger war, gegenüber der vorher stattgefundenen Übertragung des angeblichen Vollrechts und damit vor der „engeren“ Anwartschaftsrechtsübertragung den Vorrang gegeben. Deshalb ist auch in den Fällen der erweiterten Anwartschaftsrechtsübertragung die ausgebrachte Zwangsvollstreckung gegen B. bedeutungslos. Sie bleibt eine leere Verfristung, welche niemals zum Pfändungspfandrecht erstarken kann.

¹⁸⁾ Abgesehen von den Fällen des gutgläubigen Erwerbs auf Grund der §§ 932 ff.

¹⁹⁾ Auch hier erhebt sich die Frage, ob der Erwerb des Vorausverfügenden nur ein gedachter ist, ob letzterer also nur als fiktive oder als reale Durchgangsperson erscheint, ob mithin ein wirklicher Erwerb des Vorausverfügenden vorauszusetzen ist, dessen Recht allerdings im gleichen Augenblick auf den Empfänger übergeht. Angesichts des Wortlauts des Satzes: „erwirbt“ statt „erwerben würde“ und der Entstehungsgeschichte (Entwicklung aus der exc. rei vend. et trad. vgl. Mot. II, 139; III, 189, 340; Prot. I, 179) ist das letztere anzunehmen. Anscheinend a. M. v. Tuhr II § 60 R. 133 C. 387 u. 392.

²⁰⁾ Vgl. auch die Ausnahme in § 925 II BGB. Das Anwartschaftsrecht ist niemals ein rein dingliches Recht. Es könnte nur kraft besonderer Vorschrift als solches behandelt werden (Semka a. a. D. S. 139). § 455 kann aber als eine solche nicht erscheinen.

²¹⁾ Es ist v. Tuhr III R. 106 C. 307 zuzustimmen, wenn er sagt, daß der Erstveräußerer, der nun das Eigentum definitiv aufgibt, kein Interesse daran hat, ob es dem ursprünglichen Anwärter oder demjenigen zufällt, der in das Anwartschaftsrecht eingeträgen ist. Stets wird aber eine, wenn auch stillschweigende Mitwirkung des C. als erforderlich erachtet werden müssen.

²²⁾ Trotzdem erscheint letztere Übertragung als eine Verfügung, welche unmittelbar das, was B. in seinem Vermögen hat, auf C. übergehen läßt. Diese Feststellung hat Bedeutung für den Fall des Konkurses des B.

¹¹⁾ v. Tuhr a. a. D. I § 18 S. 318; Staudinger, Vorbem. zu § 90 II BGB.

¹²⁾ v. Tuhr a. a. D. I § 9 S. 184. Andere Anwartschaftsrechte werden im BGB. erwähnt oder gestreift in §§ 312 II, 331 I, 517, 956 I, 973, 2074, 2149 (2161), 2100 ff. Ein subjektloses Anwartschaftsrecht findet sich in § 331 II.

¹³⁾ Vgl. Rosenberg: ZW. 1929, 2959 Anm.; Jacobi: ZW. 1930, 332 Anm.

¹⁴⁾ Vgl. auch v. Tuhr III § 81 R. 99 S. 306. (Der gutgläubige Erwerber, der den Besitz erhält, erwirbt naturgemäß nach § 932 BGB. volles Eigentum.)

¹⁵⁾ Vgl. v. Tuhr III § 80 S. 282, auch II § 52 zu R. 22 S. 195. Rechtlich bedeutungslos ist die Abrede nicht, denn sie schließt naturgemäß den gutgläubigen Erwerb aus (v. Tuhr III § 80 R. 83 a S. 283).

¹⁶⁾ So v. Tuhr III § 81 S. 307; Jacobi: ZW. 1930, 331/32.

¹⁷⁾ Vgl. auch RG. 95, 107.

Für die Praxis der Verwertung einer unter Vorbehalt der Kaufpreiszahlung gekauften Sache (§ 455 BGB.) im Wege der Sicherheitsübereignung empfiehlt sich daher die Ausarbeitung und Verwendung eines Formulars, in welchem ausdrücklich die Mitwirkung des Erstverkäufers und derzeitigen Eigentümers vorgesehen ist (etwa in Form einer Bekanntgabe an diesen).

Zusammenfassend sind also drei Stufen zu unterscheiden:

a) die Verfügung des Nichtberechtigten; z. B. A. leiht dem B. ein wertvolles Buch, B. unterliegt der Versuchung und beleihet es im Wege der Sicherheitsübereignung an C. A. will aber den B. vor Entdeckung und Strafe schützen und schenkt ihm das Buch zu Eigentum. Bevor A. dies dem B. erklärt, pfändet K. das Buch bei B. Hier handelt es sich um die Verfügung des Nichtberechtigten, ihre Konvaleszenz nach § 185 II BGB. und die entscheidende Frage, ob § 185 II Satz 2 BGB. auf die Pfändung anzuwenden ist²³⁾.

b) A. verkauft an B. das Buch unter Vorbehalt des Eigentums nach § 455 BGB. B. überträgt das Buch dem C. im Wege der Sicherheitsübereignung zu Eigentum, wobei es keinen Unterschied macht, ob er ihm offenbart, daß er noch kein Eigentum hat. Hinsichtlich der Wirkung gilt hier das gleiche wie zu a. Denn trotz der Übertragung des Anwartschaftsrechts muß B. erst begrifflich Eigentümer werden, bevor C. das Eigentum von ihm nachträglich erwirbt. Hier wäre nur zu helfen, wenn man auf die in der Übertragung des Anwartschaftsrechts liegende *condicio juris* § 161 BGB. analog anwenden könnte, was aber an der Unzulässigkeit der ausdehnenden Auslegung dieser singulären Bestimmung, welche jedenfalls nur für den Fall der Vereinbarung einer echten Bedingung Geltung hat, scheitern muß.

c) Tatbestand wie bei b, nur B. und C. legen dem A. die Sachlage dar, und dieser verhält sich zustimmend. Hier ist, wie schon dargelegt, die Pfändung und Verstrickung ohne Möglichkeit einer Erstarkung.

Die gegebenen Lösungen mögen vielleicht formalistisch erscheinen, sie sind aber bedingt durch die Starrheit der das Sachenrecht beherrschenden Normen. Sie zeigen einerseits, daß das Anwartschaftsrecht zwar eine dankenswerte Neuschöpfung der unsere Begriffe erweiternden Rechtswissenschaft ist, daß aber andererseits eine solche Neuschöpfung haltmachen muß vor den grundlegenden Regeln, welche die Übertragung und Übertragbarkeit des Vollrechts beherrschen.

Ein kleiner Ausblick auf Anwartschaftsrechte aus anderen

²³⁾ Dies ist m. E. mit der herrschenden Lehre abzulehnen, weil § 185 II Satz 2 im Gegensatz zu anderen Bestimmungen, z. B. § 136 I Satz 2, nur von rechtsgeschäftlichen Verfügungen handelt (vgl. auch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung). Die Konvaleszenz wirkt auf keinen Fall zurück, eine Rückwirkung des Erstarkens der Pfändung ist m. E. mangels gesetzlicher Bestimmung aber auch abzulehnen. Vgl. zu der Frage der analogen Anwendung von § 185 II Satz 2 RG. 60, 70; Warn. 1917 Nr. 132; a. M. v. Tuhr II § 54 S. 264, § 60 R. 129 S. 386, III § 81 R. 116 S. 309.

Rechtsgebieten möge dies bestätigen. Es erscheint zulässig, eine Forderung bedingt zu begründen und zu übertragen. Der Gläubiger erhält ein Anwartschaftsrecht, das zum Vollrecht der Forderung erstarken kann. Die Übertragung des Anwartschaftsrechts bietet hier keine Schwierigkeiten, denn sie kann sich vollziehen in den Formen und mit der Wirkung, wie sie für die Übertragung einer Forderung gegeben sind. Hier wird der Letzterwerb zugleich mit Eintritt der Bedingung Gläubiger der Forderung²⁴⁾).

Der Finder hat ein Anwartschaftsrecht, solange der Eigentümer ihm unbekannt bleibt oder sich nicht meldet. Das Recht kann er übertragen nach den Formen, die für die Übertragung des Vollrechts — des Eigentums — gelten²⁵⁾. Der Erwerber erwirbt hier bei Ablauf des Jahres unmittelbar das Eigentum. Denn sein Erwerb ist ein originärer, wie auch der des Finders ein originärer gewesen wäre. Es bedarf daher nicht begrifflich der Annahme, daß der Finder vorher Eigentümer gemorden wäre²⁷⁾.

Der Käufer eines Grundstücks läßt sich eine Vormerkung einräumen und eintragen. Er erwirbt ein dingliches Anwartschaftsrecht²⁸⁾, das er ohne Mitwirkung des Veräußerers nach den Regeln des Grundbuchverkehrs mit unmittelbarer Wirkung übertragen kann²⁹⁾. Zur Verschaffung des Eigentums bedarf es aber entweder zweier vermittelnder Auflassungen oder der unmittelbaren Auflassung zwischen Erstveräußerer und Letzterwerb.

Das Vorkaufsrecht gibt dem Vorkaufsberechtigten eine Anwartschaft. Sie ist aber für ihn, soweit nichts anderes vereinbart, nicht übertragbar (§ 514 BGB.³⁰⁾).

Diese Fälle lassen sich auf den verschiedensten Rechtsgebieten erheblich vermehren. Sie zeigen alle, daß das Anwartschaftsrecht als Vermögensposition und subjektives Recht im allgemeinen frei übertragbar ist, daß aber die Form und Wirkung der Übertragung sich nach den für das Vollrecht geltenden Regeln richtet³¹⁾.

²⁴⁾ Lippmann: DZ. 1904, 255; v. Tuhr: DZ. 1904, 426; Semeka a. a. O. S. 123; a. M. Eccius: DZ. 1904, 53; vgl. auch Albrecht II § 136 II.

²⁵⁾ Zur Abtretbarkeit bei bedingten Vermächtnissen RG. 67, 425.

²⁶⁾ Wolff, Sachenrecht § 82 VII 3.

²⁷⁾ Vgl. auch den Übergang kraft Gesetzes in § 976 I BGB.

²⁸⁾ Die Vormerkung wird vielfach als Einbruch in die Geschlossenheit des Sachenrechts bezeichnet. Ihre Eintragung gewährt aber trotzdem kein dingliches Recht, RG. 116, 238 (zur Natur RG. 120, 15 = JW. 1928, 1366; 121, 44 = JW. 1928, 1817 und in Hinblick auf § 893 [Verfügung] 118, 234 = JW. 1927, 2846). Sie ist auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruches zulässig (§ 883 I Satz 1). Sie wird aber ohne weiteres hinfällig, wenn der Nichtertritt der Bedingung gewiß ist (RG. 65, 261).

²⁹⁾ RGKomm. zu § 883 Anm. 8 Abs. IV. Die Übertragbarkeit richtet sich nach den für das Recht geltenden Regeln. Übertragung des Vormerkten selbst ausgeschlossen (DVB. 10, 434).

³⁰⁾ Auch nicht, wenn das persönliche Vorkaufsrecht durch Vormerkung gesichert ist (DVB. 42, 275).

³¹⁾ Vgl. auch Semeka a. a. O. S. 126.

Zur Frage des Anwartschaftsrechtes des Abzahlungskäufers und seiner vertraglichen Verwertung.

Die Lösung des heute bei der verzweifelten Wirtschaftslage so schwierigen Gelbbeschaffungsproblems hängt in der Regel für den einzelnen hauptsächlich davon ab, welche Vermögenswerte ihm zur Deckung von Krediten zur Verfügung stehen. Für eine intakte Firma wird es zwar verhältnismäßig leicht sein, durch Belastung etwaigen Grundvermögens, durch Verpfändung etwaiger Effektenbestände oder auf ähnliche Weise die zur Fortführung des Betriebes erforderlichen Mittel zu beschaffen. Aber die Zahl dieser intakten Firmen wird leider immer geringer. Und von der Aufnahme ständig wachsender Grund- und Bombardkredite führt der Weg häufig genug über die Sicherungsübereignung der Warenbestände, ja selbst des Inventars und des privaten Mobiliarvermögens, über die Sicherungscession der Außenstände zur Belastung oder Übereignung aller irgend verfügbaren Vermögenswerte. Dies alles sind bekannte Tatsachen.

Als letztes bleibt dem bedrängten Schuldner vielfach nur noch der Vermögenswert, der durch solche Warenbestände oder sonstige Gegenstände repräsentiert wird, die zwar im Besitze des Schuldners, aber von ihm unter Eigentumsvorbehalt gekauft, nur teilweise be-

zahlt und deshalb noch Eigentum Dritter sind. Daß es sich hierbei trotz mangelnden Eigentums zum mindesten wirtschaftlich um einen gewissen Vormögenswert handelt, dessen Auswertung zur Kreditbeschaffung nahe liegt, ist unverkennbar. Wer einen unter Eigentumsvorbehalt gekauften Warenbestand im Werte von 10 000 RM in Höhe von 5000 RM bezahlt hat, ist zwar noch nicht Eigentümer geworden; aber er hat zum mindesten — wirtschaftlich — die Chance, einen Wert von 10 000 RM durch Zahlung von 5000 RM zu erwerben¹⁾.

Daß der Gedanke, ja das Bedürfnis, den in dieser Chance verkörperten Vermögenswert ebenfalls zur Kreditbeschaffung auszunutzen, gerade bei kleinen und mittleren Firmen immer mehr in den Vordergrund tritt, zeigt die ständig wachsende Zahl der Fälle, in denen vielfach in juristisch unzulänglicher, mitunter gar strafbarer

1) Vgl. RG. 67, 21 = JW. 1907, 842: „Gesetzt, es sei nur noch ein geringer Teil des Kaufpreises rückständig, so würde der Vermögenswert, den der Besitz auf Grund des Kaufes für den Käufer hat, dem vollen Sachwert nahekommen. Unter solchen Umständen kann nicht gesagt werden, daß die Sachen nicht zum Vermögen des Käufers ... gehört haben.“

Weise der Versuch gemacht wird, auf diese erst teilweise bezahlten und dem Käufer noch gar nicht gehörigen Gegenstände „Geld aufzunehmen“. Dieser Gedanke mag wirtschaftlich ungesund sein; daß er nicht unlogisch ist, ergibt sich aus der zweifellosen Existenz der vermögenswerten „Chance“.

Dem Juristen, der diese Entwicklung der Dinge vielleicht nicht begrüßen wird, der jedoch vorerst mit ihr wird rechnen müssen, liegt die Prüfung der Frage ob, ob es einen juristisch einwandfreien und für alle Beteiligten möglichst gefahrlosen Weg gibt, die „Chance“ des Abzahlungskäufers zur Kreditbeschaffung zu verwerten. Dieser Weg muß, wenn er ein praktisch brauchbares Ergebnis zeitigen soll, dahin führen, daß zunächst der Kreditgeber eine Sicherung erhält, die ihm die ungefähre Möglichkeit jederzeitiger Verwertung der im überlassenen „Chance“ mit dem Vorrecht vor etwaigen anderen Gläubigern gibt, daß ferner die Rechtsposition des noch nicht völlig befriedigten Abzahlungsverkäufers nicht gefährdet wird und daß schließlich der Abzahlungskäufer im ungestörten Besitze der gekauften Gegenstände bleibt.

Die juristische Untersuchung hat mit der Feststellung der rechtlichen Natur der zu verwertenden „Chance“ zu beginnen, da von deren Qualifikation alle Rechtssfolgen abhängen.

Der Abzahlungskäufer ist zunächst Träger des aus dem Kaufvertrage resultierenden obligatorischen Anspruchs auf Eigentumsverschaffung (§ 433 BGB.). Dieser Anspruch ist vor völliger Zahlung des Kaufpreises trotz Besitzübergangs unerfüllt, so daß beispielsweise im Konkurse oder Vergleichsverfahren des Abzahlungskäufers die Rechtswirkungen des § 17 RD. bzw. § 4 W.D. eintreten²⁾. In diesem obligatorischen Anspruch, mit dem allein nicht viel anzufangen wäre, erschöpft sich die Rechtsposition des Abzahlungskäufers jedoch nicht. Ihren eigentümlichen Charakter erhält sie vielmehr dadurch, daß der Abzahlungskäufer zugleich Träger einer dinglichen Rechtslage ist. Nach § 455 BGB. ist im Zweifel anzunehmen, daß dem Abzahlungskäufer auch das Eigentum an der unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache „unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises“ übertragen worden ist. Damit ist der Abzahlungskäufer zwar noch nicht Eigentümer geworden; aber er hat bereits mehr erworben als den bloß obligatorischen Anspruch aus dem Kaufvertrag, auch mehr als die bloße Tatsache des Besitzes, nämlich eine sachenrechtliche Rechtsposition, die es ihm ermöglicht, ohne Zutun des Verkäufers durch eigenwillige Herbeiführung des Eintritts der Bedingung aus der bedingten Eigentumsübertragung eine endgültige, unbedingte werden zu lassen.

Man hat diese Möglichkeit, diese „Chance“, diese dingliche Rechtsposition des Abzahlungskäufers als dingliches „Anwartschaftsrecht“ bezeichnet³⁾. Was dieser auch für andere Rechtsverhältnisse vielfach gebrauchte Terminus eigentlich besagen soll, ist in der Theorie noch reichlich ungeklärt⁴⁾. Im Sachenrecht verwendet man ihn beispielsweise zur Charakterisierung der dinglichen Rechtsstellung, die dem Finder einer Sache nach § 973 BGB. vor Ablauf der einjährigen Frist zukommt; während der Schwebezeit ist der Finder Träger der Eigentumsanwartschaft, die sich durch Zeitablauf in volles Eigentum verwandeln kann⁵⁾. Man verwendet ihn ferner zur Bezeichnung der Rechtsstellung des Schatzbeckers (§ 984 BGB.) in der Schwebezeit zwischen Entdeckung und Besitzergreifung⁶⁾; im Bergrecht⁷⁾ erkennt man dem Mutter nach der „Selbstreckung“ ein dingliches „Anwartschaftsrecht“ auf das Bergwerkseigentum zu. In der Tat ist trotz gewisser theoretischer Unterschiede, die aufzuzeigen hier nicht angeht, eine Ähnlichkeit der dinglichen Rechtslage in den genannten Fällen, die sich aus anderen Rechtsgebieten noch vermehren ließen, nicht zu verkennen. Überall handelt es sich um die in mehrfacher Hinsicht geschätzte Anwartschaft eines Rechtssubjektes auf den Erwerb eines dinglichen Rechtes, dessen Entstehungstatbestand bereits in wesentlichen Punkten vorliegt und lediglich um den von dem Willen des Rechtssubjektes mehr oder weniger abhängigen Eintritt eines Ereignisses ergänzt werden muß, um zur endgültigen Existenz des dinglichen Rechtes zu führen.

Für die hier zur Erörterung stehenden praktischen Rechtsfolgen ist von besonderer Bedeutung die unbestrittene Übertragbarkeit des dinglichen Anwartschaftsrechtes. Sie vollzieht sich nach einheitlicher Auffassung in den Formen, die für die Übertragung des zu erwerbenden dinglichen Rechtes vorgeschrieben sind, also in der Regel durch Einigung und Übergabe (bzw. Übergabesurrogat) der zu erwerbenden Sache (§§ 929 ff. BGB.). Für die Übertragung des Anwartschaftsrechtes des Abzahlungskäufers stellt die Rechtsprechung des RG., der sich zwei noch zu erörternde Urteile

des OLG. Frankfurt a. M. angeschlossen haben, ein weiteres Ergebnis auf. Da nach herrschender Lehre der endgültige Eigentumsübergang bedingt übertragenen Eigentums zur Voraussetzung hat, daß noch im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung die „Einigung“ der Parteien über den Eigentumsübergang fortbesteht, verlangt RG. 95. 108, daß der Abzahlungsverkäufer bei Entgegennahme des Restkaufpreises den Willen gehabt habe, das Eigentum solle nunmehr unbedingt auf den Anwartschaftszeitpunkt übergehen. Ob diese Auffassung richtig ist, kann zweifelhaft sein. Aber selbst wenn man ihr folgt, entstehen keine besonderen Schwierigkeiten. In der Regel ist es dem Abzahlungsverkäufer gänzlich gleichgültig, wer nach Zahlung des Restkaufpreises Eigentümer der verkauften Sache wird; er will sein Geld, und wenn er dies hat, kümmert er sich meist nicht mehr um das Schicksal der Kaufsache. Vielleicht ließe sich schon hieraus für den Regelfall der Wille des Verkäufers entnehmen, Eigentum auf den zu übertragen, den es angeht, was zur Rechtswirksamkeit des Eigentumsübertragungsaktes genügen dürfte. Das RG. geht nicht so weit, läßt es jedoch ausreichen, wenn der Verkäufer Kenntnis von der Übertragung des Anwartschaftsrechtes erhalten und dieser Übertragung nicht widersprochen hat (a. a. O.). Auch das OLG. Frankfurt (f. u.) hat sich hiermit begnügt.

Hiernach vollzieht sich die Übertragung des Anwartschaftsrechtes derart, daß Zedent und Zessionar sich über den Übergang einigen, daß die zu erwerbende Sache dem Zessionar übergeben oder ein Übergabesurrogat (etwa Besitzkonstitut) vereinbart wird, und daß schließlich — vorsorglich, um alle beabsichtigten Rechtswirkungen eintreten zu lassen — der Abzahlungsverkäufer von der Übertragung in Kenntnis gesetzt wird. Die Übertragung hat die Wirkung, daß der Anwartschaftszessionar zum alleinigen Träger des Anwartschaftsrechtes wird und daß mit der Zahlung des restlichen Kaufpreises das Anwartschaftsrecht sich unmittelbar in der Person des Zessionars in Eigentum verwandelt, ohne daß der frühere Anwartschaftsträger auch nur den Bruchteil eines Augenblickes zum Eigentümer wird.

Durch die Übertragung des Anwartschaftsrechtes in Form einer Sicherungsabtretung nebst Besitzkonstitut ist für den Abzahlungskäufer der Weg für eine rechtlich einwandfreie Verwertung des durch seine Anwartschaft repräsentierten Vermögensrechtes geschaffen. A., der Waren im Werte von 10 000 RM von B. unter Eigentumsvorbehalt gekauft und in Höhe von 5000 RM bezahlt hat, ist unter Umständen in der Lage, sich von C. einige 1000 RM Kredit dadurch zu beschaffen, daß er sein Anwartschaftsrecht an C. sicherungshalber abtritt, mit C. weiter vereinbart, daß er die Waren als Vermittler für C. besitzen solle, und schließlich dem B. von der Abtretung Kenntnis gibt. Hierdurch ist zunächst dem A. geholfen; denn B. wird in der Regel die Abtretung gleichgültig sein, da er sein Eigentum unter allen Umständen bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises behält; C. hat eine immerhin annehmbare Sicherung erhalten, da er in die Lage gesetzt worden ist, im Falle der Zahlungsunfähigkeit des A. sich an dem Warenbestand im Werte von 10 000 RM dadurch schadlos zu halten, daß er ihn durch Zahlung des Restkaufpreises zu alleinigem, freiem Eigentum erwirbt und sich aus ihm sowohl für sein Darlehen als auch für seine weiteren Aufwendungen befriedigt. Was aber den Kreditgeber C. in so besonderer Weise sichert und was der Sicherungsübertragung des Anwartschaftsrechtes ihre besondere wirtschaftliche Bedeutung gibt, ist die Tatsache, daß dritte Gläubiger des Schuldners (A.) nach Abtretung des Anwartschaftsrechtes nicht mehr in der Lage sind, zum Nachteile des Kreditgebers (C.) Pfändungspfandrechte oder sonstige Rechte an dem noch im Besitze des Schuldners (A.) befindlichen Warenbestande zu erwerben. Dieser nicht auf den ersten Blick ersichtliche Vorzug bedarf kurzer Erläuterung.

In den weitaus meisten Fällen versuchte sich bisher der Abzahlungskäufer dadurch zu helfen, daß er seinem Kreditgeber nicht sein Anwartschaftsrecht, dessen juristische Existenz ihm in der Regel unbekannt war, sondern sein noch gar nicht vorhandenes Eigentum sicherungshalber übertrug. Dies brauchte nicht stets eine strafbare Handlung zum Nachteile des Abzahlungsverkäufers oder des Kreditgebers zu sein. Nicht selten erhielt der Kreditgeber durch den Schuldner Kenntnis davon, daß die übereigneten Gegenstände noch gar nicht vollbezahlt und noch gar nicht Eigentum des Schuldners waren; trotzdem ließ er sich auf die Übereignung ein, in der Hoffnung, daß der Schuldner den noch ausstehenden Restkaufpreis bald bezahlen und ihn dadurch zum Eigentümer machen werde, oder in der Überzeugung, daß er ja selbst notfalls den Restkaufpreis erlegen und dadurch den Eigentumsübergang herbeiführen könne. In der Tat erscheint diese Überlegung auf den ersten Blick juristisch unbedenklich. Der Abzahlungskäufer verfügt zugunsten des Kreditgebers über die ihm noch nicht gehörigen Gegenstände als Nichtberechtigter i. S. des § 185 BGB.; diese Verfügung ist zwar zunächst schwebend unwirksam; wird jedoch der Restkaufpreis bezahlt, so wird der Abzahlungskäufer Eigentümer; nach § 185 Abs. 2 („... wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt...“) wird alsdann die Verfügung wirksam, so daß das Sicherungseigentum auf den Kreditgeber übergeht. Dieser scheint also einigermassen gesichert. Die große Gefahr dieser Manipulation besteht jedoch darin, daß in der Zeit zwischen Abschluß des

²⁾ Vgl. hierzu u. a. Cohn: JW. 1930, 2759 und die dort aufgeführte Judikatur und Literatur.

³⁾ Vgl. RGWRKomm. § 455 Anm. 3; Staudinger § 455 Anm. IIe; Soergel § 455 Anm. 3; Enneccerus § 341 I 2 Anm. 2; v. Tuhr II 2, 306 f.

⁴⁾ Vgl. u. a. Enneccerus §§ 75 4, 185 I 1 d, insbes. Anm. 8.

⁵⁾ Vgl. hierzu u. a. Wolff § 82 VII 3.

⁶⁾ Vgl. Wolff § 83 III 1 b.

⁷⁾ Vgl. §§ 12 ff. BergG.

Sicherungsübereignungsvertrages und Zahlung des Restkaufpreises ein anderer Gläubiger des Schuldners die fraglichen Gegenstände pfänden kann. Hierdurch würden praktisch die Rechte des Kreditgebers zunichte gemacht. Diese Pfändung würde zwar zunächst nur eine formelle Pfändungsverstrickung, jedoch kein materielles Pfandrecht entstehen lassen, da die Pfandgegenstände noch nicht dem Schuldner gehören. Das noch nicht rechtswirksam entstandene materielle Pfändungspfandrecht würde jedoch nach herrschender Lehre⁸⁾ in dem Augenblick — und zwar ex nunc — voll wirksam werden, in dem der Restkaufpreis bezahlt und der Schuldner zum Eigentümer wird. Ob man dies mit dem RG. (a. a. D.) unter Ablehnung einer analogen Anwendung des § 185 BGB. aus „allgemeinen Rechtsanschauungen“ oder mit Rosenberg (ZB. 1929, 2958) u. a. aus analoger Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB. herleiten will, bleibt sich im Ergebnis gleich; insbes. rechtfertigt auch die analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB. nicht etwa die Annahme einer Entziehung des Pfändungspfandrechts mit Wirkung ex tunc (a. M. Rosenberg a. a. D.), da der nachträgliche Erwerb i. S. des § 185 Abs. 2 BGB. auch bei sonstigen materiellen Rechten niemals eine ex-tunc-Wirkung auszuüben⁹⁾ und ein Grund zu einer abweichenden Behandlung des herkömmlichen¹⁰⁾ und ein Grund zu einer abweichenden Behandlung des herkömmlichen materiellen Pfändungspfandrechts nicht ersichtlich ist. Nach § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB. würden dann sowohl das Sicherungseigentum des Kreditgebers als auch das Pfandrecht des dritten Gläubigers voll wirksam nebeneinander zur Entstehung gelangen, da nach herrschender Lehre — gegen die sich übrigens gerade für den Fall der Sicherungsübereignung einiges sagen ließe — Eigentumsübertragung und Pfändung „mehrere miteinander in Einklang stehende Verfügungen“ sind. Das würde bedeuten, daß der Kreditgeber zwar Sicherungseigentümer geworden ist, jedoch verpflichtet die Befriedigung des Pfändungspfandgläubigers aus den ihm übergebenen Gegenständen zu dulden (so auch RG.: OLGKPr. 22, 163). Praktisch würde dadurch das Sicherungseigentum wertlos.

Durch die Übertragung des Anwartschaftsrechtes auf den Kreditgeber wird diese Gefahr vermieden. Die Vorschriften über die Verfügung eines Nichtberechtigten und deren Heilung durch nachträglichen Erwerb der Sache (§ 185 BGB.) kommen hier überhaupt nicht in Betracht. Da das Anwartschaftsrecht auf den Eigentums-erwerb dem Kreditgeber übertragen ist, „erwirbt“ der Schuldner die Kaufsache niemals i. S. des § 185 BGB.; das Eigentum geht unmittelbar von dem Abzahlungsverkäufer auf den Kreditgeber über. Das Pfandrecht des Pfändungspfandgläubigers bleibt ohne jede materielle Rechtswirkung; es kann niemals „heilen“. Der Kreditgeber, der sich das Anwartschaftsrecht des Abzahlungskäufers sicherungshalber hat übertragen lassen, ist also gegen unliebsame Überraschungen von dritter Seite geschützt.

Die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung hat das OLG. Frankfurt a. M. im Gegensatz zu dem OLG. Breslau¹⁰⁾ durch zwei Urte. v. 24. Febr. 1930 (3 U 192/29) und v. 11. April 1930 (2 U 17/30)¹¹⁾ bestätigt. Es handelt sich in dem erstgenannten Urteil — das zweite behandelt einen ähnlich liegenden Tatbestand — um etwa folgenden Fall. A. hatte von der Firma B. ein Automobil zum Preise von 4800 RM auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt gekauft. Als noch etwa 1500 RM zu zahlen waren, schloß A. mit der Sparkasse C. einen Vertrag, durch den er ihr sicherungshalber seine Rechte auf das fragliche Automobil übertrug. Der Sparkasse C. war dabei bekannt, daß das Automobil von A. unter Eigentumsvorbehalt gekauft und noch nicht voll bezahlt war. Der Vertrag zwischen A. und C. war in Form des üblichen Formulars der Sparkasse für Sicherungsübereignungsverträge geschlossen; nach den Zeugnisaussagen verfolgten die Parteien jedoch die Absicht, daß das Eigentum an dem Automobil mit Zahlung des Restkaufpreises unmittelbar von B. auf C. über-

⁸⁾ Stein-Jonas § 804 Anm. II 5; v. Tuhr, Allg. Teil II 1 S. 264; Staudinger-Riezler § 185 Anm. 2; RG. 60, 71 ff.; RG.: Recht 1922 Nr. 1542; RG.: OLGKPr. 22, 163.

⁹⁾ Staudinger-Riezler § 185 Anm. 5 a.

¹⁰⁾ ZB. 1929, 2958 (zustimmend Rosenberg ebenda; dagegen Jacobi: ZB. 1930, 331).

¹¹⁾ Abgedr. Bfchr. d. Anwaltskammer i. OLGBez. Frankfurt a. M. 1931 Nr. 1 S. 4.

gehen solle. A. hatte der Firma B. von diesem Vertrage alsbald Kenntnis gegeben, ohne daß die Firma B. protestiert hätte. Als dann hatte der Gläubiger X. des Schuldners A. den Wagen gepfändet. Daraufhin wurde der Restkaufpreis an die Firma B. bezahlt. Die Interventionsklage der Sparkasse C. gegen die Pfändung seitens des Gläubigers X. wurde für begründet erachtet, da die Sparkasse C. zunächst das Anwartschaftsrecht und alsdann unmittelbar seitens der Firma B. das Eigentum an dem Wagen erworben habe, ohne daß A. auch nur einen Augenblick Eigentümer geworden sei, so daß die Vorschr. des § 185 BGB. keine Anwendung finden könne.

Aus den beiden Urteilen, denen mehr als nur regionale Bedeutung zukommt, folgt zunächst, daß es mitunter möglich sein wird, sogenannte „Sicherungsübereignungsverträge“ eines Abzahlungskäufers zugunsten des Kreditgebers als Verträge über die Übertragung des Anwartschaftsrechtes auszulegen, nämlich dann, wenn dem Kreditgeber bekannt war, daß der Gegenstand des Vertrages noch gar nicht Eigentum des Schuldners war, und wenn die Absicht der Vertragschließenden gerade auf diejenigen Rechtswirkungen gerichtet war, die nur durch die Übertragung des Anwartschaftsrechtes herbeigeführt werden können. Die weitaus größere Bedeutung der Urteile liegt jedoch darin, daß sie dem Abzahlungskäufer einen Weg weisen, auf dem er den Vermögenswert, den der teilweise bezahlte Kaufgegenstand doch nur einmal darstellt, rechtlich einwandfrei zur Kreditbeschaffung verwerten kann. In der Tat konnten seit Erlass der Urteile in der Praxis bereits mehrfach Versuche über die Brauchbarkeit derartiger Verträge angestellt werden. Gelegenheit hierzu bot sich in verschiedenen Fällen, in denen ein Schuldner seinem Gläubiger keine anderen Gegenstände mehr anzubieten hatte als solche, die er auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt gekauft und noch nicht voll bezahlt hatte. Die in diesen Fällen geschlossenen Verträge, die nach Maßgabe der Anforderungen der genannten Urteile entworfen wurden und in denen der Schuldner dem Gläubiger unter gleichzeitiger Benachrichtigung des Abzahlungsverkäufers sein Anwartschaftsrecht sicherungshalber übertragen, haben bisher, soweit ersichtlich, ihren wirtschaftlichen Zweck zur Zufriedenheit aller Beteiligten erfüllen können.

N. PrivDoz. Dr. A. Schanz, Frankfurt a. M.

Entgegnung.

Zu dem Aufsatz „Liquidationstreuhandvertrag“ (ZB. 1930, 3708 ff.).

Rückmann sagt S. 3710 Ziff. 2 Abs. 2: Die von Merkel getadelte Entsch. des OLG. München (gemeint ist wohl eine Entsch. des RG. v. 12. Jan. 1926: ZB. 1343 III Ziff. 2 Abs. 2) geht fehl. Warum sollte es nicht neben dem Konkurs und dem Vergleichsverfahren ein rein privatrechtsgeschäftliches Abwicklungsverfahren geben? Es werden ja nur bekannte und anerkannte Rechtsformen dazu benutzt.

Diese Frage läßt sich dahin beantworten: Weil es neben dem mit Zwangsvergleichsverfahren für die Gläubiger umgebenen Konkurs- und Zwangsvergleichsverfahren nicht der Willkür der Schuldner überlassen werden soll, einer von ihm ausgewählten Person, die nicht selten keine Garantie für eine ordnungsmäßige, unparteiische Durchführung des Verfahrens bietet, die Abwicklung zu übertragen.

Auch bedeutet es eine erhebliche Zumutung an die Gläubiger, wie Scholz § 3709 II Abs. 3 will, die Treuhandsliquidationsverträge daraufhin durchzuprüfen, ob sie uneigennützig sind, und evtl. die getroffenen Abmachungen anzusehen. Das heißt, in die Praxis über- setzt, den Gläubiger zu einem meist langwierigen, zweifelhaften und kostspieligen Prozeß nötigen, obwohl er in diesem Stadium meist wenig geneigt ist, sein gutes Geld dem schlechten nachzuwerfen.

§ 3709 ist in Ziff. 3 Abs. 2 selbst gesagt, so einfache und in allen Auswirkungen leicht zu übersehende Tatbestände, wie die, daß die Absicht einer gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger und die Vertrauenswürdigkeit des Treuhänders außer Zweifel stehen, dürften doch wohl zu den seltensten Ausnahmefällen zählen.

N. Widmaier, Stuttgart.

Preisausschreiben.

Preisausschreiben der Albert-Pinner-Stiftung.

Das Preisgericht hat für das Jahr 1931 als Thema bestimmt:
„Aktien ohne Stimmrecht.“

Das Thema soll in rechtlicher, rechtsvergleichender und wirtschaftlicher Beziehung unter Berücksichtigung der Vorschriften des deutschen Entwurfs eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien behandelt werden.

Berechtigt, an dem Wettbewerb teilzunehmen, ist jeder deutsche

Anwalt (nicht nur wie bisher Berliner Anwälte). Die Arbeit ist bis zum 31. Dez. 1931 an die Geschäftsstelle des Berliner Anwalt-Vereins z. H. des N. Dr. Ewald Friedländer, Berlin C 2, Brunerstraße 1, einzureichen. Die Arbeiten sind in Maschinenschrift herzustellen. Jede Arbeit ist mit einem Kennwort zu versehen; mit demselben Kennwort ist ein verschlossenes Kuvert einzureichen, in dem sich der Name des Verfassers befindet. Die Entscheidung, welcher Arbeit der Preis zuzubilligen ist, wird bis 15. Febr. 1932 erfolgen. Der Preis beträgt 1000 RM. Das Preisgericht hat darüber zu entscheiden, ob und wo die Arbeit zu veröffentlichen ist.

Schrifttum.

Dr. Fritz Schulz, ord. Prof. an der Universität Bonn: **Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgezet.** (Lehrausgaben deutscher Gesetze, herausgegeben von Prof. Dr. Dittmar Bühler. Band 1.) Berlin 1931. Verlag Walter de Gruyter & Co. III, 664 S. Preis geb. 8 *M.*

Es gibt so viele Textausgaben des BGB. mit und ohne Neben Gesetze zu niedrigem Preis, daß triftige Gründe vorliegen müssen, eine neue Textausgabe zu einem verhältnismäßig hohen Preis herauszugeben. Nach der Ankündigung des Verlags sollen die besonderen Vorzüge dieser Lehrausgaben deutscher Gesetze die folgenden sein:

1. Klarlegung der Gliederung der Gesetze innerhalb der Abschnitte (Titel) und die systematische Ausstattung der Paragraphen mit Stichworten,
2. die Trennung zwischen Wesentlichem und minder Wesentlichem durch Verwendung verschieden großer Schriftgrade,
3. Anmerkungen, Hinweise und Literaturangaben.

Die pädagogisch außerordentlich begrüßenswerten Absichten werden leider in diesem 1. Band der Sammlung nicht verwirklicht. Anmerkungen, Hinweise und Literaturangaben finden sich überhaupt nicht. Lediglich bei Änderungen des ursprünglichen Textes verweisen Fußnoten auf das Abänderungsgesetz.

Der wesentlichste Vorzug einer derartigen Ausgabe wäre die Trennung zwischen Wesentlichem und minder Wesentlichem durch Verwendung verschieden großer Schriftgrade. Der Herr Verf. ist offenbar der Ansicht, daß sich eine derartige Trennung bei den 2385 Paragraphen nicht durchführen läßt. Die wenigen Stellen, bei denen Kleindruck verwendet ist, betreffen nur solche Vorschriften, die außer Kraft gesetzt worden sind.

Besondere Kritik verlangen die Überschriften, die für die einzelnen Paragraphen gewählt worden sind. Zwar wäre nichts dagegen einzuwenden, wenn die gemeinrechtliche Terminologie — die nach dem Vorwort nicht nur aus geschichtlichen Rücksichten, sondern vor allem deshalb verwandt worden ist, um den Studierenden auch auf diesem Weg mit der internationalen Rechtsprache bekannt zu machen (?) — neben den deutschen Begriffen herangezogen worden wäre. Jedoch ist in sehr vielen Fällen der deutsche Begriff noch nicht einmal erwähnt (vgl. z. B. § 248 Anatozismus, §§ 258, 997 ius tollendi, § 320 exceptio non adimpleti contractus, § 360 lex commissoria, § 771 beneficium excussionis, § 858 vitiosa possessio, § 1567 malitiosa desertio, § 2050 Kollation u. a. m.). Unter diesen Umständen darf man, allerdings in einem etwas anderen Sinne, als der Verlag in seinem Prospekt es meint, wohl sagen, die Ausgabe komme dreißig Jahre zu spät. Dem Studenten insbes. ist mit den gemeinrechtlichen Begriffen allein um so weniger gebient, als Schrifttum und Rechtsprechung immer mehr dazu übergehen, deutsch zu reden und deutsch zu schreiben. Das R.G. spricht nicht mehr von der exceptio doli, sondern von der Einrede der Arglist, nicht von einer actio rehibitoria und quanti minoris (wie § 462 übergeschrieben ist), sondern von dem Wandlungs- und Minderungsanspruch. Eine Lehrausgabe des BGB. muß m. E. versuchen, schon in der Wahl der Überschriften dem Studierenden schlagwortmäßig die Begriffe so einzuprägen, wie er sie später allein verwenden kann. Man wähle also die allgemein bekannten deutschen Begriffe und stelle, wenn man will, die gemeinrechtlichen daneben. Allerdings scheint es mir dann auch angebracht, die deutschen Rechtsparomien zu berücksichtigen. Die jetzige Überschrift des § 857 „le mort saisit le vif“ sollte lauten: „der Tote erbt den Lebendigen“. „Handel macht mündig“ über § 112 wäre gewiss nicht weniger richtig als die Gleichsetzung des Besitzdieners mit Detentor.

Schließlich sei noch auf einige Einzelheiten hingewiesen: Die §§ 253, 847 und 1300 tragen die Überschrift „dommage moral“. Es wäre doch wohl richtiger und für den Studenten förderlicher, dafür die üblichen Überschriften: Nichtvermögensschaden, Schmerzensgeld, Destorationsanspruch zu setzen. Dies um so mehr, als man im Stichwortverzeichnis weder „dommage moral“ noch „immaterieller Schaden“ noch auch „Nichtvermögensschaden“ finden kann. Überhaupt ist ein großer Teil der Überschriften im Register nicht verarbeitet, was bei einer Lehrausgabe einen großen Mangel bedeutet. Es erübrigt sich, Beispiele anzuführen. Daß sich im übrigen gegen die Wahl mancher Überschriften und teilweise auch gegen die systematische Gliederung Bedenken ergeben, mag nur angemerkt werden (z. B. §§ 1038 u. 2123 „Planwirtschaft“, gemeint ist Wirtschaftsplan, § 613 Pflichten des Arbeiters statt Arbeitnehmers). Endlich vermißt man bei vielen Bestimmungen überhaupt eine Überschrift, z. B. §§ 242 (!), 268, 270, 287, 447, 453, 612, 630, 650 u. a. m.

Herausgeber und Verlag könnten sich ein großes Verdienst erwerben, wenn sie die mit den Lehrausgaben gehegten Absichten bei

der Ausgabe des BGB. ebenso beachteten, wie dies bei den anderen Bänden dieser Sammlung geschehen ist und geschieht.

DR. Priv. Doz. Dr. Ernst E. Girsch, Frankfurt a. M.,
z. Z. Göttingen.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst folgenden Ergänzungsgesetzen: I. Erbbaurecht §§ 1012 ff. BGB. II. Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel. III. Einführungsgezet zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Mieterchutzgezet. V. Wohnungsmangelgezet und Preussische Verordnungen über die Foderung der Wohnungszwangswirtschaft. VI. Reichsmietengezet. VII. Fristen für die Kündigung von Angestellten. VIII. Aus dem Betriebsrätegezet. IX. Aus dem Gezet über die Beschäftigung Schwerbeschäftigter. X. Beschäftigung vor und nach der Niederkunft. XIa. Gezet über wertbeständige Hypotheken. XIb. Zweites Gezet über wertbeständige Hypotheken. XII. Ausgabe wertbeständiger Schuldverschreibungen auf den Inhaber. XIII. Automobilgezet. XIV. Luftverkehrsgesetz. XV. Haftpflichtgezet. XVI. Beamtenhaftungsgesetz. XVII. Tumultschädengezet. XVIII. Gezet über religiöse Kindererziehung. Textausgabe mit ausführlichem Sachregister. Herausgegeben von Dr. Georg Kemnitz, Rechtsanwalt am Kammergericht. 51.—75. Tausend. Berlin 1930. Schwabacherse Verlagsbuchhandlung mbH. Preis Ganzleinenband 2,85 *M.*

Eine brauchbare Textausgabe, die für einen niedrigen Preis sehr viel bietet. D. S.

H. Häbner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. durchgesehene Auflage. Leipzig 1930. A. Deichertse Verlagsbuchh. Nachf. XV und 819 Seiten. Preis geb. 35 *M.*, geb. 38 *M.*

Von diesem führenden Lehrbuche ist wieder eine neue Auflage nötig geworden. Die geradezu liebevolle Pflege, mit der es seit Verf. weiterführt, ist ein Beweis dafür, daß es nicht nur seinen Lesern und Benützern, sondern auch ihm ans Herz gewachsen ist. Bis auf Wortwahl, Ausmerzung entbehrlicher Fremdwörter, Satzbau usw. ist überall gefeilt und gebessert. Daß die umfangreiche Literatur der letzten Jahre voll berücksichtigt ist, versteht sich bei der Sorgfalt und Verantwortung, die aus jeder Seite des Buches spricht, von selbst. So ergibt gerade die Durchsicht des Werkes, das von 751 auf 819 Seiten angewachsen ist, ein getreues Bild des Fortschreitens der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht. Man spürt an größeren Umarbeitungen, wo Forschungen der letzten Zeit neue Grundlagen aufgebaut haben; z. B. Franz Deherle, über den Ursprung der Bürgschaft; Alfred Schulte, Augustin und der Seelteil des germanischen Rechts; Herbert Mejer, Friedebehe und Mutterrecht. Gelegentlich wird auch eine ältere Ansicht wieder aufgegriffen (S. 211) oder eine neue abgelehnt (S. 623). Auch die Grenzgebiete der Privatrechtsgeschichte, die Wirtschaftsgeschichte, Volkskunde, Vorgeschichte usw. kommen zu ihrem Rechte. Der Verf. empfindet die Hoffnung, daß unsere Rechtswissenschaft wieder deutsch denken und daß das Recht vom Volke verstanden werde, als reichlich optimistisch. Aber er vor allem tut das Beste zur Erreichung dieses Zieles.

Prof. Dr. Eberhard v. Künzberg, Heidelberg.

Siber: Grundrisse zu Vorlesungen über deutsches bürgerliches Recht. Heft V: Erbrecht (mit Berücksichtigung des Erbschaftsteuerrechts). Leipzig 1928. Verlag Felix Meiner. Preis 5 *M.*

Wir leben in einer Zeit der zunehmenden Veröffentlichung von Grundrissen, wobei sich unter diesem Namen die verschiedenartigsten Schriften versammeln — von einer knappen Umschreibung des Gesetztextes angefangen bis zu wissenschaftlich hochstehenden, die wesentlichen Probleme herausarbeitenden Darstellungen, wie sie sich insbes. in den verdienstvollen Sammlungen „Grundrisse der Rechtswissenschaft“ und „Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft“ finden. Daß Sibers Grundriß in die zweite Kategorie gehört, bedarf kaum der Erwähnung. Das Werk ist aus Vorlesungsbeilagen hervorgegangen, die aber bei der Veröffentlichung erheblich er-

weitert wurden, indem jetzt außer den wichtigsten Entsch. auch einige Hinweise auf das Schrifttum gegeben werden und der Auseinandersetzung mit abweichenden Ansichten Raum gewährt wird.

Erstaunlich und bewundernswert ist es, wieviel hier auf nur 172 Seiten gegeben wird. Gedankliche Schärfe paart sich, da S i b e r ja über aller Freude an der Systembildung und der zugespitzten Terminologie den Sinn für die Interessenabwägung nie verliert, mit rechtspolitischer Einsicht; die für das volle Verständnis so wichtigen prozeßualen Fragen werden eingehend behandelt, die historische Entwicklung und die Stellungnahme fremder Rechtsordnungen wird mit meisterhafter Knappheit angebeutet, auch das Erbschaftsteuerrecht findet Berücksichtigung. Wenn B i n d e r im Vorwort zur 2. Aufl. seines „Erbrechts“ (1930) meint, das Erbschaftsteuerrecht als Stück des öffentlichen Rechts gehöre nicht in eine Darstellung eines Teils der Privatrechtsordnung, so scheint er mir der Gruppenbildung größeren Wert beizulegen, als billig ist. Daß das Erbschaftsteuerrecht für das Funktionieren der Erbrechtsordnung von erheblicher Bedeutung ist sowie daß wissenschaftlich und pädagogisch die gemeinsame Behandlung beider Rechtsgebiete durchaus förderlich ist, dürfte nicht zu bestreiten sein. Vom pädagogischen Standpunkte, der ja bei der Beurteilung eines Grundrisses im Vordergrund zu stehen hat, erscheinen (gegen B i n d e r s a. a. O. geäußerte Bedenken) auch die knappen Hinweise auf Gestaltungen des Auslandsrechts förderlich. Dasselbe gilt von S i b e r s Systematisierung, die, auch drucktechnisch gut hervorgehoben, in der Hauptenteilung wie in der Untergliederung durchsichtige Klarheit zeigt: In eine Einleitung, welche an die Schilderung von „Wesen und Arten des erbrechtlichen Erwerbs“ die Darstellung der Sätze über „Erbrechtliche Vererbung und Eintritt des erbrechtlichen Erwerbs“ knüpft, schließen sich zwei ungefähr gleich umfangreiche Teile, deren erster die „Erbrechtliche Vererbung“, deren zweiter „Eintritt und Wirkungen des erbrechtlichen Erwerbs“ behandelt.

Nicht nur im Aufbau, sondern auch im Inhalt seiner den Leser stets zu angespannter Mitarbeit zwingenden Darstellung geht Verf. oft eigene Wege. Daß dies hier nicht im einzelnen dargestellt und kritisch beleuchtet werden kann, liegt auf der Hand. Hervorgehoben seien nur zwei Punkte: S. wendet sich eingehend gegen die herrschende Ansicht von der grundsätzlich unbeschränkten, aber beschränkbareren Haftung, eine Stellungnahme, die naturgemäß seiner ganzen Darstellung der Lehre von den Nachlassverbindlichkeiten das Gepräge gibt (vgl. dazu die fördernden Bemerkungen B i n d e r s a. a. O. S. 68/69). Sodann führt er zu der neuesten wieder häufig behandelten Frage (vgl. namentlich die Beiträge von R i s c h und L e n t in der RGZ-Festschrift VI, 38 ff., 275 ff.) nach der Rechtsstellung des Testamentvollstreckers (Nachlassverwalters) mit eingehender Begründung aus, daß dieser „Vertreter oder Organ der formalen Parteifähigkeit ausgestatteten organisierten Testamentvollstreckung“ sei. Mir scheint die im Schrifttum verbreitete Ansicht, daß der Testamentvollstrecker Vertreter des Erben hinsichtlich des Nachlasses sei, besser zur Erklärung der rechtlichen Erscheinungen geeignet (wegen der Begründung darf ich auf meine Erstlingschrift „Zur Konstruktion der Rechtsbeziehungen zwischen staatlichen Behörden“ [Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Heft 39 S. 90—108] verweisen, die sich um die Lehre von den „Rechten jemandes gegen sich selbst“, namentlich bei Sondervermögen, bemüht). Aber der Zweifel läßt sich nicht unterdrücken, ob sowohl diese Frage wie diejenige nach der Beschränktheit der Erbenhaftung so eingehende Untersuchung verdient, ob es sich hier nicht eher um Fragen der Formulierung als um solche der richtigen Erkenntnis handelt.

Die Lektüre des „Erbrechts“ ruft den Wunsch nach, daß S i b e r auch die übrigen Hefte des Grundrisses recht bald der Öffentlichkeit zugänglich mache, wie dies mit seinem bedeutsamen Grundriß des Römischen Rechts schon geschehen ist. Seit der Veröffentlichung des hier angezeigten Werkes (dessen Besprechung dem Unterzeichneten erst Ende August 1930 übertragen wurde) ist bereits so viel Zeit verstrichen, daß vermutlich schon eine neue Auflage in Vorbereitung ist. Wenn für diese hier ein Wunsch geäußert werden darf, so geht er dahin, daß den rechtspolitischen Problemen des Erbrechts breiterer Raum gewährt werden möge: von dem Widerstreit zwischen den Interessen des Erblassers, denen der Familie und denen des Staates, von dem tieferen Sinn des Art. 154 BVerf., aber auch von der Kritik des Gesetzesinhalts sowie von der größeren oder geringeren Häufigkeit des Vorkommens der einzelnen Rechtsinstitute würde der Leser gern mehr hören. Daß freilich jeder Leser das Buch schon in seiner gegenwärtigen Gestalt mit dem größten Nutzen durcharbeiten wird, unterliegt keinem Zweifel; möge es in die Hände recht vieler Studenten und Referendare gelangen!

Prof. Dr. Rühl, Mannheim.

zösischen Revolution bis zur Gegenwart. 1. Hälfte. Das materielle Bodenrecht. Berlin 1930. Carl Heymanns Verlag, 421 S. Preis 30 M.

Ein hochbedeutendes, auf vielseitigen Studien beruhendes, von ideenreicher Forschung getragenes Buch, das ebenso eine ausgiebige Darstellung der Entwicklung des Bodenrechts der obengenannten vier Staaten im 19. Jahrhundert gibt wie die Gründe dieser Entwicklung eingehend untersucht und durch fortlaufende Beleuchtung der Zusammenhänge mit den treibenden philosophischen, wirtschaftlichen, soziologischen und politischen Anschauungen klarlegt. „Das materielle Bodenrecht“ erscheint als zweiter Teil des weit angelegten Werkes des Verf. über die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, das im ersten Teil die Neuordnung des Verkehrslebens behandelte, in dem dritten Teil weiter die Entwicklung des Arbeitsrechts und im vierten Teil die Entwicklung des Familienrechts zum Gegenstand der Betrachtung machen will. Leitend ist die Erkenntnis der im Gange der Rechtsordnung im 19. Jahrhundert sich zeigenden Aufgabe einer notwendigen Regulierung der am Ende des 18. Jahrhunderts mit der französischen Revolution zur Geltung gelangten Ideen der Freiheit und Gleichheit, deren uneingeschränktes Bestehen nebeneinander nicht möglich ist. Wie der Verf. im Vorwort berichtet, hatte er schon vor dem Weltkrieg die Arbeit über das Bodenrecht so gut wie fertiggestellt, hat dieser Jugendarbeit aber in dem vorliegenden Buch nach den inzwischen unter dem Schwerkriegsleid des deutschen Volkes gemachten erschütternden Erfahrungen und der hiernach sowie nach der durch manche Verschiebungen in den Wissenschaften in den letzten zwanzig Jahren gewonnenen Einsicht in die großen Zusammenhänge eine ganz andere Gestalt und einen neuen Inhalt gegeben, indem er von ihr nur den von der Freierklärung des Bodens aufsteigenden und den Kampf gegen die drei Grundübel: Bodenzersplitterung, Bodenverschuldung und Bodenegoismus schildernden Gedankengang beibehalten habe. Der Verf. ist sich bewußt, daß er bei einer Darstellung des Bodenrechts nicht in dem „eng ummauerten Bezirk der Pandektendoktrin“ haften bleiben können, insbes. bei den Themen des Eigentums, der Enteignung und der Sozialisierung habe darüber hinausgehen müssen, bekennend aber, daß er — der Mitbegründer des i. J. 1911 ins Leben getretenen, jetzt leider zu Ende gegangenen Vereins „Recht und Wirtschaft“, dem auch der Unterzeichnete angehörte, und der Begründer sowie der Leiter des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht — eine wirklich organische Verschmelzung zwischen Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft in sich nicht habe lebendig machen, geschweige denn brausen habe herbeiführen können, weil es sich im Grund um zwei verschiedene Welten handle, wenn auch Brücken eine Verbindung zwischen diesen Welten herstellten. Das Ziel einer solchen organischen Verschmelzung wird in der Zeit so schwerer wirtschaftlicher Kämpfe wie der heutigen auch anderen kaum erreichbar erscheinen, zumal wenn in diesen Kämpfen in immer zunehmendem Maße Hinweise auf das Recht, selbst das Verfassungsrecht, als lästig — oft mit dem eines klaren Begriffs ermangelnden Schlagwort, daß es sich um „formaljuristische Bedenken“ handle — einfach beiseite geschoben werden. Daß der Verf. tief in das materielle Wesen der Rechtsgestaltung eindringt, gibt sein Buch überall zu erkennen. Daß er sich auf die Darstellung der Entwicklung des Bodenrechts in Deutschland, in Österreich, in Frankreich und in der Schweiz beschränkt, begründet er damit, daß, wenn mehr als eine scharfe Auslese und ein oberflächliches Aneinanderreihen habe erreicht werden sollen, das Heranziehen des Rechts noch weiterer Staaten die Kraft eines einzelnen überstiegen haben würde, und daß der ausgewählte Block der genannten vier Rechte durchaus genüge, um die großen zivilrechtlichen Ideen aufzuzeigen, die durch ganz Europa hin entwicklungsgeschichtlich am Werke seien. Hierin kann ihm nur beigetreten werden. Auch in der Beschränkung auf diese vier Staaten ergibt sich ein so reichhaltiger Inhalt des Buches, daß es unmöglich ist, im Rahmen einer im Räume begrenzten Besprechung diesen Inhalt auch nur annähernd wiederzugeben. Der leitende Gedanke, die Regulierung der Freiheits- und Gleichheitsidee durch die Rechtsordnung, wurde schon hervorgehoben. Um hier nur eine für die Gegenwart akute Frage herauszugreifen, sei auf die Bedenken gegen die Einräumung einer übertriebenen Bewegungsfreiheit in der Belastung des Grund und Bodens hingewiesen. Daß absolute Freiheit zu einer Ungleichheit führen muß, zeigt die Entwicklung des Bodenrechts im 19. Jahrhundert klar. Hier tritt die Wahrheit des Satzes, daß die Gedanken nahe beieinander wohnen, aber hart im Raume sich die Sachen stoßen, deutlich hervor. Mit Recht nennt der Verf. das Ringen der beiden mächtigen Ideen, der Freiheits- und Gleichheitsidee, eins der interessantesten und großartigsten Schaupiele, die das 19. Jahrhundert dem Beobachter bietet. Dieses Ringen dauert auch heute fort. In ihm ist die Kenntnis der aus der Vergangenheit zu ziehenden Lehren unerlässlich. Die Arbeit des Verf. ist daher von ebensolch praktischem wie wissenschaftlichem Wert. Der Verf. zerlegt sie paragraphenweise in folgende Hauptabschnitte:

Die Lösung des Bodens aus seiner Gebundenheit — freies Eigentum — (§ 1).

Dr. Justus Wilhelm Hedemann, ordentl. Professor an der Universität Jena: Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. Ein Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz. II. Teil. Die Entwicklung des Bodenrechts von der fran-

Fortsetzung — Neuordnung des Erbrechts (§ 2).

Die nachteiligen Folgen der Bodenbefreiung (§ 3).

Der Kampf gegen die Bodenersplittterung (§ 4).

Der Kampf gegen die Bodenverschuldung — Regulierung des Bodenkredits — (§ 5).

Der Kampf gegen den Bodenegoismus. 1. Geschichte der Ent-eignung (§ 6).

Der Kampf gegen den Bodenegoismus. 2. Geschichte der Eigentumsbeschränkungen — Restriktionen — (§ 7).

Der Kampf gegen den Bodenegoismus. 3. Vorgeschichte der Sozialisierung (§ 8).

Der Kampf gegen den Bodenegoismus. 4. Die Sozialisierungs-bewegung im Jahre 1918/19 (§ 9).

Neues Siedlungsrecht (§ 10).

Über die Fülle des in diesen Abschnitten verarbeiteten Materials gibt ein 14 Druckseiten umfassendes, ins einzelne gegliedertes Inhaltsverzeichnis am Anfang des Buches eine vortreffliche Übersicht. Am Schluß des Buches ist ein zuverlässiges Quellenregister und Sachregister beigelegt.

Für die Entwicklung des Bodenrechts ist der Begriff des Eigentums von grundlegender Bedeutung. Demgemäß beschäftigt sich der Verf. mit der Entwicklung dieses Begriffes auf das eingehendste. Gegenüber dem Festhalten deutscher Romanisten des 19. Jahrhunderts an der, wie er bemerkt, in dieser Schroffheit nicht einmal den Quellen entsprechenden „einsseitigen nächternen Formel“, daß Eigentum „die unbeschränkte und ausschließende Herrschaft einer Person über eine Sache sei“, übt er nicht unberechtigte Kritik. Ihr gegenüber weist er in überzeugenden, auf ein reiches Gesetzesmaterial und Äußerungen bedeutender Gelehrter gestützten Ausführungen nach, daß das Eigentum nicht eine an sich unbeschränkte Herrschaft bedeute, die nur durch von außen herantretende Beschränkungen eingeengt werden könne, daß vielmehr dem Begriffe des Eigentums inhaltlich gewisse Verkürzungen der Unbeschränktheit, namentlich solche öffentlicher, insbes. sozialer Art, nicht fremd seien. Die Abgrenzung des Begriffs ist nicht einfach. Besondere Zweifel entstehen bei dem „geteilten Eigentum“. Hier treten in neuerer Zeit die sog. gebundenen Familiengüter insolge des durch Art. 155 RVerf. erlassenen Gebots der Auflösung der Familienfideikomnisse besonders hervor. Der Fideikommißbesitzer ist in seinem Recht nicht durch von außen an dasselbe herantretende Beschränkungen eingeengt, sondern es liegt im Wesen und Inhalte seines Rechts, das als höchste Stufe der Entwicklung des Mitgliedschaftsrechts jedes Mitglieds einer Familiengemeinschaft, der auch er angehört, in dieser Gemeinschaft wurzelt und durch seine Zugehörigkeit zu der Gemeinschaft seinen Inhalt empfängt, daß es nur innerhalb und als Ausfluß der Gemeinschaft ausgeübt werden kann. Es ist deshalb nur ein Recht auf „Besitz und Nutzung“, das nur aus formalen Zweckmäßigkeitsgründen als „Eigentum“ im Grundbuch eingetragen wird (vgl. Art. 15 PrAusfGes. zur GW. und Motive dazu), ein Recht besonderer Art, dessen Wesen vom BGB. nach den Bestimmungen seines Einführungsgesetzes unberührt geblieben ist und das daher mit dem Eigentum des BGB. nicht identifiziert werden darf (vgl. Kübler, „Grunderwerbsteuer“: JZB. 1930, 2278). Als ein besonders geartetes, in sich im privaten Interesse der Familie begrenztes, sog. gebundenes Recht unterscheidet sich materiell das Recht des Fideikommißbesitzers von einem Beschränkungen im öffentlichen Interesse unterworfenen „Eigentum“. Der Verf. behandelt die Auflösung der gebundenen Familiengüter im wesentlichen in dem der Neuordnung des Erbrechts gewidmeten § 2 seines Buches. Es handelt sich freilich bei diesen Familiengütern weniger um eine besondere Art des Erbrechts, sofern man das eigenartige Folgerrecht in das sich als ein Sondervermögen darstellende Familiengut überhaupt als ein Erbrecht ansprechen kann, als vielmehr um ein eigenartiges Sachen- und Familienrecht. Hätte der Verf. seine Gedanken von dem Inhalt des Eigentumsbegriffs in der vorstehend angedeuteten Weise auf die gebundenen Familiengüter weiter verfolgt, so würde er nicht (Anm. 20 S. 60) zu dem einfachen Ausdruck der durch nichts begründeten Äußerung Aereboes aus dessen Agrarpolitik gekommen sein, daß die preuß. Auflösung der Familiengüter „eine völlig unmoralische jophsitische Sabotage der RVerf.“ sei. Die RVerf. will die im privaten Interesse der Familien bestehenden Bindungen beseitigen. Sie denkt aber nicht daran, die auf öffentlichem Interesse beruhenden Beschränkungen des Eigentums zu verbieten (vgl. Kübler, „Die Auflösung der Fideikomnisse und der Waldschub“, Antwort an Prof. Aereboe, Walter de Gruyter Verlag, Berlin u. Leipzig, welche Schrift dem Verf. bei Abfassung seines Buches nicht bekannt war; siehe auch zur Vervollständigung der vom Verf. angezogenen heutigen Literatur über die Familiengüter den Artikel „Fideikomnisse“ von Kübler und Beutner in dem „Rechtsvergleichenden Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes“ S. 342 ff.). Der Verf. behandelt im übrigen die sich aus dem einzuengenden Eigentumsbegriff ergebenden gesetzgeberischen Bestimmungen in der Beschränkung des absoluten Eigentumsbegriffs im Kampf gegen den Bodenegoismus nach jeder Richtung. Er zeigt, wie in Ablehnung einer Ausdehnung der Gleichheitsforderung von der politischen Seite auf die ökonomische im 19. Jahrh. grundsätz-

lich die Anerkennung des Privateigentums beibehalten, jedoch nach einer jene Beschränkungen in den Eigentumsbegriff aufnehmenden Formel gesucht worden sei und unterscheidet dabei die genossenschaftliche, die staatssozialistische, die marxistische, die rechtswissenschaftliche und die bodenreformistische Linie. Dies führt ihn weiter zu einer Schilderung der neueren Sozialisierungsbewegung i. J. 1918/19 und zu einer Darstellung des neuen Siedlungsrechts als innere Kolonisation und städtisches Siedlungsrecht. Bei der Entwicklung des Enteignungsrechts, die selbstverständlich in einem Buche über das Bodenrecht einen wichtigen Teil bildet, stellt der Verf. zu dem heute so viel umstrittenen Art. 153 RVerf., der ausspricht, daß Eigentum verpflichtet und daß sein Gebrauch zugleich Dienst sein solle für das allgemeine Beste, in Übereinstimmung mit seinen Ausführungen über den Eigentumsbegriff fest, daß sich in diesem Artikel die Wendung von der individualistischen zur sozialen Einstellung vollzogen habe. Diese Umwandlung der Einstellung faßt er bei seiner Darstellung über die Neuordnung des Erbrechts dahin zusammen, daß das juristische zivilistische Denken im 19. Jahrhundert immer wieder zu den einzelnen Beteiligten und zu einer reinen individualistischen Betrachtungsweise zurückgekehrt sei, daß aber das 20. Jahrhundert dem eine soziale (oder kollektivistische) Betrachtungsweise, und zwar zunächst nur als eine Möglichkeit, dann aber auch als ein ethisches und politisches Postulat gegenübergestellt habe. Das Buch endet mit folgendem — man möchte sagen resignierendem — Schluß: „Diesen (i. S. des Art. 153 RVerf.) dienenden Individuen steht nun als letzter Empfänger der Dienste der Staat gegenüber. Wir haben keine andere brauchbare Vorstellung dafür. Von den fünf geistigen Linien, die wir durch das 19. Jahrhundert hindurch verfolgt haben, hat sich die staatssozialistische als die stärkste erwiesen. Ohne Zweifel bedeutet das, daß an den Staat besonders hohe ethische Anforderungen herangetragen werden. Und gewiß könnte bisweilen der Zeitgenosse und vornehmlich der Geschichtsschreiber, der diese unausgeglichene Gegenwart durchlebt, Zweifel hegen, ob der jetzige „Staat“ derartigen höchsten Anforderungen wirklich gewachsen ist. Aber es bleibt unserem Willen zur Idee kein anderer Ausweg. — So müssen wir, ausgehend von unserem eigenen Ich, den Staat als den großen Gegenspieler in der Beherrschung des Bodens und des Privateigentums überhaupt hinnehmen. Was ist er? Auch nur ein Menschenwerk. Sagen uns doch die Gelehrten des Staatsrechts, daß auch dieser herrische Staat, dieser Obereigentümer, selber vom Boden abhängig ist, auf dem er steht. So ist dafür gesorgt, daß er an uns gekettet ist und wir an ihn. Staaten und Menschen gehen dahin, aber die Erde bleibt.“

Das Studium des tiefgründigen Buches kann den weitesten Kreisen nur auf das eindringlichste empfohlen werden.

MinDir. i. N. Wirkl. Geh. DJR. Dr. Ernst Kübler, Berlin.

Dr. Wilhelm Steinberg, Bonn: Die Haftung für culpa in contrahendo. (Heft 10 der von der Juristischen Fakultät der Universität Bonn herausgegebenen Bonner Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen.) Bonn 1930. Ludwig Röhrscheid. 131 Seiten. Preis 7 M.

Wer sich in einem leicht lesbaren Buche von relativ geringem Umfang über den gegenwärtigen Stand der Lehre von der culpa in contrahendo orientieren und einen Überblick gewinnen will, wie sich die Lehre in der deutschen Literatur und Praxis entwickelt und was sie hier bisher geleistet hat, der wird die fleißige und zuverlässige Schrift von Steinberg mit Nutzen zu Rate ziehen. Der Verf. freilich an das Buch mit der Erwartung herantreten sollte, daß es die Lehre vom Verschulden beim Vertragschluß weiter fortentwickle, ihr neue Fragen zur Beantwortung stelle und sie durch Verwertung der in den Rechten des Auslandes sich findenden Anregungen um fruchtbare Gedanken bereichere, wird bei der Lektüre des Buches nicht in gleichem Maße auf seine Rechnung kommen. Und doch gibt es in der vom Verfasser behandelten Materie noch eine ganze Menge Arbeit zu leisten. Verfasser untersucht unter anderem, wie die Haftung für Verschulden beim Vertragschluß theoretisch zu begründen sei: ob sie auf Gewohnheitsrecht oder Gesetzesrecht beruhe, ob sie letzterenfalls aus Rechts- oder Gesetzesanalogie, aus dem Wesen des Vertrages oder allgemein aus den §§ 157, 242 BGB. abzuleiten sei. Mir erscheint angesichts der jetzt nicht mehr anzuzweifelnden Tatsache, daß das Verschulden beim Vertragschluß eine Haftung erzeugt, diese Kontroverse ebensowenig behebend, wie etwa im Gebiet der positiven Vertragsverletzung die Streitfrage, ob hier die Haftung mit § 276 oder mit § 280 oder mit den §§ 325, 326 BGB. oder mit allgemeinen Gedanken des Schuldrechts zu begründen sei. Wichtiger ist für den Ausbau der Lehre von der c. i. c. die scharfe Abgrenzung ihres Aufgabebereiches und ihre Reinhaltung von allen sie nichts angehenden und darum ihr Bild nur verdunkelnden Problemen. So ist beispielsweise die Verhinderung des Zugehens der Annahmeerklärung durch den Differenzen kein speziell der Lehre vom Verschulden beim Vertragschluß angehöriges Thema, obwohl es vielfach von der Literatur und auch vom Verfasser unseres Buches hierher gestellt wird. Denn jene Fragen gehören schließlich der Zugangslehre an

und sind für die Annahmeerklärung nicht anders wie für sonstige Willenserklärungen zu beantworten. In gleicher Weise haben nichts mit der Lehre vom Verschulden beim Vertragschluß die vom Verf. ebenfalls hierher gestellten Fälle zu tun, wo jemand ein Warenhaus oder ein Gasthaus zum Zwecke der Entnahme von Waren betritt und durch mangelhafte Einrichtung des Lokales oder seines Inventars zu Schäden kommt. Sie betreffen die Lehre von der c. i. c. ebensowenig, wie etwa der Fall, daß jemand, in dessen Hause eine ansteckende Krankheit herrscht, einen anderen zu Vertragsverhandlungen zu sich bittet und ihn dadurch an seiner Gesundheit schädigt. Vielmehr handelt es sich hier überall um Sorgfaltspflichten, die man nicht, bzw. nicht nur, einem bestimmten Vertragsgegner, sondern jedermann gegenüber zu beobachten hat, dem man zu Verkehrszwecken Räumlichkeiten offen hält oder Einrichtungen zur Verfügung stellt; um Fälle von „Verkehrshaftung“, wenn man sie so nennen will, aber nicht um Fälle von Haftung aus einem werdenden Vertrag. Von einem Verschulden beim Vertragschluß sollte man nur da sprechen, wo die eine Partei während der Vertragsverhandlungen der anderen Partei gegenüber ein schuldhaftes Verhalten beobachtet, das sich gerade auf den ins Auge gefaßten Vertragschluß bezieht (vgl. meinen Artikel über Verschulden beim Vertragschluß im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 6, 517). Es bleiben dadurch für die Lehre vom Verschulden beim Vertragschluß nur die beiden Fallgruppen übrig, wo jemand durch sein schuldhaftes Verhalten den Gegner zum Abschluß eines unwirksamen Vertrages veranlaßt, während der Gegner an die Wirksamkeit des Vertrages glauben durfte, und die andere, wo jemand durch sein schuldhaftes Verhalten einen anderen in einen zwar gültigen Vertrag hineinzieht, aber in einen Vertrag, den der andere mit dem Inhalt, mit dem es geschehen ist, ohne jenes schuldhafte Verhalten nicht eingegangen wäre. Diese beiden Fallgruppen werden natürlich auch in der vorl. Arbeit auseinandergehalten. Es erhebt sich aber die weitere Frage: ist es für die Haftung aus c. i. c. überhaupt notwendig, daß es wenigstens äußerlich zu einem Vertragschluß gekommen ist, oder kann sie auch da praktisch werden, wo Vertragsverhandlungen gescheitert sind? Der Different bestimmt beispielsweise durch unrichtige Angaben, die er im Laufe der Verhandlungen macht, den Gegner zur Ablehnung eines für diesen vorteilhaften Vertragsangebotes, oder durch Verschulden des Differenten geht, während der Dauer der Gebundenheitsfrist, der angebotene Gegenstand unter, so daß sich der Vertragschluß aus diesem Grunde erlirgt. Dem Problem, ob auch hier noch mit dem Gesichtspunkt der c. i. c. operiert werden darf, hätte in einer monographischen Behandlung des Themas näher nachgegangen werden müssen. Auch eine andere prinzipielle Frage, inwieweit nämlich der der Haftung für c. i. c. zugrunde liegende rechtspolitische Gedanke eine Erweiterung in der Richtung der Verurteilungshaftung verträge, ist in der Arbeit (vgl. S. 95) nicht in ihrer vollen Tragweite erkannt und nicht genügend tief behandelt. Kann im Falle des weiten Trunkentums nichtigen Vertrages ein Anspruch auf das Verwehren der Trunkenheit gegen den Vertragsgegner, der ohne sein Verschulden in den Zustand der Bewußtlosigkeit geraten ist, geltend gemacht werden? Und wie ist es nach BGB. mit dem Falle, wo ein wirksamer Vertrag deshalb nicht zustande gekommen ist, weil der Different vor der Annahme des Vertrages gestorben ist (§ 153 BGB.)? — ein Fall, in welchem die im gemeinen Recht herrschende Lehre eine Klage auf negativen Interessensersatz gewährte. Das für die Schadenshaftung aus c. i. c. wichtige Verhältnis von positivem und negativem Interesse ist in der Schrift von Steinberg im allgemeinen richtig erkannt. Aber auch hier vermisst man gewisse prinzipielle Erörterungen, namentlich darüber, inwieweit derjenige, der Schadensersatz verlangt, weil der andere Teil ihn durch sein Verschulden in einen ungünstigen Vertrag hineingezogen habe, beanspruchen kann, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Vertrag zu den von ihm erhofften günstigen Bedingungen zustande gekommen wäre, oder ob der andere Teil sich darauf berufen könne, daß er den Vertrag zu diesen günstigen Bedingungen eben nicht abgeschlossen haben würde. Die Frage wird auf S. 115 nur oberflächlich gestreift und in der Hauptsache wohl zugunsten der letzteren Alternative beantwortet. Wird man aber nicht beispielsweise im Einklang mit einer früher in Deutschland sehr wohl gelübten Praxis demjenigen, der eine Wohnung gemietet hat, bei der sich gerade der Balkon mit seiner schönen Aussicht lockte, während der Vermieter im Moment des Mietabschlusses hätte wissen können, daß diese Aussicht in kürzester Zeit verbaut werden würde, das Recht einräumen müssen, auf Verabsetzung des Mietzinses zu klagen? Solche Klage wird häufig die einzige Form sein, in der sich juristisch der frühere Zustand in einer für den Geschädigten leidlich ausreichenden Weise herstellen läßt. Da wirtschaftlich der negative Ersatzanspruch wegen c. i. c. ähnliche Ziele verfolgt wie das Anfechtungsrecht, so ist für die zulängliche Fundierung der Lehre vom Verschulden beim Vertragschluß auch eine Grenzregulierung zwischen diesen beiden Rechtsbehelfen erforderlich. Und mit alledem ist das Gebiet der ungelösten Zweifelsfragen keineswegs erschöpft. Es bleibt also trotz des Buches von Steinberg für einen künftigen Bearbeiter der Lehre von der c. i. c. noch eine ganze Reihe von Aufgaben zu lösen übrig.

ÖÖR. Prof. Dr. T i s c h, Berlin.

Eugen Sauter, Justizobersekretär am Amtsgericht München:
Der eingetragene Verein. Eine gemeinverständliche Erläuterung des Vereinsrechtes unter besonderer Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung. VIII u. 146 Seiten. Kl. 8°. München 1931. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Preis Leinenband 4,20 M.

Den Hauptinhalt des Buches bildet die systematische Darstellung des geltenden Vereinsrechtes. Dem Juristen bietet sie nichts, was er nicht wüßte oder doch aus Kommentaren leicht entnehmen kann. Dem interessierten Laien, also besonders Vereinsgründern und -mitgliedern, wird das Werk in einfacheren Fragen ein brauchbarer Führer sein. Dies gilt ganz besonders von dem mit Mustern versehenen Abschnitt „Der Verkehr mit dem Registergericht“ (S. 97 ff.). Die Darstellung folgt der sorgfältig angeführten Rspr. der oberen Gerichte. D. S.

Max Rümelin, Kanzler der Universität Tübingen: **Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung.** Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1929. Tübingen. Verlag J. C. B. Mohr. 68 Seiten. Preis 3 M.

Das Problem des Gewohnheitsrechts (ÖR) ist um deswillen besonders reizvoll, weil es der herrschenden Auffassung des Rechts so große Schwierigkeiten macht. Einmal der Auffassung von der engen Verbundenheit von Staat und Recht: Wenn alles Recht seine Geltung vom Staat herleitet — wie kann dann das ÖR. noch Recht sein, das unabhängig vom Staat entsteht?

Sodann der herrschenden Auffassung vom Recht als einer Gesamtheit von Normen: Wie können Volksüberzeugung oder Volksgeist, die als Quelle des ÖR. angesehen werden, Normen erzeugen?

In der vorliegenden Behandlung des ÖR., die Max Rümelin zum Gegenstand seiner vorletzten akademischen Rede gemacht hat, tritt die erstere der genannten beiden Schwierigkeiten nicht in Erscheinung: Rümelin steht hier nicht auf dem Standpunkt der herrschenden Auffassung, sondern betrachtet den Richter weber durch das Gesetz noch durch das ÖR. als unbedingt gebunden. Über dem Gesetz stehe ein für allemal „das Wohl der Gemeinschaft“; widerspreche das Gesetz nach der Überzeugung aller Richter dem „Gemeinwohl“, so sei der Richter nicht daran gebunden (S. 30 ff.).

Ebenso nimmt Rümelin auch nur eine „bedingte Bindung“ des Richters an das ÖR. an (S. 51).

Dagegen ist Rümelin mit der zweiten obengenannten Schwierigkeit nicht fertig geworden. Im Eingang seiner Rede betrachtet er das ÖR. als Teil des objektiven Rechts (S. 5), und also, da das objektive Recht auch für ihn ein Inbegriff von Normen ist (S. 8), auch das ÖR. als Inbegriff von Rechtsfällen (S. 25). Später dagegen (S. 41, 42) erklärt er, daß das „Volk“ und also auch die „Volksüberzeugung“ keine Normen hervorbringen könne, sondern nur „übereinstimmende Wertungen“. So löst sich ihm das ÖR. in eine Anzahl von „Wertungen“ auf, unter denen „die Stärke der Wertbetonung entscheiden muß“ (S. 49).

Die Frage, ob ein nicht aus Normen, sondern nur aus Wertungen bestehendes ÖR. überhaupt noch als ein „Recht“ betrachtet werden kann, hat sich Rümelin nicht gestellt. Nach seinem grundlegenden Standpunkt, daß das objektive Recht ein Inbegriff von Normen sei, hätte er sie verneinen und also seine Untersuchung mit dem Ergebnis schließen müssen, daß wir im ÖR. gar kein objektives Recht vor uns haben.

Eine zutreffende Auffassung vom Wesen des ÖR. ist nach Ansicht des Referenten nur möglich, wenn den Entscheidungen neben den Normen die gebührende Berücksichtigung zuteil wird; meine das ÖR. betreffenden Darlegungen (Rechtsnorm und Entsch. S. 230 ff.) sind Rümelin anscheinend unbekannt geblieben. R. Prof. Dr. Hermann Isay, Berlin.

Judicium. Vierteljahresschrift für die gesamte Zivilrechtspflege. Organ der Vereinigung Deutscher Zivilprozessrechtslehrer. Herausgegeben von W. Risch, München; H. Lucas, Berlin; A. Wendelssohn Bartholdy, Hamburg; M. Pagenstecher, Hamburg; J. D. Sauerländer, München; S. Sperl, Wien; E. Volkmar, Berlin. 3. Jahrgang, 1. Heft (Januar 1931). Mannheim. Verlag J. Bensheimer. Bezugspreis 24 M für das Jahr.

Die rühmlichst bekannte Zeitschrift hat sich seit ihrem Erscheinen einen festen Platz unter den juristischen Zeitschriften erworben. Die Tatsache, daß es eine Vierteljahresschrift ist, ermöglicht die Arbeitsteilung mit anderen juristischen Zeitschriften; sie ist in der Lage, große, wertvolle Aufsätze aufzunehmen, die durch ihren Umfang die Aufnahme in andere Zeitschriften verbieten.

Zu diesen vortrefflichen Aufsätzen gehört neben anderen in erster Linie der wegen der Person seines Verf. wie wegen seines Inhalts gleich beachtliche Aufsatz von Schwister über die Frage: „Ist die ‚Vorlesung‘ überaltert?“, ein hervorragender Aufsatz, der gerade jetzt, da die Studienreform wieder einmal im Vordergrund des Interesses steht, besondere Beachtung verdient. Aus den reichen Inhalt und die tiefen Gedanken des Aufsatzes wird an anderer Stelle eingegangen werden. Hier mag nur der Verneinung Ausdruck gegeben werden, daß auch der Verf. dieses Aufsatzes für die Beibehaltung der Vorlesungen eintritt, daß er aber auch dafür eintritt, daß das große Werk, an dem seit 20 Jahren gearbeitet wird, gefördert und auf dem Gebiete des Ausbildungswezens eine wirkliche Einheit Deutschlands einschließlich Österreichs erreicht werde.

Auf einen weiteren hochaktuellen Aufsatz sei hier noch hingewiesen, den Aufsatz des ausgezeichneten Mitarbeiters an der Reform des Prozeßwesens: Mendelssohn-Bartholdy, Zivilprozeßreform als politische Frage. Er behandelt das viel erörterte und heute ebenfalls im Vordergrund des Interesses stehende Thema einmal von einer anderen Seite betrachtet, nämlich ob heute staatspolitisch eine Änderung des Prozeßwesens geboten oder auch nur staatspolitisch erlaubt sei. Auch zu diesen tiefdurchdachten, beachtlichen Ausführungen wird kritisch Stellung zu nehmen sein. Hier mögen die Worte eine Stätte finden, die sicherlich nicht nur jeder Anwalt, sondern jeder unbefangene an die Dinge herantretende Richter und Rechtslehrer unterschreiben wird, die Ausführungen, in denen der mit dem Rechtsleben des Auslandes und vornehmlich Englands wie wenige vertraute Verf. ausführt, daß „das Beispiel Englands zeige, daß stärkster Anwaltszwang — wobei es gleichgültig ist, ob er auf Gesetz oder Konvention beruht — das beste Mittel ist, um die Zahl der Prozesse nieder zu halten. Das verkennet die anwaltsfeindliche Richtung in Deutschland gründlich; sie glaubt den Richter auf Kosten des Anwalts in seiner Prozeßmacht stärken zu können,

was ganz unmöglich ist. Nicht nur in England, in den Vereinigten Staaten, in Frankreich, also in Ländern, die zwar recht mächtig, aber doch des Liberalismus oder der Demokratie verdächtig sind, sondern auch in Italien weiß man, daß der Anwalt der beste Gehilfe des Richters ist und zugleich in Millionen von Fällen die einzige Hemmung, die zwischen der ungeheuren Prozeßsucht, Rechtshaberei und Gehässigkeit des Volks und den Gerichten steht. Wird der Anwaltsstand beseitigt, so wird auf jedem Gericht ein Polizeiposten eingerichtet werden müssen.

Deshalb fordere ich Ausdehnung des Anwaltszwanges auf alle streitig bleibenden amtsgerichtlichen Sachen. Das bedeutet wieder keine Verminderung der Arbeitslast der Anwälte, da die Armensachen sich bei dieser Regelung um ein Vielfaches vermehren würden. Aber die Organisation des Armenrechtsdienstes ist wiederum eine erziehlische Sache für den Anwaltsstand.“ M.

Dr. Fritz Koppe: Die Einkommensteuererklärung 1931 nach dem Einkommensteuergesetz, den Einkommensteuerverordnungen und neuesten Erlassen der Rechtsverordnungen vom 26. Juli und 1. Dezember 1930. Mit den amtlichen Musterformularen in Zweifarbendruck ausgefüllt und für die Praxis ausführlich erläutert. Berlin 1931. Industrie-Verlag Spaeth & Linde. 170 Seiten. Preis kart. 4 M.

Das Buch bietet wie seine Vorgänger wertvolle Hilfe bei der Abfassung der diesjährigen Einkommensteuererklärung. Eingangs werden die für die Abgabe der Steuererklärung besonders wichtigen Fragen des Einkommensteuerrechts dargestellt, daran schließt sich eine Erläuterung der amtlichen Formulare. Schließlich sind auch die sonst schwer zugänglichen Erlasse und Durchführungsbestimmungen zum Ausdruck gelangt. D. S.

Rechtsprechung.

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 Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

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

I. Materielles Recht.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

**** 1.** §§ 93, 94, 97 BGB.; § 90 ZwVerstG. Bei einem auf zwei verschiedenen Eigentümern gehörigen Grundstück stehenden Fabrikgebäude gehören die Baulichkeiten als Bestandteil zum Grundstück, auf dem sie errichtet sind, die Maschinen als Zubehör zu dem Grundstück, das den Fabrikbetrieb trägt, dem sie dienen.

Am 5. Aug. 1926 erstand der Befl. Grundstücke in der Zwangsversteigerung und erhielt sie bald darauf zugeschlagen. Mehrere auf diesen Grundstücken stehende Bauwerke, insbes. ein Fabrikgebäude, greifen mit beträchtlichen Teilen auf das im Eigentum des S. S. verbliebene Nachbargrundstück Blatt 809 desselben Grundbuchs über; sie waren errichtet worden, als alle drei Grundstücke sich noch in einer Hand befanden. Im Versteigerungstermin gab der Richter bekannt, daß seiner Ansicht nach die auf dem Grundstück Blatt 809 stehenden Gebäude Bestandteile der beschlagnahmten Grundstücke seien und daher mit auf den Ersterher übergingen, daß sie aber nach anderer Rechtsauffassung zu den Bestandteilen des Grundstücks Blatt 809 gehörten und im Falle der Richtigkeit dieser Auffassung nicht mit zugeschlagen würden. Der Kl., für den auf Blatt 809 eine Hypothek eingetragen ist, beantragt im gegenwärtigen Rechtsstreit die Feststellung, daß dem Befl. durch den Zuschlag Eigentumsrechte oder sonstige Rechte an den auf dem Grundstück Blatt 809 errichteten Bauwerken und an den für diese Bauwerke beschafften Maschinen und sonstigen Zubehörstücken nicht zustehen.

BG. und BG. haben nach dem Klageantrag erkannt; das RG. hat aufgehoben, soweit die Maschinen in Frage kommen, im übrigen die Rev. zurückgewiesen.

Den Ausführungen des BG., daß der Befl. durch den Zuschlag das Eigentum an den auf dem Grundstück Blatt 809 errichteten Gebäuden nicht erlangt hat (§ 90 ZwVerstG.), ist lediglich beizutreten. Denn diese Gebäude sind gemäß § 94 Abs. 1 BGB. wesentliche Bestandteile des Grundstücks Blatt 809, nicht aber solche der dem Befl. zugeschlagenen Grundstücke geworden. Diese Auffassung entspricht der ständigen Rspr. des RG. (vgl. u. a. RG. 65, 363¹⁾; 70, 200²⁾; 72, 272³⁾; RGKomm. Erl. 1 zu § 94), von welcher abzugehen die Ausführungen der Rev. keinen Anlaß bieten.

Dagegen ist die Rev. begründet, insofern sie sich auf die Maschinen und sonstigen Zubehörstücke bezieht, welche zu dem vom Vorderichter für maßgeblich erachteten Zeitpunkt (§§ 20, 55 ZwVerstG.; vgl. § 1120 BGB.) in den auf dem Grundstück Blatt 809 stehenden Bauwerken aufgestellt waren. Das angefochtene Urteil läßt es dahingestellt, ob diese Maschinen gemäß § 94 Abs. 2 BGB. wesentliche Bestandteile der Gebäude auf dem Grundstück Blatt 809 oder nach § 97 Abs. 1, § 98 Ziff. 1 BGB. deren Zubehör geworden sind. Trifft ersteres zu, so kann es allerdings keinem Zweifel unterliegen, daß der Befl. nicht Eigentümer dieser Maschinen geworden ist. Allein bei Maschinen, selbst wenn sie für den Fabrikbetrieb wesentlich und mit dem Bauwerk verbunden sind, ist der Regel nach eine Einfügung zur Herstellung des Gebäudes (§ 94 Abs. 2 BGB.) nicht anzunehmen. Eine solche Annahme ist vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn Maschinen und Bauwerk besonders aufeinander gearbeitet, insbes. wenn erstere an die Bauart und die Gliederung des Gebäudes angepaßt sind (vgl. u. a. RG. 67, 30⁴⁾; RGKomm. Erl. 2 zu § 93 Bb. I S. 105, 106; Erl. 7 zu § 94 das. S. 112 nebst Nachweisen). Hierüber fehlt es bisher an einer Feststellung. Sollte sich ergeben, daß die Maschinen — ebenso wie die „sonstigen Zubehörstücke“ — nicht wesentliche Bestandteile des Grundstücks Blatt 809, sondern Zubehör der Fabrik sind, so käme es darauf an, ob in den auf dem Grundstück Blatt 809 stehenden

¹⁾ ZB. 1907, 300.

²⁾ ZB. 1909, 162.

³⁾ ZB. 1910, 60

⁴⁾ ZB. 1908, 8.

Gebäudeteilen ein selbständiger Fabrikbetrieb stattfindet, — dann wären die dort untergebrachten Maschinen Zubehör dieses Betriebes —, oder ob die drei Grundstücke zu einem einheitlichen Fabrikbetriebe eingerichtet sind — dann wären sie Zubehör desjenigen Grundstücks, das den Mittelpunkt des einheitlichen Betriebes bildet (RGW. 1910 Nr. 312; RGKomm. Erl. 5 zu § 97). Auch hierzu bedarf es noch der tatsächlichen Feststellung. Der Rechtsansicht des BG., daß es nicht angehe, die in dem übergebauten Gebäudeteile stehenden Maschinen als Zubehör des anderen Teiles anzusehen, kann, zum mindesten in dieser Allgemeinheit, nicht beigetreten werden. Denn maßgebend ist nach § 97 Abs. 1 BGB. die Hauptsache, deren wirtschaftlichem Zweck das Zubehör zu dienen bestimmt ist (vgl. auch § 98 BGB.).

(U. v. 20. Nov. 1930; 108/30 VI.)

[Ru.]

2. § 138 BGB.; §§ 1, 22—42 R.D.; § 286 Z.P.D.

1. Ein Vertrag, durch den der Schuldner einem Gläubiger sein Warenlager und die zukünftig in das Lager einzubringenden Waren zur Sicherheit übereignet, ist nur dann sittenwidrig, wenn der Schuldner beim Fehlen weiterer genügender Mittel nicht mehr in der Lage ist, seine anderen Gläubiger zu befriedigen und wenn dies den Vertragsparteien bekannt war.

2. Es genügt nicht das Bewußtsein jeder entfernten Möglichkeit einer Schädigung der übrigen Gläubiger.

3. Die Entscheidung der Frage, ob für diese genug freies Vermögen übrigblieb, erfordert eine Feststellung wenigstens in runden Zahlen hinsichtlich des Wertes des freien Vermögens und der Höhe der Schulden; es genügt nicht die Feststellung, das freie Vermögen sei nicht unbedeutend gewesen.

4. Bei einer Lombardierung von Warenlagern und Forderungen zwecks Sanierung eines annehmbar nur vorübergehend in schwieriger Lage befindlichen Unternehmens darf eine Bank das für die übrigen Gläubiger freie Vermögen mit den im Falle ruhiger Abwicklung zu erwartenden Beträgen bewerten, nicht nur mit Zwangsverwertungserlösen.

5. Sichtbarmachung der erfolgten Übereignung eines Warenlagers durch Anschriften im Lager schließt eine Geheimhaltungsabsicht nicht aus, wenn nicht ersichtlich ist, wie die Sichtbarmachung zur Kenntnis der Gläubiger hätte kommen sollen.

6. Ist eine Sicherungsübereignung einmal rechtswirksam erfolgt, so wird sie nicht rückwirkend nichtig dadurch, daß später ein durch sie tatsächlich vorbereiteter sittenwidriger Vertrag zustande kommt, mag auch dieser Vertrag in Verbindung mit jenem eine Schadensersatzpflicht auslösen.

7. Hat ein Sicherungsübereignungsvertrag, ohne nichtig zu sein, Schadensansprüche der Gläubiger aus § 826 BGB. ausgelöst, so ist der Konkursverwalter nicht legitimiert, diese Ansprüche geltend zu machen, auch nicht einredeweise. †)

Der Gemeinschuldner, in dessen Konkursverfahren der Besl. zum Verwalter bestellt worden ist, war Inhaber der

Firma WRT. Er stand seit März 1924 mit der Kl. in Geschäftsverbindung und erhielt von ihr bis März 1925 nur Rembourskredit. In der Zeit von Ende März 1925 bis zum 26. Aug. 1925 löste die Kl. Kredite, welche den WRT. von anderen Banken und Firmen gegen Übereignung von Waren gewährt worden waren, ab. Zur Sicherung für alle damaligen und künftigen Forderungen der Kl. aus Kreditgewährung oder aus anderem Rechtsgrunde übereigneten die WRT. einer Treuhänd-AG. als Treuhänderin der Kl. zunächst durch Vertrag v. 30. Juli 1925 ihre Bestände an Rohbaumwolle und Garnen, die in ihren Fabriken Schweizerthal und Werdau an bestimmten Orten lagerten. Dabei bedangen sich die WRT. — vorbehaltlich jederzeitigen Widerrufs der Treuhänderin — das Recht aus, von den übereigneten Waren einzelne Posten zu übernehmen, nachdem sie zuvor andere den entnommenen gleichwertige Waren den übereigneten Beständen hinzugefügt hätten. Der Wert dieser Bestände sollte stets 400 000 RM betragen. Am 17. Aug. 1925 wurde dieser Vertrag dahin ergänzt, daß die WRT. ihre sämtlichen gegenwärtigen und zukünftigen Bestände an Rohbaumwolle, Halb- und Fertigfabrikaten, die in den beiden Fabrikgrundstücken lagerten und künftig zur Einlagerung kommen würden, der Treuhänderin übereigneten. Der Wert der übereigneten Bestände sollte stets 600 000 RM betragen. Die WRT. verpflichteten sich, die übergehenden Waren in einer der Treuhänderin zweckmäßig erscheinenden Weise als deren Eigentum kenntlich zu machen und über sie ein besonderes Lagerbuch mit einer das Eigentum der Treuhänderin ergebenden Aufschrift zu führen, und sie sollten berechtigt sein, einzelne Posten zu übernehmen, zu verkaufen und den Käufern auszuliefern, sollten aber dafür andere gleichwertige Waren den übereigneten Beständen wieder hinzufügen. Am 6. Febr. 1926 wurde über die WRT. Geschäftsaufsicht angeordnet und am 23. oder 26. März 1926 über das Vermögen des Inhabers der WRT. das Konkursverfahren eröffnet. Obwohl die Treuhänderin schon am 11. März 1926 die Befugnis, einzelne Posten aus den übereigneten Beständen zu übernehmen, widerrufen und nach der Konkursöffnung den Widerruf wiederholt hatte, veräußerte der Besl. einen Teil der dem Treuhänder übereigneten Waren im Werte von etwa 44 000 RM. Er bestritt die Rechtmäßigkeit der Vereinbarungen v. 30. Juli und 17. Aug. 1925. Die Parteien einigten sich dahin, daß die 44 000 RM auf ein Sonderkonto eingezahlt würden.

Die Kl., welcher die Treuhänderin ihre Ansprüche gegen den Besl. abgetreten hat, verlangte von ihm die Einwilligung dazu, daß ihr die eingezahlten Beträge ausgezahlt würden. BG. und OBG. gaben der Klage statt. Die Rev. führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung.

Die 2. ZK. des BG. in D. hat in einer Klagefache von 10 Firmen (S. & Co. und Gen.) gegen 1. die S.-Bank, 2. die jetzige Kl., 3. den Bankdirektor B. (2 CG 71/26) durch Art. v. 29. Febr. 1928, das mit Berufung angefochten und noch nicht rechtskräftig geworden ist, angenommen: Die beiden Banken, die damaligen Besl. zu 1 und 2, hätten sich nach und nach durch eine Kette von Verträgen fast das ganze Vermögen der WRT. zur Sicherung ihrer Kreditforderungen übereignen lassen und dadurch den Gemeinschuldner ihnen, den Banken, gegenüber in völlige, seine Bewegungsfreiheit so gut wie aufhebende Schuldknechtschaft gebracht. Am 30. Nov. 1925 sei der Gemeinschuldner nach innen ein Schuldknecht, nach außen ein Strohhalm gewesen, und das hätten die damaligen Besl. gemeinsam mit dem Gemeinschuldner geheimgehalten. Deshalb seien die Besl., darunter auch die jetzige Kl. verpflichtet, den damaligen Kl. den Schaden zu ersetzen, den sie durch Lieferungen auf Kredit an die WRT. erlitten

Zu 2. Der vorliegende Tatbestand ist typisch. Zunächst wird eine sich in mäßigen Grenzen haltende Sicherungsübereignung vorgenommen. Es folgt dann bald eine umfassendere. Der Zusammenbruch des Schuldners tritt etwa ein halbes Jahr später ein. Wie aus den einleitenden Bemerkungen der Entscheidungsgründe ersichtlich, laufen zwei Prozesse nebeneinander. Der Konkursverwalter hat Nichtigkeit der Sicherungsübereignung geltend gemacht. Mehr Gläubiger haben eine Schadensersatzklage nach § 826 angestrengt.

1. Nur über die Frage der Gültigkeit der Sicherungsübereignung ist hier entschieden worden. Wesentlicher Leitgedanke der Entsch. ist, daß die Frage einer Nichtigkeit wegen Kredittäuschung

oder Knebelung nur nach den Umständen zu beurteilen ist, die im Zeitpunkt des Abschlusses des einzelnen Sicherungsübereignungsvertrages vorliegen. Was hierzu das RG. ausführt, darf im allgemeinen auf Zustimmung rechnen. Nachträglich eintretende, bei Annahme der üblichen Sorgfalt nicht voraussehbare Umstände können eine einmal gültig begründete Sicherungsübereignung nicht nichtig machen. Die Erfordernisse, die das Bewußtsein einer Gläubigertäuschung ausschließen, lassen sich, wie folgt, zusammenfassen:

1. Nach Lage der Umstände darf die Gefahr nicht nahe liegen, daß andere Gläubiger durch die Sicherungsübereignung geschädigt werden. Der Gläubiger muß sich darüber unterrichten. Er muß

hätten. Auch wenn die einzelnen Verträge, für sich betrachtet, noch keinen Grund zu Beanstandungen erkennen ließen, so seien sie doch in ihrer Gesamtheit sittenwidrig. Im September 1925 habe die jetzige Kl. die Geldverhältnisse der WRT. als „angespannt“ erkannt. Etwa Anfang oder Mitte Oktober 1925 habe sie die Lage der Firma als gefährdet erkannt; wenn man aber auch eine Erschütterung des Vertrauens der Kl. in die Lage der WRT. bis Ende Oktober 1925 verneinen wollte, insbes. deshalb, weil sie einen Betrag von 200 000 RM, um den sie den ihnen eingeräumten Kredit überzogen gehabt hätten, noch in den ersten Tagen des November 1925 abgedeckt hätten, so könne das Vertrauen doch nicht über den 7., keineswegs über den 10. Nov. 1925 hinaus bestanden haben.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die 6. ZR. des selben O.G. die Sittenwidrigkeit der beiden Verträge v. 30. Juli und 17. Aug. 1925 verneint. Es hat angenommen: Nach dem Gutachten des von ihr gehörten Sachverständigen K. habe die Kl. bei Abschluß des zweiten Vertrages ein Guthaben bei den WRT. von 1 215 031,18 RM gehabt, das sich noch um die Verbindlichkeiten aus laufenden Wechseln erhöht habe. An Sicherheiten habe sie dafür Werte von insgesamt 1 615 640 RM in Aktien, in einer Hypothek, in einer Vormerkung und in Warendeckung gehabt. Daneben habe die S.-Bank Sicherheiten in Höhe von 1 474 241,50 RM gehabt. Selbst wenn man die Sicherheiten beider Banken zusammenrechne, hätten dem Gemeinschuldner am 17. Aug. 1925 noch 1 914 504,99 RM freie Werte zur Verfügung gestanden. Aber da die Banken in keinem irgendwie gearteten Gesellschafts- oder Gesamtgläubigerverhältnis noch in einer Interessengemeinschaft gestanden hätten und nichts dafür vorliege, daß die Kl. mit der S.-Bank in gewolltem Zusammenwirken gehandelt habe, so müßten die Sicherungen der S.-Bank bei Würdigung des Verhältnisses der Kl. zu den WRT. außer Betracht bleiben. In dem Gutachten K.s seien aber die Aktien noch zu niedrig angegeben. Vor allem fehle das Privatvermögen des Gemeinschuldners, das damals noch sehr beträchtlich gewesen sei. Auch sei zu beachten, daß noch andere Gläubiger Sicherheiten in Händen gehabt hätten und daß die Kl. erst auf Grund des Vertrages v. 30. Juli 1925 die Schulden der WRT. an die Treuhandverwaltung für das Deutsch-Niederländische Finanzabkommen (Tredifina) abgedeckt und dafür die dieser zur Sicherung übereigneten Warenbestände als Sicherheit erhalten habe. Die von der Kl. mit den WRT. geschlossenen Geschäfte seien durchaus üblich und seien in der Nachkriegszeit zu einer wirtschaftlichen Notwendigkeit geworden. Die Volkswirtschaft könne nur dadurch aufrechterhalten werden, daß die Banken in weitem Umfang als Geldgeber auftreten, und es sei selbstverständlich, daß sie sich für die gewährten Kredite zu sichern suchten. Ohne solche Sicherungen wären die Banken nicht in der Lage, notleidenden Firmen an die Hand zu gehen. Die WRT. seien ein so großes und in so hohem Ansehen stehendes Unternehmen gewesen, daß selbst bei schwieriger Lage mit ihrem Zusammenbruch nicht habe gerechnet zu werden brauchen. Das die Berufung zurückweisende Urz. des O.G. führt aus: Es könne offen bleiben, ob gegenüber den Einwendungen des Bekl. gegen die Richtigkeit des K.schen Gutachtens das freie Vermögen des Gemeinschuldners am 17. Aug. 1925 wirklich noch annähernd 2 Millionen RM betragen habe. Jedenfalls sei es, wenn vielleicht auch geringer, doch immer noch nicht unbeträchtlich gewesen und habe in den Augen der Kl. den übrigen Gläubigern noch eine hinreichende Sicherheit für

ihre Forderungen geboten. Es fehle, selbst bei Zugrundelegung alles dessen, was der Bekl. für eine geringere Bewertung anführe, vor allem an einem Nachweise dafür, daß die Kl. die Minderwertigkeit der dem Gemeinschuldner am 17. Aug. 1925 gehörenden freien Vermögensstücke gekannt habe und darauf ausgegangen sei, sich durch die beiden Verträge unter Außerachtlassung der auch von ihr zu berücksichtigenden Rechte der anderen Gläubiger wegen ihrer damaligen Ansprüche, noch dazu in übermäßiger Höhe, zu sichern. Es fehle sowohl daran, daß der Gemeinschuldner durch die Sicherungsübereignung der Waren fast aller Mittel zur Befriedigung seiner anderen Gläubiger entblößt worden sei, als auch an dem Bewußtsein der Kl. davon, daß die übrigen Gläubiger durch die Verträge auch nur gefährdet werden könnten. Vor allem aber sei die Kl. nicht auf Geheimhaltung der Sicherungsübereignungen ausgegangen, sondern sei im Gegenteil bestrebt gewesen, in einer auch den berechtigten Belangen der anderen Gläubiger genügenden Weise ihr Eigentum kenntlich zu machen, so daß es an der eine Sittenwidrigkeit in erster Linie begründenden Verschleierungsabsicht gefehlt habe. Die anderen später geschlossenen Verträge zwischen der Kl. und den WRT. könnten nicht zur Begründung einer Unsittlichkeit und Nichtigkeit der beiden Verträge v. 30. Juli und 17. Aug. 1925 herangezogen werden, zumal die Kl. nach der eigenen Darstellung des Bekl. erst nach dem 17. Aug. 1925 die gefährdete Lage des Gemeinschuldners erkannt habe.

Die Rev. rügt mit Recht, daß das O.G. keine hinreichenden, seine Schlußfolgerungen rechtfertigenden Feststellungen getroffen habe.

Ein Vertrag, durch den der Schuldner einem Gläubiger sein Warenlager und die zukünftig in das Lager einzubringenden Waren zur Sicherheit übereignet, ist nicht unter allen Umständen sittenwidrig. Er ist es nur dann, wenn der Schuldner durch die Sicherungsübereignung zugunsten eines Gläubigers beim Fehlen weiterer genügender Mittel nicht mehr in der Lage ist, seine anderen (gegenwärtigen und zukünftigen) Gläubiger zu befriedigen, und wenn dies den Vertragsparteien bewußt war. Dabei braucht zwar nicht die Absicht der Gläubigerschädigung vorgelegen zu haben. Aber die Vertragsparteien müssen doch mindestens das Bewußtsein der Möglichkeit gehabt haben, daß die übrigen Gläubiger durch die Sicherungsübereignung geschädigt würden (vgl. RG. 118, 363). Um zu der Frage, ob hiernach im vorliegenden Fall eine Sittenwidrigkeit und deshalb Nichtigkeit der Sicherungsübereignung nach § 138 BGB. zu bejahen ist, sachlich Stellung nehmen zu können, bedarf es einer Feststellung der ganzen Umstände des Falles. Mit Recht sagt die Rev., die Frage, ob das freie Vermögen den anderen Gläubigern noch hinreichende Sicherheit geboten habe, hätte nur im Verhältnis zur gesamten Schuldenlast der WRT. entschieden werden können. Das O.G. stellt überhaupt nicht fest, wie groß am 17. Aug. 1925 diese ganze Schuldenlast, wie hoch damals die ungesicherten Schulden gewesen sind und welchen Wert das zur Deckung der letzteren in Betracht kommende freie Vermögen gehabt hat. Das O.G. hatte auf Grund des von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens angenommen, daß die WRT. am 17. Aug. 1925 noch fast 2 Millionen RM freies Vermögen gehabt hätten, wozu noch das nicht unbeträchtliche persönliche freie Vermögen des Gemeinschuldners gekommen sei. Der Bekl. hat aber näher begründete Einwendungen gegen die Richtigkeit dieses Gutachtens erhoben. Zu ihnen hat das O.G. in ganz unzulänglicher Weise Stellung genommen. Es hat sich darauf be-

wenigstens in runden Summen eine Feststellung über das Verhältnis des freien Vermögens und der Höhe der Schulden sich zu verschaffen suchen. Das Urteil verlangt derartige Feststellungen vom dem Gericht, das nachträglich die Frage der Gültigkeit beurteilt. Man wird sie aber sinngemäß auch vom Sicherungsnehmer bei Abschluß des Vertrages verlangen müssen. Ganz fernliegende Möglichkeiten einer Gläubigerbenachteiligung, die ja bei einer Sicherungsübereignung kaum auszuschießen sind, fallen ihm nicht zur Last.

2. Bei dieser Feststellung darf das freie Vermögen mit dem im Falle ruhiger Abwicklung zu erwartenden Beträgen bewertet werden, wenn eben eine solche ruhige Abwicklung bei sorgfältiger Prüfung der Sachlage angenommen werden kann. Hier scheint mir ein in den Urteilsgründen vielleicht nicht genügend hervorgehobener

Punkt zu liegen. Wenn bei der Prüfung der Sachlage nach den Grundätzen ruhiger Abwicklung bewertet wird, dann muß auch mit aller Sorgfalt geprüft werden, ob solche ruhige Abwicklung wirklich erwartet werden darf. Dem Sicherungsnehmer ist hier eine besonders verantwortliche Prüfungspflicht aufzuerlegen.

Den besonders wichtigen Grundsatz der vorliegenden Entsch. könnte man dahin formulieren. Für die Frage der Gültigkeit der Sicherungsübereignung ist der Satz anzuwenden: mala fides superveniens non nocet. Nach dem Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages eintretende Umstände können für das Bewußtsein der Gläubigerbenachteiligung oder der Schuldnernebelung nicht herangezogen werden.

II. Offen bleibt die Frage, wie weit durch solche mala fides superveniens der Tatbestand des § 826 begründet werden kann.

beschränkt, zu sagen, es möge offenbleiben, ob angesichts der Einwendungen des Bekl. das freie Vermögen am 17. Aug. 1925 wirklich noch an die 2 Millionen *RM* betragen habe. Jedenfalls sei es, wenn vielleicht auch geringer, doch immer noch „nicht unbedeutend“ gewesen und habe daher in den Augen der Kl. den übrigen Gläubigern noch eine hinreichende Sicherheit für ihre Forderungen geboten. Wenn auch keine bis auf Kleinigkeiten genaue Feststellung über den Wert des freien Vermögens und über die Höhe der Schulden, die daraus befriedigt werden mußten, getroffen zu werden brauchte, so mußte doch das BG. feststellen, wie hoch etwa — in runden Summen — jene Schulden und der Wert des zu ihrer Sicherung noch vorhandenen Vermögens gewesen sind. Ohne solche Feststellung ist nicht zu erkennen, ob das BG. nicht etwa mit dem Erfordernis eines „nicht unbedeutenden“ freien Vermögens zu geringe Anforderungen an das Maß der für die anderen Gläubiger erforderlichen Sicherung gestellt hat. Und ob die Kl. diese Sicherung als hinreichend hat ansehen können, läßt sich auch nur entscheiden, wenn festgestellt wird, welche Kenntnis die Kl. von der Höhe der Schulden und von dem Wert des freien Vermögens gehabt hat. Die Unterlassung der gebotenen Feststellungen verstößt gegen § 286 ZPO.

Die Rev. meint, auch wenn die Kl. die unmittelbare Gefährdung erst nachträglich erkannt habe, schließe das nicht aus, daß sie die Möglichkeit erkannt habe, daß durch die beiden Verträge andere Gläubiger gefährdet werden könnten. Die Möglichkeit, daß eine Sicherungsübereignung sich bei einer besonders ungünstigen Entwicklung der Verhältnisse als für die übrigen Gläubiger nachteilig erweist, ist nie ganz auszuschließen. Wenn aber in der schon erwähnten Entsch. des 7. ZivSen. (RG. 118, 363) anstatt der Absicht der Gläubigerbenachteiligung das bloße Bewußtsein der Möglichkeit einer Schädigung als ausreichend bezeichnet worden ist, so ist damit offenbar nicht das Bewußtsein jeder entfernten Möglichkeit, sondern — entsprechend den Umständen des damals entschiedenen Falles — das Bewußtsein einer Möglichkeit gemeint, mit deren Verwirklichung der Sicherungsnehmer als mit einer nach Lage der Umstände nicht ganz fernliegenden Gefahr rechnet. Das Bewußtsein einer solchen Möglichkeit ist zu verneinen, wenn, wie das BG. angenommen hat, die Kl. nicht das Bewußtsein gehabt hat, daß die übrigen Gläubiger auch nur gefährdet werden könnten. Für solche Annahme fehlt es aber, wie oben bemerkt, an der erforderlichen Feststellung darüber, was die Kl. bis zum 17. Aug. 1925 von der Höhe der Schulden und von dem Wert des freien Vermögens gewußt hat.

Zu Unrecht rügt die Rev., das BG. habe gegen § 286 ZPO. auch dadurch verstoßen, daß es bei der Prüfung der Frage, wie die Kl. die wirtschaftliche Lage des Gemeinschuldners gewürdigt habe, die Behauptung nicht berücksichtigt habe, daß die Bankschulden des Gemeinschuldners i. F. 1924 von etwa 240 000 auf 3 200 000 *RM* angewachsen seien. Diese Behauptung war unerheblich, da zu Anfang des Jahres 1924, kurz nach der Festigung der deutschen Währung, die Bankschulden allgemein sehr gering waren und erst im Laufe des Jahres 1924 allgemein wieder stark angewachsen sind.

Ebenso meint die Rev. mit Unrecht, es dürfe der Kl. nicht zugute gehalten werden, daß sie das freie Vermögen für richtig bewertet und im Falle einer Zwangsversteigerung für zu den angelegten Preisen realisierbar gehalten habe. Denn eine Bank, die sich selbst für den Fall eines Zusammen-

bruchs des Schuldners sichere, dürfe die für die übrigen Gläubiger verbleibenden Sicherheiten ebenfalls nur unter dem Gesichtspunkt bewerten, daß sie zwangsweise verkauft werden müßten. Eine solche Bewertung würde darauf hinauslaufen, die Lombardierung von Warenlagern und Forderungen in weitem Umfange unmöglich zu machen, und würde damit die Erfüllung der Aufgabe der deutschen Banken, der Kapitalnot der deutschen Wirtschaft nach Möglichkeit abzuhelfen, zu einem großen Teil vereiteln. Gerade wenn Vermögensstücke eines Unternehmens zur Sicherheit übereignet werden, um die Sanierung des Unternehmens zu ermöglichen, dessen augenblickliche Lage als angespannt angesehen, aber im Grunde für gesund gehalten wird, dann kann es nicht als ungerechtfertigt angesehen werden, das Vermögen mit den Beträgen zu bewerten, die bei der gerade mit der Sanierung bezweckten ruhigen Abwicklung der Geschäfte zu erwarten sind.

Bedenken unterliegt die Annahme des BG., aus der Anbringung von Tafeln mit der Aufschrift TV in den übereigneten Warenlagern sei der Schluß zu ziehen, daß die Kl. bei den Verträgen v. 30. Juli und 17. Aug. 1925 nicht auf Geheimhaltung der Sicherungsübereignung und demgemäß nicht auf eine Verschleierung der wahren Sachlage ausgegangen, sondern im Gegenteil bestrebt gewesen sei, die Sicherungsübereignung den anderen Gläubigern kenntlich zu machen. Wenn auch die Beantwortung dieser Frage auf dem dem Tatrichter vorbehaltenen Gebiet der Tatsachewürdigung liegt, so fehlt es doch an einer dem § 286 ZPO. genügenden Begründung der Annahme des BG. Angesichts der Tatsache, daß die Gläubiger der WKL. durchweg nicht in der Nähe der Läger von Schweizertal und Werbau, sondern an weit entfernten Plätzen ansässig waren und nicht ersichtlich ist wie die Anbringung der Schilder und die Bedeutung der Buchstaben TV zur Kenntnis der Gläubiger hätten kommen sollen, hätte die Annahme des BG. näherer Begründung bedurft.

Nicht begründet ist dagegen die Ansicht der Rev., entscheidend für die Absicht der Verschleierung seien die Auskünfte, die der gesetzliche Vertreter der Kl. B. nach den Feststellungen in dem Ur. v. 29. Febr. 1928 abgegeben habe, und wenn diese Feststellungen, die der Bekl. sich durch den Vortrag dieses Urteils zu eigen gemacht habe, für die Rev.Just. unterstellt würden, dann sei die Annahme unmöglich, daß die Kl. bei Abschluß der Verträge, deren Offenlegung gewünscht habe. Die Auskünfte B.s liegen sämtlich nach dem 17. Aug. 1925, stehen also mit der Annahme des BG. über die Willensrichtung der Kl. bis zu diesem Tage nicht in Widerspruch.

Die Rev. meint weiter, rechtsirrig sei die Auffassung des BG., daß die beiden genannten Verträge nur für sich besonders betrachtet werden könnten, und daß alle späteren Vorgänge, insbes. die späteren Sicherheitsbestellungen, die die Kl. und mit ihrer Kenntnis die S.-Bank sich nachträglich hätten geben lassen, außer Betracht bleiben müßten. Allerdings können aus späteren Verträgen Schlüsse auf die Willensrichtung zur Zeit des Abschlusses der beiden Verträge gezogen werden. Aber wenn das BG. annimmt, die Kl. habe die gefährdete Lage der WKL. erst später erkannt, dann ist es nicht rechtsirrtümlich, zu sagen, daß unter diesen Umständen ein solcher Schluß nicht gezogen werden könne. Das steht auch nicht mit der Entsch. des 6. ZivSen. des RG. v. 19. Okt. 1914 (RG. 85, 347¹⁾) im Widerspruch.

sucht aber bleibt, ob nicht hier gerade die Einrede aus fremdem Rechtsverhältnis ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Zur Rechtfertigung der *exceptio ex iure tertii* muß immer eine besondere rechtliche Beziehung zwischen dem, der die Einrede geltend macht, und dem Dritten dienen. Ist diese Beziehung nicht durch die Verbundenheit der Beteiligten im Konkurse gegeben? Das wäre doch einer etwas eingehenderen Prüfung wert. Ich neige dazu, die Frage zu bejahen. Das RG. könnte hier einen sehr wichtigen Rechtsfortschritt anbahnen, wenn es diese Frage ebenfalls bejahen würde. Näheres darüber wird zu sagen sein, wenn die Frage entschieden ist, ob und wie weit bei *mala fides superveniens* in einer fortlaufenden Kette von Sicherungsübereignungsverträgen der Schadenersatzanspruch nach § 826 gegeben ist. Ich möchte nicht glauben, daß mit den kurzen Bemerkungen dieses Ur. in dieser sehr wichtigen Frage das letzte Wort gesprochen ist.

Prof. Dr. Heinrich Hoeniger, Freiburg i. Br.
1) ZB. 1915, 30.

Das ist noch nicht rechtskräftig entschieden. Es soll daher auch nicht näher untersucht und erörtert werden.

Der Konkursverwalter kann diese Schädigung einzelner Gläubiger nicht klagen geltend machen. Das wird *de lege lata* nicht zu bezweifeln sein. Zweckmäßig ist dieser Zustand nicht. Weitans der größte Teil der Konkursabwicklungen besteht in dem Kampf der Konkursgläubiger gegen die Sicherungseigentümer. Auf hieraus sich ergebende Fragen *de lege ferenda* soll nicht eingegangen werden. *De lege lata* wäre folgendes zu erwägen: Der Konkursverwalter kann wegen Schädigung einzelner Gläubiger nach § 826 nicht klagen, weil es sich nicht um einen Schadenersatzanspruch des Gemeinschuldners handelt. Könnte er aber nicht gegen den Absonderungsanspruch des Sicherungseigentümers einredeweise diesen Schadenersatzanspruch geltend machen, wie er das im vorliegenden Falle versucht? Das wäre eine Einrede aus fremdem Rechtsverhältnis. Das RG. stellt dies fest und lehnt deswegen diese Einrede ab. Ununter-

In dem dort entschiedenen Falle war zu zwei, für sich allein betrachtet, nicht zu beanstandenden Verträgen, ein weiterer Vertrag hinzugekommen, und erst aus der Gesamtheit der drei Verträge war entnommen worden, daß dem Schuldner alles, was er noch sein Eigentum nannte, genommen und dadurch insgeheim seine wirtschaftliche Unabhängigkeit und seine Kreditfähigkeit vernichtet worden sei, daß also ein Verstoß gegen die guten Sitten vorgelegen habe. Dort hat der 6. Zivilsen. für die Frage der Schadensersatzpflicht eine einheitliche Beurteilung aller drei Verträge auch ohne planmäßige, von vornherein beabsichtigte und erst mit dem dritten Verträge abschließende Machenschaft als gerechtfertigt angesehen. Ob dieser Auffassung beizutreten ist, braucht nicht erörtert zu werden, denn in jenem Falle handelte es sich um die Frage, ob der Abschluß der drei Verträge einen Schadensersatzanspruch begründet, während es sich in dem jetzt zur Entsch. stehenden Falle um die Frage handelt, ob die beiden Verträge v. 30. Juli und 17. Aug. 1925 nichtig sind. Wenn die beiden Verträge einmal rechtswirksam abgeschlossen worden waren, können sie nicht nachträglich dadurch nichtig geworden sein, daß der letzte Vertrag die vom Gesetz gemißbilligte Wirkung nur äußern können, weil diese Wirkung durch die vorangegangenen Verträge tatsächlich vorbereitet war. Eine durch die beiden ersten Verträge rechtswirksam herbeigeführte Übertragung des Eigentums auf die Kl. kann auch dann nicht nachträglich rückwirkend ungeschehen gemacht worden sein, wenn spätere Verträge im Zusammenhang mit jenen Verträgen eine Schadensersatzpflicht ausgelöst haben.

Die Rev. meint, auch wenn die Verträge v. 30. Juli und 17. Aug. 1925 nicht nichtig sein sollten und deshalb durch sie die Kl. Eigentum an den Warenlagern erworben haben sollte, handle die Kl., weil sie wegen des Abschlusses der Verträge schadensersatzpflichtig sei, doch arglistig, wenn sie sich trotzdem auf die Verträge zur Begründung des Klageanspruches berufe. Das ist nicht richtig. Wenn die Kl. in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise Gläubigern des Gemeinschuldners vorsätzlich Schaden zugefügt haben sollte, dann könnten nur die geschädigten Gläubiger daraus Schadensersatzansprüche nach § 826 BGB. herleiten. Der Besl. als Konkursverwalter kann aber aus solcher Schädigung von Gläubigern keine Rechte oder Einwendungen entnehmen. Denn das Konkursverfahren umfaßt nach § 1 RD. nur das Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens gehört hat, und von einem Schadensersatzanspruch des Gemeinschuldners kann nicht die Rede sein. Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, durch welche die Konkursgläubiger benachteiligt worden sind, kann der Konkursverwalter nur nach Maßgabe der §§ 29—42 RD. als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam anfechten. Außerhalb des Rahmens dieser Anfechtung im Konkurs muß es jedem geschädigten Gläubiger überlassen bleiben, durch Klage aus § 826 BGB. seine vermeintlichen Rechte gegen die Kl. geltend zu machen.

(U. v. 15. Nov. 1930; IX 77/30. — Dresden.) [S.]

****3.** § 138 BGB.; §§ 22, 176, 178 BGB. Wird im Versicherungsvertrag für den Fall einer arglistigen Täuschung mit dem Fortfall der Summenzahlung auch die Rückgewähr der Prämien ausgeschlossen, so besteht auch kein Anspruch auf Auszahlung der Prämienreserve.)

Kfm. F. in M. hat mit der Besl. laut Verf. = Scheinen v. 26. Nov. 1924 und 31. Jan. 1925 zwei Lebensversicherungen über je 150 000 G.M. abgeschlossen. Die erste Versicherung war zugunsten seiner Ehefrau genommen, die zweite zugunsten

der D. ex Zuckerfabrik AktG. in D. Der Versicherungsnehmer ist am 14. März 1928 verstorben. Durch Schreiben vom 24. April 1928 an die Erben hat die Besl. beide Versicherungsverträge wegen arglistiger Täuschung angefochten, weil F. bei Versicherungsabschluß über seinen Gesundheitszustand bewußt unrichtige Angaben gemacht hatte. Die Prämien sind vertragsgemäß bis zum Tode des Kl. bezahlt worden. Die Kl., der die Ansprüche aus den Versicherungsverträgen abgetreten sind, hat mit der Klage in erster Linie die Rückzahlung der entrichteten Prämien im Betrage von 88 921,80 RM nebst 1810,30 RM mitbezahlter Steuern und Spesen, insgesamt 90 732,10 RM nebst 9% Zinsen seit dem 12. April 1928 verlangt. Zum mindesten aber beansprucht sie den Betrag von 45 205,50 RM als Rückvergütung aus der Prämienreserve. Die Besl. hat das Klageverlangen für unbegründet gehalten. Den Anspruch auf Rückzahlung der Prämien hat sie durch § 7 Ziff. 4 ihrer allgemeinen Versicherungsbedingungen für ausgeschlossen erachtet, da dort bestimmt sei, daß im Falle der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung des Versicherungsnehmers die bezahlten Prämien der Versicherungsgesellschaft verbleiben; zur Rückvergütung der Prämienreserve hält sie sich unter diesen Umständen auch nicht für verbunden und den Anspruch auf sie besonders auch nicht auf Grund des § 176 Abs. 2 BGB. berechtigt, aus dem die Kl. ihn herleitet. Über das Vorliegen der arglistigen Täuschung seitens des Versicherungsnehmers und das Recht zur Anfechtung besteht zwischen den Parteien kein Streit.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. nach dem Hilfsantrage verurteilt und im übrigen die Berufung zurückgewiesen.

Da die Kl., soweit das BU. ihren Hauptantrag auf die Rückzahlung der Prämien betrifft, kein Rechtsmittel eingelegt hat, so kommt für die Rev.Just. nur der Hilfsantrag auf Rückerstattung der Prämienreserve im Betrage von 45 205,50 RM in Betracht.

Die Entscheidung über diesen Anspruch ist im wesentlichen davon abhängig, ob der § 176 BGB. auch auf den Fall der Anfechtung des Versicherungsvertrages wegen arglistiger Täuschung anzuwenden ist. Das BG. hat dies bejaht, sein Standpunkt ist jedoch richtig.

Der § 176 Abs. 1 BGB. schreibt vor, daß, falls eine Kapitalversicherung für den Todesfall, bei der der Eintritt der Verpflichtung des Versicherers zur Zahlung des vereinbarten Kapitals gewiß ist, durch Rücktritt oder Kündigung aufgehoben wird, der Versicherer den Betrag der auf die Versicherung entfallenden Prämienreserve zu erstatten hat.

Im Anschluß daran bestimmt der Abs. 2, daß diese Erstattungspflicht auch dann besteht, wenn nach dem Eintritt des Versicherungsfalles der Versicherer von der Verpflichtung zur Zahlung des Kapitals frei ist.

Das BG. nimmt an, daß ein Freisein von der Verpflichtung i. S. der letztbezeichneten Bestimmung auch dann vorliegt, wenn der Versicherungsvertrag infolge einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung hinfällig geworden ist, da auch durch die Anfechtung des Vertrages der Versicherer von seiner bis dahin bestehenden Zahlungsverpflichtung befreit wird, mag rechtlich auch zufolge der Anfechtung rückwirkend der ganze Vertrag und damit auch die Zahlungsverpflichtung als nichtig anzusehen sein. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Gewiß ist auch, wenn ein Vertrag wegen arglistiger Täuschung begründet angefochten ist, der Versicherer von seiner Leistung frei. Aber diese Befreiung ist nicht die, die der § 176 Abs. 2 BGB. im Auge hat. Denn diese Vorschrift bezieht sich nur auf die Fälle, in denen der Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalles von der Leistung frei ist,

Prämien verbleiben. Der Versicherer verweigert aber auch die Rückerstattung der Prämienreserve gemäß § 176 Abs. 2 Satz 1 BGB.

I. Das RG. erklärt den nur noch im Streit befindlichen Anspruch auf Rückerstattung der Prämienreserve aus Gründen für unberechtigt, die bei rein verbaler Auslegung der Bestimmungen im allgemeinen als zutreffend erscheinen mögen. Aber schon auf die amtliche Begründung des Gesetzes kann sich das RG. kaum berufen. Sie beginnt mit dem Satz: „Während in den §§ 174, 175 die Prämienreserve von dem Entwurfe dazu verwertet wird, den Versicherer an dem Vertrage festzuhalten, regeln die §§ 176, 177 das Recht auf Herausgabe der Prämienreserve, welches demjenigen

Zu 3. Der Versicherer hat die beiden von ihm mit dem Versicherungsnehmer auf sein Leben abgeschlossenen Versicherungen nach dem Tode des Versicherungsnehmers wegen arglistiger Täuschung durch den Versicherungsnehmer angefochten. Die Kl., der die Ansprüche aus den Verträgen abgetreten sind, fordert die Rückerstattung der Prämienreserve. Der Versicherer verweigert die Rückgabe aller bezahlten Prämien, indem er sich auf die einschlägende Bestimmung der maßgebenden allgemeinen Versicherungsbedingungen beruft, die mit der entsprechenden Bestimmung in den Normativbedingungen übereinstimmt, nach der dem Versicherer bei Anfechtung wegen arglistiger Täuschung des Versicherungsnehmers die bezahlten

ohne daß der Vertrag aufgehoben ist (vgl. auch Kirchmann: *BVerfWef.* 1916, 453; *Sprinz*, *WVZ.* S. 286). Das ergibt sich schon aus der Nebeneinanderstellung der in Abs. 1 und 2 des § 176 *WVG.* getroffenen Bestimmungen. Denn der Rücktritt und die Kündigung, von denen in Abs. 1 die Rede ist, heben den Vertrag auf, und gerade darum hat sich das Gesetz bemüht gesehen, im Abs. 2 die Fälle zu erwähnen, in denen der Versicherer ohne eine Aufhebung des Vertrages von seiner Leistung frei ist. Wenn die Pflicht zur Erstattung des Prämienreservofonds auch für den Fall der Anfechtung hätte vorgeesehen werden sollen, so wäre für ihre Aufführung höchstens in Abs. 1 der richtige Platz gewesen oder jedenfalls nicht einzusehen, warum nicht ebenso wie sie auch der Rücktritt vom Vertrage unter die Fälle des Abs. 2 hätte bezogen werden können. Denn der Rücktritt und die Anfechtung wirken nicht verschieden, da auch der Rücktritt rückwirkende Kraft hat (§§ 327, 346 *WVG.*; *RON-Komm.*, Anm. 3 zu § 346); für das Gebiet des Versicherungsrechts das Gegenteil anzunehmen (so *Risch*, *Privatversicherungsrecht* Bd. 2 S. 430; *Bruck*, *WVG.*, Note 11 zu § 20) hat im Gesetz keine Stütze.

Daß die allgemeine Fassung des § 176 Abs. 2 *WVG.* und besonders der Ausdruck „frei ist“ dazu berechtigt, den Fall der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung in die dort gemeinten Fälle einzubeziehen, ist nicht richtig. Die Begründung des Gesetzes, die von der Anfechtung nicht spricht, legt eher das Gegenteil nahe. Denn wenn es dort heißt: „Das- selbe (die Verpflichtung des Versicherers zur Erstattung des Deckungskapitals) trifft zu, wenn der Versicherer bei dem Eintritt des Versicherungsfalles von der Leistungspflicht frei wird, weil der Versicherungsnehmer die Vorschriften über die Gefahrerhöhung verletzt hat (§§ 25 Abs. 1, 28 Abs. 1)

zuletzt, dessen vertragsmäßiger Anspruch gegen den Versicherer durch die Aufhebung des Versicherungsverhältnisses oder in anderer Weise erlischt.“ Die Begründung erkennt mithin anscheinend ein Recht auf Herausgabe der Prämienreserve in allen Fällen an, in denen infolge Aufhebung oder infolge Erlöschens des Versicherungsverhältnisses in anderer Weise die vertragsmäßige Leistung der Auszahlung des Kapitals nicht fällig wird. Die später von der Begründung gegebenen — teilweise auch in dem Urte. angeführten — Beispiele sind nicht erschöpfend, wie ihre Einleitung durch „namentlich“ erweist. Es kommt jedoch weder auf den Wortlaut des Gesetzes noch auf seine Begründung, sondern auf den sich aus der Natur der Prämienreserve ergebenden Zweck des Gesetzes und auf die Bedeutung der Anfechtung im Versicherungsrecht an.

II. Die Prämienreserve wird durch die Sparprämienanteile der Nettoprämie gebildet. Da bei Versicherungen mit unbedingter Leistungspflicht grundsätzlich die Verpflichtung des Versicherers zur Leistungspflicht, muß dem Versicherungsnehmer ein Verfügungsrecht über die durch seine Prämienzahlungen gespeiste Prämienreserve gewährt werden. Das Verfügungsrecht tritt unter anderem in der Erstattung der Prämienreserve in die Erscheinung. Würde der Versicherer zur Zurückbehaltung der Prämienreserve berechtigt sein, wenn er zur Zahlung des vereinbarten Kapitals nicht verpflichtet ist, so würde ungerechtfertigt bereichert werden. Seine in der Gefahretragung bestehende Leistung wird durch die Risikoprämienanteile, die er erhält, abgegolten. Mehr kann er nicht fordern. Der Versicherer ist zwar Eigentümer der Prämienreserve, aber es handelt sich hierbei um ein zweckgebundenes Vermögen, das der Versicherer nur als Treuhänder für den Versicherungsnehmer verwaltet. Es kann somit nicht auf den Grund ankommen, der den Versicherer von der vereinbarten Leistung befreit, sondern es muß in allen Fällen an die Stelle der vereinbarten Leistung die Rückvergütung treten.

III. Die gegenteilige, sich Kirchmann a. a. O. anschließende Meinung des RG. kommt im vorl. Fall, fufend auf dem Gesetzeswortlaut, zu anderen Ergebnissen wegen der Annahme einer schroffen ex-tunc-Wirkung der Anfechtung: da ein Versicherungsverhältnis überhaupt nicht bestanden habe, hätten beide Parteien die empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren, also der Versicherer die gesamten an ihn gezahlten Prämien. Ich halte diese Ansicht für unrichtig. Das Problem, welche Wirkung die Aufhebung des Versicherungsverhältnisses ex-tunc auf das Schicksal der Prämie ausübt, taucht nicht nur bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, sondern auch in anderen Fällen, so namentlich bei positiver Vertragsverletzung seitens des Versicherers auf. Das Gesetz hat ausdrückliche Stellung nur bei dem Rücktritt des Versicherers vom Vertrage wegen Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht genommen. In dem es hier in § 20 Abs. 2 Satz 2 *WVG.* in Anfechtung der Prämie auf die Bestimmung in § 40 Abs. 1 *WVG.* verweist, statuiert es eine Ausnahme von dem Grundsatz, nach dem der Rücktritt zur gegenseitigen Rückgabe der empfangenen Leistungen verpflichtet. Dieser

oder, weil der Versicherungsfall durch den Selbstmord desjenigen, auf dessen Kosten die Versicherung genommen war, herbeigeführt ist (§ 169)“, so kann aus den hervorgehobenen Fällen mit Grund entnommen werden, daß das Gesetz im § 176 Abs. 2 nur die Fälle einseitiger Leistungsbefreiung des Versicherers, d. h. der Befreiung von der Leistung ohne die Aufhebung des Versicherungsvertrages hat treffen wollen. Der Ausdruck „frei ist“ deutet um so weniger auf einen anderen Standpunkt, als in den §§ 25, 28, 39, 169 *WVG.* dieser Ausdruck auch gebraucht ist und in den §§ 6, 12, 32, 33, 38 daselbst von der Bestimmung, daß der Versicherer von der Leistung frei sein soll, ebenfalls gesprochen wird.

Mit der Meinung des BG., die ohne nähere Begründung auch von *Bruck*, *Privatversicherungsrecht* S. 213 und *Bruck-Dörstling*, *Recht des Lebensversicherungsvertrages* § 7 Note 61 vertreten wird, kommt man auch in Schwierigkeiten, wenn man den Fall berücksichtigt, in dem die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung vor dem Eintritt des Versicherungsfalles erklärt ist. Denn dieser Fall könnte schon nach dem Wortlaut des § 176 Abs. 2 *WVG.* unter diese Vorschrift nicht gebracht werden. Es wäre aber ein widerspruchsvolles Ergebnis, wenn bei der Anfechtung vor dem Versicherungsfalle der Ausschluß der Rückerstattung der Prämienreserve zulässig wäre, bei der Anfechtung nach dem Eintritt des Versicherungsfalles aber nicht. Denn für die Frage der Erstattungspflicht kann unmöglich die Zeit der Anfechtung entscheidend sein. Gerade diese Erwägung spricht ausschlaggebend für die Annahme, daß der Fall der Anfechtung überhaupt nicht unter § 176 *WVG.* fällt. Dies entspricht auch der Tatsache, daß die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung im *WVG.* gar nicht besonders geregelt ist, sondern das Gesetz hinsichtlich ihrer es bei den allgemeinen Vorschriften des

im Gesetz nur einmal zum Ausdruck gelangte Gedanke enthält das Prinzip, dem alle ähnlich gelagerten Tatbestände unterzuordnen sind, da er sich zwingend aus den Geboten der Versicherungstechnik ergibt. Nicht der Versicherer den Vertrag an — worauf es hier allein ankommt —, so hat er tatsächlich eine Zeit lang die Gefahr getragen. Diese Leistung kann ihm von dem Versicherungsnehmer (dem Anfechtungsgegner) nicht zurückgewährt werden, insoweit er auch die Prämien behalten. Ist man anderer Ansicht, so ist der Versicherungsnehmer bei arglistiger Täuschung des Versicherers übergefahrerhebliche Umstände (§ 22 *WVG.*) besser gestellt als bei Nicht-Arglist (§§ 20 Abs. 2 Satz 2, 40 Abs. 1 *WVG.*), ein durchaus unbilliges, der Versicherungstechnik widersprechendes Ergebnis. Auch das RG. hat in seiner bemerkenswerten Entsch. v. 7. Juli 1928: *JurAbshPrVerf.* 1928, 276 bei Rücktritt des Versicherungsnehmers wegen positiver Vertragsverletzung des Versicherers dieses Prinzip zur Anwendung gebracht. Bei rückerkaufsfähigen Lebensversicherungen beschränkt sich das Zurückbehaltungsrecht des Versicherers in Anfechtung der Prämien aber selbstverständlich auf die Risikoprämienanteile, da nur sie das Entgelt für die Gefahretragung des Versicherers darstellen. Insofern steht die hier vertretene Ansicht, daß der Versicherer auch bei Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zur Erstattung der Prämienreserve verpflichtet ist, in Einklang mit dem Recht des Versicherers zur Zurückbehaltung der ganzen Prämien, sofern diese nur Risikoprämien sind.

IV. Der hier vertretenen Ansicht gegenüber, daß § 176 Abs. 2 Satz 1 *WVG.* unmittelbar auch bei der auf Anfechtung wegen arglistiger Täuschung beruhenden Befreiung des Versicherers von der Verpflichtung zur Zahlung des vereinbarten Kapitals Anwendung findet, kann nicht eingewendet werden, daß sich die gegenteilige Folge aus den von der Aufsichtsbehörde genehmigten allgemeinen Versicherungsbedingungen ergibt. § 176 *WVG.* ist zwingendes Recht (§ 178 Satz 1 *WVG.*), kann somit nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers abgedungen werden. Der Genehmigung der Aufsichtsbehörde kommt nur deklaratorische Bedeutung zu.

V. Erfolgt die Anfechtung des Versicherers vor dem Eintritt des Versicherungsfalles, so ist die Anwendung des § 176 Abs. 2 Satz 1 *WVG.* infolge seines klaren Wortlauts ausgeschlossen. Aber man kann im Hinblick auf die gleiche Interessenlage § 176 Abs. 1 *WVG.* entsprechend anwenden, denn es ist nicht einzusehen, warum der Versicherer bei Aufhebung des Vertrags durch Rücktritt oder Kündigung die Rückvergütung herauszugeben hat, jedoch bei Aufhebung des Vertrags durch Anfechtung die Rückvergütung behalten darf. Der Versicherer macht stets einen wirtschaftlich nicht gerechtfertigten Gewinn, wenn ihm die Rückvergütung zufließt. Dagegen wird sich die zwingende Kraft des § 178 Satz 1 *WVG.* nicht auch auf den entsprechenden Tatbestand der Anfechtung erstrecken, denn zwingend kann nur der unmittelbar von dem Gesetz erfaßte Tatbestand sein.

Es entsteht somit die Frage, ob sich der Versicherer vertraglich ausbedingen kann, daß er die ganzen Prämien behält, wenn

BGB. bewenden läßt (§ 22 BGB.). Hält man daran aber fest, so erklärt sich, warum § 176 BGB. nicht auch von der Anfechtung spricht. Würde das BGB. für sie bei der Vorschrift des § 176 BGB. eine Ausnahme haben machen wollen, so wäre ihre ausdrückliche Erwähnung um so angebracht gewesen.

Nach alledem erscheint die Ansicht des BG. nicht zutreffend. Dann steht aber auch der Anwendung des § 7 Abs. 4 Satz 2 Verf. Bed. auf den Hilfsantrag der Kl. kein Hindernis entgegen.

Daß trotz der Wichtigkeit des Versicherungsvertrages diese Vorschrift Gültigkeit hat, weil sie als eine selbständige Abrede gedacht und gewollt war, hat das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen. Zu demselben Ergebnis kommt man auch mit Hilfe des § 139 BGB. Denn daß nach dem Willen der Vertragsparteien eine Vertragsbestimmung für den Fall nicht Bestand haben sollte, für den sie eigens aufgestellt ist, läßt sich vernünftigerweise nicht annehmen.

Der Gültigkeit der genannten Bestimmung steht auch die Vorschrift des § 178 BGB. nicht entgegen, wenn sich der § 176 Abs. 2 auf die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht bezieht. Sie kann auch nicht auf Grund des § 138 BGB. als nichtig angesprochen werden, denn unsittlich ist die Vereinbarung, daß im Falle arglistiger Täuschung die gezahlten Prämien dem Versicherer verbleiben sollten, nicht. Die Bestimmung spricht zwar nur von der Rückzahlung der gezahlten Prämien. Aber sie ist auch auf die Prämienreserven anzuwenden, da diese aus einem Teil der gezahlten Prämien gebildet sind und auch nur zur Deckung für die zukünftig zu zahlenden Versicherungssummen dienen sollten.

(U. v. 21. Nov. 1930; 644/29 VII. — Raumburg.)

[Ru.]

4. §§ 157, 242, 268, 275, 289, 367, 776 BGB.; § 139 ZPO.

1. Hat der Gläubiger in der Inflationszeit auf Grund erfolgter Zahlung die Löschung der Hypothek bewilligt, so bedeutet das nicht ein Aufgeben i. S. des § 776 BGB.

2. Auf einen Gewährleistungsanspruch finden die Grundsätze des Bürgschaftsrechts weder unmittelbar noch auch nur sinngemäß Anwendung. Ist durch Vertrag eine Ausbietungsgarantie für eine an erster Stelle stehende Hypothek übernommen und rückt diese bei der Aufwertung an eine spätere Stelle, so ist die Auslegung des Vertrags dahin möglich, daß für eine Hypothek an dieser späteren Stelle die Garantie nicht gelten sollte.

3. Sind in der Klage Zinsezinsen berechnet mit der Begründung, es sei ein Verzugschaden in solcher Höhe entstanden, so ist gemäß § 139 ZPO. zu klären, ob damit nicht der Tatbestand des § 289 Satz 2 BGB. behauptet werden sollte.)

Im Jahre 1911 gab der Kl. unter Vermittlung des

er den Vertrag vor Eintritt des Versicherungsfalles wegen arglistiger Täuschung an. Daß eine derartige vertragliche Bestimmung nicht gegen die guten Sitten verstößt, ist auch die Ansicht des RG.

Der Versicherer kann die Risikoprämienanteile stets behalten, mag er vor oder nach Eintritt des Versicherungsfalles anfechten.

Da der Versicherungsnehmer einen Anspruch auf Rückzahlung der Rückvergütung erst erhält, wenn eine bestimmte Anzahl von Prämien gezahlt sind (§ 173 BGB.), so braucht der Versicherer, falls er vor Erfüllung dieser Voraussetzung ansieht, auch nicht die Sparprämienanteile herauszugeben. Nur wenn er nachher von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht, wird fraglich, ob er zur Herausgabe der Rückvergütung verpflichtet ist. Nach meinem Dafürhalten läßt sich die eingangs erwähnte Bestimmung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen insofern als eine Vertragsstrafe auffassen, die sich der Versicherer ausbedingte, wenn er von dem Versicherungsnehmer arglistig getäuscht worden ist. Zwar liegt keine Vertragsstrafe i. S. des § 339 BGB., wohl aber i. S. des § 342 BGB. vor (RG. 68, 42 = JW. 1908, 238). Als Vertragsstrafe wäre die Zurückbehaltung der Rückvergütung zulässig. Erscheint die Strafe als unverhältnismäßig hoch, dann könnte sie durch Ur. herabgesetzt werden (§ 343 BGB.), wenn sie überhaupt herabsetzbar ist (§ 348 BGB.).

Prof. Dr. E. Bruck, Hamburg.

Direktors der Bekl. AktG. S.-Bräu den Eheleuten B. ein Darlehen von 60 000 M. Die Schuldner bestellten ihn auf ihrem Grundstück eine Hypothek an erster Stelle, und die Vertreter der Bekl. gaben ihm im notariellen Verträge v. 23. Febr. 1911 folgende Erklärung ab: Zur größeren Sicherheit der Zinsen des obigen Kapitals von 60 000 M. übernehmen wir hiermit namens der durch uns vertretenen AktG. S.-Bräu die selbstschuldnerische Bürgschaft und unterwerfen die durch uns vertretene AktG. S.-Bräu dieserhalb der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde. Ferner verpflichten wir die mehrgenannte AktG. im Falle einer Subhastation des obigen Pfandgrundstückes ein so hohes Angebot abzugeben, daß das obige Kapital von 60 000 M. nebst Zinsen und Kosten volle Deckung findet, auch die Betreibung der Subhastation auf Verlangen zu übernehmen.

In der Folgezeit wurde das Darlehen bis zum 1. Okt. 1924 verlängert und das belastete Grundstück ging an den Schankwirt W. über, der mit Genehmigung beider Parteien auch die Hypothekenschuld übernahm. Die Zinszahlung für Rechnung der Schuldner besorgte stets die Bekl. Am 7. März 1923 zahlte sie dem Kl., der entweder Rückzahlung des gegebenen Darlehens oder zeitgemäße Zinserhöhung verlangt hatte, das Kapital nebst rückständigen Zinsen für Rechnung und mit Zustimmung des obengenannten W. zurück und erbat und erhielt Aushändigung des Hypothekenbriefes sowie Löschungsbewilligung. Daraufhin wurde am 1. Aug. 1923 die Hypothek im Grundbuch gelöscht. Demnächst wurde auf Grund des AufwG. die Hypothek des Kl. mit der persönlichen Forderung auf 14 988,30 GM. aufgewertet und in dieser Höhe wieder eingetragen. Inzwischen war jedoch das Grundstück mit einer Hypothek in Höhe von 40 000 g Feingold und einer weiteren Hypothek in Höhe von 75 000 GM. belastet worden. Beide gingen der Aufwertungshypothek im Range vor. Davon ausgehend, daß die von der Bekl. übernommene Bürgschaft sowie ihre Ausbietungsverpflichtung für die Aufwertungshypothek und deren Zinsen fortbestehen, verlangte der Kl. von der Bekl. Zahlung von 1623,65 RM für rückständige Zinsen nebst besonders gestaffelten Zinsen dieses Betrages und Anerkennung ihrer Ausbietungsgarantie sowie der Verpflichtung, auf sein Verlangen die Subhastation zu betreiben. Da Bekl. das verweigerte, erhob er Klage auf Verurteilung zur Zahlung, wie verlangt, sowie auf entsprechende Feststellung. Im ersten Rechtszuge wurde der Zahlungsanspruch zuerkannt, im übrigen aber die Klage abgewiesen. Beide Parteien legten Berufung ein. Diejenige des Kl. wurde zurückgewiesen, auf die der Bekl. wurde auch der Zinsanspruch abgewiesen, so daß Bekl. nur zur Zahlung des Betrages von 1623,65 RM verurteilt blieb. Kl. legte Rev., Bekl. Ausschluß-Rev. ein.

Das Urteil wurde aufgehoben, soweit der Kl. mit dem Anspruch auf Zinsen vom Klagebetrag abgewiesen war; im übrigen wurden die Rev. zurückgewiesen.

Im notariellen Vertrag v. 23. Febr. 1911 hat die Bekl. selbstschuldnerische Bürgschaft für die Zinszahlung sowie eine Ausbietungsgewähr übernommen. Sie behauptet, beides sei in Wegfall gekommen. Von ihrer Bürgschaft sei sie dadurch frei

Zu 4. Die Entsch. liefert zunächst ein lehrreiches Beispiel dafür, daß trotz aller Kufe nach einer „freieren“ Rechtsfindung die Lösung eines Rechtsfalles auf Grund der festesten Normen aus gründlicher Rechtskenntnis heraus immer noch das beste wirtschaftliche Ergebnis zeitigt. Für den Nichtjuristen wird die Trennung zwischen der fortdauernden Bürgschaft für die Zinsen der persönlichen Schuld und der fortgefallenen Gewährleistung für die persönliche Schuld begleitende dingliche Schuld an Kapital und Zinsen kaum verständlich sein. Die notarielle Erklärung der Bekl. v. 23. Febr. 1911 spricht auch ohne Unterschied bei beiden Sicherheiten von dem „Kapital“. Rechtlich sind aber einmal Bürgschaft und Ausbietungsgarantie zwei grundverschiedene Sicherungsarten.

Wirtschaftlich führt die Entsch. zu dem Ergebnis, daß die Bekl. dauernd für die Zinsen der Aufwertungsschuld einzustehen hat, daß sie also bei der notariellen Zahlungsunfähigkeit des persönlichen Schuldners und bei der notorischen Unzulänglichkeit des Grundstückswertes für die Tilgung der dinglichen Schuld praktisch genötigt ist, für den Schuldner das Kapital an den Gläubiger eines Tages zu zahlen, wenn sie jemals von der Zinszahlungspflicht befreit werden will. Andererseits bleibt es ihr aber erspart, ein Grundstück zu unverhältnismäßig hohem Kaufgeld ersteigern zu müssen. Dieses Ergebnis träte noch klarer hervor, wenn der Kl. seinen

geworden, daß Kl. nach Rückzahlung des Darlehens die für dasselbe bestellte Hypothek aufgegeben und deren Löschung bewilligt habe; die entgegenstehende Rechtsansicht des BG. verstoße gegen §§ 776, 157, 242 BGB. Das ist nicht anzuerkennen. Da auf den festgestellten Sachverhalt § 15 AufwG. Anwendung findet, also „Rückwirkung“ Platz greift, ist die Darlehensforderung des Kl. — aufgewertet — mit rückwirkender Kraft wieder aufgelebt und mit ihr die für sie übernommene Bürgschaft. Da der vom Kl. berechnete Rückstand an Darlehenszinsen der Höhe nach nicht bestritten ist, hat ihn die Befl. zur Grund der wiederaufgelebten Bürgschaft zu zahlen. Diese Rechtslage ist auch dadurch nicht geändert, daß der Kl. im Sommer 1923 in die von der Befl. erbetene Hypothekenslöschung eingewilligt hat. Darin ist eine auf freier Entschließung des Kl. beruhende Aufgabe der Hypothek nicht zu erblicken; nur eine solche aber kommt für § 776 BGB. in Betracht. Zutreffend hat das BG. ausgeführt, daß der Kl., als er damals, wie geschehen, Löschung bewilligte, nur das getan habe, was er nach der zu jener Zeit maßgebenden Rechtsauffassung habe tun müssen und was auch ohnedem herbeigeführt worden wäre, daß also eine freiwillige Preisgabe der Hypothek i. S. des § 776 BGB. nicht vorliegt. Auch der Umstand befreit die Befl. nicht, daß die Hypothek, die ihn bei Eingehung ihrer Zinsbürgschaft sicherte, an erster Stelle stand, während die wiederaufgelebte Hypothek an dritter Stelle gekommen, hierdurch also seine und ihre, der Befl., Lage verschlechtert worden ist, denn gerade dafür wurde ja die Bürgschaft geleistet, daß die Hypothek zur Befriedigung des Kl. nicht ausreichte. In einem derartigen Falle liegt eine etwaige Rangverschlechterung der Hypothek in dem vom Bürgen vertraglich übernommenen Gefahrenkreis, von dessen Tragung ihn auch die Bestimmungen der §§ 157, 242 BGB. weder ohne weiteres noch deshalb befreien können, weil die Rangverschlechterung eine Folge des Währungsverfalles und der Aufwertung ist (RG.: Zeilers AufwGälle Nr. 1505).

Von dem ihm hiernach mit Recht zugesprochenen Betrage dem Kl. Zinsen zuzubilligen, hat das BG. mit Rücksicht auf § 289 Satz 1 BGB. abgelehnt, Verzugschaden ist nicht als nachgewiesen angesehen worden (Prozeßzinsen sind nicht eingeklagt). Der Kl. rügt, daß sein Vortrag, ihm sei durch die von der Befl. zu vertretende Zahlungssäumnis ein Verzugschaden von 7% entstanden, dem BG. nicht Veranlassung zur Anwendung des § 139 ZPO. gegeben habe, wenn es diese Angabe als ungenügend für die Schadensdarlegungen angesehen habe. Diese Rüge erscheint berechtigt. Das BG. ist auf dieses Klagevorbringen deshalb nicht eingegangen, weil bei

Antrag hinsichtlich der Zinsen nicht nur auf Zahlung rückständiger Beträge beschränkt, sondern auch auf die Feststellung der zukünftigen Zinspflicht der Befl. ausgeht hätte. Man wird die geschulderte wirtschaftliche Wendung der Dinge wohl billigen können. Die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 776 BGB. zur Entlastung der Zinsbürgschaft erscheint auch dann gerechtfertigt, wenn man die Erwendungen des BG. dahin ergänzt, daß selbst das Drängen des Kl. auf eine vorzeitige Auszahlung der Hypothek keine „freiwillige“ Aufgabe derselben bedeutet, da auch dieses Verhalten des Kl. unter dem Brange der damaligen Rechtsauffassung von Mark gleich dem Mark stand.

Sodann liefert die Entsch. einen wichtigen Beitrag für die Bedeutung des § 139 ZPO., dessen wiedergewonnene Revisibilität unentbehrlich ist. Gerade in der jetzigen Periode der stabilen Reichsmark wird ein Zinsgläubiger oft versuchen, weiteren angeblichen Verzugschaden durch Aufstellung einer Zinseszinsrechnung hereinzuholen. Die Entsch. bejaht zwar die Möglichkeit einer solchen Schadensrechnung, verlangt aber eine genaue vom Richter zu provozierende Begründung hierfür. Es ist dankenswert, daß das RG. rechtzeitig die unteren Instanzen zu einer solchen Erörterung veranlassen will. Es mehren sich die Anzeichen dafür, daß wir in der deutschen Wirtschaft — und vielleicht sogar in der Weltwirtschaft — vor einem ähnlichen Umsturz stehen, wie Deutschland ihn in dem Währungsverfall seiner Friedensmark durchlebte. Nur daß diesmal nicht das Geld, sondern bei stabiler Geldebewertung die Warenpreise von einer Erschütterung, d. h. von Schwankungen bedroht sind, die weit über das frühere Maß hinausgehen. Der Substanzbegriff verschiebt sich von den Gütern in das Geld hinüber. Die Nspr. kann dabei leicht vor noch schwierigere Probleme gestellt werden, als es seinerzeit dasjenige der Marktwertung gewesen ist. Es ist hier nicht der Ort, diesen Komplex (die sog. Wareninflation) in ihrer Rückwirkung auf das bürgerliche Recht und dessen Anwendung zu erörtern. Nur zwei Gesichtspunkte seien hervorgehoben:

Wenn das Geld der einzige feste Wert gegenüber allen anderen

Berücksichtigung solcher Behauptungen die Regel des Verbotes der Verzugszinsen von Zinsen, wie sie § 289 Satz 1 BGB. ausspricht, praktisch zur Ausnahme gemacht würde. Diese Erwägung kann aber nicht zur Abschneidung, sondern nur zu ausgiebiger Aufklärung und besonders sorgfältiger Prüfung derartigen Vorbringens und Verlangens führen, denn Satz 2 der genannten Gesetzesstelle sagt ausdrücklich: „Das Recht des Gläubigers auf Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens bleibt unberührt.“ Genügte daher dem BG. das einschlägige Vorbringen des Kl. nicht, so hätte es ihm gemäß § 139 ZPO. zur Ergänzung deselben Gelegenheit geben sollen, um so mehr, weil das fragliche Vorbringen im ersten Rechtszuge für ausreichend erachtet und der hierauf begründete Anspruch als berechtigt anerkannt worden war.

Die Rev. des Kl. beanstandet ferner die Annahme des BG., Befl. sei nicht mehr an die vertraglich übernommene Verpflichtung gebunden, im Falle einer Subhastation des Grundstücks ein gewisses Gebot abzugeben. Die vorliegende Übernahme der Pflicht zur Abgabe eines solchen Gebotes stellt sich rechtlich als ein Gewährleistungsvertrag dar (RG. 90, 416, 417¹⁾; RW.: Grundweir. 58, 973), auf den die Grundsätze des Bürgschaftsrechtes weder unmittelbar noch auch nur sinngemäß Anwendung finden (RG. 72, 140—142²⁾), mag auch der mit ihm erstrebte wirtschaftliche Erfolg demjenigen ähnlich oder gar gleich sein, den eine Bürgschaft bezweckt. Maßgebend für die aus einem Vertrag sich ergebenden Rechtsfolgen bleibt stets die Rechtslage, welche die Parteien in Willensübereinstimmung erlaubterweise geschaffen haben. Hier hat die Befl. Ausbietungsgewähr für eine damals an erster Stelle stehende Hypothek übernommen. Letztere ist zunächst in Wegfall gekommen, dann aber, wie oben ausgeführt, zwar mit rückwirkender Kraft, jedoch mit der Maßgabe wieder aufgelebt, daß sie nicht mehr an erster, sondern an dritter Stelle steht. Dieser Verlust ihrer Rangstelle hat nach der Feststellung des BG. die in Frage stehende Hypothek wirtschaftlich wertlos gemacht. Nicht eine derartige Hypothek auszubieten habe die Befl. sich verpflichtet, sondern eine erststellige von bestimmter Beschaffenheit. Da sie die Gefahr der eingetretenen Veränderung nicht zu tragen habe, sei es nach Treu und Glauben nicht als von ihr vertraglich übernommen anzusehen, die rangschlechtere und wertlos gewordene Aufwertungshypothek auszubieten. Bei Würdigung dieser Erwägung ist entsprechend obiger Darlegung davon auszugehen, daß nur eine genau bestimmte Verpflichtung übernommen worden ist. Daher ist es rechtlich nicht von Belang, daß, wie die Rev. des Kl. vorbringt, auch er durch den Währungs=

uferlos schwankenden Werten wird, darf man den Geldschuldner nicht übermäßig belasten, wenn er nicht zum Arbeitsklaven des Kapitals werden soll.

Und weiter:

Will man die sinkenden Warenwerte in einem gegenseitig auf Geld gegen Ware abgestellten Vertrage bei dessen späterer Erfüllung an den verabredeten Preis neu angleichen — und das wird man bei großer Erschütterung des Marktes eines Tages tun müssen, um einen Zusammenbruch der Wirtschaft zu verhüten —, so muß man auf nachträgliche richterliche Senkung des Geldpreises drängen. Es darf nicht wieder wie früher Mark gleich Mark dann allzulange Ware gleich Ware heißen.

Das juristisch Wertvollste der Entsch. endlich ist die in ihr, wenn auch vorsichtig, vollzogene Umkehr von der Anwendung des Begriffes der Unmöglichkeit (§ 275 BGB.) auf wirtschaftliche Vorgänge. Das deutsche bürgerliche Recht lehnt in klarer Weise die Vermengung noch so starker wirtschaftlicher Änderungen mit der Unmöglichkeit der Leistung ab. Das ersieht man aus der Gegenüberstellung des Falles der Unmöglichkeit und des Falles der unverhältnismäßigen Aufwendungen (§§ 251, 2170, 2171 BGB.) und aus der geringen Zahl derjenigen Vorschriften, in denen ausnahmsweise die veränderten Umstände auf die Durchführung eines Schuldverhältnisses wirken sollen (§§ 321, 610 BGB., §§ 18, 35 RGef. über den Verlagsvertrag v. 19. Juni 1901 und § 68 RGef. über den Versicherungsvertrag v. 30. Mai 1908). Das heutige bürgerliche Recht in Deutschland beschränkt das Unmögliche auf dasjenige, dessen Leistung undenkbar ist, d. h. auf dasjenige, was das BrWR. als das „wirklich“ Unmögliche im Gegensatz zu den ihm als besonderen Aufhebungsgrund für Verträge bekannten „veränderten Umständen“ bezeichnet (§ 377 I 5 WR.).

Soweit der deutsche Richter berufen ist, bei wirtschaftlichen Erschütterungen eine rechtliche Ausgleichung von Interessen vorzu=

¹⁾ ZB. 1918, 37.

²⁾ ZB. 1909, 722.

verfall und die Aufwertungsregelung hier zu Schaden gekommen ist, denn es handelt sich nicht darum, ob die Bekl. eine Leistung aufzuwerten hat, sondern darum, ob sie überhaupt vertraglich zur Leistung verpflichtet ist. Die Ausbietung aber, zu der die Bekl. sich verpflichtet hat, nämlich diejenige einer erststelligen Hypothek, ist unmöglich geworden und steht nicht mehr in Frage. Die Bekl. aber als verpflichtet anzusehen, die rangschlechtere, wertlose Hypothek auszubieten, hat das BG. abgelehnt, da das nicht als die vertraglich übernommene Leistung anzusehen sei. Diese Auffassung, zu der das BG. — abgesehen von der Heranziehung des § 275 BGB., deren Berechtigung dahingestellt bleiben kann — auf Grund Vertragsauslegung gelangt ist, begegnet keinem durchgreifenden Bedenken, wird doch im Rechtsverkehr sogar angenommen, eine Ausbietungsgewähr erlösche ohne weiteres, wenn sich durch einen Rangwechsel die Lage des Gewährbietenden so ungünstig gestaltet, daß anzunehmen ist, er hätte unter diesen Umständen die Gewähr bei verständiger Würdigung nicht übernommen (Stillschweig: JZ. 1914, 338³). Ist aber die Bekl. auf diese Weise befreit worden, so lag ihr auch nicht die Pflicht ob, zu versuchen, ob sie auf irgendwelchem Umwege, etwa, wie Kl. meint, in Anwendung der Rechtsgedanken der §§ 367, 268 BGB., den Kl. und sich vor Schaden hätte bewahren können, denn nicht allgemein hierzu, sondern nur zu der vertraglich übernommenen Ausbietung war sie im vorliegenden Falle rechtlich verpflichtet.

Mit dem Wegfall dieser Verpflichtung ist die Bekl. auch von der mit dieser vertraglich verknüpften Nebenpflicht frei geworden, auf Verlangen des Kl. die Subhastation zu übernehmen.

(U. v. 15. Dez. 1930; 168/30 VIII. — Düsseldorf.) [S.]

5. §§ 167, 313 BGB. Vertrauensschutz für denjenigen, dem eine wegen ihrer vertragsmäßigen Unwiderruflichkeit ungültige privatschriftliche Vollmacht zum Abschluß eines Grundstückskaufvertrages zur Auflassung vorgelegt wird; er hat keine Nachforschungspflicht nach Tatsachen, die die Rechtsgültigkeit zweifelhaft machen könnten. Der Aussteller der Vollmacht kann sich ihm gegenüber also nicht auf die Richtigkeit berufen.

Zu der Klagegrundlage der Formnichtigkeit der Vollmacht und damit der Unwirksamkeit des ganzen Geschäftes führt das RG. aus: Die nach stillschweigend erteilter behördlicher Genehmigung wirksamen Rechtsakte der Auflassung und Eintragung hätten einen etwaigen Formmangel geheilt und dem Bekl. endgültig das Eigentum verschafft. Für die dinglichen Ansprüche des Kl. erübrige sich eine Nachprüfung der Rechtswirksamkeit der Vollmacht. Der Kl. könne aber auch keine schuldrechtlichen Ansprüche aus dem vermeintlichen Vollmachtsmangel herleiten, weil eine Unwiderruflichkeit der Vollmacht aus ihr nicht zu erkennen sei, ein auf eine solche zu gründender Formmangel daher dem Bekl. nicht ersichtlich gewesen sei und ihn deshalb nicht berührte.

Wenn auch die Ausführungen des BU. zur Vollmachtsfrage nicht frei von Rechtsirrtum sind, so konnte doch die Rev. im Endergebnis keinen Erfolg haben:

Eine Vollmacht zum Abschluß eines Grundstückskaufvertrages und zur Auflassung ist grundsätzlich formfrei (§ 167 Abs. 2 BGB.). Wohl aber ist eine solche Vollmacht in ständiger Rspr. da für formbedürftig erachtet worden, wo die Erteilung der Vollmacht schon die Bindung des Verkäufers zur Grundstücksveräußerung je nach dem Willen des Bevollmächtigten oder nach sonstigen Abmachungen enthält, insbes. im Falle vertragsmäßig unwiderruflicher Erteilung der Vollmacht (RG. 108, 125¹); 110, 319²); JZ. 1929,

1968). Der Kl. hatte behauptet und unter Beweis gestellt, er habe nach Absprache mit seiner Frau dieser das Grundstück zur Sicherung ihres Unterhalts übertragen und ihr, um eine Veräußerung an sie zu ersparen, durch Erteilung unwiderruflicher Vollmacht die Verfügungsmöglichkeit über das Grundstück einräumen wollen. Diese nicht widerlegte Behauptung ist für diesen Rechtszug als richtig zu unterstellen. Alsdann bedurfte die Vollmacht allerdings der Form des § 313 BGB. und ist sie formnichtig. Daraus folgt an sich, daß Kaufabschluß und Auflassung seitens der Frau des Kl. als von einer Vertreterin ohne Vertretungsmacht geschehen gegen ihn unwirksam sind. Diese unwirksame Auflassung kann weder zur Heilung der Formungültigkeit des Schwarzverkaufs noch zum Eigentumsübergang auf den Beklagten wirken. Die Frage der Formgültigkeit ist also doch von Bedeutung für die dinglichen Klageansprüche. Wenn die Vollmacht formbedürftig nach § 313 BGB. war und der Kl. sich auf den Formmangel berufen kann, so liegt eine gegen ihn wirksame Eigentumsübertragung auf den Bekl. nicht vor.

Andererseits ist ein Vertrauensschutz für denjenigen gegeben, dem die Vollmachtsurkunde vorgelegt worden ist (RG. 97, 274; 108, 125³); JZ. 1929, 1969). Ihm gegenüber gilt das Vollmachtsverhältnis so, wie beurkundet, und es kann ihm nicht entgegengehalten werden, die Vollmacht sei nicht so erteilt, wie sie lautet. Er muß rechtliche Mängel, die nicht aus der Vollmachtsurkunde selbst zu ersehen sind, nur dann gegen sich gelten lassen, wenn er sonst die Umstände, welche den Fehler der Vollmacht ergeben, kannte oder kennen mußte. Als der Umstand, der hier die Vollmacht formbedürftig machen konnte, kommt nach dem Vortrag des Kl. die zwischen ihm und seiner Frau angeblich vertraglich bedingene Unwiderruflichkeit in Betracht. Das RG. nimmt in rechtsirrtumsfreier Würdigung der Urkunde an, daß derartige aus ihr allein nicht erkennbar war. Es handelt sich äußerlich um eine Abschlußvollmacht ohne irgendeine Besonderheit, aus der ein Schluß auf Unwiderruflichkeit gerechtfertigt wäre. Nach Inhalt des Kaufvertrages ist die so beschaffene Vollmachtsurkunde dem Bekl. beim Abschluß vorgelegt worden. Danach durfte der Bekl. sich auf die Rechtsgültigkeit der Vollmacht verlassen, wenn ihm nicht sonst die angebliche Unwiderruflichkeit der Vollmacht bekannt war oder bekannt sein mußte. Behauptungs- und beweispflichtig in der Richtung war der Kl. Er hat aber dazu keinerlei Behauptung aufgestellt. Der Bekl., dem die Vollmacht vorgelegt wurde, hatte keine Nachforschungspflicht nach Tatsachen, die deren Rechtsgültigkeit zweifelhaft machen konnten. Unter solchen Verhältnissen kann dem Bekl. der Vertrauensschutz, welcher sich für ihn aus dem Inhalt der in sich einwandfreien Vollmacht ergab, nicht abgesprochen werden. Wäre die Vollmacht, was zugunsten des Kl. zu unterstellen war, mangels Einhaltung der Form des § 313 BGB. nichtig gewesen, so könnte doch der Kl. sich dem Bekl. gegenüber nicht hierauf berufen. Aus diesem Grunde ist die Ansicht des RG., daß es auf eine Nachprüfung der Rechtswirksamkeit der Vollmacht und auf eine Beweisaufnahme hierüber nicht ankomme, zu billigen.

(U. v. 29. Okt. 1930; 369/29 V. — Berlin.) [Sch.]

6. §§ 167, 714 BGB. Umfang der Vertretungsmacht des einzelnen Anwalts gegenüber dem mit ihm in Sozietät stehenden Anwalt. Der Anwalt hat die Pflicht, auf bei ihm eingehende Briefe zu antworten. f)

Die Bekl. übten gemeinschaftlich die Rechtsanwaltschaft in der Weise aus, daß sie dem rechtsuchenden Publikum gegenüber als verbundene Rechtsanwälte auftraten. Dies kam

¹) JZ. 1924, 806.

Zu 6. Die vorliegende Entsch. behandelt einige Fragen aus dem Rechte der Anwaltssozietät, die bisher z. T. in der Praxis noch wenig zur Erörterung gelangt sind.

1. Das RG. geht zutreffend davon aus, daß die Anwaltssozietät eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts darstellt (vgl. Friedlaender, RWD.⁸ Exkurs zu § 40 Anm. 3). Im vorliegenden Falle hatten beide Bekl. unbefristetmaßen den Auftrag übernommen; die Sicherheit war an die gemeinschaftliche Kasse einbezahlt

nehmen, kann und darf er diese Ausgleichung nur auf dem Boden der Auslegung (§§ 133, 157, 242 BGB.) finden — eine Aufgabe, die einen weisen Richter von größter Gesetzeskenntnis und tiefster wirtschaftlicher Einsicht verlangt. Das gilt für die etwaige Flucht in die Reichsmark genau so wie es das RG. — freilich erst am Schlusse der nun abgeschlossenen Periode der Geldentwertung — auch für die Flucht in die Substanz hat anerkennen müssen.

RA. Dr. Dr. Graßhoff, Berlin.

¹) JZ. 1924, 806.

²) JZ. 1925, 1794.

dadurch zum Ausdruck, daß sie sich jeweils gemeinschaftlich Vollmacht erteilen ließen. Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag bestand nicht. Im Einverständnis mit dem Bekl. zu 2 führte der Bekl. zu 1 die Aufsicht über die gemeinschaftliche Kasse und das Büro. Vom Kl. übernahmen die Bekl. den Auftrag zur Vertretung in einer Arrestsache gegen A. B. Zum Zwecke der Sicherheitsleistung in dieser Sache erhielten sie vom Kl. 9000 RM. Nachdem die Arrestsache durch Vergleich erledigt war, erhielten sie den als Sicherheit hinterlegten Betrag zurück. Da sie den Betrag nur zum Teil an den Kl. zurückerstatteten, drängte dieser i. J. 1927 wiederholt auf Rückzahlung des Restes, der nach seiner Behauptung auf 4000 RM, nach der Darstellung der Bekl. 3000 RM betrug. Die dadurch veranlaßten, vom Bekl. zu 1 geführten Verhandlungen endeten am 2. Dez. 1927 mit einem schriftlichen Vertrag, den der Bekl. zu 1 für die beiden Bekl. abschloß, und den er in der üblichen Weise (Rechtsanwälte A. und B. durch B.) unterzeichnete. Danach trat der Kl. seine Forderung an B. einschließlich der Rechte aus einer zugunsten dieser Forderung bestehenden Bürgschaft an die Bekl. ab. Als „Gegenwert hierfür und aus einer früheren Abrechnung“ sollten die Bekl. 13 075,75 RM zahlen, und zwar in Raten von 1000 RM am 10. Dez. 1927 und von je 900 RM in den folgenden Monaten, die Schuld auch mit 1% über Reichsbankdiskont verzinsen. Am 21. Mai 1928 kam zwischen dem Kl. und dem Bekl. zu 1 ein weiterer schriftlicher Vertrag zustande, in dem eine vom Bekl. zu 1 erfolgte Teilzahlung von 3300 RM anerkannt und eine Neuregelung der Ratenzahlungen und des Zinsfußes vereinbart, eine Verfallklausel festgelegt wurde, und der Bekl. zu 1 sich verpflichtete, eine vollstreckbare notarielle Verpflichtungsurkunde aufzunehmen. Der Beitritt des Bekl. zu 2 wurde in der nur vom Bekl. zu 1 unterzeichneten Erklärung vorbehalten. Der Beitritt des Bekl. zu 2 ist nicht erfolgt. Der Kl. verlangt Verurteilung der Bekl. als Gesamtschuldner zur Zahlung des Restes.

Durch Urf. v. 30. Nov. 1928 verurteilte das LG. I in Berlin die Bekl. als Gesamtschuldner zur Zahlung von 9532,95 RM nebst Zinsen und wies den Kl. mit dem Mehrbetrag ab. Auf Berufung der Bekl. und Anschließung des Kl. änderte das RG. am 14. Nov. 1929 durch Teilurteil das landgerichtliche Urteil dahin ab, daß die Klage gegen den Bekl. zu 2 abgewiesen und insofern die Anschlußberufung des Kl. zurückgewiesen wird. Mit der Rev. beantragt der Kl. das angefochtene Urteil aufzuheben und nach seinem Berufungsantrage zu erkennen. Der Bekl. zu 2 beantragt Zurückweisung der Revision. Das LG. hat beide Bekl. verurteilt, RG. und RG. haben mit Teilurteil die Klage gegen den Bekl. zu 2 abgewiesen.

Der VerN. geht davon aus, daß das Rechtsverhältnis zwischen beiden Bekl. in Angelegenheiten, die mit der anwaltshaflichen Tätigkeit zusammenhängen, nach den Regeln über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu beurteilen ist.

worden; beide Sozius hafteten daher — auch dies ist unbestritten — für Rückzahlung dieser Summe.

2. Die Frage, inwiefern ein Sozius für den anderen vertretungsberechtigt ist, entscheidet sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrage. Bestimmt dieser nichts Abweichendes, so steht die Geschäftsführung und die Vertretung nach außen den Sozius gemeinschaftlich zu. Aber außer der besonderen Vereinbarung kann auch die Verkehrsbücherei eingreifen; sie ist es, auf die das RG. mit der Erwähnung der „stillschweigenden Vereinbarung“ hinweisen will. Nach der Verkehrsbücherei gilt jeder Sozius von den übrigen Sozius für gewisse Geschäftskreise als bevollmächtigt: insbes. für die Einziehung von Kostenforderungen (auch soweit sie nicht der Sozius, sondern einem anderen Sozius allein zustehen), für Geschäfte, die unmittelbar und ausschließlich der Abwicklung eines Anwaltsvertrages dienen (wie Vereinbarungen über die Art der Rückzahlung einer bei den Anwälten hinterlegten Prozessesicherheit usw.). Bgl. hierzu Friedlaender, *MD.*³ Exkurs zu § 40 Anm. 24, 41a. Mit Recht verneint dagegen das RG. in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (RG.) die „stillschweigende Ermächtigung“ des einen Sozius, für den anderen außergewöhnliche Rechtsgeschäfte abzuschließen, wie den (noch) dazu mit Risiko verbundenen Erwerb der Forderung des Klienten gegen Zahlung einer Zessionsvaluta. Wenn auch dieses Geschäft anlässlich der Verhandlungen über die Schuld der Anwälte aus der Hinterlegung geschlossen wurde, und wenn es auch zugleich diese Schuld mit beseitigen sollte, so war es doch seinem wesentlichen Inhalt nach ein außergewöhnliches, der Abwicklung von Verpflichtungen aus dem eigentlichen Anwaltsberuf

Durch den Vertrag v. 2. Dez. 1927, auf den die Klage gestützt werde — der Vertrag v. 21. Mai 1928 komme nicht in Frage, da in ihm die Zustimmung des Bekl. zu 2 vorbehalten, diese aber nicht erteilt sei — sei eine Verpflichtung dieses Bekl. nicht entstanden. Die Vertretungsbefugnis des Bekl. zu 1 sei nicht so weit gegangen, daß der Bekl. zu 2 dadurch gebunden worden sei. Wenn sich auch der Bekl. zu 1 bei Beginn der Affoziation die vollkommene Verwaltung des Büros und der Kasse vorbehalten habe, so sei dadurch seine Vertretungsbefugnis für den Vertrag v. 2. Dez. 1927 nicht begründet worden. Denn es handle sich dabei nicht um eine die Verwaltung des Büros oder der Kasse betreffende Angelegenheit. Der Abschluß des Vertrages falle aber auch nicht in den Rahmen derjenigen Angelegenheiten, bei denen üblicherweise ein Anwalt seinen Sozius vertritt. Eine stillschweigende Ermächtigung könne man um so weniger annehmen, als der Vertrag nicht nur die Rückzahlung des noch nicht getilgten Restes der hinterlegten Summe, sondern darüber hinaus den Kauf einer Forderung zum Gegenstande habe, die an sich mit dem Soziatsverhältnis nichts zu tun hat. Dem ist beizutreten.

Der Bekl. zu 2 bestreitet nicht, daß er für die Rückzahlung der an die gemeinschaftliche Kasse einbezahlten Summe hafte. Diese Verpflichtung würde sich auch unmittelbar aus dem Gesellschaftsverhältnis der beiden Bekl. ergeben, so daß es dahingestellt bleiben kann, ob ein Sozius für alle aus der Ausführung eines Auftrags sich ergebenden Handlungen des anderen Sozius hafte (vgl. Friedländer, *Exkurs* zu § 40 *MD.*). Inwiefern ein Gesellschafter den anderen beim Abschluß von Verträgen mit einem Klienten vertreten kann, die sich aus der Abwicklung des Anwaltsvertrages ergeben, richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag. Soweit dieser nichts bestimmt, steht die Führung der Geschäfte den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Die sich hieraus ergebende Regelung gilt auch für die Vertretung im Verhältnis zu Dritten (§§ 708 ff., 714 *BGB.*). Dabei kann davon ausgegangen werden, daß der Gesellschaftsvertrag in der Regel jeden Sozius ermächtigt, auch die mit der Abwicklung eines Auftrags sich ergebenden Rechtsgeschäfte abzuschließen. Dazu würde auch eine Vereinbarung über die Art der Rückzahlung eines dem Sozius anvertrauten Geldbetrages gehören. Denn es handelt sich dabei um Verpflichtungen, die der Anwaltsberuf regelmäßig mit sich bringt. Um so mehr muß eine solche Vertretungsbefugnis bei demjenigen Sozius als stillschweigend vereinbart angesehen werden, dem die Verwaltung der gemeinschaftlichen Kasse obliegt. Dagegen kann eine derartige stillschweigende Übertragung der Befugnis zur Geschäftsführung auf den einen Sozius nicht angenommen werden, wenn es sich um Geschäfte handelt, die mit dem regelmäßigen Beruf des Anwalts nichts zu tun haben, wie die Erwerbung einer Forderung eines Klienten gegen einen Dritten, um so weniger, wenn es sich

fremdes Geschäft, und es gibt keine Verkehrsübung, nach der man den Anwaltssozius eine Bevollmächtigung zu solchen Rechtsgeschäften zusprechen müßte oder könnte.

3. Da sich die Vollmacht desjenigen Sozius, der die Vereinbarung vom 2. Dez. 1927 geschlossen hat (N. A.), auf diese nicht erstreckt — auch die Übertragung der Aufsicht über Kasse und Büro erzeugt keine so weitgehende Ermächtigung —, so könnte auch das Zugehen eines Bestätigungsschreibens über die Vereinbarung an N. A. B. und seine Nichtbeantwortung keine Verpflichtung des N. A. begründen. Die Vorschriften der §§ 125 Abs. 2 Satz 3, 232 Abs. 1 Satz 3 *BGB.* und ähnlicher Bestimmungen gelten für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und daher auch für die Anwaltssoziatschaft nicht.

4. Wenn dagegen ein Bestätigungsschreiben über die Vereinbarung vom 2. Dez. 1927 dem N. A. zugegangen wäre, und wenn sich aus diesem Schreiben der Inhalt der Vereinbarung, insbesondere die darin festgelegte Verpflichtung beider Gesellschafter klar ergeben hätte, so müßte auch N. A., falls er dazu schweig. die Vereinbarung gegen sich gelten lassen. Denn wenn er auch kein Kaufmann ist, so verlangte doch Treu und Glauben von ihm eine Äußerung, sofern er dem Bestätigungsschreiben nicht zustimmen wollte. Dieser Satz entspricht der ständigen *Rspr.*

5. Auch die letzte Begründung für das Nichtvorliegen einer nachträglichen Genehmigung ist zutreffend. Sie ist im wesentlichen tatsächlicher Natur.

N. A. Dr. Friedlaender, München.

um die Übernahme eines erheblichen Risikos handelt. Die Befugnis des Bekl. zu 1 zur Übernahme einer solchen Forderung für die Gesellschaft ergab sich auch nicht daraus, daß der Bekl. zu 2 mußte und damit einverstanden war, daß der Bekl. zu 1 mit dem Kl. über die Rückzahlung verhandelte. Daraus könnte nur geschlossen werden, daß der Bekl. zu 1 ermächtigt war, mit dem Kl. sich über die Art der Rückzahlung zu verständigen, nicht aber, daß er zum gleichzeitigen Erwerb einer Forderung gegen einen Dritten berechtigt sein sollte.

Die Rev. führt aus: Für die Rev.Just. sei zu unterstellen, daß der Bekl. zu 2 von den Briefen des Kl. vom 20. Dez. 1927, 9. Febr. und 4. März 1928 Kenntnis genommen habe. Es sei rechtsirrig, wenn das BG. in dem Schweigen auf diese Briefe hin nicht eine nachträgliche Genehmigung erblicke. Es sei fessam, in solchen Fällen Grundsätze anzuwenden, die auf einen Kaufmann passen. Denn der Anwalt nehme eine andere Stellung ein als der Kaufmann; im übrigen würde auch einem Kaufmann gegenüber in einem solchen Falle das Schweigen als Genehmigung gedeutet werden.

Auch dieser Angriff ist nicht begründet.

Zwar könnte sich der Bekl. zu 2 nicht darauf berufen, daß er ein ihm persönlich zugegangenes Schreiben nicht gelesen habe. Denn mit dem Zugehen des Schreibens wurde die darin enthaltene Willenserklärung wirksam (§ 130 BGB.), und der Erklärungsempfänger muß sich so behandeln lassen, als ob er auch von dem Inhalt Kenntnis genommen hätte. Dagegen wurde das Schreiben nicht dadurch für den Bekl. zu 2 wirksam, daß es seinem Sozius zugegangen ist. Dies würde nur gelten, soweit der Sozius zur Vertretung der Gesellschaft und des anderen Gesellschafters berechtigt ist. Wenn diese Vertretungsbefugnis auch für Geschäfte, die die gemeinsame Ausübung des Rechtsanwaltsberufs gewöhnlich mit sich bringen, wie die Führung der gemeinsamen Kasse, anzunehmen ist, so gilt es doch nicht für außerhalb dieses Rahmens liegende Verpflichtungen, wenn sie auch aus Anlaß der Abwicklung eines Anwaltsvertrages übernommen werden. Die für die OHG. (§ 125 Abs. 2 Satz 2 BGB.) oder für juristische Personen (z. B. die AktG. § 232 BGB.) bestehende Vorschrift, nach der empfangsbedürftige Willenserklärungen wirksam sind, wenn sie einem von mehreren Vertretungsberechtigten gegenüber abgegeben werden, gilt für die Gesellschaft das BGB. nicht. Die Haftung des Bekl. zu 2 könnte daher nur dadurch begründet werden, daß ihm ein Schreiben des Kl. zugegangen ist, aus dem sich die Vereinbarung seiner persönlichen Haftung ergibt, und wenn er sich auf Grund seines Stillschweigens als zustimmend behandeln lassen muß. Wenn nun auch die Rspr. über die Wirkung des Stillschweigens auf Bestätigungsschreiben sich nur auf den Verkehr unter Kaufleuten bezieht, so muß sich unter Umständen doch auch ein Nichtkaufmann, der auf ein eine mündliche Abmachung mit ihm oder mit Wirkung für ihn bestätigendes Schreiben nicht antwortet, als zustimmend behandeln lassen, wenn Treu und Glauben von ihm eine ausdrückliche Ablehnung verlangt. Eine solche Ablehnung wird man in der Regel auch von einem Rechtsanwalt verlangen müssen, wenn ihm von einem Auftraggeber mitgeteilt wird, daß zwischen diesem und seinem Sozius eine beide Sozioten bindende Abmachung getroffen worden ist, die mit der Sozietät zusammenhängt, auch wenn damit weitergehende Verpflichtungen als die allgemein üblichen übernommen werden. Denn der Rechtsanwalt, der die Bedeutung von Bestätigungsschreiben und des Schriftverkehrs überhaupt kennt, und der nach Begründung einer Sozietät auch damit rechnen muß, daß sein Sozius einen Teil der Aufträge selbständig erledigt, muß auch damit rechnen, daß ein Auftraggeber mit dem Sozius beide Gesellschaftler bindende Abmachungen trifft. Die Bindung kann aber nur eintreten, wenn sich aus dem Schreiben unzweideutig ergibt, daß eine Bindung aller Gesellschaftler vereinbart worden ist, und in welchem Umfange eine Verpflichtung übernommen worden ist. Diesem Erfordernis genügen die dem Bekl. zu 2 nach der Behauptung des Kl. persönlich zugegangenen Schreiben nicht. (Wird näher ausgeführt.) Danach kann nicht angenommen werden, daß der Bekl. zu 2 verpflichtet war, dem Inhalt des genannten Schreibens zu widersprechen, und daß er sich, weil

er nicht widersprochen hat, so behandeln lassen muß, als ob er dem Vertragsabschluß nachträglich zugestimmt hätte.

Eine nachträgliche Genehmigung kann auch nicht darin gefunden werden, daß der Bekl. zu 2 sich nach der Regelung der Sache überhaupt nicht erkundigt habe, als er wahrnahm, daß der Kl. keinerlei Ansprüche aus dem ursprünglichen Auftragsverhältnis mehr geltend machte. Dieses Verhalten des Bekl. zu 2 war auch erklärlich, wenn er annahm, daß der Bekl. zu 1 nur die Rückzahlung des erhaltenen Betrags geregelt hatte, ohne eine neue Verpflichtung zu übernehmen.

(U. v. 11. Nov. 1930; 6/30 II. — Berlin.)

***7.** §§ 242, 853 BGB. Der Vertragsgegner, der die Frist zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung verjährt hat, kann der Erhebung des Vertragsanspruchs mit dem Einwand der Arglist begegnen; aber nicht dann, wenn er nicht bereit ist, die schon empfangene Leistung der Gegenseite zurückzugewähren.

Das BG. hält den Rücktritt der beklagten VerfGes. vom Versicherungsvertrage sowie ihre Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung für unwirksam, weil sie die betreffenden Erklärungen nur der Kl. als Pfandgläubigerin der Versicherungsforderung, nicht aber — wie es hätte geschehen müssen — den Erben des Versicherungsnehmers gegenüber abgegeben habe. Dagegen nimmt der Vorderrichter an, daß die Bekl. befugt sei, der Klage die Einrede der Arglist entgegenzusetzen.

Die Rev. verlangt Nachprüfung, ob hier die Arglisteinrede durchschlägt. In der Tat bestehen in dieser Hinsicht grundsätzliche Bedenken. Zwar ist in der Regel, i. S. der §§ 242, 853 BGB., die allgemeine Arglisteinrede auch demjenigen zu verstaten, der die Jahresfrist des § 124 BGB. verjährt und sich dadurch außerstande gesetzt hat, die Nichtigkeit des Vertrags wegen arglistiger Täuschung von seiten des Vertragsgegners herbeizuführen und den Rechtserfolg des Vertrags in allgemein wirksamer Weise zu beseitigen (RG. 79, 197¹). Doch ist von der Partei, die sich dieser Einrede bedienen will, zu fordern, daß sie mit Deutlichkeit den Willen zum Ausdruck bringt, den durch Betrug des Gegners erschlichenen Vertrag aufzulösen (RG. 60, 294 ff., besonders 296). Mit Treu und Glauben im Verkehr wäre es unvereinbar, wenn jemand die Arglisteinrede dazu benutzen würde, sich gegenüber dem Gegner seinen vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen, ohne seinerseits die Pflicht zur Rückgewähr der auf Grund des Vertrags bereits erlangten Vorteile anzuerkennen. Aus den Erklärungen des die Vertragserfüllung Verweigernden muß daher erhellen, daß er wirklich die Auflösung des Vertrags begehrt und die sich daraus ergebenden Folgen seinerseits zu tragen bereit ist. Wie in RG. 60, 296 dargelegt, braucht er sich zwar nicht zur Rückgabe des Empfangenen zu erbieten, sondern darf abwarten, bis der Gegner seine Leistung zurückfordert. Er darf sich aber in dem Rechtsstreit, in welchem er die Arglisteinrede vorschützt, nicht in der Weise verhalten, daß er die Rückgewähr von vornherein ablehnen und sich unter Berufung auf den Vertrag die daraus gezogenen Vorteile weiterhin sichern will. Dann steht seiner Arglisteinrede der Gegeneinwand der eigenen Arglist entgegen.

So aber liegen die Dinge im gegebenen Falle. Die Beklagte will mit der Arglisteinrede nur ihre Befreiung von der Pflicht zur Zahlung der Versicherungssumme erreichen. Die vom Versicherungsnehmer seit 1925 empfangenen Prämien will sie aber nicht zurückgeben; diesen Entschluß hat sie hinreichend dadurch bekundet, daß sie dem von der Kl. im zweiten Rechtszug erhobenen Anspruch auf Erstattung der auf die Versicherung des Kl. entfallenden Prämienreserve den Einwand der unzulässigen Klageänderung entgegengesetzt. Dies kann nur so aufgefaßt werden, daß die Bekl. es ablehnt, die Prämienreserve und demnach erst recht die sie übersteigende Summe der von Kl. gezahlten Prämien zurückzugeben. Sie will also die Vorteile, die ihr der Versicherungsvertrag brachte, behalten, sich hingegen ihrer eigenen Leistung mit Hilfe der Arglisteinrede entziehen. Ein solches Verhalten

¹) 328. 1912, 688.

kann aber durch die Rechtsordnung nicht geschützt werden (vgl. RG. 71, 436²). Aus diesen grundsätzlichen Erwägungen ist der Entscheidungsgrund des BG. unhaltbar. (U. v. 7. Nov. 1930; 83/30 VII. — Raumburg.) [Ru.]

8. §§ 254, 839, 1117 Abs. 2, 1154 BGB.

1. Schadenersatz gegen den Staat aus Verschulden des Grundbuchbeamten wegen Nichterlangung einer dinglichen Berechtigung.

2. Die von Verkäufer und Käufer abgegebene Erklärung, daß der über eine Restkaufgeldhypothek auszustellende Brief vom Grundbuchamt an einen Dritten ausgehändigt werden solle, dem die Hypothek gleichzeitig abgetreten wurde, verschafft diesem nur ein Forderungsrecht.

3. Konkurrierendes Verschulden rechtsunkundiger Personen. †)

(U. v. 23. Aug. 1930; 365/30 VI. — Königsberg.)

[Ru.]

Abgedr. JW. 1930, 3545³.

*) JW. 1909, 683.

Zu 8. Das Urteil beansprucht insofern großes Interesse, als es zu der Frage nach der analogen Anwendung der §§ 328 ff. BGB. auf dingliche Verträge eingehender Stellung nimmt und die grundsätzliche Unanwendbarkeit auch gegenüber der Hypothek scharf ausspricht.

RG. 66, 99 hatte bereits abgelehnt, anzuerkennen, daß die Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer eines Grundstücks, wonach der Brief über eine vom Käufer zugunsten eines Dritten zu bestellende Hypothek dem Dritten vom BVL. übersendet werden solle, die Übergabe des Briefes nach § 1117 Abs. 2 BGB. ersetzen könne. RG. 98, 282 hatte sich später darauf beschränkt, die allgemeine Anwendbarkeit des § 328 BGB. auf dingliche Verträge zu verneinen, aber offengelassen, ob ein Bedürfnis für gewisse Grundstücks- und Hypothekengeschäfte anzuerkennen sei. RG. 124, 221 = JW. 1929, 2343 hatte die Anwendbarkeit auf die Bestellung eines Mobiliarpfandrechts abgelehnt, da die §§ 1205 und 1274 eine Einigung zwischen dem Besteller und Erwerber vorschrieben. Das obige Urteil betont im Anschluß an diese Entsch. erneut, daß die Einigung des Grundstücksverkäufers mit dem Käufer über die Bestellung einer Restkaufhypothek für die Ehefrau des Verkäufers auch in Verbindung mit der Vereinbarung, daß der Brief dieser unmittelbar behändigt werden solle, für die Ehefrau keine Hypothek mit der Eintragung habe entstehen lassen können — es sei denn, daß der Ehemann als Vertreter seiner Frau gehandelt habe. Bei Verneinung dieser letzteren Annahme hätte die Hypothek erst durch Aushändigung des Briefes an die Ehefrau nach § 1117 Abs. 1 BGB. entstehen können, weil ihr erst in diesem Augenblick das dingliche Einigungsangebot des Käufers zugegangen sei; einer Ausnahmeerklärung habe es nach § 151 BGB. nicht bedurft.

Damit lehnt das RG. bedauerlicherweise auch die Ausnahmen von der grundsätzlichen Unanwendbarkeit der §§ 328 ff. BGB. auf dingliche Verträge ab, die Wolff (Sachenrecht, § 38 II 3) und Cunnecerus-Lehmann (Schuldrecht, § 34 VI) für die Begründung derjenigen dinglichen Rechte machen wollen, die eine Leistung aus dem Grundstück zum Gegenstand haben (wie Reallast, Hypothek und Grundschuld), oder eine Übereignung eines Grundstücks zum Gegenstand haben (wie das dingliche Vorkaufrecht).

Die Begründung überzeugt in keiner Weise. Mit der Berufung auf das Prinzip, daß die Verträge zugunsten Dritter dem Schuldrecht angehören und grundsätzlich keine sachenrechtliche Wirkung haben, ist nichts bewiesen. Darzulegen wäre gewesen, warum in diesen besonderen Fällen die analoge Erstreckung ausgeschlossen sein soll. Es ist nicht einzusehen, warum der Privatautonomie innerhalb der durch den numerus clausus und den Grundsatz der Sichtbarmachung gezogenen Schranken jede Möglichkeit der Verletzung verwehrt werden soll. Dagegen auch Heck, Grundriß des Sachenrechts, § 28 Riff. 6. Daß für solche Abmachungen ein Bedürfnis besteht, wird sicher dadurch bewiesen, daß sie immer wieder vorkommen. Daß durch ihre Zulassung der Publizitätsgrundsatz nicht verletzt wird, ist ebenfalls sicher. Endlich läßt sich auch nicht bestreiten, daß die Rechte aus derartigen Leistungen aus dem Grundstück einen forderungähnlichen Anspruch begründen.

Praktisch ergibt sich aus der Nrpr. des RG. die Forderung für die kautelariische Jurisprudenz, den Verkäufer als Vertreter des Dritten auftreten zu lassen und die fehlende Vertretungsmacht durch einfache Genehmigung zu ersetzen. Daß die erstrebte Wirkung durch eine derartige Vertragsfassung unsvwierig erreicht werden kann, beweist m. E. am besten, daß die hier vertretene Ausnahme

9. § 285 BGB. Eine unrichtige Rechtsauffassung geht regelmäßig zu Lasten des Schuldners. †)

(U. v. 19. Mai 1930; 441/29 IV. — Düsseldorf.) [Ra.]

Abgedr. JW. 1930, 3479⁷.

10. § 667 BGB.; §§ 826, 846—849 ZPO. Der Anspruch auf Rechnungslegung ist nicht für sich allein, wohl aber zusammen mit dem auf Herausgabe abtretbar und pfändbar. Die Pfändung kann auch auf einen Teilbetrag der Pfändung gerichtet sein. Ist der Anspruch zusammen mit dem Hauptanspruch erhoben, so kann über ihn durch Teilurteil entschieden werden.

Ein Schuldner des RL, von dem dieser Geld und Effekten beanspruchen konnte, hatte dem Bekl. Auftrag und Vollmacht zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten in Deutsch-

von dem Grundsatz der Unanwendbarkeit der §§ 328 ff. BGB. auf dingliche Verträge keine wesentlichen sachenrechtlichen Belange verletzen kann.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

Zu 9. A. Ann. Reinhardt, ebenda.

B. Die Entsch. ist für die Anwaltschaft von empfindlicher Bedeutung. Hält RG. an ihr fest, so hat fortan jeder Rechtsberater, der seinem Klienten die Auskunft erteilt: „Die angebliche Forderung des K. gegen Sie besteht, auch nach Auffassung des RG., nicht zu Recht“, den Vorbehalt beizufügen: „Sie folgen jedoch dieser Auskunft auf Ihre eigene Gefahr, d. h. Sie geraten rückwirkend in Verzug, falls später RG. seine Auffassung ändern sollte.“ Er setzt sich sonst u. U. einer Negregressklage des Klienten aus.

Ich hoffe jedoch, daß es hierzu nicht kommen, das RG. vielmehr der durchschlagenden Kritik Reinhardts Folge geben wird.

In (schuldhaften) Verzug gerät der Schuldner, der die fällige Leistung unterläßt, weil er an der Rechtsbeständigkeit der Schuld zweifelt. Denn Zweifel ist bewußte Ungewißheit; der Zweifeln handelt daher mit Eventualvorbehalt. Anders, wenn Schuldner zu der rechtsirrigen Überzeugung gelangt ist, die Schuld bestehe nicht. Dieser Irrtum schließt den Vorbehalt, auch den Eventualvorbehalt, ohne weiteres aus. Beruht er auf Fahrlässigkeit, so ist die Leistungssäumnis eine fahrlässige. Hat dagegen Schuldner alles ihm Zumutbare getan, um sich ein zutreffendes Urteil zu bilden, so ist jedes Verschulden ausgeschlossen. Einem rechtsunkundigen Schuldner aber wird man nicht mehr zumuten dürfen, als daß er sich eine angemessene Rechtsbelehrung verschaffe. Daher kein Verzug, wenn Schuldner einen ihm als sachkundig und gewissenhaft ausgewiesenen Juristen befragt und dieser ihm in subjektiv überzeugender Weise vorbehaltlos erklärt hat, die Schuld bestehe nicht. (Ein Verschulden bei Auswahl und Instruktion des Beraters hat Schuldner natürlich zu vertreten; nicht dagegen einen Irrtum oder ein Verschulden des Beraters, der ja nicht sein Erfüllungsgeschehen ist. Unschädlich daher auch, wenn letzterer ihm pflichtwidrig verschweigt, daß die Rechtsfrage zweifelhaft ist.) Der sachkundigste und gewissenhafteste aller Rechtsberater nun aber ist der höchste Gerichtshof. Ihm darf der Schuldner grundsätzlich schlechthin vertrauen. Hat daher das RG. in einem Drittprozeß grundsätzlich gesprochen, so ist es kein Verschulden, wenn sich Schuldner auf diesen Spruch verläßt — mögen selbst Gerichte und Schriftsteller ihn mißbilligen. Roma locuta est. Mit einem Rechtsirrtum des RG. und mit einer demnächstigen Änderung seiner Spruchpraxis braucht Schuldner nicht zu rechnen. Ein Verzug kann somit erst einsetzen, wenn diese Änderung erfolgt und dem Schuldner bekannt wird.

Die gegensätzliche Entsch. ist hiernach unhaltbar. Sie reimt sich übrigens auch schlecht mit der sonstigen Judikatur des RG. Dieses legt es in vielen Fällen zum Verschulden aus, wenn der Beteiligte es unterläßt, die Nrpr. des RG. zu verfolgen und nachzufragen. Das will doch sagen, daß derjenige, der sie befolgt, einwandfrei handelt, während tadelhaft handelt, wer von ihr abweicht, weil er sie für rechtsirrig hält. Was aber dort sachgemäß, kann hier nicht schuldhaft sein.

Anhangsweise: Auch die umgekehrte historische Entwicklung ist denkbar. Das rechtliche Bestehen der Schuld ist zweifelhaft. RG. bejaht es in einem Drittprozeß von grundsätzlicher Tragweite. Nunmehr gibt Schuldner das Spiel verloren und leistet. Später widerruft RG. seine Ansicht. Schuldner kann hier m. E. kondizieren. Da und solange jedoch der Bereicherte sich (ebenso wie der Leistende) auf die bisherige Nrpr. verlassen durfte, bemüht sich seine Herausgabepflicht nur nach § 818, nicht nach § 819 BGB.

Prof. Dr. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

land gegeben. Der Kl. erwirkte wegen seiner Forderung auf Grund eines Urteils einen Beschl. des AG., laut dem der angebliche Anspruch des Schuldners gegen den Bekl. „aus dem zwischen beiden bestehenden Auftrags- und Vollmachtsverhältnis auf Rechnungslegung und Herausgabe der vom Bekl. für den Schuldner vereinnahmten Vermögenswerte jeder Art auf Höhe der im Urteil und in den Kostenfestsetzungsbeschlüssen bezeichneten Beträge“ gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen wurde. Er klagte sodann gegen den Bekl. erstens auf Erteilung von Auskunft a) über die Vermögensverwaltung, b) insbes. über die von ihm aus dem Verkauf von des Schuldners Rittergut bezogenen Einnahmen, c) über die von ihm für denselben geleisteten Zahlungen, und d) über die Bewertung der auf dem Gute eingetragenen Restkaufgelbbhypothek von 200 000 RM, sowie zweitens auf Zahlung von 1000 RM. Gegen das Teilurteil des BG., das den Bekl. zur Auskunftserteilung über die Vermögensverwaltung, insbes. über die Einnahmen und Zahlungen verurteilte, legte dieser Berufung ein, indem er besonders Unpfändbarkeit und Nichtfälligkeit des Anspruchs auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung geltend machte. Das BG. hat die Klage abgewiesen; das RG. das BU. aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen.

Das BG. leitet die Unpfändbarkeit des Anspruchs auf Rechnungslegung und folgerweise des Anspruchs auf Auskunftserteilung daraus her, daß dieser Anspruch nicht für sich allein und getrennt übertragen werden könne. Diese Erwägung geht, wie die Rev. mit Recht rügt, angesichts des vom BG. festgestellten Sachverhalts fehl, da der Pfändungs- und Überweisungsbeschl. auf den der Kl. seine Berechtigung gründet, nicht nur den Anspruch des Schuldners auf Rechnungslegung, sondern auch seinen Anspruch auf Herausgabe der vom Bekl. für ihn vereinnahmten Vermögenswerte zum Gegenstande hat. Sofern das BG., worauf einige Wendungen seiner Entscheidungsgründe hinweisen, hat aussprechen wollen, daß die Abtretung des Anspruchs auf Rechenschaft, um gültig zu sein, nicht nur mit der Abtretung einzelner Ansprüche aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse, sondern mit der Abtretung aller aus diesem entspringenden Ansprüche verbunden werden müsse, könnte ihm nicht beigeplichtet werden. Die Unzulässigkeit der alleinigen Abtretung des Anspruchs auf Rechenschaft beruht auf seinem Wesen als Neben- und Hilfsanspruch, der lediglich der Ermittlung des Gegenstandes und Betrages des Hauptanspruchs dient (s. Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II 1, S. 87). Zur Zulässigkeit und Gültigkeit seiner Übertragung muß es daher genügen, wenn diese mit der Abtretung eines Hauptanspruchs verbunden wird, zu dessen ziffernmäßiger Feststellung es der Ablegung der Rechenschaft bedarf. Der Anspruch auf Herausgabe der vereinnahmten Vermögenswerte, der im vorliegenden Falle mit dem Anspruch auf Rechnungslegung abgetreten worden ist, steht aber mit diesem in besonders naheem Zusammenhange, da er ohne Rechnungslegung nicht ziffernmäßig bestimmt werden kann. Es würde jedes inneren Grundes entbehren, wenn man außer seiner Abtretung etwa noch die Abtretung des vielfach nicht bestehenden und häufig ohne Rechnungslegung zu begründenden und zu errechnenden Anspruchs auf Schadensersatz wegen mangelhafter Ausführung des Auftrags oder die Abtretung des in der Regel ohne Rechnungslegung durchsetzbaren und in der Regel schon vor der Fälligkeit des Rechenschaftsanspruchs erledigten Anspruchs auf Ausführung des Auftrags erfordern wollte. Die vom BG. zur Begründung seiner Ansicht herangezogene Entsch. RG. 3, 333 (336) verneint lediglich, daß die Abtretung einer ziffernmäßig bestimmten Forderung aus einer Geschäftsführung die Abtretung des Anspruchs auf Rechnungslegung umfasse, hat also auf die vorliegende Frage keinen Bezug. Eine Bestimmung wie die des § 717 BGB., die die Übertragung der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis ausschließt und aus der die Anspr. (s. RG. 52, 35) die Unabtretbarkeit des Anspruchs auf Rechnungslegung über den Gesellschaftsgewinn folgert, besteht für das Auftragsverhältnis in dieser Allgemeinheit nicht, vielmehr ist zwar nach § 664 Abs. 2 BGB. im Zweifel der Anspruch auf Ausführung des Auftrags, aber weder der Anspruch auf Herausgabe (§ 667) noch irgendeiner der anderen Ansprüche gegen den Beauftragten für unabtretbar oder unpfändbar erklärt.

Ist hiernach das vom BG. erhobene Bedenken gegen die Gültigkeit der Pfändung und Überweisung des Rechnungslegungsanspruchs ungerechtfertigt, so kann dessen Unpfändbarkeit auch nicht, wie der Revisionsgegner hilfsweise versucht, daraus hergeleitet werden, daß der Anspruch seinem Wesen nach unteilbar ist und nicht mit Beschränkung auf den Betrag der Pfändungsforderung geltend gemacht werden kann. Die Nichtigkeit dieses Einwandes ergibt sich schon daraus, daß die Pfändung von Ansprüchen auf Herausgabe körperlicher Sachen, auch soweit sie unteilbar sind, und die Überweisung solcher Ansprüche zur Einziehung gesetzlich zugelassen (s. §§ 846—849 ZPO.) und in ständiger Übung ist. Auch aus der für alle Forderungsüberweisungen geltenden Vorschrift des § 836 ZPO., die den Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen, läßt sich nicht folgern, daß dem Gläubiger nicht im Wege der Pfändung und Überweisung eines besonders gesetzlich gewährten Anspruchs des Schuldners gegen den Drittschuldner auf Auskunftserteilung dieses Recht gegen den Drittschuldner verschafft werden könne. Endlich läßt sich die Unzulässigkeit der Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf Rechnungslegung auch nicht damit begründen, daß dieser Anspruch dem Auftraggeber nicht entzogen werden könne und daß die Lage des Beauftragten nicht durch Einschaltung eines zweiten Rechenschaftsberechtigten erschwert werden dürfe. Es kann dahingestellt bleiben, inwiefern nach der Überweisung des Rechenschaftsanspruchs an den Pfändungsgläubiger zur Einziehung der Auftraggeber nach § 836 ZPO. selbst noch Rechnungslegung insbes. dann verlangen kann, wenn neben dem Rechenschaftsanspruch nicht alle etwa denkbaren Hauptansprüche des Auftraggebers überwiesen worden sind. Die zweifache Rechenschaftspflicht kann äußerstenfalls zur Mitteilung einer Abschrift der ersten Rechnung an den an zweiter Stelle Rechenschaft fordernden Berechtigten und zu der Notwendigkeit führen, sich gegen jeden Rechenschaftsberechtigten auf verschiedene Beantwortungen zu äußern; aber Schwierigkeiten solcher Art sind für den Drittschuldner auch in anderen Fällen der Forderungspfändung nicht zu vermeiden.

Kann sonach die Gültigkeit der Überweisung des Rechenschaftsanspruchs weder aus den vom BG. noch aus den vom Revisionsgegner geltend gemachten Gesichtspunkten verneint werden, so läßt sich auch nicht etwa das landgerichtliche Urteil deshalb beanstanden, weil es nur über den Rechenschaftsanspruch erkennt, den Zahlungsanspruch aber vorbehalten hat. Ebenso wie zugunsten des Auftraggebers selbst kann der Rechenschaftsanspruch, wenn er einem anderen gültig abgetreten oder überwiesen ist, zu dessen Gunsten für sich allein eingeklagt und zugesprochen werden, und daß über ihn, wenn er mit dem Anspruch auf Herausgabe in derselben Klage geltend gemacht worden ist, durch Teilurteil vorab entschieden wird, kann angesichts seiner Bedeutung für die Bestimmung des Umfangs dieses letzteren Anspruchs nicht nur zulässig, sondern auch durchaus sachgemäß sein. Der Revisionsgegner meint auch zu Unrecht, daß der dem Klageantrag Ia entsprechende erste Teilsatz der landgerichtlichen Verurteilung zu unbestimmt gefaßt sei und daß die folgenden, den Anträgen Ib und c entsprechenden Teilsätze die Verurteilung zur Rechnungslegung in sich schließen, die erst nach völliger Ausführung des Auftrags verlangt werden könne, die völlige Ausführung aber nicht festgestellt sei. Der zur Auskunftserteilung über die Vermögensverwaltung für v. K. verurteilende erste Teilsatz findet die erforderliche nähere Bestimmung in den folgenden Teilsätzen, die die Verpflichtung zur Auskunft über die Einnahmen aus dem Verkauf des Ritterguts H. und über die für den Auftraggeber geleisteten Zahlungen enthalten, und die Verurteilung zu diesen besonders hervorgehobenen Auskünften steht nicht ohne weiteres der Verurteilung zur Rechenschaftsablage gleich, die nach § 259 BGB. die Vorlegung einer Übersicht über alle Einnahmen und Ausgaben aus der Verwaltung und die Vorlegung der üblichen Belege umfaßt.

(U. v. 7. Okt. 1930; 609/29 VII. — Raumburg.) [Ru.]

11. § 779 BGB.; § 67 AufwG. Aufwertung trotz eines im Februar 1923 geschlossenen Vergleiches, wenn sich die Parteien dabei über die Geschäftsgrundlage geeinigt haben; der Berufung

auf den Vergleich steht dann der Einwand der Arglist entgegen.†)

Die Abfindung der Kl. — um die sich der Rechtsstreit dreht — ist auf Grund der letztwilligen Anordnung des Erblassers von seiner Witwe am 21. Sept. 1921 auf 40 000 M, zahlbar drei Monate nach ihrem Tode, festgesetzt worden. Die Witwe S. ist am 9. Febr. 1925 verstorben. Noch zu ihren Lebzeiten, am 5. Febr. 1923, hat sich die Kl., die die Einwilligung in die Umschreibung des Hofes auf ihre Schwester verweigerte und deshalb von ihr verklagt wurde, mit dieser durch Prozeßvergleich auf eine Abfindungssumme von 200 000 M geeinigt, die schon am 26. Jan. 1923 bezahlt worden ist.

Insoweit bestand in der Vorinstanz kein Streit.

Der VerR. ist dagegen der Auffassung, die Parteien hätten dem Vergleich die von dem Sachverständigen B. Anfang Juni 1922 vorgenommene Schätzung des Hofwerts auf 585 650 M zugrunde gelegt und danach die Abfindung der Kl. im Anschluß an den gerichtlichen Vorschlag auf 200 000 M festgesetzt. Dabei hätten sie völlig außeracht gelassen, daß die Geldentwertung seit Erstattung des Gutachtens außerordentlich fortgeschritten sei und daher der von B. ermittelte Grundstückswert nicht mehr gestimmt habe. Da ohne Zweifel das B.sche Gutachten die Vergleichsgrundlage gebildet habe, hätten sich die Parteien bei Abschluß des Vergleichs in einem gemeinsamen Irrtum über die Geschäftsgrundlage befunden, indem sie den Einfluß der Geldentwertung auf das Gutachten B.s völlig verkannt hätten, wodurch dem Vergleiche jeder vernünftige Sinn genommen worden sei. Die Kl. und ihr Mann würden aber ohne diesen Irrtum den Vergleich keinesfalls so, wie geschehen, abgeschlossen haben. Denn der Wert der 200 000 M habe Anfang Jan. 1923 nur etwa 100 GM. betragen, er habe mithin, auch wenn man ihn nach den Zeiterischen Zahlen auf 516 GM. berechne, in gar keinem Verhältnis zum wirklichen Grundstückswert gestanden. Der VerR. könne sich daher nicht auf den Vergleich berufen, weil ihm der Einwand der allgemeinen Arglist entgegenstehe.

Die sachlichen Bedenken, die die Rev. gegen diesen Teil der Gründe erhebt, sind nicht von der Hand zu weisen.

Nach Auffassung des VerR. soll das B.sche Gutachten die Vergleichsgrundlage gewesen sein und der beiderseitige Irrtum der Vergleichsparteien über die Geschäftsgrundlage soll darin liegen, daß sie die seit Abgabe dieses Gutachtens eingetretene Geldentwertung verkannt hätten. Die letztere Auffassung ist, wie die Rev. mit Recht geltend macht, nicht wohl möglich. Denn daß die Parteien die Geldentwertung erkannt haben, geht unwiderleglich daraus hervor, daß sie ihr dadurch Rechnung getragen haben, daß sie die von der Witwe S. festgesetzte Abfindungssumme von 40 000 M der Entwertung des Geldes wegen auf 200 000 M heraufgesetzt haben. Ein anderer Grund für diese ziffermäßige Erhöhung liegt nach dem unstreitigen Sachverhalt nicht vor. Mögen nun die Parteien auch unterlassen haben, bei Abschluß des Vergleiches im Jan.

Zu 11. Die maßgebende Frage der Entsch. ist, ob und wie weit der beim Abschluß des Vergleichs angeblich unterlaufene Irrtum die Wirklichkeit des Vergleichs beeinflusst.

Der Sachverhalt ist folgender: Die Abfindungssumme war 1921 auf 40 000 M festgesetzt. In dem darüber schwebenden Prozeß wurde im Juni 1922 ein Gutachten über den Wert des Grundbesitzes erstattet, das ihn auf 585 650 M bestimmte. Im Jan. 1923 wurde die Abfindungssumme vergleichsweise auf 200 000 M festgesetzt. Der Irrtum soll darin bestanden haben, daß die Parteien meinten, es gäbe kein Aufwertungsrecht. Ohne diesen Irrtum würde der Vergleich nicht so geschlossen worden sein.

Das RG. unterscheidet den Geldentwertungsirrtum vom Aufwertungsirrtum. Auch wenn die Geldentwertung erkannt oder sogar berücksichtigt worden ist, kann der Irrtum über die Aufwertbarkeit der Forderung maßgebend gewesen sein. Dies ist einleuchtend. Trotzdem veranlaßt die Entsch. einige Bemerkungen.

In den Erörterungen des R.Urt. über die Bedeutung der Geschäfts- bzw. Vergleichsgrundlage treten Bedenken gegen das Urteil des O.V. zutage, nicht aber in den Erörterungen darüber, daß dem Vergleich die Einrede der Arglist entgegenstehe. Schon diese verschiedene Auffassung des gleichen Sachverhalts macht fraglich.

Das Verhalten der Parteien erscheint nach dem Sachverhalt des Urteils nicht ganz verständlich. Sie sind davon ausgegangen,

1923 dem Rechnung zu tragen, daß seit Abgabe des Gutachtens eine weitere, und zwar außerordentliche Entwertung der Mark eingetreten war, so widerspricht es doch ihrer eigenen durch die Erhöhung der Abfindungssumme kundgegebenen Erkenntnis, daß sie sich nicht bewußt gewesen sein sollten, daß die 200 000 M im Jan. 1923 nicht mehr die Kaufkraft hatten, die sie bei Abgabe des B.schen Gutachtens besaßen. Was im allgemeinen zur damaligen Zeit nicht erkannt worden ist, war nicht die Geldentwertung — denn ihrer war man sich Anfang 1923 allenthalben bewußt — sondern die Aufwertbarkeit der Forderung. Weil man sich der Geldentwertung nicht zu erwehren wußte und das Aufwertungsrecht sich nicht als möglich vorstellte, rechnete man — auch wenn man, wie hier, aus Billigkeit einen Aufschlag machte — noch im allgemeinen in Papiermark, obwohl die Mark ihre Funktion als Wertmesser damals längst verloren hatte. Als gemeinsamen Irrtum über die Geschäftsgrundlage hat daher das RG. in zahlreichen Urteilen die irrtige Vorstellung der Beteiligten verstanden, daß Mark noch gleich Mark sei und demzufolge angenommen, daß ein Vertrag, so wie geschehen, nicht geschlossen worden wäre, wenn die Vertragsparteien die Aufwertbarkeit von Forderungen sich wenigstens als möglich vorgestellt hätten (vgl. insbes. IV 679/28 v. 17. Juni 1929; IV 596/28 v. 14. Okt. 1929¹⁾; IV 809/28 v. 17. Okt. 1929; IV 580/29 v. 23. Jan. 1930). Traf diese Vorstellung bei den Parteien auch hier zu — worüber sich dieser Teil der Entscheidungsgründe nicht ausspricht — so wurde das Ziel der Parteien mittels des B.schen Gutachtens die von der Witwe S. festgesetzte und völlig wertlos gewordene Abfindungssumme von 40 000 RM. sachgemäß festzusetzen, d. h. so, daß sie eine wirkliche Abfindung von dem im Werte erhalten gebliebenen Nachlaß des Vaters war, nicht erreicht, weil die Vergleichssumme, als sie gezahlt wurde, eine nennenswerte Abfindung in Wahrheit nicht mehr war.

Ließe sich aber annehmen, die Parteien hätten die seit Abgabe des B.schen Gutachtens eingetretene Geldentwertung verkannt und sie wären, wie der VerR. annimmt, in Verkenntung des Einflusses der Geldentwertung auf dieses Gutachten von ihm als einer, zur sachgemäßen Abfindung führenden, Vergleichsgrundlage ausgegangen, so würde, wenn die Geschäftsgrundlage unverändert geblieben wäre, d. h. wenn keine weitere Geldentwertung seit Erstattung des Gutachtens eingetreten wäre, die Zahlung der Vergleichssumme schuldtilgend gewirkt haben. Es erhebt sich daher die Frage, die auch die Rev. mit Recht aufwirft, ob bei einer weiteren Geldentwertung, wie sie eingetreten ist, der Vertrag aufgehoben werden kann, oder ob nicht lediglich die durch die weitere Geldentwertung verschobene Geschäftsgrundlage wiederherzustellen wäre, dergestalt, daß durch Aufwertung die Vergleichssumme unter Berücksichtigung des heutigen nicht veränderten, aber in Gold umgesetzten Grundstückswertes in dem Verhältnis zu erhöhen wäre, in welchem sie zur Zeit des Vergleichsabschlusses zu dem Wert des Grundstücks stand (vgl. Mügel: JW. 1928, 400⁴⁾; IV 217/27 v. 15. Dez. 1927).

Daß die Abfindung mit Rücksicht auf die verringerte Kaufkraft des Geldes erhöht werden solle. Um Anhaltspunkte dafür zu gewinnen, wurde ein Gutachten über den Wert des Grundbesitzes gefordert. Wenn die Parteien übereinstimmend davon ausgingen, wegen der Geldentwertung solle eine Erhöhung der Ausgangszahl von 40 000 M stattfinden, und wenn sie sich weiter darüber klar waren, daß die Geldentwertung vom Juni 1922 bis Anfang 1923 fortgeschritten war, so ist zunächst nicht einzusehen, warum sie im Jan. 1923 das Gutachten über den Wert zur Zeit des Juni 1922 zugrunde gelegt haben. Hatten sie die Absicht, eine der Geldentwertung entsprechende Erhöhung zu bestimmen, und hatten sie die beiden Perioden der Geldentwertung (vor dem Gutachten und nach dem Gutachten) erkannt, so ist nicht verständlich, warum sie nicht eine Neufeststellung des Grundstückswertes für den Zeitpunkt der Einigung veranlaßt und danach die Abfindung festgelegt haben.

Hier klafft eine Lücke.

Ist sie dahin auszulegen, daß die Parteien trotz ihrer Erkenntnis und ihrer Absicht, eine den tatsächlichen Wertverhältnissen entsprechende Abfindung zu gewähren (so die eine Feststellung des O.V.), eine so fehlerhafte Handlungsweise betätigt und ein Stück des Tatbestands nicht berücksichtigt hätten, so wäre ihre Abmachung m. E.

Es braucht jedoch auf diese Frage nicht weiter eingegangen zu werden. Denn das OLG. hat ausdrücklich erklärt, es pflichte dem LG. darin bei, daß der Vergleich unverbindlich sei, weil das Festhalten des Besl. an ihm den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspreche. Das LG. hat aber zwei Gründe dafür gegeben, daß die Parteien sich in einem gemeinschaftlichen Irrtum über die Geschäftsgrundlage befunden hätten. Und zwar hat das LG. insoweit ausgeführt, der Kl. habe die Abfindung von 40 000 M wegen des gesunkenen Geldwerts nicht genügt. Sie habe daher im Prozeß mit ihrer Schwester eine den tatsächlichen Wertverhältnissen des Hofes entsprechende Abfindung erstrebt. Die Vergleichsverhandlungen hätten den Zweck gehabt, die Abfindung in Papiermark im Wege gütlicher Einigung dem Wert des Hofes entsprechend unter Berücksichtigung der Geldentwertung und des bürgerlichen Erbrechts angemessen festzusetzen. Beide Parteien seien aber beim Vergleichsabschluß davon ausgegangen, daß der Satz Mark = Mark noch Geltung habe. Selbstverständlich würde jedenfalls die Kl. den Vergleich nicht geschlossen haben, wenn sie die Unrichtigkeit des Satzes bereits gekannt und mit einer späteren Aufwertung auf gesetzlicher Grundlage gerechnet hätte, woran indessen damals nicht gedacht sei.

Diese Gründe tragen die Entscheidung, daß es Treu und Glauben widerspreche, wenn der Besl. die Kl. an dem Vergleich festhalten will. Diese Auffassung entspricht auch der vorangeführten ständigen Rspr. des RG.

Der gemeinsame Irrtum über die Geschäftsgrundlage bestand also darin, daß die Vergleichsparteien von der Vorstellung geleitet waren, es gebe kein im Recht begründetes Aufwertungsrecht und dieser Irrtum führt dazu, daß sich der Besl. auf den Vergleich überhaupt nicht berufen kann, weil ohne die irrtümliche Vorstellung beider Teile der Vergleich, so wie geschlossen, überhaupt nicht geschlossen wäre. Ist also das Ziel des Vergleichs, eine angemessene Abfindung festzusetzen, nicht erreicht worden, so folgt daraus, daß nunmehr diese Abfindung unter Berücksichtigung der veränderten Verhältnisse anderweitig bestimmt werden muß. Gegen diese Auffassung läßt sich daraus, daß die Vergleichsparteien durch einen Aufschlag in Papiermark der bis dahin eingetretenen Geldentwertung schon Rechnung getragen haben, kein Bedenken herleiten. Denn einmal wird dieser Aufschlag auf die festzusetzende Abfindungssumme in Gold angerechnet und dann lag in diesem — nicht in Anerkennung einer damals als solche nicht erkannten Rechtspflicht, sondern aus Billigkeitsrücksichten gewährten — Aufschlag kein Verzicht auf die Aufwertung (RG. 116, 146^a), 147; 117, 299^a), 300; II 138/28 v. 21. Sept. 1928; IV 809/28 v. 17. Okt. 1929, IV 580/29 v. 23. Jan. 1930).

Auch der Umstand, daß damals die Vergleichsparteien ihre Rechtsbeziehungen endgültig regeln wollten, steht, wenn sie die Möglichkeit einer Aufwertung verkannt haben, der Aufwertung nicht entgegen (IV 561/28 v. 25. März 1929; IV 788/29 v. 28. April 1930; Zeiler Bd. 10 Nr. 2115; II 374/28 v. 19. Mai 1929; Zeiler Bd. 8 Nr. 1656; II 204/28 v. 30. Okt. 1928^a); Zeiler Bd. 7 Nr. 1428; IV 580/29 v. 23. Jan. 1930).

Das könnte nur dann anders liegen, wenn bei einem in der Inflationszeit geschlossenen Vergleich, der die Rechts-

rechtswirksam. Es läge weder ein Irrtum über die Entwicklung der Geldentwertung vor, noch wäre ein Irrtum über die Aufwertbarkeit von Bedeutung. Die Parteien hätten lediglich trotz richtiger Erkenntnis und zutreffender Absicht eine ihrem Zweck nicht entsprechende Zahl in ihrem Vergleich festgelegt. Dem wäre ebenso wenig abzuhelfen wie anderen unzumutbaren Vergleichsregelungen.

Das RG. füllt die Lücke dahin aus,

daß die Parteien von der Vorstellung geleitet gewesen seien, es gebe kein im Recht begründetes Aufwertungsrecht.

Diese Ausfüllung genügt jedoch nicht zur Klärung des Tatbestands bei Berücksichtigung der früheren unbeanstandeten Feststellung des OLG.,

daß die Parteien eine den tatsächlichen Wertverhältnissen entsprechende Abfindung angestrebt hätten.

Bei solchem Streben war die Frage des Aufwertungsrechts gegenstandslos. Ohne Rücksicht auf dieses Recht sollte der ihm gleiche Erfolg herbeigeführt werden.

Die Annahme des RG. wäre nur dann wesentlich, wenn der

beziehungen abschließend regeln sollte, eine irrtümliche Vorstellung der Parteien, daß ein Aufwertungsrecht nicht bestehe, überhaupt nicht im Spiele war, sei es, daß man auf eine künftige Aufwertung überhaupt verzichten wollte und verzichtet hat, sei es, daß durch den Vergleich die Rechtsbeziehungen der Vergleichsparteien auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt wurden und die Vergleichssumme alsbald gezahlt wurde oder bis zur Zahlung weiterer Entwertung nicht verfiel, sei es, daß die Höhe eines alsbald gezahlten Aufschlages für die eingetretene Geldentwertung nach Umrechnung in Gold noch als eine angemessene Vertragsleistung anzusehen wäre (vgl. II 657/28 v. 18. Okt. 1929 und V 271/28 v. 1. Juni 1923; Zeiler Bd. 9 Nr. 1851, 1765; VII 167/28 v. 6. Okt. 1929; Zeiler Nr. 1421).

Alles dies kommt hier nicht in Frage.

Braucht die Kl. aber den Vergleich nicht gegen sich gelten zu lassen, so ist auch die Vergleichssumme nicht aufzuwerten.

So sind auch beide Vorinstanzen verfahren.

(U. v. 17. Nov. 1930; 89/30 IV. — Braunschweig.) [Ra.]

12. § 779 BGB. Auch die übereinstimmende Rechtsauffassung der Parteien eines Vergleichs, die die Beurteilung des Vergleichsstoffes beeinflusst, ist nicht überall, sondern nur dort als Geschäftsgrundlage anzuerkennen, wo eine besondere Willensrichtung oder die Art der Vereinbarung erkennen läßt, daß die Parteien beiderseits diesen Rechtsbestand als Ausgangspunkt oder Grundlage ihrer Abreden angesehen haben wollten. Dies ist nicht anzunehmen, wenn der Hypothekar in einer Zeit, zu der der Ausgleichsanspruch des zur Aufwertung herangezogenen Hypothekenschuldners bereits anerkannt war, unterlassen hat, beim Vergleichsabschluß die sich daraus für ihn ergebenden Folgerungen zu ziehen.

Bei dem Vergleich der Kl. mit dem persönlichen Schuldner Z. am 23. April 1927 vor der Aufwertungsstelle haben die Kl. und Z., wie die Rev. geltend macht, die Aufwertung auf einen ganz geringfügigen Betrag unter Berücksichtigung nur der persönlichen Verhältnisse des Z. bemessen, weil sie entgegen der jetzt in der Rspr. herrschenden Auffassung den Ausgleichsanspruch des Z. an den Erblasser der Besl. nicht beachtet haben. Das hindert indes nicht, daß die damalige Vereinbarung die Aufwertung zwischen Aufwertungsgläubiger und Aufwertungsschuldner geregelt hat. Wäre diese Ordnung rechtsbeständig, so könnte, wie der VerN. zutreffend darlegt, die spätere Abrede Zs mit der Kl. einen Ausgleichsanspruch des keiner Haftung mehr ausgesetzten Z. zu Lasten der Besl. nicht schaffen. Der VerN. und auch die Rev. stellen deshalb mit Recht auf die Frage ab, ob die Kl. über den Vergleich v. 23. April 1927 hinweg neuerlich Aufwertung von Z. zu fordern berechtigt war. Der VerN. hat diese Frage zutreffend verneint. Die Unwirksamkeitsregel des § 779 BGB. ist jedenfalls deshalb unanwendbar,

Aufwertungswille der Parteien nicht vorgelegen hätte bzw. durch ihre Meinung, es gebe kein Aufwertungsrecht, inhaltlich beeinflusst worden wäre, wenn also die sachliche unbeanstandete Annahme des OLG. unrichtig wäre. Man könnte hierfür etwa folgenden Tatbestand unterstellen: Die Besl. habe die Erhöhung des Anspruches über 40 000 M hinaus aus Rechtsgründen abgelehnt; man habe trotz dem das Gutachten vom Juni 1922 erfordert; obgleich die weitere Entwertung nach dem Gutachten erkannt worden sei, sei man von seinen Zahlen ausgegangen, weil man beiderseits die Aufwertung nicht als rechtlich möglich angesehen habe; die Anerkennung des Gutachtens auch noch im Vergleichszeitpunkt sei also die Gegenleistung dafür, daß trotz mangelnder Aufwertbarkeit die Aufwertung bis dahin zugebilligt worden sei. Unterstellt man diesen Sachverhalt, so wäre der Entsch. des RG. beizutreten. Der gemeinsame Irrtum der Parteien, die Verneinung der Aufwertbarkeit, hätte hier entscheidend gewirkt und die vergleichsweise Anerkennung der unrichtigen Bewertungszahl herbeigeführt. — Mit dieser Annahme wäre aber der Ausgangspunkt des OLG. in tatsächlicher Hinsicht, der oben wiedergegeben ist, aufgegeben. Die Entsch. kann danach m. E. nicht voll befriedigen.

M. Dr. Hugo Emmerich, Frankfurt a. M.

^a) ZB. 1927, 1149. ^b) ZB. 1927, 2112. ^c) ZB. 1929, 504.

weil der in Frage kommende Irrtum der Parteien nicht den dem Vergleich zugrunde gelegten Sachverhalt, sondern gerade das Vergleichsziel, das ungewisse und streitige Maß der Aufwertung, betrifft, das der Vergleich über alle möglichen Zweifel hinweg zwischen den Parteien festlegen wollte (RG. 61, 318; JW. 1915, 190¹⁶; RGW. 1916 Nr. 272; 1918 Nr. 140 und zum Aufwertungsrecht Ur. v. 15. Sept. 1929, VII 517/28; v. 18. Okt. 1929, VII 65/29; v. 14. Febr. 1930, VII 318/29).

Eine andere Frage ist es, ob dieser Gesichtspunkt auch dem von der Rev. betonten Rechtsgedanken entgegensteht, daß bei dem Rechtsirrtum beider Parteien gegen die Berufung auf den Rechtsirrtum eine Arglistenrede begründet sei. Während die vorbezeichneten Urteile des 7. ZivSen. von 1929 und 1930 diese Folgerung nicht ziehen, hat das Urteil des selben Senats v. 8. März 1929, 393/28 (JW. 1929, 1456¹) bei solchem Irrtum zu einem den Vergleichsgegenstand betreffenden Punkt wegen dieser Beziehung zwar die Anwendung des § 779 BGB. abgelehnt, wegen beiderseitigen Irrtums über die Geschäftsgrundlage aber den Arglistenwand nicht grundsätzlich beanstandet. Einer Stellungnahme zu dieser Frage bedarf es indes nicht, weil auch die übereinstimmende Rechtsauffassung der Parteien, die die Beurteilung des Vergleichsstoffs beeinflusst, keineswegs überall als Geschäftsgrundlage anzuerkennen ist.

Wenn in der Rspr. des RG. (RG. 122, 200; JW. 1928, 400; 1929, 504 und 1456; ferner IV 679/28, VII 543/29, VIII 197/30 und öfter) die Annahme, daß es eine Aufwertung im heutigen Sinne nicht gebe, nach Lage jener Fälle als Geschäftsgrundlage behandelt worden ist, so läßt diese Ansehung der einseitigen allgemeinen Rechts- und Verkehrsanschauung eine unbegrenzte Ausdehnung auf andere Fälle rechtlicher Fehlbeurteilung im Gebiet des Aufwertungsrechtes nicht zu. In der Regel liegt für den Fall eines Vergleichs über die Aufwertung die Annahme näher, daß Rechtsauffassungen hinsichtlich des zulässigen Maßes der Aufwertung dem Vergleich nicht zugrunde gelegt werden, daß vielmehr jede Partei die Verantwortung ihrer rechtlichen Auffassung zu dem Vergleichsgegenstand trägt, mag diese vom Gegner geteilt werden oder nicht. Besondere Umstände, die für den vorliegenden Fall eine andere Annahme rechtfertigen, hat der VerM. nicht festgestellt. Selbst wenn man die Behauptungen der Kl. über die Vorgänge im Vergleichstermin unterstellt, ergibt sich daraus, daß beide Parteien das Bestehen einer Ausgleichspflicht nicht erkannt und davon nicht gesprochen haben, keineswegs, daß sie beiderseits diesen Rechtsstand als Ausgangspunkt oder Grundlage ihrer Abreden angesehen haben wollten. Auch ohne besondere Willensrichtung mag ein solcher Zusammenhang aus der Art der Vereinbarung, insbes. bei Auseinandersetzungen und Abrechnungen (RG. 122, 200 = JW. 1929, 320; JW. 1928, 400; 1929, 504; Ur. v. 21. Mai 1930, V 136/29) erhellen. Für den vorliegenden Fall gilt das nicht. Um so weniger, als nicht eine seit Jahren in Verkehr und Rspr. feststehende Rechtsanschauung, die erst später überholt wurde, in Frage steht, sondern ein Rechtsgedanke, der, abgesehen von der vorangegangenen Rspr. einiger OLG. und vielfacher Erörterung im Schrifttum, zur Zeit des Vergleichs auch in den Entsch. des RG. (RG. 112, 329 = JW. 1926, 1803; RGW. 1926 Nr. 74, 132, 202) schon weitgehend Anerkennung gefunden hatte. Die Entwicklung der Rspr. zu berücksichtigen und für den Streitfall die notwendigen Folgerungen zu ziehen, ist in aller Regel die eigene Angelegenheit jeder Partei. Hat sie in dieser Hinsicht ihre Belange objektiv nicht hinreichend wahrgenommen, so geht es nicht an, daß sie zur Ershütterung des Vereinbarten darauf fußt, auch der Vertragsgegner, dessen Belange eine Nachprüfung seinerseits nicht erforderten, habe auf dem gleichen Rechtsstandpunkt gestanden.

Der VerM. hat deshalb im Ergebnis zutreffend angenommen, daß die Berufung auf den Vergleich auch nicht mit der Einrede der Arglist wegen beiderseitigen Irrtums über die Geschäftsgrundlage abgewehrt werden kann.

(U. v. 15. Dez. 1930; 380/30 VIII. — Hamburg.) [H.]

13. § 820 BGB. Außerhalb des Vertrages liegende Umstände kommen für das Tatbestands-

merkmal der Ungewißheit nicht in Betracht. — Salbtheorie bei der Bereicherung.†)

Der Kl. kaufte durch privatschriftlichen Vertrag v. 17. Nov. 1927 das in Englisweiler belegene, 27½ Morgen große Hofgut der in allgemeiner Gütergemeinschaft des BGB. lebenden Bekl. mit sämtlichem lebenden und toten Inventar zum Preise von 29 000 M. Hinsichtlich des Kaufpreises war vereinbart, daß 10 000 M. am 17. Nov. 1927, der Rest nach Vereinbarung zu zahlen sei. Jeder der Parteien war ein Rücktrittsrecht vorbehalten, bei dessen Ausübung der Zurücktretende 2000 M. als Entschädigung an einen Kommissionsärz. in Erolzheim zu zahlen hatte. Der Kl., gewerbmäßiger Güterhändler, wollte das Hofgut an einen Dritten verkaufen und Kaufvertrag und Auflassung unmittelbar zwischen dem Käufer und den Bekl. bewirken lassen. Er zahlte sofort 10 000 M. und, nachdem die Bekl. am 3. Dez. 1927 ihm öffentlich beglaubigte Verkaufsvollmacht erteilt hatten, am 7. Dez. 1927 weitere 15 000 M. an sie. Von dem letzten Betrag haben die Bekl. dem Kl. alsbald 3250 M. für das von ihnen zurückgekauft, zum Hofgut gehörige sämtliche Vieh, für ein Schwein und einen Wagen zurückgezahlt.

Am 8. Dez. 1927 kauften die Bekl. in Gerhausen die Wirtschaft „Zur Krone“ zum Preise von 32 000 M. 15 000 M. zahlten sie sofort an den Verkäufer, am 1. März 1928 weitere 3000 M. und übernahmen an Hypotheken 14 000 M. Sie sind als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden.

Dem Kl. gelang es nicht, die Englisweiler Wirtschaft zu verkaufen. Er veräußerte aber einen großen Teil des Inventars für angeblich 5280 M. Als in der Folge die Parteien wegen der Beseitigung einer auf dem Englisweiler Hofgut lastenden Hypothek Streit bekamen, widersprachen die Bekl. am 7. Febr. 1928 die dem Kl. erteilte Verkaufsvollmacht und verkauften am 20. März 1928 das Hofgut anderweitig zum Preise von 16 000 M.

Der Kl. verlangt mit der Klage von den Bekl. Rückzahlung auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung, hilfsweise auf Grund des § 826 BGB., indem er folgende Berechnung aufstellt: Zu den 25 000 M. träten die von ihm auf Grund der Auflassungsvollmacht gemachten Aufwendungen mit 485,80 M. Von dem Gesamtbetrage von 25 485,80 M. kämen in Abzug der Erlös für die verkaufte Fahrnis von 5280 M. und eine Zahlung der Bekl. v. 15. März 1928 von 4000 M., so daß er 16 205,80 M. zu fordern habe. Die Bekl. beantragen Klageabweisung, indem sie geltend machen, sie seien nicht mehr bereichert, da einmal das von ihnen erworbene Gerhäuser Anwesen um 12 000 M. zu teuer bezahlt und ferner der Englisweiler Hof durch die vom Kl. vorgenommene Inventarveräußerung um 10 000 M. entwertet worden sei, so daß der Klageforderung ein Verlust von 22 000 M. gegenüberstehe.

Das OLG. sprach dem Kl. nur 7800 M. nebst Zinsen zu. Die Berufung der Bekl. blieb erfolglos. Auf die Anschließung des Kl. verurteilte das OLG. die Bekl. zur Zahlung weiterer 7920 M. nebst Zinsen. Das RG. hob auf.

Der Kl. hat die unstreitigen Zahlungen von insgesamt 25 000 M. auf den Kaufpreis in Erwartung des Zustande-

Zu 13. Die Anwendung des § 820 BGB. auf den Fall halte ich mit dem RG. für unstatthaft. Allerdings ist der erste Grund des Erkenntnisses, jene Vorschrift setze ein wirksames Geschäft voraus, nicht erwiesen, ja schwerlich haltbar. Aber dafür schlägt der zweite durch: die einseitige, im Geschäftstatbestand nicht zum Ausdruck gekommene Erwartung des Kl., den (formungültig) gekauften Hof anderweitig loszuschlagen zu können, hat mit dem Inhalt des Kaufgeschäftes nichts zu tun.

Auch im übrigen halte ich die Entsch. zwar nicht in der Begründung, wohl aber im Ergebnis für zutreffend. Wenn der Kl. über das Inventar des formungültig gekauften Hofes anderweitig geteilt verfügt, so muß er nicht nur den erzielten Preis nach § 816 den Bekl. erstatten, sondern haftet ihnen darüber hinaus nach § 819¹, auch wohl nach § 823¹. Um die ihnen danach gebührende Erfassumme können die Bekl. den Betrag ihrer Herausgabepflicht natürlich kürzen. Und es ist dafür im Ergebnis m. E. gänzlich gleichgültig, ob man sich der vom RG. — leider — angenommenen sog. Salbtheorie anschließt oder nicht. Denn tut man es nicht, so führt die von den Bekl. zweifellos, mindestens als Nothelfer, verwendete Aufrechnung zum gleichen Ergebnis.

Gch. JH. Prof. Dr. P. Dertmann, Göttingen.

kommens des Kaufvertrags über das Englisweiler Hofgut geleistet und kann sie, da der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist, nach §§ 812 ff. BGB. zurückfordern. Rechtlich zutreffend nimmt das BG. an, daß in solchen Fällen — *condictio ob causam datorum* — nicht die Bestimmungen des § 814, sondern die des § 815 maßgebend sind, deren tatsächliche Voraussetzungen hier nicht vorliegen. Daß die Befl. sich auch auf die Bestimmungen des § 817 nicht berufen können, legt das BG. rechtlich einwandfrei dar. Es hält nicht für erwiesen, daß der Kl. zur Zeit des Kaufabschlusses die Absicht der stückweisen Veräußerung des Kaufgrundstückes gehabt habe. Dadurch wird die Entscheidung in diesem Punkt getragen. Soweit die Entscheidung auf der Auslegung des WürttBGB. beruht, kann sie nicht mit der Rev. angegriffen werden, da das genannte Gesetz irrevisibel ist (§§ 549 Abs. 1, 562 ZPO.).

Das BG. meint, die Befl. könnten sich zunächst auf den Wegfall der Bereicherung durch den angeblich zu teuren Erwerb des Grundstücks „Zur Krone“ in Gerhausen um deswillen nicht berufen, weil § 820 BGB. Anwendung finde und danach die Befl. zur Herausgabe der empfangenen Zahlungen so verpflichtet seien, wie wenn der Herausgabeanpruch zur Zeit des Empfanges rechtshängig geworden wäre.

Die allein in Betracht kommende Vorschrift des § 820 Abs. 1 Satz 1 BGB. betrifft den Fall, daß mit der Leistung ein Erfolg bezweckt war, dessen Eintritt nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes als ungewiß angesehen wurde. Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift könnten schon deshalb erhoben werden, weil sie ein wirksam, also auch formgültig abgeschlossenes Rechtsgeschäft voraussetzt, während das hier vorliegende Rechtsgeschäft wegen Formmangels nichtig ist. Wollte man aber auch annehmen, daß die Vorschrift an sich auch auf wegen Formmangels nichtige Rechtsgeschäfte anwendbar sei, so greift jedenfalls der Angriff der Rev. durch, daß der vom BG. berücksichtigte Erfolg sich nicht nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes als ungewiß dargestellt habe. Das BG. stellt fest, daß der Kl. das Englisweiler Gut nur zum Zwecke der Weiterveräußerung gekauft habe und daß dies den Befl. bekannt gewesen sei, und es erwägt, daß letzteres zumal im Hinblick auf das im Kaufvertrage ausbedungene beiderseitige Rücktrittsrecht auch subjektiv über die Ungewißheit des Eintritts jenes Erfolges nicht im unklaren gewesen sein könnten. Damit entfernt sich das BG. von der allein maßgebenden Grundlage des Vertragsinhalts. Der privatschriftliche Kaufvertrag v. 17. Nov. 1927 (I 4) enthält kein Wort darüber, daß der Kl. das Hofgut zum Zwecke der Weiterveräußerung erwerben oder gar weiter zu veräußern habe. Wenn also der Kl. die Absicht der Weiterveräußerung gehabt hat und die Befl. dies auch wußten, so ist dies doch von den Parteien nicht zum Inhalt des Vertrages gemacht worden. Demzufolge konnte auch der Eintritt des fraglichen vom Kl. beabsichtigten Erfolges nicht nach dem Inhalt des Vertrages als ungewiß angesehen werden. Vielmehr ergab sich die Ungewißheit lediglich aus Umständen, die außerhalb des Vertrages lagen. Das beiden Teilen vorbehaltene Rücktrittsrecht kann hier überhaupt nicht in Betracht kommen, da seine Nichtausübung nicht als mit der Leistung bezweckter Erfolg i. S. des § 820 Abs. 1 Satz 1 angesehen werden kann.

Auch die Vorschrift des § 819 Abs. 1 BGB. schlägt nicht ein, da nicht festgestellt ist, daß die Befl. den privatschriftlichen Kaufvertrag von vornherein als ungültig angesehen hätten. Es genügt nicht, wenn sie lediglich die die Nichtigkeit begründenden Tatsachen gekannt haben (Urt. v. 27. April 1927, V 410/26 = Warnspr. 1927 Nr. 91).

Rechtswirrig ist ferner — übrigens auch vom Standpunkt aus, daß § 820 anwendbar sei — die Auffassung des BG., der Schaden, den der Kl. durch den Verkauf des Inventars des Englisweiler Gutes an Dritte verursacht habe, käme für die Bereicherungsansprüche des Kl. nicht in Betracht. Das BG. bekennt sich damit zu der sog. Zweifonditionentheorie. Demgegenüber hat das RG. regelmäßig die sog. Saldotheorie vertreten. Es genügt, auf RGRKomm. Anm. 8 zu § 818 und die Urt. RG. 54, 141; 86, 343; 91, 253; 105, 321; 118, 253²⁾ Bezug zu nehmen. Was insbes. den Fall der

Nichtigkeit eines Grundstücksvertrages wegen Formmangels anlangt, so greifen hinsichtlich der Rückgängigmachung des zur Erfüllung von beiden Seiten geleisteten die Grundstücke von der ungerechtfertigten Bereicherung auch insoweit Platz, als es sich um Schadenersatz des Verkäufers wegen Verschlechterung des dem Käufer übergebenen Grundstücks handelt. Es kann auf das (auch in JW. 1930, 3210²⁾ abgedruckte) Urt. des erf. Sen. v. 23. Juni 1930, IV 251/29³⁾: RG. 129, 307⁴⁾ verwiesen werden.

(U. v. 3. Nov. 1930; 80/30 IV. — Stuttgart.) [Ra.]

** 14. § 1018 BGB.; § 148 Allg BergG. Grunddienbarkeit für die Vereinbarung, daß der jeweilige Eigentümer der zu belastenden Grundstücke Beschädigungen, die infolge gesetzmäßigen Bergbaues an seinen Grundstücken entstehen, ohne Schadenersatzanspruch dulden muß.†)

In notariellem Verträge v. 22. Aug. 1929 verkaufte der Beschw. einige Grundstücke an die Gemeinde D.-W. In § 6 des Kaufvertrages ist vereinbart: „Die Gemeinde D.-W. beantragt auf den über die ihr verkauften Flächen neu anzulegenden Grundbuchblättern die Eintragung einer Grunddienbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers der im Grundbuch eingetragenen konf. Fürstensteiner Gruben des Inhalts, daß die jeweiligen Eigentümer dieser Gruben berechtigt sind, innerhalb des Grubenfeldes Abbau zu treiben ohne Verpflichtung zur Wiederherstellung, Entschädigung oder zur Vergütung von Wertminderungen, falls durch den Bergbau dem Grundstück oder den auf ihm errichteten Gebäuden oder anderen Anlagen Schaden entstehen.“

Das Grundbuchamt beanstandete in einer Zwischenverfügung den vom Notar namens der Vertragsparteien gestellten Antrag auf Eintragung der Grunddienbarkeit, im Anschluß an die ständige Mpr. des RG., weil danach die Eintragung der Duldung nur zulässig sein würde mit dem Zusatz: „auch über die gesetzlichen Grenzen hinaus“ und ohne Erwähnung des Verzichtes auf Entschädigung. Als der Verkäufer beim Eintragungsantrag entsprechend der Vertragsabmachung beharrte, wies ihn das Grundbuchamt durch Beschluß vom 26. April 1930 zurück. Das BG. wies die hiergegen eingelegte Beschwerde zurück. Es faßt den gestellten Antrag dahin auf, daß nach ihm nicht nur eine Pflicht zur Duldung über das BergG. hinaus, sondern auch ein Verzicht auf jede Vergütung und auf Schadenersatz eingetragen werden solle. Das letztere aber sei gesetzlich unzulässig. Die weitere Beschwerde hat das RG. gemäß § 79 Abs. 2 ZPO. dem BG. vorgelegt.

Das RG. erklärt zunächst die Auffassung des BG. vom Inhalt des Eintragungsantrags als in Widerspruch mit dessen klaren Wortlaut stehend. Ein Einwirkungsrecht über den durch das BergG. zugelassenen Umfang hinaus werde nicht erstrebt,

¹⁾ JW. 1930, 3210. ²⁾ JW. 1930, 3210.

Zu 14. A. Die Entsch. klärt eine lang umstrittene Frage in einer Weise, welche den Bedürfnissen des Bergbaues gerecht wird. Es ist üblich, daß bergbautreibende Gesellschaften sich großen Grundbesitz zulegen, um die Auswirkungen ihres Bergbaues auf der Oberfläche besser in der Hand zu haben. Bei Veräußerungen von Grundbesitz besteht die Tendenz, dem Erwerber einen Verzicht auf Ersatzansprüche für künftige Bergschäden aufzuerlegen. Nachdem in den Fällen der Enteignung die Befreiung des Bergwerksbesitzers von der Verpflichtung aus § 148 Allg BergG. unlängst erstmalig vom BG. Essen: JW. 1930, 3787 anerkannt worden ist, gibt obige Entsch. nunmehr auch für Kaufverträge und Schadensvergleiche eine einfache Handhabe zur Sicherung entsprechender Vereinbarungen. Der Leitsatz ist nicht neu; er ist insbes. bereits von BayObLG. 10, 439 vertreten worden, während das RG. wohl eine Pflicht zur Duldung bergbaulicher Einwirkungen, „auch über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinaus“ für eintragungsfähig erklärte, den Schadensverzicht jedoch ausschloß, obwohl es durch die für eintragungsfähig erklärte Duldungspflicht sachlich daselbe sagen wollte (RG. 49, 195; JW. 1921, 585). Im einzelnen geben Hilipp: JW. 1928, 499 und neuerdings Heerz, „Die dingliche Sicherung des Bergschadensverzichtsvertrages“, Diss. Frankfurt 1930, Aufschluß über die Kontroversen. Das RG. hat jetzt in Fortführung seiner bereits vor drei Jahren (JW. 1928, 499) angeedeuteten Gedankengänge den Umweg über die Eintragung einer Duldungspflicht für unnötig erklärt und endgültig den Weg für die Eintragung eines reinen Entschädigungsverzichts freigemacht. Die Eintragungsfähigkeit dieses Entschädigungsverzichts wird

¹⁾ JW. 1923, 500. ²⁾ JW. 1928, 558.

vielmehr das Recht zum entschädigungslosen Bergbaubetrieb auf dem belasteten Grundstück. Dazu führt das RG. aus: Zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Bergwerkseigentums könne eine Grunddienstbarkeit gemäß § 1018 BGB. bestellt werden; denn nach § 50 Abs. 2 PrAllgBergG. seien die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. für das Bergwerkseigentum gültig. Weil der abgelehnte Antrag nicht die Eintragung des Verzichts auf Schadenersatz als solchen zum Ziele habe, sei nicht die in der bisherigen Rspr. des RG. verneinte Frage (RGZ. 49, 195; JW. 1921, 584) erneut zu prüfen, ob ein für sich allein gewollter Verzicht auf Bergschadenersatz als Grunddienstbarkeit zur Eintragung gebracht werden könne. Zu entscheiden sei vielmehr, ob das Recht auf Duldung entschädigungslosen Bergbaues zum Inhalt einer Grunddienstbarkeit gemacht werden könne. Diese Frage sei zu verneinen. Zwar würde eine über das Gesetz hinausgehende Duldungspflicht eintragbar sein. Für die Entscheidung, ob solches vereinbart sei, komme es nur auf die Art der zugelassenen tatsächlichen Benutzung an. Die Ausschließung der aus rechtmäßiger Ausübung des Bergbaues entstehenden Entschädigungspflicht erweitere nicht die Duldungspflicht i. S. des § 1018 BGB. Vielmehr solle damit nur die Beseitigung der gesetzlich bestimmten schuldrechtlichen Folge des Bergbaubetriebs im Grundbuch fundbar gemacht werden, was unzulässig sei (RGZ. 22, 152; 49, 195). An solcher Beurteilung aber sieht sich das RG. gehindert durch die Ausführungen des RG. in RG. 119, 213 (und dazu Verichtigung 129, 432), in der es heißt: „Was die reinen Bergschäden anlangt, so besteht die nach Inhalt des BergG. gegebene gesetzliche Duldungspflicht nur in Verbindung mit einer Schadenersatzpflicht (§ 148 PrAllgBergG.); vertraglich aber soll die Einwirkung gestattet werden ohne nachfolgende Schadenersatzpflicht. Damit ist, mag auch die Einwirkung selbst in einem Fall nicht größer sein als im anderen, doch die vertragliche Duldung im wirtschaftlichen und rechtlichen Ergebnisse erheblich weitergehend als die nur auf dem Gesetz beruhende Duldung. Mag auch der Verzicht auf Schadenersatz als solcher nicht verdinglicht werden können (so RGZ. 49, 195), so sagt das doch nichts dagegen, daß eine Duldungspflicht mit Schadenersatzfolge anderen Inhalts ist als eine solche ohne diese Folge. Abriegen könnten auch über den Inhalt der gesetzlichen Einwirkungsbefugnis des Bergwerkseigentümers im Einzelfalle Zweifel bestehen. Hier wird jede Einwirkung aus ordnungsgemäßem Bergbau gestattet. Aus alledem ergibt sich, daß diese vertraglich eingeräumte Duldung, die inhaltlich weiter geht als die rein gesetzliche Duldungspflicht nach § 1018 BGB. verdinglicht werden kann.“

Die Zuständigkeit des RG. zur Entscheidung über die weitere Beschwerde ist nach § 79 Abs. 2 GBD. gegeben. (Wird näher ausgeführt.)

Die Auslegung, welche das BG. der Eintragungsbewilligung gibt, ist, wie das RG. mit Recht ausführt, mit deren

vom RG. in doppelter Weise begründet. Soweit das RG. die Eintragung als eine Dienstbarkeit nach § 1018 BGB. erster Fall ansieht, überwindet es die schulmäßige Auslegung des § 1018 BGB. durch das RG. mit einer befreienden Bestimmung auf den Zweck des Grundbuchs. Darüber hinaus schließt sich das RG. der Erkenntnis an, daß die sog. Ausgleichsansprüche Bestandteil desjenigen Rechtes sind, dessen Beeinträchtigung sie ausgleichen sollen. Der Entschädigungsverzicht wirkt danach im vorliegenden Fall „unmittelbar auf ein Recht, welches Inhalt des Grundeigentums ist“. Da dieser Verzicht dem Bergwerkseigentum (oder, was hier gleichbedeutend ist, dessen jeweiligem Inhaber) gegenüber ausgesprochen wird und das Bergwerkseigentum einem Grundstückseigentum gleichsteht, sind auch die Voraussetzungen des § 1018 BGB. dritter Fall in der Tat erfüllt.

Die Entsch. kann danach sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung begrüßt werden.

RA. Dr. Dr. Gustav W. Heinemann II, Essen.

B. Der Beschluß des RG. beendet eine Streitfrage, die seit Inkrafttreten des BGB. immer wieder die Rspr. beschäftigte und für Preußen vom RG. in ständiger Rspr. entgegen der vom Bergbau vertretenen Rechtsauffassung entschieden wurde.

Unter der Herrschaft des WR. galt die Eintragung des Verzichts auf Bergschäden für zulässig. Mit der Einführung des BGB. entfiel diese Möglichkeit, da die herrschende Ansicht den Anspruch auf Bergschäden als rein obligatorisch ansah. Dieser Ansicht schloß

klarem Wortlaut unvereinbar. Erstrebt wird gerade nicht die Gestattung einer über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinausgehenden Einwirkung auf das zu belastende Grundstück; vielmehr soll, wie dies auch in der Beschwerde betont wird, nur sichergestellt werden, daß der jeweilige Eigentümer der zu belastenden Grundstücke Beschädigungen, die infolge gesetzmäßig betriebenen Abbaus an seinen Grundstücken auftreten werden, ohne Schadenersatzanspruch dulden muß. Ist auch in der Eintragungsbewilligung die Rede von einer Gestattung, innerhalb des Grubenfelds Abbau zu treiben, so ist doch in Ansehung der zu belastenden Grundstücke nicht der Abbau das Wesentliche, sondern die aus diesem möglicherweise entstehende Einwirkung auf die Grundstücke, die Grundstücksbeschädigung. Die Zustimmung dieser soll noch besonders vertraglich gestattet werden; und zwar dies unter Verzicht auf jegliche Entschädigung. Die vom BeschwF. so erstrebte Eintragung weicht sachlich in zwei Punkten ab von den Eintragungen, wie sie das RG. bisher für zulässig gehalten hat (RGZ. 49, 195 und JW. 1921, 584) und wie sie auch im Fall von RG. 119, 211 vorlagen. Es fehlt der Zusatz, daß Einwirkungen „über die vom Gesetz gezogenen Grenzen hinaus“ gestattet werden, und es soll weiter miteingetragen werden, daß der Abbau „ohne Verpflichtung zur Wiederherstellung, Entschädigung oder zur Vergütung von Wertminderungen“ gestattet werde. Die Auffassung des RG., daß der erstere Zusatz erforderlich sei, der zweite aber fehlen müsse, wenn die Verdinglichung des Vereinbarten durch Eintragung im Grundbuch möglich sein solle, kann nicht gebilligt werden. Eine Eintragung, wie beantragt, ist als Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB. zulässig. Sie läßt sich sowohl aus dem ersten Fall des § 1018 — Benutzung des zu belastenden fremden Grundstücks — wie aus dem dritten Fall — Ausschluß der Ausübung eines sich aus dem Eigentum an dem zu belastenden Grundstück einem anderen Grundstück gegenüber ergebenden Rechts — rechtfertigen.

Was das erstere anlangt, kam es den Vertragsschließenden in ihren gegenseitigen Beziehungen, wie schon hervorgehoben, nicht auf den in der Eintragungsbewilligung genannten Abbau als solchen an, sondern auf dessen mögliche Folgen für die zu belastenden Grundstücke, die Beschädigung dieser infolge des Abbaus. Die Befugnis für den Bergbautreibenden, auf fremde Grundstücke durch Zufügung von Bergschäden einzuwirken (oder vom Standpunkt des dienenden Grundstücks aus gesehen: das Duldenmüssen solcher Schadenszufügungen), ergibt sich allerdings schon aus dem gesetzlichen Inhalt des Bergwerkseigentums. Eine bloße Wiedergabe und Festlegung des gesetzlich bestehenden Einwirkungsrechts in einer Grundbucheintragung wäre als überflüssige Belastung des Grundbuchs unzulässig (JZG. 3, 329; RG. 119, 213¹⁾). Wie schon in RG. 119, 213 ausgeführt und wohl kaum anzuzweifeln ist, geht eine sich nicht nur auf den gesetzlichen Inhalt des Bergwerkseigentums, sondern auf vertragliche Gestattung gründende und deshalb ohne nachfolgende Schadenersatzpflicht be-

sich das RG. an, und die immer neu einsetzenden Versuche, einen Verzicht auf Bergschäden (§ 148 AllgBergG.) zu verdinglichen, scheiterten an der Auffassung des RG., das in ständiger Rspr. betonte, die begehrte Eintragung treffe nicht die dingliche Seite des Rechtsverhältnisses, sondern die schuldrechtliche, der Schadenersatzanspruch gehe auf eine Geldleistung und begründe ein kraft Gesetzes eintretendes Schuldverhältnis. Die begehrten Eintragungsanträge wurden in zwei Fassungen gestellt:

1. in der Form eines reinen Verzichts: der jeweilige Eigentümer des Grundstücks hat auf die Geltendmachung von Bergschäden verzichtet;
2. in der Form einer Duldungspflicht: der jeweilige Eigentümer des Grundstücks ist verpflichtet, Einwirkungen des Bergbaues ohne Entschädigung zu dulden.

Die ersterwähnte Fassung ist bei der grundsätzlichen Ablehnung durch das RG. bis heute von interessierten Kreisen nicht weiter verfolgt worden. Dagegen hat die Vereinbarung einer Duldungspflicht, da sie das RG. unter den oben erwähnten Voraussetzungen für zulässig erklärte, im Lauf der Jahre eine Ausgestaltung erfahren, die, wenn sie auch auf Umwegen dem Bergbau eine gewisse Sicherheit bot, viele Streitfragen offen ließ und daher keineswegs befriedigen konnte. Diese Sicherheit ist aber für den Bergbau notwendig. Gerade die Auffassung der Rspr., der Bergschadensverzicht binde die Parteien nur obligatorisch, hatte vielfach zu

¹⁾ JW. 1928, 499.

stehende Einwirkungsbefugnis zwar nicht tatsächlich, aber doch wirtschaftlich und rechtlich weiter, als die sich nur auf das Gesetz gründende und daher mit Schadenersatzpflicht verbundene Befugnis des Bergwerkseigentümers. Allerdings bedeutet, wie das RG. im Vorlegungsbeschluss hervorhebt, das Benutzen i. S. von § 1018 BGB., erster Fall, einen tatsächlichen Gebrauch des belasteten Grundstücks. Aber der hervorgehobene Unterschied im wirtschaftlichen und rechtlichen Ergebnisse zwischen Duldenmüssen bloß auf Grund des Gesetzes und Duldenmüssen auch auf Grund Vertrags zeigt, daß die Eintragung eines vertraglich bestellten Grundgerechtigten dieses Inhalts nicht überflüssig, sondern für den Bergwerkseigentümer wertvoll ist. Gewiß wird damit die Duldungspflicht in tatsächlicher Beziehung nicht erweitert und wird, soweit es sich um das Benutzendürfen — nicht die Frage der Entschädigung — handelt, auch nur die tatsächliche Einwirkungsbefugnis dinglich gesichert. Solches Benutzendürfen von seiten des herrschenden und Duldenmüssen von seiten des dienenden Grundstücks ist aber gerade der zulässige Inhalt einer Grunddienstbarkeit aus § 1018 BGB., erster Fall. Das Bergwerkseigentum kann „herrschendes Grundstück“ i. S. des § 1018 BGB. sein, d. h. der jeweilige Eigentümer des Bergwerks kann Grunddienstbarkeitsberechtigter sein, weil für das Bergwerkseigentum die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB. gelten (§ 50 Abs. 2 Pr.-AllgBergG.). Weil die vertraglich vereinbarte Eintragung des Benutzendürfens und Duldenmüssens trotz der schon gesetzlich begründeten Befugnis dazu nicht zwecklos ist, stellt sie keine überflüssige Belastung des Grundbuchs, sondern eine nach § 1018 BGB., erster Fall, zulässige Grunddienstbarkeit dar. Es wird nicht lediglich die Buchung der gesetzlichen Duldungspflicht begehrt, sondern die einer anders begründeten und daher weiterwirkenden Duldungspflicht.

Die Gestattung, dem belasteten Grundstück Bergschäden ohne die Entschädigungspflicht aus § 148 AllgBergG. zuzufügen, fällt bezüglich des in dem Vertrag ausdrücklich aufgenommenen und nach dem Wunsch der Vertragsschließenden miteinzutragenden Verzichts auf Entschädigung unter § 1018 BGB., dritter Fall, daß damit die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen wird, welches sich aus dem Eigentum an dem belasteten

einer spekulativen Ausnutzung durch den berechtigten Grundeigentümer geführt und den Willen des Gesetzgebers — Schutz des Grundeigentums — in sein Gegenteil verkehrt. Es war ein bekanntes Verfahren, sich für alle vergangenen und zukünftigen Bergschäden abfinden zu lassen und das inzwischen hochbelastete Grundeigentum dann an einen Dritten zu verkaufen. Der Erwerber konnte nunmehr mit Forderungen, die der Bergwerksbesitzer abgefunden zu haben glaubte, wegen der von der Rpr. als rein obligatorisch angesprochenen Natur des Verzichtsvertrages erneut hervortreten.

Die Frage der Zulässigkeit der Eintragung ist jetzt eindeutig entschieden. Wesentlich ist zunächst einmal die Feststellung des RG., daß der kraft Gesetzes an Stelle des § 1004 tretende „Ausgleichsanspruch“ sich aus dem Eigentum am Grundstück ergibt und Inhalt des Grundeigentums ist. Mit anderen Worten: die vom RG. vertretene Ansicht des rein obligatorischen Charakters dieser Erstattungsansprüche wird für den Sonderfall des § 148 AllgBergG. aufgegeben und, als Bestandteil des Eigentums, als dinglich angesprochen. Damit greift aber auch die Bedeutung der Entsch. über den Rahmen des AllgBergG. hinaus und kann nach der Begründung des RG. in all den Fällen Anwendung finden, in denen ähnliche Ausgleichsansprüche in Frage stehen.

Die Entsch. erwähnt aus der Zahl der möglichen Fälle von Ausgleichsansprüchen¹⁾ § 906 BGB. und führt damit mittelbar auch auf das weite Anwendungsgebiet des § 26 GewD. Hierher gehören auch Überbau- und Notwegente. Auch sie sind in Konsequenz der Auffassung des RG. als dingliche Ansprüche anzusehen, und die Zulässigkeit der Eintragung eines Verzichts auf sie kann nicht mehr, wie es bislang geschah, als Ausnahme aufgefaßt werden. Ihre Anführung in §§ 914, 917 BGB. stellt vielmehr hiernach einen der wenigen Fälle dar, in denen das Gesetz einen Ausgleichsanspruch ausdrücklich erwähnt und ihn durch die Erwähnung als dinglich bezeichnet.

Ist aber der Bergschadenersatzanspruch Ausfluß des Eigentums, so ist es folgerichtig, dem vertraglichen Ausschluß seiner Geltendmachung den Weg ins Grundbuch zu öffnen und ihn als

Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt. Aus dem Vergrecht heraus muß der Grundstückeigentümer die Verschädigung seines Grundstücks dulden, die sich aus der Aufsuchung und Gewinnung des in der Verleihungsurkunde benannten Minerals ergeben. Als Ausgleich dafür, daß dem Grundeigentümer wegen Schadenzufügung aus dem so umschriebenen Bergwerksbetriebe der sich sonst aus dem Eigentum ergebende Unterfangungsanspruch (§ 1004 BGB.) entzogen ist, gibt ihm § 143 AllgBergG. einen vom Verschulden des Schädigenden unabhängigen Schadenersatzanspruch. Dieser Anspruch ist gleicher Rechtsnatur wie der dem Grundeigentümer auch in anderen Fällen, wo ihm infolge besonderer gesetzlicher Bestimmung die Abwehrklage gegen Eingriffe in sein Eigentum entzogen ist, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Störers zustehende Schadenersatzanspruch. Er ergibt sich aus dem Eigentum am Grundstück und ist Inhalt des Grundeigentums, wie das in Fällen, wo solche gesetzliche Beschränkung des Eigentums nicht besteht, für die Abwehrklage der Fall ist. Dieser Schadenersatzanspruch ist aber auch als i. S. des § 1018 BGB. „einem anderen Grundstück gegenüber“ bestehend anzusehen. Schon oben ist auf die Gleichstellung des Bergwerkseigentums mit einem Grundstück hingewiesen (§ 50 AllgBergG.). § 148 AllgBergG. knüpft nun die Ersatzverpflichtung ausschließlich an das Bergwerkseigentum zur Zeit des Schadenseintritts. Der in diesem Zeitpunkt berechtigte Bergwerkseigentümer haftet als solcher. Der Grundstückseigentümer hat das ihm in § 148 AllgBergG. gegebene Recht gegenüber demjenigen, der zur Zeit des Schadenseintritts gerade Bergwerkseigentümer ist (RG. 71, 152²⁾).

Unzweifelhaft kann mittels einer Grunddienstbarkeit festgelegt werden, daß der jeweilige Grundeigentümer Zmissionen, die über das aus § 906 BGB. zu rechtfertigende Maß hinausgehen, zu dulden hat und daß ihm die Abwehrklage dagegen ver sagt ist. Ebenso ist in den Fällen, wo der Schadenersatzanspruch an die Stelle der Abwehr tritt, die besondere Gestattung der Einwirkung unter Verzicht auf Schadenersatz als der zulässige Inhalt einer Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB., dritter Fall, anzusehen. Gestattung und Verzicht durch Vertrag sind in diesem Falle nicht nur schuldrechtlicher Art, sondern sie wirken unmittelbar auf ein Recht, das Inhalt des

Anwendungsfall des § 1018 BGB., 3. Fall, aufzufassen. Offen bleibt allerdings noch die Fassung der Eintragung selbst. An sich dürfte bedenkenfrei sein, daß der Wortlaut von § 6 des der Entsch. zugrunde liegenden Vertrages in dieser Form eingetragen werden kann. Fraglich kann dagegen sein, ob in einer zukünftigen Fassung eine Trennung der Berechtigung, Abbau zu treiben (die das RG. als Anwendungsfall des § 1018, Fall 1, ansieht), von der Befreiung von der Entschädigungspflicht (die das RG. zu § 1018, Fall 3, rechnet) zulässig ist. Das ist m. E. zu bejahen. Die Entschädigungspflicht ist eine Folge des Abbaurechtes. Die Duldung des Abbaues ist gegenüber der Entschädigungspflicht das primäre. Die Entschädigungspflicht ist ohne Duldung des Abbaues undenkbar, und die Erwähnung der Duldungspflicht ist daher, wenn auch wegen des Unterschiedes zwischen gesetzlicher und vertraglicher Duldungspflicht zulässig, doch keineswegs in jedem Fall erforderlich. Nicht das Recht auf Abbau wird erstrebt; dieses Recht steht dem Bergwerkseigentümer kraft Gesetzes zu. Erstrebt wird der entschädigungslose Abbau. Man wird daher in der Fassung noch weitergehen dürfen und nunmehr die Eintragung eines reinen Verzichtes beanspruchen können. Dafür spricht auch, daß es zur Eintragung einer Grunddienstbarkeit genügt, daß einer der drei Anwendungsfälle des § 1018 BGB. gegeben ist. Ist aber der Bergschadenersatzanspruch nicht schuldrechtlich, sondern dinglich, so ist für einen Verzicht auf ihn die Eintragungsmöglichkeit nach § 1018 BGB. Fall 3 gegeben. Die Fassung einer Eintragung kann daher m. E. nunmehr auch so lauten, daß der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks auf die Geltendmachung von Bergschäden verzichtet hat, eine Fassung, wie sie bei Eintragung des Verzichtes auf Notweg- und Überbaurente, den verwandten Fällen, üblich ist.

Die Ausfüßung des RG. zur Anwendungsmöglichkeit des § 1018 Fall 1, sind — rein hergredlich betrachtet — für die verleiungsfähigen Mineralien des § 1 AllgBergG. wegen der gesetzlich geregelten Abbaubefugnis von minderer Bedeutung, wenn auch hier die dingliche Sicherung einer vertraglich vereinbarten Duldungspflicht nur begründet werden kann. Dagegen kann eine derartige Eintragung — unabhängig von der Schadenersatzfrage, die sich hier nach allgemeinen Grundfällen richtet — für den Grundeigentümerbergbau in Frage kommen. Allgemeinrechtlich ist aber

¹⁾ Hierzu und für das folgende vgl. Heerh: Die dingliche Sicherung des Bergschadenverzichtsvertrages durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit.

Grundeigentums ist. Deswegen ist die dingliche Festlegung im Grundbuch zulässig (ebenso Pfand-Strecker, § 1018 BGB. 3c; Staudinger, § 1018 BGB. II, 1c; Wolff, Sachenrecht, § 53 III; Fay, § 148 AllgBergG. Ann. 26; Bitta: Ztschr. f. Bergrecht 44, 122; BahDVLG. 10, 442; a. M. RGRKomm. § 1018 BGB. Ann. 9; RG.: RGZ. 22, A 152; 49, 195; Gütthe-Triebel, GBD., 5. Aufl., Bb. 2 S. 1904; Westhof, Bergbau und Grundbesitz Bb. 1 S. 53; Brassert-Gottschalk, AllgBergG., 2. Aufl., S. 588; Rostermann-Thielmann, AllgBergG., 6. Aufl., S. 420).

In der bisherigen Rspr. des RG. ist, soweit ersichtlich, nichts den obigen Ausführungen Entgegenstehendes enthalten. Dies gilt auch für die vom RG. angeführte Entsch. RG. 55, 270, wonach die Verpflichtung, ein zu übertragendes Grundstück von den darauf ruhenden Lasten zu befreien, nicht Gegenstand einer Vormerkung oder endgültigen Grundbucheintragung sein könne. Daraus ist keine Schlussfolgerung für die jetzt zu treffende Entscheidung möglich. In RG. 119, 211⁹) (dort S. 213 unten) hat der beschließende Senat zu der Frage, ob der Verzicht auf einen Schadenersatzanspruch aus § 148 AllgBergG. Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein kann, nicht selbst entscheidend Stellung nehmen, sondern nur die Ansicht des RG. hierzu berichtet wollen (s. Berichtigung des in RG. 119, 213 unten in ungenauer Fassung wiedergegebenen Satzes in RG. 129, 432).

Hiernach waren die vom Grundbuchamt in der Zwischenverfügung ausgesprochenen Bedenken und die sich auf diese gründende Abweisung des Eintragungsantrages nicht gerechtfertigt.

(Beschl. v. 25. Nov. 1930; V B 16/30. — Berlin.) [Sch.]

15. §§ 1811 BGB. enthält auch in seiner jetzigen Fassung die Regel, daß Mündelgelder gemäß §§ 1807, 1808 anzulegen seien.†)

§ 1811 BGB. in der früheren Fassung schrieb vor, daß das VormGer. aus besonderen Gründen dem Vormund eine andere Anlegung als die in den §§ 1807, 1808 vorgeschriebene gestatten könne. Durch Art. I RGes. v. 23. Juni 1923 ist die Vorschrift dahin geändert: „Das VormGer. kann dem Vormund eine andere Anlegung als die in §§ 1807, 1808 vorgeschriebene gestatten. Die Erlaubnis soll nur verweigert werden, wenn die beabsichtigte Art der Anlegung nach Lage des Falles den Grundfätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung zuwiderlaufen würde.“

Das OLG. in Darmstadt geht davon aus, daß der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 1811 grundsätzlich eine von den bisherigen Vorschriften abweichende anderweite Anlegung von Mündelgeld für zulässig erklären wollte, und gelangt zu folgendem Ergebnis: ob die Erlaubnis zur anderweiten Anlegung zu verweigern sei, hänge von den Umständen des Einzelfalles ab. Selbstverständlich sei dabei in erster Linie die Sicherheit der Anlage zu prüfen; denn die Hingabe des Geldes an einen unsicheren Gläubiger würde mit den Grundfätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung nicht vereinbar

darauf hinzuweisen, daß das RG. neben einer tatsächlichen Benutzung eine Benutzung im rechtlichen und wirtschaftlichen Sinn anerkennt und diese der tatsächlichen Benutzung in der rechtlichen Behandlung gleichstellt. Diese Auslegung liegt in der Richtung der im Laufe der letzten Jahre deutlich hervortretenden Tendenz des RG., wirtschaftsrechtliche Vorgänge tatsächlichen gleichzusetzen, und ist damit im Einzelfall geeignet, im Interesse des Wirtschaftslebens das Anwendungsgebiet des § 1018 BGB. zu erweitern.

Bergassessor Dr. Heinrich Heerz, Frankfurt a. M.

*) JW. 1928, 499.

Zu 15. A. Die Ansicht des RG. entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Die durch RGes. v. 23. Juni 1923 erfolgte Änderung des § 1811 BGB. wollte an den dem Schutze des Mündels dienenden grundsätzlichen Bestimmungen der §§ 1807, 1808 a. a. O. nichts ändern. Während nach der alten Fassung des § 1811 bei einer anderweitigen Anlegung von Mündelgeld „aus besonderen Gründen“, die Prüfung nur auf die Beurteilung des jeweiligen einzelnen Falles, auf dessen besonderen Umständen abgestellt war, bezweckt die neue Fassung, die Grundlage für Prüfung über Abweichung von der Regel den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen zu entnehmen, wobei als Richtlinie zu gelten hat: Die anderweitige Veranlagung von Mündelgeld muß klar erkennbar besondere wirtschaftliche Vorteile bieten, ohne die Sicherheit zu beeinträchtigen, so daß solche

sein. Ob aber eine solche Sicherheit gewährleistet sei, bedürfe der Prüfung im Einzelfall unter sorgfältiger Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände.

Demgegenüber stellt sich das RG., das früher (JFG. 4, 60) eine ähnliche Auffassung vertreten hat, neuerdings (schon in dem Beschl. JFG. 6, 92) auf folgenden Standpunkt: die frühere Bestimmung des § 1811 BGB. habe bei dem fortschreitenden Verfall der deutschen Währung insofern zu Schwierigkeiten geführt, als die Rspr. unter „besonderen Gründen“ nur die besonderen Verhältnisse der einzelnen Vormundschaft, nicht aber Umstände begriffen habe, die, wie die Folgen des Währungsverfalls, bei allen Vormundschaften gleichmäßig vorlagen. Um die sich aus dieser Rspr. ergebenden Mißstände zu beseitigen, habe der § 1811 durch das erwähnte Ges. die bereits angegebene Fassung erhalten. Aus der Begründung des Ges. ergebe sich, daß der Gesetzgeber die bisherigen Grundfätze über die Anlegung von Mündelgeld aufrechterhalten und für eine Abweichung von diesen Grundfätzen nur Richtlinien geben wollte. Daraus sei zu folgern, daß die mündelsichere Anlage nach wie vor die Regel, die freie Anlegung aber die Ausnahme bilden solle, jedoch mit der Maßgabe, daß dem Vormund und dem VormGer. die Prüfung zur besonderen Pflicht gemacht sei, ob die Voraussetzungen der Ausnahme gegeben seien. Aus dieser Vorzugsstellung der mündelsicheren Anlage ergebe sich aber weiter, daß eine anderweitige Anlegung den Grundfätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung i. S. des § 1811 n. F. nicht schon dann entspreche, wenn sie mit der allgemeinen sachkundigen Auffassung des Wirtschaftslebens im Einklang stehe. Die wirtschaftliche Vermögensverwaltung von Mündelgeldern erfordere vielmehr vom Standpunkt des Ges. aus in erster Linie die Anlage in mündelsicheren Werten. Nur wenn eine andere Anlage wirtschaftlich ratsam erscheine, wenn sie also gegenüber der mündelsicheren Anlage wirtschaftliche Vorteile biete, die deren Vorzüge überwiegen, erst dann dürfe das VormGer. die Erlaubnis zu anderweitiger Anlegung nicht verweigern. Eine andere Auslegung des Ges. würde gerade zu dem Ergebnis führen, daß der Gesetzgeber nach der Begründung habe vermeiden wollen: die Vormünder und VormGer. würden dann nämlich in jedem einzelnen Fall im Hinblick auf die Haftung aus den §§ 1833, 1848 BGB. prüfen müssen, welche Anlegung wirtschaftlich, insbes. genügend sicher sei. Um dies beurteilen zu können, würden umfangreiche und schwierige Ermittlungen erforderlich werden, unter Umständen sogar weiter eine ständige Kontrollstelle der wirtschaftlichen Entwicklung der gewählten Anlegungsstelle notwendig sein.

Hiervon ergebe sich für den vorliegenden Fall folgende Beurteilung: der Vorteil, daß die Beamtenbank um ¼% höhere Zinsen gewähre als die mündelsicheren Sparkassen, wiege nicht den Nachteil auf, daß ihre Sicherheit von dem wechselnden Mitgliederbestande abhängig sei, während für die Anlagen bei den öffentlichen Sparkassen das durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen gebundene Vermögen der kommunalen Körperschaft haften. Die übrigen in der weiteren Beschw. angeführten

Veranlagung vor der mündelsicheren den Grundfätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung entspricht, die Wiedererstattung des Geldes unzweifelhaft sichergestellt ist. In diesem Sinne sprechen sich neuerdings auch RG. v. 23. Sept. 1928 und OLG. Dresden: JFG. 6, 92, 96 aus; ebenso Staudinger, 9. Aufl., IV, 2 S. 1463 Anm. 2; Soergel zu § 1811 S. 527. Der beste Kenner und Kommentator des Familienrechtes bei Staudinger, der leider viel zu früh verstorbene OLGPr. Engelmann hat unter eingehender Prüfung (JW. 1923, 1021) schon vor sieben Jahren die Auffassung vertreten, die durch den Beschluß des RG. wohl als allgemeine Richtlinie von den Behörden der freiw. Gerichtsbarkeit beobachtet werden wird.

RA. Prof. Dr. Heinrich Frankenburg, München.

B. Der Beschl. des RG. ist von grundsätzlicher Bedeutung für die Praxis. Der Vormundschaftsrichter wird, da er ja stets gedeckt ist, wenn er die mündelsichere Anlage verlangt, selbstverständlich der reichsgerichtlichen Jurisdiktion folgen, auch wenn er sie — wie ich — nach wie vor nicht für richtig hält und die Auffassung des OLG. Darmstadt billigt. Wozu sollte er sich ohne Not der Gefahr einer Inanspruchnahme bei Verlusten infolge anderweiter Anlage aussetzen! Die Entsch. bedeutet praktisch, daß die Genossenschaften im allgemeinen für die Anlage von Mündelgeldern künftighin auszuscheiden, da, wie die wirtschaftlichen Verhältnisse heute liegen, im Normalfall keine besonderen Gründe vorliegen dürften, die für die

Bergünstigungen aber, wie insbes. Darlehensgewährungen und Beteiligung an gemeinnützigen Einrichtungen der Bank, kämen nur den Genossen, nicht jedoch den Mündeln als Konto-inhabern zugute (vgl. § 37 der Satzung). In Ermangelung besonderer wirtschaftlicher Vorteile der Geldanlage bei der Beamtenbank bedürfte es der Nachprüfung der Sicherheit des Unternehmens nicht.

Die Streitfrage ist i. S. der Ausführungen des RG. zu entscheiden. Die Neufassung des § 1811 BGB. entspricht dem Gesetzentwurf (Verhandlungen des R. 1923 Bd. 378 Aktenstück Nr. 5944), dem folgende Begründung beigegeben wurde:

„Um den Bestand der Mündelvermögen und ihren Ertrag nach Möglichkeit gegen Verluste zu schützen, ist im BGB. die verzinsliche Anlegung von Mündelgeld grundsätzlich nur in solchen näher bezeichneten Forderungen und Wertpapieren mit fester Verzinsung zugelassen, die die denkbar größte Sicherheit boten. Daß die Beschränkung auf diese Anlagen angesichts der völligen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zu Mißständen geführt hat, ist bekannt. Der § 1811 reicht in seiner gegenwärtigen Fassung zum Schutze der Mündelvermögen nicht aus. Die besonderen Gründe, aus denen vom VormGer. eine andere Anlegung gestattet werden kann, dürfen nach der in Rpr. und Schrifttum vorherrschenden ... Auffassung nur den Verhältnissen des einzelnen Falles entnommen werden, während Erwägungen allgemeiner Natur zur Rechtfertigung solcher Gründe nicht als genügend erachtet werden ... Abhilfe kann nur durch eine Änderung der Gesetzgebung geschaffen werden ... Zweifel bestehen nur darüber, welchen Weg die Gesetzgebung zweckmäßig einzuschlagen hat. Bei der Unübersichtlichkeit der Wirtschaftslage und der Unmöglichkeit, im Ges. selbst sichere wertbeständige Anlagen für Mündelgeld zu bezeichnen, könnte es naheliegen, die gesetzlichen Bindungen für die Anlegung von Mündelgeld durch Aufhebung der §§ 1807, 1808 schlechthin zu beseitigen und die Anlegung fortan dem verantwortlichen Ermessen des Vormundes zu überlassen. Einer solchen Regelung würden jedoch erhebliche Bedenken entgegenstehen. Sie würde, auch zum Schaden einer großen Anzahl von Mündeln, die Kurse ... stark beeinträchtigen und einen Ansturm auf die öffentlichen Sparkassen eröffnen. Daneben würde sie aber die Vormünder vor eine Aufgabe stellen, der sie aller Voraussicht nach nicht gewachsen sein würden. Die Praxis würde der gewohnten Stütze, die zur Zeit die Liste der mündelsicheren Werte bietet, plötzlich verlustig gehen, und möglicherweise würde sich die unerwünschte Folge ergeben, daß der Vormund regreßpflichtig gemacht wird, wenn er das Mündelvermögen in zur Zeit mündelsicheren Papieren anlegt oder diese Anlage nicht ändert. Die uneingeschränkte Freiheit in der Auswahl der anzuschaffenden Werte aber würde nicht nur den Vormund mit schwerer Verantwortung belasten, sondern auch erhebliche Gefahren für den Bestand des Mündelgeldes mit sich bringen. Die Überwachungsspflicht des VormGer. bietet keinen ausreichenden Schutz. Der Vormundschaftsrichter wäre schon rein technisch der Aufgabe, jede einzelne Anlage von Mündelgeld mit der notwendigen Gründlichkeit zu prüfen ... nicht gewachsen.

Erwägungen ähnlicher Art sprechen auch gegen eine Ausdehnung des Verzeichnisses des § 1807 ...

Hiernach kann nur eine Regelung für zweckmäßig erachtet werden, bei der unter Aufrechterhaltung der bisherigen Grundsätze Abweichungen zugelassen werden, die im Interesse der Sicherung und der Erhaltung des Mündelvermögens eine Berücksichtigung nicht nur der besonderen Verhältnisse der einzelnen Vormundschaft, sondern auch der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse ermöglichen. Daher wird eine Abänderung des § 1811 dahin vorgeschlagen, daß das VormGer. dem Vormund eine andere Anlegung als die in den §§ 1807, 1808 vorgeschriebene auch ohne besondere Gründe gestatten kann. Hiernach sollen einerseits die Vorschriften der §§ 1807, 1808 unverändert bestehen bleiben, so daß Vormund und VormGer. bei einer diesen Vorschriften ent-

sprechenden Anlegung, falls nicht ausnahmsweise nach den besonderen Umständen des Falles ihre Verantwortlichkeit begründet sein sollte, gedeckt sind. Andererseits soll fortan jede andere Art der Anlegung zulässig sein, die Vormund und VormGer. nach ihrem durch keine gesetzlichen Schranken eingegrenzten pflichtmäßigen Ermessen für geboten erachten. Man könnte vielleicht geltend machen, daß gegen eine solche Gesetzesänderung in gewissem Maße ähnliche Bedenken bestehen, wie sie gegenüber einer Streichung oder Erweiterung des § 1807 zu erheben sind. Insbes. ist auch hier die Gefahr einer Schädigung des Mündelvermögens infolge unsachgemäßer Maßnahmen gewiß nicht ausgeschlossen. Es ist aber zu berücksichtigen, daß bei der vorgeschlagenen Regelung eine Prüfung der Verhältnisse des einzelnen Falles durch das VormGer. gewährleistet ist. Von dem Verantwortungsfühl des VormRichters ist zu erwarten, daß unsachgemäße Vorschläge des Vormundes nicht entprochen wird. Die strengen Haftungs-vorschriften des § 1848 BGB., deren Voderung nicht erwohnen werden kann, werden außerdem zur Vorsicht mahnen. Dem naheliegenden Einwand, es könne nicht erwartet werden, daß die Gerichte angesichts der schwierigen und verantwortungsvollen Entsch., zu der sie nach der Ermächtigung berufen werden, in erheblichem Umfange von der neuen Befugnis Gebrauch machen würden, wird man ein entscheidendes Gewicht wohl nicht beilegen müssen ... Es erscheint zweckmäßig, die Voraussetzungen näher zu bestimmen, unter denen eine von den §§ 1807, 1808 abweichende Anlegung zu gestatten ist, und zwar dahin, daß die Erlaubnis nur verweigert werden soll, wenn die beabsichtigte Art der Anlegung nach Lage des Falles den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung zuwiderlaufen würde. Hierdurch soll dem VormRichter eine Richtlinie für die Handhabung der Gesetzesänderung gegeben und dieser damit eine erleichterte Anwendbarkeit und ein größerer praktischer Erfolg gesichert werden.“

Entstehungsgeschichte und Begründung ergeben hiernach deutlich als Zweck der Neufassung des § 1811, daß eine andere als die in §§ 1807, 1808 vorgeschriebene Anlegung von Mündelgeld vom VormRichter nicht (wie bisher) nur dann gestattet werden könne, wenn besondere, den Verhältnissen des Einzelfalles zu entnehmende Gründe dargetan werden, sondern auch dann, wenn die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse die anderweitige Anlegung geboten erscheinen lassen. Entweder jene besonderen oder diese allgemeinen Gründe müssen hiernach vorliegen, wenn die Ausnahme zugelassen werden soll. Zweifel darüber, welche Gesichtspunkte bei der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Abweichung von der Regel zu beobachten seien, konnten vom Standpunkt der Gesetzesbegründung aus nur in letzterem Falle, d. h. in dem der Berücksichtigung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse aufstoßen. Auf diesen Fall sind daher sinngemäß die Ausführungen der Begründung zu beziehen, daß fortan jede andere Art der Anlegung zulässig sein soll, die Vormund und VormGer. nach ihrem durch keine gesetzlichen Schranken eingegrenzten pflichtmäßigen Ermessen für geboten erachten würden. Dagegen war für den Fall, daß eine anderweitige Anlegung aus besonderen Gründen der einzelnen Vormundschaft in Betracht kommt, eine neue Regelung weder erforderlich noch beabsichtigt. Es sollte insoweit bei dem bisherigen Rechtszustand, insbes. bei dem Grundsatz der Anlegung nach §§ 1807, 1808 verbleiben. Diese Absicht des Gesetzgebers ist, wenn auch die neue Fassung des § 1811 sehr allgemein gehalten ist, in hinreichender Weise auch äußerlich zum Ausdruck gelangt, und zwar dadurch, daß die Vorschrift ihre Stellung im Zusammenhang der ganzen Bestimmungen über die Anlegung von Mündelgeld beibehalten hat.

Aus der ausdrücklich ausgesprochenen Aufrechterhaltung der bisherigen Grundsätze ergibt sich, daß, abgesehen von dem Fall einer anderweitigen Anlegung aus Gründen der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, die Anlegung nach §§ 1807, 1808 nach wie vor die Regel zu bilden hat. Dem

Anlage der Gelder bei Genossenschaften entgegen den Bestimmungen der §§ 1807, 1808 BGB. sprechen. So sagt zutreffend die Dresdner Bank in ihren Mitteilungen für die ihrem Giroverband angeschlossenen Genossenschaften v. 27. Juni 1930. Für jede andere Art der Anlage gilt naturgemäß das gleiche. Damit ist angesichts der heutigen Verbreitung der öffentlichen Sparkassen und bei der vorhandenen Möglichkeit, überall und ohne jede Schwierigkeit jederzeit

die mündelsichere Anlage zu verwirklichen (etwa Anlage in Hypotheken, Anleihen, Kommunalobligationen, Pfandbriefen), das Gef. v. 23. Juni 1923 faktisch außer Kraft gesetzt. Seine formelle Aufhebung sollte alsbald erfolgen und die bisher im Reichsrat laut gewordenen Stimmen gegen die Wiederherstellung des § 1811 in der alten Fassung dürften nummehr verstummen.

Dr. Dr. Alfred Andrae, Ortenberg (Hessen).

in den Vordergrund zu stellenden Erfordernis der Sicherstellung des Mündelvermögens hat der Vormund grundsätzlich durch mündelsichere Anlegung Rechnung zu tragen. Es bleibt dabei, daß der Gesetzgeber den im Ges. vorgeschriebenen Anlegungsarten den Vorzug vor anderen Anlegungsarten gibt, deren Sicherheit erst durch umständliche und verantwortungsvolle Prüfung vom VormGer. festgestellt werden müßte. Derartige Prüfungen sind dem VormGer. im Einzelfall nur aus besonderen Gründen zuzumuten, nämlich wenn die andere Anlegung Vorzüge wirtschaftlicher Art bietet, die durch eine Anlegung nach §§ 1807, 1808 nicht erreichbar wären. Erst dann läßt sich sagen, daß die anderweitige Anlegung nach Lage des Falles den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung i. S. der neuen Vorschrift des § 1811 entspricht. Lassen sich derartige Vorzüge einer anderweitigen Anlegung nicht dartun, so bleibt es bei der Regel, ohne daß das VormGer. in eine Prüfung der Sicherheit der anderweitigen Anlegung einzutreten braucht.

Auf diesem Standpunkt stehen übrigens außer dem RG. auch das ObV. in München und das OLG. in Karlsruhe (ZfV. 5, 104 und 112).

Im vorliegenden Fall sind keine Vorteile wirtschaftlicher Art ersichtlich, welche die von der Regel abweichende Anlegung der Mündelgelder bei der Beamtenbank zu Kiel rechtfertigen könnten.

(Beschl. v. 3. April 1930; B 6/30 IV.)

[Ra.]

**** 16.** § 1821 Nr. 1 BGB.

1. In der Genehmigung der Auflassung durch das Vormundschaftsgericht ist nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge zugleich eine stillschweigende Genehmigung des zugrunde liegenden Kaufvertrages zu erblicken.

2. Nach § 1829 Abs. 2 BGB. beginnt die zweiwöchige Frist mit der Aufforderung an den Vormund zur Erklärung über die Genehmigung zu laufen, selbst wenn das Vormundschaftsgericht noch keine Entschliessung gefaßt hat.)

Das BG. hält den Klagenanspruch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung an sich für schlüssig begründet, aber nicht für gerechtfertigt, weil es einen vom VormGer. genehmigten und rechtswirksamen Kaufvertrag als gegeben ansieht. Die Rev. rügt zunächst, daß das BG. die Genehmigung der Auflassung des Grundstücks durch das VormGer. zugleich als Genehmigung des schuldrechtlichen Vertrages aufgefaßt habe und meint, es könne dahingestellt bleiben, ob es neben der Genehmigung des schuldrechtlichen Vertrages noch der Genehmigung der Auflassung bedürfe. Ein Schluß umgekehrten Inhalts sei aber nicht gerechtfertigt. In § 1821 Nr. 1 BGB. ist die Notwendigkeit der Genehmigung des VormGer. zur Verfügung über ein Grundstück vorangestellt. Zur Ergänzung dieser Vorschrift, und zwar zwecks Ausschließung ihrer Umgehung wurde die Notwendigkeit der Genehmigung für die Eingehung einer Verpflichtung zu einer solchen Verfügung hinzugefügt; andernfalls hätte aus der genehmigungslosen schuldrechtlichen Verpflichtung der Zwang zu deren Erfüllung gefolgert werden können. Regelmäßig wird der Vormundschaftsrichter, der die Verfügung über ein Grundstück genehmigt, sich Kenntnis von dem Grundrechtsgeschäft verschaffen, um beurteilen zu können, ob die Belange des Mündels gewahrt sind, und nur auf Grund der Prüfung dieses Rechtsgeschäfts die Genehmigungsver-

fügung und damit — stillschweigend — zugleich die Genehmigung des Grundrechtsgeschäfts aussprechen (vgl. Sächs. ArchRpfl. 1927, 34). Dabei ist zu beachten, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung durch das Gesetz nicht an eine Form gebunden ist. Sie kann auch stillschweigend durch schlüssige Handlungen oder mündlich erteilt werden (RG. 59, 278; 115, 176¹⁾). Nun hatten die Kl. bereits in der Klage (S. 4) unter Bezugnahme auf bestimmte Stellen der Grundakten vorgetragen, daß der Besl. am 24. Dez. 1928 seine Auflassungserklärung als Vertreter der Verkäufer wiederholt und die Genehmigung des VormGer. zum Verkauf v. 25. Mai 1927 eingereicht habe. In Übereinstimmung hiermit gibt das BU. den Beschl. des VormGer. v. 25. Mai 1927 wieder, durch den die Auflassung der nach dem Verträge v. 31. Juli 1923 verkauften Grundstücke durch den Vormund genehmigt wurde. Danach kann es einem Bedenken nicht unterliegen, daß dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge entsprechend das VormGer. vor der Genehmigung der Auflassung den ihr zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag geprüft und diesen stillschweigend genehmigt hat.

Die zweite Rüge der Rev. richtet sich gegen die Annahme des BG., daß im Falle des § 1829 Abs. 2 BGB. die dort bestimmte Frist nicht laufe, solange nicht eine Entsch. des VormGer. vorliege. Das BG. schließt sich dabei einer in der ZfV. 1927, 2588 veröffentlichten Entsch. des OLG. Mannheim an. Diese Rüge ist begründet. Nach § 1829 Abs. 1 hängt, falls ein Vormund einen Vertrag ohne Genehmigung des VormGer. abschließt, die Wirksamkeit des Vertrages von der nachträglichen Genehmigung des VormGer. ab. Die Genehmigung wird dem anderen Teil gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund mitgeteilt wird. Durch diese Regelung entsteht ein Schwebestand. Es liegt in der Hand des Vormunds, ob er von der Genehmigung dem Vertragsgegner Mitteilung machen will oder nicht. Er hat, bevor er von der Genehmigung Gebrauch macht, erneut zu prüfen, ob der genehmigte Vertrag den Belangen des Mündels entspricht oder nicht. Bei der Vorschrift des § 1829 Abs. 1 Satz 2 hat man nach den Mot. z. BGB. Bd. 4 S. 1154, insbes. an die Möglichkeit gedacht, daß der Vormund die Genehmigungsverfügung im Wege der Beschwerde anfechte, wenn er die Meinung gewonnen habe, daß sie den Belangen seines Mündels widerstreite (RG.: Recht 1924 Nr. 1697; RG. 76, 366²⁾; 121, 37; JurWtsch. 1925, 781; 1929, 1649). Diese Regelung erforderte aber eine weitere Maßnahme, die es dem Vertragsgegner ermöglicht, dem Schwebestand ein Ende zu machen und zu verhindern, daß der Vormund die Mitteilung von der Genehmigung unangemessen hinauschiebe. Deshalb ist dem Vertragsgegner in § 1829 Abs. 2 die Möglichkeit gewährt, den Vormund zur Mitteilung darüber aufzufordern, ob die Genehmigung erteilt sei; dann kann nach der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung die Mitteilung der Genehmigung nur bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung erfolgen; erfolgt sie nicht, so gilt die Genehmigung als verweigert. Diese Vorschrift des Abs. 2 sieht nach ihrem Wortlaut von dem Vorgang der Genehmigung selbst ganz ab. Das ist verständlich; denn es würde die Klarheit, die für den Vertragsgegner durch die Notwendigkeit der Antwort innerhalb zwei Wochen geschaffen werden soll, wieder völlig ins Ungewisse gestellt werden, wenn der Lauf der zweiwöchigen Frist von dem Vorhergehen der Genehmigung abhängen soll. Es ist ein Trugschluß, wenn gesagt wird, die Frage nach der Mitteilung über die Genehmigung setze eine Genehmigung voraus. Der Vertragsgegner hat selbst auf die Genehmigung keinen Einfluß; und selbst wenn sie erteilt ist, braucht der Vormund, wie dargelegt ist, von ihr keinen Gebrauch zu machen. Er hat trotz gerichtlicher Genehmigung die Befugnis, keine Antwort zu geben und damit den Vertrag zu Fall zu bringen, wenn er zu dem Ergebnis kommt, daß der Vertrag für sein Mündel ungünstig sei. Ob er auch das Recht hat, trotz der Genehmigung mitzuteilen, daß diese nicht erfolgt sei, wie das OLG. Stuttgart: ZfV. 1926, 60 annimmt, ob dieser Fall dem erwähnten Fall der Nichtabgabe einer Erklärung des Vormunds gleichzustellen ist, kann dahinstehen. Die vom BG. geteilte Auffassung des OLG. Mannheim ist im Schrifttum hiernach mit Recht ab-

Zu 16. Dem Urk. ist in beiden Sätzen, die es aufstellt, durchaus beizutreten. Es ist richtig, daß die Genehmigung der Auflassung regelmäßig auf Prüfung des schuldrechtlichen Vertrages beruht, auf dessen Grund die Auflassung erfolgt und daß daher die Genehmigung der Auflassung eine stillschweigende Genehmigung des schuldrechtlichen Vertrages bedeutet. Daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auch stillschweigend erteilt werden kann, ist unzweifelhaft, weil die Genehmigung an keine Form gebunden ist. Daß nach § 1829 Abs. 2 die zweiwöchige Frist mit der Aufforderung an den Vormund zur Erklärung über die Genehmigung beginnt, ist ebenfalls völlig unzweifelhaft, und es ist eigentlich nur merkwürdig, wie die gegen- seitige Meinung aufgestellt werden konnte, die den Zweck des Gesetzes, dem Minderjährigen die Möglichkeit zu geben, binnen zwei Wochen der Sache ein Ende zu machen, vollkommen vereiteln würde.
Veh. Jk. Prof. Dr. T. h. Kipp, Berlin.

1) ZfV. 1927, 1463.

2) ZfV. 1911, 752.

gelehnt worden (Josef: JW. 1928, 78; BadRpr. 1927, 94 und Ztschr. f. freim. Gerichtsbarkeit in Württemberg 1927, 241; Wirk: JW. 1928, 78; Enneccerus-Ripp, Bürgerl. Recht, Bd. II 2 § 115 Anm. 50a; Staudinger, Erl. 3c; August Fuchs, Erl. III 3d zu § 1829; RG.: PostWtschr. 1913, 99). Dem gegen diese Rechtsauffassung erhobenen, aus praktischen Erwägungen hergeleiteten Bedenken, daß der Vertragsgegner dann sofort nach Abschließung des Vertrages die Aufforderung aus § 1829 Abs. 2 an den Vormund richten könne, daß dann dem VormGer. der für die Prüfung des Vertrages erforderliche Zeitraum vielleicht nicht verbleibe und daß der Vertragsgegner auf diesem Wege den Vertrag zu Fall bringen könne, kann bei der Fassung der Gesetzesvorschrift keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Überdies wird dem Vertragsgegner in der Regel daran liegen, daß der Vertrag, den er eben erst geschlossen hat, zur Ausführung gelangt. Außerdem steht es dem Vormund offen, die Genehmigung des Vertrages durch das VormGer. vorher herbeizuführen oder die in § 1829 Abs. 2 vorgesehene Frist von zwei Wochen durch Vereinbarung zu verlängern (Staudinger, Erl. 3c zu § 1829).

(Urt. v. 27. Okt. 1930; 802/29 VI. — Hamburg.) [Ru.]

17. §§ 1990 ff. BGB. Die Einrede der Erschöpfung des Nachlasses greift einem Vermächtnis gegenüber nur durch, wenn endgültig feststeht, daß für die Erfüllung des Vermächtnisses Mittel nicht verfügbar sind.†)

(U. v. 23. März 1930; 620/29 IV. — Hamm.) [Ra.]
Abgedr. JW. 1930, 2215.

II. Verfahren.

****18.** §§ 580, insbes. Ziff. 2, 582, 584 ZPO. Ein Vollstreckungsbefehl kann mit der Restitutionsklage nicht mit der Begründung angegriffen werden, daß die Urkunde, aus der der Anspruch abgeleitet wurde, gefälscht gewesen sei; denn der Vollstreckungsbefehl ist nicht auf die Urkunde gegründet.

Im jetzigen Rechtsstreit handelt es sich um eine auf

Zu 17. Das Urteil nimmt an, daß auf eine Feststellungsklage § 780 ZPO. nicht anwendbar sei; m. E. mit Unrecht. Mag auch der Wortlaut des § 780 sich nur auf die Leistungsklage beziehen, so liegt doch in der Natur der Sache, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Erben und dem Nachlassgläubiger nicht anders festgestellt werden kann, als es liegt, daß also der Vorbehalt der beschränkten Haftung auf Verlangen des Erben auch in das Feststellungsurteil aufgenommen werden muß. Es würde sonst bei späterer Leistungsklage der Vorbehalt als dem Sinne des Feststellungsurteils zuwiderlaufend und folglich gegen die Rechtskraft des Feststellungsurteils verstößend, nicht mehr ausgesprochen werden können. Wenn rechtskräftig festgestellt ist, daß Z. dem Y. 1000 RM schuldet, so ist festgestellt, daß er sie ihm schlechthin schuldet, und es kann nicht nachher geurteilt werden, daß er sie ihm nur unter Vorbehalt schuldet. Die Frage, wie zu verfahren ist, wenn bestritten ist, ob der Nachlass erschöpft ist, ist streitig. Das RG. hat angenommen, daß das Gericht nach seinem Ermessen unter Vorbehalt verurteilen oder den angebotenen Beweis der Erschöpfung aufnehmen und bei seinem Gelingen die Klage abweisen kann (vgl. bes. RG.: JW. 1918, 816⁴ mit Anm. von Ripp; auch Ripp, Erbrecht, § 74 zu und in Anm. 16). Hier liegt die Sache nun freilich noch etwas anders. Es steht fest, daß der Klageforderung eine andere vorgeht, wenn sie besteht; aber diese Forderung hängt noch von einem zukünftigen ungewissen Umstande, nämlich der Genehmigung einer Stiftung ab. Die Verpflichtung zur Auszahlung des Stiftungskapitals an die Stiftung nach deren Genehmigung muß einer bedingten Verpflichtung gleichgeachtet werden. Der Erbe, der sich auf §§ 1990 ff. BGB. beruft, muß die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilen, Vermächtnissen und Auflagen so befriedigen, wie sie im Konkurse zur Verichtigung kommen würden (§ 1991 Abs. 4); folglich muß und darf er das zur Befriedigung einer bedingten Verpflichtung erforderliche zurückbehalten (§ 67, 154 RD.), es also einem anderen Gläubiger vorenthalten, wenn dieser der bedingten Forderung im Falle ihrer Existenz nachsteht. Dies muß in einem Falle wie der hier vorliegende um so mehr gelten, als die Verpflichtung der Erben, die Auflage der Stiftungserrichtung zu erfüllen, also auch die Genehmigung der Stiftung zu betreiben, ihrerseits eine unbedingte ist.

Geb. Jk. Prof. Dr. Ripp, Berlin.

§ 580 Ziff. 2 ZPO. gegründete Restitutionsklage, mit der die Kl. die Aufhebung der drei Vollstreckungsbefehle vom 15. Jan., 14. Febr. und 12. April 1927 sowie der beiden Urteile v. 9. März und 17. Okt. 1928 begehren, weil die Heinrich G.'schen Eheleute die Bürgschaftsurkunden vom 22. Mai und 4. Dez. 1925, auf welche die Ansprüche der Befl. gestützt seien, gefälscht gehabt und die Kl. davon erst am 11. Nov. 1927 Kenntnis erlangt hätten.

Beide Vorinstanzen haben die Restitutionsklage abgewiesen. Mit der Rev. erstreben die Kl., daß das BU. aufgehoben und unter Abänderung des erstinstanzlichen Erkenntnisses nach ihrem Klageantrage erkannt werde.

Die Befl. bittet um Zurückweisung der Revision.

Bei der Zustellung der drei Zahlungs- und der drei Vollstreckungsbefehle hat der Zustellungsbeamte die zuzustellenden Schriftstücke entweder den Empfängern in die Hand gegeben oder in ihrer Abwesenheit auf den Tisch gelegt mit dem Hinweis, daß die Schriftstücke für sie bestimmt seien. Dies erachtet das BG. für erwiesen und damit die Darstellung der Kl. für widerlegt, daß Heinrich G. die auf dem Tische liegenden Schriftstücke, noch während der Zustellungsbeamte die Zustellungsbeurkundung schrieb, an sich genommen habe. Zur Begründung der Restitutionsklage hatten die Kl. behauptet, die Bürgschaftsurkunden v. 22. Mai und 4. Dez. 1925, die der Befl. zur Begründung ihrer Bürgschaftsansprüche gebient hätten, seien von den Heinrich G.'schen Eheleuten gefälscht worden; Heinrich G. und Frau seien wegen dieser Urkundenfälschung durch rechtskräftiges Urteil des SchöffG. H. v. 14. Juni 1929 zu Gefängnisstrafen verurteilt worden; sie (die Kl.) hätten von der Fälschung erst nach der Rechtskraft der drei Vollstreckungsbefehle, am 11. Nov. 1927, Kenntnis erhalten. Dazu hat das BG. keine Feststellung getroffen. In der RevInst. muß deshalb zugunsten der Kl. als wahr unterstellt werden, daß diese Klage darstellung zutreffend ist.

Beide Vorinstanzen haben sich darauf beschränkt, die Schuldfrage zu prüfen, und die Zulässigkeit der Restitutionsklage verneint, weil insoweit die Voraussetzung des § 582 ZPO. nicht vorliege. Demgegenüber macht die Rev. geltend, daß der Begriff des Verschuldens verkannt und damit die bezeichnete Prozeßvorschrift wie das materielle Recht, insbes. § 276 BGB., verletzt sei.

Abgesehen von der Schuldfrage erweist sich indessen die angefochtene Entsch. im Hinblick auf den im übrigen feststehenden Sachverhalt schon aus einem anderen Rechtsgrunde als gerechtfertigt.

§ 580 Ziff. 2 ZPO. setzt voraus, daß eine Urkunde, auf die das „Urteil gegründet“ ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht war. Nicht darauf kann es ankommen, ob die gefälschte oder verfälschte Urkunde zur Begründung des Klageanspruchs verwendet werden und dazu dienen konnte, sondern nur das ist für die Wirksamkeit der Wiederaufnahmeklage entscheidend, daß die Gerichtsentscheidung auf die Urkunde gegründet ist. Der gleichen Ausdrucksweise bedient sich das Gesetz im § 580 Ziff. 1 und 3 ZPO., wo die Voraussetzungen geregelt sind, unter denen die Verletzung der Eidespflicht, deren sich der Gegner des Restitutionsklägers bei der Leistung eines Parteieides oder ein Zeuge oder Sachverständiger durch die Beeidigung eines Zeugnisses oder Gutachtens schuldig gemacht hat, als Wiederaufnahmegrund gelten soll; auch da muß das Urteil auf die Eidesleistung gegründet sein. Damit § 580 Ziff. 1 ZPO. Anwendung finden könne, dazu wird vorausgesetzt, daß die anzufechtende Entscheidung auf der Leistung des Parteieides beruhe (RG. 46, 342, 343). Die gleiche Rechtslage besteht für die Anwendung des § 580 Ziff. 2 ZPO., und es ist überhaupt den Fällen des § 580 Ziff. 1—5 ZPO. gemeinsam, daß das anzufechtende Urteil durch eine strafbare Handlung herbeigeführt ist, daß also ein ursächlicher Zusammenhang zwischen beiden besteht (Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., 1929 § 580 Anm. I Abs. 1 Bd. 2 S. 206), daß also strafbare Handlungen eine unzutreffende oder ungerechte Entscheidung verursacht haben. Während die Nichtigkeitsgründe des § 579 ZPO. und die Restitutionsgründe des § 580 Ziff. 4 und 5 ZPO. eine Durchbrechung der Rechtskraft dann zu ermöglichen bezwecken, wenn der Wiederaufnahmekläger sich nur über eine Beeinträchtigung seiner prozessualen Rechte oder über einen Fehler des Ver-

fahrens beschweren zu können glaubt, ist es der ausgesprochene Zweck der anderen, auf das Sachverhältnis bezüglichen Wiederaufnahmegründe, insbes. auch des im § 580 Ziff. 2 ZPO. bezeichneten, eine bestimmte Berichtigung des Sachverhältnisses zu ermöglichen, das der Richter seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die Restitutionsgründe des § 580 Ziff. 6 und 7 a und b von jenen anderen, im § 580 Ziff. 1—3 ZPO. bezeichneten wieder dadurch, daß sie unter bestimmten Voraussetzungen neues Vorbringen gestatten, während in den Fällen des § 580 Ziff. 1—3 ZPO. die eingetretene Rechtskraft nicht hinderlich sein soll, dem vom Tatrichter bereits gewürdigten Sachverhältnisse „eine bestimmte Ergänzung oder Berichtigung“ (Begründung des Entwurfs einer ZPO., RRVBerh. II. Leg. Ber. II. Sess. 1874 zu § 523 ZPO., S. 340) zuteil werden zu lassen (RG. 68, 334¹⁾, 338; Stein-Jonas a. a. O. § 584 Anm. IV 2 S. 216). In den in Nr. 1—5 aufgeführten Fällen der Restitutionsklage ist es notwendige Folge der strafbaren Handlung, daß das auf ihr beruhende Urteil nicht aufrechterhalten werden kann (Begr. zu § 519 S. 335).

Im vorliegenden Falle war ein Urteil gegen die Kl. nicht ergangen; vielmehr liegen nur die drei Vollstreckungsbefehle gegen sie vor, die den eigentlichen Gegenstand des mit der Wiederaufnahme verfolgten Aufhebungsbegehrens darstellen. Ihnen gegenüber haben die beiden Urteile vom 9. März und 3. Okt. 1928 keine selbständige Bedeutung, weil sie lediglich über die formelle Frage der Zulässigkeit des Einspruchs gegen einen Teil der Vollstreckungsbefehle zu befinden hatten und den Rechtsbestand der Schuldtitel selbst unberührt ließen. An und für sich unterliegen, wie sich aus § 584 Abs. 2 ZPO. ergibt, auch die sonst nicht mehr anfechtbaren Vollstreckungsbefehle allgemein dem Wiederaufnahmeverfahren §§ 578 ff., obwohl sie an sich nur hinsichtlich des Einspruchs den Endurteilen gleichstehen. Daraus ergibt sich aber nichts für die Frage der Anwendbarkeit des § 580 Ziff. 2 ZPO. im besonderen. Der Vollstreckungsbefehl ist einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Veräumnis erlassenen Endurteile gleich zu achten; er wird beim Vorliegen der förmlichen Voraussetzungen vom Urlandsbeamten erlassen, ohne daß noch eine sachliche Prüfung des Anspruchs stattzufinden hätte. Einen sachlichen Inhalt erhält er als referierende Urkunde nur durch den Zahlungsbefehl und im Zusammenhalten mit ihm (Stein-Jonas a. a. O. § 699 Anm. I S. 401). Aber auch die Entscheidung über den Zahlungsbefehl setzt nur eine Prüfung auf Grund der im Gesuche enthaltenen Behauptungen des Gläubigers voraus; für ein Beweiserbieten oder gar eine Beweisaufnahme ist im Mahnverfahren kein Raum. Selbst wenn im Gesuche Beweise angeboten werden sollten, so kann es bei der Entscheidung über Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl darauf nicht ankommen, vielmehr ist immer nur das an sich schlüssige Vorbringen des Gläubigers maßgebend, dessen Wahrheit ohne Rücksicht auf Art und Umfang der Beweismittel, die dem Gläubiger zur Verfügung stehen mögen, und ohne Prüfung der Richtigkeit des Vorbringens unterstellt wird. Demnach sind die beantragten Zahlungs- und Vollstreckungsbefehle beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch dann zu erlassen, wenn dem Gläubiger ausreichende oder zulässige Beweismittel überhaupt nicht zu Gebote stehen. Hätte der Gläubiger im Gesuche auf Urkunden Bezug genommen, die nach seiner Meinung die Tatsachendarstellung, mit der er an sich schlüssig seinen Anspruch begründen will, beweisen können, aber nicht die gesetzlichen Voraussetzungen des Urkundenbeweises erfüllt (§§ 420 ff. ZPO.), so würden dennoch Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl antragsgemäß zu erlassen sein. Sollte sich nachträglich ergeben, daß die bezeichneten Urkunden, z. B. weil sie nicht echt sind, der Beweiskraft entbehren, so könnte dies die Rechtswirksamkeit der erlassenen Zahlungs- und Vollstreckungsbefehle nicht in Frage stellen. Nicht auf die Möglichkeit der Beweisführung kommt es im Mahnverfahren an, sondern nur auf die Schlüssigkeit der zur Begründung des Mahnanpruchs dienenden Tatsachen, die, falls der Gegner nicht von den im Mahnverfahren zu Gebote stehenden Rechtsbehelfen Gebrauch macht, ohne weiteres als wahr unterstellt werden. — Inwieweit von diesen Grundsätzen für das

Urkunden- und Wechselmahnverfahren (§§ 3, 4 EntlWO.) Ausnahmen zu machen wären, braucht nicht erörtert zu werden, weil dieses Verfahren hier nicht besprochen ist. — Demnach sind auch im vorliegenden Falle die gefälschten — in den Zahlungsbefehlen übrigens auch gar nicht erwähnten — Beweisurkunden, auf die die Befl. ihren Bürgschaftsanspruch stützen zu können vermeinte, für den Erlaß der Vollstreckungsbefehle nicht entscheidend gewesen. Es war für den die Vollstreckungsbefehle erlassenden Beamten und seine diesbezügliche Entscheidung ohne Bedeutung, ob die Gläubigerin den von ihr angebrachten Bürgschaftsanspruch im Streitfalle mit — echten oder unechten — Urkunden oder mit anderen Mitteln zu beweisen gedachte; die Fälschung der Bürgschafts-urkunden war ohne Einfluß auf seine Entscheidung. Die Vollstreckungsbefehle sind nicht auf die gefälschten Urkunden gegründet; sie beruhen nicht auf der strafbaren Handlung, sondern lediglich auf der Tatsache, daß die Kl. der zur Begründung des Bürgschaftsanspruchs dienenden Sachdarstellung der Gläubigerin nicht widersprochen, vielmehr die ihnen ordnungsmäßig zugestellten gerichtlichen Verfügungen in Empfang genommen haben, ohne von den gesetzlichen Rechtsbehelfen im Mahnverfahren Gebrauch zu machen.

Es kann deshalb dahinstehen, ob das BG. mit Recht die Voraussetzungen des § 582 ZPO. vermeint hat oder ob der hierauf gerichtete Revisionsangriff gerechtfertigt ist oder nicht (§ 563 ZPO.). Die Rev. ist zurückzuweisen, weil — wie schon beide Vorinstanzen angenommen haben — die Restitutionsklage zwar unter Geltendmachung des Restitutionsgrundes aus § 580 Ziff. 2 ZPO. zulässig erhoben war, die Prüfung des vom Tatrichter festgestellten Sachverhaltes jedoch ergeben hat, daß der geltend gemachte Restitutionsgrund, hinsichtlich der drei Vollstreckungsbefehle sowohl wie der beiden Urteile der sachlichen Berechtigung entbehrte. Auf die Möglichkeit, daß die Restitutionsklage schon als unzulässig zu vermerken gewesen wäre, braucht das RevG. bei der gegebenen Sachlage nicht abzukommen.

(U. v. 10. Nov. 1930; 418/30 VIII. — Karlsruhe.)

[5.]

19. § 519 Abs. 2 ZPO. Verspätete Einzahlung der Gerichtskosten, wenn mit Kostenmarken bezahlt werden sollte, beim versuchten Einkauf aber Marken nicht zur Stelle waren und solche erst am Tage nach Fristablauf verwendet worden sind. Zahlung an den Urlandsbeamten der Geschäftsstelle des preuß. OLG. ist der Zahlung an die Gerichtskasse nicht gleichzustellen.†)

Der Anwalt des Befl. hat für diesen am letzten Tag der Frist für den Nachweis der Zahlung der von ihm erforderten Prozeßgebühr, am 15. Nov. 1930, den angelegten Betrag um

Zu 19. Die Entsch. scheint mir nicht frei von Bedenken.

Die Frist des § 519 Abs. 6 ZPO. ist nur gewahrt, wenn vor ihrem Ablauf sowohl die Zahlung wie der Nachweis an die für ihre Entgegennahme zuständigen Stellen gelangt sind. Außer Streit steht, daß — jedenfalls nach der preussischen Organisation — Gericht und Gerichtskasse verschiedene Stellen sind: das Gericht und seine Geschäftsstelle sind nicht in der Lage, der Gerichtskasse zustehende Annahmefunktionen für diese mit fristwahrender Wirkung vorzunehmen, wie umgekehrt die an die Gerichtskasse fristgemäß erfolgende Zahlung nicht gleichzeitig fristgerechter Zahlungsnachweis gegenüber dem Gericht ist.

Bei der Begleichung der Gebühr mittels Kostenmarken liegen die Dinge insofern etwas anders, als hier diese Zerteilung nicht Platz greift, indem Zahlung und Zahlungsnachweis an dieselbe Stelle zu richten sind und es demgemäß — da der Zahlungsakt begrifflich den Nachweis seiner selbst enthält — neben der Begleichung der Gebühr keines weiteren Nachweises bedarf.

Um die Begleichung der Gebühren mittels Kostenmarken möglichst zu erleichtern, ist den mit den fraglichen Geschäften betrauten Urlandsbeamten von der Justizverwaltung vielfach ein eiserner Bestand von Kostenmarken zur Verwendung in den von ihnen bearbeiteten Sachen zur Verfügung gestellt, so daß sie in der Lage sind, auch von demjenigen, der den zu zahlenden Betrag nicht in Marken, sondern in Bargeld vorweist, die Leistung entgegenzunehmen. Nach dem Inhalt der Entsch. gehe ich davon aus, daß auch im vorliegenden Falle eine derartige Einrichtung getroffen war.

Die Entsch. hängt von der Frage ab, wie der Zahlungsvorgang in einem derartigen Falle juristisch-konstruktiv zu beurteilen

¹⁾ ZB. 1908, 456.

16.40 Uhr, also nach Schluß der Geschäftszeit, an den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle in dessen Privatwohnung bar gezahlt. Der Urkundsbeamte hat den Betrag in Empfang genommen, als Vertreter der Geschäftsstelle Bescheinigung für den Barempfang ausgestellt und am folgenden Tag, 16. November, Gerichtskostenmarken aus seinem Vorrat in Höhe des Betrages zur Sache verwendet und entwertet. Der Anwalt hat selbst in seinem mit dem Geld übergebenen Schreiben v. 15. Nov. an das Gericht erklärt, er zahle den Vorschuß in Gerichtskostenmarken ein (II 107). Hieraus ergibt sich, daß er nicht eine Barzahlung an die Gerichtskasse zu leisten gedachte, sondern daß er mit dem Barbetrag Gerichtskostenmarken von der Geschäftsstelle kaufen und mit diesen die Gebühr decken und zugleich den Nachweis hiervon dem Gericht erbringen wollte. Letzteres ist aber nicht mehr gelungen, weil der Urkundsbeamte Marken nicht zur Hand hatte und erst in der Geschäftszeit des folgenden Tages, also nach Fristablauf, Kostenmarken für die Prozeßsache verwenden konnte. Es ist kein Zweifel, daß, wenn der Anwalt statt Bargeld Kostenmarken, deren Erlangung eine entsprechende Zahlung vorangegangen war, mitgesandt und der Urkundsbeamte sie, obwohl hierzu nicht verpflichtet, mit dem Schreiben entgegengenommen oder wenn der Beamte solche Marken im Besitz gehabt und sofort beigelegt hätte, damit der Nachweis der Entrichtung der Gebühr rechtzeitig erbracht gewesen wäre. Das wäre dem Fall gleichzustellen, daß ein Schreiben mit Kostenmarken rechtzeitig bei der Briefannahmestelle angebracht wird (Beschl. v. 28. Mai 1928, VB 38/28 vgl. mit RG. 122, 46). Aber im vorliegenden Falle konnte das dazu erforderliche amtliche Handeln in bezug auf die

Entrichtung der Gebühr in Kostenmarken nicht mehr fristzeitig vollendet werden, und zwar nicht infolge einer Säumnis von Gerichtsseite, sondern wegen des vom Bf. durch die verspätete Übergabe des Geldes verschuldeten Hindernisses.

Daher ist nur noch zu fragen, ob die Barzahlung an den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle als Zahlung an die Gerichtskasse zu gelten hat, wie die Beschwerde beansprucht. Bejahendenfalls wäre allerdings anzuerkennen, daß damit zugleich dem Gericht der Nachweis der Zahlung erbracht wäre, ebenso wie ein beim Urkundsbeamten angebrachter Schriftsatz (z. B. eine Rechtsmittelschrift) als beim Gericht eingegangen gilt. Aber daß hier eine Zahlung an die Gerichtskasse vorliegt, ist vom Vorderrichter mit Recht verneint. Der handelnde Urkundsbeamte war, wie sich aus seiner Bescheinigung und aus dem angefochtenen Beschluß ergibt, nicht Rassenbeamter des RG. — In Preußen sind die Gerichtskassen für diese Gerichte bei den UG. eingerichtet (RG. 110, 403¹⁾). — Es wäre schlechthin mit der Ordnung der Gerichtskassen unverträglich, daß, wie die Beschwerde meint, jeder Urkundsbeamte einer Geschäftsstelle, sogar wenn er außerhalb der Geschäftsstelle handelt, zur Vertretung der Gerichtskasse berufen und Gelder für diese mit der Wirkung der Befreiung des Schuldners gegenüber dem Staat anzunehmen befugt wäre. Werden einem solchen Beamten Gelder anvertraut, die an die Gerichtskasse abgeführt werden sollen — was hier nicht beabsichtigt war —, so wird der Beamte lediglich als Bote des Zahlungspflichtigen zur Gerichtskasse in Anspruch genommen. Nachgewiesen wäre also hier bestenfalls innerhalb der Frist die Zahlung an einen Boten zur

ist. Das RG. geht von einer rein privatrechtlichen Konstruktion aus: ein privatrechtliches Kauf- oder kaufähnliches Geschäft (Bargeld gegen Marken), ein ebenfalls privatrechtliches Geschäft (Auftrag), kraft dessen der Urkundsbeamte es übernimmt, die von der Partei gekauften Marken für sie auf ein zu den Prozeßkosten zu nehmendes Blatt aufzukleben und dieses dann in amtlicher Eigenschaft zwecks Entwertung entgegenzunehmen. Vom Standpunkte dieser Konstruktion ist der öffentlich-rechtliche Akt der Gebührenbegleichung erst vollzogen, wenn der Individualisierungsakt, die Herstellung einer äußerlich erkennbaren Beziehung zwischen bestimmten Marken und den betr. Prozeßakten erfolgt ist. Daß es auf den Zeitpunkt, in dem der Entwertungsvermerk auf die Marken gesetzt wird, nicht ankommt, ist, nebenbei bemerkt, vom RG. schon früher entschieden worden (vgl. Stein¹⁴, § 519 Nr. 42a). Vorl. hat der Urkundsbeamte die Marken erst nach Ablauf der Frist seinem eisernen Bestande entnommen, und es ist danach nur folgerichtig, wenn das RG. zu dem Ergebnis gelangt, die Frist vorl. nicht als gewahrt anzusehen.

Ist aber diese Konstruktion wirklich zutreffend? Erhebliche Bedenken drängen sich ohne weiteres auf, wenn man den Tatbestand — nur unbedeutend — dahin verändert, daß der Urkundsbeamte den fraglichen Betrag auf seinem Dienstzimmer noch vor Amtschluß entgegengenommen hatte und dann infolge plötzlicher arbeitsmäßiger Zuanpruchnahme davon abgehalten wurde, die Manipulation der Markenausforderung sofort vorzunehmen. Soll hier wirklich, wenn der Beamte schließlich, gleichviel ob schuldhaft oder nicht, die Marken erst am folgenden Tage zu den Prozeßakten bringt, die Frist als nicht gewahrt gelten? Sollen wirklich derartige Interna des Amtsbetriebes zu Lasten der Partei gehen? Man kann derartige Fälle nicht etwa mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abtun: selbst wenn die Voraussetzungen, was keineswegs sicher ist, in concreto gegeben sein sollten, würde die Wiedereinsetzung in einem derartigen Falle wohl regelmäßig daran scheitern, daß die Partei das Mißgeschick erst aus dem die Berufung verwerfenden Beschl. erfährt, also zu einem Zeitpunkt, wo die Zweiwöchensfrist des § 234 ZPO. bereits verstrichen sein wird. Ein Ersatzanspruch gegen den Fiskus kommt vom Standpunkte der dargelegten Konstruktion nicht in Frage, da ja der Urkundsbeamte mit der Annahme des Geldes und der Zusage, den entsprechenden Betrag von Kostenmarken zu den betreffenden Prozeßakten zu bringen, eben kraft privater Verpflichtung und nicht in Ausübung seiner Amtsfunktion gehandelt hatte. Daß der Schadensersatzanspruch gegen den Beamten für die Partei in der Regel nur von theoretischem Wert ist und wohl niemals einen vollen Ersatz für den Verlust des Rechtsmittels bieten würde, bedarf keiner näheren Darlegung.

Ich meine: wenn die Verwaltung dem Urkundsbeamten des Prozeßgerichts zur dienstlichen Verwendung in den von ihm bearbeiteten Angelegenheiten einen eisernen Bestand von Kostenmarken gibt, so gewährt sie ihm damit nicht die Konzeßion für einen nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden „Markenhandel“, son-

dern überträgt ihm amtliche Funktionen. Mir scheint es, als wenn eine rein öffentlich-rechtliche Konstruktion des Vorganges den Verhältnissen erheblich besser gerecht wird als die privatrechtliche. Wenn dem Urkundsbeamten zur amtlichen Verwendung Kostenmarken zur Verfügung gestellt werden, so liegt darin eben die Erteilung der Befugnis, für den Justizfiskus in denjenigen Fällen Barzahlungen entgegenzunehmen, in denen er die Sache durch Verwendung und Entwertung von Kostenmarken und Abführung des Barbetrages in seine Markenkasse erledigen kann. Daß man vom Standpunkte dieser Auffassung bei Beurteilung des Falles zu dem entgegengesetzten Ergebnis kommen muß, ist klar: der Kostenbetrag ist in die Hand einer für seine Entgegennahme zuständigen Stelle des Justizfiskus in dem Augenblick gelangt, in dem der Urkundsbeamte den Betrag annimmt. Alles weitere ist Verwaltungsinternum der Behörde: für die Frage der Fristwahrung ist danach nicht entscheidend, ob der Urkundsbeamte die Marken noch vor Fristablauf zu den Prozeßakten bringt. Stellt man sich auf den Boden dieser Auffassung, so kann auch — und darin gehe ich wieder mit dem RG. durchaus konform — der Umstand zu keinem anderen Ergebnis führen, daß im vorliegenden Falle die Entgegennahme der Zahlung durch den zuständigen Beamten nach Amtschluß außerhalb seiner Diensträume erfolgt war. Daß nach Tagen berechnete prozessuale Fristen nicht mit dem Dienstschluß des letzten Tages, sondern erst um Mitternacht enden und die Frist demnach als gewahrt anzusehen ist, wenn ein zur Entgegennahme befugter und bereiter Beamter den Akt noch nach Dienstschluß annimmt, steht außer Streit, ebenso, daß der Ort, an dem die Entgegennahme erfolgt, für die Wirksamkeit des Aktes ohne Belang ist. In dieser Hinsicht kann für die Entgegennahme von Zahlungen nichts anderes gelten als für diejenige von Schriftstücken. Etwaige Dienstvorschriften, die es dem Beamten unterlagen, Akte außerhalb der Amtsstunden und Amtsräume anzunehmen, legen ihm nur Dienstverpflichtungen ob, nehmen ihm aber nicht ihm zustehende Amtsbefugnisse. Daß endlich, wenn vom Standpunkte dieser Auffassung die Zahlung als noch innerhalb der Frist bewirkt zu gelten hat, gleichzeitig auch der — mit ihr zusammenfallende — Zahlungsnachweis als rechtzeitig erbracht anzusehen ist, ist bereits oben hervorgehoben.

Ob die privatrechtliche oder die öffentlich-rechtliche Konstruktion die richtige ist, läßt sich mit logischen Argumenten natürlich nicht eindeutig beweisen. Daß die letztere zu befriedigenden Ergebnissen führt, dürfte sich aus vorstehenden Darlegungen ohne weiteres ergeben. Sie scheint mir vor allem aber auch im Zuge der neueren Rechtsentwicklung zu liegen. Wir sind im Laufe der Zeit in weitem Umfange dazu übergegangen, Rechtsbeziehungen zwischen Privaten und Amtsträgern, die man ehemals als privatrechtliche Verträge konstruierte, jetzt als rein öffentlich-rechtlicher Art anzusehen: es sei nur an das Verhältnis des Vollstreckungsgläubigers zum Gerichtsvollzieher und an das der Partei zum Notar erinnert.

¹⁾ ZB. 1925, 1756.

Gerichtskasse, nicht eine Zahlung an die Gerichtskasse selbst (vgl. JW. 1926, 616⁶; Stein-Jonas § 519 Note 39; weiterhin zur preuß. Einrichtung, DAnwBl. 1929, 258).
(Beschl. v. 2. Dez. 1930; B 25/30 II. — Breslau.)

[Ru.]

b) Strafsachen.

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

****20.** §§ 49 Abs. 3, 157, 331, 332 StGB.

1. Die bloße Vermeidung eines angedrohten Übels kann an sich nicht als „Vorteil“ angesehen werden, doch kann der Hinweis auf eine sich an die Aufforderungen knüpfende Folge, wenn er auch zunächst im Gewande der Andeutung eines Übels erscheint, nach seinem ganzen Inhalt und Wesen zugleich als das Versprechen eines „Vorteils“ erscheinen.

2. Der Begriff des „Vorteils“ wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß er dem Recht oder der Sittlichkeit zuwiderläuft.†)

Bedenken bestehen hinsichtlich des Strafausspruches insofern, als hiernach ein Sachverhalt nach § 157 Nr. 1 StGB in Frage kommen könnte. Das Ur. führt aus, daß die Angekl. den Meineid geleistet hat unter dem Druck einer Drohung ihres Vermieters Z., wenn sie den Meineid nicht leisten würde, setze er sie aus der Wohnung. Der Leistung des Meineides war eine längere Einwirkung Z.s in diesem Sinne vorangegangen, bis schließlich auf dem Wege zu der Verhörung vor dem MA. die Angekl. unter dem Druck jener Drohung den Entschluß faßte, die Unwahrheit zu sagen, und dem Z. erklärte, sie werde sagen, wie er wolle. Mit dieser Erklärung hat sie die Annahme der von Z. an sie gerichteten Aufforderung zum Ausdruck gebracht (§ 49a StGB.). Lag aber ein strafbarer Tatbestand nach § 49a vor, so ist nach der letzten Rspr. des RG. § 157 Nr. 1 zu beachten.

Nun war die Aufforderung Z.s allerdings nur mündlich geschehen, und es kommt daher nach dem Abs. 3 des

Schade, daß die Entsch. nicht auf diese Gesichtspunkte eingegangen ist. Es bleibt daher nur der Wunsch, daß sich dem RG. in nicht zu ferner Zeit erneut eine Gelegenheit bieten möge, zu dieser Konzeption Stellung zu nehmen. Die Frage ist nicht nur juristisch interessant, sondern, wie der vorliegende Fall zeigt, von erheblicher praktischer Bedeutung.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Zu 20. Es handelt sich um die Frage, ob in der Annahme der mündlichen Aufforderung, einen Zeugenmeineid zu leisten (§ 49a), mit der damit verbundenen Drohung des Auffordernden, der Zeuge werde, wenn er den Meineid nicht leiste, aus der Wohnung gesetzt werden, ein Fall des § 157 Nr. 1 zu sehen ist. Hierbei tauchen zwei Fragen auf:

1. Liegt bei der Annahme einer Aufforderung zur Leistung eines Meineides der Fall vor, daß die Angabe der Wahrheit gegen den Zeugen eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen kann? (§ 157 Nr. 1).

2. Kann man in der mündlichen Drohung, der Zeuge werde, wenn er den Meineid nicht leiste, aus der Wohnung gesetzt werden, eine Aufforderung sehen, die an die Gewährung von Vorteilen geknüpft worden ist? (§ 49a Abs. 3).

Was zunächst die erste Frage betrifft, so kann der Sinn des § 157 Nr. 1 nur der sein, daß der Schwörende in seiner Aussage etwas anders darstellt oder andere Tatsachen angibt, als es der Wahrheit entsprechen würde, unter dem Eindruck, daß die Angabe der Wahrheit für ihn ein Strafverfahren zur Folge haben kann. Das heißt aber, daß sich die Aussage gerade auf die von ihm begangene strafbare Handlung beziehen, mindestens so mit ihr zusammenhängen muß, daß die falsche beidete Aussage die Aufdeckung der strafbaren Handlung verhindern soll. So beruht auch nach den Motiven die Vorschrift darauf, daß in den Zeugen „mit der Pflicht, die Wahrheit zu sagen, die Rücksicht auf die eigene Gefahr bzw. auf die Gefährdung eines Angehörigen in Kollision tritt“.

Daß dieser Fall hier vorliegt, ist nicht anzunehmen trotz der entgegenstehenden ständigen Rspr. des RG. und trotz der auch in der Literatur zuweilen auffindbaren Billigung der Rspr. (vgl. z. B. Olschhausen, 11. Aufl., Anm. 11 c zu § 157). In der Entsch. JW. 1929, 1012¹⁵ hat das RG. seinen Standpunkt damit begründet, daß sich

§ 49a weiter darauf an, ob sie an die Gewährung eines Vorteils geknüpft war.

Dem angefochtenen Ur. ist zu dieser Frage zunächst zu entnehmen, daß Z. der Angekl., wenn sie den Meineid nicht leisten würde, gedroht hat, sie aus der Wohnung zu setzen. „Die Drohung, sie müsse hinaus aus der Wohnung, verfehlte nicht ihre Wirkung auf die Angekl.“ „Z. wirkte auf die Angekl. vornehmlich durch die Drohung ein, sie müsse andernfalls ihre Wohnung räumen.“ Die bloße Vermeidung eines Übels aber, das angedroht worden ist, kann an sich nicht als ein „Vorteil“ i. S. des § 49a StGB. (wie auch der §§ 331, 332) angesehen werden. Das ist klar, wenn man etwa an die Androhung von Schlägen und eine hiermit erzielte Beeinflussung denkt; wer die Begehung eines Verbrechens zuzugibt, um den Schäden zu entgehen, die für den Fall einer Unterlassung der angeforderten Tat drohen, ist nicht nach § 49a strafbar.

Ob nach der Lage des einzelnen Falles ein wirklicher Vorteil gegeben sei, ist Sache der tatrichterlichen Würdigung. Hier kann aber der Hinweis auf eine sich an die Aufforderungen knüpfende Folge, wenn er auch zunächst im Gewande der Androhung eines Übels erscheint, doch nach seinem Inhalt und Wesen zugleich als das Versprechen eines „Vorteils“ erscheinen. So kann die an einen Mieter gerichtete Drohung, ihn aus der Wohnung zu setzen, zugleich ein Versprechen enthalten, andernfalls das Mietverhältnis mit ihm fortzusetzen. Darin läge ein „Vorteil“ zum mindesten dann, wenn der Vermieter die rechtliche oder auch nur tatsächliche Möglichkeit hat, das Mietverhältnis zur Auflösung zu bringen, er also durch das in der Drohung stehende Versprechen einen Verzicht auf jenes Recht oder jene tatsächliche Möglichkeit zum Ausdruck bringt.

Ob im vorliegenden Falle Z. angesichts der noch bestehenden gesetzlichen Mietrechtsbeschränkungen in der Lage gewesen wäre, die Angekl. aus der Wohnung zu setzen, und welche Vorstellung er und die Angekl. sich von der Sach- und Rechtslage gemacht haben, ist dem angefochtenen Ur. nicht zu entnehmen. Es kommt aber hier ein Umstand besonderer Art hinzu. Das angefochtene Ur. führt aus, daß die Angekl. damals mit einem gewissen E. außerehelich zusammenlebte (nämlich in der ihr von Z. vermieteten Wohnung), und daß

der Angekl., der sich gegen das Angebot von Geschenken zur Leistung des Meineides bereit erklärt hatte, durch eine wahrheitsgemäße Aussage möglicherweise der Gefahr einer Strafverfolgung aus § 49a ausgesetzt hätte. Daß sich für den Angekl., wie das RG. dahingestellt sein läßt, schon aus der Pflicht, als Zeuge die reine Wahrheit zu sagen und nichts zu verschweigen, die Notwendigkeit ergeben hätte, bei seiner eiblichen Vernehmung über den eigentlichen Beweissatz hinaus sich auch über Beeinflussungsversuche in bezug auf die Eidesleistung auszusprechen, kann nicht anerkannt werden, da diese Beeinflussungsversuche, wenn sie keine Wirkung auf den Inhalt der Aussage hatten, ja in keiner Weise mehr mit ihr zusammenhängen. Die Beeinflussungsversuche als solche und das Eingehen auf sie konnten keinen Grund abgeben, eine falsche Aussage zu machen, um diese Annahme zu verbergen. Darüber hinaus meint aber das RG., daß der Zeuge durch Vorhalte seitens der Parteien im Beweisterrain in die Notwendigkeit versetzt werden könnte, über diese Beeinflussungsversuche auszusagen, und daß aus diesem Grunde § 157 Nr. 1 anzuwenden sei. Nun ist zwar nach §§ 395 ff. BPD. eine solche Frage nicht ausgeschlossen, würde aber ein neues Hilfsbeweisthema bilden, dessen Einführung erst abzuwarten wäre. Hätte der Zeuge auf eine solche Frage eine vorhergegangene Beeinflussung eiblich negiert, so wäre damit allerdings der Fall des § 157 Nr. 1 gegeben gewesen, aber nur auf Grund eines ganz neuen Beweisthemas, das mit dem eigentlichen Beweisthema nichts zu tun hatte. Man könnte auch nicht sagen, daß solche Fragen zur Feststellung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen unbedingt notwendig seien; denn der Zeuge könnte nach § 384 Nr. 2 BPD. und § 55 StPD. über diese Frage jederzeit die Aussage verweigern. So meint auch Mezger in seiner Note zu der angelegenen Entsch. (JW. 1929, 1012), daß sich die Bekundungen über die Beeinflussungsversuche vom eigentlichen Beweisthema soweit trennen lassen, „daß die bloße Möglichkeit eines Parteivorhalts im Beweisterrain keinen hinreichenden Grund zur Bejahung des § 157 Nr. 1 bilden kann“.

Denselben Standpunkt hatte der 1. StrSen. mit derselben Begründung bereits eingenommen in RG.: JW. 1929, 862. Mit Recht hat Alsbere hierzu bemerkt, daß die Pflicht des Zeugen, die volle Wahrheit zu sagen und nichts zu verschweigen, den Zeugen keinesfalls hätte veranlassen müssen, ungefragt auch über Beeinflussungsversuche Angaben zu machen. Der Umfang der Aussagepflicht werde

dieses Zusammenleben mit E. dem Z. „eine leichte Hand habe bot, sie aus der Wohnung zu entfernen“. Dann hätte die Gefahr, aus der Wohnung gesetzt zu werden, möglicherweise schon hierwegen bestanden, und wenn auch das Ur. jenen Umstand in dem Sinne erwähnt, daß damit die Gefahr einer Verwirklichung der Drohung für die Angekl. besonders nahegerückt war, so konnte doch die „Einflüsterung“ und Drohung Z.s zugleich den Sinn einer Zusage haben, daß er von den ihm infolge der unzulässigen Benutzung der Wohnung gegen die Angekl. zustehenden Rechtsbehelfen dann keinen Gebrauch machen werde, wenn sie seinem Ansinnen Folge leiste, ja es konnte darin eine Zusage liegen, daß er fernerhin das Zusammenleben mit E. dulden werde, und darin würde dann das Versprechen eines Vorteils gelegen haben und die Angekl. hätte die so bestimmte Aufforderung angenommen. Zwar ist anzunehmen, daß Z. um das Zusammenleben der Angekl. mit E. gewußt hat, und dann würde er nicht die rechtliche Möglichkeit gehabt haben, wegen dieses bisherigen Zusammenlebens das Mietverhältnis zu lösen. Auch würde das Versprechen eines ferneren Duldens dieses Zusammenlebens als gegen Gesetz und Sitte verstößend nichtig gewesen sein. Indessen wird der Tatbestand des § 49a Abs. 3 nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vorteil, dessen Gewährung in Aussicht gestellt wird, dem Recht oder der Sittlichkeit zuwiderläuft (so für § 333 StGB. RGSt. 4, 421, 425, betr. die versprochene Mitwirkung zu einer strafbaren Handlung), wie ja auch schon das Versprechen selbst immer deshalb nichtig ist, weil der Vorteil das Entgelt für die Begehung eines Verbrechens sein soll, und doch für den Tatbestand des § 49a Abs. 3 in Frage kommt.

(1. Sen. v. 17. Okt. 1930; 1 D 898/30.) [A.]

21. § 246 StGB. 1. Unterschlagung bei verdeckter Stellvertretung.

2. Anwendung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 Börsg. auf Eierkleinhändler. †)

Die angeklagten Eheleute betrieben an ihrem Wohnsitz in R. einen Kleinhandel mit Lebensmitteln. Sie vereinbarten

durch die Tatsache begrenzt, über die sich der Zeuge äußern sollte, und durch die Fragen, die dem Zeugen tatsächlich gestellt werden. Erst wenn der Zeuge auf Befragen die mit einer Prozesspartei getroffene Verabredung, falsch auszusagen, unter seinem Eid wahrheitswidrig abstreitet, könnte von einer Anwendung des § 157 Nr. 1 die Rede sein. Auch in anderen Entsch. hat der 1. StrSen. an seiner Rspr. festgehalten, so z. B. in den Entsch. 1 D 577/25 v. 27. Nov. 1925: HöchstRspr. II, 101 und 1 D 502/29 v. 31. Mai 1929: JW. 1930, 913¹¹. In beiden Entsch. wird allerdings einfach unterstellt, daß die Angabe der Wahrheit bei der eidlichen Vernehmung — nachdem vorher von dem Zeugen die Aufforderung zur Leistung eines Meineides i. S. von § 49a angenommen war — gegen den Zeugen eine Verfolgung wegen eines Vergehens nach § 49a hätte nach sich ziehen können. Wenn das RG. in seiner ständigen Rspr. zu § 157 Nr. 1 auch auf dem Standpunkt steht, daß die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung des Schwörenden keine naheliegende zu sein braucht, daß vielmehr auch eine fernere Möglichkeit genüge, so erkennt es doch selbst an (vgl. z. B. Entsch. 1 D 11/28 v. 14./28. Febr. 1928; RGSt. 62, 55; RG.: JW. 1928, 2223¹⁰), daß diese Abschwächung der Gefahr einer Verfolgung nicht ins Ungemessene gesteigert werden dürfe, so daß auch eine fernste, eben noch denkbare Möglichkeit einer solchen Gefahr der Strafverfolgung zu berücksichtigen wäre. Vielmehr müsse eine Sachlage derart gegeben sein, daß mit ihr nach den Erfahrungen des Lebens im allgemeinen zu rechnen sei und ihr bei dem Entschluß zum Handeln eine Bedeutung beigemessen werde. Auf den vorl. Fall angewendet, würde das bedeuten, daß nach dem Vorbringen oder dem Verhalten der Gegenpartei mit genereller Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden könnte, daß sie, um die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu erschüttern, diesem Fragen über etwaige Beeinflussungsversuche vorlegen werde. Allgemein, d. h. nach den Erfahrungen des täglichen Lebens, kann dagegen mit der Stellung solcher Fragen nicht gerechnet werden. Richtiger Meinung nach würde aber auch das noch nicht ausreichen, sondern erst die tatsächliche Stellung der Beeinflussungsfrage (vgl. dazu auch EpzKomm., 4. Aufl., Num. 5 a. E. zu § 157. Anders RG.: 1 D 783/26 v. 7. Dez. 1926).

Was die zweite Frage betrifft, ob man nämlich in der mündlichen Drohung, der Zeuge werde, wenn er den Meineid nicht leiste, aus der Wohnung gesetzt werden, eine Aufforderung sehen kann, die an die Gewährung von Vorteilen geknüpft ist (§ 49a Abs. 3), so ist den Ausführungen des RG. in dieser Beziehung beizupflichten.

Prof. Dr. G. Bohne, Rln.

mit der Firma Z. in T., deren Betrieb den Großhandel mit Eiern umfaßte, daß diese ihnen Eier „in Kommission“ nach R. zu liefern habe und daß die Angekl. die Eier dort zu verkaufen und den Erlös an die Firma abzuführen haben. Die den Angekl. gebührende Provision wurde auf $\frac{1}{2}$ Pfg. für das Stück festgesetzt. Die Vereinbarung ging im übrigen dahin: Die Angekl. sollten die vereinnahmten Gelder jeweils sofort an die Firma absenden, übrigen unter Abzug der Beträge, die für ihren Lebensunterhalt unbedingt gebraucht werden; die endgültige Abrechnung sollte in größeren Zeitabschnitten stattfinden. Auf Grund dieser Vereinbarung waren die Angekl. i. J. 1926 für die Firma tätig. Im April 1927 lieferte die Firma Z. den Angekl. Eier, und zwar nach und nach rund 50 Kisten zum Preise von 8 Pfg. für das Stück. An dem Kaufpreis, der sich auf annähernd 2300 RM berechnete, kamen für Bruch und Unkosten 89 RM und als den Angekl. gebührende Provision 142,60 RM in Abzug. Die Angekl. übermittelten der Firma einen Teil des Erlöses, blieben ihr jedoch rund 1000 RM schuldig. Die Firma erwirkte Versäumnisurteile gegen die Angekl. Daraufhin übersandten diese ihr einen Wechsel über 250 RM, den sie einlösten. Die restlichen 750 RM gingen der Firma infolge der Zahlungsunfähigkeit der Angekl. verloren.

Das SchöffG. verurteilte die Angekl. auf Grund des zutor angegebenen Sachverhalts wegen Untreue zu Gefängnisstrafen. In den Gründen seines Ur. wurde die Verfügung über die eingezogenen Gelder als die untreue Handlung angesehen. Die Strk. aber sprach die Angekl. auf ihre Verurteilung hin mit folgender rechtlicher Würdigung frei:

Die Angekl. haben über die Eier nicht zum Nachteil der Firma verfügt, indem sie diese auftragsgemäß verkauft haben. Der von den Angekl. bei der Weiterveräußerung erzielte Erlös sei in das Eigentum der Angekl. übergegangen. Denn da die Angekl. nach außen hin nicht als Bevollmächtigte der Firma aufgetreten seien, haben die Käufer die Gelder den Angekl. mit dem Willen ausgehändigt, das Eigentum hieran auf die Angekl. zu übertragen. Andererseits könne nicht festgestellt werden, daß die Angekl. die Gelder

Zu 21. Das Urteil bringt eigentlich — rein dogmatisch betrachtet — keine neuen Gedanken zu den darin behandelten bedeutsamen Fragen. Es wird in der üblichen Weise zwischen der Ware und dem Erlöse geschieden: Unterschlagung der Ware wird verneint, weil nicht festgestellt ist, daß die Angekl. schon bei der Veräußerung den Willen hatten, vertragswidrig zu handeln. Dagegen weist das RG. bezüglich des Erlöses wie immer auf die (vor der Strk. aufscheinend übergangene) Möglichkeit eines Eigentumsverlustes des Machtgebers durch vorweggenommenes Besitzkonstitut hin. Diese Konstruktion hat in der Literatur, soweit ich sehe, nur bei Jacobsohn: JW. 1928, 2234 Widerspruch gefunden. Grünhut, RGZfestgabe d. Fak. B. v. S. 128 Anm. 81, läßt die Frage ihrer Zulässigkeit offen. Gagemann verlangt in seinem gut unterrichtenden, jetzt natürlich in einigen Punkten durch die neueste RG.Rspr. überholten Aufsatz: DRZ. 1928, 21 ff. zur Bejahung von Untreue, daß der Kommissionär bei der Übergabe den Willen gehabt haben müsse, Besitz und Eigentum sogleich für den Kommittenten zu erwerben, will aber andererseits nicht freisprechen, sondern Untreue an der Ware oder an der Forderung annehmen (S. 23 Anm. 28). Das RG. erklärt in der obigen Entsch. das nicht in die äußere Erscheinung tretende Fehlen der vertragsmäßigen Willensrichtung mit Rücksicht auf § 116 BGB. für unbeachtlich. Man mag gegen diese Verwertung zivilistischer Grundsätze im Strafrecht gefühlsmäßige Bedenken haben; juristisch Stichhaltiges wird sich aber kaum dagegen anführen lassen. Hinsichtlich der Übergangung an den, den es angeht, ist noch auf die Ausführungen Rühl's: JW. 1930, 1973³³ zu verweisen (Auszahlung durch die Post). Auch darin, daß das RG. die damit gewöhnlich für die Untreue entwickelten Grundsätze hier ausnahmsweise bei der Unterschlagung verwendet, liegt keine Besonderheit. Es handelt sich ja um die bei beiden Delikten gleichliegende Eigentumsfrage; Sonderprobleme der Untreue tauchen erst auf, wenn das Eigentum des Täters verneint wird.

Ob im vorliegenden Falle ein derartiges Besitzkonstitut wirklich im voraus vereinbart worden war, entscheidet das RG. nicht. Die Feststellungen der Strk. reichten ihm offenbar dazu noch nicht aus. Sie gehen dahin: „Die Angekl. sollten die vereinnahmten Gelder jeweils sofort an die Firma absenden, übrigen unter Abzug der Beträge, die für ihren Lebensunterhalt unbedingt gebraucht werden; die endgültige Abrechnung sollte in größeren Zeitabschnitten stattfinden.“ Diese Feststellungen sind in der Tat nicht eindeutig genug. Die Angekl. durften nicht nur ihre Provision, sondern darüber hinaus so viel von dem Erlöse zurückbehalten, wie sie für ihren Lebenshalt

mit dem Willen entgegengenommen haben, das Eigentum für die Firma zu erwerben. Übrigens würden die vereinnahmten Gelder Eigentum der Angekl. auch dadurch geworden sein, daß eine Vermischung mit den Geldern der Angekl. in deren Geschäftskasse geschehen sei. Die Vermischung sei für strafbar nicht zu erachten, weil eine solche bei Kommissionsgeschäften mangels entgegenstehender Vereinbarung üblich sei, so daß der Nachweis einer rechtswidrigen Absicht nicht zu erbringen wäre. Mithin scheidet auch eine Unterschlagung aus.

Die Rev. der StA. gibt Anlaß, in erster Reihe zu prüfen, ob die Annahme der StrR., daß die Beurteilung der Angekl. wegen Unterschlagung keinen Raum habe, für zutreffend zu erachten sei. Als Gegenstände der Unterschlagung konnten die den Angekl. zum Zweck der Weiterveräußerung gelieferten Waren und die von den Angekl. zufolge der Veräußerung eingenommenen Gelder in Betracht gezogen werden.

Indes ist nicht ersichtlich, daß das angefochtene Ur. insoweit auf Rechtsirrtum beruhe, als es die Beurteilung der Angekl. wegen einer an den Waren begangenen Unterschlagung abgelehnt hat. Die StrR. fand keinen ausreichenden Anhalt für die Feststellung, daß die Angekl. schon bei der Veräußerung der Waren mit dem Willen gehandelt haben, den Erlös entgegen der Vereinbarung für eigene Zwecke zu verwenden. Diese tatsächliche Erwägung rechtfertigte ihre Stellungnahme. Die Erörterung der Rechtsfrage, die das Ur. in diesem Zusammenhang berührt, scheidet demzufolge aus.

Dagegen walteten Bedenken gegen die Nichtanwendung des § 246 StGB. auf den Verbrauch der vereinnahmten Gelder seitens der Angekl. ob. Die Entsch. hängt hier von der Frage ab, ob die Gelder in den Händen der Angekl. fremde Sachen gewesen seien.

In dem gegenwärtigen Falle hat eine verdeckte Stellvertretung bestanden. Wer die fremde Sache als verdeckter Stellvertreter veräußert, erwirbt allerdings regelmäßig für sich selbst das Eigentum an den Geldern, die er als Kaufpreis entgegennimmt. Der Anspruch des Machtgebers auf Herausgabe richtet sich nur gegen die Person des Ermächtigten. Ein Recht an den Geldern erwächst dem Machtgeber nicht (RGSt. 34, 39, 42; RGUrt. I v. 8. Febr. 1924; II v. 16. April 1928, 1 D 36/24, 2 D 298/28). Doch können Ausnahmen von dieser Regel durch besondere Vereinbarungen begründet werden (RGUrt. II v. 21. Okt. 1926; JW. 56, 1105²¹). Deshalb bedarf der Sinn der Vereinbarung, die zwischen der Firma B. und den Angekl. dahin getroffen worden ist, daß diese die vereinnahmten Gelder jeweils sofort an die Firma abzusenden haben, der Aufklärung. Die sofort an die Firma hiermit bezweckt habe, Annahme liegt nahe, daß die Firma hiermit bezweckt habe, sich zum Schutz gegen ein untreues Verhalten der Angekl. ein dingliches Recht an den Geldern zu verschaffen, die zufolge der Veräußerung der Waren an deren Stelle treten sollten, und daß die Angekl. diesen Zweck erkannt haben.

unbedingt brauchten. Hierdurch entstand ein unsicherer Faktor in der Rechnung, der zum mindesten die Beurteilung der subjektiven Seite u. U. sehr erschweren kann. An sich erscheint natürlich der Betrag, den die Angekl. schuldig blieben, mit Rücksicht auf die hier vorauszusetzenden beschriebenen Verhältnisse als sehr hoch. Aber es fragt sich, für welchen Zeitraum er bestimmt war. Endgültige Abrechnung sollte in größeren Zeitabschnitten stattfinden. Da wäre es immerhin denkbar, daß die Angekl. in Erwartung zukünftig für sie entstehender Provisionsforderungen und in der Absicht, sie noch innerhalb der üblichen Zeitabschnitte zu verrechnen, mehr zurückbehalten haben, als sie zunächst durften.

Man kann jetzt, nachdem die Übung des vorweggenommenen Besitzkonstituts in der Wirtschaft mehr und mehr — wenn auch nicht immer in klarer Form — Eingang gefunden hat, in der Strafrechtswissenschaft interessante Beobachtungen über die Auswirkungen des neuen Rechtszustandes machen. Die Angekl., meistens Hausierer und dergleichen, verteidigen sich nicht selten damit, das Besitzkonstitut sei zwar schriftlich vereinbart worden, der Kommittent habe sich aber trotzdem ausdrücklich oder stillschweigend damit einverstanden erklärt, daß der Täter über die ihm zustehende Provision hinaus so viel von dem Erlöse für sich verbräuche, wie er zum Lebensunterhalt brauche. Werden dann die Firmeneinhaber als Zeugen vernommen, so müssen sie mitunter diese Behauptung bestätigend oder wenigstens zugeben, gewußt zu haben, daß der Angekl. mittellos gewesen sei und bei

Trifft dies zu, so haben die Vertragsteile untereinander vorweg den Eigentumsübergang gemäß § 930 BGB. vereinbart und ihn auf den Zeitpunkt des Erwerbs der Gelder durch die Angekl. verlegt. Die Rspr. des RG. hat anerkannt, daß der Eigentumsübergang vermöge einer vorausgreifenden Vereinbarung eines Besitzvermittlungsverhältnisses rechtlich möglich ist (RGUrt. VII v. 11. Okt. 1907; JW. 36, 747¹⁸; RGUrt. V v. 19. Sept. 1911; GoldtArch. 59, 339, 341; RGSt. 62, 31 und 58). Er erfordert keineswegs den Nachweis, den das angefochtene Ur. hinsichtlich der Willensrichtung der Käufer der Waren vermisst. Im geschäftlichen Verkehr ist es vielfach üblich, daß Vertreter ihre Vertreter-eigenschaft bei Rechtsgeschäften mit Dritten verdecken. Oft gilt es in solchen Fällen den Dritten beim Abschluß des Vertrags gleichviel, mit wem sie abschließen, oder bei der Erfüllung — was noch unbedenklicher angenommen werden kann —, gleichviel, an wen sie leisten. Ist die Lage so beschaffen, so richtet sich der Wille der Dritten, wenn sie als Käufer den Kaufpreis zahlen, bei dem Erfüllungsgeschäft dahin, das Eigentum an den als Zahlungsmittel hingegebenen Geldern nicht auf denjenigen, der sie entgegennimmt, sondern auf denjenigen zu übertragen, dem die Zahlung gebührt (RG. 67, 148; 99, 208, 100, 190; RGUrt. VI v. 23. März 1921; JW. 50, 1309⁴; RGUrt. V v. 8. Juli 1921 und 10. März 1922; LZ. 15, 723 Nr. 7 und JW. 1923, 403⁵², I v. 29. Sept. 1921, 1 D 130/21, II v. 15. Febr. 1923 und 21. Okt. 1926, 2 D 513/22; JW. 1927, 1105²¹). Wo im Kleinhandel mit Lebensmitteln für den hauswirtschaftlichen Bedarf Waren gegen Gelder auf der Stelle ausgetauscht werden, unterliegt eine solche Willensrichtung der Käufer bei der Hingabe der Zahlungsmittel keinem Bedenken. Der Wille der Käufer hat also in der vorliegenden Sache den Übergang des Eigentums an den Geldern auf die Firma ermöglicht, in deren Auftrag und für deren Rechnung die Angekl. die Waren verkauft haben. Andererseits haben die Angekl., falls eine Vereinbarung des zuvor bestimmten Inhaltes zustande gekommen ist, sich der Firma gegenüber verpflichtet, die Gelder als Besitzvermittler für diese entgegenzunehmen, so zwar, daß die Entgegennahme den Übergang des Eigentums an den Geldern auf die Machtgeberin ohne weiteres bewirke. Sie haben die Handlung vorgenommen, die nach der Vereinbarung mit der Wirkung der Übertragung des Eigentums hat ausgestattet sein sollen. Einen der Vereinbarung zuwiderlaufenden Willen haben sie bei der Entgegennahme der Gelder nicht erkennen lassen. Unter diesen Umständen ist — für den Fall des Nachweises einer dem § 930 BGB. entsprechenden Vereinbarung — festzustellen, daß der Wille der Angekl., das Eigentum an den Geldern für die Firma zu erwerben, in der Entgegennahme der Gelder zur Erscheinung gelangt ist (RGUrt. V v. 10. März 1922; JW. 1923, 403⁵², III v. 23. Mai 1927, 3 D 273/27). Sollten aber die Angekl., wofür übrigens ein Anzeichen fehlt, sich insgeheim vorbehalten haben, unter Verletzung der Vereinbarung das nicht zu wollen, was als

schlechtem Geschäftsgange gezwungen sein werde, den Erlös anzugreifen. Gelegentlich handelt es sich noch dazu um Hausierer, die ohne jegliche Barmittel auf das flache Land hinausgeschickt werden und schon zur Bestreitung der Reisekosten auf den Erlös angewiesen sind, wenn sie nicht gerade besonders viel und zu günstigen Preisen verkaufen können. Unter solchen Umständen kann dann natürlich auch die schriftliche Vereinbarung nicht als vollwertig angesehen werden.

Trotz dieser Schwierigkeiten kann m. E. aber an der vom RG. herbeigeführten Ausweitung des Unterschlagungs- und Untreuestatbestandes grundsätzlich festgehalten werden. Sie bietet die früher vermischte Möglichkeit der Bestrafung wirklich strafwürdiger Handlungen. Fälle der hier angeedeuteten Art aber, bei denen weder ein beachtliches Schutzbedürfnis des Geschädigten noch ein ernstlich vorwerfbares Verhalten des Täters festgestellt werden kann, lassen sich auch unter der Herrschaft der neuen RG.-Praxis ohne unbillige Härten erledigen — sei es mit Hilfe des § 153 StPD. oder durch Verneinung eines ernstgemeinten Besitzkonstituts oder endlich des Verschuldens. Gerade die subjektive Seite wird in der jetzigen Zeit des Übergangs zu einer strengeren Handhabung des Unterschlagungs- und Untreuebegriffs von der Rspr. der Tatinstanzen besonders sorgfältig zu prüfen sein.

ihre Absicht aus der Entgegennahme der Gelder — ihnen bewußt — hat gefolgert werden müssen, so hätte ein solcher geheimer Vorbehalt nach § 116 Satz 1 BGB. die vereinbarte Wirkung der Entgegennahme doch nicht hintanhaltend können.

Wenn die Strk. ferner im Rahmen der auf die Unter-schlagung bezüglichen Betrachtung die Meinung ausgesprochen hat, daß die für die Firma B. eingenommenen Gelder zufolge der Vermischung mit Geldern der Angekl. in deren Eigentum übergegangen seien, so hat sie die Vorschrift des § 948 Abs. 1 BGB. übersehen. Untrennbare Vermischung der Gelder mehrerer Eigentümer begründet Miteigentum der bisherigen Eigentümer. Sachen, die im Miteigentum stehen, können nach der ständigen Rpr. des RG. den Gegenstand der von einem Miteigentümer begangenen Unterschlagung bilden (RGSt. 20, 436; RWrt. I v. 18. Mai 1903; Goldt-Arch. 50, 288, II v. 15. Mai 1930, 2 D 181/30).

Die Strk. wird demgemäß in der neuen Verhandlung weitere tatsächliche Erörterungen anstellen müssen, um das Rechtsverhältnis klarzulegen, das in Ansehung der vereinbarten Gelder bestanden hat.

In zweiter Reihe hat die Prüfung des RevG. sich darauf zu erstrecken, ob die Handlungen der Angekl. der Bestrafung wegen Untreue unterfallen. Auch insoweit haben Rechtsirrtümer die angefochtene Entsch. beeinflusst. Für die vorliegende Sache kommt die Anwendung nicht des § 266 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB., sondern des § 95 Abs. 1 Nr. 2 BörsG. in Betracht. Diese Vorschrift ist auch auf den kaufmännischen Gelegenheitskommissionär und ohne Beschränkung auf Börsengeschäfte anwendbar (RGSt. 61, 341, 344). Die Angekl. betrieben ein Handelsgewerbe, waren also Kaufleute i. S. des HGB. Sie hatten es, wie dies in § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB. vorgesehen ist, im Betriebe ihres Handelsgewerbes übernommen, Waren für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu verkaufen. Die Vorschriften der §§ 383 ff. HGB. kamen demzufolge ihnen gegenüber zur Anwendung. Die Handlung, die den Gegenstand der Klage bildet, fiel in den Rahmen ihrer Tätigkeit als Gelegenheitskommissionäre. Sie wurde bei der Ausführung des ihnen erteilten Auftrags und bei der Abwicklung des von ihnen übernommenen Geschäfts begangen. Die Angekl. handelten zum Nachteil des Kommittenten, indem sie die Gelder, die zufolge der Veräußerung der ihnen anvertrauten Waren in ihre Hände gelangten, nicht in dem durch die Vereinbarung bestimmten Umfang zur Ablieferung brachten, sondern für sich verbrauchten und die Befriedigung des auf § 384 Abs. 2 HGB. gestützten Herausgabeanspruches des Kommittenten hierdurch vereitelten. Ihre Handlung war rechtswidrig, weil sie die Rechtspflicht verletzte, die ihre Unterlage in der zuvor bezeichneten Vorschrift hatte. Das Streben nach einem Vermögensvorteil bildete den Beweggrund der Handlung der Angekl. Ihr Bewußtsein davon, daß die Handlung zum Nachteil des Kommittenten gereiche, erfüllte den Begriff der Absichtlichkeit.

(2. Sen. v. 23. Juni 1930; 2 D 491/29.) [D.]

22. § 289 StGB. erfordert die Kenntnis des Täters von dem Bestehen eines der geschützten Rechte. Bei Wegnahme einer fremden Sache muß der Wille des Täters gerade darauf gerichtet sein, durch Verletzung des Pfandrechts dem Eigentümer einen Vorteil zu verschaffen. †)

Die Angekl. waren vom SchöffG. wegen Vergehens nach §§ 289, 47 StGB. verurteilt worden, weil sie gemeinschaftlich

ihre eigenen beweglichen Sachen demjenigen, welchem an den Sachen ein Pfandrecht zustand, nämlich ihrem Vermieter W., in rechtswidriger Absicht weggenommen haben.

Das BU. läßt nicht mit Sicherheit erkennen, welche der beiden Formen des § 289 StGB., Wegnahme der eigenen Sachen durch den Eigentümer selbst oder Wegnahme einer fremden Sache durch einen Dritten zugunsten des Eigentümers, es eigentlich annehmen will. Es hat den Anschein, als ob das BG. in erster Linie davon ausgeht, daß die Angekl. die noch der Ehefrau gehörigen eingebrachten Sachen im eigenen Interesse dem Pfandrecht des Vermieters haben entziehen wollen. Allerdings nimmt die Strk. auch zu dem Vorbringen der Angekl. Stellung, daß die eingebrachten Sachen vor dem Fortschaffen aus der Wohnung nicht mehr ihr Eigentum gewesen seien, sondern mittels eines Sicherungs-übereignungsvertrages auf einen gewissen E. übergegangen sein sollten. Sie meint, daß bei Unterstellung dieses Vorbringens doch das Pfandrecht des Vermieters bestehen geblieben sei, weil der Erwerber nicht den in § 936 Abs. II BGB. geforderten unmittelbaren Besitz erlangt habe, und daß dann die zweite Form des § 289 StGB., Entziehung aus dem Pfandbesitz zugunsten des Eigentümers durch einen Dritten, vorliege. Wenn das BG. hiermit eine selbständige Hilfs-erwägung treffen wollte, so wäre jedenfalls erforderlich gewesen, festzustellen, nicht nur daß das Pfandrecht des Vermieters trotz der Eigentumsübertragung auf E. tatsächlich bestehen geblieben sei, sondern auch, daß die Angekl. sich über diese Rechtslage klar gewesen seien, also einen Fortbestand des Vermieterpfandrechts trotz der Eigentumsübertragung angenommen haben. Eine zweifelsfreie Feststellung nach dieser Richtung hin fehlt im angefochtenen Urteile; sie läßt sich nicht ohne weiteres aus der allgemeinen Angabe entnehmen, daß die Angekl. sich der Rechtswidrigkeit ihres Tuns bewußt gewesen seien. Eine solche Feststellung aber war zur Begründung des inneren Tatbestandes erforderlich, da die Verurteilung aus § 289 StGB. die Kenntnis des Täters von dem Bestehen eines der geschützten Rechte voraussetzt.

Bei Annahme der zweiten Form des § 289 StGB. bedurfte aber auch das Merkmal der Wegnahme „zugunsten des Eigentümers“ näherer Begründung. Dafür reicht es nicht aus, wenn der Täter, der, wie hier die Angekl., durch die Wegnahme in erster Linie eigene Interessen, Sicherung des eigenen Besitzes und Gebrauchs, wahrnehmen will, dabei zugleich tatsächlich das Interesse des Eigentümers fördert. Vielmehr muß sein Wille gerade darauf gerichtet sein, durch Verletzung des Pfandrechts auch dem Eigentümer einen Vorteil zu verschaffen (RGSt. 7, 325/26; GoldtArch. 41, 414/15). Eine solche Absicht der Angekl. läßt sich aus den Urteilsgründen nicht mit Sicherheit entnehmen. Der Satz, „falls die Sachen an E. übereignet gewesen sein sollten, haben sie zugleich in dessen Interesse gehandelt, um ihm das Eigentum zu erhalten; denn nur dann konnten sie damit rechnen, daß von ihnen das Darlehen nicht zurückgefordert werden würde“, legt vielmehr die Annahme nahe, daß es den Angekl. nur darauf angekommen sei, sich selbst den Besitz der Sachen zu erhalten.

(2. Sen. v. 3. April 1930; 2 D 942/29.) [D.]

23. § 338 Nr. 8 i. Verb. m. § 243 Abs. 1—3, § 244 Abs. 1 StPB. Beschränkung der Verteidigung durch Nichtvernehmung des zur Auslassung bereiten Angekl. über die ihm zur Last gelegten Einzelfälle vor der Zeugenvernehmung. †)

Das angefochtene Urteil hat den Angekl. des fortgesetzten

Zu 22. Die Unklarheit über den festgestellten Tatbestand erschwert eine sichere Stellungnahme zur Richtigkeit oder Unrichtigkeit der getroffenen Entsch. Nicht anzuzweifeln sind jedenfalls die in der Begründung enthaltenen Rechtsätze, daß der Täter sich bewußt sein muß, es bestehe an der von ihm „weggenommenen“ Sache für einen anderen ein Nutznießungs-, Pfand-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht, und daß, wenn der Wegnehmende nicht der Eigentümer der Sache selbst, sondern ein Dritter ist, dieser den Vorsatz haben muß, dem Eigentümer durch die Wegnahme zu schaden. Letzteres ergibt sich aus dem Wortlaut des § 289 („zugunsten des Eigentümers“). Ersteres ist die selbstverständliche Voraussetzung für den inneren Tatbestand, in deren Ermangelung § 59 StGB. eingreifen würde.

Dr. Mamroth, Breslau.

Zu 23. Die vorliegende Entsch. steht in erfreulichem Gegensatz zu der Entsch. des 3. StrSen. v. 6. Juli 1922: JW. 1923, 387. Die — so heißt es in dieser — nach Verlesung des Eröffnungsbeschlusses allgemein an die Angekl. gerichtete Aufforderung des Vorsitzenden, es möchten diejenigen vortreten, welche die Straftaten zu geben wollten, kann für sich allerdings nicht als eine genügende Vernehmung i. S. des § 242 (243) Abs. 2 i. Verb. m. § 163 StPB. betrachtet werden. Trotzdem kommt die Entsch. zur Verurteilung der Rev., weil den Angekl. im weiteren Verlauf der Verhandlung wiederholt Gelegenheit geboten ist, sich zu erklären, so nach jeder Vernehmung eines Zeugen und in den Schlussworten und deshalb angenommen werden muß, daß die Angekl. zur Geltungmachung ihres Verteidigungsvorbringens in der Lage waren. Damit macht sich die Entsch. JW. 1923, 387 den Inhalt der Entsch. des 2. Sen. v.

Betrugs im Rückfall unter der Annahme schuldig gesprochen, daß er das Vermögen von fünfzehn Personen durch ebenso viele auf einem einheitlichen Vorsatz beruhende Handlungen beschädigt habe. Der Angekl. bejwärt sich darüber, daß seine Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkte durch einen Beschluß des Gerichts insofern unzulässig beschränkt worden sei, als die Strk., nachdem der Vorsitzende eine zusammenhängende Erklärung des Angekl. über die Fälle Z., Pri., Pe., Pa., D. und G. nicht zugelassen, ihm vielmehr nur einzelne Fragen an die vernommenen Zeugen gestattet hatte, den Antrag des Staatsanwalts, dem Angekl. Gelegenheit zu einer selbständigen Schilderung zu gewähren, abgelehnt habe. Die von dem Verteidiger des Angekl. gefertigte Revisionsbegründung knüpft an diese auf § 338 Nr. 8 StPD. gestützte Rüge die Bemerkung an: „Freilich dürfte dann aber der Angekl. über die Fragen an die Zeugen hinaus eine eigene Darstellung geben.“

Die Niederschrift über die Hauptverhandlung gibt die hier in Betracht kommenden Vorgänge folgendermaßen wieder:

Nach dem Vortrage des Berichterstatters, der Verlesung des Urteils des SchöffG. und der Vernehmung des Angekl. über seine persönlichen Verhältnisse wurde der Angekl. befragt, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle. „Er erklärte sich zur Sache.“ Dann wurden neun Zeugen vernommen, unter ihnen Z., Pri., Pe., Pa., D. und G. Diese neun Zeugen wurden mit Ausnahme des G. nach der Vernehmung mit Zustimmung der Beteiligten entlassen. Als der zehnte Zeuge gemäß § 68 StPD. befragt worden war, beantragte der Staatsanwalt: „den Angekl. vor der Vernehmung eines jeden Zeugen zur Sache zu vernehmen.“

Die Strk. verkündete alsbald den Beschluß: „Der Antrag der Staatsanwaltschaft wird abgelehnt, da er zu allgemein gehalten ist.“

Die Vernehmung der Zeugen wurde daraufhin fortgesetzt. Sie erstreckte sich insgesamt auf vierzehn Zeugen, von denen nur zwei an der Gerichtsstelle zurückgehalten wurden. Nach der Vernehmung der Zeugen „wurde der Fall H. mit dem Angekl. durchgesprochen“. Anschließend hieran erfolgte die Verlesung der Niederschrift über die Vernehmung eines abwesenden Zeugen durch den ersuchten Richter und mehrerer Schreiben. Beweisangebote des Angekl. wurden abgelehnt. „Nach Vernehmung eines jeden Zeugen und nach Verlesung eines jeden Schriftstücks wurde der Angekl. befragt, ob er etwas zu erklären habe.“ Dann wurde die Beweisaufnahme geschlossen.

Der Vorsitzende und der Urundsbeamte haben sich, nachdem die Rev. seitens des Angekl. eingelegt und begründet worden war, auf Veranlassung des Oberreichsanwalts darüber ausgesprochen, wie die Vernehmung des Angekl. zur Sache stattgefunden habe. Ihre Erklärungen stimmen darin überein, daß der Vorsitzende angeregt habe, den Angekl. „zunächst nur im allgemeinen“ zur Sache zu vernehmen, daß der Angekl. sich erst bei der Vernehmung der einzelnen Zeugen „näher über die Betrugsfälle“ habe äußern sollen und daß er sich unmittelbar nach der Vernehmung über die persönlichen Ver-

hältnisse „allerdings nur im allgemeinen“ zur Sache geäußert habe; „insofern“ sei also jener Vermerk in der Sitzungsniederschrift, daß der Angekl. sich zur Sache erklärt habe, zutreffend.

Das tatsächliche Vorbringen der Revisionsbegründung wird durch den Inhalt der Sitzungsniederschrift und durch die hierzu gegebenen Erläuterungen bestätigt. Insbes. stellt die Begründung des Beschlusses der Strk. die Bedeutung klar, die der Beurkundung über die Vernehmung des Angekl. zur Sache vor dem Vorruße der zu vernehmenden Zeugen beizumessen ist. Hätte der Angekl. Gelegenheit erhalten, sein als betrügerisch bezeichnetes Vorgehen gegenüber den einzelnen angeblich geschädigten Personen zu schildern, so wäre die Strk. veranlaßt gewesen, den ablehnenden Beschluß damit zu begründen, daß der Angekl. schon bislang über die einzelnen Betrugsfälle gehört worden sei und daß der Staatsanwalt deshalb keinen Grund habe, eine Versäumnis in dieser Richtung hinsichtlich der noch zu erörternden Fälle zu erwarten und mit einem Antrag solcher Art in die Verhandlung einzugreifen. Hieraus und aus der Hervorhebung der Besprechung des einzelnen Falles H. mit dem Angekl. muß gefolgert werden, daß der Angekl. vor dem Antrage des Staatsanwalts nur allgemein, das heißt nur über die Tatsachen gehört worden ist, die für alle Betrugsfälle gleichermaßen haben wesentlich sein können, ohne daß zu erschöpfen, was der Angekl. in Ansehung jedes einzelnen Falles zu seiner Entlastung vorzubringen hatte. Die Bemerkung, mit der die Revisionsbegründung abschließt, bezieht sich nach dem Zusammenhang lediglich auf die Erörterung der Fälle, die nach der Verkündung des Beschlusses zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden sind.

Unter diesen Umständen ist die Behauptung des BeschwF., daß er trotz der kundgegebenen Bereitwilligkeit zu einer Erklärung über die Einzelheiten der sechs in der Revisionsbegründung hervorgehobenen Handlungen nicht vernommen worden sei, für erwiesen zu erachten.

Demnach erscheint § 324 Abs. 2 StPD. verletzt. Er empfängt seine Ergänzung gemäß § 332 StPD. aus den über die Hauptverhandlung in erster Instanz gegebenen Vorschriften. Die in §§ 243 Abs. 1—3 und 244 Abs. 1 StPD. bestimmte Reihenfolge der Verfahrenshandlungen ist freilich nicht in dem Sinne zwingend vorgeschrieben, daß sie eine Abweichung auch dann nicht dulden würde, wenn eine solche durch Gründe der Zweckmäßigkeit nahegelegt wird, die Verteidigung des Angekl. nicht beeinträchtigt und einen Widerspruch von seiten der Beteiligten nicht erfährt (RGSt. 60, 179, 182; RGUrt. I v. 3. Mai 1927; DRZ. 19 Nr. 837). In Verhandlungen, die sich auf zahlreiche selbständige oder unselfständige Einzelhandlungen erstrecken, mag es zweckmäßig sein, zunächst eine allgemeine, für sämtliche Fälle wesentliche Äußerung des Angekl. herbeizuführen und hernach getrennt auf die Einzelheiten einzugehen, so zwar, daß der Angekl. Gelegenheit erhält, sich über jeden einzelnen Fall auszusprechen, und daß die für diesen Fall vorgesehenen Beweise im Anschluß an die Äußerung des Angekl. erhoben werden. Die Abweichung

3. Febr. 1911: RGSt. 44, 284 zu eigen: die Vernehmung gemäß § 136 StPD. soll dem Angekl. Gelegenheit geben, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen, demselben Zweck dient die Befragung nach § 256 (257) und die aus dieser Vorschrift folgende Befragung des Angekl. nach der Vernehmung eines jeden Zeugen, Sachverständigen oder Mitangeklagten, sowie nach Verlesung eines jeden Schriftstückes Erklärungen abzugeben.

Die vorliegende Entsch. gibt keinen Grund zu der Annahme, daß der Vorbereiter die Sollvorschrift des § 257 oder gar die Außervorschriften des § 258 StPD. (Schlußvortrag und letztes Wort des Angekl.) nicht beachtet habe. Dennoch gelangt die Entsch. zur Aufhebung, weil dem Angekl. das Recht auf verantwortliche Vernehmung verkannt wird, wenn ihm vor der Beweiserhebung zum Einzelfall verwehrt wird, sich zum Einzelfall zu äußern. Die vorliegende Entsch. verlangt, daß bei der Beweiserhebung das Vorbringen des Angekl. ausreichend berücksichtigt wird. Dem Angekl. muß das Recht zustehen auf Verwertung des von ihm zu seiner Verteidigung Vorgebrachten bereits bei der Vernehmung der Zeugen durch den Vorsitzenden. Die noch dazu lediglich instruktive Vorschrift des § 257 StPD. auf Geltendmachung seines Verteidigungsvorbringens nach der Vernehmung der Auskunftspersonen ersetzt ebensoviele wie die im § 240 Abs. 2 StPD. dem Angekl. ein-

geräumte Befugnis, die Zeugen und Sachverständigen nach ihrer Vernehmung zu befragen, das dem Angekl. zustehende Recht durch sein Gehör die Beweisaufnahme schon vor der Vernehmung des Zeugen und des Sachverständigen zu beeinflussen: der Vorsitzende hat die Verpflichtung von sich aus bei der Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen das von dem Angekl. bei seiner verantwortlichen Vernehmung zur Entlastung Vorgebrachte zur Geltung zu bringen. Er würde gegen seine Pflicht zur Unparteilichkeit verstoßen, wenn er die Berücksichtigung des von dem Angekl. zu Verteidigungszwecken Vorgebrachten ausschließlich diesem überlassen wollte. So ist der Sinn der verantwortlichen Vernehmung des Angekl. darin zu erblicken, daß sie gestaltet wirkt auf die Beweiserhebung, Veranlassung gibt zu Fragen im Rahmen der Vernehmung des Zeugen durch den Vorsitzenden, organisch sich einfügt in das diesem durch § 238 Abs. 1 StPD. verliehene Recht zur Aufnahme des Beweises.

Daß das in der vorliegenden Entsch. wiederbegebene Verfahren gegen diesen Sinn der Vernehmung des Angekl. größtenteils verließ, kann nicht zweifelhaft sein. Das RG. hat das erstinstanzliche Urteil nicht, wie die Rev. begehrt, aus § 338 Ziff. 8 StPD., sondern wegen Verletzung des § 324 Abs. 2 StPD. aufgehoben: es hat im Einzelfall geprüft, ob auf der durch einen Beschluß des Gerichts verhinderten, ordnungsmäßigen Einlassung des Angekl. das Urteil beruhen kann.

von der gesetzlich bestimmten Reihenfolge darf aber nicht dazu führen, daß der Angekl. mit dem Vorbringen, das seiner Entlastung für den einzelnen Fall dienen soll, zur Seite gedrängt wird und daß die diesem Falle gewidmete Beweis-erhebung demzufolge das Verteidigungsvorbringen des Angekl. nicht oder doch nicht in ausreichendem Maße berücksichtigt.

In der vorliegenden Sache ist gegen diese Grundsätze verstoßen worden. Das Urteil kann auf der Verletzung der Verfahrensvorschriften beruhen. Es muß deshalb auf die Beschwerde des Angekl. aufgehoben werden.

(2. Sen. v. 26. Juni 1930; 2 D 270/29.) [D.]

Beschwerdeentscheidungen gegen Entscheidungen der Aufwertungsstellen.

Berichtet von den Mitgliedern des Aufwertungsrates des RG.

1. §§ 812, 1253 BGB. Hat der Darlehensgläubiger die ihm zur Sicherheit für seine Forderung verpfändete Sache gegen Rückzahlung des Darlehens in entwertetem Gelde dem Schuldner zurückgegeben, so ist das Pfandrecht nach § 1253 BGB zwar erloschen. Jedoch kann der Gläubiger unter dem Gesichtspunkt des § 812 BGB die Neubestellung des Pfandrechts verlangen; denn er hat das Pfandrecht ohne Rechtsgrund aufgegeben.

(RG., 9. Zivilsen., Beschl. v. 23. Dez. 1930, 9 Aw III 1296/30.)

Mitgeteilt von OMA. Dr. von Rozhski, Schneidemühl.

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. § 54 GBD.; § 1115 BGB.; § 23 PrEigErwG. Die Eintragung einer Hypothek für „die Erben“ einer bestimmten Person ist nicht inhaltlich unzulässig, auch macht sie das Grundbuch nicht unrichtig. †)

Voraussetzung für die von den Beschw. gewünschte Amtslöschung der beiden Hypotheken, für welche die „Erben des Holzhändlers Karl Friedrich H. zu B., vertreten durch die Testamentvollstreckter und Nachlassverwalter“ eingetragen sind, wäre gen. § 54 Abs. 1 Satz 2 GBD., daß ihre Eintragung sich nach ihrem Inhalt als unzulässig erweist. Für das vor dem 1. Jan. 1900 eingetragene Recht ist dies nach dem früher geltenden preuß. Recht zu beurteilen (RG. 1 Y 1343/02 v. 15. Dez. 1902 und Gütthe-Triebel zu § 54 Anm. 27). Inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung liegt aber jedenfalls nur dann vor, wenn sie aus der Eintragung selbst ohne Heranziehung weiterer Auskunftsmittel und Beweise ersichtlich ist. Sie ist also schon dann zu verneinen, wenn ein Recht mit dem eingetragenen Inhalt wenigstens unter gewissen Umständen, über welche das Grundbuch selbst nichts ergibt, wirksam entstanden sein kann (RG. 88, 83; 113, 223; JZG. 3, 1). Von diesen Gesichtspunkten aus ist die Annahme des G., daß die

Zu 1. Der Beschluß ist zutreffend:

Davon, daß die Eintragung einer Hypothek „für die Erben“ einer bestimmt bezeichneten Person „nach ihrem Inhalt unzulässig ist“ (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBD.), kann gar keine Rede sein. Mit Recht stellt das G. darauf ab, ob es überhaupt zulässig ist, eine Hypothek in dieser Weise einzutragen, selbst wenn in concreto die besonderen Voraussetzungen einer derartigen Eintragung nicht gegeben sind. Daß aber im geltenden Recht wie im früheren preuß. Recht eine Hypothek „für die Erben“ jemandes eingetragen werden kann und u. U. sogar muß, ergeben §§ 1912, 1960 Abs. 2 mit Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach ist es möglich, daß der Pfleger für die Leibesfrucht, der Nachlasspfleger für den unbekanntem Erben eine Hypothek erwirbt, dessen Gläubiger nur in dieser Art im Grundbuch bezeichnet werden kann.

Auch der Fall von § 54 Abs. 1 Satz 1 GBD., daß das GBA. unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, die das Grundbuch unrichtig macht, liegt nicht vor. Das Grundbuch ist nicht unrichtig, wenn eine Hypothek „für die Erben“ einer Person eingetragen ist, selbst wenn sie nach den Normen für die Führung des Grundbuchs so nicht hätte eingetragen werden dürfen. Denn ob das Grundbuch unrichtig ist, bestimmt sich nach dem materiellen Liegenschaftsrecht, nicht nach dem formellen Grundbuchsrecht. Das materielle Recht aber verlangt nur, daß der Gläubiger angegeben wird (§ 1115 Abs. 1 BGB.), und das bedeutet nur, daß verlangt ist, die Person des Gläubigers müsse sich aus der Eintragung mit Sicherheit bestimmen lassen (RG. 72, 40). Diesem Erfordernis ist genügt, da es sich um die Erben einer bestimmt bezeichneten Person handelt.

Prof. Dr. L. Rosenberg, Gießen.

Eintragung beider Hypotheken nicht inhaltlich unzulässig sei, rechtlich zu billigen. Nach § 23 PrEigErwG. v. 5. Mai 1872 mußte bei der Hypothek die Eintragungsbewilligung „auf den Namen eines bestimmten Gläubigers“ lauten. Die preuß. Praxis, insbes. diejenige des RG. (RG. 3, 113; 4, 184; 5, 158; 6, 98), ließ jedoch, wie in dem angefochtenen Beschlusse zutreffend ausgeführt ist, mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes, die Schaffung von Inhaberprioritäten auszuschließen, die Eintragung einer Hypothek „für die Erben“ einer bestimmten Person unter besonderen Umständen zu, ohne daß diese Umstände in dem Eintragungsvermerk hervorgehoben zu werden brauchten. Der Beschluß des RG. v. 1. Juni 1885 (RG. 5, 158), auf den die weitere Beschwerde sich stützt, hält ebenfalls nur für die Regel an der Notwendigkeit der individuellen Benennung des Gläubigers in der Eintragungsbewilligung fest, gestattet aber eine Abweichung, wenn eine solche Bezeichnung unzulässig und zugleich die Möglichkeit gesichert ist, aus amtlichem Material über die Person der Berechtigten und ihres gesetzlichen Vertreters Gewißheit zu erlangen. Auch RG. 72, 39, 40 erwähnt diese Praxis, um darzutun, daß — gerade mit Rücksicht auf sie — bei der Beratung des BGB. auch für das neue Recht von dem Erfordernis einer namentlichen Bezeichnung des Gläubigers Abstand genommen sei. Es besteht keine Veranlassung, von der Auslegung des § 23 PrEigErwG., wie sie zur Zeit der Geltung dieses Gesetzes bei seiner Anwendung vom RG. in ständiger Rpr. vertreten worden ist, jetzt abzuweichen. Damit ist aber die Eintragung der Hypothek Nr. 13 schon deshalb nicht inhaltlich unzulässig, weil sie zum mindesten unter den in dem Beschl. v. 1. Juni 1895 aufgestellten Voraussetzungen dem Gesetz entsprach und jedenfalls aus dem Grundbuche nicht hervorgeht, daß diese Voraussetzungen gefehlt haben. —

Im § 1115 Abs. 1 BGB. ist nunmehr vorgeschrieben, daß u. a. „der Gläubiger angegeben werden“ muß. Damit wird lediglich das Erfordernis aufgestellt, daß aus der Eintragung die Person des Gläubigers sich mit Sicherheit bestimmen läßt. Unter dieser Voraussetzung ist also die Eintragung der Hypothek „für die Erben“ einer namentlich bezeichneten Person als Angabe des Gläubigers i. S. des § 1115 Abs. 1 BGB. ausreichend; dem entspricht auch der § 4 PrAMW. v. 20. Nov. 1899. Danach genügen, wenn die Angabe des Namens des Berechtigten nicht tunlich oder nicht ausreichend ist, andere den Berechtigten deutlich kennzeichnende Merkmale. Als ein solches Merkmal kann die Eigenschaft des Berechtigten als Erben einer bestimmten Person zum mindesten im einzelnen Falle geeignet sein. Dann ist also die Eintragung eines Rechtes für die Erben hinreichend bestimmt zu erachten (ebenso RG. 72, 40; RG. 28, A 288 = RM. 2, 256; RG. 34, A 279; 40, 229; 42, 224 und OLG. Hamburg; JZG. 5, 343 sowie RM. Komm. zu § 1115 Anm. 3; Gütthe-Triebel⁵ zu § 4 PrAMW. Anm. 11 a. E. und 17; Prebani, GBD., zu § 19 Anm. 43). Ist es aber demgemäß auch nur möglich, daß die Eintragung einer Hypothek für die Erben als solche, sei es auch lediglich unter besonderen, aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen Umständen, für hinreichend bestimmt zu erachten ist, so kann von inhaltlicher Unzulässigkeit einer solchen Eintragung auf keinen Fall die Rede sein.

Es bleibt jedoch zu prüfen, ob wenigstens die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 54 Abs. 1 Satz 1 GBD. für die beiden Hypothekeneinträge vorliegen. Auch das ist zu verneinen. Ein Amtswiderspruch ist einzutragen, wenn das GBA. unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dabei genügt nach der neueren Rpr. des RG. in der letzteren Beziehung, daß die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft dargetan ist (Gütthe-Triebel zu § 54 Anm. 22 mit Zitaten).

Um in diesem Sinne die Unrichtigkeit einer Eintragung festzustellen, ist nicht nur ihr Inhalt zu prüfen, sondern sind auch außerhalb des Grundbuchs liegende Umstände — nötigenfalls nach Ermittlung — zu berücksichtigen.

Die Hypothek Nr. 13 würde nicht zur Entstehung gelangt sein, wenn, wie die weitere Beschwerde meint, nach dem früheren Recht die wirkliche Begründung der für die Erben des Holzhändlers H. eingetragenen Hypothek davon abhängig gewesen wäre, daß die Erben tatsächlich unbekannt waren. Das letztere könnte aber höchstens die Voraussetzung für die Ordnungsmäßigkeit der Eintragung gewesen sein. Genügte eine solche Eintragung für diesen Fall als die im § 23 PrEigErwG. vorgesehene Bezeichnung des Gläubigers zur rechtswirksamen Begründung der Hypothek, so muß daselbe erst recht für den Fall angenommen werden, daß die Erben bekannt waren, es ihrer besonderen Ermittlung also nicht einmal bedurfte. Dann war freilich schon ihre namentliche Eintragung möglich, und sollte deshalb von der Regel, wonach der Gläubiger mit seinem Namen zu bezeichnen war, nicht abgewichen werden. Es lag aber kein Grund vor, der gleichwohl ohne Notwendigkeit vorgenommenen Eintragung einer Hypothek für die Erben die Rechtswirksamkeit zu versagen.

Bei der Eintragung einer Hypothek neuen Rechts sind zwar

nach § 4 Abs. 1 Ziff. 1 PrAMW. Name, Stand, Beruf und Wohnort des Berechtigten anzugeben und nur, wenn diese Angaben nicht tunlich oder nicht ausreichend sind, andere den Berechtigten deutlich kennzeichnende Merkmale. Die Wirksamkeit einer Eintragung der letzteren Art ist aber von der zutreffenden Beurteilung der Untuntlichkeit der für den Regelfall vorgeschriebenen Angaben nicht abhängig. Denn auch die Angabe anderer den Berechtigten deutlich kennzeichnenden Merkmale erfüllt die Anforderung des § 1115 Abs. 1 BGB., wonach bei der Eintragung der Gläubiger angegeben werden muß, daß seine Person so genau zu bezeichnen sei, wie es jeweils möglich und tunlich ist, bestimmt das Gesetz nicht (RG 72, 38). Die AllgVfg. v. 20. Nov. 1899 stellt nur eine Ordnungsvorschrift in dieser Beziehung auf. Dem gesetzlichen Erfordernisse der Angabe des Gläubigers genügt aber die hier gewählte Bezeichnung auch dann, wenn die als Erben und Erbeserben des P. in Betracht kommenden Personen damals nicht bekannt gewesen sein sollten. Denn die Möglichkeit ihrer Ermittlung war jedenfalls gegeben. Endlich schloß das Vorhandensein von Testamentvollstreckern auch das sonst in Betracht kommende Bedenken aus, daß die Hypothek Nr. 14 von den zur Zeit ihrer Eintragung etwa unbekannt Erben nicht habe erworben werden können und aus diesem Grunde als solche nicht zur Entstehung gelangt sei (RGZ. 42, 224).

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 25. Sept. 1930, 1 X 501/30.)

Mitgeteilt von RM. Dr. Karge, Berlin.

*

2. Identität zweier Vereine.

Die Annahme, daß die beiden in Rede stehenden Vereine trotz ihrer verschiedenen Namen und ihrer verschiedenen Rechtsform (der eine ist eingetragen, der andere nicht) rechtlich einen und denselben Verein darstellen, scheidet schon daran, daß der Kreis der Mitglieder in beiden Vereinen verschieden ist. Daß derselbe Personenkreis zwei verschiedene Vereine bilden kann, sofern sonstige Unterscheidungsmerkmale vorhanden sind, unterliegt rechtlich keinem Zweifel. Umgekehrt kann aber von einer rechtlichen Gleichheit zweier Vereine nicht gesprochen werden, wenn, sei es auch bei Gleichheit im übrigen, ihr Mitgliederkreis verschieden ist. Wenn auch der Bestand und die Individualität eines Vereins von seinem jeweiligen Mitgliederbestande unabhängig ist, so gilt das doch nur, wenn man den einzelnen Verein für sich allein nimmt. Handelt es sich dagegen um die Frage, ob ein Verein mit einem andern rechtlich identisch ist, so müssen abgesehen von den der Individualisierung dienenden sachlichen Merkmalen wie Zweck, Sitz, Rechtsform, Organe, die jeweiligen Mitgliederbestände beider Vereine mit einander verglichen werden. Der jeweilige Mitgliederbestand des Vereins ist seine einzige persönliche Grundlage, er stellt „den Verein“ nach der persönlichen Seite dar. Fehlt es daher bei zwei Vereinen an der Gleichheit der Mitglieder, so kann schon aus diesem Grunde keine Rede von einer rechtlichen Identität der Vereine sein.

(RG., 1b ZivSen., Beschl. v. 10. Juli 1930, 1b X 342/30.)

Mitgeteilt von RM. Dr. Seymann, Berlin.

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

I. Materielles Recht.

Berlin.

1. §§ 766, 793 ZPO.; §§ 185, 1164 BGB. Die Frage, ob der Anspruch auf Lösung einer Hypothek pfändbar ist, kann nur im Verfahren nach § 766 oder § 793 ZPO. entschieden werden.†)

Für die D.er Bank GmbH. bestand eine Sicherungshypothek bis zum Höchstbetrage von 1500 G.M. auf dem Grundstück des Kl.

Zu 1. Im Schrifttum wird die Zulässigkeit der Pfändung des Lösungsanspruchs durchweg verneint; vgl. Planck § 894 III 3; Staubinger § 894 zu IV c; Rosenberg § 894 IV 1 (dieser lehnt sogar die Existenz des Anspruchs ab) und die dort angeführten Entsch. Nur die vom RG. angeführte RGEntsch. bejaht die Pfändbarkeit, um freilich alsbald darzutun, daß diese Pfändung dem Gläubiger nichts nütze, weil er die Lösung keinesfalls verlangen könne. Der Gläubiger ist ja nicht Inhaber der Eigentümergrundschuld. Er kann deshalb die Zustimmung zur Verzichtung der Grundschuld, die der Vollstreckungsschuldner erteilen könnte, seinerseits nicht geben. Unter diesen Umständen fragt man sich, welchen Sinn die undurchführbare Pfändung haben soll. Sie würde lediglich den Vollstreckungsschuldner behindern, ohne dem Gläubiger auch nur mittelbar etwas zu verschaffen. Freilich würde, auch wenn man danach die Pfändung mangels jedes Rechtschutzinteresses für unwirksam erklären wollte, dies nur zu einer Feststellungsfrage führen könnte, keinesfalls aber zu dem vom Kl. gestellten Leistungsbegehren. Jene Nichtigkeitssannahme ist indessen nicht möglich, sofern mit der herrschenden Ansicht der Lösungsanspruch selbst für vorhanden erachtet wird. Es kommt dann immer nur die Unzulässigkeit in Frage, die, wie das RG. richtig

Der Kl. verkaufte das Grundstück an die Eheleute St. Er verpflichtete sich, die genannte Sicherungshypothek „bis spätestens zum Fälligkeitstermin der in § 2 Ziff. 4 genannten Restkaufgeldforderung von 7900 G.M. zur Lösung zu bringen“. In Erfüllung dieser Verpflichtung befriedigte der Kl. die D.er Bank wegen ihrer der Sicherungshypothek zugrunde liegenden Ansprüche noch vor der Auflassung des Grundstücks an die Eheleute St. und vor deren Eintragung. Dem Bekl. standen gegen den Kl. auf Grund einer ausgedehnten Forderung Ansprüche in Höhe von 1166 RM nebst 32% Zinsen seit dem 1. Okt. 1925 sowie auf Erstattung von 180,32 RM festgesetzter Kosten zu. Wegen dieser Beträge pfändete der Bekl. den Anspruch des Kl. gegen die D.er Bank „auf Lösung der für die D.er Bank eingetragenen Sicherungshypothek“ und ließ ihn sich zur Einziehung überweisen. Die vom Kl. gegen den Pfändungs- und Überweisungsbeschuß mit der Begründung, daß der gepfändete Anspruch nicht bestehe, eingelegte Erinnerung wurde zurückgewiesen, weil das Vollstreckungsgericht nicht zu prüfen habe, ob der Anspruch besteht. Der Kl. hat behauptet, daß die Drittschuldnerin, die D.er Bank, die Aufstellung einer Lösungsbewilligung verweigere, solange der Pfändungs- und Überweisungsbeschuß bestehe, und daß infolgedessen die Eheleute St. von ihm unter Androhung von Schadensersatzansprüchen Herbeiführung der Lösung der Sicherungshypothek verlangten. Er hat dazu ausgeführt, daß für ihn eine Eigentümerhypothek nicht entstanden sei (§ 1164 Abs. 1 BGB.), und daß lediglich ein Verzichtungsanspruch bestehe, der unpfändbar und von dem es zweifelhaft sei, ob er nicht den Grundstückseigentümern, Eheleuten St., allein zustehe.

Der gepfändete und überwiesene Lösungsanspruch steht dem Kl. zu. Da er die D.er Bank befriedigt hat, noch bevor die Eheleute St. durch Auflassung und Eintragung das Eigentum an dem verkauften Grundstück erworben hatten, hat das durch die Befriedigung herbeigeführte Erlöschen der Hypothekenforderung eine Eigentümergrundschuld für den Kl. als damaligen Eigentümer entfallen lassen (§ 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB.; RGRKomm., 1928, § 1163 Anm. 6). Dafür ist es belanglos, ob die Befriedigung der Hypothekengläubigerin gerade in der Zeit zwischen Abschluß des Kaufvertrages und der Auflassung und Eintragung erfolgt ist. Der Eigentümer eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks ist als eventuell eingetragener Inhaber der ihm nach § 1163 BGB. zufallenden Grundschulden anzusehen. Da nun der Übergang kraft Gesetzes im Augenblick des Erlöschens der Forderung eintritt, behält der veräußernde Eigentümer seine Gläubigerrechte und ist als eingetragener Grundschuldgläubiger anzusehen. Mitin stand dem Kl. von da ab ein Verzichtungsanspruch nach § 894 BGB. gegen die D.er Bank zu; das Grundbuch ist unrichtig insofern, als der danach eingetragene Gläubiger der Inhaber des eingetragenen Rechts und das eingetragene Recht eine Hypothek sein soll. Statt der Verzichtung konnte der Kl. aber auch eine Lösungsbewilligung verlangen. Zwar war die frühere Hypothekengläubigerin selbst zu der darin liegenden Verfügung über die Hypothek nicht mehr befugt, wohl aber konnte der Kl. als nunmehr berechtigter Inhaber jener seine Zustimmung zu der Verfügung erteilen und sie dadurch wirksam machen (§ 185 BGB.); eine solche Zustimmung liegt schon in dem Verlangen nach Lösungsbewilligung. Als noch eingetragene Hypothekarin war die frühere Gläubigerin zu dieser Bewilligung auch noch formell in der Lage und wurde durch das abweichende Verlangen nicht beschwert. Da sich aus der Natur der fraglichen Hypothek als Höchstbetragshypothek nichts Abweichendes ergibt (RGRKomm., 1928, §§ 894 Anm. 3, 1163 Anm. 6), ist der Kl. — unbeschadet seiner Lösungsverpflichtung gegenüber den Eheleuten St. — der aus der Grundschuld Berechtigte geblieben, und nur ihm steht daher der Lösungsanspruch gegen die D.er Bank zu.

Entspricht insoweit der Pfändungs- und Überweisungsbeschuß der wahren Rechtslage, so kann es allerdings zweifelhaft sein, ob der gepfändete und überwiesene Lösungsanspruch überhaupt pfändbar war (bejahend: RG. 101, 235¹); dagegen: RG. 10, 392; 18, 236; Stein, ZPO., 1928, § 857 I, 1 und II, 8). Selbst wenn der An-

betont, nicht durch Klage, sondern durch Erinnerung geltend zu machen ist (§§ 766, 775 Abs. 1 ZPO.). Die Erinnerung war im vorliegenden Falle erfolgt. Wenn das Vollstreckungsgericht sie zurückwies, weil die Prüfung der Anspruchseristenz ihm nicht obliege, so hätte es doch die Pfändbarkeit prüfen müssen. Ihm war der Tatbestand mit einem Aufhebungsantrag unterbreitet. Es hatte deshalb die Pflicht, zu prüfen, ob dieser Tatbestand den Antrag unter irgendeinem Gesichtspunkt rechtfertigt. Der Ablehnungsbeschuß des Vollstreckungsgerichts ist mangels sofortiger Beschwerde rechtskräftig geworden, so daß nunmehr die Pfändung endgültig wirksam wurde. Diese Sachlage hat das RG. nicht erörtert. Sie ändert aber an dem Ergebnis nichts, denn es geht aus ihr nur hervor, daß der Kl. auch vollstreckungsrechtlich gegen die Pfändung nicht mehr ankämpfen kann.

Ist danach die Entsch. des RG. zutreffend, so bleibt doch ein unbefriedigender Gesamteindruck. So viel Arbeit und Scharfblick wurden von mindestens zehn Juristen aufgewendet, damit man schließlich erfährt, daß beide Parteien falsche Wege gegangen sind! Auch der Bekl. wird kein Sieges nicht froh werden. Ihm nützt die Pfändung

1) ZB. 1921, 834.

spruch aber unpfändbar sein sollte und der Pfändungs- und Überweilungsbeschluss daher zu Unrecht ergangen wäre, so könnte doch dieser Mangel nicht im Wege der Klage verfolgt werden. Einwendungen gegen einen Pfändungs- und Überweilungsbeschluss, einen vom Staate ausgehenden Zwangsvollstreckungsakt, können nur mit den in der ZPO. und anderen Prozeßgesetzen geregelten, bestimmten und als ausschließlicly gedachten Rechtsbehelfen geltend gemacht werden.

Als eine solche Einwendung kann die Unpfändbarkeit von Sachen oder Rechten, die zu den die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffenden Einwendungen gehört, nur mit der Erinnerung (§ 766 ZPO.) und der sofortigen Beschwerde (§ 793 ZPO.) verfolgt werden, nicht aber im Wege der Klage. Daher ist der in erster Linie gestellte Antrag auf Beurteilung des Bekl. zum Verzicht schon deshalb ungerechtfertigt, weil dem Kl. der gepfändete Anspruch zusteht und insoweit der Pfändungs- und Überweilungsbeschluss zu Recht ergangen ist, die Frage der Unpfändbarkeit aber nicht zu prüfen ist. Es erübrigen sich mithin weitere Ausführungen darüber, daß der Schuldner selbst gegen einen Pfändungs- und Überweilungsbeschluss mit einer Klage überhaupt niemals vorgehen kann.

(RG., 16. Zivilsen., Urt. v. 3. Jan. 1930, 16 U 8769/29.)

*

2. § 268 BGB.; §§ 29, 33, 44, 83 Ziff. 1, 84 ZwVerfG. Rücknahme des Versteigerungsantrages nach Schluß der Versteigerung durch dinglich Berechtigten, der den dem anderen betreibenden Gläubiger vorgehenden betreibenden Gläubiger nach § 268 BGB. abgefunden hat. †)

Die Zwangsversteigerung des Grundstücks wird von dem an erster Stelle eingetragenen A. wegen einer Grundschuld von 60 000 G.M. betrieben. Die Stadt St. ist wegen 315 RM rückstän-

nicht, weil er nicht im mindesten dagegen geschützt ist, daß der Kl. über seine Eigentümergrundschuld doch noch zugunsten der Käuferin verfügt. Der Kl. ist lediglich verhindert, die Lösung herbeizuführen. Seiner Eintragung als Berechtigter auf Grund des ihm zustehenden Verdrückungsanspruchs und der Übertragung der Eigentümergrundschuld auf den Käufer steht die Pfändung des Lösungsanspruchs nicht im Wege. Er ist also noch in der Lage, den Kaufvertrag, wenn auch nicht wörtlich durch Lösung, so doch dem Sinne nach durch Verschaffung des Wertrechts zu erfüllen. Der Bekl. hätte nicht den Lösungsanspruch, sondern den Verdrückungsanspruch und gleichzeitig die Eigentümergrundschuld pfänden sollen. Holt er dies nicht schleunigst nach, so besteht das materielle Ergebnis des langen Streits darin, daß die Kl. die Lastenfreiheit ihres Grundstücks praktisch durchsetzt und ungefahr den Wertbetrag der Eigentümergrundschuld an Prozeßkosten daraufzahlen muß, während der Bekl. zwar Kostenersatz, sonst aber nichts erreicht! Beide Parteien werden dann mit einigem Recht verwundert sein.

Prof. Dr. Hein, Halle.

Zu 2. Es handelt sich um die alte, immer noch nicht zu restloser Klärung gekommene, Streitfrage, ob der Zuschlag zu versagen ist, wenn zur Zeit der Zurücknahme des Versteigerungsantrages eines von mehreren betreibenden Gläubigern die Versteigerung schon geschlossen war, und bei frühzeitiger Zurücknahme Rechte als bestehen bleibend zu berücksichtigen gewesen wären, oder das Meistgebot nicht zur Deckung der Ansprüche ausgereicht hätte, die nach der neuen Sachlage in das geringste Gebot gefallen wären.

Das RG. (RG. 89, 426 = ZB. 1917, 462) hat ausgesprochen, daß die Zurücknahme des Versteigerungsantrages in einem von mehreren Gläubigern betriebenen Verfahren nicht etwa nur durch alle betreibenden Gläubiger gemeinsam erfolgen muß, daß vielmehr jeder von ihnen berechtigt ist, seinen Antrag zurückzunehmen, um damit aus dem Kreise der betreibenden Gläubiger auszuscheiden. Das wird mit Recht daraus hergeleitet, daß jeder Gläubiger dieselben Rechte hat, einerlei, ob er den ersten Versteigerungsantrag gestellt hat oder ob er erst später beigetreten ist (§ 27 Abs. 2 ZwVerfG.). Das RG. ist zu dem Ergebnis gekommen, daß bei Rücknahme des Versteigerungsantrages eines Gläubigers nach Versteigerungsschluß das geringste Gebot neu festgestellt und der Zuschlag nach § 33 ZwVerfG. infolge der Zurücknahme des Antrages versagt werden müsse.

Man hat dagegen geltend gemacht, daß es sich dabei um eine nicht sehr deutliche Folgerung handle. Von der Zuschlagsversagung könnte doch nur das Verfahren des Gläubigers betroffen werden, der seinerseits den Antrag zurücknimmt. Woraus solle sich sein Recht herleiten, durch seinen willkürlichen Akt auch das von dem nachstehenden Gläubiger selbständig betriebene Verfahren ohne dessen Zustimmung zur Aufhebung zu bringen? Da es selbstverständlich nicht anhege die Entscheidung über Versagung des Zuschlags für jeden Gläubiger verschieden zu treffen, so ergäbe sich, daß der Zuschlag erteilt werden müsse. Auch für eine anderweite Feststellung des geringsten Gebots sei nach Schluß der Versteigerung kein Raum mehr; spätestens mit diesem Zeitpunkt habe das geringste Gebot seine entscheidende Gestalt erfahren. Die Ansicht des RG. würde nach dieser Meinung zu dem unerträglichen Ergebnis führen, daß jeder vorstehende Gläubiger jederzeit dadurch, daß er dem Verfahren

diger Grundvermögensteuer dem Verfahren beigetreten. Das geringste Gebot ist nach der gemäß § 10 Ziff. 3 ZwVerfG. bevorrechtigten Forderung der Stadt bestimmt und nur aus den Kosten des Verfahrens im Betrage von 616 RM gebildet. Das Meistgebot von 7250 RM deckt nicht die für B. an zweiter Stelle eingetragene Hypothek von 15 000 G.M. B. hat nach dem Versteigerungstermin von dem ihm nach § 268 BGB. zustehenden Lösungsrecht Gebrauch gemacht und die Stadt befriedigt. Er hat kraft Gesetzes die Forderung der Stadt, und zwar mit dem ihr anhaftenden Vorrecht aus § 10 Ziff. 3 ZwVerfG. erworben. Er hat darauf noch vor dem Termin zur Verkündung des Zuschlags den Versteigerungsantrag zurückgezogen.

Zur Rücknahme des Versteigerungsantrages nach § 29 ZwVerfG. ist auch derjenige berechtigt, der den betreibenden Gläubiger nach § 268 BGB. abgefunden hat (Reinhard-Müller, Gr. Komm., 2. Aufl., § 29 II). Wenn mehrere Gläubiger die Zwangsversteigerung betreiben, kann jeder einzelne Gläubiger ohne Zustimmung der übrigen betreibenden Gläubiger den Versteigerungsantrag zurücknehmen. Hier ist durch die Rücknahme des Versteigerungsantrages das geringste Gebot unrichtig geworden, weil für dieses jetzt nicht mehr der auf B. übergegangene Anspruch der Stadt maßgebend ist, sondern der der Stadt im Range nachgehende Anspruch des Grundschuldgläubigers A., der allein noch die Zwangsversteigerung betreibt. Nach der überwiegend in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Ansicht darf in einem solchen Falle nach Rücknahme des Versteigerungsantrages zwischen dem Schluß der Versteigerung und dem Termin zur Verkündung des Zuschlags auf Grund des bisherigen geringsten Gebots der Zuschlag nicht erteilt werden, sondern es muß von neuem versteigert werden (RG. 89, 426¹; OLG. Breslau: OLG. 27, 211; Jäckel-Gütke, 6. Aufl., § 29 A. 5; Reinhard-

beitrete und dann seinen Beitritt nach Schluß der Versteigerung zurücknahm, die von einem nachstehenden Gläubiger betriebene Zwangsversteigerung bereitleiten könne.

Bezüglich des ersten Einwandes hat das RG. neuerdings (RG. 125, 30 = ZB. 1930, 149) darauf hingewiesen, die im Schrifttum häufige Betonung der Einheitlichkeit des Zwangsversteigerungsverfahrens setze das voraus, was erst bewiesen werden solle. Es frage sich gerade, ob die Gläubiger an einem einheitlichen Verfahren beteiligt sind oder ob nur die verschiedenen, von den einzelnen Gläubigern betriebenen Verfahren verbunden sind.

Das Gesetz kennt mehrere Arten von Zwangsvollstreckungsverfahren, bei denen eine Mehrheit von Gläubigern beteiligt ist, so die Anschlußpfändung bei bereits gepfändeten Sachen nach § 826 ZPO. Jeder Anschlußgläubiger hat das Recht auf selbständigen Weiterbetrieb der Zwangsvollstreckung, auch wenn ein anderer Gläubiger Stundung bewilligt hat oder einem der Gläubiger gegenüber die Einstellung verfügt ist (Stein-Jonas, § 826 IV). Nach § 804 Abs. 3 ZPO. geht das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht demjenigen vor, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird. Für die Pfändung schon gepfändeter Forderungen gilt keine von § 829 ZPO. abweichende Form; nur bei den Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren ist nach § 831 ZPO. eine Anschlußpfändung nach § 826 ZPO. möglich (Stein-Jonas, § 829 X). Aus der Regelung, welche im BGB. unter dem Titel „Pfandrecht an beweglichen Sachen“ das Recht zur Veräußerung des Pfandes gefunden hat (vgl. namentlich § 1232), geht hervor, daß das Gesetz dem nachstehenden Pfandgläubiger die Veräußerung gestatten will, wenn bei ihm alle Voraussetzungen zu ihrer Vornahme erfüllt sind, und der vorgehende Pfandgläubiger tatsächlich und rechtlich noch nicht in der Lage ist, seinerseits zu einer Veräußerung des Pfandes zu schreiten. Dies hat das RG. entsprechend auch auf das Gebiet des Pfandrechts zu Rechten für anwendbar erklärt (RG. 97, 325). Die Motive zum ersten Entwurf eines BGB. III, 819 führen aus, daß, wenn an einer beweglichen Sache mehrere Pfandrechte bestehen, gleichzeitig mehreren Pfandgläubigern das Verkaufsrecht zustehen könne, und daß in Übereinstimmung mit den aus den Vorschriften der ZPO. zu entnehmenden Anschauungen das Verzugrecht des früheren Pfandgläubigers sich in der Regel nur an dem Erlöse geltend mache. Diese Auffassung hat RG. 97, 42 bestätigt.

Im dem „Verteilungsverfahren“ gemäß §§ 872 ff. ZPO. sind im Gegensatz zum §§ 9 f. ZwVerfG. nur Pfändungsgläubiger beteiligt. Nicht beteiligt sind also insbes. Gläubiger, die sich nur auf ein vertragmäßiges Pfandrecht berufen. Von dem Verteilungsverfahren bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, §§ 105 ff. ZwVerfG., unterscheidet es sich mithin namentlich dadurch, daß dort alle unter § 9 ZwVerfG. fallende Gläubiger, also auch diejenigen, die keinen Vollstreckungstitel haben und die das Verfahren nicht betreiben, am Verfahren teilnehmen.

Auch im geltenden Offenbarungsverfahrensverfahren ist eine gewisse Verfahrensgemeinschaft für die Gläubiger vorgesehen. Die §§ 903, 914, 915 schälen bei einmaliger Eidesleistung den Schuldner vor der Wiederholung einem anderen Gläubiger gegenüber (ZB. 50, 99 ff.).

Dieser ganz dürftig ausgebauten Verfahrenseinheit steht als

1) ZB. 1917, 462.

Müller, Gr. Komm., 2. Aufl., § 29 VI, § 44 XII). Die gegen-
seitige Meinung (Obergericht Danzig; ZW. 1929, 1994; Still-
schweig; ZW. 1918, 500; 1930, 150; Wolff, 3. Aufl., § 29
N. 1 u. a.) geht dahin, daß das geringste Gebot nicht neu zu be-
rechnen, vielmehr das Verfahren ohne weiteres fortzusetzen und der
Zuschlag zu erteilen ist. Durch Bestimmung eines neuen Versteige-
rungstermins und Neusetzung des geringsten Gebotes wird aller-
dings die Befriedigung derjenigen Gläubiger hinausgeschoben, die
die Zwangsversteigerung noch betreiben. Dieser Nachteil, der sich im
Laufe eines Verfahrens durch Rücknahme des Versteigerungsantrages
durch einen der anderen Gläubiger noch wiederholen könnte, kann es
aber nicht rechtfertigen, den Anspruch des zurücknehmenden Gläu-
bigers im geringsten Gebot unberücksichtigt zu lassen und damit dem
Recht des Gläubigers auf Zurücknahme des Versteigerungsantrages,
das durch § 33 ZivVerfG. auch nach Schluß der Versteigerung zu-
gelassen ist, den wesentlichen Inhalt zu nehmen. Daher muß in solchem
Falle der Zuschlag gemäß §§ 33, 44, 83 Ziff. 1 ZivVerfG. verjagt
und das geringste Gebot neu aufgestellt werden.

Der Zuschlag ist freilich zu erteilen, wenn das Recht des B.
durch den Zuschlag nicht beeinträchtigt werden würde (§ 84 ZivVerfG.).
Die Forderung der Stadt wäre auch bei Aufnahme in das geringste
Gebot bar auszuzahlen. Da sie durch das Bargebot von 7250 RM

Musterbeispiel der straffsten Vereinheitlichung der Konkurs gegen-
über, der einen Krieg aller gegen alle verhüten will. Unter Ausschluß
der Selbsthilfe und des Einzelangriffs wird dem Gläubiger Befriedi-
gung in geordnetem Rechtszuge, in einem generellen Liquidations-
verfahren, zuteil, aber jedem Gläubiger nur in gleichem Schritte
und Maße mit seinen Schicksalsgenossen. Jeder muß, wie er sein
eigenes Recht verfolgt, zugleich das konkurrierende Recht aller
anderen berücksichtigen. Keiner darf einem vom Rechte nicht zu-
gebilligten Vorzug auf Nebenwegen, außerhalb des gemeinsamen Be-
friedigungsverfahrens (§§ 11, 12 KO.) anstreben. Wie alle Teilnehmer
an der Abwehr unberechtigter Ansprüche von der Masse interessiert
zu sein, so wird auch jedem von ihnen Gelegenheit gegeben, Rechts-
präferenzen wirksam zu bestreiten und rechtlichen Entscheid herbei-
zuführen (vgl. Decker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1891, § 14).

Die Zwangsversteigerung hat man mitunter als Spezialkonkurs
bezeichnet, weil bei ihr regelmäßig außer dem betreibenden Gläubiger
noch eine Reihe anderer Personen, die sog. „Realberechtigten“ be-
teiligt sind. Es bestehen aber doch erhebliche Unterschiede: die Fort-
setzung und Beendigung der Zwangsversteigerung ist bis zum Schluß
des Versteigerungstermins von dem betreibenden Gläubiger abhängig,
indem dieser bis dahin jedenfalls noch immer den Antrag zurück-
nehmen kann. Wenn dagegen der Konkurs einmal eröffnet ist,
muß er auch gegen den Willen des Antragsgläubigers seinen Fortgang
nehmen (vgl. Fraeb, Handausg. z. ZivVerfG. 1929 S. 5).

Man sieht aus dieser kurzen Gegenüberstellung, daß der Ge-
setzgeber dem Gedanken der Einheitlichkeit eines Verfahrens ver-
schiedenartig auch in der Zwangsvollstreckung Rechnung getragen hat,
ohne aber überall eine einheitliche Behandlung dieses Begriffes
durchgeführt oder nur erstrebt zu haben. Insbes. sind allgemeine
Grundsätze wie für das Klageverfahren in den §§ 59 ff. ZPO. über
die Streitgenossenschaft im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht zur
Ausübung gelangt. Im Zweifel wird aber auch in gemeinschaftlichem
Zwangsvollstreckungsverfahren jedem Gläubiger das Recht zur Be-
treibung, Einstellung oder Zurücknahme des Vollstreckungsauftrages
für seine Person zustehen (entsprechend § 63 ZPO.).

Im Rahmen einer Besprechung kann natürlich das Problem
der Verfahrenseinheit nicht gelöst werden. Durch die vorstehenden
Hinweise mag immerhin aufgezeigt sein, daß jene Einheitlichkeit
gesetzgeberisch keineswegs überall einheitlich gestaltet und zu einem
leitenden Verfahrensprinzip erhoben ist.

Schon deshalb ist dieser Begriff ein untaugliches Kriterium zur
Feststellung dessen, was dem einzelnen Teilnehmer an dem jeweiligen
Zwangsvollstreckungsverfahren an Vollstreckungshandlungen gestattet
ist und welche richterliche Vollstreckungsmaßnahme durch sie ausgelöst
werden, insbes. ob die letzteren bei Vorhandensein mehrerer Teil-
nehmer eine Veränderung erleiden.

Im Gegensatz zum Konkursverfahren ist im Zwangsversteige-
rungsverfahren kein betreibender Gläubiger gehindert, seinen Ver-
steigerungsantrag gemäß § 29 bis zur Verkündung der Entscheidung
über den Zuschlag zurückzunehmen. Selbstverständlich kann immer nur
eine einheitliche Entscheidung über den Zuschlag ergehen. Ein un-
bedingtes Recht auf Erteilung des Zuschlags hat aber kein Be-
teiligter, der Zuschlag ist vielmehr aus einer ganzen Reihe von ver-
schiedenen Gründen u. U. zu verjagen nach § 83 ZivVerfG. Hier
kommt insbes. die Bestimmung des § 83 Nr. 5 in Frage, wonach der
Zuschlag zu verjagen ist, wenn der Zwangsversteigerung oder der
Fortsetzung des Verfahrens das Recht eines Beteiligten entgegen-
steht. Hierher gehören diejenigen Fälle, in denen das Recht eines be-
stimmten Beteiligten durch den Zuschlag verletzt werden würde.
Es genügt, daß das Recht dieses Beteiligten durch den Zuschlag
verletzt werden würde, wenn dieser unter den gestellten Versteige-
rungsbedingungen namentlich unter dem bisher berechneten geringsten
Gebot erteilt werden müßte. Da aber der Zuschlag unter anderen

gedeckt wird, läge eine Benachteiligung nicht vor. Es ist aber zu
berücksichtigen, daß jetzt B. infolge des Ablösungsrechtes an die Stelle
der Stadt getreten ist. Er würde mit seiner Hypothek bei dem gegen-
wärtigen Bargebot ausfallen. Der Grund dafür, das Ablösungs-
recht auszuüben und im Zusammenhange damit den Versteigerungs-
antrag zurückzunehmen, ist die Erwartung des B., bei nochmaliger
Versteigerung mit seiner Hypothek ganz oder teilweise zur Hebung
zu kommen. Die Beeinträchtigung des B. durch den Zuschlag muß
unter den gegebenen Umständen aus dem Gesichtspunkte seiner nach-
stehenden Hypothek beurteilt werden und ist nach Lage des Falles
nicht zu verneinen. Daher ist der Zuschlag zu verjagen.

(RG., 12. ZivSen., Beschl. v. 29. Okt. 1930, 12 W 7933/30.)

Mitgeteilt von RG. Dr. Winkler, Berlin.

*

3. § 816 BGB. Bereicherungsanspruch des Hypo-
thekengläubigers, wenn der Wiedereintragung der Hypo-
thek der öffentliche Glaube des Grundbuchs entgegensteht.
(RG., 14. ZivSen., Ur. v. 29. Okt. 1929, 14 U 643/29.)

Abgebr. ZW. 1930, 2445.

*

als unter den festgestellten Bedingungen nach dem Schluß des
Versteigerungstermins nicht erteilt werden kann, so bleibt, wenn
seiner Erteilung unter diesen Bedingungen das Recht eines Be-
teiligten entgegensteht, eben nur die Zuschlagsverjagung übrig (vgl.
Jaekel-Gütke, 6. Aufl., § 83 Ziff. 8). Das gilt also auch
für eingetragene Rechte, derenwegen zunächst ebenfalls das Verfahren
betrieben, dann aber zurückgenommen wurde, dann, wenn sie an
besserer Stelle stehen als die noch verbleibenden betreibenden Gläu-
biger. Wenn das bisherige geringste Gebot unverändert bliebe, würden
solche Ansprüche der zurücknehmenden Gläubiger unter Verletzung
der Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebots in der
Zeit durch die Fortsetzung des Verfahrens nicht beachtet, obwohl
sie — dem Richter erkennbar — dieser Art der Versteigerung
entgegenstehen.

Was den letzten gegen die herrschende Meinung geltend gemachten
Grund angeht, daß in derartigen Fällen die von einem nachstehen-
den Gläubiger betriebene Zwangsversteigerung vereitelt werden könnte,
so ist auf die Bestimmung des § 75 ZivVerfG. hinzuweisen. Ein
Dritter, der berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen, ist nach
§§ 268, 1150 BGB. jeder, „der Gefahr läuft, durch die Zwangs-
vollstreckung ein Recht an dem Gegenstand (scil. an dem Grund-
stück) zu verlieren“. Berechtigt sind also diejenigen Realgläubiger
und sonstigen dinglich Berechtigten, deren Ansprüche nicht in das
geringste Gebot aufgenommen sind. Wollen diese nachstehenden Real-
gläubiger sich daher nicht der von vornherein und immer bestehenden
Gefahr aussetzen, daß das Verfahren durch Zurücknahme des Ver-
steigerungsantrages seitens des vorgehenden Realgläubigers mit Ver-
sagung des Zuschlages endet, so müssen sie nach dem Beginne der
Versteigerung vor der Zurücknahme durch den vorgehenden Gläubiger
diesen befriedigen. Unbillig ist dies nicht, da dessen Recht ja nach wie
vor ihrem Recht und der von ihnen deswegen betriebenen Zwangs-
versteigerung i. S. des § 83 Nr. 5 ZivVerfG. entgegensteht.

Ich halte also nach wie vor die herrschende Ansicht für zu-
treffend (vgl. Fraeb, Handausg., § 29 I 1, § 44 V 3 und Brand-
Waur, Zwangsversteigerungsverfahren, 1930, S. 59).

Es ist sehr zu begrüßen, daß sich auch das RG. mit Entschieden-
heit auf diesen Standpunkt gestellt hat. Nicht unbedenklich erscheint
jedoch die Ansicht des RG., es sei zu berücksichtigen, daß hier der
nachstehende Hypothekengläubiger infolge seines Ablösungsrechtes an
die Stelle der bevorrechtigten Gläubigerin getreten ist. Die Beein-
trächtigung dieses nachstehenden Hypothekengläubigers durch den Zu-
schlag müsse unter den gegebenen Umständen aus dem Gesichtspunkte
seiner nachstehenden Hypothek beurteilt werden und sei nach Lage
des Falles nicht zu verneinen. Wegen seiner nachstehenden Hypothek
sind aber weder die Vorschriften über die Feststellung des geringsten
Gebots (§ 83 Nr. 1) verletzt, noch stand diese Hypothek der Fort-
setzung des Verfahrens des ersten Hypothekengläubigers (N.) i. S.
des § 83 Nr. 5 entgegen; beides gilt vielmehr ausschließlich nur zu-
gunsten des von ihm abgelösten Rechtes der bevorrechtigten Gläu-
bigerin (der Stadt). Da dieses Recht aber nach den eigenen Aus-
führungen des RG. tatsächlich vorliegend nicht benachteiligt ist, so
wäre m. E. der Zuschlag hier nach § 84 ZivVerfG. nicht zu ver-
jagen gewesen.

RG. Dr. Fraeb, Hanau.

Zu 3. A. Anm. der Schriftleitung, abgebr. ebenda.

B. Der Entsch. ist beizutreten.

Das RG. erblickt die Bereicherung darin, daß der Kaufpreis
bei Berücksichtigung des Aufwertungsrechtes niedriger bemessen worden
wäre. Dies ist an sich nicht zu beanstanden, da von dem erzielten
Kaufpreis auf den Verkäufer nur ein geringer Teil entfällt, während
der Kaufpreis in Höhe des Aufwertungsanspruchs dem Hypotheken-

Dresden.

4. § 48 GBO. Die Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld für einen aus mehreren Personen bestehenden Überwachungsaußschuß eingetragen werden, der im gerichtlichen Vergleichsverfahren ist nach § 48 GBO. zulässig, sofern sich die Annahme rechtfertigt, daß dem Rechtsverhältnis der Ausschußmitglieder untereinander ein Gesellschafts- oder gesellschaftsähnliches Verhältnis zugrunde liegt.

Die Grundschuld soll nach dem Inhalte der Eintragungsbewilligung für einen aus mehreren physischen und juristischen Personen zusammengesetzten Überwachungsaußschuß eingetragen werden, der im gerichtlichen Vergleichsverfahren von der gesamten Gläubigerschaft bestellt worden ist und dessen Aufgabe sein soll, den Vergleich ordnungsmäßig durchzuführen und den Gläubigern zur Befriedigung ihrer im Vergleiche festgesetzten Ansprüche zu verhelfen. Die Mitglieder des Ausschusses sollen nur gemeinschaftlich als Treuhänder, im Interesse der sämtlichen Gläubiger, aber doch unabhängig von der übrigen Gläubigerschaft und selbständig die Rechte aus der Grundschuld geltend machen können. Aus der Tatsache, daß der Grundstückseigentümer der aus den vier Personen bestehenden Treuhändergemeinschaft die Grundschuld bestellt, darf ohne weiteres entnommen werden, daß die vier angegebenen Personen das ihnen angetragene Amt eines Ausschußmitglieds angenommen haben, da andernfalls die Bestellung der Grundschuld für diese vier namentlich bezeichneten Personen keinen Sinn hätte und nur eine dem Grundstückseigentümer höchst hinderliche Belastung darstellen würde. Ist jenes aber der Fall, so kennzeichnet sich die Treuhändergemeinschaft — wie sie in der Urkunde ausdrücklich genannt wird — als eine Vereinigung, deren Aufgabe es ist, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes — die Durchführung des gerichtlichen Vergleichs — in der durch die Vereinbarung bestimmten Weise gegenseitig und darüber hinaus im Interesse der gesamten Gläubigerschaft zu fördern. Das Verhältnis der Mitglieder des Überwachungsaußschusses zueinander läßt sich hiernach sowohl nach der Wahl dieser Bezeichnung wie nach der ausdrücklichen Vereinbarung einer Treuhändergemeinschaft als

gläubiger zuseht, weil insofern das Grundstück wirtschaftlich dem Hypothekengläubiger gehört.

Richtigter wäre aber die Annahme, daß sich die Aufwertungshypothek nach dem im Sachenrecht herrschenden Surrogationsprinzip an dem Erlös fortsetzt und daß sich die Bereicherung des Veräußerers nach den §§ 951, 947, 812 BGB. bestimmt.

Wie die Kritik zutreffend hervorhebt, ist diese Entsch. von größter Tragweite. Ihre Bedeutung liegt u. a. darin, daß sie in besonderen Fällen die Rechtskraft von Abwertungsbeschlüssen praktisch aushebt und dadurch viele grobe Unbilligkeiten beseitigt. Inwiefern dies möglich ist, zeigt folgendes Beispiel:

A. war persönlicher und dinglicher Schuldner des Aufwertungsgläubigers H. A. hat das mit einer nach dem Ges. v. 16. Juli 1925 aufwertbaren Hypothek belastete Grundstück an B. ohne Schulübernahme veräußert, und nachdem die Hypothek in der Rückwirkungszeit zurückgezahlt und gelöscht worden ist, hat C. von B. das Grundstück während der Geltung der III. StMotW. erworben. Die Wiedereintragung der Hypothek konnte mit Rücksicht auf § 20 AufwG. nicht erfolgen, und die persönliche Forderung gegen den persönlichen Schuldner A. ist i. F. 1927 gem. § 15 AufwG. abgewertet worden, weil der persönliche Schuldner verarmt war und weil sich die Ausgleichsrechtsprechung damals noch nicht genügend durchgesetzt hatte.

Da für A. eine Inanspruchnahme durch den Hypothekengläubiger ausgeschlossen ist, kann A. von B. keinen Ausgleich verlangen. Dadurch ist der Hypothekengläubiger H. geschädigt, denn eine Anfechtung des rechtskräftigen Abwertungsbeschlusses ist mit Rücksicht auf die Änderung der Rpr. nicht möglich. Hier hilft dem Hypothekengläubiger die Entsch. des 14. Sen. v. 29. Okt. 1929. A. scheidet selbstverständlich nach wie vor aus. H. hat aber gegen B. einen Anspruch aus § 816 BGB. B. haftet dem H., soweit er bereichert und die Bereicherung noch vorhanden ist.

B. kann sich nun seinerseits an den jetzigen Grundstückseigentümer C. halten, weil die Geschäftsgrundlage des Kaufvertrages durch die spätere Gesetzgebung erschüttert ist. Die Parteien gingen zu Unrecht davon aus, daß das Grundstück unbelastet sei und daß der volle Erlös dem Veräußerer des Grundstücks zustehe. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich nach § 242 BGB. eine Beitragspflicht des jetzigen Grundstückseigentümers.

Nun könnte man einwenden, daß die Abwertung der persönlichen Forderung insofern von Bedeutung sei, als sich die Hypothek, falls sie nicht gem. § 20 AufwG. erloschen wäre, durch die Abwertung der persönlichen Forderung gem. § 1163 BGB. in eine Grundschuld verwandelt hätte und daß infolgedessen eine Bereicherung auf Kosten des Aufwertungshypothekengläubigers nicht vorliege. Diese Bedenken sind aber unbegründet. Nach § 6 der Novelle v. 9. Juli 1927 wäre der Hypothekengläubiger trotz rechtskräftiger Abwertung in der Lage gewesen, die Hypothek unter Verzicht auf die persönliche Forderung in eine Fremgrundschuld umzuwandeln, wenn die Hypo-

ein solches auffassen, das unter den Begriff des Gesellschaftsvertrages nach § 705 BGB. oder doch unter den eines gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnisses fällt. Daß in der Bestellungsurkunde nicht ausdrücklich ein bestimmtes Rechtsverhältnis angegeben worden ist, kann nicht hinderlich sein, da sich aus dem Inhalt der Urkunde zur Genüge ergibt, daß nur ein derartiges gesellschaftsähnliches Verhältnis die Grundlage der Rechtsbeziehungen der mehreren Berechtigten sein soll und dieses nur als eine Gemeinschaft der gesamten Hand, wie sie beim Gesellschaftsverhältnis vorliegt, aufgefaßt werden kann. Danach aber erscheint es, zumal da die Vorschrift des § 48 GBO. nur instruktioneller Natur ist, völlig unbedenklich, andererseits aber auch zur zweckentsprechenden Durchführung der dem Überwachungsaußschusse übertragenen wirtschaftlichen Aufgabe durchaus angebracht, wenn dem Antrag auf Eintragung der Treuhändergemeinschaft ins Grundbuch entsprochen wird.

(O.V. Dresden, 6. Zivilsen., Beschl. v. 28. Okt. 1930, 6 Reg. 257/30.)
Mitgeteilt von Sächs. JustMin. Dr. Mannasfeld, Dresden.

*

Hamburg.

5. § 826 BGB. Ein Irrtum des Auftraggebers einer Bank bei der Bezeichnung des Destinatars gibt dem Auftraggeber weder ein Anfechtungsrecht, noch einen Anspruch aus § 826 BGB. noch einen Bereicherungsanspruch gegen eine andere Bank, die auf Anweisung der beauftragten Bank den Auftrag durch Gutschrift auf das einen Debet-saldo aufweisende Girokonto eines Kunden ausführt, der seine Zahlungen eingestellt hat.†)

Die Kl. wies am 10. Juli 1928 die Z.-Bank in Prag an, 1677 RM an die Firma D. C. Walter C. in Hamburg zu überweisen. Die Z.-Bank gab diesen Auftrag ihrer Hamburger Bankverbindung, der Deutschen Bank, Filiale Hamburg, weiter und diese überwies den vorgenannten Betrag der Bekl., der Norddeutschen Bank in Hamburg, bei welcher die Firma D. C. Walter C. ein Girokonto hatte. Diese Firma hatte damals ihre Zahlungen eingestellt und war bei der Norddeutschen Bank in der Schuld. Die Norddeutsche Bank hat

theke bestehen geblieben wäre. Von einem Wegfall der Bereicherung kann also keine Rede sein.

Die Durchsetzung der Ausgleichsansprüche in dem obigen Beispiel ist auch dann nach der neueren Rechtsprechung (vgl. JW. 1929, 2061) unmöglich, wenn bezüglich A. kein rechtskräftiger Abwertungsbeschluss vorliegt. Auch hier eröffnet die Entsch. des 14. Sen. neue Möglichkeiten. Nach der neueren Rpr. ist B. dem A. nur dann beitragspflichtig, wenn im Verhältnis von A. und B. die Voraussetzungen für einen Ausgleich vorliegen. Dies wird öfters nicht der Fall sein, wenn B. an dem Grundstück keinen erheblichen Gewinn erzielt hat. Unabhängig hiervon kann aber gegebenenfalls ein Anspruch aus § 816 BGB. begründet sein, und eine solche Inanspruchnahme des B. begründet eine Beitragsverpflichtung des Grundstückseigentümers C.
RM. Dr. Fritz Schindler, Berlin.

Zu 5. Die Entsch., welche den Hamburger Giroverkehr betrifft, berücksichtigt die besonderen Verhältnisse dieses Giroverkehrs. Der Hamburger Giroverkehr ähnelt dem Giroverkehr der Reichsbank, jedoch mit dem Unterschied, daß im Hamburger Giroverkehr auch Debet-salden möglich sind. Der typische Unterschied zwischen einem Giroverkehr und der Führung laufender Konten bei Banken, von dem äußerlichen, der Verwendung bestimmten Formulare abgesehen, besteht darin, daß beim Giroverkehr besondere Kontengegenbücher geführt werden, die alltäglich zwecks Abstimmung und Saldierung zur Vorlegung gelangen. Im übrigen ist der Giroverkehr von der Führung laufender Bankkonten keineswegs verschieden. Es besteht auch für den Giroverkehr die in allen allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken sich wiederfindende Vereinbarung, daß das Guthaben des Kunden im Giroverkehr der Girobank für ihre Forderungen aus allen Geschäftszweigen haftet und daß sie dagegen auch solche Forderungen aufrechnen darf, welche noch nicht fällig sind. Die Praxis hat daher durchaus zutreffend gehandelt, wenn sie die in dieser Entsch. zitierte berühmte Entsch. des RG. in Sachen der Leipziger Bank als Grundlage für den gesamten bankmäßigen Überweisungsverkehr betrachtet hatte. Auch die Grundzüge der vorliegenden Entsch. des HansOLG. können daher zwanglos auf die sonstige Führung laufender Konten bei Banken angewandt werden, sofern sie als zutreffend anzusehen sind. Dies ist aber durchaus der Fall. Das RG. in der erwähnten grundsätzlichen Entsch. hat ausgeführt, daß die Girobank ihre Tätigkeit zur Vermittlung des Zahlungsgeschäfts zur Verfügung stellt und nicht verpflichtet ist, über die Zweckmäßigkeit einer ihr angeforderten Zahlung, Übertragung oder Überweisung Erwägungen anzustellen, und die bei ihr einlaufenden Überweisungsanträge auch ihre Richtigkeit zu prüfen. Die erleichterung des Zahlungsgeschäfts für die Kunden kann in aller Unabhängigkeit und aller Unparteilichkeit nur dann gewahrt werden, wenn jede Prüfung der Zweckmäßigkeit ausgeschlossen bleibt und die Bank sich streng auf diejenige Tätigkeit beschränkt, zu welcher sie nach dem Girovertrag verpflichtet ist, nämlich zur möglichst raschen Um-

ben ihr für D. C. Walter C. überwiesenen Betrag von 1677 RM am 13. Juli dessen Konto gutgeschrieben. Es verblieb auch dann noch ein Schuldsaldo des Kunden.

Die Kl. trägt vor, sie habe die Überweisungszorder an die Firma D. C. Walter C. irrtümlich gegeben, der Betrag sei bestimmt gewesen für die Firma D. C. Walter C. Nachfolger. Sofort nach Entdeckung des Irrtums sei die Bekl. Anfang August im Auftrage der Kl. von den Banken zur Rückzahlung aufgefordert worden. Die Bekl. hat sich aber geweigert. Sie sei zur Rückzahlung an die Kl. verpflichtet, weil sie um diesen Betrag auf Kosten der Kl. bereichert sei. Die Kl. hat Klage erhoben auf Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von 1677 RM.

Die Bekl. hat bestritten, daß auf Seiten der Kl. ein Versehen vorgelegen habe. Die Firma D. C. Walter C. habe den Betrag ohne Beanstandung angenommen. Walter C. habe durch Einsicht des Girokontobuchs und Entnahme der Gutschriftsaufgabe von der Überweisung Kenntnis erhalten und die Gutschrift durch Stillschweigen genehmigt. Die Bekl. sei bezüglich des überwiesenen Betrages lediglich Durchgangsstelle gewesen. Die Kl. könne sich aber, wenn sie überhaupt Ansprüche habe, nur an die Firma D. C. Walter C. halten.

Die Kl. habe entgegnet, C. habe damals zwecks außergerichtlicher Auseinandersetzung mit seinen Gläubigern unter der Verwaltung eines Gläubigerausschusses gestanden. Das Bankkonto sei ein Abwicklungskonto gewesen, welches zur alleinigen Verfügung des N. Dr. H. gestanden habe.

Das O. hat antragsgemäß verurteilt.

Mit dem O. ist als bewiesen anzusehen, daß die Kl. von der Firma D. C. Walter C. Nachfolger Waren im Fakturwert von 1677 RM gekauft und erhalten hat. Um die Zahlungsverpflichtung aus diesem Geschäft zu erfüllen, hat die Kl. die Z.-Bank in Prag angewiesen, 1677 RM an die Firma D. C. Walter C. in Hamburg zu überweisen. Dabei hat sie irrtümlich diese Firma, welche überhaupt keine Forderung an sie hatte, als Empfängerin bezeichnet anstatt ihre Gläubigerin, die Firma D. C. Walter C. Nachfolger.

Dem O. kann aber nicht gefolgt werden, wenn es auf Grund des Irrtums der Kl. eine Anfechtung der Überweisung an die Bekl. für zulässig hält.

Der Auftrag an die Z.-Bank war ein Auftrag zu einer Geschäftsbeforgung, nämlich mit Hilfe ihrer Bankverbindungen zu den üblichen Bankbedingungen eine Zahlung auszuführen. Die Z.-Bank hat den Auftrag, so wie er ihr gegeben worden war, weitergegeben an die Deutsche Bank, Filiale Hamburg und diese hat in Ausführung

Buchung der Überweisungen in den Büchern der Bank. Denselben Zweck hat jedes sonstige laufende Bankkonto; es dient dem Zahlungsverkehr und Überweisungsverkehr und muß völlig automatisch laufen. Wenn eigene Geschäfte der Bank mit dem Kunden Veranlassung zu irgendeiner Buchung auf dem laufenden Konto geben, so wird die betretende Tätigkeit an einer anderen Stelle der Bank ausgeübt; diejenige Stelle, welche dem Konto ab- oder zuschreibt, kann nur die formale Ordnungsmäßigkeit der ihr vorliegenden Aufträge zu Gut- oder Lastschriften prüfen, mögen sie von außen eingelaufen oder in der Bank selbst entstanden sein. Diese Übertragungstätigkeit muß äußerst schnell und äußerst präzise sich abwickeln; dies ist schon der Fall, wenn beide betroffenen Konten, das der Gutschrift und das der Lastschrift, bei derselben Bank geführt werden, noch mehr aber bei einem interurbanen Giroverkehr, wie er in Hamburg besteht, oder bei dem zwischenbanklichen Abrechnungsverkehr der Berliner Großbanken, wo die sämtlichen Gut- und Lastschriften bis zu einer bestimmten Tagesstunde zum Austausch gelangen. Im Giroverkehr der Reichsbank werden der Reichsbank gegenüber nur die Kontoinhaber von Girokonten genannt, während die hinter den Girokonteninhabern, wenn diese Banken sind, auf beiden Seiten stehenden Kunden, in deren Auftrage und zu deren Gunsten die Überweisung erfolgt, keine Erwähnung finden. Im Hamburger Giroverkehr und im gewöhnlichen bankmäßigen Überweisungsverkehr werden diese Kunden erwähnt, um dem Empfänger der Überweisung die Unterbringung zu erleichtern, ein zweimaliges Visitieren, vom veranlassenden Kunden zum empfangenden Kunden und von diesem an seine Bank zu vermeiden, und somit zu einer Beschleunigung beizutragen. Diese Angaben dienen aber ausschließlich technischen Zwecken, und es wird insbes. für den endgültig empfangenden Bankkunden kein dingliches Recht auf die Überweisung geschaffen. In dem der Entsch. zugrunde liegenden Fall wollte N. an C. Nachf. in Hamburg einen Betrag überweisen. Er gab an die Z.-Bank den unrichtigen Auftrag zur Überweisung des Betrages an C., nicht C. Nachf. Wie die Überweisung erfolgen sollte, schrieb er weder vor noch kümmerte ihn dies. Die Z.-Bank steht in Geschäftsverbindung mit der D.-Bank in Hamburg. Sie gibt daher den Auftrag an die D.-Bank, dem C. den Betrag zu vergüten. Die D.-Bank stellt fest, daß sie C. nicht zu ihren Kunden zählt, daß aber bei der N.-Bank ein Konto für C. besteht. Im zwischenbanklichen Giro erkennt sie daher die N.-Bank für den Betrag. Diese bringt den Betrag auf das Konto des C. und benutzt ihn zur Verminderung des Debetfaltes des C. N. sieht nunmehr seinen Auftrag gegenüber der Z.-Bank an wegen Irrtums. Das HansO. verneint mit Recht, daß die weiteren

Banken Erfüllungsgewilligen der Z.-Bank waren, so daß die Anfechtung gegenüber der Z.-Bank auch die Wirksamkeit der Handlungen der anderen Banken berühre. Die Z.-Bank bediente sich nicht der D.-Bank, um eine Verbindlichkeit gegenüber A. zu erfüllen. Die D.-Bank war zur Erfüllung im vorliegenden Fall ihrerseits gar nicht einmal in der Lage. Aber auch wenn sie in der Lage gewesen wäre, wenn das Girokonto des C. bei ihr bestanden hätte, würde sich an dem Ergebnis nichts ändern, denn die Z.-Bank gab den Auftrag an die D.-Bank nicht weiter, weil bei ihr vielleicht ein Konto für C. geführt werden könnte, sondern damit die D.-Bank in Hamburg den Überweisungsauftrag der Z.-Bank ausführte. Es trifft daher zu, daß es sich um eine Kette selbständiger Aufträge handelt, die von einem Bankinstitut an ein anderes zu erteilen waren. Dieser Satz, dessen Richtigkeit unbedingte zu bejahen ist, ist weit über den Hamburger Giroverkehr für jeden bankmäßigen Überweisungsverkehr von der höchsten Bedeutung. Er schließt ein Herantreten des ursprünglichen Veranlassers (A.) an eine der späteren Banken aus. Es besteht zwischen A. und einer der späteren Banken keinerlei rechtsgeschäftliche Verbindung, so daß A., der wegen der üblichen Vereinbarung, daß die Banken nur für Auswahl ihrer Korrespondenten haften, von der Z.-Bank nichts erlangen kann, sich jetzt nicht direkt an die D.-Bank oder die N.-Bank wenden könnte mit der Behauptung, diese hätten sich einer Vertragsverletzung schuldig gemacht. Nur außervertragliche Ansprüche könnten ihnen gegenüber erhoben werden. Das O. prüft die Frage des unlauteren Wettbewerbs und der sittenwidrigen Schadenszufügung, und kommt dabei glatt zur Verneinung. Ein derartiger außervertraglicher Anspruch wird sich schlechterdings niemals konstruieren lassen; die letzte Bank in der Kette hat im voraus keinerlei Kenntnis, daß eine solche Überweisung erfolgen wird, und keine Einflußnahme darauf, daß sie geschieht. Es bleibt daher nur der Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung, welcher entfällt, soweit das Konto des Destinatärs der Überweisung einen Debetsaldo aufweist oder sonstige Ansprüche der letzten Bank der Überweisungskette gegen den Destinatär bestehen. Selbst die Frage, mit welcher sich das O. nicht zu befassen hatte, und nämlich im Fall des Konkurses von C. eine Anfechtung möglich wäre, wird regelmäßig zu verneinen sein. Das Ergebnis ist im Interesse eines sicheren und schnellen Zahlungsverkehrs nur zu begrüßen. Jemand, der wie A. unforgfältig verfahren hat, muß die Folgen auf sich nehmen. Die Rechtsicherheit verbietet eine Überwälzung der Folgen der schuldhaften Handlungsweise eines einzelnen auf die Gesamtheit.

Nun ist es allerdings richtig, daß der Zahlungsempfänger, die Firma D. C. Walter C. sich mit einer Rücküberweisung der 1677 RM einverstanden erklärt hat. Das geschah aber zu einer Zeit, als sie über diesen Betrag auf Grund der Bedingungen der Norddeutschen Bank, denen sie sich für ihr Girokonto unterworfen hatte, keine Verfügung mehr hatte. Girokonten werden täglich saldiert; durch einen Eingang wird ein Aktivsaldo des Bankkunden ver-

bes ihr gewordenen Auftrages die 1677 RM am 13. Juli 1928 an die Norddeutsche Bank für die Firma D. C. Walter C. mit der üblichen schriftlichen Ausgabe, die die Z.-Bank und die Kl. als Auftraggeber bezeichnete, überwiesenen. Es handelt sich bei diesem Auftrag nicht um eine Aufgabe, die durch Erfüllungsgewilligen zu erledigen war, sondern durch eine Kette selbständiger Aufträge, die von einem Bankinstitut an ein anderes zu erteilen waren. Hieraus folgt, daß zwar die Kl. der Z.-Bank gegenüber den dieser erteilten Auftrag wegen Irrtums anfechten konnte, keineswegs war aber eine Anfechtung abseiten der Kl. gegenüber der Norddeutschen Bank möglich. Denn zu dieser stand die Kl. überhaupt nicht in Rechtsbeziehungen. Die Überweisung von der Deutschen Bank an die Norddeutsche Bank ist von der ersteren im eigenen Namen erfolgt. Durch die Überweisung eines Betrages von Bank zu Bank wird immer nur ein Vertragsverhältnis zwischen den beiden Banken begründet, nicht aber zwischen dem Girokunden der überweisenden Bank und der empfangenden Bank. Die Deutsche Bank hat lediglich den ihr erteilten Auftrag, so wie er ihr gegeben war, ausgeführt. Bei ihr lag kein Willensmangel infolge Irrtums vor. Daher war für die Deutsche Bank keine Möglichkeit gegeben, die Überweisung anzufechten. Wenn also, wie die Kl. behauptet, die Deutsche Bank auf Aufforderung der Z.-Bank der Norddeutschen Bank Anfang August mitgeteilt hat, daß der Kl. in der Bezeichnung desjenigen, an dem der Betrag gezahlt werden sollte, ein Irrtum unterlaufen war, und um Rücküberweisung der 1677 RM gebeten hat, so liegt darin keine Anfechtung der Überweisung wegen Irrtums nach § 119 BGB. Jedenfalls fehlte einer beabsichtigten Anfechtung die rechtliche Wirkung. Andererseits kann ein jeder Auftrag unabhängig davon, ob ein Irrtum vorliegt oder nicht, widerrufen werden, solange er nicht ausgeführt worden ist. Als der Irrtum von der Kl. Ende Juli bemerkt wurde, waren aber alle Aufträge, nämlich von der Kl. an die Z.-Bank, von dieser an die Deutsche Bank, Filiale Hamburg und schließlich von dieser an die Norddeutsche Bank längst ausgeführt, bei der Norddeutschen Bank durch die am 13. Juli 1928 erfolgte unwiderrufliche Gutschrift der 1677 RM auf das Konto der Firma D. C. Walter C.

größert, ein Debetsaldo vermindert oder ausgeglichen. Durch die am 13. Juli 1928 erfolgte Gutschrift der 1677 RM auf dem Girokonto der Firma D. C. Walter C. war daher bedingungsgemäß automatisch der Debetsaldo um diesen Betrag verringert worden.

Der Umstand, daß die Firma D. C. Walter C. damals ihre Zahlungen eingestellt hatte und unter der Aussicht eines Gläubigerausgleiches stand, änderte daran nichts. Die Kenntnis hiervon durfte die Bekl. nicht veranlassen, den ihr für die Firma D. C. Walter C. überwiesenen Betrag nicht unverzüglich dem Konto derselben gutzubringen. Sie hätte durch eine auch nur verzögerte Auszahlung des ihr gewordenen Auftrages sich unter Umständen der Deutschen Bank, Filiale Hamburg, gegenüber schadenserfahrlässig gemacht. Irgendeine Überlegung oder Prüfung, ob die Überweisung, welche für Rechnung der Kl. erfolgte, zweckmäßig sei, lag ihr nicht ob.

Es kann der Bekl. nicht etwa der Vorwurf gemacht werden, sie habe in unlauterer Weise die Kl. dadurch um 1677 RM geschädigt, daß sie diesen Betrag dem Konto der Firma D. C. Walter C. gutgebracht und auf diese Weise in dieser Höhe Deckung für ihre Forderung an die genannte Firma erlangt habe (vgl. den ähnlich liegenden Fall in RG. 54, 329 ff.). Ebensovienig kann gegen die Bekl. ein Anspruch aus § 826 BGB. daraus hergeleitet werden, daß sie dem im August 1928 gestellten Verlangen des Kontoinhabers, die 1677 RM zurückzüberweisen, nicht entsprochen hat. Das hätte einen Verzicht der Bekl. auf ein mit der Gutschrift auf Grund der Girobedingungen erworbenes Recht bedeutet, zu dem die Bekl. keine rechtliche Veranlassung hatte. Die Frage, ob eine solche Befriedigung der Bekl. im Falle des Konkurses des Kunden ansehnlich gewesen wäre, braucht hier nicht erörtert zu werden.

Was schließlich den Klaggrund der ungerechtfertigten Bereicherung angeht, so hat die Norddeutsche Bank allerdings durch die Verrechnung einen Vermögensvorteil erlangt, indem sie für ihre Forderung an die Firma D. C. Walter C. zur Höhe von 1677 RM Befriedigung erhielt. Hierauf hatte sie aber auf Grund der Girobedingungen einen Anspruch. Daher ist der Vermögensvorteil kein ungerechtfertigter.

(OLG. Hamburg, 5. ZivSen., Urf. v. 16. Juni 1930, V 134/30.)
Mitgeteilt von OLR. Dr. Paul Wohlwill, Hamburg.

*

Hamm.

6. In der Übereignung einer dem Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache ist die Übertragung des aufschiebend bedingten Eigentums, der Anwartschaft, zu finden. †)

Die Kl. hat die Widerspruchsklage gem. § 771 ZPO. erhoben. Dieser Klage entspricht allerdings der von ihr gestellte Antrag, die Bekl. zur Freigabe zu verurteilen, nicht. Zu einer Leistung, die in einer Verurteilung zur Freigabe liegen würde, ist der vollstreckende Gläubiger im Falle des § 771 ZPO. keinesfalls verpflichtet. Der Klageantrag ist vielmehr dahin zu richten, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Da sich jedoch aus dem Sachverhältnis mit Sicherheit ergibt, daß mit dem Antrag auf Freigabe der Antrag, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, gemeint ist, bestehen keine Bedenken, den falsch gestellten Klageantrag im Urteilspruch richtig zu fassen.

In der Sache selbst ist davon auszugehen, daß die Kl. durch die mündliche, mit Schreiben v. 14. März 1929 bestätigte Vereinbarung noch nicht sofort Eigentum erlangt hat. Der Eigentumserwerb der Kl. scheiterte daran, daß zu diesem Zeitpunkt der Wagen noch nicht voll bezahlt war und daher noch im Eigentum des Verkäufers F. stand. Wenn die Firma S. & Co. also zu dieser Zeit über den Wagen verfügte, so handelte sie als Nichtberechtigter, so daß ein Eigentumserwerb der Kl. durch Besitzkonstitut mit Rücksicht auf § 933 BGB. ausgeschlossen war. Der unmittelbare Besitz ist der Kl. auch nicht übertragen worden.

Nach der Auffassung des erkennenden Gerichts hat aber die Schuldnerin S. & Co. durch die mit Schreiben v. 14. März 1929 bestätigte mündliche Vereinbarung überhaupt nicht sofortiges unbeschränktes Eigentum auf die Kl. übertragen wollen. Die Beteiligten mußten, daß der Wagen nicht Eigentum der Schuldnerin war, daraus muß gefolgert werden, daß sie gar nicht den Willen hatten, über ein Recht zu verfügen, das der Schuldnerin selbst noch nicht zustand.

Es liegt daher nahe, den Inhalt der Vereinbarung aus dem März 1929 dahin auszuliegen, daß man der Kl. das Eigentum übertrag unter der Bedingung, daß die Schuldnerin inzwischen selber Eigentümerin wurde. Dann wäre, als die Schuldnerin im August 1929 die letzte Rate an F. zahlte und damit Eigentum erwarb, gemäß § 158 BGB. die Kl. Eigentümerin geworden. Die Kl. brauchte in diesem Falle die nach der bedingten Übereignung ausgebrachte Pfändung der Bekl. mit Rücksicht auf § 161 BGB. nicht gegen sich gelten zu lassen. Nach dieser Bestimmung sind, falls über einen Gegenstand aufschiebend bedingt verfügt worden ist, alle weiteren Verfügungen, denen nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes auch Zwangsvollstreckungsakte gleichgestellt werden, insoweit unwirksam,

als sie die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung ver-eiteln oder beeinträchtigen würden.

Richtiger aber als die Annahme einer an eine Bedingung geknüpften Eigentumsübertragung erscheint noch eine andere Auslegung. Wenn nach dem Gesagten die Beteiligten einig waren, daß die Kl. erst dann Eigentum erwerben konnte, wenn die Schuldnerin selbst Eigentum erlangt hatte, so ist der Eigentumserwerb der Schuldnerin nicht als Eintritt einer echten Bedingung, eines zukünftigen ungewissen Ereignisses, aufzufassen, sondern lediglich als Voraussetzung für den Eigentumserwerb der Kl. (sog. Rechtsbedingung). Es wird im März 1929 nicht der Wille der Parteien gewesen sein, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, dessen Rechtserfolg erst in der Zukunft eintreten sollte und bei dem die Kl. möglicherweise überhaupt keine Sicherheit erhielt, wenn aus irgendeinem Grunde die Bedingung — Zahlung der letzten Rate an F. und damit Eigentumsübergang auf die Schuldnerin — ausfiel. Man muß vielmehr davon ausgehen, daß die Beteiligten wollten, die Kl. solle unmittelbar im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht erst in der Zukunft, eine Sicherheit erhalten. Diesen Erfolg konnten sie aber nur herbeiführen, wenn die Schuldnerin S. & Co. der Kl. das aufschiebend bedingte Eigentum übertrug, so wie sie es zur Zeit des Vertragsschlusses selbst hatte, also ihre durch die teilweise Zahlung des Kaufpreises an F. erworbene Anwartschaft auf den Wagen abtrat. Daß der Wortlaut des Bestätigungsschreibens diesen Sinn nicht ohne weiteres erkennen läßt, steht der Auslegung nicht entgegen (§ 133 BGB.), da diese Auslegung zweifellos am meisten dem wahren Willen der Vertragsparteien entspricht, wie er bei den Verhandlungen im März 1929 zum Ausdruck gekommen ist. Unerheblich ist ferner, ob sich die Beteiligten über die rechtliche Konstruktion des von ihnen vorgenommenen Geschäfts klargeworden sind. Es genügt, daß der eingetretene Erfolg gewollt war. In der Erklärung, Eigentum zu übertragen, ist zugleich das weniger Weitgehende, die Übertragung des Anwartschaftsrechtes, enthalten.

Die Übertragung der Anwartschaft auf die Kl. bedeutet, daß sie vom März 1929 an die dinglich Berechtigte war, daß also das von der Zahlung der letzten Rate aufschiebend bedingte Eigentum an dem Wagen sich mit Eintritt der Bedingung im August 1929 in unbedingtes Eigentum in der Person der Kl. verwandelte.

Hat aber die Kl. in dieser Weise unmittelbar Eigentum erworben, so ist ein wirksames Pfandrecht für die Bekl. nie entstanden. Als die Bekl. im April 1929 pfändete, hatte die Schuldnerin S. & Co. ihre Anwartschaft bereits an die Kl. abgetreten. Das Auto hat also weder vor noch nach April 1929 im Eigentum der Schuldnerin gestanden und zu ihrem Vermögen gehört. Ein wirksames Pfandrecht, das nur an Sachen des Schuldners bestehen kann, konnte somit durch die Pfändung weder sofort noch nachträglich entstehen, weil der Pfandgegenstand nie zum Vermögen des Schuldners gehört hat. Aus diesem Grunde ist die Kl. zur Klage berechtigt, obwohl sie das Eigentum erst nach der Pfändung erworben hat (OLG. 26, 412).

(OLG. Hamm, 7. ZivSen., Urf. v. 24. Nov. 1930, 7 U 148/30.)
Mitgeteilt von RA. Eilert, Hamm.

*

Stuttgart.

7. §§ 119, 455, 321, 242 BGB. Versehentliches Weglassen ist kein Irrtum über den Inhalt der Erklärungs-Eigentumsvorbehalt auf der Rechnung ist verspätet.

Die Kl. pflegt in der Auftragsbestätigung das Eigentum bis zur Bezahlung vorzubehalten. Das unterließ sie im vorl. Fall und socht deshalb den Verkauf wegen Irrtums an. Hätte der Bekl. den Vorbehalt sogleich zurückgewiesen, so hätte die Kl. nach ihrer Behauptung den Rücktritt gemäß § 321 BGB. erklärt, da der Bekl. inzwischen in Zahlungsschwierigkeiten geraten sei. Sie stützt die Rückforderung der Waren auch auf den Eigentumsvorbehalt in ihren Rechnungen. Der Bekl. habe mindestens gegen Treu und Glauben verstoßen, indem er die Ware hehelt, ohne den Vorbehalt gelten zu lassen. Die Klage wurde abgewiesen. Ein Eigentumsvorbehalt kann auch noch bei Übergabe der Ware vereinbart werden. Dazu lassen RG.: JW. 1929, 2164 und Brtmann: JW. 1930, 1421 (auch Rühl und Holzheim: JW. 1930, 3493) einen Vermerk auf der Rechnung genügen. Das RG. hat jedoch gelegentlich ausgesprochen, daß Rechnungen nur zur Angabe der verhandten Warenmengen und der geschuldeten Beträge bestimmt seien (Recht 1923, 367; 1924, 1322). Dem schließt sich für den vorl. Fall das OLG. hauptsächlich auch deshalb an, weil Rechnungen in größeren Geschäften gewöhnlich nur von untergeordneten Angestellten behandelt werden. Brauchte also der Bekl. den Vorbehalt nicht zu beachten, so verstieß er auch nicht gegen Treu und Glauben, wenn er ihn nicht zurückwies. Verweigerung der Leistung nach § 321 BGB. steht im Gegensatz zum Vorbehalt des Eigentums, denn im letzteren Fall will der Verkäufer leisten. Irrtum über den Inhalt der Erklärung liegt nicht in der Weglassung des Vorbehalts im Bestätigungsschreiben, denn der Kauf war ohne Vorbehalt geschlossen worden. Wollte die Kl. den Vorbehalt erst durch das Bestätigungsschreiben herbeiführen, so irrte sie ebenfalls nicht über den Inhalt ihrer Erklärung.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Urf. v. 9. Okt. 1930, U 693/30.)

*

8. § 242 BGB. Ein Voranschlag gilt, auch wenn der Werkvertrag darauf Bezug nimmt, nach der Verkehrssitte nicht für die Ausmessungen.

Der Kl. hat dem Bekl. Grab- und Maurerarbeiten auf Grund eines Voranschlags vergeben. In diesem waren die Posten nach cbm-Maßen unter Schätzung der Massen berechnet. Beim Nachmessen des fertigen Baues ergaben sich größere Massen. Zur Zahlung der Mehrleistung wurde der Bekl. verurteilt. Er will den Voranschlag als Grenze seiner Schuldigkeit verstehen, einerlei was die Nachmessung ergab. Diese Auffassung widerspricht aber der Verkehrssitte. Der Bekl. müßte beweisen, daß er sich mit dem Kl. auf einen festen Gesamtpreis geeinigt habe. Da er das nicht kann, behält der Voranschlag seine Gültigkeit nur in bezug auf die Einzelpreise. Denn es war vorauszusetzen, daß sich bei Ausführung des Baues die Ausmaße ändern können.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Urt. v. 16. Okt. 1930, U 1262/29.)

Berlin.

II. Verfahren.

9. § 13 RWObD. Mit dem Beschluß auf Aktenbeziehung hat das Weisaufnahmeverfahren begonnen. Die Empfangnahme und Weitergabe des Beschlusses genügt zur Begründung der anwaltschaftlichen Beweisgebühr, auch wenn die Akten nicht eingehen. Im letzteren Falle entsteht auch die Gebühr des § 17 RWObD., wenn nach der Anordnung der Aktenbeziehung weiter verhandelt wird. †)

Der Senat hat bereits in der Entsch. 20 W 9438/30 v. 2. Okt. 1930 grundsätzlich ausgesprochen, daß, auch wenn die angeordnete Weisaufnahme aus irgendwelchen Gründen später nicht durchgeführt worden ist, durch die danach stattfindende mündliche Verhandlung die weitere Verhandlungsgebühr erwächst.

(RG., 20. Sen., Beschl. v. 19. Jan. 1931, 20 W 13104/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Hugo Behrend, Charlottenburg.

Köln.

10. §§ 114 ff. ZPO. Die Bewilligung des Armenrechts für einen Teilbetrag statt, wie beantragt, für die ganze Klageforderung ist nur in Fällen besonderer Zweifelhafteit der Sach- und Rechtslage und bei hohem Streitwert zulässig.

Das OLG hat der Antragstellerin das Armenrecht nur für einen Teilbetrag von 501 RM bewilligt, weil bei der Unsicherheit der Sach- und Rechtslage die Erhebung einer Klage über einen höheren Betrag als 501 RM, der die Zuständigkeit des OLG. begründe, als unzulässig anzusehen sei.

Die Beschwerde hatte Erfolg. Den grundsätzlichen Erwägungen des OLG. ist allerdings zuzustimmen. Es ist eine bekannte Erfahrung, daß auch nicht arme Parteien manchmal der Kostenersparnis halber nur einen Teilbetrag einklagen, wenn der Anspruch sowohl nach der

Zu 9. Schon am 7. Juni 1928 (ZB. 1928, 2160¹⁸) hat der Kostenrat des RG. ausgesprochen, daß die Verkündung eines Beweisbeschlusses die objektiven Voraussetzungen der anwaltschaftlichen Beweisgebühr (Regium des Weisaufnahmeverfahrens) begründet, jede Tätigkeit im Weisaufnahmeverfahren aber, die unmittelbar auf dieses Regium hat, die subjektiven Voraussetzungen des § 13 Nr. 4 RWObD. Als solche Tätigkeit genügt z. B. die Empfangnahme und Weitergabe des Beweisbeschlusses. Daß auch die bloße Empfangnahme des Beschlusses oder die Kenntnisaufnahme von seinem Inhalt Anwesenheit bei der Verkündung, Einsicht der Gerichtsakten) genügt, kann nach dem maßgebenden Pauschalprinzip und wohl auch nach der Begründung des Kammergerichts. Beschlusses keinem Zweifel unterliegen.

Die Meinung des RG. deckt sich also mit der von mir bei Walter-Joachim-Friedlaender⁸ § 13 Anm. 78, 93 vertretenen und dort näher begründeten Ansicht, die zwar immer noch nicht völlig durchgedrungen ist, die aber allein dem praktischen Bedürfnis gerecht wird und lebensfremde Unterscheidungen vermeidet. Diese Erkenntnis muß und wird sich allmählich Bahn brechen; die hier vertretene Ansicht ist auch mehrfach bereits als die jetzt herrschende bezeichnet worden (vgl. z. B. OLG. Nürnberg: ZB. 1925, 2374⁴⁷; Sonnen: ZB. 1929, 138⁴⁶).

In der obigen Entsch. hält das OLG. an seiner Rspr. fest. Es werden insbes. die Konsequenzen für den Fall der Aktenbeziehung (zum Zwecke des Beweises) gezogen. Mit dem Erlasse des Beziehungsbeschlusses beginnt das Weisaufnahmeverfahren. Nimmt der Kl. von dem Beschlusse Kenntnis, so ist die Beweisgebühr entstanden (das OLG. erwähnt auch hier die Weitergabe an die Partei; bezüglich dieses nicht wesentlichen, im konkreten Fall aber offenbar vorgelegenen und deshalb vom OLG. erwähnten Moments verweise ich auf die obigen Ausführungen). Wird die Aktenbeziehung zwar beschloffen, aber nicht ausgeführt, so hat ein Weisaufnahmeverfahren begonnen, also stattgefunden, und die einmal entstandene Beweisgebühr bleibt bestehen; eine nach Beginn des Weisaufnahmeverfahrens stattgehabte mündliche Verhandlung begründet die erhöhte Verhandlungsgebühr nach § 17 RWObD.

RA. Dr. Friedlaender, München.

rechtlichen wie der tatsächlichen Seite noch ungeklärt ist und sich deshalb über die Aussichten des Rechtsstreits nur schwer etwas Sicheres sagen läßt. Denselben Betrachtungen darf auch das Gericht bei der Entsch. über die Bewilligung des Armenrechts Raum geben. Denn die arme Partei kann sich nicht beschweren, wenn sie so gestellt wird, wie jeder vernünftigen Erwägungen zugängliche Mensch in ihrer Lage handeln würde, falls er einen Rechtsstreit auf eigene Kosten führen müßte. Ihre Rechte werden dadurch in keiner Weise unzulässig beschränkt. Es kommt noch hinzu, daß auch Überlegungen aus der Person des Gegners eine Teilbewilligung unter den erwähnten Umständen als angebracht erscheinen lassen. Denn dieser wird in einen zweifelhaften Rechtsstreit verwickelt, bei dem er Nervenkraft und sein Geld einsetzen muß, ohne daß er meist die Hoffnung auf irgendwelchen Erfolg hat, eine Tatsache, auf die Baumbach, ZPO., überblickt vor § 114 Anm. 1 mit Recht hinweist.

Was die Beschwerde gegen die Teilbewilligung vorbringt, ist nicht stichhaltig. Abgesehen davon, daß eine andere Besetzung des Gerichts nicht so oft eintritt und außerdem die Gefahr einer entgegengesetzten Entsch. im späteren Prozeß in Wirklichkeit nicht so groß ist, namentlich wenn in dem ersten Prozeß die Sachlage durch Weisaufnahmen usw. geklärt war, so laufen doch auch die Ausführungen der Beschwerde im Ergebnis darauf hinaus, daß der armen Partei ein Vorteil verbleiben müsse, auch wenn er unberechtigt ist. Denn wenn ihr das Gericht den zunächst eingeklagten Teilbetrag zuerkennt, dann aber in einer anderen Besetzung sie mit dem Rest abweist, so wird damit festgestellt, daß dieser Restanspruch nicht gerechtfertigt ist. Sie kann sich daher nicht darüber beschweren, daß ihr nicht zugesprochen wird, wozuf sie nach der neuen Entsch. kein Recht hat. Auch der andere Einwand der Beschwerde, daß der Gegner Vermögensstücke beiseite schaffen könne, kann nicht entscheidend sein. Diese Gefahr besteht immer. Es kann ihr gegebenenfalls durch Ansetzung der in Frage kommenden Rechtsbehandlung oder durch andere Rechtsbehelfe begegnet werden.

Es steht daher grundsätzlich nichts entgegen, daß das Gericht in Fällen der angegebenen Art nur für einen Teilbetrag das Armenrecht bewilligt und im übrigen das Armenrecht ablehnt, weil die Rechtsverfolgung mutwillig sei (ebenso im Ergebnis Stein-Jonas, ZPO. § 114 Anm. II; Baumbach, ZPO. § 119 Anm. 1 B).

Aber diese Teilbewilligung ist nicht bei jedem Bedenken gegen den Klageanspruch am Plage. Auch die nicht arme Partei klagt einen Teil nur in Ausnahmefällen ein. Jeder Rechtsstreit, der durchgetragen wird, birgt durchweg Unsicherheiten rechtlicher oder tatsächlicher Art in sich. Es muß daher eine besondere Zweifelhafteit der Sach- und Rechtslage und eine besondere Ungewißheit des Erfolges vorliegen. Es kommen etwa nur nahe Angehörige oder rechtlich beteiligte Personen als Zeugen in Frage oder die zur Entsch. stehenden Rechtsfragen sind in der Rspr. noch ungeklärt oder sie sind ganz neu und ihre Beantwortung unsicher. Auch eine erhebliche Höhe des Streitwerts kann in Verbindung mit der Zweifelhafteit eine Teilbewilligung angebracht erscheinen lassen. Ein für alle Fälle gültiger Grundsatz läßt sich jedoch nicht aufstellen. Dafür, daß nur in besonders gelagerten Fällen eine Teilbewilligung tunlich ist, spricht ferner der Umstand, daß Teilklagen vielfach die Zahl der Rechtsstreitigkeiten vermehren, ein Ergebnis, das möglichst vermieden werden muß.

Hier liegt eine Unsicherheit vor, die im Grunde jedem Rechtsstreit anhaftet und die daher eine Teilbewilligung nicht rechtfertigt. Selbst wenn man daneben noch die Höhe des Streitwerts berücksichtigt, kann das Ergebnis nicht anders sein. Denn es werden nur 3000 RM geltend gemacht, also ein verhältnismäßig geringer Betrag.

(OLG. Köln, 2. ZivSen., Beschl. v. 24. Nov. 1930, 2 W 386/30.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Schmid, Köln.

Hamburg.

b) Strafsachen.

11. § 370 BGB. Wer eine Quittung entwendet und erfolgreich zur Zahlung präsentiert, ist strafbar. †)

Angekl. war bei St. als Fuhrmann beschäftigt und in dieser Eigenschaft auch zum Inkasso von Kundengeldern ermächtigt gewesen. Nach seiner Entlassung entwendete er nächstlicherweil aus dem Kontor des St., in das er sich eingeschlichen hatte, eine

Zu 11. I. Betr. 1. Was das OLG. zu §§ 170, 171 BGB. ausführt, merkt erste Bedenken. Wären nämlich diese anwendbar, so hätte Angekl. dem gutgläubigen (§ 173) S. gegenüber als zum Inkasso ermächtigt gegolten, da dem S. eine Widerrufsanzeige des St. nicht zugegangen ist. Sie dürften aber überhaupt nicht einschlagen, da weder festgestellt noch zu vermuten ist, daß St. den Angekl. durch Erklärung gegenüber dem S. bevollmächtigt oder dem S. die Vollmachtserteilung kundgegeben habe. Es bedurfte dessen nicht, da zur Legitimation des Angekl. die ihm jeweils mitgegebene Quittung genügte.

Hätte St. dem Angekl. (vor der Entlassung) eine Inkassovollmachtsurkunde behändigt gehabt, dieser aber sie nach der Entlassung nicht zurückgegeben, sondern unbefugt einbehalten und dem (gutgläubigen) S. erfolgreich präsentiert, so wäre S. durch Zahlung befreit (§ 172 BGB.). Geschädigt wäre also St. Ihm gegenüber wäre mithin vollendeter Betrug begangen.

Anders, wenn Angekl. die (auf ihn lautende) Inkassovoll-

Quittung des St., präsentierte sie dem Kunden H. und kassierte den Betrag, den er für sich verordnete. W. Bremen verurteilte wegen schweren Diebstahls und Betruges. Das Urteil wurde in Ansehung des Diebstahls rechtskräftig; die Revision bez. des Betrugs führt zur Zurückverweisung. W. führt aus, daß die Vollmacht des Angekl. zum Kassieren infolge seiner Entlassung erloschen gewesen sei, und daß deshalb H. durch die Zahlung an den Angekl. von seiner Schuld nicht befreit worden sei und daher einen Vermögensschaden in Höhe von 3,50 RM erlitten habe. Diese Ansicht, zu deren Begründung vom W. auf §§ 170, 171 BGB. verwiesen wird, erscheint rechtsirrtümlich. Es ist übersehen, daß nach § 370 BGB. der Überbringer einer Quittung als er-

mächtigt dem St. nach der Entlassung weggenommen (bzw. nach Rückgabe wieder weggenommen) und nunmehr dem H. erfolgreich vorgewiesen hätte. Hier nämlich wäre H. auch bei Gutgläubigkeit (§ 173 BGB.) nicht befreit. Denn der Gutgläuberschluß der §§ 171, 172 setzt voraus, daß Gläubiger die Vollmacht dem Vertreter „ausgehändigt“ hat. H. würde folglich hier nur nach Maßgabe §§ 177, 185 (362 Abs. 2) befreit werden. Angekl. hätte sich daher des Betrugs gegen H. schuldig gemacht.

2. Entscheidend ist § 370 BGB. Daß ihn das W. übersehen, ist sehr befremdlich. Ohne ein gewisses Maß zivilrechtlicher Kenntnisse steht ein Strafrichter nicht auf der Höhe seiner verantwortungsvollen Aufgabe.

a) Der Quittungsträger ist inkassoermächtigt, wenn er mindestens beschränkt geschäftsfähig (§ 165 BGB.) und die Quittung ihm vom (geschäftsfähigen) Gläubiger zwecks Inkasso behändigt ist (§§ 167, 362 Abs. 2 BGB.). Verwendet er das Empfangene für sich, so begeht er Unterschlagung, falls er namens und für Rechnung des Gläubigers kassiert hatte, es liege denn ein besonderer Rechtfertigungsgrund vor, wie z. B. beauftragte Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegen den Gläubiger. Der Fall, daß der Kassierende zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des Gläubigers kassieren soll, wird beim Quittungsträger kaum vorkommen; wäre er praktisch, so würde nicht Unterschlagung, sondern allenfalls Untreue i. S. § 266 Abs. 2 in Frage kommen. Weber Unterschlagung noch Untreue endlich kommt zum Zuge, wenn der Quittungsträger für eigene Rechnung kassieren soll, m. a. W. wenn hinter der Quittungsbehändigung eine — dem Schuldner nicht kundgegebene — Abtretung (§ 398 BGB.) oder Empfangsermächtigung (§ 362 Abs. 2 BGB.) steht; Hauptbeispiel: Gläubiger übergibt seinem Gläubiger zahlungshalber eine Quittung mit dem Auftrage, den Quittungsbetrag beim Drittschuldner einzuhoben.

b) Der Quittungsträger gilt als inkassoermächtigt, wenn er zwar objektiv nicht inkassoermächtigt ist (i. S. des Vorigen), vom Schuldner aber gutgläubig für inkassoermächtigt gehalten wird (§ 370 BGB.). Dieser Gutgläubenschutz greift — anders als bei der Vollmachtsurkunde — selbst dann Platz, wenn die Quittungsurkunde dem Gläubiger wider Willen abhanden gekommen, z. B. vom Quittungsträger heimlich entwendet worden ist. Die Gutgläubigkeit des Schuldners wird im Zivilprozeß vermutet (Fassung des § 370; vgl. Art. 3 BGB.); sie dürfte aber auch im Strafverfahren (§ 262 StP.) bis auf Gegenbehauptung zu unterstellen sein. Der Schuldner ist nicht gutgläubig, wenn er entweder weiß, daß der Quittungsträger nicht inkassobefugt ist, oder wenn er zwar dies nicht weiß, die ihm bekannten Umstände aber so geartet sind, daß er bei Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt die Nichtermächtigung hätte erkennen müssen. Er bleibt also gutgläubig, wenn jene Umstände (z. B. Dienstentlassung) ihm fahrlässigerweise unbekannt geblieben sind. Ist Schuldner gutgläubig, so wird er durch Leistung an den Quittungsträger befreit; Geschädigter ist mithin nicht er, sondern der Gläubiger, dem sein Forderungszug entzogen ist (Fall der Betrugsbegehung durch Täuschung eines Dritten). Ist Schuldner schlechtgläubig i. S. des Wissens um den Sachverhalt, so ist Schuldner nicht getäuscht, Gläubiger nicht geschädigt, vollendeter Betrug also aus zweifachem Grunde nicht begangen. Ob Betrugsversuch denkbar sei, siehe dahin. Ist Schuldner schlechtgläubig i. S. der Fahrlässigkeit, d. h. hätte er aus den ihm bekannten Tatsachen die Nichtermächtigung folgern sollen, so wird Schuldner nicht befreit, Gläubiger also nicht geschädigt. Geschädigt ist jedoch der Schuldner selbst; ihm gegenüber ist mithin vollendeter Betrug begangen. Seine culpa concurrens ist nur bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. — Die Zueignung des entzogenen Geldes ist straflose Nachtat.

Im Vorstehenden wurde Echtheit der Quittung unterstellt. Daß § 370 auf die gefälschte Quittung nicht anwendbar ist, steht außer Streit. Bestritten dagegen ist seine Anwendbarkeit auf die verfälschte, d. h. unterschrittschichte, aber textgefälschte, insbes. auf die mittels Blankettfälschung hergestellte Quittung (bejahend z. B. Planck-Siber, verneinend Staudinger zu § 370). Die ratio des § 370 (Gutgläubenschutz) fordert m. E. die Bejahung. Das Gegeninteresse des Gläubigers muß zurücktreten; denn es wäre seine Sache gewesen, eine Blankounterschrift nicht abzugeben bzw. einer nachträglichen Textverfälschung vorzubeugen. Folgt man dieser Auffassung, so ist auch hier Betrug zum Nachteil des Gläu-

mächtigt gilt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die des Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen. Dies gilt auch dann, wenn der Überbringer die Quittung gestohlen hat (vgl. Staudinger, § 370 Anm. 2). H. ist also durch die Bezahlung der Quittung von seiner Schuld befreit und in seinem Vermögen nicht beschädigt worden. Es wird nunmehr zu prüfen sein, ob eine Vermögensbeschädigung des St. vorliegt. Wenn dies zu bejahen ist, ist die weitere Prüfung erforderlich, ob sich die Einkassierung des Quittungsbetrages nicht als straflose Nachtat zu dem Diebstahl der Quittung darstellt. Wenn der Angekl. bereits beim Diebstahl der Quittung den Vorsatz hatte, sie durch Einkassierung des Quittungsbetrages zu ver-

bigers möglich. Über die (von der herrschenden Lehre bejahte) Frage der Idealkonkurrenz zwischen Betrug und schwerer Urkundenfälschung vgl. Frank III zu StGB. § 268.

3. Besondere Erwägungen greifen Platz, wenn der Einkassierer nicht eine Quittung, sondern eine auf ihn lautende Abtretungsurkunde des Gläubigers vorweist, der, wie er weiß, eine wirksame Abtretung nicht zugrunde liegt (§ 409 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Hier nämlich wird Schuldner durch Leistung an den Einkassierer nicht nur dann befreit, wenn er glaubt, die Abtretung sei erfolgt, sondern selbst dann, wenn das Gegenteil ihm bekannt ist (!). Man könnte also meinen, daß eine Täuschung hier irrelevant und folglich ein Betrug überhaupt nicht begreifbar sei. Dem wäre jedoch schwerlich zu folgen. Denn der Schuldner kann zwar, aber er muß nicht an den Pseudozeessionar leisten. Bezeugt also Schuldner, er würde an diesen bestimmt nicht geleistet haben, wenn er nicht durch ihn positiv in Irrtum versetzt worden wäre (was schon durch bloße Vorlegung der Urkunde geschieht), so ist die Täuschung motivierend („ursächlich“) und somit vollendeter Betrug gegeben.

Zweifelhaft kann sein, ob das Vorgesagte auch dann gilt, wenn die Abtretungsurkunde dem Gläubiger entwendet worden ist. Für die Verneinung spricht die Analogie des § 935, sowie der Vollmächts-, für Bejahung streitet diejenige der Quittungsurkunde. Die letztere liegt näher. Ihr steht übrigens auch der Gesetzeswortlaut zur Seite; denn § 409 spricht nur von „Ausshändigen“, nicht von „Ausshändigen“.

Noch zweifelhafter ist, ob die gleiche Entsch. auch dann zu treffen sei, wenn die Abtretungsurkunde unterschrittschicht, aber textgefälscht ist. Wer dem diesbezüglich angeklagt der Quittung Ausgeführten bestimmt, wird auch hier zur Bejahung geneigt sein. Für unbillig darf dies insoweit nicht erklärt werden, als der Schuldner gutgläubig ist. Denn der Gläubiger, der eine Fälschung ermöglicht, ist offenbar näher zum Schaden als der gutgläubige Schuldner. Ist der Schuldner schlechtgläubig, so wird dem Gläubiger allerdings in diesem Sonderfalle die Arglisteneinrede nicht versagt werden können.

II. Diebstahl? W. hat in der nächtlichen Wegnahme der Quittung einen (qualifizierten!) Diebstahl erblickt. Von diesem Standpunkt aus dürfte es natürlich — wie OW. mit Recht andeutet — den Angekl. nicht auch noch wegen Betrugs verurteilen (vgl. RGSt. 39, 239). Der „Betrug“ war vielmehr diesfalls straflose Nachtat ebenso wie die Zueignung des kassierten Geldes. Es fragt sich jedoch, ob in der Wegnahme der Quittung ein Diebstahl überhaupt gesehen werden kann, oder ob es nicht vielmehr an dem Erfordernis der Zueignungsabsicht gebricht.

1. Gesetz, Angekl. hätte nicht eine Quittung, sondern eine Inkassovollmachtsurkunde (oder eine Abtretungsurkunde) entwendet, diese erfolgreich dem H. vorgelegt und sodann wieder in das Kontor des St. zurückgeschmuggelt, so würde wohl auch das W. auf den Gedanken einer Zueignungsabsicht nicht gekommen sein. Denn die bloße Vorweisung ist keine Zueignung, furtum usus ist kein Diebstahl.

2. Das gleiche gilt nun aber auch für die Quittung. Angekl. hat diese zwar freilich dem H. nicht nur vorgewiesen, sondern übereignet. Allein auch in dieser Übereignung ist eine Zueignung schwerlich zu erblicken, da sie nur Zug um Zug gegen Zahlung erfolgte, der zahlende Schuldner H. aber gegenüber dem Gläubiger St. ein Recht auf die Quittung hatte (§§ 368, 370 BGB.). Angekl. hat also nur das getan, was bei dieser Sachlage auch St. selbst hätte tun müssen, und er hat es getan nicht als angemaßter Eigentümer der Quittung, sondern nur als angebotlicher Beauftragter (Ermächtigter) des Gläubigers St. Inwiefern hierin eine Zueignung der Quittung liegen soll, ist nicht ersichtlich. Daher kann man auch nicht zu der Feststellung gelangen, Angekl. habe schon bei Entwendung der Quittung in Zueignungsabsicht gehandelt. Seine Absicht ging vielmehr — ähnlich derjenigen des Urkundenfälschers — auf Gebrauchmachung zum Zwecke der Täuschung bzw. der Betrugsbegehung.

Anders werden jene entscheiden, die in der Quittung eine Art Legitimationspapier erblicken, die Wegnahme eines solchen behufs demnachstiger Realisierung des in Frage kommenden Vermögensanpruches aber als Diebstahl qualifizieren (Sparkassenbuch, Garderobemarke). Indes selbst wenn letzteres richtig wäre (was

werten, wird die Annahme nicht gerechtfertigt sein, daß der Angekl. sich durch die Vermirklichung dieses bereits bei der Begehung des Diebstahls gefassten Entschlusses einer neuen selbständigen Straftat schuldig gemacht hat. Da die Quittung ohne Einkassierung des Quittungsbetrages für ihn wertlos war, so ist die Vermutung naheliegend, daß der Angekl. bereits bei Begehung des Diebstahls die Verwertungabsicht hatte.

(OLG. Hamburg, VerSen. II, Ur. v. 7. Aug. 1930, R II 185/30.)

Stettin.

12. § 6 MaßD. Der Begriff des Bereithaltens ist objektiv und subjektiv zu fassen. †)

Wie der Senat in 2 S 257/24; 2 S 255/25: JW. 1926, 1246 zum Ausdruck gebracht hat, ist allerdings ein Bereithalten schon dann zum Ausdruck gebracht, wenn die Waage an einem Orte, an dem sich der öffentliche Verkehr vollzieht oder der mit solchen Orten in Verbindung steht, so aufgestellt oder aufbewahrt wird, daß die Anwendung zum öffentlichen Verkehr möglich erscheint und nach Lage der Verhältnisse zu erwarten ist. Es braucht also nicht festgestellt zu werden, daß die Absicht besteht, die Waage zu solchen Zwecken zu gebrauchen, sondern es genügt, daß die äußeren Umstände erkennen lassen, daß sie ohne besondere Vorbereitungen in Gebrauch genommen werden kann.

Damit ist aber nicht gesagt, daß der inneren Willensrichtung des Täters überhaupt keine Bedeutung zukommt. Der Begriff des Bereithaltens kann vielmehr nach der Auffassung des Senates nur dadurch erfüllt werden, daß die objektiven und subjektiven Momente zugleich vorliegen (ebenso Stenglein a. a. D. Anm. 9c; ferner Anm. zu OLG. Kiel: JW. 1926, 2226). Im Regelfalle wird es nun allerdings allein auf tatsächliche Feststellungen im Sinne der oben angegebenen Ausführungen, also auf das objektive Moment, ankommen. Denn die äußeren Umstände, die auf ein Bereithalten hindeuten, lassen im allgemeinen einen ausreichenden Rückschluß auf eine entsprechende innere Willensrichtung des Täters zu. Sie sind

wir nicht zugeben), so wäre doch entschieden zu bestreiten, daß die Quittung mit dem Legitimations- oder dem Inhaberpapier rechtlich irgend etwas gemein hätte. Wir wollen hierbei gar nicht darauf abstellen, daß die Quittung nicht vom Schuldner (§§ 793, 807 BGB.), sondern vom Gläubiger ausgestellt ist. Denn auch der Gläubiger kann bekanntlich derartige Papiere ausstellen (Inhaberschek; Urkunde: „Inhaber dieses ist ermächtigt, zu meinen Lasten 300 M bei Ihnen abzuheben“). Entscheidend ist vielmehr die Erwägung, daß die befreiende Wirkung der Zahlung an den Quittungsträger nicht in der bloßen Inhabung der Quittungsurkunde (§§ 793, 807 BGB.), sondern in der Gutgläubigkeit des Schuldners ihren Grund hat.

III. Ergebnis. Nach diesseitiger Ansicht hätte Angekl. nicht wegen (schweren) Diebstahls, vollends nicht wegen Diebstahls und Betruges, sondern ausschließlich wegen Betruges, und zwar zum Nachteil nicht des Schuldners, sondern des Gläubigers verurteilt werden sollen. Diese Auffassung wird nicht erschüttert durch die Entsch. OLG.: JW. 1930, 3856 (zustimmend Grünhut, ebenda), welche den zwar nahe verwandten, aber doch nicht völlig gleichartigen Fall der Entwendung eines Hypothekenbriefes betrifft. Ihre Richtigkeit bleibe hier dahingestellt.

Prof. Dr. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

Zu 12. Sowohl der Überschrift des H.-Einsenders als auch den allgemeinen Ausführungen des RevG. muß beigeplichtet werden. In gleicher Richtung lagen die von mir in JW. 1929, 958¹⁶ Anm. gemachten Auseinandersetzungen über den Begriff „Bereithalten“. Es ist bisher viel zu wenig beachtet und in der Rspr. ausgesprochen worden (m. W. seither nur einmal vom OLG. Celle: JW. 1923, 25), daß auch dolus eventualis diesen Begriff erfüllt. Für einen solchen Fall gerade wird der Vermutungsbeweis — oder wie das RevG. sich ausdrückt „Beweisvermutung“ — als Behelf in Betracht kommen, den auch das RevG. anerkennt.

Stenglein-Schneidewin (Reichsstraf. Nebenges., 1928, Bd. I S. 680) gebraucht dafür, wenn ich ihn recht verstehe, den m. E. weniger glücklichen Ausdruck „Vermutungstatbestand“.

Stenglein-Schneidewin führt in seinen Erläuterungen zum Begriff Bereithalten (a. a. D.) u. a. aus, daß bei einer räumlich örtlichen Möglichkeit der Benutzung von Meßgeräten, ohne daß ein Zweck, die Geräte zum Messen und Wägen im öffentlichen Verkehr zu benutzen, damit verbunden ist, das Vorliegen eines Bereithaltens von vornherein ausschaltet, und fährt fort: „Daß bei dieser Auslegung der Schutz des Gesetzes zu kurz kommt, kann nicht anerkannt werden. In den wirklich gefährlichen Fällen wird schon aus der äußeren Annäherung der Geräte an den öffentlichen Verkehr die Absicht geschlossen werden können, sie darin auch wirklich zu verwenden. Für einen sog. Vermutungstatbestand, bei dem der Nachweis der geschweidigen Absicht durch gewisse äußere Umstände ersetzt wird, besteht kein Bedürfnis, und jedenfalls ist er durch die vorliegenden Vorschriften nicht geschaffen.“

Der vorletzte Satz von Stenglein kommt der vielzitierten, in der Begründung zum Gesetzentwurf gegebenen Erläuterung des Begriffs Bereithalten, welche gerade auf den Vermutungsbeweis

aber nur eine Beweisvermutung, die im Einzelfalle durch die entgegengesetzte Feststellung entkräftet werden kann, dem Täter habe der ernstliche Wille gefehlt, das Instrument zu gewerblichen Zwecken im öffentlichen Verkehr zu benutzen. In gleichem Sinne hat der Senat sich bereits mehrmals (so in 2 S 90/26) ausgesprochen. An dieser Rechtsauffassung ist auch für den vorliegenden Fall festzuhalten.

Hier hat das angefochtene Urteil in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, eine Verwendung des Getreideprobers, der in einem Zimmer der Wohnung des mit Saatzucht befassten Angekl. aufgestellt sei, zu gewerblichen Zwecken im öffentlichen Verkehr sei nicht zu erwarten. Der Fall liegt also so, daß das Gegenteil jener Beweisvermutung ausdrücklich festgestellt worden ist.

(OLG. Stettin, VerSen., Ur. v. 14. Juni 1930, 2 S 117/30.)

Mitgeteilt von OWR. Dr. Adam, Stettin.

Hamburg.

Landgerichte.

I. § 91 ZPO. Die Kosten der Vertretung durch einen Gerichtsassessor sind nicht erstattungsfähig. †)

Das BeschwG. steht seit Jahren in ständiger Rspr. (vgl. z. B. Beschl. v. 21. Jan. 1929: JW. 1930, 3368 [zustimmend besprochen von Geiershöfer]) auf dem grundsätzlichen Standpunkt, daß die Kosten, sei es eines berufsmäßigen, sei es eines nichtberufsmäßigen Prozessvertreters, nicht zu erstatten sind. Es macht eine alleinige Ausnahme für die Mitglieder der hiesigen Rechtskonulenteninnung, denen die halben Anwaltsgebühren zugestanden werden. Diese Praxis findet zwar im Gesetz keine Stütze, fußt nur auf Billigkeits- und Zweckmäßigkeits Erwägungen und wird vom BeschwG. nur deshalb befolgt, weil auch im übrigen Deutschland Rechtskonulentengebühren zugestanden werden.

Das BeschwG. hat es aber immer abgelehnt, auch anderen Rechtsvertretern Gebühren zuzubilligen, z. B. Syndizi, Vertretern

beweis hinweist, entgegen, aber der letzte Satz Stengleins scheint mir den vorhergehenden wieder aufzuheben. Wenn man nach seinem vorletzten Satz die objektiven Momente auf das subjektive Verhalten des Angekl. ziehen dürfen, so hat man m. E. den Vermutungsbeweis oder nach Stenglein den Vermutungstatbestand. Ich vermag ebensowenig wie das RevG. (vgl. JW. 1929, 2960) den zuvor zitierten Gedankengängen Stengleins zu folgen.

Was den besonderen Tatfall anbetrifft, so wäre es wünschenswert gewesen, daß das RevG. eine bessere Übersicht über den vorliegenden Tatbestand gegeben hätte, ein Wunsch, dem auch sonst oft nicht genügend von den Strafsenaten Rechnung getragen wird. Ich möchte hier nur dann den Vermutungsbeweis des Richters für die Schuldlosigkeit des Angekl. anerkennen, wenn entweder festgestellt wäre, daß der Angekl. sein erzeugtes Saatkorn grundsätzlich nur nach Gewicht verkauft, ohne daß dabei etwa noch Prüfungsergebnisse mit einem Getreideprober eine preisbildende Rolle hinsichtlich der Qualität spielen, oder daß seine Wohnung weit von seiner gewerblichen Lokalität getrennt liegt und er gleichzeitig in seinen Geschäftsräumen noch einen gereichten Getreideprober zur Benutzung bei Abgab seiner Erzeugnisse bereithält. Fehlte es an Feststellungen hierüber, so hätte Zurückverweisung der Strafsache an die erste Instanz erfolgen sollen.

Als wichtig ist noch hervorzuheben, daß beide Instanzen die Benutzung des Getreideprobers im Saat- oder im Getreidehandel zum Zweck der Preisbildung als zum eichpflichtigen Verkehr gehörig anerkennen (ähnlich OLG. Kiel: JW. 1924, 2056 und OLG. Königsberg, Ur. v. 21. März 1927, 6 S 61/27). Auch diesem Standpunkt ist durchaus beizustimmen.

Betreffs der Auslegung des Begriffs Bereithalten hat kurz zuvor das OLG. Naumburg in seinem Ur. v. 16. April 1930, S 96/30 die Auffassung klar zum Ausdruck gebracht, daß dieser Begriff mit der herrschenden Meinung im objektiven Sinne auszulegen sei.

Eine derartige Deutung widerspricht der hier vorliegenden Einstellung des RevG. und ist ebenso wie die Ansicht des OLG. Naumburg, daß dies die herrschende Meinung sei, von mir bereits in meinen genannten (a. a. D.) Ausführungen widerlegt worden.

RegR. Dr. Drevitz, Berlin.

Zu 1. Die 9. ZK. des LG. Hamburg, bei der offenbar alle Beschwerden wegen Kosten der Rechtskonulenten usw. konzentriert sind, hält in dem oben abgedruckten Beschluß seine langjährige Praxis aufrecht und baut sie nach einer Richtung noch weiter aus. In voller Erkenntnis der Tatsache, daß die Rechtsanwaltschaft nach ihrer Ausbildung und ihrer Ständesorganisation allein der zur Rechtsvertretung geeignete und berufene Stand ist und daß dieser Grundbesitz im Interesse und zum Schutze der Rechtspflege so weit wie möglich gewahrt werden muß, erklärt das LG. Hamburg die Vergütung nichtanwaltschaftlicher Vertreter bei Vorhandensein einer genügenden Anzahl von Rechtsanwaltern für nicht erstattungsfähig. Dieses Prinzip, das mit vollem Recht auch auf die von den Parteien entlohnten Assessoren und Referendare angewendet wird, ist vom LG. Hamburg nur zugunsten der dortigen Rechtskonulenteninnung angehörigen Personen durchbrochen worden. Daß diese Ausnahme folgerichtig ist und im Gesetz

von Inkassoinstituten, Einziehungsbeamten der Gewerbekammer oder Detailistenkammer oder der Innung nicht angehörigen Rechtskonsulenten. Der Fall der Vertretung durch einen Referendar oder Assessor ist bisher von dem BeschwG. noch nicht entschieden. Aber es besteht kein Anlaß, den Grundsatz zugunsten dieser Vertreter zu durchbrechen. Denn anderenfalls wäre eine Grenze überhaupt nicht zu ziehen, und es müßten letzten Endes jedem, der einen anderen vor Gericht vertritt, Gebühren zugewilligt werden. Daß diese wohl-erwogene Praxis im Einzelfall zu Härten führen kann, mag sein. Aber es ist zu berücksichtigen, daß das Gericht im Einzelfall gar nicht in der Lage ist, zu prüfen, ob der Rechtsvertreter die zur sach- und rechtskundigen Beratung und Vertretung des Publikums erforderliche Befähigung hat, ob daher die für seine Tätigkeit aufgewendeten Kosten als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig anzusehen sind. Im vorliegenden Fall kann nicht einmal eine Unbilligkeit in Frage kommen, denn, da in Hamburg eine genügende Anzahl von Anwälten zur Verfügung steht, nimmt jeder, der einen Nichtanwalt mit der Vertretung seiner Interessen betraut, die Folge der Richterstattungsfähigkeit der Kosten eines solchen Vertreters bewußt in Kauf. Die Prozeßvertretung muß grundsätzlich allein dem R.A. vorbehalten bleiben, wenn es sich nicht um ein Spezialgebiet, wie die Arbeitsgerichtsbarkeit, handelt. Denn nur die Rechtsanwälte sind nach ihrer Vorbildung für die Rechtsvertretung geeignet und der dazu vom Gesetzgeber bestimmte Berufsstand. Es hiesse das Betätigungsfeld des R.A. noch weiter, als es ohnehin durch den Gesetzgeber, jüngst erst wieder durch die Heraushebung der Zuständigkeitsgrenze des AG. auf 800 R.M., gesehen ist, einzuschränken, wenn man die Erstattungsfähigkeit der Kosten von Rechtsvertretern, die nicht Anwälte sind, bejahen würde. Das erscheint nicht erwünscht.

Der BeschwG. kann auch nicht darauf verweisen, daß sein Rechtsvertreter vom AG. zur Prozeßvertretung zugelassen ist (§ 157 ZPO.), denn die Frage der Zulassung hat mit der Frage der Erstattungsfähigkeit gem. § 91 Abs. 1 ZPO. nichts zu tun.

Der BeschwG. kann ferner nicht darauf hinweisen, daß sein Prozeßvertreter bereits Assessor war und es lediglich an einer formalen Voraussetzung, nämlich der — möglicherweise schon beantragten — Zulassung zum Anwaltsstande fehlte. Denn dann dürfte logischerweise auch ein Rechtsvertreter, der früher dem Anwaltsstande angehört hat, aber aus ihm aus irgendwelchen Gründen wieder ausgeschlossen ist, nicht anders behandelt werden.

Der BeschwG. kann endlich auch nicht geltend machen, daß ihm, wenn nicht die vollen, so doch mindestens die halben Anwaltsgebühren, wie den der Innung angehörenden Rechtskonsulenten, zugewilligt werden müßten. Es ist natürlich zuzugeben, daß ein Assessor, der die beiden juristischen Staatsexamina absolviert hat, höhere juristische Qualitäten hat als ein Rechtskonsulent. Aber das BeschwG. ist nach reiflicher Erwägung auch dieses Gesichtspunktes nicht gewillt, seinen Grundsatz zu durchbrechen. Der Assessor soll grundsätzlich vor seiner Zulassung zum Anwaltsstand, abgesehen von dem Fall des § 25 RAO., keine anwaltliche Tätigkeit ausüben. Man würde auch jeden sicheren Boden verlieren, wenn man die Frage der Erstattungsfähigkeit von Fall zu Fall entscheiden wollte, und es würde die Rechtsunsicherheit, die eine solche Praxis mit sich bringen würde, sehr unerwünscht sein.

(W. Hamburg, 9. Bk., Beschl. v. 5. Jan. 1931, Z Bs IX 2177/30.)
Mitgeteilt von N. A. Wulff, Hamburg.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwält Abel, Essen, Rechtsanwält und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsanwält Dr. W. Doppermann, Dresden.

I. § 826 BGB. Grenzen der Streikfreiheit. Sittenwidrig ist ein Streik, durch den die Wiedereinstellung rechtmäßig entlassener Arbeiter erzwungen werden soll.

keine Stütze hat, erkennt das BG. in der obigen Entsch. ausdrücklich an. Die Literatur und Mpr. ist zuletzt von Geiershöfer bei Besprechung der früheren Hamburger Entsch. JW. 1930, 3368¹⁷ wiedergegeben worden. Zugewiesen hat auch das BG. III Berlin seine frühere Praxis (RWL. 1909, 4; JW. 1926, 75²), die es JW. 1927, 1660² aufgegeben hatte, laut VerAnwBl. 1930, 216 wieder aufgenommen; vgl. auch aus neuester Zeit Levin: JW. 1930, 2312¹.

Zur Rechtfertigung des Grundsatzes, zu dem sich hoffentlich bald die Mehrzahl der Gerichte ohne Zulassung von Ausnahmen bekennen wird, möchte ich auf die Ausführungen hinweisen, die ich in JW. 1928, 1890¹⁴ gegeben habe. Dort heißt es u. a.:

„Wenn zur Vertretung der Parteien an dem betr. Orte eine für den Einzelfall genügende Zahl von Angehörigen desjenigen Berufes vorhanden ist, dem der Staat die Parteivertretung in erster Linie anvertraut hat, den er gesondert hierzu heranzieht, für dessen Standeskontrolle er sorgt, dessen Mitglieder bei uns wie in

Ein Streik mit dem Ziele der Anerkennung des 1. Mai als Ruhetag im Betrieb ist an sich nicht sittenwidrig, kann es aber sein im Hinblick auf die Erheblichkeit des dem Arbeitgeber zugefügten Schadens.

Die im Betriebe der R. beschäftigten Arbeiter hatten am 25. April 1929 in einer Belegschaftsversammlung beschlossen, den 1. Mai durch Arbeitsruhe zu feiern. Der Betriebsrat gab der R. am 30. April 1929 gegen 8 Uhr vormittags von dem Beschlusse schriftlich Kenntnis. Die R. erklärte, daß sie damit nicht einverstanden sei und machte durch Anschlag folgendes bekannt: „Die Firma hat beschlossen, daß morgen am 1. Mai, weil hier kein gesetzlicher Feiertag ist, wie gewöhnlich zu arbeiten. Wer nicht arbeitet und dem Betrieb fernbleibt, kann fristlos entlassen werden laut UrL. des ArbG. v. 6. März 1929.“ Am 1. Mai blieben 23 der Arbeiter fern, während 11 erschienen. Den ersten wurde bei ihrem Wiedererscheinen am 2. Mai erklärt, daß sie fristlos entlassen seien. Nachdem Verhandlungen ergebnislos verlaufen waren, verließ auch der Rest der Belegschaft am 2. Mai den Betrieb und trat in den Streik. Die Bekl. hat den Streik unterstützt und gebilligt, indem sie Streikunterstützung bezahlte, die Durchführung des Streiks überwachte und, jedenfalls in der ersten Zeit, die ausgestellten Streikposten kontrollierte und unterwies. Die R. hat die Bekl. für den ihr durch den Streik entstandenen Schaden sowohl aus dem Gesichtspunkte der Verletzung des BezirksTarVertr. für das rheinisch-westfälische Holzgewerbe v. 29. Okt. 1924 als auch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten verantwortlich gemacht und auf Zahlung eines Teilbetrages von 500 R.M. Klage erhoben. Die Bekl. hat im Wege der Widerklage Feststellung beantragt, daß der R. ein Schadensersatzanspruch nicht zustehe.

Das ArbG. hat nach Klageantrag erkannt und die Widerklage abgewiesen. Berufung und Rev. waren erfolglos.

I. Die Annahme der Parteifähigkeit auf Seiten der beklagten örtlichen Verwaltungsstelle E. des Deutschen Holzarbeiterverbandes durch das ArbG. unterliegt nach den von diesem getroffenen Feststellungen keinem rechtlichen Bedenken (vgl. RWArbG. I, 349).

II. Nachdem das ArbG. eine Haftung der Bekl. aus dem Gesichtspunkte der Verletzung des TarVertr. zugunsten der Bekl. verneint hat, scheidet dieser Gesichtspunkt für die RevJust. aus.

III. Der Auffassung des ArbG., daß die Bekl. der R. für den durch den Streik und dessen Begleitmaßnahmen entstandenen Schaden aus dem Gesichtspunkte des § 826 BGB. ersatzpflichtig sei, liegen folgende Feststellungen des ArbG. zugrunde:

Die R. hat am 2. Mai 1929 23 Arbeiter ihrer Belegschaft, die trotz vorheriger Androhung der sofortigen Entlassung am 1. Mai zur Arbeit nicht erschienen waren, fristlos entlassen. Am gleichen Tage sind die restlichen 11 Arbeiter, nachdem die R. dem Verlangen der Bekl., die entlassenen Arbeiter wieder einzustellen und die Arbeitsruhe am 1. Mai für die Zukunft anzuerkennen, nicht nachgekommen war, in den Streik getreten. An der Durchführung des Streiks haben sich auch die fristlos entlassenen Arbeiter beteiligt. Die Durchführung ist in der Weise erfolgt, daß täglich Streikposten vor dem Fabrikgebäude und an der einen oder anderen auswärtigen Arbeitsstätte der R. aufgestellt wurden, daß die Arbeitsperre über den Betrieb der R. verhängt und der Zugang Arbeitswilliger ferngehalten wurde. Auf 13 von auswärts herangezogene Arbeitswillige wurde eingewirkt, daß sie nach eintägiger Arbeit nicht wieder erschienen. Seit etwa dem 4. Mai 1929 war der Betrieb der R. zum Erliegen gekommen. Diese beschäftigte seitdem in ihrem Fabrikbetriebe nur noch 2—3 Arbeiter; außerdem suchte sie an der einen oder anderen auswärtigen Arbeitsstätte durch Heranziehung von selbständigen Meistern die dringlichsten Austritte zu erlebigen. Dieser Zustand dauerte am 26. Juni 1929, dem Tage der letzten mündlichen Verhandlung in der RevJust., noch fort. Die Bekl. ist der Leiter des Kampfes gewesen, sie hat ihn mit Rat und Tat und den üblichen Organisationsmitteln unterstützt, sie hat die Streikgelder bezahlt, die Durchführung des Streiks überwacht und die Streikposten unterwiesen. Nach der Feststellung des ArbG. ist das Ziel des Kampfes gewesen, die R. zur Anerkennung der Meißer in ihrem Betriebe für die Zukunft und zur Wiedereinstellung aller ausgeschiedenen Arbeiter zu zwingen.

Die rechtliche Stellungnahme des ArbG. zu dem sich aus

der ganzen Kulturwelt die zur Rechtsvertretung berufenen Organe der Rechtspflege sind, so kann keine Auslegung zu dem Ergebnis führen, daß die Zuziehung eines Konsulenten, der keinerlei Vorbildung hat oder zu haben braucht und bezüglich dessen Persönlichkeit gar keine Rechtsgarantien bestehen“ (man mag hier einschalten: oder die Zuziehung von Personen mit geringerer Vorbildung oder geringeren Garantien durch Standesrecht und Standeskontrolle), „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig sei. Zweckentsprechender ist doch in solchen Fällen stets die Vertretung durch den Rechtsanwalt, und wenn von zwei Möglichkeiten die eine offensichtlich zweckentsprechender ist als die andere, so kann diese nicht die zur Erreichung des Zweckes notwendige sein.“

Was sonst a. a. O. i. J. 1928 zum Rechtskonsulentenproblem gesagt wurde, gilt heute in demselben, ja leider in verstärktem Maße. N. A. Dr. Friedlaender, München.

vorstehenden tatsächlichen Feststellungen ergebenden Verhalten der Bekl. läßt einen wesentlichen Rechtsirrtum, insbes. eine Verletzung des § 826 BGB., nicht erkennen. Das VArbG. hat angenommen, daß das Ziel der Anerkennung des 1. Mai als Ruhetag im Betriebe der Kl. an sich kein sittenwidriges gewesen sei, daß dagegen das Verlangen nach Wiedereinstellung der sämtlichen entlassenen Arbeiter unberechtigt gewesen sei und lediglich auf dem Streben nach Durchführung des Machtwillens beruht habe. Es hat weiter erwogen, daß gerade die berechtigte fristlose Entlassung der am 1. Mai der Arbeit ferngebliebenen Arbeiter zum Anlaß genommen worden sei, um nun, entgegen der bisherigen Übung, im Wege der Verständigung eine Regelung bezüglich des 1. Mai herbeizuführen, durch Geltendmachung des Machtwillens die Kl. zur Anerkennung des 1. Mai zu zwingen, daß dieses Vorgehen die Kl. besonders hart habe treffen müssen und daß auf der anderen Seite die Durchsetzung des 1. Mai als Ruhetag in einem einzelnen Betriebe die Arbeiterschaft als solche in der Erreichung der allgemeinen Anerkennung des 1. Mai als Feiertag nicht einen Schritt vorwärts gebracht haben würde. Das VArbG. hat damit zum Ausdruck gebracht, daß, auch soweit in der Anerkennung des 1. Mai ein im Arbeitskämpfe erlaubtes Ziel zu erblicken sei, das von der Bekl. zur Herbeiführung des Zieles angewandte Mittel im Hinblick auf den der Kl. dadurch zugefügten erheblichen Schaden als sittenwidrig anzusehen sei. Diese Auffassung steht im Einklange mit der Rspr. des RG. und des NArbG., wonach Streik und Sperre als Kampfmittel im Arbeitskämpfe dann sittenwidrig sind, wenn entweder die zur Erreichung des Kampfzieles angewendeten Mittel an sich unbillig sind oder wenn durch den Streik die wirtschaftliche Vermeidung des Gegners herbeigeführt wird oder wenn der dem Gegner zugefügte Nachteil zu dem erstrebten Vorteil in einem nicht erträglichen Mißverhältnis steht oder wenn der beabsichtigte Erfolg als ein berechtigtes Ziel nicht erscheint (RG. 51, 384; 57, 427; 64, 61; 66, 383 1); 104, 330; 119, 291 ff. 2); NArbG. 1, 83 2)). Letzteres trifft hier zu, soweit Streik und Sperre die Einstellung der sämtlichen entlassenen Arbeiter zum Ziele hatten. Daß die trotz vorheriger Androhung der Entlassung der Arbeit am 1. Mai ferngebliebenen Arbeiter von der Kl. mit Recht entlassen waren, hat das VArbG. unter Hinweis auf das Urt. des NArbG. v. 6. März 1929, RAG 446/28 4) einwandfrei angenommen. Das VArbG. ist weiter davon ausgegangen, daß die Bekl. sich der Rechtmäßigkeit der Entlassung bewußt gewesen ist. Wenn sie trotzdem die Kl. durch Aufwendung der zu Gebote stehenden Machtmittel zu zwingen suchte, die mit Recht entlassenen Arbeiter sämtlich wieder einzustellen, so ist das vom VArbG. ohne Rechtsirrtum als ein Ziel angesehen, das nach Anschauung aller billig und gerecht Denkenden gegen die guten Sitten verstößt. Die Sachlage kann auch keine andere Beurteilung erfahren durch die von der Rev. angeleitete Erwägung, daß das Verhalten der Kl. als besonders schroff erschienen sei gegenüber ihrem Verhalten in früheren Jahren zur Maifeier. Das VArbG. hat mit Recht hingewiesen, daß im vorliegenden Falle die Arbeiterschaft es darauf hingewiesen ist, daß die mit der bisherigen Übung, die Frage der Maifeier im Wege der Verständigung zu regeln, gebrochen und die Kl. vor die Tatsache des einseitigen Beschlusses der Belegschaft, die Arbeit am 1. Mai ruhen zu lassen, gestellt hat. Daß die Maßregelung nur zu dem Zwecke geschehen sei, um mißliebige Arbeiter entfernen zu können, ist vom VArbG. ausdrücklich verneint. Ob die Kl. die mit Recht entlassenen Arbeiter sämtlich wieder einstellte oder nur einige von ihnen, war Sache ihres freien Entschlusses, auf den einen entscheidenden Einfluß auszuüben weder der Belegschaft noch der Bekl. zustand.

Aber auch soweit die Anerkennung des 1. Mai für die Zukunft durch die Kl. als Ziel des von der Bekl. geführten Kampfes in Betracht kommt, läßt die Auffassung des VArbG., daß dieser Kampf im Hinblick auf die Erheblichkeit des der Kl. zugefügten Schadens als sittenwidrig anzusehen sei, einen Rechtsirrtum zuungunsten der Bekl. nicht erkennen. Durch Streik und Sperre hatte die Bekl. es erreicht, daß der Betrieb der Kl. gleich zu Anfang so gut wie völlig zum Erliegen kam und dies auch weiterhin blieb. Daß der Kl. dadurch ein außerordentlich hoher Schaden entstehen mußte und entstanden ist, ist ohne weiteres einleuchtend; die Verursachung des Schadens ist, wie das VArbG. ausdrücklich feststellt, von der Bekl. auch bezweckt worden. Auf der anderen Seite kann es vorliegend unerörtert bleiben, ob, wie das VArbG. ausgeführt hat, der Streit um die Maifeier in erster Linie ein politischer und als solcher auch an den für Erledigung politischer Fragen bestimmten Stellen auszutragen ist. Jedenfalls kann die Frage auch zum Gegenstande des Arbeitskampfes insofern werden, als in TarVertr. oder durch Betriebsvereinbarung für den Geltungsbereich eines TarVertr. oder für einen einzelnen Betrieb die Arbeitsruhe für den 1. Mai als Arbeitsbedingung vereinbart werden kann. Inwiefern ist der unter Umständen nur für einen einzelnen Betrieb erreichte Erfolg, wie das VArbG. richtig ausführt, immer nur verhältnismäßig gering. Dazu ist aber für den vorliegenden Fall noch vor allem zu berücksichtigen, daß der Streik unmittelbar nach dem 1. Mai einsetzte, daß also erst nach Jahresfrist die Frage der Regelung der Arbeit am 1. Mai wieder brennend wurde. Es stand mithin sehr

lange Zeit zur Verfügung, um im Wege von Verhandlungen eine Verständigung herbeizuführen, wie sie nach den Feststellungen des VArbG. in den früheren Jahren stets zwischen der Kl. und der Belegschaft ebenso wie in den sonstigen Betrieben des Wuppertales erfolgt war. Wenn dieser Weg nicht beschritten, vielmehr sogleich zu dem schwerwiegenden Mittel des Streiks und der Sperre gegriffen wurde, so bedeutete das, wie das VArbG. hervorgehoben hat, nur die Geltendmachung eines Machtwillens, die unter diesen Umständen und im Hinblick auf den der Kl. dadurch entstandenen außerordentlichen Schaden von ihm rechtsbedenklich als gegen die guten Sitten verstößend bezeichnet worden ist.

(NArbG., Urt. v. 5. Febr. 1930, RAG 335/29. — Eberfeld.) [D.]

*

** 2. Ein Urlaubsanspruch, der nicht in einen selbstständig verfolgbarer Urlaubsvergütungsanspruch übergegangen ist, ist unvererblich. †)

Der Erblasser des Kl. hatte einen Urlaubsanspruch dahin erworben, daß er für eine bestimmte Zeit von der Arbeit freigestellt, ihm aber gleichwohl der Lohn für diese Freizeit bezahlt werden sollte. Da zur Zeit seines Todes das Dienstverhältnis noch fortbestand, konnte für einen Übergang auf seine Erben nur dieser Anspruch mit diesen Inhalten in Frage kommen. In einem selbstständig verfolgbarer Urlaubsvergütungsanspruch, wie ihn die Rsp. des NArbG. für den Fall der Unmöglichkeit der Gewährung der Freizeit infolge eines Ausscheidens des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnisse anerkannt hat, war der Anspruch noch nicht übergegangen. Ob für den letzteren Fall der Anspruch eines Erblassers auf Auszahlung einer bestimmten Geldsumme, der Urlaubsvergütung, ein höchstpersönlicher ist, der auf die Erben nicht übergehen kann, be-

Zu 2. Die Frage nach der Vererblichkeit des Urlaubsentgeltanspruchs ist vom NArbG. außer in der vorliegenden Entscheidung (NArbG. 5, 115 = BenschSamml. VIII [NArbG.] Nr. 78) auch, und zwar mit ausführlicherer Begründung in dem Urt. v. 15. Febr. 1930 (NArbG. 5, 157 = BenschSamml. VIII [NArbG.] Nr. 79), in beiden Fällen im Einklange mit dem BG. (NArbG. Eberfeld und Chemnitz) verneint worden, dagegen hat das NArbG. Arefeld-Verdingen (Urt. v. 27. Nov. 1929: BenschSamml. VIII [NArbG.] Nr. 16) im entgegen- gesetzten Sinne entschieden.

Da nach unserem Recht der Urlaubsanspruch ausschließlich auf TarVertr. beruht, handelt es sich im Grunde nur um die Auslegung der konkreten Tarifnormen; es ist daher dringend davor zu warnen, die Frage nach diesen höchstrichterlichen Entsch. ebenso für praktisch erhebtig zu halten, wie man es bei einer Auslegung allgemeiner Rechtsnormen durch das höchste Gericht vielleicht tun könnte. Man muß mindestens mit Hueck (BenschSamml. VIII [NArbG.], 390) die Einschränkung machen, daß die vom NArbG. als Regel aufgestellte Unvererblichkeit Platz greift, soweit sich aus dem TarVertr. ein abweichender Parteiwille nicht erkennen läßt.

Für den vorliegenden Fall ist die Entsch. des NArbG. ohne weiteres aus der Bestimmung des TarVertr. zu begründen, nach der ein Anspruch auf Gehalt allein nur für den Fall der unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen Veragung des Urlaubs gewährt werden soll; denn damit ist für alle anderen Fälle der Nichtgewährung des Urlaubs, also auch bei Vorversterben des Arbeitnehmers, der Gehaltsanspruch ausgeschlossen. Eine allgemein verwendbare Entscheidungsgrundlage läßt sich m. E. gewinnen, wenn man erwägt, daß die Urlaubsvergütung offenbar in ähnlicher Weise für die Freizeit gewährt wird, wie die Arbeitsvergütung für die Arbeitszeit. Das Bedingungsverhältnis zwischen Freizeit und Urlaubsvergütung läßt sich also gesetzpolitisch mit dem Äquivalenzverhältnis zwischen arbeitgebender Arbeitsleistung und Arbeitslohn vergleichen, die Urlaubsvergütung ist zwar nicht im strengen Sinne die Gegenleistung des Arbeitgebers für die Freizeit — sondern für frühere Arbeitsleistungen —, wohl aber ist die Freizeit, deren richtige Ausnutzung ja auch im Interesse des Arbeitgebers liegt, die normale Voraussetzung, unter der das Urlaubsentgelt verprochen wird. Soll also ausnahmsweise der Anspruch auf das Urlaubsentgelt gegeben werden, ohne daß diese Voraussetzung erfüllt ist, so spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Tarifvertragsparteien den Willen hatten, diese Lösung des Anspruchs von seiner normalen Voraussetzung unter ähnlichen Umständen eintreten zu lassen, wie es nach dem Gesetz bei der Lösung der Arbeitsvergütung von der Arbeitsleistung geschieht. Man wird daher selbständige Ansprüche auf Urlaubsentgelt nach dem Muster des Vergütungsentgelts (§ 615 BGB., § 88 BetrVG.) finden, d. h. solche, bei denen die Gewährung von Freizeit von der Arbeitgeberseite aus bereitete wurde (z. B. der hier genannte Fall der „Veragung“ des Urlaubs, der Fall des vorzeitigen Ausscheidens des Arbeitnehmers aus dem Betriebe aus Initiative des Arbeitgebers), daneben aber auch solche nach dem Vorbild des Feierentgelts (§ 616 BGB. und verwandte Fälle), Ansprüche also, die aus sozialen Erwägungen dem Arbeitnehmer zugestilligt werden, obwohl dieser aus persönlichen Gründen die entsprechende Freizeit tatsächlich nicht in Anspruch nehmen konnte. Zu dieser Gruppe wäre der in den Gründen des Urt. v. 15. Febr. 1930 (BenschSamml. VIII [NArbG.], 390) erwähnte Fall zu rechnen, daß nach einem —

1) JW. 1907, 746. 2) JW. 1928, 789. 3) JW. 1928, 841.

4) ArbRspr. 1929, 154.

darf keiner Untersuchung. Jedenfalls trifft dies für den einen Anspruch zu, der in erster Linie auf Gewährung von Freizeit geht, der nur in der Person des Berechtigten erfüllt werden kann. Im Verhältnis zu ihm ist die Fortzahlung des Lohnes nicht etwa ein selbständiger Anspruch, vielmehr kann er nur im Zusammenhange mit der Freizeit gefordert werden. Dies spricht der maßgebende TarVertr. für die kaufm. Angestellten des Groß- und Kleinhandels sowie verwandter Gewerbe des Wuppertales v. 27. Febr. 1928 auch deutlich aus, wenn er in § 5 Abs. 3 einen Anspruch auf den Gehalt allein nur für den Fall der Verjagung des Urlaubs, die ihrerseits nur ausnahmsweise und beim Vorliegen wichtiger betriebstechnischer Gründe zulässig ist, gewährt.

(ArbG., Art. v. 8. Jan. 1930, RAG 369/29. — Elberfeld.) [A.]

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Artl und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. Art. II des Ges. zur Änderung des BierStG. v. 15. April 1930 (RGBl. I, 136); § 28 BierStG. Unterhält eine AktG., die Bierhändler i. S. § 1 BierNachStD. ist, an verschiedenen Plätzen mehrere Bierverkaufsstellen, so ist sie i. S. Art. II des Ges. zur Änderung des BierStG. v. 15. April 1930 Besitzerin der bei den einzelnen Verkaufsstellen am Tage des Inkrafttretens des Gesetzes vorhandenen Biervorräte. Die bei den einzelnen Verkaufsstellen vorhandenen Biervorräte sind zur Feststellung der nachsteuerpflichtigen Biermenge zusammenzurechnen. Übersteigen diese Gesamtvorräte 2 hl, so unterliegt die Gesamtmenge an Bier der Nachsteuer, auch wenn die Biervorräte bei den einzelnen Verkaufsstellen nicht mehr als 2 hl betragen. †)

Die BeschwF., ein Lebensmittelfilialbetrieb in Form einer AktG., die am Tage des Inkrafttretens des Gesetzes zur Änderung des BierStG. v. 15. April 1930 (RGBl. I, 136) die Biervorräte ihrer im Bezirk des Hauptzollamts A. gelegenen Verkaufsstellen mit insgesamt 228,08 Liter zur Nachversteuerung angemeldet hatte, erhob gegen die Biernachsteuerforderung von 5,45 RM Anfechtung mit der Begründung, die Anmeldung erstrecke sich auf die Vorräte sämtlicher 18 örtlich, zum Teil sehr weit auseinander gelegenen Verkaufsstellen;

als Gewohnheitsrecht oder Verkehrssitte zu wertenden — Gebrauch die Witwe des verstorbenen Arbeiters als begünstigte dritte Person (§§ 328, 333 BGB.) das Urlaubsgeld des verstorbenen Mannes zu erhalten hätte. Denkbar wäre auch ein Satz, nach dem ein durch Krankheit oder Kriegsdienst verpaßter Urlaub zu vergüten wäre.

Man wird also nicht allein mit der Verweisung auf den Zweck des Urlaubs — die Erholung des Arbeitnehmers — durchkommen (so Hueck, Lehrb. I, 233 und a. a. D.), so gewiß diese Erwägung erheblich weiter führt, als die Berufung des ArbG. Elberfeld auf das „innerste Wesen“ des Urlaubs oder auch der Satz des ArbG., der Anspruch auf die Fortzahlung des Lohnes sei im Verhältnis zu dem auf Gewährung von Freizeit nicht selbständig, ein Satz, der — allgemein verstanden — nur das thema probandum darstellt und im Zusammenhang der vorliegenden Urteilsbegründung ausschließlich durch den folgenden, vom Inhalt des konkreten TarVertr. handelnden Satz gestützt wird. Es muß vielmehr von Fall zu Fall untersucht werden, ob die Tarifvertragsparteien sich allein von dieser Zweckerwägung haben leiten lassen, oder ob sie durch Höherwertung bestimmter Interessen des Arbeitnehmers von der Hauptregel abweichen wollten, ebenso wie das Gesetz in den Fällen des Bezugs- und Feiertags von der durch den Zweck des Arbeitslohnes diktierten Norm „kein Entgelt ohne Arbeit“ abgewichen ist. Prof. Dr. S. Preller, Münster i. W.

Zu 1. Die Entsch. ist m. E. zutreffend. Sie befaßt sich mit der auch bei anderen Verbrauchssteuergesetzen auftauchenden Frage, wie der Begriff „Besitz“ i. S. des Gesetzes zur Änderung des BierStG. v. 15. April 1930 (einmalige Nachversteuerung von Bier) aufzufassen ist, um dann hierauf aufbauend zu entscheiden, wer Besitzer ist, wenn eine AktG. mehrere Verkaufsstellen hat. Die WD. über eine besondere Besteuerung von Bündwaren v. 27. Mai 1930 enthält bekanntlich eine Bestimmung, wonach bei der Nachversteuerung dieser Ware im Verhältnis einer Personenvereinigung zu mehreren Verkaufsstellen der Bestand der einzelnen Verkaufsstelle entscheidend ist. Hieraus könnte man vielleicht die Folgerung ziehen, daß dasselbe bei der

sie fordert für jede einzelne Filialverkaufsstelle in Ansehung der Biernachsteuer dieselbe Behandlung wie sie dem Einzelhändler zukommt und sucht zu erreichen, daß die Biernachsteuer unerhöht bleibt, da keine Verkaufsstelle am 1. Mai 1930 einen zwei Hektoliter überschreitenden Biervorrat hatte.

Die Anfechtung ist unbegründet.

Nach Art. II Ges. v. 15. April 1930 unterliegt Bier, das sich am Tage des Inkrafttretens dieses Ges. außerhalb der Erzeugungstätte im Besitz von Bierhändlern oder Wirten befindet, der Nachversteuerung. Die BiernachstD. v. 18. Juli 1923 (RGBl. I, 696) findet entspr. Anwendung.

Der Begriff „Besitz“ i. S. dieser Gesetzesvorschrift ist ebenso wie in den anderen Verbrauchssteuergesetzen aufzufassen, nämlich als das tatsächliche, äußere, die Möglichkeit voller Verfügung gewährende Verhältnis zur Sache. Eine AktG. als juristische Person kann sich nicht unmittelbar, sondern nur durch ihre Organe betätigen. Ein Organ kann begrifflich keinen von dem Willen der Gesamtperson, der es dient, abweichenden Willen haben. Wird eine natürliche Person als Organ der Gesellschaft tätig, so handelt die Gesellschaft durch sie. Gegenstände, die eine Person als Organ der Gesellschaft im Besitz hat, besitzt daher die Gesellschaft durch dieses Organ. Der Besitz als tatsächliches Herrschaftsverhältnis kann auch durch Gehilfen ausgeübt werden, die nur für den Geschäftsherrn und auf seine Anweisung über die Sache verfügen, nicht aber selbst den Herrschaftswillen haben. Auch in diesem Falle, in dem jemand die tatsächliche Verfügungsmacht für einen anderen in dessen Erwerbsgeschäft ausübt, ist Besitzer nur der andere (siehe § 855 BGB.). Hiernach kann als Besitzerin der Biervorräte, die sich am 1. Mai 1930 bei den einzelnen Verkaufsstellen befanden, nur die BeschwF. in Betracht kommen. Denn die Leiter der Verkaufsstellen haben, mögen sie als Organe oder Angestellte der BeschwF. tätig gewesen sein, die Verfügungsmacht über die Biervorräte nicht für sich, sondern für die BeschwF. gehabt. Die BeschwF., nicht die einzelne Verkaufsstelle ist daher Besitzerin der Biervorräte. Die BeschwF., die Bierhändlerin i. S. des Gesetzes ist, ist daher mit Recht als Besitzerin der gesamten, bei ihren Verkaufsstellen befindlichen Biervorräte zur Nachsteuer herangezogen worden. Auf die Befreiung von der Nachsteuer gemäß § 1 Abs. 5 Biernachsteuerordnung hat die BeschwF. keinen Anspruch, da die Gesamtmenge der bei den einzelnen Verkaufsstellen am 1. Mai 1930 vorhandenen Biervorräte als die nachsteuerpflichtige Menge anzusehen ist und diese Menge mehr als zwei Hektoliter beträgt.

Der Einwand der BeschwF., bei der Nachversteuerung der Bündhölzer sei jeder Verkaufsstelle Steuerbefreiung für 500 Pakete zugestanden worden und das gleiche müsse entsprechend auch bei der Nachversteuerung von Bier gelten, kann der Rechtsbeschwerde nicht zum Erfolg verhelfen. Nach § 2 Ziff. 3 WD. über eine besondere Besteuerung von Bündwaren v. 27. Mai 1930 (Bündwarensondersteuerordnung, RGBl. 1930, 334) sind von der Sondersteuer befreit Bündwaren im Besitz anderer als der unter 1 und 2 genannten Personen und Vereinigungen: a) bei Bündwaren, die sich in Verkaufsstellen befinden, wenn der Bestand der einzelnen Ver-

nachversteuerung von Bier Geltung haben müsse oder wenigstens nach Auffassung des Gesetzgebers haben sollte. Eine solche Auffassung wäre dann möglich, wenn man annähme, daß bei mehreren Verkaufsstellen nicht die AktG., sondern die einzelne Verkaufsstelle den Besitz an den Waren habe. — Der RFV. hat sich diesen Gedankengang jedoch nicht zu eigen gemacht. Er geht vielmehr folgerichtig bei seiner Entsch. zunächst von der BierStD. selbst aus, trifft die Feststellung, daß „Besitz“ das tatsächliche, äußere, die Möglichkeit voller Verfügung gewährende Verhältnis zur Sache sei, und daß von diesem Ausgangspunkt aus die AktG., welche sich als juristische Person nicht unmittelbar betätigen könne, sondern nur durch ihre Organe vertreten werde, als „Besitzerin“ anzusehen sei. Sie ist die „Bierhändlerin“, weil der Besitz als tatsächliches Herrschaftsverhältnis auch durch Gehilfen ausgeübt werden kann, die nur für den Geschäftsherrn und auf seine Anweisung über die Sache verfügen, nicht aber selbst den Herrschaftswillen haben. Diese Auffassung des RFV. findet auch eine Stütze in § 855 BGB., der Bestimmung über den Besitzdiener.

Gegenüber dieser völlig eindeutigen Konstruktion kann man bezüglich der BündwarenWD. nur den Standpunkt einnehmen, daß mit dieser absichtlich ein anderes Ergebnis gewollt ist, als dasjenige, zu dem man kommt, wenn man — wie oben in unserem Fall — von den Besitzverhältnissen ausgeht. Insofern kann — wie auch der RFV. ausgesprochen hat — die erwähnte Bündwarenbestimmung nicht gegen den von dem Bericht eingenommenen, sondern höchstens für diesen Standpunkt sprechen. Hätte der Gesetzgeber auch für Bier eine den Bündwaren entsprechende Rechtslage beabsichtigt, so hätte er eben auch hier eine von der normalen Rechtslage abweichende Bestimmung treffen müssen. Ohne weiteres die eine Bestimmung auf ein anderes Gebiet zu übertragen, geht hier bei der geschützten Rechtslage schon um deswillen nicht an, weil das Mittel der Analogie auf dem Gebiet des Sacherechts und so auch des Besitzes zu mindestens höchstens mit Vorsicht zu verwenden ist.

RA. Dr. Dr. Herzog, Berlin.

kaufsstelle nicht über den Inhalt einer halben Normalkiste hinausgeht; hier ist ausdrücklich der Bestand der einzelnen Verkaufsstelle als maßgebend bezeichnet. Eine gleiche oder ähnliche Regelung für die Nachversteuerung der bei den Verkaufsstellen vorhandenen Biervorräte findet sich in der Biernachsteuerordnung nicht. Bei der Fassung des § 1 Abs. 5 Biernachsteuerordnung, wonach die Befreiung von der Nachsteuer davon abhängt, daß die im Besitz eines Bierhändlers befindlichen Biervorräte nicht mehr als zwei Hektoliter betragen, ist es nicht angängig, die für Zündwaren getroffene Regelung auf die Nachversteuerung der Biervorräte zu übertragen. Wie die Begründung zu dem die Nachversteuerung regelnden § 68 des früheren BierStG. erkennen läßt, sollte im allgemeinen nur das Erzeugnis kleiner und mittlerer Betriebe von der Nachsteuer freigelassen werden. Da die Vorschrift dieses § 68 im wesentlichen dem Art. II des Ges. v. 15. April 1930 entspricht, ist anzunehmen, daß es auch nicht im Willen des Gesetzgebers lag, die Großbetriebe hinsichtlich der Nachversteuerung den Klein- und mittleren Betrieben gleichzustellen, wie die Rechtsbeschwerde anzunehmen scheint.

(RFG., 4. Sen., Ur. v. 1. Okt. 1930, IV A 119/30.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. **Steike**, Landgerichtsdirektor
Kerstin, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt.]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (CuM.), abgedruckt.]

1. Voraussetzungen der Zulässigkeit der Aufrechnung nach § 226 RKnappschG.

Die Rückforderung zu Unrecht gezahlter Leistungen nach dem RKnappschG. ist nicht wie nach § 818 Abs. 3 BGB. ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist; vielmehr kann die Bekl. die zu Unrecht gezahlten Beträge unverkürzt zurückfordern und aufrechnen (vgl. die für die Krankenversicherung ergangene Entsch. 2457, RVerfANachr. 1918, 346; CuM. 10, 7 und die für das Gebiet der Invalidenversicherung ergangene Entsch. Nr. 2673, RVerfANachr. 1921, 405; CuM. 13, 270).

(RVerfA., 3. RevSen. [KnappschG.], Ur. v. 3. Okt. 1930, III A Kn 1041/29^a.)

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von OVBGR. Geh. RegRat von **Kries** u. RA. Dr. **Görres**,
Berlin.

1. Begriff der Verlegung von Wegen nach preussischem Recht. †)

Unter der Verlegung eines Weges wird im gewöhnlichen Sprachgebrauche die Beseitigung eines Weges unter gleichzeitiger

Zu 1. Die Ausführungen des OVBG. stimmen mit seiner früheren Rspr. überein: Verlegung bedeutet die Beseitigung eines

Herstellung eines anderen Weges, der zum Erfasse des beseitigten dienen soll, verstanden. Dagegen ist in § 57 JustG. der Begriff der Verlegung ein engerer. Er stellt lediglich die Anordnung dar, daß der bestehende Weg eingezoogen wird mit Rücksicht darauf, daß ein Ersatzweg besteht oder hergestellt werden wird. Nur die Beseitigung des bestehenden Weges ist auch bei der Verlegung des Weges Gegenstand des durch § 57 geregelten Verfahrens, während die Herstellung des neuen Weges nur in dem durch §§ 55, 56 geregelten Verfahren erzwungen werden kann (OVBG. 32, 215; 37, 272, 282). — Die Wegepolizeibehörde kann nach ihrem Ermessen zunächst die Wegeverlegung gem. § 57 oder die Herstellung des Ersatzwegs gem. § 56 oder beide Angelegenheiten, wenn auch gefordert, so doch gleichzeitig betreiben, muß aber in jedem Falle zum Ausdruck bringen, daß die eine Maßregel durch die andere bedingt sei (OVBG. 37, 272, 283). Es bedarf bei Wegeverlegungen der Feststellung, ob der Ersatzweg in rechtsgültiger Weise, d. h. mit Einwilligung der Wegepolizeibehörde, des Wegebaupflichtigen und des von diesem verschiedenen Grundeigentümers oder aber im Wege des durch § 56 JustG. geordneten polizeilichen Zwanges als öffentlicher Weg dem Verkehr gewidmet, insbes. ob die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu seiner dauernden Unterhaltung geregelt ist (OVBG.: PrVerfBl. 30, 86; 31, 82). Ist die Einziehung des öffentlichen Weges angeordnet worden, bevor die beschlossene Herstellung des Ersatzwegs ausgeführt worden ist, so muß die Wegepolizeibehörde zunächst für diese Ausführung sorgen und die Durchführung der Einziehung aussetzen, bis der Ersatzweg hergestellt und seine Unterhaltung gesichert ist (OVBG.: PrVerfBl. 29, 48; 34, 470).

Für die Bekanntmachung des Vorhabens wird die Wegepolizeibehörde zu beachten haben, daß diese mindestens an denjenigen Orten, welche bisher auf den einzuziehenden Weg angewiesen gewesen sind, weil sie durch ihn unmittelbar verbunden waren, in ortsüblicher Weise geschehen muß, während für andere Orte, die an dem Wege ein Interesse haben, die Bekanntmachung im Kreisblatt und im Amtsblatte des Bezirkes genügt, zu welchem die einzuziehende Wegestrecke gehört (OVBG. 21, 250; 51, 270).

(PrOVBG., 4. Sen., Ur. v. 5. Dez. 1929, IV C 4, 25.) [G.]

alten und die Anlegung eines neuen Weges. Es kann daher nicht das eine ohne das andere durchgeführt werden. Zwar kann die Wegepolizeibehörde nach ihrem Ermessen zunächst die Einziehung des alten Weges oder zunächst die Herstellung des neuen Weges anordnen, sie muß aber in jedem Falle zum Ausdruck bringen, daß die Ausführung der einen Maßregel durch die Ausführung der anderen bedingt sei. Wird zunächst die Einziehung des alten Weges angeordnet, so muß daher die Wegepolizeibehörde mit der Ausführung warten, bis der Ersatzweg als öffentlicher besteht und seine Unterhaltung gesichert ist. Dies ist erforderlich, damit nicht ein Vakuum dadurch entsteht, daß der alte Weg eingezoogen wird, ehe feststeht, ob es zur Anlegung des neuen Weges kommt. Wenn § 57 JustG. von der Verlegung eines Weges spricht, so ist damit nur gemeint, daß es sich um eine Einziehung handelt, die bedingt ist durch die Anlegung eines neuen Weges. Lediglich diese Einziehung des alten Weges ist Gegenstand des durch § 57 geregelten Verfahrens. Daß nicht in demselben Verfahren die Anlegung eines neuen Weges angeordnet werden kann, ergibt sich auch daraus, daß sich das Verfahren auf Einziehung häufig gegen eine Person richtet, die völlig verschieden ist von der Person, die für die Anlegung des neuen Weges in Frage kommt. Die Anlegung eines neuen Weges kann gegen den Wegebaupflichtigen nur in dem gegen ihn gem. §§ 55, 56 einzuleitenden Verfahren durchgeführt werden (vgl. Brauchitsch, VerwG. für Preußen, 24. Aufl., 1930, Bd. I S. 372).
RA. Waldemar Grote, Berlin.

Dem Reichstage und dem Landtage vorliegende Gesetzentwürfe.

Berichtet von Senatspräsident **Fuisting** und Ministerialrat **Schlüter**, Berlin.

1. Im Anschluß an die Reinigung des Polizeiverordnungswesens ist der preuß. Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung veralteter Polizei- und Strafgesetze (Pr. Drucks. 5932) entstanden. Als Polizeigesetze werden hier Rechtsnormen polizeilichen Inhalts verstanden, die unter verschiedenartiger Bezeichnung in der für die Veröffentlichung von Gesetzen seinerzeit geltenden Form von der für den Erlaß von Gesetzen zuständigen Stelle erlassen worden sind und deshalb heute nur durch Gesetz aufgehoben werden können. Der Entwurf geht davon aus, daß noch zahlreiche Polizei- und Strafgesetze in Geltung sind, die heute nicht mehr zeitgemäß sind und auch deshalb entbehrt werden

können, weil ihr Inhalt in Form von PolVO. geregelt werden kann. Der Entwurf zählt außer der Inkraftsetzung drei Paragraphen. In § 1 sind 13 Gesetze teils provinziellen (Hannover, Hessen-Nassau, Schleswig-Holstein, Jülich-Berg, Herzogtum Nassau, Herzogtum Schlesien und Grafschaft Glab.), teils städtischen (Halle, Breslau, Bonn, Düsseldorf, Laasphe, Hanau und Homburg v. d. S.) Bereichs einzeln aufgezählt, die aufgehoben werden. Nach § 2 sollen der Innen- und Justizminister mit Zustimmung des Fachministers befugt sein, auch noch andere Polizei- und Strafgesetze als veraltet aufzuheben. Dabei ist eine zeitliche Grenze gesetzt, und zwar für Altpreußen der 31. Jan. 1850 als Tag des Erlasses

der ersten preuß. Verfassung, und für die neuen Provinzen der Tag ihrer Vereinigung mit Preußen. Die Aufhebungsbeschlüsse sind in der Preuß. Gesetzesammlung zu veröffentlichen. Sie sind für die Gerichte und Verwaltungsbehörden bindend. In § 3 geht der Entwurf noch weiter; er schlägt aus praktischen Gründen vor, daß auf Grund von Vorschriften vor dem Jahre 1800 Strafen nicht mehr verhängt werden dürfen. Dagegen sollen die in diesen Vorschriften enthaltenen verwaltungs- und zivilrechtlichen Verbotsnormen unberührt bleiben, so daß aus ihnen ein Einschreiten der Verwaltung wegen Polizeiwidrigkeit mit den Mitteln des Verwaltungszwanges und Schadenersatzforderungen wegen Verletzung des Verbots nicht ausgeschlossen sein sollen.

Der ferner dem IX. vorliegende Entwurf des Polizeiverwaltungsgesetzes (Druckf. 5933) verfolgt das doppelte Ziel einer Kodifikation des Allgemeinen Teils des Polizeirechts in formeller und zum Teil in materieller Hinsicht sowie seine zeitgemäße Verbesserung. Bisher sind die Bestimmungen des preuß. Polizeirechts in einer großen Anzahl von Einzelgesetzen zerstreut; teils sind sie lediglich durch die Rechtspredung entwickelt, ohne gesetzlich festgelegt zu sein. Den mit diesem Zustande verbundenen Mifständen soll abgeholfen werden. Die vorgeschlagenen Änderungen umfassen die Schaffung einheitlicher Ortspolizeibehörden, Umgestaltung des Polizeiverordnungsrechts, Vereinfachung des Rechtsmittels gegen polizeiliche Verfügungen, Einführung der Beschwerde bei polizeilichen Strafverfügungen sowie die klare Regelung von streitigen Einzelfragen.

Der Entwurf bringt den Stoff in 13 Abschnitten mit 87 Paragraphen. § 1, der für sich den ersten Abschnitt bildet, wiederholt den Grundsatz des geltenden Rechts: Die Polizei ist Angelegenheit des Staates. Im zweiten Abschnitt über die Polizeibehörden (§§ 2—8) werden als ordentliche Polizeibehörden, denen die Wahrnehmung der allgemeinen polizeilichen Aufgaben obliegt, die Landes-, Kreis- und Ortspolizeibehörden bestimmt; die sonstigen als Sonderpolizeibehörden, die hier weiter nicht in Betracht kommen. Landespolizeibehörde ist der Regierungspräsident; Kreispolizeibehörden sind in Landkreisen die Landräte, in Stadtkreisen die Bürgermeister; Ortspolizeibehörden endlich sind in Stadtkreisen und in Städten, die nach einer StädteO. veraltet werden, die Bürgermeister und auf dem Lande in den Landesteilen mit Amtsverfassung die Bürgermeister der Ämter, sonst die Amtsvorsteher. Für Berlin gilt besonderes, wie bisher. Die Zuständigkeit der Landes- und Kreispolizeibehörden wird vom Innenminister im Benehmen mit den Fachministern durch Anordnung, die in der Gesetzesammlung zu veröffentlichen ist, geregelt. In Landgemeinden hat der Gemeindevorsteher als Organ der Ortspolizeibehörde einzelne bestimmte Aufgaben. § 5. Die Ortspolizei kann aber auch durch den Innenminister im Benehmen mit den Fachministern besonderen staatlichen Polizeibehörden übertragen werden. Praktisch ist diese Verstaatlichung natürlich nur möglich, soweit der Staatshaushalt die Stellen vorzieht. Diese staatlichen Polizeibehörden sind dann auch Kreispolizeibehörden. In Abschnitt III werden die Aufsichtsbehörden und deren Befugnisse in Anlehnung an das geltende Recht geregelt (§§ 9—13). Dabei ist das Anweisungrecht der Aufsichtsbehörden ausdrücklich festgelegt. In Notfällen soll jede Polizeibehörde befugt sein, anstatt der übergeordneten oder nachgeordneten einzuschreiten. Die Aufgaben der Polizeibehörden (Abschnitt IV, §§ 14—17) werden gem. § 10 II 17 AWR. bestimmt; ihr Kreis kann durch Gesetz erweitert werden. Die Entziehung der persönlichen Freiheit, das Eindringen in die Wohnung und die Vorladung auf die Polizeibehörde sind in Anlehnung an das geltende Recht geregelt. Abschnitt V §§ 18—21 handelt von den polizeipflichtigen Personen. Das sind jene, die für das polizeimäßige Verhalten oder für den polizeimäßigen Zustand verantwortlich sind. Im Abschnitt VI §§ 22—23 ist die örtliche Zuständigkeit gemäß geltendem Recht festgelegt. In Notfällen ist Einschreiten der Polizeivorgane über ihren Bezirk hinaus gestattet.

Die Abschnitte VII §§ 24—39 und VIII §§ 40—54 handeln von den Polizeiverordnungen und den polizeilichen Verfügungen. Der Entwurf findet gemäß herrschender Auffassung den Unterschied zwischen beiden darin, daß erstere an eine bestimmte Person, letztere an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet ist. Eingeführt wird das Polizeiverordnungsrecht des Innenministers und der Fachminister im Benehmen mit dem Innenminister. Für die Oberpräsidenten ist die Befugnis vorgesehen, soweit die Eigenart der einzelnen Provinzen es erfordert. Die Anzeigen einzelner Bezirke sind den Regierungspräsidenten vorbehalten; durch Kreis- und Ortspolizeibehörden endlich sollen nur Angelegenheiten von räumlich begrenztem Bereich geregelt wer-

den. Dabei soll jedoch das Recht den Ortspolizeibehörden auf dem Lande und in Städten unter 10 000 Einwohnern genommen werden; diese haben künftig nur das Recht zum Erlass von polizeilichen Verfügungen und Strafverfügungen. Die Begründung, die mit Selbstlob nicht zurückhält, rechnet aus, daß das Polizeiverordnungsrecht, anstatt bisher 12 000, künftig nur noch 896 Behörden zusteht. Eine weitere Neuerung besteht darin, daß die nichtministeriellen PolWD. grundsätzlich der Mitwirkung von Vertretern der Selbstverwaltung bedürfen. PolWD. höherer Stellen sind im Zweifel als abschließende Regelung anzusehen. Es folgen im Entwurf Vorschriften über Inhalt und Form der PolWD. wesentlich gemäß geltendem Recht. Ministerielle PolWD. für ganz Preußen sind in der Gesetzesammlung zu veröffentlichen, die übrigen in den örtlichen Regierungsamtsblättern. Besonders bedeutsam ist die Vorschrift § 34, daß alle PolWD. spätestens nach 30 Jahren außer Kraft treten; sie sollen möglichst auf kürzere Zeit beschränkt werden. Die übergeordneten Behörden können die WD. der nachgeordneten außer Kraft setzen.

Die Voraussetzungen für die Gültigkeit von Polizeiverfügungen sind in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht geregelt. Zurücknahme und nachträgliche Einschränkung polizeilicher Erlaubnis oder Bescheinigung werden zugelassen, aber genau begrenzt. Bei Fortfall der Voraussetzungen kann die Aufhebung der Verfügung verlangt werden; Ablehnung ist wie neue Verfügung. Bestimmte Form ist für die Verfügung nicht vorgeschrieben. Die Rechtsmittel werden neu geordnet. Allgemein zugelassen ist — abgesehen von Ausländersachen — die Beschwerde bei der Erlassbehörde. Soll nicht abgeholfen werden, sind die Orts- und Kreispolizeibehörden verpflichtet, sie der Aufsichtsbehörde vorzulegen, die einen Beschwerdebefcheid zu erteilen hat. Ist dieser ablehnend, kann im Verwaltungsstreitverfahren geklagt werden. Die Beschwerde steht jedem zu, in dessen Rechte die Verfügung unmittelbar eingreift. Angegriffen werden kann sowohl die Rechtmäßigkeit wie die Zweckmäßigkeit. Der Entwurf hält eine Beschränkung für auszeichnend. Bei Ablehnung ist Klage beim Bezugsinst. für auszeichnend. Bei Ablehnung der Beschwerde durch die Erlassbehörde binnen zwei Wochen zulässig. Sie kann nur darauf gestützt werden, daß der Befcheid durch Rechtsverletzung in seinem Rechte beeinträchtigt; dazu soll auch gehören, daß Tatsachen nicht gegeben sind, die das Einschreiten der Behörde rechtfertigen. Gegen das Urteil ist Revision vorgesehen.

Die Zwangsmittel (Abschnitt IX §§ 55—57) sind wesentlich gemäß geltendem Recht bestimmt. Jedoch ist eine Reihenfolge bei der Anwendung nicht mehr innezuhalten. Anstatt Geldstrafe ist der Ausdruck Zwangsgeld gewählt; die Grenzen sind erhöht. Die Zwangsbast kann durch Arbeit abgewendet werden. Gegen die Festsetzung auf Grund Androhung in PolWD. sind die gleichen Rechtsmittel wie gegen polizeiliche Verfügungen gegeben. Auch die Höhe kann durch Klage angefochten werden; jedoch ist Revision hier ausgeschlossen. Enthält die Polizeiverfügung zugleich die Androhung des Zwangsmittels, so kann die Androhung nur mit der Verfügung angefochten werden; ist die Androhung aber selbständig erfolgt, so sind die gleichen Rechtsmittel wie gegen die Verfügung gegeben. Im übrigen ist nur Beschwerde im Dienstaufsichtswege möglich.

Bei der Regelung der polizeilichen Strafverfügungen in Abschnitt XI §§ 59—69 ist das geltende Recht zugrunde gelegt. In leichteren Fällen sollen Verfügungen und Verwarnungen genügen. Neben dem Antrag auf gerichtliche Entsch. ist auch die Aufsichtsbeschwerde vorgesehen.

In besonderem Abschnitt §§ 70—73 werden die Schadenersatzansprüche aus polizeilichen Anordnungen behandelt. Solche sind nur bei Maßnahmen gegen nichtpolizeipflichtige Personen dem unmittelbar Betroffenen gegeben, jedoch hier auch dann nicht, wenn sie zum Schutze der Person oder des Vermögens des Geschädigten getroffen worden sind. Verpflichtet ist der Träger der mittelbaren Polizeikosten.

Im letzten Abschnitt: Übergangs- und Schlußbestimmungen §§ 74—87 werden alle PolWD. aufgehoben, die in diesem Jahre 30 Jahre in Kraft sind. Die von künftig nicht mehr zuständigen Ortspolizeibehörden erlassenen PolWD. sollen innerhalb etwa eines halben Jahres außer Kraft treten. In allen übrigen werden die Strafandrohungen angefallenen. Alle entgegenstehenden oder gleichlautenden oder gleichartigen Bestimmungen werden aufgehoben; eine Anzahl dieser sind namentlich aufgezählt. Andererseits sind aufgezählt als aufrechterhalten eine Anzahl von Gesetzen, die das spezielle Polizeirecht betreffen. Dem bedeutamen Entwurf ist in gesetzetechnischer Hinsicht eine Verbesserung der Stoffanordnung zu wünschen; der Staatsrat hat dies schon versucht, ohne zu befriedigen.

Übersicht der Rechtssprechung.

Es ist mehrfach der Schriftleitung gegenüber der Wunsch ausgesprochen worden, daß auf besonders wichtige Entscheidungen hingewiesen werde, damit bei der Fülle des in der Juristischen Wochenschrift und außerhalb der Juristischen Wochenschrift erscheinenden Rechtsstoffes besonders wichtige Entscheidungen den Lesern nicht entgehen können. Derselbe Gedanke sollte bereits früher in den „grundlegenden Entscheidungen“ verwirklicht werden. Die Rubrik ging aber ein, weil es bei der Verschiedenartigkeit der Interessen der deutschen Juristen, insbesondere der deutschen Anwälte, sich als unmöglich erwies, einen Durchschnittsmaßstab zu gewinnen, und die Gefahr, daß eine Entscheidung, die zahlreichen Juristen unwichtig erschien, hervorgehoben, eine solche wiederum, die einem anderen Teile als besonders wichtig erschien, nicht hervorgehoben wurde, in zahlreichen Fällen praktisch wurde und gemißbilligt wurde. Trotz der Befürchtung, daß diese, heute bei der Vielfältigkeit der Interessen und der großen Zahl der neu hinzugekommenen Spruchbehörden vermehrte Gefahr abermals praktisch ist, soll der Versuch noch einmal aufgenommen werden. Eine Reihe von Entscheidungen werden daher in der nachstehenden, an sich bereits der Gliederung des Rechtsstoffes dienenden und das Studium des Entscheidungsmaterials erleichternden Übersicht durch das Zeichen ■ bezeichnet werden. Es soll dabei weniger auf die rechtstheoretische als auf die praktische Bedeutung abgestellt werden. Es werden daher solche Entscheidungen bezeichnet werden, die bei für den Praktiker besonders wichtigen Fragen grundsätzlich wichtige Gesichtspunkte hervorheben oder die einer früher behandelten Frage einen neuen Gesichtspunkt abgewinnen. Es handelt sich um einen Versuch, bei dem jede Mitwirkung der Leser der Schriftleitung willkommen ist.

D. S.

A. Zivilrecht.

1. Materielles Recht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Ein Urlaubsanspruch, der nicht in einen selbständig verfolgbaren Urlaubsvergütungsanspruch übergegangen ist, ist unvererblich. *NRrbG. 555²*

Identität zweier Vereine. *RG. 545²*
 §§ 93, 94, 97 BGB.; § 90 ZwVerstG.
 Bei einem auf zwei verschiedenen Eigentümern gehörigen Grundstück stehenden Fabrikgebäude gehören die Baulichkeiten als Bestandteil zum Grundstück, auf dem sie errichtet sind, die Maschinen als Zubehör zu dem Grundstück, das den Fabrikbetrieb trägt, dem sie dienen. *RG. 514¹*

§§ 119, 455, 321, 242 BGB. Verschentliches Weglassen ist kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung. Eigentumsvorbehalt auf der Rechnung ist verspätet. *OLG. Stuttgart 550⁷*

§§ 124, 242, 853 BGB. Der Vertragsgegner, der die Frist zur Ansetzung wegen arglistiger Täuschung versäumt hat, kann der Erhebung des Vertragsanspruchs mit dem Einwand der Arglist begegnen; aber nicht dann, wenn er nicht bereit ist, die schon empfangene Leistung der Gegenseite zurückzugewähren. *RG. 524⁷*

§ 138 BGB. 1. Ein Vertrag, durch den der Schuldner einem Gläubiger sein Warenlager und die zukünftig in das Lager einzubringenden Waren zur Sicherheit übereignet, ist nur dann sittenwidrig, wenn der Schuldner beim Fehlen weiterer genügender Mittel nicht mehr in der Lage ist, seine anderen Gläubiger zu befriedigen und wenn dies den Vertragsparteien bekannt war. 2. Es genügt nicht das Bewußtsein jeder entfernten Möglichkeit einer Schädigung der übrigen Gläubiger. 3. Die Entscheidung der Frage, ob für diese genug freies Vermögen übrigblieb, erfordert eine Feststellung wenigstens in runden Zahlen hinsichtlich des Wertes des freien Vermögens und der Höhe der Schulden; es genügt nicht die Feststellung, daß freie Vermögen sei nicht unbedeutend gewesen.

4. Bei einer Lombardierung von Warenlagern und Forderungen zwecks Sanierung eines annehmbar nur vorübergehend in schwieriger Lage befindlichen Unternehmens darf eine Bank das für die übrigen Gläubiger freie Vermögen mit den im Falle ruhiger Abwicklung zu erwartenden Wertverwertungsüberschüssen. 5. Sichtbarmachung der erfolgten Abrechnung eines Warenlagers durch Anschriften im Lager schließt eine Geheimhaltungsabsicht nicht aus, wenn nicht ersichtlich ist, wie die Sichtbarmachung zur Kenntnis der Gläubiger hätte kommen sollen. 6. Ist eine Sicherungsübereignung

einmal rechtswirksam erfolgt, so wird sie nicht rückwirkend nichtig dadurch, daß später ein durch sie tatsächlich vorbereiteter sittenwidriger Vertrag zustande kommt, mag auch dieser Vertrag in Verbindung mit jenem eine Schadensersatzpflicht auslösen. *RG. 515²*

§ 138 BGB.; §§ 22, 176, 178 BGB.
 Wird in Versicherungsvertrag für den Fall einer arglistigen Täuschung mit dem Fortfall der Summenzahlung auch die Rückgewähr der Prämien ausgeschlossen, so besteht auch kein Anspruch auf Auszahlung der Prämienreserve. *RG. 518³*

§§ 167, 714 BGB. Umfang der Vertretungsmacht des einzelnen Anwalts gegenüber dem mit ihm in Sozietät stehenden Anwalt. Der Anwalt hat die Pflicht, auf bei ihm eingehende Briefe zu antworten. *RG. 522⁶*

§§ 167, 313 BGB. Vertrauensschutz für denjenigen, dem eine wegen ihrer vertragsmäßigen Unwiderruflichkeit ungültige privatschriftliche Vollmacht zum Abschluß eines Grundstückskaufvertrages zur Auflassung vorgelegt wird; er hat keine Nachforschungspflicht nach Tatsachen, die die Rechtsgültigkeit zweifelhaft machen könnten. Der Aussteller der Vollmacht kann sich ihm gegenüber also nicht auf die Nichtigkeit berufen. *RG. 522⁵*

§§ 157, 242 BGB. Auf einen Gewährleistungsanspruch finden die Grundätze des Bürgschaftsrechts weder unmittelbar noch auch nur sinngemäß Anwendung. Ist durch Vertrag eine Ausbietungsgarantie für eine an erster Stelle stehende Hypothek übernommen und rückt diese bei der Aufwertung an eine spätere Stelle, so ist die Auslegung des Vertrags dahin möglich, daß für eine Hypothek an dieser späteren Stelle die Garantie nicht gelten sollte. *RG. 520⁴*

§ 242 BGB. Ein Voranschlag gilt, auch wenn der Wertvertrag darauf Bezug nimmt, nach der Verkehrssitte nicht für die Ausmessungen. *OLG. Stuttgart 551⁸*

§§ 242, 853 BGB. Der Vertragsgegner, der die Frist zur Ansetzung wegen arglistiger Täuschung versäumt hat, kann der Erhebung des Vertragsanspruchs mit dem Einwand der Arglist begegnen; aber nicht dann, wenn er nicht bereit ist, die schon empfangene Leistung der Gegenseite zurückzugewähren. *RG. 524⁷*

§ 268 BGB.; §§ 29, 33, 44, 83 Ziff. 1, 84 ZwVerstG. Rücknahme des Versteigerungsantrages nach Schluß der Versteigerung durch dinglich Berechtigten, der den dem anderen betreibenden Gläubiger vorgehenden betreibenden Gläubiger nach § 268 BGB. abgefunden hat. *RG. 546²*

§ 285 BGB. Eine unrichtige Rechtsauffassung geht regelmäßig zu Lasten des Schuldners. *RG. 525⁹*

■ Sind in der Klage Zinsszinsen berechnet mit der Begründung, es sei ein Verzugschaden in solcher Höhe entstanden, so ist gem. § 139 ZPO. zu klären, ob damit nicht der Tatbestand des § 289 Satz 2 BGB. behauptet werden sollte. *RG. 520⁴*

§ 370 BGB. Wer eine Quittung verwendet und erfolgreich zur Zahlung präsentiert, ist strafbar. *OLG. Hamburg 551¹¹*

■ § 667 BGB.; §§ 826, 846—849 ZPO.
 Der Anspruch auf Rechnungslegung ist nicht für sich allein, wohl aber zusammen mit dem auf Herausgabe abtretbar und pfändbar. Die Pfändung kann auch auf einen Teilbetrag der Pfändung gerichtet sein. Ist der Anspruch zusammen mit dem Hauptanspruch erhoben, so kam über ihn durch Teilurteil entschieden werden. *RG. 525¹⁰*

Hat der Gläubiger in der Inflationszeit auf Grund erfolgter Zahlung die Löschung der Hypothek bewilligt, so bedeutet das nicht ein Aufgeben i. S. des § 776 BGB. *RG. 520⁴*

§ 779 BGB.; § 67 AufwG. Aufwertung trotz eines im Febr. 1923 geschlossenen Vergleiches, wenn sich die Parteien dabei über die Geschäftsgrundlage geeinigt haben; die Berufung auf den Vergleich steht dann der Einwand der Arglist entgegen. *RG. 526¹¹*

§ 779 BGB. Auch die übereinstimmende Rechtsauffassung der Parteien eines Vergleiches, die die Beurteilung des Vergleichsstoffes beeinflusst, ist nicht überall, sondern nur dort als Geschäftsgrundlage anzuerkennen, wo eine besondere Willensrichtung oder die Art der Vereinbarung erkennen läßt, daß die Parteien beiderseits diesen Rechtsbestand als Ausgangspunkt oder Grundlage ihrer Abreden angesehen haben wollten. *RG. 528¹²*

§§ 812, 1253 BGB. Hat der Darlehensgläubiger die ihm zur Sicherheit für seine Forderung verpfändete Sache gegen Rückzahlung des Darlehens in entwertetem Gelde dem Schuldner zurückgegeben, so ist das Pfandrecht nach § 1253 BGB. zwar erloschen. Jedoch kann der Gläubiger unter dem Gesichtspunkt des § 812 BGB. die Neubestellung des Pfandrechts verlangen; denn er hat das Pfandrecht ohne Rechtsgrund aufgegeben. *RG. 544¹*

§ 816 BGB. Bereicherungsanspruch des Hypothekengläubigers, wenn der Wiedereintragung der Hypothek der öffentliche Glaube des Grundbuchs entgegensteht. *RG. 547⁸*

§ 820 BGB. Außerhalb des Vertrages liegende Umstände kommen für das Tatbestandsmerkmal der Ungewißheit nicht in Betracht. — Saldotheorie bei der Bereicherung. *RG. 529¹³*

§ 826 BGB. Grenzen der Streikfreiheit. Sittenwidrig ist ein Streik, durch den die Wiedereinstellung rechtmäßig entlassener Arbeiter erzwungen werden soll. Ein Streik

mit dem Ziele der Anerkennung des 1. Mai als Ruhetag im Betrieb ist an sich nicht sittenwidrig, kann es aber sein im Hinblick auf die Erheblichkeit des dem Arbeitgeber zugefügten Schadens. RArbG. 554¹

§ 826 BGB. Eine Bank schreibt auf Grund Überweisungsauftrags einer anderen Bank einen Betrag gut, auf ein eine Schuld an die Bank aufweisenden Girokonto eines Kunden, der seine Zahlungen eingestellt hat. Ein Irrtum des Auftraggebers der überweisenden Bank bei der Bezeichnung des Destinatärs gibt dem Auftraggeber weder ein Anfechtungsrecht, noch einen Anspruch aus § 826 BGB., noch einen Bereicherungsanspruch gegen die Bank, wenn der Auftrag durch Quittschrift ausgeführt ist. OLG. Hamburg 548⁵

§ 826 BGB. Hat ein Sicherungsübereignungsvertrag, ohne nützlich zu sein, Schadensansprüche der Gläubiger aus § 826 BGB. ausgelöst, so ist der Konkursverwalter nicht legitimiert, diese Ansprüche geltend zu machen, auch nicht einredeweise. RG. 515²

§§ 929 ff. BGB. In der Übereignung einer dem Veräußerer unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache ist die Übertragung des aufschiebend bedingten Eigentums, der Anwartschaft, zu finden. OLG. Hamm 550⁶

§ 1018 BGB.; § 148 AllgBergG. Grunddienbarkeit für die Vereinbarung, daß der jeweilige Eigentümer der zu belastenden Grundstücke Beschädigungen, die infolge gesetzmäßigen Bergbaues an seinen Grundstücken entstehen, ohne Schadensersatzanspruch dulden muß. RG. 530¹⁴

§§ 1117, 328 BGB. Die von Verkäufer und Käufer abgegebene Erklärung, daß der über eine Restaufgelbhypothek auszustellende Brief vom GlV. an einen Dritten ausgehändig werden solle, dem die Hypothek gleichzeitig abgetreten wurde, verschafft diesem nur ein Forderungsrecht. RG. 525³

§ 1811 BGB. enthält auch in seiner jetzigen Fassung die Regel, daß Mündelgelder gem. §§ 1807, 1808 anzulegen seien. RG. 533¹⁵

§§ 1821 Nr. 1, 1829 BGB. 1. In der Genehmigung der Auflassung durch das VormGer. ist nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge zugleich eine stillschweigende Genehmigung des zugrunde liegenden Kaufvertrages zu erblicken. 2. Nach § 1829 Abs. 2 BGB. beginnt die zweiwöchige Frist mit der Aufforderung an den Vormund zur Erklärung über die Genehmigung zu laufen, selbst wenn das VormGer. noch keine Entschlieung gefaßt hat. RG. 535¹⁶

§§ 1990 ff. BGB. Die Einrede der Erschöpfung des Nachlasses greift einem Vermächtnis gegenüber nur durch, wenn endgültig feststeht, daß für die Erfüllung des Vermächtnisses Mittel nicht verfügbar sind. RG. 536¹⁷

Aufwertungsrecht.

§ 67 AufwG.; § 779 BGB. Aufwertung trotz eines im Febr. 1923 geschlossenen Vergleiches, wenn sich die Parteien dabei über die Geschäftsgrundlage geeirt haben; der Berufung auf den Vergleich steht dann der Einwand der Arglist entgegen. RG. 526¹¹

Gesetz über den Versicherungsvertrag.

§§ 22, 176, 178 VVG.; § 138 BGB. Wird im Versicherungsvertrag für den Fall einer arglistigen Täuschung mit dem Fortfall der Summenzahlung auch die Rückgewähr der Prämien ausgeschlossen, so besteht auch kein Anspruch auf Auszahlung der Prämienreserve. RG. 518³

Preussisches Allgemeines Bergesez.

§ 143 AllgBergG.; § 1018 BGB. Grunddienbarkeit für die Vereinbarung, daß der jeweilige Eigentümer der zu belastenden Grundstücke Beschädigungen, die infolge gesetzmäßigen Bergbaues an seinen Grundstücken entstehen, ohne Schadensersatzanspruch dulden muß. RG. 530¹⁴

2. Verfahren.

Zivilprozedurordnung.

§ 91 ZPO. Die Kosten der Vertretung durch einen Gerichtsaffessor sind nicht erstattungsfähig. OLG. Hamburg 554¹

§§ 114 ff. ZPO. Die Bewilligung des Armenrechts für einen Teilbetrag statt, wie beantragt, für die ganze Klageforderung ist nur in Fällen besonderer Zweifelhaftigkeit der Sach- und Rechtslage und bei hohem Streitwert zulässig. OLG. Köln 551¹⁰

§ 519 Abs. 2 ZPO. Verspätete Einzahlung der Gerichtskosten, wenn mit Kostenmarken bezahlt werden sollte, beim versuchten Einkauf aber Marken nicht zur Stelle waren und solche erst am Tage nach Fristablauf verwendet worden sind. Zahlung an den Urkundsbekanntem der Geschäftsstelle des preuß. OLG. ist der Zahlung an die Gerichtskasse nicht gleichzustellen. RG. 537¹⁹

§§ 580, insbes. Riff. 2, 582, 584 ZPO. Ein Vollstreckungsbeehl kann mit der Restitutionsklage nicht mit der Begründung angegriffen werden, daß die Urkunde, aus der der Anspruch abgeleitet wurde, gefälscht gewesen sei; denn der Vollstreckungsbeehl ist nicht auf die Urkunde gegründet. RG. 536¹⁸

§§ 766, 793 ZPO. Pfändbarkeit des Anspruchs auf Lösung einer Hypothek. Rechtsmittel. RG. 545¹

§§ 826, 846—849 ZPO.; § 667 BGB. Der Anspruch auf Rechnungslegung ist nicht für sich allein, wohl aber zusammen mit dem auf Herausgabe abtretbar und pfändbar. Die Pfändung kann auch auf einen Teilbetrag der Pfändung gerichtet sein. Ist der Anspruch zusammen mit dem Hauptanspruch erhoben, so kann über ihn durch Teilurteil entschieden werden. RG. 525¹⁰

Konkursordnung.

§ 1 KO. Hat ein Sicherungsübereignungsvertrag, ohne nützlich zu sein, Schadensersatzansprüche der Gläubiger aus § 826 BGB. ausgelöst, so ist der Konkursverwalter nicht legitimiert, diese Ansprüche geltend zu machen, auch nicht einredeweise. RG. 515²

Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.
§§ 29, 33, 44, 83 Riff. 1, 84 ZwVerfG.; § 268 BGB. Rücknahme des Versteigerungsantrages nach Schluß der Versteigerung durch dinglich Berechtigten, der den dem anderen betreibenden Gläubiger vorgehenden betreibenden Gläubiger nach § 268 BGB. abgefunden hat. RG. 546²

Grundbuchordnung.

§ 48 GBO. Die Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld für einen aus mehreren Personen bestehenden Überwachungsausschuß zur Durchführung eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens ist nach § 48 GBO. zulässig, sofern sich die Annahme rechtfertigt, daß dem Rechtsverhältnis der Ausschußmitglieder untereinander ein Gesellschafts- oder gesellschaftsähnliches Verhältnis zugrunde liegt. OLG. Dresden 548⁴

§ 54 GBO.; § 1115 BGB.; § 23 Pr-EigErwG. Die Eintragung einer Hypothek für „die Erben“ einer bestimmten Person ist nicht inhaltlich unzulässig, auch macht

sie das Grundbuch nicht unrichtig. RG 544¹

Rechtsanwaltsgebührenordnung.

§ 13 RAGebO. Mit dem Beschluß auf Altenbeziehung hat das Beweisnahmeverfahren begonnen. Die Empfangnahme und Weitergabe des Beschlusses genügt zur Begründung der anwaltschaftlichen Beweisgebühr, auch wenn die Alten nicht eingehen. Im letzteren Falle entsteht auch die Gebühr des § 17 RAGebO., wenn nach der Anordnung der Altenbeziehung weiter verhandelt wird. RG. 551⁹

B. Strafrecht.

Strafgesetzbuch.

§§ 49 Abs. 3, 157, 331, 332 StGB. 1. Die bloße Vermeidung eines angebotenen Übels kann an sich nicht als „Vorteil“ angesehen werden, doch kann der Hinweis auf eine sich an die Aufforderungen knüpfende Folge, wenn er auch zunächst im Gewande der Andeutung eines Übels erscheint, nach seinem ganzen Inhalt und Wesen zugleich als das Versprechen eines „Vorteils“ erscheinen. 2. Der Begriff des „Vorteils“ wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß er dem Recht oder der Sittlichkeit zuwiderläuft. RG. 539²⁰

§ 246 StGB. Unterschlagung bei verbodener Stellvertretung. RG. 540²¹

§ 289 StGB. erfordert die Kenntnis des Täters von dem Bestehen eines der geschützten Rechte. Bei Wegnahme einer fremden Sache muß der Wille des Täters gerade darauf gerichtet sein, durch Verletzung des Pfandrechts dem Eigentümer einen Vorteil zu verschaffen. RG. 542²²

Vorfengesetz.

Anwendung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 VorfG. auf Tierkleinhändler. RG. 540²¹

Maß- und Gewichtsordnung.

§ 6 MaßO. Der Begriff des Bereithaltens ist objektiv und subjektiv zu fassen. OLG. Stettin 553¹²

Strafprozedurordnung.

§ 338 Nr. 8 i. Verb. m. § 243 Abs. 1—3, § 244 Abs. 1 StPO. Beschränkung der Verteidigung durch Nichtvernehmung des zur Auslassung bereiten Angekl. über die ihm zur Last gelegten Einzelfälle vor der Zeugenvernehmung. RG. 543²³

C. Steuerrecht.

Biersteuer.

Art. II des Ges. zur Änderung des BierStG. v. 15. April 1930 (RGBl. I, 136); § 28 BierStG. Unterhält eine AktG., die Bierhändler i. S. § 1 BierNachStG. in, an verschiedenen Plätzen mehrere Bierverkaufsstellen, so ist sie i. S. Art. II des Ges. zur Änderung des BierStG. v. 15. April 1930 Besitzerin der bei den einzelnen Verkaufsstellen am Tage des Inkrafttretens des Gesetzes vorhandenen Biervorräte. Die bei den einzelnen Verkaufsstellen vorhandenen Biervorräte sind zur Feststellung der nachsteuerpflichtigen Biermenge zusammenzurechnen. Übersteigen diese Gesamtvorräte 2 hl, so unterliegt die Gesamtmenge an Bier der Nachsteuer, auch wenn die Biervorräte bei den einzelnen Verkaufsstellen nicht mehr als 2 hl betragen. RStB. 556¹

D. Sonstiges öffentliches Recht.

Soziales Versicherungsrecht

§. S. 557.

Preussisches Wegerecht.

Begriff der Verlegung von Wegen nach preussischem Recht. PrOBG. 557